

# Felix Ekardt

## Familienförderung durch Steuerrecht?

Eine liberale Kritik der neueren Judikatur des Bundesverfassungsgerichts<sup>1</sup>

*Mit zunehmender Intensität fordert das Bundesverfassungsgericht eine verstärkte monetäre Familien- und Kinderförderung durch den Gesetzgeber ein. Obschon die darin implizierte familienfreundliche Position emotional vielen zusagen mag, erweisen sich schon deren empirisch-deskriptive Hintergrundannahmen in wichtigen Punkten als unzutreffend. Vor allem aber kollidiert die extensive Interpretation des Art. 6 GG durch das Bundesverfassungsgericht mit dem Freiheitsprinzip liberaler Verfassungen, das den Bürgern ihre je eigenen Vorstellungen von einem gelungenen Leben belässt und sie damit auch nicht auf die Reproduktion festlegt. Unbeachtet bleibt in der Rechtsprechung ferner das Junktim von Freiheit und Verantwortlichkeit für die Folgen eigenen Handelns und die Förderpflicht für die Geschlechteregalität. Außerdem erzeugt der Detailliertheitsgrad der Judikatur zumindest kritische Fragen, was die Gewaltenbalance angeht.*

### I. Die Forderung des Bundesverfassungsgerichts nach einer stärkeren Familienförderung

Das Grundgesetz ist eine westliche, typisch liberal-demokratische Verfassung. Aber es hat eine Besonderheit, jedenfalls wenn man der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) Glauben schenkt: Es gebietet eine weitreichende Familien- und Kinderförderung im Rahmen des Steuer- und Sozialrechts.<sup>2</sup> In steuerrechtlicher Hinsicht hat das BVerfG den Gesetzgeber angewiesen, die einkommensteuerliche Abzugsfähigkeit von Ausgaben für eigene Kinder neu zu regeln: Die Förderung durch Kindergeld und steuerfreies, an den Sozialhilfesätzen orientiertes Existenzminimum in der bisherigen Form genügen nicht den Anforderungen des grundgesetzlichen Schutz- und Fördergebotes sowie des Diskriminierungsverbotes für Ehe und Familie (vgl. Art. 6 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG). Vielmehr müsse auch der sächliche und sogar der ideelle Betreuungs- und Erziehungsaufwand zugunsten aller Eltern finanziell Berücksichtigung finden. Das BVerfG beanstandete insoweit die

<sup>1</sup> Der Titel knüpft an an Ekardt, Zukunft in Freiheit: Grundrechtliche, philosophische und wirtschaftsrechtliche Elemente eines modernen Liberalismus – und einer Theorie der Nachhaltigkeit, 2003. Ich widme diesen Beitrag dem Kollegen Hans-Joachim Koch und all den anderen, die in freundlich-ironischer Distanz bezweifeln, dass eine modern-liberale Grundlagentheorie konkrete Fälle entscheiden hilft. Kloepfer, JZ 2003, 481 ff., sei insoweit für die Aufforderung an die Staatsrechtslehre gedankt, mit dem verbreiteten »BVerfG-Positivismus« zu brechen.

<sup>2</sup> Nachstehend zitiert als BVerfG, JZ 1999, 723 ff.; BVerfG, FamRZ 2001, 605 ff.; zustimmend und sogar weitgehend Brockmeyer, DSz 1999, 666 ff.; Lehner, JZ 1999, 726 ff.; Gröpl, StuW 2001, 150 ff.; Di Fabio, NJW 2003, 993 ff.; Ahmann, NJW 2002, 633 ff.; Becker, JZ 2001, 820 (821); Morgenthaler, Freiheit durch Gesetz, 1999, S. 281 ff.; Lecheler, HStR VI, § 133 Rn. 65 ff.; Pechstein, Familiengerechtigkeit als Gestaltungsgebot für die staatliche Ordnung, 1994, S. 196; Kirchhof, Das Grundgesetz als Gedächtnis der Demokratie, in: Heckel (Hrsg.), Die innere Einheit Deutschlands inmitten der europäischen Einigung, 1996, S. 47 f.

bisherige Bevorzugung von Alleinerziehenden (§§ 32 Abs. 7, 33c EStG a. F.), die für einen vermuteten Mehrbedarf gegenüber Paaren mit einem pauschalen zusätzlichen Freibetrag sowie einer gesonderten Absetzmöglichkeit für Betreuungskosten versehen waren.<sup>3</sup> Bemerkenswert ist, dass das verworfene alte Recht seinerseits auf einem BVerfG-Judikat beruhte, welches einen Ausgleich für das Ehegattensplitting (das Alleinerziehenden nichts nützt) im Auge hatte; zudem wurde seinerzeit betont, dass Ehegatten die Kindererziehung ohne externe Hilfe leichter bewältigen könnten.<sup>4</sup> Ausgangspunkt der nunmehrigen Kehrtwende ist unter anderem, dass das Ehegattensplitting primär bei klassischen Alleinverdienererehen wirkt; umgekehrt kam die vormalige Alleinerziehendenförderung auch zwei Berufstätigen zugute, die in nicht-ehelicher Lebensgemeinschaft leben. Keine Rolle spielen dürfte dabei, ob die Eltern den Nachwuchs in Eigen- oder Fremdbetreuung versorgen. Insgesamt wird eine verstärkte Familien- und besonders Kinderförderung angemahnt, indem z. B. auch »allgemeine« Betreuungskosten, etwa durch Vereinsmitgliedschaften, sowie der Erwerb kommunikativer und sozialer Kompetenz für steuerlich relevant erklärt werden.<sup>5</sup> Im Fahrwasser dieser Judikatur begünstigt der Gesetzgeber nunmehr auch mit der Rentenreform die Erziehungsarbeit.<sup>6</sup> Ungeachtet dessen hat das BVerfG durch seine Entscheidungen zur gesetzlichen Pflegeversicherung (vgl. §§ 54 ff. SGB XI) vom 3. 4. 2001 die eingeforderte steuerrechtliche Familienförderung weiter sozialrechtlich flankiert.<sup>7</sup> Dies wird damit begründet, dass bestimmte Pflegeleistungen etwas seltener von Kinderlosen als von Eltern in Anspruch genommen würden. Grundgedanke der gesamten Judikatur ist eine Verstärkung des Schutzes von Ehe<sup>8</sup> und Familie vor dem Hintergrund der sinkenden Geburtenrate.<sup>9</sup> Es ist indes nicht das Anliegen dieses Beitrags, den mittlerweile vorliegenden Bestand an Urteilen im Einzelnen zu rekonstruieren.<sup>10</sup> Hier soll es um etwas ganz anderes gehen: nämlich um eine grundsätzliche Kritik bestimmter empirischer und normativer Hintergrundannahmen.<sup>11</sup> Ist der Gesetzgeber wirklich durch Art. 6 GG auf eine sehr weitgehende Familien- und Geburtenförderung festgelegt – gar um einer Pflicht zur Volkerhaltung willen, wie sie die h. M. zu implizieren scheint?<sup>12</sup> Insoweit wird eine Gegenposition auch zum vorherrschenden Schrifttum angezielt, das die Rechtsprechung geradezu vor sich her treibt.<sup>13</sup> (Ob die Legislative *gar umgekehrt verpflichtet ist, die Förderung zu reduzieren*, wird aber offengelassen werden.)

3 Das Gesetz zur Familienförderung hat demgemäß nunmehr die Tatbestände angeglichen; vgl. Schön, DStR 1999, 1677 ff.; Lange, ZRP 2000, 415 ff.

4 BVerfGE 61, 350 f.; vgl. dazu auch Brockmeyer, DStZ 1999, 666 (668); Schön, DStR 1999, 1677 (1678).

5 Unklar ist, ob die Steuerurteile so zu verstehen sind, dass die Ehe nicht nur nicht gegenüber der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, sondern auch gegenüber Alleinerziehenden nicht benachteiligt werden darf.

6 Zu den entsprechenden Änderungen der Rentenreform Ruland, FamRZ 2001, 129 ff.

7 Vgl. zum folgenden BVerfG, FamRZ 2001, 605 ff.

8 Zur Homoehe BVerfG, FamRZ 2001, 1057; Beck, NJW 2001, 1894 ff.; Morgenthaler (Fn. 2), S. 268.

9 BVerfGE 6, 55 (71); Morgenthaler (Fn. 2), S. 281; vgl. auch Birk/Wernsmann, JZ 2001, 218 (220).

10 Vgl. dazu schon Birk/Wernsmann, JZ 2001, 218 ff.; Kirchhof, NJW 2000, 2792 ff.; Seer/Wendt, NJW 2000, 1904 ff.; Lange, ZRP 2000, 415 ff.; Sacksofsky, NJW 2000, 1896 ff.; Brockmeyer, DStZ 1999, 666 ff.

11 Auch die Bindungswirkung von Urteilen über Verfassungsbeschwerden ist wenig klar; dagegen BVerfGE 77, 84 (103 f.); Koriath, Der Staat 1991, 549 (556 f.); Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, § 20 Rn. 86; Lange, ZRP 2000, 415 (416); dafür Maunz/Bethge, in: Maunz u. a. (Hrsg.), BVerfGG, 1999, § 31 Rn. 20 und 24.

12 Dabei lasse ich den Gleichheitssatz außer Betracht, weil er ja nur den Anspruch auf gleichmäßige Verteilung von etwas, das aus anderem Grund (Art. 6 GG) geschuldet sein soll, betrifft.

13 Manche sehen gar einen grundgesetzlichen Anspruch auf ein angemessenes Erziehungsentgelt; vgl. Morgenthaler (Fn. 2), S. 285; ebenso wohl Pechstein (Fn. 2), S. 197.

