

## **Grundkurs Öffentliches Recht II. Grundrechte**

Freitag, den 6. Mai 2005 /

Dienstag, den 10. Mai 2005

### **I. Übersicht über den weiteren Gang der Vorlesung**

Mit den Art. 2, 4 und 5 GG haben wir drei besonders wichtige Freiheitsgrundrechte kennengelernt. Mit diesen drei Grundrechten habe ich weiterhin versucht, Ihnen Bauprinzipien von Freiheitsgrundrechten, wie die innere Struktur eines Schutzbereiches oder die verschiedenen Möglichkeiten der verfassungsrechtlichen Eingriffsrechtfertigung, zu vermitteln. Letzteres setze ich im weiteren voraus, was es mir ermöglicht, das Tempo der Darstellung einzelner Grundrechte zu beschleunigen.

Die noch nicht behandelten Freiheitsgrundrechte werden in vier Gruppen präsentiert. In der ersten Gruppe geht es um den Schutz der privaten Lebenssphäre: hierhin gehören die Institutsgarantie von Ehe und Familie (Art. 6 I), das Elternrecht (Art. 6 II / III), das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Art. 10), die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13), das informationelle Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) und die Menschenwürde (Art. 1 I). Die zweite Gruppe beschäftigt sich mit dem Aufenthalt im Staatsgebiet und der Staatsangehörigkeit; sie besteht aus der Freizügigkeit (Art. 11), der Ausreisefreiheit (Art. 2 I), dem Asylrecht (Art. 16a), dem grundsätzlichen Auslieferungsverbot (Art. 16 II) und dem Schutz der deutschen Staatsangehörigkeit (Art. 16 I). Die dritte Gruppe widmet sich den Lebensbereichen Beruf und Eigentumsordnung; die hier zu besprechenden Art. 12 (Berufs- und Gewerbefreiheit) und 14 I / II GG (Garantie von Eigentum und Erbrecht) sind sehr wichtig; weiterhin gehören hierher die Regelungen über Enteignungen (Art. 14 III) und Sozialisierungen (Art. 15), die Koalitionsfreiheit, insbesondere die Freiheit gewerkschaftlicher Betätigung (Art. 9 III GG) und die Privatschulfreiheit (Art. 7 IV / V GG), die starke Bezüge zu den schon besprochenen Artt. 4 und 140 aufweist. In einer vierten

Gruppe sollen schließlich Grundrechte behandelt werden, welche zumindest auch die Teilhabe des Einzelnen am Prozess öffentlicher Meinungs- und politischer Willensbildung schützen und fördern. Dies sind die Versammlungsfreiheit (Art. 8), die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 I / II) und das Petitionsrecht (Art. 17).

Wenn wir diese vier Themenblöcke abgearbeitet haben, ist der erste Hauptteil der Vorlesung beendet, in dem wir die Freiheitsgrundrechte behandelt haben. Es folgen vier weitere, indessen nicht so umfangreiche Hauptteile: die allgemeinen Grundrechtslehren, die Gleichheitsgrundrechte, die Justizgrundrechte, schließlich inter- und supranationale Grundrechte.

## **II. Der grundrechtliche Schutz der privaten Lebenssphäre**

### **1. Der Schutz der Ehe**

Ehe und Familie stehen nach Art. 6 I GG unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Dieses Grundrecht ist seiner Rechtsnatur nach mehrerlei: ein Eingriffsabwehrrecht, zugleich ein Diskriminierungsverbot (Diskriminierung als Eingriff), ein Förderungsauftrag (objektiv-rechtlich) und eine Institutsgarantie. Um diese Gewährleistungsdimensionen zu verstehen, muss vorab klar sein, was die Begriffe "Ehe" und "Familie" bedeuten.

Ehe ist die auf Dauer angelegte, rechtlich begründete Gemeinschaft von einem Mann und einer Frau. Mit "Ehe" meint die Verfassung also die bürgerlich-rechtliche Ehe, wie sie in den §§ 1253 ff. BGB näher ausgestaltet ist. Geschützt sind darüber hinaus auch hinkende Ehen, d.h. Ehen, die wegen eines Formfehlers juristisch unwirksam sind, aber tatsächlich bestehen, z.B. eine in Österreich nur kirchlich geschlossene, in Österreich auch im Bereich des staatlichen Rechts wirksame Ehe, die aber in Deutschland nicht anerkannt wird; BVerfGE 62, 323, 329 ff. Streitig ist, ob auch die Scheinehe geschützt ist; das Bundesverwaltungsgericht hat dies in einem Fall abgelehnt, in dem eine Ehe nur geschlossen worden ist, um die Abschiebung eines Ausländers zu verhindern (E 65, 174, 179 ff.).

**a) Institutsgarantie**

Die so definierte Ehe wird von Art. 6 I GG als Rechtsinstitut geschützt. Das bedeutet, dass der Gesetzgeber die Ehe als Rechtsinstitut nicht abschaffen darf. Es bedeutet weiter, dass die Grundzüge der bürgerlich-rechtlichen Ehe, soweit sie mit dem verfassungsrechtlichen Ehebegriff übereinstimmen, nicht geändert werden dürfen. Es bedeutet nicht, dass das Rechtsinstitut der Ehe nicht relativiert werden darf, indem andere Formen menschlichen Zusammenlebens in gleicher Weise rechtlich geordnet werden. Nach Ansicht des BVerfG hindert der besondere Schutz von Ehe und Familie den Gesetzgeber nicht, für die gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft Rechte und Pflichten vorzusehen, die denen der Ehe gleich oder nahe kommen; dem Institut der Ehe drohten keine Einbußen durch ein Institut, das sich an Personen wendet, die miteinander keine Ehe eingehen könnten (BVerfGE 105, 313). Der Gesetzgeber ist aber nicht verpflichtet, gleichgeschlechtlichen Partnern ein Recht auf Eheschließung zu geben (BVerfG, Kammerbeschl., NJW 1993, 3058). Die gesetzliche Anerkennung der Vielehe wäre aber wohl verfassungswidrig. Indem der Gesetzgeber von Lebenspartnerschaft und nicht von Ehe bei gleichgeschlechtlichen Paaren spricht, wahrt er selbst einen gewissen Abstand.

