

# Grundgesetz Kommentar

---

Herausgegeben von  
Horst Dreier

3. Auflage

Band I  
Artikel 1–19



Mohr Siebeck

# Grundgesetz

## Kommentar

3. Auflage

herausgegeben von  
Horst Dreier

bearbeitet von

Hartmut Bauer · Gabriele Britz  
Frauke Brosius-Gersdorf · Horst Dreier  
Georg Hermes · Werner Heun · Martin Morlok  
Helmuth Schulze-Fielitz · Joachim Wieland  
Fabian Wittreck · Ferdinand Wollenschläger

Band I  
Präambel, Artikel 1–19

Mohr Siebeck 2013

## **Autoren**

Prof. Dr. jur. Hartmut Bauer, Universität Potsdam  
Prof. Dr. jur. Gabriele Britz, Universität Gießen  
Prof. Dr. jur. Frauke Brosius-Gersdorf, Universität Hannover  
Prof. Dr. jur. Horst Dreier, Universität Würzburg  
Prof. Dr. jur. Georg Hermes, Universität Frankfurt a. M.  
Prof. Dr. Dr. h.c. jur. Werner Heun, Universität Göttingen  
Prof. Dr. jur. Martin Morlok, Universität Düsseldorf  
Prof. Dr. jur. Helmuth Schulze-Fielitz, Universität Würzburg  
Prof. Dr. jur. Joachim Wieland, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer  
Prof. Dr. jur. Fabian Wittreck, Universität Münster  
Prof. Dr. jur. Ferdinand Wollenschläger, Universität Augsburg

## **Zitiervorschlag**

*F. Brosius-Gersdorf*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 49 ff.

ISBN 978-3-16-150493-8

Die deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2013 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Rotation gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden. Den Umschlag entwarf Uli Gleis in Tübingen.

# Vorwort

Als dieser Kommentar gegen Mitte der 1990er Jahre im Entstehen begriffen, der erste Band aber noch nicht erschienen war, sprach ein sehr renommierter älterer Staatsrechtslehrer den Herausgeber auf das Projekt an und bemerkte mit leisem Spott, das werde dann ja wohl so eine Art „Jugendlichen-Kommentar“ werden. Vermutlich war dabei die nicht ganz zutreffende Vorstellung leitend, die Mitarbeiter des Kommentars würden durchweg genauso alt beziehungsweise jung sein wie der damals gerade 40jährige Herausgeber (oder gar noch jünger!). Abgesehen davon und der bemerkenswerten Einschätzung, mit wieviel Lebensjahren man als Staatsrechtslehrer noch als jung oder gar jugendlich gelten kann, hat das meinen damaligen Gesprächspartner nicht gehindert, später eine ausgesprochen anerkennende und in jeder Hinsicht noble Rezension des ersten Bandes von 1996 zu verfassen.

Mittlerweile und fast zwanzig Jahre später kann von Jugendlichkeit nun aber wirklich nach keinem Maßstab mehr die Rede sein. Erste Emeritierungen und die auch dem Alter geschuldete Konzentration auf andere Aufgaben haben dazu geführt, daß einige Autoren den Kreis der Bearbeiter verlassen haben. Daher darf ich zunächst den Herren Ingolf Pernice, Rolf Gröschner und Rupert Stettner für ihre Mitwirkung an den ersten beiden Auflagen meinen tiefempfundenen Dank aussprechen: wir haben über einen langen Zeitraum sehr intensiv zusammengearbeitet, was mir in vielen Einzelheiten noch außerordentlich präsent ist. Der dem gemeinsamen Projekt gewidmete Geist des Zusammenhalts hat es ermöglicht, auch gelegentlich auftretende schwierige Phasen zu bewältigen. Mit wiederholtem Dank wünsche ich den drei „Ehemaligen“, auf deren Kommentierungen auch in diesem Band immer wieder verwiesen wird, alles erdenklich Gute!

Sodann darf ich nicht weniger herzlich einige neue Mitarbeiter(innen) in unserem Kreis begrüßen, die das Team verstärken und verjüngen. Frau Gabriele Britz hat die Wissenschaftsfreiheit übernommen und hätte auch noch die Artikel 6 und 7 kommentiert, wenn nicht schon bald ihre Ernennung zur Richterin des Bundesverfassungsgerichts erfolgt wäre. Ich danke ihr auch an dieser Stelle nochmals dafür, daß sie die schon weitgehend gediehene Kommentierung der Wissenschaftsfreiheit trotz der neuen Belastung fertig gestellt hat, auch wenn es ein schwerer Verlust ist, daß ihre erste auch ihre letzte Kommentierung in unserem Gemeinschaftswerk sein wird. Unsere besten Wünsche begleiten sie. Relativ kurzfristig hat dann dankenswerterweise Frau Brosius-Gersdorf das Angebot angenommen, das Autorenteam zu verstärken und die plötzlich verwaisten Artikel zu Ehe, Familie und Schule einer sehr eingehenden Analyse zu unterwerfen. Sie wird im nächsten Band das Berufsbeamtentum und das Gesetzgebungsverfahren kommentieren. Ich freue mich sehr und sage ihr ein herzliches Willkommen! Nicht minder groß ist meine Freude darüber, als weiteren neuen Autor in unserem Kreis Herrn Ferdinand Wollenschläger begrüßen zu können. Während er im vorliegenden Band allein mit der Freizügigkeitsgarantie vertreten ist, wird er im zweiten Band mit dem Europaartikel des Grundgesetzes ein echtes Schwergewicht schultern und sich auch den anderen Normen mit supra- und internationalem Bezug widmen. Schließlich ist Fabian Wittreck zu erwähnen, der schon in Gestalt der Bearbeitung von Art. 116 am dritten Band der Zweitaufgabe im Autorenkreis vertreten war, jetzt aber mit Staatsangehörigkeits- und Asylrecht, der Kunstfreiheit und der Grundrechtsverwirkung auch im ersten Band substantielle Artikel übernommen hat

und in den weiteren Bänden neben dem Sozialstaatsprinzip insbesondere die zuweilen unterschätzten Kompetenzvorschriften unter die Lupe nehmen wird. Ich freue mich, daß Herr Wittreck, der das Werk seit 1995 begleitet, ihm auf diese Art und Weise intensiv verbunden bleibt.

Das führt sogleich zum Dank an die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter meines Lehrstuhls, ohne deren tatkräftige Hilfe und vielfältige Unterstützung insbesondere durch sorgfältige Lektüre gewaltiger Stöße von Manuskripten, Fahnen und Umbrüchen sowie die Erstellung der Register und des Sachverzeichnisses der Band gewiß noch nicht vorliegen würde. Angesichts des Gesamtumfanges von rund 2000 Seiten wurden die Kapazitäten des Lehrstuhls bis an die Grenze der Belastbarkeit ausgereizt. Ich danke allen sehr herzlich für ihren überobligatorischen Einsatz und das nicht nachlassende Engagement. Ganz besonders erwähnen möchte ich insofern meine beiden Assistenten, Frau Anna-Lena Strelitz und Herrn David Kuch, die sich neben der Betreuung des Gesamtprojektes auch bei der Mitarbeit an den von mir kommentierten Artikeln verdient gemacht und die größten Lasten getragen haben. Sie wurden dabei wiederum maßgeblich unterstützt von den Referendarinnen Daniela Taudt und Elena Dengel, denen auch die Koordination der studentischen Hilfskräfte oblag. Ihnen allen noch einmal ein großes und tiefempfundenes Dankeschön!

Von selbst versteht sich, daß die Verantwortung für alle verbliebenen Mängel, Fehler und Defizite allein der Herausgeber trägt, der an dieser Stelle auch dem gesamten Autorenkreis seinen herzlichen Dank für die ausgezeichnete Kooperation sagen möchte. Gemeinsam und hoffnungsvoll schauen wir dem nächsten, in zwei Jahren erscheinenden Band entgegen.

Würzburg, am 22. März 2013

Horst Dreier

# Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort . . . . .	V
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	IX
Änderungen des Grundgesetzes . . . . .	XXXV
Präambel ( <i>Horst Dreier</i> ) . . . . .	1
Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG ( <i>Horst Dreier</i> ) . . . . .	42
<b>I. Die Grundrechte</b>	
Artikel 1 I Menschenwürde ( <i>Horst Dreier</i> ) . . . . .	154
Artikel 1 II Menschenrechte ( <i>Horst Dreier</i> ) . . . . .	262
Artikel 1 III Grundrechtsbindung ( <i>Horst Dreier</i> ) . . . . .	280
Artikel 2 I Freie Entfaltung der Persönlichkeit ( <i>Horst Dreier</i> ) . . . . .	330
Artikel 2 II Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Freiheit der Person ( <i>Helmuth Schulze-Fielitz</i> ) . . . . .	401
Artikel 3 Gleichheit ( <i>Werner Heun</i> ) . . . . .	457
Artikel 4 Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit, Kriegsdienstverweigerung ( <i>Martin Morlok</i> ) . . . . .	544
Artikel 5 I, II Meinungs- und Pressefreiheit, Rundfunk- und Filmfreiheit ( <i>Helmuth Schulze-Fielitz</i> ) . . . . .	610
Artikel 5 III Freiheit der Kunst ( <i>Fabian Wittreck</i> ) . . . . .	751
Artikel 5 III Freiheit der Wissenschaft ( <i>Gabriele Britz</i> ) . . . . .	792
Artikel 6 Ehe und Familie, Elternrecht, Wächteramt, Trennungsamt, Mutterschutz, uneheliche Kinder ( <i>Frauke Brosius-Gersdorf</i> ) . . . . .	839
Artikel 7 Schulwesen ( <i>Frauke Brosius-Gersdorf</i> ) . . . . .	935
Artikel 8 Versammlungsfreiheit ( <i>Helmuth Schulze-Fielitz</i> ) . . . . .	1022
Artikel 9 Vereinigungsfreiheit ( <i>Hartmut Bauer</i> ) . . . . .	1078
Artikel 10 Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis ( <i>Georg Hermes</i> ) . . . . .	1150
Artikel 11 Freizügigkeit ( <i>Ferdinand Wollenschläger</i> ) . . . . .	1205

## Inhaltsverzeichnis

		Seite
Artikel 12	Freie Wahl von Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte ( <i>Joachim Wieland</i> ) . . . . .	1241
Artikel 12a	Wehr- und Ersatzdienstpflicht ( <i>Werner Heun</i> ) . . . . .	1313
Artikel 13	Unverletzlichkeit der Wohnung ( <i>Georg Hermes</i> ) . . . . .	1337
Artikel 14	Eigentum, Erbrecht, Enteignung ( <i>Joachim Wieland</i> ) . . . . .	1392
Artikel 15	Vergesellschaftung ( <i>Joachim Wieland</i> ) . . . . .	1500
Artikel 16	Ausbürgerung, Auslieferung ( <i>Fabian Wittreck</i> ) . . . . .	1513
Artikel 16a	Asylrecht ( <i>Fabian Wittreck</i> ) . . . . .	1559
Artikel 17	Petitionsrecht ( <i>Hartmut Bauer</i> ) . . . . .	1632
Artikel 17a	Grundrechtseinschränkungen bei Dienstverpflichteten ( <i>Werner Heun</i> ) . . . . .	1663
Artikel 18	Grundrechtsverwirkung ( <i>Fabian Wittreck</i> ) . . . . .	1673
Artikel 19 I	Allgemeinheitspostulat, Zitiergebot ( <i>Horst Dreier</i> ) . . . . .	1700
Artikel 19 II	Wesensgehaltgarantie ( <i>Horst Dreier</i> ) . . . . .	1721
Artikel 19 III	Grundrechtsträger ( <i>Horst Dreier</i> ) . . . . .	1735
Artikel 19 IV	Rechtsweggarantie ( <i>Helmuth Schulze-Fielitz</i> ) . . . . .	1789
Fundstellenkonkordanz ausgewählter Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts . . . . .		1863
Schlagwortartige Bezeichnungen der Leitentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts . . . . .		1874
Sachregister . . . . .		1886

## Artikel 5 [Meinungs- und Pressefreiheit, Rundfunk- und Filmfreiheit; Freiheit der Kunst und der Wissenschaft]

(1) <sup>1</sup>Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. <sup>2</sup>Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. <sup>3</sup>Eine Zensur findet nicht statt.

(2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.

(3) <sup>1</sup>**Kunst** und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind **frei**. <sup>2</sup>Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.

### Literaturauswahl

*von Arnould, Andreas*: Freiheit der Kunst, in: HStR<sup>3</sup> VII, § 167 (S. 1113–1154).

*Britz, Gabriele*: Die Freiheit der Kunst in der europäischen Kulturpolitik, in: EuR 39 (2004), S. 1–26.

*Bünnigmann, Kathrin*: Die »Esra«-Entscheidung als Ausgleich zwischen Persönlichkeitsschutz und Kunstfreiheit. Rechtsprechung im Labyrinth der Literatur, 2013.

*Dahm, Katja*: Der Schutz des Urhebers durch die Kunstfreiheit, 2012.

*Denninger, Erhard*: Freiheit der Kunst, in: HStR<sup>1</sup> VI, § 146 (S. 847–876).

*Frey, Anna-Miriam*: Die Romanfigur wider Willen, 2008.

*Gärtner, Sebastian*: Was die Satire darf. Eine Gesamtbetrachtung zu den rechtlichen Grenzen einer Kunstform, 2009.

*Häberle, Peter*: Die Freiheit der Kunst im Verfassungsstaat, in: AöR 110 (1985), S. 577–619.

*Hanschmann, Felix*: »Ceci n'est pas une pipe« – Zur Freiheit der Literatur in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Sigrid Emmenegger/Ariane Wiedmann (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, Bd. 2, 2011, S. 327–349.

*Haratsch, Andreas*: Kunstfreiheit, in: HdbEuGR, § 25 (S. 733–744).

*Hempel, Heinrich*: Die Freiheit der Kunst. Eine Darstellung des schweizerischen, deutschen und amerikanischen Rechts, 1991.

*Hoppe, Ursula*: Die Kunstfreiheit als EU-Grundrecht, 2011.

*Hufen, Friedhelm*: Die Freiheit der Kunst in staatlichen Institutionen. Dargestellt am Beispiel der Kunst- und Musikhochschulen, 1982.

*Hufen, Friedhelm*: Kunstfreiheit, in: HGR IV, § 101 (S. 801–873).

*Huster, Stefan*: Kultur im Verfassungsstaat, VVDStRL 65 (2006), S. 51–82.

*Knies, Wolfgang*: Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, 1967.

*Mahrenholz, Ernst Gottfried*: Freiheit der Kunst, in: HdbVerfR II, § 26 (S. 1289–1338).

*Müller, Friedrich*: Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, 1969.

*Neumeyer, Jochen*: Person – Fiktion – Recht. Verletzungen des Persönlichkeitsrechts durch Werke der fiktionalen Kunst, 2010.

*Odendahl, Kerstin*: Kulturgüterschutz, 2005.

*Pabel, Katharina*: Grundfragen der Kompetenzordnung im Bereich der Kunst, 2003.

*Riedel, Mareike*: Vermutung des Künstlerischen. Der Esra-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts – eine rechts- und literaturwissenschaftliche Untersuchung, 2011.

*Rox, Barbara*: Schutz religiöser Gefühle im freiheitlichen Verfassungsstaat?, 2012.

*Schneider, Bernhard*: Die Freiheit der Baukunst. Gehalt und Reichweite der Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG im öffentlichen Baurecht, 2002.

*Stern, Klaus*: Die Freiheit der Kunst und der Wissenschaft als Grundlage der Kulturstaatlichkeit, in: Walter C. Zimmerli/Lothar Knopp (Hrsg.), Freiheit von Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre – was heißt das nach Bologna?, 2012, S. 69–83.

*Ujica, Matei/Loef, Robert C.J.*: Quod licet jovi, non licet bovi. Was darf die Kunst, was die Medien nicht dürfen?, in: ZUM 2010, S. 670–677.



## Art. 5 III (Kunst)

*Vosgerau, Ulrich*: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Universalschranke der Kunstfreiheit: Ein Irrweg der Rechtsprechung, in: *Der Staat* 48 (2009), S. 107–125.

*Wittreck, Fabian*: Esra, Mephisto und Salomo. Konflikte zwischen Persönlichkeitsschutz und Kunstfreiheit nach der »Esra«-Entscheidung des BVerfG (BVerfGE 119, 1), in: *Jura* 2009, S. 128–136.

*Würkner, Joachim*: Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst, 1994.

### Leitentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

BVerfGE 30, 173 (188ff.) – Mephisto; 36, 321 (330ff.) – Schallplatten; BVerfG (Vorprüfungsausschuß), NJW 1984, 1293 (1294f.) – Sprayer von Zürich; 67, 213 (222ff.) – Anachronistischer Zug; 75, 369 (376ff.) – Strauß-Karikatur; 77, 240 (251ff.) – Herrnburger Bericht; 81, 278 (289ff.) – Bundesflagge; 82, 1 (4ff.) – Hitler-T-Shirt; 83, 130 (138ff.) – Josephine Mutzenbacher; 119, 1 (20ff., Rn. 57ff.) – Esra; BVerfGK 11, 241 (248ff., Rn. 19ff.) – Waldschlößchenbrücke; BVerfGK 13, 115 (116ff., Rn. 6ff.) – Ehrensache.

### Gliederung

	Rn.
A. Herkunft, Entstehung, Entwicklung . . . . .	1
I. Ideen- und verfassungsgeschichtliche Aspekte . . . . .	1
1. Freiheit der Kunst als regulative Idee . . . . .	1
2. Kunst und Kultur als hoheitliche Aufgaben . . . . .	4
3. Kunst und Kultur als Gegenstände der Verfassung . . . . .	6
II. Entstehung und Veränderung der Norm . . . . .	10
1. Entstehung . . . . .	10
2. Metamorphosen der Kunstfreiheit . . . . .	11
B. Internationale, supranationale und rechtsvergleichende Bezüge . . . . .	13
I. Kunst als Gegenstand des internationalen Rechts . . . . .	13
1. Völkerrechtliche Gewährleistungen der Kunstfreiheit . . . . .	14
2. Kunst und Kultur als Regelungsgegenstände des Völkerrechts . . . . .	17
II. Kunst als Gegenstand des Unionsrechts . . . . .	20
1. Unionsrechtliche Gewährleistungen der Kunstfreiheit . . . . .	20
2. Kunst und Kultur als Regelungsgegenstände des Unionsrechts . . . . .	22
III. Rechtsvergleichende Hinweise . . . . .	26
1. Internationale Ebene . . . . .	26
a) Kunstfreiheit . . . . .	26
b) Kunstverfassung . . . . .	28
2. Landesverfassungsrecht . . . . .	29
a) Kunstfreiheit . . . . .	29
b) Kunstverfassung . . . . .	31
C. Erläuterungen . . . . .	33
I. Allgemeine Bedeutung . . . . .	33
1. Die Verfassungsentscheidung für die Freiheit der Kunst . . . . .	34
2. Das Subsystem Kunst als Herausforderung der Rechtswissenschaft . . . . .	35
II. Schutzbereich . . . . .	36
1. Sachlicher Schutzbereich . . . . .	36
a) Kunstbegriffe . . . . .	37
b) Geschützte Tätigkeiten, Schutzzumfang . . . . .	45
c) Schutzbereichsbegrenzung? . . . . .	49
2. Personeller Schutzbereich . . . . .	50
III. Abwehrcharakter . . . . .	51
1. Beeinträchtigungen . . . . .	52
2. Schranken . . . . .	53
3. Grenzen der Einschränkung . . . . .	56
4. Verfassungsrechtliche Einzelfragen . . . . .	59
5. Insbesondere: Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht . . . . .	64
6. Die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte . . . . .	67
IV. Objektiv-rechtliche Gehalte . . . . .	69

1. Schutz- und Förderpflichten . . . . .	70
2. Organisation und Verfahren . . . . .	73
3. Insbesondere: Kulturstaatlichkeit? . . . . .	75
D. Verhältnis zu anderen GG-Bestimmungen. . . . .	76

**Stichwörter**

Abwehrrecht 33 – AEMR 14 – Artes liberales 1 – Ausstrahlungswirkung 70 – Baukunst 62 – Bayerische Rauchkunst 42, 70 – Berufsfreiheit 76 – Beutekunst 19 – Denkmalschutz 5, 31 – Drittwirkung 51 – Eigentum 62, 77 – Elternrecht 65, 77 – EMRK 16 – Entartete Kunst 9 – Esra 12, 50, 64ff., 68 – Europäische Union 20ff. – Fiktionalitätsvermutung 65 – Förderpflicht 10, 24, 29f., 72ff. – Formaler Kunstbegriff 38 – Grundrechtecharta 20 – Indienstnahme 2, 28 – Je-desto-Formel 65 – Jugendschutz 60 – Juristische Personen 50 – Karikaturen 61 – Kommunikationsprozeß 34 – Kontrolldichte 67f. – Kulturgüterschutz 17ff., 28, 31f., 78 – Kulturpolitik 23 – Kulturstaat 4f., 8, 11, 31f., 75, 78 – Kunst als Subsystem 35 – Kunstbegriffe 12, 36ff. – Kunstgenuß 10, 14, 48 – Kunstspezifische Betrachtung 56 – Landesverfassungen 7, 29ff. – Materialer Kunstbegriff 37 – Meinungsäußerungsfreiheit 16, 26, 76 – Menschenrechtspakte 15 – Menschenwürde 61, 65, 76f. – Mephisto 12 – Mißbrauch 42 – Negative Kunstfreiheit 48 – Neutralitätsgebot 73 – Niveau 44, 73 – NS-Zeit 9 – Offener Kunstbegriff 39 – Persönlichkeitsrechte 16, 27, 33, 64ff., 77 – Pornographie 44, 60 – Relationaler Kunstbegriff 40 – Religionsfreiheit 61, 76 – Sachverständige 43, 74 – Satire 61 – Schere im Kopf 57 – Schranken 27, 53ff. – Schutzpflichten 33, 55, 71 – Selbstverständnis 43 – Sprayer von Zürich 49 – Staatliche Symbole 59 – Staatliches Kunstrichtertum 36, 52, 73f. – Straßenkunst 70 – Urheberrecht 3, 8, 14, 26, 29, 63 – Waldschlößchenbrücke 18 – Wechselwirkung 56 – Weimarer Reichsverfassung 6ff. – Werkbereich 45f. – Wesensgehalt 58 – Wirkungsbereich 45, 47 – Zensur 58 – Zitiergebot 58.

**A. Herkunft, Entstehung, Entwicklung**

**I. Ideen- und verfassungsgeschichtliche Aspekte**

**1. Freiheit der Kunst als regulative Idee**

Der Topos von der »Freiheit« der Kunst blickt auf eine lange Tradition zurück<sup>1</sup> – prominent klingt er in der spätantiken Bezeichnung der **artes liberales** an<sup>2</sup>. Gleichwohl fehlt ihm anfangs jede freiheitsverbürgende Wendung gegen einen Träger hoheitlicher Gewalt; der Künstler ist »frei« lediglich in dem Sinne, daß er – im Rahmen des »Kanon« seiner jeweiligen Epoche und Disziplin<sup>3</sup> – Sujet wie Form der Darstellung wählen kann<sup>4</sup>. Schutz gegen ein Einschreiten der Obrigkeit, die Grenzen der Sittlichkeit oder der zulässigen Kritik überschritten sieht, ist damit nicht impliziert<sup>5</sup>.

Dementsprechend ist die **hoheitliche Indienstnahme der Kunst** zu Zwecken des Kultus, der Repräsentation, der Identitätsstiftung wie der Sozialdisziplinierung zwar seit

<sup>1</sup> Die Tradition entfalten *M. Müller*, Die sprachliche Konstituierung einer »deutschen« Kunstgeschichte aus diskursanalytischer Sicht, 2007, S. 9ff.; *B. C. Sievers*, Die Freiheit der Kunst durch Eigentum, 2010, S. 31ff.; *H. Düchting*, Werkstatt Kunst, 2011, S. 8ff.; *Stern*, Staatsrecht IV/2, S. 616ff.

<sup>2</sup> Die Wendung bezeichnet nach ihrem Ursprungskontext wohlgerne diejenigen Künste, die zu erlernen einem Freien ziemlich ist: *J. Christes*, Art. artes liberales, in: DNP II (1997), Sp. 62ff. (62).

<sup>3</sup> Zu diesem Konzept nur *K. H. Bohrer*, Kanon und Invention, in: K. Kollmar-Paulenz u.a. (Hrsg.), Kanon und Kanonisierung, 2011, S. 9ff. (11ff.).

<sup>4</sup> Erste Hinweise zur so verstandenen Kunstfreiheit in einzelnen Epochen bei *A. Reckermann*, Art. Kunst, Kunstwerk, in: *HistWbPhil.* 4 (1976), Sp. 1357ff.; *J. Zimmer*, Art. Kunst/Künste, in: H.J. Sandkühler (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie, Bd. 2, 2010, S. 1359ff. (1360ff.).

<sup>5</sup> Ein frühes Beispiel für obrigkeitliche Sanktionen künstlerischen Schaffens dürfte die Verbanung des *Ovid* nach Tomi sein: näher *E. J. Kenney*, Art. Ovidius Naso, Publius, in: DNP IX (2000), Sp. 110ff. (111); für das 19. Jahrhundert sei an die Maßnahmen gegen *Heine* erinnert: *B. Kortländer*, »Censur muß sein.«, in: ders./E. Stahl (Hrsg.), Zensur im 19. Jahrhundert, 2012, S. 11ff. (11ff.).

den frühen Hochkulturen<sup>6</sup> bis in die Gegenwart hinein zu beobachten<sup>7</sup>, wird aber praktisch nicht problematisiert, sondern ist als **Mäzenatentum** grundsätzlich positiv konnotiert<sup>8</sup>. Erste kritische Ansätze lassen sich hier in der Renaissance verzeichnen<sup>9</sup>. Sie verdichten sich im Kern in der (späten) Aufklärungszeit zu einem kritischen Diskurs, der Kunst als eigenständige Form gesellschaftlicher Kommunikation wahrnimmt, die distinkten Gesetzen folgt und zugleich besonderen Gefahren durch hoheitliche Ingerenzen ausgesetzt ist<sup>10</sup>. Daran schließen sich im 19. Jahrhundert erste Forderungen nach einer Gewährleistung der Kunstfreiheit an, die allerdings ohne greifbare Resonanz bleiben (→ Rn. 6)<sup>11</sup>.

- 3 Noch früher als der Ruf nach dem so verstandenen Schutz der Kunst *gegen* den Staat artikuliert sich der nach ihrem Schutz *durch* den Staat, konkret nach der Sicherung des **Urheberrechts der Künstler** und Schriftsteller<sup>12</sup>. Sie wird zur zentralen Forderung des aufklärerischen Naturrechts seit dem 17. Jahrhundert<sup>13</sup>. Bahnbrechend wirken hier nach frühen englischen Vorläufern<sup>14</sup> die Kodifikationen der französischen Revolution von 1791 und 1793<sup>15</sup>. Deutschland öffnet sich dieser Entwicklung erst mit einiger Verspätung im 19. Jahrhundert (→ Rn. 8).

## 2. Kunst und Kultur als hoheitliche Aufgaben

- 4 Die heute als Problem der objektiven Wirkung der Kunstfreiheit diskutierte Maxime der **Kulturstaatlichkeit** (→ Rn. 11, 75) wird in der deutschen Debatte gemeinhin mit den Namen von *Herder*, *Fichte* und *Wilhelm von Humboldt* assoziiert<sup>16</sup>. Versteht man sie in dieser Tradition im Kern als Verpflichtung auf einen weit verstandenen Staats-

<sup>6</sup> Vgl. *R. Herzog*, Staaten der Frühzeit, 2. Aufl. 1998, S. 105f.; *A.A. Donohue*, Art. Kunstinteresse, in: DNP VI (1999), Sp. 919ff. (921); *K. Korinek*, Staat und Kunst, 2006, S. 13ff.; zur historischen Indienstnahme der Kunst durch Religionen *R. Potz*, Das Konfliktfeld Kunst – Religion – Recht, in: P. Werkner/F. Höpfel (Hrsg.), Kunst und Staat, 2007, S. 51ff. (54ff.).

<sup>7</sup> Eingehend zu Kunst bzw. ihren Erzeugnissen als Teil der symbolischen Kommunikation von Herrschaft *W. Reinhard*, Geschichte der Staatsgewalt, 2. Aufl. 2000, S. 80ff.; vgl. zum Konzept der symbolischen Kommunikation *B. Stollberg-Rilinger*, Des Kaisers alte Kleider, 2008, S. 9ff.

<sup>8</sup> Siehe etwa mit politischem Potential *K. Losleben*, Musik – Macht – Patronage, 2012, S. 31ff., 70ff.

<sup>9</sup> Nachweise bei *C.-H. Heuer*, Die Besteuerung der Kunst, 2. Aufl. 1984, S. 4ff.

<sup>10</sup> Wirkmächtig ist hier der Beitrag *Kants: Zimmer*, Kunst (Fn. 4), S. 1361f. sowie *F. Voßkuhler*, Kunst als Mythos der Moderne, 2004, S. 448ff.; vgl. zur Entwicklung ferner *J.H. Petersen*, Mimesis – Imitatio – Nachahmung: eine Geschichte der europäischen Poetik, 2000, S. 187ff.; *Stern*, Staatsrecht IV/2, S. 608f.

<sup>11</sup> Entsprechende Forderungen wie die (Zensur-)Praxis schildert *J. Wirkner*, Das Bundesverfassungsungsgericht und die Freiheit der Kunst, 1994, S. 17ff.; instruktiv ferner *K.-H. Ladeur*, in: AK-GG, Art. 5 Abs. 3 II (2001), Rn. 3f.

<sup>12</sup> Vgl. *E. Windisch*, Art. Urheberrecht, in: HRG V, Sp. 571ff.; *E. Wadle*, Urheberrecht zwischen Gestern und Morgen, 2007, S. 11ff.

<sup>13</sup> Siehe *E. Höffner*, Geschichte und Wesen des Urheberrechts, Bd. 1, 2010, S. 71ff.; *R.M. Preuß*, Naturrecht oder positivistisches Konzept, 2010, S. 38ff.

<sup>14</sup> Näher *Preuß*, Naturrecht (Fn. 13), S. 29ff.

<sup>15</sup> Vgl. dazu *J. Schmidt-Szalewski*, Evolution du droit d'auteur en France, in: E. Wadle (Hrsg.), Historische Studien zum Urheberrecht in Europa, 1993, S. 151ff. (152); *Höffner*, Urheberrecht (Fn. 13), S. 286ff.; *Sievers*, Freiheit (Fn. 1), S. 36ff.

<sup>16</sup> Siehe *H. Schelsky*, Die Idee des Kulturstaates als Grundlage staatlicher Hochschulpolitik, in: P. Häberle (Hrsg.), Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, 1982, S. 178ff.; *M.-E. Geis*, Kulturstaat und kulturelle Freiheit, 1990, S. 123ff. sowie zuletzt *K. Stern*, Die Freiheit der Kunst und der Wissenschaft als Grundlage der Kulturstaatlichkeit, in: W.C. Zimmerli/L. Knopp (Hrsg.), Freiheit von Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre – was heißt das nach Bologna?, 2012, S. 69ff. (70f.).

zweck »Kultur«<sup>17</sup>, so trägt sie von Beginn an den Keim zweier Gefahren in sich: Auf der einen Seite provoziert Förderung aller Art wiederum eine Indienstnahme dieser Kultur für staatliche Zwecke<sup>18</sup>. Umgekehrt stellt jede Form der Verpflichtung auf »Kultur« die Frage nach dem damit in Bezug genommenen Normprogramm und seiner Konkretisierung<sup>19</sup>. Daß für *Smend* die Deutung der Grundrechte als »Kultursystem« eine wichtige Rolle für seine Integrationslehre spielte<sup>20</sup>, illustriert die Interpretations-offenheit und damit Mißbrauchsanfälligkeit jeder Orientierung an einem komplexen Begriff wie »Kultur«<sup>21</sup>.

Weniger problematisch und erheblich deutlicher konturiert ist als Ausschnitt einer staatlichen Kultursorge die Idee des Schutzes von konkreten **Denkmälern der Kunst und Kultur**<sup>22</sup>. Während diese in Antike und Mittelalter primär als Kultstätten, vereinzelt als symbolische Orte von herrschaftsfundierender Bedeutung geschützt werden<sup>23</sup>, setzt sich wiederum in der Neuzeit der Gedanke durch, daß Denkmäler um ihrer selbst willen Schutz verdienen<sup>24</sup>. Er manifestiert sich seit den Policeyordnungen in einer ganzen Fülle von einschlägigen Vorschriften (→ Rn. 8). Speziell im 19. Jahrhundert erfährt er allerdings typischerweise eine Verengung in Gestalt des ausschließlichen oder doch hervorgehobenen **Schutzes des »nationalen Erbes«**<sup>25</sup>.

### 3. Kunst und Kultur als Gegenstände der Verfassung

Die Gewährleistung der Freiheit der Kunst findet erst spät Aufnahme in die deutschsprachigen Verfassungsurkunden<sup>26</sup>; als Erstling gilt gemeinhin **Art. 142 WRV**, der Kunst neben der Wissenschaft und ihrer Lehre für »frei« erklärt (S. 1) und den Staat zur Gewährung von Schutz wie zur Teilnahme an ihrer Pflege verpflichtet (S. 2)<sup>27</sup>. Von

<sup>17</sup> Näher *K.-P. Sommermann*, Kultur im Verfassungsstaat, VVDStRL 65 (2006), S. 7ff. (40ff.).

<sup>18</sup> Diese Sorge schon bei *W. v. Humboldt*, Über die innere und äußere Organisation der höheren wissenschaftlichen Anstalten in Berlin (1810), in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. X, 1903, S. 250ff. (255); vgl. aus der modernen Literatur *H. Graul*, Künstlerische Urteile im Rahmen der staatlichen Förderungstätigkeit, 1970, S. 105ff.; *K. Schlaich*, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, S. 256ff.; *B. Geißler*, Staatliche Kunstförderung nach Grundgesetz und Recht der EG, 1995, S. 34ff., 66f.

<sup>19</sup> Ähnlich *E. G. Mahrenholz*, HdbVerfR II, § 26 Rn. 125 sowie *A. v. Arnould*, HStR<sup>3</sup> VII, § 167 Rn. 80ff., 88.

<sup>20</sup> *R. Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. 1994, S. 119ff. (265: »Kultur-, ein Wertsystem«). Vgl. zur problematischen Stoßrichtung der Integrationslehre statt aller *H. Dreier*, Integration durch Verfassung? Rudolf Smend und die Grundrechtsdemokratie, in: FS H. P. Schneider, 2008, S. 70ff. (76ff.).