Die herrschende Auslegung der Grundrechtsgarantie für Ehe und Familie (Art. 6 GG) nimmt an, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, die Ehe und die Fortpflanzung zu fördern – konkret gesprochen: sie attraktiver zu machen. Diese Position ist indes schon deshalb zweifelhaft, weil sie zentrale Prinzipien eines modernen liberalen Verfassungsrechts nicht hinreichend beachtet. Ich meine hier Prinzipien, die bei verfassungssystematischer Interpretation des Art. 6 GG – zumal es um höherrangige, da unter die Unabänderbarkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG fallende Vorschriften geht – zu berücksichtigen sind. Unstreitig ist zunächst der liberale Kerngehalt des Art. 6 GG: Der Staat soll den Einzelnen nicht hindern dürfen, eine Ehe einzugehen und sich fortzupflanzen. Dies hält sich im Rahmen klassisch-liberaler Gedanken. Ferner mag man angesichts der Multipolarität der Grundrechte sagen: Der in Art. 6 GG gebotene »Schutz« zwingt den Staat außerdem, meine Mitbürger von Beeinträchtigungen meiner Eheschließungs- und Familiengründungsfreiheit abzuhalten (z. B. durch Zölibatsklauseln in Arbeitsverträgen). Denn liberale Verfassungen dienen auch dem Schutz vor Dritten (vgl. Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG). Eine ganz andere Frage ist jedoch, ob der Staat durch Art. 6 GG verpflichtet werden soll, den Bürger durch ökonomische Anreize (für die andere Steuerzahlungspflichten und damit Freiheits Einschränkungen hinnehmen müssen) zur Fortpflanzung zu animieren. Hier erscheint mir die gängige Auslegung der Verfassungsgarantie von Ehe und Familie dahingehend, dass Art. 6 Abs. 1 GG zu einer »Förderung« von Ehe und Familie verpflichtet,<sup>14</sup> sehr angreifbar – und zwar bei grammatischer wie auch bei historischer Auslegung. Zunächst einmal wird hier in »Schutz« ein Wortsinn (»finanzielle Ansprüche«) hineingelegt, der nicht dem allgemeinen Wortsinn entspricht (es heißt dort nicht »Förderung«). »Schutz« ist eher bewahrend und daher nicht mit einer »schaffenden« positiven Förderung gleichzusetzen. Das spricht dann aber kaum für ein finanzielles Förderungsgebot. Das muss um so mehr gelten, als materielle Ansprüche liberalen Verfassungen eher fremd sind – so dass es einer sehr guten, über alle Zweifel erhabenen Begründung bedürfte, wenn man »Schutz« in diesem Sinne auslegen wollte. Zudem ist die Betonung eines »besonderen« Schutzes von Ehe und Familie in Art. 6 Abs. 1 GG schlicht eine Übernahme des Art. 119 Abs. 1 WRV; der jedoch wollte lediglich »die in der abendländischen Welt seit Jahrtausenden bestehende Institution der monogamischen Ehe in bewusster... Ablehnung gewisser kommunistischer Lehren unter den besonderen Schutz der Verfassung« stellen.<sup>15</sup> Im Hintergrund standen die zeitgenössischen Erfahrungen mit der Fundamentalrevision des Familienbildes, welches die russischen Bolschewisten nach der Oktoberrevolution 1917 zunächst ins Werk zu setzen versuchten. An finanzielle Familienförderung war dagegen explizit allenfalls für »kinderreiche« Familien gedacht.

Die Bedenken verschärfen sich, wenn man Art. 6 GG verfassungssystematisch auslegt und damit den Rekurs auf die liberale Verfassungstypik präzisiert: Insbesondere übergeht die Familienförderungsjudikatur hier das Junktum von Freiheit und Verantwortlichkeit für die Folgen des eigenen Handelns. Dieses in jeder freiheitlichen Verfassung implizierte Junktum – seine Herleitung ist gleich in Erinnerung zu rufen – meint nicht irgendeine paternalistische »Verantwortung« des Staates für seine zu Schäfchen umgedeuteten Bürger. Es bezeichnet vielmehr das prinzipielle Nichtabschiebenkönnen der Konsequenzen der eigenen Freiheit auf andere Bürger und den

<sup>14</sup> BVerfGE 82, 60 (81 f.); kritisch dazu auch Seer/Wendt, NJW 2000, 1904.

<sup>15</sup> Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. 8. 1919, Nachdruck 1960, S. 559; Gröschner, in: Dreier (Hrsg.), GG I, 1996, Art. 6 Rn. 2; Schmid, Die Familie in Artikel 6 des Grundgesetzes, 1989, S. 244 ff.

Staat. Wir alle genießen Freiheitsrechte und entscheiden frei darüber, ob wir z. B. Kinder bekommen. Wir tun dies, wenn wir denken, dass es uns glücklich macht. Diese unsere Entscheidung hat neben vielen schönen Seiten einen Preis, und wir kennen ihn im Voraus: Kinder kosten (unter anderem) Geld. Doch warum sollten wir andere respektive den Staat dafür haftbar machen können, uns diese Kosten abzunehmen? Es widerspräche gerade der Würde des Einzelnen (Art. 1 GG), die ja den Respekt vor der individuellen Autonomie meint, wenn uns die Gemeinschaft bzw. der Staat stets paternalistisch die Einstandspflicht für den eigenen Lebensentwurf abnähmen. Und genau diese Einstandspflicht würde uns ein Verfassungsanspruch auf Finanzleistungen an Familien abnehmen. Unter der Geltung eines liberal-demokratischen Rechts muss jeder selbst entscheiden, ob er heiraten und Kinder zeugen möchte; er muss sich aber auch darüber im klaren sein, dass er die Verantwortlichkeit für die Folgen seiner frei gewählten Handlungen nicht umstandslos auf andere delegieren kann. Wer die Freude genießen möchte, Kinder zu haben, kann nicht ohne weiteres verlangen, dass seine Mitbürger, die darauf verzichten, ihm dies durch ihre Steuern finanzieren.<sup>16</sup> Es mag kaum schönere Dinge geben als Kinder zu haben. Doch ist es nicht meine eigene Sache, mir dies zu ermöglichen – jedenfalls so lange, wie ich es selbst schaffe, mich und meine Kinder wenigstens auf Existenzminimumniveau zu ernähren? Man kann dieses Würdeargument durch ein Freiheitsargument verstärken: Der Sinn von Freiheit, wie sie eine okzidentale Verfassung garantiert, ist ja gerade der, dass jeder sein Glück selbst in die Hand nehmen soll.<sup>17</sup> Dann liegt es aber nahe, dass wir alle auch ein etwaiges Unbill allein tragen müssen.

Es ist noch ein drittes Argument – neben dem Würde- und Freiheitsbegriff – für das Junktum von Freiheit und Handlungsfolgenverantwortlichkeit anzuführen: das Argument aus dem Unparteilichkeitsprinzip. Dieses Prinzip ist neben der Würde das zweite zentrale Konstruktionsprinzip liberaler Verfassungen und Gerechtigkeits-theorien seit *Kant* (dort heißt das Prinzip »kategorischer Imperativ«). Es meint die Unabhängigkeit des Rechts von Sonderperspektiven, also seine prinzipielle allgemeine Zustimmungsfähigkeit – die in Ermangelung »substantialistischer« Rationalitätsmaßstäbe als Gerechtigkeitsprinzip neben der Würde alternativlos ist: Gerecht ist genau die und nur die Verfassung, die Würde und Unparteilichkeit verbürgt – und aus diesen beiden Prinzipien die Freiheit und die Demokratie ableitet. Es wurde an anderer Stelle gezeigt, dass das Grundgesetz genau dieses »neukantianische« modern-liberale Gerechtigkeitskonzept verkörpert (etwa über seinen Richtigkeitsanspruch, das Rechtsstaatsprinzip, den Konnex von Würde und Freiheit, die Religionsfreiheit usw.).<sup>18</sup> Nur am Rande sei angemerkt, dass eine modern-liberale Philosophie Würde und Unparteilichkeit ihrerseits fundieren kann. Sie tut dies, indem sie zeigt, dass diese beiden (und nur diese beiden) Prinzipien bei Strafe des Selbstwiderspruchs unhintergebar sind, sobald ich überhaupt *jemals* beginne, mit Gründen (also rational) über

16 Ein Anspruch auf das Existenzminimum (für mich, aber auch für meine Kinder) besteht verfassungsrechtlich selbstverständlich, aber er hat nichts mit Art. 6 GG oder einer allgemeinen »Finanzierungspflicht von Kindern« zu tun – und er greift eben nur, solange dieses Existenzminimum real nicht vom Einzelnen oder seinen Eltern aufgebracht werden kann; dazu sogleich im Text. Daneben *darf* (nicht muss) der Staat Sozialpolitik betreiben, also z. B. progressive Steuern erheben (Art. 20 Abs. 1 GG). Der Einzelne hat dagegen kein Grundrecht auf Haus, Auto, Funktelefon, Spülmaschine, Gameboy o. ä. Solange derartige Geräte zur Standardausstattung selbst wenig Begüterter gehören, ist die Rede von der grassierenden Familienarmut von einer Perspektivenverschiebung gekennzeichnet, die in einem Land, in dem noch nach dem letzten Weltkrieg Menschen zuweilen schlicht verhungerten, recht befremdlich anmutet. Die Tageszeitung vom 23. 8. 2003, S. 6, dokumentiert gar, dass selbst Sozialhilfeempfänger monetär ihr gesamtes Essen im Bioladen kaufen könnten.