Wenn man die Ausführungen zu Art. 6 I GG als Institutsgarantie verallgemeinert, so kann man das Wesen einer Institutsgarantie dahin definieren, dass die Verfassung ein einfachgesetzliches Rechtsinstitut unter Schutz stellt und dem Gesetzgeber dessen Abschaffung oder grundlegende Änderung oder Relativierung verbietet. Abschaffung, grundlegende Änderung oder grundlegende Relativierung sind Eingriffe in die Institutsgarantie. Eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung solcher Eingriffe sieht Art. 6 I GG nicht vor.

Neben Ehe und Familie werden noch zwei weitere Rechtsinstitute im Grundrechtsteil des Grundgesetzes geschützt. Dies sind das Privateigentum und das Erbrecht in Art. 14 I 1 GG. Von den Insti-

tutsgarantie werden üblicherweise die institutionellen Garantien unterschieden. Der Unterschied ist jedoch mehr terminologischer Natur. Er liegt allein darin, dass Institutsgarantien sich auf Rechtsinstitute des Privatrechts beziehen, während institutionelle Garantien Rechtsinstitute des öffentlichen Rechts schützen. Art. 6 I GG ist eine Institutsgarantie und keine institutionelle Garantie allein deswegen, weil Ehe und Familie Rechtsinstitute des Privatrechts sind. Beispiele für institutionelle Garantien sind die Gewährleistung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums in Art. 33 V GG und der Schutz der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 II GG. Alle diese Normen verbieten dem einfachen Gesetzgeber in einem mehr oder minder starken Umfang, die Grundzüge einer vorhandenen gesetzlichen Regelung zu ändern.

Als Institutsgarantie ist Art. 6 I GG ein normgeprägtes Grundrecht. Das bedeutet, dass der Gesetzgeber ihm in zwei Weisen entgegenzutreten kann. Der Gesetzgeber kann den Schutzbereich ausgestalten, und er kann in den Schutzbereich eingreifen. Eingriffe durch den Gesetzgeber sind grundsätzlich unzulässig, da Art. 6 I GG ein vorbehaltloses Grundrecht ist, in welches nur im Einzelfall eingegriffen werden darf. Ausgestaltungen durch den Gesetzgeber sind dagegen nicht nur erlaubt, sondern geboten. Ohne gesetzliche Ausgestaltung könnte das Grundrecht nämlich nicht wirksam werden. Fraglich ist, wie zulässige Ausgestaltung und Eingriff voneinander abzugrenzen sind. Im Prüfungsaufbau gehört diese Frage in den Punkt "Eingriff". Die Testfrage lautet: Wann schlägt eine ausgestaltende Regelung in eine eingreifende Regelung um. Die Antwort lautet: Wenn die Regelung dem verfassungsrechtlichen Leitbild von den Rechtsinstituten Ehe und Familie nicht entspricht. Es handelt sich dann möglicherweise um eine versuchte, aber um eine nicht gelungene Ausgestaltung. Mit diesem Ansatz hat das BVerfG die Abkehr vom Verschuldensprinzip bei der Ehescheidung und den Übergang zum Zerrüttungsprinzip (E 53, 224) oder die Abschaffung eines obligatorischen gemeinsamen Ehenamens (E 84, 9) für verfassungsgemäß erklärt. In die Bestimmung des verfassungsrechtlichen Leitbildes hat es dabei gewandelte gesellschaftliche Anschauungen einfließen lassen.

**b) Eingriffsabwehrrecht**

Als Eingriffsabwehrrecht schützt Art. 6 I GG die Freiheit der Eheschließung und das eheliche Zusammenleben vor staatlichen Eingriffen, die sich verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen lassen. Dabei wirkt Art. 6 I GG als vorbehaltloses Grundrecht. Nur kollidierendes Verfassungsrecht vermag im Einzelfall nach Maßgabe praktischer Konkordanz einen Eingriff in das Grundrecht zu rechtfertigen. So hat man Zölibatsklauseln in der Bereitschaftspolizei mit deren Funktionsfähigkeit zu rechtfertigen versucht; dies hat das BVerwG abgelehnt (E 14, 21 [27 ff.]).

In den folgenden, praktisch häufigen Fällen ist das Vorliegen eines Eingriffs streitig und mit der herrschenden Meinung wohl zu verneinen. Es geht um die Ausweisung von Ausländern, die in Deutschland verheiratet sind und / oder Kinder haben. Durch solche Maßnahmen wird die Aufrechterhaltung des ehelichen bzw. familiären Zusammenlebens nicht unmöglich gemacht; es kann im Ausland fortgesetzt werden. Art. 6 I GG gibt kein Recht, dieses Zusammenleben gerade in Deutschland zu praktizieren. Ausländer und Deutsche müssen damit rechnen, dass in diesen Fällen ihr Zusammenleben sich nicht stets in Deutschland vollziehen kann. Die Ausweisung greift darum nicht in das Grundrecht aus Art. 6 I, sondern nur in das Grundrecht aus Art. 2 I GG ein, welches einen erheblich weiter gefassten Schrankenvorbehalt aufweist. So BVerfGE 76, 1 [47]. Die Anwendung von Art. 2 I GG führt dazu, dass bei der Ausweisung und der Abschiebung von Ausländern in eine Verhältnismäßigkeitsprüfung auch deren Ehen und Familien als Abwägungsposten einzustellen sind. Entsprechendes gilt für den Nachzug von ausländischen Ehegatten und Kindern. Hier fehlt es an einem Eingriff in das Grundrecht aus Art. 6 I GG, weil dieses Grundrecht keinen Anspruch auf ein positives hoheitliches Tun, nämlich die Erteilung von Aufenthaltstiteln, gibt (weit. Nachw. bei Pieroth / Schlink, Rn. 651, 656).

