

# Handbuch des Staatsrechts

der Bundesrepublik Deutschland

Herausgegeben von

Josef Isensee und Paul Kirchhof

## Band VI Freiheitsrechte

Mit Beiträgen von

Herbert Bethge · Rüdiger Breuer · Martin Bullinger  
Axel Freiherr von Campenhausen · Erhard Denninger  
Hans-Uwe Erichsen · Eberhard Grabitz · Kay Hailbronner · Hermann Hill  
Alexander Hollerbach · Michael Kloepfer · Franz-Ludwig Knemeyer  
Helmut Lecheler · Walter Leisner · Dieter Lorenz · Detlef Merten  
Thomas Oppermann · Hans-Jürgen Papier · Albrecht Randelzhofer  
Edzard Schmidt-Jortzig · Walter Schmitt Glaeser · Rupert Scholz  
Hans F. Zacher



C. F. Müller Juristischer Verlag  
Heidelberg 1989

## Inhalt Band VI

<i>Vorwort</i> . . . . .	V
<i>Inhalt des Gesamtwerkes</i> . . . . .	XI
<i>Verfasser</i> . . . . .	XVII
<i>Hinweise für den Leser</i> . . . . .	XXI
<i>Abkürzungen</i> . . . . .	XXIII

### Neunter Teil Freiheitsrechte

#### *I. Physische Existenz und Privatbereich*

§ 128 Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit <i>Dieter Lorenz</i> . . . . .	3
§ 129 Schutz der Privatsphäre <i>Walter Schmitt Glaeser</i> . . . . .	41

#### *II. Räumliche Bewegungsfreiheit*

§ 130 Freiheit der Person <i>Eberhard Grabitz</i> . . . . .	109
§ 131 Freizügigkeit <i>Kay Hailbronner</i> . . . . .	137
§ 132 Asylrecht <i>Albrecht Randelzhofer</i> . . . . .	185

#### *III. Ehe, Familie, Schule*

§ 133 Schutz von Ehe und Familie <i>Helmut Lecheler</i> . . . . .	211
§ 134 Elternrecht <i>Hans F. Zacher</i> . . . . .	265
§ 135 Schule und berufliche Ausbildung <i>Thomas Oppermann</i> . . . . .	329

IV. Religion, Kirche, Weltanschauung, Gewissen

§ 136 Religionsfreiheit	
<i>Axel Freiherr von Campenhausen</i> . . . . .	369
§ 137 Gewissensfreiheit	
<i>Herbert Bethge</i> . . . . .	435
§ 138 Grundlagen des Staatskirchenrechts	
<i>Alexander Hollerbach</i> . . . . .	471
§ 139 Der verfassungsrechtliche Schutz kirchlicher Organisation	
<i>Alexander Hollerbach</i> . . . . .	557
§ 140 Freiheit kirchlichen Wirkens	
<i>Alexander Hollerbach</i> . . . . .	595

V. Kommunikation

§ 141 Meinungs- und Informationsfreiheit	
<i>Edzard Schmidt-Jortzig</i> . . . . .	635
§ 142 Freiheit von Presse, Rundfunk, Film	
<i>Martin Bullinger</i> . . . . .	667
§ 143 Versammlungsfreiheit	
<i>Michael Kloepfer</i> . . . . .	739
§ 144 Vereinsfreiheit	
<i>Detlef Merten</i> . . . . .	775

VI. Wissenschaft und Kunst

§ 145 Freiheit von Forschung und Lehre	
<i>Thomas Oppermann</i> . . . . .	809
§ 146 Freiheit der Kunst	
<i>Erhard Denninger</i> . . . . .	847

VII. Wirtschaft

§ 147 Freiheit des Berufs	
<i>Rüdiger Breuer</i> . . . . .	877
§ 148 Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung	
<i>Rüdiger Breuer</i> . . . . .	957
§ 149 Eigentum	
<i>Walter Leisner</i> . . . . .	1023
§ 150 Erbrecht	
<i>Walter Leisner</i> . . . . .	1099
§ 151 Koalitionsfreiheit	
<i>Rupert Scholz</i> . . . . .	1115

VIII. Der Auffangtatbestand der Freiheitsrechte

§ 152 Allgemeine Handlungsfreiheit	
<i>Hans-Uwe Erichsen</i> . . . . .	1185

IX. Rechtsschutz und Staatshaftung

§ 153 Justizgewähranspruch	
<i>Hans-Jürgen Papier</i> . . . . .	1221
§ 154 Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt	
<i>Hans-Jürgen Papier</i> . . . . .	1233
§ 155 Rechtliches Gehör im Gerichtsverfahren	
<i>Franz-Ludwig Knemeyer</i> . . . . .	1271
§ 156 Verfassungsrechtliche Gewährleistungen gegenüber der staatlichen Strafgewalt	
<i>Hermann Hill</i> . . . . .	1305
§ 157 Staatshaftung	
<i>Hans-Jürgen Papier</i> . . . . .	1353
<i>Gesetzesregister</i> . . . . .	1393
<i>Sachregister</i> . . . . .	1439

# § 134

## Elternrecht

*Hans F. Zacher*

### Übersicht

	Rn.		Rn.
A. Problemstruktur	1– 16	und Erziehung der Kinder“	89
I. Elternrecht: Aufgabe und Ordnung	1– 5	c) Andere Miterzieher	90– 92
II. Elternrecht und „Miterzieher“	6– 9	4. Die Kontrolle der Eltern durch die staatliche Gemeinschaft	93– 98
III. Elternrecht im Geflecht rechtlicher und gesellschaftlicher Ordnungen	10– 14	a) Das Wächteramt der staatlichen Gemeinschaft	93– 95
IV. Neue Herausforderungen: freie und „machbare“ Elternschaft	15– 16	b) Die Aufhebung der familiären Gemeinschaft von Eltern und Kindern	96– 98
B. Vorläufer, Entstehungsgeschichte, landesverfassungsrechtliches und internationales Umfeld des Art. 6 GG	17– 43	5. Das Elternrecht als Leistungsanspruch	99–100
C. Das Elternrecht des Grundgesetzes	44–114	VI. Das Elternrecht bei Komplikationen der Elternschaft und der Kindschaft	101–114
I. Die verfassungsrechtliche Natur des Elternrechts	44– 47	1. Vorbemerkung	101
II. Bundesrecht – Landesrecht	48– 52	2. Elternrecht und verheiratete Kinder	102
III. Die Adressaten des Grundrechts	53– 64	3. Das Elternrecht nicht oder nicht mehr miteinander verheirateter Eltern	103–109
1. Allgemeines	53– 55	a) Elternrecht und nichteheliche Kinder	103
2. „Eltern“ und „Kinder“	56– 64	b) Elternrecht bei Auflösung einer Ehe	104–106
a) Die Altersgrenze	56– 58	c) Die zunehmende Unterscheidung von familiärer Einheit und Eltern-Kind-Beziehung und ihre Folgen	107–109
b) Vorwirkungen – Nachwirkungen?	59– 61	4. Die Substitution der Eltern	110–111
c) Die „Eltern“	62	5. Rechtliche, natürliche und soziale Elternschaft	112–114
d) Erziehungsberechtigte	63– 64	D. Der Mutterschutz	115–119
IV. „Pflege und Erziehung der Kinder“	65– 74	I. Die subjektive Reichweite	115–117
1. Inhalte	65– 68	II. Der Inhalt	118–119
2. Elternrecht und Kindesrechte	69– 73	E. Die Gleichstellung der nichtehelichen mit den ehelichen Kindern	120–122
3. Eine Zwischenbemerkung: Elternrecht und Kindesemanzipation	74	I. Die rechtliche Bedeutung des Art. 6 Abs. 5 GG	120
V. Die Rolle des Gemeinwesens	75–100	II. Der Inhalt des Gleichstellungsauftrages	121–122
1. Die Faktoren des Gemeinwesens	75– 82	F. Bibliographie	
2. Der allgemeine Ordnungsauftrag	83– 84		
3. Miterziehung und Miterzieher	85– 92		
a) Elternrecht und Schule	86– 88		
b) Die ergänzende öffentliche Verantwortung für „Pflege			

## A. Problemstruktur

## I. Elternrecht: Aufgabe und Ordnung

## 1

Ehe – Familie:  
Autonomie  
und Ordnung

Mit dem Elternrecht wird eine Verfassungsfrage von größter Komplexität aufgeworfen. Diese Komplexität äußert sich zunächst in den Rollen derer, die unmittelbar betroffen sind: der Eltern und der Kinder. Das Grundgesetz stellt diese Beziehung unter das Leitbild von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG)<sup>1</sup>. Unter der Prämisse der komplementären Ganzheit einer „heilen“ Ehe und Familie mag das Elternrecht zunächst als ein Schutz der Privatheit der Gemeinschaft von Eltern und Kindern und der Freiheit der Eltern, diese Gemeinschaft zu begründen und zu gestalten, erscheinen<sup>2</sup>. Aber selbst unter dieser Prämisse sind Konflikte angelegt (zwischen den Eltern; zwischen den Eltern und den Kindern) und Komplikationen denkbar (Halbfamilien nach Tod eines Elternteils). Und Kind ist – vom Säugling bis zum „Heranwachsenden“ – nicht gleich Kind. Somit ist von vornherein rechtliche Ordnung gefordert.

Doch kann sich das Elternrecht nicht auf die Prämisse einer „heilen“ Ehe und Familie verlassen. Und so muß es sich den Komplikationen stellen, die sich ergeben, wenn die Eltern nicht miteinander verheiratet sind, wenn sie nicht mehr miteinander verheiratet sind, wenn sie mit Dritten verheiratet sind, wenn natürliche und rechtliche Elternschaft auseinanderfallen, wenn soziale und rechtliche Elternschaft auseinanderfallen, wenn gar natürliche, soziale und rechtliche Elternschaft auseinanderfallen und dergleichen mehr.

## 2

Familie:  
grundrechts-  
erfüllter Raum

Das Elternrecht ist nicht nur selbst Grundrecht; es dient auch der Verwirklichung von Grundrechten und wird von anderen Grundrechten her erst mit zusätzlichem Sinn erfüllt<sup>3</sup>. Die Verfassungsgarantien von Ehe, Familie und Elternrecht stecken einen privaten Raum ab, in dem Grundrechte ausgeübt werden<sup>4</sup>: Grundrechte der Eltern und Grundrechte der Kinder; die Grundrechte der Kinder wiederum entweder durch die (sie vertretenden) Eltern oder zunehmend durch (aber doch dem Einfluß und der Mitwirkung der Eltern erst allmählich entwachsend) die Kinder selbst. Der „Schonraum“ der Familie erübrigt den Gebrauch und schützt vor dem Verbrauch jener höchstpersönlichen Grundrechte, welche die Kinder noch nicht selbst und die Eltern nicht für die Kinder ausüben können. Endlich zielt die Erziehung der Kinder

1 → Oben *Lecheler*, § 133.

2 BVerfGE 10, 59 (83). Dazu *Dietwalt Rohlf*, Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre, 1980, S. 89ff. und 171ff.; *Fritz Ossenbühl*, Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes, 1981, S. 42f. → Oben *Lecheler*, § 133 Rn. 42, 48ff.

3 *Hans Peters*, Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule, in: GR IV/1, S. 369 (374f.).

4 „Familie ist aber zugleich auch Erlebnis-, Entfaltungs- und Verantwortungsbereich der Eltern. Familie muß deshalb umfassender als eigenständige, selbstverantwortliche Gemeinschaft von Eltern und Kinder geschützt werden, deren Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung *aller Beteiligten* jede andere menschliche Bindung übersteigt.“ *Paul Kirchhof*, Ehe und Familie im staatlichen und kirchlichen Steuerrecht, Essener Gespräche, Bd. 21, 1986, S. 30.

auf den eigenen Gebrauch ihrer Grundrechte hin<sup>5</sup>. Weil jede äußere Intervention in eine dieser Ebenen eine Intervention auch in andere Ebenen ist oder doch sein kann, schützen die Verfassungsgarantien der Familie und des Elternrechts die komplexe Ganzheit als solche und lösen mögliche Konflikte grundsätzlich durch die Dominanz der Eltern auf. So verstärken sich auch die Grundrechte der Eltern und der Kinder gegenseitig in der Abwehr staatlicher Interventionen. Der durch das Elternrecht strukturierte Privatraum der Familie ist somit in besonderer Weise grundrechtlich „aufgeladen“. Zugleich ist die Verantwortung des Rechts gegenüber dem Freiraum der Familie auch eine Verantwortung gegenüber den involvierten Grundrechten.

Das Elternrecht ist die Lösung eines gesellschaftlichen Problems, das so einfach ist, daß es kaum artikuliert wird: daß Kinder vom ersten Augenblick ihres Lebens auf Hilfe und Sorge angewiesen sind. Das Elternrecht weist diese Hilfe und Sorge den Eltern zu. Von vornherein also ist das Elternrecht Aufgabe.

Auf die immanenten Strukturen der Grundrechtsordnung übertragen bedeutet das folgendes: Zentraler Zweck aller Grundrechte ist, die Menschenwürde zu schützen und zu entfalten (Art. 1 Abs. 1 GG). Er rechtfertigt den Schutz autonomer Einheiten, weil und wenn diese Einheiten dem grundrechtlichen Schutz und der Entfaltung der Menschenwürde derer dienen, die in ihnen leben. Daß autonome Einheiten das bewirken, darf die Grundrechtsordnung vermuten. Sie darf es aber nicht fingieren. Sie muß deshalb die schützen, die in diesen Einheiten die Schwächeren, die Gefährdeten sind. Das Elternrecht impliziert ein Gefälle dieser Art. Es ist ein Recht der Eltern<sup>6</sup>. Es ist das um der Eltern willen<sup>7</sup>. Es ist die Vertiefung ihrer Freiheit zum Kind. Das Elternrecht zielt ebenso aber auch auf die Kinder – weil ihre Menschenwürde, indem sie den Eltern anvertraut ist, besser geschützt ist und mehr entfaltet wird als in anderen Händen. Die Kinder sind die Schwächeren – in welcher Hinsicht und Konstellation auch immer: physisch, geistig, ökonomisch, rechtlich. Und damit trifft die Rechtsordnung auch eine ganz besondere Verantwortung für die Kinder<sup>8</sup>. Sie kann es nicht dabei belassen, die Eltern zu berechtigen. Sie muß sie auch verpflichten (Art. 6 Abs. 2 GG). Wir stehen somit vor dem im Grundgesetz einzigartigen Fall, daß ein Grundrecht und eine Grundpflicht einander unmittelbar entsprechen. Und beides fügt sich zur Elternverantwortung<sup>9</sup>. Die Elternpflicht ist „nicht lediglich eine das Recht begrenzende Schranke, sondern ein wesensbestimmender Bestandteil des Elternrechts“<sup>10</sup>

## 3

Elternrecht

Elternpflicht

Eltern-  
verantwortung

<sup>5</sup> Peters (N 3), S. 393.

<sup>6</sup> Alexander Lüderitz, *Elterliche Sorge als privates Recht*, in: AcP 178 (1978), S. 263ff.

<sup>7</sup> A. A. offenbar Wolfgang Zeidler, *Ehe und Familie*, in: HdbVerfR, S. 555 (572f.): „... daß es sich bei dem Elternrecht nicht um Freiheit im Sinne einer Selbstbestimmung der Eltern handelt, sondern daß es zum Schutz des Kindes gewährt ist.“ A. A. mit extrem einseitiger Begründung auch Christoph Gusy, *Der Grundrechtsschutz von Ehe und Familie*, in: JA 1986, S. 183 (185).

<sup>8</sup> BVerfGE 24, 119 (144); 55, 171 (179); 57, 361 (382f.).

<sup>9</sup> Diesen Begriff verwendet das BVerfG in ständiger Rechtsprechung, vgl. BVerfGE 24, 119 (143); 31, 194 (205); vgl. dazu auch Erwin Stein, *Die rechtsphilosophischen und positiv-rechtlichen Grundlagen des Elternrechts*, in: ders./Wilfried Joest/Hans Dombois (Hg.), *Elternrecht*, 1958, S. 5 (10).

<sup>10</sup> BVerfGE 68, 176 (190).

(BVerfGE 68, 176 (190), das sich so als „ein dienendes Grundrecht, eine . . . anvertraute treuhänderische Freiheit“ erweist (BVerfGE 59, 360 (376 ff.))<sup>11</sup>.

**4**  
Das Leitbild  
des Elternrechts

Zum gleichen Ziele führt die Erwägung, daß Grundrechte auch Leitbilder für die im Gemeinwesen verfaßte Gesellschaft sind. Ist der letzte Zweck der Grundrechte der Schutz und die Entfaltung der Menschenwürde, so stecken sie doch der Art und Weise, wie dieser Schutz erreicht wird, sowohl gegenüber dem Belieben des einzelnen als auch gegenüber dem rechtspolitischen Belieben des Staates Grenzen. In ihnen kommen elementare Wertvorstellungen des Gemeinwesens zum Ausdruck. Art. 6 GG ist ein Kernstück der objektiven Ordnung<sup>12</sup>, in die eingebunden das Grundgesetz menschliche Existenz und gesellschaftliches Leben sieht. Ehe und Familie und so auch die autonome und verantwortliche Eltern-Kind-Beziehung stellen sich gleichermaßen als wesentliche Strukturelemente der diese Gesellschaft verfassenden Rechtsordnung dar.

**5**  
Die Rolle  
des Gemein-  
wesens

Den Elternpflichten kommt demnach eine konstitutive Bedeutung für Rechtsfertigung und Sinn des Elternrechts zu. Die Rechtsordnung muß aber damit rechnen, daß Pflichten nicht erkannt oder erfüllt werden<sup>13</sup>. Deshalb bedarf es der Artikulation der Pflicht und ihrer Sanktionen. Und deshalb bedarf es, wo die Pflicht nicht erfüllt werden kann oder wird, der Substitute. Darum etabliert das Grundgesetz das Wächteramt der staatlichen Gemeinschaft (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) und die Befugnis, die Kinder von den Eltern zu trennen (Art. 6 Abs. 3 GG).

Von vornherein können die Eltern mit der „Pflege und Erziehung der Kinder“ nicht alleingelassen werden – und werden sie nicht alleingelassen. Das Grundgesetz verbirgt diese Wirklichkeit fast, aber nicht ganz. Es spricht davon, daß „Pflege und Erziehung der Kinder“ den Eltern „zuvörderst“ obliegt (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG). Also kann und muß es nach den Eltern noch andere Berechtigte und Verpflichtete geben<sup>14</sup>. Ein Element hebt das Grundgesetz

11 BVerfGE 59, 360 (376 ff.). Zutreffend dazu freilich die Kritik von *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Elternrecht – Recht des Kindes – Recht des Staates, in: Essener Gespräche, Bd. 14, 1980, S. 72 ff.: „Der Treuhandedanke, so richtig er für die Kennzeichnung der elterlichen Erziehungsposition an sich ist, nimmt an dieser Stelle einen gefährlichen Weg. Nachdem das elterliche Erziehungsrecht von allem Eigeninteresse und aller Eigennützigkeit gereinigt ist, glaubt man offenbar, in den Eltern, weil ihre Position nicht mehr eigennützig, sondern eine treuhänderische ist, auch schon die Garanten für die Realisierung und Treuhandstellung zu haben und den Staat vom Eltern-Kind-Verhältnis möglichst fernhalten zu können; nur offensichtlicher Mißbrauch soll eine Grenze bilden. (...) Für die Einforderung der Rechtsbindungen elterlicher Erziehungsherrschaft, man mag es gerne hören oder nicht, kann also der Staat nicht entbehrt werden. Die ihm obliegende Aufgabe des Rechtsschutzes und der Rechtsgewährleistung machen ihn zum Garanten und in gewisser Weise auch zum Anwalt der Subjektstellung des Kindes. Staatliche Rechtsordnung und Rechtsgewähr hören heute nicht bei der Familie oder dem Hausvater auf, um hier einen in echtem Sinn vorstaatlichen Bereich beginnen zu lassen, der allein durch Sitte, Ethos oder schlicht naturhaft reguliert ist, sie greifen auf das Individuum durch und beziehen das Kind mit ein. In einer Verfassungsordnung, die sich zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten, die eben Rechte des Individuums sind, bekennt, bedarf dies keiner besonderen Begründung.“

12 BVerfGE 24, 119 (149 f.); vgl. auch *Peter Häberle*, Verfassungsschutz der Familie – Familienpolitik im Verfassungsstaat, 1984, S. 6.

13 S. noch einmal *Böckenförde* (N 11).

14 „... daß neben den Eltern auch der Staat die Funktion eines Erziehungsträgers mit entsprechenden Pflichten hat“ (BVerfGE 24, 119 (136)).

heraus: die Schule (Art. 7 GG)<sup>15</sup>. Sie steht klar in der Verantwortung des Staates. Aber auch sonst halten Staat und Kommunen eigene Institutionen der „Pflege und Erziehung“ bereit (Kindergärten, Bildungseinrichtungen, Heime, Einrichtungen der Jugendhilfe usw.) oder fördern doch gesellschaftliche Kräfte (Wohlfahrtsverbände, Jugendverbände usw.), um die Eltern bei der Pflege und Erziehung der Kinder zu unterstützen und zu ergänzen.

Somit wird eine vielfache Rolle des Gemeinwesens deutlich: als Garant der elterlichen Pflichten (Wächteramt, Substitution)<sup>16</sup>; als teils gleichberechtigter (Schule), teils subsidiärer (unterstützender und komplementärer) Miterzieher; als Gestalter und Träger einer umfassenden Ordnung der Beziehungen zwischen Eltern, Kindern, anderen Privaten und dem Gemeinwesen<sup>17</sup>.

Schule

## II. Elternrecht und „Miterzieher“

Der Kreis der Miterzieher beschränkt sich jedoch nicht auf die gezielt legitimierte Institutionen und gesellschaftlichen Kräfte. Vielmehr ist die Entwicklung der Kinder von einer Fülle von Einflüssen umgeben, die von den verschiedensten Quellen herrühren: privaten (Verwandtschaft, Freundeskreis, Nachbarschaft, Lehrherren usw.), gesellschaftlichen (Medien, Vereine, Konsumangebote, Werbung usw.) und in spezifischem Sinne öffentlichen (öffentliche Bildungseinrichtungen, Bibliotheken, Medienanstalten, Museen usw.). Dazu kommen ganz gelegentliche „Miterzieher“ (Ärzte, das Personal von Krankenhäusern usw.). So ist „das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht“, die Kinder zu pflegen und zu erziehen,

6

Die Vielzahl  
der Miterzieher

<sup>15</sup> → Unten *Oppermann*, § 145.

<sup>16</sup> *Peters* (N 3), S. 389f.

<sup>17</sup> *Theodor Maunz* in: *Maunz/Dürig*, Komm. z. GG, Art. 6 Rn. 26e: „Über das Mißbrauchsverbot und das Wächteramt hinaus kann der Staat allgemein von seiner Gesetzgebung Gebrauch machen, . . . Er kann im Bereich des Elternrechts die Gerichte einschalten. . . . Er kann besondere Behörden einrichten, die sich auch mit den Rechtsverhältnissen von Kindern und Eltern beschäftigen . . . Jedes einzelne Gesetz und jeder organisatorische Akt muß an den übergeordneten Maßstäben gemessen werden, die das Grundgesetz in Art. 6 Abs. 2 gezogen hat. Innerhalb dieser Grenzen haben Gesetzgebung und Gesetzesvollzug einen Bewegungsraum des Ermessens.“ S. auch noch einmal *Böckenförde* (N 11). Das Bundesverfassungsgericht hat sich schwergetan, zwischen dem Ordnungsauftrag des Staates *und* dem besonderen Wächteramt zu unterscheiden. Lange Zeit formulierte es: „Die freie Entscheidung der Eltern darüber, wie sie dieser Elternverantwortung gerecht werden, ist durch ein Grundrecht gegen staatliche Eingriffe geschützt, soweit solche Eingriffe nicht durch das Wächteramt der staatlichen Gemeinschaft im Sinne des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG gedeckt sind“ (BVerfGE 31, 194 (204f.); 47, 46 (70)). Später legitimierte es den Auftrag des Staates aus dem Kindeswohl (BVerfGE 59, 360 (378f.); 68, 176 (188)). Differenzierter BVerfGE 56, 363 (382f.): „Das Elternrecht des Grundgesetzes gewährt den Eltern ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe und läßt Maßnahmen des Staates nur im Rahmen seines Wächteramtes zu . . . Soweit der Gesetzgeber die sich aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ergebenden Grundrechtspositionen der nichtehelichen Mutter und des nichtehelichen Vaters auszugleichen hat, ist seine Tätigkeit aber auf die Regelung des Verhältnisses der Eltern untereinander gerichtet, ohne daß der Vorrang des elterlichen Erziehungsrechts gegenüber dem Staat angetastet würde. Er ist daher nicht an die strengen Voraussetzungen gebunden, die für einen Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht vorliegen müssen . . . Es ist weiter wesentlich, daß bei der Entscheidung des Gesetzgebers im Bereich des Art. 6 Abs. 2 GG das Wohl des Kindes immer den Richtpunkt bildet, so daß bei Interessenkollisionen zwischen Kind und Mutter oder Kind und Vater dem Kind der Vorrang zukommen muß . . .“

gleichsam eingetaucht in ein fast unübersehbares Gemenge von Faktoren der Pflege, der Erziehung und des schlichten Einflusses. Die Lebens- und Entwicklungsbedingungen der Kinder sind ein Resultat gesamtgesellschaftlicher Verhältnisse; und die „Pflege und Erziehung der Kinder“ ist – auch – eine gesamtgesellschaftliche Leistung. Eltern und Gemeinwesen haben dabei eine besondere Rolle und Verantwortung. Aber diese *Ambiance* vielfältigster Faktoren ist potentiell nicht weniger Chance wie Störung und Gefahr.

## 7

Die Legitimation  
der Miterzieher

Die verfassungsrechtliche Achse, auf welche diese Probleme aufzutragen sind, ist die Polarität zwischen der Legitimation des Miterziehers und seiner miterziehenden Wirkungen einerseits und dem Elternrecht und den Grundrechten, die das Elternrecht aufnimmt, andererseits. Auf der Seite der Miterzieher finden wir zunächst private und gesellschaftliche Elemente von unterschiedlichster grundrechtlicher Legitimation (s. etwa Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 und 2, Art. 5, Art. 6 Abs. 1, Art. 7 Abs. 4 und 5, Art. 8, Art. 9, Art. 12 Abs. 1 S. 2, Art. 14 Abs. 1 GG). Daneben finden wir miterziehende Einrichtungen und Veranstaltungen des Gemeinwesens kraft rechtlicher Anordnung oder Zulassung oder – soweit dafür Raum ist – kraft politischer oder administrativer Selbstdefinition seiner Aufgaben. Dazwischen finden wir Phänomene des Übergangs: öffentlich-rechtlich organisierte Medien, die gesellschaftlichen Kräften Ausdruck geben (Art. 5 Abs. 1 GG); Kirchen und Religionsgemeinschaften, in denen die Bekenntnisfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) zur öffentlich-rechtlichen Autonomie überhöht worden ist (Art. 140 GG, Art. 137 WRV)<sup>18</sup>; und jene gesellschaftlichen Kräfte, die sich in die Funktionen öffentlicher Miterziehung mit dem Gemeinwesen teilen<sup>19</sup>.

## 8

Konflikte  
mit den  
Miterziehern

Auf der Seite der Eltern finden wir nicht nur Unterschiede zwischen den (objektiv und/oder subjektiv definierten) Interessen der Eltern und der Kinder und ihrem Rechtswert. Nicht weniger finden wir Unterschiede gerade darin, in welchem Grundrechtsbereich die Familie betroffen ist. Daß sich die Autonomie der Familie nach außen hin weitgehend in den Grundrechten äußert, die in sie eingebracht werden, entfaltet gerade in der Auseinandersetzung mit den Miterziehern wesentliche Bedeutung. Wo private und gesellschaftliche Miterzieher in Betracht kommen, sind Konflikte zwischen der elterlichen Erziehung und fremdem Einfluß rechtlich primär Konflikte zwischen Grundrechtsträgern, deren Lösung Sache des Privatrechts ist. Wo das Gemeinwesen miterziehende Funktionen aufnimmt, entfalten die Grundrechte ihre spezifische Abwehrkraft gegen die öffentliche Gewalt. Welcher „Mehrwert“ – genauer: welche zusätzliche oder eigenständige Bedeutung – demgegenüber dem Elternrecht zukommt, hängt von der Konstellation ab. Jedenfalls: während die Legitimation der Miterzieher grundsätzlich außerhalb des Elternrechts zu suchen ist, wirken bei ihrer Abwehr die in die Familie eingebrachten Grundrechte mit dem Elternrecht zusammen.

<sup>18</sup> Ohne daß dies den Kirchen ein Erziehungsrecht gegen die Eltern gäbe, s. dazu *Peters* (N 3), S. 380f.; *Böckenförde* (N 11), S. 75f.; *Josef Isensee*, Elternrecht, in: StL<sup>2</sup> II, Sp. 222 (227, 232f.). Dagegen *Willi Geiger*, Diskussionsbeitrag, in: *Essener Gespräche*, Bd. 14, 1980, S. 116ff.

<sup>19</sup> S. o. Rn. 2; s. u. Rn. 20, 36, 90ff.

Miterziehung kann eine zusätzliche Komplikation des Elternrechts bewirken: seine Kollektivierung. Sie kann informeller Natur sein. Die Wirksamkeit von wirtschaftlichen oder sonstwie gesellschaftlichen Angeboten etwa hängt davon ab, ob und in welchem Maße diese Angebote von den Eltern angenommen oder abgelehnt werden. Die Kollektivierung kann aber auch formeller Natur sein. Das ist immer dann der Fall, wenn Eltern als solche auf Miterzieher partizipatorischen Einfluß nehmen. Das klassische Beispiel ist die Mitwirkung von Eltern im Rahmen der Schule<sup>20</sup>. Jede Kollektivierung geht mit dem Dilemma einher, daß sie den Einfluß der (aus welchen Gründen auch immer) durchsetzungsstärkeren (Gruppen der) Eltern – bei formeller Kollektivierung grundsätzlich: der Mehrheit – vermehrt, den Einfluß der durchsetzungsschwächeren (Gruppen der) Eltern – bei formeller Kollektivierung grundsätzlich: der Minderheit – vermindert, letztlich den individuellen Charakter des Elternrechts aufhebt<sup>21</sup>. Kollektivierung des Einflusses der Eltern auf Miterzieher ist somit ambivalent. Das gilt auch und gerade für die Partizipation genannte formelle Kollektivierung des Elternrechts. Partizipation der Eltern in Institutionen der Miterziehung ist kein absoluter, sondern ein relativer Wert.

9

Miterzieher  
und elterliche  
Partizipation

### III. Elternrecht im Geflecht rechtlicher und gesellschaftlicher Ordnungen

#### 1. Geschlossene Ordnungen als Prämisse – die gesellschaftliche Herausforderung

Das Elternrecht steht und wirkt in einem umfassenden Geflecht von Ordnungen. Dies führt zu der Frage, wieviel Pluralität dieser Ordnungen möglich, notwendig und erträglich ist. Dies ist eine Frage an die Rechtsordnung. Dies ist aber auch eine Frage an die gesellschaftlichen Normen, die der Rechtsordnung vorausliegen und von ihr vorausgesetzt werden. Dem Grundgesetz scheint ein gesellschaftlicher Konsens über die „richtige“ Eltern-Kind-Beziehung selbstverständlich zu sein. Schon die allgemeine Berufung auf die Institutionen der „Ehe“ und der „Familie“ (Art. 6 Abs. 1 GG) ist von dieser Prämisse getragen<sup>22</sup>. Noch klarer weisen die Formulierungen des Elternrechts selber in diese Richtung. Das Elternrecht ist „das natürliche Recht der Eltern“. Und die Grenzen des Elternrechts liegen dort, wo „die Erziehungsberechtigten versagen“ (Art. 6 Abs. 3 GG). Nur wer ein Bild von der „richtigen“ Eltern-Kind-Beziehung hat, kann die Grenze des Elternrechts so formulieren.

10

Die Prämisse  
rechtlicher  
und sozialer  
Normen

Durfte der Grundgesetzgeber zu seiner Zeit von einem solchen Konsens ausgehen, so ist seither doch vieles davon in Frage gestellt. Die Lebensmuster haben sich nicht nur gewandelt, sondern weiter auseinanderentwickelt. Die Freiheitsrechte haben den Eltern selbst eine große Vielfalt an Lebensmustern

11

Elternrecht  
und Wandel der  
Lebensmuster

20 S. u. Rn. 87. → Unten *Oppermann*, § 145 Rn. 9, 86ff.

21 *Zeidler* (N 7), S. 565 ff. m. w. N.

22 → Oben *Lecheler*, § 133 Rn. 1 ff.

eröffnet. Und diese Vielfalt ist zu multiplizieren mit der Vielfalt denkbarer Lebensmuster, auf die hin Kinder heute aufgezogen werden, mit der Vielfalt der Vorstellungen vom „richtigen“ Lebensmuster eines Kindes als solchem, endlich mit der Vielfalt der Vorstellungen von der „richtigen“ Eltern-Kind-Beziehung selbst<sup>23</sup>. Wo liegt heute die Grenze, jenseits der Eltern „versagen“ und Kinder „verwahrlosen“ (Art. 6 Abs. 3 GG), wenn die Grenze gegenüber aller Freiheit der Eltern gerechtfertigt werden muß, das eigene Lebensmuster zu bestimmen, das Entwicklungsziel der Kinder zu definieren, das richtige Bild kindlicher Existenz zu zeichnen und endlich die Eltern-Kind-Beziehung selbst autonom zu bestimmen? Wo ist die Grenze der „Kultur“, die Art. 6 GG bejaht, und einer „Subkultur“, welche die Verfassung verneint<sup>24</sup>?

## 2. Die internationale Herausforderung

### 12

Internationale  
Wanderung

Diese Spannung zwischen der von Art. 6 GG vorausgesetzten relativen Geschlossenheit der Lebensmuster und ihrer tatsächlichen Vielfalt findet besonderen Ausdruck in der internationalen Dimension. Die internationale Wanderung hat es mit sich gebracht, daß in der Bundesrepublik immer mehr Menschen leben, deren familiäre Lebensmuster von denen abweichen, die das Grundgesetz vorausgesetzt hat. Das ist deshalb von besonderem Gewicht, weil so die Vielfalt gesellschaftlicher Werte und Modelle zu einer Vielfalt konkurrierender Rechtsordnungen gesteigert wird. Bilden für Art. 6 GG Ehe, Familie und Elternrecht eine klare Einheit, so stellt sich hier die Frage, was das Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 GG) besagt, wenn sich der weitere Rahmen von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) wesentlich von dem unterscheidet, was das Grundgesetz voraussetzt und zuläßt<sup>25</sup>. Aber ebenso stellt sich die Frage, wie weit die „internationale Toleranz“ des Elternrechts (Art. 6 Abs. 2 und 3 GG) geht, wenn „mitgebrachte Rechte“ der Eltern-Kind-Beziehung einen vom deutschen Recht wesentlich abweichenden Inhalt geben<sup>26</sup>.