17 Dass Freiheit, gegründet in der Würde, staatliche Beglückungen ausschließt, zeigt der Folgeabschnitt näher.

18 Vgl. Ekdardt (Fn. 1), § 4 B. und § 5 B. II. 1.

Gerechtigkeitsfragen zu streiten. Denn dann muss ich alle aktuellen und potentiellen Gesprächspartner (also alle Menschen) als gleich zu Achtende und unparteiisch zu Behandelnde anerkennen – weil Gründe einerseits auf freies Überzeugen ohne Zwang und Über-Unterordnung angelegt sind, andererseits aber auch kein substanzialistisches Kriterium dafür bereitsteht, gute von schlechten Gründen und gute Ziele von schlechten Zielen zu scheiden.<sup>19</sup> Kurz gesagt: Gerech ist genau die Grundordnung, die es uns ermöglicht, weiter mit Gründen (rational) darüber zu streiten, was für Entscheidungen richtig sind.<sup>20</sup> Das Unparteilichkeitsprinzip belegt das Junktim nun so: Wenn jemand nicht selbst für seine Handlungen einstehen will, sagt er damit indirekt, dass jemand anders oder einfach die Gesamtheit aller Bürger die Handlungsfolgen tragen soll. Aus einer unparteilichen Perspektive erscheint es aber nahelegend, dass man sich weigern würde, die Schäden auferlegt zu bekommen, die andere verursacht haben. Regelmäßig wird ein unparteiischer Entscheider wollen, dass nicht die Vorteile einer Handlung den einen treffen und die Nachteile einen anderen. Man ahnt allerdings schon den Widerspruch, der gegen mein Argument aus dem Junktim erhoben werden wird. Er hängt mit einem Hintergedanken der Familienjudikatur zusammen: damit, dass angeblich für eine sichere Rente durch Kinder vorgesorgt werden müsse, indem man so künftige Beitragszahler für die Rentenkasse generiert. Man könnte in der Tat sagen, dass die Generationenvertrags-Konzeption der Pflege- und Rentenversicherung dazu führt, dass Kinderlose von den Einzahlungen von Eltern profitieren und damit das in früheren Jahrhunderten übliche Generationenausgleichsverhältnis innerhalb von Familien erheblich verändert wird.<sup>21</sup> Deshalb meinen manche, die Familienförderung verwirkliche gerade das Junktim von Freiheit und Verantwortlichkeit.<sup>22</sup> Es ist aber irreführend zu behaupten, die Familie »entlaste« Staat und Mitbürger von Ausgaben:<sup>23</sup> Vielmehr hat der Staat mit der Umlagefinanzierung zunächst einmal ein zweifelhaftes Rentensystem geschaffen, welches sodann erst seine aktuellen Finanzierbarkeitsprobleme hausgemacht erzeugt.<sup>24</sup> Gäbe es eine allgemeine private Versicherungslösung bei der Rente, wo jeder für seine eigene Rente spart, entfielen die Rentenabhängigkeit vom Nachwuchs.<sup>25</sup> Mit der Zwangssozialversicherungsrente hat der Staat ein übermäßig freiheitsbeschrän-

19 Vgl. Ekardt (Fn. 1), § 2 A. III.; Ekardt, ARSP 2004, H. 4. Ich vertrete damit keinen konventionell diskursrationalen Ansatz. Siehe die Ausführungen a.a. O. dazu, wo z. B. Habermas und Alexy fehlzugehen scheinen – und dazu, wie gängige Einwände gegen diskursrationale Ansätze zu widerlegen sind, so etwa das »Behinderten-Argument«. Dort auch dazu, warum der Diskurs vom Handeln nicht geschieden werden kann, so dass Achtung und Unparteilichkeit nicht nur »nur für den Diskurs«, sondern ebenso für das Handeln gelten.

20 Die neue europäische Verfassung wird diese Herrschaft der Vernunft in ihrer Präambel *explizit* enthalten.

21 Vgl. Pechstein (Fn. 2), S. 29 und 31; Suhr, Der Staat 1990, 69 (70).

22 Vgl. Morgenthaler (Fn. 2), S. 281 ff.; Kirchhof, NJW 2000, 2792 f. (mit einem schiefen Vergleich der hochemotional aufgeladenen Kindererziehung mit einer Arbeitsdienstleistung, die ja auch bezahlt werde).

23 Das Kostenargument vertritt Kirchhof, NJW 2000, 2792 (2793). Doch warum z. B. sollte »der familieninterne Dialog ... eine psychologische und therapeutische Beratung überflüssig« machen? Wie spätestens seit Freud und Jung bekannt ist, sind viele psychischen Störungen u. U. auch Folge bestimmter *Erziehungsstrukturen*.

24 Das Bismarcksche Rentensystem stammt aus einer Zeit mit hohen Bevölkerungszuwächsen. Dass es unter veränderten Bedingungen unhaltbar wird, ist seit langem bekannt. »Hausgemacht« ist das Problem also insoweit, als die Gesetzgebung die Problematik seit 30 Jahren ignoriert und ihre ständige Verschärfung hinnimmt.

25 Vielleicht hätten auch dann wenig Kinder dauerhaft hohe Rentenbeiträge zur Folge. Nur fragt sich (siehe im Text) schon generell, was daran in einem reichen Land so schrecklich wäre. Hätte man eine Privatversicherung (am besten als Pflichtversicherung, damit man nicht zu leicht auf die staatlich zu garantierende Sozialhilfe als Existenzminimumsgarantie ausweichen kann), würde jedenfalls jeder klar sehen, wofür er zahlt. Und der wegen fehlender Rentengerechtigkeit stets befürchtete Volksaufstand würde ganz sicher ausbleiben, wenn man wüßte: Ich gebe eben 20/25/30% für *meine* spätere Alterssicherung aus (und es verschwindet nicht einfach Geld in einer undurchsichtigen Solidarkasse). Dann würde auch deutlich werden: Wir alle möchten ein hohes Alter erreichen – aber dessen Finanzierung ist eben nicht für umsonst zu haben (= nochmals das Junktim).

### III. Freiheitsprinzip und enger Staatszweck liberaler Verfassungen

Doch muss es nicht trotzdem ein Verfassungsgebot zur Familienförderung geben – einfach deshalb, weil Kinder geboren werden müssen (wozu Familien u. U. der richtige Ort sind), um das Volk zu erhalten und die Renten, mag unser Rentensystem auch schlecht sein, bezahlbar zu halten? Liegt hierin nicht »das Gemeinwohl«, das das Junktim und überhaupt unsere Freiheit beschränken muss? Entgegen der h. M. meine ich: nein. Denn es spricht unabhängig vom Junktim und vom Wortlaut des Art. 6 GG ein weiterer verfassungssystematischer Gesichtspunkt gegen eine dahingehende Interpretation des Grundgesetzes: das modern-liberale – weder konstitutionalistisch-wirtschaftsliberale noch paternalistische – Gerechtigkeitskonzept der Verfassung. Das Grundgesetz will eine bloße Rahmenordnung sein. Es ist dabei entgegen der bekannten BVerfG-Menschenbildformel und entgegen Di Fabio keine Ordnung des Ausgleichs »zwischen Freiheit und Gemeinschaft«,<sup>26</sup> sondern des Ausgleichs zwischen verschiedenen Freiheitsträgern und ihren Rechten. Die Freiheitsrechte (die die elementaren Freiheitsvoraussetzungen wie eine gewisse Versorgung mit Nahrung, Atemluft, Energie mitgarantieren und deswegen selbstverständlich auch notfalls Sozialhilfansprüche für den eigenen Nachwuchs generieren) und der weite Kreis objektiv-rechtlicher »weiterer« Freiheitsvoraussetzungen (die der Staat mangels Enthaltensein in den Grundrechten garantieren darf, aber nicht muss: z. B. Existenz eines Stadttheaters oder von Ganztagschulen als Betreuungseinrichtung) finden ihre Schranke *nur* in genau ebenjenen Belangen der Mitmenschen. Dagegen sind reine Kollektiv- und Staatsinteressen wie die »Volkserhaltung« keine zulässige Freiheitsgrenze.<sup>27</sup> Denn schon Art. 2 Abs. 1 GG besagt, dass Freiheit vor allem durch die »Rechte anderer« begrenzt wird (und »Rechte« meint im Grundrechtskatalog *Freiheitsrechte*). Noch deutlicher ist das Würdeprinzip, das gemäß Art. 1 Abs. 2 GG (»darum«) der Grund der Freiheitsrechte ist: Die Würde kommt gut kantianisch allen Menschen als Vernunftwesen per se zu. Weil aber jede Freiheitsschranke die Autonomie und damit den im Würdeprinzip garantierten Respekt vor ihr tangiert, können sich ja würdefundierte Freiheiten nur gegenseitig begrenzen, wobei allerdings auch die Freiheitsvoraussetzungen einzubeziehen sind (Art. 2 Abs. 1 GG: »verfassungsmäßige Ordnung«), weil es ohne sie eben keine Freiheit/Autonomie geben kann.<sup>28</sup> Zudem sind Begriffe wie »Gemeinwohl« bzw. »öffentliches Interesse« (soweit man darunter nicht schlicht den Freiheitsvoraussetzungsschutz versteht) schon *in sich* nicht sinnvoll füllbar, verwirrend und autoritär grundiert – und schon von daher zu verwerfen (trotz Art. 14 Abs. 2, 3 GG), wie andernorts gezeigt wurde. Dies ist der *Grund* für die schon gemachte Feststellung, dass es Gesetzgebungspflichten allenfalls um der Freiheit willen geben kann (wie eben den Existenzminimumanspruch) – nicht

<sup>26</sup> Eingehend gegen die Menschenbildformel Ekardt (Fn. 1), § 5 A. V. 1.