Allgemein formuliert reicht der Schutzbereich des Art. 6 I GG von

der Eheschließung über das eheliche Zusammenleben und schließt das Recht zur Bestimmung des Wohnortes, zur Aufgabenverteilung in der Ehe und zur Bestimmung des Ehenamens (E 84, 9) ein. Ob auch die Ehescheidung und das Recht, keine Ehe einzugehen, von Art. 6 I GG geschützt werden, ist fraglich; ich würde insoweit Art. 2 I GG vorziehen; negative Freiheit und „besonderer Schutz“ passen schlecht zusammen.

Sowohl das Abwehrrecht als auch den Förderungsauftrag möchte ich an einem steuerrechtlichen Beispielsfall weiter verdeutlichen. Die abwehrrechtliche Dimension liegt folgendem Sachverhalt zugrunde, über den das BVerfG 1957 zu entscheiden hatte (E 6, 55).

**Sachverhalt:** Die Eheleute E sind beide berufstätig. Sie werden zusammen zur Einkommensteuer veranlagt. Nach dem 1957 geltenden Recht geschieht dies in der Weise, dass die zu versteuernden Einkünfte zusammengerechnet und dann ein progressiver Tarif auf die Summe beider Einkünfte angewendet werden. Die Eheleute E machen geltend, dies sei eine Benachteiligung der Ehe, weil bei getrennter Veranlagung die Summe der von den Partnern getrennt zu zahlenden Steuer bei in der Summe gleichem zu versteuerndem Einkommen geringer sei als bei ihnen; dies liege daran, dass die Summierung zu einem höheren Steuertarif führe.

[Rechenbeispiele zur Verdeutlichung<sup>1</sup>: Erzielen beide Eheleute jeweils 50.000 Euro zu versteuerndes Einkommen, so schulden sie bei getrennter Veranlagung und einem Steuersatz von 20 % auf 50.000 Euro einzeln 10.000 Euro, zusammen 20.000 Euro Einkommensteuer; bei gemeinsamer Veranlagung und einem progressionsbedingt höheren Steuersatz von der Deutlichkeit halber 40 %, bezogen auf ein zu versteuerndes Einkommen von 2 x 50.000 Euro (= 100.000 Euro) liegt die Steuerschuld dagegen bei 40.000 Euro.] Mit anderen Worten: Nur weil sie verheiratet sind, müssen die Eheleute doppelt so viel Steuern zahlen wie Ledige.

---

<sup>1</sup> Die Zahlenbeispiele im Folgenden sind nicht realitätsgerecht; sie übertreiben, um den grundrechtlich relevanten Effekt deutlich werden zu lassen.

Das Finanzgericht, an das die Eheleute sich deshalb wenden, setzt das Verfahren nach Art. 100 I GG aus und legt dem BVerfG die Frage vor, ob § 26 EStG a.F. mit Art. 6 I GG vereinbar ist.

**Lösung:** Das BVerfG geht davon aus, dass Art. 6 I GG dem Staat gebietet, Ehe und Familie zu fördern und vor Beeinträchtigungen durch andere Kräfte zu bewahren, und dem Staat verbietet, Ehe und Familie selbst zu benachteiligen. Aus staatlicher Sicht stehe das Grundrecht einer Benachteiligung, nicht einer Begünstigung von Ehe und Familie entgegen. Eine solche Benachteiligung liege hier vor. Die Zusammenveranlagung von Ehegatten sei eine Durchbrechung des Prinzips der Individualbesteuerung, wonach jeder Steuerpflichtige seine Einkünfte getrennt von den Einkünften anderer in einem gesonderten Verfahren versteuert. Eine solche Abweichung sei bei Eheleuten schon aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung denkbar und sinnvoll. Sie dürfe aber nicht zu einer Benachteiligung der Eheleute im Vergleich mit der Individualbesteuerung führen. Diese liege hier aber vor, weil die Zusammenveranlagung bei Doppelverdienern zu einer Steuerprogression führe, zu der es bei getrennter Veranlagung nicht käme. Rechtfertigende Gründe dafür seien nicht ersichtlich.

Die Zusammenveranlagung von Eheleuten in der beschriebenen Form sei in der NS-Zeit eingeführt worden aus dem arbeitsmarktpolitischen Bestreben, Frauen vom Arbeitsmarkt zu verdrängen, indem ein Zuverdienst zum Einkommen des Mannes durch die Steuerprogression unattraktiv gemacht wird. Das Ziel, die Ehefrau ins Haus zurückzuführen, vom BVerfG edukatorischer Effekt genannt, vermöge die Benachteiligung der Ehe schon deshalb nicht zu rechtfertigen, weil es seinerseits mit Art. 3 II GG unvereinbar sei. Im Ergebnis verstieß § 26 EStG a.F. darum gegen Art. 6 I GG.

### **c) Das Splitting-Verfahren als Beispiel für das Fördergebot**

Die Entscheidung des BVerfG hat den Anstoß zur Einführung des bis heute geltenden Ehegatten-Splitting gegeben (§§ 26 ff., 32a Abs. 5 EStG). Das Splitting hält zwar an der Zusammenveranlagung von Ehe-

leuten fest. Es gestaltet diese aber so aus, dass Eheleute im Verhältnis zu anderen, individuell veranlagten Steuerpflichtigen nicht benachteiligt, sondern begünstigt, zumindest gleich gestellt werden. Im Übrigen wird Eheleuten das Recht gewährt, abweichend vom Grundsatz der Zusammenveranlagung die getrennte Veranlagung und damit die Individualbesteuerung zu wählen (§ 26 I 1 EStG).

Zusammenveranlagung bedeutet nach § 26b EStG, dass die Einkünfte der Ehegatten zusammengerechnet und den Ehegatten gemeinsam zugerechnet werden und dass die Ehegatten sodann gemeinsam als ein Steuerpflichtiger behandelt werden. Dies ist noch kein Unterschied zu der Rechtslage, die das BVerfG zu beurteilen hatte. Der Unterschied zeigt sich an der neu hinzugekommenen Vorschrift des § 32a V EStG. Danach berechnet sich für jeden Ehegatten die tarifliche Einkommensteuer auf der Grundlage der Hälfte des gemeinsamen zu versteuernden Einkommens. Die Steuerschulden werden sodann im Rahmen der Zusammenveranlagung addiert. Dies führt zu Vorteilen bei der Steuerprogression, die mit einem weiteren Rechenbeispiel verdeutlicht seien.