<sup>21</sup> Wie hier pointiert *S. Huster*, Kultur im Verfassungsstaat, VVDStRL 65 (2006), S. 51ff. (75ff.).

<sup>22</sup> Materialreich und mit umfangreichen w.N. *K. Odendahl*, Kulturgüterschutz, 2005, S. 7ff.; knapper *F. Fechner*, Kulturgüterschutz und Denkmalschutz, in: FS Fiedler, 2011, S. 373ff. (377f.).

<sup>23</sup> Prominentes Beispiel ist die Konservierung der »Hütte des Romulus« durch die römische Republik: *U. Walter*, »Memoria« und »res publica«, 2004, S. 179ff.

<sup>24</sup> Nochmals mit w.N. *Odendahl*, Kulturgüterschutz (Fn. 22), S. 11ff.

<sup>25</sup> Dazu *H.-J. Wörner*, Kurze Geschichte des Denkmalschutzes und der Denkmalpflege in Deutschland, in: A. Gebeßler/W. Eberl (Hrsg.), Schutz und Pflege von Baudenkmalern in der Bundesrepublik Deutschland, 1980, S. 7ff.; *F. Hammer*, Die geschichtliche Entwicklung des Denkmalrechts in Deutschland, 1995, S. 44ff., 81ff.

<sup>26</sup> Über die Verfassungsgeschichte der Kunstfreiheit orientieren *E. Beling*, Kunstfreiheit und Rechtsbann, in: FS Wölfflin, 1924, S. 19ff. (19ff.); *H.-R. Ropertz*, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, 1966, S. 23ff.; *L. Leiss*, Kunst im Konflikt, 1971, S. 81ff.; *Wirkner*, Bundesverfassungsgericht (Fn. 11), 1994, S. 16ff.; *C. Dierksmeier*, JZ 2000, 883 (883f.); *Stern*, Staatsrecht IV/2, S. 605ff.

<sup>27</sup> *Pernice* → Bd. I<sup>2</sup>, Art. 5 III (Kunst), Rn. 3; *F. Hufen*, HGR IV, § 101 Rn. 9; *Stern*, Kulturstaatlichkeit (Fn. 16), S. 75.

der Weimarer Staatsrechtslehre wird die Kunstfreiheit eher spärlich bedacht<sup>28</sup>: Sie gilt in der Terminologie der Zeit als »reichsverfassungskräftiges« Grundrecht<sup>29</sup>, das lediglich Einschränkungen durch verfassungsändernde Reichsgesetze dulden muß. Die Lehre überträgt dabei aus Art. 118 bzw. 135 WRV den Vorbehalt der allgemeinen Gesetze (→ Rn. 53; → Art. 5 I, II Rn. 136ff.)<sup>30</sup>. Die Schutz- bzw. Pflegepflicht wird hingegen einhellig als bloßer Programmsatz eingeschätzt<sup>31</sup>; Gleiches gilt für die ergänzenden Bestimmungen des **Art. 150 WRV** (Schutz der Kunstdenkmäler bzw. Kulturgüter<sup>32</sup>) sowie des **Art. 158 WRV**, der den Schutz des Urheberrechts der Künstler im In- (Abs. 1) wie im Ausland (Abs. 2) zum Gegenstand hat<sup>33</sup>.

7 Parallelbestimmungen zu Art. 142 WRV finden sich in den **Landesverfassungen** von Bayern (Jan. 1919: Ziff. 8; März 1919: § 9; Aug. 1919: § 20), Mecklenburg-Schwerin (1920: § 18), Schwarzburg-Sondershausen (1919: § 12) und Württemberg (Mai 1919: § 13) sowie in den eng an die Reichsverfassung angelehnten Verfassungen der Freien Stadt **Danzig** (1920: Art. 100; 1922/1930: Art. 101)<sup>34</sup>. Sie enthalten teils auch dem Art. 150 WRV vergleichbare Kulturgüterschutzklauseln<sup>35</sup>.

8 Vor 1919 lassen sich demgegenüber lediglich Teilregelungen bzw. **funktionale Äquivalente** zum Schutz der Kunstfreiheit benennen: Sofern sich der Künstler der Ausdrucksform des Druckwerks bedient (Romane, Gedichte, Theaterstücke, aber auch und gerade Karikaturen: → Rn. 61), hat er Anteil an dem sich im 19. Jahrhundert langsam entwickelnden und stets prekären Schutz der **Pressefreiheit** (→ Art. 5 I, II Rn. 4)<sup>36</sup>. Normativ anerkannt wird die Eigengesetzlichkeit des Sachbereichs »Kunst« zumindest partiell in Gestalt des sich herausbildenden **Urheberrechts**<sup>37</sup>. Schließlich finden sich vereinzelt verfassungsrechtliche Regelungen, die im weitesten Sinne heutigen Konzepten einer »**Kulturstaatlichkeit**« (→ Rn. 4, 75) zugeordnet werden können:

<sup>28</sup> Vgl. – außer den Kommentierungen zu Art. 142 WRV – namentlich *F. Kitzinger*, Art. 142 S. 1. Die Freiheit der Wissenschaft und der Kunst, in: H. C. Nipperdey (Hrsg.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, Bd. 2, 1930, S. 449ff. sowie symptomatisch *J. V. Bredt*, *Der Geist der Deutschen Reichsverfassung*, 1924, S. 304, der Art. 142 WRV als »Sätze, welche nicht weiter besprochen zu werden brauchen«, schlicht übergeht. Vgl. dazu auch *Ladewig* (Fn. 11), Art. 5 Abs. 3 II Rn. 5; *Stern*, *Staatsrecht IV/2*, S. 606.

<sup>29</sup> *Anschütz*, WRV, vor Art. 109 Anm. 7 (S. 517). – Vgl. zu dieser auf *Thoma* zurückgehenden Klassifizierung nur *H. Dreier*, HGR I, § 4 Rn. 26.

<sup>30</sup> *Anschütz*, WRV, Art. 142 Anm. 2f. (S. 658ff.); ähnlich auch *F. Poetzsch-Heffter*, *Handkommentar der Reichsverfassung vom 11. August 1919*, 3. Aufl. 1928, Art. 142 Anm. 2 (S. 459); *L. Gebhard*, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 1932, Art. 142 Anm. 3 (S. 519); *F. Giese*, *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, 8. Aufl. 1931, Art. 142 Anm. 1 (S. 299); *Kitzinger*, Art. 142 S. 1 (Fn. 28), S. 459ff. m. w. N.

<sup>31</sup> Siehe nur *Anschütz*, WRV, Art. 142 Anm. 6 (S. 665): »Satz 2 ist ohne selbständige Bedeutung«.

<sup>32</sup> Zur Deutung namentlich *A. Schmidt*, Art. 150. Denkmalschutz, in: Nipperdey, *Grundrechte* (Fn. 28), Bd. 3, 1930, S. 99ff.; *Anschütz*, WRV, Art. 150 Anm. 1f. (S. 695f.); *Gebhard*, WRV (Fn. 30), Art. 150 Anm. 1ff. (S. 537f.).

<sup>33</sup> Statt aller *Giese*, WRV (Fn. 30), Art. 157 Anm. 1ff. (S. 324) und *Anschütz*, WRV, Art. 158 (S. 730).

<sup>34</sup> Texte in *F. Wittreck* (Hrsg.), *Weimarer Landesverfassungen*, 2004, S. 102, 105, 110, 389, 574, 700, 803, 827, 850.

<sup>35</sup> Siehe Art. 108 resp. 109 der Danziger Verfassungen von 1920 bzw. 1922/1930: *Wittreck*, *Landesverfassungen* (Fn. 34), S. 804, 829, 851.

<sup>36</sup> Ansätze dazu bei *Stern*, *Staatsrecht IV/2*, S. 609ff.; vgl. *F. Wittreck*, *Presse*, in: *Ehlers/Fehling/Pänder*, *Bes. VerwR*, i.E., § 60 Rn. 7f.

<sup>37</sup> Siehe den einschlägigen Bundesbeschuß von 1834 sowie Art. 4 Ziff. 6 der RVerf. von 1871. – Näher dazu *H. Hubmann*, *Geistiges Eigentum*, in: *Die Grundrechte IV/1*, S. 1ff. (7ff.); *S. Balthasar*, *Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrecht*, 2006, S. 83ff., 92, 95ff.

So taucht der Schutz der »Denkmäler der Kunst oder des Altertums« als regelungsbedürftige Staatsaufgabe in der Verfassung der Hansestadt Lübeck (1907: Art. 69 I Nr. 5) auf<sup>38</sup>. Überwiegend erfolgen solche und vergleichbare Regelungen aber ausschließlich auf der Ebene des einfachen Gesetzes<sup>39</sup>.

Im entstehenden **Recht des NS-Regimes** finden sich zwar keine Gewährleistungen der Kunstfreiheit<sup>40</sup>, aber einige eher irrlichternde Regelungen, die die Pflege der Kunst entweder ausdrücklich als Staatsaufgabe ausweisen<sup>41</sup> oder »Vertreter der Kunst« in einem pluralistisch verbrämten Ständemodell als relevante Repräsentanten ansprechen<sup>42</sup>. Die bewußt forcierte Indiennahme der Kunst wie der Art. 5 III 1 GG als Trauma präsenste Kampf gegen »entartete« **Kunst**<sup>43</sup> bedienen sich – wenn überhaupt – nur noch der Instrumentarien des einfachen Rechts<sup>44</sup>.

## II. Entstehung und Veränderung der Norm

### 1. Entstehung

Über das »Ob« der Gewährleistung der Kunstfreiheit bestand im Parlamentarischen Rat von Anfang an **Konsens**<sup>45</sup>. Bereits Art. 15 I HChE gewährleistet in enger Anlehnung an Art. 142 S. 1 WRV (→ Rn. 6) die Freiheit der Kunst, der Wissenschaft und ihrer Lehre, verzichtet aber auf die Schutz- und Pflegeklausel<sup>46</sup>. Während um die Forschungs- und insbesondere Lehrfreiheit (bzw. ihre Grenzen) erbittert gerungen wurde (→ Art. 5 III [Wissenschaft], Rn. 3), sind über die Kunstfreiheit praktisch keine Debatten zu verzeichnen: Insbesondere bleiben Überlegungen vereinzelt und ohne Resonanz, den Staat wieder explizit in eine Form der Schutz- oder **Förderpflicht** zu nehmen<sup>47</sup>. Im Abgleich mit Art. 27 AEMR (→ Rn. 14) wird im Grundsatzausschuß ferner

<sup>38</sup> Text in Wittreck, Landesverfassungen (Fn. 34), S. 329. Konkret werden Verfügungen über solche Denkmäler der Zuständigkeit des Bürgerausschusses überantwortet und damit dem Senat entzogen. – Die Forderung nach der Aufnahme einer Kulturklausel in die Reichsverfassung erhebt mitten im Krieg (erkennbar zur Abwehr gegnerischer Propaganda) *K. Behm*, Europäische Staats- und Wirtschafts-Zeitung 1916, 819 (821).

<sup>39</sup> Materialreich *Odendahl*, Kulturgüterschutz (Fn. 22), S. 15f., 40ff.

<sup>40</sup> Instruktiv *Würkner*, Bundesverfassungsgericht (Fn. 11), S. 34ff.

<sup>41</sup> So § 1 des Thüringer Ermächtigungsgesetzes v. 3.3. 1933: Wittreck, Landesverfassungen (Fn. 34), S. 657.

<sup>42</sup> So § 5 (3. Gruppe) des Gesetzes über den [Preußischen] Staatsrat v. 8.7. 1933: Wittreck, Landesverfassungen (Fn. 34), S. 487.

<sup>43</sup> Instruktiv dazu die jetzt Reihe der Berliner Forschungsstelle »Entartete Kunst«, zuletzt *A. Hüneke*, Kunst am Pranger, 2011 sowie *R. März/A. Hollmann*, Hermann Göring und sein Agent Josef Angerer, 2011.

<sup>44</sup> Nachgewiesen in *K.F. Schrieber*, Das Recht der Reichskulturkammer, 1935.

<sup>45</sup> Wie hier *C. Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/ders., GG I, Art. 5 Rn. 298; *F. Hufen*, HGR IV, § 101 Rn. 11. – Vgl. zusammenfassend zur Entstehungsgeschichte JöR 1 (1951), S. 89ff.; *G. Erbel*, Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie, 1966, S. 63f.; *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 III (1977), Rn. 9ff.; *J. Hoffmann*, Die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes und die Organisation einer Mediengewerkschaft, 1981, S. 186ff.; *Ladeur* (Fn. 11), Art. 5 Abs. 3 II Rn. 8; *Stern*, Staatsrecht IV/2, S. 617ff. – Entwurfsfassungen in Parl. Rat VII, S. 4, 39, 93, 137, 209, 306, 341, 398, 445, 457, 498, 533, 572, 610, 613.

<sup>46</sup> Parl. Rat II, S. 581; vgl. zur Debatte ebd., S. 73ff., 511.

<sup>47</sup> Vgl. zu einem vereinzelt Vorstoß der DP, der im Grundsatzausschuß scheiterte, JöR 1 (1951), S. 90 sowie Parl. Rat V/2, S. 681f. (lapidar Abg. *Heuss*: »Die Fassung [...] ist Unsinn«; ebd., S. 682). Vgl. dazu noch *Stern*, Kulturstaatlichkeit (Fn. 16), S. 69f.



ein reziprokes **Recht auf Kunstgenuß** erwogen, aber einhellig verworfen<sup>48</sup>. Die Aufnahme der zunächst separat in Art. 10 gewährleisteten Freiheiten in den späteren Art. 5 GG erfolgt erst durch den Allgemeinen Redaktionsausschuß<sup>49</sup>; eine Diskussion über die Einpassung der Kunstfreiheit in die Schrankensystematik dieser Norm (→ Art. 5 I, II Rn. 136ff.) findet dabei nicht statt. Zugleich ist die anfangs noch vorgesehene Erstreckung der Zensurklausel des Art. 5 I 3 GG (→ Art. 5 I, II Rn. 170ff.) auf das Theater (→ Rn. 58) erst verhältnismäßig spät endgültig fortgefallen<sup>50</sup>.

## 2. Metamorphosen der Kunstfreiheit

- 11 Art. 5 III 1 GG ist bislang normtextlich unverändert geblieben; auch lassen sich keine substantiierten Vorstöße in Richtung einer Änderung der Vorschrift verzeichnen. Anderes gilt für die ausgedehnte Debatte um die **Aufnahme eines Staatsziels »Kultur«** in das Grundgesetz<sup>51</sup>, wie sie insbesondere in den achtziger Jahren sowie nach der Jahrtausendwende geführt worden ist<sup>52</sup>. Nach hier vertretener Auffassung verspricht die Aufnahme einer solchen im Kern symbolischen Norm keinen Gewinn; ihr Gewährleistungsgehalt geht entweder nicht substantiell über die inzwischen entwickelten objektiv-rechtlichen Gehalte der Kunstfreiheit hinaus (→ Rn. 69ff.)<sup>53</sup> oder führt zu Wertungswidersprüchen mit anderen Rechtswerten von Verfassungsrang<sup>54</sup>. Generell ist an dieser Stelle davor zu warnen, die Verfassung ohne Not mit ideellen Garantien anzureichern, die in der gerichtlichen Abwägungspraxis keine Steuerungswirkung zu entfalten vermögen (→ Art. 20 [Einführung], Rn. 15).
- 12 Wichtiger als der (statische) Normbefund ist die höchst dynamische **Entwicklung und Entfaltung des Kunstbegriffs** und damit des Garantiebereichs der Kunstfreiheit durch Kunstszene, Rechtsprechung und Wissenschaft. Während das Grundrecht anfangs von Literatur wie Judikatur eher stiefmütterlich behandelt wurde<sup>55</sup>, haben beide

<sup>48</sup> Lakonische Wortmeldungen in Parl. Rat V/2, S. 682.

<sup>49</sup> JöR 1 (1951), S. 91; vgl. auch Parl. Rat VII, S. 498.

<sup>50</sup> Sie begegnet auf Anregung von *Thoma* in der Fassung des allgemeinen Redaktionsausschusses zu Art. 8 (Abs. 1 S. 2): JöR 1 (1951), S. 81; vgl. auch Parl. Rat VII, S. 3f., 38; der Grundsatzausschuß schlägt nach intensiver Debatte eine an Art. 118 II WRV angelehnte Fassung vor, ohne die Theaterzensur eigens zu würdigen: Parl. Rat V/2, S. 648ff.; JöR 1 (1951), S. 83.

<sup>51</sup> Konkrete Gesetzesvorschläge haben die Sachverständigenkommission »Staatszielbestimmung/Gesetzgebungsaufträge« (Bundesminister des Innern/Bundesminister der Justiz [Hrsg.], Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge, 1983, S. 106, 128; Ergänzung von Art. 20 I und Art. 28 I 1 GG) sowie die Enquete-Kommission »Kultur in Deutschland« vorgelegt: BT-Drs. 15/5560, S. 2, 12 (Einfügung eines Art. 20b GG; erneut vorgelegt als BT-Drs. 16/387). Dazu nur *Sommermann*, Kultur (Fn. 17), S. 12ff.; *P. Häberle*, JöR 57 (2009), 641 (645ff.) sowie *Stern*, Kulturstaatlichkeit (Fn. 16), S. 72f.

<sup>52</sup> Prominente Voten für die Aufnahme etwa eines Art. 20b in die Verfassung: *R. Rubel*, JA 1993, 296 (297); *B. Pieroth/A. Siegart*, RdJB 4 (1994), 438 (449ff.); *J. Caspar/M. Geissen*, NVwZ 2002, 913 (914, 917); *C. Weiss*, RuP 41 (2005), 142 (144ff.); *A. Humberg*, ZRP 2007, 57 (59f.); *P. Häberle*, JöR 57 (2009), 641 (645ff.). – Contra-Position bei *E. Wienholtz*, AöR 109 (1984), 532 (536f.); *J. Isensee*, NJW 1993, 2583 (2584f.).

<sup>53</sup> Ähnlich *W. Vitzthum*, Staatszielbestimmungen und Grundgesetzreform, in: GedS Grabitz, 1995, S. 819ff. (834f., 847ff.).

<sup>54</sup> Darauf stellt ebenfalls ab *D. Merten*, DÖV 1993, 368 (374ff.).

<sup>55</sup> *H. Ridder*, Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, 1963, S. 7: Art. 5 III 1 GG als »terra incognita des Verfassungsrechts«. Auch das Bundesverfassungsgericht hat sich erstmals 1971 (BVerfGE 30, 173 [188ff.] – *Mephisto*) ernsthaft mit der Kunstfreiheit auseinandergesetzt (anders die Verwaltungsgerichte; vgl. nur BVerwGE 1, 303 [304ff.] – *Die Sünderin*). Instruktive »Konfliktgeschichte« bei *Ladueur* (Fn. 11), Art. 5 Abs. 3 II Rn. 14ff.

seit den siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts die tiefgreifenden Umbrüche in Kunstphilosophie, Kunsttheorie wie bildender Kunst aufgegriffen und damit auch den effektiven Garantiebereich der Kunstfreiheit neu ausbuchstabiert<sup>56</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Wende in seinen Leitentscheidungen nachvollzogen<sup>57</sup>, unter denen namentlich die **Mephisto-** und zuletzt die **Esra-**Entscheidung (→ Rn. 64ff.) als Marksteine gelten dürfen, die jeweils einer richterrechtlichen Neukodifikation der Kunstfreiheit nahekommen<sup>58</sup>.

## B. Internationale, supranationale und rechtsvergleichende Bezüge

Im Zentrum der folgenden Darstellung stehen naturgemäß Gewährleistungen der Kunstfreiheit als Individualrecht (→ Rn. 14ff.). Verlässliche Auskunft über deren Reichweite verschafft aber nur ein Rechtsvergleich, der auch mögliche »Gegenrechte« der Kunstfreiheit berücksichtigt, namentlich das Persönlichkeitsrecht (→ Rn. 64ff.; → Art. 2 I Rn. 69ff.). In objektivrechtlicher Perspektive ist schließlich zu fragen, ob sich in Verfassungsurkunden oder anderen Dokumenten Klauseln finden, die Kunst (oder weiter gefaßt Kultur) zum Regelungsgegenstand machen (→ Rn. 17ff.).

### I. Kunst als Gegenstand des internationalen Rechts

#### 1. Völkerrechtliche Gewährleistungen der Kunstfreiheit

Die **Allgemeine Erklärung der Menschenrechte** widmet sich primär nicht dem Künstler, sondern dem Kunstgenuß: Art. 27 I AEMR gewährleistet das Recht, »sich an den Künsten zu erfreuen«. Erst Art. 27 II AEMR wendet sich an den Künstler und spricht ihm das Recht auf den Schutz der »geistigen und materiellen Interessen« zu, die ihm aus seinem Werk erwachsen. Während die materiellen Interessen erkennbar auf das Urheberrecht (→ Rn. 3, 59) abzielen, wird man die geistigen als Anspruch auf Verbreitung des Kunstwerks und Unterlassung von Sanktionen deuten können<sup>59</sup>. Als bloße Resolution der Vollversammlung mangelt der AEMR die unmittelbare Rechtswirkung, sie ist aber relevant wegen ihrer Vorbildfunktion für weitere völkerrechtliche Gewährleistungen (→ Rn. 15) sowie zahlreiche Staatsverfassungen<sup>60</sup>.

Völkerrechtliche Verbindlichkeit kommt demgegenüber den einschlägigen Gewährleistungen der **UN-Menschenrechtspakte** von 1976 zu: Art. 19 II IPbPR garantiert das

<sup>56</sup> Beispielhaft *N. Luhmann*, Die Kunst der Gesellschaft (1995), 2008, S. 428ff. (430ff.); *R. Schmücker*, Was ist Kunst?, 1998, S. 270ff.; *L. Zuidervaart*, Art in Public, Cambridge u. a. 2011; *B. Kleimann/R. Schmücker* (Hrsg.), Wozu Kunst?, 2012. – Methodensensible rechtswissenschaftliche Rezeption bei *A. v. Arnould*, HStR<sup>3</sup> VII, § 167 Rn. 28ff., 43ff.

<sup>57</sup> Eingehende Würdigung seiner Rolle bei *Wirkner*, Bundesverfassungsgericht (Fn. 11), S. 6ff., 53ff.

<sup>58</sup> Ähnlich *C. Eichner/Y.-G. Mix*, Internationales Archiv für Sozialgeschichte der Literatur 32 (2007), 183 (224); *E.I. Obergfell*, ZUM 2007, 910 (914); *T. Gostomzyk*, NJW 2008, 737 (737); *P. Raue*, AfP 2009, 1 (1); *M. Robak*, AfP 2009, 325 (325).

<sup>59</sup> So auch *A. Eide*, Cultural Rights as Individual Human Rights, in: ders./C. Krause/A. Rosas (Hrsg.), Economic, Social and Cultural Rights, 2. Aufl. Leiden 2001, S. 289ff. (292); anders hingegen *L. Shaver*, Wisconsin Law Review 2010, 121 (154f., 172ff.): zentrale Aussage sei ganz im Gegenteil der offene Zugang zu Wissenschafts- und Kulturgütern.

<sup>60</sup> Zum Einfluß der AEMR auf das Grundgesetz nur *H. Dreier*, DVBl. 1999, 667 (672ff.) sowie *D. Eberhardt*, MRM 2009, 162ff.



Recht auf freie Meinungsäußerung und führt die Verbreitung oder Beschaffung von Kunstwerken ausdrücklich als Regelbeispiel an, schützt also den Künstler wie den Kunstinteressierten gleichermaßen<sup>61</sup>. Die Parallelverbürgung in Art. 15 III IPwskR verpflichtet die Vertragsstaaten vergleichsweise vage, »creative activity« zu achten bzw. die dafür notwendige Freiheit zu gewähren. Die bisherige Spruchpraxis der Paktgremien zum IPbpr ist für die Kunstfreiheit allerdings eher unergiebig<sup>62</sup>.

- 16 Im Konventionsrecht des Europarates ist die Kunstfreiheit lediglich als Teilgehalt der Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 10 EMRK) geschützt, ohne eigens erwähnt zu werden<sup>63</sup>. Gleichwohl geht der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in ständiger Rechtsprechung davon aus, daß die Kunst als eigener Sachbereich einem distinkten Schutzregime untersteht<sup>64</sup>. Der fehlende textliche Selbststand der Kunstfreiheit zeitigt gleichwohl Folgen in der Rechtsprechung des Gerichtshofes: Namentlich im Interesse des Schutzes der Persönlichkeitsrechte (Art. 8 EMRK; → Art. 2 I Rn. 11) solcher Menschen, die unfreiwillig zum Gegenstand künstlerischer Darstellung werden, unterwirft das Gericht die Kunstfreiheit Sorgfaltspflichten, die an der Meinungsäußerungsfreiheit orientiert sind und sich kaum als kunstadäquat erweisen<sup>65</sup>. Auch die Möglichkeit, künstlerische Betätigung zum »Schutz der Moral« (Art. 10 II EMRK) in die Schranken zu weisen, wird extensiv interpretiert, da das Gericht den Konventionsstaaten diesbezüglich einen weiten Einschätzungsspielraum zuspricht<sup>66</sup>.

## 2. Kunst und Kultur als Regelungsgegenstände des Völkerrechts

- 17 Der völkerrechtliche Schutz von Objekten der Kunst und Kultur hat sich im 20. Jahrhundert als eigenständiges Rechtsgebiet des Völkerrechts etabliert<sup>67</sup>. Er ist insofern **fragmentiert**, als die einschlägigen Abkommen verschiedenen Sachbereichen des in-

<sup>61</sup> Näher *Nowak*, CCPR, Art. 19 Rn. 14f.; *U. Hoppe*, Die Kunstfreiheit als EU-Grundrecht, 2011, S. 66f. – Gegen einen Schutz der Kunstfreiheit durch Art. 19 IPbpr allerdings *W. Frenz*, Handbuch Europarecht IV, 2009, Rn. 2318.

<sup>62</sup> Daß die Kunstfreiheit vom IPbpr geschützt wird, hat das Human Rights Committee in seinem General Comment Nr. 34 von 2011 klargestellt, UN-Doc. CCPR/C/GC/34, Rn. 11; aus der Rechtsprechung z. B. *Hak-Chul Shin v. Republic of Korea*, Nr. 926/2000, UN-Doc. CCPR/C/80/D/926/2000. – Unergiebig leider auch *M.A. Trilsch*, Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht, 2012, die den Anspruch des Titels zumindest in Sachen »kulturelle Rechte« schlicht nicht einlöst.

<sup>63</sup> Einhellige Auffassung: vgl. EGMR Nr. 10737/84, 24. 5. 1988, Sér. A/133 – *Müller u. a./Schweiz*, Rn. 27; *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 10 Rn. 39; *F. Hufen*, HGR IV, § 101 Rn. 72; *Hoppe*, Kunstfreiheit (Fn. 61), S. 35.

<sup>64</sup> Vgl. EGMR Nr. 10737/84, 24. 5. 1988, Sér. A/133 – *Müller u. a./Schweiz*; EGMR 1999 IV, Nr. 23168/94 (GC) – *Karatas/Türkei*, Rn. 49ff., ECHR Research Division, Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights (2011), [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); aus der Literatur *R. Grote/N. Wenzel*, in: *Grote/Marauhn*, EMRK/GG, 2006, Kap. 18 Rn. 126 sowie *Hoppe*, Kunstfreiheit (Fn. 61), S. 37ff.

<sup>65</sup> Siehe EGMR Nr. 10737/84, 24. 5. 1988, Sér. A/133 – *Müller u. a./Schweiz*, Rn. 27ff., 34 sowie EGMR Nrn. 21279/02 und 36448/02, 22. 10. 2007 – *Lindon, Otchakovsky-Laurens und July/Frankreich*, Rn. 31, 39ff.; vgl. dazu (kritisch) *Grote/Wenzel* (Fn. 64), Kap. 18 Rn. 126f.; eher referierend *Hoppe*, Kunstfreiheit (Fn. 61), S. 56.

<sup>66</sup> Vgl. hierzu EGMR Nr. 13470/87, Sér. A 295-A – *Otto-Preminger-Institut*, Rn. 56; kritisch *C. Calliess*, EuGRZ 1996, 293 (294ff.); vgl. noch *Hoppe*, Kunstfreiheit (Fn. 61), S. 54f.

<sup>67</sup> Vgl. im ersten Zugriff *M.P. Wyss*, Kultur als eine Dimension der Völkerrechtsordnung, 1992, S. 189ff.; *A. Jaeger*, Internationaler Kulturgüterschutz, 1993, S. 18ff.; *Odendahl*, Kulturgüterschutz (Fn. 22), S. 105ff.; *F. Pabst*, Kulturgüterschutz in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten, 2008, S. 31ff.; *R. Dolzer*, Wirtschaft und Kultur im Völkerrecht, in: *W. Graf Vitzthum*, Völkerrecht, 5. Aufl.

ternationalen Rechts zugeordnet sind, die jeweils eigenen Regeln folgen, namentlich dem Recht der bewaffneten Konflikte<sup>68</sup>, dem Friedensrecht<sup>69</sup> sowie zuletzt dem Völkerstrafrecht<sup>70</sup>; einzelne Bestimmungen sollen ferner mittlerweile den Status von Völkergewohnheitsrecht haben<sup>71</sup>. Dabei zeichnet sich vergleichsweise deutlich eine **souveränitätsbegrenzende Entwicklung** ab, die die ursprüngliche Intention, Werke der Kunst vor der Vernichtung im Krieg zu bewahren, sukzessive um die Verpflichtung der Staaten wie der internationalen Organe erweitert, Objekte der Kunst wie der Kultur auch außerhalb bewaffneter Konflikte zu schützen; die völkerrechtliche Pflicht zum Kulturgüterschutz erfaßt m.a.W. zunehmend auch den staatlichen Binnenbereich<sup>72</sup>.

Sichtbare Relevanz für die deutsche Rechtsordnung hat der so zugespitzte völkerrechtliche Kulturgüterschutz in Gestalt des Streits um die **Waldschlößchenbrücke** in Dresden bzw. der anlässlich des Brückenbaus erfolgten Tilgung der »Kulturlandschaft Dresdner Elbtal« aus der Liste der UNESCO-Weltkulturgüter entfaltet<sup>73</sup>. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht im Ergebnis festgestellt, daß die gegenüber der UNESCO eingegangene Verpflichtung kein taugliches Instrument ist, um den im Bürgerentscheid dokumentierten Willen der Dresdner für unwirksam zu erklären<sup>74</sup>. Eingedenk der prononcierten Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung (→ Art. 1 II Rn. 21; → Art. 25 Rn. 15) dürfte sich diese tendenziell abwehrende Haltung gegenüber dem völkerrechtlichen Kulturgüterschutz allerdings kaum aufrechterhalten lassen<sup>75</sup>.

Eigene Konturen hat im Völkerrecht zuletzt der Regelungsgegenstand der sog. **Raub- oder Beutekunst** gewonnen<sup>76</sup>. Entsprechende bi- und multilaterale Vereinbarun-

18

19

2011, VI, Rn. 130ff. sowie G. Gornig, Schutz der Kulturgüter vor Umwelteinflüssen und natürlichen Gefahren im nationalen und internationalen Recht, in: FS Fiedler, 2011, S. 389ff. (398ff.).

<sup>68</sup> Näher W. Fiedler, Vom territorialen zum humanitären Kulturgüterschutz, in: F. Fechner/T. Oppermann/L. V. Prott (Hrsg.), Prinzipien des Kulturgüterschutzes, 1996, S. 159ff. (161ff.); A. Cunningham, Tulsa Journal of Comparative and International Law 11 (2003–2004), 211ff.; L. Doswald-Beck/J. Henckaerts, Customary International Humanitarian Law, Cambridge 2005, Bd. I, S. 127ff.; Bd. II, S. 723ff.; Odendahl, Kulturgüterschutz (Fn. 22), S. 107ff.

<sup>69</sup> Siehe Jaeger, Kulturgüterschutz (Fn. 67), S. 17ff.; J. Berndt, Internationaler Kulturgüterschutz, 1998, S. 40ff.; Odendahl, Kulturgüterschutz (Fn. 22), S. 129ff.; Gornig, Schutz (Fn. 67), S. 390ff.

<sup>70</sup> Dazu ICTY, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, 31. 1. 2005, Rn. 79ff., 290ff.; *Prosecutor v. Pavle Strugar*, 17. 7. 2008, Rn. 264ff.; Odendahl, Kulturgüterschutz (Fn. 22), S. 194ff.; mit Bezügen zum StGB und VStGB E. Hönes, NuR 2006, 750 (754f.); vgl. auch Art. 8 II lit. b Nr. IX Römisches Statut des IStGH. – Allgemein zum Völkerstrafrecht M. Schröder, Verantwortlichkeit, Völkerstrafrecht, Streitbeilegung und Sanktionen, in: Vitzthum, Völkerrecht (Fn. 67), VII, Rn. 37ff.

<sup>71</sup> Das gilt etwa für das Verbot der willkürlichen Zerstörung wie der Wegnahme von Kulturgütern: zusammenfassend m. w. N. Odendahl, Kulturgüterschutz (Fn. 22), S. 126.

<sup>72</sup> Wie hier Odendahl, Kulturgüterschutz (Fn. 22), S. 150f.; M. Kilian, LKV 2008, 248ff. Andere Akzentsetzung bei W. Fiedler, Zur Entwicklung des Völkergewohnheitsrechts im Bereich des internationalen Kulturgüterschutzes, in: FS Doehring, 1989, S. 199ff. (215f.).

<sup>73</sup> Dazu A. v. Bogdandy/D. Zacharias, NVwZ 2007, 527ff.; M. Kilian, LKV 2008, 248ff.; R. Wolf, NuR 2008, 311ff.; ausführlich zu den Hintergründen S. v. Schorlemer, GYIL 51 (2008), 321ff.

<sup>74</sup> BVerfGK 11, 241 (251f., Rn. 35); dazu kritisch H. Krieger, AöR 133 (2008), 315 (340f.); demgegenüber betont M. Müller, NJ 2007, 252 (254) den Vorrang des Bürgerentscheids.

<sup>75</sup> Ähnlich H. Krieger, AöR 133 (2008), 315 (340f.); vgl. U. Fastenrath, DÖV 2006, 1017 (1027).