<sup>27</sup> Das heißt: *Der Staat darf auch »umverteilen«, aber er muss es nicht* – und es darf keinesfalls auf die Volkserhaltung als Grund rekurriert werden (*wobei das Sozialstaatsprinzip aber zeigt, dass zumindest ein gewisses Maß an »weiteren« Freiheitsvoraussetzungen im Sinne einer objektivrechtlichen Pflicht bereitzustellen ist*). Ebenso wenig sind »ökozentrische Freiheitsschranken«, »das gute Leben« oder gar ein »Schutz des Menschen vor sich selbst« zulässig. Zur Vermeidung verkürzender Kritiken bzw. Fraternalisierungen schlage ich vor, wenigstens hier die ausführliche Darlegung bei Ekardt (Fn. 1), § 5 A. V. heranzuziehen.

<sup>28</sup> Zudem: Nur so kann die »doppelte Freiheitsgefahr«, die liberale Gesellschaften bedroht, bewältigt werden. Diese Gefahr besteht darin, dass sowohl ungezügelter wirtschaftliche Freiheit (via Lebensgrundlagenzerstörung) als auch eine autoritäre Verkürzung die Freiheit beseitigen kann; vgl. Ekardt (Fn. 1), § 1 A.

dagegen eine Pflicht des Gesetzgebers zu familialen Wohltaten<sup>29</sup> oder gar eine Pflicht, die Bürger zu beglücken oder ihnen eine Lebensform (Reproduktion) zu suggerieren.<sup>30</sup>

Freilich ist folgender Einwand zu erwarten: Selbst wenn der Gemeinwohlbegriff problematisch sein möge, sei der Freiheit zumindest ein Gebot der Menschheits- bzw. Volkserhaltung vorgängig.<sup>31</sup> Doch das überzeugt auch dann nicht, wenn man den Gemeinwohlbegriff nicht insgesamt verwirft. Man kann auch einfach fragen, wo denn nun im Grundgesetz steht, dass das deutsche Volk in möglichst großer Zahl zu erhalten ist (und nur darum kann es ja gehen, denn wenigstens einige Kinder und damit Mitmenschen werden ja, eben weil es schön ist, auch geboren, wenn der Staat nicht ausdrücklich finanziell dazu anhält). Auch Di Fabio *behauptet* letztlich bloß, dass Art. 6 GG eine Zukunftsgarantie für »unsere Gemeinschaft« enthielte.<sup>32</sup> Doch damit legt er schlicht einen Zweck in die Norm hinein, den ihr Wortlaut keineswegs zeigt. Wenn dort vom Kindeswohl die Rede ist, so dann nicht deshalb, weil hier die Zukunft des deutschen Volkes gesichert werden soll (der Grundgesetz-Geber 1949 dachte nach dem Chauvinismus und Rassismus der NS-Zeit wohl kaum in solchen Kategorien) – sondern weil Würde und Freiheit der Kinder geschützt werden sollten. Damit ist aber nur gesagt, dass der einmal Geborene zu schützen ist – und nicht, dass möglichst viele Einzelne geboren werden sollen.<sup>33</sup> Nebenbei bemerkt ergibt sich auch gerechtigkeitsphilosophisch nichts anderes: Dass wir bei Vermeidung des Selbstwiderspruchs (s. o.) rational darauf verpflichtet sind, die Lebenden (und übrigens sogar die künftigen Menschen, was meist übersehen wird<sup>34</sup>) zu achten und unparteiisch zu behandeln, heißt nur, dass wir den, der Mensch ist (bzw. sein wird), nicht seiner Autonomie berauben dürfen. Es folgt daraus nicht, dass jeder möglichst viele künftige Träger von Autonomie zeugen oder gar »das deutsche Volk erhalten« muss – abgesehen davon, dass darin eine sub specie aeternitatis zweifelhafte Vorstellung von unserer eigenen Wichtigkeit sichtbar wird. All dies übersieht auch Roellecke, der schreibt: »In jedem Wolfsrudel gilt selbstverständlich die Instinktregel, dass die Aufzucht des Nachwuchses vorrangige Aufgabe für alle ist. Doch unser hochorganisiertes und zivilisiertes Staatswesen verfügt nicht einmal über den Verstand eines Wolfsrudels.«<sup>35</sup> Es ist mangels Begründbarkeit (Rationalität) nämlich wirklich nur eine Instinktregel und keine Vernunftregel, dass sich die Art erhalten soll. Und in einem liberalen (würde- und neutralitätsorientierten) Staat können nur solche Regeln gelten, die rational und damit intersubjektiv rechtfertigbar sind.

Menschheitserhaltung respektive Erhaltung der deutschen Nation sind kollektivistische Belange. Wer sie aufstellt, sollte sie auch begründen. Und das Grundgesetz kennt

29 Zu Gesetzgebungspflichten (sie sind meist *Nachbesserungspflichten*) Ekardt (Fn. 1), § 6 A. IV. 3.; zur umfassenden Verwerfung des Gemeinwohlbegriffs ebd. § 5 A. V. 3.

30 Zum Existenzminimum Ekardt (Fn. 1), § 5 A. II. Gegen meine These von der rein wechselseitigen Freiheitsbegrenzung spricht nicht etwa, dass Freiheitsrechte »nicht zwischen den Bürgern gelten« und somit familienrechtlich irrelevant wären. Zwar habe ich kein direktes Freiheitsrecht gegen meine Mitmenschen; ich habe aber ein Recht gegen den Staat (wenigstens auf Schutzbereichsebene) darauf, dass dieser mich vor meinen Mitmenschen schützt und dass er zwischen uns den Freiheitsausgleich vollzieht (also z. B. zwischen Eltern und Kind, da auch das Erziehungsrecht gemäß Art. 6 Abs. 2 GG nur begrenzt die Freiheit einschränken darf – schon wegen Art. 1 GG); zu dieser Multipolarität der Freiheit vgl. Ekardt (Fn. 1), § 5 A. V. 1. Ebensowenig spricht gegen meine These das Demokratieprinzip, da es nur der *Vermittlung zwischen* den verschiedenen Freiheiten dient; vgl. ebd. § 5 A. V. 2.

31 Di Fabio, NJW 2003, 993; Oeter, FamRZ 1994, 11; Kanther, NJW 2003, 797 f.; Hermanns, FamRZ 1994, 1001 (1007); Roellecke, JZ 1990, 877 ff. (praktisch alle mit einer Adaption von Hegel und dessen Stilisierung der Familie zum ruhenden Gegenpol einer kosten-nutzen-orientierten wirtschaftsliberalen Gesellschaft).

32 Vgl. Di Fabio, NJW 2003, 993 (994).

33 Auch GG-Präambel und Amtseide ergeben nichts anderes: Ekardt (Fn. 1), § 5 B. II. 2.d).

34 Wir müssen bei der Zuerkennung der Freiheitsrechte nämlich unparteiisch gegen den Zeitfaktor sein; vgl. im Einzelnen Ekardt (Fn. 1), §§ 3 C., 5 B.; Ekardt, ARSP 2004, H. 4.

35 Roellecke, JZ 1990, 877.

keine solche Begründung. Auch biologisch »objektiv gegeben« ist eine Norm »Menschheitserhaltung« keinesfalls – weil Normen stets begründungsbedürftig sind und der Hinweis auf ein Faktum niemals eine Wertung begründet (naturalistischer Fehlschluss<sup>36</sup>). Insoweit geht auch der typisch kommunitaristische Hinweis gegen liberale Ansätze fehl, der Einzelne sei faktisch auf seine Mitmenschen angewiesen, weswegen die Gemeinschaft Vorrang vor den Freiheitsrechten haben müsse.<sup>37</sup> Erstens liegt wieder ein naturalistischer Fehlschluss vor. Zweitens stimmt die Kommunitaristenthese empirisch nicht: Zwingend angewiesen ist ein Mensch allenfalls darauf, dass sich jemand im Kleinkindalter (oder im Alter) um ihn kümmert. Dies mag sogar (wie das Vorhandensein von Nahrung, Kleidung, Atemluft usw.) eine elementare Freiheitsvoraussetzung sein, so dass es auch von einem liberalen Staat garantiert werden muss. Doch »die Existenz des deutschen Volkes in großer Zahl« oder gar »gelebte Gemeinschaftlichkeit« ist wohl kaum in solchem Maße elementar. Und selbst unter die Kategorie »weitere Freiheitsvoraussetzungen«, also wenigstens freiheitsförderlicher Bedingungen, fällt bestenfalls die Existenz von Mitmenschen mit ähnlichem kulturellen Hintergrund – doch dies meint nicht, dass es möglichst viele Deutsche geben muss (und wenigstens einige wird es auch in Zukunft auch ohne monetäre Förderung geben, einfach weil Kinder Freude bereiten). Mit nur leichter Ironie könnte man nach alledem sagen: Das deutsche Volk darf auch aussterben, wenn es dies wünscht. Volkserhaltung als solche ist *nicht* der Zweck eines gerechten Staates – dies ist vielmehr die Sicherung von Würde, Unparteilichkeit und maximaler gleicher Freiheit.<sup>38</sup>

Es gibt noch einen weiteren gewichtigen Zweifel an einem Verfassungsgebot der »Volkserhaltung via Geburtenrate«: Wie zumeist ignoriert wird, legt es die heutige okzidentale Beanspruchung von Ressourcen und Globalklima im eigenen Interesse, im Interesse unserer Kinder und im Interesse der Nord-Süd-Gerechtigkeit nahe, die Bevölkerung in den Industrieländern zu *reduzieren* – anstatt sie durch staatliche Förderungsmaßnahmen zu stabilisieren oder gar zu steigern. Wollten wir unseren Wohlstand allein auf der Fläche unseres Landes erwirtschaften, dürften in Deutschland nur rund 8 Millionen Menschen leben (also ein Zehntel der aktuellen Bevölke-

<sup>36</sup> Er unterläuft z. B. Di Fabio, NJW 2003, 993 (996, Fn. 26). Auch die dort geführte Klage über die Verrechtlichung familiärer Beziehungen überzeugt mich nicht. Das Argument drohender emotionaler Kälte ist schon deshalb verdächtig, weil es dem gleicht, mit dem die Hegel- und Marx-Epigonen noch heute den liberalen Staat insgesamt kritisieren. Natürlich ist es in Unfreiheit zuweilen »wärmer« – aber das sollte sich der Einzelne selbst aussuchen können (dies verlangt die Würde/Autonomie der Kinder und schwächeren Ehepartner); vgl. Ekardt (Fn. 1), §§ 3 B., 5 A. V. 3.). Ganz generell ist ein liberaler Staat nicht auf Dauer mit einem autoritären Familienideal vereinbar; vgl. Rössler, Der Wert des Privaten, 2001.

