

Die Institutsgarantie – Eine »gelungene Kunstschöpfung der Wissenschaft«¹?

– Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 17.07.2002 zu den gesetzlichen Regelungen über Lebenspartnerschaften –

1. Einleitung

Am 17.07.2002 hat das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit eines Teils der Regelungen zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften festgestellt². Durch das Gesetz wird Personen gleichen Geschlechts die Möglichkeit zur Begründung einer Eingetragenen Lebenspartnerschaft eröffnet. Die rechtlichen Wirkungen gleichen in weiten Teilen denen der Ehe³. Wesentliche Teile des gesamten Gesetzeswerks, die insbesondere verfahrensrechtliche Regelungen betreffen, ruhten nach der Aufspaltung in zwei Gesetze in der vorangegangenen Legislaturperiode im Vermittlungsausschuss, der zu keinem Ergebnis, geschweige denn Einigungsvorschlag kam⁴. Zu den hiermit verbundenen staatsorganisationsrechtlichen Fragen sowie Fragen der formellen Verfassungsmäßigkeit⁵, die das BVerfG in seiner Entscheidung behandelt hat, nimmt der nachfolgende Beitrag nicht Stellung. Im neuen Koalitionsvertrag wurde von den Regierungsparteien vereinbart, das Ergänzungsgesetz erneut in das parlamentarische Verfahren einzubringen⁶.

Vorliegend geht es um Fragen der materiellen Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes, und zwar unter dem Gesichtspunkt der Vereinbarkeit mit der sog. Institutsgarantie aus Art. 6 I GG⁷. Das Bundesverfassungsgericht prüft und verneint eine Verletzung des

1 So Dürig, in Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Rn. 98.

2 Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften vom 16.02.2001, kurz: LPartDisBG; Entscheidung BVerfG vom 17.07.2002, 1 BvF 1/01/1BvF 2/01 unter <http://www.bverfg.de/entscheidungen> abrufbar. Im folgenden wird aus dieser Quelle als BVerfG, a.a.O., Rz. ... zitiert.

3 Genaueres hierzu bei Dethloff, NJW 2001, 2598.

4 Sog. Lebenspartnerschaftsgesetzergänzungsgesetz, vgl. zur Gesetzgebungsgeschichte, Darstellung BVerfG, a.a.O., Rz. 4 ff. Das bisherige Vermittlungsverfahren endete – da der Vermittlungsausschuss dem Grundsatz der Diskontinuität unterliegt – mit Ablauf der Legislaturperiode.

5 Hier vor allem die Frage der Teilbarkeit von Gesetzesvorhaben in zustimmungspflichtige und nichtzustimmungspflichtige Teile; vgl. hierzu Robbers, JZ 2001, 779 (779ff.); Freytag, DÖV 2002, 445 (446); Wasmuth, Der Staat 2002, 47 (50 ff.).

6 So der Informationsstand auf der homepage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (www.gruene-fraktion.de) unter dem Stichwort „Lebenspartnerschaftsgesetz“.

7 Der Beitrag beschäftigt sich daher nicht mit Fragen der Vereinbarkeit des LPartDisBG mit Art. 3 I bzw. 3 III GG; vgl. hierzu Robbers, JZ 2001, 779 (785); Freytag, DÖV 2002, 445 (451 ff.); Wasmuth, Der Staat 2002, 47.

Art. 6 I GG unter diesem Aspekt. Die Sondervoten des Richters Papier und der Richterin Haas wenden sich beide vor allem gegen diesen Teil der verfassungsrechtlichen Prüfung mit dem Argument, das Strukturprinzip der Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehe als Bestandteil der Institutsgarantie sei verletzt.

Auf der Basis dieser Aussagen wird eine dogmatische »Aufbereitung« der Schutzdimension der Institutsgarantie unternommen; diese befindet sich im Spannungsfeld zweier Schutzwirkungen: der Bereitstellung rechtlicher Regelungen zum Grundrechtsgebrauch (»Bereitstellungsfunktion«) und der Abgrenzung der Ehe gegenüber anderen Lebensformen (»Abgrenzungsfunktion«). Trotz des notwendigen Zusammenhangs beider Aspekte lässt sich eine unterschiedliche Lesart und Schwerpunktsetzung in Mehrheits- und Minderheitsmeinung feststellen. Alle Aussagen zur Institutsgarantie müssen im Verhältnis der verschiedenen Schutzrichtungen des Art. 6 I GG zueinander betrachtet werden. Letztlich stellt sich die Frage, welchen Charakter der Schutz von Ehe und Familie als *ein Grundrecht* durch verschiedene Konturierungen der Institutsgarantie bekommt⁸.

Im Anschluss wird der wissenschaftsgeschichtliche Hintergrund der Institutsgarantie sowie deren Verortung in den Strukturen des Grundgesetzes beleuchtet. Es zeigt sich, dass es sich um eine kritisch zu betrachtende »Erfindung«⁹ handelt, die zum einen die Gefahr birgt, die Bedeutung von Grundrechten als individuellen Rechten zu untergraben¹⁰, und zum anderen, die Rezeption gesellschaftlicher Veränderungen durch das Recht zu behindern¹¹. Abschließend soll daher alternativen Begründungsmöglichkeiten für die rechtlichen Funktionen der Institutsgarantie nachgegangen werden.

II. Angebot und Schutz der Ehe als Lebensform – Das Bundesverfassungsgericht zur Institutsgarantie im Rahmen des Art. 6 I GG

1. Institutsgarantie als Prüfungsmaßstab

Das BVerfG prüft in der Entscheidung vom 17.07.02 - in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung¹²- die Vereinbarkeit mit Art. 6 I GG unter drei Aspekten, die man als verschiedene Schutzdimensionen kennzeichnen kann: Art. 6 I GG als

8 Das Verhältnis zwischen Art. 6 I GG »als Grundrecht« (so das BVerfG in der Entscheidung vom 17.07.02, a.a.O., Rz. 78) und Art. 6 I GG »als Institutsgarantie« wird als besonders problematisch wahrgenommen. So Richter, AK-GG, Art. 6 Rn. 16 m. Fn. 55; vgl. auch Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, § 68 III.

9 So kennzeichnet Richter im AK-GG, Art. 6 Rn. 3 die Herausbildung dieser Lehrmeinung.

10 In diese Richtung bereits 1958 die Kritik bei Dürig, in Maunz/Dürig, GG Art. 1 Rn. 98.

11 Deutlich Richter, a.a.O., Art. 6 Rn. 11; vgl. auch Stelzer, Freiheit und Institution, in: Recht als Sinn und Institution (Rechtstheorie, Beiheft 6), 27 (32).

12 Vgl. nur Gröschner, in Dreier, GG, Art. 6 Rn. 18 ff.; Schmitt-Kammler, in Sachs, GG, Art. 6 Rn. 19 ff. und den Überblick m.w. N. bei Pieroth/Kingreen, KritV 2002, 219 ff. (223 ff.). Bei dieser klaren Dreiteilung von Schutzrichtungen handelt es sich um eine Systematisierungsleistung, die sich im Laufe der Zeit entwickelt hat. Weniger geordnet in dieser Hinsicht daher die ältere Kommentierung von Pirson zu Art. 6 im Bonner Kommentar zum GG, insb. Rn. 33 ff.

Abwehrrecht, als Institutsgarantie und wertentscheidende Grundsatznorm. Die Prüfung zur Verletzung der Institutsgarantie fällt dabei knapp aus, da dieser Schutzaspekt nach Ansicht des BVerfG nicht einschlägig ist. Das BVerfG konkretisiert die Institutsgarantie als »verfassungsrechtliches Gebot des Art. 6 I GG, die Ehe als Lebensform anzubieten und zu schützen«. Dieses Gebot sei nicht verletzt, weil die Ausgestaltung der Ehe durch den Gesetzgeber keine Änderung durch das LPartDisBG erfahre¹³. Das Gesetz erkenne gleichgeschlechtlichen Paaren, die nicht in den Schutzbereich des Art. 6 I GG fielen¹⁴, Rechte zu. Das Argument lautet kurz gefasst: Die Ehe als Institut sei nicht betroffen, da das LPartDisBG etwas anderes regle.

2. Die rechtliche Wirkung der Institutsgarantie: Gebot der Ausgestaltung grundrechtlicher Freiheiten und Abgrenzung der Ehe zu anderen »Lebensformen«

Das BVerfG führt dazu, wie die Institutsgarantie ihren rechtlichen Schutz entfaltet, aus, dass »die Verwirklichung des verfassungsrechtlichen Schutzes (...) einer rechtlichen Regelung bedarf, die ausgestaltet und abgrenzt, welche Lebensgemeinschaft als Ehe den Schutz der Verfassung genießt«¹⁵. Es werden damit zwei Aspekte genannt, die den Schutz von Ehe bewirken sollen: Zum einen wird – ohne weitere Problematisierung – festgestellt, dass die Wahrnehmung des Grundrechts aus Art. 6 I GG der Ausgestaltung bedürfe. Pieroth/Kingreen sprechen hier von »Realisierungshilfe«¹⁶.

Der zweite Aspekt betrifft die Abgrenzung der Ehe von anderen Partnerschaften. Dieses Moment ist zwangsläufig mit der rechtlichen Ausgestaltung der Ehe verbunden: Will man Regelungen für die Ehe bereitstellen, muss man feststellen, um was es sich dabei handelt. Für diese Feststellung des »was« der Institutsgarantie durch den Gesetzgeber macht das BVerfG bestimmte Vorgaben¹⁷. Es geht um die schwierige Frage, was die »wesentlichen Strukturprinzipien« der Ehe sind und welche Lebensgemeinschaften demzufolge an dem Schutz durch Art. 6 I GG teilhaben.

Nach Auffassung des BVerfG, das sich insoweit der ganz herrschenden Meinung¹⁸ anschließt, fallen gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften nicht in den Schutzbereich des Art. 6 I GG¹⁹. Das BVerfG spricht in diesem Zusammenhang davon, dass das »Institut der Eingetragenen Lebenspartnerschaft« nicht vom Schutz des Art. 6 I GG erfasst werde²⁰.