„Internationale  
Toleranz“

23 Vgl. *Wilfried Schlüter*, Elterliches Sorgerecht im Wandel verschiedener geistesgeschichtlicher Strömungen und Verfassungsepochen, 1975; *Reinhard Lempp*, Familie im Umbruch, 1986; „Familie – Tatsachen, Probleme, Perspektiven“, Sonderveröffentl. aus Anlaß des 71. Deutschen Fürsorgetages v. 29.–31. Oktober 1986 in München, zugleich Heft 2–4 ArchsozArb 1986; *Franz Xaver Kaufmann*, Ehe und Familie II, in: StL II, Sp. 96f. → Oben *Lecheler*, § 133 Rn. 60ff.).

24 Zum Ganzen: *Wolfgang Loschelder*, Staatlicher Schutz für Ehe und Familie, in: FamRZ 1988, S. 333ff.

25 Die Frage wird durch einschlägiges Völkerrecht, insbesondere das Recht der Europäischen Menschenrechtskonvention, nicht einfacher. Auch das Völkerrecht trifft auf unterschiedliche nationale Voraussetzungen. Somit stellt sich für das Völkerrecht die Frage, wie weit es diese Unterschiede überwinden kann und will. Zu den einschlägigen völkerrechtlichen Normen siehe Rn. 37ff. Zur Einwirkung des Völkerrechts auf das Elternrecht bei Auflösung von Ehen s. N 307. → Oben *Lecheler*, § 133 Rn. 15ff.

26 Nach Art. 8 des sog. Haager Minderjährigenschutzabkommens (MSA) vom 5. Oktober 1961 (BGBl. 1971 II S. 1150) i. V. m. §§1666ff. BGB kann in das nach dem Heimatrecht des Kindes zu beurteilende – gesetzliche – elterliche Gewaltverhältnis eingegriffen werden. Dies ist vom BGH ausdrücklich bestätigt worden (BGHZ 60, 68). Die dabei entstehenden schwierigen Gemengelage auslandsrechtlicher einfachgesetzlicher Normen, Eltern- und Kindesgrundrechte sowie innerstaatlicher Schutzmaßnahmen machen eine Reihe von Gerichtsurteilen deutlich; KG Berlin, Beschl. v. 14. 9. 1984, in: IPrax 1985, S. 347ff. (mit Anm. von *Wilhelm Wengler*, S. 334ff.); OLG Celle, Beschl. v. 8. 2. 1984, in: Informationsbrief Ausländerrecht 1984, S. 291ff.; LG Berlin, Beschl. v. 18. 3. 1983, in: FamRZ 1983, S. 943ff. (mit Anm. von *Barbara John*,

Hier wird eine immer dramatischere Spannung sichtbar. Das Elternrecht ist ein Menschenrecht, das jedermann, nicht nur den Deutschen zusteht. Ebenso ist jedermann die Autonomie des familiären Raums verbürgt, die Art. 6 GG schützt. Auf der anderen Seite formuliert das Grundgesetz mit dem Schutz der Ehe, der Familie und des Elternrechts Grundlagen des gesellschaftlichen Lebens – auch etwa der Befindlichkeit der Frauen und der Kinder in unserer Gesellschaft. Und die Rechtsordnung kann sich nicht gleichermaßen auf die Autonomie der Familie und auf eine beliebige Vielfalt familiärer Lebensmuster einrichten. Hier Sachstrukturen aufzudecken und Normen zu entwickeln, welche die Grenzen abstecken, jenseits deren einheitliche Lebensmuster gefordert werden müssen, ist ein dringendes Desiderat<sup>27</sup>.

Nicht weniger dramatisch kann die Spannung zwischen dem Menschenrecht der Eltern, mit den Kindern in familiärer Gemeinschaft zu leben (Art. 6 Abs. 1 bis 3 GG), und den Hindernissen sein, die das Ausländerrecht der Herstellung dieser Gemeinschaft entgegensetzt<sup>28</sup>.

### 3. Die interkulturelle und interreligiöse Herausforderung

Die internationale Herausforderung wandelt sich schließlich – gerade in Zusammenhang mit dem Elternrecht – zu einer interkulturellen und interreligiösen Herausforderung<sup>29</sup>. Um ein Beispiel zu bilden: In dem Maße, in dem das Ehe- und Familienbild ausländischer Muslime, die sich in Deutschland aufhalten, hingenommen wird, muß fraglich werden, ob dieser Pluralismus deutschen Muslimen vorenthalten werden kann. Und was einer religiösen Gruppe recht ist, ist anderen billig. Die zunächst auf internationale Offenheit

13

Elternrecht  
als Menschen-  
recht und natio-  
nale Prämissen

14

„Familie“ des  
Grundgesetzes  
und die kulturelle  
und religiöse  
Vielfalt

S. 1274). Aus der zahlreichen Literatur s. nur *Helga Oberloskamp*, Haager Minderjährigenschutzabkommen, 1983, S. 18ff. u. 57ff.; *Wilhelm Wengler* in: RGRK, Komm. z. BGB, 1981, Bd. VI/1, S. 505; *ders.*, Die Stellungnahme von Aufenthaltsstaat und Heimatstaat zur elterlichen Sorgewalt unter dem Haager Minderjährigenschutzabkommen, in: IPrax 1984, S. 177 (179); *Carol S. Bruch*, Das interlokale und internationale elterliche Sorgerecht, in: Wolfgang Holl/Ulrich Klinke (Hg.), Internationales Privatrecht, Internationales Wirtschaftsrecht, 1985, S. 405ff.; *Heinz-P. Mansel*, Doppelstaatler mit Drittstaatenaufenthalt und die Bestimmung ihrer effektiven Staatsangehörigkeit im Rahmen des Art. 3 MSA, in: NJW 1986, S. 209 (211); *Eberhard Eichenhofer*, Die Stellung polygamer Ehen im deutschen Sozialrecht, in: SGB 1986, S. 136ff.; *Erik Jayme*, Internationales Familienrecht heute, in: FS für Wolfram Müller-Freienfels, 1986, S. 341 (343, 348); *Gunther Kühne*, Welche rechtlichen Vorkehrungen empfehlen sich, um die Rechtsstellung von Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland angemessen zu gestalten?, Teilgutachten „Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht“, in: Verhandl. des 53. DJf., 1980, Bd. I, Gutachten C, S. C 1ff.

27 Auszugehen ist von dem Grundsatz, daß das fremde Recht bei Ausländern im Inland hinzunehmen ist. Unangemessene Ergebnisse sind mit Hilfe des *ordre public* fallweise zu korrigieren (Art. 30 EGBGB; Art. 4 des Haager Übereinkommens über das auf die Unterhaltsverpflichtung gegenüber Kindern anzuwendende Recht v. 24. Oktober 1956 (BGBl. 1961 II S. 1012; Art. 16 MSA). Jedoch führt eine Praxis, die allein darauf verwiesen ist, zu immer mehr Rechtsunsicherheit und Reibungen.

28 S. *Helmut Quaritsch*, Kindernachzug und Art. 6 GG, in: NJW 1984, S. 2731 ff.; *Fritz Franz*, Der Nachzug ausländischer Familienangehöriger im Lichte der Verfassung, in: NJW 1984, S. 531 ff. Zur neueren Rechtsprechung s. insbes. *Peter Weides/Peter Zimmermann*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Regelung des Familiennachzugs im Ausländerrecht, in: NJW 1988, S. 1414 ff. Dagegen, daß Art. 6 GG den Asylanspruch auch nicht auf minderjährige Kinder des Asylbewerbers/Asylberechtigten erstreckt, vielmehr für sie immer ein eigener asylrechtlicher Tatbestand erfordert wird: BVerwGE 75, 304 (311).

29 Ähnlich schon *Peters* (N 3), S. 382.

angelegte Toleranz kann so in Frage stellen, was das Grundgesetz – insbesondere in Art. 3 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 1 und 2 GG – unter Familie und Elternschaft versteht.

#### IV. Neue Herausforderungen: freie und „machbare“ Elternschaft

##### 15

Recht auf  
das Kind –  
Recht gegen  
das Kind

Schließlich sind noch andere Herausforderungen zu nennen, denen das „Elternrecht“ sich künftig stellen müssen. Gibt es ein Recht, Kinder zu haben? Maßnahmen staatlicher Geburtenkontrolle können es in Frage stellen<sup>30</sup>. Eine Antwort müßte, würde sie in unserer Rechtsordnung aktuell, wohl aus einer Zusammenschau der Art. 1, 2 Abs. 1 und 6 Abs. 1 und 2 GG gefunden werden. Andererseits: gibt es ein Recht, keine Kinder zu haben<sup>31</sup>? Eine Art negatives Elternrecht? Art. 6 Abs. 2 GG gibt es nicht her<sup>32</sup>.

##### 16

Neue „tech-  
nische“ Heraus-  
forderungen

Wie steht es mit allen Fortschritten der „Reproduktionstechnik“, die dem Wunsch nach Elternschaft neue Wege der Verwirklichung öffnen<sup>33</sup>? Auch von dieser Herausforderung weiß Art. 6 GG noch nichts. Man wird, will man den Sinn des Art. 6 GG nach ergänzenden Antworten befragen<sup>34</sup>, dies sehr umsichtig tun müssen. Gewiß gibt Art. 6 Abs. 2 GG der Selbstverwirklichung der Menschen in Richtung auf Elternrecht Raum<sup>35</sup>. Aber nichts erlaubt die Annahme, daß Elternschaft an der Ehe vorbei oder über Ehen hinweg (heterogene Insemination<sup>36</sup>, Leihmütter<sup>37</sup>) zu einem Rechtswert für sich werden darf. Art. 6 Abs. 1 GG verlangt hier Respekt. Und nichts erlaubt die Behauptung, das „Recht auf ein Kind“ erlaube Methoden der In-vitro-Fertilisation, die auf die Vernichtung erzeugten Lebens hinauslaufen<sup>38</sup>. Hier

30 S. u. Rn. 40 mit N 76.

31 Zur Ersatzpflicht Dritter wegen vertraglich oder deliktisch zu verantwortender elterlicher Unterhaltspflicht s. BGHZ 76, 249. Gegen eine Schadensersatzpflicht auch zwischen (Ehegatten und) Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft BGH in: JZ 1986, S. 1008ff. (mit Anmerkung von *Thilo Ramm*).

32 Art. 6 Abs. 2 GG setzt das Vorhandensein von Kindern voraus: *Eva Marie von Münch* in: v. Münch I, Art. 6 Rn. 13.

33 *Christian Starck* und *Dagmar Coester-Waltjen*, Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, in: Verhandl. des 56. DJT, 1986, Bd. I, Gutachten A und B; s. auch den sog. „Benda-Bericht“ der gemeinsamen Arbeitsgruppe des Bundesministers für Forschung und Technologie und des Bundesministers der Justiz, In-vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie, 1985. → Bd. I, *Häberle*, § 20 Rn. 84ff., 89ff.

34 S. etwa *Günther Pütner/Klaus Brühl*, Fortpflanzungsmedizin, Gentechnologie und Verfassung, in: JZ 1987, S. 529ff.

35 Das setzt auch Grenzen. Die Verwendung männlichen Samens nach dem Tod des Samenspenders ist nicht mehr dessen Selbstverwirklichung. Art. 6 Abs. 2 GG verbietet die Verwendung; s. *Adolf Laufs*, Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, in: JZ 1986, S. 769 (772); *Pütner/Brühl* (N 34), S. 532.

36 S. *Starck* (N 33), S. A 21ff.; *Erwin Deutsch*, Des Menschen Vater und Mutter, in: NJW 1986, S. 1971ff.

37 Hierzu OLG Hamm in: NJW 1985, S. 2205; KG-Beschl. v. 19. 3. 1985, in: NJW 1985, S. 2201; *Manfred Harder*, Wer sind Vater und Mutter? – Familienrechtliche Probleme der Fortpflanzungsmedizin, in: JuS 1986, S. 505 (510); Nachw. insbes. der kritischen Stimmen bei: *Jürgen Feig*, Rechtliche und ethische Grenzen von Wissenschaft und Forschung, in: BayVBl. 1986, S. 449ff. (Fn. 65).

38 Ebenso auch *Coester-Waltjen* (N 33), S. B 103ff.; Benda-Bericht (N 33), S. 7. Vgl. auch die vom 88. Deutschen Ärztetag verabschiedeten Richtlinien zur Durchführung von In-vitro-Fertilisation und Embryonentransfer, abgedr. in: Bayerisches Ärzteblatt 1985, S. 567ff. Zur verfassungsrechtlichen Diskussion s. ferner *Eibe H. Riedel*, Gentechnologie und Embryonenschutz als Verfassungs- und Regelungsproblem, in: EuGRZ 1986, S. 469ff.

muß Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG entgegengehalten werden<sup>39</sup>. Alles in allem: die ethischen, gesellschaftlichen und technologischen Veränderungen dieser Welt reißen auch das Elternrecht in neue Strudel.

## B. Vorläufer, Entstehungsgeschichte, landesverfassungsrechtliches und internationales Umfeld des Art. 6 GG

### I. Vorläufer

Die Problematik des Elternrechts wird in der deutschen Verfassungsgeschichte erstmals<sup>40</sup> in Art. 119–122 WRV thematisiert. Art. 120 WRV:

„Die Erziehung des Nachwuchses zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit ist oberste Pflicht und natürliches Recht der Eltern, über deren Betätigung die staatliche Gemeinschaft wacht.“

Die Grundstruktur des Art. 6 Abs. 3 GG ist hierin zwar vorgezeichnet. Jedoch kann nicht übersehen werden, daß dem Elternrecht hier explizit ein Ziel gesteckt ist. Dem entspricht, daß die Pflicht vor dem Recht steht. Auch der Vorläufer des Art. 6 Abs. 2 GG ist substantieller formuliert. Art. 122 WRV:

„(I) Die Jugend ist gegen Ausbeutung sowie gegen sittliche, geistige und körperliche Verwahrlosung zu schützen. Staat und Gemeinde haben die erforderlichen Einrichtungen zu treffen.

(II) Fürsorgemaßregeln im Wege des Zwanges können nur aufgrund des Gesetzes angeordnet werden.“

Dem entspricht auch der weitere Rahmen. Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung (Art. 119 Abs. 1 S. 1 WRV). Und die Familie ist Gegenstand des Auftrages ihrer „Reinerhaltung, Gesundung und sozialen Förderung“ (Art. 119 Abs. 2 S. 1 WRV). Andere Themen sind die „ausgleichende Fürsorge“ für kinderreiche Familien (Art. 119 Abs. 2 S. 2 WRV), der Schutz der Mütter (Art. 119 Abs. 3 WRV) und gleiche Entwicklungsbedingungen für uneheliche wie eheliche Kinder (Art. 121 WRV). Das Erziehungssystem Schule wird eingehend, jedoch ohne äußeren Zusammenhang mit dem Elternrecht geregelt (Art. 143ff. WRV).

17

Die Weimarer  
Verfassung

39 S. Rainer Beckmann, Embryonenschutz und GG, Überlegungen zur Schutzwürdigkeit extrakorporal erzeugter Embryonen, in: ZRP 1987, S. 80ff. m. w. N. → Oben Lorenz, § 128 Rn. 11ff.

40 Zur Vorgeschichte s. Isensee (N 18), Sp. 222ff.

## II. Die vor-grundgesetzlichen Landesverfassungen

- 18**  
Zielsetzungen
- Diese Orientierung setzt sich 1946/47 in den Landesverfassungen fort<sup>41</sup>. Sicht man von der Verfassung Badens ab, die das Elternrecht darauf beschränkt, daß „in allen Erziehungsfragen . . . der Elternwille entscheidend“ sein soll (Art. 25), so stimmen alle diese Verfassungen darin überein, Elternrecht und -pflicht auf einen sachlich definierten Erziehungsauftrag hin zu orientieren. Dabei wird grundsätzlich der Tenor der Weimarer Verfassung – das Erziehungsziel der leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit – aufgenommen, variiert und angereichert<sup>42</sup>. Entsprechendes gilt auch für die Aussagen zu Ehe und Familie. Beide Institutionen werden nicht nur garantiert, sondern als Grundwerte der Gesellschaft und der Verfassungsordnung anerkannt<sup>43</sup>, freilich auch als autonome Räume, die von äußerer Einmischung frei bleiben sollen<sup>44</sup>.
- 19**  
Kinder – Mütter
- Im Bezugsfeld der Familie findet sich nun auch – vereinzelt – das Kind selbst als Grundwert hervorgehoben: „Kinder sind das kostbarste Gut der Familie und des Volkes“ (Art. 24 Abs. 1 S. 1 Rheinl.-PfalzVerf)<sup>45</sup>. Der Schutz der Mütter wird erneut garantiert<sup>46</sup>. Dazu fällt auf, daß die Rolle der Frau noch in Haushalt und Familie gesehen wird. Ihre „der Familie gewidmete häusliche Arbeit . . . wird der Berufsarbeit gleichgeachtet“ (Art. 21 Abs. 2 S. 1 Bad-Verf)<sup>47</sup>. Endlich ist den kinderreichen Familien ein besonderer Ausgleich zugesagt<sup>48</sup>.
- 20**  
Miterzieher
- Mit bemerkenswerter Intensität wird das Umfeld der elterlichen Erziehung beschrieben. Staat<sup>49</sup>, Gemeinden und Gemeindeverbände<sup>50</sup>, Kirchen und Reli-

41 Im folgenden sind die Verfassungen von *Baden* (BadVerf), von *Württemberg-Baden* (WürttBadVerf) und von *Württemberg-Hohenzollern* (WürttHohenzVerf) mit aufgenommen. Auch sie reflektieren die verfassungspolitische Atmosphäre der unmittelbaren Nachkriegszeit und standen den Vätern des Grundgesetzes vor Augen, als sie Art. 6 GG formulierten. Doch muß betont werden, daß sie 1953 aufgehoben wurden (Art. 94 Abs. 2 Bad-WürttVerf). – Die saarländische Verfassung geht auf das Jahr 1947 zurück. Damals war das Land noch französisches Protektorat. Nach der Volksbefragung von 1955 wurde die Verfassung grundlegend revidiert (Gesetz zur Änderung der Verfassung vom 20. Dezember 1956). Dabei wurde auch die Vorschrift über die Gleichstellung unehelicher Kinder mit den ehelichen (Art. 24 Abs. 2) neu und in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz (Art. 6 Abs. 5 GG) formuliert. Der Text vernachlässigt diese Vorgeschichte.

42 Art. 126 Abs. 1 BayVerf, Art. 23 Abs. 1 BremVerf, Art. 55 S. 1 HessVerf, Art. 25 Abs. 1 S. 1 Rheinl.-PfalzVerf, Art. 24 Abs. 1, 26 Abs. 1 S. 2 SaarVerf, Art. 17 Abs. 1, 36 Abs. 2 WürttBadVerf, Art. 106 WürttHohenzVerf.

43 Art. 21 Abs. 1 BadVerf, Art. 124 Abs. 1 und Abs. 2 BayVerf, Art. 21 BremVerf, Art. 4 HessVerf, Art. 22 Abs. 1 SaarVerf, Art. 23 Abs. 1 Rheinl.-PfalzVerf, Art. 16 Abs. 1 WürttBadVerf, Art. 101 WürttHohenzVerf.

44 Art. 21 Abs. 1 S. 2 BadVerf; Art. 16 Abs. 1 S. 2 WürttBadVerf.

45 Ähnlich Art. 125 Abs. 1 S. 1 BayVerf; s. a. Art. 54 BremVerf; Art. 30 Abs. 2 HessVerf.

46 Art. 22 Abs. 2 S. 5 BadVerf., Art. 125 Abs. 1 S. 2 BayVerf, Art. 54 BremVerf, Art. 30 Abs. 2 HessVerf, Art. 24 S. 2 Rheinl.-PfalzVerf, Art. 23 SaarVerf.

47 Art. 16 Abs. 2 S. 1 WürttBadVerf, Art. 102 Abs. 1 WürttHohenzVerf; s. a. Art. 22 Abs. 2, 53 Abs. 2 BremVerf.

48 Art. 21 S. 3 BadVerf, Art. 16 Abs. 3 Bad-WürttVerf, Art. 125 Abs. 3 BayVerf, Art. 103 WürttHohenzVerf.

49 Art. 24 Abs. 1 BadVerf, Art. 126 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 S. 1 BayVerf, Art. 23 Abs. 1 S. 2, 25 S. 1 BremVerf, Art. 30 Abs. 1 HessVerf, Art. 25 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 1 Rheinl.-PfalzVerf, Art. 25 Abs. 1 S. 2 SaarVerf, Art. 19 Abs. 1, 36 Abs. 2 WürttBadVerf, Art. 105 Abs. 1, 106 WürttHohenzVerf.

50 Art. 24 Abs. 1 BadVerf, Art. 83 Abs. 1, 126 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 S. 1 BayVerf, Art. 23 Abs. 1 S. 2

gionsgemeinschaften<sup>51</sup>, Wohlfahrtsverbände<sup>52</sup>, Jugendverbände<sup>53</sup>, vor allem aber die Schule<sup>54</sup> werden als Miterzieher genannt. Das Verhältnis der Eltern zu diesen Miterziehern wird freilich in sehr unterschiedlichen Konstellationen gesehen. Das Wächteramt des Staates gegenüber der Ausübung der Elternrechte und der Erfüllung der Elternpflicht wird nur vereinzelt artikuliert<sup>55</sup>. Der allgemeine Duktus ist der, daß dem Staat und den Gemeinden – ergänzend zuweilen auch den Wohlfahrtsverbänden – der Auftrag zuteil wird, die Jugendlichen vor Gefährdung und Verwahrlosung zu schützen<sup>56</sup> und entsprechende „Einrichtungen“ zu schaffen<sup>57</sup>. Dabei ist offenbar an Angebote gedacht, denn Zwang und insbesondere die Entziehung des Elternrechts sind dem besonderen Gesetz (zuweilen auch dem Richterspruch) vorbehalten<sup>58</sup>. Ein besonderes Thema dieses Auftrages an Staat und Gemeinden ist der Schutz der Jugendlichen vor Ausbeutung<sup>59</sup>, der zuweilen im Verbot der Kinderarbeit besondere Ausprägung findet<sup>60</sup>.

Auf der anderen Seite wird betont, daß Staat und Gemeinden die Eltern in ihrer Aufgabe zu unterstützen<sup>61</sup> haben. Den *Eltern* kommt das Recht zu, in Erziehungsfragen zu entscheiden<sup>62</sup>. Das wird insbesondere für die religiöse Erziehung betont<sup>63</sup>. Einige Verfassungen garantieren auch Einwirkungen auf den Miterzieher Schule<sup>64</sup>. Dem Recht und der Pflicht der Eltern, die Kinder zu leiblicher, geistiger und gesellschaftlicher Tüchtigkeit zu erziehen, und dem „negativen“ Auftrag des Staates und der Gemeinden, Kinder und Jugendliche vor der Gefährdung, Verwahrlosung und Ausbeutung zu schützen, werden schließlich weitere Zielbestimmungen hinzugefügt: die besonderen Ziele

**21**

Erziehung und  
Erziehungs-  
ziele

BremVerf. Art. 25 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 Rheinl.-PfalzVerf. Art. 25 Abs. 1 S. 2 SaarVerf. Art. 19 Abs. 1 WürttBadVerf. Art. 105 Abs. 1, 106 WürttHohenzVerf.

51 Art. 127 BayVerf. Art. 23 Abs. 2, 26 Rheinl.-PfalzVerf. Art. 26 Abs. 2 SaarVerf. Art. 36 Abs. 2 WürttBadVerf. Art. 106 WürttHohenzVerf.

52 Art. 26 Rheinl.-PfalzVerf. Art. 25 Abs. 1 S. 3 SaarVerf. Art. 19 Abs. 1 WürttBadVerf. Art. 105 Abs. 2 WürttHohenzVerf.

53 Art. 36 BremVerf. Art. 36 Abs. 2 WürttBadVerf. Art. 111 Abs. 3 WürttHohenzVerf.

54 Art. 27ff. BadVerf. Art. 129ff. BayVerf. Art. 28ff. BremVerf. Art. 27 Abs. 1 und 2 Rheinl.-PfalzVerf. Art. 27ff. SaarVerf. Art. 35ff. WürttBadVerf. Art. 109ff. WürttHohenzVerf.

55 Art. 25 Abs. 1 S. 2 Rheinl.-PfalzVerf.

56 Art. 24 Abs. 1 S. 1 BadVerf. Art. 126 Abs. 3 S. 1 BayVerf. Art. 25 Abs. 1 BremVerf. Art. 30 Abs. 1 HessVerf. Art. 25 Abs. 1 Rheinl.-PfalzVerf. Art. 25 Abs. 1 SaarVerf. Art. 19 Abs. 1 S. 2 WürttBadVerf. Art. 105 Abs. 1 WürttHohenzVerf.

57 Art. 24 Abs. 1 S. 2 BadVerf. Art. 126 Abs. 3 S. 1 BayVerf. Art. 19 Abs. 1 S. 2 und 3 WürttBadVerf.

58 Art. 24 Abs. 2 BadVerf. Art. 126 Abs. 3 S. 2 BayVerf. Art. 23 Abs. 3, 25 Abs. 2 BremVerf. Art. 55 S. 2 HessVerf. Art. 25 Abs. 3 Rheinl.-PfalzVerf. Art. 24 Abs. 1 S. 2, 25 Abs. 2 SaarVerf. Art. 19 Abs. 2 WürttBadVerf. Art. 105 Abs. 3 WürttHohenzVerf.

59 Art. 24 Abs. 1 S. 1 BadVerf. Art. 126 Abs. 3 S. 1 BayVerf. Art. 25 Abs. 1 BremVerf. Art. 25 Abs. 1 S. 1 SaarVerf. Art. 19 Abs. 1 S. 1 WürttBadVerf. Art. 105 Abs. 1 und Abs. 2 WürttHohenzVerf.

60 Art. 52 Abs. 2 BremVerf. Art. 30 Abs. 3 HessVerf.

61 Art. 126 Abs. 1 S. 2 BayVerf. Art. 23 Abs. 1 S. 2 BremVerf. Art. 25 Abs. 1 S. 2 Rheinl.-PfalzVerf.

62 Art. 25 BadVerf. Art. 126 Abs. 1 S. 3 BayVerf. Art. 23 Abs. 2 BremVerf.

63 Art. 28 Abs. 3 S. 2 BadVerf. Art. 127, 134 Abs. 3 S. 2, 137 Abs. 1 BayVerf. Art. 32 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 BremVerf. Art. 56 Abs. 7 HessVerf. Art. 35 Abs. 3 Rheinl.-PfalzVerf. Art. 29 Abs. 2 SaarVerf. Art. 39 S. 3 WürttBadVerf. Art. 115 Abs. 2 WürttHohenzVerf.

64 Art. 29 S. 2 BremVerf. Art. 56 Abs. 3 HessVerf. Art. 29 Abs. 3–5 Rheinl.-PfalzVerf. Art. 109 WürttHohenzVerf.

schulischer Erziehung<sup>65</sup> und allgemeine Erziehungsziele, die wohl alle Faktoren der Erziehung ansprechen wollen<sup>66</sup>.

- 22** Den unehelichen Kindern wird Gleichstellung im beruflichen und öffentlichen Leben<sup>67</sup> und gleich Förderung zugesagt<sup>68</sup>.  
 Unehelichkeit
- 23** Gelegentlich taucht auch das Thema der Betreuung und Erziehung elternloser Kinder auf<sup>69</sup>.  
 Elternlosigkeit

### III. Entstehungsgeschichte des Art. 6 GG

- 24** Im Gegensatz zu seiner landesverfassungsrechtlichen Ambiance enthielt der „Herrenchiemseer Entwurf“<sup>70</sup> keine Bestimmungen über Ehe, Familie und Elternrecht.  
 Herrenchiemseer Entwurf

- 25** Im Verlaufe der Beratungen des Parlamentarischen Rates bildeten sich zwei Wurzeln des jetzigen Art. 6 GG heraus. Die Grundlagen des Art. 6 Abs. 1, Abs. 4 und Abs. 5 GG fanden sich bis zur zweiten Lesung des Hauptausschusses in Art. 7a des Entwurfs. Die Grundlagen des Art. 6 Abs. 2 und 3 GG fanden sich bis zu diesem Zeitpunkt (Januar 1949) in Art. 7b des Entwurfs. Erst dann wurden die Regelungen zum späteren Art. 6 GG vereinigt.  
 Die Verhandlungen des Parlamentarischen Rates

Die Verhandlungen begannen in der 24. Sitzung des Grundsatzausschusses des Parlamentarischen Rates vom 12. November 1948 und waren von vornherein auf den Themenkreis konzentriert, den der Text des Art. 6 GG erörtert. Nur drei weitere Themen wurden behandelt: die Fürsorge für elternlose Kinder, das Kind als Grundwert und die Gleichstellung von Mann und Frau in der Ehe und hinsichtlich der elterlichen Gewalt. Zum letzteren erübrigte dann Art. 3 Abs. 2 und 3 GG eine besondere Aussage.

Die Gegenstände der Absätze 2 (Elternrecht), 3 (Trennung der Kinder von den Eltern), 4 (Mutterschutz) und 5 (Gleichstellung der unehelichen Kinder) des späteren Art. 6 waren rasch unbestritten. Ein längerer Kampf spielte sich nur hinsichtlich einer grundsätzlichen Garantie von Ehe und Familie (Abs. 1) ab, die von der CDU beantragt worden war und von der FDP unterstützt wurde, während die SPD ihr widersprach.

- 26** Die Formulierungen der späteren Abs. 2 und 3 des Art. 6 GG gehen auf einen Antrag des Abgeordneten Süsterhenn (CDU) in der 24. Sitzung des Grundsatzausschusses (23. November 1948) zurück. Er lautete:  
 Die Entstehung des Art. 6 Abs. 2 und 3 GG

„Pflege und Erziehung der eigenen Kinder ist das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Dieses Recht ist auch bei der

65 Art. 131 BayVerf. Art. 56 Abs. 3 und Abs. 4 HessVerf. Art. 33 Rheinl.-PfalzVerf. Art. 30 SaarVerf. Art. 37 Abs. 3, Abs. 4 S. 1 WürttBadVerf. Art. 111 WürttHohenzVerf.

66 Art. 26 BadVerf. Art. 26 BremVerf. Art. 26 SaarVerf. Art. 36 WürttBadVerf. Art. 106 WürttHohenzVerf.

67 Art. 23 S. 2 BadVerf. Art. 24 BremVerf. Art. 18 WürttBadVerf. Art. 104 WürttHohenzVerf.

68 Art. 126 Abs. 2 BayVerf. Art. 24 BremVerf. Art. 47 Rheinl.-PfalzVerf.; s. a. Art. 24 Abs. 2 SaarVerf.

69 Art. 23 S. 1 BadVerf. Art. 17 Abs. 2 WürttBadVerf. Art. 104 Abs. 2, 106 WürttHohenzVerf.

70 Zur Entstehungsgeschichte des Art. 6 GG vgl. JöR NF 1. insbes. zu Art. 6 GG: S. 92ff.

Bestimmung des religiös-weltanschaulichen Charakters der Schule und durch Sicherung der Unterrichtsfreiheit zu wahren. Die Herausnahme von Kindern aus der Familiengemeinschaft gegen den Willen der Erziehungsberechtigten ist nur auf gesetzlicher Grundlage möglich, wenn durch ein Versagen der Erziehungsberechtigten die Gefahr der Verwahrlosung der Kinder gegeben ist.“

Die Thematik des Satzes 2 dieses Vorschlages wanderte rasch in den Zusammenhang des Schulrechts, so daß sich der Hauptausschuß in einem Beschluß vom 7. Dezember 1948 auf die Annahme der Sätze 1 und 3 beschränkte. Die folgenden Beschlüsse des Redaktionsausschusses, des Grundsatzausschusses und des Hauptausschusses modifizierten diese Substanz immer wieder. Umstritten blieb vor allem die Formulierung der Voraussetzungen für die Trennung der Kinder von den Eltern. Vom Antrag Süsterhenn bis zur Entscheidung des Hauptausschusses in zweiter Lesung (18. Januar 1949) wurden die Voraussetzungen des Versagens der Erziehungsberechtigten und der drohenden Verwahrlosung der Kinder kumulativ miteinander verbunden. Der Allgemeine Redaktionsausschuß entfernte dann (25. Januar 1949) die Voraussetzung des Versagens der Erziehungsberechtigten, um nur noch auf die Gefahr der Verwahrlosung abzustellen. Diese Verwahrlosung könne viele Gründe haben – nicht nur das Versagen der Eltern. Nachdem sich der Fünferausschuß für den Einbau des Art. 7b in den Art. 7a des Entwurfs ausgesprochen hatte, schloß sich der Hauptausschuß in seiner dritten Lesung (8. Februar 1949) diesem Vorschlag an. Dabei wurde der Text auch in zwei Absätze (jetzt Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 GG) aufgegliedert.

27

In der vierten Lesung des Hauptausschusses (5. Mai 1949) kam es schließlich noch zu wesentlichen Ergänzungen. Auf einen Antrag der Abgeordneten Dr. Dehler (FDP) und Zinn (SPD) wurde der Garantie des Elternrechts (jetzt Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) der Satz hinzugefügt: „Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.“ Auf einen weiteren Antrag des Abgeordneten Zinn (SPD) wurde die Trennung der Kinder von den Erziehungsberechtigten nunmehr alternativ an das Versagen der Erziehungsberechtigten *oder* an die drohende Verwahrlosung geknüpft. Die abschließenden Verhandlungen im Plenum befaßten sich mit diesen Vorschriften nicht mehr.

