

Gesetzgebung, Menschenbild und Sozialmodell
im Familien- und Sozialrecht



Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen

Neue Folge, Band 3



Walter de Gruyter · Berlin · New York

Gesetzgebung, Menschenbild
und Sozialmodell
im Familien- und Sozialrecht

Herausgegeben von
Okko Behrends und Eva Schumann

Walter de Gruyter · Berlin · New York



14. Symposium der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“
Vorgelegt von Herrn Okko Behrends in der Sitzung vom 6. 7. 2007

⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

ISBN 978-3-11-020777-4

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen
Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet
über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Copyright 2008 by Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, 10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung
außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages
unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen,
Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Einbandgestaltung: Meta Systems, Wustermark

Druck und buchbinderische Verarbeitung: Hubert & Co. GmbH und Co. KG, Göttingen

Inhalt

OKKO BEHREND'S	
Das Sozialrecht. Sein Wert und seine Funktion in historischer Perspektive	1
Diskussion zum Vortrag von Okko Behrends	
Leitung: OKKO BEHREND'S	31
ULRICH BECKER	
Sozialmodell und Menschenbild in der „Hartz-IV“-Gesetzgebung	39
Diskussion zum Vortrag von Ulrich Becker	
Leitung: CHRISTIAN STARCK	77
EBERHARD EICHENHOFER	
Ehe und Familie in der Sozialrechtsordnung	91
Diskussion zum Vortrag von Eberhard Eichenhofer	
Leitung: UWE DIEDERICHSEN	117
VOLKER LIPP	
Funktion und Bedeutung des Unterhaltsrechts	133
Diskussion zum Vortrag von Volker Lipp	
Leitung: WOLFGANG SELLERT	155
EVA SCHUMANN	
Kindeswohl zwischen elterlicher und staatlicher Verantwortung	169
Diskussion zum Vortrag von Eva Schumann	
Leitung: OKKO BEHREND'S	227
Abschlussdiskussion	
Leitung: MICHAEL STOLLEIS	241
Teilnehmer des Symposions	253
Register	255

Vorwort der Herausgeber

Es war nach allgemeinem Urteil wieder einmal eine gelungene Tagung der Gesetzeskommission, die vierzehnte in einer langen erfolgreichen Reihe. Ihr guter Ertrag ergab sich diesmal insbesondere daraus, dass es den Referenten und Diskutanten gelang, die in dem komplex formulierten Thema angestrebte Verbindung zwischen den aktuellen Fragen des Familien- und Sozialrechts und den Grundsatzfragen, die so alt sind wie das Recht selbst, auch wirklich zu erreichen. Wie es in dem Schlusswort der Tagung heißt, schimmerten durch alle Einzelfragen des Förderns und Forderns nach Hartz IV, des Familienlastenausgleichs, des Unterhaltsrechts, der Eingriffsbefugnisse der Jugendämter und Familiengerichte wie durch eine diaphane Wand immer wieder die Grundsatzfragen durch, das „verlorene Urvertrauen der Gesellschaft in bestimmte soziale Verhältnisse und Leitbilder“ (Michael Stolleis), der Befund, dass „Eigenverantwortung oftmals nicht so gebraucht wird, wie die Gesellschaft es erwartet“ (Eberhard Eichenhofer) und die hierher rührende, verständliche, aber nicht unbedenkliche Tendenz, „Leitbilder in positive Standards der Verhaltenskontrolle“ zu verwandeln (Eva Schumann). Man war sich einig, einem spannungsvollen Gegenstand gegenüber zu stehen, dem nur mit Behutsamkeit beizukommen ist: Sozialstaatliche Interventionen sind auch in einer freiheitlichen Demokratie unverzichtbar. Aber sobald das rechte Maß verletzt wird, kann das Freiheitsprinzip Schaden nehmen, und man darf mit dem Spötter Wilhelm Busch sagen: „Das Gute, dieser Satz steht fest, ist stets das Böse, was man lässt!“.

Dem Leser mag es willkommen sein, schon im Vorwort in Kürze darüber informiert zu werden, was ihn im Einzelnen in den in der geschilderten Weise innerlich verbundenen Beiträgen und Diskussionen erwartet.

Der am Anfang stehende Beitrag von OKKO BEHREND, „*Das Sozialrecht. Sein Wert und seine Funktion in historischer Perspektive*“, entwickelt in Form einer geschichtlichen Grundlegung die These, dass das Sozialrecht in sehr alter Tradition dem Privatrecht zur Hilfe kommt, nämlich überall dort, wo es seine erfolgreiche und grundsätzlich gültige Idee, die Schaffung von individuellen Räumen der Eigenverantwortung, nicht aus eigenen Kräften verwirklichen kann. Daher gibt es in einem Gemeinwesen nicht nur die formelle Privatrechtspflege durch die streitige Gerichtsbarkeit, sondern von alters her auch eine materiale Privatrechtspflege, die Menschen durch Zuwendungen den Beginn einer privaten Existenz ermöglicht oder sie in ihr erhält.

ULRICH BECKER stellt mit seinem Beitrag „*Sozialmodell und Menschenbild in der Hartz IV-Gesetzgebung*“ in den Mittelpunkt seiner Überlegungen die Frage, ob es mit der Menschenwürde vereinbar ist, dass nach neuem Recht Kürzungen oder

gar Verlust der Geldzuwendungen drohen, wenn den in den Eingliederungsvereinbarungen enthaltenen Auflagen, Arbeit anzunehmen, nicht gehorcht wird. Er findet die Antwort in Hegels „Grundlinien der Philosophie des Rechts“: *„Weil die bürgerliche Gesellschaft schuldig ist, die Individuen zu ernähren, hat sie auch das Recht, dieselben anzuhalten, für ihre Subsistenz zu sorgen.“*

Der Beitrag von EBERHARD EICHENHOFER, *„Ehe und Familie in der Sozialrechtsordnung“*, beginnt mit einem Zitat aus dem Jahr 1760: *„Ein Staat, der den Anwuchs seiner Einwohner befördern will, muß seinen jungen Leuten die Mittel erleichtern, sich verheiraten und ihre eigene Haushaltung anfangen zu können. [...] es fehlt hieran in allen Ländern.“* Heute, unter den Bedingungen der medizinischen Beherrschbarkeit der Reproduktion und Beendigung der alten Arbeitsteilung der Geschlechter, gelte es *„Menschen durch üppigen sozialen Transfer umfassend zu befähigen, was sie einst ganz ohne diesen vermochten: Kinder zu bekommen und sie aufzuziehen“*. Die Perspektive des Beitrags folgt Arnold Gehlens Beobachtung, die dem Sozialstaat ein *„elargiertes Familienethos“* zuschrieb. Da paternale wie maternale Familienstrukturen Trennwände der personalen Freiheit grundsätzlich zu durchbrechen geneigt sind, beleuchtet dieser Blickwinkel zugleich die hohe emanzipatorische Bedeutung der Privatrechtsidee.

VOLKER LIPP analysiert in dem Beitrag *„Funktion und Bedeutung des Unterhaltsrechts“* das Unterhaltsrecht des Familienverbandes im weitesten Sinn, der dem Sozialstaat nicht nur das Modell geliefert hat, sondern ihn, sobald er funktioniert, in erheblichem Maße entlastet. In diesem Zusammenhang wird die hohe Bedeutung deutlich, die den nicht geschuldeten Unterstützungsleistungen im familialen Solidarverband zukommt. Zugleich wird in der Haltung des BGB-Gesetzgebers, der es ablehnte, Geschwistern klagbare Unterhaltungspflichten aufzuerlegen, eine uralte Grenze der rechtlichen Belastbarkeit der Kernfamilie sichtbar: Fraternité ist ein Rechtsprinzip des solidarischen Sozialstaates, in den Familien ist sie Sache freier Entscheidung. Allgemein gehe die Entwicklung auf dem Gebiet des Unterhaltsrechts in eine Richtung, die zur Selbständigkeit auffordert. Ein Menschenbild oder ein Sozialmodell lasse sich aber in der Vielfalt der gelebten Familien nicht ausmachen.

Der Beitrag von EVA SCHUMANN, *„Kindeswohl zwischen elterlicher und staatlicher Verantwortung“*, weist warnend darauf hin, dass der allgemeine Konsens *„Mehr tun für Kinder“* bisher einseitig durch staatliche Eingriffe in die Familie umgesetzt werde. Es fehle die Forderung *„Mehr Vertrauen in die Erziehung durch Eltern“*, und zwar grundsätzlich *„durch beide Eltern“*, um der Gefahr zu begegnen, aus der Alleinerziehenden eine *„Übermutter“* zu machen. Als besonders bedenklich erscheine zurzeit die Tendenz, die Erziehungskompetenz der Eltern schon unterhalb der Schwelle, wo die Gefährdung des Kindeswohls beginnt, durch behördliche und gerichtliche Kontrollen prinzipiell in Frage zu stellen.

Das Thema wird die Kommission voraussichtlich nicht loslassen.

Das Sozialrecht. Sein Wert und seine Funktion in historischer Perspektive

OKKO BEHRENDIS

- I. Der systematische Ort des Sozialrechts
- II. Das Sozialrecht der materialen (leistenden) Privatrechtspflege der Anfänge
- III. Die das Sozialrecht delegitimierende Dichotomie der Republik *ius publicum* – *ius privatum*
- IV. Die externalisierte (außerordentliche) Stellung des Sozialrechts nach kaiserlichem Recht (seit Augustus) und nach kirchlichem Recht (von Konstantin bis zum Beginn der Neuzeit)
- V. Der neuzeitliche Staat und die Fortdauer der Externalisierung des Sozialrechts
- VI. Ein Menschenbild des Sozialrechts?
- VII. Ergebnisse

I. Der systematische Ort des Sozialrechts

Wer als Jurist und Historiker nach Wert und Funktion des Sozialrechts fragt, wendet sich an die Empirie, und zwar an Erfahrung mit rechtlichen, Sozialrecht enthaltenden Ordnungen. Ein solcher empirischer Zugang beobachtet die Wirkungen des jeweils geltenden Rechts und blickt notwendig (Erfahrungen wollen gemacht sein) auf bereits Geschehenes, d. h. auf Geschichte im weitesten Sinn, entweder auf die ganz nahe oder auch auf weiter in der Ferne liegende Geschichte, soweit sie nur mit unseren Lebensbedingungen noch zusammenhängt. Meine eigene Fachkompetenz führt mich insofern zunächst ein wenig tiefer in die Vergangenheit. Dieses spezifisch historischen Teils wegen war nach meinem Vortrag eine eigentliche Fachdiskussion wie nach den vier Spezialreferaten nicht vorgesehen, was aber Verständnisfragen an den Referenten nicht ausschloss; zu ihnen wurde vielmehr zur Vorbereitung der Abschlussdiskussion ausdrücklich ermutigt.

An den Anfang stellen möchte ich auch hier, was ich zu Beginn meines Referats in Anwesenheit der beiden Autoren sagen konnte, nämlich wie außerordentlich lehrreich für mich die Lektüre zweier heutiger Leitwerke und der in ihnen enthaltenen Nachweise war. Ich meine einerseits die systematische Darstellung „Sozialrecht“ von Eberhard Eichenhofer,¹ andererseits die „Geschichte des Sozialrechts in Deutschland“ von Michael Stolleis.² Es ist dem

1 EBERHARD EICHENHOFER, Sozialrecht, 6. Aufl. 2007.

2 MICHAEL STOLLEIS, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland: ein Grundriß, 2003.

Nichtspezialisten eine große und wesentliche Hilfe, dass es solche Bücher gibt. Nach der Lektüre hatte ich den Eindruck, dass über Wert und Funktion des Sozialrechts eigentlich alles Wesentliche bereits gesagt ist.

Sozialrecht ist öffentliches Leistungsrecht, das nicht nur hilft, in dem jeweiligen Bürgerverband eine soziale Existenz zu behaupten, wenn die eigenen Kräfte in einer Biographie dies dauernd oder vorübergehend nicht vermögen, sondern das zugleich überall, wo dies möglich ist, das Ziel verfolgt, zu helfen, eine selbständige Existenz zurückzugewinnen oder gegenüber ungleichen Startchancen eine solche überhaupt erst zu gewinnen. In dieser Rolle ist es eine Errungenschaft, ein *acquis*³, des sozialen Rechtsstaats. In seiner Verrechtlichung zu einem anspruchsbegründenden „Netz sozialer Sicherheiten“ ist es, wie Franz Wieacker in seinen „Konstituentien der okzidentalischen Rechtskultur“ geschrieben hat, eine – wie sich zeigen wird, keineswegs besonders rezente – Frucht des modernen Legalismus⁴. Neben seiner großen sozialpolitischen, den sozialen Frieden sichernden Bedeutung hat es eine nicht zu unterschätzende gesamtwirtschaftliche Bedeutung, indem es Menschen und ihre Haushalte in vorübergehenden oder dauernden Zeiten der Hilfsbedürftigkeit instand setzt, die angebotenen Leistungen des Marktes selbst oder vertreten durch Dritte weiter nachzufragen. Dieses positive Gesamturteil gilt trotz der allbekannten Tatsache, dass es erfahrungsgemäß sehr schwer ist, ein solches gewaltiges, in die verschiedensten Lebensbereiche hineinwirkendes, bürokratisch verselbständigtes und ausdifferenziertes Leistungssystem so zu realisieren, dass es weder die staatliche Leistungskraft überfordert noch – statt seine wohltätigen, die Biographien ermöglichenden, sichernden und fördernden Wirkungen zu äußern – an Abhängigkeit gewöhnt, zu Missbrauch auffordert und die Hauptaufgabe des Privatrechts, selbständige Verantwortungsräume zu schaffen, gefährdet.

Ich möchte in der nun folgenden Skizze zeigen, dass das Sozialrecht schon in den Anfängen der für die okzidentale Rechtsentwicklung weithin maßgebenden, immer noch die Grundbegriffe bestimmenden antiken Rechtsentwicklung einen alten und aus der Gründungsidee der Rechtsordnung legitimierten Platz hat, dass sich aber in der weiteren Geschichte dieses Rechts auch die Erklärung findet, warum das Sozialrecht zwischen dem öffentlichen und privaten Recht,

3 Das durch die Europäische Union populär gewordene Wort betont durch seinen Kontext die gute Erfahrung als das, was das Erworbene in den Rang des Verbindlichen oder politisch verbindlich zu Machenden erhebt. *Avoir de l'acquis* heißt „etwas los haben, durch Erfahrung gewitzigt sein“.

4 FRANZ WIEACKER, Konstituentien der okzidentalischen Rechtskultur, in: OKKO BEHREND/ MALTE DIESSELHORST/WULF ECKHART VOSS (Hrsg.), Römische Recht in der europäischen Tradition. Symposium aus Anlaß des 75. Geburtstages von Franz Wieacker, 1985, S. 355–364 (360 f.).

zwischen *ius publicum* und *ius privatum*, jetzt eine Sonderstellung einnimmt,⁵ und nunmehr zwar anerkanntermaßen einen sehr bedeutenden Teil des öffentlichen Rechts darstellt, aber doch nicht zu seinen klassischen Gehalten gehört und seinen Namen bekanntlich dem im 19. Jahrhundert gemachten, fruchtbaren, aber nicht unbedenklichen und mit Recht letztlich erfolglosen Versuch verdankt, die Dichotomie „Öffentliches Recht“ – „Privatrecht“ durch ein Genossenschaftsrecht, das den Staat genossenschaftlich und in letzter Konsequenz als Abstammungsgemeinschaft deutete, zu überwinden.⁶

Der Grund liegt, wie ich näher ausführen werde, in Folgendem: Die spezifisch republikanische Dichotomie *ius publicum* – *ius privatum* hatte nicht nur die Folge, beide Bereiche in ihrer Besonderheit zu stärken, sondern darüber hinaus durch die Radikalität, mit der im klassischen System die Aufgabentrennung durchgeführt wurde, die Tendenz, die Legitimität eines Sozialrechts zu bestreiten. Das öffentliche Wohl, dem das *ius publicum* diene, umfasste nicht das Wohl des Einzelnen, das vielmehr allein in den Formen des *ius privatum* gesichert wurde. Diese Formen des *ius privatum* halfen dem bedürftigen Einzelnen, der auf den Weg gebracht oder geschützt werden musste, nur in den Formen des Familienrechts, dem familiengebundenen Generationenwechsel.

Dagegen erschien das Sozialrecht auf allen Stufen der antiken Rechtsentwicklung als legitim überall dort, wo die Hand, die das Ganze leitet – diese alte, im Bild der öffentlichen Hand fortlebende Umschreibung⁷ empfiehlt sich wegen ihrer Neutralität gegenüber dem Unterschied zwischen monarchischen oder republikanischen Verfassungsformen – für den gesamtgesellschaftlichen Zustand Verantwortung empfindet und wahrnimmt. Diese Haltung schloss in der Vergangenheit regelmäßig ein, dass der Träger dieser Gewalt die auf seinem

5 Vgl. HANS F. ZACHER, Was ist das Sozialrecht? In: DERS. Abhandlungen zum Sozialrecht, 1993, S. 249–256.

6 Der zentrale Autor ist OTTO BÄHR, Der Rechtsstaat. Eine publicistische Skizze, 1864 (Neudruck 1961). MICHAEL STOLLEIS (Anm. 2), S. 311, weist ihn nach als den Autor, der ein „*Sociales Recht*“ konzipiert hat, das als ein „*Recht der menschlichen Verbände*“ die Dichotomie überwinden sollte. In seiner Schrift a.a.O., S. 18 f. gründet er das dem Privatrecht gegenüberstehende öffentliche Recht oder Staatsrecht auf eine allgemeinere Grundlage, das Genossenschaftsrecht, „in welchem der Mensch als *organisches Glied je eines größeren Ganzen*“ [im Original gesperrt] in Betracht gezogen wird, so dass hieraus Rechte und Pflichten für ihn entstehen. Grundlage dieses genossenschaftlichen Staates ist die Familie, die Bähr (S. 25) „*eine juristisch unentwickelt gebliebene Genossenschaft*“ nennt, entstanden kraft eines im Kern naturalistisch-biologisch gesehenen Vorgangs (S. 21): „*Wie die Familie die nächsten Bande des Blutes, so hat der Staat die gemeinsame Abstammung und Sprache der Nation zu seiner natürlichen, wenn auch historisch vielfach modifizierten Grundlage*“. Die unheilvolle Definition des Nationalen aus einem naturhaft blutmäßig bestimmten Sozialverband ist hier im Ansatz bereits deutlich vollzogen.

7 *Omniaque manu a regibus gubernabantur (Und alle Dinge wurden von der Hand der Könige gelenkt)*. D 1,2,2,1 (Pomponius liber singularis enchiridii).

Herrschaftsgebiet lebenden Menschen in allen ihren Gliederungen als genossenschaftliche Einheit sieht und sich selbst als deren verantwortliche Spitze auffasst. Das war der Fall in der die römische Republik vorbereitenden, von alten Siedlungsformen geprägten Monarchie, in deren Verlauf die Plebejer zu gleichberechtigten Bürgern (*cives Romani*) wurden, und wieder in dem von Augustus begründeten, ein Weltreich organisierenden Kaiserreich und auch in den ersten Jahrhunderten des Freistaates, nicht aber in der sich durch die scharfe Dichotomie *ius publicum* – *ius privatum* definierenden klassischen Republik.

Daraus folgt übrigens, dass in der Hand, die den modernen sozialen Rechtsstaat verwaltet und die Verantwortung für den Zustand der Gesellschaft in allen seinen Gliederungen beansprucht und wahrnimmt, ein monarchisch-genossenschaftliches, die Verantwortungsteilungen, welche die klassische Republik zwischen öffentlicher Gewalt und Privatrecht begründet hat, prinzipiell aufhebendes Element liegt. Das ist demokratietheoretisch aufschlussreich, aber durchaus keine Neuigkeit. Es ist bekannt, dass der moderne Sozialstaat in seiner Machtfülle Erbe des aufgeklärten Absolutismus ist, der, wie das Allgemeine Landrecht exemplarisch zu zeigen vermag, das genossenschaftlich konzipierte Gesellschaftsmodell mit seinen umfassenden Eingriffsbefugnissen, die es gewährt, als durchaus wesensgemäß empfand. Die von der Französischen Revolution zum Programm erhobene sozialrechtliche *fraternité* steht in dieser Tradition.⁸ Der nationale Machtstaat des 19. Jahrhunderts enthielt daher auch die jederzeit politisch aktivierbare Möglichkeit des Sozialstaats. Auch die Neigung, nicht das durch seine wahlberechtigten Aktivbürger repräsentierte „Volk“, die „Nation“, sondern „die Bevölkerung“, die „Menschen im Lande“ als Gegenstand des Regierens zu sehen, gehört hierher.

Das anfängliche Fehlen und die spätere im Namen des Sozialrechts erfolgende Zurückdrängung der Dichotomie hatte überall die gleichen Folgen, nämlich die selbständige private Verantwortungssphären erzeugenden Trennwände zwischen der öffentlichen Gewalt und den Privatsphären, die jene Dichotomie akzentuiert, wenn nicht zu leugnen, so doch jedenfalls durchlässig zu machen. In dem Maße, in dem der Bürger und Mensch solidarisches Einstehen zu seinen Gunsten erwartet, muss er es hinnehmen, dass er für das Ganze in Anspruch genommen wird. Aber es besteht immer die Gefahr, an dieser Stelle über das rechte Maß hinauszugehen und die privatrechtlichen Lebensbedingungen, die man zu fördern glaubt, zu schädigen.⁹ Es ist bemerkenswert, dass

8 Sie führte, um ein Wort von EICHENHOFER (Anm. 1), Rn. 570 zu zitieren, vom solitaire zum solidaire! Der „solitaire“ ist der auf sich gestellte *singulus* des klassischen Privatrechts, der „solidaire“ derjenige, der in der organisierten Reziprozität der menschlichen Gesellschaft steht und die gemeinschaftliche Leistungskraft grundsätzlich sowohl mittragen muss wie beanspruchen darf.

9 Die Entwicklung der Rechtssprache liefert hier ein Beispiel: Die mit jeder freien Verantwortung untrennbar verbundene Gefahr, Fehler zu begehen, soll es der Tendenz nach

gerade die Anfänge der Rechtsentwicklung und die jüngste Moderne diesen Befund besonders scharf beleuchten.

II. Das Sozialrecht der materialen (leistenden) Privatrechtspflege der Anfänge

Eine zur ältesten überlieferten Rechtsschicht Roms gehörende Norm bestimmt, dass bei Drillingsgeburten der von diesem Kindersegen betroffenen Familie aus öffentlichen Mitteln (*ek tou̓ dēmosiou = de publico*) Leistungen zum Kindesunterhalt (*tàs trophás = alimentá*) zu gewähren seien, und zwar, wie die Überlieferung besagt, bis zur Erreichung des damaligen Volljährigkeitsalters, das etwa bei 17 Jahren lag (*méchri hēbēs – usque ad adulescentiam*¹⁰). Es sei schon an dieser Stelle hervorgehoben, dass jede Andeutung fehlt, dass etwa in solchen Fällen vorrangig vor dem Gemeinwesen Familienangehörige der Seitenlinie, also etwa Geschwister der Eheleute, *iure fraternitatis*, nach dem Recht der *fraternité*, heranzuziehen wären.¹¹

nur noch im öffentlichen Recht geben. Allein dort gibt es noch „Gewalt“, die staatliche Gewalt; die Eltern, einst Inhaber der elterlichen Gewalt, haben demgegenüber nur noch elterliche „Sorge“. Es ist ein Verfassungsbild, bei dem das Wagnis, Verantwortung zu übertragen, nur mehr gegenüber Amtsinhabern vertretbar erscheint. Nur deren Versagen erscheint mitsamt seinen gravierenden Folgen noch so hinreichend durch Gesetze, Gerichte und öffentliche Meinung kontrollierbar, dass man in ihre Hände „Gewalt“ legen und sich auf Missbrauchskontrolle beschränken darf. Ein menschlich überzeugendes Gesamtbild ist das nicht. Die Realitäten werden durch eine Terminologie, die normativ ein fehlerfreies Familienleben beschreibt, nicht geändert. Betroffen sind Freiheit, Verantwortung und Ehre derer, die auf diese Weise gegängelt werden und ein Klima des grundsätzlichen, ihre persönlichsten Fähigkeiten in Frage stellenden Misstrauens erleben, das ihre Lebensplanung im Hinblick auf Familiengründung nur negativ beeinflussen kann.

10 Vgl. *Leges. regiae III* (Tullus Hostilius) 3 (Dionys v. Halikarnaß 3,22). Die Übersetzung „*pubertatem*“ in der Ausgabe KARL GEORG BRUNS (Hrsg.), *Fontes I*, 7. Aufl. 1909, S. 12 Anm. 4 ist missverständlich. Die „*hēbēs*“ ist die Zeit, mit welcher der Militärdienst beginnt. Er ist in Rom gekennzeichnet durch die Anlegung der „*toga virilis*“, was mit 17 Jahren geschah. Die später auf 14 bzw. bei Mädchen auf 12 Jahre festgelegte Pubertät dringt erst mit hellenistischen Philosophien in das römische Recht ein. Die mit 17 Jahren eintretende Volljährigkeit wurde vom Prätor durch ein Postulationsverbot für jüngere Personen bewahrt. Vgl. *D 3,1,1,3* (Ulpian 6 ad edictum) *minorem annis decem et septem, qui eos non in totum complevit, prohibet postulare. (Er [der Prätor] hindert den, der jünger als 17 Jahre ist und diese noch nicht ganz vollendet hat, daran, vor ihm Anträge zu stellen.)*

11 Der offenbar früh gefasste Leitgedanke lautet: Die Verantwortung für eine Kleinfamilie ist grundsätzlich genug. Alles was darüber hinaus geht, ist freiwillig und gereicht dem, der es tut, zur Ehre. – Das römische Recht kennt denn auch ein *ius fraternitatis* nur in Sonderbeziehungen, nämlich der „unter Brüdern“ fortgesetzten Erbengemeinschaft (die Schwestern waren in dieser Gemeinschaft durch die Frauenvormundschaft mediatisiert, aber, da sie ein volles Erbteil hatten, gewissermaßen „stille Gesellschafterinnen“) und der

Diese Norm, eine sogenannte *lex regia*¹², ist, wie es scheint, Anwärter auf den Ruhm, den ältesten Fall eines gesetzlichen, auf Nachhaltigkeit berechneten sozialrechtlichen Familienlastenausgleichs darzustellen. Sie weist, ohne dass dabei der genaueren Zuordnung zu einer der sieben, ohnehin weithin legendären Königsnamen eine besondere Bedeutung zukommt,¹³ in die Zeit zurück, in der Rom zwar schon eine bedeutende, im Herzen Italiens gelegene Stadt war (zwischen den Kulturlandschaften Etruriens und Großgriechenlands), aber noch von der Tradition der geschlossenen, aus zahlreichen Familien bestehenden Agrarsiedlungen beherrscht wurde, aus deren Zusammenschluss (Synoikismos) das lateinische, in Latium wurzelnde Rom einst entstanden ist und deren Bild

dieser Erbgemeinschaft nachgebildeten Gesellschaft, dem *consortium*. Vgl. D 17,2,63 pr (Ulpianus 31 ad edictum) und Gaius III 154a/154b.

- 12 Die „Königsgesetze“ geben allesamt Abbilder der Lebensverhältnisse in den ältesten Siedlungen, deren Zusammenschluss den latinischen Zentralort geschaffen hat, dem Rom seine die etruskische Fremdherrschaft überdauernde Prägung verdankt und deren Formen in den von Rom ausgesandten Bürgerkolonien nachgebildet wurden. Vgl. im Text. Sie heißen *leges regiae*, weil sie der Rechtsprechung des alten religiösen, mit der umfassenden Ordnungsgewalt des *regere* bekleideten und als *rex* bezeichneten Siedlungsvorstands entstammen. Sie sind erhalten aus antiquarischem Interesse und typischerweise in aller Regel nur dort, wo sie nicht vom späteren Gesetzesrecht, insbesondere von den Zwölftafeln übernommen oder ersetzt worden sind. THEODOR MOMMSEN, Röm. Staatsrecht II, 3. Aufl. 1887, S. 42 meint, dass „in diesen ‘Königsgesetzen’ nicht die bürgerlichen, sondern die religiösen Pflichten des Römers verzeichnet <werden>, deren Unterlassung (*nefas*) entweder eine religiöse Sühnung (*piaculum*) erheischt oder äußersten Falls den Schuldigen erscheinen läßt als unsühnbar (*impius*) und der beleidigten Gottheit unwiederbringlich verfallen“. Diese Aufteilung des Rechts ist jedoch anachronistisch, da die Lebensverhältnisse des frühen Verbandes in all ihren Zügen religiös überdeterminiert erscheinen, die von ihnen gestellten Ordnungsaufgaben darum aber in der Sache nicht wenig diesseitig und lebenszugewandt waren. Zu Unrecht, aber konsequent, misstraut Mommsen auch der sehr klaren und kohärenten Überlieferung, dass die Pontifices sich gerade auch schon in der vorhellenistischen Zeit den privaten Rechtsfragen gewidmet hätten (a.a.O. S. 46 Anm. 3). Wenn die von Mommsen sorgfältig zusammengestellten Quellen berichten, dass gegen Ende der Königszeit ein Oberpontifex Papirius die *leges regiae*, die einst von Ancus Marcius, dem dritten der legendären Könige, aufgestellt, aber mittlerweile verfallen gewesen seien, erneut öffentlich aufgestellt habe, die Priester dann aber, nachdem die erneuerten Tafeln dem Gallierbrand zum Opfer gefallen waren, die religiösen Gesetze, um besser über die Menschen herrschen zu können, für sich behalten hätten, dann ist das weithin annalistische Ausschmückung. Würdigt man aber den Inhalt der Normen, bleibt aber doch als glaubwürdiger Kern, dass diese alten, in die Königszeit zurückreichenden, das gesamte Leben beherrschenden Normen in der inneren Schriftlichkeit des Pontifikalkollegiums überliefert und geordnet worden sind. Vermutlich in der Zeit Caesars wurden sie von einem Granius Flaccus kommentiert. Vgl. D 1,2,2, §§ 2 u. 36 (Pomponius lb sg enchiridii) und D 50,16,144 (Paulus 10 ad legem Iuliam et Papiam).
- 13 In der auf die sieben Könige verteilten Fassung der Überlieferung wurde die Norm dem vierten König Tullus Hostilius zugeschrieben, weil sie mit dem legendären Kampf der beiden Drillinge, der Horatier und Curiatier, verbunden wurde.