13 BVerfG, a.a.O., Rz. 86 ff.

14 Dazu unten nochmals.

15 BVerfG, a.a.O., Rz. 87.

16 Pieroth/Kingreen, KritV 2002, 219 (227).

17 BVerfG, a.a.O., Rz. 87.

18 Vgl. nur Überblick bei Pieroth/Kingreen, KritV 2002, 219 (220 m. N. in Fn. 10).

19 BVerfG, a.a.O., Rz. 88: Die Eingetragene Lebenspartnerschaft ist keine Ehe im Sinne von Art. 6 Abs. 1 GG.

20 Zu den damit verbundenen Fragen s. unten.

3. Ergebnis

Die Senatsmehrheit kommt zu dem Ergebnis, dass der Gesetzgeber den Anforderungen aus der Institutsgarantie des Art. 6 I GG dadurch Genüge getan habe, dass rechtliche Regelungen für die »Lebensform« Ehe zur Verfügung stünden, die den oben angesprochenen inhaltlichen Anforderungen – Stichwort: »Ordnungskern«, »Strukturprinzipien«²¹ – entsprächen. Mehr erfordere die Institutsgarantie nicht. Insbesondere hindere sie den Gesetzgeber nicht, einzelne der Strukturelemente, z.B. die Dauerhaftigkeit der Beziehung, die zusammen mit anderen Aspekten die Ehe kennzeichnen, als Anknüpfungspunkt für die rechtliche Regelung auch anderer Formen des Zusammenlebens zu nehmen. So heißt es deutlich: »Art. 6 I GG reserviert jedoch nicht einzelne dieser Strukturelemente allein für die Ehe.«²²

III. Institutsgarantie als »Konkurrenzschutz« – Die Sondervoten

Die Sondervoten der Richter Papier und Haas monieren demgegenüber, dass die Senatsmehrheit in ihrer verfassungsrechtlichen Bewertung der Bedeutung der Institutsgarantie aus Art. 6 I GG nicht gerecht wird. Kern der Kritik ist die Missachtung eines wesentlichen Strukturmerkmals der Ehe, nämlich die Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner.

1. Institutsgarantie als Prüfungsmaßstab

Nach Lesart der Sondervoten sei es Sinn der Institutsgarantie, dass der Gesetzgeber an gewisse Strukturprinzipien gebunden werde, die seiner Verfügungsgewalt entzogen seien. Sie sollen vor »beliebigen Dispositionen des Gesetzgebers« geschützt werden. Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers werde daher durch diese Strukturprinzipien bei jeder einfachgesetzlichen Regelung determiniert. Ginge es nur um gesetzliche Regelungen, die direkt die Ehe betreffen und von den Strukturprinzipien abweichen, wäre die Verteidigung gegen solche Eingriffe des Gesetzgebers Ausdruck der abwehrrechtlichen Funktion des Art. 6 I GG. Zur Begründung der umfassenden Bindung des Gesetzgebers verweist Haas darauf, dass Art. 6 I GG eine Privilegierung, nicht nur Förderung der Ehe gebiete. In den abschließenden Ausführungen zur Prüfung des Art. 6 I GG, rechtfertigt sie diese Privilegierung der Ehe gegenüber anderen Lebensgemeinschaften damit, dass diesen »besondere die Förderung rechtfertigende Elemente fehlen«, da »sie nicht auf ein eigenes Kind hin angelegt« seien (...) und insgesamt »keinen Beitrag für die Zukunftsfähigkeit von Staat und Gesellschaft« erbrächten²³.

21 BVerfG, a.a.O., Rz. 89 sowie Sondervotum Papier, Rz. 126.

22 BVerfG, a.a.O., Rz. 103. Dieser Punkt wird unter Art. 6 I GG als Wertentscheidung, speziell der daraus folgenden Förderpflicht erörtert. Zur Verortung der Argumente siehe auch unten.

23 BVerfG, a.a.O., Rz. 137.

2. *Die rechtlichen Wirkungen der Institutsgarantie: Schutz durch Ausdehnung eines unveränderlichen Katalogs von Strukturprinzipien*

Im Rahmen der Aussagen zur Schutzwirkung der Institutsgarantie stellt Papier fest, dass die Ehe auf einfachgesetzliche Regelungen angewiesen sei. Als eigenständigen Gehalt im Sinne einer »Realisierungshilfe« formuliert er dies jedoch nicht²⁴. Die Grenzen des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers werden gegenüber dem Gestaltungsauftrag betont. Der Aspekt, dass die Institutsgarantie zunächst gegenüber denen, die eine Ehe eingehen wollen, das Bereitstellen entsprechender Regelungen bedeutet, taucht auch bei Haas auf, indem sie feststellt, dass die Institutsgarantie den »rechtlichen Rahmen einer Lebensordnung bereit (halte), in der Mann und Frau sich in der Lebensgemeinschaft der Ehe finden (...)«²⁵.

Die Institutsgarantie entfalte rechtliche Wirkung darüber, dass sie als Leitnorm für den Gesetzgeber fungieren solle. Leitend sollen die Strukturprinzipien der Ehe sein. Ein Strukturprinzip sei – neben der grundsätzlich unauflöslichen Lebensgemeinschaft – die Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner, die hier nicht beachtet würde. Die Strukturprinzipien überwinden nach Papier die jeweils in der Gesellschaft wirklich oder vermeintlich herrschenden Auffassungen über die Ehe.

Worin liegt die Missachtung eines Strukturprinzips genau? Nach Auffassung von Papier und Haas habe der Gesetzgeber mit der Lebenspartnerschaft ein Institut geschaffen, dass abgesehen von der Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner im übrigen in Rechten und Pflichten der Ehe entsprechen würde²⁶. Unabhängig von der Frage der Entsprechung beider Institute²⁷ führt diese Argumentation zu dem Schluss, dass nur verschiedengeschlechtliche Partner eine Verbindung, wie sie bislang rechtlichen Ausdruck in der Ehe findet, d.h. eine langfristig angelegte solidarische Partnerschaft, eingehen können. Stelle man gleichgeschlechtlichen Partnern Regelungen zur Verfügung, die denen der Ehe vergleichbar seien, würde die Institutsgarantie durch Missachtung des Strukturprinzips der Verschiedengeschlechtlichkeit verletzt²⁸.

24 Deutlicher in diese Richtung kann die Aussage in seinem direkt nach dem Urteil erschienenen Beitrag in NJW 2002, 2129 interpretiert werden: »Die Wahrnehmung insbesondere des Grundrechts auf Eheschließung hängt (...) davon ab, dass der Staat ein Ehe- und Familienrecht zur Verfügung stellt.«

25 BVerfG, a.a.O., Rz. 133.

26 BVerfG, a.a.O. Rz. 126.

27 Vgl. hierzu Wasmuth, Der Staat 2002, 47 (64 ff.) und aus anderer Perspektive Braun, JZ 2002, 23 (26 f.). Ein wesentlicher Unterschied besteht im Kindschaftsrecht (Stichwort »kleines Sorgerecht«) sowie der Möglichkeit zur Adoption von Kindern durch gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften.

28 Aus anderer Perspektive kann man in dem Institut der Lebenspartnerschaft gerade eine Unterstützung wesentlicher Strukturprinzipien der Ehe sehen, nämlich der grundsätzlich lebenslangen Verbindung zweier Menschen zu einer Verantwortungs- und Vertrauensgemeinschaft. So Wasmuth, Der Staat 2002, 47 (63 ff.).

3. *Die Institutsgarantie im Rahmen der Schutzdimensionen des Art. 6 I GG: Grundrechtlicher Schutz im Rahmen bestimmter »Lebensformen«*

Ebenso wie die Senatsmehrheit skizzieren die Sondervoten die Schutzwirkungen des Art. 6 I GG im Kanon der drei Schutzdimensionen²⁹, wobei beide ebenfalls nur in bezug auf die abwehrrechtliche Wirkung von Art. 6 I GG »als Grundrecht« sprechen.

Die Verbindung zwischen Art. 6 I GG »als Grundrecht« und der Institutsgarantie wird bei Papier kaum thematisiert und erfährt bei Haas durch die Formulierung, dass der Gesetzgeber »den rechtlichen Rahmen einer Lebensordnung« bereitzuhalten habe, eine interessante Wendung: Die Betonung scheint mehr auf »Ordnung« und damit bestimmten Ideen, die die rechtlichen Regeln nachzuvollziehen haben, zu liegen und weniger auf dem Aspekt des grundsätzlichen Bedürfnisses nach einem rechtlichen Rahmen. Bezeichnenderweise spricht sie auch von den »strukturbildenden Merkmalen« der Ehe: Das kann man so deuten, dass Recht nicht nur gesellschaftliche Strukturen nachvollzieht, quasi abbildet, sondern vorgibt.

Im übrigen verknüpft Haas den verfassungsrechtlichen Schutz der Ehe mit deren Bedeutung für die Familie³⁰.

4. *Ergebnis*

Im Ergebnis tritt ein, was die Senatsmehrheit ausdrücklich ablehnt, nämlich eine »Reservierung« von Eigenschaften, die nach überwiegender Meinung die Ehe, aber grundsätzlich auch andere Partnerschaften kennzeichnen, nur für die Ehe und damit nur für Personen, die eine solche eingehen können³¹. Nur verschiedengeschlechtliche Partner können eine auf Dauer angelegte mit gegenseitigen Rechten und Pflichten ausgestattete Lebensgemeinschaft eingehen. Aus anderer Perspektive stellt sich damit die »Reservierung« bestimmter Partnerschaftsformen als gleichzeitige Ausdehnung des »Modells der verschiedengeschlechtlichen Partnerschaft« dar.

