

Elternrecht – Recht des Kindes – Recht des Staates

Von Ernst-Wolfgang Böckenförde

Gegenstand der nachfolgenden Überlegungen soll die Theorie des verfassungsrechtlichen Elternrechts und seiner Auswirkung auf Erziehung und Schule sein. Das bedeutet eine Abgrenzung in zweifacher Richtung. Es geht nicht um das Elternrecht als »Naturrecht« im Rahmen der katholischen Naturrechts- und Staatslehre, und es geht auch nicht um die elterliche Gewalt/elterliche Sorge des Familienrechts; diese hat zwar einen deutlichen Bezug zum verfassungsmäßigen Elternrecht, ist aber nicht damit identisch. Grundlage und Bezugspunkt der folgenden Überlegungen ist das Elternrecht als Verfassungsrecht, wie es in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes und der Länderverfassungen enthalten ist. Die Dreigliedrigkeit des Haupttitels kennzeichnet das Beziehungsfeld, innerhalb dessen sich der Versuch einer Theorie dieses verfassungsmäßigen Elternrechts zu bewegen hat, und die Positionen, die es dabei zu bedenken gilt. In einem ersten Teil soll über die normativen Grundlagen des Elternrechts, in einem zweiten über Eigenart und Inhalt des Elternrechts als Grundrecht, in einem dritten über das Recht des Staates gegenüber dem Elternrecht gesprochen werden.

I

INHALT UND EIGENART DES ELTERNRECHTS ALS GRUNDRECHT

Das Elternrecht gehört nicht zu den klassischen bürgerlichen Freiheitsrechten. Es ist nicht in der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 und nicht im Grundrechtskatalog der belgischen Verfassung von 1831 enthalten, die eine Vorbildwirkung für die liberalkonstitutionelle Verfassungsbewegung des 19. Jahrhunderts in Deutschland erhalten hat. Im Paulskirchenparlament klingt das Elternrecht in den Diskussionen an¹, die Verfassung selbst enthält aber nur Bestimmungen über Bildung und Unterricht: einerseits die Verpflichtung des Staates und der Gemeinden, durch öffentliche Schulen für den nötigen Unterricht zu sorgen, andererseits die Verpflichtung der Eltern, ihre Kinder nicht ohne den notwendigen Unterricht (der aber nicht in einer Staatsschule erfolgen muß) zu lassen. Entsprechend sind die Bestimmungen der preußischen Verfassung von 1850².

¹ Vorgetragen von kathol. Seite (v. Ketteler, Münster). Für die Mehrheit der Nationalversammlung allerdings, die bezüglich der Gestaltung des Schulwesens einen ausgeprägt etatistischen, antikirchlichen Standpunkt vertrat (vgl. Stenograph. Bericht über die Verhandlungen der Deutschen constituierenden Nationalversammlung Band III, S. 2167–2184, insb. S. 2183 f. – v. Ketteler), spielte das Elternrecht (im heutigen Sinne) in ihren verfassungspolitischen Überlegungen eine allenfalls marginale Rolle (vgl. Bericht des Ausschusses für Schulwesen und Volkserziehung, S. 2167 ff.).

² §§ 154, 155 der Reichsverfassung von 1849; Art. 21–22 preuß. Verfassung von 1850.

Das Elternrecht als Verfassungsposition und verfassungsrechtlich geschütztes Recht erscheint erstmals in der Weimarer Verfassung³. Es wird nicht unter die Freiheitsrechte des einzelnen eingereiht, sondern erhält seinen systematischen Ort am Beginn der verbürgenden und programmatischen Regelungen über das Gemeinschaftsleben, in unmittelbarem Bezug zur Familie. Im Grundgesetz ist der Bezug des Elternrechts zur Familie ebenfalls hergestellt, indem es seinen systematischen Ort im Rahmen des Grundrechtskatalogs innerhalb des auf Ehe und Familie bezogenen Art. 6 GG erhalten hat. Gleichwohl ist – rechtlich gesehen – nicht die Gewährleistung eines Rechts der Familie oder der Familie als Rechtsinstitution der Ausgangspunkt für das Elternrecht. Die Familie ist in unserer Rechtsordnung nicht als solche Rechtssubjekt und Rechtsträger, die in Eltern und Kindern nur ihre Organe mit bestimmten Funktionen hat, sie ist vielmehr eine *soziale* Erscheinung und Gemeinschaft. Als solche ist sie auch in Art. 6 I GG unter den Schutz der staatlichen Ordnung gestellt. Rechtliche Ausformung und Rechtsgestalt hat sie einerseits in der Ehe als Rechtsform, andererseits im (rechtlich geordneten) Eltern-Kind-Verhältnis, zu dem auch das Elternrecht gehört. Rechtlich betrachtet, kann daher nicht das Elternrecht von der Familie her definiert werden – es entsteht übrigens auch ohne das Vorhandensein einer Familie und besteht bei ihrer Auflösung (durch Ehescheidung) fort⁴ –, sondern die Familie erhält umgekehrt eines ihrer Strukturmerkmale vom Elternrecht her. Damit ist freilich nicht ausgeschlossen, daß das Elternrecht in seinem Inhalt davon geprägt wird, daß es typischerweise in einer Familienbeziehung existiert und darin seine soziale Basis hat.

a) Schutzbereich und Gegenstand des Elternrechts

Art. 6 Abs. 2 GG gewährleistet das Elternrecht als echtes, staatsgerichtetes Grundrecht. Adressat und Verpflichteter sind nicht das Kind oder beliebige Dritte, sondern die hoheitliche handelnde Staatsgewalt. Ihr gegenüber wird eine bestimmte tatsächliche und rechtlich geformte Position, die Pflege und Erziehung der Kinder, in bestimmter Weise verfassungsrechtlich geschützt und gewährleistet.

Gegenstand dieses Schutzes ist die Erziehungs- und Pflegeposition der Eltern gegenüber den Kindern. Diese umfaßt neben der Sorge und Pflege auch, im Begriff der Erziehung ausgedrückt, eine formende seelisch-geistige Einwirkung auf die Kinder, die deren Persönlichkeit mit prägt⁵. Diese Einwirkung geht einseitig von den Eltern aus, erstreckt sich auf die Kinder unmittelbar und ist nicht an deren Zustimmung ge-

³ 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.« Zur Entstehungsgeschichte: G. Holstein, Elternrecht, Reichsverfassung und Schulverwaltungssystem. In: AÖR 51, S. 192 ff., 215, 237 ff.; G. Anschütz, Kommentar zur WRV 14. Aufl. 1933, Anm. 4 zu § 120; Mausbach, Kulturfragen in der Deutschen Verfassung, 1920, S. 44.

⁴ Auch die nichteheliche Mutter und der geschiedene sorgeberechtigte Elternteil ist nach ganz herrschender und zutreffender Auffassung Inhaber des verfassungsrechtlichen Elternrechts; vgl. Maunz. In: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Kommentar zum Grundgesetz, Rdn. 6 zu Art. 6.

⁵ Ebenso M. Keilhacker, Artikel »Erziehung«. In: Staatslexikon (hrsgg. von der Görres-Gesellschaft), (6. Aufl. 1959), S. 39 ff.; D. Reuter, Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt, 1968, S. 82; W. Brezinka, Über Erziehungsbegriffe. In: »Zeitschrift für Pädagogik« 1971, S. 567 ff.

bunden. Schutzgegenstand des Elternrechts ist somit eine einseitige, unmittelbare Bestimmungsmöglichkeit über andere Menschen, die Kinder, im Hinblick auf deren Persönlichkeitsentwicklung; dies ist, ob man es gerne hört oder nicht, ein Kriterium von Herrschaft⁶. In der rechtlichen Ausformung findet diese Bestimmungsmöglichkeit und Herrschaftsposition ihre Absicherung durch die – vom Erziehungsrecht her notwendige – Verbindung mit der gesetzlichen Vertretung des Kindes; die erziehenden Eltern nehmen selbst die Rechte des Kindes für das Kind wahr.