Rom so sehr beherrschte, dass die von ihm entsandten Bürgerkolonien, wiederum geschlossene, aus einer Anzahl von Kleinfamilien bestehende wehrhafte Agrarsiedlungen (auch unser Köln gehört zu ihnen¹⁴), rechtlich als nach dem Muster Roms gegründet angesehen wurden.¹⁵

Rechtshistorisch gehört damit die Bestimmung in eine Epoche, in der sich das römische Privatrechtssystem mit seinen kennzeichnenden Grundelementen selbständiger Kleinfamilien bereits deutlich ausgebildet hatte, aber zugleich noch in einer stark genossenschaftlich gedachten Einordnung verharrete. Es gab bereits den privatrechtlichen Zentralbegriff des rechtlichen „Eigen“ (*suum*), angewendet auf die durch Vindikation geschützten Rechte an Boden, Familienangehörigen und beweglichen Sachen. Es gab die Leitung dieses Komplexes von Personen- und Sachenrechten durch den Haushaltsvorstand. Es fehlt aber in dieser Anfangszeit den römischen Familien die sie später auszeichnende Unabhängigkeit und Autonomie gegenüber der öffentlichen Hoheitsgewalt in der Hand des Königs, und zwar im Guten wie im Bösen, d. h. es gab nicht nur – in dem genannten Ausnahmefall – „Kindergeld“ von dem Leiter der Siedlung, sondern auch vielfältige Ingerenzen.

Denn der Rechtsfrieden, den der *rex* aufrecht zu erhalten hatte, war nicht nur ein formaler Rechtsfriede, der durch streitige Jurisdiktion gesichert werden konnte, sondern ein auguraler Götterfriede (*pax deum*), der auch durch Vorgänge innerhalb der Familie gestört wurde. Sehr kennzeichnend ist folgende, mehr oder weniger zufällig überlieferte Norm: Der Sohn, der seinen Vater schlug, so dass er aufschrie, wurde als *sacer* aus der Siedlungsgemeinschaft ausgeschlossen, ebenso nach einer späteren Entscheidung eine Schwiegertochter, die sich in ähnlicher Weise gegenüber ihrem Schwiegervater vergaß.¹⁶ Über ein

14 Es wird in den Digesten als privilegierte Bürgerkolonie erwähnt (D 50,15,8,2, Paulus 2 de censibus): *In Germania inferiore Agrippinenses iuris Italici est.* (In der Provinz Niedergermanien leben die Bürger der *colonia Claudia ara Agrippinensium* nach italischem Recht.) Der Status bedeutet vor allem Freiheit von der Bodensteuer, da die ursprüngliche Bodenzuweisung jedem Siedler freies Eigentum verschaffte.

15 Der ursprüngliche Name dieser Siedlung war *gens* – Geschlecht. Das Wort bezeichnete keine Abstammungsgemeinschaft, sondern eine genossenschaftliche Siedlung nicht blutsverwandter Familien, die sich nach der Landnahme in Latium nach dem Abbild eines Geschlechts in Dorfschaften organisiert hatten. Gentilität bedeutet hier genauso wenig Verwandtschaft wie die (sprachlich verwandte; vgl. altlateinisch *gnatus*, *gnata* = Sohn, Tochter) Nationalität.

16 Die gangbaren Editionen ordnen den Frevel des Sohnes dem sechsten König (Servius Tullius) zu (Leges regiae IV I), den Frevel der Schwiegertochter dagegen Romulus (I 7). Aber diese Abfolge, die in einer solchen nachträglich und nicht ohne Überlegung systematisierten Normensammlung aller Plausibilität entbehrt, geht auf einen korrupten Text von Festus, ed. Lindsay s.v. *plorare* zurück. THEODOR MOMMSEN, in: KARL GEORG BRUNS (Hrsg.), *Fontes* I, 7. Aufl. 1909, S. 8 schlägt demgegenüber überzeugend folgende Lesung vor, die den Anstoß beseitigt: „*in regis Romuli et Tatii legibus haec est: 'si parentem puer verberit, ast olle plorasset parens, puer divis parentum sacer estod', id est*

solches Recht konnte die spätere Zeit nur staunen. Der Vater war aber damals keineswegs nur der Begünstigte des Schutzes dieses auguralen Verbandesfriedens, der private Verhaltenspflichten einschloss, sondern selbst Objekt näherer, in seine Kompetenzen eingreifender Regelungen. So sagt eine Überlieferung, die einen bestimmten Entwicklungszustand widerspiegelt, dass im Unterschied zum späteren *ius vitae ac necis*, dem in der väterlichen Gewalt enthaltenen Recht über Tod und Leben der Kinder, der Vater verpflichtet wurde, alle männlichen Kinder aufzuziehen, von den Töchtern jedenfalls die älteste.¹⁷ Ferner wurde dem Vater, welcher der Eheschließung seines Sohnes zugestimmt und damit die Gründung eines neuen Haushalts erlaubt hatte, das in seiner *patria potestas* eigentlich enthaltene Recht genommen, ihn zu verdingen, d. h. gegen Geld auf Frist in eine Arbeitsstelle zu geben.¹⁸ Schließlich galt nach einer *lex regia* zwar Gütergemeinschaft zwischen den Ehegatten, und zwar so, dass das, was die Frau mitbrachte, vergemeinschaftet wurde und unter die Verwaltung des Mannes kam¹⁹, wenn aber der Ehemann nun versuchte, sich von der Ehefrau durch einfaches Verstoßen zu lösen, dann verfiel er mit der Hälfte des Gesamtguts der Siedlungsgöttin des Getreidebaus, während die andere Hälfte ihr verblieb, als ihr Frauengut und ihre Ausstattung für eine andere, hoffentlich glücklichere Ehe²⁰. Wenn der Ehemann gar glaubte – und dies könnte auf einen spektakulären Fall zurückgehen –, dass sein Verwaltungsrecht auch die Verfügungsgewalt über die Ehefrau einschloss und er sich von ihr so trennen könne, wie es die

clamarit. adicitur: 'si nurus, sacra divi parentum estod' in Servi Tullii.“ Wie Mommsen (Anm. 12), S. 42, Anm. 2 unter Hinweis auf inschriftliche Überlieferung zeigt, überweist die Verfluchung den Täter oder die Täterin den „Dis manibus“, den Geistern der über das Haus wachenden Ahnen.

- 17 Leges regiae I (Romulus) 11. Vor Vollendung des 3. Lebensjahres, dem Zeitpunkt, zu dem die Kinder aus der ausschließlichen Obhut der Mutter heraustraten, war eine Tötung der Tochter unzulässig und führte u. a. zur Einziehung des hälftigen Familienvermögens, d. h. der dem Vater zustehenden Hälfte, der offenbar auch insofern als an der Mutter frevelnd gedacht wurde. Vgl. unten Anm. 20 und den dazugehörigen Text. Den Tod eines unter drei Jahre alten Kindes betrauerte der Vater nicht als Hauptleidtragender, sondern nur als Beistand der Mutter (*sublugetur*; FragVat 321; vgl. Oxford Latin Dictionary s.v. *sublugere*).
- 18 Vgl. Leges regiae II (Numa Pompilius) 10. Dass das durch Veräußerung betätigte Verdingungsrecht befristet war, ergibt sich aus der alten, Romulus zugeschriebenen (vgl. Leges regiae I, 11) und in den Zwölftafeln wiederkehrenden (XII tab. IV 2) Vorschrift, welche die Zahl der zulässigen Veräußerungen auf drei beschränkte.
- 19 Leges I (Romulus) 7.
- 20 Leges I (Romulus) 9. Das Auftreten der Demeter (Ceres) in dieser Vorschrift zeigt, dass diese Regelung den damals typischen Fall agrarischer Siedlervermögen vor Augen hatte. Der gleichen Ceres verfiel nach einer Zwölftafelregel auch, wer nächtlich dem Nachbar mit dem Pflug gewonnene Kornfrucht stahl. Die Opferstrafe wurde dadurch vollzogen, dass der Täter gefesselt an einen Baum geschlagen und dort bis zum Eintritt des „natürlichen“ Todes hängen gelassen wurde. Vgl. XII tab. VIII 9. Es ist die Vorform der römischen Kreuzigungsstrafe.

Brüder Josefs mit diesem gemacht hatten, nämlich durch einen Verkauf an einen Fernhändler, dann verfiel er mit entsprechenden Begleitfolgen den unterirdischen Göttern.²¹

Würdigte man diese Regeln unter dem Gesichtspunkt des Sozialrechts, dann kann von einer sozialrechtlichen oder materialen, d. h. leistenden und intervenierenden Privatrechtspflege gesprochen werden. Alle diese Regeln vereint das Interesse an einem – von den damaligen Wertvorstellungen geprägten – Privatrecht. Es wird vom Verband gefördert, aber in einer Weise, welche die Privatrechtseinrichtungen noch als tragende Elemente des Ganzen schützt. Die Trennwände, welche die Verantwortungsräume des Privatrechts erzeugen, werden als durchlässig behandelt. In dem Kindergeldfall geschieht es durch Mittelzuwendung, in den anderen durch Verhaltenskontrolle. Aus der gleichen Perspektive erklärt sich, dass der genossenschaftliche, als solcher nach Aussterben der Familie erbberechtigte Verband für den Träger einer Hauswirtschaft, wenn er noch unmündig war, einen Vormund (wörtlich: Beschützer – *tutor*) einsetzte, und wenn er wirtschaftsunfähig wurde, einen Pfleger (*curator*) bestellte, das Letztere ein Vorgang, dem gegebenenfalls die Entziehung der Befugnis zur Vermögensverwaltung durch gerichtliches Verbot (*interdictio bonorum*) vorausging.

Diese materiale oder sozialrechtliche Privatrechtspflege (die zum Teil in unserer Freiwilligen Gerichtsbarkeit fortlebt) ist von der später ins Zentrum gerückten formalen, ebenfalls hoheitlich organisierten Privatrechtspflege deutlich zu trennen. Deren Ziel ist Sicherung des äußeren Rechtsfriedens, d. h. Schutz des status quo, der bestehenden, selbständige Inhalte zuweisenden Privatrechte. In der materialen Privatrechtspflege geht es dagegen unmittelbar um Zuwendung und Erhaltung existenzsichernder, in Hauswirtschaften bestehender Vermögen.

Diese materiale Privatrechtspflege war nun – und dies ist für ihre ursprüngliche sozialrechtliche Einbettung grundlegend – in ihren geschilderten Eingriffen und Maßnahmen nichts anderes als die konsequente, von gleichen Prinzipien getragene Fortsetzung der ursprünglichen, hoheitlichen Zuweisung von Siedlungsland an Siedlerfamilien in den Rom vorausgehenden Ursprungssiedlungen und den späteren Bürgerkolonien. Solche Siedlungen waren, wie

21 Leges regiae I 9. Hier dürfte die Opferstrafe bei gleicher Folgeregelung noch grausamer gewesen sein. Die Mitteilungen beziehen sich alle auf die prinzipiell unscheidbare Konfarreatiohe des ältesten Rechts und werden begleitet von den drei Fällen, in denen die Frau der kapitalen Hausgerichtsbarkeit unterlag, im Fall der Kindervergiftung, des heimlichen Weingenusses und des (geheimnisvollen) Schlüsseldiebstahls. Manche denken an den Schlüssel zum Weinkeller. Es sind jedenfalls nicht die Schlüssel, welche die Ehefrau kraft ihrer „Schlüsselgewalt“ führte und die ihr im Vollzug der (von den Zwölftafeln für die bürgerliche Ehe ermöglichten) Scheidung vom Ehemann abgenommen wurden.

schon bemerkt, nach Kleinfamilien strukturierte Verbände. Ihre Gründung bedeutet Sozial- und Versorgungspolitik, die, vom Verband getragen, privatrechtliche Lebensführung ermöglicht, gleich ob wir auf die Anfänge der Rodungssiedlung oder auf spätere, meist der Altersversorgung von Veteranen dienende Siedlungen auf erobertem Gebiet sehen wie unser Köln. Die gleiche Hoheitsgewalt, die in den Anfängen privatrechtliche Hauswirtschaften erst ermöglichte, trug daher in der Folgezeit dafür Sorge, sie in der den damaligen Lebensverhältnissen entsprechenden Form zu erhalten. Zugleich erschienen überall die Privatrechte noch als Gliederungen einer Verbandsordnung, deren Selbständigkeit gegenüber der sie hervorrufenden und schützenden „Hand“ noch nicht die spätere Stärke hatte.

Es ist für das Folgende nicht unwichtig, sich die hinter dem System stehende augurale Religion genauer anzusehen. Der König war ihr zufolge verpflichtet, zur Sicherung und Mehrung (*augere* – mehrten) des Glücks des Ganzen dem Gott des Rechts und des klaren Himmels, Jupiter Optimus Maximus, den Anblick eines nach allen Richtungen wohlgeordneten Verbandes darzubieten und diesen Zustand durch ständige Sorge zu erhalten, auch durch Strafrechtspflege, aber vor allem durch die Bemühung, dass der Verband sich in allen seinen Haushalten im richtigen Zustand befand und diesen Zustand auch in der Generationenfolge bewahrte, was sich, da diese in jenen Zeiten noch einen ständigen demographischen Druck auslöste und es Wirtschaftswachstum durch technische Innovationen praktisch nicht gab, nur durch kontinuierliche Siedlungspolitik lösen ließ.

Insgesamt haben wir hier etwas vor uns, was den Namen einer Sozialreligion verdient. Die religiösen Energien kommen dem Einzelnen dadurch zugute, dass alle Anstrengungen auf eine nicht nur formal streitfreie, sondern auch – nach den Maßstäben der Zeit – inhaltlich richtige, d. h. gerechte, jedem einen Platz verschaffende Rechtsordnung gerichtet sind. Es geht nicht um eine auf die Transzendenz gerichtete Rechtfertigung des Einzelnen, sondern um soziale Existenz des Verbandes, der sich durch die richtigen Formen, die er für alle Mitglieder wahrt und sichert, eines höheren, des auguralen Segens vergewissern will. Im Zensus, der alle fünf Jahre den gesamten Rechtsverband in seinen einzelnen Haushalten als Kosmos einer vorbildlichen Lebensordnung freier Menschen darbietet und in einer großen Opferzeremonie reinigt und rekonstituiert, findet das seinen periodischen Ausdruck.²²

22 Weitere Informationen zu dem im Vorstehenden gezeichneten Bild der Anfänge der römischen Rechtsgeschichte zuletzt in meinen Aufsätzen „Das Vindikationsmodell als ‚grundrechtliches‘ System der ältesten römischen Siedlungsorganisation“ und „Der römische Weg zur Subjektivität. Vom Siedlungsgenossen zu Person und Persönlichkeit“, in: OKKO BEHREND, Institut und Prinzip. Siedlungsgeschichtliche Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserzeitlichen Rechtsschulen I, 2004, S. 313 ff. und S. 366 ff., sowie „Der Vertrags-

III. Die das Sozialrecht delegitimierende Dichotomie der Republik ius publicum – ius privatum

Im Lauf der fast 500 Jahre bestehenden Republik wird der sozialrechtliche Aspekt, der in der auguralen Religion enthalten ist, im Rahmen einer immer stärkeren Isolierung des Rechtlichen, das unter spezifisch republikanischen Vorzeichen steht, immer stärker zurückgedrängt, und zwar mit einem in der klassischen Republik liegenden Kulminationspunkt. Die Tendenz, ihre Wohltaten auf die Bürger zu beschränken, kennzeichnet dabei die Republik, die „Gemeine Sache“ aller Bürger, die das Volk oder die Nation bilden, schon von ihrer Grundidee her. Es hat daher – von allen historischen Besonderheiten abgesehen – eine grundsätzliche Aussagekraft, dass es am Anfang der Republik zu einer Krise mit den vornehmlich städtischen Neubürgern Roms, den Plebejern, kommt, die sich von der patrizischen Republik ausgeschlossen fühlen und deren Sezession zu einem gänzlich selbständigen Gemeinwesen nur durch Gewährung einer weitgehenden Autonomie innerhalb der Bürgerschaft abgewendet werden konnte.

Im Rahmen der (anfänglich patrizisch-plebejisch gegliederten) Bürgerschaft geschieht die Zurückdrängung des sozialrechtlichen Aspekts in zwei – durch eine bedeutende und folgenreiche natur- und sozialrechtliche Zwischenphase unterbrochene – Wellen. Beide stehen unter dem gleichen Leitgedanken einer klaren Kompetenzgliederung zwischen den Aufgaben der öffentlichen Gewalt und der privaten dichotomischen Hausherrschaft. Beide Bereiche sind auf ihre jeweilige *utilitas* gerichtet, die eine auf die öffentliche, die andere auf die private Zweckmäßigkeit. Beide haben klar getrennte und im Prinzip überschneidungsfreie Bereiche.

Zweck der öffentlichen Gewalt ist Sicherung und Ausbau der Herrschaft und Ordnung der *civitas* Rom, Zweck des Privatrechts Verteidigung und Mehrung des Vermögens der Haushaltungen ihrer *cives*. Die Bürger wählen die Magistrate für öffentliche Aufgaben, im Inneren Rechtssicherheit, öffentliche Bauten, Straßen und Wasserleitungen, nach außen erfolgreiche Feldzüge, deren Erträge das Volksvermögen mehren und eine Besteuerung für die Aufwendungen der Herrschaftszwecke immer weniger nötig machen, bis sie gegen Ende der Republik tatsächlich wegfällt. Die Bürger selbst stehen ihren Hauswirtschaften vor, deren Selbständigkeit und Souveränität immer größer wird. Ihre Inhalte werden ideologisch und rechtstheoretisch nicht mehr auf letztlich sozialrechtliche, Privatrecht ermöglichende Vermögenszuweisungen, sondern auf eine ursprüngliche, mit der Aneignung des Territoriums durch die Gesamtheit

gedanke im römischen Gesetzesbegriff auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung“, in: OKKO BEHREND/CHRISTIAN STARCK (Hrsg.), *Gesetz und Vertrag I*, 2004, S. 9 ff.

zeitgleiche privatrechtliche Appropriation zurückgeführt. Die Handhabung dieser Ideologie lähmte seit ihrem Auftreten (zu Beginn des 3. Jahrhunderts v. Chr.) zunehmend die bisher erfolgreiche Sozialpolitik, die in der Anlage von Kolonien und von Siedlungsdörfern im *ager Romanus* bestand, da der dafür verfügbare „Öffentliche Boden“ (*ager publicus*) in großem Stil in privaten, als legitim angesehenen Okkupationsbesitz genommen wurde.²³

Als sich demgegenüber in der Mitte des 2. Jahrhunderts eine naturrechtliche Richtung durchsetzte, welche die öffentliche Herrschaft und das Vermögen, über das die Republik verfügt, auf die Förderung des Gemeinwohls und damit auf entsprechende gesellschafts- oder sozialpolitische Maßnahmen verpflichtet, löste die dadurch erneut beginnende Siedlungspolitik – es ist die der Gracchen – einen schweren Konflikt mit den Interessen derer aus, die den weite Teile Italiens umfassenden *ager publicus* in privatem Okkupationsbesitz hielten. Die für diese sozialpolitischen Reformbestrebungen vom Volkstribunen Tiberius Gracchus mit Unterstützung damaliger führender Juristen beanspruchten Eingriffsbefugnisse wurden als Versuch der Wiederherstellung einer Königsherrschaft betrachtet, als todeswürdiges *crimen regni*. Das Ergebnis war die römische Revolutionszeit, die erst mit der Kaiserzeit zu Ende kam,²⁴ welche die sozialpolitischen Motive wieder aufnahm, einschließlich des als Muster verfehlter Sozialpolitik geltenden von T. Gracchus eingeführten Systems verbilligten oder kostenlosen Getreides für die als *plebs urbana* gekennzeichneten Bürger der Hauptstadt.²⁵

Zuvor hatte es in der Rechtstheorie der Republik einen radikalen Rückschlag gegen jene Naturrechtslehre gegeben, nämlich in Form einer Erneuerung und Verschärfung des das Recht der Herrschaftsinteressen und das Recht der

23 Als Okkupant des Territoriums wurde nicht ein „Staat“ im heutigen Sinn gesehen, in dem die Macht des modernen absoluten Herrschers fortlebt, sondern die Bürger als Gemeinschaft, die im gleichen Zuge als Individuen im Einklang mit der Rechtsgemeinschaft ihre privaten Bodenstücke ergriffen. Vgl. Cicero, *de officiis* I 7,21 und die in der folgenden Anm. zitierte Abhandlung.

24 Vgl. ALFRED HEUSS, *Römische Geschichte*, 9. Aufl. 2003, S. 130 ff. und zur Rolle der Jurisprudenz OKKO BEHREND, *Tiberius Gracchus und die Juristen seiner Zeit – die römische Jurisprudenz gegenüber der Staatskrise des Jahres 133 v. Chr.*, in: KLAUS LUIG/DETLEF LIEBS (Hrsg.), *Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition*. Symposium aus Anlaß des 70. Geburtstages von Franz Wieacker, 1980, S. 25–121.

25 Vgl. aber die abgewogene Darstellung von JÜRGEN v. UNGERN-STERNBERG, *Der neue Pauly* IV, 1998, Artikel: „Frumenartgesetze“. Nicht unkritisch dagegen Cicero, *pro Sestio* 48, 103 *iucunda res plebei, victus enim suppeditabatur large sine labore; repugnabant boni, quod et ab industria plebem ad desidiam avocari putabant et aerarium exhauriri videbant.* (*Eine erfreuliche Sache für das Volk. Denn es verschaffte reichlich Nahrungsmittel ohne Arbeit. Die Vernünftigen waren dagegen, weil sie meinten, dass es das Volk vom Gewerbefleiß zur Untätigkeit verleitete, und weil sie sahen, dass es den Staatsschatz erschöpfte.*)

Privatinteressen kategorial trennenden Denkens. Sie fand ihren Ausdruck in der Formulierung der bis heute bekannt gebliebenen dichotomischen Interessentheorie. Das, was *publice utile*, öffentlich nützlich ist, wurde dem *ius publicum* und der magistratischen Herrschaft zugewiesen, die *utilitas singulorum*, die Bedürfnisse des Einzelnen, d. h. die gesamten, in Freiheit und Vermögen ausgedrückten Lebensinteressen ausschließlich dem Privatrecht und der Herrschaft des Einzelnen.²⁶ Die Selbständigkeit des Privatrechts gegenüber der öffentlichen Herrschaft wurde in dieser Theorie nicht mehr auf eine private Appropriation, die zeitgleich und prinzipiengleich mit der Appropriation des Territoriums und mit der Staatsentstehung gedacht war, sondern auf mitgebrachte naturalistische Inhalte zurückgeführt, die – nicht unähnlich der neuzeitlichen Selbsthilfetheorie – aus der vorstaatlichen Welt stammten.²⁷ Die privatrechtlichen Zuständigkeiten hatten in diesem Denken keinerlei genossenschaftlichen Charakter mehr, sondern beruhten auf rechtmäßiger individualistischer Gewalt.

Einem von der öffentlichen Hand betriebenen Sozialrecht, das seinem Wesen nach der *utilitas singulorum* mit den Mitteln des *ius publicum* dient, war in diesem System die Legitimität grundsätzlich abgesprochen. Das Abfinden mit schlimmen Zuständen war die Folge, allen voran mit der ausgedehnten Sklaverei, deren kulturell zerstörerische Wirkungen man mutatis mutandis an den Zuständen ablesen kann, die – mit Folgen bis zum heutigen Tag – vor dem Sezessionskrieg in den Südstaaten der USA herrschten. Alle vom Naturrecht durchgesetzten Milderungen der unfreien Arbeit wurden zurückgenommen. Die väterliche Gewalt, die entscheiden konnte, ob ein Kind aufgezogen oder aus-

26 Ulpianus libro primo institutionum D 1,1,1,2 publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Die Lehre ist das Erzeugnis der zivilisationstheoretischen, ein naturrechtliches Sozialrecht ablehnenden Rechtstheorie der skeptischen Akademie des Carneades. Von ihr stammt der Satz (Cicero, de re publica III 12,21) iura sibi homines pro utilitate sanxisse, die dazu gehörende Grundunterscheidung zwischen natürlichen Bedürfnissen und den Instituten (instituta), die ihnen dienen (Cicero, Topica 23, 90) und die in diesen Gegensatz systematisch, als Teil einer ratio iuris, eingeformte Entgegensetzung von ius publicum und ius privatum (Cicero, Partitiones oratoriae 37, 129 f.; 40, 139). Vgl. dazu jetzt die zusammenfassende Darstellung bei OKKO BEHREND'S, Die geistige Mitte des römischen Rechts. Die Kulturanthropologie der skeptischen Akademie, Savigny-Zeitschrift, Rom. Abt. 125 (2008), S. 25 ff.

27 Paradigma ist der Besitz, der nicht mehr ein nach Naturrecht vielfältigen Ausgestaltungen und Teilungen fähiges Nutzungsrecht ist, sondern eine faktische und nur je einem einzelnen Eigenbesitzer mögliche Sachherrschaft. Für das erste die veteres-Regel D 41,2,3,19 (Paulus 54 ad edictum) und die dazu gehörige, den Fremdbesitz umfassende, naturrechtliche *naturalis possessio* bei D 41,5,2,1 (Julian 54 ad edictum) und D 41,2,11 pr (Ulpian 70 ad edictum); für das zweite die spitze Argumentation Labeos D 41,2,3,5 (Paulus 43 ad edictum) und die dazugehörige naturalistische, unter die Kategorie der *possessio pro possessore* gehörende *naturalis possessio* des Servius Sulpicus Rufus D 41,5,2,2 (Julian 54 ad edictum).

gesetzt werden sollte, blieb unkontrolliert. Das Eherecht wurde ohne seine sozialpolitische Dimension gesehen. Freie Arbeiter, d. h. römische Bürger, finden wir, übrigens einer schon älteren Tradition folgend, nicht selten wissentlich und ohne sich auf ihre Freiheit zu berufen, in den Sklavenscharen der großen Hauswirtschaften tätig, als *liberi bona fides servientes*, d. h. als Freie, die bewusst zur Sicherung ihrer Subsistenz als Sklaven arbeiteten, und zwar bei einem Herrn, der sie „gutgläubig“ als Unfreie behandelt.²⁸ Der Romanist, Arbeitsrechtler und ehemalige Bundesverfassungsrichter Alfred Söllner hat sich kürzlich dankenswerterweise dieses sehr kennzeichnenden, auf massenhafte Arbeitslosigkeit hindeutenden sozialrechtlichen Phänomens näher angenommen.²⁹ Ferner gab es bemerkenswerterweise in dieser reichen und mächtigen Republik keine Ansätze zu einem öffentlichen Erziehungssystem, wie der Grieche Polybios, eigentlich ein Bewunderer Roms, schon früh notiert hatte.³⁰

Im Rückblick lehrt diese glanzvolle, aber zugrunde gegangene Republik, dass es ohne verantwortliche Sozialpolitik nicht geht. Wenn eine freiheitliche Verfassung die gesellschaftlichen Grundlagen der mitmenschlichen Fürsorge und Erziehung ausschließlich den Prinzipien eines der *utilitas singularum* dienenden Privatrechts überlässt, gefährdet sie sich selbst.

IV. Die externalisierte (außerordentliche) Stellung des Sozialrechts nach kaiserlichem Recht (seit Augustus) und kirchlichem Recht (von Konstantin bis zum Beginn der Neuzeit)

Mit der Kaiserzeit, die nicht ohne symbolische Ausdruckskraft mit dem einen auguralen Namen tragenden Augustus beginnt, setzen sofort sozialpolitische Maßnahmen ein, aber stets mit dem Gepräge des Außerordentlichen. Sie sind nach unseren Maßstäben ganz ungenügend, aber für damalige Verhältnisse sehr eingreifend und systematisch kennzeichnend.

28 Die Einordnung ist naturrechtlich gedacht. Denn das *bona fide servire* verweist auf ein Rechtsverhältnis, das von der *bona fides*, dem die naturrechtliche Menschheitsgesellschaft zusammenhaltenden Leitprinzip, erzeugt worden ist. Vgl. Cicero, de officiis III 17,70. In ihm arbeitete der Freie wie ein Sklave, konnte dafür aber auch erwarten, als lebenslanger Lohnarbeiter (*mercennarius perpetuus*, Seneca, de beneficiis III 22,1) behandelt zu werden, d. h. als Gegenleistung zumindest seinen Lebensunterhalt zu empfangen.

29 Vgl. ALFRED SÖLLNER, Irrtümlich als Sklaven gehaltene freie Menschen und Sklaven in unsicheren Eigentumsverhältnissen – *Homines liberi et servi alieni bona fide servientes* = Teil XI des von JOHANNES MICHAEL RAINER herausgegebenen „Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei“ (CRSRS); siehe auch DERS., *Bona fides – guter Glaube?*, Savigny-Zeitschrift, Rom. Abt. 122 (2005) S. 1–61.

30 Vgl. das Polybios-Zitat bei Cicero, De re publica IV,3,3; zu einer Einordnung siehe den Artikel von ERICH ZIEBARTH, Schulen (Rom), in: PAULY-WISSOWA, Realenzyklopädie, 1921, Sp. 763 ff.