**Beispiel:** Ehemann X hat ein zu versteuerndes Jahreseinkommen von 150.000 Euro, Ehefrau X ist Hausfrau und hat kein Einkommen. Die Ehe ist kinderlos. Würde Ehemann X individuell besteuert, so hätte er nach dem Spitzensteuersatz<sup>2</sup> grundsätzlich 42 Prozent seines Einkommens als Steuer abzuführen. Dies sind 63.000 Euro. Das Splittingverfahren führt zu Folgendem: **(1)** Die Einkommen von Ehemann und Ehefrau X sind zu addieren: 150.000 Euro + 0 Euro = 150.000 Euro. **(2)** Dieser Wert ist durch 2 zu dividieren: 150.000 Euro : 2 = 75.000 Euro. **(3)** Auf diesen Betrag ist der Steuertarif anzuwenden. Wir unterstellen dabei, dass für ein zu versteuerndes Einkommen von 75.000 Euro ein Steuertarif von 33 1/3 Prozent gilt. Folglich ergibt sich für jeden Ehegatten eine Steuerschuld von 33 1/3 % von 75.000 Euro = 25.000 Euro. **(4)** Wegen der gemeinsamen Veranlagung ist dieser Betrag mit 2 zu multiplizieren, ergibt 50.000 Euro. **(5)** Im Fall der Eheleute X führt die gemeinsame Veranlagung mit Splitting-Tarif darum im Vergleich zu einer Individu-

albesteuerung des Einkommens von Ehemann X zu einem Vorteil von 13.000 Euro.

Das BVerfG sieht das Splitting nicht als Privileg an, sondern wegen der Teilhabe beider Ehegatten am Einkommen als Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit (BVerfGE 61, 319, 346). Überdies sei es familienfreundlich, weil der Steuervorteil steige, wenn das Einkommen typischerweise der Ehefrau in den Zeiten der Kinderbetreuung sinke. Das Splittingvorteil lasse sich darum durch Art. 6 I an Art. 3 I GG rechtfertigen. Nach Ansicht des BVerfG knüpft das Splitting an die wirtschaftliche Realität einer intakten Durchschnittsehe mit Kindern an.

Als Förderungsauftrag erreicht Art. 6 I GG nicht das Maß an Verbindlichkeit, das der Institutsgarantie oder dem Eingriffsabwehrrecht eigen ist. Der Staat ist insoweit zu bestimmten Maßnahmen nicht verpflichtet. Wenn sich der Staat jedoch zu Fördermaßnahmen entschließt, verhindert Art. 6 I GG, dass dies als mit dem Gleichheitssatz nicht vereinbarende Bevorzugung angesehen wird. So werden Ehepaare einkommensteuerrechtlich durch den sog. Splitting-Tarif nach § 32a V EStG im Rahmen der Steuerprogression bevorzugt.

## **2. Die Förderung der Familie (BVerfGE 99, 216)**

### **a) Steuerrecht**

In einer der insgesamt vier auf Verfassungsbeschwerden und eine Richtervorlage ergangenen Entscheidungen des BVerfG vom 10.11.1998 wird darüber gestritten, ob Art. 6 I GG als Abwehrrecht durch die steuerrechtlichen Regelungen über die Berücksichtigung von Kinderbetreuungskosten und die Gewährung eines Haushaltsfreibetrages verletzt ist. Dies ist nach Ansicht des Gerichts der Fall, weil von den Vorteilen des § 32 VII und des § 33c I EStG (jeweils alte Fassung, auch im Folgenden) nur Alleinerziehende, nicht aber auch Eheleute profitieren.

Das in Art. 6 I GG enthaltene Abwehrrecht begreift das BVerfG als

---

2 Dass dies ein Grenzsteuersatz ist, sei hier der Einfachheit halber vernachlässigt.

einen besonderen Gleichheitssatz, den es unter Zuhilfenahme des Sozialstaatsprinzips konkretisiert und bei dessen Anwendung es zwei Vergleichsrelationen prüft: Es vergleicht verheiratete Eltern mit Kindern auf der einen Seite und Alleinerziehende auf der anderen Seite sowie verheiratete Eltern mit Kindern auf der einen Seite und verheiratete Kinderlose auf der anderen Seite. Generell stellt das Gericht fest, dass die steuerliche Berücksichtigung verminderter Leistungsfähigkeit hinter dem von Art. 6 I, II GG Gebotenen zurückbleibt. Der Gesetzgeber sei verpflichtet, das für die Bestreitung des familiären Existenzminimums benötigte, darum nicht disponible Einkommen von der Besteuerung auszunehmen. Zwar habe sich das Steuerrecht für die Kosten privater Lebenshaltung nicht zu interessieren. Doch könne die Kinderbetreuung heute nicht mehr als private Lebenshaltung angesehen werden. Sie müsse einkommensteuerrechtlich berücksichtigt werden. Berücksichtigungsfähig sei dabei nicht nur das sächliche Existenzminimum von Kindern, an welches Kinderfreibeträge und Kindergeld anknüpften, sondern auch der Betreuungsbedarf des Kindes. Zu berücksichtigen sei nicht der tatsächliche Aufwand, der individuell verschieden sein möge, sondern der Bedarf, also dasjenige, was generell angemessen ist.