29 Vgl. auch die Ausführungen von Papier in seinem Beitrag in NJW 2002, 2129 unter I.

30 Dazu mehr bei der Kritik unter IV.

31 Damit befinden sich Haas und Papier in Einklang mit der auch in der Lit. vertretenen Ansicht zu Art. 6 I GG, vgl. die plakative Formulierung von Pauly, NJW 1997, 1955: »Sperrwirkungen des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs« und Braun, JZ 2002, 23 (25), der diese juristische Meinung mit Betrachtungen über die Art gleichgeschlechtlicher Beziehungen verbindet und in dem LPartDisBG einen »Einstieg in andere Lebensformen« sieht, der u.a. die Gefahr begründe, dass eine »Aufwertung homosexuellen Verhaltens« stattfinde, die letztlich bis zur Legitimierung von »Kindersex als Schwulenrecht« führe. In einem neueren Beitrag (JuS 2003, Heft 1, S. 21 ff.) spekuliert Braun in abgeschwächter Form über die vom BVerfG in dem Urteil vertretene Sexualitätstheorie und vermengt in seinen rechtlichen Ausführungen die Schutzdimensionen des Art. 6 I GG. Vgl. hierzu demnächst die Anmerkung von Obermeyer in der JuS.

IV. Analyse und Kritik

Die Darstellung zeigt, dass Mehrheits- und Minderheitsmeinung auf der Basis desselben inhaltlichen Verständnisses der Institutsgarantie, deren rechtliche Wirkung offenbar verschieden bestimmen. Das berührt unter anderem die Gewichtung der Aspekte, die die rechtliche Wirkung der Institutsgarantie ausmachen und die vorliegend in »Bereitstellungs- und Abgrenzungsfunktion« unterschieden werden. In bezug auf die Bedeutung einer effektiven Grundrechtsentfaltung sollen nachfolgend insbesondere diese Punkte kritisch gewürdigt werden.

1. Gemeinsame Ausgangspunkte: Der Gesetzgeber als Adressat der Institutsgarantie

Mehrheits- und Minderheitsmeinung scheinen sich grundsätzlich einig darüber, was eine Institutsgarantie bezeichnet, nämlich einfachrechtliche, d.h. privatrechtliche Regelungen einer »Lebensform«. Einigkeit besteht auch über den Inhalt, die maßgeblichen Strukturprinzipien der Ehe, die den Schutzbereich des Art. 6 I GG markieren. Insbesondere besteht Einigkeit darüber, dass die Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner für die Ehe prägend ist. Kritikwürdig daran ist, dass der Begriff des Instituts und somit auch die Institutsgarantie in ihrem Bezug auf das, was sie »tatsächlich« erfassen sollen, unklar bleiben³²: Selbst wenn die Definition das Institut als privatrechtlichen Regelungskomplex beschreibt, der keine außerjuristische Realität hat³³, so machen doch die Formulierungen des BVerfG deutlich, dass dieser Regelungskomplex nicht um seiner selbst willen besteht, sondern Bezug zu einem »sozialen Substrat«³⁴ hat. Im Hinblick auf diese unklare Verbindung schließen sich Fragen an, die für die Rechtsanwendung, d.h. den Umgang mit der Institutsgarantie von Bedeutung sind: Was ist eine »Lebensform«, gar eine »Lebensordnung«? Welchen Beitrag leistet das Recht zu ihrem Bestand? Zieht es die Konturen von etwas quasi »außerrechtlich Bestehendem« nach oder trägt es zur »Strukturbildung« bei? Damit verbunden ist die Frage, ob und wann die rechtlichen Regelungen der Veränderung bedürfen, damit es nicht zu einer »Überspielung von Grundrechten durch ihren einfachrechtlichen Unterbau« kommt³⁵. Schließlich wird auch eine Aussage darüber, welche Art von Schutz bzw. grundrechtlicher Gewährleistung die Garantie eines Instituts bezeichnet, schwierig.

32 Stelzer führt in seinem Beitrag zum institutionellen Gehalt von Grundrechten (Freiheit und Institution, in: *Recht als Sinn und Institution, Rechtstheorie, Beiheft 6*, 27 ff.) treffend aus, dass der rechtswissenschaftliche Institutionenbegriff »einen eigenartigen Bezug zu sozialen Zusammenhängen (hat), der wohl sehr unscharf ist und dessen genaue Bedeutung sowie Funktion eher undurchsichtig bleibt.« (32). Ebenso die Kritik von Willke, *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie*, 122 ff., 151 ff. Die Kritik trifft auch die Literatur.

33 Vgl. zusammenfassende Darstellung bei Abel, *Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes*, 70 ff. und die deutliche Aussage: »Es ist kein in der Wirklichkeit funktionierender Ordnungszusammenhang« (71).

34 Willke, a.a.O., 124. Dieser Bezug wird bei Schmidt-Jortzig, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung*, deutlich, der allerdings eine allgemeine Definition der Einrichtungsgarantien, nicht nur der Institutsgarantie gibt, 31 f.

35 Willke, a.a.O., 123. Diese Frage wird unten nochmal aufgegriffen.

Einigkeit besteht ebenfalls über die rechtlich relevanten Fragestellungen.

Sowohl Senatsmehrheit als auch -minderheit erörtern Fragen nach der Austauschbarkeit der Ehe, ihrer Funktion und ihrem Verhältnis zu anderen »Lebensformen«, ordnen diese aber verschiedenen Schuttschichten des Art. 6 I GG zu. Während die Sondervoten ihre Kritik hauptsächlich an der Institutsgarantie festmachen, erörtert die Senatsmehrheit diese Aspekte im Rahmen des Art. 6 I GG als objektive Wertentscheidung und dem daraus folgenden Fördergebot³⁶. Das folgt aus der verschiedenen Konturierung der Wirkungen der Institutsgarantie³⁷ und ist insoweit dogmatisch konsequent.

Schließlich sind sich Mehrheits- und Minderheitsmeinung darüber einig, dass sich die Institutsgarantie an den Gesetzgeber wendet und ihm Grenzen setzt³⁸.

2. Die Institutsgarantie als Prüfungsmaßstab: Orientierung am Schutzbereich des Art. 6 I GG vs. Ausweitung auf »beliebige Dispositionen« des Gesetzgebers

Darüber, wann und wie die Institutsgarantie den Gesetzgeber begrenzt, gehen im Senat, wie die Darstellung zeigte, die Meinungen auseinander.

Die Mehrheitsmeinung geht von einer Bindung des Gesetzgebers bei solchen Regelungen aus, die die Ehe direkt betreffen. Mit der Feststellung »Regelungsgegenstand des Gesetzes ist nicht die Ehe«³⁹, bleibt dieses Feld verschlossen. Grundrechtsdogmatisch gesprochen, kommt es auf den Schutzbereich des Art. 6 I GG an: Wer wird geschützt?

Der Diskussion um den Schutzbereich des Art. 6 I GG soll hier im einzelnen nicht weiter nachgegangen werden⁴⁰.

Die Sondervoten behaupten eine Bindung des Gesetzgebers bei jeder einfachgesetzlichen Maßnahme. Die Verengung der rechtlichen Wirkung der Institutsgarantie auf die Grundrechtsberechtigten wird als Einschränkung ihrer Wirkungsweise im Sinne einer nur abwehrrechtlichen Deutung verstanden. Die Strukturprinzipien der Ehe haben quasi »Ausstrahlungswirkung«⁴¹. Wenn Papier in diesem Zusammenhang den-

36 BVerfG, a.a.O., Rz. 98, 103. Nicht ganz klar ist, ob die Mehrheitsmeinung ein Rechtsinstitut, dass eine vollkommene Gleichstellung mit der Ehe beinhalten würde, für zulässig hält. Sofern der »Adressatenkreis« aus Personen besteht, die auch eine Ehe eingehen könnten, scheint sie eine Verfassungswidrigkeit eher zu bejahen (Rz. 103). Für Verfassungswidrigkeit auch Pieroth/Kingreen, KritV 2002, 219, 232 ff., die allerdings feststellen, dass dies nicht aus der Institutsgarantie folgt, nach der eine vollkommene Gleichstellung zulässig wäre (231).

37 Dazu sogleich unter den Stichworten »Zweipoligkeit« bzw. »Dreipoligkeit«.

38 Pauly formuliert dies im Rahmen der bekannten Grundrechtsdogmatik als Schranken-Schranke, NJW 1997, 1955.

39 BVerfG, a.a.O., Rz. 86.

40 Nach h.M. fallen gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften nicht unter den verfassungsrechtlichen Ehebegriff. Vgl. Angaben – auch zu abw. Meinungen – bei Pieroth/Kingreen, KritV 2002, 219 (220 Fn. 12). D.h. nach h.M., dass für einen Schutz dieser Gemeinschaften über Art. 6 I GG eine Verfassungsänderung erforderlich wäre, vgl. Gröschner, in Dreier GG, Art. 6 Rn. 26 ff. (32), obwohl das Merkmal der Verschiedengeschlechtlichkeit nicht ausdrücklich im Normtext steht.

41 Vgl. die Formulierung im Sondervotum Haas, dass die Vergleichbarkeit Lebenspartnerschaft und Ehe »im Lichte der Verfassungsgewährleistung« betrachtet werden muß, a.a.O., Rz. 131.

noch von der Bindung des Gesetzgebers »bei Ausgestaltung der Ehe« spricht, so liegt hierin eben keine Einschränkung, sondern es ist Ausdruck der Ausweitung des Ehe-modells: Alle Regelungen, die dauerhafte Zweierbeziehungen betreffen, tangieren die Ehe, sind also deren Ausgestaltung.

Mehrheits- und Minderheitsmeinung lassen sich grundrechtsdogmatisch insoweit mit den von Pieroth und Kingreen vorgeschlagenen Begriffen⁴² der »Zweipoligkeit« bzw. »Dreipoligkeit« abbilden. Damit wird gewissermaßen die Perspektive, die der Gesetzgeber als Adressat der Institutsgarantie einnehmen soll, genauer bezeichnet.