Berühmt sind nach ersten censorischen Aufrufen des Augustus, doch die Ehescheu zu überwinden, die auf Motive der Naturrechtsepoche zurückgriffen, die von Augustus veranlassten Ehegesetze, welche die bedrohliche demographische Entwicklung bekämpften: Ehe- und Kinderlosigkeit wurden mit erheblichen Nachteilen, Kinderreichtum ab drei oder fünf Kindern mit erheblichen Prämien versehen. Wie schon unter Caesar begonnen, für den auch eine Siedlungspolitik zugunsten bereits Kinder aufweisender Familien überliefert ist,³¹ kommt es zu sehr umfangreichen Veteranenansiedlungen. Es beginnen auch die sozialpolitisch begründeten Rechtssetzungen zum Schutz der Sklaven.³² Schon vorher hatte wieder Caesar bestimmt, dass auf den ländlichen weidewirtschaftlichen Betrieben eine Mindestzahl von freien Arbeitern beschäftigt werden müssten³³. Sehr bedeutend sind schließlich die seit Nerva mit Vorläufern bei Augustus beginnenden Alimentarstiftungen, große öffentliche Kapitalien, deren Zinserträge die Gemeinden Italiens instand setzten, Kinder bedürftiger Eltern zu unterstützen. Forschungsgeschichtlich ist interessant, dass es früher als selbstverständlich galt, dass diese Alimentarstiftungen, die „Oligoteknie“, die Kinderarmut im älteren, bevölkerungspolitischen Sinn, bekämpfen sollten. Eine neuere Darstellung aus dem letzten Jahrzehnt des vergangenen Jahrhunderts versucht das mit dem entwaffnenden Hinweis zu bestreiten, so etwas hätten die römischen Kaiser nie im Auge gehabt.³⁴ Auffällig ist, dass im Rahmen dieser sehr nachhaltigen und, wie die Inschriften zeigen, auch propagandistisch eingesetzten Maßnahme der kaiserlichen Alimentarstiftungen aus dem Gesichtspunkt des sozial tätigen Staats das isolierte Kind in den Vordergrund gezogen wurde,³⁵ wie in dem Wort „Kinderarmut“ neuerer Bedeutung, in der das arme Kind grundsätzlich als Einzelphänomen erfasst wird, ohne seine (wo das Wort „Waise“ [*orphanus*] nicht verwendet wird) in der Regel gegebene Einordnung in eine wie auch immer beschaffene Klein- oder Kleinstfamilie in den Blick zu

31 Boden in Italien, darunter der ager Campanus, wird an 20.000 Bürger verteilt, soweit sie drei oder mehr Kinder hatten. Vgl. Sueton, *divus Julius* 20.

32 Vgl. insofern meine Untersuchung „Prinzipat und Sklavenrecht. Zu den geistigen Grundlagen der augusteischen Verfassungsschöpfung“, in: OKKO BEHRENDTS, *Institut und Prinzip I*, 2004, S. 417 ff.

33 Vgl. Sueton, *divus Julius* 42. Ein Drittel der Hirten müssen mündige Freigeborene sein.

34 WILLEM JONGMANN, Groningen, schreibt in der Enzyklopädie der Antike „Der neue Pauly“, Band 1, 1996/1999, Sp. 492 im Artikel „Alimenta“: „*Principes betrieben jedoch normalerweise auch keine Bevölkerungspolitik*“. Vgl. dagegen WOLFGANG WALDSTEIN/JOHANNES MICHAEL RAINER, *Römische Rechtsgeschichte*, 10. Aufl. 2005, S. 159 zur augusteischen Ehegesetzgebung: Sie bekämpfte zielstrebig die Kinderarmut der Oberschicht, aber auch die „bedrohliche Entvölkerung“ im Allgemeinen.

35 Vgl. nur Aurelius Victor, *Epitome de Caesaribus* 12 zum Kaiser Nerva (96–98 n. Chr.): *puellas puerosque natos parentibus egestosis sumptu publico per Italiae oppida ali iussit. (Er befahl, dass Mädchen und Knaben, die von bedürftigen Eltern abstammten, mit öffentlichen Mitteln von den Gemeinden Italiens Unterhalt empfangen sollten.)*

nehmen. Der Sozialstaat hat offenbar die Tendenz, durch die von ihm beanspruchte Elternrolle die beiden Eltern, den alleinerziehenden Elternteil oder die nach Familienrecht an ihre Stelle tretenden, vertretenden Personen auszublen- den.

Seit der konstantinischen Wende³⁶ geht dann immer mehr Sozialrecht, unterstützt durch Gesetze, in die Verantwortung der immer mächtiger und reicher werdenden Kirche über. Dieser gerade auch in seinen Anfängen gut erforschte Prozess³⁷ dauerte bis in die Neuzeit an. Durch Alters- und Invali- denheime, Kranken- und Waisenhäuser und last but not least das Schulwesen entstand hier ein eigener, maßgebender, sozialrechtlicher Schwerpunkt. Das gilt auch, wenn man die sozialrechtliche Bedeutung der Stadtgemeinden – erst in der Antike, dann im Mittelalter – und die der – in der Antike nicht vorbildlosen – Zünfte und Genossenschaften nicht übersieht.

Sowohl die Rolle des Kaisers wie die der Kirchen nach der konstantinischen Wende betont die Stellung des Sozialrechts außerhalb der Dichotomie. Das kaiserliche Sozialrecht war schon verfassungsrechtlich *extra ordinem* eingeordnet, da es außerhalb der von Augustus wiederhergestellten Republik stand, die, in der republikanischen Magistratur gipfeln, weiterhin von der das Sozialrecht delegitimierenden Dichotomie des *ius privatum* – *ius publicum* des klassischen *ordo iuris* beherrscht wurde.³⁸ Unter der außerordentlichen, naturrechtlich-re- ligiös begründeten Rechtsherrschaft des Prinzepts stand nicht nur die wieder- hergestellte Republik Roms, sondern darüber hinaus auch das ganze Reich mit allen seinen ehemals selbständigen, jetzt der (kaiserlichen oder senatorischen) Provinzialverwaltung unterstellten Städten, deren Bürger sich immer mehr als Reichsbürger empfanden, bis hin zur Verallgemeinerung des römischen Bür- gerrechts im Jahre 212 n. Chr.

Das kirchliche Sozialrecht wiederum gehörte, soweit es wissenschaftlich bearbeitet wurde, zum zweiten Teil des *ius utrumque*, war also Domäne nicht der Legisten, sondern der die *aequitas canonica* verwaltenden Kanonisten, von deren Standpunkt aus es möglich war, das formale Privateigentum des römi-

36 Zu ihr zuletzt GÉRARD GUYON, Der Gesetzesbegriff der christlich gedeuteten römischen Monarchie unter besonderer Berücksichtigung der Wende Konstantins, in: OKKO BEHREND (Hrsg.), Der biblische Gesetzesbegriff. Auf den Spuren seiner Säkularisierung, 2005, S. 73–97.

37 Vgl. nur die gute Zusammenfassung in dem Artikel von ILSETRAUT HADOT, Kirchen- besitz, in: Der neue Pauly, Band 6, 1990, Sp. 477 f. mit weiteren Nachweisen; siehe auch ihren Artikel „Xenodocheion“ Band 12/2, 2002, Sp. 615 f. zu einer kirchlichen Ein- richtung der christlichen Spätantike, die „bald allgemein Bedürftigen als Pilgerherberge, Krankenhaus, Alters-, Witwen- und Waisenheim oder Armenanstalt kostenfreie Unterkunft“ bot.

38 Siehe dazu meinen Beitrag „Princeps legibus solutus“ in: RAINER GROTE u. a. (Hrsg.), Die Ordnung der Freiheit, Festschrift für Christian Starck zum siebenzigsten Geburtstag, 2007, S. 1–20.

schen Rechts jedenfalls moralisch als *iniquitas* zu bezeichnen³⁹ und es an seine Sozialpflichtigkeit zu erinnern. Das zeigt schon an dieser Stelle, wie alt die „Externalisierung“ (Zacher) des Sozialrechts ist.⁴⁰

V. Der neuzeitliche Staat und die Fortdauer der Externalisierung des Sozialrechts

Mit der Enteignung der Kirchengüter, in großem Stil zuerst in England unter Heinrich VIII., geht das Sozialrecht auf den modernen Staat über und wird zu einem gesetzlich geregelten, von den Gemeinden verwalteten Individualrecht des Bedürftigen, das inhaltlich dem jeweils erreichten Lebensniveau angepasst wird. Alexis de Tocqueville hat sich insbesondere dieses System näher angesehen und daran die immer noch bedenkenswerte Bemerkung geknüpft:

Toute mesure qui fonde la charité légale sur une base permanente et qui lui donne une forme administrative crée donc une classe oisive et paresseuse, vivant aux dépens de la classe industrielle et travaillante. (Jede Maßnahme, welche die gesetzliche Wohlthätigkeit auf eine beständige Grundlage gründet und ihr eine administrative Form gibt, erzeugt eine untätige und arbeitsscheue Schicht, die auf Kosten der gewerbetreibenden und arbeitenden Schichten lebt.)

Alexis de Tocqueville, *Mémoire sur le paupérisme* (1835), Oeuvres I, S. 1170 (Édition Gallimard, 1999)

Die Worte heben, nicht ohne Einseitigkeit,⁴¹ eine bedeutende, in der menschlichen Natur und nicht nur in ihr liegende Teilwahrheit hervor, da es keinem zur Selbständigkeit fähigen Lebewesen gut tut, unter Bedingungen gestellt zu werden, die diese Fähigkeit nicht fordern. Lehrreich ist auch das Ergebnis von Tocquevilles auf seine eigene Beobachtung gegründeten Vergleichs zwischen dem damals unvergleichlich fortschrittlichen England – er nennt es den Garten Eden der damaligen Zivilisation – und den zurückgebliebenen Ländern wie Spanien und Portugal, nämlich die Feststellung, dass mit dem Lebensstandard auch die Zahl der Bedürftigen proportional zur Bevölkerung sehr stark an-

39 Vgl. RUDOLF WEIGAND, Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus, 1967, S. 336 ff. (360). Die Geltung des Privateigentums wird auf Gewohnheitsrecht zurückgeführt, aber moralisch als „*iniquitas*“ angesehen, weil es „der ursprünglichen, natürlichen Billigkeit und Gleichheit entgegengesetzt“ sei. Von manchen radikalen Stimmen wird es geradezu als „Unrecht“ und „Sünde“ bezeichnet.

40 Vgl. HANS F. ZACHER, Anatomie des Sozialrechts. Die Sozialgerichtsbarkeit, 1982, S. 329 ff.

41 Unerwähnt bleibt in dieser Kritik, dass öffentliche Hilfe in Bedürfnislagen die Fortexistenz von Haushaltungen ermöglicht, und zwar sowohl mit ihren Erziehungs- und Fürsorgeleistungen nach innen als auch in ihrer Rolle als Marktteilnehmer nach außen.

steigt.⁴² Er erklärt diese bis heute fortdauernde Entwicklung überzeugend einerseits aus dem Ansteigen der nach allgemeiner Überzeugung notwendig zu befriedigenden Lebensbedürfnisse, die einen relativen Armutsbegriff erzeugen, und andererseits durch die stärkere Konjunkturanfälligkeit aller neueren, nicht mehr ländlichen Beschäftigungsformen, die den sich immer mehr verfeinern, aber auch stetem Wandel unterliegenden Bedürfnissen des höheren Konsums dienen. Letztlich ist es ein Phänomen, das sich aus der – natural- und subsistenzwirtschaftliche Verhältnisse beendenden – Entfaltung von Geldwirtschaft und industrieller Güterproduktion erklärt und daher bis heute andauert. In unserer unmittelbaren Gegenwart kommt hinzu, dass die durch die modernen Medien erzeugte Informationsdichte es kaum noch jemandem erlaubt, in kargen Verhältnissen aufzuwachsen, ohne das Unterschreiten des erreichten Konsumstandards als schweren Mangel und als erniedrigende Benachteiligung zu erleben.

Der moderne Staat übernahm die sozialstaatliche Aufgabe von der Monarchie und erhob sie zu – programmatischen – Grundrechten, erstmals exemplarisch vier Jahre nach 1789 in der Jakobinischen Verfassung vom 24. Juni 1793, welche die öffentlichen Hilfen (*les secours publics*) zu einer heiligen Verpflichtung (*dette sacrée*) erhebt. Es heißt: „Die Gesellschaft schuldet den unglücklich in Not geratenen Bürgern Unterstützung, indem sie ihnen entweder Arbeit oder die notwendigen Existenzmittel verschafft.“⁴³ Wesentliche Ausprägungen der sozialen Grundrechte, die sich in einigen geschriebenen europäischen Verfassungen finden, sind die Rechte auf Arbeit, soziale Sicherung und Familienförderung.⁴⁴ Das Grundgesetz kennt keine sozialen Grundrechte, die in seinem System Ansprüche begründen würden, wohl aber das Sozialstaatsprinzip und im Rahmen der institutionellen Garantien der wesentlichen Privatrechts-

42 A.a.O. I, S. 1155: „Lorsqu'on parcourt les diverses contrées de l'Europe, on est frappé d'un spectacle très extraordinaire et en apparence inexplicable. Les pays qui paraissent les plus misérables sont ceux qui, en réalité, comptent le moins d'indigents, et chez les peuples dont vous admirez l'opulence, une partie de la population est obligée pour vivre d'avoir recours aux dons de l'autre. Pénétrez [...] dans l'intérieur des communes (d'Angleterre); examinez les registres des paroisses, et vous découvrirez avec un inexprimable étonnement que le sixième des habitants de ce florissant royaume vit aux dépens de la charité publique [...]. Vous rencontrerez (en Portugal) sur vos pas une population mal nourrie, mal vêtue, ignorante et grossière, vivant au milieu de campagnes à moitié incultes et dans des demeures misérables; en Portugal cependant le nombre des indigents est peu considérable. M. de Villeneuve estime qu'il se trouve dans ce royaume un pauvre sur vingt-cinq habitants. Le célèbre géographe Balbi avait précédemment indiqué le chiffre d'un indigent sur quatre-vingt-dix-huit habitants.“

43 Der Art. 21 lautet vollständig: „Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler.“

44 EICHENHOFER (Anm. 1), S. 58.

institute auch die besondere Verpflichtung auf Ehe und Familie, d. h. auf die in das klassische Privatrecht integrierten sozialrechtlichen Institute.

Alle die hier sichtbaren sozialrechtlichen Forderungen entsprechen – trotz der gewaltigen Veränderungen in den wirtschaftlichen und kulturellen Verhältnissen – dem Grundgedanken der bewussten materialen, d. h. leistenden Privatrechtspflege des Anfangs. Sie beruhen letztlich auf der insofern durchgehaltenen und bewährten Erkenntnis, dass die Ermöglichung und Pflege des Privatrechts durch öffentlich-rechtliche Leistungen ein fundamentaler Zweck menschlicher Verbandsbildung ist.

Diese Rückkehr war auch nicht ganz unbewusst, da die Beschwörung der guten Anfänge zu den großen Motiven der neuzeitlichen Epoche gehörte und es nur streitig war, wie sie im Einzelnen ausgesehen haben und wo man sie lokalisieren sollte. Savignys Historische Rechtsschule, welche die berechtigten Motive der Französischen Revolution stets anerkannt hat, aber gleichzeitig die republikanischen Freiheiten wahren wollte, kam bei dieser Suche nach dem „wahren“, d. h. dem menschlich Richtigen entsprechenden Sozialmodell nach meinem Urteil bis heute am weitesten.⁴⁵

Savignys Historische Rechtsschule hat denn auch an der Entwicklung hin zum heutigen Zustand, in dem das Privatrecht als auf eigenen Prinzipien beruhend dasteht und das Sozialrecht die nach Privatrecht lebenden Haushalte von dem entlastet, was sie neben ihren anderen Aufgaben nicht leisten können, systematisch einen bedeutenden Anteil. Im Zentrum seines Rechtsbegriffs steht die „*Anerkennung der überall gleichen sittlichen Würde und Freyheit des Menschen*“. Sie ist Bezugspunkt allen Rechts. Aber die „*väterliche Vorsorge für das Wohl des Einzelnen*“ ist bei Savigny als ein Leitprinzip der Inanspruchnahme der Freiheit durch andere Zwecke ausdrücklich genannt,⁴⁶ und zwar durch Zwecke,

45 Vgl. OKKO BEHRENDTS, Geschichte, Politik und Jurisprudenz in F. C. v. Savignys System des heutigen römischen Rechts, in: OKKO BEHRENDTS u. a. (Hrsg.) (Anm. 4), S. 257–321, zuletzt DERS., Das staatliche Gesetz in biblischer und römischer Tradition, in: OKKO BEHRENDTS (Hrsg.), Der biblische Gesetzesbegriff. Auf den Spuren seiner Säkularisierung, 2006, S. 326 ff.

46 FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts I, 1840, S. 55 f. Savigny fasst den Umstand, dass von diesem Prinzip (wie von zwei weiteren) eine Inanspruchnahme ausgeht, in eine entsprechende Begrifflichkeit. Das Recht, das die überall gleiche sittliche Würde und Freiheit des Menschen organisiert, ist das Recht in seiner „*reinsten und unmittelbaren*“ Erscheinung, „*mittelbar und gemischterer Natur erscheint das allgemeine Rechtselement*“ in drei Fällen, 1. bei der Beachtung sittlicher Zwecke (*boni mores*) einschließlich im neuesten Recht kirchlicher Zwecke, was Savigny nicht weiter erläutert, 2. Beachtung des Staatsinteresses (*publica utilitas, quod reipublicae interest*), man denke an Enteignungen und 3. die erwähnte väterliche Vorsorge. Savigny nennt „*Beförderung des Verkehrs, Schutz einiger Klassen, wie Frauen und Minderjährige, gegen besondere Gefahren*“. Systematisch ist hier für jede Sozialpolitik Raum geschaffen, auch für den Schutz der arbeitenden Klasse.

die nicht minder rechtlich sind, da nach Savigny das allgemeine, von nationalen Besonderheiten freie, „auf die *Gemeinsamkeit der menschlichen Natur*“ gegründete Recht korrigierende Zwecke zulässt.⁴⁷ Von diesem Korrektiv des freiheitlichen Rechts, das eigenen Zwecken folgt, aber „das *allgemeine Ziel* (sc. der sittlichen Freiheit) *mit ihm gemeinsam*“ hat,⁴⁸ kann, wie Savigny betont, „jede Art von *utilitas*“ geltend gemacht werden, und zwar, wie Savigny ebenfalls nachdrücklich betont, regelmäßig durch positive Gesetze.⁴⁹ Mit diesem Systementwurf war alles, was die Geschichte an sozialrechtlichen Leistungen aufzuweisen hatte und was die Zukunft noch bringen konnte, integriert oder integrierbar.

Savignys System war also selbstverständlich für Sozialrecht offen, im Prinzip in der gleichen Weise wie das auf Grundrechten aufbauende System des heutigen sozialen Rechtsstaats. Es war daher zutiefst unberechtigt, als Otto Bähr in einer einflussreichen Stilisierung Savigny auf einen Vertreter der reinen Dichotomie *ius publicum* – *ius privatum* reduzierte und deswegen gegen ihn mit unabsehbaren Folgen das eingangs bereits erwähnte genossenschaftliche Staatsrecht in Stellung brachte, das er – in weithin unbewusster und zugleich

47 SAVIGNY, System I (Anm. 46), S. 52.

48 Dies kann Savigny sagen, weil er vorher auf die prägende Bedeutung hingewiesen hatte, die das Christentum rechtskulturell bei der Ausformulierung dieses gemeinsamen Ziels gehabt hat. Vgl. System I (Anm. 46) S. 53 f.: „*Jene allgemeine Aufgabe alles Rechts nun läßt sich einfach auf die sittliche Bestimmung der menschlichen Natur zurück führen, so wie sich dieselbe in der christlichen Lebensansicht darstellt; denn das Christenthum ist nicht nur von uns als Regel des Lebens anzuerkennen, sondern 1541 es hat auch in der That die Welt umgewandelt, so dass alle unsre Gedanken, so fremd, ja feindlich sie demselben scheinen mögen, dennoch von ihm beherrscht und durchdrungen sind.*“ – Für Savigny ist die sittliche Freiheit unabhängig davon, wie viel Glücksgüter die Volkswirtschaft bereitstellt, so willkommen ihm Fortschritte hier sind. Daher sagt er, es gebe keinen Grund aus dem sittlichen Prinzip unter dem Namen des öffentlichen Wohls ein davon unabhängiges staatswirtschaftliches Prinzip anzunehmen. Sein Grund hat seine Geltung nicht verloren: „*Denn indem dieses auf Erweiterung unserer Herrschaft über die Natur hinstrebt, kann es nur die Mittel vermehren und veredeln wollen, wodurch die sittlichen Zwecke der menschlichen Natur zu erreichen sind. Ein neues Ziel aber ist darin nicht enthalten.*“ Damit ist der Verbesserung der äußeren Lebensbedingung ihr Wert zuerkannt, ihr aber zugleich deutlich ein dienender Ort angewiesen.

49 SAVIGNY, System I (Anm. 46), S. 56: „*hier kann die gesetzgebende Gewalt dem unsichtbar arbeitenden Volksgeist die wohlthätigste Hilfe leisten*“. Die folgenden, etwas priesterlich klingenden, darum aber nicht falschen Beschwörungen Savignys zielen auf die mit jeder sozialstaatlichen Intervention verbundenen Freiheitsbeschränkungen: „*Aber in keinem Geschäft ist auch so viel Behutsamkeit 1571 nöthig, damit nicht die einseitige Meynung und Willkühr das lebendig waltende und fortschreitende Recht verdränge. Hier vorzüglich ist dem Gesetzgeber der Sinn für wahre Freiheit wichtig, der oft bey denen am meisten vermißt wird, die ihn vor Anderen im Munde führen.*“

naturalisierender Wiederaufnahme des antiken Naturrechts⁵⁰ – auf einen als gewaltige Abstammungsgemeinschaft interpretierten Staat zurückführte, hervorgewachsen, wie er sagte, aus der „*Genossenschaft*“ der Familie, die in seinen Worten bisher „*rechtlich unentwickelt geblieben*“ sei.⁵¹ Der Mensch wird in diesem Staatsrecht – so wörtlich – durch die Stellung als „*organisches Glied je eines größeren Ganzen*“ berechtigt und verpflichtet.⁵² Das war unter den Bedingungen des modernen, durch die Französische Revolution dynamisierten Staates eine fatale Generalklausel, da sie in die Hand dessen, der einen solchen organischen Sozialkörper leitete, eine ungeheure, berechtigende und entrechende Interpretationsmacht legte, deren Wirkung sich danach bestimmt, welche Vorstellungen bezüglich der Frage, was die normativ richtige Gestalt des Sozialkörpers ist, gerade zur Macht gekommen waren. Auch die Familie ist in diesem Rechtsbild kein geschützter Verantwortungsraum mehr, was sie in der Ausprägung, die sie in der Dichotomie erfahren hat, im Zweifel grundsätzlich ist, und zwar mit sehr frühen Wurzeln.

Das sozialrechtliche Schlagwort der Französischen Revolution, die Brüderlichkeit, ist hier lehrreich. Denn es zeigt, wie schon oben (Anm. 11) kurz angedeutet worden ist, anschaulich, dass die von diesem Prinzip erfasste, sozialrechtliche Ausgliederung von Aufgaben, welche die Leistungsfähigkeit der Kleinfamilie zerstören würde, einen sehr alten innerprivatrechtlichen Vorläufer hat. Denn ein berechtigendes *ius fraternitatis* gab es in den Anfängen unserer Rechtskultur zwischen den Kleinfamilien gerade nicht. Gesamthänderisch berechtigende Brüderlichkeit galt in den Sonderbeziehungen der ausnahmsweise fortgeführten Haus- und Erbgemeinschaft, die aber gerade nicht auf Dauer, sondern – im Interesse der Gründung selbständiger Kleinfamilien – rechtlich

50 Es war schon in der römischen Revolutionszeit politisch virulent geworden und dem europäischen Bewusstsein nicht zuletzt durch Ciceros Schriften immer lebendig geblieben. Ausgehend von der Französischen Revolution wurde es zunehmend nationalstaatlich-nationalistisch gedeutet.

51 BÄHR (Anm. 6), S. 18 f.

52 BÄHR (Anm. 6), S. 19: „*Wir halten es für eine unvollkommene Anschauung, den Gegensatz zu dem Privatrecht ausschließlich in dem Staatsrechte gegeben zu finden. Dem Privatrecht, d. h. demjenigen Rechtsgebiet, in welchem das Individuum als solches in Betracht kommt, läßt sich ein allgemeineres Rechtsgebiet gegenüber stellen, in welcher der Mensch als organisches Glied je eines größeren Ganzen in Betracht gezogen wird, so dass hieraus Rechte und Pflichten für ihn entstehen. Wir können diese **Begriffs-Ganzen**, in welcher der Einzelne organisch sich einreihet, so dass er dadurch eine eigenthümliche rechtliche Stellung gewinnt, Genossenschaften nennen. Die wichtigste dieser Genossenschaften bildet allerdings der Staat. Aber er bildet nicht die einzige. Und für die Klärung unserer Begriffe dürfte es von höchster Bedeutung sein, recht zu erkennen, wie das Staatsrecht nur eine einzelne Art jenes allgemeinen, bisher in seinem ganzen Umfänge weniger beachteten Rechtsgebiets bildet, welches wir ‚Genossenschaftsrecht‘ nennen können.*“ (Die nichtkursivierten Worte im Original gesperrt.).

entschieden auf Auseinandersetzung angelegt waren. Ein geschwisterliches Unterhaltsrecht war damit schon den Anfängen unbekannt. Und dabei ist es geblieben. In der entschiedenen Art, in der die Vermögensauseinandersetzung zwischen den Geschwistern stattfand, liegt eine frühe, bewusste und weise, und praktisch dauernd festgehaltene Entscheidung zugunsten der Lebensbedingungen der Kleinfamilie, die die Grundeinheit der römischen Privatrechtspolitik war. Ein Bruder ist sozialrechtlich solidarischer Mitbürger, nicht vorrangig unterhaltsverpflichtetes oder -berechtigtes Familienmitglied. Die grundsätzlich berechtigten Tendenzen, auch die moderne, nunmehr von einer Doppelspitze geleitete Kleinfamilie von Sozialleistungen ganz oder teilweise zu entlasten, die sie überfordern und ihre beiden Leiter für ihre Aufgaben im Beruf untauglich machen würden – von der Pflegeversicherung bis zu den Krippenplätzen – stehen so betrachtet in einer alten Tradition.

Überhaupt ist es aus heutiger Sicht deutlich zu erkennen, dass die von der neuesten Rechtsgeschichte als solche erkannte Ideologie der Großfamilie und Sippe⁵³, die zu der unheilvollen Idee geführt hat, das Staatsvolk als Abstammungsgemeinschaft zu definieren, das eigentliche Profil und die zentrale Bedeutung der Kleinfamilie verkennt, nämlich ihre – nicht nur in den Fällen eines alleinerziehenden Elternteils – Verortung unter die Prinzipien eines von Natur und Kultur aus familienfähigen Individualismus und Personalismus. Die zu schützende und zu gewährleistende Kleinfamilie ist – anders als der perennierende Staatsverband – wie das Individuum selbst eine vorübergehende Erscheinung, ein stets auf einen Haushalt bezogenes, von Natur und Kultur getragenes Sozialgebilde, in dem das – sterbliche – Individuum herrscht, als erziehende und erzogene, als arbeitende und lernende einzelne Person. Das was aus ihr hervorgeht, ist zur Selbständigkeit bestimmt, in wieder eigenen Haushalten und in ihnen möglichen Familien, in denen diejenigen leben, die in Gesellschaft, Wirtschaft und den beide sichernden Verfassungs- und Verwaltungsstrukturen einschließlich der sozialrechtlichen Leistungsträger tätig sind. Der in den Quellen bewahrte Satz, dass die Mutter Anfang und Ende ihrer

53 Eine Zusammenfassung der gegenüber dem überkommenden Meinungsstand sehr kritischen neueren Forschung der deutschen Rechtsgeschichte gibt EKKEHARD KAUFMANN, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte IV (1990) s.v. Sippe, Sp. 1688 ff. Im römischen Recht ist der ursprünglich bis in den sechsten Grad reichende kognatische Verwandtschaftsverband allein von dem Bestreben hervorgebracht, Verwandtschaftsheiraten zu verhindern, der davon zu unterscheidende, agnatische Verwandtschaftsverband ist ebenso wenig ein politischer oder vermögensrechtlich bedeutsamer Verband, sondern vom Intestaterbrecht hervorgebracht, das als solches das der Gens zurückdrängt (ähnlich wie das heute das Verwandtenerbrecht des BGB tut, welches das Erbrecht des Staates mit großer Konsequenz in die Subsidiarität abschiebt). Die römische Gens schließlich ist kein Verwandtschaftsverband, sondern als Urbild der Kolonialsiedlung eine Ordnung nicht verwandter Kleinfamilien, die in Rom selbst bis zum Prinzipat als Kult- und Begräbnisgenossenschaften fortlebte.

Familie ist,⁵⁴ gilt genauso für den Vater, sobald man dessen Stellung in der Kleinfamilie von der aus dem römischen Ahnenkult stammenden, ebenfalls mit dem Terminus „Familie“ belegten Strukturidee einer Fortsetzung des männlichen Stammes unterscheidet und damit von dem daraus folgenden patriarchalischen, potentiell die Generationenfolge von Jahrhunderten umfassenden Familienbegriff befreit.⁵⁵ Die Kleinfamilie beginnt⁵⁶ und endet stets mit den Eltern oder dem jeweils alleinerziehenden Elternteil. Das gilt unbeschadet der Vernetzungen, die zu Lebzeiten der Großeltern zwischen ihren sich auflösenden Familien und denen, die sich in der Kindergeneration neu gebildet haben, bestehen und die durch Unterhaltungspflichten bestärkt sind, und den aus der Seitenverwandtschaft und Schwägerschaft neu entstehenden Beziehungen, deren Tragweite freier menschlicher Sozialität überlassen ist.

VI. Ein Menschenbild des Sozialrechts?

Zusammenfassend kann man sagen, dass das heutige Sozialrecht einen historisch gewachsenen Ausgleich vermittelt zwischen der klassisch republikanischen Dichotomie *ius publicum* und *ius privatum*, die Sozialpolitik abwehrt, einerseits

54 Vgl. D 50,16,195,5 (Ulpian 46 ad edictum): *Mulier autem familiae suae et caput et finis est (Die Frau ist Anfang und Ende ihrer Familie)*. Im Rahmen der hier gemeinten Kleinfamilie gilt der Satz *familiae suae et caput et finis est* für den Ehemann nicht weniger. Vgl. den Text und die folgende Anm.