28

Die Thematik des Art. 6 Abs. 4 GG wurde in der 29. Sitzung des Grundsatzausschusses (vom 4. Dezember 1948) aufgeworfen. Dabei ging es Theodor Heuss zunächst um den besonderen Schutz der unehelichen Mutter und des unehelichen Kindes:

29

Die Entstehung  
des Art. 6  
Abs. 4 GG

„Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge des Staates. Uneheliche Kinder stehen in ihren Rechten den ehelichen gleich.“

Im Verlauf der weiteren Erörterungen wurden der Mutterschutz und die Gleichstellung unehelicher Kinder gesondert formuliert und in besonderen Absätzen (Art. 7a Abs. 2 bzw. 3 des Entwurfs) untergebracht. In der ersten Lesung des Hauptausschusses (7. Dezember 1948) gab es durchaus wieder Versuche, das Verbot der Diskriminierung unehelicher Mütter und uneheli-

cher Kinder in einem Satz zusammenzufügen. Jedoch blieb es bei der gesonderten Formulierung des Mutterschutzes, die sich vom späteren Art. 6 Abs. 4 GG nur dadurch unterschied, daß der Anspruch der Mutter auf Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft als „gleich“ apostrophiert wurde. Erst in der dritten Lesung des Hauptausschusses (8. Februar 1949) ging das Wort „gleichen“ verloren. Seitdem kommt die ursprüngliche Absicht des Art. 6 Abs. 4 GG, der Diskriminierung unehelicher Mütter entgegenzuwirken, nur noch darin zum Ausdruck, daß der Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft „jeder Mutter“ zugesagt werden. In dieser dritten Lesung verschmolz der Hauptausschuß auf Vorschlag des Fünferausschusses Art. 7a und Art. 7b des Entwurfs, woraus sich schließlich die Position des Mutterschutzes als Abs. 4 in Art. 6 GG ergab.

**30**

Die Entstehung  
des Art. 6  
Abs. 5 GG

Von allen Absätzen des Art. 6 GG hatte die Gleichstellung der unehelichen Kinder (Abs. 5) die wechselvollste Entstehungsgeschichte. Dabei war das Prinzip von Anfang an unumstritten. Die Ausgestaltung aber war Gegenstand heftiger Auseinandersetzungen. Erst in der 29. Sitzung des Grundsatzausschusses (4. Dezember 1948) kam es zu einer ersten Einigung über folgende Formulierung:

„Uneheliche Kinder haben das gleiche Recht auf Förderung durch die Gemeinschaft wie die ehelichen.“

Im Rahmen der ersten Lesung des Hauptausschusses (7. Dezember 1948) kam es zu einer bemerkenswerten Episode der Formulierungsgeschichte. Die Fraktion der SPD wollte die gesamte Problematik des späteren Art. 6 Abs. 1, 4 und 5 GG auf den Satz bringen:

„Ehe, Familie und Kind genießen den besonderen Schutz der Verfassung.“

Dies war das einzige Mal, daß der „Grundwert Kind“ explizit gemacht wurde. Der Vorschlag setzte sich aber nicht durch. In der Diskussion über die Formulierung des Grundsatzausschusses wurde geltend gemacht, daß die Gleichstellung erst durch den Gesetzgeber bewirkt werden müsse. Das Ergebnis war die Formulierung:

„Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für die leibliche, seelische und gesellschaftliche Entwicklung zu schaffen wie den ehelichen Kindern.“

**31**

Der Grundsatzausschuß modifizierte in seiner 32. Sitzung (11. Januar 1949) diese Fassung geringfügig. Im Rahmen der zweiten Lesung des Hauptausschusses (18. Januar 1949) versuchte die SPD-Fraktion eine grundlegende Neugestaltung der Vorschrift:

- (1) „Das uneheliche Kind steht dem ehelichen gleich.
- (2) Es gilt mit seinem natürlichen Vater als verwandt.
- (3) Durch die Gesetzgebung sind ihm die gleichen Bedingungen für seine leibliche, seelische und gesellschaftliche Tüchtigkeit zu schaffen wie dem ehelichen Kind.“

Sie drang damit aber nicht durch. Am Ende dieser Beratungen des Hauptausschusses steht bereits der Text, der in Art. 6 Abs. 5 GG Recht geworden ist. In der dritten Lesung des Hauptausschusses vom 8. Februar 1949 wurden dann Art. 7a und 7b vereinigt. In der vierten Lesung des Hauptausschusses (5. Mai 1949) unternahm die SPD-Fraktion noch einmal einen Vorstoß, die Verwandtschaft des unehelichen Kindes mit seinem natürlichen Vater in das Grundgesetz aufzunehmen. Sie scheiterte damit. Das Plenum des Parlamentarischen Rates nahm Veränderungen nicht mehr vor.

Vergleicht man den so zustande gekommenen Text des Art. 6 GG mit seinen Vorläufern<sup>71</sup>, so fällt zunächst die „Entmaterialisierung“ auf. Ziele und Wertungen formuliert der Text nicht mehr explizit – weder für die Ehe noch die Familie, weder für Recht und Pflicht der Eltern noch für die Stellung des Kindes. Eine andere „Verlustliste“ betrifft die einzelnen Problemfelder. Als „Miterzieher“ werden nur noch „die staatliche Gemeinschaft“ (Art. 6 Abs. 2 und 3 GG) und die Schule (Art. 7 GG) genannt. Die Einwirkung auf die Schule ist nur aus Gesichtspunkten der religiösen Erziehung garantiert (Art. 7 Abs. 2 und 5 GG). Die Sorge für elternlose Kinder wird nicht mehr erwähnt. Desgleichen fehlt der besondere soziale Schutz für die kinderreiche Familie. In zwei Gegenständen zeigt sich gesellschaftlicher Fortschritt. Die Gleichstellung der unehelichen Kinder ist umfassender formuliert als vorher (Art. 6 Abs. 5 GG). Noch deutlicher ist das Grundgesetz hinsichtlich der Gleichstellung von Männern und Frauen (Art. 3 Abs. 2 GG).

Zieht man die Entstehungsgeschichte zu Rate, um diese Veränderungen zu interpretieren, so zeigt sich, daß dort, wo gesellschaftlicher Fortschritt zutage tritt, dies auch Absicht war. Nicht ganz so verhält es sich hinsichtlich des Verzichts auf Aussagen. Sie haben nur zum Teil spezifische Gründe – nämlich für die Garantie von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG). Diese stieß auf starke Widerstände. So lag es nahe, sie auf ein Mindestmaß zu beschränken. Im übrigen ist die Zurückhaltung allgemeineren Ursachen zuzurechnen – nämlich der Tendenz, das Grundgesetz von dem Entwurf einer Sozialordnung und von politischen Programmen freizuhalten und dem (in Art. 1 Abs. 3 GG verwirklichten) Vorsatz, in die Grundrechtsordnung nur „hartes“, „einklagbares“ Recht aufzunehmen.

32

Das Ergebnis

33

#### IV. Landesverfassungen nach dem Grundgesetz

Die Landesverfassungen, die nach dem Grundgesetz ergingen, standen zunächst vor der Frage, ob sie sich mit Grundrechten überhaupt noch befassen sollten. Wenn sie die Frage bejahten, mußten sie entscheiden, welche grundrechtlichen Aussagen in einer Landesverfassung noch sinnvoll sein konnten. Die Verfassungen von Niedersachsen (1951) und Hamburg (1952) verzichte-

34

Verzicht auf eigene Regelung

<sup>71</sup> Zur Interpretation s. *Böckenförde* (N 11), S. 58.

ten auf jede einschlägige Regelung. Die Verfassung von Berlin (1950) beschränkte sich auf die Gleichstellung von Mann und Frau (Art. 6).

„Schulartikel“

Die Landessatzung von Schleswig-Holstein (1949) enthält einen „Schulartikel“ (Art. 6), nach dem die Erziehungsberechtigten über den Besuch einer weiterführenden Schule und über den Besuch der Schule einer nationalen Minderheit zu entscheiden haben (Abs. 2 und Abs. 4). Eingehender beschäftigen sich mit dem Themenfeld des Elternrechts nur die Verfassung von Nordrhein-Westfalen (1950) und die Verfassung von Baden-Württemberg (1953).

### 35

Rückgriff  
auf die  
Weimarer  
Reichsverfassung

Dabei haftet die Verfassung von Nordrhein-Westfalen an den Traditionen, wie sie durch die Weimarer Verfassung und die vorgrundgesetzlichen Landesverfassungen geprägt wurden. „Das natürliche Recht der Eltern, die Erziehung ihrer Kinder zu bestimmen, bildet die Grundlage des Erziehungs- und Bildungswesens“ (Art. 8 Abs. 1 S. 2). „Ehe und Familie werden als Grundlagen der menschlichen Gesellschaft anerkannt. Sie stehen unter dem besonderen Schutz des Landes. Die Mutterschaft und die kinderreiche Familie haben Anspruch auf besondere Fürsorge“ (Art. 5 Abs. 1). „Die der Familie gewidmete Hausarbeit der Frau wird der Berufsarbeit gleichgeachtet“ (Art. 5 Abs. 2). Neben dem Miterzieher Schule (Art. 8ff.) werden Kirchen, Religionsgemeinschaften und Verbände der freien Wohlfahrtspflege als Träger „der Familienpflege und der Jugendfürsorge“ genannt (Art. 6 Abs. 3). Aller Erziehung sind gemeinsame Ziele gesetzt (Art. 7 Abs. 1 und 2).

### 36

Pluralität  
der Erziehungs-  
träger

Die Verfassung von Baden-Württemberg<sup>72</sup> betont die Pluralität der Erziehungsträger: „... in ihren Bereichen die Eltern, der Staat, die Religionsgemeinschaften, die Gemeinden und die in ihren Bünden gegliederte Jugend“ (Art. 12 Abs. 2). Auch hier sind aller Erziehung gemeinsame Ziele gesetzt (Art. 12 Abs. 1). Staat, Gemeinden und Wohlfahrtsverbänden ist zudem der Schutz der Jugend gegen Ausbeutung und Gefährdung aufgetragen (Art. 13 Bad-WürttVerf). Den Eltern kommt nur das „natürliche Recht“ zu, „die Erziehung und Bildung ihrer Kinder mitzubestimmen“. Das „muß bei der Gestaltung des Erziehungs- und Schulwesens berücksichtigt werden“ (Art. 15 Abs. 2 Bad-WürttVerf). Zu diesem Zweck wirken „die Erziehungsberechtigten . . . durch gewählte Vertreter an der Gestaltung des Lebens und der Arbeit der Schule mit (Art. 17 Abs. 4 Bad-WürttVerf). Nur über die religiöse Erziehung bestimmen die Erziehungsberechtigten allein (Art. 18 S. 3 Bad-WürttVerf).

<sup>72</sup> Die Verfassung Baden-Württembergs von 1953 enthielt in Art. 15 Abs. 2 die folgende Vorschrift:  
„Das natürliche Recht der Eltern, die Erziehung und Bildung ihrer Kinder mitzubestimmen, muß bei der Gestaltung des Erziehungs- und Schulwesens berücksichtigt werden. Das Nähere regelt das Schulgesetz, das einer Zweidrittelmehrheit bedarf.“  
Durch Verfassungsänderung vom 8. Februar 1967 entfiel Satz 2 dieser Vorschrift. Satz 1 dagegen wurde ein selbständiger Absatz 3.

## V. Internationales Recht

Dem Grundgesetz vorausgegangen war die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Generalversammlung der Vereinten Nationen von 1948. Dieses nicht unmittelbar rechtsverbindliche, für die Wertvorstellungen der internationalen Gemeinschaft gleichwohl sehr bedeutsame Dokument erkennt in der Familie „die natürliche und grundlegende Einheit der Gesellschaft“ und sagt die Freiheit von „willkürlichen Eingriffen“ sowie den „Schutz der Gesellschaft“ und des Staates zu (Art. 12, Art. 16 Nr. 3). Das Elternrecht wird im Kontext des Rechts auf Bildung und Ausbildung (Art. 26 Nr. 1 und 2) artikuliert. „In erster Linie haben die Eltern das Recht, die Art der ihren Kindern zuteil werdenden Bildung zu bestimmen“ (Art. 26 Nr. 3). Die Vorarbeiten zu Art. 16 der „Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte“, deren Beratung sich ja mit den Verhandlungen des Parlamentarischen Rates überlappte, spielten eine wesentliche Rolle für die Aufnahme des späteren Art. 6 Abs. 1 GG in das Grundgesetz<sup>73</sup>.

37

Allgemeine  
Erklärung der  
Menschenrechte

Unmittelbar nach dem Grundgesetz entstand die europäische Grundrechtsordnung: die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten von 1950 (EMRK) und die Europäische Sozialcharta von 1961 (EuSC). Beide Normwerke garantieren und schützen die Familie (Art. 8, 12 EMRK, Art. 16 EuSC). Erst das Erste Zusatzprotokoll zur EMRK (Art. 2 S. 2) von 1952 sagt jedoch Spezifisches über die Rechtsstellung der Eltern aus:

38

Europäische  
Menschenrechts-  
konvention –  
Europäische  
Sozialcharta

„Der Staat hat bei Ausübung der von ihm auf dem Gebiete der Erziehung und des Unterrichts übernommenen Aufgaben das Recht der Eltern zu achten, die Erziehung und den Unterricht entsprechend ihren eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen sicherzustellen.“

Die Europäische Sozialcharta fügte dem dann den status positivus hinzu: die soziale Förderung der Familie, insbesondere der Mütter und der Kinder (Art. 16, 17 EuSC). Dabei erschließt sie einen neuen, aktuellen Themenkreis: den Schutz der Wanderarbeitnehmer und ihrer Familien (Art. 19 EuSC). Für das Elternrecht besonders bedeutsam ist die Verpflichtung der Unterzeichnerstaaten, „soweit möglich, die Zusammenführung eines zur Niederlassung im Hoheitsgebiet berechtigten Wanderarbeitnehmers mit seiner Familie zu erleichtern“ (Art. 19 Ziff. 6 EuSC).

Die nächste „Generation“ internationaler Menschenrechtsdokumente ist von den Vereinten Nationen getragen. Zunächst ist die – rechtlich nicht unmittelbar verbindliche – „Declaration of the Rights of the Child“ von 1959 zu nennen<sup>74</sup>. Sie postuliert die gesunde und normale Entwicklung der Kinder in Freiheit und Würde (Grundsatz 2) in der Obhut der Eltern und der Familie (Grundsatz 6), den sozialen Schutz und die soziale Förderung der Kinder (Grundsätze 4, 5, 8, 10 S. 1), insbesondere den Schutz vor Vernachlässigung,

39

UN-Dokumente

73 Vgl. JöR NF 1, S. 93.

74 Res. 1386 (XIV) der Generalversammlung v. 20. November 1959.

Grausamkeit und Ausbeutung (Grundsatz 9 Abs. 1 S. 1), das Verbot des Handels mit Kindern (Grundsatz 9 Abs. 1 S. 2), das Verbot der Kinderarbeit (Grundsatz 9 Abs. 2) und schließlich das Recht auf Erziehung (Grundsatz 7) in einem Geist des Verständnisses, der Toleranz und des Friedens (Grundsatz 10 S. 2)<sup>75</sup>.

40

Die im engeren Sinne rechtliche Entwicklung setzte sich fort mit dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte von 1966 (IPBürgR) und dem Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966 (IPWSKR). Sieht man beide Dokumente zusammen, so ergibt sich eine relativ dichte Aussage. Die Familie ist als Grundwert anerkannt (Art. 10 Ziff. 1 IPWSKR). Privatheit und Autonomie der familiären Sphäre sind geschützt (Art. 17 IPBürgR). Desgleichen sind der Familie sozialer Schutz und soziale Förderung zugesagt (Art. 10 Ziff. 1 und Ziff. 3, 11 Abs. 1 IPWSKR). Insbesondere sind Mütter, Kinder und Jugendliche sozial zu schützen (Art. 10 IPWSKR). Vom Elternrecht ist freilich *nur* im Hinblick auf die religiöse und weltanschauliche *Erziehung* (Art. 13 Abs. 3 IPWSKR; Art. 18 Abs. 4 IPBürgR) und die Entscheidung für nicht-öffentliche Schulen (Art. 13 Abs. 3 IPWSKR) die Rede. Doch darf nicht verkannt werden, daß die Staaten beide Dokumente unabhängig voneinander annehmen können. Der völkerrechtlich stärkere Pakt über bürgerliche und politische Rechte garantiert nur den Privatraum der Familie (Art. 17 IPBürgR) und das Entscheidungsrecht der Eltern in bezug auf die religiöse Erziehung des Kindes (Art. 18 Abs. 4 IPBürgR).

In der Folgezeit wurden die Vereinten Nationen zum Forum weiterer Themen im Umkreis des Elternrechts: das Recht der Eltern, frei und verantwortlich Anzahl und Aufzuehung ihrer Kinder zu bestimmen; und die Gleichberechtigung der Frau<sup>76</sup>.

41

Regionale  
Menschenrechts-  
erklärungen

Auch neuere regionale Menschenrechtsdokumente haben das Thema aufgegriffen: so die Amerikanische Menschenrechtskonvention von 1969<sup>77</sup> und die afrikanische Banjul Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker von 1982<sup>78</sup>.

75 Vgl. Action in the field of human rights, United Nations (Hg.), 1980, S. 208, 209.

76 Vgl. Res. XVIII der Internationalen Menschenrechtskonferenz von Teheran sowie Res. 1326 (XLIV) (Familienplanung) und Res. 1327 (Gleichberechtigung der Frau) des Wirtschafts- und Sozialrats der Vereinten Nationen – alle aus dem Jahr 1968 – in: UN-Yearbook 1968, S. 545 u. 575. Die Entwicklungsgeschichte bis hin zum jüngsten „Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau“ vom 18. 12. 1979 (BGBl. II 1985 S. 647) wird anschaulich in: United Nations (Hg.), United Nations and Human Rights, 1984, S. 171 ff., geschildert.

77 „Die Familie ist die natürliche und wesentliche Grundeinheit der Gesellschaft und hat einen Anspruch auf Schutz durch Gesellschaft und Staat (Art. 17 Abs. 1); die Vertragsstaaten ... gewährleisten die rechtliche Gleichheit ... von Ehegatten ... (Art. 17 Abs. 4 S. 1); das Gesetz sorgt für die Anerkennung gleicher Rechte von nichtehelichen und ehelichen Kindern (Art. 17 Abs. 5); im Falle der Scheidung erfolgt der nötige Schutz der Kinder allein auf der Grundlage deren besten Wohls (Art. 17 Abs. 4 S. 2); Eltern und Vormünder haben das Recht, für diejenige religiöse und moralische Erziehung ihrer Kinder oder Mündel zu sorgen, die mit ihren eigenen Überzeugungen übereinstimmt (Art. 12 Abs. 4). Quelle: O. A. S. Treaty Service no. 36, at 1. Nachw. bei Thomas Buergenthal/Robert Lorris/Dinah Shelton (Hg.), Protecting Human Rights in the Americas, Arlington 1982, S. 290ff. (Appendix).

78 „Die Familie ist die natürliche Einheit und Grundlage der Gesellschaft. Sie untersteht dem Schutz des Staates, der für ihr Wohlergehen und ihre sittliche Verfassung sorgt (Art. 18 Abs. 1); der Staat hat die

Schließlich sei vermerkt, daß die Schlußakte der Konferenz über Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa von Helsinki aus dem Jahre 1975 (KSZE) in Korb 3 über „Zusammenarbeit in humanitären und anderen Bereichen“ den Fragenkomplex der Familienzusammenführung (Ziff. 1 Buchst. b) aufgenommen und um die Thematik grenzüberschreitender familiärer Kontakte bereichert hat (Ziff. 1 Buchst. a).

Alles in allem hat das internationale Recht eine gleichermaßen spezifische wie allgemeine Aussage über das Elternrecht, wie sie Art. 6 Abs. 2 und 3 GG enthalten, nicht entwickelt. Die Problematik geht im wesentlichen in allgemeineren Aussagen über die Familie unter oder wird in spezielleren Aussagen über den Schutz von Müttern, Kindern und Jugendlichen sowie über das Recht der Eltern und Erziehungsberechtigten, die religiöse und weltanschauliche Erziehung der Kinder zu bestimmen, reflektiert.

**42**  
Bilanz des  
internationalen  
Rechts

## VI. Ausländisches Verfassungsrecht

Ein Verfassungsvergleich des Elternrechts ist ein riskantes Unterfangen. Fehlen Aussagen über das Elternrecht, so kann das viele Gründe haben – am häufigsten den, daß Verfassungen sich auf das Organisatorische beschränken oder Grundrechtskataloge sich auf „klassische“ Grundrechte konzentrieren. Sind Aussagen über das Elternrecht vorhanden, so können sie die unterschiedlichste Qualität haben – etwa bindendes Recht oder bloße politische Deklamation sein. Gleichwohl sei das Ergebnis einer Analyse von 152 aktuellen Verfassungen mitgeteilt<sup>79</sup>. Sie zeigt, daß die Familie selbst in höchstem Maße verfassungsrechtliche Anerkennung findet (61 Verfassungen). In bezug auf die Kinder ist es vor allem das staatliche Wächteramt, das auf die unterschiedlichste Weise postuliert wird<sup>80</sup>. Nur 27 Verfassungen geben dem Recht und/oder der Pflicht der Eltern auf Pflege und Erziehung der Kinder (allgemein oder speziell) Ausdruck<sup>81</sup>. Vielfach wird dieses Recht auch als Pflicht verstanden<sup>82</sup>. Zu den einschlägigen Verfassungsaussagen mit der größten Verbreitung gehört der Schutz der Mütter<sup>83</sup>. Dagegen sind Verfassungs-

**43**  
Ausländische  
Verfassungen

Anerkennung  
der Familie

Elternrecht

Mutterschutz

Pflicht, der Familie Beistand zu leisten, welche als Wächter der gesellschaftlich anerkannten Sitten und traditionellen Werte fungiert (Art. 18 Abs. 2); jedermann obliegenden Pflichten gegenüber seiner Familie ... (Art. 27 Abs. 1); jedermann hat ebenso die Pflicht ... die harmonische Entwicklung der Familie zu schützen und für den Zusammenhalt und die Achtung der Familie zu arbeiten, seine Eltern jederzeit zu achten und sie zu unterhalten, wenn sie bedürftig sind“ (Art. 29 Ziff. 1). Quelle: International Legal Materials Vol. XXI (Hg.: O. A. S.), Washington 1982, S. 59.

<sup>79</sup> Diese Zusammenstellung haben die Rechtsreferendare *Beate Rappl* und *Ingo Winkelmann* erarbeitet.

<sup>80</sup> 32 Verfassungen, davon in Europa Irland (Art. 42 Abs. 3, Abs. 5), Island (Art. 71), Italien (Art. 30 Abs. 2), Schweden (Ch. 8 Art. 76), Spanien (Art. 39 Abs. 4), Türkei (Art. 50 Abs. 3 und Abs. 4); Bulgarien (Art. 39 Abs. 1), Ungarn (Art. 16), Polen (Art. 79 Abs. 3, 80).

<sup>81</sup> Davon in Europa: Irland (Art. 42), Italien (Art. 30 Abs. 1), Portugal (Art. 36 Abs. 5), Spanien (Art. 27 Abs. 3, 39 Abs. 3), Türkei (Art. 42); Albanien (Art. 48, 52), DDR (Art. 38 Abs. 4), Polen (Art. 79 Abs. 3, 72).

<sup>82</sup> Etwa Vanuatu (vormals Neue Hebriden) (Part 2 h), Nicaragua (Art. 34 Abs. 4), Panama (Art. 54), Polen (Art. 79 Abs. 2), Ruanda (Art. 24 Abs. 2), Vietnam (Art. 66 Abs. 4).

<sup>83</sup> In 41 Verfassungen, davon in Europa: Griechenland (Art. 21 Abs. 1), Irland (Art. 41 Abs. 2), Italien (Art. 31 Abs. 2), Portugal (Art. 68), Spanien (Art. 39 Abs. 2), Türkei (Art. 41 Abs. 2), Türkisch-Zypern (Art. 30 Abs. 2, 40 Abs. 2); Albanien (Art. 48), Bulgarien (Art. 37), DDR (Art. 20 Abs. 2 S. 2, 38 Abs. 1–3), Polen (Art. 78 Abs. 2), Ungarn (Art. 62 Abs. 2).

Nichteheliche  
Kinder

aussagen über Schutz und Gleichstellung nichtehelicher Kinder relativ selten<sup>84</sup>. Daß in Lateinamerika 10 von 27 ausgewerteten Verfassungen dieses Thema erwähnen, mag damit zusammenhängen, daß dort auch die De-facto-Lebensgemeinschaft verfassungsrechtliche Anerkennung findet<sup>85</sup>.

## C. Das Elternrecht des Grundgesetzes

### I. Die verfassungsrechtliche Natur des Elternrechts

44

Grundrecht –  
Grundpflicht –  
institutionelle  
Garantie

Das Elternrecht des Art. 6 GG ist ein Grundrecht (Art. 1 Abs. 2, 93 Abs. 1 Nr. 4 a, 142 GG), das mit der Grundpflicht der Eltern (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG)<sup>86</sup> zum Rechtsinstitut der „Elternverantwortung“ verschmilzt<sup>87</sup>. Trotz dieser Einheit bestehen Unterschiede. Das Grundrecht wirkt unmittelbar (Art. 1 Abs. 3 GG). Die Elternpflicht hingegen bedarf, wie jede Grundpflicht, der Substantiierung durch das einfache Recht. Elternrecht und -pflicht sind zugleich objektives Verfassungsrecht<sup>88</sup>. Sie sind institutionelle Garantie und als solche mit der Garantie der Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) sachlich wie textlich eng verbunden.

45

Der Ordnungsauftrag

Schließlich sind Elternrecht und -pflicht ein Ordnungsauftrag an das einfache Recht (an den Gesetzgeber, hilfsweise an den richterlichen oder auch administrativen Rechtsanwender)<sup>89</sup>. Das ergibt sich aus dem Ordnungsauftrag in Art. 6 Abs. 1 GG. Und es bestätigt sich aus der Struktur aller jener spezielleren Gestaltungen, die sämtlich nur durch eine Erfüllung des Ordnungsauftrages sinnvoll realisiert werden können, die der zentralen Wertaussage gerecht wird: aus der Dialektik zwischen Elternrecht und Elternpflicht (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG), aus dem Gegenüber von autonomer Aufgabe der Eltern und staatlichem Wächteramt (Art. 6 Abs. 2 S. 1 und 2 GG), aus der Aufgabe des

84 20 Verfassungen, in Europa: Italien (Art. 30 Abs. 1 und 3), Portugal (Art. 36 Abs. 4), Spanien (Art. 39 Abs. 2 und 3); Bulgarien (Art. 38 Abs. 4), Polen (Art. 79 Abs. 4).

85 Vgl. die Verfassungen von Guatemala (Art. 36), Honduras (Art. 113), Panama (Art. 53).

86 Die Elternpflicht ist eine atypische Grundpflicht. Sie korrespondiert unmittelbar mit einem Grundrecht, das sie gleichermaßen erfüllt und relativiert. Im Grundgesetz, das Grundpflichten im allgemeinen nicht kennt, fällt dies nicht auf. Bemerkenswert ist jedoch, daß auch die Landesverfassungen, die Grundpflichten kennen, das Elternrecht nicht in die entsprechenden Abschnitte stellen (Art. 98ff. BayVerf., Art. 1ff. BremVerf., Art. 27ff. HessVerf., Art. 20ff. Rheinl.-PfalzVerf., Art. 1ff. SaarVerf.). Zur Qualifikation der Elternpflicht als Grundpflicht s. *Rolf Stober*, Grundpflichten und Grundgesetz, 1979, S. 35; *dens.*, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, in: NVwZ 1982, S. 473 (476); *Peter Badura*, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, in: DVBl. 1982, S. 861 (867ff.); *Herbert Bethge*, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, in: NJW 1982, S. 2145ff.; *Hasso Hoffmann*, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, in: VVDStRL 41 (1983), S. 42 (72ff.).

87 S. o. N 9.

88 S. o. N 12.

89 S. o. N 11 u. 17. – Ganz auf den Charakter des Elternrechts als Abwehrrecht dagegen stellt *Hans-Uwe Erichsen*, Elternrecht – Kindeswohl – Staatsgewalt, 1985, S. 16f., ab. Doch kommt auch er, über das Sozialstaatsprinzip, zu einem Ordnungsauftrag (S. 18f., 43f.).

Gesetzgebers, die Grenzen der familiären Gemeinschaft von Eltern und Kindern zu bestimmen (Art. 6 Abs. 3 GG), aus der programmatischen Natur des Mutterschutzes (Art. 6 Abs. 4 GG) und aus dem Auftrag an den Gesetzgeber, den unehelichen Kindern gleiche Bedingungen zu verschaffen wie den ehelichen (Art. 6 Abs. 5 GG). Der Ordnungsauftrag ist aber auch dem Grundrecht der Eltern immanent. Es gewinnt erst durch die Erfüllung des Ordnungsauftrages seine volle Gestalt. Andererseits aber umschließt das Grundrecht der Eltern auch ein Recht gerade darauf, daß der Ordnungsauftrag so realisiert wird, wie es dem Programm der Verfassung entspricht<sup>90</sup>.

Das Grundrecht, die Grundpflicht, die institutionelle Garantie und ihre Entfaltung durch die Erfüllung des darin angelegten Ordnungsauftrags vermitteln einen umfassenden Status: den status negativus, das Abwehrrecht<sup>91</sup>; den status passivus, die Unterworfenheit unter Pflichtbindung, Wächteramt und Ordnungsauftrag<sup>92</sup>; den status activus, die Partizipation an den Verfahren und Institutionen, die mit den Eltern in der „Pflege und Erziehung der Kinder“ konkurrieren<sup>93</sup>; den status positivus auf Hilfe und Förderung für die Eltern und Kinder und Kompensation der besonderen Lasten der Eltern<sup>94</sup>.

Einen eigenen Akzent setzt die Bezeichnung des Elternrechts als eines „natürlichen Rechts“ (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG). Ist damit ein vorstaatlicher, überpositiver, naturrechtlicher Charakter anerkannt<sup>95</sup>? Oder geht es nur darum, eine faktische „Natürlichkeit“ – sei es im Sinne des Rückgriffs auf „natürliche“ Zusammenhänge wie Zeugung und Geburt<sup>96</sup>, sei es einfach im Sinne von Selbstverständlichkeit und Normalität – hervorzuheben? Man wird alles in Betracht ziehen müssen. Die rechtliche Relevanz dieser Annahme ist gleichwohl schwierig auszumachen. Sollte Art. 6 Abs. 2 GG zu jenen Verfassungssätzen gehören, „die so elementar und so sehr Ausdruck eines auch der Verfassung vorausliegenden Rechts sind, daß sie den Verfassungsgesetzgeber selbst binden und daß andere Verfassungsbestimmungen, denen dieser Rang nicht zukommt, wegen ihres Verstoßes gegen sie nichtig sein können“<sup>97</sup>? Soll dies kraft und im Rahmen des Art. 79 Abs. 3 GG gelten oder auch unabhängig davon? Richtig wird sein, daß das Prinzip eines Eltern-Grundrechts dem

**46**

Status-  
Dimensionen des  
Elternrechts

**47**

Elternrecht  
als „natürliches“  
Recht

90 Heinz Holzhauser, Verwandtschaftliche Elternstellung, verfassungsmäßiges Elternrecht und elterliche Sorge, in: FamRZ 1982, S. 109ff.

91 BVerfGE 4, 52 (57ff.); 7, 320 (323); 24, 119 (138).

92 S. noch einmal die Nachw. oben N 17.

93 Zum Recht auf Anhörung und Information im Schulbereich: BVerfGE 34, 165 (192); 59, 360 (381f.); BVerfGE 61, 164 (167); BayVerfGHE 33, 33 (41, 43). Zu prozessualen Rechten: BVerfGE 21, 132 (138); 68, 176 (188). – Allgemeiner dazu Erichsen (N 89), S. 21f.

94 S. u. Rn. 99f. – Zur Problematik der leistungstaatlichen Grundrechtssteuerung s. Erichsen (N 89), S. 19f.

95 BVerfGE 60, 79 (88): „... wobei dieses natürliche Recht den Eltern nicht vom Staate verliehen worden ist, sondern von diesem als vorgegebenes Recht anerkannt wird.“ S. dazu etwa auch Peters (N 3), S. 373f.; Maunz (N 17), Art. 6 Rn. 25.

96 BVerfGE 24, 119 (150): „Der Verfassungsgeber geht davon aus, daß diejenigen, die einem Kinde das Leben geben, von Natur aus bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen.“ Vgl. auch BVerfGE 59, 360 (376); Böckenförde (N 11), S. 69f.; Walter Schmitt Glaeser, Das elterliche Erziehungsrecht in staatlicher Reglementierung, 1980, S. 35ff.; Erichsen (N 89), S. 28.

97 BVerfGE 1, 14 (32).

Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) so wesentlich ist, daß ein System „unverletzlicher und unveräußerlicher Menschenrechte“ als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft (Art. 1 Abs. 2 GG) nicht darauf verzichten kann, ein entsprechendes unmittelbares Grundrecht (Art. 1 Abs. 3 GG) auszubringen<sup>98</sup>.

Elternrecht  
als Menschen-  
recht

Als „natürliches“ Recht kann das Elternrecht – wie alle Rechte aus Art. 6 GG – nur ein „Menschenrecht“, *kein* bloßes „Deutschenrecht“ sein<sup>99</sup>.

## II. Bundesrecht – Landesrecht

48  
Bundesstaat-  
liche Kompetenz-  
verteilung

Der Ordnungsauftrag des Art. 6 GG richtet sich sowohl an den Bund (primär den Bundesgesetzgeber) als auch an die Länder (primär die Landesgesetzgeber)<sup>100</sup>. Gewiß hat der Bund einige zentrale Zuständigkeiten, das Elternrecht und sein Umfeld auszugestalten: vor allem das Bürgerliche Recht (Art. 74 Nr. 1 GG) und das Jugendwohlfahrtsrecht (als Bestandteil der „öffentlichen Fürsorge“ im Sinne des Art. 74 Nr. 7 GG)<sup>101</sup>. Dazu kommt eine Fülle weiterer Materien, die das Elternrecht mehr oder minder auch berühren. Aber vieles, was der Verwirklichung des Art. 6 GG dient oder doch daran gemessen werden kann, ist Sache der Länder geblieben (Art. 30, 70 GG)<sup>102</sup>; so vor allem das schulische und nichtschulische Erziehungswesen<sup>103</sup>. Die Länder haben also an der Zuständigkeit, die Ambiance von Eltern und Kindern rechtlich zu bestimmen, teil. Dieses Nebeneinander von Bundes- und Landeskompetenz im Umfeld des Elternrechts vertieft sich noch durch das Maß, in welchem Einzelfallentscheidungen und Rechtswirklichkeit von Verwaltung und Justiz abhängen, von Funktionen also, die weitgehend Sache der Länder sind (Art. 30, 83 ff., 92 GG).

49  
Relevanz der  
Landesver-  
fassungen

Daß die Länder in solchem Maße Anteil an der Gestaltung des Elternrechts und seines Umfeldes haben, gibt auch den entsprechenden Bestimmungen der Landesverfassungen<sup>104</sup> aktuellen Sinn. Gewiß haben Landesverfassungen kraft der Verfassungsautonomie der Länder (Art. 28 Abs. 1 GG) ein Recht zu Grundsatzaussagen auch dort, wo ihnen die konkrete Regelungszuständigkeit fehlt<sup>105</sup>. Nur: fehlen dem Landesgesetzgeber die Zuständigkeiten, diese Verfassungsprogramme zu realisieren, und fehlen der Landesverwaltung oder

98 Ähnlich *Peters* (N 3), S. 374. Die unzuverlässige Bilanz des internationalen Rechts (s. o. Rn. 42) und des ausländischen Verfassungsrechts (s. o. Rn. 43) kann an diesem Axiom deutschen Rechts nichts ändern.