»Zweipoligkeit« bedeutet dabei, dass es nur um das Verhältnis zwischen Grundrechtsberechtigten aus Art. 6 I GG und dem Staat geht ohne Ansehung dessen, was der Staat »für andere« regelt. Das Gebot, rechtliche Regelungen zu schaffen, soll der Verwirklichung des Grundrechts aus Art. 6 I GG durch die Grundrechtsberechtigten dienen.

Damit wird der Schwerpunkt der Schutzwirkung der Institutsgarantie auf den Faktor des Bereitstellens rechtlicher Regeln, nicht die damit verbundene Abgrenzung gelegt.

Während die Mehrheitsmeinung die Institutsgarantie im Rahmen dieser »Zweipoligkeit« entfaltet, zwingen die Sondervoten den Gesetzgeber auch bei Regelungen für andere Lebensgemeinschaften, die Strukturmerkmale der Ehe zu berücksichtigen. Von »Dreipoligkeit« kann man sprechen, weil neben Staat und Ehen auch immer andere Lebensgemeinschaften als »Dritte im Bunde« betrachtet werden müssen, es mit andern Worten um Fragen der Vergleichbarkeit, des »besser« oder »schlechter« geht.

Damit wird die Schutzwirkung der Institutsgarantie weniger über ihre Aufgabe, rechtliche Regelungen für Ehen bereitzustellen, bestimmt, sondern ihr wird eine »Reservierungs- und Privilegierungsfunktion« zugeordnet.

3. Faktoren rechtlicher Wirkung: »Realisierung« vs. »Reservierung« grundrechtlicher Freiheiten

Für eine dogmatische Handhabung der Institutsgarantie wird auf der Basis der vorangegangenen Ausführung die Differenzierung zweier Aspekte der rechtlichen Wirkung vorgeschlagen: Zum einen die Pflicht des Gesetzgebers, Rechtsformen bereitzustellen (»Angebot Lebensform«), zum anderen die damit verbundene Abgrenzung von anderen Lebensformen. Das BVerfG formuliert, dass die Institutsgarantie dem Gesetzgeber gebiete, die Ehe als Lebensform anzubieten und zu schützen⁴³. Der schützende Charakter der Institutsgarantie ist letztlich schwer zu konturieren. Es geht um grundrechtlichen Schutz im Spannungsfeld von »Bereitstellungsfunktion« und »Abgrenzungsfunktion«, da bereits das Angebot der »Lebensform« zum Grundrechtsschutz im Sinne der Verwirklichung der Grundrechte beiträgt.

Diese sog. Bereitstellungsfunktion, die bei den Sondervoten im Hintergrund bleibt, eröffnet Anschlussmöglichkeiten an allgemeine Überlegungen zu Grundrechtsfunktionen. Man kann hier von einer »Realisierungshilfe des Gesetzgebers«⁴⁴ sprechen. Diese Lesart ist aus grundrechtsdogmatischen und –theoretischen Gesichtspunkten von

42 Pieroth/Kingreen, KritV 2002, 219 ff.

43 BVerfG, a.a.O., Rz. 86.

44 So die treffende Formulierung bei Pieroth/Kingreen, KritV 2002, 219 (227).

Bedeutung. Zum einen wird die Verbindung zwischen Institutsgarantie und dem grundrechtlichen, d.h. subjektiv-rechtlichen Gehalt des Art. 6 I GG hergestellt: Der besondere Schutz der Ehe als Freiheit, eine solche Verbindung einzugehen und ohne Benachteiligung zu leben, kann ohne rechtliche Rahmenbedingungen, nicht gewährleistet werden. Zum anderen kann über den Gedanken der »Realisierungshilfe« an allgemeinere Überlegungen zu Grundrechtsfunktionen vor dem Hintergrund der Verwirklichungsbedingungen grundrechtlich geschützter Freiheit angeschlossen werden⁴⁵. Daran knüpft die Frage an, ob die rechtlichen Wirkungen der Institutsgarantie nicht auch im Konzept allgemein anerkannter Grundrechtsfunktionen, wie der grundrechtlichen Schutzpflicht, abgebildet werden können⁴⁶.

4. *Die Institutsgarantie als Teil der Schutzfunktionen des Art. 6 I GG: Schutz eines sozialen Instituts⁴⁷ vs. Schutz grundrechtlicher Freiheit durch rechtliche Institute?*

Nachfolgend geht es um die Verbindung zwischen den verschiedenen Schutzdimensionen des Art. 6 I GG und die Frage, in welchem Verhältnis grundrechtlich geschützte Freiheit und rechtliches Institut zueinander stehen.

Das Erfordernis einer Verbindung setzt zunächst voraus, dass man es mit getrennten Aspekten zu tun hat. Die Wahrnehmung der rechtlichen Bedeutung der Aussage in Art. 6 I GG, dass Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung stehen, erfolgt mittlerweile stets unter den Gesichtspunkten von Grundrecht, Institutsgarantie und wertentscheidender Grundsatznorm⁴⁸. Auch das BVerfG spricht – das betrifft sowohl Senatsmehrheit als auch -minderheit – von Art. 6 I GG »als Grundrecht«⁴⁹, Institutsgarantie⁵⁰ und als »verbindliche Wertentscheidung« bzw. »wertentscheidende Grundsatznorm«⁵¹.

Der Sinn dieser Differenzierung liegt darin, Art. 6 I GG für die verfassungsrechtliche Prüfung handhabbar zu machen und durch die Zuordnung den Anschluss an

45 Hier mag als Stichwort das Verhältnis von »natürlicher Freiheit« versus »konstituierter Freiheit« genügen, das man im Rahmen der Einrichtungsgarantien auch als Frage nach dem Verhältnis zwischen Freiheit und Institution abbilden kann. Hierzu grundsätzlich Lübbecke-Wolff, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 75 ff., 127 ff. und Morgenthaler, Freiheit durch Gesetz, für Art. 6 I GG insb. 269. Vgl. als prägnante Zuspitzung der Positionen auch das Zitat bei Stern, Staatsrecht III/1, S. 761 »Es handelt sich um eine Garantie gegen den Staat, nicht durch den Staat«.

46 Dazu unten.

47 Braun, JZ 2002, 23 setzt »soziales Institut« mit »Institution« gleich, was im Rahmen der (groben) Dogmatik zu den sog. Einrichtungsgarantien nicht korrekt ist, aber u.U. auf einen eher Alltagssprachlichen Begriff von Institution hinweist, der bzgl. der Ehe mit der angreifbaren Vorstellung verbunden ist, es handele sich um ein »tief in unserer Kultur verwurzeltes...Institut« (ebda. 26). Zu anderen Sichtweisen, vgl. Wasmuth, Der Staat 2002, 47 (59 m.w.N.).

48 Vgl. nur Jarass/Pieroth, GG, Art. 6 Rn. 1. Anders noch die bereits erwähnte ältere Kommentierung von Pirson im Bonner Kommentar zu Art. 6 I GG, in der er neun (!) verschiedene Aspekte der rechtlichen Wirkung unterscheidet, vgl. Rn. 33.

49 BVerfG, a.a.O., Rz. 78, 126, 132.

50 BVerfG, a.a.O., Rz. 86, 126, 132.

51 BVerfG, a.a.O., Rz. 90, 126, 132.

grundrechtstheoretische Figuren⁵² zu eröffnen. Diese ermöglichen wiederum das Abarbeiten rechtlicher Fragen im Rahmen einer bekannten Dogmatik, die allgemeine Regeln für die Rechtsanwendung in einem bestimmten Gebiet zur Verfügung stellt. Allgemeinheit meint, dass es nicht nur um Anwendungstechniken in bezug auf ein bestimmtes Grundrecht geht⁵³, sondern um Regeln, die möglichst für alle Grundrechte gelten sollen⁵⁴. Letztlich dient eine solche Allgemeinheit nicht nur einer »optimalen« Rechtsanwendung, sondern hilft bei der Gewährleistung rechtsstaatlicher Rechtsanwendung, d.h. hier Grundrechtsrealisierung auf dem Boden des Art. 1 III GG⁵⁵.

Allerdings begegnen sowohl Mehrheits- als auch Minderheitsmeinung dem Einwand, dass eine Trennung der verschiedenen Schutzwirkungen auf sprachlicher Ebene (Art. 6 I GG »als Grundrecht«, als »Institutsgarantie«) eine Entfernung von einem Konzept des Art. 6 I GG als *einem Grundrecht* mit verschiedenen, aber zusammenhängenden Schutzwirkungen, begünstigt. Verstärkt wird dieser Effekt dadurch, dass nur spärliche Aussagen zur »Wiedervermittlung« der Schutzdimensionen erfolgen. Eine Kategorisierung der Schutzdimensionen als verschiedene Funktionen, womit unterschiedliche normative Wirkungsweisen bezeichnet werden⁵⁶ erscheint hier als die bessere Form der Darstellung.

Mehrheits- und Minderheitsvotum verorten die Institutsgarantie im Kontext der Schutzwirkungen des Art. 6 I GG verschieden: Während die Mehrheitsmeinung den Zusammenhang zum individualschützenden Charakter des Art. 6 I GG herstellt, erscheint die Institutsgarantie in den Sondervoten verselbstständigt. Der Gedanke, dass die Institutsgarantie im Dienst der grundrechtlichen Gewährleistung steht, tritt in den Hintergrund. Die Bereitstellung einer »Lebensordnung« trägt starre Züge, insbesondere wenn für den Inhalt des Instituts die gesellschaftlichen Anschauungen irrelevant sein sollen. Der Beitrag zur Grundrechtsverwirklichung wird fraglich, wenn die Entfaltung persönlicher Freiheit in vorgegebenen Wertordnungen stattfinden soll, die in den rechtlichen Instituten Ausdruck finden bzw. finden müssen⁵⁷.

Diese freiheitsbegrenzende Wirkung trifft zum einen Träger des Grundrechts aus Art. 6 I GG, denen nur eine bestimmte Form von Ehe zur Verfügung gestellt wird. Sie

52 Darunter verstehe ich hier die Beschreibung verschiedener Grundrechtsfunktionen, d.h. Grundrechte als Abwehrrechte usw.