55 Vgl. D 50,16,195,4 (Ulpian 46 ad edictum): *Item appellatur familia plurium personarum, quae ab eiusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur (sicuti dicimus familiam Iuliam), quasi a fonte <eodem ortae> [E. quodam memoriae, corr. MOMMSEN]. (Ebenso spricht man von einer „Familie“ in Bezug auf mehrere Personen, die vom Blut des am weitesten entfernten Erzeugers abstammen [so wie wir von der julischen Familie sprechen], als gleichsam aus derselben Quelle hervorgegangen.)* Die julische Familie, die sich über den von den C. Julius Caesar an Sohnes Statt angenommenen späteren Augustus im julisch-claudischen Kaiserhaus fortsetzte, geht nach einer in dieser Tradition (auch bei Vergil) anerkannten Sichtweise auf Julius, den Sohn des mit seinem Vater dem brennenden Troja entkommenen Aeneas, d. h. auf die denkbar ungewisseste Vorzeit zurück. Das Blut ist nach der hier wirkenden vorklassischen Lehre der Same, zu dessen aktiver Weitergabe nur dem Mann die Fähigkeit zugeschrieben wird; nur er kann danach consanguine Verwandtschaft erzeugen, die Frau nur uterine. Vgl. zu diesem (vom klassischen Recht erfolgreich bestrittenen, aber nicht vollständig beseitigten) Glauben meine Erläuterungen in: OKKO BEHREND/S/ROLF KNÜTEL/BERTHOLD KUPISCH/HANS HERMANN SEILER, *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, I Institutionen*, 2. Aufl. 1997, S. 285 f. sowie HANS VON ARNIM, *Stoicorum Veterum Fragmenta I*, S. 36 Nr. 128; II, S. 212 Nr. 746, 747.

56 Insofern gilt in der sozialen Wirklichkeit immer noch das (von der rechtlichen Volljährigkeitsregel verdeckte) Prinzip der *emancipatio Saxonica*, demzufolge die Gründung eines Haushalts mit neuer Klein- oder Kleinstfamilie einen eigenen Verantwortungsbereich erzeugt.

und einem Rechtsverständnis andererseits, wie es sich in machtvoller Weise zuerst zu Beginn der römischen Revolution gezeigt hat, das die Durchsetzung solidarischer Sozialität in beiden Bereichen zum Prinzip macht. Dieses vor-klassische Rechtsverständnis wirkt ergänzend und ausdifferenziert wohltätig, wird jedoch überall dort, wo es sich in seiner vollen, auf bereits verteilte Verhältnisse zugreifenden Potentialität geltend macht, als revolutionär und bedrohlich empfunden. Denn in seiner letzten Konsequenz sieht der reine, die Dichotomie aufhebende Sozialstaat in der die Gesellschaft beherrschenden Hand, wie zutreffend gesagt worden ist, „*die volle Disposition über Erziehung, Arbeitskraft und Güterverteilung ihrer Mitglieder*“.⁵⁷

Die Art und Weise, in welcher der Kompromiss sich ergeben hat, enthält die Aussage, dass hier zwei gleichermaßen berechnete Forderungen aufeinander treffen, die nach einem Koexistenz ermöglichenden Ausgleich verlangen, und zwar in der Weise, dass der Wert der individuellen und personalen Freiheit des erwachsenen und zur Selbständigkeit fähigen Menschen die Führung erhält und die Solidaritäts- und Fremdnützigkeitsanforderungen ihre berechtigten Anforderungen in beiden Bereichen unter Schonung des Kernanliegens des ersten durchführen. Das geschieht dadurch, dass im sozialen Privatrecht die fremdnützigen Prinzipien wie Sorgfalts-, Veranlassungs- und Vertrauensprinzip nicht das Verschuldens- und Vertragsprinzip aufheben und im öffentlichen Sozialrecht die Solidarität ein breit ausgefächertes System steuer- oder umlagefinanzierter Entlastungen und helfender Leistungen entwickelt, das den individuellen, vom Privatrecht geordneten Wirkungskreis entlastet und ihm nötigenfalls zur Hilfe kommt, ihn aber in der Regel als eigenen Verantwortungsbereich respektiert und fördert.

Erkennt man auf diese Weise das erwachsene und zur Selbständigkeit fähige Individuum als Leitbild des Rechts an, so wird deutlich, dass das Sozialrecht einen Aspekt des Menschen in den Blick nimmt, unter dem er von den Bürgern, zu denen er zählt oder mit denen er lebt, Rücksicht und Solidarität benötigt und, um das schöne *jeu de mot* von Herrn Eberhard Eichenhofer noch einmal aufzugreifen, nicht mehr als *solitaire*, sondern als *solidaire*, leben will und muss.⁵⁸ Es ist ein Aspekt, der biographisch zur *condicio humana* gehört. Jeder ist einmal jung, immer mehr werden sehr alt und hilfsbedürftig, viele vorübergehend oder dauernd arbeitsunfähig oder arbeitslos; und jeder ist am Anfang seines Lebens und in dessen Verlauf informationsbedürftig. Es sind aber doch jeweils besondere Verhältnisse, die bei dem Betroffenen Rechte auslösen. Macht man sich den Ausnahmecharakter dieser sozialrechtlichen Bedürfnislagen klar, erkennt man, dass es unzulässig ist, diese Reflexe zum Kern des normativen Bildes vom Menschen zu erheben.

57 Vgl. WIEACKER (Anm. 4), S. 360.

58 Vgl. EICHENHOFER (Anm. 8).

Eben dies hat das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung zur Strafzumessungslehre aus dem Jahre 1978 getan, die unter dem Thema „Das strafende Gesetz im Sozialstaat“ Gegenstand des nächsten Symposiums der Göttinger Akademiekommission werden wird. Indem das Gericht das am Existenzminimum ausgerichtete Leben in Freiheit, das der Sozialstaat kraft Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip zu gewähren verpflichtet ist, wo immer dies möglich ist, als „*die grundlegenden Voraussetzungen individueller und sozialer Existenz des Menschen*“ beschreibt, weil sie ein „*menschenwürdiges Dasein*“ überhaupt erst ausmache, gelangt es dazu, eine sozialstaatliche Idee der Menschenwürde in die Prämisse seiner Argumentation zu setzen. Aus einer „*so verstandenen Menschenwürde*“ folge, dass der Staat kraft seines Strafanspruchs nicht durch Verhängung einer effektiv lebenslangen Strafe in die Sozialexistenz eines Menschen eingreifen dürfe, ohne durch die Bereitstellung eines gesetzlich geregelten Verfahrens eine rechtlich geordnete Chance zu eröffnen, die Freiheit wiederzuerlangen; die Begnadigung reiche dafür nicht aus.⁵⁹ Es geht hier nicht um eine rechtspolitische Bewertung dieser Rechtsprechung und der von ihr bewirkten Folgen; sie werden Gegenstand jenes Symposiums sein.⁶⁰ Hier ist nur kritisch anzumerken, dass das Gericht in dieser Argumentation die Menschenwürde vom Sozialstaat her definiert und damit zu etwas erklärt, was dem Einzelnen nicht schon kraft seines Menschseins zu-

59 Vgl. BVerfGE 45, S. 228: „Mit einer so /229/ verstandenen Menschenwürde wäre es unvereinbar, wenn der Staat für sich in Anspruch nehmen würde, den Menschen zwangsweise seiner Freiheit zu entkleiden, ohne dass zumindest die Chance für ihn besteht, je wieder der Freiheit teilhaftig zu werden.“ Vgl. weiter den Leitsatz: „Zu den Voraussetzungen eines menschenwürdigen Strafvollzugs gehört, dass dem zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten grundsätzlich eine Chance verbleibt, je wieder der Freiheit teilhaftig zu werden. Die Möglichkeit der Begnadigung ist nicht ausreichend; vielmehr gebietet das Rechtsstaatsprinzip, die Voraussetzungen, unter denen die Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe ausgesetzt werden kann, und das dabei anzuwendende Verfahren gesetzlich zu regeln.“

60 Vgl. insofern nur RENATE ELF, Die Relativierung der lebenslangen Freiheitsstrafe für Mord durch die rechtsgestaltende Wirkung der Rechtsprechung des BVerfG und der Straferichte, NStZ 1992, S. 468 f.; HARTMUT-MICHAEL WEBER, Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe. Für eine Durchsetzung des Verfassungsanspruchs, 1999. Grundsätzliche Einwände sind, dass die Vernichtung der Sozialexistenz des Opfers, die der Vernichtung der biologischen Existenz folgt, grundsätzlich nicht leichter wiegt als die Einschränkung der Sozialexistenz, die den Täter im Strafvollzug trifft; denn jene ist in jedem Fall uneingeschränkt und endgültig, diese nicht. Ferner dient der präventive Zweck des Strafrechts im Bereich der Tötungsdelikte nicht dem Schutz der Sozial-, sondern der biologischen Existenz. Schließlich bedeutet die früh gewonnene Einsicht, dass die Entziehung des Lebens dem Staat als Strafe nicht zur Verfügung steht (so schon Caesar bei Cicero, in *Catilina* IV 4,7), nicht, dass eine Straftat, die einem anderen vorsätzlich das Leben nimmt, an Unrechtsgehalt verliert. Der Tod sei, so Caesar, von den unsterblichen Göttern nicht als Strafzweck (*supplicii causa*) geschaffen worden, sondern als eine mit der menschlichen Existenz verbundene Naturnotwendigkeit.

kommt. Das kann nicht richtig sein, schon deshalb nicht, weil der Mensch und seine Würde nicht notwendig von einer selbst erarbeiteten oder gewährten freien Sozialexistenz begleitet ist, sondern auch dann bewahrt bleibt, wenn pflegebedürftiges Alter, schwere Krankheit oder auch der Strafvollzug sie aufheben oder weitgehend einschränken.

Quelle und Kern von Individualität und Personalität, von Willens- und Verantwortungsfähigkeit, liegen nicht in der vom Staat verliehenen Sozialexistenz. Das hieße den Staat, ein Geschöpf des Menschen, zum Schöpfer machen. Seine natürliche Freiheit hat der Mensch nicht vom Staat, der überdies außerstande ist, sie ihm gegenüber den Gefahren, die von Mitmenschen ausgehen (von Krankheit, Behinderung und Altersgebrechlichkeit zu schweigen), zu jeder Zeit effektiv zu schützen. Die Sozialexistenz, das Leben von Menschen unter Menschen, wird nicht von der staatlichen Rechtsordnung gewährt, sondern es gibt die staatliche Rechtsordnung und die von ihr ermöglichten Existenzbedingungen, weil es verantwortungsfähige Menschen gegeben hat und gibt, die in der Lage waren und sind, die komplexen öffentlichen, privaten und sozialen Strukturen und Prinzipien der Rechtsordnung zu schaffen, in Geltung zu setzen und immer wieder neu hervorzubringen und zu gewährleisten. In dieser Ordnung kommt dem Privatrecht als dem existentiellen Ort, in dem all diese Menschen wurzeln, ein zentraler Platz zu.⁶¹ Es beschreibt die primäre Existenzform der Bürger, die zugleich Träger (mit ihrer Steuerkraft) und primäre Destinatäre des Sozialrechts sind.⁶² Kraft dieser Stellung besitzen auch die zentralen Einrichtungen des Privatrechts Verfassungsrang. Daher gibt es ein

61 Der Satz von EICHENHOFER (Anm. 1), S. 80: „*Privatrecht ordnet nur die Minimalgesellschaft.*“ (Fettdruck im Original) ist bezeichnenderweise formuliert ohne Blick auf die für Wirtschaft und Gesellschaft tragenden Einrichtungen Haushalt und Unternehmen. Die abstrakten „*Beziehungen von Verkäufer und Käufer, Eigentümer und Besitzer, Schädiger und Geschädigtem*“ bilden nur einen Ausschnitt des Privatrechts und blenden die tragenden Elemente Haushalt und Unternehmen aus.

62 Die menschenrechtliche Erweiterung des Sozialrechts auf Ausländer ist nicht unbedeutend, trägt aber positiven Ausnahmecharakter. Der primäre Solidarverband sind die Bürger. Kritisch dazu MICHAEL STOLLEIS/GUDRUN SCHLAMELCHER, Zur Verfassungsmäßigkeit des § 120 BSHG, NDV 65 (1985), S. 309–317; siehe auch STOLLEIS (Anm. 2) S. 227. Wenn die Leistungen für Ausländer (§ 120 BSHG; heute: § 23 SGB XII und AsylbLG), um aus finanziellen und integrationspolitischen Gründen den Zustrom von Ausländern im allgemeinen und von Asylsuchenden im besonderen einzudämmen, herabgesetzt und in einem eigenen Gesetz ausgestaltet werden, entstünden Spannungen zu dem Leitprinzip der Sozialhilfe, die in § 1 BSHG (heute: § 1 SGB XII) die Wahrung der „Menschenwürde“ verspreche, ohne dies vom ausländerrechtlichen Rechtsstatus oder sonstigen Zusatzkriterien abhängig zu machen. Man darf darauf entgegen, dass die Menschenwürde auch verlangt, die existentiellen Folgen zu beachten, die für die Identität jedes Einzelnen aus der Gliederung der Menschheit in verschiedene Staaten folgt.

„Privatrecht mit Verfassungsrang“,⁶³ welches die gelegentliche Einstufung des Privatrechts als das Einfachrechtliche als Produkt einer verfehlten etatistischen Perspektive sichtbar macht. Und daher ist es die vornehmste Aufgabe des Sozialrechts, als besonderer Teil des öffentlichen Rechts dem Privatrecht überall dort, wo es dessen bedarf, *in der Form einer staatlichen, materialen, d. h. leistenden Privatrechtspflege* zur Hilfe zu kommen. Es steht damit in einer sehr alten und ehrwürdigen Tradition.

VII. Ergebnisse

1. Eine Bestimmung aus der römischen Königszeit kann den Anspruch erheben, die älteste technisch ausformulierte und organisatorisch sichergestellte sozialrechtliche Norm zu sein. Sie sah vor, dass bei Drillingsgeburten die betroffene Familie bis zur Volljährigkeit der Kinder einen Zuschuss von der „öffentlichen Hand“ erhielt.

2. Das Sozialrecht erscheint in dieser frühen Epoche der okzidentalen Rechtsentwicklung in seiner typischen Gestalt als materiale (durch Zuwendungen und kontrollierende Eingriffe erfolgende) Privatrechtspflege durch die den Verband vertretende Gewalt. Diese Praxis behandelt die Trennwände, welche die selbstverantwortlichen Räume des Privatrechts erzeugen, als durchlässig und gehorchte dem gleichen Prinzip wie die hoheitliche Zuweisung von Siedlungsland an Siedlerfamilien in den Ursprungssiedlungen und Kolonien. Nur ist in ihr an die Stelle der Anfangsausstattung die von Fall zu Fall notwendige, durch inhaltliche Leistungen zu erbringende Hilfe getreten.

3. Die materiale Privatrechtspflege steht neben der formalen Privatrechtspflege der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Ziel der klassischen, streitentscheidenden Rechtspflege ist Sicherung des äußeren Rechtsfriedens zum Schutz der bestehenden Privatrechte; das der materialen Privatrechtspflege ist auf unterstützende Gewährung und Sicherung ihrer Gehalte gerichtet.

4. In der Rechtswissenschaft der römischen Republik, deren Signum eine sich immer schärfer ausprägende Ausdifferenzierung zwischen den Formen der von Wahlmagistraturen getragenen hoheitlichen Herrschaft und den Regeln einer freien Eigentümergeellschaft war, dominierte die Tendenz, sozialrechtlichen Problemen den Charakter öffentlicher Aufgabe abzuerkennen, sie allein der – im

63 Vgl. CHRISTIAN STARCK, in: HERMANN MANGOLDT/FRIEDRICH KLEIN/CHRISTIAN STARCK (Hrsg.), GG I, Art. 1, Rn. 31 mit Hinweis auf PETER A. WINDEL, Über Privatrecht mit Verfassungsrang und Grundrechtswirkungen auf der Ebene des einfachen Rechts, in: Der Staat 37 (1998), S. 385 ff.

Okkupationsbesitz sämtlicher dem privaten Nutzen dienender Güter gesehenen – Privatrechtsgesellschaft zu überweisen und so weithin ungelöst zu lassen.

5. Die in der Mitte des 2. Jahrhunderts v. Chr. zur Herrschaft kommende Naturrechtslehre verpflichtete dagegen die Herrschaft darauf, das Vermögen des Gemeinwesens zur Förderung des Gemeinwohls, das hieß damals vor allem für Siedlungsprojekte, einzusetzen (und stellte im Privatrecht alle Rechtsausübung unter soziale Rücksichtsprinzipien). Die dadurch entstehenden Konflikte lösten den Beginn der bis Augustus dauernden Revolutionszeit (133–27 v. Chr.) aus, ferner als rechtswissenschaftliche Reaktion die Ausformulierung der an die Neuzeit weitergegebenen klassischen Dichotomie *ius publicum* und *ius privatum*, in der – erneut – für ein von der „öffentlichen Hand“ verwaltetes Sozialrecht kein Platz war.

6. Die römischen Kaiser gewährleisteten einerseits mit dem Programm der Res publica restituta die Geltung der klassischen Dichotomie *ius publicum* und *ius privatum*, übernehmen aber andererseits zugleich kraft eines umfassend gedachten naturrechtlichen Herrschaftsauftrags in Ergänzung und außerhalb der republikanischen Ordnung (*extra ordinem*) alle sich der damaligen Zeit stellenden sozialrechtlichen Aufgaben. Bekannte Beispiele sind die Gesetze zur Förderung von Eheschließung und Kinderzeugung, Sklavenschutzrecht, Alimentarstiftungen für Waisenkinder und – als Phänomen einer schweren Fehlentwicklung – die als Herrschaftslegitimation schon aus der Zeit der Gracchen stammende unentgeltliche Versorgung der Bürger der Hauptstadt mit Korn und Spielen.

Hier zeigt sich zum ersten Mal das in der Entwicklung am Ende festgehaltene Phänomen der Externalisierung des Sozialrechts: Es ist nicht Teil des klassischen *ius publicum*, sondern ein außerordentliches, der Herrschaft und dem – damals kaiserlichen – Fiscus nahes Recht der Förderung der Bedingungen der Zivilgesellschaft durch Eingriffe und Leistungen.

7. Diese Externalisierung gewinnt einen zusätzlichen Akzent, als seit Konstantin sozialrechtliche Leistungen zunehmend zu einer karitativen Aufgabe der immer reicher und organisatorisch leistungsfähiger werdenden Kirche werden. Diese auch durch Gesetze ausgesprochene Aufgabenzuweisung zugunsten von Witwen und Waisen, Armen, Kranken, Invaliden und Alten blieb bekanntlich bis in die frühe Neuzeit (neben den Leistungen sozialrechtlicher Einrichtungen anderen Ursprungs) sehr bedeutend.

8. Mit der Enteignung der Kirchengüter, zuerst in England unter Heinrich VIII., geht das Sozialrecht auf den Staat über und wird zu einem gesetzlichen, Ansprüche begründenden Rechtssystem, das in seinen Leistungen dem jeweils

erreichten Lebensstandard angepasst wird. Die hier noch einmal eingerückte, einseitig kritische Bemerkung Tocquevilles beruht auf der Anschauung des frühen englischen Modells.

Toute mesure qui fonde la charité légale sur une base permanente et qui lui donne une forme administrative crée donc une classe oisive et paresseuse, vivant aux dépens de la classe industrielle et travaillante. (Jede Maßnahme, welche die gesetzliche Wohlthätigkeit auf eine beständige Grundlage gründet und ihr eine administrative Form gibt, erzeugt eine untätige und arbeitsscheue Schicht, die auf Kosten der gewerbetreibenden und arbeitenden Schichten lebt.)

9. Das sozialrechtliche Schlagwort der Französischen Revolution „fraternité“ symbolisiert eine schon im Privatrecht ansetzende Externalisierung des Sozialrechts. Denn kraft einer sehr frühen, durchweg festgehaltenen Entscheidung gibt es kein privatrechtliches, zu Unterhalt verpflichtendes *ius fraternitatis*. Die Jakobinische Verfassung vom 24. Juni 1793 verheißt *subsistance aux citoyens malheureux* im Namen des Staates und legt sie nicht dem „Bruder“ auf. Man kann darin ein frühes Beispiel für die Erkenntnis sehen, dass die Kleinfamilie als selbständiger Verantwortungsraum, um ihre Rolle erfüllen zu können, der Entlastung bedarf.

10. Die heutige Stellung des Sozialrechts entspricht im systematischen Grundzug dem augusteischen Kompromiss zwischen klassischer, von der Dichotomie *ius publicum* – *ius privatum* geprägten Republik und dem um gesellschaftliche Wohlfahrt bemühten Kaisertum. Dieser Kompromiss hat sich gegenüber dem Versuch, das Sozialrecht in ein homogenisierendes „genossenschaftliches“ Staatsverständnis einzubetten, mit Recht behauptet.

Diskussion zum Vortrag von Okko Behrends

Leitung: OKKO BEHRENDIS

BEHRENDIS:

Vielen Dank! Da ich recht schnell gesprochen und auch einiges im Manuskript fortgelassen habe, bleibt uns noch Zeit für einige Fragen.

Herr Starck, bitte sehr!

STARCK:

Wie sind die sozialen Aufgaben auf die Kirchen übergegangen? Das habe ich nicht richtig verstanden, wie das vom Staat her begründet ist, von der Kirche her ist es klar: Caritas. Aber warum hat der Staat das zugelassen? Ich möchte diese Frage noch mit zwei Bemerkungen anreichern. In Ostrom hat die Kirche nur anfänglich soziale Aufgaben wahrgenommen, nach einer Soziallehre, die die Kirchenväter Basilios der Große und Johannes Chrysostomos entwickelt haben, später standen Fragen des Gottesdienstes, der Liturgie im Vordergrund, soziale Aufgaben wurden nicht gesehen. Das mag zusammenhängen mit dem Cäsaropapismus der Ostkirche, während im Westen die Kirche eine ausgedehnte soziale Rolle spielte in den Schulen, Krankenhäusern usw. Im 19. Jahrhundert hat das noch fortgewirkt, auch Anfang des 20. Jahrhunderts noch. Dass dies jetzt immer schwächer wird, bedeutet einen starken Machtzufluss beim Staat. Wenn Sie vielleicht dazu noch einmal etwas sagen können, insbesondere zu der Frage, wie der Staat damals begründet hat, dass soziale Hilfe eine Aufgabe der Kirche ist.

BEHRENDIS:

Vielen Dank für die Frage. Die nach der konstantinischen Wende beginnende Arbeitsteilung zwischen Staat und Kirche ist ein sehr nachdenkenswertes Phänomen. Wie ich im Vortragsmanuskript etwas näher ausgeführt habe, waren die sozialpolitischen Aktivitäten des Kaiserreichs, die sofort nach Ende der Republik einsetzten, nach damaligen Maßstäben in ihrem Kontext durchaus beachtlich. Neben den augusteischen Ehegesetzen mit ihrer klaren demographischen Tendenz gab es z. B. auch die großen Alimentarstiftungen. Das waren bedeutende Kapitalien, die in den italischen Städten dafür eingesetzt wurden, um Kinder aus bedürftigen Familien aufzuziehen, vom Sklavenschutzrecht und anderen Dingen hier zu schweigen. Die Kirche brachte demgegenüber jedoch gleichwohl etwas Neues, nämlich den in der Zeit der Naherwartung und Verfolgung entwickelten und religiös begründeten Gedanken der Gemeindesolidarität, der die

Vermögen der Wohlhabenden beanspruchte und den bedürftigen Mitgliedern zugute kam. Als die Kirche durch Konstantin als rechtmäßig anerkannt wurde, fuhr sie, gestärkt durch Privilegien und insbesondere auch durch öffentliche Zuwendungen, in dieser Tätigkeit fort und erhielt für sie auch die Anerkennung der staatlichen Gewalt. Denn die Tätigkeit band Güter, die sonst nur rein kirchlichen Zwecken gedient hätten, an soziale Zwecke. Die Kirche wurde dadurch zu einer auch im weltlichen Sinne nützlichen, d. h. zu einer sozialen Institution, übrigens auch und nicht zuletzt und zunehmend im Bildungswesen und der alten bischöflichen Gerichtsbarkeit. Ihr Hinweis, dass hier Unterschiede zwischen Ostrom und der westlichen Entwicklung zu beobachten sind, ist sehr interessant und komplex, berührt aber nicht den Kern Ihrer Frage, warum der Staat die soziale Rolle der Kirche akzeptierte. Ich glaube, er tat es aus folgendem Grunde: Die Kirche bewirkte etwas, was er selbst nach seiner, den Eigentumsschutz einschließenden Aufgabenstellung nicht in gleichem Maße vermochte; zugleich konnte der Staat das, was die Kirche tat, als außerordentliche Leistung akzeptieren, ohne sich selbst darum diskreditiert zu sehen, da es in der eigenen Religion begründet war. Daher gab es später auch keine grundsätzlichen Schwierigkeiten, die bisher von der Kirche erbrachten Leistungen unter Wahrung ihrer Außerordentlichkeit in die staatliche Verwaltung zu übernehmen. Man muss sich im Übrigen klar machen, dass die klassische Dichotomie von *ius publicum* und *ius privatum* eine Aufgabenteilung nur radikalisiert, die im Prinzip des Eigentumsschutzes bereits angelegt ist. Der Gedanke, dass es begründbar ist, im großen Stile Steuern zu erheben, um ausgleichende Sozialpolitik zu betreiben, lag aus dem Gesichtspunkt der weltlichen Macht grundsätzlich fern und setzte eine grundsätzliche Relativierung des Eigentumsschutzes voraus. Die in der Antike beginnende soziale Wohltätigkeit der Kirche bedeutete daher kulturell einen neuen, vom christlichen Kaiserreich akzeptierten Impuls, der, da er das Privateigentum moralisch in Frage stellen und verpflichten konnte, deutlich über das hinausging, was das Naturrecht der Antike, das den Eigentumsgedanken stets vollständig integriert hatte, zu leisten vermocht hatte.

STARCK:

Vielen Dank. Darüber ließe sich gewiss noch manches sagen.

EICHENHOFER:

Eine Anmerkung noch dazu. Bei Ihrem Vortrag ging es ja weitgehend um die Fürsorge. Dabei gab es auch in Rom schon für bestimmte Risiken eine relativ ausgeprägte Versicherung, etwa die Sterbe- und Krankenversicherung. Deren Bedeutung schwand, als die Kirche soziale Verantwortung übernommen hatte. Die Kirche hat sich auf Almosen beschränkt und sah in den Versicherungen die Gefahr, dass auch demjenigen Menschen geholfen werde, der sich selbst helfen kann. Diese Haltung setzte sich bis zur Diskussion um die Einführung der

Sozialversicherung fort. Die katholische Zentrums-Partei war seinerzeit aus den gleichen Erwägungen sehr skeptisch. Hieran ist zu sehen, dass es in der Sozialpolitik noch eine dritte Ebene gibt: Neben der staatlichen und Familienhilfe ist es die eigene Vorsorge. Dafür waren in Rom bereits Ansätze geschaffen.

BEHREND'S:

Vielen Dank für die Ergänzung. Die *collegia tenuiorum* waren aus vorchristlicher Zeit stammende Begräbnis- und Kultvereine besitzloser und teilweise sogar unfreier Menschen, hervorgerufen von dem vorchristlichen Begräbnisrecht, das für eine gültige Bestattung Bodeneigentum des Verstorbenen selbst, seiner Gens oder eben eines der städtischen Welt angehörenden Collegium verlangte. Bei der Zurückdrängung dieser Vereine in dem von Ihnen beschriebenen Vorgang mag dieser pagane Ursprung eine Rolle gespielt haben. Dass jene Collegien oder die z. T. uralten Handwerkerkollegien auch im Falle der Krankheit solidarisch für einander eintraten, ist mir oder war mir nicht bekannt.

STEINDORFF:

Vielleicht darf ich, da Sie mit Rom begonnen haben, einmal an Jakob Burckhardt erinnern. Er schreibt über die römische Gesellschaft zur Zeit Konstantins, sie sei durch die staatlichen Leistungen daran gewöhnt worden, Leistungen entgegen zu nehmen, sei bequem und faul geworden mit einer großen Zahl ehe- und kinderloser Menschen.

Kant hat für seinen Teil von den Faulen gesprochen, die Leistungen anderer erwarten. Ich habe als Assistent den Bearbeitern der Rothenfelder Denkschrift selbst zugearbeitet. Das war Ende der 1950er Jahre. Die waren allesamt sehr skeptisch gegenüber einer Erweiterung des Sozialstaats. Der Auftrag an diese vier Verfasser war von Adenauer gekommen. Der hat ihre Skepsis zurückgewiesen, weil er durch die Dynamisierung der Rente nichts anderes als 1957 einen Wahlsieg erreichen wollte. Ratio des Sozialstaats?

STOLLEIS:

Und den hat er erreicht.

BEHREND'S:

Herr Steindorff, ich greife Ihren Hinweis auf Burckhardts Abscheu vor dem spätantiken Zwangsstaat gern auf. Dieser Staat war in der Tat zu einem Teil Frucht des in der Zeit der gracchischen Revolution geborenen Gedankens, dass die Bürger der Hauptstadt als Repräsentanten des siegreichen Römervolkes unentgeltlich mit Brot und zunehmend auch mit anderen Bedarfsgütern (Wein, Fleisch) zu versorgen seien. Das war eine der schlimmsten Hypotheken der Kaiserzeit. Denn es erzeugte einen ungeheuren Leistungsdruck, der über dem ganzen Imperium lag und von Rom auf Konstantinopel übertragen wurde. Er

begründete, dass im spätantiken Zwangsstaat die von diesen öffentlichen Leistungspflichten belasteten Berufe erblich wurden und sogar, wer eine Bäckers-tochter heiratete, gezwungen werden konnte, Bäcker zu werden. Mit einer Sozialpolitik im eigentlichen Sinn hat das aber von seinem Ursprung her wenig zu tun. Dieses Versorgungssystem gehört wie die extrem aufwendigen Spiele der Hauptstadt zur Herrschersymbolik. Zwar kam es gerade den bedürftigen Hauptstadtbürgern zugute. Die Gleichgültigkeit gegenüber seiner tief korrumpierenden Wirkung und seinen ruinösen Auswirkungen auf die Staatswirtschaft hat aber mit seiner Herkunft zu tun, die nicht sozialrechtlicher Natur war.