Von diesem Schutzbereich her ist das Elternrecht als Grundrecht *einzigartig*. Es gibt kein anderes Grundrecht, zu dessen Schutzbereich einseitige, unmittelbare Bestimmungsmöglichkeit und damit Herrschaft über andere Personen gehört. Die traditionellen Freiheitsrechte schützen Denkweisen oder Betätigungsformen der einzelnen, allein oder gemeinsam mit anderen – Glaubens- und Bekenntnisfreiheit, Meinungsfreiheit, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit –, aber ohne jede unmittelbare Bestimmungsmacht über andere Personen aus diesen Denkweisen oder Betätigungsformen heraus. Das Grundrecht des Eigentums gewährleistet unmittelbare Bestimmungsmacht – die Dispositions- und Verfügungsbefugnis –, aber eben nur über Sachen. Auch das Arbeitsverhältnis, wenn man es für den Arbeitgeber in Art. 12 oder Art. 2 Abs. 2 GG grundrechtlich fundieren will, enthält zwar Direktionsbefugnis als einseitige Bestimmungsmacht, aber es ist vertragsbegründet, setzt einen freiwilligen Begründungsakt voraus und kann wieder frei – von Seiten des Arbeitnehmers – aufgelöst werden. In das Elternrecht wird hingegen das Kind statusmäßig hineingeboren. Damit ergibt sich, vom Schutzbereich her, zugleich die entscheidende Frage für Grundlage, Inhalt und Grenzen des Elternrechts als Grundrecht. Wie kann, im Hinblick auf die Subjektstellung jedes einzelnen in unserer Verfassungsordnung, im Hinblick auf die Menschenwürde und Grundrechtsträgerschaft auch des Kindes, eine unmittelbare Bestimmungsmöglichkeit der Eltern über die Kinder kraft ihrer Erziehungsposition als Grundrecht gedacht werden? Welche Folgen ergeben sich daraus, müssen sich daraus für Inhalt und Schranken des elterlichen Erziehungsrechts ergeben?

b) Grundlage, Inhalt und Schranken des Elternrechts

1. Die Problematik, um die es hier geht, wird bereits deutlich bei der Qualifizierung des Elternrechts als Freiheitsrecht. Sie ist unbedenklich, soweit es um die Position des Elternrechts gegenüber staatlicher Eingriffs- und Regulierungsmacht geht. Das Elternrecht hat hier, wie auch das Bundesverfassungsgericht wiederholt betont, den Charakter eines Freiheits- und Abwehrrechts im klassischen Sinn⁷: Die Freiheit der elterli-

⁶ Dabei wird unter Herrschaft – in nur teilweiser Anlehnung an Max Weber – die Befugnis verstanden, das Verhalten anderer unabhängig von ihrer Zustimmung in festgelegten Formen und bestimmten Bereichen bestimmen zu können; vgl. J. Fijalkowski, Artikel »Herrschaft«. In: *Evangel. Staatslexikon*, 2. Aufl. 1975, S. 966 ff. Von bloßer Machtüberlegenheit unterscheidet sich Herrschaft dadurch, daß sie keine beliebige, sondern eine an legitimierenden Zwecken ausgerichtete, an Formen und Verfahren gebundene und rechtlicher Verantwortlichkeit unterliegende Bestimmungsmacht darstellt. Das verbreitete Unbehagen an der Verwendung des Begriffs »Herrschaft« für das Eltern-Kind-Verhältnis erklärt sich aus der – nicht zuletzt durch Max Webers Begriffsentleerung bewirkten – Gleichsetzung von Herrschaft und Durchsetzungsmacht.

⁷ BVerfG 6, 55 (71 f.); 24, 119 (135, 138); 31, 194 (204).

chen Erziehungsposition von staatlicher Intervention, Einschränkung oder Aufhebung wird in dem von Art. 6 Abs. 2 näher bestimmten Umfang gewährleistet. Darin liegt zugleich der Schutz des Interesses der Eltern an der und auf die elterliche Erziehungsposition. Das Recht der Eltern an der und auf diese Elternposition wird als eigenes Individualrecht, das ihrem Interesse und Bedürfnis dient, grundrechtlich anerkannt.

Kann das Elternrecht aber auch nach innen, im Verhältnis zum Kind, als Freiheitsrecht und geschütztes Freiheitsinteresse bestimmt werden? Die Qualifizierungen der familienrechtlichen elterlichen Gewalt, die einen, wenngleich nicht den alleinigen Bezugspunkt des verfassungsrechtlichen Elternrechts bildet, gingen lange in diese Richtung. Elterliche Gewalt erschien als wesentlich sachherrschaftlich konzipiertes Recht am Kind, eine geschützte Willens- und Dispositionsmacht für und über das Kind, der dieses unterworfen und anheim gegeben war⁸. Das Denken in herrschaftsrechtlichen Kategorien hat hier eine lange Tradition, die sich bis zur *patria potestas* des römischen Rechts und der Gewalt des Hausvaters in Aristoteles' Politik zurückverfolgen läßt⁹. Im 19. Jahrhundert wurde dieses Denken spezifisch *sachherrschaftlich* verengt. Herrschaft wurde, vermittelt über Savignys Recht des Besizes, in der zivilrechtlichen Dogmatik nicht anders denn als freie Bestimmungsmacht in einer strengen Subjekt-Objekt-Beziehung begriffen. Das hat bis in unsere Tage hinein nachgewirkt. Übertragen ins Verfassungsrecht wird daraus – nachzulesen bei Hans Peters 1960¹⁰ – das Elternrecht zu einer Konkretisierung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nicht der Kinder, wohlgermerkt, sondern der Eltern, die an und in der Erziehung der Kinder »gerade ihre Persönlichkeit mit allen ihren ihnen innewohnenden Kräften, Mängeln, Kenntnissen und Vorurteilen entfalten« können. Das Kind gerät unversehens zum Objekt elterlicher Persönlichkeitsentfaltung, Elternrecht wird selbstbezogenes Freiheits- und Entfaltungsrecht der Eltern am Kind und dem Kind gegenüber.

Es nimmt nicht wunder, daß gegenüber solcher Sicht und inhaltlichen Bestimmung des Elternrechts der Rekurs auf die Kindesgrundrechte erfolgt und diese der einseitigen unmittelbaren Bestimmungsmacht elterlichen Erziehungsrechts in der Form der elterlichen Gewalt entgegengestellt werden. Der Versuch, auf diesem Weg ein besitz-individualistisch verstandenes Elternrecht zu begrenzen und die Subjektstellung des Kindes ihm gegenüber zu sichern, führt indes nicht zu einer Lösung, sondern in eine Sackgasse. Er krankt im Ansatz daran, daß Elternrecht und Kindesgrundrecht als konkurrierende und kollidierende Freiheits- und Interessensphäre einander entgegengesetzt werden¹¹, um sie dann durch Ausgleich und Abwägung gegeneinander zu begrenzen, während das Elternrecht gerade auf eine Position für und im Interesse des noch nicht selbst handlungsfähigen Kindes zielt. Konsequenter durchgeführt muß sie zur Auflösung des elterlichen Erziehungsrechts selbst führen, denn die Wahrung der

⁸ Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1959, § 73 I 2 (S. 440), § 77 I 2 (S. 451); Dölle, Familienrecht, Bd. I 1964, § 1 V 1 (S. 9).

⁹ Siehe Aristoteles, Politik, Buch 1, cap. 12; zur *patria potestas* Max Kaser, Römisches Privatrecht, 10. Aufl. 1977, § 60.

¹⁰ Hans Peters, Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule. In: Bettermann/Nipperdey/Scheuener, Die Grundrechte, Bd. IV, 1, 1960, S. 371 ff.

¹¹ Richtig gesehen bei Gerngruber, Elterliche Gewalt heute. In: FamRZ 1962, S. 89 ff. insbes. S. 92.

das Elternrecht begrenzenden Kindesgrundrechte könnte ja nicht den Eltern selbst, sondern müßte einem permanenten Vormund anvertraut werden.

2. Wie aber kann, wie muß das Elternrecht nach innen hin, im Verhältnis zum Kind, inhaltlich bestimmt werden?

Grundlage und rechtfertigender Grund des Elternrechts ist nicht das Interesse und die Freiheitsentfaltung der Eltern, sondern Interesse und Persönlichkeitsentfaltung des Kindes¹². Elterliche Erziehung ist eine objektiv notwendige Bedingung für das Sein-können und Mündigwerden des Kindes. Das Kind ist von Natur hilfsbedürftig, trägt die »imbecillitas« an sich. Zur Entfaltung seiner eigenen Persönlichkeit ist es auf Schutz und Pflege, aber auch auf die erzieherische Lenkung und Bestimmungsbefugnis der Eltern angewiesen. Wird sie ihm vorenthalten, erlangt das Kind nicht emanzipatorische Freiheit, sondern verkümmert, als noch Unmündiger sich selbst überlassen, in seiner Entwicklung zur Freiheit. Elterliches Erziehungsrecht ist so gesehen notwendig im Interesse des Kindes, ist in seiner Funktion nicht Eingriff in dessen Freiheit durch Fremdbestimmung, sondern unabdingbarer Teil der Verwirklichung seiner Freiheit. Interesse und Selbstverwirklichung der Eltern mögen mit anfallen und sind oft damit verbunden, aber sie sind nicht der tragende Grund und das rechtfertigende Um-Willen des Elternrechts.