<sup>37</sup> Er geht letztlich schon auf *Hegels Kant-Kritik* sowie auf *Aristoteles* zurück.

<sup>38</sup> Normativ ist die *freiheitliche* Existenz das Erhaltenswerte und transzendental – sobald wir den Gerechtigkeitsdiskurs mit Gründen nur überhaupt einmal aufgenommen haben – allein rechtfertigbare. Deswegen darf gerechtigkeitsphilosophisch um der Menschheitserhaltung (wie dies Hans Jonas suggeriert) z. B. auch kein autoritärer Staat in Kauf genommen werden. *Man kann also keinesfalls in Schmittscher Tradition sagen: »Der Staat ist der Gerechtigkeit vorgängig.«* Denn der autoritäre Staat mag zwar gut hobbesianisch unsere Physis sichern, indem er verhindert, dass sich die Menschen gegenseitig umbringen. Doch wir zahlen dafür mit einem Leben in Unwürde (und viele von uns zahlen auch mit dem Leben, wie die Erfahrung des 20. Jahrhunderts lehrt) – und diese Folge ist transzendental unbegründbar und endet folglich im infiniten Regreß, ist also falsch. Gegen die beliebte Rede von Staat und Nation als homogener Schicksalsgemeinschaft, die überhaupt erst Voraussetzung jeglicher Verfassung wäre (auch einer europäischen?): Ekardt (Fn. 1), § 5 A. V. 2.

Zweifelhaft ist auf dieser Basis auch die These von Kirchhof, NJW 2000, 2792 (2793), der schreibt, »die Ehe ist vor allem Unterhalts- und Erziehungsgemeinschaft«. Zunächst frage ich mich, ob dies empirisch oder normativ gemeint ist. Empirisch wäre die These schon seit der Entstehung der bürgerlichen Kleinfamilie in der frühen Neuzeit z. T. falsch, die sich nicht primär in der Funktionalität gemeinsamen Wirtschaftens, sondern in gegenseitiger Liebe und Zuneigung fundiert; vgl. Sieder, in: Mitterauer/Sieder, Vom Patriarchat zur Partnerschaft: Zum Strukturwandel der Familie, 4. Aufl. 1991, S. 15 ff. Sollte die These normativ gemeint sein, frage ich hiermit nach der Begründung – und bin wieder beim unwiderlegten Ausgangspunkt im Fließtext.

rung).<sup>39</sup> Und sobald Länder wie China und Indien unseren Lebensstandard erreichen (was ja erklärtes Ziel des liberalisierten Welthandels ist), werden wir nicht weiter mit den Ressourcen anderer unseren Luxus abdecken können. Entgegen landläufiger Meinung ist also selbst eine »bestandserhaltende« Reproduktion (2 Kinder pro Paar) keinesfalls per se wünschenswert. Damit erweist sich, dass die Reproduktion keinesfalls normativ besonders löblich sein muss. Vielmehr gebieten die Rechte auf Leben, Gesundheit und Existenzminimum – unsere ebenso wie die unserer verbleibenden Kinder und der Menschen auf der Südhalbkugel – vielleicht sogar, dass die Reproduktion *nicht* zu sehr gefördert wird. Auch wenn diese an sich banale Einsicht zumeist wütende emotionale Proteste auslöst.

Abgesehen von der fehlenden bzw. fehlerhaften Begründung einer Familienförderung als Volks- bzw. Gemeinschaftserhaltung ist zu bedenken, dass die dahinter sichtbare Meinung, ein Staat bedürfe vieler Bürger, letztlich aus Zeiten stammt, in denen der Bürger nicht Bürger, sondern Untertan war und den Monarchen häufig primär als Steuerzahler oder gar als Kanonenfutter zu interessieren pflegte. Eine solche »funktionale« Betrachtung der vermeintlichen Notwendigkeit zahlreicher Nachkommen für einen Staat kollidiert aber mit Art. 1, 79 Abs. 3 GG: Der Staat ist für die Menschen da und nicht umgekehrt. Eine den Bürger zum Objekt etatistischer Interessen machende Betrachtungsweise verbietet sich unter dem Grundgesetz von vornherein. Überdies: Selbst wenn es ein Gebot der Volkserhaltung gäbe, wäre die finanzielle Stimulierung der Geburtenrate ein empirisch allenfalls begrenzt erfolgversprechendes Mittel zu seiner Verwirklichung. Denn es ist unklar, ob eine monetäre Familienförderung die Zahl der Nachkommen überhaupt meßbar steigert. Fast niemand dürfte aus normativ-ethischen Gesichtspunkten zu dem Entschluss gelangen, Kinder in die Welt zu setzen. Das genetisch vererbte grundsätzliche Interesse an Nachwuchs hat zunächst einmal keine altruistische Färbung, sondern ist eine Frucht des Erbgutegoismus – also des Bestrebens, die eigenen Gene in die nächste Generation zu bringen. Dieser biologische Instinkt ist die zentrale Basis, warum typischerweise die eigenen Kindern geliebt, als überragend wichtig sowie als Quelle der Freude wahrgenommen werden – die Kinder anderer Leute dagegen allenfalls in eingeschränktem Maße.<sup>40</sup> Wenn aber die Motivation zur Fortpflanzung letztlich eine egoistische ist, verdeutlicht dies noch zusätzlich, dass es verfassungsrechtlich problematisch ist, dass andere Menschen (Singles) tatsächlich für die finanzielle Förderung dieses genuinen Eigeninteresses in Anspruch genommen werden dürfen.<sup>41</sup> Vor allem aber ist es eben wenig wahrscheinlich, dass man mit Geld hier jemanden erreicht; eine weit größere Rolle dürfte die Bereitstellung von Betreuungsmöglichkeiten spielen. Nur am Rande sei bemerkt, dass eine unzutreffende Tatsachenbasis der Verfassungsauslegung kein rein faktisches Problem wäre, sondern ein Verfassungsgebot verletzt:<sup>42</sup> Weil das Grundgesetz einen normativen Richtigkeitsanspruch und ein Unparteilichkeitsprinzip (Art. 1 Abs. 2, 20 Abs. 3 GG) enthält und dieser nicht durch ein willkürlich gewähltes Subsumtionsmaterial ad absurdum geführt werden darf, müssen die für staatliche Entscheidungen relevanten Tatsachenannahmen so präzise wie möglich sein. Bezüglich der Tatsachenerhebung besteht also kein allgemeiner »weiter Ein-

39 Vgl. die Nachweise bei Ekaradt (Fn. 1), § 1 A.

40 Zur rein *faktischen* Wirkung biologischer Instinkte auf Normen vgl. Ekaradt, Steuerungsdefizite im Umweltrecht: Ursachen unter besonderer Berücksichtigung des Naturschutzrechts und der Grundrechte. Zugleich zur Relevanz religiösen Säkularisats und der Grundrechte, 2001, § 13.3.; Ekaradt, DVBl. 2001, 1171 (1175 f.).

41 Noch einmal: (1) Der Hinweis auf die Rente geht hier bekanntlich fehl. (2) Dies ist keine Infragestellung des Sozialstaates, der über die Freiheitsvoraussetzungslehre vorliegend gerade erst transzendental fundiert wird.

42 Vgl. zum sogenannten Tatsachenwahrheitsanspruch Ekaradt (Fn. 1), § 5 C. IV. 2.

schätzungsspielraum« des Staates, entgegen der Judikatur übrigens auch nicht für den Gesetzgeber. Damit ist es geboten, empirische Annahmen über die Tauglichkeit monetärer Familienbegünstigungen, wie sie das BVerfG offenbar im Hinterkopf hat, aus familiensoziologisch korrekten und möglichst exakten Tatsacheneinformationen zu speisen. Ob das BVerfG diesen Anforderungen bis dato Genüge getan hat, erscheint prima facie zweifelhaft.