53 Obwohl natürlich auch solche Anwendungsleitlinien bestehen (vgl. z.B. Verletzung des Schutzbereichs des Art. 14 I GG und »Prüfungsschema« bei Pieroth/Schlink, Grundrechte, 17. A., Rz. 957.) und wichtig sind.

54 Diese Auffassung von Dogmatik orientiert sich an den Ausführungen von Jarass, AöR 95, 346 (346 f. m.w.N.). Es geht an dieser Stelle nicht um die Entwicklung eines abschließenden Konzepts von Dogmatik. Zusammenfassend zu Fragestellungen in bezug auf Dogmatik und mögliche Inhalte, Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 307 ff.

55 Dieser Gedanke ist zentral in den Arbeiten F. Müllers, vgl. nur Strukturierende Rechtslehre, 380 ff., und zusammenfassend S. 433 ff. Dazu Christensen/Kudlich, Theorie richterlichen Begründens, 280 ff.

56 Pieroth/Kingreen, KritV 2002, 219 (223).

57 Dieses Verständnis der »freiheitsermöglichenden Wirkung von Gesetzen« prägt auch durchgängig die Aussagen von Morgenthaler, Freiheit durch Gesetz. Zu Art. 6 auf dieser Basis, S. 268 ff.

missachtet zudem die grundrechtlichen Positionen⁵⁸ derjenigen, die keine Ehe eingehen können, aber eine Verbindung, wie sie die Lebenspartnerschaft beschreibt, schließen wollen⁵⁹. Das geht am Interesse des Gesetzgebers vorbei, die Übernahme gegenseitiger Verantwortung in Partnerschaften als »Modell gesellschaftlicher Selbstregulierung«⁶⁰ zu fördern.

Bezeichnend für die Entfernung vom freiheitsrechtlichen und damit individual-schützenden Charakter des Art. 6 I GG ist Haas' Rechtfertigung des Fördergebotes der Ehe⁶¹, das sie mit der Institutsgarantie verbindet und das sich aus dem Beitrag der Ehe für die »Zukunftsfähigkeit von Staat und Gesellschaft« herleite, der in dem Angelegtsein der Ehe auf ein Kind und der damit verbundenen Elternverantwortlichkeit bestehen soll.

Während die Anbindung an den Nutzen für Staat und Gesellschaft an die Regelung des Art. 119 WRV⁶² und das damit verbundene – für das GG eher fremde- Grundkonzept erinnert, dass besondere Lebensordnungen geschützt werden⁶³, befremdet die »Elternverantwortlichkeit« als möglicher Ausdruck der »persönlichkeitsprägenden Kraft« dieses Ordnungsentwurfs⁶⁴.

Im übrigen werden hier die beiden Schutzgüter des Art. 6 I GG Ehe und Familie so miteinander vermischt, dass der Schutz der Ehe nach wie vor seine Rechtfertigung aus der Ehe als Fortpflanzungsgemeinschaft bezieht. Diese Verbindung besteht allerdings in dieser Form nicht mehr und ist auch keine Voraussetzung für den Schutz der Ehe⁶⁵, würde damit – ernstgenommen- ebenfalls zu Begrenzungen des Schutzbereichs des Art. 6 I GG führen.

Es zeigt sich, dass grundrechtliche Freiheit und Institut einander mit unterschiedlicher Schwerpunktsetzung zugeordnet werden können: Das rechtliche Institut als Vor-

58 Vom Mehrheitsvotum in Art. 2 I sowie, 3 I und 3 III GG verortet, man kann aber zusätzlich auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 I und 2 I GG abstellen. Hierzu knapp Beck, NJW 2001, 1894 (1895 f.).

59 Dazu näher unten.

60 So Pieroth/Kingreen, KritV 2002, 219 (239 f.).

61 BVerfG, a.a.O., Rz. 137.

62 Art. 119 WRV, Satz 1: »Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung.« Der Artikel steht im Abschnitt »Das Gemeinschaftsleben«.

63 Waechter, Die Verwaltung 1996, 47 (52). Siehe dazu auch unten zu Problemen der Übertragbarkeit von Konzepten der Weimarer Staatsrechtslehre auf das GG.

64 In dieser Lesart Morgenthaler, Freiheit durch Gesetz, der auch von »Institutionen der Freiheit« spricht, 268 f.

65 Hierzu Gröschner, Dreier GG I, Art. 6 Rn. 18 ff.; Wasmuth, Der Staat 2002, 47 (58 f.); ein Abstandsgebot gegenüber der Ehe wird zum Teil allerdings mit der Erwägung der »Ehe als potentielle(r) Elternschaft« begründet, vgl. Braun, JZ 2002, 23 (25); Pauly, NJW 1997, 1955. Vage bleibt die Haltung Papiers, NJW 2002, 2129 (2130), der betont, dass in Art. 6 I GG Ehe und Familie geschützt würden, was keineswegs selbstverständlich sei, wie die Konzeption der Grundrechte-Charta der EU zeige. Dort werden Ehe und Familie in getrennten Vorschriften geschützt. Obwohl Papier einerseits behauptet, dass das »freilich keinen Unterschied« zum Schutzkonzept des GG darstelle, erwähnt er andererseits, dass nur noch die Familie unter besonderem staatlichen Schutz stünde. Wie er dies bewertet, bleibt offen.

aussetzung für die Wahrnehmung grundrechtlich verbürgter Freiheit. Oder: Das rechtliche Institut als Schutz einer sozialen Institution, die den Gebrauch grundrechtlicher Freiheit prägt oder sogar einschränkt.

5. *Eingetragene Lebenspartnerschaft: Institut ohne Institutsgarantie?*

Die Senatsmehrheit sowie Papier sprechen von der Lebenspartnerschaft als Institut⁶⁶. Das rückt die Lebenspartnerschaft in die Nähe der Ehe, die ebenfalls Institut ist⁶⁷. Diese Kennzeichnung könnte die verfassungsrechtliche Bedeutung haben, dass die Schaffung des LPartDisBG ebenfalls auf der Basis von Institutsgarantien erfolgt, als Ergebnis eines grundsätzlichen institutionellen Grundrechtsverständnisses, das auch die Anwendung der hier einschlägigen Grundrechte bestimmt⁶⁸. Das ist nicht die grundrechtstheoretische Ausgangsposition des BVerfG⁶⁹.

Vor dem Hintergrund der Argumentation des BVerfG, dass der Gesetzgeber mit dem LPartDisBG »den Art. 2 Abs. 1 und 3 Abs. 1 und 3 GG Rechnung (...) trägt, indem er diesen Personen (meint: Personen, die in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft leben wollen, S.O.) zu einer besseren Entfaltung ihrer Persönlichkeit verhilft und Diskriminierungen abbaut.«⁷⁰, könnte man dennoch fragen, ob die Schaffung des LPartDisBG geboten war. Ein solches Gebot könnte auf der Basis von Schutzpflichten aus den genannten Grundrechten begründet werden. Nach Auffassung des BVerfG traf den Gesetzgeber jedoch keine Verpflichtung zur Bereitstellung der Lebenspartnerschaft⁷¹. Weitere Aussagen dazu, wann die Verpflichtung zur Beachtung der Grundrechte in

66 Haas spricht demgegenüber nur von »Rechtsform«. Es scheint, als ob sich dahinter die Ablehnung der Vorstellung verbirgt, dass in der Gesellschaft tatsächlich gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften als wahrnehmbare »Lebensform« oder gar »Lebensordnung« existieren. Dem entspricht auch ihre – den Vorstellungen des Gesetzgebers und der Initiatoren offenbar widersprechende – Deutung der Lebenspartnerschaft als Möglichkeit, »seine Gemeinschaft mit einem Partner gleichen Geschlechts registrieren (zu) lassen, ohne dass zwischen diesen eine homosexuelle Beziehung besteht oder beabsichtigt wäre.« a.a.O. Rz. 128.

67 Gemeint ist auch in beiden Fällen »Rechtsinstitut«, siehe BVerfG, a.a.O., Leitsatz 3: Rechtsinstitut der eingetragenen Lebenspartnerschaft. Hinsichtlich des Bezugs zu einem »sozialen Institut« der Lebenspartnerschaft, kann auf die Ausführungen oben zur Problematik des rechtswissenschaftlichen Institutsbegriffs verwiesen werden.

68 Dazu unten die Anmerkungen zu Häberle. Würde man – entgegen der h. M. – gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften vom Schutz des Art. 6 I GG umfaßt sehen, so würde sich das LPartDisBG ebenso wie die Ehe als »Realisierungshilfe« zur Wahrnehmung der grundrechtlich geschützten Freiheiten darstellen. Auch in diesem Zusammenhang würde sich allerdings die grundsätzliche Frage nach der praktischen Brauchbarkeit der Figur der Institutsgarantie sowie ihrer Berechtigung im Rahmen des Grundgesetzes stellen. Dazu ebenfalls in Teil V.

69 Vgl. aber die Bedeutung der Schaffung gesetzlicher Voraussetzungen für die Freiheitsentfaltung im Bereich der sog. Kommunikationsgrundrechte, hierzu Schulze-Fielitz, Dreier GG, Art. 8 Rn. 62.