Von dieser Grundlage des Elternrechts her ergibt sich auch die Antwort auf die Legitimationsfrage des Elternrechts. Seine Begründung und Rechtfertigung gerade auch als herrschaftliches Recht in einer Verfassungsordnung, die Freiheit und Gleichheit der einzelnen zu ihrem Grundprinzip hat, ergibt sich aus den Rechten und Bedürfnissen des Kindes. Das Kind bedarf der Erziehung und der damit verbundenen Bestimmungsmacht als Bedingung seiner Hinführung zu Freiheit und Selbstverantwortung. Erziehungsherrschaft, wiewohl sie von anderen Personen für und über das Kind ausgeübt wird, ist insofern nicht Eingriff in die Freiheit, sondern notwendige Voraussetzung späterer Selbstbestimmung. Dem entspricht ein Recht des Kindes *auf* Erziehung, das es aus seinem Freiheits- und Entfaltungsanspruch hat. Würde die Erziehung nicht von den Eltern, aufgrund der natürlichen Eltern-Kind-Beziehung, wahrgenommen und ihnen zuerkannt, müßte ein anderer Träger – vom Staat – gefunden werden.

Die hier aufgewiesene Grundlage und Rechtfertigung des Elternrechts trägt freilich keine »freie«, sachherrschaftlich strukturierte Bestimmungsmacht der Eltern, sondern nur eine auf das Kind als Person bezogene und durch das Entfaltungsrecht des Kindes inhaltlich gebundene¹³. Durch diesen Bezugspunkt und die Zweckbindung auf das Entfaltungsrecht des Kindes wird aus bloßer erzieherischer Bestimmungsmacht der Eltern rechtlich geordnete Erziehungsherrschaft. Die Besonderheit dieser Erziehungsherrschaft gegenüber anderen Herrschaftsbefugnissen liegt freilich darin, daß sie – wegen der fehlenden Mündigkeit des Kindes – mit der Vertretung des Kindes in der Wahrnehmung seiner eigenen Rechte, einschließlich seiner Grundrechte verbunden ist. Sie ist nicht nur Handeln gegenüber dem Kind (in seinem Interesse), sie ist zugleich auch Handeln für das Kind und erhält daher notwendig *treuhänderischen* Charakter. Auf die besonderen Probleme, die sich damit für die Einforderung und Gel-

¹² Siehe hierzu Gernhuber (FN 11), S. 90, 93; Reuter (FN 5), S. 80 ff.; BGHZ 66, 344 ff. (337); BVerfG 24, 119 ff. (144).

¹³ Sehr deutlich BVerfG 24, 119 ff. (143 f.); BGHZ 66, 334 ff. (337).

tendmachung der inhaltlichen Bindungen und Grenzen dieser Erziehungsherrschaft stellen, ist noch zurückzukommen.

3. Welcher Art sind aber diese inhaltlichen Bindungen und Grenzen des elterlichen Erziehungsrechts?

Es liegt nahe, in diesem Zusammenhang noch einmal an die Grundrechte des Kindes zu denken. Wenn sie schon nicht als Grenze und Gegenrecht elterlicher Erziehungsherrschaft wirksam werden können, haben sie dann nicht eine notwendige und positive Funktion als Bezugspunkt für die inhaltliche Bindung dieser Erziehungsherrschaft? Wer Grundrechte als Werte ansieht, kann dafür auf ihre wertsetzende Bedeutung für die gesamte Rechtsordnung verweisen. Aber der Gedanke führt nicht weiter. Nehmen wir als Beispiel die Grundrechte der Religions- und der Informationsfreiheit. Welche Wirkung soll sich aus ihrer Anerkennung als Normen inhaltlicher Bindung des elterlichen Erziehungsrechts ergeben? Doch nicht die, daß die Eltern, um diese Freiheiten zu achten, auf religiöse Erziehung oder die Auswahl und Begrenzung von Lesestoff oder Fernsehkonsum verzichten oder daß sie dem Kind von vornherein eine Wahl überlassen, die es noch gar nicht treffen kann. Vielmehr stehen die Eltern in der Situation, daß *sie* diese Grundrechte, die in ihnen offen gehaltenen Handlungs- und Entscheidungsmöglichkeiten *für* das Kind ausüben müssen, an seiner Stelle gewissermaßen, bis das Kind durch Erreichung der Mündigkeit in der Lage ist, sie selbst wahrzunehmen¹⁴. Die besondere Struktur des elterlichen Erziehungsrechts, sein herrschaftlicher und zugleich treuhänderischer Charakter, werden hieran noch einmal deutlich. Die Bindung an Grundrechte trägt hier, macht man die Grundrechte nicht zuvor zu etwas anderem, als was sie sind, nichts aus.

Der zentrale Bezugspunkt für die inhaltliche Bindung des elterlichen Erziehungsrechts liegt in seiner Begründung und Rechtfertigung. Ist sein tragender Grund die Notwendigkeit für die Freiheits- und Persönlichkeitsentfaltung des Kindes, für seine Hinführung zu Selbstbestimmung und Selbstverantwortung, so findet es darin zugleich seine inhaltliche Ausrichtung und seine Begrenzung. Es reicht so weit, aber auch nicht weiter, als es zur Erreichung dieses Zieles notwendig ist, hört zu bestehen auf, soweit dieses Ziel erreicht ist, und enthält in sich keine Befugnisse, die dieses Ziel, um dessentwillen es besteht, gefährden oder vereiteln. Man kann für diese Bindung und Begrenzung, wie das heute öfters geschieht, auf Art. 2 Abs. 1 GG als grundrechtliche Bezugsnorm verweisen, wenn man dieses Grundrecht i.S. einer materiellen Persönlichkeitsentfaltung versteht; aber die Bindung und Begrenzung wird dadurch nicht erst begründet und hervorgebracht, sie besteht unabhängig davon aus Sinn und Inhalt des elterlichen Erziehungsrechts.

Für die inhaltliche Bindung des elterlichen Erziehungsrechts ergibt sich daraus zunächst ein *formelles* Erziehungsziel. Erziehung ist so zu gestalten, daß sie die Fähigkeit des Kindes zur Selbstentscheidung und Selbstverantwortung, die mündige Persönlichkeit erreicht. Das bedingt, mit zunehmendem Alter, ein Heranführen des Kindes an die Selbständigkeit: Beteiligung an Entscheidungen, insbesondere von weittragender Bedeutung, Rücksichtnahme auf Bedürfnisse und Wünsche, Eröffnen bestimmter

¹⁴ Eben daraus gewinnt der Treuhandedanke für die Qualifizierung des Elternrechts seine Überzeugungskraft.

Bereiche selbstverantwortlichen Handelns¹⁵. Wer bis zur Mündigkeit in Unselbständigkeit gehalten wird, nur Entscheidungsempfänger ist, kann die plötzlich und auf einmal erlangte Selbständigkeit nicht sinnvoll gebrauchen. Solche Bindungen als normatives Leitbild der Erziehung zu formulieren, kann dem Gesetzgeber nicht verwehrt sein.