Schwierig erscheint auch, dass eine umfassende finanzielle Familienbegünstigung letztlich dazu führen könnte, dass Menschen aus monetären Erwägungen Kinder bekommen. Ob jene dann freilich geeignete Eltern sind, dürfte eher zweifelhaft sein. Gerade jemand, dem an unserem Nachwuchs gelegen ist, muss skeptisch dagegen sein, solche Personen, die von vornherein nicht oder nur eingeschränkt Lust verspüren, die mit der Elternschaft verbundenen äußeren und inneren Unannehmlichkeiten auf sich zu nehmen, weil sie lieber die postmoderne Spaßgesellschaft zelebrieren möchten, auch noch staatlich zur Fortpflanzung zu animieren.<sup>43</sup> Man sollte hier – bei aller Nostalgie gegenüber der fortpflanzungsfreudigeren guten alten Zeit, wie sie manchen familienrechtlichen Aufsatz auszeichnet<sup>44</sup> – auch nicht einen ungeheuren Fortschritt vergessen: Auch weil wir heute unsere Kinder zum ersten Mal in der Geschichte rein freiwillig bekommen, haben wir ein Maß an Zuwendung zu ebenjenen verbliebenen Kindern erreicht, das wir schätzen und bewahren sollten. Wenn verfassungsrechtlich eine Familienpolitik *strikt geboten* ist, dann ist es eher eine solche, die hier anknüpft (»qualitative statt quantitative« Politik). So dürften durch Art. 2 Abs. 2 GG entscheidende Verbesserungen bestimmter Lebensbedingungen der *lebenden* Kinder geboten sein – etwa ein besserer Schutz vor Luftschadstoffen, wo die Grenzwerte bisher weitgehend auf den 40-jährigen Durchschnittsmann hin ausgelegt sind, ohne besonders Empfindliche wie Kinder, Schwangere, Alte oder Kranke zu berücksichtigen.<sup>45</sup> Auch bei der (Nicht-)Regulierung des Autoverkehrs dürfte bisher eine zu einseitige Orientierung an den Verkehrsinteressen unter weitgehender Ausblendung der Fortbewegungs-, Gesundheits- und Klimaschutzinteressen von Kindern und künftigen Menschen zu konstatieren sein.<sup>46</sup>

Unbesehen der vorstehenden Ausführungen werden aber wohl viele darauf beharren: Wenn man die Reproduktion nicht staatlich fördert, wird unsere Gesellschaft überaltern und unsere Rente unfinanzierbar. Auch dieses Argument sticht indes nicht (auch dann nicht, wenn man eine funktionsfähige Sozialversicherung als Freiheitsvoraussetzung qualifiziert). Erstens ist, wie gesagt, schon empirisch zweifelhaft, ob sich das (angebliche?) Problem überhaupt mit Geld beheben lässt. Zweitens wird das Problem, wie erwähnt, künstlich durch ein verfehltes Rentensystem generiert (bzw. wenigstens verschärft). Drittens geht es allenfalls um ein Problem einer *Übergangszeit*, in der tatsächlich viele Alte auf wenig Junge kommen werden – denn die sinkenden Geburtenraten werden langfristig auch weniger Rentner zur Folge haben. Viertens ist selbst für diese Übergangszeit angesichts unseres durchaus beachtlichen Reichtums durchaus nicht evident, dass höhere Rentenbeiträge, wie sie im Rentenumlagesystem die Folge fehlender junger Menschen sind, ein existenzielles Problem wären.

Ein letztes: M.E. müssten die, die eine stärkere Ehe- und Kinderförderung für verfassungsgeboden halten, erst einmal zur Kenntnis nehmen, wie weitgehend die

43 A. A. Suhr, Der Staat 1990, S. 69 (75); Pechstein (Fn. 2), S. 39; Morgenthaler (Fn. 2), S. 285.

44 Vgl. z. B. Hermanns, FamRZ 1994, 1001 (1007) und Roellecke, JZ 1990, 877 ff.

45 Vgl. Böhm, Der Normmensch, 1996 (mit einer eingehenden Dokumentation, wie das BVerfG dies bisher übergeht); Ekardt (Fn. 1), § 6 A. II. 2. und § 6 A. III. – dort jeweils auch zur merkwürdigen Ungleichgewichtigkeit von Abtreibungsschutz und Schadstoffschutz in der Rechtsprechung.

46 Zu Nachbesserungsansprüchen gegen den Gesetzgeber Ekardt (Fn. 1), § 9 A. I.

staatliche Familienförderung schon heute ist. Geht man etwa von einer Alleinverdienerreihe bei einem Bruttomonatsverdienst von 5000 DM aus und vergleicht sie mit einem kinderlosen, in gleicher Höhe entlohnten Single,<sup>47</sup> ergab sich dagegen schon für die Steuer- und Sozialrechtslage von 2001 folgendes Bild: Durch die Kinderfreibeträge sparte das Ehepaar bereits 533,50 DM Steuern (zahlte also nur 380 DM Lohnsteuer) sowie nochmals rund 120 DM durch Kirchensteuer und Solidarzuschlag. Zusätzlich fielen insgesamt 540 DM Kindergeld an. Des weiteren zahlte der Staat 600 DM Erziehungsgeld pro Kind in den ersten beiden Lebensjahren. Damit ergab sich in summa bereits ein »Familiengehalt« von 1792 DM netto, wobei noch unberücksichtigt bleibt, dass sich bei höheren Einkommen durch das Ehegattensplitting zusätzliche deutliche Vorteile ergaben. Bauen die Eltern ein Haus, fließen über die Kinderkomponente der Eigenheimzulage weitere Mittel.<sup>48</sup> Dazu kommt die kostenlose Mitversicherung von Kindern und Hausfrauen bzw. Hausmännern in der gesetzlichen Krankenversicherung (und die Begünstigung bei der Pflegeversicherung) sowie in zahlreichen Fällen eine beachtliche Ehe- bzw. Familienzulage auf den betrieblichen Lohn. Nur am Rande sei erwähnt, dass natürlich auch Sozialhilfe, Wohngeld etc. indirekt Mittelflüsse von den Singles zu Familien auslösen. Daneben entstehen faktische geldwerte Vorteile durch den Familienvorrang bei der Wahl der Urlaubszeit, bei der ggf. entgeltlosen Miterledigung der Arbeit von Kollegen im Betrieb, die ihre erkrankten Kinder betreuen, und bei der faktischen Übernahme von Feiertagschichten durch Singles. Übergangen wird in der Judikatur auch, dass das Zusammenwohnen von Eheleuten per se auch finanzielle Synergieeffekte auslöst, also die Lebenshaltungskosten senkt, so dass sich die Leistungsfähigkeit an sich erhöht – wie überhaupt die finanziellen *Vorteile* eines familiären Daseins (ganz abgesehen von den ideellen) in der Familienförderungsrechtsprechung gar nicht oder nur am Rande vorkommen.

#### IV. *Gewaltenbalance: »Kompetenzüberschreitung« des BVerfG*

Vergleichsweise geringere Bedenken gegen die BVerfG-Familienjudikatur ergeben sich aus dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung. In der Tendenz sollte man das Gericht hier sogar gegen etwaige Kritiker verteidigen, die behaupten könnten, ein Verfassungsgericht dürfe einem Parlament keine Vorgaben machen, da politische Fragen eben politisch zu entscheiden seien. Grundrechtliche Freiheiten kollidieren unweigerlich (so vielleicht auch der Familienschutz mit der Freiheit der Steuerzahler). Entscheidungsspielräume entstehen dabei in jedem Fall; irgendein staatliches Organ muss die Grundrechte auslegen, Abwägungen vornehmen und Tatsachen erheben (und u. U. trotz etwaiger Tatsachenunsicherheiten entscheiden). Gerade das Entscheiden von Freiheitskonflikten ist der Zweck des staatlichen Zusammenschlusses von Menschen. Die Frage ist daher allenfalls, *welche Organe* dies zu tun haben. Und gerade die Grundrechte sind nicht nur auf dem Papier beachtlich, sondern sie können auch eingeklagt werden; und alle drei Staatsgewalten sind in Deutschland an die Grundrechte gebunden (und das ist auch gerecht so<sup>49</sup>). Wie andernorts gezeigt, ist

47 Das nachstehende Rechenbeispiel stammt von einem namentlich ungenannten Mitarbeiter einer Oberfinanzdirektion, dokumentiert in: Die Tageszeitung vom 19. 4. 2001, S. 13.

48 Zur Zweifelhaftigkeit der Staatsförderung des Eigenheimbaus auf der grünen Wiese Ekardt, VR 2001, 397 ff.

49 Das heißt: Die englische Verfassung (ohne Parlaments-Grundrechtsbindung!) erscheint insoweit ungerichtet.

diese Einklagbarkeit Ausdruck von normativer Vernunft und Unparteilichkeit und damit des Gerechtigkeitsanspruchs des Rechts.<sup>50</sup> Bei der normativen Gewichtung und Abwägung verschiedener Freiheiten und Freiheitsvoraussetzungen hat der Gesetzgeber offenbar (das wurde andernorts herausgearbeitet) Spielraum. Der Wirkungsbereich der Demokratie und damit des Parlaments (und nicht eines Gerichts) liegt nämlich genau dort, wo Vernunft, Unparteilichkeit und Freiheit – in Ermangelung genau einer richtigen Entscheidung normativer Fragen – nicht zu klaren Ergebnissen führen. Die Auslegung der Verfassungsbegriffe selbst (Würde, Freiheit etc.) ist dagegen womöglich gerade Sache des Verfassungsgerichts (ebenso wie vielleicht die Kontrolle des Verfahrensablaufes und die Überprüfung der verfahrensrelevanten Tatsachen). Ohne dass hier eine vollständige Lehre der Gewaltenbalance (und der Grundrechtsabwägung usw.) entfaltet werden kann, soll nur kurz gezeigt werden, dass die allgemeine Forderung, das BVerfG möge sich (auch) familienrechtlich zugunsten gesetzgeberischer Entscheidungsspielräume »zurückhalten«, in dieser Allgemeinheit fehlerhaft ist.