<sup>76</sup> Vgl. zum Ganzen S. Schoen, Der rechtliche Status von Beutekunst, 2004, S. 35ff.; H. Hartung, Kunstraub in Krieg und Verfolgung, 2005, S. 59ff.; Odendahl, Kulturgüterschutz (Fn. 22), S. 161ff.; C. Jenschke, Der völkerrechtliche Rückgabeanpruch auf in Kriegszeiten widerrechtlich verbrachte Kulturgüter, 2005, S. 38ff.

keine Garantie des *status quo* des deutschen Urheberrechts<sup>290</sup>; in der aktuellen Debatte zwischen Künstlern und (teils anonymen) »Internetaktivisten« wirft Art. 5 III GG sein Gewicht weder eindeutig in die eine noch die andere Waagschale<sup>291</sup>. In umgekehrter Perspektive setzt das Urheberrecht anderer Künstler der Kunstfreiheit legitime Grenzen, indem es die schöpferische Aneignung ihrer Werke begrenzt<sup>292</sup>. Allerdings sind auch umfangreiche Zitate dann zulässig, wenn der in Bezug genommene Text »als integraler Bestandteil einer eigenständigen künstlerischen Aussage erscheint«<sup>293</sup>.

## 5. Insbesondere: Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht

Zahlreiche Auseinandersetzungen über Romane und Filme, in denen sich reale Personen wiedererkennen und nachteilig beschrieben sehen<sup>294</sup>, legen den Befund nahe, daß »Sitz im Leben« der Kunstfreiheit augenblicklich weniger die Abwehr staatlichen »Kunstrichtertums« (→ Rn. 36) oder gar machtpolitisch motivierter Zensurmaßnahmen ist (→ Rn. 51), sondern die staatliche Moderation von Grundrechtskonflikten Privater<sup>295</sup>. Das belegt auch eine ungewöhnlich reichhaltige Literatur zum Thema<sup>296</sup>.

Das Bundesverfassungsgericht hat dazu in der jüngsten **Esra-Entscheidung** gleich mehrere in der Sache überwiegend gut begründete und praxisrelevante Weichenstellungen vorgenommen: Eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts durch ein literarisches Werk setzt zunächst voraus, daß ein mehr oder minder großer Bekanntenkreis die vom Künstler als Vorlage genutzte Person erkennen könne<sup>297</sup>. Im Lichte der

64

65

<sup>290</sup> Wie hier statt aller BVerfGE 31, 229 (238) sowie *Sievers*, Freiheit (Fn. 1), S. 150f.; weitergehend *F. Fechner*, Geistiges Eigentum und Verfassung, 1999, S. 296f.; *A. Wandtke*, ZUM 2005, 769 (772f.) sowie *K. Dahm*, Der Schutz (Fn. 287), S. 140ff., 173ff.

<sup>291</sup> Vgl. zur Auseinandersetzung nur *B. P. Paal/M. Hennemann*, MMR 2012, 288ff.

<sup>292</sup> Näher *A. Blume Huttenlauch*, Appropriation Art, 2010 sowie zuletzt *W. Maaßen*, Plagiat, freie Benutzung oder Kunstzitat?, in: FS Pfennig, 2012, S. 135ff.

<sup>293</sup> BVerfG (K), NJW 2001, 598 (599); eingehend und materialreich *T. Prengel*, Bildzitate von Kunstwerken als Schranke des Urheberrechts und des Eigentums mit Bezügen zum Internationalen Privatrecht, 2011, S. 45ff.

<sup>294</sup> Vgl. aus der jüngeren Zeit nur beispielhaft BVerfGK 13, 115 (118f., Rn. 12ff.) – *Ehrensache*; OLG Hamm ZUM 2010, 453 (454); ferner im Abwägungsbereich mit der Kunstfreiheit zuletzt auch KG NStZ 2010, 175 (176); KG ZUM-RD 2012, 24 (25ff.); LG Berlin ZUM-RD 2012, 94 (95ff.).

<sup>295</sup> Wie hier *P. Raue*, Kursbuch 155 (2004), 157 (157ff.); *R. Bunia*, Internationales Archiv für Sozialgeschichte der Literatur 32 (2007), 161 (178f.); *ders.*, Merkur 62 (2008), 103 (108ff.); *H.-J. Papier*, HGR III, § 64 Rn. 53; *H. Schack*, Das Recht als Grundlage und Grenze künstlerischen Schaffens, in: Weber, Literatur (Fn. 77), S. 8ff. (22f.).

<sup>296</sup> Vgl. nur *D.-A. Busch*, AfP 2004, 203 (203ff.); *H. Weber*, Recht, Literatur und (bildende) Kunst – Aspekte eines Themas, in: *ders.*, Literatur (Fn. 77), S. 1ff. (3ff.); *P. Raue*, AfP 2009, 1 (1ff.); *M. Schwarz/G. Hansen*, ZGE/IPJ 2 (2010), 19 (22ff.); *M. Ujica/R. C. J. Loef*, ZUM 2010, 670ff.; *Riedel*, Vermutung (Fn. 174), S. 10ff., 26ff. sowie zuletzt *Bünnigmann*, »Esra«-Entscheidung (Fn. 151), S. 5ff., 101ff., 479ff., 498ff., 512ff. – Ferner zum Schutz der Privatsphäre in einer historisch-vergleichenden Analyse instruktiv *Balthasar*, Privatsphäre (Fn. 37), S. 15ff., 83ff., 203ff., 227f.

<sup>297</sup> BVerfGE 119, 1 (25, Rn. 75). – In der Mephisto-Entscheidung war das Gericht noch von der »unschweren« Erkennbarkeit durch einen »nicht unbedeutenden Leserkreis« ausgegangen: BVerfGE 30, 173 (196). Kritisch zur letztgenannten Entscheidung *P. Lerche*, BayVBl. 1974, 177 (177, 180ff.) sowie *A. Schiemann*, Persönlichkeitsrechtsverletzung contra Kunstfreiheit – Die Mephisto-Entscheidung und ihre Auswirkung auf die neuere Rechtsprechung, in: C. D. Conter (Hrsg.), Justitiabilität und Rechtmäßigkeit, 2010, S. 27ff. (36). Kritisch zum neuen Maßstab *D.-A. Busch*, AfP 2004, 203 (208f.); *B. v. Becker*, Fiktion und Wirklichkeit im Roman, 2006, S. 69ff.; *F. Seifert*, Realität oder Fiktion – Dichtung und allgemeines Persönlichkeitsrecht, in: FS Raue, 2006, S. 695ff. (708); *K.-H. Ladewig*, AfP 2008, 30 (32).

Kunstfreiheit dürfe allerdings nur eine *schwerwiegende* Beeinträchtigung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts einen Eingriff rechtfertigen. Entscheidend seien erstens das »Maß«, in dem »der Künstler es dem Leser nahelegt, den Inhalt seines Werkes auf wirkliche Personen zu beziehen«, sowie zweitens die »Intensität der Persönlichkeitsrechtsbeeinträchtigung«<sup>298</sup>. Die gebotene »kunstspezifische Betrachtung« (→ Rn. 56) führe hier zur »Vermutung für die Fiktionalität eines literarischen Textes«<sup>299</sup>. Diese präzisiert das Gericht durch eine »Je-desto-Formel«: »Zwischen dem Maß, in dem der Autor eine von der Wirklichkeit abgelöste ästhetische Realität schafft und der Intensität der Verletzung des Persönlichkeitsrechts besteht eine Wechselbeziehung. Je stärker Abbild und Urbild übereinstimmen, desto schwerer wiegt die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts. Je mehr die künstlerische Darstellung die besonders geschützten Dimensionen des Persönlichkeitsrechts berührt, desto stärker muss die Fiktionalisierung sein, um eine Persönlichkeitsrechtsverletzung auszuschließen.«<sup>300</sup> Als »besonders geschützte Dimensionen des Persönlichkeitsrechts« macht das Gericht dabei erstens die elterliche »Hinwendung zu den Kindern«<sup>301</sup> sowie zweitens den »Kernbereich privater Lebensgestaltung« (→ Art. 2 I Rn. 92) namhaft, zu dem insbesondere die Sexualität zähle<sup>302</sup>. Die Rechtsprechung verweist insofern implizit auf die Menschenwürde als letzte Grenze, die auch die Kunstfreiheit zu achten hat<sup>303</sup>.

66 Ungeachtet der teils deutlichen Kritik an der Entscheidung<sup>304</sup> führt sie im Ergebnis zu einer **Stärkung der Kunstfreiheit**<sup>305</sup>, wie bereits die Folgeentscheidungen in der *causa* »Esra«<sup>306</sup>, erst recht aber weitere einschlägige Kammerentscheidungen belegen<sup>307</sup>. Die neue Fiktionalitätsvermutung greift praktisch nur dann nicht, wenn ent-

<sup>298</sup> Alle Zitate BVerfGE 119, 1 (27, Rn. 81).

<sup>299</sup> In der Reihenfolge der Zitate: BVerfGE 119, 1 (27f., Rn. 82, 84; mit dem Hinweis auf BVerfGE 30, 200 [204], 84). – Hervorhebung nicht im Original.

<sup>300</sup> BVerfGE 119, 1 (30, Rn. 90). Konkret zu dieser Formel *M. Schröder*, DVBl. 2008, 146 (148, 150); *D. Grimm*, ZRP 2008, 29 (30); *M. Schwarz/G. Hansen*, ZGE/IPJ 2 (2010), 19 (38f.). – Kritisch *B. v. Becker*, K & R 2007, 620 (622); *C. Enders*, JZ 2008, 581 (582f.); *S.-C. Lenski*, NVwZ 2008, 281 (282); differenzierend *H. Müller-Dietz*, Zwischen Fiktion und Realität – Zur literarischen Verarbeitung persönlicher Beziehungen, in: FS Fiedler, 2011, S. 231ff. (241ff.).

<sup>301</sup> BVerfGE 119, 1 (24, Rn. 72); das Allgemeine Persönlichkeitsrecht wird hier durch Art. 6 GG »verstärkt«. Kritisch zu dieser Begründung *I. Augsburg/S. Augsburg*, AöR 132 (2007), 539 (549, 560f., 569ff., 577); *F. Wittreck*, Jura 2009, 128 (136). → Art. 6 Rn. 152.

<sup>302</sup> BVerfGE 119, 1 (29f., Rn. 88). Wiederum kritisch *E 119*, 1 (50ff., Rn. 133ff.). – *Sondervotum Hoffmann-Riem*; *J. Neumeyer*, AfP 2007, 509 (513); *T. Gostomzyk*, NJW 2008, 737 (739); *K.-H. Ladeur*, AfP 2008, 30 (31); *M. Robak*, AfP 2009, 325 (329f.); *Neumeyer*, Person (Fn. 167), S. 185f.; *E.-I. Obergfell*, Der Fall *Esra* – Eine Neujustierung des Verhältnisses von Persönlichkeitsrecht und literarischer Kunstfreiheit?, in: Conter, Justitiabilität (Fn. 297), S. 65ff. (75f.).

<sup>303</sup> BVerfGE 75, 369 (380); aus der Literatur *Mahrenholz* (Fn. 19), § 26 Rn. 89; *Kassing*, Personal-satire (Fn. 273), S. 74; *Gärtner*, Satire (Fn. 190), S. 202ff., 231ff.

<sup>304</sup> Beginnend mit den Sondervoten: BVerfGE 119, 1 (37ff., 48ff., Rn. 110ff., 125ff.). – *D. Busch*, AfP 2004, 203 (211); *Seifert*, Realität (Fn. 297), S. 707 sowie *C. Enders*, JZ 2008, 581 (583f.). Vgl. ferner *S.-C. Lenski*, NVwZ 2008, 281 (283f.); *U. Vosgerau*, Der Staat 48 (2009), 107 (114ff., 125); *P. Raue*, AfP 2009, 1 (6); *H.-G. Knothe*, GreifRecht 2010, 79 (94); *Riedel*, Vermutung (Fn. 174), S. 9ff. u. passim.

<sup>305</sup> Wie hier *B. v. Becker*, KUR 2003, 81 (89); *W. Seitz*, ZRP 2005, 141 (141f.); *H.-P. Götting*, Persönlichkeitsschutz und Kunstfreiheit, in: FS Raue, 2006, S. 427ff. (439); *J. Neumeyer*, AfP 2007, 509 (511ff.); *E. I. Obergfell*, JZ 2008, 196 (198); *F. Wittreck*, AfP 2009, 6 (6ff.).

<sup>306</sup> Hier BGH ZUM 2008, 683 (684f.); BGH NJW 2010, 763 (763); OLG München ZUM 2008, 984 (984).

<sup>307</sup> Siehe BVerfGK 12, 85 (90ff., Rn. 26ff.); 12, 95 (98ff., Rn. 25ff.); 13, 49 (50f., Rn. 2ff.); 13, 115 (116ff., Rn. 6ff.); BVerfG (K), ZUM-RD 2009, 574 (575f.).

weder das Sexualleben einer erkennbaren Person oder ihre Beziehung zu minderjährigen Kindern als Vorlage einer literarischen Darstellung dienen<sup>308</sup>.

## 6. Die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte

Das Bundesverfassungsgericht geht in ständiger Rechtsprechung von einer **gesteigerten Kontrolldichte** im Verfahren der Urteilsverfassungsbeschwerde wegen Verletzungen der Kunstfreiheit aus<sup>309</sup>. In Abkehr von der üblichen Prüfung lediglich der »Verletzung spezifischen Verfassungsrechts« (→ Art. 93 Rn. 79) sieht sich das Gericht verpflichtet, »die Auslegung des einfachen Rechts vielmehr auch in ihren Einzelheiten auf ihre Vereinbarkeit mit der Kunstfreiheit [zu] untersuchen«<sup>310</sup>. Zur Begründung verweist es zum einen (etwas kryptisch) auf die »besondere Bedeutung« des Art. 5 III 1 GG<sup>311</sup>, zum anderen auf die Intensität des Grundrechtseingriffs<sup>312</sup>. Mit dieser Begründung beschränkte sich die gesteigerte Kontrolldichte anfangs auf strafgerichtliche Verurteilungen<sup>313</sup> sowie solche hoheitlichen Entscheidungen, die wie die Indizierung jugendgefährdender Schriften überindividuelle Wirkung entfalten können (→ Rn. 57)<sup>314</sup>. Greifbare Konsequenz der Judikatur ist, daß sich das Bundesverfassungsgericht den Zugriff auf die »werkgerechte« resp. kunstspezifische Deutung der künstlerischen Äußerung eröffnet bzw. regelmäßig seine »kunstadäquate« Interpretation an die Stelle derer des Tatrichters setzt<sup>315</sup>.

In der **Esra-Entscheidung** hat das Bundesverfassungsgericht diese Linie nochmals bekräftigt und präzisiert. Danach muß das Gericht auch bei einem zivilgerichtlichen Ausgangsstreit »die Vereinbarkeit der angegriffenen Entscheidungen mit der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie auf der Grundlage der konkreten Umstände des vorliegenden Sachverhalts überprüfen«, da auch das faktische Verbot eines Romans besonders eingriffsintensiv ist<sup>316</sup>.

## IV. Objektiv-rechtliche Gehalte

Das Bundesverfassungsgericht hat bereits in der Mephisto-Entscheidung festgestellt, daß Art. 5 III 1 GG auch »eine objektive, das Verhältnis des Bereiches Kunst zum Staat regelnde wertentscheidende Grundsatznorm«<sup>317</sup> darstellt. Damit sind erstens Schutz-

<sup>308</sup> Ähnlich in der Wertung E. I. Obergfell, JZ 2006, 196 (198); S. Lettmaier, JA 2008, 566 (568f.); F. Wittreck, Jura 2009, 128 (135); R. Müller-Terpitz, Zum schwierigen Verhältnis zwischen Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht, in: J. Menzel/ders. (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 2. Aufl. 2011, S. 830ff. (838).

<sup>309</sup> BVerfGE 75, 369 (376); 77, 240 (250f.); 81, 278 (289f.); dazu eingehend Vogel, Prüfungsumfang (Fn. 271), S. 33ff. sowie A. Frey, Die Romanfigur wider Willen, 2008, S. 165ff.

<sup>310</sup> BVerfGE 81, 298 (304).

<sup>311</sup> So BVerfGE 67, 213 (223); 81, 278 (289f.).

<sup>312</sup> BVerfGE 81, 278 (290).

<sup>313</sup> BVerfGE 75, 369 (376); 81, 278 (289); 81, 298 (304); vgl. Pernice → Bd. I<sup>2</sup>, Art. 5 III (Kunst), Rn. 44.

<sup>314</sup> BVerfGE 67, 213 (223); 83, 130 (145f.); näher Vogel, Prüfungsumfang (Fn. 271), S. 64ff.

<sup>315</sup> So geschehen etwa in BVerfGE 81, 278 (291, 294ff.) und 81, 298 (305ff.).

<sup>316</sup> BVerfGE 119, 1 (22, Rn. 66); zustimmend, aber differenzierend aus der Literatur C. Enders, JZ 2008, 581 (581f.); F. Wittreck, Jura 2009, 128 (132); Müller-Terpitz, Verhältnis (Fn. 308), S. 832.

<sup>317</sup> BVerfGE 30, 173 (188). Die Literatur stimmt vergleichsweise einhellig zu: Weck, Legitimationsprobleme (Fn. 140), S. 122ff.; A. v. Arnould, HStR<sup>3</sup> VII, § 167 Rn. 86ff.; Kempen (Fn. 153), Art. 5 Rn. 167; Starck (Fn. 45), Art. 5 Rn. 292; Kannengießer (Fn. 191), Art. 5 Rn. 30.



kungen des Ehegrundrechts für die geschiedene Ehe zulässig reduziert<sup>302</sup>. Gleichzeitig gehen von dem neuen Unterhaltsrecht Anreize für die Erwerbstätigkeit des bedürftigen geschiedenen Ehepartners aus. Solange die Vereinbarkeit von Familie und Beruf in Deutschland nicht stärker als bislang sichergestellt wird, dürfte das neue Unterhaltsrecht allerdings negative Anreize für die Geburt von Kindern entfalten, weil v.a. Frauen sich nun stärker durch eigene Erwerbstätigkeit für den Fall der Scheidung absichern müssen.

- 73 Nach dem **Tod eines Ehepartners** entfaltet das Ehegrundrecht für den überlebenden Ehepartner insoweit Wirkung, als der Gesetzgeber bei der Regelung des Erb- und Steuerrechts dafür Sorge tragen muss, dass »die Erbschaft für den Ehegatten noch Ergebnis der ehelichen Erwerbsgemeinschaft bleibt«. <sup>303</sup> Die Testierfreiheit der Eheleute ist durch das Pflichtteilsrecht der Kinder und der Eltern des Erblassers eingeschränkt (§ 2303 I BGB). Der darin liegende Eingriff in die Gestaltungsfreiheit der Eheleute ist durch den verfassungsrechtlichen Schutz der Kleinfamilie, die über den Tod hinauswirkt, gerechtfertigt<sup>304</sup>. Ein Pflichtteilsanspruch der Geschwister des Erblassers wäre dagegen mit dem Ehegrundrecht unvereinbar; er verkannte, dass die Beistands- und Verantwortungsgemeinschaft zwischen Geschwistern (→ Rn.112) gegenüber der rechtlich einklagbaren Beistands- und Verantwortungsgemeinschaft der Eheleute zurücktreten muss.

## 6. Gewährleistungsdimensionen

- 74 Der »besondere Schutz« der Ehe spiegelt sich in einer Vielzahl von Grundrechtsfunktionen wider (→ Rn. 59). Als normgeprägtes Grundrecht bedarf das Ehegrundrecht der **Ausgestaltung** durch den Gesetzgeber<sup>305</sup>, der die Voraussetzungen der Eheschließung festlegen und die Ehe damit erst ermöglichen und gegenüber anderen Lebensformen abgrenzen muss<sup>306</sup>; der Gesetzgeber konkretisiert damit den Schutzbereich des Art. 6 I GG. Bei der Definition des Begriffs, der Festlegung der Zugangsvoraussetzungen und des Inhalts der Ehe steht dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zu<sup>307</sup>, der durch die Institutsgarantie des Art. 6 I GG begrenzt ist<sup>308</sup> (→ Rn. 49, 76 ff.). Obgleich Ausgestaltungsregelungen keinen Grundrechtseingriff bewirken, unterliegen sie, da sie den in Art. 6 I GG geschützten Rechtsgütern, insb. der Autonomie der Eheleute

<sup>302</sup> S.a. BVerfG 1 BvR 918/10 vom 25.1. 2011, Rn. 49, wonach der Gesetzgeber durch das neue Unterhaltsrecht der Gleichrangigkeit der Ehen unter den geänderten gesellschaftlichen Verhältnissen, »die zu anderen Rollenverteilungen in der Ehe, häufigeren Scheidungen und Wiederverheiratungen sowie einer besseren beruflichen Ausbildung und erhöhten Erwerbstätigkeit bei Frauen geführt« haben, Rechnung getragen habe; s.a. BT-Drs. 16/1830, S. 13.

<sup>303</sup> Bezogen auf die Erbschaftsteuer BVerfGE 93, 165 (174f.); vgl. auch BVerfGE 97, 1 (7); näher A. Horsch, NVwZ 2010, 232 (233 ff.).

<sup>304</sup> Vgl. bezogen auf das Pflichtteilsrecht der Kinder BVerfGE 112, 332 (347 ff., Rn. 60 ff.) mit der Feststellung, dass das Pflichtteilsrecht der Kinder des Erblassers »durch die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistet« werde und § 2303 I BGB mit dem Grundgesetz vereinbar sei (348, Rn. 61). Verfassungsrechtliche Zweifel am Pflichtteilsrecht der Eltern hat Coester-Waltjen (Fn. 164), Art. 6 Rn. 37.

<sup>305</sup> S. nur BVerfGE 105, 313 (345, Rn. 87); G. Kirchhof, FamRZ 2007, 241 (242).

<sup>306</sup> BVerfGE 105, 313 (345, Rn. 87); M. Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 358.

<sup>307</sup> BVerfGE 31, 58 (70); 36, 146 (162); 81, 1 (6f.); 105, 313 (345, Rn. 87).

<sup>308</sup> BVerfGE 31, 58 (69); 105, 313 (345, Rn. 87); Jarass/Pieroth, GG, Art. 6 Rn. 18; Leibholz/Rinck (Fn. 163), Art. 6 Rn. 46.

Rechnung tragen müssen, ebenso wie Schrankengesetze dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit<sup>309</sup>.

Als subjektives<sup>310</sup> **Abwehrrecht**, dem individualrechtliche Ziele zugrunde liegen, untersagt Art. 6 I GG dem Staat unmittelbare und mittelbar-faktische<sup>311</sup> Eingriffe in die Freiheit der Eheschließung und -gestaltung<sup>312</sup> und garantiert damit eine besondere »Sphäre privater Lebensgestaltung, die staatlicher Einwirkung entzogen ist.«<sup>313</sup> Anders als die Institutsgarantie, aber ebenso wie die übrigen Grundrechtsfunktionen erstreckt sich der Schutz des Abwehrrechts auf sämtliche durch Art. 6 I GG (Institutsgarantie und Ausgestaltungsbereich) geschützte Ehen<sup>314</sup>.

In der Funktion der **Institutsgarantie** garantiert Art. 6 I GG die Existenz und wesentlichen Strukturmerkmale der Ehe und sichert sie gegen Aufhebung und Änderung v. a. durch den Gesetzgeber<sup>315</sup>. Der durch die Institutsgarantie vermittelte Schutz der Ehe reicht damit weniger weit als der der übrigen Funktionen des Ehegrundrechts<sup>316</sup>. Dem Gesetzgeber steht bei der Regelung der durch die Institutsgarantie gesicherten Ehe Merkmale nur ein begrenzter Gestaltungsspielraum zu, der sich auf die Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Garantieelemente beschränkt; in dem die Institutsgarantie umlagernden Randbereich reicht seine Gestaltungsfreiheit weiter<sup>317</sup>.

Welche **Strukturelemente** der Ehe die Institutsgarantie verbürgt, ist umstritten. Nach überwiegender Ansicht gehört zum unabänderlichen Kernbereich der Ehe, dass sie auf Verbindungen zwischen Mann und Frau beschränkt ist<sup>318</sup>, auf Lebenszeit<sup>319</sup> oder zumindest auf Dauer<sup>320</sup> angelegt und daher grundsätzlich unauflösbar<sup>321</sup> ist, un-

<sup>309</sup> BVerfGE 31, 58 (69f.); *Cornils*, Ausgestaltung (Fn. 306), S. 650ff.; vgl. bezogen auf die Ausgestaltung des Elterngrundrechts auch BVerfGE 24, 119 (145).

<sup>310</sup> S. nur *Pirson* (Fn. 234), Art. 6 (Zweitb. 1978), Rn. 89, 92.

<sup>311</sup> Zu dem Schutz der Grundrechte nicht nur vor unmittelbaren, sondern auch vor mittelbar-faktischen Eingriffen etwa BVerfGE 105, 252 (273, Rn. 60); 105, 279 (300f., Rn. 80); 110, 177 (191, Rn. 34); 113, 63 (76f., Rn. 52).

<sup>312</sup> Zu dem Gehalt des Ehegrundrechts als Abwehrrecht statt aller BVerfGE 6, 386 (388); 107, 27 (53, Rn. 65); *G. Kirchhof*, FamRZ 2007, 241 (242); *Stern*, Staatsrecht IV/1, S. 408.

<sup>313</sup> BVerfGE 107, 27 (53, Rn. 65); s. a. bereits BVerfGE 21, 329 (353); 61, 319 (346f.). Eine weitere Dimension als »Schädigungs- oder Beeinträchtigungsverbot« kommt dem Ehegrundrecht neben dem Abwehrrecht nicht zu, so aber *Burgi* (Fn. 25), Art. 6 Rn. 36; vgl. dagegen *M. Pechstein*, Familienangelegenheit als Gestaltungsgebot für die staatliche Ordnung, 1994, S. 129ff.

<sup>314</sup> Ebenso *Coester-Waltjen* (Fn. 164), Art. 6 Rn. 30.

<sup>315</sup> Zu der Dimension des Ehegrundrechts als Institutsgarantie statt vieler BVerfGE 6, 55 (72); 10, 59 (66f.); 31, 58 (69f.); 80, 81 (92); 105, 313 (344f., Rn. 86ff.); *Hofmann* (Fn. 172), Art. 6 Rn. 3; *D. Merten*, HGR II, § 42 Rn. 150. Zu der Bindung namentlich des Gesetzgebers s. *Uhle* (Fn. 164), Art. 6 Rn. 29.

<sup>316</sup> S. a. *Burgi* (Fn. 25), Art. 6 Rn. 30.

<sup>317</sup> Vgl. auch *Uhle* (Fn. 164), Art. 6 Rn. 29.

<sup>318</sup> Nach überwiegender Auffassung gehört die Verbindung von Mann und Frau zu dem durch die Institutsgarantie gesicherten unantastbaren Kern der Ehe, s. nur BVerfGE 10, 59 (66); 29, 166 (176); 53, 224 (245); 62, 323 (330); 105, 313 (345, Rn. 87); *Epping*, Grundrechte, Kap. 10 Rn. 509; *Klein*, Eheverbot (Fn. 168), S. 18ff.; *M. Kloepfer*, HGR II, § 43 Rn. 68; *Nesselrode*, Spannungsverhältnis (Fn. 168), S. 117; vgl. auch EuGH DVBl. 2001, 1199 (1200); EGMR ÖJZ 1991, 173 (175).

<sup>319</sup> So *J. Ipsen*, HStR<sup>3</sup> VII, § 154 Rn. 11; *Robbers* (Fn. 171), Art. 6 Abs. 1 Rn. 59.

<sup>320</sup> So BVerfGE 29, 166 (176); 62, 323 (330); 105, 313 (345, Rn. 87).

<sup>321</sup> So BVerfGE 10, 59 (66); 53, 224 (245); *Badura* (Fn. 32), Art. 6 Abs. 1 (2012) Rn. 45; *Robbers* (Fn. 171), Art. 6 Abs. 1 Rn. 59.

ter Mitwirkung des Staates geschlossen wird<sup>322</sup> und auf dem freien Entschluss<sup>323</sup> und der Gleichberechtigung der Partner<sup>324</sup> beruht, die über die Gestaltung ihres Ehelebens autonom entscheiden können<sup>325</sup>.

78 Nach hier vertretener Auffassung nehmen an der Institutsgarantie neben der Existenz der Ehe nur diejenigen Strukturprinzipien der Ehe teil, die zur Gewährleistung ihrer Funktion als wechselseitiger Beistands- und Verantwortungsgemeinschaft notwendig sind<sup>326</sup> oder sich aus anderen Verfassungsbestimmungen ergeben. Der Institutsgarantie liegen objektivrechtliche Ziele zugrunde<sup>327</sup>; sie dient ebenso wie das Schutz- und Fördergebot des Art. 6 I GG der Funktion der Ehe als Beistands- und Verantwortungsgemeinschaft (→ Rn. 43). Zum Kern des verfassungsrechtlichen Instituts der Ehe gehört daher die Verwirklichung der Ehe als auf wechselseitigen Beistand und Verantwortung angelegte Lebensgemeinschaft. Aus Gründen der Beweisbarkeit des Eheschlusses, der mit der Eheschließung verbundenen Belehrungsfunktion und der notwendigen Prüfung der Ehevoraussetzungen und -hindernisse<sup>328</sup> muss die Ehe zudem förmlich geschlossen werden. Dies erfordert nicht notwendig eine staatliche Mitwirkung<sup>329</sup>, sondern ermöglicht auch eine Betrauung Privater und der Kirchen mit der Durchführung der Eheschließung<sup>330</sup>. Weitere durch die Institutsgarantie des Art. 6 I GG geschützte Strukturmerkmale sind die Freiheit der Eheschließung, was die Freiwilligkeit bedingt (Art. 1 I GG)<sup>331</sup>, und die autonome, auf der Gleichberechtigung der Ehegatten (Art. 3 II 1 GG)<sup>332</sup> beruhende Ehegestaltung.

<sup>322</sup> So BVerfGE 29, 166 (176); 62, 323 (330); 105, 313 (345, Rn. 87); *Epping*, Grundrechte, Kap. 10 Rn. 509; *Model/Müller* (Fn. 163), Art. 6 Rn. 3f.

<sup>323</sup> S. BVerfGE 29, 166 (176); 62, 323 (330); 105, 313 (345, Rn. 87); *M. Kloepfer*, HGR II, § 43 Rn. 68.

<sup>324</sup> S. etwa BVerfGE 37, 217 (249ff.); 103, 89 (101, Rn. 31); 105, 313 (345, Rn. 87); BVerfG NJW 2011, 836 (837); *Uhle* (Fn. 164), Art. 6 Rn. 7, 29; *Umbach* (Fn. 173), Art. 6 Rn. 24. Umstritten ist, ob die Gleichberechtigung der Eheleute aus Art. 3 II 1 GG (so BVerfGE 76, 1 [45]; 104, 373 [387, Rn. 53]) aus Art. 6 I GG (so BVerfGE 47, 85 [100]; 57, 361 [390]; 61, 319 [346f.]; 105, 313 [345, Rn. 87]); *Nesselrode*, Spannungsverhältnis [Fn. 168], S. 119f.) oder aus beiden Normen (vgl. BVerfGE 6, 55 [72f., 82]; 37, 217 [244, 250]; *Badura* [Fn. 33], Art. 6 [2012] Rn. 27) folgt. Mit dem Gebot der Gleichberechtigung der Eheleute waren unvereinbar: § 1355 Satz 1 BGB a.F., der als Ehename (und Familienname) den Namen des Mannes festlegte und es ausschloss, den Mädchennamen der Frau zum Ehenamen zu bestimmen (BVerfGE 48, 327 [337]); § 1355 II 2 BGB a.F., wonach der Geburtsname des Mannes Ehename wurde, wenn sich die Ehegatten nicht auf einen gemeinsamen Ehenamen einigten (BVerfGE 84, 9 [18ff.]).

<sup>325</sup> So BVerfGE 39, 169 (183); 48, 327 (338); 66, 84 (94); 105, 313 (345, Rn. 87).

<sup>326</sup> Wie hier *Robbers* (Fn. 171), Art. 6 Abs. 1 Rn. 32, der die durch die Institutsgarantie geschützten Strukturelemente der Ehe »aus den für die Verfassung wesentlichen Funktionen der Ehe« bestimmt; a. A. *Burgi* (Fn. 25), Art. 6 Rn. 17.

<sup>327</sup> Ebenso *Burgi* (Fn. 25), Art. 6 Rn. 30.

<sup>328</sup> Zu diesen Funktionen der förmlichen Eheschließung *Kotzur* (Fn. 164), Art. 6 Rn. 21; *Uhle* (Fn. 164), Art. 6 Rn. 6.

<sup>329</sup> Ebenso *Coester-Waltjen* (Fn. 164), Art. 6 Rn. 6; *Robbers* (Fn. 171), Art. 6 Abs. 1 Rn. 39.

<sup>330</sup> Vgl. *Kotzur* (Fn. 164), Art. 6 Rn. 21: Zulässigkeit einer Privatisierung der Trauung; ebenso *Robbers* (Fn. 171), Art. 6 Abs. 1 Rn. 39, der eine förmliche Trauung durch die Kirchen für zulässig hält. Einer Übertragung der zivilrechtlichen Trauung auf Private oder die Kirchen steht nicht entgegen, dass dem Institut der Ehe aus Art. 6 I GG das Bild der verweltlichten, bürgerlichrechtlichen Ehe zugrunde liegt (s. hierzu BVerfGE 31, 58 [82]; 53, 224 [245]), solange der Staat die Gewährleistungsverantwortung für bürgerlichrechtliche Eheschließungen wahrnimmt.

<sup>331</sup> Als Kehrseite des Erfordernisses der Freiwilligkeit der Eheschließung ist das Recht auf Scheidung durch die Institutsgarantie des Art. 6 I GG verbürgt.

<sup>332</sup> Ebenso BVerfGE 10, 59 (67); 63, 88 (109); 89, 48 (64); 103, 89 (101, Rn. 31); 105, 313 (345,



Das **Prinzip der Einehe** ist nicht Teil der Institutsgarantie des Art. 6 I GG<sup>333</sup>. Die Funktion der Ehe als Beistands- und Verantwortungsgemeinschaft lässt sich grundsätzlich von monogamen und polygamen Lebensgemeinschaften gleichermaßen erfüllen. Vielehen können allenfalls unter dem Blickwinkel des Gleichberechtigungsgebots (Art. 3 II 1 GG) auf verfassungsrechtliche Bedenken stoßen<sup>334</sup>, wenn Untersuchungen belegen, dass mit ihnen in der Lebenswirklichkeit typischerweise eine Unterdrückung eines Ehepartners einhergeht. (Nur) In diesem Fall wäre die Institutsgarantie des Art. 6 I GG auf die Einehe begrenzt und stünde einer gesetzlichen Zulassung von Vielehen entgegen.