SELLERT:

Im Zentrum unseres Tagungsthemas soll das Menschenbild stehen. Welches Menschenbild hat denn ein Herrscher und Gesetzgeber, der den Frieden in einer Gesellschaft herstellen und sichern will und sich deswegen um ausgewogene soziale Verhältnisse kümmert? Ist diese Aufgabe für ihn nur eine rein funktionale Angelegenheit? Ist also sein soziales Engagement nur Mittel zum Zweck oder steckt mehr dahinter? Zum Vergleich sei an eine mittelalterliche Stadt erinnert. Dort sorgt zwar die Stadtherrschaft für den Frieden durch eine normengeleitete Verwaltung und Gerichtsbarkeit. Sie gewährt aber auch soziale Leistungen und Wohltaten. Man denke nur an die Armen-, Kranken- und Altenpflege. Dabei handelt es sich nicht um rein funktionale, den sozialen Frieden sichernde Maßnahmen. Dahinter steht vielmehr die Idee der Nächstenliebe und Caritas, die ein Anliegen der im christlichen Glauben verankerten mittelalterlichen Stadtherrschaft war. Die politische Sorge um angemessene soziale Verhältnisse ist hier folglich durch ein christliches Menschenbild geprägt. Vermutlich besteht ganz allgemein ein Zusammenhang zwischen dem von einer politischen Herrschaft erstrebten sozialen Frieden und ihrem dahinter stehenden Menschenbild. So dürften mit dem Wandel religiöser, gesellschaftlicher und politischer Verhältnisse auch Veränderungen des Menschenbildes und der jeweiligen Motivationen verbunden sein, um den sozialen Frieden zu sichern. Diese Zusammenhänge und Entwicklungen im Einzelnen zu verfolgen, wäre gewiss eine Untersuchung wert.

BEHREND'S:

Vielen Dank. Tatsächlich bestehen zwischen dem Bild, das Du vom Mittelalter gezeichnet hast, und dem, was man in den Anfängen Roms wahrnehmen kann, gewisse Übereinstimmungen oder Verwandtschaften. Das verbindende Element ist der Gedanke der Sozialreligion, den ich in meinem Referat betont habe. Er schloss in Rom von vornherein eine gewisse Fürsorge ein. Er war in der ältesten Fassung der auguralen Jupiterreligion getragen von der Vorstellung, dass die Menschen ihrer Gottheit den Anblick eines wohl geordneten, in seinen Formen

immer wieder zu sichernden Sozialverbandes schulden und dass zu diesem Anblick ein friedliches und produktives Leben jedes Einzelnen gehört. Der Friede mit den Göttern, die *pax deum*, verlangt Frieden unter den Menschen. Das gab der Religion eine mächtige erzieherische Wirkung. Denn die Götter – so glaubte man – werden unwillig, werden strafend und zerstörerisch, wenn man sie durch sozialen Unfrieden stört. Um diesen religiös notwendigen Frieden zu wahren, bedurfte es eines Mindestmaßes an inhaltlicher Gerechtigkeit, an sozialrechtlicher Vorsorge, die damals vor allem durch großzügige Siedlungspolitik (auf Kosten eroberter Gebiete) befriedigt wurde. In dieser Überzeugung von der Notwendigkeit eines sozialen Friedens liegt das eigentliche Auszeichnende der frühen Gentilzeit der Römer, das von den Römern selbst, aber auch in der Neuzeit immer wieder als Urbild einer noch unverdorbenen Urgesellschaft untersucht worden ist. Es hat ja auch in der Tat etwas Achtungswürdiges, wenn man von seinen Göttern glaubt, dass sie einen Rechtsverband begünstigen, in dem die sie verehrenden Menschen friedlich und produktiv miteinander umgehen. In der hellenistischen Zeit wurde dieser Glaube durch den Mythos vertieft, dass die Bürger ihre Civitas gemeinsam mit ihren Göttern bewohnen, und zwar wie Kinder mit ihren Eltern ein Haus. In der Historischen Rechtschule und ihrer ganz spirituellen Volksgeistlehre, die an eine höhere Herkunft der Rechtsprinzipien glaubte und ihre Bestimmung darin sah, in den verschiedenen Völkern freies Leben zu organisieren, ist dann viel von dieser Denkweise aufgegriffen worden.

FRIEHE:

Als Praktiker wage ich in diesem Kreis eigentlich nur Fragen zu stellen, aber ich muss sagen, an einer Stelle ging es mir ein bisschen schnell, glaube ich: von Konstantin über England in die Französische Revolution. Ich frage mich, ob man nach England gehen muss, um die Wahrheit zu suchen, oder ob nicht auch in Deutschland etwas passiert ist – etwa das Polizeirecht. Das, was ab dem 16. Jahrhundert an Polizeirecht entsteht, dürfte doch auch eine Quelle des heutigen Sozialrechts sein, und zwar eine klar ins öffentliche Recht führende Quelle. Verbunden mit der Reformation übernimmt erst einmal der Fürst Dinge, die vorher die Kirche gemacht hat. Diesen Aspekt haben Sie angesprochen mit der Kirchenfürsorge, aber in der Reformation muss ja der Fürst plötzlich selber dafür sorgen, und er tut das auch. Er tut das unter anderem mit der Polizeiordnung, er tut das durch Waisenfürsorge, durch Arbeitsfürsorge. Ich weiß nicht, wie gut das funktioniert hat, aber die richtigen sozialen Konflikte brechen erst später, mit der industriellen Revolution auf. Also – die Polizeiordnung als Quelle eines heute öffentlich zu verstehenden Sozialrechts. Einen zweiten Stamm hat das Sozialrecht heute im Sozialversicherungsrecht. Das ist unter Bismarck gekommen, aber zunächst wohl nicht als öffentliches Recht wahrgenommen worden. Heute verortet sich das sehr klar im öffentlichen

Recht, aber 1881 war das Versicherung, und bei Versicherung war man gewohnt, zunächst privatrechtlich zu denken. Daraus entstehen ja später diese merkwürdigen Lehrstuhlbezeichnungen „Lehrstuhl für Arbeits- und Sozialrecht“, so wie auch ich ein Referat für „Arbeits- und Sozialrecht“ leite. Als wäre das Sozialrecht irgendwie ein Appendix des Arbeitsrechts! Aber eigentlich ist es von Anfang an anders gewesen: Sozialrecht war erst einmal soziale Fürsorge, und da sehe ich es in der Tradition der frühneuzeitlichen Polizeiverordnungen.

BEHREND'S:

Vielen Dank, Herr Friehe, für die anregende Kritik. Den Weg von Konstantin bis in die Neuzeit, in das England Heinrichs VIII. und den Staat der Französischen Revolution bin ich in der Tat schnell gegangen. Das lag aber nicht nur daran, dass ich mir zu Weihnachten die Werke Tocquevilles geleistet habe und seine faszinierenden Passagen insbesondere über den Pauperismus und das Verhältnis von Ancien Régime zu moderner Staatlichkeit gelesen habe. Vielmehr lag es auch daran, dass die Neuzeit selbst diese rasche, das Mittelalter und seine Institutionen gewissermaßen überspringende Beziehung zur Antike gesucht hat. Sehr richtig ist auch Ihr Hinweis, und auch das findet sich bei Tocqueville bestätigt, dass die Organisationskraft des neuzeitlichen Staates mit seiner „Polizey“ im weitesten Sinne eine neue Qualität bringt. Ich habe das in meinem Beitrag unter dem Gesichtspunkt des Legalismus gewürdigt. Vielen Dank also für die ergänzenden Hinweise.

LINK:

Ich möchte jetzt ganz gern ergänzen, dass mit der Reformation die Konfessionen auseinander gehen. In den lutherischen Ländern gilt der Fürst als Amtmann Gottes, der als solcher auch die sozialen Aufgaben wahrzunehmen hat und sie relativ früh der Kirche aus der Hand nimmt. Dagegen läuft beides in den katholischen Staaten noch lange parallel. Die sozialen Belange werden in der katholischen Staatslehre eher unter polizeirechtlichen Gesichtspunkten, Gefahrenabwehr im modernen Sinn, behandelt, während die Kirche ein hochentwickeltes Sozialwesen beibehält. Hier geschieht nun in der Aufklärung etwas Interessantes: Indem der Staat, insbesondere durch die umfangreichen Klostersäkularisationen etwa Josephs II., die Kirche zu einem wesentlichen Teil ihrer karitativen Einrichtungen beraubt, übernimmt er von ihr damit auch den sozialen Gedanken im modernen Sinn. Es geht nicht mehr nur um die Armutsbekämpfung aus politisch notwendigen Gründen, sondern es ist auch – Joseph II. sagt das ausdrücklich – die solidarische Aufgabe, die der Staat hier von der Kirche übernimmt, weil die Kirche das nicht mehr leisten kann. Caritas wird sozusagen zur Staatsaufgabe. Dieser Gedanke taucht für mich zum ersten Mal in der katholischen Staatslehre des 18. Jahrhunderts auf. Man könnte natürlich sagen, das ist auch ein Vorbote der Französischen Revolution, der fraternité.

BEHREND'S:

Das Ergebnis wäre in dieser Sicht ein staatliches Sozialrecht in einer moralisch veredelten Gestalt, vom Polizeirecht zur karitativen Fürsorge, ein Prozess, der ohne das kirchliche Vorbild wohl nicht zu denken wäre.

LINK:

Dieses Vorbild wirkte auch weiter. Es gab Enteignungen und Klosteraufhebungen. Aber die sozial tätigen Klöster blieben bestehen, allerdings unter der strengen Aufsicht des Staates.

BEHREND'S:

Also ein Nebeneinander staatlicher und kirchlicher Tätigkeit, nicht nur Übernahme und Enteignung.

DIEDERICHSEN:

Es gibt ein schönes Beispiel für die Eifersucht des Staates auf die karitative Tätigkeit der Kirchen aus unserer Zeit. Die Ordenskrankenhäuser der katholischen Kirche waren gegenüber den staatlichen und städtischen Krankenhäusern sehr kostengünstig. Das lag unter anderem daran, dass die Vergütung des Pflegepersonals auf Grund des Armutsgelübdes der Ordensschwester und -brüder sehr viel weniger zu Buche schlug als anderswo. Als nun in den 1970er Jahren das Krankenhausfinanzierungsgesetz mit der Bundespflegesatzverordnung eingeführt wurde, da bestand der Staat auf folgendem Junktim: Wenn die Ordenskrankenhäuser in die staatlichen Förderungsmaßnahmen zur Anschaffung von Großgeräten für das Krankenhaus mit einbezogen werden wollten, dann sollten sie in Zukunft auch ihre geistlichen Mitarbeiter wie andere im Krankenhaus angestellte Arbeitnehmer bezahlen. Die Säkularisierung des Pflegedienstes in den Ordenskrankenhäusern wurde also richtig erzwungen, denn die kirchlichen Krankenhäuser mussten sich fügen, weil sie die in Frage stehenden Großgeräte nicht aus eigener Finanzkraft hätten anschaffen können. Also: Nur wegen der Innovationsnotwendigkeit einer effektiven Krankenversorgung wurde hier ein funktionierendes karitatives System der Kirche zer schlagen.

FELIX:

Ich wollte das Stichwort „Selbstverantwortung“ noch einmal aufgreifen und da ist Ihr Schlusssatz, Herr Behrends, eigentlich für mich ganz prägend: Wir verstehen eben Sozialrecht als etwas, das dann zum Tragen kommt, wenn das Privatrecht Ergänzungsbedarf hat. Und das ist für mich die aktuelle Bewährungsprobe, bei der wir gerade so oft auf einem ganz engen Grat wandern. Fängt das Sozialrecht nicht an, das Privatrecht zu überborden in einem Bereich, wo es gar nicht erforderlich ist? Gerade das Verständnis von der Entlastung der

Kleinfamilie entwickelt eine Eigendynamik, die zum Teil geradezu erschreckend ist und einer Eigenverantwortung diametral entgegensteht. Da kommen natürlich auch Aspekte ins Spiel, die Sie angesprochen haben und die eine lange Tradition aufweisen, insbesondere bevölkerungspolitische Maßnahmen. Das Thema spielt nicht nur in der Sozialversicherung oder der Fürsorge plötzlich eine entscheidende Rolle, sondern prägt insgesamt den Familienlastenausgleich. Dies führt zu einer Überentlastung der Kleinfamilie, die man zumindest mal kritisch hinterfragen sollte. Wir werden in den einzelnen Vorträgen sicher noch darauf kommen, etwa beim Vortrag von Herrn Eichenhofer. Das ist die ganz spannende Gratwanderung: Was muss das Sozialrecht leisten und was vermag das Privatrecht alleine zu erreichen kraft der in ihm organisierten Kräfte?

BEHREND'S:

Vielen Dank. Ihre Worte treffen die Aufgabenstellung, die auch mir vorschwebt. Sicherung privatrechtlicher Räume verantwortlicher Freiheit und sozialrechtliche Fürsorge sind beide legitime Staatsaufgaben, aber beiden in angemessener Weise gerecht zu werden ist in der Tat eine Gratwanderung, in der alles darauf ankommt, dass die politisch Verantwortlichen die Tritte richtig setzen.

Sozialmodell und Menschenbild in der „Hartz-IV“-Gesetzgebung

ULRICH BECKER*

- I. Einführung: Sozialmodelle, Menschenbilder und das Sozialrecht
- II. Die Bausteine der „Hartz-IV“-Gesetzgebung
 1. Die Reduzierung der Sicherheit
 2. Die Regelsätze und die Mitwirkungspflichten
 3. Die Eingliederungsvereinbarungen
 4. Die Bedarfsgemeinschaften
 5. Die Arbeitsgemeinschaften
- III. Bewertung der „Hartz-IV“-Gesetzgebung
 1. Zielsetzungen und Leitvorstellungen der „Hartz-IV“-Gesetzgebung
 - a) Die Begründung des Gesetzgebers
 - b) Die soziale Grundregel
 - c) Die ausländischen Vorbilder und europarechtlichen Anstöße
 2. Eigenverantwortlichkeit und ihre Kautelen
 - a) Der eigenverantwortliche und der bedürftige Mensch
 - b) Der eigenverantwortliche und der individuelle Mensch
 - c) Der eigenverantwortliche und der planende Mensch
 3. Gemeinschaftsgebundenheit
 - a) Die Pflicht zur Arbeit
 - b) Die Pflicht zur Bindung
 - c) Grenzen der Gegenseitigkeit?
 4. Der Mensch als Mensch?
- IV. Schluss

I. Einführung: Sozialmodelle, Menschenbilder und das Sozialrecht

1. Sozialrecht misst zu, was und unter welchen Voraussetzungen der Mensch an Unterstützung durch die Gemeinschaft, in der er lebt, erhalten soll und erwarten darf. Ihm liegen damit bestimmte Vorstellungen vom Menschen und von der Ordnung seines Lebens in einer Gemeinschaft zugrunde, damit auch von Menschenbild und Sozialmodell.

* Der Text wurde Anfang Juli 2007 abgeschlossen. Auf spätere Rechtsänderungen und die zwischenzeitlich ergangene Entscheidung des BVerfG zu den Arbeitsgemeinschaften wird aber hingewiesen.

2. Menschenbild und Sozialmodell sind aufeinander bezogen.¹ Was Menschsein ausmacht und erfordert, bestimmt und begrenzt die Aufgaben der Gemeinschaft. In diesem Sinne erinnert die Unterscheidung von Bild und Modell an die zwischen Betrachter² und Schreiner und damit zwischen Rekonstruktion und Konstruktion, wenn auch der Mensch ohne soziale Einbindung nicht lebensfähig ist und die daraus folgende Gemeinschaftsgebundenheit des Menschen erfordert, Menschenbild und Sozialmodell nicht voneinander zu trennen.³ Auch wenn mit dem Sozialmodell eine soziale Ordnung verbunden wird,⁴ lässt sich diese nicht auf sozialpolitische Anliegen reduzieren – wie es allerdings mittlerweile dem Sprachgebrauch der Europäischen Kommission entspricht,⁵ die der Europäischen Union vielfach das Etikett eines „Europäischen Sozialmodells“ aufdrückt, offensichtlich um der Befürchtung, die europäische Integration könne als pure Marktintegration und damit als einseitig, wenn nicht gar gefährlich gebrandmarkt werden, zu begegnen, obwohl alles andere als klar ist, worin eigentlich das Modellhafte bestehen soll.⁶

-
- 1 Zu Bezugsgrößen des Menschenbildes PETER HÄBERLE, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 3. Aufl. 2005, S. 19 ff.; instruktiv zur Bedeutung der Bezüge für das Verständnis BERND SCHÜNEMANN, Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ in der Falle der Postmoderne und seine überfällige Ersetzung durch den „homo oecologicus“, in: DERS./JÖRG PAUL MÜLLER/LOTHAR PHILIPPS (Hrsg.), Das Menschenbild im weltweiten Wandel der Grundrechte, 2002, S. 3 ff.
 - 2 Vgl. zum Denken in Bildern PAUL KIRCHHOF, Menschenbild und Freiheitsrecht, in: FS für Starck, 2007, S. 275 ff.
 - 3 In seiner Rechtsprechung hat das BVerfG zwar immer wieder auf das „Menschenbild“ Bezug genommen, vgl. näher ULRICH BECKER, Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1996, S. 47 ff., wonach die entsprechenden Passagen Selbstwert und Gemeinschaftsgebundenheit betonen und auf eine Formulierung Wintrichs zurückgehen. Offensichtlich weil die Gemeinschaftsgebundenheit darin vorausgesetzt wird, hat das Gericht aber den Begriff „Sozialmodell“ ausdrücklich nur in Verbindung mit dem Kleingartenrecht verwendet, BVerfG 1 BvR 44/92 vom 9.4.1998 (Kammer – kleingartenrechtliche Räumung), Rn. 8: „Der Gesetzgeber steht bei der Erfüllung des ihm in Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG erteilten Auftrags, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen, vor der Aufgabe, das Sozialmodell zu verwirklichen, dessen normative Elemente sich einerseits aus der grundgesetzlichen Anerkennung des Privateigentums durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG und andererseits aus dem Sozialgebot des Art. 14 Abs. 2 GG ergeben.“ Ebenso Rn. 9 in BVerfG 1 BvR 207/97 vom 25.2.1998 (Kammer – Pachtzinsbegrenzung im Kleingartenrecht) (Zitate nach www.bverfg.de).
 - 4 Vgl. FRANZ WIEACKER, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1952, und dazu OKKO BEHRENDTS, Franz Wieacker 5.8.1908–17.2.1994, ZRG (RA) 112 (1995), S. XIII, XXX f.
 - 5 Vgl. etwa KOM (2005) 33 endg. (Sozialpolitische Agenda), S. 2 ff.; zugeschrieben wird die Begriffsbildung dem früheren Kommissionspräsidenten Jacques Delors.
 - 6 Zu den immer noch sehr unklaren Begrifflichkeiten und den Vorstellungen, wie sich Binnenmarkt und soziale Dienstleistungen zueinander verhalten sollen: Mitteilung der

3. Dem Staat kommt die Aufgabe zu, die Grundlagen der Freiheitsausübung zu sichern und diejenigen, die in der eigenverantwortlichen Wahrnehmung ihrer Freiheit beschränkt sind, zu unterstützen. Darauf hat schon Lorenz von Stein hingewiesen: „Die Freiheit ist eine wirkliche erst in dem, der die Bedingungen derselben, den Besitz der materiellen und geistigen Güter, als die Voraussetzungen der Selbstbestimmung, besitzt“⁷, und er hat daraus abgeleitet, der Staat müsse „den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Fortschritt aller seiner Angehörigen fördern“⁸. Sozialstaatliche Interventionen gewinnen an Bedeutung, wenn die Einbindung des Menschen in gesellschaftliche Einheiten an Verlässlichkeit verliert.

Offen aber bleibt, wie und in welchem Maß der Staat unterstützen und fördern soll.⁹ Wenn behauptet wird, es fehle an einer Theorie der Sozialstaatlichkeit,¹⁰ das Sozialstaatsprinzip sei nicht klar konturiert, liegt der Grund dafür auch in dem Umstand, dass es kein spezifisch sozialstaatliches Menschenbild gibt. Bei der Klärung dessen, was als „sozial“ anzusehen ist, mag man zwar nicht unbedingt, wie Hayek anmerkte, in „einen Morast der Verirrung“¹¹ geraten, wird aber doch auf allgemeine staatsphilosophische und auch anthropologische Überlegungen zurückverwiesen. Das Sozialstaatsprinzip bezieht sich nicht wie das Rechtsstaatsprinzip auf Recht, sondern unmittelbar auf die Ordnung von Lebensverhältnissen. Es bestimmt nicht aus sich heraus, was legitimerweise verteilt werden kann und soll, sondern findet seine eigene Legitimation in den Grundvorstellungen über die Aufgaben einer politischen Gemeinschaft, die allgemein akzeptiert bzw. für richtig gehalten werden.

Kommission zur Umsetzung der Lissabon-Strategie auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2006) 77 endg. Vgl. auch ULRICH BECKER, Die soziale Dimension des Binnenmarktes, in: JÜRGEN SCHWARZE (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, S. 210 ff.

- 7 Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, Bd. 3, Das Königtum, die Republik und die Souveränität der französischen Gesellschaft seit der Februarrevolution 1848, 3. Aufl. 1921, S. 104.
- 8 Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaften Deutschlands, 1876, S. 215.
- 9 Wobei gerade auch bei einem liberalen, auf die Freiheitsentfaltung abstellenden Verständnis die Frage, wie viel staatliche Intervention für diese Entfaltung notwendig und wie viel dafür gefährdend ist, immer umstritten war; vgl. etwa LUDWIG BERNHARD, Unerwünschte Folgen der deutschen Sozialpolitik, 1913, S. 116: „[...] eine solche Zeit ist reif dafür, die Bedeutung der Selbständigkeit, in der persönlichen Initiative wieder zu verstehen und gerade diejenigen Leistungen zu würdigen, in denen keine staatliche Macht mit der privaten Organisation wetteifern kann.“
- 10 HANS MICHAEL HEINIG, Paternalismus im Sozialstaat, in: MICHAEL ANDERHEIDEN u. a. (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 157; WOLFGANG KERSTING, Theorie der sozialen Gerechtigkeit, 2000, Vorwort S. 1.
- 11 So FRIEDRICH A. V. HAYEK, Recht, Gesetz und Freiheit (Das Trugbild sozialer Gerechtigkeit), 2003, S. 229.

Normativer Maßstab für das Handeln des Sozialrechtsgesetzgebers ist die Verfassung. Sie erübrigt allerdings die Ausrichtung des Gesetzgebers an Leitbildern¹² schon deshalb nicht, weil sie als Rahmenordnung des säkularisierten Staates für verschiedene Menschenbilder offen ist.¹³ Sie setzt ihr aber Grenzen. Im Übrigen ist es ein Postulat der Gerechtigkeit, dass der Gesetzgeber die Realität nicht aus dem Blick verliert, die Wirksamkeit der zur Verfolgung seiner Ziele eingesetzten Maßnahmen kontrolliert. Sonst läuft er nicht nur Gefahr, die Erfüllung seiner Aufgaben zu verfehlen, sondern er verschwendet auch die Ressourcen, die er durch seinen Zugriff auf die Ergebnisse gesellschaftlicher Produktion erlangt.

4. „Die wichtige Frage, wie der Armut abzuhelpen sei, ist eine vorzüglich die modernen Gesellschaften bewegende und quälende.“¹⁴ Im Sinne dieser Feststellung Hegels liefert die sog. „Hartz-IV“-Gesetzgebung gutes Anschauungsmaterial für Rückschlüsse auf die Leitvorstellungen, die gegenwärtig dazu dienen, das Verhältnis von Individuum und Gemeinschaft zu bestimmen (unten, III.). Zunächst aber soll im Folgenden geklärt werden, aus welchen Bausteinen diese Gesetzgebung besteht (unten, II.).

12 Im Sinne allgemeiner Vorstellungen in Abgrenzung von im Einzelnen verfolgten Zielen, vgl. die Beiträge von WERNER ENGELHARDT und HORST SANMANN, in: HORST SANMANN (Hrsg.), Leitbilder und Zielsysteme der Sozialpolitik, 1973, S. 9, 18 und 61, 62.

13 ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Vom Wandel des Menschenbildes im Recht, in: GERDA HENKEL STIFTUNG (Hrsg.), Das Bild des Menschen in den Wissenschaften, 2002, S. 193, 222 f.; vgl. aber auch WILLI GEIGER, Menschenrecht und Menschenbild in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, in: DEUTSCHE SEKTION DER INTERNATIONALEN JURISTEN-KOMMISSION (Hrsg.), Menschenrecht und Menschenbild in den Verfassungen Schwedens, Deutschlands und Österreichs, 1983, S. 45, 49 ff., wonach der Mensch im Sinne des Grundgesetzes als „vernunftbegabt, sittlich und religiös“ ersehe. Sofern nicht von in sich geschlossenen (und abgeschlossenen) Bildern ausgegangen wird, kann der Grundtatbestand auch so formuliert werden, dass die Verfassung nur Teilaspekte des Menschen erfasst, so HÄBERLE (Anm. 1), S. 37; vgl. zu einer an Zersplitterung grenzenden funktionalen Aufteilung JAN MICHAEL BERGMANN, Das Menschenbild der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1995, S. 116 ff.; Überblick zu verschiedenen rechtsphilosophischen Ansätzen bei KARL HEINZ AUER, Das Menschenbild als rechtsethische Dimension der Jurisprudenz, 2005, S. 55 ff.

14 Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 244 (zitiert nach stw 1976, S. 390).

II. Die Bausteine der „Hartz-IV“-Gesetzgebung

Das Vierte Gesetz für moderne¹⁵ Dienstleistungen am Arbeitsmarkt¹⁶ ist das letzte in einer Reihe von Arbeitsmarktreformgesetzen, die in zwei Paketen Ende 2002 und Ende 2003 verabschiedet wurden.¹⁷ Es ist bekannt geworden unter dem Namen „Hartz-IV“ – und dieser Name wiederum so bekannt, dass er von der Gesellschaft für deutsche Sprache zum „Wort des Jahres 2004“ gewählt worden ist.¹⁸ Das ist nicht mit dem „Unwort des Jahres“¹⁹ zu verwechseln, die Wahl drückt also keine Wertung aus, sondern gesellschaftliche Relevanz. „Hartz-IV“ hat diese Aufmerksamkeit zweifellos verdient. Kaum ein anderes Gesetz hat in der letzten Zeit so stark und so dauerhaft die Gemüter bewegt, sowohl in der politischen Auseinandersetzung, öffentlichen Diskussionsrunden als auch privaten Gesprächen. Dieses zielte und zielt, wie die im Jahre 2003 vorgestellte „Agenda 2010“, darauf ab, „Rahmenbedingungen für mehr Wachstum und für mehr Beschäftigung“²⁰ zu schaffen – in einem Klima, in dem Klagen über die „deutsche Krankheit“ der Reformunfähigkeit²¹ und eine „blockierte Republik“²² geführt worden waren.

Mit der Einführung des SGB II war eine Reihe von Änderungen und Neuerungen verbunden. Wenn auch der Name des grundlegenden und als Datum den Heiligabend führenden Gesetzes – „moderne Dienstleistungen“ – in erster Linie besseren staatlichen Service erwarten ließ, steckt hinter ihm zugleich eine grundlegende Neuordnung des Sozialleistungsrechts. Sie ist zumindest für viele mit spürbaren Einschnitten verbunden, auch wenn diese einigen Beob-

15 Polemisch zu dieser „Modernität“ WOLFGANG SPELLBRINK, Das Einstiegsgeld nach § 29 SGB II – oder von den Aporien „moderner“ Gesetzgebung, NZS 2005, S. 231 f.

16 Viertes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 24. 12. 2003 (BGBl. I, S. 2954).

17 Erstes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 23. 12. 2002 (BGBl. I, S. 4607); Zweites Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 23. 12. 2002 (BGBl. I, S. 4621); Drittes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 23. 12. 2003 (BGBl. I, S. 2848).

18 Liste im Internet unter <http://www.gfds.de/woerter.html>.

19 Dazu <http://www.unwortdesjahres.org>.

20 Regierungserklärung von Bundeskanzler Schröder am 14. 3. 2003 vor dem Deutschen Bundestag (<http://archiv.bundesregierung.de/bpaexport/regierungserklaerung/79/472179/multi.htm>). Die sog. Arbeitsmarktreformen stellten nach eigenem Verständnis „das umfassende Programm der Bundesregierung zur dauerhaften Sicherung des Sozialstaats, für mehr Arbeit und zur Stärkung des Standorts Deutschland“ dar, vgl. <http://www.bundesregierung.de/Themen-A-Z/-,9757/Agenda-2010.htm>.

21 Allgemein zu den zahlreichen das Sozialrecht betreffenden Reformen der letzten Jahre, ihren Motiven und Hintergründen, EBERHARD EICHENHOFER, Sozialreformen zwischen Vision und Wirklichkeit, NZS 2007, S. 57 ff.

22 PAUL NOLTE, Generation Reform, Jenseits der blockierten Republik, 2005.

achtern, insbesondere aus ökonomischer Sicht, noch nicht weit genug gingen.²³ In der Zwischenzeit, den ersten zwei Jahren seit Inkrafttreten, hat die Sozialgerichte eine bis dahin nie gekannte „Klagewelle“ erreicht²⁴ und der Gesetzgeber nicht weniger als fünfmal nachgebessert.²⁵ Bestand zunächst „viel Verwirrung um Hartz IV“²⁶, brachten einige höchstrichterliche Entscheidungen und die gesetzgeberischen Korrekturen etwas Klärung, ohne die Bausteine, aus denen „Hartz-IV“ besteht, grundlegend zu verändern. Es sind im Wesentlichen fünf, die kurz vorgestellt werden müssen: erstens der Umbau der Leistungen bei Arbeitslosigkeit (unten, 1.), zweitens die Unterstützung, die nun Erwerbssuchenden geleistet wird (unten, 2.), drittens die vertraglichen Absprachen, die diese Unterstützung begleiten (unten, 3.), viertens die Bedarfsgemeinschaften (unten, 4.) und schließlich die Änderungen in der Verwaltungsorganisation, die auch im Zusammenhang mit dem hier behandelten Thema nicht unerwähnt bleiben dürfen (unten, 5.).