Von diesen allgemeinen Überlegungen ausgehend begründet das Gericht die Verfassungswidrigkeit sowohl von § 33c I als auch von § 32 VII EStG. Nach § 33c I i.V.m. V EStG können nur alleinstehende Steuerpflichtige (Definition in § 33c II EStG) Kinderbetreuungskosten wegen Erwerbstätigkeit abziehen. Diese Beschränkung auf Alleinerziehende sei mit Art. 6 I / II EStG unvereinbar, weil sie den Abzug allein wegen des Tatbestandes der Ehe versage. Ebenso wenig könnten die Vorschriften über das Ehegatten-Splitting zur Rechtfertigung dieser Benachteiligung herangezogen werden. Das Splitting setzt nur eine Ehe, nicht aber einen kindbedingten Bedarf voraus, dient also nicht dem Zweck, die Nachteile auszugleichen, die Eheleuten durch die Kinderbetreuung entstehen.

Den Haushaltsfreibetrag nach § 32 VII EStG hält das BVerfG für verfassungswidrig, weil er Nichtverheiratete bevorzuge. Zwar hätten Alleinerziehende besondere Lasten zu tragen, doch setze § 32

VII EStG nicht Alleinerziehung, sondern das Fehlen der Splitting-Voraussetzungen voraus, so dass nicht verheiratete Eltern, die eine Erziehungsgemeinschaft bilden und die beide steuerpflichtig sind, bevorzugt würden. Sie erhielten zweimal den Grundfreibetrag und sodann als "dritten Grundfreibetrag" den Haushaltsfreibetrag.

Aus seinen verfassungsrechtlichen Überlegungen zieht das Gericht den Schluss, dass der Gesetzgeber bei der Neuregelung der einkommensteuerrechtlichen Verschonung des Betreuungsbedarfs die Minderung der Leistungsfähigkeit bei allen Eltern unabhängig vom Familienstand berücksichtigen müsse. Soweit das Familienexistenzminimum sich nach personenbezogenen Daten wie Familienstand, Anzahl der Kinder und Alter bestimmt, müsse - nach dem rechtsstaatlichen Gebot der Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit - dieser Tatbestand so gefasst werden, dass die bloße Angabe dieser Daten die Anwendung des Gesetzes möglich mache.

Um die Entscheidung des BVerfG und allgemein die Auseinandersetzungen um die steuerrechtliche Berücksichtigung der Kinderbetreuung voll verstehen zu können, ist die Kenntnis eines Grundsatzes erforderlich, der das Einkommensteuerrecht prägt. Dieser Grundsatz lautet: die Kosten der privaten Lebensführung sind steuerlich nicht berücksichtigungsfähig. Der Grundsatz ist in § 12 Nr. 1 EStG niedergelegt. Die private Lebensführung geht den Staat nichts an; in sie darf er sich nicht einmischen. Dies bedeutet aber auch, dass der Steuerpflichtige die Kosten privater Lebensführung nicht steuermindernd geltend machen darf. Das Leistungsfähigkeitsprinzip lässt Minderungen der Leistungsfähigkeit, die hier ihre Ursache haben, unberücksichtigt. Kinderbetreuungskosten sind lange Zeit als Kosten der privaten Lebensführung angesehen worden, die steuerlich nicht zu berücksichtigen sind. Dabei wurde vorausgesetzt, dass die Belastung durch Kinderbetreuungskosten alle Steuerpflichtigen in gleicher Weise trifft und dass die Entscheidung für Kinder vom Staat nicht durch Steueranreize gefördert werden muss. Diese beiden Voraussetzungen sind durch gesellschaftliche Veränderungen in den letzten 40 Jahren in Frage gestellt. Deshalb setzt der Staat das Steuerrecht als Instrument ein, um die

finanziellen Nachteile, die Kinder verursachen, zu einem Teil auszugleichen und so die demographische Entwicklung positiv zu beeinflussen. Dies wiederum setzt voraus, dass die Kosten der Kinderbetreuung nicht mehr als Aufwendungen der privaten Lebensführung angesehen und vom Einkommen abgezogen werden. Diese Neuorientierung erfolgt schrittweise und ist nicht frei von Wertungswidersprüchen. Hieraus erklärt sich, dass das BVerfG in den letzten zehn Jahren in mehreren grundlegenden Entscheidungen das "Kinderbetreuungs-Steuerrecht" verfassungsrechtlich beanstandet hat: BVerfGE 82, 60 - Verfassungswidrigkeit der 1983 eingeführten Kürzung des Kindergeldes für Besserverdienende; BVerfGE 82, 198 - Verfassungswidrigkeit von Kinderfreibeträgen; BVerfGE 87, 153 - Grundfreibeträge.

## **b) Allgemein**

Allgemein ist zum Grundrechtsschutz der Familie Folgendes zu sagen. Das Grundrecht ist eine Institutsgarantie, ein Eingriffsabwehrrecht und ein Förderungsauftrag. Familie ist das rechtliche Beziehungsverhältnis zwischen Eltern und Kindern. Auf die Ehelichkeit oder Minderjährigkeit der Kinder kommt es dabei nicht an. Auch die Gemeinschaft von alleinerziehender Mutter und ihrem Kind ist in diesem Sinne Familie. Auch hier können Formfehler bei der Begründung eines Familienverhältnisses (z.B. durch Adoption) den Grundrechtsschutz nicht ausschließen. Der Grundrechtsschutz setzt keine Hausgemeinschaft voraus. Der Schutz der Familie in Art. 6 I wird ergänzt durch Art. 6 II / III GG. Pflege und Erziehung der Kinder werden dort spezialgesetzlich geregelt.

## **2. Das Elternrecht**

Art. 6 II 1 GG wird verkürzend als das Elternrecht bezeichnet. Pflege und Erziehung der Kinder sind das Recht der Eltern. Die Eltern dürfen z.B. bestimmen, mit wem das Kind Umgang hat, ob es Klavier, Geige oder Trompete spielen lernt und ob es religiös erzogen wird. Die Besonderheit des Elternrechts besteht darin, dass das, was Grundrecht ist, zugleich Grundpflicht ist. Das Eltern-

recht ist ein pflichtgeprägtes, fremdnütziges, auf das Kindeswohl bezogenes Grundrecht. Die Eltern haben eine umfassende Verantwortung für die Lebens- und Entwicklungsbedingungen des Kindes. Mit wachsendem Alter des Kindes wird diese Verantwortung, zugleich das Erziehungsrecht der Eltern, durch das Persönlichkeitsrecht des Kindes eingeschränkt. Mit dem Eintritt der Volljährigkeit erlöschen die Befugnisse, ebenso die Pflichten der Eltern. Auch das Elternrecht ist ein normgeprägtes Grundrecht, das der gesetzgeberischen Ausgestaltung bedarf. Dies haben Art. 6 I und Art. 6 II / III gemeinsam. Die gesetzgeberische Ausgestaltung muss sich, ebenso wie die Ausübung des Elternrechts, am Kindeswohl orientieren. So ist der Gesetzgeber z.B. verpflichtet, für den Fall einer Ehescheidung eine am Kindeswohl ausgerichtete Sorgeregelung vorzusehen.