79

Die Institutsgarantie gewährleistet die Ehe **nicht als Verbindung auf Lebenszeit**<sup>335</sup>. Mit der Funktion der Ehe als Beistands- und Verantwortungsgemeinschaft verträgt sich auch eine auf bestimmte Zeit geschlossene oder nach gewisser Zeit kündbare Ehe. Dem entspricht es, dass sich Ehegatten grundsätzlich jederzeit scheiden lassen können. Die gesetzliche Einführung einer »Ehe auf Zeit« oder einer kündbaren Ehe<sup>336</sup> verstieße daher nicht gegen die Institutsgarantie des Art. 6 I GG<sup>337</sup>. Die lebenslange Ehe verdient allerdings unter dem Gesichtspunkt der Beistands- und Verantwortungsleistungen der Ehegatten sowie der damit verbundenen Entlastung des Staates größeren Schutz und Förderung als befristete Ehen.

80

Die Institutsgarantie des Art. 6 I GG beschränkt die Ehe entgegen der ganz überwiegenden Auffassung<sup>338</sup> nicht auf Verbindungen zwischen Mann und Frau; **gleichgeschlechtliche Paare** sind von Verfassungen wegen nicht zwingend auf andere Institute als die Ehe (derzeit die Lebenspartnerschaft) verwiesen. Gleichgeschlechtliche Paare können einander den gleichen materiellen und immateriellen Beistand gewähren wie verschiedengeschlechtliche Paare<sup>339</sup>, so dass die der Institutsgarantie des Art. 6 I GG zugrunde liegende Funktion der Ehe von beiden Personengruppen erfüllt werden kann. Die (tatsächliche oder potenzielle) Fortpflanzungsfähigkeit der Eheleute ist kein Wesensmerkmal der Ehe (→ Rn. 43)<sup>340</sup>. Ob der Gesetzgeber die Ehe für verschieden-

81

Rn. 87); Hofmann (Fn. 172), Art. 6 Rn. 14; Uhle (Fn. 164), Art. 6 Rn. 6; a.A. Kotzur (Fn. 164), Art. 6 Rn. 25f.

<sup>333</sup> Wie hier Model/Müller (Fn. 163), Art. 6 Rn. 4; a.A. BVerfGE 10, 59 (66f.); 29, 166 (176); 31, 58 (69); 62, 323 (330); Klein, Eheverbot (Fn. 168), S. 19f.; Nesselrode, Spannungsverhältnis (Fn. 168), S. 117; Pieroth/Schlink, Grundrechte, § 15 II 1 Rn. 719.

<sup>334</sup> So Hofmann (Fn. 172), Art. 6 Rn. 6.

<sup>335</sup> Ebenso Richter (Fn. 32), Art. 6 Rn. 38, auch dazu, dass die Institutsgarantie des Art. 6 I GG die Ehe nicht als Geschlechtsgemeinschaft garantiert (Rn. 32) – ehelicher Beistand und Verantwortung sind ohne sexuelle Kontakte möglich und die Entwicklung der Ehe zur Familie ist nicht Teil des Ehegrundrechts.

<sup>336</sup> Zur Diskussion über die Einführung einer solchen »Ehe light« H. Grziwotz, *Legal Tribune Online* vom 3.10. 2011, <http://www.lto.de/de/html/nachrichten/4448/forderung-der-hamburger-gruenen-ehe-light-statt-eheleid/>.

<sup>337</sup> In der Tendenz ähnlich bezogen auf die Einführung einer leichter auflösbaren Ehe Coester-Waltjen (Fn. 164), Art. 6 Rn. 18; dagegen sieht Kotzur (Fn. 164), Art. 6 Rn. 19 in der »Ehe auf Zeit« eine Verletzung der Institutsgarantie des Art. 6 I GG; nach Uhle (Fn. 164), Art. 6 Rn. 29 ist die jederzeit kündbare Ehe ein Verstoß gegen die Institutsgarantie des Art. 6 I GG.

<sup>338</sup> S. die Nachweise in Fn. 318.

<sup>339</sup> BVerfG, 1 BvL 01/11 u. a. vom 19. 2. 2013, Rn. 77; L. Michael, NJW 2010, 3537 (3538); S. Stüber, FPR 2006, 117 (119).

<sup>340</sup> Ebenso BVerfGE 49, 286 (300): »Die Zeugungsfähigkeit des Mannes oder die Gebärfähigkeit der Frau (ist) nicht Voraussetzung für eine Eheschließung«; Jarass/Pieroth, GG, Art. 6 Rn. 4; a.A. Robbers (Fn. 171), Art. 6 Abs. 1 Rn. 45f., der in der Bevölkerungsreproduktion den wesentlichen Sinn des Ehegrundrechts sieht; auch nach J. Ipsen, HStR<sup>3</sup> VII, § 154 Rn. 17 liegt dem Schutz der Ehe das

und gleichgeschlechtliche Paare öffnet – wie in Belgien, den Niederlanden, Spanien, Schweden, Norwegen, Portugal und Island<sup>341</sup> – oder ob er die Ehe auf Verbindungen von Mann und Frau beschränkt und gleichgeschlechtlichen Paaren ein anderes Rechtsinstitut zur Verfügung stellt<sup>342</sup>, liegt innerhalb seiner Gestaltungsfreiheit<sup>343</sup>.

82 Der Gesetzgeber hat durch Erlass des LPartG im Jahr 2001 von der zweiten Ausgestaltungsoption Gebrauch gemacht. Das LPartG ermöglicht zwei Personen gleichen Geschlechts, eine Partnerschaft auf Lebenszeit einzugehen, die prinzipiell die gleichen Wirkungen entfaltet wie die Ehe<sup>344</sup>. Lebenspartner haben ebenso wie Ehegatten wechselseitige Fürsorge- und Unterstützungspflichten (§§ 2, 5 LPartG) und ein ehgattengleiches Güterrecht (§ 6 LPartG) sowie Erb- und Pflichtteilsrecht (§ 10 LPartG). Außerdem kommen die Vorschriften für Ehegatten über die Unterhaltspflicht bei Getrenntleben (§ 12 LPartG) und für den Versorgungsausgleich (§ 20 LPartG) zur Anwendung<sup>345</sup>. Gleich behandelt werden Ehe und Lebenspartnerschaft zudem bei der beitragsfreien Mitversicherung in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung (vgl. § 11 I LPartG), der Hinterbliebenenrente in der gesetzlichen Rentenversicherung<sup>346</sup>, der betrieblichen Hinterbliebenenversorgung für Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes<sup>347</sup> und im Erbschafts-, Grunderwerbs- und Schenkungssteuerrecht<sup>348</sup>. Gem. § 9 VI, VII LPartG können Lebenspartner das Kind ihres Lebenspartners mit dessen Einvernehmen adoptieren (sog. Stiefkindadoption)<sup>349</sup>. Diese gesetzliche Aus-

---

Fortpflanzungspotenzial zugrunde; ebenso *Nesselrode*, Spannungsverhältnis (Fn. 168), S. 115; den verfassungsrechtlichen Schutz der Ehe als »potenzielle Elternschaft« betont ferner *P. Kirchhof*, FPR 2001, 436 (437).

<sup>341</sup> *E.M. Hohnerlein*, RdJB 2011, 450 (453f.); s.a. *P. C. Räther*, Der Schutz gleich- und verschieden-geschlechtlicher Lebensgemeinschaften in Europa, 2003, S. 272ff.; *J.M. Scherpe*, FPR 2010, 211 (212f.); *Sickert*, Familie (Fn. 96), S. 110; zur Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Paare in den Niederlanden näher *K. Boele-Woelki/W. Schrama*, Die Rechtsstellung von Menschen mit homosexueller Veranlagung im niederländischen Recht, in: J. Basedow/K.J. Hopt u.a. (Hrsg.), Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften, 2000, S. 51ff. Zu Vorschlägen in der Politik in Deutschland, das LPartG aufzuheben und die Ehe für Personen gleichen Geschlechts zu öffnen, *Badura* (Fn. 32), Art. 6 Abs. 1 (2012) Rn. 58a.

<sup>342</sup> Von dieser Option haben neben Deutschland auch Dänemark, Finnland, Österreich, die Tschechische Republik und Ungarn Gebrauch gemacht, hierzu näher *Räther*, Lebensgemeinschaften (Fn. 341), S. 266ff.; *J.M. Scherpe*, FPR 2010, 211 (212); speziell zur Stellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften in den nordischen Ländern *P. Dopffel/J.M. Scherpe*, Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften im Recht der nordischen Länder, in: J. Basedow/K.J. Hopt u.a. (Hrsg.), Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften, 2000, S. 7ff.

<sup>343</sup> *A.A. Coester-Waltjen* (Fn. 164), Art. 6 Rn. 9, die eine Öffnung des Instituts der Ehe für Personen gleichen Geschlechts ohne Verfassungsänderung für verfassungswidrig hält; ebenso *P. Berens*, Der Grundrechtsschutz der Familie unter besonderer Berücksichtigung der kinderreichen Familie, 2004, S. 89; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 6 Rn. 5; *Robbers* (Fn. 171), Art. 6 Abs. 1 Rn. 45f. mit dem Argument, dass wesentlicher Schutzzweck des Ehegrundrechts die Bevölkerungsreproduktion sei.

<sup>344</sup> S.a. *Sickert*, Familie (Fn. 96), S. 62ff.; *Stern*, Staatsrecht IV/1, S. 481, 484.

<sup>345</sup> Zu den Regelungen des LPartG näher *D. Schwab*, FamRZ 2001, 385ff.; *Sickert*, Familie (Fn. 96), S. 46ff.

<sup>346</sup> BVerfG FamRZ 2010, 1309 (1310f.); s. auch EuGH NJW 2008, 1649.

<sup>347</sup> BVerfGE 124, 199 (217ff., Rn. 77ff.).

<sup>348</sup> BVerfGE 126, 400 (414ff., Rn. 74ff.); BVerfG 1 BvR 16/11 vom 18. 7. 2012, Rn. 36ff.; zur gebotenen Gleichbehandlung beim beamtenrechtlichen Familienzuschlag BVerfG 2 BvR 1397/09 vom 19. 6. 2012, Rn. 52ff.

<sup>349</sup> Zu der sog. Stiefkindadoption näher *Sickert*, Familie (Fn. 96), S. 73ff. Die Vereinbarkeit der Stiefkindadoption nach § 9 VII LPartG mit dem Ehegrundrecht ist umstritten – für die Verfassungsmäßigkeit der Norm *Stern*, Staatsrecht IV/1, S. 490 mit dem Argument, dass das betreffende Kind in der Regel ohnehin in der Lebenspartnerschaft lebe und eine Adoption seine Rechtsstellung und die

gestaltung der Lebenspartnerschaft ist **mit Art. 6 I GG vereinbar**<sup>350</sup>. Art. 6 I GG steht als Institutsgarantie einem ehегleichen Institut für Personen gleichen Geschlechts nicht entgegen<sup>351</sup>. Mit dem Fördergebot und dem Diskriminierungsverbot des Art. 6 I GG gerät die gleiche Begünstigung und Belastung der Lebenspartnerschaft nicht in Konflikt, weil diesen Grundrechtsfunktionen kein Abstandsgebot innewohnt<sup>352</sup> (→ Rn. 57).

Auch wenn sich der Gesetzgeber mit der Einführung des Instituts der Lebenspartnerschaft entschieden hat, gleichgeschlechtlichen Paaren ein anderes Institut als die Ehe zur Verfügung zu stellen, nimmt das Institut der **Lebenspartnerschaft** an dem besonderen **Schutz des Ehegrundrechts** teil<sup>353</sup>. Ein unterschiedlicher verfassungsrechtlicher Schutz der Ehe (Art 6 I GG) und der Lebenspartnerschaft (z.B. Art. 2 I GG) würde den gleichen Beistands- und Verantwortungsleistungen von Ehegatten und Lebenspartnern nicht gerecht<sup>354</sup>.

Die Benachteiligung der Lebenspartnerschaft durch das auf Ehegatten beschränkte **Ehegattensplitting** ist abgesehen davon, dass das Ehegattensplitting wegen der Diskriminierung der Doppel- gegenüber der Alleinverdienerhe verfassungswidrig ist (→

83

84

Beziehungen zu dem Lebenspartner seines Elternteils verbessern dürfte; gleichsinnig *Sickert*, Familie (Fn. 96), S. 83ff.; zur Verfassungswidrigkeit gelangt dagegen *M. Jestaedt*, Elternschaft und Elternverantwortung unter dem Grundgesetz, in: FS Bartlspenger, 2006, S. 79ff. (88ff.) mit der Behauptung, dass Eltern eines Kindes nach dem Grundgesetz nur Mutter und Vater, also verschiedengeschlechtliche Personen, sein könnten; er stützt sich dabei auf BVerfGE 108, 82 (101, Rn. 59) und die dortige Feststellung, dass »Träger des Elternrechts nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ... für ein Kind nur eine Mutter und ein Vater sein« könnten, die jedoch ersichtlich in einem anderen Zusammenhang getroffen, nämlich auf die abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes zum biologischen oder rechtlichen Vater bezogen ist (wie hier BVerfG 1 BvL 1/11 u. a. vom 19. 2. 2013, Rn. 52); wie *M. Jestaedt* auch *K. F. Gärditz*, JZ 2011, 930 (931f.); *A. Schlütter*, FF 2005, 234 (236f.).

<sup>350</sup> Im Ergebnis ebenso BVerfGE 105, 313 (342ff., Rn. 76ff.); *Kotzur* (Fn. 164), Art. 6 Rn. 31; *Sickert*, Familie (Fn. 96), 119ff.; a. A. *Badura* (Fn. 32), Art. 6 Abs. 1 (2012) Rn. 58c, nach dessen Auffassung gute Gründe für eine Verletzung des Schutzgebots des Art. 6 I GG durch das LPartG sprechen; *Burgi* (Fn. 25), Art. 6 Rn. 48 erachtet die Unterhaltsverpflichtungen, das Erbrecht und die Einbeziehung der Lebenspartner in die Sozialversicherung für unvereinbar mit dem »Abbildungsverbot« des Art. 6 I GG; *Hofmann* (Fn. 172), Art. 6 Rn. 19ff. hält das LPartG wegen Verstoßes gegen das Abstandsgebot des Art. 6 I GG zugunsten der Ehe für verfassungswidrig; ähnlich *J. Braun*, JuS 2003, 21 (23); *U. Diederichsen*, NJW 2000, 1841 (1843); *D. Kaiser*, JZ 2001, 617 (624); *R. Scholz/A. Uhle*, NJW 2001, 393 (398ff.).

<sup>351</sup> Ebenso BVerfGE 105, 313 (345f., Rn. 88ff.); *M. Kloepfer*, HGR II, § 43 Rn. 70; a. A. *H.-J. Papier* und *E. Haas* in ihren Sondervoten zu BVerfGE 105, 313 (357ff., Rn. 126f.; 359ff., Rn. 130ff.).

<sup>352</sup> Ebenso BVerfGE 105, 313 (346ff., Rn. 91ff.); a. A. *Hofmann* (Fn. 172), Art. 6 Rn. 19ff., der aus Art. 6 I GG ein Abstandsgebot zugunsten der Ehe gegenüber anderen Lebensformen ableitet; ebenso *Umbach* (Fn. 173), Art. 6 Rn. 57b, 66ff., der Art. 6 I GG als Schutzpflicht das Verbot einer vollständigen Gleichbehandlung der Ehe mit der Lebenspartnerschaft entnimmt; *J. Ipsen*, HStR<sup>3</sup> VII, § 154 Rn. 56; *Burgi* (Fn. 25), Art. 6 Rn. 47ff. deutet Art. 6 I GG als »Abbildungsverbot«, das zwar die Übertragung einzelner Regelungen für die Ehe auf die Lebenspartnerschaft gestatte, die Ehe aber vor einer vollständigen Gleichstellung mit der Lebenspartnerschaft bewahre.

<sup>353</sup> Noch weitergehend AG Frankfurt a. M. NJW 1993, 941, das das Recht zur Eheschließung auch Personen gleichen Geschlechts zugesteht, weil »die herkömmliche Auslegung des Begriffes der Ehe unter Anknüpfung an die christlich-abendländische Tradition der Lebensgemeinschaft zwischen Mann und Frau gegen Art. 6 I, 3 III und 2 I GG« verstoße (der Beschl. des AG Frankfurt a. M. wurde aufgehoben durch LG Frankfurt a. M. NJW 1993, 2008); s. a. *Klein*, Eheverbot (Fn. 168), S. 151ff. Zu dem Schutz gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften durch das Unions- und Völkerrecht eingehend *Räther*, Lebensgemeinschaften (Fn. 341), S. 30ff.

<sup>354</sup> Wie hier für ein Verfassungsgebot der Gleichbehandlung von Ehe und Lebenspartnerschaft wegen ihrer gleichen Beistands- und Verantwortungspflichten S. *Stüber*, FPR 2006, 117 (119).

Rn. 95), wegen der gleichen Beistands- und Verantwortungsaufgaben von Ehegatten und Lebenspartnern unzulässig (es besteht aber kein Anspruch auf »Gleichbehandlung im Unrecht«)<sup>355</sup>. Der Ausschluss von Lebenspartnern von der Möglichkeit einer sukzessiven oder gemeinsamen **Adoption** fremder Kinder (vgl. §§ 1741 II 1 und 2, 1742 BGB, § 9 VII LPartG) ist verfassungswidrig (→ Rn. 120).

85 Aus der Garantie »besonderen Schutze(s)« des Art. 6 I GG folgt auch ein **Fördergebot**, das den Staat verpflichtet, die Eheschließung und das Eheleben zu fördern. Das Fördergebot beinhaltet einen verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsgrund für eine Privilegierung der Ehe gegenüber nichtehelichen und nichtlebenspartnerschaftlichen Lebensformen<sup>356</sup>, statuiert aber kein Abstandsgebot (→ Rn. 57). Das Fördergebot ist ebenso wie die Institutsgarantie im Interesse der Funktion der Ehe als Beistands- und Verantwortungsgemeinschaft gewährleistet, durch die sie den Staat entlastet (→ Rn. 43). Es dient anders als das Abwehrrecht objektivrechtlichen Zielen<sup>357</sup>.

86 Inhaltlich steht dem Staat bei der Festlegung der **Höhe**, der **Art**, der **zeitlichen Dimension** und des **Regelungsstandorts** der Förderung ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Aus dem systematischen Zusammenhang des Art. 6 I GG zum Sozialstaatsprinzip (Art. 20 I GG) und zu Art. 1 I GG, die den Staat zur Sicherung des Existenzminimums des Menschen verpflichten<sup>358</sup>, ergibt sich, dass der Staat die Ehe gem. Art. 6 I GG durch Leistungen oberhalb des Existenzminimums fördern muss<sup>359</sup>. Jenseits des Existenzminimums besitzt er Gestaltungsfreiheit bei der Förderhöhe<sup>360</sup>. Hinsichtlich der Art der Förderung kann der Staat prinzipiell wählen, ob er die Ehe durch finanzielle Leistungen, Sach- oder Dienstleistungen fördert<sup>361</sup> (→ Rn. 130). Anknüpfungspunkt der Förderung können die mit der Ehe verbundenen Lasten (**Ehelastenausgleich**) oder die Beistands- und Verantwortungsleistungen der Eheleute (**Eheleistungsausgleich**) sein. In zeitlicher Hinsicht steht es dem Staat frei zu entscheiden, in welcher Phase er die Ehe fördert. Das Fördergebot des Art. 6 I GG lässt sich prinzipiell in sämtlichen Rechtsgebieten, wie z.B. im Steuer- oder Sozialversicherungsrecht<sup>362</sup> erfüllen, in denen die Ehe Adressat staatlicher Regelungen ist<sup>363</sup>.

<sup>355</sup> Im Ergebnis ebenso FG Köln, 4 V 2831/11 vom 7.12. 2011; a. A. BFH/NV 2007, 663ff., der die Beschränkung des Ehegattensplittings auf Ehegatten für verfassungsmäßig hält; ebenso BFHE 212, 236ff.; 214, 347ff.; 217, 183ff.; gegen die Entscheidungen des BFH sind Verfassungsbeschwerden vor dem Bundesverfassungsgericht anhängig (1 BvR 2464/07; 2 BvR 288/07; 2 BvR 909/06; 2 BvR 1981/06); ebenso wie der BFH für die Verfassungsmäßigkeit der Versagung des Ehegattensplittings für Lebenspartner *J. Ipsen*, HStR<sup>3</sup> VII, § 154 Rn. 56.

<sup>356</sup> Vgl. *Coester-Waltjen* (Fn. 164), Art. 6 Rn. 43.

<sup>357</sup> Ähnlich wie hier – bezogen auf das Ehegrundrecht insgesamt – *Pirson* (Fn. 234), Art. 6 (1976), Rn. 3, wonach Art. 6 I GG an »überindividuelle Sachverhalte« anknüpfe; jedenfalls auch für einen überindividuellen Bezug des Art. 6 I GG *Robbers* (Fn. 171), Art. 6 Abs. 1 Rn. 13; überwiegend wird der Schutzzweck des Fördergebots dagegen in der Persönlichkeitsverwirklichung der Familienmitglieder gesehen, s. etwa – bezogen auf sämtliche Funktionen des Art. 6 I GG – *Burgi* (Fn. 25), Art. 6 Rn. 38, der als Legitimationsgrund für die Funktionen des Art. 6 I GG in erster Linie den Schutz der Privatheit sieht.

<sup>358</sup> S. nur BVerfGE 40, 121 (133); 45, 187 (228); 82, 60 (80, 85); 99, 246 (259f., Rn. 51f.) – st. Rspr.; C. *Enders*, Sozialstaatlichkeit im Spannungsverhältnis von Eigenverantwortung und Fürsorge, VVDStRL 64 (2004), S. 7ff. (39).

<sup>359</sup> Gleichsinnig *Stern*, Staatsrecht IV/1, S. 452f.

<sup>360</sup> Ähnlich *Model/Müller* (Fn. 163), Art. 6 Rn. 1.

<sup>361</sup> Vgl. *Burgi* (Fn. 25), Art. 6 Rn. 52.

<sup>362</sup> Hiervon zu unterscheiden ist die Frage der Finanzierung der Eheförderung durch Steuergelder oder Sozialversicherungsbeiträge, vgl. *I. Ebsen*, VSSR 2004, 3 (16ff.).

<sup>363</sup> Vgl. insgesamt näher *Brosius-Gersdorf*, Familienförderung (Fn. 77), S. 254ff.

Das Fördergebot vermittelt den Grundrechtsträgern ein **subjektives**, einklagbares **Recht**, gerichtlich überprüfen zu lassen, ob der Staat seinen Förderauftrag erfüllt, wenngleich sich das Fördergebot nur selten zu konkreten Ansprüchen verdichtet<sup>364</sup>. 87

Von staatlicher Familienförderung unterscheidet sich Eheförderung durch den **Förderzweck**<sup>365</sup>: Eheförderung knüpft an die Beistands- und Verantwortungsleistungen der Eheleute an, die den Staat entlasten, und unterstützt die Eheschließung oder den Bestand der Ehe. Familienförderung sind Leistungen des Staates für die Geburt, Pflege und Erziehung von Kindern, mit denen die Eltern zum Generationenersatz beitragen und den Staat entlasten. Diese Abgrenzung verkennt das Bundesverfassungsgericht, wenn es medizinische Leistungen der künstlichen Befruchtung durch die gesetzliche Krankenversicherung (§ 27a SGB V) als Eheförderung einstuft und die Beschränkung dieser Leistungen auf Verheiratete (§ 27a I Nr. 3 SGB V) für verfassungsgemäß erklärt<sup>366</sup> (→ Rn. 135). Auch die Verschiedenbehandlung von Ehegatten und nichtehelichen Lebensgemeinschaften bei der beitragsfreien Mitversicherung von Kindern in der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 10 III SGB V) stellt nicht Ehe-, sondern Familienförderung dar (→ Rn. 135). 88

Schon textlich kommt in der Gewährung »besonderen Schutzes« die weitere objektivrechtliche Funktion der **Schutzpflicht** des Staates zum Ausdruck, die die öffentliche Hand anhält, die Ehe vor Beeinträchtigungen ihres Autonomiebereichs durch Private zu schützen<sup>367</sup>, und den Grundrechtsträgern entsprechende subjektive Rechte vermittelt<sup>368</sup>. Die Beeinträchtigung der Eheschließungs- und Ehegestaltungsfreiheit kann sowohl von Dritten als auch von einem Ehegatten ausgehen<sup>369</sup>. Als Schutzpflicht im engeren Sinne erstreckt sich Art. 6 I GG auf den öffentlichrechtlichen Rechtskreis und verpflichtet den Gesetzgeber, für die notwendigen Regelungen zum Schutz des Ehegrundrechts vor Privaten Sorge zu tragen. In Gestalt der sog. Drittwirkung entfaltet Art. 6 I GG Geltung im Privatrechtsverkehr und nimmt die Zivilgerichte in die Pflicht, dem Ehegrundrecht bei der Auslegung und Anwendung des Privatrechts Rechnung zu tragen. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen sich die Schutzpflicht zu konkreten Handlungspflichten aktualisiert, beantwortet sich nach den für staatliche Schutzpflichten generell geltenden Grundsätzen (→ Vorb. Rn. 101ff.)<sup>370</sup>. 89

Bedeutung kommt der Schutzpflicht v. a. bei der gerichtlichen Kontrolle letztwilliger Verfügungen von Ehegatten<sup>371</sup> und **Eheverträgen** zu. Art. 6 I GG begründet als Schutzpflicht die Verpflichtung des Staates, Eheverträge inhaltlich zu kontrollieren und ggf. zu korrigieren, wenn sie nicht Ausdruck tatsächlicher Gleichberechtigung der Ehegatten sind, sondern auf ungleichen Verhandlungspositionen beruhen und eine einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegeln<sup>372</sup>. In solchen Fällen gestörter Vertragsparität sind v. a. die Gerichte gehalten, den Inhalt des Vertrages so zu korrigieren, dass 90

<sup>364</sup> Vgl. *Burgi* (Fn. 25), Art. 6 Rn. 51; *Pirson* (Fn. 234), Art. 6 Abs. 1 (Zweitb. 1988), Rn. 96.

<sup>365</sup> Näher *Brosius-Gersdorf*, Familienförderung (Fn. 77), S. 486ff.

<sup>366</sup> BVerfGE 117, 316 (325ff., Rn. 29ff.).

<sup>367</sup> S. nur BVerfGE 6, 55 (76); *Jarass/Piero*, GG, Art. 6 Rn. 19; *Kotzur* (Fn. 164), Art. 6 Rn. 66.

<sup>368</sup> *Badura* (Fn. 32), Art. 6 Abs. 1 (2012) Rn. 73.

<sup>369</sup> Ebenso *Burgi* (Fn. 25), Art. 6 Rn. 50.

<sup>370</sup> Hierzu bezogen auf Art. 6 I GG *Badura* (Fn. 33), Art. 6 (2012) Rn. 11.

<sup>371</sup> Näher *A. Horsch*, NVwZ 2010, 232 (235f.).

<sup>372</sup> S. etwa BVerfGE 103, 89 (100ff., Rn. 30ff.); BVerfG NJW 2005, 2384. Indizien für eine gestörte Vertragsparität zwischen den Ehegatten können u. a. eine einseitige Lastenverteilung im Ehevertrag, eine Schwangerschaft der Frau bei Abschluss des Ehevertrags, ungleiche Vermögenslagen der Ehepartner, eine unterschiedliche berufliche Qualifikation und Perspektive sowie die Aufteilung der



die Interessen des benachteiligten Teils angemessen Berücksichtigung finden<sup>373</sup>. Gegenüber Beeinträchtigungen der Ehe durch Dritte zeitigt Art. 6 I GG als Schutzpflicht Wirkungen bei eheschädigenden Maßnahmen des Arbeitgebers<sup>374</sup> oder dem Eindringen der/des Geliebten (Ehestörer) eines Ehegatten in die Ehwohnung<sup>375</sup>.

- 91 Art. 6 I GG<sup>376</sup> entfaltet sich zudem als Verbot der Diskriminierung der Ehe gegenüber nichtehelichen Lebensformen<sup>377</sup> (**interinstitutionelles Diskriminierungsverbot**<sup>378</sup>), das als besonderer Gleichheitssatz Art. 3 I GG verdrängt<sup>379</sup>. Das Diskriminierungsverbot untersagt dem Staat jede an die Existenz der Ehe anknüpfende Benachteiligung der Ehe gegenüber nichtehelichen Lebensformen bei der Auferlegung von Lasten<sup>380</sup> und der Leistungsgewährung<sup>381</sup>; den Trägern des Ehegrundrechts stehen entsprechende subjektive Rechte zu<sup>382</sup>. Das Diskriminierungsverbot ist eine Sekundärfunktion des Ehegrundrechts, die funktional auf das Abwehrrecht, das Fördergebot und das Schutzgebot als Primärfunktionen bezogen ist. Keine Diskriminierung der Ehe ist gegeben, wenn ein gesetzliches Belastungs- oder Leistungsgefälle zum Nachteil der Ehe durch andere Vorteile zugunsten der Ehe kompensiert wird<sup>383</sup>.
- 92 Gegen das interinstitutionelle Diskriminierungsverbot verstößt die Erhebung einer **Steuer auf Zweitwohnungen** Verheirateter, die aus beruflichen Gründen gehalten werden<sup>384</sup>. Unvereinbar mit dem Diskriminierungsverbot waren auch die Zusammenveranlagung der Ehegatten bei der Einkommensteuer<sup>385</sup>, der Ausschluss des bei seinem Ehegatten beschäftigten Arbeitnehmers aus der gesetzlichen Rentenversicherung<sup>386</sup>, die Versagung von Arbeitslosenhilfe für einen Ehegatten, wenn der andere Ehegatte Anspruch auf Arbeitslosenhilfe hatte<sup>387</sup>, und die Einkommensanrechnung unter nicht dauernd getrennt lebenden beiderseits erwerbstätigen Ehegatten im Rahmen der Arbeitslosenhilfe<sup>388</sup>.

Familien- und Erwerbsarbeit zwischen den Ehegatten sein, hierzu *Leibholz/Rinck* (Fn. 163), Art. 6 Rn. 670.

<sup>373</sup> Vgl. BVerfGE 103, 89 (100ff., Rn. 30ff.); eingehend zu der gerichtlichen Kontrolle von Eheverträgen *C. Wagenknecht*, Das System der rechtlichen Kontrolle von Eheverträgen, 2010, S. 67ff.; s. a. *C. Münch*, FPR 2011, 504ff.; *U. Steiner*, HGR IV, § 108 Rn. 13ff.

<sup>374</sup> Vgl. LAG Schl.-Holst., 3 Sa 95/11 vom 22. 6. 2011.

<sup>375</sup> Hierzu *Robbers* (Fn. 171), Art. 6 Abs. 1 Rn. 10.

<sup>376</sup> Für eine Ableitung des Diskriminierungsverbots aus Art. 6 I GG BVerfGE 105, 313 (346, Rn. 92); 114, 316 (333ff., Rn. 96ff.); für Art. 3 I GG und Art. 6 I GG als sedes materiae BVerfGE 75, 382 (392); 107, 205 (215ff., Rn. 41ff.); *F. Vollmer*, Das Ehegattensplitting, 1998, S. 167, 178.

<sup>377</sup> Statt nahezu aller BVerfGE 6, 55 (76); 75, 382 (393); 105, 313 (346, Rn. 92); 107, 205 (215, Rn. 41f.); 114, 316 (333, Rn. 96); s. zuletzt BVerfG 1 BvR 429/11 vom 14. 6. 2001, Rn. 17; aus dem Schrifttum v. *Coelln* (Fn. 163), Art. 6 Rn. 36; *Uhle* (Fn. 164), Art. 6 Rn. 34.

<sup>378</sup> Zum Begriff *Brosius-Gersdorf*, Familienförderung (Fn. 77), S. 216ff.

<sup>379</sup> Art. 3 I GG bleibt nur insoweit anwendbar, als staatliche Differenzierungen nicht an die Lebensform der Ehe anknüpfen – ähnlich *Burgi* (Fn. 25), Art. 6 Rn. 41; zu der Verdrängung des Art. 3 I GG durch das Diskriminierungsverbot des Art. 6 I GG auch BVerfGE 29, 71 (79); 75, 348 (357); 103, 242 (258, Rn. 43).

<sup>380</sup> *Burgi* (Fn. 25), Art. 6 Rn. 40.

<sup>381</sup> BVerfGE 67, 186 (195f.); 82, 60 (80); s. zuletzt BVerfG 1 BvR 429/11 vom 14. 6. 2001, Rn. 17; *G. Kirchhof*, AöR 129 (2004), 542 (573); *Moderegger*, Familienschutz (Fn. 170), S. 37.

<sup>382</sup> *Burgi* (Fn. 25), Art. 6 Rn. 41.

<sup>383</sup> BVerfGE 107, 205 (215f., Rn. 42).

<sup>384</sup> BVerfGE 114, 316 (332ff., Rn. 95ff.).

<sup>385</sup> BVerfGE 6, 55 (66ff.); 18, 97 (104ff.): Zusammenveranlagung von Ehegatten und Kindern.

<sup>386</sup> BVerfGE 18, 257 (265ff.).

<sup>387</sup> BVerfGE 67, 186 (195ff.).

<sup>388</sup> BVerfGE 87, 234 (255ff.).

Art. 6 I GG enthält darüber hinaus ein **intrainstitutionelles Diskriminierungsverbot**<sup>389</sup>, das im Verhältnis verschiedener Ehen gilt. Entgegen der (überwiegenden) Auffassung<sup>390</sup> ist der Maßstab für den staatlichen Umgang mit verschiedenen Formen der Ehe nicht Art. 3 I GG, sondern Art. 6 I GG<sup>391</sup>. Art. 6 I GG enthält insofern einen weiteren speziellen Gleichheitssatz für den Bereich der Ehe, der Art. 3 I GG verdrängt. Das intrainstitutionelle Diskriminierungsverbot untersagt dem Staat, einzelne Eheformen bei der Auferlegung von Lasten oder der Förderung zu benachteiligen. Differenzierungen zwischen einkommensschwachen und -starken Ehen oder zwischen zusammen und getrennt lebenden Ehegatten bedürfen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung (→ Rn. 97). In Abgrenzung zum Neutralitätsgebot (→ Rn. 94) ist das Diskriminierungsverbot auf Konstellationen außerhalb von Konkurrenzsituationen zwischen Eheformen beschränkt.