70 BVerfG, a.a.O., Rz. 88.

71 BVerfG, a.a.O., Rz. 111, jedoch ohne Begründung, da dies nicht Gegenstand des Urteils war; deutlich ablehnend Sondervotum Haas, a.a.O., Rz. 128; vgl. auch Robbers, JZ 2001, 779 (782 f.), der von einer potentiellen Verpflichtung des Gesetzgebers zur Regelung der Lebenspartnerschaft spricht; anders Pieroth/Kingreen, KritV 2002, 219 (230 und zu-

eine Verpflichtung zum Schutz durch gesetzgeberisches Handeln umschlägt, erfolgen nicht. Dies liegt daran, dass die Perspektive sowohl in der Entscheidungsbegründung als auch den Sondervoten lautet: Durfte der Gesetzgeber das LPartDisBG schaffen? Einen anderen Akzent setzt die nicht zu entscheidende aber damit zusammenhängende Frage: War die Schaffung des Gesetzes geboten? Offen bleibt daher, welche rechtliche Relevanz der »besseren Entfaltung der Persönlichkeit« und dem »Abbau von Diskriminierungen« zukommen. Anders gefragt: ab welchem Grad von »suboptimaler« Persönlichkeitsentfaltung und Diskriminierung muss der Gesetzgeber tätig werden? Hierzu nur Folgendes: Zwar mag eine nur »bessere Persönlichkeitsentfaltung« nicht ausreichen, um ein staatliches Tätigwerden zu fordern; der Abbau von Diskriminierungen⁷², die sich als Eingriffe in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, die allgemeine Handlungsfreiheit und Ungleichbehandlung⁷³ darstellen lassen, legt hingegen ein verfassungsrechtliches Gebot zur Schaffung des LPartDisBG nahe⁷⁴, wenn man nicht davon ausgeht, dass Art. 6 I GG mit dem »besonderen Schutz« der Ehe jede Schlechterstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften rechtfertigt⁷⁵.

V. Grundsätzliche Kritik an der Institutsgarantie

1. Anlass

Die Analyse von Mehrheits- und Minderheitsmeinung zur Vereinbarkeit des LPartDisBG mit der Institutsgarantie aus Art. 6 I GG sollte zeigen, dass die Ausweitung der Institutsgarantie als Maßstab für jedes gesetzgeberische Handeln (»Dreipoligkeit«) sowie ihre Herauslösung aus dem individualschützenden Charakter des Grundrechts und

sammenfassend 241), die – wie nun auch das BVerfG – nur die Möglichkeit einer solchen Regelung feststellen. In einem in diesem Zusammenhang vielzitierten Kammerbeschluss des BVerfG wird eine solche Verpflichtung auf der Basis des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts und Art. 3 I GG in Erwägung gezogen, aber mangels Erheblichkeit für die gestellte Frage nicht geprüft (BVerfG, NJW 1993, 3058 f.). Art. 1 I GG wird in der Entscheidung vom 17.07. 2002 merkwürdigerweise nicht mehr aufgegriffen.

⁷² Hierzu die Beispiele bei Wasmuth, Der Staat 2002, 47 (62).

⁷³ Im Hinblick auf Ungleichbehandlungen kommt jedenfalls Art. 3 I GG als Maßstab in Betracht; hinsichtlich Art. 3 III GG werden unterschiedliche Meinungen vertreten, je nachdem, ob man von einer Diskriminierung wegen des Geschlechts ausgeht (so Sachs, JR 2001, 45 (46)) oder wegen der sexuellen Orientierung, die von Art. 3 III nicht erfaßt ist (Sachs, a.a.O.; Wasmuth, a.a.O., der dies allerdings für einen rechtsstaatlichen Mangel hält).

⁷⁴ Knapper, aber umfassender Überblick hierzu bei Sachs, JR 2001, 45 ff., der eine verfassungsrechtliche Verpflichtung im Ergebnis ablehnt (47); (eher) bejahend Wasmuth, a.a.O., 62; Röthel, ZRP 1999, 511 (516), die insb. auf bislang gleichheitswidrige Vorenthaltung bestimmter Eehewirkungen für gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften abhebt; nur von der Möglichkeit zur Schaffung des LPartDisBG geht ebenfalls aus Stüber, KJ 2000, 594 (599).

⁷⁵ Dies wird zweifelhaft, wenn man – wie hier vorgeschlagen- im Hinblick auf die Institutsgarantie den »besonderen Schutz« als Bereitstellung rechtlicher Regelungen sieht und die Abgrenzungsfunktion in den Hintergrund treten läßt. Erheblich ist dann allerdings, wie der »besondere Schutz« im Rahmen von Art. 6 I GG in seiner Funktion als objektive Wertentscheidung ausgestaltet wird, d.h. welche Art von Abstand und Diskriminierung anderer Partnerschaften geboten – oder wiederum aus anderer Perspektive gefragt: erlaubt – ist.

ihre damit einhergehende Verselbständigung Grundrechtsgefährdungen befördert. Aber auch eine Institutsgarantie, die sich auf das Verhältnis zwischen Grundrechtsträgern und Staat beschränkt, wie sie die Mehrheitsmeinung vorstellt, begegnet Bedenken:

Es findet auch hier eine Festschreibung von Strukturmerkmalen und Kerngehalten statt. Das führt auch zu einer Verengung des Schutzes aus Art. 6 I GG, wenn es dazu kommt, dass es sich bei der Institutsgarantie um eine »kontrafaktische Gewährleistung« (...) eines »ideologischen Sozialmodells« handelt, das wirklichkeitsfremd sei⁷⁶. Das hängt davon ab, inwieweit interpretatorische Veränderungen des Schutzbereichs durch die Institutsgarantie erschwert werden. Ist die Änderung im Bereich von Strukturmerkmalen oder Kerngehalten an engere Voraussetzungen gebunden als die sonstige Verarbeitung von Veränderungen im Normbereich im Wege der Verfassungsinterpretation⁷⁷? Ist sie möglicherweise ausgeschlossen⁷⁸?

Zudem kann man die Erforderlichkeit institutioneller Garantien im Grundrechtsbereich im Rahmen des GG angesichts von Art. 1 III und 19 II GG, die sowohl eine Bindung des Gesetzgebers als auch den Schutz von Kerngehalten gewährleisten, bezweifeln. Angesichts der geschilderten Bedenken könnte man über Alternativen nachdenken. Das wird durch die Feststellung begünstigt, dass es sich bei der Institutsgarantie um eine dogmatische Figur handelt⁷⁹, eine »Erfindung«⁸⁰, die einen bestimmten Zweck verfolgt, an dem sie stets gemessen werden kann⁸¹.

2. Entstehung der Institutsgarantie

Auskunft über den ursprünglichen Zweck gibt ein Blick in den wissenschaftsgeschichtlichen Kontext der Institutsgarantien.

Diese sind – zusammen mit dem öffentlich-rechtlichen Pendant der institutionellen Garantien⁸² – im Diskurs der Weimarer Staatslehre als Antwort auf »rechtsstaatliche

⁷⁶ So Richter, Art. 6 Rn. 13 c, in AK-GG.

⁷⁷ Dies wird von Pieroth/Kingreen, KritV 2002, 219 (221) und Kingreen, Die verfassungsrechtliche Stellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft im Spannungsfeld zwischen Freiheits- und Gleichheitsrechten, 66 ff. unter dem Aspekt des Verfassungswandels betrachtet, ohne dass sich aus den Strukturprinzipien Besonderheiten ergeben.

⁷⁸ Vgl. die Aussage Papiers, dass der Gesetzgeber nicht die uneingeschränkte Befugnis habe, »die jeweils in der Gesellschaft wirklich oder vermeintlich herrschenden Auffassungen auszugestalten«, BVerfG, a.a.O. Rz. 126, Hervorhebung im Original. Noch deutlicher Morgenthaler, Freiheit durch Gesetz, der seine entsprechenden Ausführungen mit der Überschrift einleitet: »Die dem Schutz von Ehe und Familie zugrundeliegende verfassungsrechtliche Wertentscheidung ist vom gesellschaftlichen Wandel unabhängig«, 272.

⁷⁹ Deutlich Schmidt-Jortzig, Die Einrichtungsgarantien der Verfassung, der feststellt, dass sich die Institutsgarantien »als etwas der Verfassung bewußt im Interpretationswege unterlegtes, im Text noch nicht vorhandenes« ausbilden (60).

⁸⁰ Richter, AK-GG, Art. 6 Rn. 3.

⁸¹ Waechter, Die Verwaltung 1996, 47 ff. spricht von einem »funktional bestimmten Begriff« (48).

⁸² Auf die Terminologie und hiermit verbundene Begriffskritik wird nicht eingegangen, vgl. dazu Stern, Staatsrecht III/1, S. 776 ff. Hier wird – mit dem BVerfG – unter Institutsgarantie die Gewährleistung eines privatrechtlichen Normenkomplexes verstanden. Institutionelle Garantie meint die Gewährleistung eines öffentlich-rechtlichen Normenbestandes.

Defizite⁸³ der WRV entstanden. Die grundlegende Frage war, ob die Grundrechte der WRV nur Richtlinien oder aktuell geltende Rechtsnormen sind⁸⁴. Entschied man sich für die Rechtsqualität der Grundrechte⁸⁵, blieb zu klären, wie sie Geltung entfalten. Dabei wurden unterschiedliche Stufen der Geltungskraft bzw. verschiedene Formen der Grundrechtswirkung ausgemacht⁸⁶. Es leuchtet ein, eine Deutung der Grundrechte als bloße Programmsätze als rechtsstaatliches Defizit zu betrachten. Dieses Urteil liegt vor allem mit Blick auf Art. 1 III GG, der eine umfassende Bindung der Staatsgewalt an die Grundrechte statuiert, nahe. Eine entsprechende Vorschrift fehlte in der WRV⁸⁷: Es gab nicht – wie im GG – allgemeine quasi »vor die Klammer gestellte« Aussagen über die Grundrechte. Andererseits sahen die Grundrechte in verschiedener Weise ein Tätigwerden des Gesetzgebers vor. So heißt es zum Teil, dass bestimmte Rechte »nach Maßgabe der Gesetze« gewährleistet werden⁸⁸. In andere durfte »nur auf Grund eines Gesetzes« eingegriffen werden⁸⁹. Allerdings waren weder die Grenzen für die Ausgestaltung der Grundrechte durch den Gesetzgeber benannt – eine für alle Grundrechte geltende Grenze, wie die des Art. 19 II GG gab es nicht – noch waren die Anforderungen an das Gesetz, das zum Eingriff berechnete, klar. Die Bindung des Gesetzgebers wurde damit zum zentralen Problem, vor allem bei den Grundrechten, die ausdrücklich gesetzgeberische Tätigkeiten forderten, wie vor allem die Eigentums-garantie.