Eine liberale Verfassung muss zunächst einmal von ihren Grundprinzipien her annehmen: Gerecht ist genau die Gewaltenbalance, die die beste institutionelle Sicherung von Vernunft, Würde, Unparteilichkeit und Freiheit darstellt. Vor diesem Hintergrund kann vom BVerfG nicht einfach *pauschal* »Zurückhaltung« verlangt werden. Wie andernorts herausgearbeitet, ist der Parlamentarismus, historisch betrachtet, ein besonders wirksames Mittel des Freiheitsschutzes. Und die demokratische Gesetzgebung ist auch Ausdruck des Achtungsprinzips und damit der Autonomie der Bürger, die nicht nur ihre Freiheit aufgrund dieses Prinzips genießen, sondern auch die Entscheidung im Freiheitskollisionsfalle selbstgesetzgebend treffen sollen. Grundsätzlich hat der demokratisch gewählte Gesetzgeber deshalb aus instrumentellen Gründen, aber auch wegen der Eigenwertigkeit des Demokratieprinzips ein Mandat zur normativen Konfliktschlichtung und zum Ausgleich der Freiheiten. Indes trifft ein Parlament nicht automatisch immer rationale, unparteiische und freiheitsschützende Entscheidungen. Nicht umsonst ist weder das Grundgesetz noch sonst eine westliche Verfassung eine klassisch wirtschaftsliberale Verfassung, ebensowenig wie es eine »radikale Demokratie« in dem Sinne ist, wie es z. B. Jürgen Habermas vorschwebt.<sup>51</sup> Die Demokratie hat primär eine der Freiheit dienende Funktion; Staatszweck ist die gleiche Freiheit der Bürger. Art. 1 Abs. 3, 79 Abs. 2 GG geben gerade vor, dass die Grundrechte auch das Parlament binden, und wenn dies nicht leerlaufen soll, muss auch jemand wirksam ihre Einhaltung überprüfen.<sup>52</sup> Man sollte sich klarmachen, dass das auch *gerecht* ist: Denn nicht nur dem BVerfG könnte u. U. vorgehalten werden, gelegentlich nach Art eines platonischen Philosophenkönigs (*Höffe*) ohne inhaltliche Rückbindung an das Volk als Souverän zu agieren. In durchaus nicht unähnlicher Weise funktionieren vielmehr auch Regierung und Parlament, die ebenfalls für die alle vier Jahre wählenden Bürger nur schwer zu sanktionieren sind. Der beste Schutz der multipolaren Freiheit und ihrer Voraussetzungen im umfassenden Sinne wird darum gewährleistet, wenn sich mehrere Staatsgewalten gegenseitig austarieren und damit eine möglichste Unparteilichkeit sowie einen anhaltenden Diskurs über die Richtigkeit und Begründetheit staatlicher Entscheidungen sichern – und zugleich mit dem Wechselspiel von Diskurs und Entscheidung Konflikte entscheidbar, ihre Lösung aber kritisierbar halten. Denn

<sup>50</sup> Hierzu sowie zu einer Lehre der Gewaltenteilung sowie zu Abwägungs-, Tatsachenerhebungs- und Verfahrensregeln Ekdardt (Fn. 1), § 3 A. IV. und § 5 C. III. 1.

<sup>51</sup> Habermas, Faktizität und Geltung, 1992; dagegen Ekdardt (Fn. 1), §§ 5 A. V. 2., 5 C. III. 1.

<sup>52</sup> Alexy, Der Staat 29 (1990), 49 (68); Alexy, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 406 f.; Meßerschmidt, Gesetzgebungsermessens, 2000, S. 1043 ff.; vgl. auch Tremmel/Laukemann/Lux, ZRP 1999, 432 (436).

jede einzelne Staatsgewalt für sich (und nicht nur das Verfassungsgericht!) kann autokratische Züge annehmen – eine Erfahrung, die in Nordamerika vor 200 Jahren zur Verfassungsbindung des Parlaments führte.

Gern übergangen wird zudem folgendes: Auch die Verfassungsrichter sind mittelbar in einer Legitimationskette an das Volk rückgebunden, da sie von Wahlausschüssen gewählt werden (was dem Parlament zugleich einen faktischen Einfluss auf das Verfassungsgericht gibt). Dabei stellt sich die Verfassungsgerichtsbarkeit als normativ rationaler und reflexiver, gegen die Gefahren unmittelbarer Gefühlsaufwallungen (denen Parlamente womöglich nachgeben) gerichteter Akt der weisen Selbstbeschränkung des Volkes – orientiert an Rationalität, Unparteilichkeit und Freiheit – dar, der ggf. auch wieder rückgängig gemacht werden kann. Gewaltenteilung führt dazu, dass in kleinen Schritten die Freiheiten der Bürger untereinander sorgfältig austariert werden – und dass darüber ein möglichst rationaler und unparteiischer, auf mehreren Ebenen angesiedelter Diskurs geführt wird. Diese gewaltenteilige Abschichtung des Diskurses über Gerechtigkeitsfragen ist offenbar eine besonders wirksame Form des Freiheitsschutzes. Sie mobilisiert ein Maximum an guten Gründen und an Unabhängigkeit von Sonderperspektiven und eröffnet damit möglichste Rationalität und Unparteilichkeit. Sie ermöglicht (was unabdingbar ist) Entscheidungen (trotz potentiell unendlicher Gerechtigkeitsdiskurse) und ihre stetige Verbesserung und Kontrolle, wie es der Fallibilität des Menschen entspricht. Noch aus einem anderen Grund führt die Existenz eines Verfassungsgerichts entgegen landläufiger Auffassung zu keiner Entmachtung der Parlamentarier: Auf ein Urteil des Verfassungsgerichts, welches ein Parlamentsgesetz für grundrechtswidrig erklärt, kann das Parlament ja antworten: Entweder erlässt es ein verändertes Gesetz, oder es kann u. U. sogar die Verfassung ändern, um die Verfassungskonformität der ursprünglichen Regelung herzustellen. Dagegen wäre gerade für Zukunftsinteressen ein reiner Freiheitsschutz durch den (eher kurzzeitorientierten) Parlamentarismus fatal.<sup>53</sup>

Im Grundsatz spricht also nichts dagegen, dass das BVerfG dem Gesetzgeber Vorgaben macht – nur das es bei Art. 6 GG eben m. E. Vorgaben macht, die so nicht aus diesem Grundrecht herauszulesen sind und die darum *inhaltlich* falsch sind. Bei genauerem Hinsehen stellt man freilich fest, dass diese Vorgaben nicht nur inhaltlich, sondern auch aus Gewaltenteilungsgründen zweifelhaft sind. Erstens ist problematisch, dass das BVerfG relativ beliebig zwischen einer intensiven Kontrolle des Gesetzgebers und einer bloßen Evidenzkontrolle hin- und herschwankt, ohne dafür zwingende Gründe zu besitzen (was ihm faktisch eine sehr *weitreichende* Macht gibt, die *nicht mehr* durch Rationalität, Unparteilichkeit und Freiheit gedeckt sein dürfte). So steht der äußerst zurückhaltenden Evidenzkontrolle der parlamentarischen Tätigkeit in Fragen des legislativen Unterlassens bei drohenden Gesundheitsschäden durch Umwelteffekte<sup>54</sup> die Inanspruchnahme einer breiten Prüfungskompetenz durch das BVerfG für den Schwangerschaftsabbruch<sup>55</sup> und eben für die Familienförderung gegenüber. Zweitens ergeben sich Bedenken daraus, dass das BVerfG familienpolitisch ganz konkrete positive Vorgaben für die gesetzgeberischen Entscheidungen macht und sich nicht auf allgemeine Nachbesserungsaufforderungen beschränkt (was wohl seine Aufgabe wäre). Dies ist um so zweifelhafter, als das Gericht noch in den 70er Jahren dem Gesetzgeber in der Familienbesteuerung ausdrücklich freigestellt hatte, ob er die gesamten (sogar sächlichen!) Kinderaufwendungen für steuerlich berück-

<sup>53</sup> Vgl. Ekdardt (Fn. 1), § 3 A. IV. 3., § 5 B. II. 2.b) und § 5 C. III. 1.

<sup>54</sup> BVerfGE 46, 160 (164); 49, 80 (142); 53, 30 (57); 56, 54 (73); 77, 170 (214); 79, 174 (201).

<sup>55</sup> BVerfGE 39, 1 ff.; 88, 203 ff.

sichtungsfähig erklärt.<sup>56</sup> Auch in den 80er Jahren hatte die Judikatur des BVerfG und des BFH das kombinierte Modell der Kinderfreibeträge sowie anderer Freibeträge (z. B. über die Ausbildungsförderung und den Haushaltsfreibetrag für Halbfamilien) und des Kindergeldes nach Grund und Höhe als verfassungskonform akzeptiert.<sup>57</sup> Des Weiteren hatte sich die Judikatur explizit am sozialrechtlichen Existenzminimum orientiert und nicht verlangt, die zivilrechtlich üblichen Unterhaltsbeiträge als sächlichen Aufwand steuerfrei zu stellen.<sup>58</sup> Auch für die Gewaltenteilung bestehen also ernste Bedenken.