93

Eine weitere Grundrechtsfunktion des Art. 6 I GG ist das **Neutralitätsgebot**<sup>392</sup>, das den Staat zur strikten Neutralität gegenüber den konkurrierenden Formen der Doppel- und der Alleinverdienerehe verpflichtet<sup>393</sup>. Der Staat muss sich jeder Einflussnahme auf die Gründung und Gestaltung der Ehe enthalten. Er darf keine positiven Anreize für ein bestimmtes Eheformmodell oder negative Impulse für ein konkurrierendes Eheformmodell setzen. Diesen Anforderungen wird der Staat gerecht, wenn er gleiche Beistands- und Verantwortungsleistungen und gleiche Lasten der Ehen gleich fördert.

94

Hiermit stand die zeitliche Begrenzung der steuerlichen Absetzbarkeit von Aufwendungen der doppelten Haushaltsführung für beiderseits erwerbstätige Ehegatten nicht im Einklang<sup>394</sup>. Gegen das Neutralitätsgebot verstößt auch das **Ehegattensplitting** (§§ 26, 26b und 32a EStG)<sup>395</sup>, das im Jahr 2009 ein Gesamtvolumen von 20 Milliarden Euro hatte<sup>396</sup>. Durch das Splittingverfahren gelten für zusammen veranlagte

95

<sup>389</sup> Zum Begriff *Brosius-Gersdorf*, Familienförderung (Fn. 77), S. 220f.

<sup>390</sup> Der Maßstab für den staatlichen Umgang mit verschiedenen Formen der Ehe wird überwiegend Art. 3 I GG (so BVerfGE 9, 237 [241ff.]; 94, 241 [260ff.]; A. Lenz, KJ 39 [2006], 269 [276]; *Maurer*, Besteuerung [Fn. 214], S. 69f., 74) oder Art. 3 I iVm Art. 6 I GG (so BVerfGE 87, 234 [255ff.]; 106, 166 [175ff., Rn. 36ff.]; 107, 27 [45ff., Rn. 45ff.]; J. Becker, Transfereingerechtigkeit und Verfassung, 2001, S. 42ff.; *Vollmer*, Ehegattensplitting [Fn. 376], S. 195, 213) entnommen.

<sup>391</sup> Ebenso BVerfGE 62, 323 (329ff.); *Berens*, Grundrechtsschutz (Fn. 343), S. 135f.; *Pechstein*, Familiengerechtigkeit (Fn. 313), S. 231, 242ff.

<sup>392</sup> Von der Existenz eines Neutralitätsgebots des Staates in Art. 6 I GG geht auch *Huster*, Neutralität (Fn. 252), S. 533 aus; ebenso *D. Merten*, Eheleiche und nichteheliche Lebensgemeinschaften unter dem Grundgesetz, in: FS Leisner (1999), S. 615ff. (624); vgl. auch *J. Lang*, in: 60. DJT, S. O 61ff. (O 71f.); näher *Brosius-Gersdorf*, Familienförderung (Fn. 77), S. 491ff.

<sup>393</sup> Vgl. *Brosius-Gersdorf*, Familienförderung (Fn. 77), S. 314ff.

<sup>394</sup> Vgl. BVerfGE 107, 27 (45ff., Rn. 45ff.), allerdings gestützt auf ein Diskriminierungsverbot aus Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG.

<sup>395</sup> Einen Verstoß des Ehegattensplittings gegen das Ehegrundrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG bejaht im Ergebnis auch *Maurer*, Besteuerung (Fn. 214), S. 130f.; einen Verstoß gegen Art. 3 II 1 und III GG sieht *U. Sacksofsky*, FPR 2003, 395ff.; für eine Verletzung des Art. 3 I GG *M. Zuleeg*, DÖV 2005, 687 (690f.). Für verfassungsrechtlich geboten halten das Ehegattensplitting BVerfGE 61, 319 (342ff.); *Badura* (Fn. 32), Art. 6 Abs. 1 (2012) Rn. 86; *G. Kirchhof*, FamRZ 2007, 241 (243), der die finanzielle Anreiz- und Steuerungswirkung des Ehegattensplittings bestreitet; *P. Kirchhof*, NJW 2000, 2792 (2793f.); *U. Steiner*, HGR IV, § 108 Rn. 52. Die Vereinbarkeit des Ehegattensplittings mit Art. 6 Abs. 1 GG bejahen *Hofmann* (Fn. 172), Art. 6 Rn. 32f.; *J. Ipsen*, HStR<sup>3</sup> VII, § 154 Rn. 41; *F. Klein*, Ehe und Familie im Steuerrecht als verfassungsrechtliches Problem, in: FS Zeidler, 1987, Bd. I, S. 773ff. (784ff.).

<sup>396</sup> BMFSFJ, Finanztableau der ehe- und familienbezogenen Leistungen 2009, <http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Abteilung2/Pdf-Anlagen/familienbezogene-leistungen-tableau-2009,property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf>.

Ehegatten geringere, linear steigende Steuersätze in der unteren und oberen Progressionszone und Steuervorteile durch ein späteres Erreichen der Proportionalzone. Je höher die Einkommensunterschiede zwischen Ehegatten sind, desto höher ist der finanzielle Vorteil<sup>397</sup>. Das Splittingverfahren begünstigt daher Allein- gegenüber Doppelverdienerehen<sup>398</sup> und Doppelverdienerehen mit unterschiedlich hohen Einkommen gegenüber Doppelverdienerehen mit gleich hohen Einkommen<sup>399</sup>. Diese Ungleichbehandlung kollidiert mit dem Neutralitätsgebot des Art. 6 I GG. Da beiderseits erwerbstätige Ehegatten die gleichen Beistands- und Verantwortungsleistungen erbringen wie Ehegatten, von denen nur einer erwerbstätig ist, sind beide Eheformen nach dem Neutralitätsgebot gleich zu fördern. Das Ehegattensplitting verstößt zudem gegen Art. 3 II 2 GG, weil von ihm negative Anreize für die Vereinbarkeit von Familie und Beruf für (verheiratete) Frauen ausgehen<sup>400</sup>. Die Umgestaltung des Ehegattensplittings in ein **Familienplitting**<sup>401</sup> beseitigte die verfassungsrechtlichen Einwände nur teilweise<sup>402</sup>.

- 96 Aus den gleichen Gründen ist die **beitragsfreie Mitversicherung von Ehegatten** in der gesetzlichen Kranken- (§ 10 I, § 3 Satz 3 SGB V) und Pflegeversicherung (§ 25 I, § 1 VI 3, § 56 I SGB XI), die im Jahr 2009 ein Gesamtvolumen von rund 11 Milliarden Euro hatte<sup>403</sup>, mit dem Ehegrundrecht unvereinbar. In den Genuss der Mitversicherung kommen nur Ehegatten, die nicht oder geringfügig erwerbstätig sind (§ 10 I Nr. 5 SGB V, § 25 I Nr. 5 SGB XI). Auch insoweit privilegiert der Staat die Alleinverdienerehe gegenüber der Doppelverdienerehe<sup>404</sup>, deren Einkommen oberhalb der Bemessungsgrenze des § 10 I 1 Nr. 5 SGB V bzw. des § 25 I Nr. 5 SGB XI liegt, und verletzt damit das Neutralitätsgebot des Art. 6 I GG. Darüber hinaus kollidiert die beitragsfreie Ehegattenmitversicherung mit Art. 3 II 2 GG, weil von ihr Anreize für die Nichterwerbstätigkeit der Frau ausgehen<sup>405</sup>.

## 7. Schranken des Ehegrundrechts

- 97 Das Ehegrundrecht ist vorbehaltlos gewährleistet, es unterliegt nur **verfassungsimmanenten Schranken**<sup>406</sup>. Eingriffe in das Ehegrundrecht sowie die Missachtung des Schutz- oder Fördergebots sind mit Art. 6 I GG nur vereinbar, wenn sie durch Grundrechte Dritter oder objektives Verfassungsrecht gerechtfertigt sind. Als Schranken-Schranke kommt das Verhältnismäßigkeitsprinzip (→ Art. 20 [Rechtsstaat] Rn. 179ff.) zum Tragen. Benachteiligungen der Ehe gegenüber Nichtehen oder einzelner Ehemodelle gegenüber anderen Eheformen sollen dagegen gerechtfertigt sein, wenn sie auf

<sup>397</sup> V. Steiner/K. Wrohlich, DIW-Wochenbericht Nr. 31 (73) 2006, 441 (442).

<sup>398</sup> Vgl. auch Huster, Neutralität (Fn. 252), S. 591; Vollmer, Ehegattensplitting (Fn. 376), S. 33ff.; M. Zuleeg, DÖV 2005, 687 (690).

<sup>399</sup> V. Steiner/K. Wrohlich, DIW-Wochenbericht Nr. 31 (73) 2006, 441 (442).

<sup>400</sup> Näher Brosius-Gersdorf, Familienförderung (Fn. 77), S. 500ff.

<sup>401</sup> Zu beiden Reformoptionen eines Familientarif- und Familienrealsplittings Goebbels, Besteuerung (Fn. 170), S. 158ff.; Maurer, Besteuerung (Fn. 214), S. 136f.

<sup>402</sup> Brosius-Gersdorf, Familienförderung (Fn. 77), S. 587ff.

<sup>403</sup> BMFSFJ, Finanztableau der ehe- und familienbezogenen Leistungen 2009, <http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Abteilung2/Pdf-Anlagen/familienbezogene-leistungen-tableau-2009.property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf>.

<sup>404</sup> Ebenso Eichhorst/Kaiser/Thode/Tobsch, Vereinbarkeit (Fn. 89), S. 12.

<sup>405</sup> Näher Brosius-Gersdorf, Familienförderung (Fn. 77), S. 505ff.

<sup>406</sup> S. nur BVerfGE 31, 58 (69f.); Jarass/Pieroth, GG, Art. 6 Rn. 23.



zu wählen<sup>470</sup>. Der Staat muss sich aus dem Entscheidungsprozess der Eltern heraushalten und die von ihnen gewählte Rollenverteilung akzeptieren<sup>471</sup>.

122 **Aufenthaltsbeendende Maßnahmen** oder die Versagung des **Familiennachzugs** greifen in die Familiengestaltungsfreiheit des betroffenen Ausländers und seines Familienangehörigen ein und können nur durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt sein (→ Rn. 69).

123 Die Familiengestaltungsfreiheit gilt auch während des **Strafvollzugs**, ist aber durch den Haftzweck und die Anstaltssicherheit und -ordnung eingeschränkt (→ Rn. 70).

### 5. Zeitliche Schutzbereichweite des Familiengrundrechts

124 Die Familiengründungsfreiheit entfaltet Schutz im Vorfeld der Entstehung einer Familie, also vor der Zeugung und Geburt des Kindes<sup>472</sup>. Die Familiengestaltungsfreiheit kommt mit der Entstehung der Familie zum Tragen. Eine Familie existiert nicht nur, solange das Kind klein ist und die Pflege- und Erziehungsaufgaben der Eltern besonders intensiv sind (**Pflege- und Erziehungsgemeinschaft**)<sup>473</sup>, sondern auch noch, wenn das Kind zum Jugendlichen gereift ist und sich die Familie zur **Hausgemeinschaft**<sup>474</sup> entwickelt hat<sup>475</sup>, und wenn das volljährige Kind das Elternhaus verlassen hat (**Begegnungsgemeinschaft**)<sup>476</sup>. Dem unterschiedlichen Umfang der Pflege- und Erziehungsleistungen der Eltern in den einzelnen Phasen der Familie entspricht ein abgestufter Grundrechtsschutz<sup>477</sup>. Im Zentrum des Familiengrundrechts steht die Pflege- und Erziehungsgemeinschaft (arg. e Art. 6 II 1 GG)<sup>478</sup>.

125 Nach dem **Tod** eines Elternteils existiert die Familie zwischen dem Kind und dem hinterbliebenen Elternteil fort<sup>479</sup>. Nach dem Tod beider Elternteile oder des Kindes ist die Familie aufgelöst; Art. 6 I GG entfaltet allenfalls Nachwirkungen etwa in Gestalt der Förderung des Kindes durch Waisenrente.

### 6. Gewährleistungsdimensionen

126 Der »besondere Schutz« der Familie kommt in einer Vielzahl verschiedener Grundrechtsfunktionen zum Ausdruck (→ Rn. 59). Dem Familiengrundrecht wohnt kein dem Ehegrundrecht vergleichbarer **Ausgestaltungsauftrag** des Gesetzgebers inne. Familiengründung und -gestaltung sind natürliche Freiheiten, deren Ausübung weithin keiner gesetzlichen Vorbedingungen bedarf.

<sup>470</sup> Vgl. BVerfGE 6, 55 (81); 39, 169 (183); 48, 327 (338); 99, 216 (231, Rn. 63).

<sup>471</sup> BVerfGE 6, 55 (81); 99, 216 (234, Rn. 70).

<sup>472</sup> G. Kirchhof, AöR 129 (2004), 542 (553) lässt den Schutz des Art. 6 I GG mit dem ersten Schwangerschaftsmonat beginnen.

<sup>473</sup> Zum Begriff BVerfGE 80, 81 (90).

<sup>474</sup> Zum Begriff BVerfGE 80, 81 (90).

<sup>475</sup> Zu dieser zeitlich umfassenden Schutzbereichweite des Familiengrundrechts BVerfGE 57, 170 (178); 80, 81 (90f.); 90, 255 (261); Berens, Grundrechtsschutz (Fn. 343), S. 34f.; M. Kloepfer, HGR II, § 43 Rn. 73.

<sup>476</sup> Zum Begriff BVerfGE 80, 81 (90f.).

<sup>477</sup> Für einen abnehmenden Schutz des Familiengrundrechts mit der Wandlung der Familie von der Pflege- und Erziehungs- über die Haus- zur Begegnungsgemeinschaft BVerfGE 80, 81 (90f.); v. Coelln (Fn. 163), Art. 6 Rn. 20; Sodan (Fn. 173), Art. 6 Rn. 6.

<sup>478</sup> BVerfGE 80, 81 (90); Robbers (Fn. 171), Art. 6 Abs. 1 Rn. 82.

<sup>479</sup> Badura (Fn. 32), Art. 6 Abs. 1 (2012) Rn. 61.

In der Funktion als subjektives **Abwehrrecht**, dem individualrechtliche Ziele zugrunde liegen, verbietet Art. 6 I GG dem Staat Eingriffe in die Gründungs- und Gestaltungsfreiheit der Familie<sup>480</sup>. Eine Einschränkung der Fortpflanzungsmöglichkeit durch Zwangssterilisation (s. etwa § 1905 BGB) sowie das Verbot der Eizell- und Embryospende und der Leihmutterchaft (→ Rn. 108) greifen in die Familiengründungsfreiheit ein und bedürfen der Rechtfertigung durch andere Verfassungsgüter<sup>481</sup>. 127

Als objektivrechtliche **Institutsgarantie** sichert Art. 6 I GG die Existenz und wesentlichen Strukturmerkmale der Familie gegen Zugriffe des Gesetzgebers<sup>482</sup>. Welche Strukturelemente an der Institutsgarantie teilhaben, ist nicht geklärt. Da die Institutsgarantie an den Schutz der Familie als Geburts-, Pflege- und Erziehungsgemeinschaft anknüpft (→ Rn. 43), gewährleistet sie jedenfalls die auf Abstammung beruhende Eltern-Kind-Gemeinschaft (leibliche Kleinfamilie), deren Entstehung auf freiem Entschluss der Eltern beruht (Art. 6 I iVm Art. 1 I GG) und deren Gestaltung durch Autonomie und Gleichberechtigung (Art. 6 I iVm Art. 3 II I GG) der Eltern geprägt ist<sup>483</sup>. 128

Die weitere Funktion des Art. 6 I GG als **Fördergebot** verpflichtet den Staat, die Familie durch finanzielle oder andere Leistungen zu fördern<sup>484</sup>. Das Fördergebot bietet einen Rechtfertigungsgrund für die Privilegierung der Familie gegenüber nichtfamiliären Lebensformen. Dem Fördergebot liegen ebenso wie der Institutsgarantie und der Schutzpflicht objektivrechtliche Ziele zugrunde. Es knüpft an die Geburts-, Pflege- und Erziehungsaufgabe der Eltern an und garantiert ihnen staatliche Leistungen, weil sie mit der Reproduktion der Bevölkerung und der Entlastung des Staates wichtige gemeinwohlsichernde Aufgaben wahrnehmen<sup>485</sup>. Durch die Geburt von Kindern sichern Eltern den Erhalt und die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft und des Staates. Mit der Kinderpflege und -erziehung entlasten sie den Staat von seiner subsidiären 129

<sup>480</sup> S. nur BVerfGE 6, 55 (71); 24, 119 (135); 61, 319 (346f.); 80, 81 (92); 99, 216 (231, Rn. 63); 103, 242 (257, Rn. 43); 107, 27 (53, Rn. 65); G. Kirchhof, AöR 129 (2004), 542 (564f.); Tünnemann, Kinderlastenausgleich (Fn. 88), S. 115 ff.

<sup>481</sup> Vgl. Coester-Waltjen (Fn. 164), Art. 6 Rn. 32.

<sup>482</sup> BVerfGE 6, 55 (72); 76, 1 (49); 80, 81 (92); Moderegger, Familienschutz (Fn. 170), S. 29 ff.

<sup>483</sup> Auch Badura (Fn. 32), Art. 6 Abs. 1 (2012) Rn. 70 sieht die Gründungs- und Gestaltungsfreiheit der Familie als durch die Institutsgarantie geschützt an; Coester-Waltjen (Fn. 164), Art. 6 Rn. 15 sieht in der »Ermöglichung und Anerkennung familiärer Solidarität« ein durch die Institutsgarantie garantiertes Strukturmerkmal; Uhle (Fn. 164), Art. 6 Rn. 32 zählt zur Institutsgarantie der Familie die Anerkennung familiärer Solidarität und die Sorge der Eltern für ihr Kind. Mit der Gleichberechtigung der Eltern waren §§ 1628, 1629 I BGB a.F. unvereinbar, wonach der Vater das Alleinvertretungsrecht und das Recht zum Stichentscheid in Fragen der Pflege und Erziehung des Kindes hatte, BVerfGE 10, 59 (66 ff.).

<sup>484</sup> Für eine Ableitung des Fördergebots aus Art. 6 I GG iVm dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 I GG dagegen BVerfGE 82, 60 (85 ff.); 99, 216 (233, Rn. 67); 107, 205 (213, Rn. 34); Badura (Fn. 32), Art. 6 Abs. 1 (2012) Rn. 62.

<sup>485</sup> Den Charakter staatlicher Familienförderung als Staatsaufgabe betont auch J. Ipsen, HStR<sup>3</sup> VII, § 154 Rn. 86, 110. Anders Burgi (Fn. 25), Art. 6 Rn. 39, der den Schutzzweck des Gebots der Familienförderung in der Sicherung der Freiheitsvoraussetzungen der Familienmitglieder sieht; nach Huster, Neutralität (Fn. 252), S. 521, 522 ff. dient das Fördergebot für die Familie einem im Individualinteresse gewährleisteten Schutz der Familie vor transferrechtlicher Ausbeutung; Tünnemann, Kinderlastenausgleich (Fn. 88), S. 105 ff. sieht den Zweck staatlicher Familienförderung jedenfalls primär darin, die individuellen Interessen der Familienmitglieder zu sichern; ebenso Nesselrode, Spannungsverhältnis (Fn. 168), S. 159; Roellecke, Problematik (Fn. 170), S. 829 f. erblickt den Schutzzweck des Familienfördergebots in dem Schutz des Kindes; nach Badura (Fn. 33), Art. 6 (2012) Rn. 38 steht sowohl die Persönlichkeitsentfaltung der Familienmitglieder als auch die staaterhaltende Funktion der Familie in der Sinnmitte des Fördergebots zugunsten der Familie. Hierzu näher Brosius-Gersdorf, Familienförderung (Fn. 77), S. 243 ff.

Aufgabe als »Pflege- und Erziehungsreservist«<sup>486</sup>. Dieser Zweck des Fördergebots unterscheidet Familienförderung von Eheförderung (→ Rn. 43, 88).

130

Bei der Bestimmung der **Höhe, Art, zeitlichen Dimension** und Regelungsbereiche der Förderung steht dem Staat ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Er muss die Familie durch Leistungen fördern, die oberhalb des sozialstaatlich gebotenen Existenzminimums und damit oberhalb des daseinssichernden Sach-, Erziehungs- und Betreuungsbedarfs des Kindes<sup>487</sup> liegen<sup>488</sup>. Jenseits des Existenzminimums steht dem Staat »nach oben hin« Gestaltungsfreiheit zu<sup>489</sup>. Er ist insb. nicht verpflichtet, die Pflege- und Erziehungsleistung der Familie (etwa durch Befreiung von der Beitragspflicht in der gesetzlichen Sozialversicherung) dem Erwerbsbeitrag Kinderloser gleichzustellen<sup>490</sup>. Der Staat hat auch Gestaltungsfreiheit, ob er die Familie durch Ausgleich der kindbezogenen Lasten (**Familienlastenausgleich**) oder Förderung der Geburts-, Pflege- und Erziehungsleistungen der Eltern (**Familienleistungsausgleich**) unterstützt<sup>491</sup>. Ein Anspruch auf bestimmte staatliche Leistungen, etwa auf den Ersatz von Betreuungskosten für das Kind<sup>492</sup>, besteht regelmäßig nicht<sup>493</sup>. Der Staat kann zudem grundsätzlich frei wählen, ob er seine Förderpflicht durch Geld-, Sach- oder Dienstleistungen erfüllt. Finanzielle Leistungen, über deren Verwendung die Eltern selbst entscheiden können, wahren die Gestaltungsfreiheit der Familie allerdings stärker als Sach- und Dienstleistungen<sup>494</sup>. Ebenso wie das Gebot der Eheförderung lässt sich das Gebot der Familienförderung prinzipiell in sämtlichen Rechtsgebieten verwirklichen, in denen

<sup>486</sup> Fn. 450.

<sup>487</sup> Zu diesem Inhalt des Existenzminimums des Kindes BVerfGE 99, 216 (233ff. u. 240ff., Rn. 67ff. u. 88ff.).

<sup>488</sup> Wie hier *E. Eichenhofer*, in: 64. DJT, S. B 1ff. (B 28). Teilweise wird aus Art. 6 I GG (iVm dem Sozialstaatsprinzip) lediglich die Pflicht zur Sicherung des Existenzminimums der Familienmitglieder hergeleitet, so v.a. BVerfGE 82, 60 (85ff.); 87, 153 (169); 99, 216 (233, Rn. 67); 112, 268 (281); *E. v. Münch*, HdbVerfR, § 9 Rn. 40. Nach a. A. soll der Staat gem. Art. 6 I GG verpflichtet sein, sämtliche Lasten und Leistungen der Familie zu ersetzen, so namentlich *Pechstein*, Familiengerechtigkeit (Fn. 313), S. 311ff., 333ff.; vgl. auch *A. Lenze*, Staatsbürgerversicherung und Verfassung, 2005, S. 295f., 332; *Tünnemann*, Kinderlastenausgleich (Fn. 88), S. 135ff., 165ff. deutet Art. 6 I GG als Gebot des vollständigen Ausgleichs der kindbezogenen Lasten der Familie. *Moderegger*, Familienschutz (Fn. 170), S. 38f. entnimmt Art. 6 I GG das Gebot einer tatsächlichen Besserstellung der Familie gegenüber Kinderlosen. *G. Kirchhof*, AöR 129 (2004), 542 (581f.) vertritt, dass der Staat seiner Förderpflicht nicht nachkomme, weil er die Leistungen, die Familien für den Staat erbrächten, lediglich zu 30% fördere. In die Richtung eines vollständigen Lastenausgleichs deutet auch – allerdings beschränkt auf Beamte – BVerfGE 44, 249 (267f.); relativierend aber BVerfGE 81, 363 (377f.).

<sup>489</sup> Näher *Brosius-Gersdorf*, Familienförderung (Fn. 77), S. 267ff.

<sup>490</sup> BVerfGE 103, 242 (258ff., Rn. 44ff.); a. A. *Robbers* (Fn. 171), Art. 6 Abs. 1 Rn. 102 bezogen auf die gesetzliche Rentenversicherung.

<sup>491</sup> Wie hier *Badura* (Fn. 32), Art. 6 Abs. 1 (2012) Rn. 77; *I. Ebsen*, DRV 2002, 697 (707). Von einer Verpflichtung zum Leistungsausgleich ist das Bundesverfassungsgericht bezogen auf die Familienförderung in der gesetzlichen Pflegeversicherung ausgegangen, s. BVerfGE 103, 242 (257ff., Rn. 42ff.). Für eine Verpflichtung des Staates zum Lastenausgleich BVerfGE 11, 105 (117); 82, 60 (81); 106, 166 (178, Rn. 46); *Antoni* (Fn. 186), Art. 6 Rn. 12. Für die Pflicht des Staates zum Lasten- und Leistungsausgleich *T. Kingreen*, JZ 2004, 938 (946f.); *Lenze*, Staatsbürgerversicherung (Fn. 488), S. 295f.; *Nes-selrode*, Spannungsverhältnis (Fn. 168), S. 168, 179.

<sup>492</sup> Eine Verpflichtung des Staates zum Ausbau und zur finanziellen Förderung der Kinderbetreuung in Deutschland folgt aber aus Art. 3 II 2 GG, hierzu *Brosius-Gersdorf*, Familienförderung (Fn. 77), S. 444ff.

<sup>493</sup> S. nur BVerfGE 39, 316 (326); 82, 60 (81); 87, 1 (35); 88, 203 (260); 110, 412 (436, Rn. 72); *U. Di Fabio*, NJW 2003, 993 (997); *J. Ipsen*, HStR<sup>3</sup> VII, § 154 Rn. 85; *Klein*, Eheverbot (Fn. 168), S. 27.

<sup>494</sup> Hierzu näher *F. Brosius-Gersdorf*, ZRP 2010, 84 (86).

die Familie Adressat staatlicher Regelungen ist, namentlich im Steuer- und Sozialversicherungsrecht oder durch Transferleistungen (→ Rn. 86)<sup>495</sup>.

Den Mitgliedern der Familie steht aus Art. 6 I GG das **subjektive Recht** zu, gerichtlich überprüfen zu lassen, ob der Staat das Fördergebot erfüllt, wenngleich im Regelfall kein Anspruch auf bestimmte Leistungen besteht. 131

Als objektivrechtliche **Schutzpflicht** hält Art. 6 I GG den Staat an, die Familie vor Beeinträchtigungen ihrer Gründungs- und Gestaltungsfreiheit durch Private zu schützen<sup>496</sup>. Der Übergriff auf den Autonomiebereich der Familie kann sowohl »von außen«, von Dritten, als auch »von innen«, von einem Familienmitglied, ausgehen. Als Schutzpflicht im engeren Sinne bezieht sich Art. 6 I GG auf den öffentlichrechtlichen Rechtskreis; in Gestalt der sog. Drittwirkung kommt Art. 6 I GG Geltung im Privatverkehrsverkehr zu (→ Rn. 89). Unter welchen Voraussetzungen das Schutzgebot Handlungspflichten des Staates auslöst, bemisst sich nach allgemeinen Grundsätzen (→ Vorb. Rn. 101ff.). 132

Die Funktion des **interinstitutionellen Diskriminierungsverbots**<sup>497</sup> untersagt dem Staat, die Familie gegenüber nichtfamiliären Lebensformen zu benachteiligen<sup>498</sup>, und verdrängt als besonderer Gleichheitssatz Art. 3 I GG<sup>499</sup>. Das Diskriminierungsverbot flankiert als grundrechtliche Sekundärfunktion das Abwehrrecht, das Fördergebot und das Schutzgebot (Primärfunktionen) und verbietet dem Staat sowohl bei der Auferlegung staatlicher Lasten als auch bei der Familienförderung jede Differenzierung zulasten der Familie, die an ihre Existenz anknüpft<sup>500</sup>. Den Trägern des Familiengrundrechts steht ein subjektives Recht auf Nichtdiskriminierung durch den Staat zu<sup>501</sup>. Keine Diskriminierung begründen gesetzliche Regelungen, die eine Benachteiligung der Familie durch entsprechende Vorteile kompensieren<sup>502</sup>. 133

<sup>495</sup> Vgl. ebenso BVerfGE 11, 105 (117); 21, 1 (6); 43, 108 (123f.); 61, 319 (354); 82, 60 (84); s. a. *T. Kingreen*, JZ 2004, 938 (942ff.); *Moderegger*, Familienschutz (Fn. 170), S. 177f. Anders BVerfGE 103, 242 (263ff., Rn. 55ff.), wonach eine Verpflichtung des Staates zur Förderung der Familie im System der gesetzlichen Pflegeversicherung bestehe und der Gesetzgeber aufgefordert sei, die Auswirkungen dieses Pflegeversicherungsurteils auf andere Zweige der Sozialversicherung zu prüfen (270). Für eine Pflicht des Staates, die Familie in der gesetzlichen Rentenversicherung zu fördern, *Pechstein*, Familiengerechtigkeit (Fn. 313), S. 317ff., 355ff.; ebenso bezogen auf die gesetzliche Renten- und Pflegeversicherung *G. Kirchhof*, AöR 129 (2004), 542 (573); *H. Sodan*, NZS 2005, 561 (566f.); für eine Förderpflicht des Staates in der gesetzlichen Pflege-, Renten- und Krankenversicherung *M. Estelmann*, SGB 2002, 245ff.; *T. Kingreen*, JZ 2004, 938 (945ff.); *Lenze*, Staatsbürgerversicherung (Fn. 488), S. 286ff.

<sup>496</sup> BVerfGE 6, 55 (76); 28, 324 (347); 87, 1 (35); 105, 313 (346, Rn. 90) – st. Rspr.; *Schüffner*, Ehe-schutz (Fn. 245), S. 309.

<sup>497</sup> Zum Begriff *Brosius-Gersdorf*, Familienförderung (Fn. 77), S. 216ff.

<sup>498</sup> Zu dieser Dimension des Art. 6 I GG als Diskriminierungsverbot BVerfGE 6, 55 (76); 28, 324 (347); 105, 313 (346, Rn. 92).

<sup>499</sup> Vgl. BVerfGE 12, 180 (194); 18, 257 (269); 29, 71 (79); 75, 348 (357); 103, 242 (258, Rn. 43).

<sup>500</sup> Vgl. BVerfGE 6, 55 (76); 28, 104 (112); 67, 186 (195f.); 76, 1 (72); 82, 60 (80); 87, 234 (256ff.); 99, 216 (232f., Rn. 65f.); 105, 313 (346, Rn. 92); *G. Kirchhof*, AöR 129 (2004), 542 (572f.); *F. Shirvani*, NZS 2009, 242 (245); Zweifel an der Funktion des Art. 6 I GG als Diskriminierungsverbot hegt dagegen *T. Kingreen*, Jura 1997, 401 (406). Für eine andere Deutung des Diskriminierungsverbots plädiert *Pechstein*, Familiengerechtigkeit (Fn. 313), S. 179ff., 232ff., der ihm das Gebot entnimmt, die tatsächlichen Mehr-Leistungen und -Lasten der Familie gegenüber Kinderlosen auszugleichen – diese Deutung ist mit dem Charakter des Diskriminierungsverbots als Sekundärfunktion zum Fördergebot (sowie zum Abwehrrecht und Schutzgebot), das dem Staat bei der Festlegung des Umfangs der Förderung der Familie weitreichende Gestaltungsfreiheit belässt (→ Rn. 130), schwer vereinbar.

<sup>501</sup> BVerfGE 6, 386 (398); *G. Kirchhof*, AöR 129 (2004), 542 (572f.).

<sup>502</sup> Vgl. BVerfGE 107, 205 (215f., Rn. 42).

- 134 Entgegen der herrschenden Ansicht beinhaltet Art. 6 I GG auch ein **intrainstitutionelles Diskriminierungsverbot**<sup>503</sup>, das im Verhältnis verschiedener Familienformen gilt<sup>504</sup> und Art. 3 I GG vorgeht. In dieser Funktion untersagt Art. 6 I GG dem Staat, einzelne Familienformen gegenüber anderen im Eingriffs- oder Förderbereich zu benachteiligen. Differenzierungen zwischen ehelichen und nichtehelichen, kinderarmen und kinderreichen oder einkommenschwachen und -starken Familien bedürfen der Rechtfertigung. In Abgrenzung zum Neutralitätsgebot (→ Rn.137) ist das Diskriminierungsverbot auf Konstellationen außerhalb von Konkurrenzsituationen zwischen Familien beschränkt.
- 135 Gegen das intrainstitutionelle Diskriminierungsverbot verstößt die Beschränkung medizinischer Leistungen der **künstlichen Befruchtung** durch die gesetzliche Krankenversicherung auf Eheleute (§ 27a I Nr.3 SGB V). Leistungen der künstlichen Befruchtung stellen als Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft und damit der Geburt eines Kindes Familienförderung dar. Das Familiengrundrecht schützt eheliche und nichteheliche Lebensgemeinschaften mit Kinderwunsch gleichermaßen; die Benachteiligung nicht verheirateter Personen bei der Familienförderung wie im Fall des § 27a I Nr.3 SGB verstößt gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 6 I GG<sup>505</sup>. Aus den gleichen Gründen ist die Differenzierung zwischen ehelichen und nichtehelichen Familien im Kontext der beitragsfreien **Kindermitversicherung** in der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 10 I und III, § 3 Satz 3 SGB V) mit dem intrainstitutionellen Diskriminierungsverbot unvereinbar<sup>506</sup>.
- 136 Im Verhältnis zwischen kinderarmen und **kinderreichen Familien** muss der Staat grundsätzlich jedes Kind gleichermaßen fördern, weil Eltern mit jedem Kind gleiche Pflege- und Erziehungsleistungen erbringen. Zählkindervorteile im Bereich des Leistungsausgleichs bedürfen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Im Rahmen des Lastenausgleichs darf der Staat zwischen Ein-Kind- und Mehr-Kind-Familien differenzieren, wenn die Pflege und Erziehung des ersten Kindes höhere oder umgekehrt niedrigere Kosten auslöst als sie beim zweiten oder dritten Kind anfallen<sup>507</sup>. Die kinderzahlbezogene Staffelung des Kindergeldes (vgl. § 66 I EStG) ist daher mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 6 I GG nur vereinbar, wenn mit steigender Kinderzahl

<sup>503</sup> Zum Begriff *Brosius-Gersdorf*, Familienförderung (Fn. 77), S. 220ff.