Fraglich ist, wie weit darüberhinaus eine Bindung an *inhaltliche* Erziehungsziele besteht. Das Grundgesetz enthält, im Unterschied zur Weimarer Verfassung und den meisten Landesverfassungen, solche Erziehungsziele nicht. Man wird darin nicht ein Versehen, sondern eine bewußte Entscheidung des Verfassungsgesetzgebers zu sehen haben. Es sollte, nicht zuletzt in Erinnerung an die NS-Zeit, gerade die *freie* Entscheidung der Eltern über die Erziehungsziele als Inhalt des Erziehungsrechts gesichert und gegenüber staatlichen Eingriffen und Manipulationen geschützt werden. Denn staatlich formulierte Erziehungsziele fordern bestimmte Erziehungsinhalte oder schließen bestimmte Erziehungsinhalte aus und bezeichnen damit Anknüpfungspunkte staatlicher Ingerenz gegenüber der elterlichen Erziehung. Die Eltern sind es aber, die nach der normativen Intention des Art. 6 Abs. 2 GG primär die Kinder erziehen, und *sie* sollen das Recht haben, Pflege und Erziehung »nach ihren eigenen Vorstellungen frei zu gestalten«¹⁶ (BVerfG). Der auf die individuelle Freiheit bezogene Akzent, der den Grundrechtsteil des Grundgesetzes im ganzen kennzeichnet, findet auch hier seinen Niederschlag. Die Auswahl von inhaltlichen Erziehungszielen findet ihre Grenze daher nur am Begriff der Erziehung selbst und an den immanenten Schranken, die im Grundrecht des Art. 6 Abs. 2 gezogen sind. Diese immanenten Schranken lassen sich indessen nicht, wie in den Anfangsjahren der Geltung des Grundgesetzes üblich, aus einem eher globalen Gemeinschaftsvorbehalt gewinnen, sie sind, wie inzwischen von Rechtsprechung und Lehre übereinstimmend anerkannt wird, auf die Mindestanforderungen elementarer Sozialverträglichkeit zu beschränken¹⁷. Der Ertrag für eine Vorgabe von Erziehungszielen oder eine Beschränkung in der Auswahl solcher Ziele ist daher denkbar gering. Die Eltern müssen sich, rechtlich gesehen, »lediglich an den Vorstellungskreis dessen halten, was in der gegenwärtigen Gesellschaftsordnung als noch tragbar anerkannt wird«, um eine Formulierung Hans Peters' aufzunehmen¹⁸. Weder »Ehrfurcht vor Gott«, »soziale Verantwortlichkeit«, »sittliche Tüchtigkeit« oder »demokratische Gesinnung« sind gegenüber der von Art. 6 Abs. 2 statuierten elterlichen Erziehungsfreiheit rechtlich verpflichtende Erziehungsziele. Die Landesverfassungen, die solche Ziele aufstellen¹⁹, können gegen die mit Geltungsvorrang ausgestattete Freiheitsgewähr des Grundgesetzes insoweit keine normative Wirkung entfalten.

¹⁵ Gute Entfaltung der Problematik bei Dürig. In: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Kommentar zum GG, Rdn. 22 zu Art. 19 III; ebenso Gernhuber (FN 11), S. 93 ff.

¹⁶ So ausdrücklich das Bundesverfassungsgericht, vgl. BVerfG 24, 119 ff. (143); 31, 194 ff. (204); 47, 46 ff. (69 f.).

¹⁷ Dürig (FN 15), Rdn. 69 ff. zu Art. 2 I; BVerfG 30, 173 ff. (193).

¹⁸ Peters (FN 10), S. 382.

¹⁹ (Ehrfurcht vor Gott) Art. 12 I der Verf. für Bad.-Württbg., Art. 131 II der Verf. für Bayern, Art. 7 I der Verf. für NRW, Art. 30 der Verf. des Saarlands; (Soziale Verantwortung/Gerechtigkeit) Art. 26 der Verf. für Bremen; (Sittliche Tüchtigkeit) Art. 25 I der Verf. für Rhld.-Pfalz; (Demokratische Gesinnung) Art. 12 I der Verf. für Bad.-Württbg.

4. Eine andere, sehr wirksame Form der Bindung und Begrenzung, die das Elternrecht aus seiner grundlegenden Zielausrichtung erfährt, ist die Abnahme seines gegenständlichen Schutzbereichs mit zunehmender Mündigkeit des Kindes.

Als Recht, das um des Kindes und seiner Persönlichkeitsentfaltung willen besteht, hat es aus sich die Tendenz, in dem Maße überflüssig und gegenstandslos zu werden, in dem das Kind in die Mündigkeit hineinwächst. Erziehungsbedürftigkeit, die die elterliche Erziehungsherrschaft rechtfertigt, und Selbstbestimmungsfähigkeit, die sie zum Erliegen bringt, stehen einander gegenüber und verlangen je ihr Recht. Die Folge ist eine typisierende Abwägung, die die materielle Entscheidungsfähigkeit des Jugendlichen für die verschiedenen Handlungs- und Lebensbereiche bedenkt und sich in gestuften gesetzlichen Mündigkeitsregelungen verwirklicht²⁰. Solche Regelungen, die von der allgemeinen zivilrechtlichen Mündigkeit abweichen, kennt unsere Rechtsordnung bereits an verschiedenen Punkten²¹, und sie können weiter ausgedehnt werden. Sie sind nicht Eingriff oder partielle Außerkraftsetzung des Elternrechts, sondern Ausfluß seines Sinnes und seiner Funktion. *Ein*, wenngleich nicht das alleinige, Prinzip für solche Regelungen formuliert das schweizerische ZGB: Der noch Unmündige, aber Urteilsfähige soll die ihm um seiner Persönlichkeit willen zustehenden Rechte eigenständig ausüben können²². Auch Teilmündigkeitsregelungen, die für bestimmte Fragen eine bindende Beteiligung oder Mitwirkung des Jugendlichen vorsehen, erhalten in diesem Rahmen ihre Rechtfertigung.

c) Elternrecht als Pflichtposition

Gegenüber den anderen Grundrechten zeigt das Elternrecht eine weitere Besonderheit, die einzigartig ist: Es ist zugleich eine Pflichtposition. Die anderen Grundrechte – als Freiheits-, politische Mitwirkungs- oder Teilhaberechte – sind immer Rechtspositionen, deren Ausnutzung in der freien Entscheidung des Rechtsinhabers steht. Das Elternrecht ist demgegenüber als einziges Grundrecht nicht nur als Recht, sondern zugleich als Pflicht gewährleistet. Dies bedeutet mehr und anderes als die Pflichten beim Grundrechtsgebrauch, wie sie etwa in der Sozialbindung des Eigentums bekannt sind. Dort geht es um Begrenzungen und Bindungen *in* der Ausnutzung des Eigentums, die Ausnutzung als solche, in ihrem »ob«, bleibt hingegen frei und potentiell privatnützig. Hier hingegen handelt es sich um eine Pflicht *zur* Ausnutzung, die zur Pflichtgebundenheit *in* der Ausnutzung hinzutritt. Die Eigenart besteht darin, daß im Vordergrund der Gewährleistung eine konkrete Aufgabe steht, und zwar eine notwendige Aufgabe, die – im Interesse des Kindes – wahrgenommen werden muß. Diese Aufgabe, die Pflege und Erziehung der Kinder, wird dann als Recht, zugleich aber als Pflicht zuerkannt, eine Art privatrechtlicher Kompetenz. Der Gegenstand dieser

²⁰ Die Notwendigkeit typisierender Abwägung betont zu Recht Dürig (FN 15); im übrigen eingehend Reuter (FN 5), S. 156 ff.

²¹ Beispielsweise § 5 RelKErzG (Regelung des Bekenntniswechsels); § 607 ZPO (Prozeßfähigkeit eines minderj. Ehegatten in Ehesachen); § 2229 (Testamentserrichtung); eine gute Zusammenstellung der wichtigsten Teilmündigkeitsregelungen bietet Hinz. In: Münchener Komm. zum BGB, Bd. 5, 1977, § 1626 Rdn. 25 ff.

²² Schweiz. ZGB. Art. 19 II; dazu auch Reuter (FN 5), S. 88 f.

Befugnis, die elterliche Pflege und Erziehungsherrschaft, ist ihrerseits pflichtbestimmt und sie hat darüberhinaus treuhänderischen Charakter. Das Elternrecht erscheint so, genau besehen, als Befugnis, eine privatrechtliche Rechtstellung auszuüben, die ihrerseits pflichtbestimmt und fremdnützig ist.

Gleichwohl wäre es falsch, das Elternrecht in einer Pflichtposition aufgehen zu lassen und ihm alle Momente elterlichen Eigenrechts und auch Eigeninteresses zu nehmen. Darauf hat Lüderitz mit Recht aufmerksam gemacht²³. Nur gilt es, beides richtig zu lokalisieren. Eigenrecht und Eigeninteresse haben ihren Ort beim Recht *auf* die elterliche Erziehung, Pflichtbindung, Treuhandposition und Fremdnützigkeit haben ihn bei den Rechten *aus* dem Erziehungsrecht. Die Verfassung gewährleistet das Recht der Eltern, daß ihnen und niemand anders die Pflege und Erziehung ihrer Kinder als Recht und Pflicht obliegt, als deren subjektives, eigenes Recht, das ihren Interessen und Bedürfnissen Rechnung trägt und sie schützt; sie gewährleistet hingegen die Rechte und Befugnisse *aus* dem Erziehungsrecht, wie dargelegt, als um des Kindes und seiner Persönlichkeitsentfaltung willen gegebene und bestehende, die treuhänderisch für das Kind und bezogen auf sein Recht und Wohl auszuüben sind²⁴.