Anders als Art. 6 I GG ist das Elternrecht aber kein vorbehaltloses Grundrecht. Neben gesetzlichen Ausgestaltungen sind auch gesetzliche Eingriffe zulässig. Art. 6 II 2 und III GG sind qualifizierte Gesetzesvorbehalte, die Eingriffe in das Elternrecht aus Gründen des Kindeswohls zulassen. Die Trennung des Kindes von den Eltern als der stärkste Eingriff wird dabei an besondere Kautelen gebunden. Eingriffe in das Elternrecht haben sich, wie dieses Recht selbst, am Wohl des Kindes zu orientieren.

### **3. Schule**

Neben Ausgestaltung und Eingriff, Letzterer in Ausübung eines Wächteramtes über die elterliche Pflichterfüllung, tritt der Staat den Eltern noch in einer weiteren Funktion gegenüber: nämlich als Miterzieher. Das Mandat hierzu erteilt ihm Art. 7 I GG. Die verfassungsrechtliche Grundlage für die Schulpflicht und den damit verbundenen Eingriff in das Elternrecht ist Art. 7 I GG. Das Schulwesen muss sich nicht auf bloße Wissensvermittlung beschränken. Es darf und soll auch erzieherische Funktionen übernehmen. Der gegenwärtig diskutierte obligatorische Werteunterricht an Berliner Schulen ist insoweit unproblematisch. Die schulische Erziehung muss den Prinzipien der Toleranz und der Neutra-

lität verpflichtet und von Indoktrination frei sein. Für den Religionsunterricht, der nach Art. 7 III GG in den öffentlichen Schulen grundsätzlich ordentliches Lehrfach ist, trifft Art. 7 II GG die Regelung, dass die Erziehungsberechtigten das Recht haben, über die Teilnahme des Kindes zu bestimmen.

#### **4. Das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis**

Art. 10 GG schützt die Privatsphäre vor staatlichen Eingriffen in die Benutzung von Kommunikationsmedien. Die Einteilung in die drei genannten Medien ist historisch zu erklären. Der Begriff des Fernmeldewesens ist entwicklungs offen, so dass auch neue Medien wie Mobilfunk oder Internet darunter gefasst werden können. Das Grundrecht ist seiner Rechtsnatur nach zunächst ein „klassisches“ Eingriffsabwehrrecht. Es ist keine Institutsgarantie, kein Förderungsgebot und gibt keine Ansprüche auf - früher unmittelbar staatliche - Leistungen wie Postbeförderung oder Telefonanschluss. Art. 10 GG verpflichtet den Staat primär zu Unterlassungen, nicht zu positivem Tun.

##### **a) Grundrechtsberechtigte und Grundrechtsverpflichtete**

Als Freiheitsgrundrecht hat Art. 10 GG einen persönlichen und einen sachlichen Schutzbereich. Der sachliche Schutzbereich zerfällt nicht in einen objekt- und einen tätigkeitsbezogenen Teil, denn das Grundrecht schützt keine Tätigkeit; insoweit hat es Ähnlichkeiten mit Art. 2 II GG, der ebenfalls Rechtsgüter und nicht auf Ausübung angelegte Rechte schützt.

Da das Grundrecht vom sachlichen Schutzbereich her formuliert ist, muss der persönliche Schutzbereich durch Auslegung erschlossen werden. Geschützt sind alle natürlichen Personen, die sich der in Art. 10 GG genannten Kommunikationsmittel bedienen können; Art. 10 GG ist darum ein Jedermanngrundrecht. Weiterhin findet die Vorschrift ihrem Wesen nach auch auf juristische Personen im Sinne von Art. 19 III GG Anwendung.

Schwieriger als die Bestimmung des Grundrechtsberechtigten ist die Bestimmung des Grundrechtsverpflichteten. Grundrechtsverpflichtet ist nach Art. 1 III GG der Staat in allen seinen Erscheinungsformen. Daraus folgt, dass an Art. 10 GG nicht nur Staatsorgane mit Zuständigkeiten im Post- und Fernmeldewesen gebunden sind, sondern alle Staatsorgane, insbesondere auch die Sicherheitsorgane und die Justiz. Dies ist unstreitig.

Die Grundrechtsbindung der Post selbst könnte dagegen mit ihrer Privatisierung problematisch geworden sein. Solange die Deutsche Bundespost ein Sondervermögen des Bundes und damit Teil der Bundesverwaltung war, war die Grundrechtsbindung unproblematisch. Schwieriger wurde es mit der Umwandlung der Deutschen Bundespost in drei Postunternehmen, die rechtlich als Aktiengesellschaften verfasst sind, Aktiengesellschaften allerdings, bei denen die Aktienmehrheit beim Staat verbleibt (Art. 87f, 143b GG). Die Aktiengesellschaft ist eine Rechtsform des Privatrechts. Deshalb könnte man sagen, dass etwa für die Deutsche Post AG die Grundrechte ebensowenig gelten wie für private Konkurrenten, wie UPS oder German Parcel, für die diese Nichtgeltung unstreitig ist. Dagegen spricht jedoch die Lehre von der Fiskalgeltung (ungleich Drittwirkung) der Grundrechte. Diese Lehre sagt, dass der Staat auch dann an die Grundrechte gebunden ist, wenn er sich der Organisations- und Rechtsformen des Privatrechts bedient. Unstreitig ist dies bei der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben in den Organisations- und Rechtsformen des Privatrechts. So ist etwa ein als Aktiengesellschaft verfasster kommunaler Verkehrsbetrieb bei der Gestaltung von Straßenbahntarifen unmittelbar an die Gleichbehandlungsgebote aus Art. 3 GG gebunden, weil diese Gesellschaft staatliche Aufgaben des öffentlichen Personennahverkehrs wahrnimmt, unabhängig von ihrer privaten Organisationsform. In Berlin stellt dieses Problem sich nicht, weil die BVG eine Anstalt des öffentlichen Rechts ist.