1. Die Reduzierung der Sicherheit

a) Die Leistungen bei Arbeitslosigkeit sind durch die Zusammenführung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe zu der neuen Sozialleistung „Grundsicherung für Arbeitsuchende“ grundlegend umgestaltet worden. In der gesetzgeberischen Begründung ist in diesem Zusammenhang von „Synergieeffekten“²⁷ die Rede: Das „Nebeneinander zweier Fürsorgeleistungen“ sei „insgesamt wenig effizient, verwaltungsaufwendig und intransparent“²⁸ gewesen. Das ist bemerkenswert.

23 Vgl. statt vieler HANS WERNER SINN, *Ist Deutschland noch zu retten?*, 2003.

24 So die Einschätzung des Präsidenten des BSG, NJW 2006, H. 11, S. XVI; in 2006 stieg die Zahl der neuen Verfahren von 57.000 auf knapp 100.000 Fälle, FAZ v. 2.2.2007, S. 11.

25 Gesetz zur Neufassung der Freibetragsregelungen für erwerbsfähige Hilfebedürftige (Freibetragsneuregelungsgesetz) v. 14.8.2005 (BGBl. I, S. 2407); Erstes Gesetz zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch v. 22.12.2005 (BGBl. I, S. 3675); Gesetz zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze v. 24.3.2006 (BGBl. I, S. 558); Gesetz zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitsuchende v. 20.7.2006 (BGBl. I, S. 1706); Gesetz zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und des Finanzausgleichsgesetzes v. 22.12.2006 (BGBl. I, S. 3376); vgl. überblicksartig zum Inhalt dieser Gesetzesänderungen UWE BERLIT, *Neuregelungen im Leistungsrecht des SGB II zum 1. April/1. Juli 2006*, info also 2006, S. 51 ff.; HANS-ULRICH WETH, *Neuregelungen im SGB II und SGB XII 2006/2007*, info also 2007, S. 93 ff.; ausführlicher zum SGB II-Fortentwicklungsgesetz JONATHAN FAHLBUSCH/IMME MÜLLER/STEPHAN RIXEN, *Das SGB II-Fortentwicklungsgesetz*, NDV 2006, S. 411 ff.; eine Bewertung der Gesetzesänderungen durch das zum 1.8.2008 in Kraft getretene Gesetz zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitsuchende findet sich auch bei WOLFGANG SPELLBRINK, *Viel Verwirrung um Hartz IV*, JZ 2007, S. 28 ff.

26 So der Titel eines Aufsatzes von SPELLBRINK (Anm. 25), JZ 2007, S. 28 ff.

27 BT-Drucks. 15/1516, S. 42.

28 BT-Drucks. (Anm. 27).

Denn lässt man das mehr als fragwürdige Argument der Intransparenz beiseite, so fällt die einseitige Hervorhebung einer ökonomischen Zielsetzung ins Auge. Dabei ging es doch zugleich um mehr als eine bessere Verwaltung, nämlich die Gleichbehandlung von Personen, die sich in einer vergleichbaren Situation befinden, weil sie mangels eigener Erwerbstätigkeit auf Unterstützung angewiesen sind.²⁹

Zuvor kamen alle, die erwerbstätig gewesen waren, aber ihren Arbeitsplatz verloren hatten, auf Dauer in den Genuss einer Geldleistung, deren Höhe an dem zuletzt bezogenen Entgelt bemessen war. Sie erhielten in der Regel zunächst Arbeitslosengeld, eine auf Beitragszahlung beruhende Versicherungsleistung, nach dessen Auslaufen Arbeitslosenhilfe, die allerdings steuerfinanziert und bedürftigkeitsabhängig war. Das bedeutete, dass ihnen – wenn auch auf einem relativ niedrigen Niveau von 57 bzw. 53 %³⁰ – eine Sicherung des einmal erreichten Einkommensstandards gewährt wurde. Diejenigen, die hingegen nie oder nur für sehr kurze Zeit³¹ erwerbstätig waren, mussten sich mit der Sozialhilfe begnügen, d. h. einer nach Bedürftigkeit bemessenen Unterstützung, die das Ziel hat, die Existenz zu sichern. Das SGB II sieht nun vor, dass alle Erwerbsuchenden unabhängig von ihrer Vorgeschichte eine einheitliche Geldleistung erhalten, das sogenannte Arbeitslosengeld II, das um die Kosten für die Unterkunft ergänzt wird.

b) Gleichzeitig wurde die Bezugsdauer des Arbeitslosengeldes verkürzt, nämlich von früher maximal 32 auf 12 Monate. Lediglich ältere Arbeitnehmer besitzen einen Anspruch auf eine längere Bezugszeit.³² Diese Regelung ist mit Rücksicht auf die schlechten Vermittlungschancen älterer Arbeitnehmer getroffen worden. Man kann sich nur fragen, ob die Altersgrenze hier richtig

29 Vgl. zu diesem Aspekt JOHANNES MASING, Umbau des Doppelregimes von Sozial- und Arbeitslosenhilfe, DVBl. 2002, S. 7 ff.; WINFRIED BOECKEN, Förderung der Eigenverantwortung in der Sozialhilfe und Zusammenführung von Sozialhilfe und Arbeitslosenhilfe (Konvergenz), 2003.

30 Die Sätze waren zum 1. 1. 1994 von 58 % und 56 % abgesenkt worden durch das Erste Gesetz zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms (1. SKWPG) vom 21. 12. 1993 (BGBl. I, S. 2353).

31 Vgl. zu den früheren Voraussetzungen der originären Arbeitslosenhilfe (fünf bzw. acht Monate Beschäftigungs- oder Anwartschaftszeit) § 191 I Nr. 2 SGB III a.F. Diese Form der ALHi war allerdings seit dem 1. 1. 1994 auf einen Bezugszeitraum von 12 Monaten begrenzt, vgl. § 315a AFG und § 197 SGB III a.F.

32 Zunächst für über 55-Jährige maximal 18 Monate, so § 127 SGB III; Voraussetzung war die Erfüllung einer Anwartschaftszeit von 36 Monaten (bei 30 Monaten Anwartschaft beträgt die Bezugsdauer 15 Monate). Die Bezugsdauer für über 50-jährige Arbeitslose wurde – entgegen dem hier unterbreiteten Vorschlag – zwischenzeitlich verlängert durch das Siebte Gesetz zur Änderung des Dritten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze v. 8. 4. 2008 (BGBl. I, S. 681): Nach Vollendung des 50. Lebensjahrs beträgt sie nun 15 Monate; nach Vollendung des 58. Lebensjahrs 24 Monate.

gesetzt ist. Offensichtlich haben heute schon um die 50 Jahre alte Arbeitslose Schwierigkeiten, einen neuen Arbeitsplatz zu finden. Der Ermessensspielraum des Gesetzgebers ist aber durch die gewählte Festlegung angesichts der mit der Reform verfolgten Ziele und der vorhandenen statistischen Daten nicht überschritten, und das Gemeinschaftsrecht³³ fordert hier, anders als bei den arbeitsrechtlichen Befristungsregelungen,³⁴ keine Überprüfung einer möglichen Altersdiskriminierung.³⁵

2. Die Regelsätze und die Mitwirkungspflichten

Das SGB II setzt die monatliche Regelleistung für einen allein stehenden³⁶ Erwerbsfähigen³⁷ auf 345 Euro³⁸ (§ 20 II SGB II) fest.³⁹ Dieser Satz gilt seit dem 1.7.2006 einheitlich im gesamten Bundesgebiet.⁴⁰ Insgesamt setzt der Gesetzgeber auf eine Pauschalierung von Leistungen. Der Regelsatz dient im umfassenden Sinn zur Deckung der Bedarfe einschließlich der Teilnahme am kulturellen Leben (vgl. § 20 I SGB II).⁴¹ Die Idee der Konzeption ist, zumindest im Vergleich zu den früheren Sozialhilfesätzen die pauschalierte Leistung etwas höher anzusetzen⁴² und den Beziehern damit einen kleinen Spielraum zum eigenständigen Wirtschaften zu lassen.⁴³ Dem entspricht auch die Verschonung von Freibeträgen für notwendige Anschaffungen in Höhe von 750 Euro (§ 12 II Nr. 4 SGB II). Einmalige Leistungen sind weitgehend aus dem Sozialhilferecht sowohl des SGB II als im Übrigen auch des SGB XII verbannt worden. Nur in geringem Umfang werden sie noch gesondert erbracht, als Mehrbedarfe für

33 Art. 3 III RL 2000/78/EG vom 27.11.2000.

34 § 14 III 3 TzBfG.

35 Vgl. dazu die rechtsdogmatisch höchst umstrittene Entscheidung des EuGH v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 (Mangold).

36 Zu dem Begriff (hier: Kinder über 25 Jahre, die mit ihren Eltern zusammenwohnen) BSG v. 07.11.2006, B 7b AS 6/06 R.

37 Zum Begriff der Erwerbsfähigkeit STEPHAN RIXEN, Erwerbsfähigkeit als Schlüsselbegriff der Arbeitsmarktreform, insbesondere im SGB II, info also 2006, S. 153 ff.

38 Ab 1.07.2007: 347 Euro. Die Steigerung erklärt sich mit der ebenfalls zu diesem Zeitpunkt vorgenommenen Anpassung der Renten, vgl. auch unten, III. 2. a).

39 Vgl. zur Absenkung innerhalb von Bedarfsgemeinschaften § 20 III SGB II.

40 Zuvor in den sog. neuen Ländern 331 Euro. Die Änderung erfolgte durch das Gesetz zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze v. 24.03.2006 (BGBl I, S. 558).

41 Was durch die Erweiterung des § 3 III 1 durch das Gesetz zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitsuchende vom 20.07.2006 (BGBl. I, S. 1706) unterstrichen wird.

42 Im Vergleich zu den Regelsätzen von 2003 um ca. 16%, CHRISTIAN BRÜNNER, in: LPK-SGB II, 2. Aufl. 2006, § 20, Rn. 4.

43 Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Erbringung von Sachleistungen im Falle des § 23 I SGB II.

werdende Mütter, Personen, die Kinder erziehen, behindert oder krank sind (§ 21 SGB II), ferner für die Erstausrüstung von Wohnung und Bekleidung bzw. mehrtägige Klassenfahrten (§ 23 III SGB II).

3. Die Eingliederungsvereinbarungen

Im SGB II ist vorgesehen, dass die Agentur für Arbeit „im Einvernehmen mit dem kommunalen Träger mit jedem erwerbsfähigen Hilfebedürftigen die für seine Eingliederung erforderlichen Leistungen vereinbaren soll“ (§ 15 Abs. 1 S. 1). Diese Eingliederungsvereinbarungen sollen Rechte und Pflichten von Träger und Leistungsbezieher regeln: was zur Eingliederung erbracht wird, welche Bemühungen dafür geschuldet werden und welche Leistungen Dritter zu beantragen sind.⁴⁴ Ihre Qualifizierung war vor allem unter Sozialrechtlern sehr umstritten. Handelt es sich um einen Vertrag oder nur vorbereitendes Verwaltungshandeln, und welche Rechtsform sollte er haben?⁴⁵

Zunächst kann es sich nur um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handeln, weil er sich auf Rechte und Pflichten aus dem SGB II bezieht,⁴⁶ und nach der im Verfahrensrecht enthaltenen Systematik um einen subordinationsrechtlichen⁴⁷ Austauschvertrag (§ 55 SGB X). Nun ist aber die Vertragsnatur bestritten worden⁴⁸, und zwar mit Argumenten, die sich sowohl auf den Inhalt als auch auf das Zustandekommen beziehen. Inhaltlich gesehen bestehen an dem verbindlichen Charakter der Eingliederungsvereinbarung keine Zweifel. Denn im SGB II legt erst die Eingliederungsvereinbarung rechtlich verbindlich für jeden Einzelnen fest, welche Leistungen dieser zur Eingliederung (vgl. § 16 SGB II) erhält, und im Gegenzug konkretisiert sie dessen Verpflichtung, seinerseits das

44 § 15 I 2 SGB II, zur Dauer § 15 I 3 SGB II und zur Einbeziehung anderer Personen aus einer Bedarfsgemeinschaft § 15 II SGB II.

45 Vgl. zur dogmatischen Einordnung der Eingliederungsvereinbarung des SGB II, insbesondere auch bzgl. ihrer Abgrenzung zu ähnlichen Instrumenten im SGB III und SGB XII, MARKUS SCHÖN, *Forderndes Fördern: Die Eingliederungsvereinbarung des SGB II im Lichte der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG*, SGB 2006, S. 290, 292 ff.

46 Vor dem Hintergrund der sog. Gegenstandslehre, zur beschränkten Aussagekraft der hergebrachten Kategorisierungen EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl. 2004, S. 343 f.

47 Zu den Voraussetzungen nur HANS GÜNTER HENNEKE, in: HANS-JOACHIM KNACK (Hrsg.), *VwVfG*, 8. Aufl. 2000, § 54, Rn. 9.

48 WOLFGANG SPELLBRINK, *Eingliederungsvereinbarung nach SGB II und Leistungsab-sprache nach dem SGB XII aus der Sicht der Sozialgerichtsbarkeit*, Sozialrecht aktuell 2006, S. 52, 54 ordnet sie wegen der „pseudokonsensualen Form“ als hoheitliches Handeln sui generis ein. DANIEL O’SULLIVAN, *Verfassungsrechtliche Fragen des Leistungsrechts der Grundsicherung*, SGB 2005, S. 369, 372 bezeichnet sie als Mischform; für PHILIPP STARK, in: MARTIN ESTELMANN (Hrsg.), *SGB II*, Stand 2005, § 15, Rn. 19 ff. ist sie eine bloß unverbindliche Absichtserklärung.

zur Eingliederung Erforderliche zu unternehmen.⁴⁹ Insofern handelt es sich um eine rechtlich erhebliche Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen der Arbeitsagentur und dem Hilfebedürftigen.

Auch an dem auf beiden Seiten erforderlichen Rechtsbindungswillen⁵⁰ fehlt es nicht. Weder sind die gegenseitigen Verpflichtungen nicht durchsetzbar noch hindert die Befugnis der Agentur, bei Nichtzustandekommen der Eingliederungsvereinbarung einen Verwaltungsakt zu erlassen (§ 15 I 6 SGB II),⁵¹ die Annahme einer rechtlichen Bindung. Im Gegenteil: Es zeichnet gerade den subordinationsrechtlichen Vertrag aus, dass im Übrigen eine Verwaltungsaktbefugnis besteht.⁵² Die gesetzliche Ausgestaltung stellt aber den Vorrang einer vertraglichen Absprache unmissverständlich klar. Aus ihr folgt zugleich: Jeder Hilfebedürftige hat einen Anspruch auf Abschluss einer Eingliederungsvereinbarung, bis zum Scheitern der Vertragsverhandlungen besteht ein Verbot, in Form eines Verwaltungsakts zu handeln.

4. Die Bedarfsgemeinschaften

Wie im allgemeinen Sozialhilferecht besteht bei der Grundsicherung für Arbeitsuchende der Vorrang der Selbsthilfe⁵³, wobei für die Bestimmung des Bedarfs und der Bedürftigkeit nicht nur auf die einzelne Person, sondern auf die Gemeinschaft, in der diese lebt, abgestellt wird (§ 9 II SGB II).

Die Bedarfsgemeinschaft erfasst unter dem unpräzisen Begriff des „Partners“⁵⁴ die (nicht dauernd getrennt lebenden) Ehegatten und Lebenspartner⁵⁵,

49 Anders und unabhängig von der gleichlautenden Vereinbarung im Arbeitsförderungsrecht (§ 35 IV SGB III: Eingliederungsvereinbarung zur Bestimmung der Vermittlungsbemühungen des Trägers und der „Eigenbemühungen des Arbeitslosen“), anders und für Vergleichbarkeit aber JÜRGEN KRUSE, in: DERS./REINHARD/WINKLER, SGB II, 2005, § 15, Rn. 3.

50 KOPP/RAMSAUER, VwVfG, 9. Aufl. 2005, § 54, Rn. 25.

51 Krit. dazu wegen der Unbestimmtheit der Eingriffsbefugnisse INGWER EBSEN, Der Arbeitslose als Sozialbürger und Klient, in: FS zum 50-jährigen Bestehen des BSG, 2004, S. 725, 735.

52 Vgl. zum Verhältnis von subordinationsrechtlichem Vertrag und Verwaltungsakt auch INGWER EBSEN, VwVfG, 9. Aufl. 2005, § 54, Rn. 48. Richtig NILS LEHMANN-FRANSEN, Unangemessene Eigenbemühungen und die Nichtigkeit der Eingliederungsvereinbarung, NZS 2005, S. 519, 521.

53 Ständige Rspr. seit BVerwGE 27, S. 58 (zum früheren Sozialhilferecht). In diesem Sinne wird auch der Gestaltungsauftrag aus Art. 20 I GG gedeutet, so KARL-PETER SOMMERMANN, in: v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2005, Bd. 2, Art. 20, Rn. 106.

54 Zum Begriff LSG Baden-Württemberg v. 02.12.2005, L 8 AS 4496/05 ER-B; LSG Berlin-Brandenburg v. 18.01.2006, L 5 B 1362/05 AS ER; LSG Niedersachsen-Bremen v. 03.08.2006, L 9 AS 349/06 ER.

55 Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (LPartG) v. 16.02.2001 (BGBl. I, S. 266); zur Verfassungskonformität BVerfGE 105, S. 313.

ferner die unverheirateten Kinder⁵⁶ bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres⁵⁷ sowie nach einer Neufassung⁵⁸ jede „Person, die mit dem erwerbsfähigen Hilfebedürftigen in einem Haushalt so zusammenlebt, dass nach verständiger Würdigung der wechselseitige Wille anzunehmen ist, Verantwortung füreinander zu tragen und füreinander einzustehen“ (§ 7 III SGB II).⁵⁹ Die letztgenannte Voraussetzung knüpft an die Rechtsprechung des BVerfG zur Berücksichtigung eheähnlicher Gemeinschaften im Arbeitsförderungsrecht⁶⁰ an und beendet verfassungsrechtliche Diskussionen um die Einbeziehung partnerschaftsähnlicher Lebensgemeinschaften⁶¹. Die „verständige Würdigung“ wird durch eine gesetzliche Vermutung geleitet⁶².

In diesem Zusammenhang wurde der Neuregelung ganz allgemein vorgehalten, sie erweise sich als familienfeindlich. Jedoch ist sie Ausdruck dessen, dass Bedürftigkeit Leistungsvoraussetzung ist und staatliche Leistungen gegenüber den – auch rechtlich durch Unterhaltspflichten abgesicherten – Leistungen im Rahmen kleinerer Gemeinschaften subsidiär sind.⁶³ Wenn Ehe und Familie

56 Vgl. jedoch LSG Hamburg v. 02.08.2005, L 5 B 186/05: keine Unterhaltsverpflichtung für eheähnlichen Partner gegenüber „Stiefkindern“.

57 Für einen Verstoß gegen Art. 3 GG aufgrund der Einbeziehung volljähriger Kinder unter 25 Jahren FRIEDRICH PUTZ, Verfassungswidrige, nicht beabsichtigte Kürzung der Regelleistung durch Einbeziehung von volljährigen Kindern in eine Bedarfsgemeinschaft mit einem Elternteil, info also 2006, S. 107 f.

58 Durch das Gesetz zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitsuchende v. 20.07.2006 (BGBl. I, S. 1706). Vgl. dazu auch MARIA WERSIG, Die Neudefinition der „eheähnlichen Gemeinschaft“ im SGB II, info also 2006, S. 246 ff.

59 Zur Abgrenzung von einer bloßen Wohngemeinschaft LSG Baden-Württemberg v. 02.12.2005, L 8 AS 3441/05 ER-B: keine Haushaltsgemeinschaft i.S.d § 9 SGB II bei einem wirksamen Untermietvertrag, da das für Hausgemeinschaften kennzeichnende „Wirtschaften aus einem Topf“ nicht angenommen werden kann, wenn ein Bewohner dem anderen Mietzins zahlen muss.

60 Zum Begriff BVerfGE 87, S. 234, 264: „Gemeint ist also eine Lebensgemeinschaft zwischen einem Mann und einer Frau, die auf Dauer angelegt ist, daneben keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt und sich durch innere Bindungen auszeichnet, die ein gegenseitiges Entstehen der Partner füreinander begründen, also über die Beziehungen in einer reinen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen.“

61 Die schon sehr früh die Gerichte beschäftigten, vgl. SG Düsseldorf v. 16.02.2005, S 35 SO 28/05 ER; ferner LSG Nordrhein-Westfalen v. 21.04.2005, L 9 B 6/05 SO ER; LSG Sachsen v. 14.04.2005, L 3 B 30/05 AS-ER.

62 § 7 IIIa SGB II: „Ein wechselseitiger Wille, Verantwortung füreinander zu tragen und füreinander einzustehen, wird vermutet, wenn Partner
1. länger als ein Jahr zusammenleben,
2. mit einem gemeinsamen Kind zusammenleben,
3. Kinder oder Angehörige im Haushalt versorgen oder
4. befugt sind, über Einkommen oder Vermögen des anderen zu verfügen.“

63 Zur Subsidiarität staatlicher Leistungen zu familiären Unterhaltsleistungen, vgl. BVerfGE 103, S. 242; BSG SozR 4–4300 § 193 Nr. 2; BSGE 94, S. 121.

trotz aller gewandelten gesellschaftlichen Verhältnisse auch weiterhin als gegenseitige Einstandsgemeinschaft verstanden werden, dies auch im Steuerrecht nachvollzogen wird,⁶⁴ dann ist deren Berücksichtigung im SGB II nur konsequent.⁶⁵ Allerdings wird eine rechtliche Verantwortung mittlerweile weit über die eigentlichen familienrechtlichen Beziehungen hinausgehend begründet.⁶⁶ Da es aber um die Gewährung von Sozialleistungen geht, scheidet eine enge, an Unterhaltsbeziehungen anknüpfende Umschreibung der Einstandspflicht aus, zumal damit wiederum vielfache Abgrenzungs- und Gleichbehandlungsprobleme verbunden wären. Dass der Gesetzgeber mit der Bezeichnung als „Bedarfsgemeinschaft“ (§ 7 II 1, III SGB II) Anklänge an eine im Sozialhilferecht überkommen geglaubte Bedarfszusammenführung und -kollektivierung weckt,⁶⁷ ist angesichts der gesetzlichen Ausgestaltung, insbesondere der Einführung des Sozialgelds (§ 28 SGB II),⁶⁸ zu verschmerzen.⁶⁹

Das Hauptproblem der gesetzlichen Ausgestaltung besteht vielmehr in der Art und Weise, in der jeder Angehörige einer Bedarfsgemeinschaft in das SGB II einbezogen wird. Anders als im früheren Sozialhilferecht wird nämlich nicht nur ein gemeinsamer Bedarf bestimmt, sondern besitzen darüber hinaus die einzelnen Mitglieder eigene Rechte, aber ebenso Pflichten – und zwar auch die Personen, die, ohne selbst hilfebedürftig zu sein, mit Hilfebedürftigen zusammenleben (§ 7 II SGB II). Diese Konstruktion führt zu Verwerfungen⁷⁰ und ist, zumindest ohne verfahrensrechtliche Flankierung, wie es das BSG vorsichtig ausgedrückt hat, „objektiv der Verwaltungspraktikabilität und Verfahrensökonomie nicht dienlich“⁷¹. Das selbstgesteckte Ziel, Verfahrenserleichterungen vorzusehen, hat der Gesetzgeber damit verfehlt.⁷²

64 Vgl. BVerfGE 107, S. 27 ff.; PAUL KIRCHHOF, Ehe- und familiengerechte Gestaltung der Einkommenssteuer, NJW 2000, S. 2792, 2793.

65 Vgl. im Rahmen der Arbeitslosenhilfe auch BVerfGE 75, S. 382, 395.

66 Krit. dazu DIETER SCHWAB, FAZ v. 23.11.2006, S. 8.

67 Vgl. zur Diskussion um die Begrifflichkeit mit angenehmer Nüchternheit nur ALBRECHT BRÜHL, in: LPK-SGB II (Anm. 42), § 7, Rn. 29 f.

68 Vgl. dazu PETER MROZYNSKI, Grundsicherung für Arbeitsuchende, im Alter, bei voller Erwerbsminderung und die Sozialhilfereform, ZfSH/SGB 2004, S. 198, 203 f.

69 Jedenfalls solange keine Kollektivhaftung der Mitglieder im Falle von Sanktionen erfolgt, vgl. zu dieser Befürchtung und einen „Systemwandel“ befürchtend UWE BERLIT, Zusammenlegung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe, info also 2003, S. 195, 198 f.

70 Näher dazu WOLFGANG SPELLBRINK, Die Bedarfsgemeinschaft gemäß § 7 SGB II eine Fehlkonstruktion?, NZS 2007, S. 121 ff.

71 BSG v. 7.11.2006, B 7b AS 8/06 R, Rn. 29; beispielsweise ist die Bedarfsgemeinschaft als solche nicht klagebefugt, BSG v. 7.11.2006, B 7b AS 8/06 R, Rn. 13; zu den im Urteil geäußerten Folgerungen des BSG CAREN PETERS/ANTJE WRACKMEYER, Erste Entscheidungen des Bundessozialgerichts zum SGB II, NDV 2007, S. 145, 151 ff.; vgl. ebenfalls die Urteilsanmerkungen von VOLKER WAHRENDORF, SGB 2007, S. 314 ff., und PAUL FEUCHTE, NZS 2007, S. 131 f.

72 Zu dieser Zielsetzung BT-Drucks. 15/1516, S. 63 zu § 38.

5. Die Arbeitsgemeinschaften

Nicht unerwähnt bleiben soll die Verwaltung des SGB II. Die hier erfolgten Reformen sind bemerkenswert, auch wenn sie nicht unmittelbar die Stellung der Leistungsbezieher betreffen. Der sog. „Vermittlungsskandal“ führte zu organisatorischen Änderungen bei der früheren Bundesanstalt für Arbeit,⁷³ deren Dienststellen nun im für moderner gehaltenen Gewand der Agenturen erscheinen. Die „öffentliche Behörde“ sollte und soll sich, wie ein Beobachter bemerkte, in „eine Dienstleistungsinstitution mit privatwirtschaftlichen Führungsstrukturen“ verwandeln.⁷⁴ Die Bundesagentur ist zuständig für die arbeitsmarktpolitischen Maßnahmen und die Zahlung des Arbeitslosengeldes. Weil sich die Länder erwartungsgemäß dagegen sträubten, ihr die gesamte Verwaltungstätigkeit zu überlassen, sind zugleich die kreisfreien Städte zuständig für die Gewährung der Betreuungs- und Beratungsleistungen, der Leistungen für Unterkunft und Heizung und von Sachleistungen.⁷⁵

Mit der geteilten Zuständigkeit⁷⁶ wurde das ursprüngliche Ziel, Leistungen aus einer Hand zu gewähren,⁷⁷ verfehlt. Im Vermittlungsverfahren fand der Gesetzgeber aber eine Lösung in Form der grundsätzlich verpflichtenden Schaffung von Arbeitsgemeinschaften (§ 44b SGB II), mit denen erreicht werden soll, dass regelmäßig trotz gespaltener Trägerschaft⁷⁸ für die Leis-

73 Durch das Dritte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (Anm. 17). Vgl. auch STEFAN SELL, Vom Vermittlungsskandal der Bundesanstalt für Arbeit zu Hartz IV, in: DOMINIK HAUBNER/ERIKA MEZGER/HERMANN SCHWENGEL (Hrsg.), Agenda-setting und Reformpolitik, 2005, S. 285 ff.

74 GÜNTHER SCHMID, Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt: Strategie und Vorschläge der Hartz-Kommission, Aus Politik und Zeitgeschichte B 06–07/2003 (im Internet unter http://www.bpb.de/publikationen/AQ0T8O,0,0,Moderne_Dienstleistungen_am_Arbeitsmarkt:Strategie_und_Vorschlaege_der_HartzKommission.html).

75 Vgl. zur Aufteilung § 6 I SGB II. Zu verfassungsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit diesen Finanzierungszuständigkeiten des SGB II THOMAS OPPERMAN, Verfassungsrechtliche Fragen zur Finanzierung der Grundsicherung für Arbeitsuchende, DVBl 2005, S. 1008 ff.

76 Die bei den sog. Optionskommunen vermieden wird, vgl. § 6a SGB II, eingefügt durch das Gesetz zur optionalen Trägerschaft der Kommunen nach dem SGB II (KOG) v. 30.07.2004 (BGBl. I, S. 2014); dazu HANS GÜNTER HENNEKE, Gesetzgeber läßt Wettbewerb der Systeme bei Grundsicherung für Arbeitsuchende zu, Der Landkreis 2004, S. 467 ff. Zur Zeit (Stand Januar 2006) existieren 69 Optionskommunen.

77 BT-Drucks. 15/1516, S. 42; Bericht der Hartz-Kommission, S. 27.

78 Allerdings „sollen“ nur die Kommunen ihre Aufgaben auf die Arbeitsgemeinschaft übertragen, § 44b III 2 SGB II. Tatsächlich gibt es gegenwärtig (Stand Januar 2006) noch in 19 Kommunen eine getrennte Trägerschaft (BA, SGB II Kennzahlen für interregionale Vergleiche, Jan. 2007, abrufbar unter <http://www.pub.arbeitsamt.de>).

tungsempfänger⁷⁹ ein einziger Ansprechpartner existiert.⁸⁰ Positiv formuliert sind die darauf bezogenen Vorschriften im SGB II Ausdruck großer Experimentierfreude, die aber mit verfassungsrechtlichen Zweifeln⁸¹ verbunden ist. Auffällig ist vor allem, was im Gesetz nicht geregelt wurde: Offen bleiben nicht nur Rechtsform und Rechtspersönlichkeit, sondern auch die Organstruktur.⁸² Geregelt ist nur, dass Arbeitsgemeinschaften einen Geschäftsführer haben (§ 44b II SGB II) und durch Vertrag zu gründen sind, wobei dieser aber entweder zivilrechtlich⁸³ oder öffentlich-rechtlich⁸⁴ sein kann (§ 44b I 1 SGB II), schließlich, dass sie der staatlichen Aufsicht unterliegen (§ 44b III 4 SGB II)⁸⁵. Offensichtlich ist es Absicht des Gesetzgebers, weit über die Arbeitsgemeinschaften nach dem SGB X⁸⁶ und die bisherige Kooperation zwischen Arbeits-

79 Nach HANS GÜNTER HENNEKE, Aufgabenwahrnehmung und Finanzlastverteilung im SGB II als Verfassungsproblem, DÖV 2005, S. 177, 187 f., handelt es sich um eine „Aufspaltung“ von Aufgabenträgerschaft und -wahrnehmung.