II

ELTERNRECHT ALS »NATÜRLICHES« RECHT

Das Elternrecht ist im Grundgesetz wie schon in der Weimarer Verfassung ausdrücklich als »natürliches Recht« der Eltern gewährleistet. Die Frage, welchen normativen Sinn diese Qualifizierung hat und wie weit darin eine Bezugnahme auf christliches oder ein anderes Naturrecht zu sehen ist, das auf diese Weise in die Verfassung eingebaut wird, hat in der Weimarer Zeit, aber auch unter Geltung des Grundgesetzes wiederholt Anlaß zu Diskussionen gegeben. Ich möchte mich hierzu auf einige vielleicht klärende Feststellungen beschränken.

1. Als Teil und Inhalt der staatlichen Rechtsordnung liegt auch eine von dieser als »natürliches Recht« qualifizierte Rechtsposition nicht dieser Rechtsordnung voraus, sondern bleibt in sie einbezogen. Die staatliche Rechtsordnung kann nicht ein ihr vorausliegendes Naturrecht normieren, und ein der staatlichen Rechtsordnung nur vorausliegendes Naturrecht bleibt in ihr ohne Relevanz. Nur dadurch vermag ein der Rechtsordnung vorausliegend gedachtes Naturrecht in ihr Geltung zu erlangen, daß es in sie hinein positiviert ist²⁵.

2. Die praktisch bedeutsame und verfassungsrechtlich erhebliche Frage ist daher die, ob und inwieweit die Verfassung durch die Kennzeichnung des Elternrechts als »natürliches Recht« die Auffassung der oder einer Naturrechtslehre über Inhalt und Umfang des Elternrechts sich insgesamt inkorporiert oder eine solche Auffassung in bestimmten Stücken rezipiert hat. Theoretisch ist eine solche Inkorporation oder Re-

²³ Lüderitz. In: Archiv für die civil. Praxis 178 (1978), S. 267 ff.

²⁴ Beide Momente werden richtig gesehen in BGHZ 66, 334 ff. und BVerfG 24, 119 ff. (143 ff.).

²⁵ Wenn das Naturrecht als formendes Prinzip für das positive Recht begriffen wird, ist es notwendig, daß es der bestehenden wirklichen Rechtsordnung inexistent, nicht ihr gegenübersteht.

zeption durchaus möglich. Ob sie konkret vorliegt, beurteilt sich indessen nicht vom Naturrecht her, sondern wiederum von der staatlichen Rechtsordnung, näherhin der Verfassung²⁶. Wie sie die Qualifizierung als »natürliches Recht« vorgenommen hat, bestimmt sich auch deren Tragweite aus ihrem, nicht einem ihr vorausliegenden Regelungszusammenhang.

3. Tatsächlich hat im Elternrechtsartikel des Grundgesetzes eine solche Inkorporation oder Rezeption eines naturrechtlichen Elternrechtsbegriffs nicht stattgefunden. Der Gebrauch des Begriffs »natürliches Recht«, den das GG verwendet, ist dafür aus sich nicht hinreichend. Wie Günter Holstein im Hinblick auf Art. 120 WRV dargetan hat²⁷, bedeutet die Aufnahme der Wortfassung eines in einem anderen geistigen und rechtlichen Zusammenhang begründeten rechtlichen Begriffs in das Gefüge einer neuen juristischen Urkunde, der Verfassung, keineswegs schon die Identität des hier formulierten rechtlichen Begriffs mit dem früher dort entwickelten. Der Begriff tritt in eine neue Umwelt, steht in einem neuen und anderen Regelungszusammenhang; er wird dadurch nicht nur umgrenzt, sondern auch inhaltlich geprägt und variiert. Über Wortlautübereinstimmungen hinaus bedarf es daher eines entsprechenden sachlich-inhaltlichen Normierungsgehalts, um von einer Inkorporation oder Rezeption des naturrechtlichen Elternrechts ausgehen zu können. Insoweit ergibt sich jedoch aus den Beratungen des Parlamentarischen Rates eindeutig, daß ein solcher Normierungsgehalt nicht gewollt war²⁸. Eine Absicht oder auch nur Bereitschaft bestand weder für die Übernahme des Elternrechtsbegriffs des katholisch-scholastischen Naturrechts im ganzen, noch für eine Rezeption bestimmter Elemente dieses Elternrechtsbegriffs, etwa der inhaltlichen Erstreckung des Elternrechts auch auf die Bestimmung der Schulform. Versuche im letzteren Sinn sind wiederholt unternommen, aber von der Mehrheit im Parlamentarischen Rat stets abgewiesen worden.

4. Der normative Sinn der Kennzeichnung des Elternrechts als »natürliches Recht« ist allgemeiner und bescheidener. Er besagt, daß der Verfassungsgeber das von ihm gewährleistete Elternrecht als (rechtlichen) Ausdruck der natürlichen Eltern-Kind-Beziehung ansieht, daß es für ihn in dieser Naturbeziehung und einer darin gegebenen ursprünglichen Zuordnung von Eltern und Kindern seinen Grund hat und insofern nicht vom Staat erst geschaffen oder delegiert ist²⁹. Einen zusätzlichen Inhalt, über den in der Gewährleistung sonst umschriebenen hinaus, gewinnt das Elternrecht dadurch nicht; die Gewährleistung selbst erhält indes durch diese Bezugnahme einen besonderen Nachdruck.

²⁶ Gibt man diese Fragestellung preis, aus der Erwägung heraus, daß das Naturrecht aus sich gelte, fällt man in eine Argumentation von einer vorausliegend gedachten Naturrechtsordnung zurück. Die Inexistenz des Naturrechts in der wirklich geltenden Rechtsordnung bleibt dann ein Postulat, dessen Verwirklichung wiederum anhand der geltenden Rechtsordnung zu prüfen ist.

²⁷ Holstein (FN 3), S. 193.

²⁸ JÖR N.F. Bd. 1, S. 100, 102 ff.; v. Mangoldt, Kommentar zum GG, 1. Aufl. 1953, Anm. 3 zu Art. 6; E. Stein, Die rechtsphilosophischen und positiv-rechtlichen Grundlagen des Elternrechts. In: Stein/Joest/Dombois, Elternrecht 1958, S. 1 ff., insbes. S. 36 ff. (37).

²⁹ Darin liegt weiterhin die Abweisung der Vorstellung, daß die Erziehung der Kinder von der Gesellschaft an die Eltern delegiert sei. Sofern mit der Charakterisierung des Elternrechts als Naturrecht nur diese rechtliche Anerkennung einer natürlichen Beziehung ausgedrückt werden soll, kann die Gewährleistung des Art. 6 II als naturrechtlich angesehen werden.

III

RECHT DES STAATES GEGENÜBER DEM ELTERNRECHT

Erscheint das Elternrecht in seinem Rechtscharakter als Befugnis herrschaftlich-treuhänderischer Art, die zum Schutz und im Interesse des Kindes besteht und auf das Kindeswohl ausgerichtet ist, so muß es notwendigerweise auch rechtlichen Bindungen und Grenzen unterliegen. Rechtliche Bindungen bedeuten aber im Zusammenhang einer staatlichen Rechtsordnung äußerlich sanktionierte und einforderbare Bindungen, sie begnügen sich nicht mit einem Appell an sittlich-moralische Verantwortung³⁰. Es sprechen viele Gründe dafür, solche Bindungen und Grenzen ihrerseits in Grenzen zu halten, um die Familie und die Eltern-Kind-Beziehung als ein vorwiegend von sittlich-moralischen Normen und Standards determinierten Lebensbereich nicht zu stören; fehlen sie aber, wird der Charakter des Elternrechts als Rechtsbefugnis selbst fraglich. Es bleibt dann die reine, vielleicht sittlich-moralisch, vielleicht aber auch eigennützig-egoistisch geleitete elterliche Bestimmungs- und Erziehungsmacht. Erziehungsherrschaft, zumal eine treuhänderische, entsteht aus solcher Bestimmungs- und Erziehungsmacht erst dadurch, daß diese rechtlichen Bindungen und Schranken und einer entsprechenden Verantwortlichkeit unterstellt wird.

a) Problem und Notwendigkeit des staatlichen Wächteramts

Damit stellt sich die Frage, durch wen und in welcher Weise diese rechtlichen Bindungen des Elternrechts und die ihnen entsprechende Verantwortlichkeit einforderbar sind. Sie sind zunächst nicht einforderbar vom Kind selbst. Ihre Einforderbarkeit als solche gehört aber zur Subjektstellung des Kindes; eben dadurch, daß solche Bindungen eingefordert werden können, bleibt der in einer Herrschaftsbeziehung Stehende Subjekt und wird nicht zum bloßen Objekt von Herrschaftsgewalt. Gesetzliche Vertreter des Kindes und zur Wahrung und Geltendmachung seiner Rechte berufen, sind die Eltern. Soll diese Vertretung auch für die Einforderung der rechtlichen Bindungen ihrer eigenen Erziehungsherrschaft gelten, etwa aus dem Treuhandgedanken heraus, werden diese Bindungen als *Rechtsbindungen* problematisch, wenn nicht gegenstandslos³¹. Wer dies als Position vertritt, räumt in dem Umfang, wie er es vertritt, den Eltern praktisch unbegrenzte Erziehungsmacht ein.