99 Vgl. statt aller *Maunz* (N 17), Art. 6 Rn. 4 und 23.

100 *Maunz* (N 17), Art. 6 Rn. 26f.

101 Für den Bereich der Jugendwohlfahrt: BVerfGE 22, 180 (213).

102 S. dazu BVerfGE 59, 360 (380f.); dies muß auch bei der Interpretation des Art. 6 GG bedacht werden. Ein Übermaß an konkretisierender Interpretation des Art. 6 GG könnte in Konflikt mit der Regelungszuständigkeit der Länder geraten, s. *Zeidler* (N 7), S. 570.

103 Zur Stellung der Kindergärten zwischen Jugendwohlfahrt und Schule: BayVerfGHE 29, 191.

104 S. o. Rn. 18ff. und Rn. 34.

105 *Hans F. Zacher*. Die Entwicklung des Verfassungsrechts seit 1946. in: Hans Nawiasky/Claus Leusser/Karl Schweiger/Hans F. Zacher, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Stand: 1976, IV Rn. 21 ff., insbes. Rn. 30ff.

dem Landesrichter Ermessens- und Interpretationsspielräume, den Aussagen der Landesverfassungen Rechnung zu tragen, so mangelt es der Landesverfassungsnorm an aktueller Geltung<sup>106</sup>. Im Bereich des Elternrechts aber bleibt der Landesverfassung noch Spielraum, Landesgesetzgeber, Landesrichter und Landesverwaltungen zu steuern<sup>107</sup>.

Vorschriften des Landesverfassungsrechts, die das Elternrecht in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz garantieren (Art. 31, 142 GG), gelten danach – verbindlich für die jeweilige Landesstaatsgewalt – fort<sup>108</sup>. Das gilt auch für jene Bestimmungen des Landesverfassungsrechts, die über den kargen textlichen Rahmen des Art. 6 GG hinausgehen, die Grundwerte Ehe, Familie und Kind artikulieren, das Elternrecht ausprägen und entfalten und Staat, Gemeinden und andere Träger an der Sorge für die Kinder beteiligen<sup>109</sup>. Sie machen grundsätzlich nur Inhalte explizit, die auch Art. 6 GG immanent sind, oder nutzen Spielräume, die Art. 6 GG offenhält. Mag durch diese Vorschriften des Landesverfassungsrechts auch der Auftrag des einfachen Landesrechts, das Elternrecht auszugestalten, stärker gebunden sein als nach Art. 6 GG, so ist dies als Selbstbindung der Landesstaatsgewalt zulässig. Dem Bundesrecht wird damit nichts vorweggenommen. Und Art. 6 GG sagt nichts darüber aus, ob die Länder ihre Zuständigkeit, das Elternrecht und sein Umfeld zu ordnen, allein durch einfaches Recht oder auch durch verfassungsrechtliche Aussagen ausüben.

Für jene Bestimmungen des Landesverfassungsrechts, die Ziele der Erziehung formulieren<sup>110</sup>, wird jedoch zu unterscheiden sein, ob der Staat diese Ziele für sich – und hier wiederum: für die eigenständig legitimierte (Art. 7 GG) Schule oder für die gegenüber dem Elternrecht nachrangigen sonstigen Maßnahmen der Pflege und Erziehung der Kinder – formuliert<sup>111</sup>, oder ob er sie auch den Eltern vorgibt<sup>112</sup>. Daß der Staat für sich Ziele formuliert, ist legitim. Sie müssen jedoch in sich oder durch die Struktur der Institutionen, für die sie gelten, dem Primat der elterlichen Erziehung gerecht werden. Auch daß der Staat die Elternpflicht durch die Formulierung von Erziehungszielen entfaltet, ist legitim<sup>113</sup>. Dürfte er das nicht, so wäre die Elternpflicht sinnentleert und könnte die staatliche Gemeinschaft auch nicht wissen, wann Eltern „versagen“ und Kinder „verwahrlosen“ (Art. 6 Abs. 3 GG)<sup>114</sup>. Nur verlangt hier die Autonomie der Eltern in weitaus höherem Maße Respekt. Dabei wird

**50**

Fortgeltung  
landesverfassungs-  
rechtlichen  
Elternrechts

**51**

Erziehungs-  
ziele in den  
Landesver-  
fassungen

106 Zacher (N 105), IV Rn. 34 ff.

107 Zu den gebotenen Differenzierungen s. Zacher (N 105), IV Rn. 38 ff., 48 ff.

108 BayVerfGHE 16, 10 (14); HessStGH in: ESVGH 21, 1 (13); 22, 1 (7).

109 A. A. Böckenförde (N 11), S. 58 ff.

110 S. o. Rn. 21 und Rn. 34: zu den Erziehungszielen umfassend Peter Häberle, Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat, 1981.

111 S. dazu Hans-Ulrich Evers, Die Befugnis des Staates zur Festlegung von Erziehungszielen in der pluralistischen Gesellschaft, 1979.

112 S. Häberle (N 110), S. 46 ff., 50 ff. – Gänzlich gegen landesverfassungsrechtliche Erziehungsziele, soweit sie auch die elterliche Erziehung umfassen: Böckenförde (N 11), S. 58 ff.

113 Ferner BVerfGE 7, 320 (323); 56, 363 (381). S. auch Rn. 89.

114 Zum „formalen“ Minimum des Erziehungsziels der „Pflege und Erziehung“ s. Erichsen (N 89), S. 35, 38 f. m. w. N.

einmal mehr zu berücksichtigen sein, daß das Elternrecht nicht nur Grundrecht ist, sondern auch ein Raum, in dem Grundrechte der Eltern und Kinder ausgeübt und zum Ausgleich gebracht werden, endlich Grundrechte der Kinder auf deren eigenen späteren Gebrauch hin aufbewahrt und entwickelt werden.

Entwicklung  
substanzieller  
Grundrechtsmündigkeit als immanentes Erziehungsziel

Diese grundrechtliche Sinndimension des Elternrechts ist von wesentlicher und doppelter Bedeutung für die Problematik der Erziehungsziele. Einerseits erschließt sich von daher ein immanentes Erziehungsziel: die Entwicklung zu substanzieller „Grundrechtsmündigkeit“ im Sinne selbstverantwortlichen, selbständigen und gemeinschaftsgebundenen Grundrechtsgebrauchs<sup>115</sup>.

52

Persönliche und gemeinschaftsbezogene Erziehungsziele

Auf der anderen Seite zeigt sie, daß Erziehungsziele nicht nur auf den Maßstab des Elternrechts treffen, sondern auch auf die Abwehr der Grundrechte, die in den Raum der Familie eingebracht sind. Die Sensibilität der Freiheit des Gewissens oder der Freiheit des religiösen Bekenntnisses gegenüber staatlichen Regelungen und Interventionen exemplifiziert diese Problematik in besonderer Weise<sup>116</sup>. Von daher bietet sich die Unterscheidung zwischen „persönlichen“ und „gemeinschaftsbezogenen“ Erziehungszielen an: „Je mehr es um nicht nur rein persönliche Folgen geht, sondern um solche, die das Kind als ‚Zoon politikon‘ betreffen, desto eher wird man den Eltern Maßstäbe für ihre Verantwortung angeben dürfen“<sup>117</sup>. Den Eltern die Erziehung zur „Ehrfucht vor Gott“ aufzugeben (Art. 12 Abs. 1 Bad-WürttVerf; Art. 7 Abs. 1 Nordrh.-WestfVerf) ist deshalb ebenso unzulässig, wie wenn ihnen eine atheistische Erziehung aufgegeben würde. Ihnen dagegen die Erziehung etwa zur Achtung vor der Würde des Menschen (Art. 7 Abs. 1 Nordrh.-WestfVerf) oder zum Frieden aufzugeben, erscheint zulässig<sup>118</sup>. Dazwischen liegt freilich ein Feld von Möglichkeiten<sup>119</sup>. Für ihre Vereinbarkeit mit Art. 6 GG wird es auch darauf ankommen, ob Erziehungsziele nur deklaratorisch den Eltern den Werthorizont der verfaßten Gesellschaft aufzeigen<sup>120</sup> oder als strikte Bindung der Eltern verstanden sein wollen.

115 *Erichsen* (N 89), S. 37f. m. w. N.

116 S. dazu *Josef Isensee*, Demokratischer Rechtsstaat und staatsfreie Ethik, in: Essener Gespräche, Bd. 11, 1977, S. 9 ff.; *Wolfgang Loschelder*, Wertbezogene Erziehung – Rechtliche Spielräume und Grenzen, in: *Renovatio* 1985, S. 78 ff.

117 *Häberle* (N 110), S. 56 ff. (Zitat S. 57).

118 Zu weit gehend *Isensee* (N 18), Sp. 232, der alle Erziehungsziele für unzulässig hält, die weiter gehen als die Formel von der „leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit“. Richtig wohl *Peter Badura*, Staatsrecht, 1986, S. 107; Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG „erlaubt dem Gesetzgeber nicht, das Erziehungsrecht der Eltern politischen oder weltanschaulichen Staatszielen zu unterwerfen“.

119 S. die Beispiele in N 66 sowie Art. 12 Bad-WürttVerf und Art. 7 Nordrh.-WestfVerf.

120 S. *Häberle* (N 110), S. 56: „soft law“.

### III. Die Adressaten des Grundrechts

#### 1. Allgemeines

Adressaten des Grundrechts sind die „Eltern“ von „Kindern“ (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG)<sup>121</sup>, die „Erziehungsberechtigten“ von „Kindern“ (Art. 6 Abs. 3 GG)<sup>122</sup> und die „Kinder“ selbst; denn die in Art. 6 Abs. 1 bis 3 GG gewährleistete Autonomie ist auch eine Sache der „Kinder“. Die Eltern sind berechtigt und verpflichtet (Art. 6 Abs. 1 S. 1 GG), die Erziehungsberechtigten unmittelbar nur berechtigt (Art. 6 Abs. 3 GG)<sup>123</sup>. Das Recht der Kinder dagegen ist grundsätzlich durch das Recht der Eltern überdeckt<sup>124</sup>. Unter den „Eltern“ nehmen die „Mütter“ (Art. 6 Abs. 4 GG), unter den „Kindern“ die „unehelichen Kinder“ (Art. 6 Abs. 5 GG) eine besondere Stellung ein.

Diesem Kreis der – primär – Berechtigten steht der Kreis der – primär – Verpflichteten gegenüber: die Träger öffentlicher Gewalt, die an das Grundrecht gebunden sind (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3, 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG). Aber auch auf dieser Seite ist die Betroffenheit mehrseitig. Die Verpflichtung der öffentlichen Gewalt erstreckt sich nicht nur auf passives Wahren des Grundrechts, sondern auch darauf, die schulische Erziehung der Kinder einzurichten und zu verantworten (Art. 7 GG), komplementäre Pflege und Erziehung der Kinder durch andere Träger zu ermöglichen oder selbst zu leisten (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG), versagende Eltern oder Eltern, deren Kinder verwaarloosen, zu substituieren (Art. 6 Abs. 3 GG) und schließlich der Elternverantwortung und dem Umfeld, in dem sie steht, eine grundrechtswahrende und -erfüllende Ordnung zu geben. Dabei nehmen auch hier die Programme zugunsten der Mütter (Art. 6 Abs. 4 GG) und der nichtehelichen Kinder (Art. 6 Abs. 5 GG) eine besondere Stellung ein.

Mittelbar betrifft das Grundrecht auch Dritte. Die „staatliche Ordnung“ (Art. 6 Abs. 1 GG), die das Recht der Eltern zur Pflege und Erziehung ihrer Kinder zu gewährleisten hat (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG), kann nicht umhin, die Beziehungen der Eltern und der Kinder zu denen zu regeln, die auf diese Pflege und Erziehung der Kinder Einfluß nehmen. Die Vielfalt der denkbaren Konstellationen läßt dabei eine unmittelbare Geltung des Grundrechts gegenüber Dritten grundsätzlich nicht zu. Jedoch fordert der Vorrang der Eltern bei der Pflege und Erziehung ihrer Kinder ein Mindestmaß an Sicherung gegen fremde Einflüsse<sup>125</sup>. Wo die Rechtsordnung (unter der Verfassung) hinter

**53**

Eltern, Erziehungsberechtigte und Kinder als Adressaten

Mütter

Uneheliche Kinder

**54**

Träger öffentlicher Gewalt als Adressaten

**55**

Dritte als Adressaten

121 Zur Abgrenzung s. *Klaus Hahnzog*, Der Inhalt des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG, in: *FamRZ* 1971, S. 334ff. m. w. N. (Fn. 9); vgl. auch *Erwin Stein*, Elterliches Erziehungsrecht und Religionsfreiheit, in: *HdbStKirchR* II, S. 455 (458f.).

122 Zu deren Rechtsstellung s. u. Rn. 63.

123 Aufgrund der Rechtsordnung können Erziehungsberechtigte, soweit sie die Stellung von Eltern einnehmen, freilich auch an der Pflichtstellung der Eltern partizipieren.

124 Gegen eine Berechtigung der Kinder aus Art. 6 Abs. 2 GG, jedoch offen hinsichtlich eines Rechts der Kinder aus Art. 6 Abs. 3 GG: *BVerfGE* 28, 104 (112).

125 Zum elterlichen Sorgerecht als absolutes Recht im Sinne der Privatrechtsordnung *Joachim Gernhuber*, Lehrbuch des Familienrechts, 1980, S. 18f., 713f.

diesem Mindestschutz zurückbleiben würde<sup>126</sup>, wäre es Sache der Rechtsanwender, vor allem der Richter, unter Heranziehung allgemeiner Vorschriften (etwa der Generalklauseln des Bürgerlichen Rechts oder auch des Polizeirechts) das Elternrecht unmittelbar zu schützen<sup>127</sup>.

## 2. „Eltern“ und „Kinder“

### a) Die Altersgrenze

**56**  
Die spezifische  
Funktion der  
Begriffe „Eltern“  
und „Kinder“

„Eltern“ und „Kinder“ im Sinne des Art. 6 Abs. 2 GG<sup>128</sup> sind nicht alle Personen, die unmittelbar voneinander abstammen<sup>129</sup>. Der Personenkreis ist enger. Die Funktion der Begriffe ergibt sich aus der Aufgabe der „Pflege und Erziehung der Kinder“. Dabei ist die Verbindung von Pflege und Erziehung wesentlich, die Erziehung gleichwohl das dominante Kriterium<sup>130</sup>. Erwachsene sind keine „Kinder“ im Sinne des Art. 6 Abs. 2 GG. Ihnen steht selbst die Eingehung eigener Ehen, die Gründung eigener Familien und die Ausübung des Elternrechts in bezug auf ihre Kinder zu.

**57**  
Minderjährig-  
keit, Volljährig-  
keit als Grenze  
des Kindesbegriffs

Die Grenze zwischen „Kindern“ und „Erwachsenen“ wird von der Rechtsordnung durch die Institute der Minderjährigkeit und der Volljährigkeit (§ 2 BGB) typisiert. Bis zu dieser Zeit umschreiben vor allem elterliches Sorgerecht, elterliche Unterhaltungspflicht und gesetzliche Vertretung den Raum für „Pflege und Erziehung“. Nach der Volljährigkeit kann das „Kind“ noch auf Unterhalt und tatsächliche Hilfe angewiesen sein. Die gesetzliche Vertretung und jene umfassende Sorge für „Pflege und Erziehung“, die auch ein Recht ist, entfallen jedoch<sup>131</sup>. Diese Typisierung ist als solche sachgerecht<sup>132</sup>.

**58**  
Grenzen des  
gesetzgeberischen  
Ermessens

Jedoch ist die Festlegung des Regelalters, mit dem die elterliche „Pflege und Erziehung“ endet und durch Selbständigkeit und Selbstverantwortung des „Kindes“ abgelöst wird, nicht dem Belieben überlassen. Die Grenzen des gesetzgeberischen Ermessens sind hier vor allem danach zu bestimmen, ob „Erziehung“ noch möglich und sinnvoll ist, und in welchem Umfang „Pflege“ geboten ist. Diese Fragestellung kann auch ins Grundrechtliche übertragen

126 Gegenwärtig soll § 1632 BGB diesen Mindestschutz sichern: Anspruch auf Herausgabe des Kindes (Abs. 1). Bestimmung des Umgangs des Kindes mit Dritten (Abs. 2).

127 Allein eine derartige „mittelbare“ Drittwirkung des Elternrechts vermöchte im Ernstfall dem Sorgerecht der Eltern Durchsetzung zu verschaffen; zur Problematik s. auch unten Rn. 91 f.

128 Nur um die Begriffe „Eltern“ im Sinne von Art. 6 Abs. 2 GG und „Kinder“ im Sinne von Art. 6 Abs. 2 und 3 GG kann es hier gehen. Spezialgesetzliche Kindesbegriffe (z. B. des Sozial- oder Steuerrechts) haben weithin andere Aufgaben und also Inhalte. Selbst der Kindesbegriff des Art. 6 Abs. 5 GG unterscheidet sich von dem des Art. 6 Abs. 2 und 3 GG wesentlich. Die Nachteile einer nichtehelichen Geburt können auch im Erwachsenen-Alter noch einen Ausgleich verlangen.

129 So sind Großeltern keine „Eltern“: BVerfGE 19, 323 (329). Jedoch hat das Bundesverfassungsgericht Großeltern, die zum Vormund bestellt waren, Eltern gleichgestellt: BVerfGE 34, 165 (200). Zu den Eltern im Sinne des Art. 6 Abs. 2 GG zählen auch die Adoptiveltern. vgl. BVerfGE 24, 119 (150); zum Begriff „Eltern“ auch *Holzhauser* (N 90), S. 109 ff.

130 S. u. Rn. 65.

131 S. *Ursula Fehnmann*, Die Innehabung und Wahrnehmung von Grundrechten im Kindesalter, 1983, S. 33 f.

132 Zur Notwendigkeit einer Typisierung vgl. *Gernhuber* (N 125), S. 722.

werden. Minderjährigkeit bedeutet grundsätzliche – wenn auch mit zunehmendem Alter des Kindes sich lockernde – Vorenthaltung des eigenen Gebrauchs der Grundrechte. Volljährigkeit bedeutet Freigabe des eigenen Gebrauchs der Grundrechte an das „Kind“. Daß die Typisierung zwischen dem 18. und dem 21. Lebensjahr liegen kann, erscheint heute unstrittig<sup>133</sup>. Eine Absenkung der Volljährigkeit unter das 18. Lebensjahr wäre jedoch ebenso wie ein Anheben über das 21. Lebensjahr hinaus wohl verfassungswidrig.

### b) Vorwirkungen – Nachwirkungen?

Beginnt die Kindschaft mit der Geburt, oder beginnt sie früher? Die jüngere Rechtsentwicklung hat eine immer intensivere Anerkennung auch des Ungeborenen mit sich gebracht<sup>134</sup>. Sind hieraus nicht auch Konsequenzen für das Elternrecht zu ziehen<sup>135</sup>? Fällt die Entscheidung über den Abbruch einer Schwangerschaft unter das Elternrecht oder die Elternpflicht? Kann sie „Pflege und Erziehung“ sein? Hat die Gleichberechtigung unter den Eltern nicht einen Nachholbedarf zugunsten des Vaters? Wer kann etwa ärztliche Eingriffe am Embryo erlauben? Die Mutter allein? Verletzt eine Mutter, die gegen den Willen des Vaters abtreiben läßt, und verletzt eine Rechtsordnung, die das zuläßt, das Elternrecht des Vaters? Oder deckt das Recht der Mutter auf ihre körperliche Integrität (Art. 2 Abs. 2 GG)<sup>136</sup> das Elternrecht des Vaters ganz zu? Die Frage kann hier nur – soll aber auch mit Nachdruck – aufgeworfen werden<sup>137</sup>.

Der zweite neuralgische Punkt ist die zunehmende Verantwortung der Eltern für Ausbildung und Unterhalt volljähriger Kinder. Durch die Herabsetzung der Volljährigkeit auf die Vollendung des 18. Lebensjahres auf der einen Seite, durch den weitgehend späten Eintritt junger Menschen in das Berufsleben auf der anderen hat sich in vielen Fällen die Phase des Lebens ausgeweitet, in der Eltern zwar für Ausbildung und Unterhalt ihrer Kinder aufzukommen haben (§ 1610 Abs. 2 BGB)<sup>138</sup>, ohne daß ihnen noch das Sorgerecht zustünde (§§ 1626ff. BGB)<sup>139</sup>. Hier ist zu fragen, ob nicht das Elternrecht „nachwirkend“ in diese Phase hinein ausstrahlt<sup>140</sup>, ist doch bis zur Volljährigkeit gerade

**59**Elternrecht und  
nasciturus**60**Elternrecht  
und volljährige  
Kinder

133 Zur Debatte s. *Gernhuber* (N 125), S. 59ff.

134 *Günter Dürig* in: Maunz/Dürig, Komm. z. GG, Art. 1 Abs. I Rn. 24 und Art. 2 Abs. II Rn. 21ff.; BVerfGE 39, 1 (41); 45, 376 (386).

135 S. *Ingo Müntzwei*, Die Rechtsstellung des Vaters zum ungeborenen Kind, in: AcP 187 (1987), S. 248ff., insbes. S. 274ff., 280ff. m. w. N.

136 → Oben *Lorenz*, § 128 Rn. 11ff.

137 Vgl. ferner *Werner Bienwald*, Zur Beteiligung des Mannes bei der Entscheidung über den straffreien Schwangerschaftsabbruch seiner Ehefrau, in: FamRZ 1985, S. 1096ff. m. w. N.; zur Aktivierung des staatlichen Wächteramtes zugunsten des ungeborenen Kindes: *Josef Isensee*, Abtreibung als Leistungstatbestand der Sozialversicherung und der grundgesetzliche Schutz des ungeborenen Lebens, in: NJW 1986, S. 1645 (1646).

138 *Reinhardt Thierschmann*, Unterhaltungsansprüche Volljähriger gegen ihre Eltern, 1986.

139 Anschaulich *Friedrich-Wilhelm Bosch*, Teilunmündigkeit trotz Volljährigkeit?, in: FS für Gerhard Schiedermaier, 1976, S. 51 (63); zur (verbesserten) Stellung der Heranwachsenden nach Erreichen der Volljährigkeitsgrenze s. nochmals *Gernhuber* (N 125), S. 722f., und *Ursula Fehnmann*, Elternrecht und elterliche Rechte nach Volljährigkeit der Kinder?, in: ZBJugR 1980, S. 605ff.

140 In diesem Sinne BGH in: FamRZ 1981, S. 250 (252) m. w. N.

die Ausbildung wesentliches Element der „Erziehung“. Eine parallele Entwicklung ist die der Pflegefälle, in denen Eltern pflegebedürftiger volljähriger Kinder Pflege zu gewähren haben. Dauert hier nicht die „Pflege“ an<sup>141</sup>?

**61**

Das Ungleichgewicht von Elternrecht und Elternpflicht

Wieviel Ungleichgewicht von Elternrecht und Elternpflicht ist hier zumutbar<sup>142</sup>? Die Frage stellt sich mit um so größerer Dringlichkeit, als in jüngerer Zeit immer mehr betont wird, daß die Kindesrechte sich schon vor dem Eintritt der Volljährigkeit zunehmend entfalten<sup>143</sup>. Die Volljährigkeit ist so immer weniger die Zäsur, als die sie vom Bürgerlichen Gesetzbuch ursprünglich gedacht war. Während das Elternrecht schon vor dem Eintritt der Volljährigkeit gemindert wird und mit der Volljährigkeit endet, bleibt die Elternpflicht bis zur Volljährigkeit unvermindert, um auch nach dem Eintritt der Volljährigkeit – je nach den Umständen – noch wirksam zu bleiben. Dieses wachsende Ungleichgewicht von Elternrecht und Elternpflicht kann – auch von Art. 6 GG her – nicht beliebig hingenommen werden<sup>144</sup>.

## c) Die „Eltern“

**62**

„Eltern“ – ein Plural

„Eltern“ sind nach der Natur der Sache zwei. So spricht auch das Grundgesetz nur in diesem Plural: „Eltern“. Zwar ist die Mutter besonders geschützt (Art. 6 Abs. 4 GG). Aber ein Vorrang hinsichtlich des Elternrechts läßt sich daraus nicht ableiten. Der frühere Vorrang des Vaters widersprach dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 2 und 3 GG)<sup>145</sup>. Somit steht das Elternrecht beiden Elternteilen gleich zu<sup>146</sup>. Dies alles läßt auf die Notwendigkeit gemeinsamer Ausübung schließen (§ 1627 BGB)<sup>147</sup>. Jedoch kann diese Gemeinsam-

141 So jedenfalls BSGE 38, 44.

142 Daß die Rechtsposition der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 GG nicht von ihrer Pflichtposition aufgezehrt und in eine „Einbahnstraße“ verwandelt werden darf, betont Lüderitz (N 6), S. 271. Nach Albrecht Dieckmann, Betrachtungen zum Recht der elterlichen Sorge, in: AcP 178 (1978), S. 298 (301), sind den Eltern gerade auch legitime eigene materielle Interessen zuzugestehen; vgl. ferner Ossenbühl (N 2), S. 50ff., 53.

143 S. u. Rn. 69ff.

144 Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, daß die Rechtsordnung einräumt, daß das Bedürfnis des Jugendlichen an Pflege und Erziehung gegenüber dem öffentlichen Angebot an Hilfe nicht mit dem 18. Lebensjahr endet (s. § 5 Abs. 1 S. 2 JWG). Der Regierungsentwurf eines Sozialgesetzbuches (SGB) Aches Buch (VIII) – Jugendhilfe – BTDrucks. 8/2571 wollte Hilfen sogar bis zum 25. Lebensjahr anbieten (§ 4 SGB VIII). Entsprechend sieht das Jugendgerichtsgesetz (JGG) vor, daß bei Heranwachsenden zwischen dem 18. und 21. Lebensjahr die „gesamte Würdigung der Persönlichkeit“ und die „Berücksichtigung der Umweltbedingungen“ zu milderen – „jugendlichen“ – Verantwortungsmaßstäben führen können, §§ 1 Abs. 2 S. 2, 105 Abs. 1, 106 JGG. – Zu den jugendstrafrechtlichen Erziehungsmaßregeln BVerfGE 74, 102 (125): „Obschon das Volljährigkeitsalter ... auf 18 Jahre festgesetzt worden ist und folglich das elterliche Erziehungsrecht zu diesem Zeitpunkt erlischt, dürfte der Gesetzgeber davon ausgehen, daß das staatliche Erziehungsrecht ... noch fortwirkt.“ Dem Bundesverfassungsgericht sollte klar sein, daß es damit der in Art. 6 Abs. 2 GG angelegten Wertung elementar widerspricht.

145 BVerfGE 10, 59: 37, 217 (339ff.).

146 BVerfGE 47, 46 (76): „Das Grundrecht des Art. 6 Abs. 2 GG ist ein Individualrecht, das jedem Elternteil einzeln zusteht.“

147 BVerfGE 10, 59 (67): „Schon aus der zwischen den Eltern bestehenden engen Gemeinschaft und ihrer gemeinsamen Verantwortung gegenüber dem Kinde folgt die Gleichstellung von Vater und Mutter auch im Verhältnis zu den Kindern. Da diese Verantwortung unteilbar ist, trifft sie die Eltern in gleicher Weise. Ihre Verpflichtung, in diese Verantwortung füreinander einzutreten und einander zu ergänzen, ist wechselseitig; Vater und Mutter sind in Gleichordnung zu sittlicher Gemeinschaft verbunden.“ S. auch BVerfGE 31, 194 (205).

keit auch eine Rollenteilung<sup>148</sup> – bis hin zum faktischen Rückzug eines Elternteils aus der Ausübung des Elternrechts – implizieren, wenn nur diese selbst vom Konsens getragen ist. Das „Wächteramt“ der staatlichen Gemeinschaft (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) bezieht sich nicht auf die Art und Weise, wie die Eltern ihre Aufgaben untereinander verteilen, sondern nur darauf, welche Befindlichkeit des Kindes sich aus dem Verhalten der Eltern ergibt. Einigen sich die Eltern nicht, so kann eine Entscheidung des Konflikts notwendig werden. Die Intervention des Staates wird unvermeidlich. Die Gleichheit der Eltern hat hier den Preis potentieller Minderung der familiären Autonomie<sup>149</sup>.

#### d) Erziehungsberechtigte

Art. 6 Abs. 3 GG weitet den Kreis der „Eltern“ aus zum Kreis der „Erziehungsberechtigten“. Es geht hier um den Schutz des Zusammenlebens in der Familie<sup>150</sup>. Dieses soll auch geschützt werden, wenn andere Personen als die Eltern wie Eltern mit den Kindern in familiärer Gemeinschaft leben. Doch bedarf es der legitimen Übertragung der „Erziehungsberechtigung“ auf sie. In Betracht kommen Pflegeeltern<sup>151</sup>, Vormünder und Pfleger<sup>152</sup>. Aber zunächst sind die Eltern<sup>153</sup> selbst „Erziehungsberechtigte“ im Sinne des Art. 6 Abs. 3 GG.

Eine andere Frage ist, inwieweit Eltern andere Personen an ihrem Recht und ihrer Pflicht zur Pflege und Erziehung beteiligen können, ohne daß diese mit den Kindern wie Eltern eine familiäre Gemeinschaft bilden (Übertragung von elterlichen Aufgaben auf Verwandte, die in der Familie leben; auf Ehegatten oder Lebensgefährten, die nicht Eltern des Kindes sind; auf Personal in Tagesstätten, Internaten, Heimen usw.). Die Rechtsstellung dieser Personen muß sowohl gegenüber den Kindern als auch gegenüber der staatlichen Gemeinschaft am Maßstab der Elternrechte und -pflichten gerechtfertigt werden können. Unter dieser Voraussetzung können diese Personen im einfachen Recht die Funktion von „Erziehungsberechtigten“ einnehmen, nicht aber können sie an der verfassungsrechtlichen Stellung der Eltern teilhaben<sup>154</sup>.

**63**Erziehungs-  
berechtigteFamiliäre  
Gemeinschaft mit  
den Kindern**64**Erziehungsbe-  
rechtigung  
kraft Delegation

148 Demgemäß betont BVerfGE 10, 59 (84f.), daß diese Frage dem autonomen Raum der Familie überlassen bleiben muß.

149 Die Gesetzgebung sieht den minderen Eingriff in die familiäre Autonomie darin, daß nicht der Staat (repräsentiert durch den Vormundschaftsrichter) anstelle der Eltern entscheidet, sondern daß die Entscheidung einem Elternteil übertragen wird (§ 1628 BGB). Vgl. auch BVerfGE 10, 59 (83ff., 86).

150 Ein anderes Schutzgut betreffen demgegenüber die Regelungen von Art. 7 Abs. 2 und Abs. 5 GG, die den „Erziehungsberechtigten“ die Entscheidung über die religiöse Kindererziehung in der Schule übertragen. Deshalb muß „Erziehungsberechtigte“ in Art. 6 Abs. 3 GG nicht dasselbe bedeuten wie in Art. 7 Abs. 2 und Abs. 5 GG.

151 S. u. Rn. 114.

152 Zur besonderen Stellung Verwandter als Erziehungsberechtigte s. *Ericksen* (N 89), S. 103ff.

153 Auch Adoptiveltern; vgl. BVerfGE 24, 119 (150).

154 Beziehungen zum Kind, die auf rein vertraglichen Abmachungen mit den leiblichen Eltern beruhen, führen keine Übertragung von Grundrechten herbei; *Peters* (N 3), S. 378f.

## IV. „Pflege und Erziehung der Kinder“

## I. Inhalte

65

„Pflege und Erziehung“

Daß den Eltern „Pflege und Erziehung der Kinder“ obliegt, bedeutet ganz allgemein, daß sie die Lebensverhältnisse und Entwicklungsmöglichkeiten der Kinder bestimmen<sup>155</sup>. Insofern stimmen familiäre Autonomie (Art. 6 Abs. 1 GG) und Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) überein. Der „Mehrwert“ des Elternrechts liegt in der positiven Aufgabe der Eltern, die Kinder zu „pflegen“ und zu „erziehen“. Sie haben ihnen also Leben und Entwicklung zu ermöglichen und der Entwicklung Ziele zu setzen. Dabei wird man mit „Pflege“ mehr die Dimension des körperlichen und geistigen Wohles und Gedeihens verbinden, mit „Erziehung“ dagegen mehr die Aufgabe der Ausbildung und Bildung. Letztlich aber kann eine klare Unterscheidung nicht gemacht werden<sup>156</sup>. „Pflege und Erziehung“ meint die umfassende Verantwortung für die Lebens- und Entwicklungsbedingungen des Kindes. Dahinter verbirgt sich eine doppelte Spannung.

66

Kein Maximum,  
kein Optimum

Die eine besteht zwischen den Verhältnissen und Möglichkeiten der Eltern einerseits und den Lebens- und Entwicklungsbedingungen der Kinder andererseits. Die Lebensgemeinschaft von Eltern und Kindern, wie sie das Grundgesetz sowohl in der Garantie der Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) als auch im Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 und 3 GG) zum Ausdruck bringt, relativiert die Begriffe „Pflege und Erziehung“. Nicht ein Maximum, nicht einmal ein Optimum wird den Kindern gegenüber den Eltern zugesagt<sup>157</sup>. Nur „Pflege und Erziehung“ durch die Eltern, mit denen sie in familiärer Gemeinschaft leben. Erst die Grenze des „Versagens“ und der „Verwahrlosung“ bricht diese Einheit auf (Art. 6 Abs. 3 GG). Auf der anderen Seite ist „Pflege“ und „Erziehung“ eine positive Aufgabe, steckt dahinter doch eine allgemeine – wenngleich durch die Verhältnisse und Möglichkeiten der Eltern relativierte – Norm.