Von der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben in Organisations- und Handlungsformen des Privatrechts, dem sog. Verwaltungsprivatrecht, sind zu unterscheiden die privatrechtlichen Hilfsgeschäfte

der Verwaltung, d.h. die Beschaffung der für die Verwaltung nötigen Sachgüter, und die erwerbswirtschaftliche Betätigung der Verwaltung. In beiden Fällen bejaht die herrschende Meinung eine Grundrechtsbindung. Wenn man dem folgt, käme es nicht darauf an, ob man die Tätigkeit der drei Postunternehmen als verwaltungspri- vatrechtlich oder als erwerbswirtschaftlich qualifizierte. Eine Grundrechtsbindung bestünde.

Diese erlischt jedenfalls, wenn die drei Postunternehmen nicht nur als privatrechtliche Aktiengesellschaften verfasst sind, sondern wenn der Staat seine Kapitalmehrheit in diesen Gesellschaften aufgibt. Dann unterscheiden sie sich nicht mehr von anderen Aktiengesellschaften, die grundrechtsberechtigt, aber nicht grundrechtsverpflichtet sind. Dies ist unstrittig für die "anderen privaten Anbieter", von denen Art. 87f II 1 GG spricht. Weil Art. 87f II 1 GG zu entnehmen ist, dass die Postunternehmen schon vor der Aufgabe der staatlichen Kapitalmehrheit wie privatwirtschaftliche Unternehmen agieren sollen, ergibt sich in ihrem speziellen Fall, dass sie an Art. 10 GG nicht mehr gebunden sind. Die Privatisierung der Deutschen Bundespost führt zu einer Freistellung des Post- und Telekommunikationswesens von der Bindung an Art. 10 GG. An ihre Stelle tritt für die Postunternehmen die Strafvorschrift der §§ 201 f. StGB (Verletzung von Vertraulichkeit des Wortes und Briefgeheimnis).

Das Grundrecht aus Art. 10 GG läuft darum aber nicht leer. Die Postprivatisierung ändert wohl seinen Charakter. Zu Zeiten der staatlichen Post handelte es sich um ein Eingriffsabwehrrecht, wobei die grundrechtstypische Gefährdungslage sich aus der Monopolisierung der Postdienste beim Staat ergeben hat. Durch die Privatisierung soll der Staat nicht aus seiner Verantwortlichkeit für das Grundrecht entlassen werden. Diese Verantwortlichkeit verwandelt sich aber von einem Eingriffsabwehrrecht in eine Schutzpflicht. Der Staat ist gehalten, mit den ihm verbleibenden Kontrollrechten auf die Postunternehmen, auch die privaten, im Sinne einer Gewährleistung des Grundrechts einzuwirken.

Diese Ansicht ist nicht unumstritten. Zum Teil wird auch vertreten, dass die derzeitigen Nachfolgeunternehmen der Bundespost einer „gewissen“ Grundrechtsbindung unterlägen, die sich „grundsätzlich“ nach der Fiskalgeltung von Grundrechten bemesse (vgl. Pieroth / Schlink, Rn. 772). Das Problem dieses Satzes besteht darin, dass niemand genau angibt und angeben kann, was „gewisse“ und was „grundsätzlich“ heißt. Hier wird darum der Ansicht der Vorzug gegeben, die Nachfolgeunternehmen der Bundespost seien nicht selbst grundrechtsgebunden, dafür sei der Staat in der Verantwortung, dafür zu sorgen, dass Art. 10 GG auch von den, und zwar allen privatwirtschaftlichen Postunternehmen respektiert werde.

#### **b) Sachlicher Schutzbereich**

In den Schutzbereich des Postgeheimnisses fällt der gesamte durch die Post vermittelte Verkehr von der Einlieferung einer Sendung bis zu ihrer Ablieferung an den Empfänger. Das Briefgeheimnis ergänzt dies. Es erlangt selbständige Bedeutung bei Briefen, welche nicht durch die Post befördert werden und - bei Postbenutzung - für die Zeiträume vor der Einlieferung und nach der Auslieferung. Briefe sind alle individuellen schriftlichen Mitteilungen; in diesem Sinne kann auch ein Paket verfassungsrechtlich ein Brief sein. Das Postgeheimnis umfasst weitergehend alle der Post übergebenen Sendungen, so dass es auf deren begriffliche Zuordnung letztlich nicht ankommt; unklar ist, ob der Postbegriff organisatorisch oder funktional zu verstehen ist. Vom Umfang her erstrecken Brief- und Postgeheimnis sich nicht nur auf den Inhalt der Sendung, sondern auf alle Daten des Brief- und Postverkehrs, also auch auf Absender, Empfänger und die bloße Tatsache eines Brief- oder Postkontakts. Gegenstand des Fernmeldegeheimnisses ist die gesamte individuelle Kommunikation über das Medium elektromagnetischer Wellen. Geschützt ist auch die Kommunikation mittels neuer Medien und Internet.

#### **c) Eingriff**

Die Definition, Eingriff sei jedes staatliche Verhalten, welches die Ausübung einer grundrechtlichen Freiheit tatsächlich oder rechtlich unmöglich macht oder wesentlich erschwert, passt bei Art. 10 GG nicht, weil dieses Grundrecht nicht die Freiheit menschlicher Tätigkeit schützt, sondern die Eingriffsfreiheit eines Rechtsguts. Bei Art. 10 GG ist Eingriff jedes staatliche Verhalten, welches dieses Rechtsgut beeinträchtigt (zerstört, gefährdet). Dies ist der Fall, wenn der Staat Kenntnis vom Inhalt und den sonstigen Daten des Brief-, Post- und Fernmeldverkehrs erlangt und diese Kenntnis speichert, verwertet oder weitergibt.