In diesem Kontext wurden die Einrichtungsgarantien⁹⁰ zum Schutz vor dem Gesetzgeber »errichtet«, indem man bestimmte Grundrechtsgehalte, bestimmte »Einrichtungen« seiner Regelungsbefugnis entzog. Allerdings bezog sich dies nur auf bestimmte Grundrechte, allen voran die Eigentums-garantie und die kommunale Selbstverwaltung. Trotz der theoretischen Ausarbeitung und Konturierung der Figur der Einrichtungsgarantien durch Carl Schmitt, der insofern als »Begründer« der Lehre gilt, wurden bereits damals mit der »Erfindung« verbundene Schwierigkeiten erkannt⁹¹. So

83 So zusammenfassend Waechter, Die Verwaltung 1996, 47 (48).

84 So Thoma im einleitenden Abschnitt »Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen«, S. 3, in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. I, (1929).

85 Die Diskussion um die Rechtsqualität der Grundrechte ist aus dem Rückblick schwer nachzuvollziehen, da die Tatsache, dass die Grundrechte einen Teil der Verfassung bilden, für ihre Normativität spricht. Diese Erwägung auch bei Thoma, a.a.O., der die Grundrechte als Rechtsnormen versteht.

86 Vgl. Thoma, a.a.O.; Überblick bei Gusy, Die Weimarer Reichsverfassung, S. 272 ff.

87 Art. 5 WRV, der u.a. aussagt, dass die Staatsgewalt in Reichsangelegenheiten durch die Organe des Reichs auf Grund der Reichsverfassung ausgeübt wird, betrifft die föderale Ordnung des Reichs und hat somit ein anderes Regelungsziel.

88 Vgl. z. B. die Freiheit von Handel und Gewerbe und die Vertragsfreiheit in Art. 151, 152 WRV.

89 So z.B. bei der Freizügigkeit, Art. 111 WRV und der Freiheit der Person, Art. 114 WRV.

90 Als Oberbegriff zu Instituts- und institutionellen Garantien.

91 Was F. Klein vermutlich zu einer Aufarbeitung in seiner Monographie »Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien«, 1934 (vor 1933 abgeschlossen) veranlaßte, in der er einleitend vermerkt, dass man den Problemen der Einrichtungsgarantien nur »rechtstechnisch, systematisch, dogmatisch – konstruktiv« beikommen kann (8).

ist ein besonderer gemeinsamer Anknüpfungspunkt im Verfassungstext nicht erkennbar. F. Klein macht in seiner Monographie 36 Fälle von Einrichtungsgarantien aus, die von Praxis und Theorie in der WRV »gefunden« wurden⁹². Der Schutz nur »überpersönlicher Gemeinschaftsbelange«⁹³ und das Verhältnis zu subjektiven Rechten wurde ebenfalls als grundrechtstheoretisches Problem gesehen⁹⁴.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Einrichtungs- und somit auch Institutsgarantien als Schutz der Grundrechte gegen, nicht durch den Staat gedacht waren⁹⁵.

3. *Institutsgarantien im Grundgesetz?*

– Übertragbarkeit –

Die Prägung der Einrichtungsgarantien durch Kontext und Regelungsstil der WRV bzw. die »Verfassungskultur« der Weimarer Republik kann ein Problem bei der Übertragung dieser rechtlichen Figur auf das GG und die heutige Verfassungssituation begründen. Folgende Anmerkungen müssen hierzu genügen⁹⁶: Das Grundrechtsverständnis der WRV ist nicht nur bezüglich der Frage der Rechtsqualität der Grundrechte von dem des GG verschieden; anders ist auch das Konzept der Regelung von »Lebensordnungen« im Grundrechtsteil der WRV, das u.a. Rechte der »Einzelperson« von Regelungen des »Gemeinschaftslebens« unterscheidet und die Beziehungen des Einzelnen zum Staat auch durch die ausdrückliche Erwähnung von Grundpflichten anders konturiert. Hinter diesem anderen Regelungsstil steht auch ein anderes Verfassungsverständnis. Dieses prägt insbesondere auch Art. 119 WRV, der den Schutz von Ehe und Familie an bevölkerungspolitische Gesichtspunkte bindet, so dass der individualschützende Charakter bereits hierdurch verschwindet. Der Schutz eines Instituts der Ehe gewinnt in diesem Verfassungs- und Grundrechtskontext eine andere Bedeutung.

– funktionale Äquivalente –

Neben der Übertragbarkeit stellt sich die Frage nach dem Bedarf an diesem »Sicherungsmechanismus«⁹⁷. Ausgangspunkt für diese Überlegung ist die Veränderung der

92 F. Klein, a.a.O., 291.

93 So Wieruszowski, in Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. II (1930), zu dem hier besonders relevanten Art. 119 WRV (Schutz von Ehe und Familie). Ebenso auch Thoma, a.a.O., Bd. I, der Art. 119 WRV als grundrechtlichen Satz qualifiziert, der keine subjektiven Rechte begründet (30 f.).

94 Stier-Somlo, Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 1, Art. 109, 170, 171 Fn. 24; vgl. dazu Abel, Die Lehre von den Einrichtungsgarantien, 20, 34 f.; insg. zur Entwicklung der Einrichtungsgarantien Schmidt-Jortzig, Die Einrichtungsgarantien der Verfassung, 13 ff.

95 So prägnant das Zitat von Groß bei Stern, Staatsrecht III/1, 761.

96 Eine Vertiefung würde eine gründliche Auseinandersetzung mit der Frage, was genau »Verfassungskultur« ist und wie man sie feststellen kann, erfordern. Das kann in diesem Rahmen nicht geleistet werden. Vgl. hierzu Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, insb. 90 ff. m.w.N.

97 Schmidt-Jortzig, a.a.O., 19.

»>tektonischen<, normpositiven Voraussetzungen«⁹⁸ durch Art. 1 III und 19 II GG, durch die ein »Funktionsverlust« eintreten könnte. Um diese Frage zu beantworten, muss man die »Funktionen« der genannten Artikel mit denen der Institutsgarantie vergleichen, was voraussetzt, dass man zunächst die Funktionen von Art. 1 III und 19 II GG bestimmt. Dies wurde bei der Erörterung der »rechtsstaatlichen Defizite« der WRV bereits ansatzweise geleistet. Beide Normen lassen sich gerade auch als Reaktion auf die genannten Schwächen der WRV auffassen: Neben den Gesetzesvorbehalten der einzelnen Grundrechte legt Art. 1 III GG ausdrücklich die Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte fest, die als »unmittelbar geltendes Recht« qualifiziert werden. Art. 19 II GG zieht dem gesetzgeberischen Tätigwerden eine inhaltliche Grenze, die den »Wesensgehalt« der Grundrechte schützt⁹⁹. Einrichtungsgarantien und Art. 1 III und 19 II GG scheinen damit ein ähnliches Ziel zu verfolgen. Fraglich ist, ob diese Feststellung zu dem Urteil führt, dass Institutsgarantien überflüssig sind¹⁰⁰. Zweifel hieran sind angebracht: Zum einen bietet die Beschreibung der intendierten Funktionen keine erschöpfende Aussage darüber, was die Institutsgarantie leistet bzw. leisten kann¹⁰¹. Möglicherweise leistet sie weiteres als den Schutz grundrechtlicher Kerngehalte vor dem Gesetzgeber, wobei zu klären wäre, ob der Schutz des Wesensgehalts den Schutz von Institutionen bzw. Instituten aufnimmt. Zum anderen bleibt die Frage, welche rechtliche Figur zur »Funktionserfüllung« geeigneter ist, gemessen an der Bedeutung für einen effektiven Grundrechtsschutz¹⁰². Die Fragen können nicht erschöpfend geklärt werden, folgende Überlegungen mögen eine Richtung andeuten:

Es zeigt sich ein wesentlicher konzeptioneller Unterschied: Während eine Institutsgarantie nur in einigen Grundrechten gesehen wird, beinhalten Art. 1 III und 19 II GG Aussagen, die für alle Grundrechte gelten. Diese allgemeine Bindung könnte einerseits effektiver und zum anderen – rechtsstaatlich betrachtet – sinnvoller sein, da sie zu einer einheitlichen Dogmatik drängt. Von der Perspektive eines institutionellen Grundrechtsverständnisses aus, wie es Häberle vertritt, ist auch eine gesonderte Behandlung mancher Grundrechte nicht einsichtig: Das Grundproblem der Freiheitsverwirklichung durch Recht stellt sich stets¹⁰³.

Bei Durchsicht der Kommentarliteratur scheint es, dass mit der Institutsgarantie bestimmte gesellschaftliche Zustände, bestimmte »Institute« vor gesellschaftlichen Veränderungen geschützt werden sollen, die (auch) durch gesetzgeberische Aktivität

98 Schmidt-Jortzig, a.a.O., S. 59.

99 Auf die Probleme, die Art. 19 II GG aufwirft, Stichwort: absoluter oder relativer Wesensgehalt, kann in diesem Rahmen nicht eingegangen werden. Einen Überblick gibt Denninger, AK-GG, Art. 19 II.

100 So Waechter, Die Verwaltung 1996, 47 (50); vgl. auch Dreier, GG I, Vorb., Rn. 69.

101 Vgl. hierzu die interessante Anmerkung von Isensee, HStR V, § 111, Rn. 1 m. Fn. 1, der zwischen Funktion als rechtlicher Wirkung und faktischem Nutzen unterscheidet.

102 »Effektiver Grundrechtsschutz« ist natürlich verschiedenen Deutungen zugänglich, die von der Perspektive abhängen: So kann man sich an der Gesamtheit der Grundrechte orientieren oder an einzelnen. Man kann Effektivität quantitativ oder qualitativ bestimmen. Als Beispiel hierfür mag das Grundrechtsverständnis Häberles dienen, wie er es in »Die Bedeutung der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG« ausbreitet.