67

Das zweite Spannungsverhältnis besteht zwischen dem Recht der Eltern und der Pflicht der Eltern. Das Recht der Eltern erstreckt sich nicht nur auf die autonome Bestimmung der eigenen Lebensverhältnisse, die damit auch die Lebensverhältnisse der Kinder sind, sondern auch und gerade auf die „positive“ Seite: auf das Was und Wie an „Pflege und Erziehung“, insbesondere auf das Leitbild der Erziehung<sup>158</sup>. Die Pflicht der Eltern ist eben nicht nur die der

155 Zur Auslegung s. ergänzend *Erichsen* (N 89), S. 31 ff. m. w. N.

156 S. *Maunz* (N 17), Art. 6 Rn. 24.

157 BVerfGE 60, 79 (94); 72, 122 (139 f.).

158 „Die Eltern haben das Recht, die Pflege und Erziehung ihrer Kinder nach ihren eigenen Vorstellungen frei zu gestalten und genießen insoweit, vorbehaltlich des Art. 7 GG, Vorrang vor anderen Erziehungsträgern“. BVerfGE 24, 119 (143); diese Kernaussage stellt das Bundesverfassungsgericht immer wieder heraus, etwa BVerfGE 47, 46 (69 f.). Zum Primat der elterlichen Erziehung: *Böckenförde* (N 11), S. 76; *Ossenbühl* (N 2), S. 58 ff., 64 ff.; zur Problematik konkurrierender staatlicher Erziehungsziele s. o. Rn. 51 f.

„Pflege und Erziehung“, sondern auch die der Teilhabe der Kinder an den elterlichen Lebensverhältnissen. So bleibt offen, was Elternverantwortung im Einzelfall wirklich bedeutet. Von daher ist es auch falsch, die Elternverantwortung mit dem Kindeswohl gleichzusetzen<sup>159</sup>. Kindeswohl kann ein Maßstab sein, um Konflikte zu entscheiden. Die Elternverantwortung aber steht unter dem Primat dessen, was den Eltern möglich ist und wozu sie willens sind.

Teilhabe der Kinder an den Lebensverhältnissen der Eltern

Recht und Pflicht der Eltern zur Pflege und Erziehung der Kinder werden durch das Sorge-, Unterhalts- und Vertretungsrecht des Bürgerlichen Rechts weitgehend, aber nicht erschöpfend umschrieben<sup>160</sup>. Andere Vorschriften – etwa des Schulrechts, des Jugendwohlfahrts- und des Jugendschutzrechts, des Verfahrensrechts usw. – bringen ebenfalls Elemente der „Pflege und Erziehung der Kinder“ zum Ausdruck. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG umschreibt originär den Raum, den das einfache Recht zu füllen hat. Die Differenz zwischen Elternrecht und elterlicher Sorge wird besonders deutlich, wenn den Eltern das Sorgerecht entzogen wird (§ 1666a Abs. 2 BGB). Auch dann haben die Eltern noch den Schutz des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG<sup>161</sup>. Elternrecht ist gerade dann der Maßstab, an dem die Entziehung des Sorgerechts zu messen ist.

68

Elternrecht und Sorgerecht – ungleiche Größen

## 2. Elternrecht und Kindesrechte

Die Verfassungsgarantie der Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) und des Elternrechts (Art. 6 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 GG) bilden einen autonomen privaten Raum, in den die Grundrechte der Eltern und der Kinder eingebracht werden, in dem sie durch die Eltern oder unter der Dominanz der Eltern ausgeübt werden, in dem die Grundrechte der Kinder entwickelt oder für deren eigenen Gebrauch aufgespart werden. Dieser Sinn und diese Wirkung des Elternrechts wird nun dadurch vor eine besondere Herausforderung gestellt, daß die Zuordnung der Kindesrechte in diesem Ensemble nicht gleichbleibt, sondern sich mit dem Alter der Kinder verändert<sup>162</sup>. Die Kinder werden mehr und mehr auch schon vor der Volljährigkeit fähig, jene Grundrechte, deren treuhänderische Ausübung den Eltern verschlossen war, auszuüben, die Grundrechte, die ihre Eltern für sie ausgeübt haben, nun selbst innezuhaben und wahrzunehmen und an der Ausübung anderer Grundrechte, die von den Eltern treuhänderisch ausgeübt werden, mitzuwirken. Damit wird ein Konflikt zwischen Elternrecht und Kindesgrundrechten manifest<sup>163</sup>. Vor allem die Reform des

69

Die Gemengelage der Eltern- und wachsenden Kindesrechte

159 So aber eine Tendenz des Bundesverfassungsgerichts, vgl. die obigen Nachweise in N 9, N 11 und N 17. Zum Begriff des Kindeswohles *Joachim Gernhuber*, Kindeswohl und Elternwille, in: *FamRZ* 1973, S. 229; *Spiros Simitis* u. a., Das Kindeswohl, 1979; *Michael Coester*, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983, insbes. S. 133 ff.

160 Zur Nichtidentität von Sorgerecht und Elternrecht im Sinne des Art. 6 Abs. 1 S. 1 GG s. *Holzhauser* (N 90), S. 112 f. m. w. N.

161 BVerfGE 24, 119 (144 ff., 150 f.).

162 Vgl. BVerfGE 59, 360 (382).

163 S. dazu und zum folgenden *Dieter Reuter*, Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt, 1968; *Walter Becker*, Weichendes Elternrecht – wachsendes Kindesrecht, in: *RdJB* 1970, S. 364 ff.; *Paul Kirchhof*, Die Grundrechte des Kindes und das natürliche Elternrecht, in: *Praxis des neuen Familienrechts*, 1978, S. 171 ff.;

Rechts der elterlichen Sorge durch das Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge vom 18. Juli 1979<sup>164</sup> suchte darin ihre Rechtfertigung<sup>165</sup>. Zum Teil wird der Konflikt gelegnet. Es gehe nicht um die Frage kollidierender Grundrechte, sondern ausschließlich um den Inhalt des elterlichen Erziehungsrechts<sup>166</sup>. Andere diskutieren den Konflikt zwischen Eltern- und Kindesgrundrechten als Problem der Drittwirkung<sup>167</sup>. Das ist bedenklich, wenn damit der argumentatorische und rechtstechnische Ballast der Drittwirkungsdebatte assoziiert wird. Aber es ist richtig, als eine Erinnerung an den Auftrag des Rechts, die Grundrechte auch durch und im Privatrecht zu entfalten. Der Ordnungsauftrag des Elternrechts ist deshalb so zu erfüllen, daß er *auch* den „wachsenden Kindesgrundrechten“ Rechnung trägt<sup>168</sup>. Damit stimmen ebenso die überein, die das Elternrecht als Ergänzung und Hilfe zur Verwirklichung der Kindesgrundrechte ansehen und so zu einer „harmonischen Lösung“ des Konflikts finden<sup>169</sup>.

## 70

Die wachsende  
rechtliche  
Selbstständigkeit  
des Kindes

Daß die Entwicklung der rechtlichen Selbstverantwortung des Kindes ein Kontinuum ist, dessen Fluß nicht bis zur Mündigkeit gestaut werden kann<sup>170</sup>, ist eine alte Erkenntnis<sup>171</sup>. Am wenigsten Hemmungen, sie anzuerkennen, hatte man immer dort, wo Minderjährige strafrechtlich (heute § 19 StGB, §§ 1, 3 JGG) oder haftungsrechtlich (heute § 828 BGB) verantwortlich gemacht wurden. Eine positive Anerkennung fand das Prinzip in der beschränkten Geschäftsfähigkeit Minderjähriger (§§ 106 ff. BGB), insbesondere in dem,

*Ursula Fehnmann*, Die Innehabung und Wahrnehmung von Grundrechten im Kindesalter, 1983; w. Nachw. bei *Maunz* (N 17), Art. 6 Rn. 34 Fn. 3. – Wachsende Kindesgrundrechte existieren natürlich erst recht dort, wo ihnen nicht das Elternrecht gegenübersteht: *Karl-Heinz Hohm*, Grundrechtsträgerschaft und „Grundrechtsmündigkeit“ Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung, in: NJW 1986, S. 107 ff.

164 *Karl Wilhelm Jans/Günther Happe*, Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, Kommentar, 1980, S. 99 (102 f.).

165 Zur heftigen Kontroverse s. *Uwe Diederichsen*, Zur Reform des Eltern-Kind-Verhältnisses, in: FamRZ 1978, S. 461 (469); *Schmitt Glaeser* (N 96), S. 56 f.; *Dietrich V. Simon*, Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge, in: Essener Gespräche, Bd. 14, 1980, S. 128 ff.; *Ossenbühl* (N 2), insbes. S. 77 ff.; *Klaus Blau*, Die Neuregelung des elterlichen Sorgerechts aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: JA 1982, S. 575 ff.; *Ericksen* (N 89), insbes. S. 60 ff.

166 *Ossenbühl* (N 2), S. 53 ff., 55: „Die Konstellation Elterliche Gewalt contra Kindesgrundrechte ist nicht nur verfassungsrechtlich verfehlt; ihr kommt strategisch auch die Kraft zu, verfassungswidrige Erziehungskonzepte, die unter dem Motto der Emanzipation des Kindes auf die Zerstörung der Familie abzielen, mit dem Schein der Legitimation zu umgeben.“ Vgl. dazu auch *Diederichsen* (N 165), S. 462 (...). Mythos von der Grundrechtsmündigkeit“).

167 Zu den unterschiedlichen Lösungsansätzen s. nochmals *Reuter* (N 163), S. 19 ff., 74 ff.

168 *Iensee* (N 18), Sp. 228, will die „Aufgabe . . . , die praktische Konkordanz der Grundrechte herzustellen“, freilich auf den (förmlichen?) Gesetzgeber beschränkt wissen. – Eine harmonisierende Ordnung darf übrigens nicht auf die simplifizierende Formel „Wachsendes Kinderrecht – weichendes Elternrecht“ gebracht werden. Zur Kritik vgl. *Goufried Knöpfel*, Elternrecht, Kindesrecht und Zwang gegen Jugendliche, in: FamRZ 1985, S. 1211 (1213).

169 Zur „Harmonisierungsthese“ s. vor allem *Gernhuber* (N 125), S. 60 ff. m. w. N.

170 S. BVerfGE 59, 360 (382): „... mit abnehmender Pflege- und Erziehungsbedürftigkeit sowie zunehmender Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes (werden) die im Elternrecht wurzelnden Rechtsbefugnisse zurückgedrängt, bis sie schließlich mit der Volljährigkeit des Kindes erlöschen. Abgestufte partielle Mündigkeitsregelungen, die an diesen Bezugspunkten ausgerichtet und sachlich begründet sind, stellen daher keine Eingriffe in das Elternrecht dar.“

171 Ebenso *Böckenförde* (N 11), S. 65. Eine Übersicht über die rechtlichen „Mündigkeitsstufen“ bei *Johannes Münder*, Familien- und Jugendrecht, 1985, S. 88 ff.

was man den „Taschengeldparagraphen“ nennt (§ 110 BGB)<sup>172</sup>. Eine entscheidende Zäsur jedoch setzte das Gesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15. Juli 1921 (RelKERzG)<sup>173</sup>. Danach erwarb das Kind mit zehn Jahren in bestimmten Fällen das Recht, vor der Änderung des Bekenntnisses gehört zu werden (§§ 2 Abs. 3 S. 5, 3 Abs. 2 S. 5), mit zwölf Jahren das Recht, dem Wechsel des Bekenntnisses zu widersprechen (§ 5 S. 2), und mit vierzehn Jahren das Recht zur eigenen Entscheidung über sein religiöses Bekenntnis (§ 5)<sup>174</sup>. In neuerer Zeit (1975) gab das Sozialgesetzbuch dieser Entwicklung sozialstaatlichen Ausdruck (§ 36 Abs. 1 S. 1 SGB I)<sup>175</sup>:

„Wer das fünfzehnte Lebensjahr vollendet hat, kann Anträge auf Sozialleistungen stellen und verfolgen sowie Sozialleistungen entgegennehmen.“

Schließlich gab das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge der Ausübung des elterlichen Sorgerechts selbst eine grundlegend neue Orientierung (§ 1626 Abs. 2 BGB)<sup>176</sup>:

„Bei der Pflege und Erziehung berücksichtigen die Eltern die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem verantwortungsbewußtem Handeln. Sie besprechen mit dem Kind, soweit es nach dessen Entwicklungsstand angezeigt ist, Fragen der elterlichen Sorge und streben Einvernehmen an.“

Zugleich wurden neue Möglichkeiten richterlicher Intervention (§ 1631 a Abs. 2 BGB: gegenüber der elterlichen Entscheidung über Ausbildung und Beruf) eröffnet<sup>177</sup>. Auch wurde dem Kindesgrundrecht der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) entsprechend Art. 104 GG dadurch Rechnung getragen, daß eine Unterbringung, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, nunmehr der richterlichen Genehmigung<sup>178</sup> bedarf (§ 1631 b BGB)<sup>179</sup>.

Verfassungsrechtlich verlangt diese Entwicklung eine differenzierte Betrachtung, die an den Kindesgrundrechten anzusetzen hat<sup>180</sup>. Zwar hängt die

71

72

172 Zu den einzelnen Teiljährigkeitsregelungen s. *Hermann Fahse* in: Hans Soergel, Theodor v. Lasaulx, Komm. z. BGB, Bd. I, <sup>11</sup>1978, § 2 Rn. 7; sowie *Gernhuber* (N 125), S. 722; *Cornel-Rupert Meyer*, Die Stellung des Minderjährigen im öffentlichen Recht, 1988.

173 RGBl. 1921 S. 939.

174 Art. 137 Abs. 1 BayVerf hat die Religionsmündigkeit auf 18 Jahre hinaufgesetzt, Art. 35 Abs. 1 Rheinl.-PfalzVerf und Art. 29 Abs. 2 SaarVerf die Befugnis, über die Teilnahme am Religionsunterricht negativ zu bestimmen. Ob diese Regelungen nach Art. 125 Nr. 2 GG fortgelten, ist zweifelhaft: Dafür etwa *Alexander Hollerbach*, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: HdbSt-KirchR I, S. 215 (250); *Theodor Meder*, Handkommentar zur Verfassung des Freistaates Bayerns, <sup>1</sup>1985, Art. 107 Rn. 5; dagegen *Stein* (N 121), S. 474f.

175 *Michael Coester*, Zur sozialrechtlichen Handlungsfähigkeit des Minderjährigen, in: FamRZ 1985, S. 982 ff.

176 S. nochmals N 165. Zur Verfassungsmäßigkeit der einzelnen Vorschriften hier (§ 1626 Abs. 2 BGB) und im folgenden zuletzt *Erichsen* (N 89), S. 71 ff.; dagegen etwa *Isensee* (N 18), Sp. 227.

177 Vgl. wiederum *Erichsen* (N 89), S. 79 ff. m. w. N.

178 Daneben ist das Jugendamt anzuhören: § 48a Abs. 1 Nr. 2 JWG.

179 S. nochmals *Erichsen* (N 89), S. 82 ff.

180 Vgl. *Reuter* (N 163), S. 82 ff.; ferner *Ingo Richter* in: GG-AK, Art. 6 Rn. 34a (dort weitere Nachweise), S. auch BayObLG in: FamRZ 1985, S. 737 ff., und die Kontroverse, die sich an diese Entscheidung angeschlossen hat: *Knöpfel* (N 168), S. 1211 ff.; *Harald Schütz*, Das Recht der Eltern auf Erziehung ihrer Kinder in der Familie, in: FamRZ 1986, S. 529 ff.; *Reinhardt Lempp*, Kinder- und jugendpsychiatrische Anmerkungen zur Frage, inwieweit das Erziehungsrecht der Eltern durchgesetzt werden kann und darf, in:

Unterschiede  
im Rahmen  
einzelner  
Grundrechte

Realität der Kindesgrundrechte immer von dem Ob und Wie elterlicher Ermöglichung und elterlichen Schutzes ab. Hinsichtlich der – eigenen oder vertretenen – Ausübung der Kindesgrundrechte durch die Eltern bestehen jedoch beträchtliche Unterschiede. Gewisse Grundrechte widersetzen sich a priori jeder Überlagerung durch das Elternrecht (so das Zentralgrundrecht der Menschenwürde: Art. 1 Abs. 1 GG, § 1631 Abs. 2 BGB; das Recht auf Leben: Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)<sup>181</sup>. Andere Grundrechte entziehen sich der Wahrnehmung durch die Eltern (so die Gewissensfreiheit: Art. 4 Abs. 1 GG; die Freiheit der Meinungsäußerung: Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG). Andere widersetzen sich der elterlichen Wahrnehmung jedenfalls mit wachsender Einsicht und Reife des Kindes (so die Bekenntnisfreiheit: Art. 4 Abs. 1 GG; §§ 2ff. RKEG). Anderen ist die vorgängige richterliche Kontrolle jeglicher Einschränkung wesentlich (so die körperlich-räumliche Bewegungsfreiheit: Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG, § 1631b BGB). Schließlich gibt es Grundrechte, deren Ausübung die Entwicklung des Kindes in besonderer Weise langfristig bestimmt (so die Duldung von Eingriffen in die körperliche Integrität: Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG; die Wahl der Ausbildung und des Berufs: Art. 12 GG, § 1631a BGB)<sup>182</sup>. Dazu zählen auch die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und das Eigentum (Art. 14 GG), wenn die Eltern durch die Begründung von Verbindlichkeiten diese Rechte des Kindes auf Dauer und wesentlich belasten<sup>183</sup>.

### 73

Integrität  
des Elternrechts  
und der familiären  
Autonomie

Andererseits aber muß alle Emanzipation der Kinder gegen den Sinn der Institute der Familie und des Elternrechts abgewogen, ja gerechtfertigt werden<sup>184</sup>. Diese Verfassungsgarantie stellt sich der Auflösung der durch das Elternrecht strukturierten Familie von den Kindesgrundrechten her entgegen<sup>185</sup>: wegen des Dienstes, den der Schutz der Familie und das Elternrecht der Menschenwürde und den Grundrechten der Eltern leisten<sup>186</sup>; wegen des Wertes der Familie, ihrer Privatheit und ihrer Autonomie, auch für die

FamRZ 1986, S. 1061 ff.; Harald Schütz, Die Erreichung des 13. Lebensjahres befreit das Kind nicht von der Pflicht, sich erziehen zu lassen, in: FamRZ 1987, S. 438ff.

181 S. Zeidler (N 7), S. 573; Isensee (N 18), Sp. 228. Zu den Grenzen des Züchtigungsrechts s. BGH in: JZ 1988, S. 617ff. mit Anmerkung von Hansjörg Reichert-Hammer.

182 Zu den hieraus folgenden Abwägungserfordernissen und -kriterien im Einzelfall s. Dürig (N 134), Art. 19 Abs. III Rn. 26f.

183 BVerfGE 72, 155. Stefan Ludwig, Verfassungsrechtliche Determinanten des Minderjährigenschutzes, in: FamRZ 1987, S. 124ff.

184 Joachim Martens, Grundrechtsausübung als Spiel ohne Grenzen, in: NJW 1987, S. 2561. – Dies ist allerdings nicht notwendig im Sinne Richters (N 180), Art. 6 Rn. 35, gemeint, der fordert: „Der Gesetzgeber darf sich . . . nicht darauf beschränken, die Elternrechte und -pflichten an das Wohl des Kindes zu binden und alles weitere den Einzelfallentscheidungen des Vormundschaftsgerichts überlassen, sondern er muß vielmehr die Grundrechte und ihre Begrenzungen im einzelnen konkretisieren.“ Vgl. demgegenüber Spiros Simitis, Kindschaftsrecht – Elemente einer Theorie des Familienrechts, in: FS für Wolfram Müller-Freienfels, 1986, S. 579ff., insbes. S. 587f., 592ff.

185 Treffend etwa Gernhuber (N 125), S. 60: „Eine ausschließliche Selbstbestimmung des einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen für die Gewissens- und lebensgestaltenden Entscheidungen ist aus der Verfassung . . . nicht zwingend abzuleiten. . . Der Selbstbestimmung in den wesentlichsten Lebensfragen kann die Fremdbestimmung in den minder wichtigen Angelegenheiten nur in einer krassen Disharmonie verbunden werden.“

186 S. Lüderitz (N 6), S. 263ff.

Entwicklung des Kindes und für die Privatheit seiner eigenen Grundrechts-sphäre; wegen des Zweckes des Elternrechts, die Kinder vor ihrer eigenen Unreife zu schützen; wegen der Notwendigkeit, Elternrecht und Elternpflicht in einem ausgewogenen Verhältnis zu halten<sup>187</sup>. Die enge Korrespondenz von Elternrecht und Elternpflicht gilt auch gegenüber den Kindesgrundrechten. Damit steht nicht in Einklang, die Kinder immer freier stellen zu wollen, während den Eltern die Konsequenzen vielfach und auf lange Sicht aufgebürdet werden<sup>188</sup>. Auch der enge Zusammenhang zwischen Elternrecht, Kindeswohl und Familie ist in Erinnerung zu rufen. Den Kindern alle zentrifugale Freiheit zu geben, die Last des zentripetalen Zusammenhalts allein den Eltern aufzuladen, kann die Familie schwächen, schließlich überlasten. Sie wird dann auch den Kindern nicht mehr dienen. Rechtlich formuliert: Die Familie kann nicht allein durch die Elternpflicht konstituiert werden; die Familie bedarf auch um der Kinder willen des Elternrechts.

### 3. Eine Zwischenbemerkung: Elternrecht und Kindesemanzipation

Am Ende stellt sich eine ganz allgemeine Problematik sozialer Gleichheit. Eltern tragen heute in der Regel eine wesentlich größere soziale Last als Nichteltern. Das ist einer der Gründe dafür, warum immer mehr Menschen in dieser Gesellschaft keine oder nur wenige Kinder haben wollen<sup>189</sup>. Daß immer weniger Menschen die Erfahrung von Eltern oder gar die Erfahrung von Eltern mehrerer Kinder haben, ist umgekehrt aber einer der Gründe für die Bereitschaft, die Kinder zu Lasten der Eltern zu „befreien“ – vor der Volljährigkeit, durch die frühe Volljährigkeit und durch die Fortdauer von Elternpflichten über die Volljährigkeit hinaus<sup>190</sup>. Die emanzipatorische Klärung der Subjektstellung der Kinder in der Familie war sicher ein – nicht nur verfassungsrechtlich<sup>191</sup> – notwendiger Prozeß<sup>192</sup>. Doch muß auch die Gefahr gesehen werden, daß eine Übertreibung die Familie gefährden kann. Wer immer die „Befreiung“ der Kinder und die Belastung der Eltern betreibt: er wird den Kindern die Eltern weder ersetzen wollen noch ersetzen können. Der verfassungsrechtliche Ort, dieser Fehlentwicklung zu wehren, ist Art. 6 GG. Er

74

Emanzipation  
zu Lasten der  
Eltern

187 Zu den Grenzen der Ausstrahlung der „Elternpflicht“ auf die Elternfreiheit s. a. BVerfGE 32, 98 (110f.).

188 Vgl. dazu noch einmal die in N 142 Genannten sowie die Vorbemerkung von *Walter Schmitt Glaeser*, Die Eltern als Fremde, in: DÖV 1978, S. 629ff.

189 *Franz-Xaver Kaufmann/Alois Herth/Joachim Quitmann/Regina Simm/K. Peter Strohmeier*, Familienentwicklung – generatives Verhalten im familialen Kontext, in: Zeitschrift für Bevölkerungswissenschaft 1982, S. 523ff.; *Max Wingen*, Auf dem Weg in die kinderlose Gesellschaft? Analysen, Perspektiven, Kurskorrekturen, in: Volker Eid/Laszlo Vaskowics, Wandel der Familie – Zukunft der Familie, 1982; *ders.*, Generative Entscheidungen im Spannungsfeld zwischen individueller und gesellschaftlicher Rationalität – Eine Herausforderung an eine zukunftsorientierte Familienpolitik, 1983; *Elisabeth Beck-Gernsheim*, Vom Geburtenrückgang zur neuen Mütterlichkeit? Über private und politische Interessen am Kind, 1984; *Karl Schwarz/Charlotte Hohn*, Weniger Kinder – weniger Ehen – weniger Zukunft? Bevölkerungsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland gestern, heute und morgen, 1985.

190 S. o. Rn. 58, 60, 61.

191 S. dazu nochmals *Erichsen* (N 89) u. s. N.

192 S. *Simitis* (N 184) u. s. N.

verwehrt der Gesellschaft, die Kinder zu Lasten der Eltern zu „befreien“, indem sie deren soziale Belastung beliebig vermehrt.

## V. Die Rolle des Gemeinwesens

### 1. Die Faktoren des Gemeinwesens

<p><b>75</b> Wer handelt für die staatliche Gemeinschaft?</p>	<p>Der Familie gegenüber stehen die Aufgaben des Gemeinwesens. Wer sie erfüllen soll, das wird vom Grundgesetz mit auffälliger Vielfalt umschrieben; die „staatliche Ordnung“ (Art. 6 Abs. 1 GG), die „staatliche Gemeinschaft“ (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG)<sup>193</sup> und das „Gesetz“ (Art. 6 Abs. 3 GG). Dabei ist nicht gesagt, wem das Recht der Eltern zur Pflege und Erziehung der Kinder nicht „natürlich“ und die den Eltern obliegende Pflicht nicht „zuvörderst“ zukommt (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG). Und ebensowenig ist benannt, wer Kinder versagender Eltern oder verwaorlose Kinder von ihrer Familie trennt und wer sie aufnimmt (Art. 6 Abs. 3 GG). Unübersehbar demonstriert Art. 6 GG somit eine weitgehende kompetenzielle Offenheit.</p>
<p>Bund, Länder Gemeinden</p>	<p>Das gilt nicht nur für die Ebenen des Bundes und der Länder<sup>194</sup>, sondern auch für den Einbezug der Gemeinden und Gemeindeverbände, deren Anteil an den Aufgaben der Pflege und Erziehung von Kindern traditionell groß<sup>195</sup> und ihnen wesentlich ist<sup>196</sup>. Dazu kommen andere Verwaltungseinheiten, die entsprechenden Aufgaben gewidmet sind.</p>
<p><b>76</b> Gesetzgeber</p>	<p>An der Aufgabe des Gemeinwesens sind alle drei Gewalten beteiligt. Der eigentliche Ordnungsauftrag (Art. 6 Abs. 1 GG) liegt primär beim Gesetzgeber. Art. 6 Abs. 3 GG behält ihm die Legitimation der Trennung der Kinder von den Erziehungsberechtigten sogar ausdrücklich vor<sup>197</sup>. Die konkrete Intervention hingegen erscheint als eine spezifische – in Hinblick auf die Individualität der Lebensverhältnisse auch besonders bedeutsame, durch allgemeine normative Regelungen nur begrenzt zu ersetzende – Aufgabe der vollziehenden Gewalt<sup>198</sup>. In der Tat hat das Gesetz für Jugendwohlfahrt für diese Aufgabe auch einen spezifisch strukturierten administrativen Apparat bereitgestellt<sup>199</sup>, neben den freilich zahlreiche andere Verwaltungszweige – von der Schulverwaltung bis zur Polizei – treten. Auf der anderen Seite ist gerade die</p>
<p>Vollziehende Gewalt</p>	

193 Im Bereich ihrer jeweiligen Zuständigkeiten gehören hierzu Bund wie auch Länder: *Maunz* (N 17), Art. 6 Rn. 26ff.

194 S. o. Rn. 48.

195 S. noch einmal oben Rn. 20.

196 Zur Stellung der Jugendhilfe als wesentliche Aufgabe von Gemeinden und Gemeindeverbänden: BVerfGE 22, 180 (209); vgl. auch *Peter Lerche*, Verfassungsfragen um Sozialhilfe und Jugendwohlfahrt, 1963, S. 97; *Karl-W. Jans*, Jugendhilfe, in: *HdbKWP IV*, S. 383 (400).

197 Desgleichen die Gleichstellung der nichtehelichen mit den ehelichen Kindern (Art. 6 Abs. 5 GG); dazu unten Rn. 120ff.

198 Zum Vorrang der individuellen Intervention BVerfGE 7, 320 (322ff.); s. auch BVerfGE 24, 119 (145); 45, 376 (390); 61, 358 (378). A. A. als *Simitis* (N 184) z. B. *Isensee* (N 18), Sp. 228f., und *Richter* (N 184).

199 Darstellung bei *Münder* (N 171), S. 156ff. Zur Bewertung: *Simitis* (N 184), S. 596ff.

richterliche Gewalt (insbesondere der „Vormundschaftsrichter“) intensiv mit Aufgaben der Intervention befaßt, und zwar nicht nur in Gestalt der ohnedies unvermeidlichen Kontrolle administrativer Intervention (Art. 19 Abs. 4 GG), sondern auch und vor allem im Sinne primärer Zuständigkeit<sup>200</sup>. Im Grundsatz beschränkt das einfache Recht die administrative Intervention auf Angebote und Hilfen<sup>201</sup>, letztlich die Drohung, den Richter anzurufen, während der imperative Eingriff dem Richter selbst vorbehalten ist<sup>202</sup>.

Richterliche  
Gewalt

Das geltende Recht ebenso wie die administrative Praxis sind ferner durch die Hereinnahme privater und gesellschaftlicher Kräfte in die Funktionen der „staatlichen Gemeinschaft“ gekennzeichnet. Dieser Einbezug privater und gesellschaftlicher Kräfte in den Funktionsbereich der „staatlichen Gemeinschaft“ hat vor allem zwei Wurzeln.

77

Gemeinwesen  
und  
Vormundschaft

Die eine Wurzel liegt im Vormundschaftswesen<sup>203</sup>. Das traditionelle Amt des Vormunds entspricht dem Gedanken, daß dort, wo Eltern zu substituieren sind, eine Eltern-analoge Privatperson, der Vormund, zu bestellen ist. Sache der „staatlichen Gemeinschaft“ sind Bestellung und Kontrolle. Die Substitution der Eltern selbst ist primär Sache des Vormunds<sup>204</sup>.

Die zweite Wurzel, auf welche die Einbeziehung privater und gesellschaftlicher Kräfte in die Aufgaben der „staatlichen Gemeinschaft“ zurückgeht, ist darin zu sehen, daß seit jeher private, gesellschaftliche und kirchliche Kräfte notwendig waren, um dem vielfältigen Bedürfnis nach Hilfe für Kinder in defizitären familiären Verhältnissen gerecht zu werden. Und auch heute zeigt sich, daß die kommunalen und staatlichen Apparaturen allein der Vielfalt der Situationen nicht gerecht werden können. Somit hat sich ein komplementäres Verhältnis ergeben<sup>205</sup>.

78

Gemeinwesen  
und Verbände

Die rechtliche Legitimation ist mehrdimensional. Private und Vereinigungen (insbesondere Wohlfahrtsverbände), die sich um das Wohl fremder Kinder bemühen, handeln grundsätzlich auf grundrechtlicher Basis (Art. 2 Abs. 1, 9 Abs. 1, evtl. Art. 4 GG)<sup>206</sup>. Kirchen und Religionsgemeinschaften, soweit sie sich selbst betätigen, handeln auf der besonderen Grundlage ihrer Autonomie (Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 2 WRV)<sup>207</sup>. Alle aber sind gegenüber dem Elternrecht subsidiär. Auch die landesverfassungsrechtliche Anerkennung

79

Legitimation  
von Privaten und  
Vereinigungen

200 S. dazu etwa *Gernhuber* (N 125), S. 638. Zur Beurteilung: *Simitis* (N 184).

201 Zu ihrer grundrechtlichen Problematik s. *Erichsen* (N 89), S. 19 ff.

202 Zu den einschlägigen landesverfassungsrechtlichen Vorbehalten s. o. Rn. 20 mit N 58. Art. 92 GG steht einer Übertragung zusätzlicher Aufgaben auf die rechtsprechende Gewalt nicht entgegen, vgl. BVerfGE 21, 139 (141 ff.); zu den Grenzen s. ausf. *Roman Herzog* in: Maunz/Dürig, Komm. z. GG, Art. 92 Rn. 51–55.

203 Zur Geschichte s. z. B. *Günther Beitzke*, Familienrecht, <sup>31</sup>1985, § 35 I; *Johannes Münder* u. a., Frankfurter Kommentar zum Gesetz für Jugendwohlfahrt, <sup>3</sup>1985, S. 199.

204 S. u. Rn. 110.

205 *Roland Wegener*, Staat und Verbände im Sachbereich Wohlfahrtspflege, 1978; *Hans Flierl*, Freie und öffentliche Wohlfahrtspflege, 1982.

206 *Hans F. Zacher*, Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege, 1964, S. 101 ff.

207 *Zacher* (N 206), S. 107 ff.; s. auch die Diskussion in: Essener Gespräche, Bd. 8, 1974, und den Sammelband v. *Axel Freiherr v. Campenhausen/Hans-Jochen Erhardt* (Hg.), Kirche–Staat–Diakonie, 1982, S. 25 ff., 72 ff., 112 ff.; s. nochmals oben N 18.

ihrer Legitimation<sup>208</sup> und des durch sie konstituierten „Trägerpluralismus“<sup>209</sup> ändert daran nichts<sup>210</sup>. Sie mag die Stellung im Gemeinwesen und gegenüber den konkurrierenden „öffentlichen“ Trägern stärken, gegenüber dem Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG jedenfalls sind sie nur ein Beitrag zur Ausfüllung des Raumes komplementärer Pflege und Erziehung, der mit „natürlich“ und „zuvörderst“ angedeutet ist.

**80**

Rechtliche  
Ordnung der  
„freien“ Träger

Die Rechtsordnung hat dem Wirken der „freien“ Träger eine Ordnung zu geben, die dem Elternrecht, gegebenenfalls den Kinderrechten, der Legitimation der „freien“ Träger und der Verantwortung des Gemeinwesens gerecht wird. Sie hat auszugehen vom Wahlrecht der Eltern, eventuell auch der Kinder, von der Notwendigkeit „freier“ Angebote und schließlich davon, daß die Intervention gegen den Willen der Eltern dem Gemeinwesen vorbehalten ist.

**81**

Formen der  
Beteiligung  
„freier“ Träger

Den allgemeinsten Rahmen bietet die Zusammenarbeit zur wirksamen Ergänzung (§ 17 Abs. 3 SGB I, §§ 7ff. JWG). Sie kann sich zur Hereinnahme von Repräsentanten der „freien“ Träger in die eigenen Entscheidungsprozesse steigern (§ 14 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 6 JWG). Einzelne Aufgaben können freien Trägern zur Erledigung übertragen werden (§ 18 JWG: siehe auch § 97 SGB X). Hier kann eine Schwelle überschritten werden, wo das Wirken des „freien“ Trägers weniger oder nicht mehr vom Willen der Eltern (oder der Kinder), sondern mehr oder ausschließlich von dem Auftrag durch das Gemeinwesen legitimiert wird, dem dann auch eine entsprechende Verantwortung obliegt<sup>211</sup>. Sie können zum Vormund, insbesondere zum Vereinsvormund (§ 1791 a BGB; § 53 JWG) bestellt werden. Sie können Heime unterhalten, in denen Kinder untergebracht werden (§§ 71 f., 78 ff. JWG), Erziehungsbeistand sein (§§ 55 ff. JWG) und die Fürsorgeerziehung (§§ 62 ff. JWG) übernehmen.