<sup>504</sup> Der Maßstab für den staatlichen Umgang mit verschiedenen Familienformen wird überwiegend Art. 3 I GG (so BVerfGE 43, 108 [124ff.]; 47, 1 [22ff., 29ff.]; *Idel*, Familienbegriff [Fn. 427], S. 79; C. *Seiler*, Grundzüge eines öffentlichen Familienrechts, 2008, S. 47) oder Art. 3 I iVm Art. 6 I GG (so BVerfGE 61, 319 [342ff.]; 82, 60 [86ff.]; 87, 1 [36ff.]; 106, 166 [175ff., Rn. 36ff.]; 107, 205 [212ff., Rn. 32ff.]; *Becker*, Transfergerechtigkeit [Fn. 390], S. 42ff.) entnommen. Wie hier dagegen für eine Ableitung des Diskriminierungsverbots zwischen verschiedenen Familienformen aus Art. 6 I GG *Pechstein*, Familiengerechtigkeit (Fn. 313), S. 231, 242ff.

<sup>505</sup> *F. Brosius-Gersdorf*, DÖV 2010, 465ff. A. A. BVerfGE 117, 316 (325ff., Rn. 29ff.) – das Bundesverfassungsgericht stuft die Leistungen der künstlichen Befruchtung nach § 27a I Nr. 3 SGB V unzutreffend als Eheförderung ein und erklärt die Begünstigung von Ehepaaren gegenüber nichtehelichen Lebensgemeinschaften daher für gerechtfertigt.

<sup>506</sup> Anders BVerfGE 107, 205 (212ff., Rn. 31ff.), worin das Bundesverfassungsgericht die Kindermitversicherung unter Hinweis auf eine Kompensation der Nachteile für Eheleute durch andere Regelungen des SGB V, die rechtliche Vorteile für Ehegatten gewähren, als verfassungsgemäß einstuft.

<sup>507</sup> Anders BVerfGE 106, 166 (178, Rn. 47), wonach der Gesetzgeber Gestaltungsfreiheit habe, ob er Zählkindervorteile gewährt; im Ergebnis ebenso *Robbers* (Fn. 171), Art. 6 Abs. 1 Rn. 94; s. a. *Stern*, Staatsrecht IV/1, S. 449f. mit der Begründung, dass sich die Lasten der Familie mit steigender Kinderzahl verstärken; dagegen *Coester-Waltjen* (Fn. 164), Art. 6 Rn. 40, derzufolge die Geburt des ersten Kindes die Familie am stärksten belastet.



typischerweise höhere Ausgaben der Eltern verbunden sind<sup>508</sup>. Löst jedes Kind gleiche Kosten aus, lässt sich die Staffelung des Kindergeldes allenfalls als Mittel zur Steigerung der Geburtenrate rechtfertigen<sup>509</sup>.

Eine weitere Funktion des Familiengrundrechts ist das **Neutralitätsgebot**<sup>510</sup>, das den Staat zur Neutralität im Verhältnis konkurrierender Familienformen verpflichtet. Das Neutralitätsgebot verlangt, dass sich der Staat aus dem Entscheidungsprozess der Eltern über die Gestaltung des Familienlebens heraushält<sup>511</sup> und sich jeder Einflussnahme auf die Wahl der Familienform enthält<sup>512</sup>. Von staatlichen Maßnahmen dürfen weder Anreize für die Allein- noch für die Doppelverdienerfamilie ausgehen<sup>513</sup>. Diesen Anforderungen wird der Staat gerecht, wenn er Familien mit gleichen kindbezogenen Lasten und gleichen Pflege- und Erziehungsleistungen gleichermaßen fördert<sup>514</sup>. Das Neutralitätsgebot des Art. 6 I GG wird allerdings durch Art. 3 II 2 GG beschränkt, der den Staat verpflichtet, die bestehenden Nachteile für Frauen bei der Vereinbarkeit von Familie und Beruf durch gezielte Förderung der Doppelverdienerfamilie abzubauen<sup>515</sup>.

Diesen Anforderungen genügt das zum 1. 1. 2007 eingeführte **Elterngeld** für Eltern, die ein Kind unter Verzicht auf eine vorher ausgeübte Erwerbstätigkeit betreuen<sup>516</sup>. Als Einkommensersatzleistung (§§ 2 I 1 und II 2 BEEG) kommt das Elterngeld nur Alleinverdienerfamilien zugute; nach der Geburt des Kindes (in Vollzeit) doppelt erwerbstätige Eltern haben keinen Anspruch auf Elterngeld. Die hierin liegende Abweichung von dem Neutralitätsgebot des Art. 6 I GG ist durch Art. 3 II 2 GG gerechtfertigt<sup>517</sup>. Als Pauschalleistung iHv 300 Euro monatlich für Geringverdiener (§ 2 IV BEEG – Mindestelterngeld) stellt das Elterngeld eine Sozialleistung iSd Art. 20 I GG dar. Die sog. Regelung der **Partnermonate** (§ 4 I 1 i. V. m. III 1 BEEG) privilegiert Familien mit einem partnerschaftlichen Betreuungskonzept gegenüber Familien, in denen ein Elternteil die Kinderbetreuung allein leistet, und reibt sich daher mit dem Neutralitätsgebot des Art. 6 I GG; sie ist jedoch durch Art. 3 II 2 GG gerechtfertigt<sup>518</sup>.

<sup>508</sup> An einem Anstieg der Kosten mit zunehmender Kinderzahl zweifelt *Uhle* (Fn. 164), Art. 6 Rn. 40. Keine verfassungsrechtlichen Zweifel an der kinderzahlbezogenen Staffelung des Kindergeldes hat *Burgi* (Fn. 25), Art. 6 Rn. 59. Vgl. auch BVerfGE 91, 93 (108); 106, 166 (178, Rn. 47).

<sup>509</sup> *Brosius-Gersdorf*, Familienförderung (Fn. 77), S. 520ff.

<sup>510</sup> Ein Neutralitätsgebot des Staates aus Art. 6 I GG erkennt auch *Huster*, Neutralität (Fn. 252), S. 533 an; für eine Neutralitätspflicht des Staates bei der Förderung der Familie ferner *J. Lang*, in: 60. DJT, S. O 61ff. (O 71f.); *Seiler*, Grundzüge (Fn. 504), S. 25f.

<sup>511</sup> Vgl. BVerfGE 10, 59 (84f.); 39, 169 (183); 48, 327 (338); 66, 84 (94); 87, 234 (258f.); 107, 27 (53, Rn. 65).

<sup>512</sup> Ebenso *Huster*, Neutralität (Fn. 252), S. 530ff.; *C. Seiler*, HStR<sup>3</sup> IV, § 81 Rn. 14.

<sup>513</sup> Vgl. *Badura* (Fn. 32), Art. 6 Abs. 1 (2012) Rn. 85; a. A. *Robbers* (Fn. 171), Art. 6 Abs. 1 Rn. 75, der eine besondere Förderung der Alleinverdienerfamilie für zulässig hält, weil «dies für die Entwicklung der Kinder und für die gesellschaftliche Funktion der Familie von besonderem Wert» sei – was allerdings nicht belegt ist.

<sup>514</sup> Zu dem Neutralitätsgebot des Staates bei der Förderung der Familie näher *Brosius-Gersdorf*, Familienförderung (Fn. 77), S. 292ff.

<sup>515</sup> Näher *Brosius-Gersdorf*, Familienförderung (Fn. 77), S. 365ff., 444ff.; vgl. auch *Richter* (Fn. 32), Art. 6 Rn. 14 mit der Feststellung, dass die Familiengestaltungsfreiheit ihre Grenzen in der Gleichberechtigung der Geschlechter gem. Art. 3 II GG finde.

<sup>516</sup> Zu der Anrechnung des Elterngeldes auf andere staatliche Leistungen *F. Brosius-Gersdorf*, FPR 2007, 334ff.

<sup>517</sup> Im Ergebnis ebenso BVerfG 1 BvR 1853/11 vom 9. 11. 2011, Rn. 7ff.; *Hofmann* (Fn. 172), Art. 6 Rn. 11.

<sup>518</sup> BVerfG 1 BvR 2075/11 vom 26. 10. 2011, Rn. 4ff.; s. a. BVerfG FamRZ 2011, 1645ff., Rn. 11ff.;

- 139 Die Einführung eines **Betreuungsgeldes** für Eltern, die ein Kind im Alter von 15 bis 36 Monaten haben und keine öffentlich geförderte Betreuung in Anspruch nehmen (s. Betreuungsgeldgesetz, BGBl. I/2013, S. 254ff.), kollidiert mit dem Neutralitätsgebot des Art. 6 I GG. Soweit das Betreuungsgeld als Leistungsausgleich konzipiert ist, muss es sämtlichen Eltern gleichermaßen zukommen, da Allein- und Doppelverdienereltern gleiche Pflege- und Erziehungsleistungen erbringen; dies gilt unabhängig davon, ob sie eine öffentlich geförderte Betreuung in Anspruch nehmen oder ihr Kind selbst betreuen oder von privaten Dritten betreuen lassen. Soweit das Betreuungsgeld Lastenausgleich ist, ist es auf Eltern zu beschränken, die tatsächlich betreuungsbedingte Kosten haben. Als Gegenstück zur öffentlichen Förderung von Tageseinrichtungen und Kindertagespflege (Kompensationsgedanke) ist das Betreuungsgeld nicht diskriminierungsfrei, weil es mit 100 bzw. 150 EUR/Monat erheblich hinter den Investitionen des Staates in Tageseinrichtungen und Kindertagespflege zurückbleibt<sup>519</sup>.

### 7. Schranken des Familiengrundrechts

- 140 Das Familienrundrecht ist ebenso wie das Ehegrundrecht vorbehaltlos gewährleistet; es unterliegt **verfassungsimmanenten Schranken**<sup>520</sup>. Eingriffe in das Familiengrundrecht und Unterschreitungen des Förder- oder Schutzgebots können nur durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden, wobei das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu wahren ist (→ Art. 20 [Rechtsstaat] Rn. 179ff.). Benachteiligungen der Familie gegenüber Kinderlosen oder einzelner Familienformen gegenüber anderen können durch Gründe von Verfassungsrang gerechtfertigt sein (→ Rn. 97).

## III. Elternrecht und -pflicht (Art. 6 II 1 GG)

### 1. Allgemeine Bedeutung

- 141 Art. 6 II 1 GG gewährleistet ein Grundrecht und eine korrespondierende Pflicht der Eltern zur Pflege und Erziehung ihrer Kinder<sup>521</sup>. Die Kombination aus **Grundrecht und -pflicht** beruht darauf, dass Kinder der Fürsorge und Anleitung Dritter bedürfen, um sich körperlich, geistig und seelisch entwickeln zu können<sup>522</sup>. Die Zuweisung der Verantwortung für das Kind an die Eltern stützt sich auf die Annahme, dass »diejenigen, die einem Kinde das Leben geben, von Natur aus bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen«<sup>523</sup>, und daher dem Wohl des Kindes am besten dienen<sup>524</sup>. Dem entspricht es, dass primär die Eltern für die Pflege

*F. Brosius-Gersdorf*, VSSR 2008, S. 299ff.; die Verfassungsmäßigkeit der Partnermonate bejaht im Ergebnis auch *R. Müller-Terpitz*, JZ 2006, 991 (994ff.); a. A. *J. Borchert*, Orientierungen zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 106 (2005), 43 (47), der die Regelung der Partnermonate für verfassungsrechtlich bedenklich hält.

<sup>519</sup> Näher *F. Brosius-Gersdorf*, NJW-aktuell 51/2012, 14; zu den Ausgestaltungsoptionen eines Betreuungsgeldes *F. Brosius-Gersdorf*, ZRP 2010, 84ff.

<sup>520</sup> S. nur BVerfGE 24, 119 (135); v. *Coelln* (Fn. 163), Art. 6 Rn. 23; *Sodan* (Fn. 173), Art. 6 Rn. 10.

<sup>521</sup> Zu der Frage, ob das Elternrecht iSd Art. 6 II 1 GG zu den durch Art. 79 III iVm Art. 1 I, II GG gegenüber einer Verfassungsänderung geschützten Rechten gehört, *Badura* (Fn. 153), Art. 6 Abs. 2, 3 (2002) Rn. 91; *M. Burgi*, in: Friauf/Höfling, GG, Art. 6 (2007), Rn. 103.

<sup>522</sup> Vgl. BVerfGE 24, 119 (144); ferner BVerfGE 7, 198 (205); 121, 69 (92f., Rn. 71); *Jestaedt* (Fn. 25), Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 28; *Leibholz/Rinck* (Fn. 163), Art. 6 Rn. 638.

<sup>523</sup> BVerfGE 24, 119 (150).

<sup>524</sup> Vgl. BVerfGE 56, 363 (395); 59, 360 (376); 60, 79 (94); 61, 358 (371); 75, 201 (219).

finden sich schließlich oftmals auch in bilateralen Niederlassungs- und Freundschaftsabkommen, die auf Gegenseitigkeitsbasis die Rechtsstellung eigener Staatsangehöriger im anderen Vertragsstaat absichern<sup>25</sup>.

Dieser internationale Menschenrechtsstandard geht über **Art. 11 GG** insofern hinaus, als letzterer nur Staatsangehörige berechtigt und kein Ausreise- und Auswanderungsrecht umfasst; das Rückkehrrecht Deutscher in ihren Heimatstaat wird demgegenüber – unbeschadet der Formulierung »Freizügigkeit im ganzen Bundesgebiet« – für von Art. 11 GG umfasst erachtet (→ Rn. 30). Überdies liegt zumindest der EMRK ein weitergehendes Eingriffsverständnis zugrunde<sup>26</sup>. Gleichwohl besteht kein generelles Schutzdefizit im Grundgesetz, da die aufgezeigten Lücken namentlich über Art. 2 I GG geschlossen werden, der sowohl ein Freizügigkeitsrecht für Ausländer (→ Rn. 40) als auch ein Ausreise- und Auswanderungsrecht (→ Rn. 31) umfasst, und da die internationalen Garantien zudem tendenziell weitergehenden Einschränkungsmöglichkeiten unterliegen.

11

## II. Europäisches Unionsrecht

Dass Art. 11 GG weder ein Einreise- und Aufenthaltsrecht für Ausländer noch ein Ausreise- und Auswanderungsrecht für Inländer umfasst, hat aufgrund der **Verbürgung grenzüberschreitender Freizügigkeit im Unionsrecht** eine erhebliche Relativierung erfahren. Relevant sind zum einen die seit dem Beginn der europäischen Integration zu den Kerngewährleistungen des Europarechts rechnenden, den Angehörigen der Mitgliedstaaten und ihren (auch drittstaatsangehörigen) Familienangehörigen eingeräumten **Personenverkehrsfreiheiten** (→ Rn. 13 ff.). Zum anderen regelt das Unionsrecht zunehmend die **Freizügigkeit Drittstaatsangehöriger** (→ Rn. 18), und zwar nicht nur im Vorfeld von Erweiterungen (»Europa-Abkommen«) und im Kontext sonstiger Verdichtungen der internationalen Beziehungen (Assoziationsabkommen EWG/Türkei vom 12. 9. 1963<sup>27</sup>, das am 1. 6. 2002 in Kraft getretene sektorielle Abkommen über die Freizügigkeit EU/Schweiz<sup>28</sup> und das am 1. 1. 1994 in Kraft getretene EWR-Abkommen<sup>29</sup>), sondern auch als Bestandteil einer gemeinsamen Visa- und Einwanderungspolitik gegenüber Drittstaatsangehörigen in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, den die Union bildet (Art. 67 ff. AEUV).

12

Die unmittelbar anwendbaren<sup>30</sup> **Personenverkehrsfreiheiten**, nämlich die **Arbeitnehmerfreizügigkeit** (Art. 45 ff. AEUV), das **Niederlassungsrecht Selbständiger**

13

<sup>25</sup> Siehe etwa das deutsch-griechische Niederlassungsabkommen v. 18. 3. 1960 (BGBl. 1962 II, S. 1505) oder den Freundschafts-, Handels- und Schiffsverkehrsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Italienischen Republik v. 21. 11. 1957 (BGBl. 1959 II, S. 949). Vgl. allgemein zu den Niederlassungsabkommen *Schönberger*, Unionsbürger (Fn. 4), S. 211 ff.

<sup>26</sup> EGMR v. 25. 5. 2000, 46346/99, LKV 2001, 69 (72) – *Noack u. a./Deutschland*. Näher → Rn. 38 f.

<sup>27</sup> ABl. 1964 P 217/3687; ferner Art. 6 I des Beschl. des Assoziationsrates EWG/Türkei über die Entwicklung der Assoziation v. 19. 9. 1980 (Nr. 1/80), der nach der Rechtsprechung des EuGH unmittelbar anwendbar ist (v. 20. 9. 1990, C-192/89, Slg. 1990, I-3461, Rn. 13 ff. – *Sevince*). Im Überblick *K. Hailbronner*, HStR<sup>3</sup> VII, § 152 Rn. 29; *F. Weiss/F. Wooldridge*, Free Movement of Persons within the European Community, 2. Aufl. 2007, S. 207 ff.

<sup>28</sup> ABl. 2002 L 114/6.

<sup>29</sup> BGBl. 1993 II, S. 267.

<sup>30</sup> Grundlegend: EuGH v. 5. 2. 1963, 26/62, Slg. 1963, 16 ff. – *van Gend en Loos*; für die Arbeitnehmerfreizügigkeit EuGH v. 4. 4. 1974, 167/73, Slg. 1974, 359, Rn. 35 ff. – *Kommission/Frankreich*; v. 4. 12. 1974, 41/74, Slg. 1974, 1337, Rn. 4 ff. – *van Duyn*; für die Niederlassungsfreiheit EuGH v. 21. 6.



(Art. 49ff. AEUV) und die **Dienstleistungsfreiheit** (Art. 56ff. AEUV)<sup>31</sup>, räumen Erwerbstätigen und deren Familienangehörigen nicht nur ein gesichertes, da lediglich einem restriktiv gehandhabten Ordre-public-Vorbehalt unterliegenden<sup>32</sup> **Aufenthaltsrecht** im EU-Ausland ein, sondern auch einen Anspruch auf nahezu unbedingte Gleichbehandlung mit den Angehörigen des Zielstaats, den der EuGH trotz der erwerbstätigkeitsbezogenen Formulierung dieser **Diskriminierungsverbote** (vgl. Art. 45 II AEUV, Art. 49 UAbs. 2 AEUV) tatbestandlich umfassend versteht<sup>33</sup>. Überdies hat sich ein (auch) freiheitsrechtliches Verständnis der Grundfreiheiten durchgesetzt (**Beschränkungsverbote**), wonach diese – vorbehaltlich einer Rechtfertigung »aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses« – auch vor marktzugangsrelevanten, nicht-diskriminierenden Maßnahmen des Herkunfts- und des Zielstaates schützen, die die Ausübung des Freizügigkeitsrechts »behindern oder weniger attraktiv machen können«<sup>34</sup>. Für Tätigkeiten, die mit der Wahrnehmung von hoheitlichen Kernaufgaben des Staates einhergehen, besteht eine **Bereichsausnahme** (Art. 45 IV AEUV, Art. 51 AEUV, ggf. i. V. m. Art. 62 AEUV)<sup>35</sup>.

- 14 Die infolge ihrer **Indienststellung für die Marktintegration** zunächst auf Erwerbstätige und deren Familienangehörige beschränkte Freizügigkeit hat ab Mitte der 1980er Jahre eine (begrenzte) **Verallgemeinerung** erfahren<sup>36</sup>, die im Zuge der **Maastrichter Vertragsrevision** des Jahres 1993 in der **Einführung eines allgemeinen Freizügigkeitsrechts** als Bestandteil der allen Angehörigen der Mitgliedstaaten verliehenen **Unionsbürgerschaft** kulminierte<sup>37</sup>. Der unmittelbar anwendbare<sup>38</sup>, jeden Unionsbürger unabhängig von einer wirtschaftlichen Betätigung berechtigende Art. 21 I AEUV gewährleistet »das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten.« Mit den ihm gegenüber speziellen<sup>39</sup>

1974, 2/74, Slg. 1974, 631, Rn. 3ff. – *Reyners*. Allgemein *F. Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, 2007, S. 25ff.

<sup>31</sup> Siehe dazu und zum Folgenden umfassend *Wollenschläger*, Grundfreiheit (Fn. 30), S. 19ff.

<sup>32</sup> EuGH v. 4. 12. 1974, 41/74, Slg. 1974, 1337, Rn. 18/19 – *van Duyn*; v. 26. 2. 1975, 67/74, Slg. 1975, 297, Rn. 6 – *Bonsignore*; v. 28. 10. 1975, 36/75, Slg. 1975, 1219, Rn. 26/28 – *Rutili*; v. 27. 10. 1977, 30/77, Slg. 1977, 1999, Rn. 29/30, 33/35 – *Bouchereau*. Näher *Wollenschläger*, Grundfreiheit (Fn. 30), S. 27ff.

<sup>33</sup> EuGH v. 10. 3. 1993, C-111/91, Slg. 1993, I-817, Rn. 17 – *Kommission/Luxemburg*; v. 7. 3. 1996, C-334/94, Slg. 1996, I-1307, Rn. 20ff. – *Kommission/Frankreich*; v. 12. 6. 1997, C-151/96, Slg. 1997, I-3327, Rn. 13ff. – *Kommission/Irland*. Näher zur Entwicklung und Reichweite des Diskriminierungsverbots *Wollenschläger*, Grundfreiheit (Fn. 30), S. 31ff.; *ders.*, ZEuS 2009, 1 (6ff.); *ders.*, ELJ 17 (2011), 1 (4ff.).

<sup>34</sup> So die in st. Rspr. verwendete Formel, siehe etwa EuGH v. 30. 11. 1995, C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37 – *Gebhard*. Erstmals für die Arbeitnehmerfreizügigkeit Anerkennung gefunden hat ein (rein) freiheitsrechtliches Verständnis der Grundfreiheiten in EuGH v. 15. 12. 1995, C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rn. 94ff. – *Bosman*; ferner v. 27. 1. 2000, C-190/98, Slg. 2000, I-493 – *Graf*. Zur Entwicklung der Marktfreiheiten von Diskriminierungs- zu Beschränkungsverboten *Wollenschläger*, Grundfreiheit (Fn. 30), S. 41ff.

<sup>35</sup> Zur restriktiven Auslegung dieser Bereichsausnahme EuGH v. 17. 12. 1980, 149/79, Slg. 1980, 3881, Rn. 10 – *Kommission/Belgien I*; jüngst auch EuGH v. 24. 5. 2011, C-54/08, n.n.v., Rn. 83ff. – *Kommission/Deutschland*; ferner *Wollenschläger*, Grundfreiheit (Fn. 30), S. 19ff.

<sup>36</sup> Ausführlich zu dieser Entwicklung *Wollenschläger*, Grundfreiheit (Fn. 30), S. 76ff.; *ders.*, ZEuS 2009, 1 (15ff.); *ders.*, ELJ 17 (2011), 1 (10ff.).

<sup>37</sup> Umfassend zu diesem und seiner Entwicklung *Wollenschläger*, Grundfreiheit (Fn. 30), S. 122ff.; *ders.*, ZEuS 2009, 1 (20ff.); *ders.*, ELJ 17 (2011), 1 (14ff.).

<sup>38</sup> Erstmals EuGH v. 17. 9. 2002, C-413/99, Slg. 2002, I-7091, Rn. 80ff. – *Baumbast*.

<sup>39</sup> Siehe nur EuGH v. 26. 11. 2002, C-100/01, Slg. 2002, I-10981, Rn. 26 – *Olazabal*; v. 17. 1. 2008,

Marktfreiheiten teilt Art. 21 I AEUV das **Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs**, so dass keine Rechte mit Blick auf rein innerstaatliche Sachverhalte – etwa ein Aufenthaltsrecht im Heimatstaat – hergeleitet werden können<sup>40</sup>. Die **Zambrano-Rechtsprechung** des EuGH hat diesen Befund etwas relativiert, nach der der Status als Unionsbürger »nationalen Maßnahmen entgegen[steht], die bewirken, dass den Unionsbürgern der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehrt wird«; hierunter falle der faktische Zwang, das Unionsgebiet verlassen zu müssen, etwa bei Ausweisung drittstaatsangehöriger Sorgerechtigter eines minderjährigen Unionsbürgers<sup>41</sup>. Die **Ausreisefreiheit** ist von Art. 21 I AEUV genauso wie von den Marktfreiheiten umfasst<sup>42</sup>.

Die in Art. 21 I AEUV vorgesehenen Schranken des Freizügigkeitsrechts finden sich im 2004 novellierten Sekundärrecht (**Richtlinie 2004/38/EG** über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten)<sup>43</sup>, das die teils heftig kritisierte Aufwertung der aufenthalts- und sozialrechtlichen Rechtstellung nichterwerbstätiger Unionsbürger durch den EuGH kodifiziert<sup>44</sup>. Der Aufenthalt Erwerbstätiger im EU-Ausland ist nach wie vor bedingungslos möglich, wohingegen für Nichterwerbstätige ein Stufenmodell gilt: Aufenthalte von bis zu drei Monaten sind ökonomisch voraussetzungslos gestattet (Art. 6 RL 2004/38/EG); das Recht auf darüber hinausgehende Aufenthalte knüpft Art. 7 I lit. b) und c) RL 2004/38/EG an die **ökonomischen Voraussetzungen** ausreichender Existenzmittel und eines umfassenden Krankenversicherungsschutzes. Gleichwohl darf die »Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen ... nicht automatisch zu einer Ausweisung führen« (Art. 14 III RL 2004/38/EG). Das nach regelmäßig fünfjährigem ununterbrochenem Aufenthalt erworbene Daueraufenthaltsrecht (Art. 16 f. RL 2004/38/EG) schließlich hängt von keinen ökonomischen Bedingungen mehr ab. Darüber hinaus steht das Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht aller Unionsbürger, ob erwerbstätig oder nicht, unter einem **Ordre-public-Vorbehalt**, der aufenthaltsbeschränkende Maßnahmen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit – vorbehaltlich ihrer strikt gehandhabten Verhältnismäßigkeit (Art. 27

15

C-152/05, Slg. 2008, I-39, Rn. 18 – *Kommission/Deutschland*. Näher *Wollenschläger*, Grundfreiheit (Fn. 30), S. 131f.

<sup>40</sup> *N. Graf Vitzthum*, EuR 2011, 550 (556f.); *Wollenschläger*, Grundfreiheit (Fn. 30), S. 156ff. A. A. *W. Frenz*, ZAR 2011, 221 (222); *D. Kochenov*, CJEL 18 (2012), 55 (90).

<sup>41</sup> EuGH v. 8. 3. 2011, C-34/09, Slg. 2011, I-1177, Rn. 42ff. – *Ruiz Zambrano*. Bekräftigt – wenn auch ablehnend mit Blick auf sonstige drittstaatsangehörige Familienangehörige (insb. Ehegatten) – in EuGH v. 5. 5. 2011, C-434/09, n.n.v., Rn. 30ff. – *McCarthy*; v. 15. 11. 2011, C-256/11, n.n.v., Rn. 64ff. – *Dereci*. Restriktiv auch EuGH v. 8. 11. 2012, C-40/11, n.n.v., Rn. 66f. – *Iida*. Zu den potentiell folgenreichen Konsequenzen dieser Rechtsprechungslinie *K. Hailbronner/D. Thym*, NJW 2011, 2008; *D. Kochenov*, CJEL 18 (2012), 55; *M. Nettesheim*, JZ 2011, 1030; *N. Graf Vitzthum*, EuR 2011, 550.

<sup>42</sup> Für jüngere Judikatur zur Ausreisefreiheit: EuGH v. 10. 7. 2008, C-33/07, Slg. 2008, I-5157 – *Jipa* (nach Rückführung aus dem Ausland); v. 17. 11. 2011, C-430/10, n.n.v. – *Gaydarov* (strafrechtliche Verurteilung im Ausland); v. 17. 11. 2011, C-434/10, n.n.v. – *Aladzhev* (Nichtbegleichung einer Abgabenschuld).

<sup>43</sup> ABl. 2004 L 158/77; berichtigte Fassung in ABl. 2004 L 229/35.

<sup>44</sup> EuGH v. 20. 9. 2001, C-184/99, Slg. 2001, I-6193, Rn. 37ff. – *Grzelczyk*; v. 17. 9. 2002, C-413/99, Slg. 2002, I-7091 – *Baumbast*. Zur Kritik *K. Hailbronner*, NJW 2004, 2185ff. Näher zur Entwicklung *Wollenschläger*, Grundfreiheit (Fn. 30), S. 158ff.; *ders.*, ZEuS 2009, 1 (28ff.); *ders.*, ELJ 17 (2011), 1 (18ff.).

II und 28 I RL 2004/38/EG) – gestattet; der Ausweisungsschutz steigt mit zunehmender Aufenthaltsdauer (Art. 28 II, III RL 2004/38/EG)<sup>45</sup>.

- 16 Genauso wie die Marktfreiheiten umfasst auch das allgemeine Freizügigkeitsrecht i. V.m. dem allgemeinen Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV) einen **tatbestandlich umfassenden Gleichbehandlungsanspruch** mit den Angehörigen des Zielstaats<sup>46</sup>. Hinsichtlich des Zugangs Nichterwerbstätiger zu beitragsunabhängigen Sozialleistungen im Aufnahmemitgliedstaat hat der EuGH allerdings eine insbesondere zeitlich gestufte Einbeziehung für rechtfertigungsfähig erklärt<sup>47</sup>; auch dem ist der Unionsgesetzgeber gefolgt, wenn er in Art. 24 I RL 2004/38/EG einen umfassenden Inländerbehandlungsanspruch normiert und zeitliche Ausnahmen von diesem in Art. 24 II vorsieht (insb. keine Sozialhilfe für Nichterwerbstätige in den ersten drei Monaten des Aufenthalts und keine Studienbeihilfen für Nichterwerbstätige bis zum Erwerb des Dauer-aufenthaltsrechts). Darüber hinaus stellt auch Art. 21 I AEUV ein **Beschränkungsverbot** dar, das direkte und/oder schwere Behinderungen der Freizügigkeit – vorbehaltlich ihrer Rechtfertigung – verbietet<sup>48</sup>.
- 17 Jenseits der Verträge findet sich das allgemeine Freizügigkeitsrecht auch als »Bürgerrecht« in Art. 45 I der seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon verbindlichen **Grundrechte-Charta** normiert; deren Art. 15 II gewährleistet überdies die Personenverkehrsfreiheiten. Abgesehen von der formalen Einordnung als Unionsgrundrecht<sup>49</sup> begrenzt Art. 52 II ChGrEU die Tragweite dieser Entwicklung, da er eine Auslegung der bereits in den Verträgen enthaltenen Charta-Grundrechte entsprechend der im EUV/AEUV »festgelegten Bedingungen und Grenzen« anordnet.
- 18 Der **Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts**, den die Union bildet, umfasst schließlich nicht nur die Abschaffung der Kontrollen an den Binnengrenzen, sondern auch »eine gemeinsame Politik in den Bereichen Asyl, Einwanderung und Kontrollen an den Außengrenzen, die sich auf die Solidarität der Mitgliedstaaten gründet und gegenüber Drittstaatsangehörigen angemessen ist« (Art. 67 II 1 AEUV; im Einzelnen Art. 77ff. AEUV). Nicht von Art. 11 GG erfasste **Einreiserechte Drittstaatsangehöriger** regeln neben dem EU-Asylregime (→ Art. 16a Rn. 32ff.)<sup>50</sup> die RL 2004/114/EG über die Bedingungen für die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zur Absolvierung eines Studiums oder zur Teilnahme an einem Schüleraustausch, einer unbezahlten Ausbildungsmaßnahme oder einem Freiwilligendienst<sup>51</sup>, die RL 2005/71/EG über ein besonderes Zulassungsverfahren für Drittstaatsangehörige zum Zwecke der wissen-

<sup>45</sup> Im Einzelnen *Wollenschläger*, Grundfreiheit (Fn. 30), S. 161ff.

<sup>46</sup> Statt vieler EuGH v. 20.9. 2001, C-184/99, Slg. 2001, I-6193, Rn. 32f. – *Grzelczyk*. Umfassend dazu *Wollenschläger*, Grundfreiheit (Fn. 30), S. 197ff.; *ders.*, ZEuS 2009, 1 (30ff.); *ders.*, ELJ 17 (2011), 1 (20ff.).

<sup>47</sup> Siehe nur EuGH v. 15.3. 2005, C-209/03, Slg. 2005, I-2119, Rn. 49ff. – *Bidar*; v. 18.11. 2008, C-158/07, Slg. 2008, I-8507 Rn. 49ff. – *Förster*. Näher *Schönberger*, Unionsbürger (Fn. 4), S. 407ff.; *Wollenschläger*, Grundfreiheit (Fn. 30), S. 253ff.; *ders.*, ZEuS 2009, 1 (35ff.); *ders.*, ELJ 17 (2011), 1 (22ff.).

<sup>48</sup> Siehe etwa EuGH v. 23.10. 2007, verb. Rs. C-11/06 und C-12/06, Slg. 2007, I-9161, Rn. 22ff. – *Morgan und Bucher*; v. 14.10. 2008, C-353/06, Slg. 2008, I-7639, Rn. 29 – *Grunkin und Paul*. Näher *Wollenschläger*, Grundfreiheit (Fn. 30), S. 281ff.; *ders.*, ZEuS 2009, 1 (41ff.); *ders.*, ELJ 17 (2011), 1 (25ff.).

<sup>49</sup> Näher zur Frage nach dem grundrechtlichen Charakter der Grundfreiheiten und der Einordnung des unionsbürgerlichen Freizügigkeitsrechts *Wollenschläger*, Grundfreiheit (Fn. 30), S. 366ff.

<sup>50</sup> Umfassend *D. Fröhlich*, Das Asylrecht im Rahmen des Unionsrechts, 2011, S. 127ff.; *M. Wollenschläger*, in: HdbEuGR, § 16.