80 Vgl. auch die Übergangsvorschriften in §§ 65a ff. SGB II; dazu TILMAN BREITKREUZ, Die Leistungsträger nach dem SGB II im System des Sozialverwaltungsrechts, SGB 2005, S. 141, 143 f.

81 Zur Zeit der Abfassung des Texts waren beim BVerfG (Az. 2 BvR 2433 und 2 BvR 2434/04) Kommunalverfassungsbeschwerden von elf Kreisen anhängig gegen § 6 I 1 Nr. 2, § 44b, § 46 I, V bis X SGB II und § 19a II SGB I zur Frage der verfassungsrechtlichen Anforderungen an den bundesgesetzlichen Durchgriff auf die kommunale Ebene. Näher zu diesen Verfahren HANS GÜNTER HENNEKE, Kommunale Verfassungsbeschwerden von elf Landkreisen gegen Hartz IV-Regelungen, Der Landkreis 2005, S. 3 ff. Vgl. zu den diesbezüglichen verfassungsrechtlichen Zweifeln schon HANS LÜHMANN, Verfassungswidrige Zusammenlegung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe im SGB?, DÖV 2004, S. 677, 679 ff. Am 20.12.2007 hat das BVerfG entschieden, dass § 44b SGB II verfassungswidrig ist, weil Arbeitsgemeinschaften dem Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung widersprechen; der Gesetzgeber muss bis zum 31.12.2010 eine andere Regelung treffen (http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20071220_2bvr243304.html mit abw. Meinung).

82 Umfassender Problemaufriss bei JAN RUGE/IRENE VORHOLZ, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragestellungen bei der Arbeitsgemeinschaft nach § 44b SGB II, DVBl 2005, S. 403 ff.

83 Vgl. jedoch MICHAEL QUAAS, Die Arbeitsgemeinschaft nach dem neuen SGB II: Ungelöste Rechtsfragen zur Rechtsnatur der Einrichtung, SGB 2004, S. 723, 726, der wegen des öffentlichen Zwecks die Alternative der Privatrechtsform von vornherein für unzulässig hält. Auch für RUGE/VORHOLZ (Anm. 82), DVBl 2005, S. 409 ff. kommen privatrechtliche Rechtsformen nicht in Betracht, und zwar neben den kommunalhaftungsrechtlichen Bedenken auch aus Gründen der fehlenden Beleihung.

84 Vgl. die grds. Bedenken bei RUGE/VORHOLZ (Anm. 82), DVBl 2005, S. 415 gegen jegliche öffentlich-rechtliche Rechtsform auf vertraglicher Grundlage.

85 Vgl. dazu näher MICHAEL KNOBLAUCH/INGRID SCHNEIDER-HÜTHER, Arbeitsgemeinschaften – (k)ein Königsweg für die Umsetzung von Hartz IV, SächsVBl. 2004, S. 276, 278.

86 § 94 SGB X; dazu Kommentierung von OTFRIED SEEWALD, in: Kasseler Kommentar, § 94 SGB X, Rn. 1 ff., insbes. Rn. 4 zur dogmatischen Anwendung auf andere Ar-

ämtern und Sozialhilfebehörden hinausgehend, die Errichtung neuer Behörden, die nach außen hin gegenüber dem Bürger handeln, zu ermöglichen. Ein Hintergrund dafür ist wohl auch, dass die Unbestimmtheit die Einhaltung kommunalrechtlicher Vorschriften für die Errichtung von und Beteiligung an privatrechtsförmigen Einrichtungen erlaubt, die sich mittlerweile nicht mehr nur auf wirtschaftliche Tätigkeiten der Kommunen beziehen⁸⁷ und für deren Änderung der Bund keine Gesetzgebungskompetenz besitzt.⁸⁸

In welcher Form Arbeitsgemeinschaften errichtet werden können, soll den Trägern überlassen bleiben. In der Praxis existieren sowohl privatrechtliche GmbHs⁸⁹ als auch öffentlich-rechtliche Einrichtungen⁹⁰. Die Offenheit des Gesetzes hat im Übrigen zu verfahrensrechtlichen⁹¹ Problemen geführt. Wer ist

beitsgemeinschaften; vgl. zu den Arbeitsgemeinschaften im System des Sozialverwaltungs- und Organisationsrechts auch BREITKREUZ (Anm. 80), SGB 2005, S. 142 f.

- 87 Vgl. Art. 86 ff. BayGO; dazu ULRICH BECKER, Bayerisches Kommunalrecht, in: DERS./DIRK HECKMANN/BERNHARD KEMPE/GERRIT MANSSEN, Öffentliches Recht in Bayern, 3. Aufl. 2005, Rn. 493 ff.
- 88 Zur Kompetenz der Länder für das Kommunalrecht vgl. Art. 30, 70 GG; BSG v. 7.11.2006, B 7b AS 6/06 R, Rn. 14. Daran hat auch die am 1.9.2006 in Kraft getretene Föderalismusreform nichts geändert.
- 89 Nach THOMAS BLANKE/RALF TRÜMMER, Die Bildung von Arbeitsgemeinschaften gemäß § 44b SGB II, 2006, S. 49, kommt im Bereich des Privatrechts daneben auch die Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Betracht. A.A. unter Verweis auf das kommunalrechtliche Verbot, sich als unbegrenzt haftender Gesellschafter an einer Gesellschaft zu beteiligen, mit der Konsequenz, dass neben der GbR auch OHG und KG ausscheiden müssen und nur die GmbH als zulässige privatrechtliche Rechtsform der Arbeitsgemeinschaft verbleibt, BREITKREUZ (Anm. 80), SGB 2005, S. 142 f. Hingegen kommen für QUAAAS (Anm. 83), SGB 2004, S. 726 neben der GmbH auch die GbR, der rechtsfähige und nicht-rechtsfähige Verein, die Stiftung des Privatrechts und auch die AG in Betracht.
- 90 Deren genaue öffentlich-rechtliche Rechtsform ist jedoch in Rspr. und Schrifttum umstritten, vgl. SG Hannover v. 25.01.2005, S 5 AL 32/05 ER (öffentlich-rechtliche Einrichtung eigener Art); LSG Baden-Württemberg v. 30.06.2005, L 8 AS 2374/05 ER-B (rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts); ausdrücklich offengelassen vom BSG v. 07.11.2006, B 7b AS 8/06 R, Rn. 30; BREITKREUZ (Anm. 80), SGB 2005, S. 142 f. (jedenfalls teilrechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts); BLANKE/TRÜMMER (Anm. 89), S. 49, wonach „als Zielformen je nach Zulassung durch das maßgebliche Landesrecht der rechtsfähige Zweckverband oder (bislang nur in Niedersachsen) die Anstalt des öffentlichen Rechts in Betracht“ kommen. Für QUAAAS (Anm. 83), SGB 2004, S. 726 scheiden jedoch Anstalt und Stiftung öffentlichen Rechts sowie der Zweckverband aus, da sich diese nicht auf vertraglicher Grundlage errichten ließen. Er plädiert daher auch für eine „Gesellschaft des öffentlichen Rechts (GöR)“ sui generis, unter analoger Anwendung der §§ 705 ff. BGB.
- 91 Zu verfahrensrechtlichen Problemen im Widerspruchsverfahren bei SGB II-Bescheiden HANS LÜHMANN, Wer schreibt, der bleibt – Zum Widerspruchsverfahren bei SGB II-Bescheiden, SGB 2005, S. 326 ff. und RUGE/VORHOLZ (Anm. 82), DVBl 2005, S. 413 f.

zu verklagen, wer beizuladen, wer vertretungsberechtigt?⁹² Das BSG hat sich dafür entschieden, die Arbeitsgemeinschaften unabhängig von einer eigenen Rechtspersönlichkeit für beteiligungsfähig⁹³ und auch für den richtigen Klagegegner zu halten. Es sei „nicht nachvollziehbar“, dass diese nach der gesetzlichen Konzeption alle maßgeblichen Entscheidungen treffen sollen, dann aber die Leistungsträger gemeinsam verklagt werden müssten.⁹⁴ Tatsächlich erfordert die Konzeption des SGB II, dass möglichst ein Behördenvertreter als Ansprechpartner für alle Leistungen fungiert. Weil aber hinter den Arbeitsgemeinschaften zwei verschiedene Träger stehen, stößt die Kooperation auf große Schwierigkeiten. Werden diese gelöst, funktioniert also die Zusammenarbeit in befriedigender Weise⁹⁵, droht das Verdikt der unzulässigen Mischverwaltung⁹⁶. Denn die erforderliche klare Zurechnung der Verantwortung ist dann kaum mehr möglich.

92 Vor dem Hintergrund, dass die Arbeitsgemeinschaften Verwaltungsakte und Widerspruchsbescheide erlassen (§ 44b III 3 SGB II), obwohl sie nicht selbst Leistungsträger sind; zum Teil wurde hier von einer Organleihe ausgegangen, so QUAAAS (Anm. 83), SGB 2004, S. 727, nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Kategorien handelt es sich eher um eine Beileihung, wobei allerdings die Befugnisübertragung sehr offen formuliert ist. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich, wenn die Arbeitsgemeinschaften über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen. Vgl. zu den Voraussetzungen und zur Entwicklung der Beileihung BIRGIT SCHMIDT AM BUSCH, Die Beileihung: Ein Rechtsinstitut im Wandel, DÖV 2007, S. 533 ff.

93 Gemäß § 70 Nr. 2 SGG, sofern nicht aufgrund landesrechtlicher Regelung § 70 Nr. 1 SGG anwendbar ist.

94 BSG v. 07.11.2006, B 7b AS 8/06 R, Rn. 30.

95 Zu bisherigen Erfahrungen mit der Verwaltungsstruktur auch unter Bezugnahme auf den Zwischenbericht des Ombudrats und den daraus gezogenen gesetzgeberischen und politischen Schlüssen HANS GÜNTER HENNEKE, Hartz IV in der „Überholung“: Die Suche nach klarer Verantwortungszuordnung in den Arbeitsgemeinschaften geht weiter, DÖV 2006, S. 726 ff.

96 Vgl. dazu die Leitentscheidung BVerfGE 63, S. 1 (Schornsteinfegergesetz), wonach die grds. unzulässige Mischverwaltung nur dann zuzulassen ist, wenn eine Notwendigkeit zur Mischverwaltung besteht und Zuordnungen und Verantwortlichkeiten der daran Beteiligten klar voneinander abzugrenzen sind. Für eine verfassungsrechtlich unzulässige Mischverwaltung FRAUKE BROSIUS-GERSDORF, Hartz IV und die Grundsicherung für hilfebedürftige erwerbsfähige Arbeitssuchende – Public-Public-Partnership als Organisationsmodell für die Ausführung des SGB II, VSSR 2005, S. 335, 373 ff. Vgl. zur Unzulässigkeit der Mischverwaltung auch im Bereich der Sozialversicherung PETER AXER, Verfassungsrechtliche Fragen einer Organisationsreform in der Rentenversicherung, DRV-Schriften 24 (2000), S. 49 ff.; KARL-JÜRGEN BIEBACK, Rechtliche Probleme der Kooperation und Ausgliederung von Funktionsbereichen der Sozialversicherungsträger, insbesondere der Krankenkassen, VSSR 1998, S. 177, 185 ff.

III. Bewertung der „Hartz-IV“-Gesetzgebung

Lässt man die kurz angesprochenen Punkte Revue passieren, betrachtet das aus den „Hartz-IV“-Bausteinen errichtete Gebäude als Ganzes, fragt sich, welche Folgerungen damit für Sozialmodell und Menschenbild in der deutschen Gesellschaft verbunden sind. Auf welchen Leitvorstellungen beruht die „Hartz-IV“-Gesetzgebung bzw. welche Vorstellungen können als hinter ihr stehende identifiziert werden? Welche Bedeutung kommt bei der Ordnung der gesellschaftlichen Verhältnisse der zunehmenden Internationalisierung und Europäisierung zu? Schließlich und vor allem: Wie passt das vom Gesetzgeber zugrunde gelegte Bild in die verfassungsrechtliche Ordnung?

1. Zielsetzungen und Leitvorstellungen der „Hartz-IV“-Gesetzgebung

a) Die Begründung des Gesetzgebers

Die Zielsetzung der „Hartz-IV“-Gesetzgebung ergibt sich schon aus dem amtlichen Titel des Gesetzes: Es ging und geht um Verbesserungen am Arbeitsmarkt. Etwas gewunden heißt es im zugrunde liegenden Gesetzentwurf⁹⁷, die „Entwicklung bei der Arbeitslosigkeit“ sei „gegenwärtig nicht zufriedenstellend“.⁹⁸ Längerfristiges Ziel sei es, „wieder Vollbeschäftigung zu erreichen“⁹⁹. Zur Umsetzung sollte auch die Abschaffung der Arbeitslosenhilfe dienen. Auf diese Maßnahme bezogen setzt die Begründung zunächst an der verschlechterten „kommunalen Finanzsituation“ an, an „strukturellen Problemen bei den kommunalen Einnahmen und Ausgaben“, um dann etwas camouflierend von der „Zusammenführung von Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe für Erwerbsfähige“ zu sprechen. Deren „zentrale Zielsetzung“ soll darin bestehen, „die Eingliederungschancen der Leistungsempfängerinnen und Leistungsempfänger in ungeforderte Beschäftigung zu verbessern, insbesondere durch besonders intensive Beratung und Betreuung und Einbeziehung in die Maßnahmen der

97 Dieser lehnte sich eng an Vorschläge der sog. Hartz-Kommission an, die laut einer öffentlichen Anweisung des damaligen Bundeskanzlers Schröder „eins zu eins“ (vgl. Der Tagesspiegel vom 11.09.2002, <http://www.tagesspiegel.de/politik/art771,2025842>) umgesetzt werden sollten. Deshalb entzündete sich bzgl. des Gesetzgebungsverfahrens auch hier wieder eine Kritik an der Rolle des Parlaments, wie schon bei einigen anderen jüngeren Sozialrechtsreformen, vgl. dazu PAUL KIRCHHOF, Demokratie ohne parlamentarische Gesetzgebung?, NJW 2001, S. 1332, 1333. Ferner ließ Schröders Ankündigung Zweifel an der Offenheit des parlamentarischen Verfahrens durch weitgehende Vorbereitung des Gesetzeswerkes in außerparlamentarischen Sachverständigenkommissionen aufkommen, dazu RUDOLF VIERHAUS, Sachverstand als Vierte Gewalt?, NVwZ 1993, S. 36, 39 ff.; HANS-JÜRGEN PAPIER, Reform an Haupt und Gliedern, ZfSH/SGB 2003, S. 67, 69 ff.

98 BT-Drucks. 15/1516, S. 1.

99 BT-Drucks. 15/1516, S. 44.

aktiven Arbeitsmarktpolitik, die anders als die kommunalen Aktivitäten überörtlich ausgerichtet ist.¹⁰⁰

Die Rede ist also von einer Förderung der Arbeitslosen, zunächst weniger vom Fordern, obwohl das SGB II beide Grundsätze als Überschrift des ersten Kapitels nebeneinander setzt. Genannt wird immerhin noch die Formel „Arbeit statt passiver Leistung“¹⁰¹. Hier scheint auf, was aus den Regelungen des SGB II, insbesondere zur Zumutbarkeit jeder Arbeit (§ 10 SGB II)¹⁰² und der Verpflichtung, aktiv an allen Maßnahmen zur Eingliederung in Arbeit mitzuwirken (§ 2 I 2 SGB II), erkennbar wird: Nämlich dass die staatliche Unterstützung nur im Gegenzug zu eigenen Bemühungen der Leistungsbezieher gewährt wird. Zwar ist das an sich nicht neu. Auch das BSHG hatte schon den Grundsatz der „Beschaffung des Lebensunterhalts durch Arbeit“ enthalten.¹⁰³ Aber die Herausstellung des Grundsatzes „Fördern und Fordern“, der Zwang, die zur Eingliederung im konkreten Fall zu ergreifenden Schritte in einer Vereinbarung festzuschreiben und die Sanktionierung von Verstößen verleihen der Verzahnung von Rechten und Pflichten oder zumindest Obliegenheiten eine neue Qualität. Es ist insofern, bei aller Skepsis gegenüber schlagwortartiger Verkürzung, richtig, das SGB II als Teil einer Aktivierungsstrategie¹⁰⁴ zu sehen.¹⁰⁵

Mit dieser Strategie sind bestimmte Grundvorstellungen verbunden. Die wesentliche hat denn der Gesetzgeber selbst an einer Stelle der Begründung,

100 BT-Drucks. 15/1516, S. 41.

101 BT-Drucks. 15/1516, S. 44.

102 Vgl. in diesem Zusammenhang zu Schwierigkeiten mit der Subsidiarität der Grundsicherung (§ 3 III SGB II) THOMAS KORENKE, Das neue SGB II: Grundsicherung für Arbeitsuchende (Hartz IV), SGB 2004, S. 525, 529. Zum Verhältnis zwischen Definition der Hilfebedürftigkeit (fehlt bei Selbsthilfe durch Aufnahme einer Arbeit, § 9 I Nr. 1 SGB II) und den Sanktionen gem. § 31 SGB II UTZ KRAHMER, Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Hartz IV Gesetze (SGB II und SGB XII): Insbesondere das Beispiel ungedeckten Bedarfs der Hilfe zum Lebensunterhalt bei nicht angespartem oder abhanden gekommenem Arbeitslosengeld II – zugleich ein Beitrag zu § 5 Abs. 2 Satz 1 SGB II sowie zu § 21 Satz 1 SGB XII, ZfF 2004, S. 178.

103 § 18 BSHG, insbesondere Abs. 2 S. 2: „Hilfesuchende, die keine Arbeit finden können, sind zur Annahme einer für sie zumutbaren Arbeitsgelegenheit nach § 19 oder § 20 verpflichtet.“

104 Näher dazu THORSTEN KINGREEN, Rechtliche Gehalte sozialpolitischer Schlüsselbegriffe: Vom daseinsvorsorgenden zum aktivierenden Sozialstaat, in: Aktivierung und Prävention – Chancen für Effizienzsteigerung in den Sozialleistungsbereichen, SDSRV Bd. 52 (2004), S. 7 ff.; ferner zum aktivierenden Sozialstaat vor dem Hintergrund einer Abkehr vom paternalistischen Fürsorgedenken, HEINIG (Anm. 10), S. 173 ff. m.w.N. und UTE KLAMMER/FRANK SCHULZ-NIESWANDT, Logik des Sozialstaats und „Arbeit am Menschenbild“, Sozialer Fortschritt 2006, S. 157, 158. Für einen größeren Zusammenhang WULF DAMKOWSKI/ANKE RÖSENER, Auf dem Weg zum Aktivierenden Staat, 2003.

105 Zur Konzeption nur JOHANNES MÜNDER, Das SGB II – Die Grundsicherung für Arbeitsuchende, NJW 2004, S. 3209, 3210.

über Beschreibungen des status quo und konkrete Zielsetzungen hinausgehend, folgendermaßen zusammengefasst: „Der Gesetzentwurf baut auf dem Grundgedanken auf, dass jeder Mensch grundsätzlich selbst dafür verantwortlich ist, seinen Bedarf und den Bedarf seiner Angehörigen zu sichern. Nur soweit er dazu nicht in der Lage ist, hat der Staat die entsprechende Verantwortung. In diesem Fall ist dem Betroffenen und den mit ihm in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Angehörigen ein der Würde des Menschen entsprechendes Leben zu ermöglichen und der Lebensunterhalt im Rahmen des soziokulturellen Existenzminimums zu sichern.“¹⁰⁶

b) Die soziale Grundregel

Mit einem Mehr an Eigenverantwortlichkeit soll die Selbstbestimmung des Menschen betont werden. Auch wenn man bezweifeln wollte, ob Sozialhilfeempfänger „lebenstüchtiger“ werden, wenn sie anstelle von Sach- Geldleistungen erhalten¹⁰⁷ – größere Spielräume für eigene Entscheidungen erhöhen zugleich die Möglichkeiten der Freiheitsbetätigung¹⁰⁸ und entsprechen in diesem Sinne der Achtung der Menschenwürde¹⁰⁹ und der Anerkennung von Freiheitsrechten.¹¹⁰ Der Mensch muss, das impliziert die Selbstbestimmung, auch

106 BT-Drucks. 15/1516, S. 44 f.

107 So GERD ROELLECKE, Eine Apologie des Sozialstaates, in: ANDERHEIDEN u. a. (Anm. 10), S. 189. Das ist i.Ü. verkürzend, denn es geht nicht um eine Ersetzung von Geld- durch Sachmittel, sondern um eine Verminderung der Zweckbindung von Geldmitteln.

108 Vgl. auch PAUL KIRCHHOF, Armut und Freiheit, in: FS für Zacher, 1998, S. 323, 329.

109 Vgl. in diesem Zusammenhang zur Konzeption der früheren Sozialhilfe BVerwGE 27, S. 58, 63: Verfügt jemand über „einen Beruf, der seinen Lebensunterhalt sichert, so würde es dem dem Fürsorgerecht innewohnenden Gedanken des Vorrangs der Selbsthilfe widersprechen, wenn er nicht auf die Möglichkeit verwiesen würde, durch Anspannung seiner eigenen Kräfte den beruflichen Aufstieg zu suchen. Gerade hierin finden Freiheit und Würde der Person deutlichen Ausdruck“. Zu diesem Gedankengang auch VOLKER NEUMANN, Menschenwürde und Existenzminimum, NVwZ 1995, S. 426, 428.

110 Vgl. in diesem Zusammenhang zum Menschenbild in der Rechtsprechung des BVerfG: BVerfGE 108, S. 282 (Kopftuchverbot für Lehrkräfte), 300: „Der freiheitliche Staat des Grundgesetzes ist gekennzeichnet von Offenheit gegenüber der Vielfalt weltanschaulich-religiöser Überzeugungen und gründet dies auf ein Menschenbild, das von der Würde des Menschen und der freien Entfaltung der Persönlichkeit in Selbstbestimmung und Eigenverantwortung geprägt ist (vgl. BVerfGE 41, 29, 50).“

Ferner: BVerfGE 115, S. 118 (Luftsicherheitsgesetz), 158 f.: „Mit dem Menschenbild des Grundgesetzes und der Vorstellung vom Menschen als einem Wesen, das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen (vgl. BVerfGE 45, 187 <227>), und das deshalb nicht zum reinen Objekt staatlichen Handelns gemacht werden darf, lässt sich dies nicht vereinbaren.“

Minderheitsvotum RENATE JAEGER und CHRISTINE HOHMANN-DENNHARDT, BVerfGE 109, S. 279 (Wohnraumüberwachung), 391: „Wenn aber selbst die persönliche Intimsphäre, manifestiert in den eigenen vier Wänden, kein Tabu mehr ist, vor dem das

für die Sicherung deren wirtschaftlicher Voraussetzungen zunächst selbst sorgen,¹¹¹ er muss seinen Lebensunterhalt in einer marktwirtschaftlich ausgerichteten Gesellschaft durch Vermögen oder durch den Einsatz seiner Arbeitskraft decken. Das lässt sich als „sozialrechtliche Grundregel“ formulieren, von der das Sozialrecht ausgeht,¹¹² deren Gefährdungen und Durchbrechungen es aber entgegenzuwirken versucht.¹¹³

c) Die ausländischen Vorbilder und europarechtlichen Anstöße

Der Versuch, verstärkt auf Eigenverantwortung zu setzen und die sozialrechtliche Grundregel, die nicht aus allgemeinen normativen Vorgaben, sondern einer vergleichenden Analyse bestehender Sozialrechtsordnungen abgeleitet worden war, zu stärken, wurde auch deshalb in Angriff genommen, weil für ähnliche Umbaumaßnahmen auf ausländische Vorbilder verwiesen werden kann. Nationale Sozialpolitik liegt im internationalen Trend.¹¹⁴

Die Aktivierungsstrategie spielte und spielt in den USA eine große Rolle, wo unter dem Stichwort von „Welfare“ zur „Workfare“ bzw. von „Welfare to work“

Sicherheitsbedürfnis Halt zu machen hat, stellt sich auch verfassungsrechtlich die Frage, ob das Menschenbild, das eine solche Vorgehensweise erzeugt, noch einer freiheitsrechtsstaatlichen Demokratie entspricht.“

- 111 Allgemein zum Zusammenhang zwischen Selbstbestimmung und Selbstverantwortung ERWIN MURER, Vom Schutz des Starken im Schwachen, oder das Bild des Schwachen im Sozialversicherungsrecht, in: *L'Image de l'Homme en Droit*, 1990, S. 359, 368 f.
- 112 Allerdings über die Zeit gesehen in durchaus unterschiedlicher Ausprägung; zur deutschen Sozialpolitik bis in die 1970er Jahre H. WINTERSTEIN, Leitbilder und Zielsysteme der Sozialpolitik in der Republik Deutschland, in: SANMANN (Hrsg.) (Anm. 12), S. 77, 95, wonach die Regierungserklärung von 1961 prägend war, in der ein bestimmtes Menschenbild als leitend erschien: das von einem Menschen, der „als frei entfaltete Persönlichkeit, seinen Kräften vertrauend, sein Lebensziel zu erreichen sucht und der dazu nur von Fall zu Fall und hilfsweise der Sozialpolitik bedarf.“
- 113 Grundl. HANS F. ZACHER, Sozialrecht, in: *Staatslexikon*, 7. Aufl., Bd. 5, 1989, Sp. 61; DERS., Grundtypen des Sozialrechts, in: *FS für Zeidler*, Bd. 1, 1987, S. 571 ff.: Der Mensch könne durch Arbeitskraft ein Einkommen erzielen, das ausreiche, um seinen Bedarf und den seiner Familie zu decken; da die Grundregel in verschiedener Hinsicht durch soziale Gefährdungen und soziale Defizite durchbrochen werde, diene das Sozialrecht dazu, den Gefährdungen entgegenzuwirken und die Defizite auszugleichen; ähnlicher Ansatz bei ULRICH MÜCKENBERGER, Thesen zur Funktion und Entwicklung des Sozialrechts, *KJ* 1976, S. 341 ff., der allerdings von einem engeren, ideologisch vorgeprägten Verständnis ausgeht und Sozialrecht als „bewußte gesellschaftliche Veranstaltung zur individuellen und kollektiven Reproduktion der Ware Arbeitskraft“ umschreibt, a.a.O., S. 345.
- 114 Überblick bei LOTHAR FUNK, Weniger Arbeitslosigkeit in Deutschland: Lehren ausgewählter Erfolgsländer, *Sozialer Fortschritt* 2006, S. 70 ff.

die Verpflichtungen des Einzelnen betont werden.¹¹⁵ In Europa ist vor allem auf Schweden und Dänemark¹¹⁶ sowie die Niederlande zu verweisen, bei denen ein anderer, stärker auf Einbeziehung ausgerichteter beschäftigungspolitischer Ansatz im Hintergrund steht.¹¹⁷ Besondere Vorbildfunktion hat in Deutschland die Politik des Vereinigten Königreichs¹¹⁸ entfaltet. Dort wurden mit dem *Jobseekers Act 1995*¹¹⁹ ebenfalls zwei systemisch unterscheidbare Leistungen, nämlich Versicherungs- und Hilfeleistungen, zusammengeführt. Die *Jobseeker's Allowance* wird allerdings nach wie vor in zwei Formen erbracht. Zum einen als eine einkommens- (*income based*) und bedürftigkeitsabhängige (*means tested*) Leistung, die dem Arbeitslosengeld II ähnelt; zum anderen als Versicherungsleistung. Ziel der Arbeitsmarktreforment war und ist es, erwerbsfähige Arbeitslose individueller zu fördern, aber auch stärker zu Eingliederungsanstrengungen zu verpflichten.¹²⁰

Dabei ist bemerkenswert, dass im Vereinigten Königreich zwar wohl im Ansatz eine Beschäftigungsstrategie verfolgt wird, die der US-amerikanischen vergleichbar ist,¹²¹ die aber durchaus als in europäische Wertvorstellungen eingebunden gelten kann.¹²² Denn immerhin trägt in Europa der Staat, wenn auch auf sehr unterschiedlichem Niveau, eine gewisse Mitverantwortung für die materielle Absicherung des Individuums, während in den USA Hilfeleistungen auf einen bestimmten Zeitraum für ein ganzes Leben begrenzt werden können.

115 Vgl. nur ANDREAS CEBULLA/DAVID GREENBERG, *The Effects of Welfare-to-work Programs in the United States: Findings from a Meta-analysis*, Sozialer Fortschritt 2006, S. 139 ff.

116 Vgl. zu Dänemark THORSTEN BRAUN, *Erfolgreiche arbeitsmarktpolitische Konzentrierung: Dänemarks Reformweg „vom Rande des Abgrundes“ zum Flexicurity-Modell*, Sozialer Fortschritt 2006, S. 133 ff.; DERS., *Ein neues Modell für Flexicurity – der dänische Arbeitsmarkt*, WSI Mitteilungen 2/2003, S. 92 ff.

117 Vgl. zu verschiedenen „Beschäftigungssystemen“ bzw. „Beschäftigungsregimen“ und deren Leistungsfähigkeit GÜNTHER SCHMID, *Wege in eine neue Vollbeschäftigung, Übergangsarbeitsmärkte und aktivierende Arbeitsmarktpolitik*, 2002, S. 71 ff.

118 Vgl. diesbezüglich JOCHEN CLASEN/HEINER GANSSMANN, *Non-employment and the welfare state: the United Kingdom and Germany compared*, Journal of European Social Policy 2006, S. 135 ff.