**82**

Subsidiarität  
der staatlichen  
Gemeinschaft

Das „Wächteramt“ ist der „staatlichen Gemeinschaft“ vorbehalten. Im Vorfeld aber folgt die Rollenverteilung der Regel der Subsidiarität der staatlichen Gemeinschaft (siehe insbesondere §§ 5 Abs. 3, 7 JWG)<sup>212</sup>. Die „staatliche Gemeinschaft“ muß nicht tätig werden, wenn das Notwendige von anderer Seite geschieht. Das entspricht den Grundrechten der Helfenden wie denen der Eltern, die Hilfe annehmen<sup>213</sup>. Auf der anderen Seite aber kann die „staatliche Gemeinschaft“ das im Einzelfall Notwendige nicht immer tun, wenn sie ihre personellen und institutionellen Mittel auf eine subsidiäre Rolle eingerichtet hat. Somit wird das Zusammenspiel zwischen „freien“ und „öffentlichen“ Trägern zu einer Gratwanderung. Sie muß in Kauf genommen werden, nicht zuletzt, weil die Pluralität von „öffentlichen“ und „freien“

208 S. o. Rn. 20 und 34 sowie §§ 5 Abs. 2–5, 7 ff. JWG.

209 Hüberle (N 110).

210 Isensee (N 18), Sp. 227, 231 ff.

211 Zacher (N 206), S. 119 ff.

212 Vgl. Zacher (N 206), S. 47 ff., 119 ff.

213 Dazu Zacher (N 206), S. 85 ff., insbes. S. 97 ff.

Trägern auch ein Medium der Entfaltung des Elternrechts selbst sein kann. Nur die Pluralität der Träger eröffnet den Eltern die Möglichkeit, zwischen unterschiedlich geprägten Angeboten zu wählen<sup>214</sup>.

## 2. Der allgemeine Ordnungsauftrag

Erste Aufgabe der Rechtsordnung ist es, den Beziehungen zwischen den Eltern und den Kindern eine Ordnung zu geben, die den Sinn der Verfassungsgarantie der Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) und des Elternrechts (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) entfaltet<sup>215</sup>. Das Kindeswohl ist ein zentraler Wert dieser Ordnung, nicht aber der einzige<sup>216</sup>. Das wichtigste Feld, auf dem der Ordnungsauftrag zu verwirklichen ist, ist das Familienrecht. Doch treten eine Reihe weiterer Rechtsgebiete (Jugendhilfe, Jugendwohlfahrt, Schutz der Jugend in der Öffentlichkeit, Schutz vor jugendgefährdenden Schriften, Jugendarbeitsschutz, Jugendstrafrecht etc.) hinzu<sup>217</sup>.

Die Ordnung der Beziehungen zwischen Eltern und Kindern kann sich jedoch nicht auf das Normative beschränken. Sie bedarf auch der konkreten – unterstützenden, beratenden, mahnenden, sich aufdrängenden, schließlich eingreifenden – Intervention<sup>218</sup>. Das ist im Sinnzusammenhang des „Wächteramtes“ (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) vertraut. Mehr und mehr ist die konkrete Intervention aber auch im Vorfeld des Wächteramtes, im reinen Innenbereich der Beziehungen zwischen den Eltern und den Kindern, notwendig geworden<sup>219</sup>. Die Gleichberechtigung der Eltern hat die Intervention des Staates (des Vormundschaftsgerichts, eventuell auch des Familiengerichts) dort in immer größerem Umfange notwendig gemacht, wo die Eltern sich nicht einigen können<sup>220</sup>. Zugleich hat auch der zunehmend artikulierte Konflikt zwischen Kindesgrundrechten und Elternrechten dazu geführt, daß staatliche Kompetenzen geschaffen werden mußten, diese Konflikte zu entscheiden<sup>221</sup>. In beiden Richtungen kann freilich die Entscheidung nur der letzte Weg sein. Davor liegen die Möglichkeiten der Beratung und der Schlichtung. Dies führt

83

Der normative  
Ordnungsauftrag

84

Der Auftrag  
zur konkreten  
Gestaltung

214 Wegener (N 205), S. 191: „In der Jugendhilfe hat daher das Postulat der Abwehr eines Monopols zugunsten der Förderung religiös-weltanschaulicher Erziehungsalternativen und der Beteiligung der Eltern an deren Konzipierung und Umsetzung eine besondere Bedeutung.“ S. auch Flierl (N 205), S. 63f. Zum Wahlrecht gegen freie Träger: BVerfGE 22, 180 (209).

215 S. o. Rn. 1, 4 und 5; Isensee (N 18), Sp. 226, betont, das Elternrecht unterliege keinem „Gesetzesvorbehalt“. Demgegenüber ist der Ordnungsauftrag des Art. 6 Abs. 1 GG in Betracht zu ziehen, der auch das Elternrecht umrahmt.

216 Dazu, daß das Kindeswohl ein wesentliches Element dieses Ordnungsauftrags, nicht aber schlechthin sein einziger Zweck ist, s. o. Rn. 1, 3, 65 und 73. Zum Kindeswohl allg. vgl. nochmals oben N 159.

217 Zum klassischen Bestand: Johannes Denecke, Mutterschutz und Jugendschutz, in: GR III/1, S. 475 (488ff.). Umfassend die Gesetzessammlung von Hermann Riedel/Ulrich Deisenhofer, Jugendwohlfahrtsrecht, 1983. Zum Familienrecht im übrigen s. o. Rn. 68.

218 S. noch einmal N 198.

219 Isensee (N 18), Sp. 229, sieht auch in der Lösung „solcher Rechtskonflikte, die sich nicht familiär autonom lösen lassen“, einen Ausdruck des Wächteramtes.

220 Gernhuber (N 125), S. 755ff.

221 S. o. Rn. 71. Zur Rolle der Vormundschaftsgerichte auch BVerfGE 10, 59 (83).

aber nicht daran vorbei, daß die durch das Elternrecht ausgestaltete familiäre Autonomie auf diese Weise Erosionsgefahren ausgesetzt ist<sup>222</sup>.

### 3. Miterziehung und Miterzieher

85  
Ordnungsauftrag,  
Miterziehung,  
Miterzieher

Von dieser Mitte des allgemeinen Ordnungsauftrags her lassen sich für die Verantwortung des Staates für Elternrecht und Kindeswohl vor allem zwei Dimensionen bezeichnen: die Dimension der Miterziehung und die Dimension des Wächteramtes. Beides kann nicht immer scharf voneinander getrennt werden. Die Erscheinungen überschneiden sich. Zunächst zur Funktion der Miterziehung und zur Verantwortung für die Miterzieher.

#### a) Elternrecht und Schule

Zusammenwirken

86 Unter den Verantwortlichkeiten des Staates für Pflege und Erziehung der Kinder nimmt das Schulwesen eine herausragende Stellung ein. Das Grundgesetz hat – wie auch die meisten Landesverfassungen<sup>223</sup> – der Schule eine besondere verfassungsrechtliche Legitimation zuteil werden lassen (Art. 7 GG)<sup>224</sup>. In einem mühsamen Ringen hat die Rechtsprechung den Auftrag der Eltern (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) und der Schule (Art. 7 GG) in ein Verhältnis<sup>225</sup> gebracht, das beiden Elementen gerecht wird<sup>226</sup>. Danach haben Eltern und Schule einen gleichgeordneten Erziehungsauftrag<sup>227</sup>. Weder das Elternrecht noch die Schule haben einen absoluten Vorrang<sup>228</sup>. Eltern und Schule müssen zusammenwirken<sup>229</sup>. Den Eltern obliegt es, den Gesamtplan für die Erziehung

222 „Beiden Tendenzen gemeinsam ist, daß sie im Ergebnis auf einen Abbau rechtlicher Ungleichheit in der Familie, die tendenzielle juristische Gleichstellung aller Familienmitglieder hinauslaufen würden. Das Familienbild des Reformgesetzgebers ist also nicht länger ein aus der Gesellschaft ausgegrenzter, eigenen Vergesellschaftungsmechanismen folgender Freiraum, sondern ein über Vertragsfreiheit und normative Vorgaben an die herrschenden Vergesellschaftungsmodalitäten rückgebundenes Assoziationsverhältnis, das dadurch zugleich für gesamtgesellschaftliche Zielsetzungen flexibilisiert und funktionalisiert wird.“ *Christoph Sachße/Florian Tennstedt*, Familienpolitik durch Gesetzgebung: Die Juristische Regulierung der Familie, in: Franz-Xaver Kaufmann (Hg.), Staatliche Sozialpolitik und Familie, 1982, S. 87 (100). S. a. *Simiis* (N 159).

223 S. o. Rn. 20 u. Rn. 34.

224 Zur Verfassungsmäßigkeit der Schulpflicht s. BVerfG in: JZ 1986, S. 1019.

225 BVerfGE 34, 165 (183).

226 Aus dem umfangreichen Schrifttum s. nur *Theodor Maunz*, Das Elternrecht als Verfassungsproblem, in: FS für Ulrich Scheuner, 1973, S. 419ff.; *Thomas Oppermann*, Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu regeln?, in: Verhandl. des 51. DJT, 1976, Gutachten C, S. C 1ff.; *Hans-Uwe Erichsen*, Verstaatlichung der Kindeswohlentscheidung? Zur verfassungsrechtlichen Bestimmung des schulischen Erziehungsrechts, 1978; *Fritz Ossenbühl*, Schule im Rechtsstaat, in: DÖV 1977, S. 801ff.; *Christian Starck*, Staatliche Schulhoheit, pädagogische Freiheit und Elternrecht, in: DÖV 1979, S. 269ff.; *Ursula Fehnmann*, Die Bedeutung des grundgesetzlichen Elternrechts für die elterliche Mitwirkung in der Schule, in: AöR 105 (1980), S. 529ff.; *Brun-Otto Bryde*, Neue Entwicklung im Schulrecht, in: DÖV 1982, S. 661ff.; *Frank-Rüdiger Jach*, Elternrecht, staatlicher Erziehungsauftrag und Entfaltungsfreiheit des Kindes, in: KJ 1984, S. 85ff.

227 BayVerfGHE 29, 191 (208); 33, 33 (43); 35, 90 (96); HessStGH in: NVwZ 1984, S. 784 (785).

228 BVerfGE 47, 46 (72); HessStGH in: ESvGH 22, 1 (7).

229 BayVerfGHE 29, 191 (210); 33, 33 (40); 34, 82 (100). – Zu den Konfliktzonen s. o. Rn. 8f., 51f., sowie unten N 235.

des Kindes aufzustellen und seinen Bildungsweg zu bestimmen<sup>230</sup>. Die Schulform zu bestimmen, ist demgegenüber Sache des Staates<sup>231</sup>. Aber er muß ein differenziertes Schulsystem gestalten<sup>232</sup>, das den Eltern ein Wahlrecht läßt und dieses nicht mehr als notwendig einengt<sup>233</sup>. Auch Begabungsdiagnosen und Bildungsprognosen der Schule dürfen das elterliche Bestimmungsrecht über den Bildungsgang des Kindes nicht ausschalten<sup>234</sup>.

Diese Rechtsprechung stellt das Verhältnis zwischen Schule und Elternrecht zwar der Idee nach klar. Die konkreten Entscheidungen werden dadurch aber nicht einfacher – oft eher schwieriger<sup>235</sup>. Als ein möglicher Lösungsweg bietet sich die kollektive Mitwirkung der Eltern in schulischen Entscheidungsprozessen an<sup>236</sup>. Der Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Schule und Eltern durch ein kollektives Elternrecht sind jedoch Grenzen gesteckt<sup>237</sup>. Die Schule ist nicht eine Ableitung aus dem Elternrecht. Sie entstammt dem öffentlichen Erziehungsauftrag. Die Partizipation der Eltern ist die Konsequenz aus dem Ineinander von Elternrecht und öffentlichem Erziehungsauftrag<sup>238</sup>. Der öffentliche Auftrag aber ergibt sich aus der Rechtsordnung und in deren Rahmen aus der legitimen politischen und administrativen Definition der öffentlichen Zwecke. Neben die rechtliche und politische Definition des Auftrags tritt ferner die fachliche Eigengesetzlichkeit und die Fachkompetenz derer, die dazu bestellt sind, den Fachauftrag zu erfüllen. Endlich erheben auch die in der Einrichtung unmittelbar Betroffenen (z. B. Lehrer, Schüler) Anspruch auf Partizipation<sup>239</sup>. Elternpartizipation ist somit nur ein Element der Steuerung von mehreren.

Das Kondominium von rechtlicher und politischer Verantwortung, Fachkompetenz und Repräsentation Betroffener kann sich nicht in schlichten Mehrheitsentscheidungen darstellen. Zu diesem Ergebnis führt auch der individuelle Charakter des Elternrechts<sup>240</sup>. Er schließt kollektive Mitwirkungsrechte

**87**

Elternrecht  
durch Mit-  
bestimmung

**88**

Der individuelle  
Charakter des  
Elternrechts

230 BVerfGE 34, 165 (183 f.); 53, 185 (195 ff.); 59, 360 (380); BVerfGE 64, 308 (312); HessStGH in: ESVGH 22, 1 (7); HessStGH in: DÖV 1983, S. 546 f.

231 HessStGH in: DÖV 1983, S. 546.

232 HessStGH in: DÖV 1983, S. 546. Zur Abwägung bei der Aufhebung von Schulen, OVG Koblenz in: NVwZ 1986, S. 1036 ff.; VGH Bremen ebd., S. 1038 ff.

233 BVerfGE 34, 165 (185, 199); 45, 400 (415 f.); 350, 185 (195 ff.); BayVerfGHE 35, 25 (34); HessStGH in: ESVGH 22, 1 (8) und HessStGH in: NVwZ 1984, S. 784 (785).

234 BVerfGE 34, 165 (192); *Maunz* (N 226), S. 430.

235 Als Konfliktzonen haben sich vor allem erwiesen: Die *schulische Erziehung zur Ehrfurcht vor Gott*, BayVerfGH, Entsch. v. 2. 5. 1988, in: BayVBl. 1988, S. 397; das *Schulgebet*, BVerfGE 52, 223 (254 ff.); HessStGH in: ESVGH 16, 1; hierzu auch *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Zum Ende des Schulgebetsstreits, in: DÖV 1980, S. 323 ff.; *Ulrich Scheuner*, Zum Ende des Schulgebetsstreits, in: DÖV 1980, S. 513 ff.; der *Sexualkundeunterricht*, BVerfGE 47, 46; hierzu auch *Evers* (N 111), S. 116 ff.; Befreiung vom *Sportunterricht* aus religiösen Gründen, BayVGH in: NJW 1987, S. 706 ff.; die *politische Betätigung* in der Schule, BayVerfGHE 34, 82 (100); die *Friedenserziehung*, VGH Mannheim in: NJW 1987, S. 3274 f.

236 *Böckenförde* (N 11), S. 80 ff., und *Ossenbühl* (N 2), S. 117 ff.

237 S. o. Rn. 9.

238 BVerfGE 59, 360 (391); *Ossenbühl* (N 226), S. 807 f.: „Überschneidungsbereich“, „funktionelle Überlagerung“.

239 BVerfGE 47, 46 (76); s. auch HessStGH in: NJW 1980, S. 2405 (2406); *Kurt Nevermann/Ingo Richter*, Rechte der Lehrer, Rechte der Schüler, Rechte der Eltern, 1977, S. 15 ff., 19 ff.

240 S. o. N 146; *Zeidler* (N 7).

der Eltern zwar nicht aus<sup>241</sup>, wohl aber einen bestimmenden Anspruch kollektiver elterlicher Mehrheiten. Die Stimmen der Eltern dürfen nicht nur gezählt<sup>242</sup>, sie müssen auch gewichtet werden. Nicht nur die anderen Verantwortlichkeiten und Betroffenheiten, die der Institution Schule wesentlich sind, müssen sich zur Geltung bringen können; auch der Minderheit der Eltern muß eine Chance bleiben<sup>243</sup>. Letztlich muß das individuelle Elternrecht geltend gemacht werden können<sup>244</sup>. Somit bleiben individuelle Informationsrechte<sup>245</sup> und der individuelle gerichtliche Rechtsschutz<sup>246</sup> auch und gerade neben der kollektiven Mitwirkung der Eltern notwendig. Daß diese Überlegungen nicht nur für die Schule, sondern ebenso für andere Einrichtungen öffentlicher Miterziehung gelten, kann hier nur angemerkt werden.

b) Die ergänzende öffentliche Verantwortung für „Pflege und Erziehung der Kinder“

**89**

Die komplementäre  
und subjektive  
Aufgabe der  
staatlichen  
Gemeinschaft

Andere Miterzieher als die Schule hat das Grundgesetz nur angedeutet<sup>247</sup>, indem es „Pflege und Erziehung der Kinder“ zu einem den Eltern „natürlich“ zustehenden Recht und einer den Eltern „zuvörderst“ obliegenden Pflicht erklärt hat (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG). Der wichtigste Adressat dieses subsidiären Rechts und dieser subsidiären Pflicht zur Pflege und Erziehung der Kinder ist die „staatliche Gemeinschaft“, wie sie sich vor allem in der öffentlichen Jugendhilfe und im öffentlichen nicht-schulischen Erziehungswesen betätigt. Auch dieses Wirken der „staatlichen Gemeinschaft“ ist eigenständig<sup>248</sup> – nicht nur ein Derivat des Elternrechts. Aber es verhält sich zu der Aufgabe der Eltern subsidiär<sup>249</sup>. Es hat das Recht der Eltern, die Erziehung der Kinder zu bestimmen, in ganz anderer Weise zu respektieren als die Schule<sup>250</sup>. Die „staatliche Gemeinschaft“ ist grundsätzlich darauf verwiesen, die Eltern darin zu unterstützen, Leistungen anzubieten<sup>251</sup>. Auch ihre Angebote<sup>252</sup> haben die Harmonie mit der elterlichen Erziehung zu suchen und den Konflikt zu

241 BVerfGE 59, 360 (380f., 390f.); s. auch die entsprechenden Bestimmungen des Landesverfassungsrechts (oben Rn. 36). Zum Meinungsstand insges.: *Fehrmann* (N 226), S. 545ff.

242 Die Zulässigkeit von Abstimmungen bejaht BVerwGE 47, 201 (207).

243 *Maunz* (N 17), Art. 6 Rn. 29.

244 BVerwGE 47, 46 (76); *Isensee* (N 18), Sp. 231; Das Elternrecht „ist als höchstpersönliches Individualgrundrecht nicht repräsentativ und nicht majorisierbar.“ – Jedoch kein Widerspruchsrecht schlechthin. S. für Entscheidung über mehrtägige Schülerfreizeit: BVerwG in: NJW 1986, S. 1949.

245 S. o. N 93.

246 BayVerfGHE 33, 33 (41, 43).

247 Anders die Landesverfassungen, die diesen Auftrag des Staates, der Gemeinden usw. teils sehr eingehend artikulieren. S. o. Rn. 20 u. Rn. 34ff.

248 S. BayVerfGHE 29, 191 (208f.). – A. A. *Isensee* (N 18), Sp. 232; zu eng auch *Erichsen* (N 89), S. 100ff.

249 BVerfG in: NJW 1988, S. 45 (47); Die Subsidiarität gilt nicht nur gegenüber dem Elternrecht, sondern auch gegenüber der Elternpflicht. So ist es nicht Aufgabe der öffentlichen Jugendhilfe, den Erziehungsanspruch eines Kindes anstelle der Eltern zu erfüllen, damit diese gleichzeitig einem Studium nachgehen können: VGH Kassel in: NJW 1986, S. 271ff.; BVerfGE 74, 102 (124).

250 BayVerfGHE 18, 25 (38); 29, 191 (208); 33, 33 (40); *Münder* (N 203), S. 74ff.

251 BayVerfGHE 29, 191 (209); *Erichsen* (N 89), S. 98ff.

252 Zum Grundrechtsschutz (schon) gegen Leistung und Leistungsangebot *Erichsen* (N 89), S. 19ff., 96ff., insbes. 99f.

vermeiden. Zwang ist ihr in diesem Wirkungskreis verschlossen<sup>253</sup>. Jede Reform des Rechts der Jugendhilfe steht hier vor Grenzen<sup>254</sup>.

### c) Andere Miterzieher

Das Elternrecht konkurriert nicht nur mit der Schule und dem subsidiären öffentlichen Auftrag der Pflege und Erziehung der Kinder, sondern es ist auch eingetaucht in eine Fülle unterschiedlichster Faktoren der Miterziehung: privater, gesellschaftlicher und öffentlicher Natur<sup>255</sup>. Sie alle können dazu beitragen, die Entwicklung der Kinder zu bereichern und die Pflege und Erziehung der Kinder durch die Eltern zu unterstützen und zu ergänzen. Sie können aber auch der elterlichen Pflege und Erziehung entgegenwirken oder dazu beitragen, daß Kinder verwaorlosen. Sie können das, was Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG mit „Pflege und Erziehung der Kinder“ meint, also ebenso entfalten wie verhindern oder gar pervertieren. Der Auftrag der staatlichen Ordnung, das Elternrecht und die Elternpflicht zu verwirklichen, muß diese Möglichkeit ebenso wahrnehmen wie diese Gefahr.

Dabei ist es grundsätzlich Sache der familiären Autonomie, sich auf Miterzieher hin zu öffnen, welche die Pflege und Erziehung der Kinder durch die Eltern ergänzen und unterstützen können<sup>256</sup>. Anders verhält es sich dort, wo Kinder gegen Miterzieher geschützt werden müssen<sup>257</sup>, welche ihre Pflege und Erziehung – sei es mit dem Willen oder doch infolge des Versagens der Eltern, sei es gegen den Willen der Eltern – beeinträchtigen. Rechte der Eltern, kraft deren sie den „Konsum“, die „Umwelt“ und den „Umgang“ ihrer Kinder bestimmen können, genügen nicht immer<sup>258</sup>. Denn sie setzen Eltern voraus, die diese Rechte gebrauchen. Vor allem aber können mit diesen Rechten die Einflüsse, denen die Kinder ausgesetzt sind, nicht immer beherrscht werden. Man wird nicht sagen können, daß hier genug getan wird. Und dies, obwohl Art. 5 Abs. 2 GG das Schutzgut „Kind“ eindeutig auch gegenüber Freiheitsrechten anderer geltend macht! Und dies, obwohl Rechtsprechung und öffentliche Diskussion ansonsten das „Kindeswohl“ weit über das richtige Maß hinaus zum Zielpunkt des Elternrechts gemacht haben!

90

Miterzieher  
als Gegenstand  
des Ordnungsauftrages

91

Familiäre  
Autonomie und  
Entscheidung für  
Miterzieher

Äußere  
Einflüsse

253 BayVerfGHE 29, 191 (210); *Gerhard Fieseler/Reinhard Herborth*, Recht der Familie und Jugendhilfe, 1985, S. 22. Vgl. §§ 8 SGB I, §§ 1, 3 JWG. – S. auch oben Rn. 76 a. E. – Zum Sonderfall jugendstrafrechtlicher „Erziehungsmaßnahmen“ s. BVerfGE 74, 102 (124f.).

254 Zum Streit um die Reform der Jugendhilfe s. die Entwürfe der Bundesregierung (Entwurf eines Sozialgesetzbuches (SGB) Aches Buch (VIII) – Jugendhilfe – BTDrucks. 8/2571) und des Bundesrates (Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Jugendhilfe, BTDrucks. 8/3108); Deutsches Jugendinstitut (Hg.), *Zur Reform der Jugendhilfe. Analysen und Alternativen*, 1973. Zur verfassungsrechtlichen Würdigung: *Ossenbühl* (N 2), S. 90 ff.; s. auch die weiteren Nachweise bei *Reinhard Wiesner*, Elternrecht, Jugendhilfe und die Stellung des jungen Menschen, in: ZRP 1979, S. 285 ff.

255 S. o. Rn. 6 ff.

256 Zu der besonderen Stellung der „freien“ Träger zwischen Elternrecht und Gemeinwesen s. o. Rn. 78.

257 Die Landesverfassungen formulieren diesen Schutzauftrag oft deutlicher als Art. 6 GG, s. o. Rn. 20, 34 und 36.

258 Zur Kasuistik der einschlägigen Rechtsprechung s. *Johannes Münder* in: Komm. z. BGB, Reihe AK, Bd. V, 1981, § 1632 Rn. 10; eine eher ambivalente Haltung vertritt *Richter* (N 180), Art. 6 Rn. 35.

92

Kunstfreiheit  
und KindeswohlReligionsfreiheit  
und Kindeswohl

Zwei Beispiele seien genannt. Das erste ist der geringe Schutz, den die Kinder dieser Gesellschaft gegen die Einflüsse genießen, welche die Darstellung von Gewalttätigkeiten und Sexualität in den Medien – mit oder gegen den Willen ihrer Eltern – auf sie ausüben<sup>259</sup>. Wird Art. 5 Abs. 2 GG hier wirklich ausgeschöpft? Wird das Kindeswohl genug gegen die Freiheit der Kunst (Art. 5 Abs. 3 GG) zur Geltung gebracht<sup>260</sup>? Sind nicht oft wirtschaftliche Interessen, die „Konsumfreiheit“ der Erwachsenen und die Angst vor dem Vorwurf der Prüderie der Grund, warum das Kindeswohl nicht genug geschützt wird? Sollen die Kinder nur gegenüber den Eltern vor „Verahrlosung“ geschützt werden, nicht auch gegenüber der Gesellschaft? Das zweite Beispiel sind „Jugendsekten“, die Kinder gezielt den Eltern und Familien entziehen. Art. 4 GG gilt – entgegen dem Text – nicht schrankenlos<sup>261</sup>. Und die Religionsmündigkeit der Kinder rechtfertigt nicht die Zuwendung zu einer Gemeinschaft, die sie der Familie entzieht<sup>262</sup>. Im Schutzraum der Familie wird ja nicht nur die Religionsfreiheit ausgeübt. Vielmehr sind in ihm eine Reihe weiterer Grundrechte der Eltern und der Kinder aufgehoben. Gerade dieser komplexe Raum familiärer Zusammengehörigkeit kann durch Jugendsekten zerstört werden<sup>263</sup>.

#### 4. Die Kontrolle der Eltern durch die staatliche Gemeinschaft

##### a) Das Wächteramt der staatlichen Gemeinschaft

93

Ordnungsauftrag,  
Miterziehung,  
Wächteramt

Das Wächteramt des Staates (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) stellt sich als die Aufgabe dar, der Elternverantwortung äußerste Grenzen zu stecken, dem Mißbrauch des Elternrechts entgegenzutreten und die Erfüllung wesentlicher Elternpflichten durchzusetzen. Dabei läßt der Gegensatz zwischen Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 GG erkennen, daß sich das Wächteramt der staatlichen Gemeinschaft

259 Zum Spannungsverhältnis Jugendschutz–Elternrecht s. schon *Werner Kalb*, Der Jugendschutz bei Film und Fernsehen, 1962, S. 5ff., 334ff. Die Maßnahmen der §§ 1–7 des Gesetzes über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften – GjS (BGBl. I 1961 S. 497), auf die den Eltern kein Antragsrecht zusteht, laufen weitgehend leer (vgl. § 2 der VO zur Durchführung des GjS). Ein wirksamer Schutz Jugendlicher vor gefährdenden Videofilmen ist auch nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuordnung des Jugendschutzes v. 1. 4. 1985 nicht gewährleistet, vgl. den Bundesratsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des StGB und des GjS v. 18. 10. 1985 (BRDrucks. 348/85). Zur Problematik freiwilliger Selbstkontrollen *Dian Schefold*, Jugendschutz vor Video und in der Öffentlichkeit, in: ZRP 1984, S. 127 (129). Zur neueren Diskussion s. *Peter Weides*, Der Jugendmedienschutz im Filmbereich, in: NJW 1987, S. 224ff.; *Stephan Ory*, Gesetzliche Regelungen des Jugendschutzes beim Rundfunk, in: NJW 1987, S. 2967.

260 Zum Verhältnis zwischen „Kunstschutz“ und „Jugendschutz“ s. BVerfGE 39, 197; vgl. auch BVerfGE 23, 104; 25, 318 (327ff.); 39, 198 (205ff.).

261 Auch für Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG gelten „immanente Schranken“ (Grundrechte anderer und andere Rechtswerte mit Verfassungsrang, nicht aber Art. 2 Abs. 1 GG; BVerfGE 52, 223 (246)); str., s. dazu *Reinhard Zippelius* in: BK (Zweitb.), Art. 4 Rn. 63.

262 BVerfGE 68, 16 (18); ähnlich auch *Peters* (N 3), S. 394.

263 Besprechungsübersicht zur Problematik der Jugendsekten bei *Wolfgang Franz*, Zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit sogenannten Jugendreligionen, in: NVwZ 1985, S. 81ff.; vgl. auch *Reinhard Hummel*, Die sogenannten Jugendreligionen als religiöse und gesellschaftliche Phänomene, und *Jörg Müller-Volbehr*, Die sogenannten Jugendreligionen und die Grenzen der Religionsfreiheit, in: Essener Gespräche, Bd. 19, 1985, S. 64ff., 111ff. Deutliche Bezüge zu Art. 6 GG weist der Beschl. des OLG Hamburg v. 13. 8. 1985 auf (Zugehörigkeit des sorgeberechtigten Elternteils zur Bhagwan-Sekte), in: FamRZ 1985, S. 1284. Ausdrücklich zu Art. 6 Abs. 2 GG: *Paul A. Engstfeld* u. a. (Hg.), Juristische Probleme im Zusammenhang mit den sogenannten neuen Jugendreligionen, 1981, S. 70.

nicht darauf beschränkt, gegen elterliches Versagen oder gegen die Verwahrlosung von Kindern einzuschreiten. Art. 6 Abs. 3 GG beschreibt den Extremfall und die extreme Sanktion<sup>264</sup>. Also muß Art. 6 Abs. 3 S. 2 GG auch schon im Vorfeld des „Versagens“ und der „Verwahrlosung“ einsetzen<sup>265</sup>. Das Wächteramt und der Auftrag der „staatlichen Gemeinschaft“, komplementär und subsidiär mitzuerziehen,<sup>266</sup> gehen daher ineinander über. Aber auch das Wächteramt und der Ordnungsauftrag<sup>267</sup> des Staates überschneiden sich. Der Ordnungsauftrag entfaltet Elternrecht und familiäre Autonomie, aber begrenzt und sanktioniert auch im Sinne des Wächteramtes. Der Ordnungsauftrag umfaßt Normalität und Konflikt. Das Wächteramt artikuliert den Konflikt. Die Normen, die so den Konflikt definieren, sind jedoch nicht weniger ein wesentlicher Hintergrund für die Normalität.

Das einfache Recht<sup>268</sup> versucht, sich dieser Ganzheit von Elternrecht, Miterziehung, Wächteramt und Ordnungsauftrag durch die Formulierung von Leitnormen zu nähern. § 1 Abs. 1 JWG gibt den Kindern „ein Recht auf Erziehung zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit“. Und nach § 8 SGB I hat „jeder junge Mensch . . . zur Entfaltung seiner Persönlichkeit ein Recht auf Erziehung“. Wo das Wächteramt für sich hervortritt, setzt es andere Akzente. Erziehungsbeistandschaft und freiwillige Erziehungshilfe haben zur Voraussetzung, daß die „leibliche, geistige oder seelische Entwicklung gefährdet oder geschädigt ist“ (§§ 55, 62 JWG), während die (nicht-freiwillige) Fürsorgeerziehung an die Voraussetzung der drohenden oder eingetretenen Verwahrlosung geknüpft ist (§ 64 JWG). Die Intervention des Vormundschaftsrichters endlich ist daran geknüpft, daß „das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes . . . gefährdet“ ist (§ 1666 Abs. 1 S. 1 BGB)<sup>269</sup>. Das Kindeswohl<sup>270</sup> tritt als Schutzgut des Wächteramtes hervor.

Das illustriert treffend das Verhältnis zwischen Elternrecht, Ordnungsauftrag und Wächteramt. Das Elternrecht gewährt Autonomie. Sie ist einer Umschreibung der elterlichen Pflichten, soll damit die Freiheit der Eltern nicht aufgehoben werden, nur in engen Grenzen zugänglich<sup>271</sup>. Auch das Wächteramt setzt diese Autonomie voraus. Es darf die Freiheit der Eltern nicht über die Definition des Kindeswohls<sup>272</sup> aufheben<sup>273</sup>. Der Primat der Eltern, das

94

95

Elternrecht  
und Wächteramt

264 Vgl. BVerfGE 60, 79 (89).

265 BVerfGE 24, 119 (144f.): *Schmitt Glaeser* (N 188), S. 634, spricht von „vorausschauendem Wächteramt“. Vgl. auch *Gusy* (N 7), S. 186. – Zu den jugendstrafrechtlichen Erziehungsmaßnahmen s. BVerfGE 74, 102 (124f.).

266 S. o. Rn. 89.

267 S. o. Rn. 83.

268 Zu den Erziehungszielen des Landesverfassungsrechts s. o. Rn. 21, 34f.

269 Zur Verfassungsmäßigkeit s. *Ericksen* (N 89), S. 60ff.

270 Zum Begriff des Kindeswohles s. die oben in N 159 Genannten.

271 Daß das Gesetz das Kindeswohl gar nicht bestimmen könne (so *Isensee* (N 18), Sp. 236f.), trifft dagegen nicht zu; zu denken ist nur etwa an das Unterhaltsrecht; s. ferner Rn. I, 51ff., 65ff., 75f., 84.

272 Zu den Gefahren s. *Simitis* (N 184), S. 595, 596: „Die Verrechtlichung droht insoweit, das Kindeswohl in sein Gegenteil umschlagen zu lassen. Statt als Emanzipationsmittel zu fungieren, entwickelt es sich zum Instrument dieser Außensteuerung des Kindes . . . den Ausschlag gibt . . . das richtig verstandene vom Richter definierte und interpretierte Kindesinteresse.“

273 BVerfGE 24, 119 (144): „In diesem Sinne bildet das Wohl des Kindes den Richtpunkt für den Auftrag des

Kindeswohl zu definieren<sup>274</sup>, ist hinzunehmen bis zu der Grenze, an der das Verhalten der Eltern auch „bei weitester Anerkennung der Selbstverantwortlichkeit“ nicht mehr als „Pflege und Erziehung“ verstanden werden kann<sup>275</sup>. Und je schwerer der Eingriff in das Elternrecht wiegt, desto dringender ist zu fragen, ob der Eingriff gegenüber dem Elternrecht unerlässlich ist<sup>276</sup>.