<sup>51</sup> ABl. 2004 L 375/12.

schaftlichen Forschung<sup>52</sup> und die RL 2009/50/EG über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung (EU Blue Card)<sup>53</sup>. Überdies sieht **Art. 45 II ChGrEU** vor, dass sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten aufhaltenden Drittstaatsangehörigen »nach Maßgabe der Verträge Freizügigkeit und Aufenthaltsfreiheit gewährt werden« kann. Besondere Bedeutung kommt der Richtlinie 2003/109/EG betreffend die **Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen (Daueraufenthalts-Richtlinie)** zu<sup>54</sup>, die Drittstaatsangehörigen nach fünfjährigem ununterbrochenen und rechtmäßigen Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates den Erwerb der Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten ermöglicht (Art. 4 ff.). Neben Regelungen zur Rechtsstellung im Aufnahmemitgliedstaat räumt die Richtlinie auch ein unionsweites Freizügigkeitsrecht ein, das allerdings von verschiedenen Voraussetzungen abhängig ist (Art. 14 ff.), etwa vom Bedarf an Arbeitskräften, wenn die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit im Drittstaat beabsichtigt ist (Art. 14 II lit. a, III, IV). Die Änderungsrichtlinie 2011/51/EU vom 11. 5. 2011 hat den Anwendungsbereich der Daueraufenthalts-Richtlinie auf Personen, die internationalen Schutz genießen, ausgedehnt<sup>55</sup>. Art. 31 **Qualifikations-Richtlinie** 2004/83/EG<sup>56</sup> verpflichtet die Mitgliedstaaten – in Anlehnung an Art. 26 GFK (→ Rn. 10) – schließlich, »Personen, denen die Flüchtlingseigenschaft oder der subsidiäre Schutzstatus zuerkannt worden ist, in ihrem Hoheitsgebiet, unter den gleichen Bedingungen und Einschränkungen wie für andere Drittstaatsangehörige, die sich rechtmäßig in ihrem Hoheitsgebiet aufhalten«, Bewegungsfreiheit zu gestatten.

### III. Rechtsvergleichende Hinweise

Die **Freizügigkeitsgarantie rechnet zur europäischen Verfassungstradition** (→ Rn. 1). **19** Sie findet sich entweder als eigenes Grundrecht normiert<sup>57</sup> oder wird als Teil einer allgemeinen Freiheitsgewährleistung verstanden<sup>58</sup>. Der persönliche Schutzbereich ist teils, wie in Deutschland, auf Staatsbürger beschränkt<sup>59</sup>, teils erstreckt er sich auf jedermann<sup>60</sup> bzw. wenigstens auf alle sich rechtmäßig im Inland aufhaltenden Personen<sup>61</sup>. In sachlicher Hinsicht gewährleisten die Verfassungen vorrangig freie Fortbewegung und Wohnsitznahme, mitunter auch weitere Rechte, wie die Freizügigkeit des Vermögens<sup>62</sup>. Manche Verfassungen schließen auch die Ausreise- und Auswanderungsfreiheit ein<sup>63</sup>, mitunter findet sich diese aber auch gegenüber der Freizügigkeits-

<sup>52</sup> ABl. 2005 L 289/15.

<sup>53</sup> ABl. 2009 L 155/17.

<sup>54</sup> ABl. 2004 L 16/44, geändert durch RL 2011/51/EU, ABl. 2011 L 132/1.

<sup>55</sup> ABl. 2011 L 132/1. Dazu *Fröhlich*, Asylrecht (Fn. 50), S. 320 ff.

<sup>56</sup> Richtlinie 2004/83/EG über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. 2004 L 304/12. Allgemein zum Inhalt des Flüchtlingsstatus *Fröhlich*, Asylrecht (Fn. 50), S. 230 ff.

<sup>57</sup> Siehe etwa Art. 16 Verf. Italiens; Art. 4 StGG; Art. 19 Verf. Spaniens.

<sup>58</sup> Siehe nur die »liberté d'aller et de venir« als ungeschriebener allgemeiner Rechtsgrundsatz des französischen Verfassungsrechts; vgl. *G. Schulz*, Freizügigkeit für Unionsbürger, 1997, S. 102 ff.

<sup>59</sup> So etwa in den Verf. Italiens (Art. 16), Spaniens (Art. 19) oder der Schweiz (Art. 24).

<sup>60</sup> Siehe nur Art. 4 StGG.

<sup>61</sup> Vgl. Art. 27 I Verf. Ungarns, § 9 Verf. Finnlands und § 34 Verf. Estlands.

<sup>62</sup> Art. 4 StGG.

<sup>63</sup> Z.B. Art. 16 Verf. Italiens; Art. 19 Verf. Spaniens; Art. 4 StGG.

drücklich abgelehnt (→ Rn. 7)<sup>115</sup> und bereits die WRV systematisch zwischen Freizügigkeit (Art. 111 WRV) und Auswanderungsfreiheit (Art. 112 WRV) getrennt hat (→ Rn. 6)<sup>116</sup>. Damit unterfallen beide Aspekte lediglich der im Vergleich zu Art. 11 GG weiteren Einschränkungsmöglichkeiten unterliegenden allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG)<sup>117</sup>. Dem treten Teile der Literatur entgegen und machen rechtsvergleichende Gesichtspunkte, ein entsprechendes Mobilitätsbedürfnis in offenen Gesellschaften, die zwischenzeitliche Erweiterung der Einschränkungsmöglichkeiten (→ Rn. 8) und den historischen Zusammenhang von Freizügigkeit und Auswanderungsfreiheit geltend<sup>118</sup>; diese Einwände vermögen jedoch das aus dem GG gewonnene Interpretationsergebnis nicht zu erschüttern<sup>119</sup>. Mit der Ausklammerung von Ausreise- und Auswanderungsfreiheit einher geht, dass die **Wohnsitznahme außerhalb des Bundesgebiets ebensowenig am Schutz des Art. 11 GG teil hat**<sup>120</sup>. Das im GG angelegte Schutzdefizit bei Ausreise bzw. Auswanderung in andere EU-Mitgliedstaaten wird durch die entsprechende Rechte umfassenden Personenverkehrsfreiheiten des Unionsrechts (→ Rn. 14) kompensiert<sup>121</sup>.

#### d) Enger Schutzbereich und Begleitrechte

Mit dem Schutz lediglich von Aufenthalts- und Wohnsitznahme (→ Rn. 25) hat sich das Grundgesetz für einen **engen Schutzbereich der Freizügigkeit** entschieden. Die darüber hinaus noch von Art. 111 WRV erfassten Rechte, »Grundstücke zu erwerben und jeden Nahrungszweig zu betreiben«, unterfallen – auch entstehungsgeschichtlich belegbar (→ Rn. 7) – Art. 12 bzw. 14 GG<sup>122</sup>. 32

Ebenso **abzulehnen** ist die Zuordnung weiterer, im Wortlaut des Art. 11 GG nicht genannter Gewährleistungsaspekte zum Schutzbereich des Art. 11 GG, etwa ein **Recht auf Mitnahme des Vermögens**<sup>123</sup>, ein – historisch überaus relevantes und dennoch 33

<sup>115</sup> Parl. Rat V/1, S.101ff.; vgl. auch BVerfGE 6, 32 (34f.); *Scheuner*, Auswanderungsfreiheit (Fn. 2), S. 199, 221f.

<sup>116</sup> *Durner* (Fn. 1), Art. 11 Rn. 101; *Gusy* (Fn. 77), Art. 11 Rn. 40ff.; *Randelzhofer* (Fn. 8), Art. 11 Rn. 79ff.; *Ziekow* (Fn. 1), Art. 11 Rn. 69ff.; *ders.*, Freizügigkeit (Fn. 1), S. 407, 493ff.

<sup>117</sup> BVerfGE 6, 32 (36, 41f.); *Durner* (Fn. 1), Art. 11 Rn. 102; *Randelzhofer* (Fn. 8), Art. 11 Rn. 84ff.; *Stern*, Staatsrecht IV/1, S. 1167; ferner – unter Befürwortung restriktiver Schranken – *Pagenkopf* (Fn. 76), Art. 11 Rn. 19; *Ziekow* (Fn. 1), Art. 11 Rn. 74. Anders noch (kein Schutz) BVerfGE 3, 130 (133).

<sup>118</sup> *Pagenkopf* (Fn. 76), Art. 11 Rn. 29; *Pernice* → Bd. I<sup>2</sup>, Art. 11 Rn. 15; *Scheuner*, Auswanderungsfreiheit (Fn. 2), S. 222f.

<sup>119</sup> Siehe auch *Durner* (Fn. 1), Art. 11 Rn. 106; *Giegerich* (Fn. 1), Kap. 26 Rn. 48; *Ziekow* (Fn. 1), Art. 11 Rn. 73.

<sup>120</sup> BVerfGE 43, 203 (211); (K), NJW 1992, 3222 (3224); *Durner* (Fn. 1), Art. 11 Rn. 95; *Gusy* (Fn. 77), Art. 11 Rn. 36; *Randelzhofer* (Fn. 8), Art. 11 Rn. 44.

<sup>121</sup> Zur Zulässigkeit von Ausreisebeschränkungen aus der jüngeren Judikatur des EuGH siehe die Nachweise in Fn. 42.

<sup>122</sup> BVerfGE 2, 151 (152); ferner E 3, 135 (139); E 12, 140 (162). Ablehnend auch *Durner* (Fn. 1), Art. 11 Rn. 84f.; *Giegerich* (Fn. 1), Kap. 26 Rn. 30; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 11 Rn. 4; *Randelzhofer* (Fn. 8), Art. 11 Rn. 24. A. A. *Pernice* → Bd. I<sup>2</sup>, Art. 11 Rn. 16, soweit Ausübung der Freizügigkeit »Ausdruck der räumlichen Bewegungsfreiheit der Person oder des Unternehmens ist«. Weiter auch *Ziekow* (Fn. 1), Art. 11 Rn. 51ff. (Gründerwerb allerdings ausgeklammert).

<sup>123</sup> Ebenfalls ausgeklammert von *Durner* (Fn. 1), Art. 11 Rn. 84f.; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 11 Rn. 5. A. A. *Giegerich* (Fn. 1), Kap. 26 Rn. 36 (persönliche Habe); *Gusy* (Fn. 77), Art. 11 Rn. 31; K. *Hailbronner*, HStR<sup>3</sup> VII, § 152 Rn. 57; *Kunig* (Fn. 76), Art. 11 Rn. 17; *Pagenkopf* (Fn. 76), Art. 11 Rn. 19; *Pernice* → Bd. I<sup>2</sup>, Art. 11 Rn. 16; B. *Pieroth*, JuS 1985, 81 (84) – beschränkt auf persönliches Vermögen; *Randelzhofer* (Fn. 8), Art. 11 Rn. 46ff.; *Ziekow* (Fn. 1), Art. 11 Rn. 55.



nicht in Art. 11 GG aufgenommenes – Verbot von Wegzugs- bzw. Nachsteuern und sonstigen finanziellen Belastungen der Umsiedlung oder auch ein Recht auf »[d]ie Benutzung eines bestimmten Beförderungsmittels und die Bereitstellung dafür geeigneter Wege«<sup>124</sup>. Angesichts des engen Schutzbereichs des Art. 11 GG stellen entsprechende Beschränkungen lediglich mittelbare Beeinträchtigungen der Aufenthalts- respektive Wohnsitznahme dar, über deren Relevanz für Art. 11 GG auf Eingriffsebene zu entscheiden ist (→ Rn. 43f.)<sup>125</sup>. Wird die Mitnahme des Vermögens versagt, so liegt freilich regelmäßig eine hinreichend schwere und damit an Art. 11 GG zu messende mittelbare Beeinträchtigung der Aufenthalts- respektive Wohnsitznahme vor.

- 34 Trotz der hohen Bedeutung der Mobilität für den Einzelnen und die Gesellschaft verbietet es sich schließlich, Art. 11 GG i. V. m. weiteren Grundrechtsgarantien zu einem **Grundrecht auf Mobilität** auszubauen, das als Abwehrrecht umfassend vor deren Beschränkungen – etwa straßenverkehrsrechtlicher Art – schützt und als Leistungsrecht zugleich die Sicherung ihrer Voraussetzungen – namentlich Infrastruktur – verbürgt<sup>126</sup>; vielmehr ist die jeweils in Frage stehende Handlung bzw. Unterlassung auf ihre Grundrechtsrelevanz mit Blick auf einzelne Grundrechte hin zu untersuchen, ohne dass ein davon abstrahiertes Grundrecht auf Mobilität schutzverstärkend wirkt<sup>127</sup>.

#### e) Kein Anspruch auf Gleichbehandlung am Zielort

- 35 Um der Gefahr einer Schlechterstellung Zuziehender gegenüber der ansässigen Bevölkerung (z. B. Ausschluss von Sozialleistungen oder Verkauf verbilligter Grundstücke an Ortsansässige im Rahmen von Einheimischenmodellen<sup>128</sup>) entgegenzuwirken, umfasst die EU-Freizügigkeit ein entsprechendes Diskriminierungsverbot (→ Rn. 13, 16), und auch das Reichsgericht hat Art. 111 WRV entsprechend weit – wiewohl *contra legem* – ausgelegt<sup>129</sup>. Indes ist eine **gleichheitsrechtliche Konzeption des Art. 11 GG** schon mangels Anhaltspunkten im Wortlaut **abzulehnen**<sup>130</sup>. Überdies sind Freiheits- und Gleichheitsrechte kategorial zu unterscheiden, und die Freizügigkeitsgarantie ist der ersten Kategorie zugeordnet. Dies bestätigt auch die Regelung des Art. 33 I GG, die die Gleichbehandlung aller Deutschen in jedem Bundesland hinsichtlich staatsbür-

<sup>124</sup> BVerfGE 80, 137 (150); ebenso *Pernice* → Bd. I<sup>2</sup>, Art. 11 Rn. 14.

<sup>125</sup> So zutreffend BVerfG (K), DVBl. 1993, 601 (602); E 110, 177 (191, Rn. 34); *Durner* (Fn. 1), Art. 11 Rn. 74, 85; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 11 Rn. 5; *Ziekow* (Fn. 1), Art. 11 Rn. 60. Anders im Ansatz auch *Pernice* → Bd. I<sup>2</sup>, Art. 11 Rn. 16.

<sup>126</sup> Zum Grundrecht auf Mobilität *M. Ronellenfitsch*, DAR 1992, 321; *ders.*, DAR 1994, 7 (9ff.). Ablehnend *H.-J. Koch*, ZfV 1994, 545 (547ff.); *H. Sendler*, NJW 1995, 1468 (1469).

<sup>127</sup> *Blanke* (Fn. 69), Art. 11 Rn. 21; *Gusy* (Fn. 77), Art. 11 Rn. 33.

<sup>128</sup> Umfassend hierzu *P. M. Huber/F. Wollenschläger*, Einheimischenmodelle, 2008.

<sup>129</sup> RGZ 107, 261 (264) – bzgl. Vorkaufsrecht; siehe auch *Randelzhofer* (Fn. 8), Art. 11 Rn. 52. Vgl. auch *Durner* (Fn. 1), Art. 11 Rn. 86.

<sup>130</sup> *Durner* (Fn. 1), Art. 11 Rn. 87; *K. Hailbronner*, HStR<sup>3</sup> VII, § 152 Rn. 58; *Stern*, Staatsrecht IV/1, S. 1140f.; gleichfalls zwischen Freiheits- und Gleichheitsfrage trennend: BayVGh NVwZ 1990, 979 (981). A. A. *Blanke* (Fn. 69), Art. 11 Rn. 15; *L. Gramlich*, DVBl. 1985, 425 (430); *Gusy* (Fn. 77), Art. 11 Rn. 31, 49; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 11 Rn. 8; *Kunig* (Fn. 76), Art. 11 Rn. 17, 28; *Merten*, Freizügigkeitsrecht (Fn. 95), S. 64ff. (im ökonomischen Bereich); *Pernice* → Bd. I<sup>2</sup>, Art. 11 Rn. 16; ferner OVG Bremen v. 28. 9. 2001, 2 A 56/09, Rn. 36. Undeutlich BVerfGE 8, 95 (juris-LS 2): »Solange [freier Zug] nicht gesperrt, sondern nur die Erlangung bewirtschafteten Wohnraums für Einheimische wie für Zuziehende von der Genehmigung der Wohnungsbehörde abhängig gemacht ist, ist eine Einschränkung des Grundrechts der Freizügigkeit zweifelhaft.« Offen gelassen auch von *Randelzhofer* (Fn. 8), Art. 11 Rn. 52f.



gerlicher Rechte und Pflichten systematisch von Art. 11 GG getrennt in einem besonderen Gleichheitssatz regelt.

Freilich stellen Schlechterstellungen Zuziehender nicht nur, relativ gesehen, ausschließlich gleichheitsrechtlich zu verarbeitende Ungleichbehandlungen gegenüber Ortsansässigen dar, sondern, absolut gesehen, auch an der Freizügigkeitsgarantie zu messende **mittelbare Beeinträchtigungen der Wohnsitznahme**; um insoweit Relevanz zu erlangen, müssen freilich die strengen Anforderungen an die Eingriffsqualität mittelbar-faktischer Beeinträchtigungen erfüllt sein. Dies scheidet allerdings namentlich mangels hinreichender Intensität und Finalität regelmäßig aus (→ Rn. 45, 47). Sollte im Einzelfall dennoch einmal ein Eingriff in Art. 11 GG vorliegen, erhöht dies – auf der Basis der »neuen Formel« (→ Art. 3 Rn. 22) – gleichzeitig die Anforderungen an die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung<sup>131</sup>; in diesem Fall besteht ein auf Art. 3 I i. V. m. Art. 11 I GG gestütztes Teilhaberecht (→ Rn. 63)<sup>132</sup>.

### f) Negative Dimension

Die Freizügigkeitsgarantie umfasst nicht nur das Recht, einen neuen Aufenthalts- bzw. Wohnort im Bundesgebiet zu wählen, sondern auch, den aktuellen Aufenthaltsort bzw. Wohnsitz nicht verlassen zu müssen<sup>133</sup>, und zwar auch in das Ausland (Schutz vor Ausweisung und Abschiebung; zur Spezialität des Art. 16 II GG für die Auslieferung → Rn. 66)<sup>134</sup>. Um den Gleichlauf mit dem Recht auf Aufenthaltsnahme zu wahren, muss freilich auch die Pflicht zum Verlassen des aktuellen Aufenthaltsorts einen nicht nur alltäglichen Fortbewegungsvorgang betreffen, um unter Art. 11 GG zu fallen; ein kurzfristiger Platzverweis stellt demnach regelmäßig kein die Freizügigkeitsgarantie betreffendes Wegzugsgebot dar (→ Rn. 27, 29)<sup>135</sup>. Ebenso wenig unterfällt angesichts der Ausklammerung der Ausreise- und Auswanderungsfreiheit (→ Rn. 31) die Pflicht zum Verbleib im bzw. zur Rückkehr in das Bundesgebiet Art. 11 GG<sup>136</sup>. Darüber hinaus schützt Art. 11 GG vor der Anordnung, überhaupt einen ständigen Aufenthalt bzw. Wohnsitz begründen zu müssen<sup>137</sup>. Herkömmlicherweise werden diese Aspekte als Ausprägung einer **negativen Gewährleistungsdimension** (allgemein → Vorb. Rn. 87f.) des Art. 11 GG verstanden<sup>138</sup>. Andere erachten sie, teils unter grund-

<sup>131</sup> So auch BSGE 106, 147 (154); *Durner* (Fn. 1), Art. 11 Rn. 87. Zur Geltung der neuen Formel bei Grundrechtseingriffen BVerfGE 89, 365 (375); E 97, 271 (290f.). Allgemein auch *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 75ff.

<sup>132</sup> Allgemein zur Teilhabedimension der Freiheitsrechte *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren (Fn. 131), S. 67ff.

<sup>133</sup> BVerfG (K), NJW 1996, 3145 (3146); BVerwG NVwZ 2009, 331 (331); *Giegerich* (Fn. 1), Kap. 26 Rn. 55; *Gusy* (Fn. 77), Art. 11 Rn. 34; *Kunig* (Fn. 76), Art. 11 Rn. 18; *D. Merten*, HGR II, § 42 Rn. 161f.; *Pernice* → Bd. I<sup>2</sup>, Art. 11 Rn. 12; *B. Pieroth*, JuS 1985, 81 (84f.). A. A. *Pagenkopf* (Fn. 76), Art. 11 Rn. 14.

<sup>134</sup> BVerfG (K), NJW 1996, 3145 (3146); BVerwG v. 4. 9. 2012, 10 C 12/12, Rn. 26; *Durner* (Fn. 1), Art. 11 Rn. 91; *Gusy* (Fn. 77), Art. 11 Rn. 37; *Merten*, in: HGR II, § 42 Rn. 164; *B. Pieroth*, JuS 1985, 81 (85); *Randelzhofer* (Fn. 8), Art. 11 Rn. 89; *Ziekow* (Fn. 1), Art. 11 Rn. 65. Offen gelassen noch von BVerfGE 29, 183 (194).

<sup>135</sup> Ähnlich *S. Baer*, NVwZ 1997, 27 (30f.), die allerdings entscheidend auf die Heimatrelevanz der Wegzugspflicht abstellt.

<sup>136</sup> BVerfG (K) v. 18. 8. 1993, 2 BvR 610/91, Rn. 33; *Durner* (Fn. 1), Art. 11 Rn. 88 m. Fn. 1; *K. Hailbronner*, HStR<sup>3</sup> VII, § 152 Rn. 46, 54f.; *Kunig* (Fn. 76), Art. 11 Rn. 20; *Ziekow* (Fn. 1), Art. 11 Rn. 75. A. A. *D. Merten*, HGR II, § 42 Rn. 167; *B. Pieroth*, JuS 1985, 81 (85).

<sup>137</sup> *Durner* (Fn. 1), Art. 11 Rn. 90; *Gusy* (Fn. 77), Art. 11 Rn. 35; *D. Merten*, HGR II, § 42 Rn. 166.

<sup>138</sup> *Giegerich* (Fn. 1), Kap. 26, Rn. 55; *Kunig* (Fn. 76), Art. 11 Rn. 18; *D. Merten*, HGR II, § 42

sätzlicher Kritik an dieser grundrechtsdogmatischen Figur<sup>139</sup>, bereits von einer adäquat ausgelegten positiven Dimension erfasst: So impliziere etwa das Recht auf freie Wahl des Wohnsitzes, dort auch verbleiben zu dürfen<sup>140</sup>. Diese negative Dimension, nicht fortziehen zu müssen, kann als »Recht auf Heimat« bezeichnet werden<sup>141</sup>; grundrechtsdogmatische Konsequenzen können hieraus nicht gezogen werden (→ Rn. 39).

### g) Freizügigkeit und Planungsrecht, »Recht auf Heimat«

- 38 Es ist denkbar, **Enteignungen, Umsiedlungen** (z.B. Braunkohlentagebau) und **Planungen**, die die Wohnnutzung eines Grundstücks verunmöglichen, als mangels freizügigkeitsspezifischer Zielsetzung zwar nur mittelbare, aber eingriffsgleiche Beeinträchtigung zu qualifizieren, weil und wenn sie aufgrund ihrer Belastungsintensität einem Zuzugsverbot bzw. Wegzugsgebot entspricht. Unterhalb dieser Schwelle liegen planerische Veränderungen im Umfeld (z.B. Fluglärm aufgrund der Genehmigung eines Flughafens), die rechtlich mit Blick insbesondere auf Gesundheit und Eigentum nicht zu beanstanden sind<sup>142</sup>, und Zuzugshindernisse, die lediglich einzelne Grundstücke, nicht aber einen bestimmten Ort betreffen, womit sich Wegzugs- gravierender als Zuzugsbeschränkungen erweisen<sup>143</sup>. Gleichwohl entfaltet die **Freizügigkeitsgarantie keine Direktionskraft für planerische und enteignende Maßnahmen**. Für die Grundstücksnutzung ist nämlich die Eigentumsgarantie gegenüber Art. 11 GG speziell<sup>144</sup>. Diese Auslegung bestätigt auch der Gesetzesvorbehalt des Art. 11 II GG, der nicht auf eigentumsrelevante Maßnahmen zugeschnitten ist<sup>145</sup>.
- 39 Hieran vermag auch die Berufung auf ein von Art. 11 GG geschütztes »**Recht auf Heimat**« nichts zu ändern, das das Wohnen und den Verbleib in einem »freiwillig gewählte[n], identitätsstiftende[n], soziokulturelle[n], territorial bezogene[n] und gesicherte[n] Zusammenhang« schützen soll<sup>146</sup>. Ein Recht auf Heimat mag den Gewährleistungsgehalt der Freizügigkeitsgarantie, nicht wegziehen zu müssen, schlagwortartig kennzeichnen<sup>147</sup>; es verbietet sich jedoch, diesen unter Berufung auf dieses nicht in Art. 11 GG angelegte Konzept und auf die »Heimatrelevanz« einer Maßnah-

Rn. 161ff.; *Pernice* → Bd. I<sup>2</sup>, Art. 11 Rn. 12; *B. Pieroth*, JuS 1985, 81 (84f.); *Randelzhofer* (Fn. 8), Art. 11 Rn. 55ff.; *Stern*, Staatsrecht IV/1, S. 1141. Gänzlich ablehend *Pagenkopf* (Fn. 76), Art. 11 Rn. 14.

<sup>139</sup> Siehe namentlich *Durner* (Fn. 1), Art. 11 Rn. 88f.

<sup>140</sup> *Durner* (Fn. 1), Art. 11 Rn. 88ff.; *Gusy* (Fn. 77), Art. 11 Rn. 34f. (mit Ausnahme des der negativen Dimension zugeordneten Rechts, keinen festen Wohnsitz begründen zu müssen); *Ziekow* (Fn. 1), Art. 11 Rn. 58, 65.

<sup>141</sup> Statt vieler *S. Baer*, NVwZ 1997, 27 (30); *Pernice* → Bd. I<sup>2</sup>, Art. 11 Rn. 17.

<sup>142</sup> BVerfGK 13, 303 (326). Vgl. auch BVerwG NVwZ 2008, 1007 (1009).

<sup>143</sup> Siehe auch *S. Baer*, NVwZ 1997, 27 (30). Für eine angesichts des Schutzes der intrakommunalen Freizügigkeit konsequente Gleichbehandlung demgegenüber *Pernice* → Bd. I<sup>2</sup>, Art. 11 Rn. 22.

<sup>144</sup> BVerwG NVwZ 2009, 331 (331f.). I.E. ebenso, aber entscheidend auf die fehlende Finalität abstellend und damit die Möglichkeit gravierender Konsequenzen vernachlässigend: BbgVerfG LKV 1998, 395 (406); ZfB 2002, 45 (50f.); OVG Münster DVBl. 2008, 452 (457); *Durner* (Fn. 1), Art. 11 Rn. 123; ferner *Pieroth/Schlink*, Grundrechte (Fn. 99), Rn. 867; *Randelzhofer* (Fn. 8), Art. 11 Rn. 43. Offen gelassen von BVerfGK 13, 303 (325). A.A. *S. Baer*, NVwZ 1997, 27 (31f.); *Pagenkopf* (Fn. 76), Art. 11 Rn. 21; *Pernice* → Bd. I<sup>2</sup>, Art. 11 Rn. 22; ferner – objektiv-rechtliche Planungsdirektive – *Kunig* (Fn. 76), Art. 11 Rn. 19 und, ihm folgend, *Gnatzy* (Rn. 108), Art. 11 Rn. 11a; mit Blick auf Art. 2 4. ZP EMRK: EGMR v. 25. 5. 2000, 46346/99, LKV 2001, 69 (72) – *Noack u. a./Deutschland*.

<sup>145</sup> So auch *W. Neumann*, jurisPR-BVerwG 3/2009 Anm. 1.

<sup>146</sup> Siehe namentlich *S. Baer*, NVwZ 1997, 27 (30ff.).

<sup>147</sup> Vgl. auch *Durner* (Fn. 1), Art. 11 Rn. 92; *Randelzhofer* (Fn. 8), Art. 11 Rn. 55.

seinen Heimatstaat lediglich vorschiebt<sup>308</sup>. Allerdings dürften diese Pflichten nach augenblicklichem Stand nicht merklich über das hinausgehen, was nach dem StAG bzw. dessen untergesetzlichen Korrolarien ohnehin geboten ist.

## II. Schutz vor Auslieferung (Art. 16 II GG)

### 1. Allgemeine Bedeutung

- 62 Art. 16 II GG verknüpft zwei Stoßrichtungen miteinander: Er ist **Ausdruck staatlicher Souveränität** in Gestalt der Personalhoheit, zugleich aber auch **Individualrecht**<sup>309</sup>; die ursprünglich kategorische Weigerung, Deutsche ins Ausland zu überstellen, korrespondiert dabei mit einem weit verstandenen Strafanspruch der Bundesrepublik bei Auslandstaten ihrer Bürger<sup>310</sup>. Zweck der Norm ist danach »nicht, den Betroffenen einer gerechten Bestrafung zu entziehen, sondern ihn – soweit er im Staatsgebiet lebt – vor den Unsicherheiten einer Aburteilung unter einem ihm fremden Rechtssystem und in für ihn schwer durchschaubaren fremden Verhältnissen zu bewahren.«<sup>311</sup> Dieser Grundgedanke des Auslieferungsverbots, jüngst reformuliert als Schutz der Bürger davor, »gegen ihren Willen aus der ihnen vertrauten Rechtsordnung entfernt [zu] werden«<sup>312</sup>, steht in einer erkennbaren Spannung zur Europäisierung und Internationalisierung der Strafrechtspflege (→ Rn. 32 ff.)<sup>313</sup>. Die schlichte Freund-Feind-Logik der Norm harmoniert m.a.W. nicht mit der Grundentscheidung für die offene Staatlichkeit (→ Pmbl. Rn. 43). Die 2000 vorgenommene doppelte Einschränkung des ursprünglich vorbehaltlos gewährleisteten Auslieferungsverbots erscheint vor diesem Hintergrund konsequent (→ Rn. 15). Allerdings belegt gerade die jüngste Entwicklung der Rechtsprechung (→ Rn. 75), daß Art. 16 II GG damit keineswegs obsolet geworden ist<sup>314</sup>, sondern weiterhin als Maßstab für die Mitwirkung der Bundesrepublik am Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts wirkt.

### 2. Schutzbereich

#### a) Persönlicher Schutzbereich

- 63 Nach seinem Wortlaut erfaßt Art. 16 II 1 GG nur **Deutsche** i.S.v. Art. 116 I GG, also Bundesbürger und Statusdeutsche (→ Art. 116 Rn. 41 ff.)<sup>315</sup>. Der Besitz einer weiteren Staatsangehörigkeit ist dabei unschädlich<sup>316</sup>. Für **Nichtdeutsche** entfaltet Art. 16 II 1

<sup>308</sup> Instruktiv BVerfGE 116, 24 (51, Rn. 68): Hier war unklar, ob der Betroffene tatsächlich staatenlos werden würde. Pragmatischer Lösungsvorschlag bei J.A. Kämmerer, NVwZ 2006, 1015 (1016f.).

<sup>309</sup> Unterstrichen von Kämmerer (Fn. 55), Art. 16 Rn. 77; v. Arnould (Fn. 75), Art. 16 Rn. 31.

<sup>310</sup> BVerfGE 113, 273 (295, Rn. 68); so auch v. Arnould (Fn. 75), Art. 16 Rn. 31 a.E. – Vgl. §§ 5 ff. StGB, § 1 VStGB und dazu nur A. Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, § 5 ff. Rn. 1 ff. und K. Ambos, in: W. Joecks/K. Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, 2009, § 1 VStGB Rn. 1 ff.

<sup>311</sup> BVerfGE 29, 183 (193).

<sup>312</sup> BVerfGE 113, 273 (293, Rn. 65).

<sup>313</sup> Rechtspolitisch kritisch etwa Zimmermann/Tams (Fn. 220), Art. 16 Rn. 115 oder v. Arnould (Fn. 75), Art. 16 Rn. 31 (»protektionistische Zielrichtung«); vgl. Becker (Fn. 5), Art. 16 Rn. 64.

<sup>314</sup> Wie hier Becker (Fn. 5), Art. 16 Rn. 83 a.E und v. Arnould (Fn. 75), Art. 16 Rn. 45.

<sup>315</sup> Zimmermann/Tams (Fn. 220), Art. 16 Rn. 81; Kluth (Fn. 95), Art. 16 Rn. 116; Jarass/Pieroth, GG, Art. 16 Rn. 15; v. Arnould (Fn. 75), Art. 16 Rn. 33.

<sup>316</sup> Maaßen (Fn. 217), Art. 16 Rn. 40; Becker (Fn. 5), Art. 16 Rn. 85; Jarass/Pieroth, GG, Art. 16 Rn. 15; v. Arnould (Fn. 75), Art. 16 Rn. 33.

GG allerdings eine Reflexwirkung dahingehend, daß die Gerichte durch die Norm verpflichtet werden, die fehlende Deutscheneigenschaft des Auszuliefernden eindeutig festzustellen und dabei insbesondere den Erwerb nach § 40a S. 2 StAG (→ Art. 116 Rn. 54) zu prüfen<sup>317</sup>. Ferner spricht viel dafür, daß die Rechtsprechung die aus Art. 16 II 1 GG hergeleiteten Verfahrensregeln resp. Prüfungspflichten (→ Rn. 77f.) auf mittlere Sicht nicht mehr so rigide auf Deutsche beschränken kann, wie sie das unter Hinweis auf das Gebot, fremde Rechtsordnungen grundsätzlich zu achten, bislang getan hat<sup>318</sup>. Vielmehr dürfte sie diese Maximen – notfalls unter der Flagge des Art. 19 IV GG segelnd – in der Sache auch auf andere Betroffene übertragen<sup>319</sup>. Auf **juristische Personen** ist Art. 16 II GG nicht anwendbar (→ Art. 19 III Rn. 36)<sup>320</sup>.

### b) Sachlicher Schutzbereich

Art. 16 II GG schützt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts das »Recht jedes Staatsbürgers, sich in seinem Heimatland aufhalten zu dürfen«<sup>321</sup>; dies ist dahingehend zu präzisieren, daß das Abwehrrecht den Aufenthalt bereichsspezifisch lediglich gegen den besonderen Modus der Beendigung in Gestalt der **Auslieferung** schützt (→ Rn. 65)<sup>322</sup>; Art. 16 II GG zählt insofern wie die Freiheit der Person zu den Grundrechten, deren Schutzbereich vom Eingriff her zu bestimmen ist (→ Art. 2 II Rn. 98f.). Die Eröffnung des Schutzbereichs setzt ferner den Aufenthalt im Bundesgebiet voraus<sup>323</sup>, dem insofern der in einer deutschen Auslandsvertretung<sup>324</sup> oder in der Obhut deutscher Streitkräfte gleichzustellen ist (→ Art. 16a Rn. 92)<sup>325</sup>.