### V. Förderpflicht für die Geschlechteregalität: Konterkarierung durch die steuerliche Förderung einer traditionellen Rollenverteilung

Es gibt noch ein letztes Bedenken gegen das BVerfG: Das »Familienfördergebot« geht verfassungssystematisch am Gleichberechtigungsgebot vorbei. Das gilt um so mehr, als es sich hier um gegenüber Art. 6 GG höherrangiges Recht handelt: Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG verbietet die Ungleichbehandlung von Männern und Frauen und fällt unter Art. 79 Abs. 3 GG. Die Norm ist damit (anders als der Familienschutz) einer Aufhebung durch Verfassungsänderung entzogen. Dabei ist sogar eine nur *mittelbare* Benachteiligung eines Geschlechts verboten.<sup>59</sup> Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG enthält ein umfassendes Fördergebot, welches zur Herstellung von mehr Gleichberechtigung dienen soll, und geht dem Art. 6 GG als neueres Recht vor. Meine These ist: Letztlich ist die Finanzförderung geeignet, die traditionelle Rollenverteilung zu zementieren, indem sie an die herkömmliche Rollenverteilung anknüpft – was zumindest mit der *Förderpflicht* für die Gleichberechtigung (vermutlich aber auch mit dem Verbot mittelbarer Benachteiligungen) konfligiert:<sup>60</sup> Indem das BVerfG Betreuungskosten durch dritte Personen und durch einen Ehegatten selbst gleichstellen will, prämiert es letztlich die Alleinverdienerhe.<sup>61</sup> Denn tatsächlich angefallene Kosten für eine Betreuungsperson, die über die pauschale Steuerbefreiung hinausgehen, werden nicht mehr anerkannt. Das Konto des Ernährers wird aufgefüllt und damit die Abhängigkeit der Frau verstärkt. Keinesfalls darf hier die Familie sozusagen als »normalerweise« einträchtige Einheit betrachtet werden. Nach Carl Schmitts bekanntem Diktum (ursprünglich bezogen auf den Reichspräsidenten, vgl. Art. 25, 48 WRV) hat der »die Macht, der über den Ausnahmezustand gebietet«. In diesem Sinne ist das Geld des Alleinverdieners zunächst einmal »sein« Geld; empirisch ist zudem belegt,<sup>62</sup> dass Männer bei größeren Investitionen immer noch ein Entscheidungsübergewicht haben.

<sup>56</sup> BVerfGE 43, 108; kritisch dazu Brockmeyer, DStZ 1999, 666 (667).

<sup>57</sup> BFHE 150, 156; BVerfG, Beschl. v. 9. 2. 1988 – 1 BvR 1176/87 –, unveröff.

<sup>58</sup> BVerfGE 82, 60; 82, 198; nachträglich kritisch dazu Brockmeyer, DStZ 1999, 666 (669).

<sup>59</sup> Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG I, 1996, Art. 3 Rn. 96; Fuchsloch, Das Verbot der mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung, 1995, S. 104 ff.; Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, S. 305 ff.; Osterloh, in: Sachs (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 1999, Art. 3 Rn. 260; Vollmer, Das Ehegattensplitting, 1998, S. 124 ff.

<sup>60</sup> Vgl. Sacksofsky, NJW 2000, 1896 ff.; Vollmer (Fn. 59), passim.

<sup>61</sup> Schön, DStR 1999, 1677 (1679); Sacksofsky, NJW 2000, 1896 ff.; Ahmann, NJW 2002, 633; a. A. Kirchhof, NJW 2000, 2792 (2796); zu Art. 3 Abs. 2 GG allgemein Ekardt, DVBl. 2001, 1171 ff.

<sup>62</sup> Eingehende Dokumentation des Materials der empirischen Bankbetriebslehre bei Bresemann, Anlageverhalten von Frauen, BWL-Diplomarbeit FU Berlin, 2001 (bisher unveröff.). Das Problem taucht letztlich insgesamt bei den Steuerfreibeträgen auf – die im Regelfall erst einmal den Vater reicher machen. Konsequenz wären daher Direktzahlungen – und zwar unmittelbar an den erziehenden Ehegatten. Zudem stärken Freibeträge die Reichen: Lange, ZRP 2000, 415 (416 f.); Sacksofsky, NJW 2000, 1896 (1902); Seer/Wendt, NJW 2000, 1904 (1907).

Auch das Ehegattensplitting, welches das BVerfG für verfassungsrechtlich gefordert hält,<sup>63</sup> begegnet erheblichen Bedenken, weil es faktisch die historisch tradierte Alleinverdienerehe prämiert und damit latent festigt. Denn es fördert diejenigen Ehekombinationen, in denen sich ein Partner ganz oder überwiegend der Kinderbetreuung widmet;<sup>64</sup> entgegen landläufigem Vorverständnis wird nicht die Ehe als solche durch das Splitting begünstigt, sondern nur die mit deutlichen Einkommensunterschieden. Zudem entmutigt es eine zusätzliche berufliche Betätigung der (typischerweise) Hausfrau, weil es sie mit dem gleichen Steuersatz wie die Einnahmen des Mannes belegt, was dazu führt, dass im Zweifel eher der Mann noch etwas Geld dazuverdienen wird.<sup>65</sup> Denn seine häusliche Abwesenheit ist ohnehin schon bewältigt, und er kassiert meist den höheren Stundenlohn. Damit entmutigt das Ehegattensplitting letztlich die schrittweise Rückkehr der Frau in den Erwerbsprozess.<sup>66</sup> Auch dies ist mit dem Gleichberechtigungs- und Gleichheitsförderungsgebot nur schwer vereinbar.<sup>67</sup>

Das BVerfG hat einmal zutreffend gesagt, dass der Gesetzgeber nicht gehalten sei, jegliche die Familie treffende finanzielle Belastung auszugleichen.<sup>68</sup> Leider nimmt es diesen seinen Satz selbst nicht recht ernst. Jenseits verfassungsrechtlich-normativer Anforderungen an staatliches Handeln werden sich Rechtsprechung und Politik auf Dauer einer *weiteren Frage* nicht entziehen können, die mit dem Gleichberechtigungsgebot bereits anklang. Sie zielt auf einen Spagat, an dem bereits die »geistig-moralische Wende« nach 1982 gescheitert sein dürfte. Diese »Wende« propagierte ja einerseits in Abwendung vom tatsächlichen oder vermeintlichen 1968er-Unwesen ein im 19. Jahrhundert wurzelndes Familienideal, propagierte aber gleichzeitig (mehr oder minder) die Geschlechteregalität und außerdem auch noch eine globalisiert-flexibilisierte Arbeitsmoral. Alle drei Ziele sind aber kaum auf einmal zu erreichen. Dahinter steht ein allgemeines Phänomen: Politiker, Richter, Tageszeitungen und wir alle lieben das Verdecken von Abwägungsnotwendigkeiten: So liest man in der Zeitung erst, wir bräuchten »mehr Wirtschaftswachstum«. Eine Seite weiter wird »mehr Klimaschutz« gefordert, sodann »mehr Zeit für Kinder« und dann »mehr Mobilität«. Nach Unvereinbarkeiten fragt keiner. Eine Politik, die oft nicht mehr ernsthaft zu steuern versucht, sondern sich stattdessen auf symbolische Bekundungen oder gar symbolische Gesetzgebung beschränkt, um keiner der zahllosen Interessengruppen wehzutun (was die eigene Wiederwahl gefährden würde), mag sich in Doppel- oder »Triple«-Strategien versuchen, auch in Hoffnung auf die Uninformiertheit des Wählers. Eine Politik und eine Verfassungsanwendung, die rationale Entscheidungen – wie sie modern-liberale Gesellschaften ohne substanzialistisches Gerechtigkeitsideal erfordern – anstrebt und sich vom simplifizierend-traditionalisti-

63 BVerfGE 61, 319 (347); kritisch dazu Grönert, DStZ 1998, 895 ff.

64 Sacksofsky, NJW 2000, 1896 (1899 ff.); Gröschner, in: Dreier (Hrsg.), GG I, 1996, Art. 6 Rn. 59; Birk/Wernsmann, JZ 2001, 218 (222). Für mich nicht verständlich ist der Vorwurf von Kirchhof, NJW 2000, 2792 (2793 ff.) an die Splitting-Skeptiker, sie würden rein ökonomisch denken und so die Erziehungsarbeit »der Mutter« für belanglos erachten. Letztlich unterstreicht damit Kirchhof eher, dass vielmehr er selbst sich die Würdigung einer Handlung primär monetär vorstellt: Inwiefern sollte Sacksofsky, NJW 2000, 1896 ff., die unentgeltliche häusliche Erziehung für »belanglos« erklären, nur weil sie keine immer weiter steigenden staatlichen Leistungen dafür einfordert? Ist denn nur das belangvoll, was in Geld ausgedrückt wird?

65 Zur heutigen Eherealität z. B. die empirischen Beiträge in Nauck (Hrsg.), Lebensgestaltung von Frauen, 1993.

66 Sacksofsky, NJW 2000, 1896 (1898); übergangen bei Kirchhof, NJW 2000, 2792 (2795 f.).

67 Es ist nach alledem verblüffend, dass das BVerfG gerade die angebliche Schutzpflicht aus Art. 6 Abs. 1 GG in einer Weise absolut sieht, die zu der aus Art. 2 Abs. 2 GG in keinem Verhältnis steht.

68 BVerfGE 23, 258 (264); 55, 114 (127); BVerfG, FamRZ 2001, 605 (606).

schen Common Sense ebenso wie von postmoderner Beliebigkeit fernhält, vermag dies dagegen nicht.<sup>69</sup>

69 Mit meinen Ausführungen wollte ich übrigens zugleich illustrieren, dass ein liberales Denken keinesfalls implizit patriarchalisch sein muss – etwa dergestalt, dass der »deliberierende« Mann und die ihn emotional, sexuell und nahrungsmäßig versorgende Frau der »gender subtext« seien. Eine weitere feministische Liberalismuskritik lautet, dass Unparteilichkeit und individualistische Freiheit sowie die damit verbundene Scheidung Gerechtigkeit vs. gutes Leben »typisch männliche Ideale« seien. Genau wie allgemein kontextualistische Einwände – vgl. Ekardt (Fn. 1), § 2 B. – geht dies indes fehl. Wenn es jemandem nicht gefällt, in Freiheit zu leben, bleibt es ihm ja überlassen, seine/ihre Freiheit nicht zu nutzen – und z. B. einer Sekte beizutreten.