#### b) Die Aufhebung der familiären Gemeinschaft von Eltern und Kindern

96

Gesetzes-  
vorbehalt,  
Richtervor-  
behalt

Der einschneidendste Eingriff des Wächteramtes ist es, die familiäre Gemeinschaft zwischen Kindern und Eltern aufzuheben (Art. 6 Abs. 3 GG)<sup>277</sup>. Dies allgemein anzuordnen, ist dem Gesetz vorbehalten (ebenda). Dies konkret anzuordnen, hat das Gesetz<sup>278</sup> dem Richter vorbehalten (§§ 1666, 1666a BGB, § 65 JWG). Auch wenn Kinder bei anderen „Erziehungsberechtigten“<sup>279</sup> untergebracht sind, genießt diese familiäre Gemeinschaft den Schutz des Art. 6 Abs. 3 GG. Gleichwohl ist Art. 6 Abs. 3 GG im Kern eine Vorschrift des Elternrechts. Nur Eltern sind „natürlich“ berechtigt, die Kinder bei sich zu haben. Das Gesetz reflektiert das in § 1666a Abs. 1 BGB: „Maßnahmen, mit denen eine Trennung des Kindes von der elterlichen Familie verbunden ist, sind nur zulässig, wenn der Gefahr nicht auf andere Weise (...) begegnet werden kann.“ Andere Erziehungsberechtigte sind weit weniger geschützt. So genügt bei Pflegeeltern, denen das Sorgerecht übertragen ist (§§ 27 ff. JWG, § 1630 Abs. 3 BGB), jede Pflichtwidrigkeit, um ihnen das Sorgerecht wieder zu entziehen (§§ 1630 Abs. 3 S. 2, 1886, 1915 Abs. 1 BGB). Und ein „schlichtes“ Pflegeverhältnis kann – ohne nähere Begrenzung – im Interesse des Kindeswohls beendet werden (§§ 29 Abs. 2, 33 JWG).

97

Das „Versagen“  
der Eltern  
und die „Ver-  
wahrlosung“  
der Kinder

Wann Eltern „versagen“ und wann Kinder „zu verwahrlosen drohen“<sup>280</sup>, ist in dem Spannungsverhältnis zwischen der durch das Elternrecht geprägten Autonomie der Familie (Art. 6 Abs. 1 und 2 GG) einerseits und dem Anspruch des Kindes auf „Pflege und Erziehung“ andererseits zu sehen. A priori setzen die Eltern die Maßstäbe. Art. 6 Abs. 3 GG kann nur eingreifen, wenn äußerste Grenzen verfehlt werden und andere Mittel der Abhilfe nicht gegeben oder erfolglos geblieben sind<sup>281</sup>. Dann freilich kommt es auf Verschul-

Staates gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG. Dies bedeutet nicht, daß jedes Versagen oder jede Nachlässigkeit den Staat berechtigt, die Eltern von der Pflege und Erziehung auszuschalten oder gar selbst diese Aufgabe zu übernehmen: vielmehr muß er stets dem grundsätzlichen Vorrang der Eltern Rechnung tragen.“ BVerfGE 60, 79 (94): „Zwar stellt das Kindeswohl in der Beziehung zum Kind die oberste Richtschnur der elterlichen Pflege und Erziehung dar. Das bedeutet aber nicht, daß es zur Ausübung des Wächteramtes des Staates nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 gehörte, gegen den Willen der Eltern für eine den Fähigkeiten des Kindes bestmögliche Förderung zu sorgen.“

274 Von *Ossenbühl* (N 226), S. 806. „Interpretationsprimat“ genannt; s. auch *Stein* (N 9), S. 55ff.

275 *Isensee* (N 18), Sp. 237.

276 BVerfGE 24, 119 (145); ebenso *Maunz* (N 17), Art. 6 Rn. 26c und d.

277 BVerfGE in: NJW 1988, S. 1256f. (1257): „Unter einer Trennung im Sinne ‚Ende des Art. 6 Abs. 3 GG‘ ist die tatsächliche Entfernung des Kindes aus dem häuslichen Bereich der Familiengemeinschaft in der Weise zu verstehen, daß die Erziehungsberechtigten künftig keine unmittelbare Möglichkeit mehr haben, auf die Erziehung einzuwirken.“ S. auch BVerfGE 24, 119 (139ff.); 31, 194 (210).

278 S. zu entsprechenden landesverfassungsrechtlichen Anordnungen Rn. 18 und Rn. 34.

279 S. o. Rn. 63.

280 S. zur Definition der beiden Begriffe etwa *E. M. v. Münch* (N 32), Art. 6 Rn. 30 und 31.

281 BVerfGE 60, 79 (89); BVerfGE in: NJW 1988, S. 45ff. (47); vgl. auch BGHZ 73, 131 (138).

den nicht an<sup>282</sup>. Entscheidend ist die Gefährdung des Kindes. Eindeutig sind Fälle, in denen Kinder gequält werden, ohne Notwendigkeit hungern oder frieren, einer gebotenen ärztlichen Behandlung oder der schulischen und beruflichen Ausbildung entzogen werden, desgleichen Fälle, in denen Eltern ihre eigenen grundrechtlichen Spielräume – etwa durch strafbare Handlungen – wesentlich, schwer und nachhaltig verlassen und die Kinder in diese Haltung hineinerziehen.

Schwierigkeiten ergeben sich immer dann, wenn die Eltern an einen nonkonformistischen Rand des Grundrechtsgebrauchs geraten, der ihnen selbst und für sich zwar nicht untersagt ist, von dem die „staatliche Gemeinschaft“ aber annimmt, daß die Kinder und ihre Entwicklung zu eigener substantieller Grundrechtsmündigkeit<sup>283</sup> dadurch nicht gefährdet werden sollten<sup>284</sup>. Beispiele dafür sind religiöse Bekenntnisse, die (etwa durch völlige Unterwerfung unter einen fremden Willen) zu schwerwiegenden psychischen und sozialen Fehlhaltungen führen<sup>285</sup>, oder die (etwa bei Verboten ärztlicher Behandlung) Leben und körperliche Unversehrtheit des Kindes in Gefahr bringen<sup>286</sup>. Andere Beispiele ergeben sich, wenn die Eltern sich in Prostitution<sup>287</sup>, Promiskuität und offen betätigter Sexualität ergehen<sup>288</sup>. Die Frage ist in allen Fällen die, auf welche Weise die Verantwortung für Existenz und Entwicklung der Kinder dem Grundrechtsgebrauch der Eltern Grenzen setzt, die sie nicht überschreiten dürfen, ohne Gefahr zu laufen, von den Kindern getrennt zu werden. Eine einfache Formel kann es nicht geben. Auszugehen ist von der Autonomie der Eltern und davon, daß diese Autonomie eine Funktion auch der Grundrechte der Eltern ist. Gleichwohl sind „Pflege und Erziehung der Kinder“ auch unmittelbar eine Funktion der Menschenwürde der Kinder und ihres Anspruchs auf Entwicklung. Die Autonomie der Eltern kann und darf das nicht verdrängen. Elterliches „Versagen“ und „Verwahrlosung“ der Kinder können also auch dann vorliegen, wenn das die Kinder gefährdende Verhalten der Eltern, bliebe es auf die eigene Sphäre der Eltern beschränkt, grundrechtlich noch toleriert wäre.

282 Objektives Versagen genügt: *Maunz* (N 17), Art. 6 Rn. 26a; BVerfGE 10, 59.

283 S. o. Rn. 51 (dort insbes. N 115).

284 Die Erziehung zur Freikörperkultur hält sich noch im Rahmen des elterlichen Erziehungsrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG; BVerfGE 7, 320 (324). Für die Legitimität einer Erziehung, „die auf ein ‚alternatives‘ Leben, auf den Ausstieg aus der Zivilisation und die Hinwendung zum ‚einfachen Leben‘ vorbereitet“, *Ericksen* (N 89), S. 42f. m. w. N.

285 Differenzierend OLG Hamburg in: *FamRZ* 1985, S. 1285 („Bhagwan“); die h. M. versagt Sekten, die die Individualautonomie ihrer Mitglieder ausschalten, auf jeden Fall den Grundrechtsschutz aus Art. 4 GG, vgl. *Engstfeld* (N 263), S. 10, sowie oben Rn. 92.

286 In der Regel wird hierin ein Mißbrauch des elterlichen Sorgerechts gem. § 1666 Abs. 1 BGB liegen. *Uwe Diederichsen* in: *Palandt, Komm. z. BGB*, 79. 1987, § 1666 Anm. 4a cc; BayObLG in: *FamRZ* 1976, S. 43 ff. (46); wohl auch BVerfGE 32, 98 (111); ferner LG München in: *FamRZ* 1978, S. 851; LG Berlin in: *FamRZ* 1979, S. 286f.

287 Statt aller: *E. M. v. Münch* (N 32), Art. 6 Rn. 17.

288 A. A. offenbar OLG Stuttgart in: *JZ* 1985, S. 848 ff. S. dazu die kritische Anmerkung von *Wegener* (ebenda a. E.).

## 5. Das Elternrecht als Leistungsanspruch

99

Elternrecht  
als status  
positivus

Einen status positivus bringt das Grundgesetz nur hinsichtlich der Mütter zum Ausdruck, denen es einen „Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft“ zusagt (Art. 6 Abs. 4 GG)<sup>289</sup>. Gleichwohl kann der Sozialstaat (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG) nicht umhin, die Entfaltung des Kindes zu fördern und damit auch die spezifische soziale Last wahrzunehmen, die mit der Elternschaft – weit über die Mutterschaft hinaus – einhergeht<sup>290</sup>.

Dies alles bedarf freilich erst – gesetzlicher oder administrativer – positiver Gestaltung. Art. 6 Abs. 2 GG gibt zunächst nur Impulse und Legitimation. Entscheidende grundrechtliche Hilfe ist weiterhin der Gleichheitssatz (Art. 3 GG), der durch das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG) ergänzt wird. Das gilt vor allem für den Zugang zu öffentlichen Einrichtungen<sup>291</sup>. Das Elternrecht selbst hingegen äußert sich dort, wo der Anspruch auf eine gewisse Gestaltung öffentlicher Einrichtungen geht: auf Wahlmöglichkeiten, die der Entfaltung des Elternrechts Raum geben – so im Schulwesen<sup>292</sup> und in der Wohlfahrtspflege<sup>293</sup>.

100

Wirtschaftliche  
Entlastung der  
Eltern

Die allgemeinste Frage aber ist die der wirtschaftlichen Entlastung der Eltern. Art. 6 GG gebietet – sowohl unter dem Aspekt des Schutzes der Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) als auch unter dem Aspekt der Elternpflicht, die Last der Pflege und Erziehung der Kinder zu tragen (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) –, beim Vergleich unterschiedlicher Be- und Entlastungen (Art. 3 Abs. 1 GG) die Problematik der Kinderlast zu berücksichtigen<sup>294</sup>. Das gilt für das Steuerrecht<sup>295</sup> ebenso wie für das Sozialleistungsrecht<sup>296</sup>. Zwei Vorbehalte sind frei-

289 Zum Landesverfassungsrecht s. o. Rn. 19 und Rn. 35.

290 Das Landesverfassungsrecht (vgl. Rn. 19 und 35) artikuliert die soziale Problematik für die kinderreichen Familien. Allgemeiner wird die soziale Dimension im internationalen Recht angesprochen (s. Rn. 38f.).

291 Die Rechtsprechung zeigt sich freilich zurückhaltend, wenn es darum geht, die Chancengleichheit auch auf die finanziellen Folgen (Schulgeldersatz, Schulwegkosten usw.) zu erstrecken: BayVerfGHE 35, 25 (34); HessStGH in: NVwZ 1984, S. 788 (789). VGH Mannheim in: NVwZ 1986, S. 1040 (1040): Kein Anspruch auf Aufnahme in den Kindergarten im Sinne eines „Teilhaberechts“. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG begründe „lediglich die objektiv-rechtliche Pflicht des Gesetzgebers zur Schaffung normativer Regelungen, die eine hinreichende Berücksichtigung des Elternrechts (und der grundrechtlichen Stellung des betroffenen Kindes) gewährleisten ...“. Bei der Ausübung eines Ermessens über die Vergabe von Kindergartenplätzen habe die Verwaltung „das Kindeswohl als oberste Richtschnur der elterlichen Pflege und Erziehung ... zu beachten.“

292 Hinsichtlich einer Differenzierung des Schulsystems, das den Eltern ein Wahlrecht erst ermöglicht: BVerfGE 34, 165 (185, 199); 45, 400 (415f.); 53, 185 (195ff.); BayVerfGHE 35, 25 (34); HessStGH in: ESVHG 22, 1 (8); HessStGH in: DÖV 1983, S. 546 (547); HessStGH in: NVwZ 1984, S. 784 (785).

293 S. o. Rn. 89, 90ff.

294 *Axel Frhr. v. Campenhausen, Heinhart Steiger*, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel – Das Beispiel von Ehe und Familie, in: VVDStRL 45 (1987), S. 7 (29ff., 45); S. 55 (84ff.) je mit weiteren Nachweisen. Zurückhaltend freilich BVerfGE 28, 104 (113). Zum Spielraum s. auch BVerfGE 43, 108 (120ff.); 47, 1 (24); BVerfG in: NJW 1988, S. 757 (758).

295 Zur Notwendigkeit steuerlicher Entlastung z. B. *Klaus Vogel*, Zwangsläufige Aufwendungen – besonders Unterhaltsaufwendungen – müssen realitätsgerecht abziehbar sein, in: Steuer und Wirtschaft, 1984, S. 197ff.; *P. Kirchhof* (N 4), insbes. S. 31; v. *Campenhausen* (N 294), S. 35ff.; je mit weiteren Nachweisen. Zum Spielraum des Gesetzgebers s. aber auch BFHE 150, 156 (160).

296 BVerfGE 20, 188 (192ff.). Vgl. *Franz Ruland*, Schutz und Förderung von Ehe und Familie im Sozialrecht, in: NDV 1986, S. 164ff.; v. *Campenhausen* (N 294), S. 41ff.; je mit weiteren Nachweisen. Kritisch

lich anzubringen. Der erste: es kommt nicht auf das Elternrecht und die Elternpflicht an, sondern auf die tatsächliche Elternlast<sup>297</sup>. Der zweite: es kommt immer auf das Ensemble der Be- und Entlastungen an. Und gerade dies schafft die Spielräume des Gesetzgebers.

## VI. Das Elternrecht bei Komplikationen der Elternschaft und der Kindschaft

### 1. Vorbemerkung

Bisher wurde davon ausgegangen, daß die Institutionen der Ehe und des Elternrechts in der Weise zusammenfallen, daß die Eltern eines Kindes miteinander verheiratet sind und mit dem Kind und gegebenenfalls seinen Geschwistern zusammen eine Familie bilden. Art. 6 Abs. 1–3 GG wird durch diese Normalität zu einem Ganzen gefügt<sup>298</sup>. Auf dem Boden dieser Normalität entfaltet das Elternrecht seine maximale Geltung. Nun ist offensichtlich, daß diese Normalität viele Ausnahmen erleidet. Alle diese Ausnahmen fordern auch Anpassungen des Elternrechts. Ganz generell gilt, daß dort, wo nicht die Ehe der Eltern und das Eltern-Kind-Verhältnis in der gleichen Familie aufgehoben sind, das Ordnungsmandat des Staates in besonderer Weise herausgefordert ist, der Ermessensspielraum des Gesetzgebers wächst<sup>299</sup> und die Notwendigkeit konkreter Intervention zunimmt.

### 101

Das Grundmuster des Elternrechts und die Verantwortung des Rechts gegenüber Abweichungen

### 2. Elternrecht und verheiratete Kinder

Heiraten minderjährige Kinder, so tritt das Elternrecht in Konflikt mit der Ehe des Kindes. Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG, die in der Generation der Eltern zueinander harmonisch sind, treten über die Generationen hin in ein Spannungsverhältnis. Das Gesetz kann diese Spannung mindern, nicht aber aufheben<sup>300</sup>.

### 102

Verheiratete Kinder

---

hinsichtlich der Erfüllung des staatlichen Förderungsauftrages *Dietrich Katzenstein*, Das Sozialrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: SGB 1988, S. 197f. Gegen die Notwendigkeit eines vollen Ausgleichs der Unterhaltsaufwendungen BSGE 60, 18 (25).

297 S. BSGE 51, 119 (122).

298 BVerfGE 31, 194 (205); 56, 363 (382); ebenso *P. Kirchhof* (N 4), S. 32. Für die Anerkennung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit gemeinsamem Kind als Familie des GG und Aufgabe der tradierten Auffassung der Ehe als konstitutives Element der Familie: *Karl Heinrich Friauf*, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel, in: NJW 1986, S. 2595 (2602).

299 Vgl. BVerfGE 31, 194 (208ff.).

300 Mindestens ein Ehepartner muß volljährig sein (§ 1 Abs. 2 EheG). Der gesetzliche Vertreter des anderen Partners muß zustimmen (§ 3 EheG). Vormundschaftsgericht und Jugendamt stehen dabei die in §§ 1 Abs. 2 u. 3 Abs. 3 EheG, § 48a Abs. 2 JWG näher beschriebenen Befreiungs- und Ersetzungsbefugnisse zu. Die elterliche Sorge wird beschränkt (§ 1633 BGB). – Eine andere Sprache spricht freilich das Sozialrecht. Die sog. „Heiratswegfallklauseln“, nach denen Eltern Kinderzulagen etc. nicht mehr zustehen sollten, wenn die Kinder verheiratet sind, sind längst entfallen (zu deren Unvereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 u. 6 Abs. 1 GG: BVerfGE 29, 1 (10); 28, 324 (347, 361)). Das Sozialrecht geht heute davon aus, daß den Eltern die Last auch für verheiratete Kinder weitgehend zufällt.

## 3. Das Elternrecht nicht oder nicht mehr miteinander verheirateter Eltern

## a) Elternrecht und nichteheliche Kinder

**103**

Nichteheliche  
Kinder – ungleiche  
Elternrechte

Das nichteheliche Kind hat zwei Eltern ungleichen Rechts: die Mutter, mit der es – in der Regel – in der Familie lebt; und den Vater, der – in der Regel – nicht in derselben Familie lebt oder, wenn er mit der Mutter zusammenlebt,<sup>301</sup> doch nicht in einer Familiengemeinschaft, die auf der Ehe der Eltern gründet<sup>302</sup>. Art. 6 Abs. 5 GG enthält zwar den Auftrag, den nichtehelichen Kindern „die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern“. Der Gesetzgeber hat sich auch bemüht, dem Rechnung zu tragen (siehe insbesondere §§ 1600a ff., 1615a ff., 1705 ff., 1934a ff. BGB). Doch konnte er weder das Fehlen der ehelichen Gemeinschaft mit der Mutter und der (entsprechenden auf Ehe gegründeten) familiären Gemeinschaft mit dem Kinde noch den potentiellen Konflikt mit einer anderen familiären Gemeinschaft des Vaters ignorieren. Somit sind – notwendigerweise – zwei ungleiche Elternrechte entstanden<sup>303</sup>, die beide von der familiären Gemeinschaft zwischen der Mutter und dem Kind ausgehen<sup>304</sup>. Die Regelung reflektiert nicht nur das gesteigerte Ermessen des Gesetzgebers. Sie reflektiert auch das gesteigerte Bedürfnis nach Intervention, wie es in den zahlreichen Entscheidungsbefugnissen des Vormundschaftsgerichts, in der Bestellung eines Pflegers (§§ 1706 ff. BGB) und zahlreicher Zuständigkeiten des Jugendamtes (§§ 40 ff., 48 a, 49, 51, 51 b JWG) zum Ausdruck kommt. Weder der Vater noch die Mutter hat danach jenes volle Elternrecht und jene gleiche Elternpflicht, die die Rechtsordnung den ehelichen Eltern zuweisen kann.

## b) Elternrecht bei Auflösung einer Ehe

**104**

Auflösung  
der elterlichen  
Ehe durch Tod

Wird die Ehe der Eltern durch den Tod eines Elternteils aufgelöst, so ist keine andere Veränderung notwendig – und wohl auch zulässig – als die, daß Elternrecht und Elternpflicht dem überlebenden Elternteil allein zustehen (§ 1681 BGB).

301 *Friedbert Raucke*, *Elterliche Sorge für die gemeinsamen Kinder während und nach einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, in: *Evangelische Akademie Bad Boll, Recht und Realität im Familienalltag und in der Familienkrise*, 1986, S. 151 ff.

302 Zur Bedeutung dieses Umstandes BVerfGE 56, 363 (384, 385). Gegen ein Recht oder eine Pflicht zur Herstellung einer Erziehungsgemeinschaft: BSGE 52, 276 (278 f.). Zur Problematik der Ehelicherklärung s. KG in: NJW 1988, S. 146 ff. Zur Problematik eines Doppelnamens (aus den Familiennamen beider Elternteile) s. OVG Koblenz in: NJW 1986, S. 602; BVerwG in: NJW 1986, S. 2962 f.

303 Zum Elternrecht der Mutter s. BVerfGE 24, 119 (135). Für den nichtehelichen Vater unterscheidet das Bundesverfassungsgericht, ob er mit der Mutter zusammenlebt oder nicht (BVerfGE 56, 363). Für den Fall des Zusammenlebens bejaht das Gericht das Elternrecht (384 ff.), ohne daraus notwendig das Sorgerecht abzuleiten. Das Elternrecht des nichtehelichen Vaters, der nicht mit der Mutter zusammenlebt, ist offengeblieben (383 f.). Gegen das Elternrecht des nichtehelichen Vaters: BayVerfGHE 16, 10 (14 f.).

304 BVerfGE 56, 363 (380). Krit. zu dieser Entscheidung in Hinblick auf Art. 6 Abs. 2 GG, Art. 8 und 14 EMRK *Henning Schwaiger*, *Zum Elternpflichtrecht des nichtehelichen Vaters in der Bundesrepublik Deutschland*, in: *EuGRZ* 1982, S. 1 ff. m. w. N. (Fn. 9).

Anderes gilt für die Auflösung der Ehe unter Lebenden. Schon die faktische Auflösung einer Ehe zerstört eine wesentliche Voraussetzung des vollen Elternrechts: die familiäre Gemeinschaft beider Eltern mit den Kindern. Durch Intervention muß nun entschieden werden, wo jene familiäre Einheit weiter bestehen soll, auf die hin nun das Elternrecht zu konzentrieren ist (§§ 1671 Abs. 4 S. 1, 1672 BGB). Das Elternrecht des anderen Elternteils wird rudimentär (§§ 1634, 1671, 1672 BGB), ohne daß Konflikte mit dem „Hauptelternrecht“ vermieden werden könnten oder auch nur sollten<sup>305</sup>. Schließlich können Dritte (Vormünder, Pfleger) eingeschaltet werden (§§ 1671 Abs. 5, 1672 BGB)<sup>306</sup>.

Ein entsprechendes Regelungs- und Interventionsbedürfnis entsteht, wenn die Ehe der Eltern durch Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung rechtlich aufgelöst wird (§§ 1634, 1671 BGB; § 37 EheG)<sup>307</sup>. Das gilt auch in dem Fall, daß geschiedenen Eltern das Sorgerecht gemeinsam zugesprochen ist<sup>308</sup>.

### c) Die zunehmende Unterscheidung von familiärer Einheit und Eltern-Kind-Beziehung und ihre Folgen

Sowohl bei nichtehelicher Kindschaft als auch dort, wo eine Ehe aufgelöst wird, ist es rechtlich möglich, daß der Elternteil, der dem Kind familiär verbunden ist und dem somit das stärkere Elternrecht zusteht, eine Ehe mit einem Partner eingeht, der nicht in elternschaftlicher Beziehung zum Kind steht. In dieser familiären Gemeinschaft können auch weitere Kinder – eingebrachte Kinder eines Ehepartners oder gemeinsame Kinder beider Ehepartner – leben. Schließlich kann sich dies durch erneute Auflösung der Ehe und erneute Heirat wiederholen. Je mehr dies geschieht, desto mehr weicht der Lebenssachverhalt von der Normalität der Einheit von Ehe, Elternschaft und Familie ab, desto mehr wird die vom Elternrecht umfaßte Eltern-Kind-Beziehung von den familiären Verhältnissen isoliert und desto mehr können Konflikte zwischen diesen Eltern-Kind-Beziehungen und ehelichen oder anderen familiären Beziehungen auftreten. Leben beide Elternteile eines Kindes noch, so kann eine entsprechende Komplikation auch hinsicht-

**105**Faktische  
Trennung  
der Eltern**106**Scheidung  
der Eltern**107**Die Interferenz  
mehrerer elter-  
licher und  
familiärer Be-  
ziehungen

305 Zur Belastung des Kindes durch den Konflikt der Elternrechte vgl. *Rolf Lamprecht*, Zur Menschenwürde des Kindes, in: FS für Wolfgang Zeidler, 1987, S. 857ff.

306 S. auch § 51 Abs. 2 JWG.

307 Vgl. § 51 Abs. 1 JWG; s. auch BVerfGE 4, 52 (57ff.); 31, 194 (203ff.). Den Ausschluß des Umgangsrechts für einen Elternteil hat BVerfGE 64, 181 (187ff.) zum Gegenstand. Zur Einwirkung internationalen Rechts s. *Christian Ullmann*, Die völkerrechtliche Prämisse der Regelung der elterlichen Sorge bei Auflösung von Ehen, in: FamRZ 1987, S. 434ff.; *Irene Fahrenhorst*, Sorge- und Umgangsrecht nach der Ehescheidung und die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in: FamRZ 1988, S. 238ff.

308 BVerfGE 61, 358, hat die Regelung des § 1671 Abs. 4 S. 1 BGB, welche die generelle Übertragung der elterlichen Sorge an einen Elternteil allein vorsah, für verfassungswidrig erklärt. Zur Diskussion im einzelnen s. die Nachw. bei *Uwe Diederichsen* in: Palandt, Komm. z. BGB, 41983, § 1671 Rn. 2b, sowie die Aufsätze von *Michael Coester*, Gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung?, in: EuGRZ 1982, S. 256 (264), und *Gottfried Knöpfel*, Zum gemeinsamen Sorgerecht der Eltern nach Scheidung, in: NJW 1983, S. 905 (909); *Simitis* (N 184), S. 610ff.; *Uwe-Jörg Jopt*, Nacheheliche Elternschaft und Kindeswohl – Plädoyer für das gemeinsame Sorgerecht als anzustrebenden Regelfall, in: FamRZ 1987, S. 875ff.

lich des Elternteils auftreten, der die familiäre Gemeinschaft mit dem Kind verlassen hat oder verlassen mußte. Dadurch vergrößert sich die Distanz zwischen dem Elternrecht und den ehelichen und familiären Verhältnissen, nimmt die Isolierung der beiden „Rest-Elternrechte“<sup>309</sup> zu und wächst die Gefahr von Konflikten mit konkurrierenden ehelichen und familiären Beziehungen. Dabei können sich voll funktionierende Surrogate der alten familiären Verhältnisse herausbilden<sup>310</sup>. Aber ebenso kann es zu einem Geflecht von Spannungen und Reibungen und zu Funktionsausfällen kommen<sup>311</sup>. Dem läßt sich nicht durch generelle rechtliche Ordnung vorbeugen. Um so bedeutsamer wird das „In-Gang-halten“ des Elternrechts durch richterliche (vormundschaftsgerichtliche, familiengerichtliche) Zuweisung und Entscheidung<sup>312</sup>. Desto bedeutsamer kann endlich auch die – administrative oder richterliche – Ausübung des staatlichen Wächteramtes werden<sup>313</sup>. Alle Entwicklungen erscheinen denkbar: von der veritablen Ausübung des Elternrechts auf der Grundlage einer sicheren Eltern-Kind-Beziehung bis zu einem Funktionsverlust des „natürlichen“ Rechts der Eltern in Richtung auf immer häufigere, umfangreichere und bedeutsamere öffentliche Intervention.

**108**

„Elternpartner“ –  
keine „Erziehungs-  
berechtigten“

Dabei wird auch der Schutz der familiären Gemeinschaft zwischen Eltern und Kindern durch Art. 6 Abs. 3 GG in Mitleidenschaft gezogen. „Erziehungsbe-rechtigt“ sind Ehepartner (und erst recht faktische Partner) des mit dem Kind familiär verbundenen Elternteiles nicht. Die neue, ihren Ursprüngen nach heterogene Familie genießt also keinen geschlossenen Schutz des Art. 6 Abs. 3 GG.

**109**

Die Dominanz  
des Maßstabes  
des Kindeswohls

Je mehr „Elternehen“ und „Elternfamilien“ zerbrechen, sich neu bilden und sich überschneiden, desto mehr verliert somit das Elternrecht an Steuerungskraft<sup>314</sup>. Die Ordnung der familiären Verhältnisse eines Kindes wird von den Beteiligten und vom Richter nach Zweckmäßigkeitserwägungen gestaltet, die sich auf den vagen Nenner des Kindeswohles bringen lassen<sup>315</sup>. Dies kann für sich betrachtet unvermeidlich sein<sup>316</sup>. Der Schluß, der daraus zu ziehen ist, muß jedoch der sein, daß die Ehe, aus der Kinder hervorgegangen sind, die noch der Pflege und Erziehung der Eltern bedürfen, in besonderem Maße

309 Zur Fortdauer der Elternverantwortung beider Eltern: BVerfGE 31, 194 (205); 61, 358 (373); 66, 84 (96); 68, 256 (267).

310 Zur Pflicht geschiedener Eltern, den Schaden der Kinder zu mindern: BVerfGE 57, 361 (384 ff.).

311 Zum Unterhaltungsanspruch unter geschiedenen Eltern als Ausdruck auch der Elternpflicht, s. BVerfGE 66, 84 (96); BGH in: JZ 1987, S. 424 ff.

312 Neben den Standardwerken – als solches etwa *Beitzke* (N 203), § 24 IV f. (§ 29 III) – s. insbes. den Überblick von *Brigitte Borgmann*, Neuere Rechtsprechung zum Verfahrensrecht in Ehe- und anderen Familiensachen, in: FamRZ 1985, S. 321 (325).

313 S. BVerfGE 55, 171 (181 f.); 64, 181 (188).

314 Zur Problematik der steuerlichen und sozialrechtlichen Entlastung s. BVerfGE 45, 104 (120 ff.).

315 BVerfGE 31, 194 (208 f.); 37, 217 (252); 55, 171 (179 ff.); 56, 363 (383, 391).

316 Vieles spricht für die Annahme, daß die Betonung des „Kindeswohls“ auch für die normale Eltern-Kind-Beziehung in der auf der Ehe der Eltern gegründeten Familie davon herrührt, daß man sich mit der Normalität „gebrochener“ Familienverhältnisse bereits abgefunden hat. Weil im „gebrochenen“ Familienverhältnis für die Eltern-Kind-Beziehungen nur noch das Kriterium des Kindeswohls bleibt, um überhaupt einen Weg durch das Dickicht zu finden, hat dieses seinen Siegeszug auch in das normale Eltern-Kind-Verhältnis hinein angetreten.

schützenswert ist. Der Schutzauftrag des Art. 6 Abs. 1 GG und das Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) müssen zusammen gesehen werden<sup>317</sup>.

#### 4. Die Substitution der Eltern

Sind beide Eltern gestorben oder verschollen, so müssen sie ersetzt werden (§§ 1773 ff. BGB). Das Gesetz wählt dafür die Vormundschaft<sup>318</sup>. Dem Vormund kommt das „natürliche“<sup>319</sup> Recht der Eltern nicht zu<sup>320</sup>. Ihn trifft auch eine der wichtigsten Pflichten der Eltern nicht, nämlich das Kind zu unterhalten. Der Vormund ist ein „Kunstgebilde“ der Rechtsordnung. Er wird daher auch nicht in der Weise sich selbst überlassen wie die Eltern<sup>321</sup>. Ist ein Vormund bestellt, so nimmt die staatliche Gemeinschaft – vor allem durch das Vormundschaftsgericht – in besonderer Weise teil an der Ausübung der „Elternrechte“ (siehe im einzelnen §§ 1793 ff. BGB, §§ 46 ff. JWG).

Ähnliches gilt, wenn beide Eltern geschäftsunfähig sind (§ 1673 Abs. 1 BGB) oder wenn beiden Eltern Sorge und Vertretung für das Kind entzogen werden mußte (§§ 1666, 1680 BGB). Ein Minimum des „natürlichen“ Elternrechts bleibt freilich auch in diesen Fällen<sup>322</sup>. Dort, wo ein Elternteil nur geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig – insbesondere minderjährig – ist, kann diesem „natürlichen“ Elternrecht auch weitgehend Raum gegeben werden (s. § 1673 Abs. 2 BGB).

#### 5. Rechtliche, natürliche und soziale Elternschaft

Ist die Elternschaft keine im physischen Sinne „natürliche“, so wird dadurch das Elternrecht nicht schlechthin ausgeschlossen. „Das Recht ist naturgegeben, aber die Personen, die es ausüben können, werden von der Rechtsordnung bestimmt. Da das ‚natürliche‘ Recht vom Grundgesetz positiviert worden ist, muß der Begriff ‚Eltern‘ aus der gesamten Rechtsordnung heraus ausgelegt werden“<sup>323</sup>. So muß im Falle der Scheinvaterschaft (§§ 1593 ff., 1600 ff. BGB) die tatsächliche Situation zugunsten der rechtlichen auch in Hinblick auf Art. 6 GG vernachlässigt werden<sup>324</sup>.

### 110

Elternlose  
Kinder

### 111

Geschäftsun-  
fähige oder nicht  
sorgeberechtigte  
Eltern

### 112

Schein-  
Vaterschaft

317 Dem steht § 1568 Abs. 1 S. 1 BGB entgegen, der den Schutz der Elternehe minderjähriger Kinder gerade zur Ausnahme erklärt. Nach *Diederichsen* (N 286), § 1568 Rn. 2a, handelt es sich dabei lediglich um „dogmatisch überflüssige Redundanz“. Dies dürfte als Kritik allein nicht ausreichen.

318 S. o. Rn. 77.

319 Gleichwohl ist aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG herzuleiten, daß den Familienmitgliedern bei der Bestellung des Vormundes oder Pflegers ein Vorzug zukommt: BVerfGE 33, 236 (238f.).

320 BVerfGE 10, 302 (328). Nach BVerfGE 34, 165 (200) werden dagegen Großeltern, die zum Vormund bestellt sind, wie Eltern aus Art. 6 Abs. 2 GG berechtigt.

321 Allg. zu deren Rechtsstellung: *Münder* (N 171), S. 123 ff.

322 S. o. N 161 – Nur bürgerlichrechtlich kann – ausnahmsweise – das Elternrecht wirkungslos werden. Verfassungsrechtlich bleibt es immer der Maßstab jeder Einschränkung oder Entziehung. *Gernhuber* (N 125), S. 46.