Der Treuhandgedanke, 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 eigennüt-

³⁰ Eigenart und besonderer Schutz rechtlicher Bindungen und Ansprüche liegen gerade darin, daß ihre Respektierung bzw. Erfüllung nicht den Verpflichteten freigestellt wird, sondern vor einer unbeteiligten Instanz, i.d.R. dem Richter, einforderbar und dadurch sanktioniert wird.

³¹ Die Rechtsstellung der Eltern ist dann ein typischer Fall des Zusammenfallens von Berechtigten (Eltern als Vormund) und Verpflichteten (Eltern als Träger der Erziehungsherrschaft). Im Vertragsrecht ist dies als Selbstkontrahieren verboten mit der Folge, daß ein Dritter als Vertreter für einen der Vertragsschließenden hinzugezogen werden muß.

zig, sondern eine treuhänderische ist, auch schon die Garanten für die Realisierung der Treuhandstellung zu haben und den Staat vom Eltern-Kind-Verhältnis möglichst fernhalten zu können; nur offensichtlicher Mißbrauch soll eine Grenze bilden. Spätestens seit der Diskussion um den § 218 StGB sollte aber klar sein, daß der Weg, die Gewähr der Rechtsbindungen im Eltern-Kind-Verhältnis allein oder zuvörderst den Eltern selbst anzuvertrauen – sei es über einen Interpretationsprimat für das Kindeswohl, die Treuhandvorstellung oder gar den Verweis auf die Norm der Natur, nach der sich die Eltern gleichsam instinkthaft vom Kindeswohl leiten ließen³² – ein Weg ist, der, soweit er reicht und vertreten wird, eine effektive *rechtliche* Schutzlosigkeit des Kindes bewirkt. Die *patria potestas* des römischen Rechts, der Hausvater des Aristoteles kehren zurück.

Für die Einforderung der Rechtsbindungen elterlicher Erziehungsherrschaft, man mag es gerne hören oder nicht, kann der Staat nicht entbehrt werden. Die ihm obliegende Aufgabe des Rechtsschutzes und der Rechtsgewährleistung machen ihn zum Garanten und in gewisser Weise auch zum (subsidiären) Anwalt der Subjektstellung des Kindes. Staatliche Rechtsordnung und Rechtsgewähr hören heute nicht bei der Familie oder dem Hausvater auf, um hier einen im echten Sinn vor-staatlichen Bereich beginnen zu lassen, der allein durch Sitte, Ethos oder schlicht naturhaft reguliert ist³³, 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. Die Konstituierung eines besonderen staatlichen Wächteramts über die Betätigung des elterlichen Erziehungsrechts, die Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG vornimmt, ist insofern nur konsequent. Sie ist nicht primär Ausdruck eines staatlichen Eigeninteresses, das zur Intervention drängt, sondern einer staatlichen Schutzverpflichtung dem Kind gegenüber als Rechtsträger und Grundrechtsträger.

Die dem Staat dabei zuerkannte Befugnis, wie sie das Grundgesetz festlegt, geht über die Möglichkeit einer bloßen Mißbrauchsabwehr durch die gesetzliche Festlegung und Ausformung der bestehenden Rechtsbindungen und eine nachfolgende Abwehr von deren Verletzungen hinaus. Eine solche Befugnis des Staates besteht ohnehin in bezug auf jedes Grundrecht und bedürfte keiner besonderen Normierung. Das Wächteramt meint mehr. Es enthält eine Gewährfunktion, damit auch ein Moment von Aufsicht, umgreift über normative Festlegungen und Verletzungsabwehr hinaus auch Information, Beobachtung, Hilfe, Unterstützung, vorbeugende Abwehr drohender Gefahren und insofern auch Kontrolle. Mit diesem Charakter des staatlichen Wächteramtes wird einem doppelten Problem Rechnung getragen. Einmal geht es um Schutz und Rechtsgewähr für ein unmündiges Kind, das zu eigenem Geltendmachen seiner Rechte noch nicht in der Lage ist, zum anderen steht das Kind in einer Herrschaftsbeziehung, die in ihrer Tendenz einen umfassenden und durch die Verbindung mit der gesetzlichen Vertretung des Kindes auch mediatisierenden Charakter hat. Schutz und Rechtsgewähr können und dürfen hier nicht nur nachfolgend und relativ bleiben, sollen sie wirksam sein.

³² Diese letztere Auffassung bei Ossenbühl, Schule im Rechtsstaat, DÖV 1977, S. 806.

³³ Diese nur vor- und außerrechtliche Regulierung ist der Kern der *patria potestas* und des aristotel. Hausvaters, den Aristoteles selbst als »despotes« bezeichnet.

Aber droht nicht damit doch die staatliche Obervormundschaft, eine polizeiliche Wohlfahrtsgewalt neuen Typs, die das elterliche Erziehungsrecht als eigenes Recht der Eltern und gegen staatliche Angriffe geschützten Freiheitsbereich zum Erliegen bringt? Wir sind damit bei der Frage nach Inhalt und Umfang des staatlichen Wächteramts.

b) Inhalt und Umfang des staatlichen Wächteramts

1. Für den Inhalt des Wächteramts ist das Hauptproblem, ob dieses gegenüber dem elterlichen Erziehungsrecht einen eigenständigen Charakter hat, den Staat legitimiert, eigene Belange und Zielsetzungen in den familiären Erziehungsprozeß einzubringen, oder nur akzessorischen, sekundären Charakter, der dazu dient, auf die Einhaltung der Rechtsbindungen und Grenzen der elterlichen Erziehungsbefugnis zu achten.

Die Frage enthält nicht nur eine Schein-Alternative. Für eine Eigenständigkeit des staatlichen Wächteramts ließen sich durchaus gewichtige Gründe anführen: die Integrationsfunktion des Staates, die gerade angesichts einer auch im geistig-ethischen Sinn pluralistischen Gesellschaft besondere Bedeutung gewinnt³⁴, und die wesenhafte Gemeinschaftsbezogenheit des Menschen, sein Charakter als *animal sociale et politicum*. Ist der Mensch wesenhaft auf die Gemeinschaft hin geordnet und auch durch sie bestimmt, kommt er erst in und durch die soziale und die politische Gemeinschaft zur eigenen Selbstentfaltung³⁵, so ist nicht nur die Erziehung zum Individuum, sondern ebenso die zum verantwortlichen Mitbürger und Staatsbürger, zum Glied des eigenen Volkes wichtig. Für diese Erziehung kann aber auch und gerade politische Gemeinschaft, auf die hin erzogen werden soll, eine eigene Kompetenz und Zuständigkeit beanspruchen. Man braucht nur in die Geschichte der Staatstheorie zu blicken, um zu sehen, eine welch lange Tradition diese Auffassung, und zwar nicht nur von Platon her, hat.

Gegen eine solche Eigenständigkeit des staatlichen Wächteramts steht jedoch der verfassungsrechtliche Befund. Das familiäre elterliche Erziehungsrecht ist in Art. 6 GG den Eltern zuerkannt, ohne daß ihnen andere ursprüngliche Erziehungsträger nebeneinander geordnet werden; diese alleinige Zuordnung der Erziehungsbefugnis wird durch den Verweis auf die natürliche Grundlage dieses Erziehungsrechts besonders bekräftigt; das Grundgesetz verzichtet (s. oben I, S. 326) darauf, anders als Art. 120 WRV, inhaltliche Erziehungsziele für die Eltern festzulegen. Die Eltern sollen das Recht haben, um die Formulierung des BVerfG aufzugreifen, »Pflege und Erziehung ihrer Kinder nach ihren eigenen Vorstellungen frei zu gestalten« und sie genießen, wie das BVerfG fortfährt, »insoweit Vorrang vor anderen Erziehungsträgern«³⁶. Mit dieser Gewährleistung, die überdies im Grundgesetz nicht nur programmatischen, sondern echten grundrechtlichen Charakter hat, ist eine eigenständige staatliche Wächterfunktion unvereinbar. Die Wächterfunktion, die Art. 6 II 2 GG normiert, bezieht sich auf dieses elterliche Erziehungsrecht, das als ein »freies« gewährleistet ist. Dessen Inhalt

³⁴ Dazu etwa Holstein (FN 3), S. 251 f.; R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht. In: Staatsrechtliche Abhandlungen, 1955, S. 136 ff.