64

## 3. Der Abwehrgehalt des Art. 16 II GG

### a) Verbot der Auslieferung an das Ausland

Prototypischer (und praktisch einzig denkbarer) Eingriff in den Schutzbereich ist die **Auslieferung**. Sie ist von der Rechtsprechung zuletzt näher dahingehend »gekennzeichnet« worden, »dass eine Person auf Ersuchen zwangsweise aus dem Bereich der inländischen Hoheitsgewalt entfernt und einer ausländischen Hoheitsgewalt überstellt wird [...], damit ein dort betriebenes Strafverfahren abgeschlossen oder eine dort verhängte Strafe vollstreckt werden kann«<sup>326</sup>. Gegen die Engführung im letzten Halbsatz betont die Literatur einhellig, daß dem Grunde nach jeder Zweck in Betracht komme, Art. 16 II 1 GG m.a.W. auch gegen Auslieferungen in Zivil- oder verwaltungs-

65

<sup>317</sup> Zuletzt BVerfG (K), NJOZ 2010, 1428 (1429, Rn. 22ff.) unter Hinweis auf BVerfGE 8, 81 (84); 15, 249 (253); 17, 224 (227); aus der Literatur statt aller v. *Arnauld* (Fn. 75), Art. 16 Rn. 33.

<sup>318</sup> Vgl. BVerfGE 75, 1 (16f.): Im Auslieferungsverkehr sind in bezug auf Nichtdeutsche nur die »unabhängbaren Grundsätze der deutschen verfassungsrechtlichen Ordnung« zu wahren. Eingehende Kritik bei R. *Keller*, Auslieferung und Grundrechte, in: FS Dencker, 2012, S. 183ff. (189ff.). – Der Hinweis auf mögliche unionsrechtliche Ingerenzen bei N. *Weiß*, HStR<sup>3</sup> X, § 207 Rn. 15ff.

<sup>319</sup> Ähnlich in der Einschätzung C. *Tinkl*, ZIS 2010, 320 (326) sowie v. *Arnauld* (Fn. 75), Art. 16 Rn. 45; vgl. zum Schutz von Ausländern ferner *Gnatzy* (Fn. 217), Art. 16 Rn. 23.

<sup>320</sup> Ganz h.M.: siehe nur *Becker* (Fn. 5), Art. 16 Rn. 85 und v. *Arnauld* (Fn. 75), Art. 16 Rn. 33.

<sup>321</sup> BVerfGE 29, 183 (192).

<sup>322</sup> Unterstrichen von *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 16 Rn. 14.

<sup>323</sup> BVerfGE 29, 183 (192); dazu präzisierend v. *Arnauld* (Fn. 75), Art. 16 Rn. 33.

<sup>324</sup> Explizit *Kluth* (Fn. 95), Art. 16 Rn. 114; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 16 Rn. 14.

<sup>325</sup> Zum letzten Punkt v. *Arnauld* (Fn. 75), Art. 16 Rn. 37.

<sup>326</sup> BVerfGE 113, 273 (293, Rn. 64) unter Hinweis auf E 10, 136 (139) und 29, 183 (192).

gerichtlichen Verfahren schütze (erweiterter Auslieferungsbegriff)<sup>327</sup>. Praktisch relevant sind derzeit aber nur die strafrechtsgeneigten Sachverhalte: Außer der in §§ 2 ff. IRG detailliert geregelten Auslieferung<sup>328</sup> fallen darunter auch die **vorübergehende Auslieferung** unter dem Vorbehalt der Rücklieferung nach § 37 IRG<sup>329</sup> sowie die **Durchlieferung**, also die unter deutscher Mitwirkung erfolgende Überstellung eines im Ausland verurteilten oder einsitzenden Täters an einen Drittstaat (§§ 43 ff. IRG)<sup>330</sup>. Denn im Fall des § 37 IRG findet die charakteristische Entfernung aus der vertrauten Rechtsordnung statt (→ Rn. 62), zumal die Rücküberstellung letztlich in das Ermessen des ersuchenden Staates gestellt wird; im Fall der Durchlieferung leiht die Bundesrepublik zumindest ihre Hand, um das identische Ergebnis zu erzielen. Gleiches gilt für die **Überstellung** an einen internationalen Strafgerichtshof, etwa nach §§ 2 ff. IStGHG<sup>331</sup>. Die **Zulieferung** an Organe der DDR ist Geschichte<sup>332</sup>.

66 Keine Auslieferung soll die **Rücklieferung** sein, also die Überstellung eines Deutschen, der der Bundesrepublik seinerseits vom (i.d.R.) Tatortstaat nur unter der Bedingung der Rücküberstellung ausgeliefert worden ist<sup>333</sup>. Das Bundesverfassungsgericht argumentiert hier erstens mit dem Zweck des Auslieferungsverbotes (→ Rn. 61), das nicht als Anspruch zu lesen sei, auch für Auslandstaten ausschließlich deutscher Strafgewalt unterworfen zu sein. Zweitens werde ohne vorläufige Auslieferung und anschließende Rücküberstellung der deutsche Strafanspruch erschwert. Drittens schließlich befinde sich der Betroffene ohnehin schon in der Hand der ausländischen Hoheitsgewalt<sup>334</sup>. Dies wie der implizit mitschwingende Hinweis, nach einem ersten Vertragsbruch werde die Bundesrepublik auf ausländisches Entgegenkommen kaum mehr zählen können, bewegt sich im Feld der Ergebnisorientierung und ändert nichts daran, daß die Bundesrepublik im Ergebnis einen Deutschen der ausländischen Strafverfolgung preisgibt; der einzige relevante Unterschied zur »normalen« Auslieferung ist der, daß der ersuchende Staat zuerst Hand an den Betroffenen legen konnte. Dies spricht dafür, auch die Rücklieferung als Eingriff in Art. 16 II 1 GG einzustufen<sup>335</sup>.

67 Eine **Einwilligung** des Deutschen in die Auslieferung läßt bereits den Eingriff entfallen<sup>336</sup>. Im übrigen ist als Eingriff in Art. 16 II GG nicht erst die tatsächliche Überstellung an den ausländischen Staat oder internationalen Gerichtshof einzustufen,

<sup>327</sup> A. Randelzhofer, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 16 II (1985), Rn. 6; Kämmerer (Fn. 55), Art. 16 Rn. 79; Zimmermann/Tams (Fn. 220), Art. 16 Rn. 85; Jarass/Pierothen, GG, Art. 16 Rn. 16; Gnatzky (Fn. 217), Art. 16 Rn. 19; Kokott (Fn. 246), Art. 16 Rn. 35; v. Arnould (Fn. 75), Art. 16 Rn. 34.

<sup>328</sup> Näher O. Lagodny, in: Schomburg u. a., IRG (Fn. 164), Vor § 2 (S. 76 ff.).

<sup>329</sup> Wie hier Maaßen (Fn. 217), Art. 16 Rn. 34; Jarass/Pierothen, GG, Art. 16 Rn. 16; v. Arnould (Fn. 75), Art. 16 Rn. 35. – Näher O. Lagodny, in: Schomburg u. a., IRG (Fn. 164), § 37 Rn. 1 ff., 5 ff.

<sup>330</sup> BVerfGE 10, 136 (139 f.); zustimmend Becker (Fn. 5), Art. 16 Rn. 77 f.; Jarass/Pierothen, GG, Art. 16 Rn. 16; v. Arnould (Fn. 75), Art. 16 Rn. 35. – Auf die in Zeiten des Luftverkehrs praktisch fehlende Relevanz weist Kämmerer (Fn. 55), Art. 16 Rn. 86 hin.

<sup>331</sup> Maaßen (Fn. 217), Art. 16 Rn. 39; Becker (Fn. 5), Art. 16 Rn. 79; Jarass/Pierothen, GG, Art. 16 Rn. 16 a. E.; v. Arnould (Fn. 75), Art. 16 Rn. 38. – Vgl. Globke, Auslieferung (Fn. 88), S. 122 f.

<sup>332</sup> Statt aller Kämmerer (Fn. 55), Art. 16 Rn. 85.

<sup>333</sup> BVerfGE 29, 183 (193 f.); zustimmend Zimmermann/Tams (Fn. 220), Art. 16 Rn. 89; Becker (Fn. 5), Art. 16 Rn. 76; Kokott (Fn. 246), Art. 16 Rn. 41; Jarass/Pierothen, GG, Art. 16 Rn. 16.

<sup>334</sup> BVerfGE 29, 183 (193 ff.).

<sup>335</sup> Kämmerer (Fn. 55), Art. 16 Rn. 87; Pierothen/Schlink, Grundrechte, Rn. 970; v. Arnould (Fn. 75), Art. 16 Rn. 36; N. Weiß, HStR<sup>3</sup> X, § 207 Rn. 9; Masing → Bd. I<sup>2</sup>, Art. 16 Rn. 91. Differenzierend Randelzhofer (Fn. 327), Art. 16 II Rn. 12, der darauf abstellt, wann der Betroffene als Deutscher erkannt wird. Nur i. E. wie hier C. Gusy, MDR 1979, 542 (545), der auf Art. 11 GG rekurriert.

<sup>336</sup> Stern/Sachs, Staatsrecht IV/1, S. 807; Becker (Fn. 5), Art. 16 Rn. 65; Jarass/Pierothen, GG, Art. 16 Rn. 18; v. Arnould (Fn. 75), Art. 16 Rn. 32.



sondern bereits die **gesetzliche Regelung**, die zu einer Auslieferung ermächtigt<sup>337</sup>. Gleiches gilt erst recht für die Bewilligung der Auslieferung (vgl. § 12 IRG) und die gerichtliche Entscheidung über ihre Zulässigkeit (§ 32 IRG)<sup>338</sup>.

Einhellig nicht als Auslieferung gelten demgegenüber die **Ausweisung** (§§ 53ff. AufenthG), die **Abschiebung** (vgl. §§ 58ff. AufenthG)<sup>339</sup>, die Zurückschiebung gem. § 57 AufenthG sowie die Verweigerung der Einreise (vgl. § 18 II AsylVfG bzw. § 15 AufenthG: Zurückweisung; → Art. 16a Rn. 92)<sup>340</sup>. Die Maßnahmen zeichnen sich sämtlich dadurch aus, daß die Bundesrepublik nicht auf Ersuchen eines fremden Staates einzelne Grundrechtsträger dessen Hoheitsgewalt überantwortet, sondern zur Durchsetzung eigener Sicherheitsinteressen den Aufenthalt im Bundesgebiet beendet oder verhindert, ohne gezielt die Frage nach dem »Wohin« zu stellen. Sofern auf Deutsche i. S. v. Art. 116 I GG anwendbar bzw. angewandt, müssen sie sich je nach Präferenz vor der Freizügigkeit bzw. der Allgemeinen Handlungsfreiheit rechtfertigen (→ Art. 2 I Rn. 32; → Art. 11 Rn. 37). Auch die auf der Grundlage des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung erfolgte **Rücküberstellung eines Kindes** an den im Ausland lebenden sorgeberechtigten Elternteil stellt keine Auslieferung dar<sup>341</sup>.

68

## b) Beschränkungsmöglichkeiten

Art. 16 II 2 GG enthält seit 2000 einen **qualifizierten Gesetzesvorbehalt** (→ Rn. 70)<sup>342</sup>, der Einschränkungen des absoluten Auslieferungsverbots zu zwei alternativen Zwecken (Mitgliedstaaten der europäischen Union resp. Internationale Strafgerichte; → Rn. 71, 72) vorsieht. Im übrigen ist davon auszugehen, daß Art. 16 II 1 GG **keinen weiteren Beschränkungsmöglichkeiten** unterliegt<sup>343</sup>. Eine Beschränkung durch kollidierendes Verfassungsrecht oder Grundrechte Dritter wäre zwar dogmatisch valide ableitbar (und beispielsweise im Fall von Art. 26 I GG auch praktisch vorstellbar), müßte aber die Entscheidung des Parlamentarischen Rates für die vorbehaltlose Gewährleistung unterlaufen. Ähnlich wie Art. 16 I 1 GG (→ Rn. 51) ist Art. 16 II 1 GG bereits Ergebnis eines Abwägungsprozesses, nicht aber dessen Gegenstand.

69

## aa) Abweichende Regelung durch Gesetz

Art. 16 II 2 GG sieht zunächst eine Regelung durch formelles Gesetz vor<sup>344</sup>, für das sich der Bund auf die Kompetenz gem. Art. 73 I Nr. 3 GG stützen kann (→ Art. 73

70

<sup>337</sup> Wie hier *Zimmermann/Tams* (Fn. 220), Art. 16 Rn. 79 sowie *Jarass/Piero*th, GG, Art. 16 Rn. 18.

<sup>338</sup> Vgl. BVerfG (K), NJOZ 2010, 1436 (1436, 1439, Rn. 13, 52).

<sup>339</sup> Überblick zu den verschiedenen Maßnahmen bei *K. Hailbronner*, Asyl- und Ausländerrecht, 2. Aufl. 2008, §§ 9f.

<sup>340</sup> Wie hier *Kämmerer* (Fn. 55), Art. 16 Rn. 88; *Becker* (Fn. 5), Art. 16 Rn. 84; *Jarass/Piero*th, GG, Art. 16 Rn. 17; *v. Arnould* (Fn. 75), Art. 16 Rn. 36 a. E. – A. A. hingegen *Zuleeg* (Fn. 55), Art. 16 Rn. 29, der darauf abstellt, daß die Maßnahme die gleiche Wirkung haben kann.

<sup>341</sup> Vom 25. 10. 1980 (BGBl. 1990 II S. 206). Dazu BVerfG (K), NJW 1996, 3145 (3145f.); zustimmend *Zimmermann/Tams* (Fn. 220), Art. 16 Rn. 91; *Kluth* (Fn. 95), Art. 16 Rn. 111; *Jarass/Piero*th, GG, Art. 16 Rn. 17; *v. Arnould* (Fn. 75), Art. 16 Rn. 36 a. E.

<sup>342</sup> Statt aller *Pohl*, Vorbehalt (Fn. 182), S. 240f. sowie *v. Arnould* (Fn. 75), Art. 16 Rn. 39.

<sup>343</sup> So auch *Kämmerer* (Fn. 55), Art. 16 Rn. 94; *Becker* (Fn. 5), Art. 16 Rn. 64 sowie *v. Arnould* (Fn. 75), Art. 16 Rn. 39.

<sup>344</sup> Einhellige Auffassung; siehe nur *Kämmerer* (Fn. 55), Art. 16 Rn. 93; *Jarass/Piero*th, GG, Art. 16 Rn. 19; *Masing* → Bd. I<sup>2</sup>, Art. 16 Rn. 96.



Rn. 17)<sup>345</sup>. Dieses muß hinreichend bestimmt sein<sup>346</sup> und zusätzlich das **Zitiergebot** des Art. 19 I 2 GG achten, das nach seinem Wortlaut auf Art. 16 II 2 GG anwendbar ist (→ Art. 19 I Rn. 21, 26)<sup>347</sup>. Als derartige Gesetze kommen derzeit in Betracht das Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof (**ISTGHG**)<sup>348</sup> sowie das (neue) Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (**EuHbG**)<sup>349</sup>. Die Gesetze über die Zusammenarbeit mit den Strafgerichtshöfen für Jugoslawien<sup>350</sup> und Ruanda<sup>351</sup> scheiden mangels Wahrung des Zitiergebots aus<sup>352</sup>.

### bb) Mitgliedstaaten der Europäischen Union

- 71 Art. 16 II 2 1. Alt. GG erlaubt Gesetze zur Auslieferung in die jeweiligen Mitgliedstaaten der Union; die Bestimmung ist wie Art. 16a II 1 GG als **dynamische Verweisung** zu deuten (→ Art. 16a Rn. 97)<sup>353</sup>. Eine Differenzierung zwischen den Mitgliedstaaten ist – sofern das Unionsrecht Spielräume läßt – von Verfassung wegen zulässig und angesichts der stark divergierenden rechtsstaatlichen Standards in der Union auch geboten, wie namentlich jüngere Entscheidungen belegen (→ Rn. 75)<sup>354</sup>. Gleiches gilt für die Frage, ob der deutsche Gesetzgeber überhaupt von der in Art. 16 II 2 GG eingeräumten Option Gebrauch macht<sup>355</sup>. Hingegen sind **Organe der Union** nicht erfaßt; eine Überstellung an eine (substantiell fortentwickelte) Europäische Staatsanwaltschaft i. S. v. Art. 86 AEUV (→ Rn. 33) wäre danach von Art. 16 II 2 GG nicht gedeckt<sup>356</sup>.

### cc) Internationale Gerichtshöfe

- 72 Art. 16 II 2 2. Alt. ist mit »internationale Gerichtshöfe« denkbar weit formuliert; die Norm hat zwar konkret den ISTGH vor Augen<sup>357</sup>, beschränkt Deutschland aber nicht auf die Zusammenarbeit mit diesem Gericht, sondern öffnet das Auslieferungsverbot

<sup>345</sup> Statt aller *Kämmerer* (Fn. 55), Art. 16 Rn. 93.

<sup>346</sup> Vgl. BVerfG (K), EuGRZ 2009, 686 (688, Rn. 20ff.).

<sup>347</sup> Stern/*Sachs*, Staatsrecht IV/1, S. 814; *Kämmerer* (Fn. 55), Art. 16 Rn. 93; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 16 Rn. 19; *v. Arnould* (Fn. 75), Art. 16 Rn. 40; *Masing* → Bd. I<sup>2</sup>, Art. 16 Rn. 96.

<sup>348</sup> Vom 21. 6. 2002 (BGBl. I S. 2144); vgl. dazu näher *J. MacLean*, ZRP 2002, 260ff. – Plädoyer für eine völkerrechtsfreundliche Auslegung des Art. 16 II GG bei *W. Bausback*, NJW 1999, 3319 (3320).

<sup>349</sup> Vom 27. 6. 2006 (BGBl. I S. 1721); vgl. *K.M. Böhm*, NJW 2006, 2592ff.; *J. Reinhardt/D. Düsterhaus*, NVwZ 2006, 432ff.; *M. Rosenthal*, ZRP 2006, 105ff.; ferner *Nelles/Tinkl/Lauchstädt* (Fn. 178), § 42 Rn. 155ff.; *B. v. Heintschel-Heinegg*, in: Sieber u.a., Strafrecht (Fn. 172), § 37 Rn. 19ff., 23ff.

<sup>350</sup> Jugoslawien-Strafgerichtshof-Gesetz vom 10. 4. 1995 (BGBl. IS. 485); vgl. dazu *B. Schöbener/W. Bausback*, DÖV 1996, 621ff.

<sup>351</sup> Ruanda-Strafgerichtshof-Gesetz vom 4. 5. 1998 (BGBl. I S. 843).

<sup>352</sup> So auch *Kämmerer* (Fn. 55), Art. 16 Rn. 93 a.E.; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 16 Rn. 21; *v. Arnould* (Fn. 75), Art. 16 Rn. 40 a.E.; *Masing* → Bd. I<sup>2</sup>, Art. 16 Rn. 113.

<sup>353</sup> Siehe nur *Kokott* (Fn. 246), Art. 16 Rn. 44 sowie *v. Arnould* (Fn. 75), Art. 16 Rn. 40.

<sup>354</sup> Wie hier differenzierend *A. Zimmermann*, JZ 2001, 233 (236f.); *ders./Tams* (Fn. 220), Art. 16 Rn. 97; *Maaßen* (Fn. 217), Art. 16 Rn. 64; *Becker* (Fn. 5), Art. 16 Rn. 81; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 16 Rn. 20.

<sup>355</sup> Unterstrichen von *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 16 Rn. 20 a.E.; *Zimmermann/Tams* (Fn. 220), Art. 16 Rn. 95f.

<sup>356</sup> So auch *Zimmermann/Tams* (Fn. 220), Art. 16 Rn. 97; *Masing* → Bd. I<sup>2</sup>, Art. 16 Rn. 98; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 16 Rn. 20; zu europäischen Gerichten siehe sogleich.

<sup>357</sup> Siehe die Gesetzesbegründung in BT-Dr. 14/2668, S. 4 sowie *A. Uhle*, NJW 2001, 1889 (1889ff.).

und damit den Souveränitätsanspruch der Bundesrepublik für die Gesamtentwicklung der Internationalen Strafgerichtsbarkeit (→ Rn.32)<sup>358</sup>. Als **Gerichtshof** i.S.d. Norm können zunächst Rechtsprechungsorgane gelten, die den Kriterien genügen, die das Bundesverfassungsgericht für »Gerichte« entwickelt hat, was insbesondere eine hinreichende Sicherung von Neutralität und Unabhängigkeit derartiger Einrichtungen umfaßt (→ Art. 92 Rn. 25 ff.)<sup>359</sup>. Das Merkmal **international** ist in formaler Perspektive erfüllt, wenn das Gericht durch völkerrechtlichen Vertrag eingesetzt wird<sup>360</sup>; darüber hinaus kommt aber jede Form anerkannter Rechtsetzung auf völkerrechtlicher oder unionsrechtlicher Ebene in Betracht<sup>361</sup>, so daß eine Einsetzung durch den Sicherheitsrat ebenso genügen muß wie ein Rechtsakt der Europäischen Union<sup>362</sup>. Materialiter ist zu fordern, daß das Gericht (auch) auf der Grundlage des Völkerrechts judiziert<sup>363</sup>. Strittig ist die Frage, ob über den Wortlaut hinaus gefordert werden kann, daß die Bundesrepublik den Vertrag zur Gründung des fraglichen Gerichtshofs unterzeichnet und ratifiziert hat. Die wohl überwiegende Meinung nimmt das **Erfordernis einer solchen Zeichnung** an, da nur so die Souveränitäts- und die mir ihr korrespondierende Grundrechtseinbuße gerechtfertigt würden<sup>364</sup>. Stellt man konsequent auf die durch Einfügung des Art. 16 II 2 GG vorgenommene Öffnung für die internationale Strafgerichtsbarkeit sowie den Umstand ab, daß völkerrechtliche Verträge typische, aber eben nicht zwingende Voraussetzung »internationaler« Gerichtsbarkeit sind, so sprechen die besseren Argumente gegen die Notwendigkeit der Zeichnung<sup>365</sup>. Konkret können danach sowohl der Internationale Strafgerichtshof in Den Haag als auch die Gerichtshöfe für Ruanda und Jugoslawien unzweifelhaft als »internationale Gerichte« gelten.

### c) Grenzen der Einschränkung

#### aa) Allgemeines

Gesetze wie Einzelfallentscheidungen im Auslieferungsverfahren müssen zunächst den **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** wahren<sup>366</sup>. Diesen hat die jüngere Rechtsprechung bereichsspezifisch wie folgt präzisiert: Die Möglichkeit einer eigenen Strafverfolgung in Deutschland stelle regelmäßig ein Bewilligungshindernis für eine Auslieferung dar<sup>367</sup>; Gleiches müßte auch für den – ohnehin eher theoretischen – Fall einer Auslieferung für zivil- oder verwaltungsrechtliche Zwecke (→ Rn. 65) gelten<sup>368</sup>. An eine

73

<sup>358</sup> So auch A. Uhle, NJW 2001, 1889 (1891f.).

<sup>359</sup> Sinngleich *Kämmerer* (Fn. 55), Art. 16 Rn. 96 sowie Stern/*Sachs*, Staatsrecht IV/1, S. 809. – Zur Sicherung der Unabhängigkeit der Richter des IStGH näher *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 167), S. 237f. sowie R. Mackenzie u. a., *Selecting International Judges*, Oxford u. a. 2010, S. 49ff., 144ff.

<sup>360</sup> So *Becker* (Fn. 5), Art. 16 Rn. 82; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 16 Rn. 21.

<sup>361</sup> Gleichsinnig *Kämmerer* (Fn. 55), Art. 16 Rn. 97.

<sup>362</sup> *Zimmermann/Tams* (Fn. 220), Art. 16 Rn. 99; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 16 Rn. 21; i. d. R. auch Stern/*Sachs*, Staatsrecht IV/1, S. 809f.

<sup>363</sup> *Kämmerer* (Fn. 55), Art. 16 Rn. 97.

<sup>364</sup> So A. Uhle, NJW 2001, 1889 (1892f.); *Kämmerer* (Fn. 55), Art. 16 Rn. 98; *Maaßen* (Fn. 217), Art. 16 Rn. 68; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 16 Rn. 21; *Masing* → Bd. P, Art. 16 Rn. 100.

<sup>365</sup> Wie hier i. E. auch A. Zimmermann, JZ 2001, 233 (236); *Zimmermann/Tams* (Fn. 220), Art. 16 Rn. 100; v. *Arnauld* (Fn. 75), Art. 16 Rn. 40; *Kokott* (Fn. 246), Art. 16 Rn. 50.

<sup>366</sup> Unstrittig; statt aller *Kämmerer* (Fn. 55), Art. 16 Rn. 99 sowie *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 16 Rn. 23.

<sup>367</sup> BVerfGE 113, 273 (318f., Rn. 129).

<sup>368</sup> Treffend *Kämmerer* (Fn. 55), Art. 16 Rn. 99 sowie v. *Arnauld* (Fn. 75), Art. 16 Rn. 42.

Verurteilung sollte sich regelmäßig eine Strafvollstreckung in Deutschland anschließen, sofern der Betroffene hier seinen Lebensmittelpunkt hat<sup>369</sup>.

### bb) Rechtsstaatliche Grundsätze

- 74 Indem Art. 16 II 2 GG für die Überstellung an Mitgliedstaaten der Union wie internationale Gerichtshöfe gleichermaßen die Wahrung »rechtsstaatliche[r] Grundsätze« verlangt, bindet er deutsche Staatsorgane in Sachen Auslieferung nicht eins zu eins an die feinziselierte und auch im Rechtsvergleich einzigartige Judikatur zu den verschiedenen Teilgehalten des Rechtsstaatsprinzips (→ Art. 20 [Rechtsstaat], Rn. 66 ff.)<sup>370</sup>. Das wirft zugleich die Folgefrage auf, nach welchen **Kriterien** sich eine relevante Teilmenge im Sinne eines rechtsstaatlichen *acquis extraditionnaire* bestimmen lassen könnte<sup>371</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hat die Norm als »eine auf den ersuchenden Mitgliedstaat und den Internationalen Gerichtshof bezogene Erwartung im Sinne einer Strukturentsprechung«<sup>372</sup> eingestuft, aber davon abgesehen, einen eigenen **Katalog** vorzulegen. In der Literatur werden in Anlehnung an die Art. 101 ff. GG genannt<sup>373</sup>: Recht auf ein unparteiisches Gericht, rechtliches Gehör und faires Verfahren; Verbote der Doppelbestrafung, der Selbstbelastung und der unmenschlichen Strafe; das Verbot der Todesstrafe ist strittig<sup>374</sup>. Gleicht man diesen Kriterienkatalog mit der Wirklichkeit ab, so dürfte eine Überstellung an den ISTGH derzeit bedenkenfrei möglich sein<sup>375</sup>, wohingegen innerhalb der Union neben Griechenland (→ Rn. 75) auch Rumänien und Ungarn kritische Fragen aufwerfen<sup>376</sup>.

### d) Einzelfälle

- 75 Nach der Grundsatzentscheidung zum Haftbefehlsgesetz hat das Bundesverfassungsgericht gleich mehrfach **Auslieferungen gestoppt**. Im Fall eines Europäischen Haftbefehls der Hellenischen Republik hat das Gericht eine Auslegung von § 9 Nr. 2 IRG gerügt (Unzulässigkeit der Auslieferung im Falle der konkurrierenden Gerichtsbarkeit und der Verjährung in Deutschland), die den Tatbestand der Verjährung schon mit der Begründung verneint hat, die griechischen Strafverfolgungsbehörden hätten »Handlungen vorgenommen [...], die ihrer Art nach geeignet wären, die Verjährung nach deutschen Rechtsvorschriften zu unterbrechen«<sup>377</sup>. In der Sache steht hier der Vorwurf der Willkür durch eine »**einseitig auslieferungsfreundliche Deutung**« im Raum<sup>378</sup>. Eine weitere Entscheidung zu Griechenland gab Gelegenheit, die Vorgaben für die Begründung richterlicher Entscheidungen bzw. die richterliche Sorgfalt zu präzisie-

<sup>369</sup> So v. *Arnauld* (Fn. 75), Art. 16 Rn. 42.

<sup>370</sup> Zu dieser Anforderung umfassend *Stern/Sachs*, Staatsrecht IV/1, S. 811 ff.

<sup>371</sup> Kritisch daher statt aller *K.M. Böhm*, NJW 2005, 2588 (2590).

<sup>372</sup> BVerfGE 113, 273 (299, Rn. 77); kritisch dazu *M. Heger*, ZIS 2005, 221 (222).

<sup>373</sup> Vgl. zum folgenden *Kämmerer* (Fn. 55), Art. 16 Rn. 101; *Allesch* (Fn. 20), Art. 16 Rn. 17; v. *Arnauld* (Fn. 75), Art. 16 Rn. 41; *N. Weiß*, HStR<sup>3</sup> X, § 207 Rn. 18, 21 ff. eingehend *Globke*, Auslieferung (Fn. 88), S. 241 ff.

<sup>374</sup> Für die Einreihung in die »Grundsätze« v. *Arnauld* (Fn. 75), Art. 16 Rn. 41; dagegen *Kokott* (Fn. 246), Art. 16 Rn. 53.

<sup>375</sup> So auch *Globke*, Auslieferung (Fn. 88), S. 271, 373.

<sup>376</sup> Zur Lage *G. Halmai*, From the »rule of law revolution« to an illiberal democracy in Hungary, in: FS K. Stern, 2012, S. 1063 ff. – Zum Umgang mit Zweifelsfällen v. *Arnauld* (Fn. 75), Art. 16 Rn. 41.

<sup>377</sup> BVerfG (K), NJOZ 2010, 1436 (1437 ff., Rn. 24 ff.).

<sup>378</sup> BVerfG (K), NJOZ 2010, 1436 (1438, Rn. 28, 32, 35 [Zitat; Hervorhebung nicht i.O.], 36).

ren: Konkret rügte das Gericht einen im Sinne von § 83a I Nr. 5 IRG zu unpräzisen Sachverhalt sowie eine ungenügende Auseinandersetzung mit dem in gleicher Sache schon ergangenen eigenen Kammerbeschluß (**Renitenz**)<sup>379</sup>. Zuletzt hatte das Bundesverfassungsgericht Gelegenheit, die Abgrenzung deutscher Gerichtsbarkeit zum Europäischen Haftbefehl von derjenigen des EuGH zu präzisieren; es hat für einen Zeitpunkt vor der präzisierenden Rechtsprechung dieses Gerichts (→ Rn. 35) eine Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV bzw. einen Verstoß gegen den Anspruch auf den gesetzlichen Richter (→ Art. 101 Rn. 62) verneint<sup>380</sup>.

#### 4. Objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte

Die Entscheidung zum Europäischen Haftbefehlsgesetz belegt besonders eindringlich die Bedeutung, die der objektiv-rechtlichen Dimension des Art. 16 II GG eignet. Denn das Gericht hat der Norm einerseits klare **Vorgaben für den Gesetzgeber** – auch und gerade angesichts unionsrechtlicher Handlungspflichten – entnommen (→ Rn. 77) und andererseits den Gerichten detaillierte Prüfprogramme für ihre Mitwirkung in Auslieferungsverfahren an die Hand gegeben (→ Rn. 78).

76

##### a) Vorgaben für die Umsetzung des Unionsrechts

Art. 16 II GG verpflichtet den Gesetzgeber, »die Umsetzungsspielräume, die der Rahmenbeschluss den Mitgliedstaaten belässt, in einer grundrechtsschonenden Weise auszufüllen.«<sup>381</sup> Der Umstand, daß lediglich ein **Rahmenbeschluß** mit im Vergleich zu Richtlinie oder Verordnung deutlich gesenkter Direktionskraft umzusetzen war, wird dabei vom Gericht eigens betont<sup>382</sup>. Danach war insbesondere die im Beschluß eingeräumte Möglichkeit, eine Auslieferung unter Hinweis darauf zu verweigern, daß die in Rede stehenden Straftaten entweder im Hoheitsgebiet des Vollstreckungsmitgliedstaates begangen worden sind (Art. 4 Nr. 7 lit. a) oder das Heimatrecht keine Handhabe zur Bestrafung von außerhalb des Hoheitsgebietes begangenen Taten bietet (Art. 4 Nr. 7 lit. b), im Lichte des Art. 16 II GG umzusetzen oder besser auszunutzen<sup>383</sup>. Auch die Bestimmungen, die den Schutz vor Doppelbestrafung sichern sollen (Art. 4 Nr. 2, 3), waren so zu konkretisieren, daß »bereits im Vorfeld einer Entscheidung über die Auslieferung sichergestellt werden kann, dass ein Deutscher, der die Bundesrepublik Deutschland nicht verlassen und sich nach deutschem Recht nicht strafbar gemacht hat, auch nicht ausgeliefert wird.«<sup>384</sup> Ferner war der Gesetzgeber gehalten, »die Vollstreckungsbehörde mit rechtsstaatlich bestimmten Tatbeständen zumindest in den Stand [zu] setzen, das insoweit geschützte Vertrauen des Staatsangehörigen in die deutsche Rechtsordnung im Einzelfall entsprechend diesen verfassungsrechtlichen Grundsätzen zu gewichten.«<sup>385</sup> Insofern müsse jedes Auslieferungsgesetz »aus sich heraus verständlich« sein »und die Auslieferungsentscheidung hinreichend vorherbe-

77

<sup>379</sup> BVerfG (K), NJOZ 2010, 1431 (1432f., Rn. 22ff., 32ff.).

<sup>380</sup> BVerfG (K), NJOZ 2010, 1428 (1429f., Rn. 29ff.).

<sup>381</sup> BVerfGE 113, 273 (300, Rn. 80).

<sup>382</sup> BVerfGE 113, 273 (300, Rn. 80).

<sup>383</sup> Näher BVerfGE 113, 273 (301ff., Rn. 82ff.). Kritisch zu dieser Engführung C. Tomuschat, EuGRZ 2005, 453 (457f.); J. Vogel, JZ 2005, 801 (807); J. Kretschmer, Jura 2005, 780 (785).

<sup>384</sup> BVerfGE 113, 273 (307, Rn. 95); wiederum kritisch C. Tomuschat, EuGRZ 2005, 453 (458).

<sup>385</sup> BVerfGE 113, 273 (308, Rn. 97).