323 So *Maunz* (N 17), Art. 6 Rn. 25.

324 So hat der Ehemann der Mutter, der die Ehelichkeit des Kindes angefochten hat, zunächst gleichwohl noch

**113**Annahme  
als Kind

Die Möglichkeit der Annahme Minderjähriger als Kind (§§ 1741 ff. BGB) wirft die Frage auf, ob Art. 6 Abs. 2 GG die Verzichtbarkeit des Elternrechts einschließt. Angesichts der langen, vom Grundgesetz vorgefundenen Tradition des Rechtsinstituts der Adoption wird dies anzunehmen sein<sup>325</sup>. Dann muß aber auch gelten, daß die annehmenden Eltern natürlichen Eltern gleichstehen. Doch das „unnatürliche“ bleibt relevant: die durch Rechtsakt geschaffene Elternschaft kann durch Rechtsakt auch wieder beseitigt werden (§ 1759 ff. BGB).

**114**„Soziale“  
Elternschaft

Zu erwähnen ist schließlich der Konflikt zwischen der „sozialen Elternschaft“<sup>326</sup> (Pflegeeltern<sup>327</sup>, vermeintliche Eltern<sup>328</sup> etc.) und der rechtlichen und/oder natürlichen Elternschaft. Art. 6 Abs. 2 und 3 GG bringen keine einfache Entscheidung dieses Konflikts dergestalt, daß immer die körperliche Abstammung vorzugehen hätte. Das Wort „natürlich“ darf nicht einseitig körperlich verstanden werden. „Natürlich“ kann auch das sein, was vom Kind und von denen, die die Elternrolle eingenommen haben, als „natürlich“ empfunden wird. Auf der anderen Seite kann es nicht im Belieben von Beteiligten stehen, außerhalb der strengen Formen des Adoptionsrechts<sup>329</sup> Eltern-Kind-Beziehungen zu begründen. Ebenso wenig kann es richtig sein, wenn durch behördliche Intervention das Elternrecht mit der „normativen Kraft des Faktischen“ verlagert wird<sup>330</sup>. Beides gilt vor allem für die Begründung von Pflegeverhältnissen. „Unabhängig von der Art ihres Zustandekommens ist in Übereinstimmung mit Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG anzustreben, Pflegeverhältnisse nicht so zu verfestigen, daß die leiblichen Eltern den dauernden Verbleib des Kindes in der Pflegefamilie befürchten müßten“<sup>331</sup>. Auf der anderen Seite genießt auch die „Pflegefamilie“ den Schutz des Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 GG<sup>332</sup>. Vor allem um des Kindes willen ist ein Gleichgewicht zwischen der Stabilität des Pflege-

das Recht des Umgangs mit diesem Kinde. Das OLG Düsseldorf in: NJW 1988, S. 831 leitet dies explizit aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG her (im Ergebnis übereinstimmend OLG Nürnberg in: NJW 1988, S. 831; BGH in: JZ 1988, S. 623). Zum legitimen Interesse, die Aufklärung der „natürlichen“ Vaterschaft verfahrensrechtlich (durch Fristen) zu begrenzen: BVerfGE 38, 241; BGHZ 81, 353 (357 ff.); vgl. ferner BVerfGE 21, 132 (138) – zur prozessualen Stellung des Scheinvaters – und BGHZ 80, 218 (220 f.) – zum Schutz der familiären Gemeinschaft.

325 BVerfGE 24, 119 (122): „Die Adoption kommt namentlich den unehelichen Kindern zugute. Für diese ist sie ... ein besonders geeignetes Mittel zu einer ... Eingliederung in eine vollständige Familie.“ Zur geschichtlichen Entwicklung des Adoptionsinstituts s. *Alexander Lüderitz*, Das neue Adoptionsrecht, in: NJW 1976, S. 1856 ff.

326 Zur Terminologie *Gottfried Knöpfel*, Faktische Elternschaft – Bedeutung und Grenzen, in: FamRZ 1983, S. 317 ff.; *Johannes Mündler*, Soziale Elternschaft – Erziehung außerhalb der leiblichen Ursprungsfamilie, in: ZBJuR 1981, S. 231 ff.

327 *Dieter Schwabl/Gisela Zenz*, Soll die Rechtsstellung der Pflegekinder unter besonderer Berücksichtigung des Familien-, Sozial- und Jugendrechts neu geregelt werden?, in: Verhandl. des 54. DJT, 1982, Bd. I, Gutachten A, S. A 1 ff.; *Ludwig Salgo*, Pflegekindschaft und Staatsintervention, 1987.

328 Im Falle – etwa nach der Entbindung in der Klinik – „vertauschter“ Kinder.

329 Zum Verhältnis zwischen Adoptionsrecht und Pflegerecht s. *Salgo* (N 327), S. 367 ff.

330 BVerfGE 68, 176 (187): „Wenn ein Kind gegen den Willen der Eltern in Pflege gegeben wird, so ist dies der stärkste vorstellbare Eingriff in das Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, der in gleicher Intensität das Kind selbst trifft, das von seinen Eltern getrennt wird ... Dabei gebührt den Eltern der Schutz des Art. 6 Abs. 3 GG nicht nur im Augenblick der Trennung der Kinder von der Familie, sondern auch, wenn es um Entscheidungen über die Aufrechterhaltung dieses Zustandes geht“. – S. auch noch einmal N 161.

331 BVerfG in: NJW 1988, S. 125 (126).

332 BVerfGE 68, 176 (187).

verhältnisses, seiner Überprüfbarkeit, zwischen der Fortdauer der elterlichen Sorge und ihrer teilweisen oder ganzen Übertragung auf die Pflegeeltern, zwischen dem Kontakt mit den „rechtlichen“ Eltern und seiner Zurückdrängung geboten, das dem Kindeswohl, dem Elternrecht und den Rechten und Interessen der Pflegeeltern gerecht wird<sup>333</sup>. Für den schließlichen Konflikt um die Herausgabe des Kindes an seine „richtigen“ Eltern<sup>334</sup> dürfte § 1632 Abs. 4 BGB die angemessene Abgrenzung dahin gefunden haben, daß die Pflegeeltern gegenüber den „rechtlichen“ Eltern dann den Vorrang haben, wenn die Voraussetzungen dafür gegeben sind, das Sorgerecht der „rechtlichen“ Eltern zugunsten des bestehenden Pflegeverhältnisses einzuschränken oder zu entziehen<sup>335</sup>.

## D. Der Mutterschutz

### I. Die subjektive Reichweite

Art. 6 Abs. 4 GG gibt der Mutter einen Anspruch auf Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft<sup>336</sup>. Die Vorschrift ist eine dringend notwendige Vertiefung der Aussagen der Absätze 1 bis 3 des Art. 6 GG<sup>337</sup>. Sie legt offen, wer dafür, daß und wie Kinder und Familien sind, die größte Last trägt und somit der besonderen Anerkennung der Gesellschaft wert und ihres besonderen Schutzes bedürftig ist.

Der Begriff der Mutter ist nicht nur in der Weise enger als der Begriff der Eltern, daß er nur Frauen meint. Er ist auch insofern enger, als er sich zeitlich und funktional auf den Zeitraum von Schwangerschaft, Niederkunft und Stillzeit bezieht<sup>338</sup>. Obwohl der Schutz der Mutter letztlich auch dem Kind zugute kommen soll und zugute kommt, ist unmittelbar nur die Mutter selbst gemeint<sup>339</sup>. Die Mutter verdient den Schutz des Art. 6 Abs. 4 GG auch dann, wenn sie ein Kind nicht lebend zur Welt bringt<sup>340</sup>. Auf der anderen Seite wird

### 115

Der Schutzbereich  
des Mutter-  
schutzes

Begriff der  
Mutter

333 S. zum Instrumentarium umfassend *Salgo* (N 327).

334 *Johannes Münder*, Der Anspruch auf Herausgabe des Kindes in Reichweite von § 1632 Abs. 1 u. 1632 Abs. 4 BGB. in: *NJW* 1988, S. 811 ff.

335 Dabei ist auf das Kindeswohl, nicht auf das Interesse der Pflegeeltern abzustellen: *BVerfGE* 68, 176 (188). – Entsprechendes wird bei vermeintlicher Elternschaft gelten müssen.

336 Zu den entsprechenden Aussagen der Landesverfassungen und des Internationalen Rechts s. o. Rn. 19, 35, 38 ff.

337 S. *E. M. v. Münch* (N 32), Art. 6 Rn. 52.

338 Ebenso *E. M. v. Münch* (N 32), Art. 6 Rn. 34. *Denecke* (N 217), S. 483, spricht generell von „... Maßnahmen, die der Mutter ermöglichen, ihr Kind zu pflegen und zu erziehen.“ Extensiver auch *Badura* (N 118), S. 108. In *BVerfGE* 32, 273 (277) u. *BVerfGE* 47, 1 (20) ist offengelassen, inwieweit der Schutzzweck von Art. 6 Abs. 4 GG nicht auch alle Frauen erfaßt, die einmal Mutter geworden sind.

339 *BVerfGE* 37, 121 (127): 61, 18 (27).

340 Nach *BAGE* 25, 70 (73) ist dagegen entscheidendes Kriterium die Entbindung von einer lebensfähigen Leibesfrucht. Zur gesetzlichen Regelung des § 9 MuSchG s. *Johannes Zmarzlik/Manfred Zipperer/Peter Viehnen*, Mutterschutzgesetz, 1986, § 9 Rn. 1–4.

der Schutz des Art. 6 Abs. 4 GG abzulehnen sein, wenn die Mutter selbst die Zweckrichtung der Mutterschaft beendet und eine Abtreibung vornehmen läßt.

**116**

Mutterschutz –  
nicht Elternschutz

Die enge Beziehung zur biologischen Mutterschaft<sup>341</sup> läßt jedes Bedenken eines Verstoßes gegen die Gleichheit von Mann und Frau (Art. 3 Abs. 2 und 3 GG) verstummen<sup>342</sup>. Fraglich ist, inwieweit Art. 6 Abs. 4 GG in den Raum des Elternrechts und der Familie hin ausstrahlt und einen weitergehenden Schutz der Mutter durch die Rechtsordnung legitimiert. Das könnte etwa dann fraglich sein, wenn die Rechtsordnung einen Mutterschaftsurlaub, der über das im Zusammenhang mit der Schwangerschaft gesundheitlich Angemessene hinausgeht, nicht beiden Eltern zur Wahl stellt<sup>343</sup>, sondern der Mutter vorbehält<sup>344</sup>. Im Hinblick auf Art. 3 Abs. 2 und 3 GG sind der Ausstrahlung von Art. 6 Abs. 4 GG in den nicht mehr biologisch vorgeprägten Raum ehelicher und elterlicher Rollenverteilung Grenzen gesteckt<sup>345</sup>. Jedoch ist dem Gesetzgeber bei der Bestimmung der Übergänge ein Ermessen zuzugestehen<sup>346</sup>.

**117**

Der Schutz  
„jeder Mutter“

Daß der Schutz „jeder Mutter“ gewährleistet wird, bezieht sich nach der Entstehungsgeschichte<sup>347</sup> des Abs. 4 vor allem auf die Gleichstellung nichtehelicher Mütter mit ehelichen Müttern<sup>348</sup>. Der Wortlaut ist jedoch auch für sich zu nehmen. „Jede Mutter“ ist als das Minimum eines besonderen Gleichheitssatzes zu interpretieren. Zwar kann der Schutz je nach der Lebenssituation unterschiedlich zu gestalten sein<sup>349</sup>. Aber a priori zwischen Gruppen von Müttern zu unterscheiden, die anders als durch ihre besondere Schutzbedürftigkeit definiert sind, ist verwehrt<sup>350</sup>. So ist Art. 6 Abs. 4 GG zwar im Arbeitsrecht in besonderer Weise einzulösen<sup>351</sup>. Eine Beschränkung des Mutterschutzes auf Arbeitnehmerinnen aber wäre unzulässig<sup>352</sup>.

341 Aus dem Schutzzweck der Norm (Milderung psychischer und psychologischer Belastungen der Mütter durch Schwangerschaft und Entbindung) folgt unmittelbar die Voraussetzung der leiblichen Mutterschaft: BAGE 43, 205 (209).

342 BVerfGE 10, 59 (74); 43, 213 (225); explizit *Dürig* (N 134), Art. 3 Abs. II Rn. 13.

343 S. das Gesetz über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub (BErzGG) v. 6. 12. 1985 (BGBl. I S. 2154); dazu *Zmarzlik/Zipperer/Vielien* (N 340), § 15 Rn. 1 ff.

344 So vorgesehen im Gesetz zur Einführung eines Mutterschaftsurlaubs v. 25. 6. 1979 (BGBl. I S. 797), S. dazu *Marianne Weg*, Vom Mutterschaftsurlaub zum Elternurlaub, in: WSI-Mitteilungen 1982, S. 467 (468). Auch im Hinblick auf Art. 6 Abs. 5 GG erscheint es jedenfalls verfassungsmäßig, nichtehelichen Vätern die Vergünstigungen des früheren Mutterschutzgesetzes und des jetzigen Bundeserziehungsgeldgesetzes vorzuenthalten: BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), in: NJW 1987, S. 179f.

345 *Marion Friedrich-Marczyk/Bernd Schulte*, Vom Mutterschaftsurlaub zum Elternurlaub, in: ZRP 1980, S. 317ff.; *Axel Stein*, Aufhebung geschlechtsspezifischer Arbeitsverteilung kraft Gesetzes?, in: ZRP 1985, S. 21ff.; s. demgegenüber *Johannes Zmarzlik*, Verfassungsmäßigkeit des Mutterschaftsurlaubs, in: DB 1981, S. 844ff.; ebenso die Begründung zum Regierungsentwurf, in: BTDrucks. 8/2613, S. 1 (9–21).

346 BVerfGE 37, 121 (127). Zur Ausweitung des Mutter-Begriffes s. nochmals die in N 338 Genannten.

347 S. o. Rn. 29.

348 In diesem Sinne auch *Karl-Heinz Seifert/Dieter Hömig* (Hg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1988, Art. 6 Rn. 21.

349 Zum Spielraum der Gleichbehandlung s. BVerfGE 38, 213 (218ff.).

350 Daher rechtfertigte die Verfolgung allgemein familienpolitischer Ziele oder die bloße Fortbildung arbeitsrechtlicher Regelungen für sich noch keine Ungleichbehandlung: BVerfGE 65, 104 (113); s. ferner BSGE 54, 121 (124).

351 Wobei die sachliche Differenzierung nicht immer zwingend wirkt, etwa in BVerfGE 65, 104 (113ff.).

352 S. E. M. v. *Münch* (N 32), Art. 6 Rn. 33a.

Schließlich unterstreicht das „jede“, daß auch dieser Absatz des Art. 6 GG ein Menschenrecht garantiert, kein bloßes Deutschenrecht.

## II. Der Inhalt

Die Ausgestaltung des Schutzes und der Fürsorge der Gemeinschaft steht im Ermessen des Gesetzgebers<sup>353</sup> und – im Bereich gesetzesfreier Verwaltung (etwa durch die Bereitstellung von Diensten) – der zuständigen politischen und administrativen Autorität. Doch gilt das nur für das „Wie“, nicht für das „Ob“<sup>354</sup>. So gibt es Anspruchsebenen elementaren Schutzes und elementarer Fürsorge, die nicht unterschritten werden dürfen<sup>355</sup>. Dazu gehört die Bereitstellung der notwendigen gesundheitlichen Betreuung der Mutter (durch entsprechende öffentliche Dienste und/oder Sozialleistungen der Krankenversicherung, der Sozialhilfe usw.). Dazu gehört auch der Arbeitsschutz der Mütter in der Zeit vor und nach der Niederkunft einschließlich des Schutzes gegen den Lohnausfall (unmittelbar oder durch Kompensation des Lohnausfalls aus öffentlichen Mitteln<sup>356</sup>). Soweit zum Schutze der Mütter Privatrecht (einschließlich des Arbeitsrechts<sup>357</sup>) verändert wird, ist zu bedenken, daß es zwar gleichheitsgerecht ist, die Mütter zu schützen, daß es aber nur begrenzt gleichheitsgerecht sein kann, die Vertragspartner (insbesondere die Arbeitgeber)<sup>358</sup> von Müttern zu belasten<sup>359</sup>. Art. 6 Abs. 4 GG sagt „Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft“ zu. Entlastet die Gemeinschaft sich unangemessen „zu Lasten einzelner“, so können Schutz und Fürsorge sich in ihr Gegenteil verkehren.

Angesichts des weiten gesetzgeberischen und politischen Ermessens ist das Wort Anspruch in Art. 6 Abs. 4 GG problematisch. Immerhin erlaubt das Grundrecht<sup>360</sup> den (potentiellen) Müttern, solche Regelungen zur verfassungsgerichtlichen Nachprüfung zu stellen, die dem Schutz- und Fürsorgeauftrag nicht Rechnung tragen.

Schließlich ist anzumerken, daß der Schutz und die Fürsorge der Mütter auch gegenüber dem Druck besteht, eine Schwangerschaft abzuberechnen und so nicht Mutter zu werden<sup>361</sup>. In der Diskussion um §§ 218 ff. StGB wird dieses

**118**

Der Schutz  
und die Für-  
sorge der  
Gemeinschaft

**119**

353 *Richter* (N 180), Art. 6 Rn. 23.

354 Art. 6 Abs. 4 GG ist ein unmittelbar „bindender Auftrag an den Gesetzgeber, dessen Erfüllung nicht in seinem freien Belieben steht“: BVerfGE 32, 273 (277).

355 Für mittelbare Geltung *Maunz* (N 17), Art. 6 Rn. 41.

356 Zum Normzweck von § 9 MuSchG s. BAGE 25, 70 (71 ff.); zum Spielraum des Gesetzgebers: BVerfGE 60, 68 (74); BAGE 45, 155 (158 ff.); BFHE 110, 98 (101); 142, 146 (148).

357 Das Bundesarbeitsgericht bezeichnet Art. 6 Abs. 4 GG als einen „entscheidenden Rechtsgedanken des deutschen Arbeitsrechts“: BAGE 10, 111 (116).

358 Art. 6 Abs. 4 ist keine Schutzvorschrift für Arbeitgeber: BVerfGE 37, 121 (126).

359 Die Pflicht der Schwangeren, ihre Schwangerschaft dem Arbeitgeber mitzuteilen, ist zumutbar: BVerfGE 32, 273 (278). Ein Verstoß hiergegen darf jedoch nur Nachteile haben, wenn er verschuldet war: BVerfGE 52, 357 (365 f.); 55, 154 (157).

360 Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwGE 47, 23 (27)) spricht dabei von einem „echten Grundrecht“.

361 Die bestehende Zwangslage der Frau hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zu § 218 StGB (BVerfGE 39, 1 (48)) nur unzulänglich gewürdigt; vgl. etwa *Josef Köhne*, Ärztliche Gesichtspunkte zur Abtreibung, in: Albrecht Beckel (Hg.), Abtreibung in der Diskussion, 1972, S. 13 (28 f.).

Mutterschutz  
gegen Schwanger-  
schaftsabbruch

Anliegen des Schutzes einer werdenden Mutter, gegen den Druck des Vaters oder auch ihrer Familie, die Schwangerschaft abzubrechen, kaum artikuliert. Jedoch, das Problem besteht. Eine Reform der §§ 218ff. StGB, welche die Möglichkeit des Schwangerschaftsabbruchs ausweiten würde, müßte sich deshalb auch an Art. 6 Abs. 4 GG messen lassen<sup>362</sup>.

Andererseits müssen Institutionen wie die „Stiftung Mutter und Kind“ – jedenfalls im Prinzip – als eine Form der Verwirklichung des Art. 6 Abs. 4 GG angesehen werden<sup>363</sup>.

## E. Die Gleichstellung der nichtehelichen mit den ehelichen Kindern

### I. Die rechtliche Bedeutung des Art. 6 Abs. 5 GG

120

Programm und  
Verwirklichung

Art. 6 Abs. 5 GG<sup>364</sup> war historisch als Gesetzgebungsauftrag gedacht<sup>365</sup>. Als die Verwirklichung des Gesetzgebungsprogramms ausblieb, stellte sich jedoch die Frage, ob das Programm völlig zur Disposition des Gesetzgebers gestellt sein sollte oder ob ihm eine zeitliche Grenze zur Erfüllung gesetzt sei. Das Bundesverfassungsgericht<sup>366</sup> nahm letzteres an und setzte in einer Entscheidung vom 29. Januar 1969 dem Gesetzgeber die Frist, bis zum Ablauf der 5. Legislaturperiode des Bundestages (am 20. Oktober 1969!) die Gleichstellung herbeigeführt zu haben. Andernfalls träte entgegenstehendes einfaches Recht außer Kraft. Unter dem Druck dieser Fristsetzung erging das Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19. August 1969<sup>367</sup>.

Jedenfalls ist Art. 6 Abs. 5 GG seit 1969 als Grundrecht<sup>368</sup> eine verbindliche Verfassungsnorm, an der einfaches Recht gemessen werden kann<sup>369</sup>. Gleichwohl bleibt die Norm janusköpfig. Die Gleichstellung der nichtehelichen mit den ehelichen Kindern läßt verschiedene Gestaltungen zu. Auch ist nicht auszuschließen, daß sich neue Herausforderungen ergeben<sup>370</sup>. Somit ist Art. 6

362 S. o. Rn. 59.

363 Vgl. § 2 Abs. 1 des Gesetzes zur Errichtung einer Stiftung „Mutter und Kind – Schutz des ungeborenen Lebens“ v. 13. Juli 1984 (BGBl. I S. 880): „Zweck der Stiftung ist es, Mittel zur Verfügung zu stellen für ergänzende Hilfe, die werdenden Müttern ... wegen einer Notlage ... zugesagt werden ...“. Zur Begründung des Gesetzentwurfs s. BTDrucks. 10/1369, 10/1603 u. 10/1697.

364 Zu den entsprechenden Vorschriften der Landesverfassungen s. Rn. 22.

365 BVerfGE 8, 210 (261f.). Zur ursprünglich angenommenen interpretatorischen Relevanz s. ebenda S. 217ff.

366 BVerfGE 25, 167.

367 BGBl. I S. 1243.

368 BVerfGE 25, 167 (173f.); w. Nachw. bei Richter (N 180), Art. 6 Rn. 24.

369 Unter Hinnahme unvermeidbarer Übergangslösungen s. BVerfGE 44, 1 (20ff.).

370 S. auch Rn. 10ff., 15ff.

Abs. 5 GG einerseits zwar verbindliches Recht, andererseits aber weiterhin – stimulierendes, legitimierendes, nach vorne offenes – Programm.

## II. Der Inhalt des Gleichstellungsauftrages

Art. 6 Abs. 5 GG schützt nichteheliche *Kinder*<sup>371</sup>, nicht ihre Väter<sup>372</sup>. Aber um des Kindes willen muß immer auch die Vater-Kind-Beziehung geschützt sein. So gilt die Vorwirkung der Beziehung auf den nasciturus in dem Maße, in dem der Vater an sich berechtigt und verpflichtet wird, auch für das nichteheliche Kind<sup>373</sup>. Auf der anderen Seite entspricht der Begriff des „Kindes“ in Art. 6 Abs. 5 GG nicht in jeder Hinsicht dem des Art. 6 Abs. 2 und 3 GG: so wie der Nachteil unehelicher Geburt sich über die Volljährigkeit hinaus möglicherweise ein ganzes Leben lang auswirkt, so verträgt auch der Begriff des „Kindes“ im Sinne des Art. 6 Abs. 5 GG keine Altersgrenze<sup>374</sup>.

Art. 6 Abs. 5 GG kann nicht auf eine schematische Gleichstellung zwischen nichtehelichen und ehelichen Kindern zielen. Daß Kinder völlig gleichgestellt wären, ließe sich allenfalls um den Preis der Abschaffung der Ehe erreichen. Da dieser Preis nicht gezahlt werden darf und soll (Art. 6 Abs. 1 GG)<sup>375</sup>, kann es sich nur um die möglichste Annäherung der Stellung des nichtehelichen Kindes an die Stellung der ehelichen Kinder<sup>376</sup> und um den Versuch handeln, verbleibende Nachteile zu kompensieren<sup>377</sup>. Das Ziel ist Gleichwertigkeit der Verhältnisse<sup>378</sup>. Dabei ist auf die Gesamtheit der einschlägigen Regelungen abzustellen<sup>379</sup>. Offen ist nach wie vor die Frage, ob das nichteheliche Kind ein Recht auf die Kenntnis seines nichtehelichen Vaters hat<sup>380</sup> und der Mutter, die sich weigert, ihn zu nennen oder sonstwie zu seiner Identifikation beizutragen, das Sorgerecht vorenthalten werden darf<sup>381</sup>.

### 121

Geschützter  
Personenkreis

### 122

Keine  
schematische  
Gleichstellung  
nichtehelicher  
und ehelicher  
Kinder

371 BVerfGE 17, 148 (153); 26, 44 (60f.).

372 BVerfGE 37, 121 (127). Dessen ungeachtet hat die Rechtsprechung zur Gleichstellung nichtehelicher Kinder durch Erstreckung von (ehelichen Vätern zustehenden) besoldungsrechtlichen, steuerlichen oder sozialrechtlichen Vergünstigungen auch auf nichteheliche Väter einen beachtlichen Umfang angenommen, s. nur BVerfGE 17, 148 (153f.); 22, 163 (167ff.); 31, 101 (107ff.); 36, 126 (133ff.); BFHE 98, 331 (334).

373 S. dazu *Mittenzwei* (N 135), S. 280ff. m. w. N.

374 So läßt sich Art. 6 Abs. 5 GG nicht auf Minderjährige oder Kinder bis zum 25. Lebensjahr beschränken: BVerfGE 44, 1 (20).

375 BVerfGE 25, 167 (196). Zu den Auswirkungen auf das Elternrecht s. noch einmal Rn. 103, S. dort insbesondere auch zu namensrechtlichen Fragen und zur Frage der Ehelicheitserklärung (N 302).

376 Gemeint ist hier der „Normalfall“ des ehelichen Kindes, also nicht der Fall eines zwar ehelichen, jedoch durch Scheidung oder ähnliche „Verwerfungen“ des familiären Lebens ebenfalls geschädigten Kindes: BVerfGE 58, 377 (392f.); BGHZ 76, 109 (113f.).

377 Zur Notwendigkeit, nichteheliche Kinder besonders zu begünstigen, um die gegebenen Nachteile auszugleichen: BVerfGE 17, 280 (283f.); 25, 167 (183, 195ff.); 26, 44 (61); 58, 377 (390). – Zu den erbrechtlichen Wirkungen s. BVerfGE 74, 33; BGH in: NJW 1986, S. 2190ff.; BGH in: NJW 1988, S. 136ff.

378 BVerfGE 8, 210 (215); BVerwGE 29, 144 (148, 151).

379 BVerfGE 17, 280 (284); 25, 167 (183); 26, 44 (60).

380 S. *Wilhelm Kleineke*, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, 1976, S. 125ff.; *Hermann Deichfuß*, Recht des Kindes auf Kenntnis seiner blutsmäßigen (genetischen) Abstammung, in: NJW 1988, S. 113ff. Für den Fall der Durchsetzung von Erbensprüchen bejaht das Landgericht Passau (NJW 1988, S. 144ff.) den Anspruch auf Kenntnis des Vaters.

381 Seit BGHZ 82, 173 (175ff.) bejaht die Rspr. diese Frage: s. dazu die Übersicht bei *Peter Finger*, Die

Welche Lösungen im einzelnen angemessen sind<sup>382</sup>, ist – nach dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 5 GG – primär dem Gesetzgeber anvertraut<sup>383</sup>. Doch auch Rechtsprechung und vollziehende Gewalt können in ihren funktionellen Grenzen zur Realisierung berufen sein.

---

Beendigung der Amtspflegschaft des Jugendamts nach § 1707 BGB, in: FamRZ 1983, S. 429 (430); a. A. etwa *Gisela Zenz*, Volle elterliche Gewalt für die Mutter, die den Vater ihres Kindes nicht nennen oder feststellen lassen will?, in: StAZ 1974, S. 281 ff.; *Manfred Hinz* in: Münchener Komm. z. BGB, Bd. V/2, 1987, § 1707 Rn. 10 (w. Nachw. enthält der Vorlagebeschluß des OLG Hamm in: FamRZ 1981, S. 1008).

382 Zu Fragen der verfahrensrechtlichen Gleichstellung bei der Feststellung der Vaterschaft s. BVerfGE 8, 210 (214 ff.) und das Sondervotum von *Fabian v. Schlabrendorff* zu BVerfGE 35, 41 (51 ff., 64).

383 Das bedeutet: je nach dem Sachbereich Bundes- oder Landesgesetzgeber.

## F. Bibliographie

- Gisela Baumgarte*, Das Elternrecht im Bonner Grundgesetz, 1966.
- Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Elternrecht – Recht des Kindes – Recht des Staates, in: Essener Gespräche, Bd. 14, 1980, S. 54ff.
- Michael Coester*, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983.
- Dagmar Coester-Waltjen*, Rechtliche Probleme der für andere übernommenen Mutterschaft, in: NJW 1982, S. 2528ff.
- Albrecht Dieckmann*, Betrachtungen zum Recht der elterlichen Sorge, in: AcP 178 (1978), S. 298ff.
- Uwe Diederichsen*, Zur Reform des Eltern-Kind-Verhältnisses, in: FamRZ 1978, S. 461ff.
- Hans-Uwe Erichsen*, Verstaatlichung der Kindeswohlentscheidung, <sup>2</sup>1979.
- Ders.*, Elternrecht – Kindeswohl – Staatsgewalt, 1985.
- Hans-Ulrich Evers*, Die Befugnis des Staates zur Festlegung von Erziehungszielen in der pluralistischen Gesellschaft, 1979.
- Ursula Fehnmann*, Die Bedeutung des grundgesetzlichen Elternrechts für die elterliche Mitwirkung in der Schule, in: AöR 105 (1980), S. 529ff.
- Dies.*, Zur näheren Bestimmung des grundgesetzlichen Elternrechts, in: DÖV 1982, S. 353ff.
- Paul Fleig*, Das Elternrecht im Bonner Grundgesetz, 1953.
- Franz Gamillscheg*, Mutterschutz und Sozialstaat, in: FS für Franz Molitor, 1962, S. 57ff.
- Willi Geiger*, Recht des Staates und Elternrecht, in: FamRZ 1979, S. 457ff.
- Joachim Gernhuber*, Lehrbuch des Familienrechts, <sup>3</sup>1980.
- Ders.*, Kindeswohl und Elternwille, in: FamRZ 1973, S. 229ff.
- Joseph Goldstein/Anna Freud/Albrecht J. Schmitz*, Diesseits des Kindeswohls, 1982.
- Peter Häberle*, Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat, 1981.
- Heinz Holzhauser*, Verwandtschaftliche Elternstellung, verfassungsmäßiges Elternrecht und elterliche Sorge, in: FamRZ 1982, S. 109ff.
- Klaus-Peter Horndasch*, Zum Wohle des Kindes: Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Einwirkung auf die Erziehungsverantwortung der Eltern, Diss. Göttingen 1983.
- Josef Isensee*, Elternrecht, in: StL<sup>7</sup> II, Sp. 222ff.
- Frank-Rüdiger Jach*, Elternrecht, staatlicher Schulerziehungsauftrag und Entfaltungsfreiheit des Kindes, in: KJ 1984, S. 85ff.
- Erik Jayme*, Europäische Menschenrechtskonvention und deutsches Nichteelichenrecht, in: NJW 1979, S. 2425ff.
- Jugendbericht 5 in: BTDrucks. 8/3685, 1980.
- Gottfried Knöpfel*, Faktische Elternschaft, Bedeutung und Grenzen, in: FamRZ 1983, S. 317ff.
- Bruno Kramer*, Der Einfluß des Elternrechts aus Art. 6 II, III GG auf die Rechtmäßigkeit der Maßnahmen des JGG, Diss. Mainz 1984.
- Walter Landé*, Bildung und Schule, in: Hans Carl Nipperdey (Hg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. III, 1930, S. 1ff.
- Alexander Lüderitz*, Elterliche Sorge als privates Recht, in: AcP 178 (1978), S. 263ff.
- Horst Luthin*, Elterliche Sorge, Umgangsbezug und Kindeswohl, in: FamRZ 1984, S. 114ff.

- Theodor Maunz*, Das Elternrecht als Verfassungsproblem, in: FS für Ulrich Scheuner, 1973, S. 419ff.
- Thomas Oppermann*, Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu regeln?, in: Verhandl. des 51. DJT, 1976, Bd. I, Gutachten C, S. C 1 ff.
- Fritz Ossenbühl*, Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes, 1981.
- Bernd Petermann*, Elternrecht, in: Jürgen Wichmann (Hg.), Kirche in der Gesellschaft, 1978, S. 100ff.
- Hans Peters*, Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule, in: GR IV/1, S. 369ff.
- Dieter Reuter*, Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt, 1968.
- Helmut Schelsky*, Wandlungen der deutschen Familie in der Gegenwart, 1967.
- Wilfried Schlüter*, Elterliches Sorgerecht im Wandel verschiedener geistesgeschichtlicher Strömungen und Verfassungsepochen, 1985.
- Arnulf Schmidt-Kammler*, Elternrecht und schulisches Erziehungsrecht nach dem Grundgesetz, 1983.
- Walter Schmitt Glaeser*, Das elterliche Erziehungsrecht in staatlicher Reglementierung, 1980.
- Dieter Schwab/Gisela Zenz*, Soll die Rechtsstellung der Pflegekinder unter besonderer Berücksichtigung des Familien-, Sozial- und Jugendrechts neu geregelt werden?, in: Verhandl. des 54. DJT, 1982, Bd. I, Gutachten A, S. A 1 ff.
- Spiros Simitis*, Kindschaftsrecht – Elemente einer Theorie des Familienrechts, in: FS für Wolfram Müller-Freienfels, 1986, S. 579 ff.
- Ders./Lutz Rosenkötter/Rudolf Vogel/Barbara Boost-Muss/Mathias Frommann/Jürgen Hopp/Hartmann Koch/Gisela Renz*, Kindeswohl – Eine interdisziplinäre Untersuchung über seine Verwirklichung in der vormundschaftsgerichtlichen Praxis, 1979.
- Christian Starck*, Staatliche Schulhoheit, pädagogische Freiheit und Elternrecht, in: DÖV 1979, S. 269ff.
- Erwin Stein*, Die rechtsphilosophischen und positiv-rechtlichen Grundlagen des Elternrechts, in: ders./Wilfried Joest/Hans Dombois (Hg.), Elternrecht, 1958, S. 5ff.
- Ders.*, Elterliches Erziehungsrecht und Religionsfreiheit, in: HdbStKirchR II, S. 455ff.
- Alfred Wieruszowski*, Ehe, Familie, Mutterschaft, in: Hans-Carl Nipperdey (Hg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. II, 1929/1930, S. 72ff.
- Wolfgang Zeidler*, Ehe und Familie, in: HdbVerfR, S. 555ff.
- Gisela Zenz*, Kindesmißhandlung und Kindesrechte, 1979.
- Johannes Zmarzlik/Manfred Zipperer/Hans-Peter Viethen*, Mutterschutzgesetz, 1986.