Damit stellt sich eine allgemeinere, recht klar zu beantwortende Frage. Wann gilt welcher Eingriffsbegriff? Bei den Freiheitsgrundrechten ist danach zu unterscheiden, ob ihr sachlicher Schutzbereich neben der objektbezogenen auch eine tätigkeitsbezogene Komponente aufweist, ob Schutzgut also die Freiheit menschlicher Tätigkeit oder ein Rechtsgut ist. Ein Beispiel für ein Grundrecht mit einem tätigkeitsbezogenen Schutzbereich ist die Meinungsfreiheit, die das Äußern und Verbreiten von Meinungen schützt. Auf solche Freiheitsgrundrechte passt die Eingriffsdefinition, der es darauf ankommt, ob die geschützte Tätigkeit unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert wird. Anders ist es mit Freiheitsgrundrechten, deren Schutzbereich nur objektbezogen ist, die die Freiheit von Rechtsgütern vor staatlicher Beeinträchtigung schützen. Das ist bei Art. 10 GG der Fall. Dieses Grundrecht schützt keine Tätigkeit, sondern ein Rechtsgut, nämlich die Vertraulichkeit des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs. Infolgedessen ist Eingriff hier die Beeinträchtigung dieses Rechtsguts durch Kenntniserlangung. Die Zahl der Freiheitsgrundrechte, die in dieser Weise nur objektbezogen sind, ist begrenzt. In diese Gruppe gehören Art. 10, Art. 13, das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die Menschenwürde. Für sie gilt ein objektbezogener Eingriffsbegriff. Für alle anderen Freiheitsgrundrechte gilt ein tätigkeitsbezogener Eingriffsbegriff.

Ein Eingriff in das Briefgeheimnis liegt vor, wenn staatliche Stellen Briefe öffnen oder auf andere Weise vom Inhalt oder den sonstigen Umständen des Briefverkehrs Kenntnis nehmen. Ein Eingriff in das Postgeheimnis liegt vor, wenn staatliche Stellen vom Inhalt einer Postsendung oder von den Daten des Postverkehrs Kenntnis nehmen. Die Kenntnisnahme von den Daten des Postverkehrs durch die Post selbst ist kein Eingriff, sondern notwendige Folge der Postbenutzung. Zur Fangschaltung BVerfGE 85, 386 [395 f.]). Ein Eingriff entfällt auch, wenn Absender oder Empfänger auf den Grundrechtsschutz verzichten, z.B. wenn eine Büchersendung unverschlossen aufgegeben wird, so dass die Post den Inhalt kontrollieren kann, oder wenn der Empfänger eines Telefonats die Polizei mithören lässt (BGHSt 39, 335). Beispiele für Eingriffe sind die automatische Erfassung von Dienst- und Privatgesprächen, welche von dienstlichen Telephonapparaten aus geführt werden oder das Öffnen der Post, die ein Strafgefangener erhält oder absendet.

#### **d) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Beschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses sind zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen. Art. 10 II 1 GG stellt das Gesetz unter einen einfachen Gesetzesvorbehalt. Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung gelingt, wenn das Gesetz formell verfassungsgemäß und verhältnismäßig ist und wenn der Eingriff auf dem Gesetz beruht. Beispiele für gesetzliche Eingriffsermächtigungen sind die §§ 99 ff. StPO (Postbeschlagnahme) und 29 III StrVollzG.

In besonderen Fällen kann die gesetzlichen Eingriffsermächtigung bestimmen, dass der Eingriff dem Betroffenen nicht mitgeteilt wird und dass an die Stelle des Rechtsweges die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane tritt. Dies folgt aus Art. 10 II 2 und, hinsichtlich des gerichtlichen Rechtsschutzes, flankierend aus Art. 19 IV 3 GG. Bei diesen besonderen Fällen handelt es sich um Grundrechtseingriffe zum Schutz der freiheitlich demokratischen Grundordnung oder des Bestandes oder der Sicherung des Bundes oder eines Landes. Ein-

schlägig ist das G-10-Gesetz. Das G-10-Gesetz sieht vor, dass heimliche Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 10 GG von einer parlamentarischen Kontrollkommission kontrolliert werden. Diese Kommission besteht aus Abgeordneten des Deutschen Bundestages, wobei im Hinblick auf deren Verschwiegenheit Abgeordneten der damaligen Fraktion DIE GRÜNEN mit Billigung des BVerfG zunächst der Zugang verweigert wurde (E 70, 324). Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Maßnahmen nach dem G 10 siehe BVerfGE 67, 157. In einer neueren Entscheidung verlangt das BVerfG eine nachträgliche Benachrichtigung, es sei denn, diese wäre sinnlos (E 100, 313, 397 ff.).

Art. 10 II 2 GG ist 1968 nachträglich in das Grundgesetz eingefügt worden. Die Vorschrift war damals dem Vorwurf ausgesetzt, verfassungswidriges Verfassungsrecht zu sein. Sie verstoße mit dem Ausschluss gerichtlichen Rechtsschutzes gegen staatliche Grundrechtseingriffe nämlich gegen das Rechtsstaatsprinzip und damit gegen Art. 79 III GG, der dem verfassungsändernden Gesetzgeber Schranken setze. Dem ist das BVerfG in der 1. Abhörentscheidung (E 30, 1) mit einer restriktiven Interpretation des Art. 79 III GG entgegengetreten. Nach meiner Meinung nehmen Verfassungsrechtler, die von verfassungswidrigem Verfassungsrecht sprechen, weil in der Regel Schwerekriminalen Rechtsschutz erschwert wird, entweder sich selbst zu wichtig, oder sie wissen nicht, wovon sie reden.