³⁵ So etwa die klassische Position der kathol. Soziallehre, vgl. P. Tischleder, Die Staatslehre Leos XIII, 1925, S. 57.

³⁶ BVerfG 24, 119 ff. (143); 31, 194 ff. (204); 47, 46 ff. (69 f.); Erichsen, Verstaatlichung der Kindswohlfahrtsentscheidung? 1978, S. 16.

kann daher nach den Prinzipien rechtsstaatlicher Freiheitsgewähr nicht das sein, was nach Maßgabe der staatlichen Überwachung übrig bleibt, sondern liegt dieser voraus³⁷. Das staatliche Wächteramt hat daher eindeutig *akzessorischen*, sekundären Charakter.

Diese Akzessorität bedeutet, daß das staatliche Wächteramt ebenfalls eine Erziehungstreuhand darstellt und nur eine Erziehungstreuhand. Sie hat – treuhänderisch für das Kind – darauf zu achten, daß die familiäre elterliche Erziehung stattfindet, daß die rechtlichen Bindungen dieser Erziehung und die Grenzen möglicher Erziehungsziele und -methoden, die sich aus den Schranken des Erziehungsgrundrechts ergeben, eingehalten werden. Die den Eltern eingeräumte Erziehungsautonomie, so weit sie reicht, hat sie zu respektieren. Sie gibt keinen Ansatz für eine eigene, mit dem elterlichen Erziehungsrecht konkurrierende und ihrerseits autonome Erziehungssteuerung.

Exkurs: Es sei die Bemerkung erlaubt, daß mit der betonten Freiheitsgewähr des elterlichen Erziehungsrechts durch das Grundgesetz auch ein kirchliches Erziehungsrecht als eigenständiges und ursprüngliches Erziehungsrecht neben dem elterlichen abgewiesen ist. Wiewohl dieses kirchliche Erziehungsrecht nach kirchlicher Lehre göttlich-rechtlich begründet ist (*Divini illius magistri*)³⁸, hat es in die verfassungsrechtliche Ordnung des Erziehungswesens keinen Eingang gefunden. Es kann auch nicht aus dem Öffentlichkeitsstatus der Kirchen hergeleitet werden. Die Gewährleistung des elterlichen Erziehungsrechts hat insofern, als Gewährleistung des ursprünglichen und natürlichen Erziehungsrechts gerade und nur der Eltern, abschließenden Charakter. Ein kirchliches Erziehungsrecht kann sich nur mittelbar, als freies Angebot an die Eltern als die ursprünglichen Erziehungsträger, zur Geltung bringen. Zu solchem Angebot, auch und gerade als öffentliches Angebot, sind die Kirchen freilich aus ihrer verfassungsrechtlichen Position (Art. 4 GG) berechtigt und können insofern als (mittelbare) Erziehungsträger angesehen werden. Die Schranke des elterlichen Erziehungsrechts als Verfassungsgrundrechts vermag indessen auch die göttlich-rechtliche Begründung des kirchlichen Erziehungsanspruchs nicht zu übersteigen. Dies sollte mitbedenken, wer Art. 6 II GG als positiviertes Naturrecht feiert.

2. Mit der Feststellung des akzessorischen Charakters des staatlichen Wächteramts ist noch nichts über die Intensität und den Umfang seiner Aktualisierung entschieden. Auch bei Einhaltung der aufgewiesenen Begrenzung kann es sich als allgegenwärtiger Obervormund betätigen, der die elterliche Erziehungsbefugnis überlagert, oder nur als »Nothelfer«.

An dieser Stelle wird es wichtig, daß Art. 6 II GG nicht nur ein »freies« Erziehungsrecht – ohne Bindung an inhaltliche Erziehungsziele –, sondern auch einen Erziehungsprimat der Eltern gewährleistet³⁹. Pflege und Erziehung der Kinder sind *ih*r Recht und die zuvörderst *ihnen* obliegende Pflicht. Das bedeutet eine primäre Zuständigkeit der Eltern für die ihnen zuerkannte Aufgabe, und dies als Recht; die Gewährleistung des elterlichen Erziehungsrechts hat insofern auch den Charakter einer Kompetenzzuweisung. Im Hinblick auf diesen Erziehungsprimat der Eltern hat das staatli-

³⁷ Zum Prinzip rechtsstaatlicher Freiheitsgewähr Carl Schmitt. In: HBSr 1932, § 107, S. 572 ff. (590 ff.); ders., in: Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. 181 ff. (207 ff.).

³⁸ Enzyklika *Divini illius magistri* Pius' XI. von 1929; Text in: R. Teil (Hrsg.), Die christliche Erziehung der Jugend, 1959.

³⁹ BVerfG 24, 119 ff. (143 f.); 47, 46 ff. (69 ff.); Erichsen (FN 36), S. 16; Ossenbühl (FN 32), S. 805 ff.; Maunz (FN 4), Rdn. 26 zu Art. 6.

che Wächteramt nicht konkurrierenden, sondern subsidiären Charakter. Es tritt dann und erst dann ein, wenn die Eltern selbst, aus eigener Kraft und Fähigkeit, nicht mehr in der Lage sind, die Erziehungsaufgabe angemessen zu erfüllen und daraus Schaden für das Kind droht oder bereits eingetreten ist. Das staatliche Wächteramt regiert so vornehmlich die »pathologischen« Fälle, nicht die normalen Fälle, weshalb freilich bei seiner näheren Ausgestaltung auch diese pathologischen Fälle im Vordergrund stehen⁴⁰.

Hieraus ergeben sich eine Reihe von Folgerungen.

α) Einmischung oder Eingriff des Staates in die elterliche Erziehung sind immer dann ausgeschlossen, soweit und solange *Fragen von »gut« oder »besser«* zur Entscheidung stehen. Diese Eingrenzung reicht weiter, als es zunächst den Anschein haben mag. Mit ihr ist der weite Bereich der sog. Wertungen, der in der Unbestimmtheit des Kindeswohlsbegriffs angelegt ist, als Anknüpfungspunkt staatlicher Ingerenz ausgeschlossen. Das staatliche Wächteramt hat nicht die beste oder optimale Erziehung für das Kind zu gewährleisten – dann wäre der Staat der eigentliche Erziehungsträger und die Eltern nur seine Delegatäre –, sondern er hat das Kind vor Schaden zu bewahren. Der Ansatzpunkt für eine eingreifende staatliche Ingerenz ist daher erst ein objektiver Gefahrenzustand für die Kindesentwicklung und das Kindeswohl.

β) Mit dieser Feststellung tritt freilich eine Reihe neuer Probleme auf. Verhältnismäßig einfach ist die Feststellung, daß die Schwelle staatlicher Ingerenz nicht erst bei der eingetretenen Gefahr, sondern bereits bei der drohenden Gefahr liegt, damit deren Eintritt verhindert werden kann. Dies ergibt sich aus dem Sinn des staatlichen Wächteramts, das mehr und anderes ist als eine nachfolgende Abwehr geschehener Rechtsverletzungen, vielmehr eine treuhänderische Gewährfunktion beinhaltet. Es ergibt sich weiter aus der Eigenart des Erziehungsverhältnisses, das nicht aus punktuellen Handlungen besteht, die der Person des Kindes äußerlich bleiben, sondern ein Lebensverhältnis darstellt, in dem eine intensive geistig-seelische Einwirkung stattfindet und weittragende Entscheidungen mit Weichenstellerfunktion für die Lebensentwicklungen des Kindes fallen. Schäden und Verletzungen, die hier eintreten, sind oftmals irreparabel, können keineswegs durch Naturalrestitution oder Schadensersatz wieder ausgeräumt werden.

γ) Das entscheidende Problem ist jedoch die Bestimmung des Gefahrenbegriffs. Dabei ist die zentrale Frage nicht die, ob schon eine erhebliche Beeinträchtigung, eine vorliegende Gefahr oder erst eine erhebliche Gefahr hinreichend ist, um das Einschreiten des staatlichen Wächteramts zu legitimieren⁴¹. Diese Differenzierungen im Bereich der Gefahrenschwelle sind verfassungsrechtlich von Art. 6 II GG her nicht vorentschieden, wengleich gute Gründe für den Mittelwert, die vorliegende Gefahr, sprechen mögen. Das Problem liegt im Gefahrenbegriff selbst und der Fixierung der

⁴⁰ Dieser Zusammenhang wird oft übersehen; das führt dann leicht in eine – insofern unberechtigte – Kritik daran, daß rechtliche Regelungen die Familie vorwiegend als Konfliktfeld im Blick hätten.