103 Häberle, a.a.O., insb. 210 ff.

ten verwirklicht und befördert werden. In bezug auf die sog. Lebenspartnerschaften könnte man zugespitzt von Schutz vor einem »Reformgesetzgeber« sprechen. Anknüpfend an die Überlegungen zur Dogmatik der Institutsgarantie zeigt sich hier ein Überwiegen der Abgrenzungs- vor der Bereitstellungsfunktion. Eine so verstandene Institutsgarantie könnte den Gesetzgeber stärker als dies über Art. 1 III und 19 II GG der Fall wäre, beschränken. Das mag man politisch nachvollziehen können; fraglich ist allerdings welche verfassungsrechtliche Berechtigung diese Funktion hat.

Folgt man einem modernen Verständnis der Institutsgarantie als »Realisierungshilfe«¹⁰⁴, dass auch die Rede von Institutionen und Institute als Normierungsinstrument einer modernen Verfassung eröffnet¹⁰⁵, wird die Notwendigkeit dieser Figur auch vor dem Hintergrund bereits entwickelter Funktionserweiterungen bzw. Schutzdimensionen der Grundrechte fraglich. Hier sind zum einen das institutionelle Grundrechtsverständnis anzusprechen, zum anderen die grundrechtlichen Schutzpflichten.

4. Alternativen zur Institutsgarantie

– Institutionelles Grundrechtsverständnis¹⁰⁶ –

Der Gedanke der Grundrechtsverwirklichung durch Gesetze bzw. im Rahmen von Gesetzen wird in der Grundrechtstheorie Häberles¹⁰⁷ betont, der ein »Ineinanderstehen von Freiheit und Recht« beobachtet und auf dieser Basis dem Gesetzgeber die Funktion der Ausgestaltung der Grundrechte zuweist¹⁰⁸. Eine »Realisierungshilfe«, wie man sie der Institutsgarantie des Art. 6 I GG entnimmt, kann man auch auf diese Weise begründen, da in beiden Konzepten Gesetzgebung nicht als Grundrechtsbedrohung, sondern Beitrag zur Grundrechtsverwirklichung erscheint.

Carl Schmitts Verständnis des Verhältnisses zwischen Freiheit und Recht passt nicht in diese Vorstellung, da es stets nur um rechtliche Sicherungen der Freiheit gehen kann und Freiheit und Recht bereits aufgrund des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips¹⁰⁹ auseinanderzudenken seien¹¹⁰. Der Staat, also auch der Gesetzgeber, erscheint nur in einer beschränkenden und dadurch gefährdenden Rolle. Rechtsinstitute sollen als komplementäre Institute Schutznormen zur Umhegung grundrechtlicher Freiheit

104 Pieroth/Kingreen, KritV 2002, 219. Siehe auch Ausführungen oben.

105 Stern, Staatsrecht III/1, § 68, 785.

106 Dieser Begriff wird verschiedenen Positionen beigelegt, die durchaus verschieden sind. Hier wird nur auf Häberle eingegangen. Vgl. auch Stern, Staatsrecht III/1, 770 ff.

107 Deren Ansatz hier nicht umfassend entfaltet werden kann. Für eine knappe Darstellung und Kritik vgl. Dirnberger, Recht auf Naturgenuss und Eingriffsregelung, 103 ff.; umfassender Willke, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 111 ff.

108 Häberle, a.a.O., 180 ff.; 210 ff.; zum Freiheitsbegriff Häberles (im Verhältnis zum Recht) vgl. auch Enderlein, Der Begriff der Freiheit als Tatbestandsmerkmal der Grundrechte, 134 ff.

109 Schmitt, Verfassungslehre, 126.

110 Eine Gegenüberstellung der Konzepte Häberles und Schmitt findet sich bei Stelzer, Freiheit und Institution, a.a.O., 27.

gewährleisten. Es wird ein Normbestand gesichert, nicht die Freiheit selbst¹¹¹. Eine »Realisierungshilfe« des Gesetzgebers wird von diesem Konzept nicht getragen.

– grundrechtliche Schutzpflichten-

Das rechtsstaatlich motivierte Interesse an einer »umfassenden Grundrechtsdogmatik«¹¹² lenkt das Augenmerk auf die grundrechtlichen Schutzpflichten. Diese kommen als Alternative zur Institutsgarantie im Sinne einer Realisierungshilfe in Betracht, weil sie ein Tätigwerden des Gesetzgebers fordern¹¹³. Die Maßnahmen zum Schutz bestehen vor allem in Gesetzgebung¹¹⁴. Im Zentrum der allgemeinen grundrechtlichen Schutzpflicht stehen allerdings Fälle, in denen es um den Schutz vor Übergriffen Privater in die grundrechtliche Sphäre geht¹¹⁵. Sieht man die Institutsgarantie in herkömmlicher Lesart nach wie vor als Schutz gegen den Gesetzgeber, passt der konzeptionelle Grundgedanke der Schutzpflichten nicht, da es nicht um Schutz gegen den Staat geht¹¹⁶. Fraglich ist, ob sich die Institutsgarantie in ihrer Bereitstellungsfunktion (s.o.) unter das Konzept der Schutzpflicht bringen lässt, quasi als Schutz durch den Gesetzgeber. Zwar ergreift die Schutzpflicht als Pflicht zur Eingriffsabwehr durch staatliche Organe auch den Gesetzgeber und fordert ihn zum Erlass von Schutzregelungen auf¹¹⁷. Dagegen wird eingewendet, dass mit den Schutzpflichten konkrete bestehende Rechtsgüter geschützt werden. Das Bereitstellen rechtlicher Regelungen falle demgegenüber in einen vorgelagerten Bereich, denn das rechtliche Schutzgut wird erst durch das einfache Recht konstituiert¹¹⁸. Ein Nichterfüllen der Bereitstellungspflicht verbleibe in der bipolaren Staat-Bürger-Konstellation, während die Schutzpflicht stets Bürger, Staat und Dritte beachte¹¹⁹. Eine eigenständige Bedeutung der Institutsgarantie bliebe so bestehen.

Daneben wird auf die Schwierigkeiten der Handhabung der grundrechtlichen Schutzpflichten hingewiesen¹²⁰. Der Versuch einer Dogmatik gestaltet sich schwierig,

111 Schmitt, Verfassungslehre, 163 ff.; ders., Freiheitsrechte und institutionelle Garantien, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze, 160 ff.

112 Hierzu Jarass, AöR 95, 346.

113 Einen knappen Überblick über grundrechtliche Schutzpflichten bietet Dreier, GG I, Vorb. Rn. 62 ff. m.w.N. Ausführlich Stern, Staatsrecht III/1, 931 ff.; Isensee, HStR V, § 109.

114 Dirnberger, Recht auf Naturgenuss und Eingriffsregelung, 164 ff.

115 Isensee, a.a.O., Rn. 3, 137; Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn. 8.

116 So Isensee, a.a.O., Rn. 136. Davon zu unterscheiden ist die strittige Frage, ob Art. 6 I GG ausdrückliche Normierung einer allgemeinen staatlichen Schutzpflicht oder ein spezifischer Schutzauftrag ist (Nachweise bei Dreier, GG I, Vorb. Rn. 65; Stern entnimmt Art. 6 I GG einen besonderen Schutzauftrag, a.a.O., 934.). Auch wenn man Art. 6 I GG als ausdrückliche Formulierung allgemeiner staatlicher Schutzpflichten in einem speziellen Fall ansieht (so Dirnberger, a.a.O., 139), trifft dies keine Aussage über die Institutsgarantie. Es wird nämlich nicht diese als Basis der Schutzpflicht gesehen, sondern die objektiv-rechtliche Dimension des Art. 6 I GG.

117 Dirnberger, a.a.O., S. 164 ff.

118 Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 80 f.; Pieroth/Kingreen, KritV 2002, 219 (227).

119 Dietlein, a.a.O., 81; in diese Richtung wohl auch Isensee, a.a.O., Rn. 136.

120 Schmidt-Jortzig, a.a.O., 63 ff.

insbesondere im Hinblick auf den Tatbestand der Grundrechtsgefährdung und die Frage, wann genau der Gesetzgeber handeln muss¹²¹. Festzuhalten bleibt, dass der grundlegende konzeptionelle Unterschied ein Nutzbarmachen der grundrechtlichen Schutzpflichten in einem ersten Zugriff erschwert.

VI. Schluss

Die Ausführungen haben gezeigt, dass die Institutsgarantie kritisch zu betrachten ist. Die Schwierigkeiten einer dogmatischen Erfassung dieser Figur lassen diese weniger als »gelungene Kunstschöpfung«, denn als »Stabilisierungsaktion« und »dogmatischer Parforceritt«¹²² erscheinen. Aus der Perspektive der Weimarer Verfassungssituation wird dies zwar verständlich; aus der Perspektive des GG besteht wegen Art. 1 III und 19 II GG allerdings Anlass, sie im grundrechtlichen Bereich für mindestens überflüssig, wenn nicht gar schädlich zu halten. Äußerst bedenklich erscheint, dass die Institutsgarantien als Blockade gesellschaftlichen Wandels missbraucht werden, indem sie hergebrachte »Lebensformen« als »Universalmodell« zementieren und neuen den verfassungsrechtlichen Schutz versagen.

Deutet man die Institutsgarantie im Sinne einer grundrechtlichen Funktion, die den Gesetzgeber zur Bereitstellung rechtlicher Regelungen zum Grundrechtsgebrauch zwingt, so kann man zudem über alternative Begründungen dieser Pflicht aus einem institutionellen Grundrechtsverständnis oder der grundrechtlichen Schutzpflicht nachdenken. Eine Konturierung, wie sie das BVerfG im Urteil vom 17.07.2002 vorgenommen hat, erscheint vor diesem Hintergrund daher höchstens als Schadensbegrenzung.

121 Isensee, a.a.O., Rn. 93 ff.

122 So Schmidt-Jortzig, a.a.O., 20.