⁴¹ So die derzeitige Kontroverse im Hinblick auf den Gesetzentwurf zur elterlichen Sorge [vgl. auch dieses Heft, S. 337]. Für ein Eingreifen bei Beeinträchtigung oder Gefahr: Alternativentwurf der Familienrechtskommission des Juristinnenbundes (veröffentl. in: Industriegesellschaft und Recht, Bd. 8, 1977) und Regierungsentwurf, für einen späten Zeitpunkt (erhebl. Gefahr): Bosch. In: FamRZ 1977, S. 610.

Gefahrgrenze. Hier ist zunächst festzuhalten, daß der Gefahrenbegriff nicht nur Gefahren für die körperliche Gesundheit, sondern auch Gefahren für die geistig-seelische Entwicklung des Kindes umfaßt⁴². Im übrigen ist der Gefahrenbegriff nicht bestimmbar ohne seinen Bezugspunkt, das Kindeswohl. Auf die inhaltliche Bestimmung dieses Begriffs, der ein unbestimmter Begriff ist, und die damit verbundenen Probleme kann hier nicht näher eingegangen werden. Richtig erscheint der Hinweis Gernhubers⁴³, daß es *Standards* sind, deren Geltung in Beziehung zum jeweiligen Zeitbewußtsein steht, positive und negative Standards, die diesen Begriff näher ausformen. Beachtung verdient dabei – in einer Zeit zunehmender Wissenschaftsgläubigkeit – seine These, daß sich als wissenschaftliche Erkenntnisse ausweisende Forderungen oder Disqualifizierungen bezüglich des Kindeswohls nicht schon als solche die Qualität und Maßstabwirkung eines Standards beanspruchen können, sondern nur soweit sie als sicheres Gedankengut in der allgemeinen Überzeugung Anerkennung gefunden haben. Angesichts des Auf und Ab wissenschaftlicher Theorie- und Hypothesenbildung gerade im Bereich von Pädagogik und Psychologie erscheint ein solcher vorangegangener Rezeptions- und Konsolidierungsprozeß unbedingt erforderlich.

δ) Unabhängig von den Problemen, die der Gefahrenbegriff aufwirft, besteht heute Einigkeit – wenigstens in der wissenschaftlichen Diskussion – darüber, daß die staatliche Ingerenz jedenfalls nicht von einem subjektiven Verschulden der Eltern abhängig sein soll – entgegen der Handhabung des § 1666 BGB. Diese Folge ergibt sich schon aus dem Charakter des elterlichen Erziehungsrechts als einer Erziehungstreuhand im Interesse des Kindes und ebenso aus dem Sinn des staatlichen Wächteramts. Das Eingreifen des staatlichen Wächteramts stellt nicht eine Strafaktion gegen die Eltern dar, es dient nur dazu, Kindesrechte und das Kindeswohl vor Schaden zu sichern. Von daher ist es in hohem Maße inadäquat, ein mögliches Einschreiten an ein Verschulden der Eltern zu binden; diese Verknüpfung erklärt sich nur aus dem älteren, eher besitzindividualistischem Verständnis des Elternrechts und ist verfassungsrechtlich in keiner Weise geboten. Allerdings muß in diesem Zusammenhang differenziert werden, ob es sich um einzelne eingreifende Maßnahmen in das elterliche Erziehungsrecht oder um dessen Verlust/Aberkennung handelt. Bei letzterem sind nicht nur Rechte *aus* der elterlichen Erziehungsbefugnis betroffen, sondern zugleich das Recht *auf* diese Erziehungsbefugnis. Dieses Recht ist als eigenes und auch eigennütziges subjektives Recht der Eltern garantiert, es kann daher nicht aberkannt und genommen werden ohne ein vorwerfbares schuldhaftes Verhalten⁴⁴.

c) Modalität des staatlichen Wächteramts

Das dirigierende Prinzip für die Formen und die Art der Ausübung des staatlichen Wächteramts ist einmal die schon erwähnte Subsidiarität dieses Wächteramts, zum anderen ist es der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁴⁵. Staatliches Einschreiten ist nur

⁴² Vgl. § 1666 BGB, § 55 JWG.

⁴³ Gernhuber (FN 11), S. 232.

⁴⁴ Insoweit zutreffend Lüderitz (FN 23), S. 269. Die von L. angeführten Beispiele beziehen sich auch gerade auf das Recht *auf* die Erziehungsbefugnis.

⁴⁵ Statt anderer Maunz (FN 4), Rdn. 26 zu Art. 6; v. Münch. In: Kommentar zum GG, Art. 74, Rdn. 27 zu Art. 6; BVerfG 24, 119 ff. (145).

insoweit zulässig, als es zur Erreichung des akzessorischen Zwecks des Wächteramts erforderlich ist, und es müssen unter den geeigneten Maßnahmen jeweils die ausgewählt werden, die am geringsten in die elterliche Erziehungsbefugnis eingreifen.

Nicht einfach zu lösen ist die Frage, *wann* es dem staatlichen Wächteramt möglich sein muß, sich Informationen über familiäres Erziehungsgeschehen zu verschaffen, um anhand ihrer die Frage seines Tätigwerdens, sei es unterstützender, sei es eingreifender Art, zu prüfen. Soll das staatliche Wächteramt seine Aufgabe, Schäden und Gefahren vom Kind abzuwenden, nachkommen können, bedarf es eines Informationsrechts schon *vor* eingetretener Verletzung, gerade auch, damit es nicht primär nur eingreifen, sondern unterstützend und helfend wirken kann. Ein solches Informationsrecht darf jedoch nicht zum Hebel für den Umschlag in eine Bevormundung der Eltern werden. Das wäre etwa bei einer laufenden Berichtspflicht oder ähnlichen Vorkehrungen, die man sich theoretisch ausdenken kann, der Fall. Andererseits ist eine Informationsmöglichkeit – durch Besuche, Beratung usw. – dann erforderlich – erst dann, aber auch dann –, wenn begründete Anhaltspunkte für einen Gefahrezustand für die Kindesentwicklung bzw. das Kindeswohl bekannt geworden sind⁴⁶.

In der juristischen Diskussion treten immer wieder Fragen des eingreifenden Handelns des staatlichen Wächteramts in den Vordergrund. Dies darf jedoch nicht den Blick dafür verstellen, daß die staatliche Tätigkeit in diesem Rahmen ihren Schwerpunkt in Unterstützung und Hilfe finden soll und muß. Eingriffe in die elterliche Erziehungsbefugnis können schließlich unvermeidlich sein, um das Kind vor Schaden zu bewahren, aber das staatliche Wächteramt hat nicht nur diese »polizeiliche« Seite, sondern ebenso die fürsorgliche und pflegende, und diese hat in der Ausübung jener voranzugehen. Ein nicht unwichtiges Problem ist heute und in der absehbaren Zukunft ja nicht so sehr der mangelnde Erziehungswille, sondern die *Erziehungsfähigkeit* der Eltern. Angesichts der Schwierigkeit der Erziehungsaufgabe in unserer hochtechnisierten und medial geprägten Lebenswelt kann diese nicht als stets schon »von Natur« gegeben angesehen werden. Hier unterstützend – nicht erdrückend – Ratschläge und Hilfen zu geben, womöglich auch durch sinnvolle Angebote Entlastungen zu verschaffen, ist vornehmliche Aufgabe des staatlichen Wächteramts. Hinzu kommt, daß jede Familie, nicht nur die gesunde, sondern auch und gerade die »pathologische« dazu neigt, gegenüber Eingriffen von außen eine sich sperrende Abwehrhaltung zu entfalten. Auch wo eine Intervention in elterliches Erziehungs Handeln an sich notwendig und angezeigt wäre, bietet sich daher zunächst der Weg von Rat und Hilfe als der erfolgversprechendere an.

Schließlich: Die Ausübung des staatlichen Wächteramts braucht keineswegs durch den Staat selbst, d.h. durch staatliche Organe zu erfolgen. Gerade im Bereich der pflegerischen und unterstützenden Aufgaben bietet sich die Einräumung an »freie Träger« und gesellschaftliche Organisationen an. Diese Organisationen sind dazu eher in der Lage, weil sie leichter einen personorientierten, unmittelbaren Kontakt zu den Eltern haben bzw. herstellen können und nicht als »Behörde« mit dem damit verbundenen Verfremdungseffekt in Erscheinung treten (müssen).

⁴⁶ Vieles kann sich informell ergeben, aber im Zeichen organisierter Sozialbeziehungen stellt sich – anders als früher – auch die Frage nach organisierter Information.