119 Abrufbar im Internet unter http://www.hmrc.gov.uk/nicmanual/volume_1/jsa_1995.pdf.

120 Vgl. näher dazu NICK WIKOLEY/ANTHONY OGUS, *The Law of Social Security*, 5. Aufl. 2002, S. 336 ff.

121 So SCHMID (Anm. 117), S. 122: „Regime der liberalen Marktwirtschaft“.

122 Vgl. dazu LUTZ LEISERING/BERNHARD HILKERT, „New Britain“, „New Labour“, „New Deal“ – Innovation oder Rhetorik? Das Beispiel aktivierender Sozialhilfepolitik unter Blair, in: CHRISTINE STELZER-ORTHOFFER (Hrsg.), *Zwischen Welfare und Workfare. Zur Neukonzeption sozialer Leistungen in der wissenschaftlichen und politischen Diskussion*, 2001, S. 193–228.

Bei alledem ist zu bedenken, dass innerhalb der EU die nationale Arbeitsmarktpolitik zunehmend um eine europäische Ebene ergänzt wird, zwar nicht in der Form bindender rechtlicher Vorgaben, aber doch im Sinne einer Abstimmung der mitgliedstaatlichen Politiken. Mit ihr erfahren gewisse Herangehensweisen und Bewertungen, bezogen auf die Festlegung politischer Ziele und der zur Erreichung geeigneten Instrumente, eine Fixierung – und durch die Rückwirkung auf die nationale Ebene wohl auch zugleich eine erhöhte Legitimationskraft. Grundlage ist das durch den Amsterdamer Vertrag¹²³ in den EGV aufgenommene Kapitel über die Beschäftigungspolitik (Art. 125 ff. EGV). Es sieht keine Harmonisierung, aber die Einigung auf Leitlinien vor, eine gemeinschaftliche Strategie, die aus der Währungspolitik bekannt war¹²⁴ und jetzt zunehmend in Form der offenen Methode der Koordinierung (OMK)¹²⁵ auch in anderen sozialpolitischen Feldern angewendet wird.¹²⁶

In den beschäftigungspolitischen Leitlinien von 1998 wird bereits der Grundsatz betont, aktiven Maßnahmen Vorrang vor passiven einzuräumen und auf individuelle Bedarfe der Arbeitslosen gezielt zu reagieren.¹²⁷ Diese Strategie der Individualisierung wird auch in den Leitlinien von 2003¹²⁸ fortgeführt, verbunden mit der Aufforderung, bei drohender Langzeitarbeitslosigkeit Be-

123 ABl. C 340/1997, S. 1 ff.

124 Art. 98–104 EGV, eingeführt durch den Vertrag von Maastricht (AbI. C 191/1992).

125 Ihren Ausgangspunkt nahm die OMK wohl im „Weißbuch über Wachstum, Wettbewerbsfähigkeit und Beschäftigung“, das die Kommission im Jahr 1993 unter ihrem damaligen Vorsitzenden Jacques Delors veröffentlichte, vgl. KOM (93) 700 endg. Zur Anwendung kam sie jedoch vor allem auch im Bereich der Wirtschafts- und Währungsunion. Vgl. zur Entwicklung der Lissabon-Strategie: Schlussfolgerungen des Vorsitzes: Europäischer Rat (Lissabon) 23.–24. März 2000, SN 100/00; Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Bericht für die Frühjahrstagung des Europäischen Rates. Die Lissabon Strategie realisieren – Reformen für die erweiterte Union, KOM (2004) 29 endg.; Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Mitteilung für die Frühjahrstagung des Europäischen Rates. Zusammenarbeit für Wachstum und Arbeitsplätze. Ein Neubeginn für die Strategie von Lissabon, KOM (2005) 24 endg. Vgl. jetzt auch die Beiträge von BEATRIX KARL und RUDOLF STREINZ in: Offene Methode der Koordinierung im Sozialrecht, SDSRV 53 (2005), S. 7 ff. und 29 ff.

126 KOM (2005) 141 endg., Integrierte Leitlinien für Wachstum und Beschäftigung 2005–2008; beachte auch aus dem zumindest vorläufig gescheiterten Vertrag über eine Verfassung für Europa (EU-VV), ABl. C 310/2004, S. 1: Art. I-3 Abs. 3 S. 1 EU-VV (soziale Marktwirtschaft), Art. I-3 Abs. 3 S. 2 EU-VV (Bekämpfung von sozialer Ausgrenzung und Diskriminierungen, Förderung sozialer Gerechtigkeit und sozialem Schutz, Gleichstellung von Frauen und Männern, Solidarität zwischen den Generationen und dem Schutz der Rechte des Kindes), Art. I-15 Abs. 3 EU-VV (ausdrückliche Rechtsgrundlage für die Methode der offenen Koordinierung).

127 ABl. C 30/1998, S. 1, 5 – Leitlinie 1, Verbesserung der Beschäftigungsfähigkeit.

128 ABl. L 197/2003, S. 13–21.

schäftigungsmaßnahmen anzubieten¹²⁹ und durch finanzielle Anreize eine Arbeitsaufnahme zu fördern¹³⁰.

2. Eigenverantwortlichkeit und ihre Kautelen

Es fällt auf, dass die in der „Hartz-IV“-Gesetzgebung vorgesehene Eigenverantwortung spürbar relativiert wird. Denn von den Leistungsempfängern wird erwartet, dass sie arbeiten¹³¹, sich in den Arbeitsmarkt integrieren. Und sie sollen die dafür erforderlichen Qualifikationen erwerben, sich nötigenfalls an den Arbeitsprozess gewöhnen, und sei es durch Erfüllung gemeinnütziger Arbeit. Wer auf Hilfeleistungen angewiesen ist, muss Einschränkungen seiner Selbstbestimmung hinnehmen. Kritik ist von unterschiedlicher Seite sehr prononciert geäußert worden: Ein auf dem Gebiet des Verfassungsrechts ausgewiesener Anwalt sprach von einem „menschenverachtenden Projekt“¹³², ein erfolgreicher Unternehmer von einer „Beraubung von Freiheitsrechten“ – „Hartz-IV“ gleiche dem „offenen Strafvollzug“¹³³.

Diese Kritik – so überzogen sie formuliert sein mag, weist auf die offensichtlich bestehende Ambivalenz der Eigenverantwortlichkeit im Sinne von „Hartz-IV“ und die Eingebundenheit der Leistungsrechte in der Gemeinschaft gegenüber bestehenden Pflichten hin.

a) Der eigenverantwortliche und der bedürftige Mensch

Der erste hier anzusprechende Punkt betrifft die wirtschaftliche Basis der Eigenverantwortung. Kritik wurde an der Festlegung der Leistungen für Erwerbsuchende geäußert, und zwar sowohl bezogen auf deren Höhe als auch auf das Verfahren deren Festlegung. 345 Euro genügten nicht zur Vermeidung von Armut, zumindest hätte der Gesetzgeber – wie es das BVerwG zu den Regelsätzen der Sozialhilfe gefordert hatte¹³⁴ – die Leistungshöhe in einem methodisch konsistenten und empirisch abgesicherten Verfahren bestimmen müs-

129 ABl. L 197/2003, Leitlinie 1b und Leitlinie 4 bzgl. des lebenslangen Lernens und einer damit verbundenen Ausgestaltung in Form der Differenzierung zwischen Jugendlichen und Erwachsenen; vgl. auch Leitlinie 5 zur Förderung des aktiven Alterns.

130 ABl. L 197/2003, Leitlinie 8.

131 Vgl. zur Zumutbarkeit des § 10 SGB II KARL-HEINZ FELDHOFF, „Nicht jede Arbeit ist zumutbar“ – Lohnwucher als Zumutbarkeitsgrenze im SGB II, SGB 2006, S. 701 ff.; STEPHAN RIXEN, „Hartz IV“: Ist jede Arbeit zumutbar?, SGB 2005, S. 509 ff.

132 RÜDIGER ZUCK, Hartz IV: Alg II = GG Null?, NJW 2005, S. 649, 651.

133 So dm-Chef GÖTZ WERNER, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,411921,00.html>; vgl. in diesem Zusammenhang auch DERS, Ein Grund für die Zukunft: das Grundeinkommen, 5. Aufl. 2006; DERS, Einkommen für alle, 2007.

134 BVerwGE 94, S. 326, 331; 102, S. 366, 368.

sen.¹³⁵ Das BSG hat diese Kritik in einer Leitentscheidung vom November 2006 zurückgewiesen.¹³⁶

Die verfassungsrechtliche Basis für die Gewährung der Grundsicherung ist umstritten. Zum Teil wird alleine auf Art. 20 I GG abgestellt mit dem Argument, der Schutz der Menschenwürde umfasse keinen Leistungsanspruch.¹³⁷ Zum Teil wird angenommen, aus der Menschenwürde folge nur ein Anspruch auf das physische Existenzminimum, jener auf das sog. soziokulturelle Minimum hingegen aus dem Sozialstaatsprinzip.¹³⁸ Diese Aufteilung überzeugt nicht. Sie widerspricht der auch vom BVerfG betonten Gemeinschaftsbezogenheit des Menschen¹³⁹, der Vorstellung, das Menschenbild des Grundgesetzes gehe von einer „eigenverantwortlichen Person innerhalb der sozialen Gemeinschaft“¹⁴⁰ aus, womit die Möglichkeit einer Teilhabe an der Gesellschaft¹⁴¹ verbunden ist. Allerdings ist viel wichtiger als die Frage nach der verfassungsrechtlichen Basis – und angesichts der gesetzlichen Grundlage auch wichtiger als die nach der Ableitung subjektiver Rechte –, welche Höhe denn die Grundsicherung haben soll. Was folgt insofern aus dem Sozialstaatsprinzip und der Menschenwürde? Das BSG sah sich außerstande, die bestehenden Regelungen für verfassungswidrig zu halten, und ihm ist darin recht zu geben. Denn weil sich aus offen formulierten Verfassungsbestimmungen kein für die Sicherung erforderlicher Leistungsanspruch ausrechnen lässt, muss die Bestimmung der

135 KARL-JÜRGEN BIEBACK, Probleme des SGB II – Rechtliche Probleme des Konflikts zwischen Existenzsicherung und Integration in den ersten Arbeitsmarkt, NZS 2005, S. 337, 338; RALF ROTHKEGEL, Ist die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Sozialhilfe durch Hartz IV überholt?, SGB 2006, S. 74, 76.

136 BSG v. 23.11.2006, B 11b AS 1/06 R, Rn. 46 ff.; dazu DIRK BIERESBORN, Arbeitslosengeld II vor dem BSG: Vereinbarkeit von Regelleistung und Grundgesetz, Sozialrecht aktuell 2007, S. 88 ff.

137 CHRISTOPH ENDERS, Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, VVDStRL 64 (2005), S. 7, 39; vgl. dazu auch DERS., Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997. A.A. HANS-JÜRGEN PAPIER, Die Würde des Menschen ist unantastbar, in: FS für Starck, 2007, S. 371, 378 f.

138 So JOSÉ MARTÍNEZ SORIA, Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums, JZ 2005, S. 644 ff.

139 BVerfGE 4, S. 7, 15; 8, S. 274, 329; 27, S. 1, 7; 27, S. 344, 351 f.; 33, S. 303, 334; 50, S. 290, 353; 56, S. 37, 49; 65, S. 1, 44.

140 BVerfGE 107, S. 104 (Elternbeteiligung im Jugendgerichtsverfahren), 117: „[...] das Kind, das der Hilfe bedarf, um sich zu einer eigenverantwortlichen Person innerhalb der sozialen Gemeinschaft zu entwickeln, wie sie dem Menschenbild des Grundgesetzes entspricht, hat insoweit Anspruch auf den Schutz des Staates (vgl. BVerfGE 24, 119, 144; 60, 79, 88).“

141 Vgl. HANS F. ZACHER, Das soziale Staatsziel, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 28, Rn. 53 ff.

Leistungshöhe dem parlamentarischen Gesetzgeber überlassen bleiben¹⁴². Zwar spricht nicht schon die Relativität von Armut und Existenzminimum¹⁴³ gegen die Annahme einer gemeinschaftsbezogenen Untergrenze. Diese kann aber auf verschiedenen Wegen gedeckt werden,¹⁴⁴ und wer etwa die Leistungen für die Unterkunft vergisst einzurechnen,¹⁴⁵ erfasst nicht den Umfang der tatsächlich gewährten Unterstützung. Die bestehenden, auf den Sozialhilfesätzen aufbauenden Regelungen sind deshalb verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden¹⁴⁶. Dass aber die Leistung den sich ändernden Verhältnissen angepasst werden muss, sei hinzugefügt¹⁴⁷, ebenso, dass die im Gesetz vorgesehene Ausrichtung der Anpassung an die Veränderung des aktuellen Rentenwerts der gesetzlichen Rentenversicherung (§ 20 IV SGB II) nicht sachgerecht ist.¹⁴⁸

142 Darüber besteht Einigkeit, vgl. BVerfGE 1, S. 97, 104; 18, S. 257, 273; 25, S. 307, 317; 94, S. 241, 263; MARTÍNEZ SORIA (Anm. 138), JZ 2005, S. 649; NEUMANN (Anm. 109), NVwZ 1995, S. 430 m.w.N.

143 KIRCHHOF (Anm. 108), S. 323, 325 ff.; HANS MICHAEL HEINIG, Menschenwürde und Sozialstaat, in: PETRA BAHR/DERS. (Hrsg.), Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, 2006, S. 251, 277; vgl. RICHARD HAUSER, „Armut“ bzw. „Existenzminimum“, in: DEUTSCHER VEREIN FÜR ÖFFENTLICHE UND PRIVATE FÜRSORGE (Hrsg.), Fachlexikon der sozialen Arbeit, 5. Aufl. 2002, S. 69, 70 (Armut) bzw. 302 (Existenzminimum); ausf. zu verschiedenen Ansätzen ORTRUD LESSMANN, Konzeption und Erfassung von Armut, 2007.

144 Dazu KIRCHHOF (Anm. 108), S. 325 ff.

145 Vgl. WOLFGANG DÄUBLER, Das Verbot der Ausgrenzung einzelner Bevölkerungsgruppen – Existenzminimum und Arbeitslosengeld II, NZS 2005, S. 225, 228 ff.

146 Dies wird zum Teil bzgl. deren Ermittlung behauptet, vgl. EDZARD OCKENGA, Regelleistung des SGB II und Verfassungswidrigkeit, ZFSH/SGB 2006, S. 143, 144 ff.

147 Aufgrund unterschiedlicher Lebenshaltungskosten sind im Hinblick auf die Funktion des Arbeitslosengelds II regionale Differenzierungen des Regelsatzes geboten. So stellt etwa ein Bericht unter dem Titel „Extreme Armut und Härtefälle von Armut in München“ des Sozialreferates der Bayerischen Landeshauptstadt München (Stadtrats-Sitzungsvorlage Nr. 02–08 / V 09766), der im Internet unter http://www.muenchen.de/Rathaus/politik_str/ris/117521/beschluesse.html abrufbar ist, fest, dass die Höhe des Regelsatzes in München unzureichend ist. Dies hat eine kommunalpolitische Diskussion über die Erhöhung des Regelsatzes in München von 345,- € auf 410,- € hervorgerufen, vgl. SZ vom 25.06.2007, S. 53 und SZ vom 26.06.2007, S. 38. Dabei sei auch erwähnt, dass das Existenzminimum nicht nur in der Dimension der Zeit, sondern auch im Raum wandelbar ist, vgl. NEUMANN (Anm. 109), S. 428.

148 Weil nämlich der aktuelle Rentenwert – systemkonform wegen der Beitragsfinanzierung – an die Entwicklung der Gehälter anknüpft, nicht aber – wie es für Leistungen zum Lebensunterhalt richtig wäre – an die Entwicklung der Lebenshaltungskosten; zudem wird der Rentenwert künftig durch den Nachhaltigkeitsfaktor mittelbar (über die Entwicklung der Beitragssummen) an die demographische Entwicklung angekoppelt, vgl. § 68 I 2 Nr. 3, IV SGB VI. In der Praxis allerdings ergeben sich derzeit kaum Unterschiede zu der sozialhilferechtlich allein relevanten Bedarfsdeckung, vgl. BRÜNNER, in: LPK-SGB II (Anm. 42), § 20, Rn. 37; OCKENGA (Anm. 146), ZFSH/SGB 2006, S. 144 ff.

b) Der eigenverantwortliche und der individuelle Mensch

Wie ausgeführt, soll der Regelsatz pauschal bedarfsdeckend sein. Die Schwierigkeit mit diesem Ansatz besteht darin, dass die Leistung genügen muss, um alle tatsächlich relevanten Bedarfe in ausreichendem Maße zu erfassen.¹⁴⁹ Deshalb liegt die Kritik nahe, die Konzeption verstoße gegen den Individualisierungsgrundsatz¹⁵⁰, der sich zwar entgegen mancher Stimmen nicht unmittelbar aus der Verfassung, aber aus der Erkenntnis ableiten lässt, dass die Bedarfe der Menschen verschieden sind.¹⁵¹

Jedoch ist es grundsätzlich richtig, ein für alle Erwerbsfähigen einheitliches Leistungsniveau vorzusehen. Anders als bei Sozialversicherungsleistungen, die auf individueller Vorsorge beruhen¹⁵² und deshalb eine Ausrichtung am individuellen Lebensstandard grundsätzlich zulassen,¹⁵³ gerät ein steuerfinanziertes System¹⁵⁴ in einen Rechtfertigungsbedarf, wenn es nach Besitzständen bzw. einer Vorgeschichte differenziert.¹⁵⁵ Ebenso ist es richtig, die Höhe der Transferleistungen wegen ihrer fehlenden rechtlichen Verbindung zu Vorleistungen auf geringem Niveau zu halten. Auszugleichen sind nur jene Unterschiede in den Bedarfen, die entweder zum Ausgleich vor allem krankheits- oder behinderungsbedingter Nachteile erforderlich oder einem Erziehungsaufwand geschuldet sind. Dem dient grundsätzlich die schon erwähnte Anerkennung von Mehrbedarfen, deren Höhe allerdings gedeckelt ist.¹⁵⁶

149 Vgl. dazu, der Rechtsprechung des BVerwG zum BSHG und zu Zweifeln an einer ausreichenden statistischen Grundlage MÜNDER (Anm. 105), NJW 2004, S. 3212; BERLIT (Anm. 69), info also 2003, S. 202 f.; OCKENGA (Anm. 146), ZFSH/SGB 2006, S. 144 ff.; zur Rechtsprechung auch RALF ROTHKEGEL, Bedarfsdeckung durch Sozialhilfe – ein Auslaufmodell?, ZFSH/SGB 2003, S. 643, 648. Für ein Verfehlen des Minimums und eine Verfassungswidrigkeit des § 5 II SGB II MROZYSKI (Anm. 68), ZFSH/SGB 2004, S. 219.

150 Kritisch ANGELA BUSSE, Fürsorge zwischen Gleichheit und Freiheitsverwirklichung, NDV 2004, S. 339, 346, wonach die Standardisierung die Gefahr erhöht, „durch das Fürsorgerecht [...] die (dauerhafte) Abhängigkeit von Sozialleistungen“ zu fördern.

151 Vgl. zu den Durchbrechungen der Individualisierung nach den Reichsgrundsätzen über Voraussetzungen, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge von 1924 und dem Fürsorgeänderungsgesetz von 1953 HANS BRAUN, Motive sozialer Hilfeleistungen, Ein Beitrag zur Entwicklung und Kritik der sozialen Sicherung in Deutschland, 1955, S. 114 ff.

152 Vgl. ZACHER, Grundtypen des Sozialrechts (Anm. 113), S. 583 f.

153 Zum Spannungsverhältnis gegenüber dem Gleichheitssatz ZACHER (Anm. 141), § 28, Rn. 39 ff., insbes. 43 ff.

154 Jedenfalls solange am Nonaffektationsprinzip festgehalten und nicht versucht wird, auch zwischen Steuerzahlungen und der Gewährung staatlicher Leistungen Äquivalenzbeziehungen herzustellen.

155 Ein Umstand, der auch die Einführung eines steuerfinanzierten Erziehungsgeldes mit Entgeltersatzfunktion als problematisch erscheinen lässt.

156 Vgl. im Einzelnen § 21 SGB II.

In einer Hinsicht sind aber die bestehenden Regelungen nicht sinnvoll angelegt und können gerade wieder das Ziel eigenverantwortlicher Lebensführung beeinträchtigen. Denn Sonderleistungen bei „unabweisbarem Bedarf zur Sicherung des Lebensunterhalts“ können nur in Form von Darlehen (§ 23 I 1 SGB II)¹⁵⁷ erbracht werden. Diese Regelung, die angesichts des mit ihr verbundenen Verwaltungsaufwands keinem Einsparzweck dienen kann, ist verfehlt.¹⁵⁸ Ist nämlich eine individuelle Abweichung unerlässlich, so besteht keinerlei Veranlassung, den ohnehin geringen Spielraum zur Betätigung von Eigenverantwortung für die Zukunft zu beschneiden. Eine Darlehensgewährung erfüllt einen guten Sinn als Sozialleistung, wenn sie Möglichkeiten eröffnet, die wiederum die Position des Einzelnen in der Gesellschaft verbessern hilft und ihn in die Lage versetzt, eigenverantwortlich zu handeln (und auf diese Weise auch das Darlehen zurückzuzahlen).¹⁵⁹ Im Übrigen ist sie sinnlos. Das BSG hat sie allerdings mittlerweile im Grundsatz akzeptiert, sah sich aber genötigt, zumindest im Fall von Dauerbedarfen festzustellen, dass eine Darlehensgewährung gar nicht praktikabel wäre. Es hat ein Schlupfloch gefunden, um insbesondere die verfassungsrechtlich gebotene Deckung der Umgangskosten bei Bedürftigkeit zu erlauben, nämlich den Rückgriff auf eine besondere Leistung der allgemeinen Sozialhilfe (Erbringung von Hilfen in sonstigen Lebenslagen, § 73 SGB XII), der durch das SGB II nicht ausgeschlossen ist.

c) Der eigenverantwortliche und der planende Mensch

Eigenverantwortung hat auch eine zeitliche Dimension. Der Mensch soll planen und er soll, wenn er eigenverantwortlich handelt, sich auch zunächst um seine Zukunft sorgen und dafür vorsorgen. Das erfordert, dass nicht nur der Rechtsstaat, sondern auch der Sozialstaat Rahmenbedingungen für den Erhalt von Sicherheit schafft. Ist er dieser Verpflichtung durch die Hartz-IV-Gesetzgebung in ausreichendem Maße nachgekommen?

aa) Verlierer der Reform sind in erster Linie alle, die über längere Zeit bereits einmal erwerbstätig gewesen sind und sich einen bestimmten Lebensstandard erarbeitet haben. Bezieht man die gegenwärtige Arbeitsmarktsituation in die Betrachtung mit ein, so sind es in erster Linie die älteren Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen.¹⁶⁰ Deren Chance, nach dem Verlust ihres Arbeits-

157 Dazu CHRISTIAN ARMBORST, *Leben auf Pump: Darlehen im SGB II*, info also 2006, S. 58 ff.; KRAHMER (Anm. 102), *ZfF* 2004, S. 180 ff.

158 In diesem Sinne auch OCKENGA (Anm. 146), *ZFSH/SGB* 2006, S. 146 f.

159 Das ist der Sinn der Gewährung von BAföG als Darlehen und wäre auch der Sinn einer Darlehensgewährung für eventuell erhobene Studiengebühren.

160 Vgl. zu dieser Personengruppe, deren Anteil an den Langzeitarbeitslosen besonders hoch ist, MARKUS MAYER, *Fordern statt Fördern – ältere Arbeitslose unter Hartz IV*, *NZS* 2005, S. 568 ff.

platzes einen neuen zu erhalten, ist relativ gering. Es kann zwar davon ausgegangen werden, dass sich an dieser Situation, die wesentlich durch die ab den achtziger Jahren in vielen europäischen Staaten durchgeführte Frühverrentungspolitik mitverursacht worden ist, in den nächsten Jahren einiges ändern wird. Denn angesichts der derzeitigen demographischen Entwicklung liegt eine höhere Erwerbsbeteiligung der älteren Bevölkerung nicht nur im gesellschaftlichen, sondern zunehmend auch im Interesse der Unternehmen. Das allerdings ist für die gegenwärtig Betroffenen kein Trost. Für sie sind die mittlerweile verbreitet artikulierten „Abstiegsängste“ durchaus begründet.

bb) Angesichts dieser Neuregelung und der völligen Streichung der Arbeitslosenhilfe ist behauptet worden, mittlerweile stünden Beitrag und Gegenleistung in der Arbeitslosenversicherung in einem derart krassen Missverhältnis, dass die zwangsweise Absicherung als verfassungswidrig anzusehen sei; eine Eigenvorsorge erweise sich als der Zwangsmitgliedschaft weit überlegen.¹⁶¹ Die Argumentation knüpft zwar nicht unmittelbar an einer behaupteten Individualäquivalenz an, also einer weitgehenden Entsprechung von Beitrag und Leistung,¹⁶² sondern an dem Gedanken, eine Sozialversicherung setze Schutzbedürftigkeit voraus.¹⁶³ Sie schlägt dann aber zu dessen Beurteilung unversehens den Bogen zu Äquivalenzberechnungen zurück, weil der Schutzbedürftigkeit tatsächlich begegnet werden müsse und dafür entscheidend sein soll, ob der staatlich gewährte Schutz besser ist als der, den ein Privatunternehmen anbieten könnte. Die Einwände sind nicht überzeugend. Für die Bestimmung einer Äquivalenz darf schon deshalb nicht ohne weiteres von einer über 20-jährigen oder gar längeren Beitragszahlung ausgegangen werden, weil ein Anspruch nach Erreichen jeder weiteren Anwartschaftszeit wieder neu entstehen kann. Dass die Arbeitslosenversicherung auf überschaubare Zeiträume abstellt, ist ihrer Funktion geschuldet. Sie ist keine Ansparversicherung, die auf Dauer die Aufrechterhaltung des Lebensstandards sichern soll. Ihr Zweck ist vielmehr, beschränkte Zeiträume eines Einkommensverlustes zu überbrücken. Natürlich bleibt die Frage, wie diese Zeiträume bemessen sein sollen. Leider hat sich der Gesetzgeber in der Vergangenheit bei ihrer Beantwortung nicht immer von der Funktion des Sicherungssystems leiten lassen. Auch im Zuge der Hartz-Reformen hat er auf eine schlüssige Begründung verzichtet. Denn der erwähnte Abbau der Früh-

161 So mit näherer Begründung WOLFGANG SPELLBRINK, Ist die Beitragspflicht der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung verfassungsrechtlich noch zu rechtfertigen?, JZ 2004, S. 538, 543 f.; vgl. auch STEPHAN RIXEN, in: WOLFGANG EICHER/WOLFGANG SPELLBRINK (Hrsg.), SGB II, 2005, § 24, Nr. 1: „verfassungsrechtlich höchst bedenklich“.

162 Vgl. dazu aber ANNEGRET BERNE, Die Aufgaben der Arbeitslosenversicherung aus sozialverfassungsrechtlicher Sicht, 2000; allg. JOACHIM BECKER, Transfergerechtigkeit und Verfassung, 2001, S. 144 ff.

163 Bezugnehmend auf FRIEDHELM HASE, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 2000.

verrentung ist zwar sicher ein wichtiges sozialpolitisches Ziel,¹⁶⁴ das aber vor allem in der Rentenversicherung gelöst werden muss. Dennoch ist das hinter der Reform stehende Ziel erkennbar und im Grundsatz nachvollziehbar. Das Arbeitslosengeld soll die Suche nach einem neuen Arbeitsplatz solange finanziell absichern, wie mit der Aufnahme einer neuen Beschäftigung regelmäßig gerechnet werden kann. Insofern bedarf es einer zeitlichen Begrenzung. Diese kann typisierend funktionsadäquat nur nach der durchschnittlichen Vermittlungsdauer erfolgen und darauf abstellen, dass ein Zustand der Dauerarbeitslosigkeit¹⁶⁵ vermieden werden soll. Die daraus folgenden Einsparungen müssen unmittelbar zur Senkung der Beiträge für die Arbeitslosenversicherung führen. Nur das ist der richtige und mit dem Gleichheitssatz¹⁶⁶ vereinbare Weg zur Herstellung einer Äquivalenz.

c) Wie aber müsste dann der Staat seiner Sicherungsfunktion nachkommen? Eine systemkonforme Lösung gerade für ältere Arbeitnehmer besteht darin, zwar Anreize für eine weitere Erwerbstätigkeit zu setzen, aber ein stärkeres Gewicht auf die Wahrung der Besitzstandsgerechtigkeit durch höhere Verschonung von Vermögen¹⁶⁷ zu legen. Anzusetzen wäre also sozusagen auf der Negativseite der Leistungen. Hingegen ist die jetzt diskutierte Verlängerung des Bezugs von Arbeitslosengeld abzulehnen, zumal sie an festen Grenzen, wahrscheinlich Altersgrenzen ansetzen müsste, deren Kraft zur Legitimation von Unterscheidungen mehr als zweifelhaft ist. Systemkonsistent wäre höchstens, wie in den Niederlanden, die Gewährung eines Zuschlags nach langen Zeiten der Arbeitslosigkeit, weil – jedenfalls wenn vorher ernsthaftes Bemühen sichergestellt worden ist – das als Zeichen einer objektiv nicht bestehenden Vermittelbarkeit betrachtet werden könnte.

Der hier favorisierte Vorschlag hat aber den großen Vorteil, eine vorausschauende Lebensplanung zu honorieren, ohne mit einem völlig anderen Voraussetzungen folgenden Leistungsanspruch die Ungleichbehandlung über das gebotene Maß hinaus zu verstärken. Er stärkt Eigenverantwortung in ihrer zeitlichen Dimension, während die bestehenden Regelungen, indem sie den Zugriff auf das zur Deckung späterer Bedarfe Angesparte wie Lebensversiche-

164 Vgl. auch FRITZ RIEGE, Sozialleistungskürzung im Sozialstaat, ZfS 2004, S. 142, 146.

165 Zum Begriff der Langzeitarbeitslosigkeit als Arbeitslosigkeit von einem Jahr und länger § 18 I SGB III, anknüpfend an den international üblichen Sprachgebrauch, etwa in der IAO (Key Indicators of the Labour Market, <http://www.ilo.org/public/>), in den Zielvorgaben der europäischen Beschäftigungsstrategie und der Definition in Eurostat; z. T. wird davon auch schon bei einer Arbeitslosigkeit von über sechs Monaten gesprochen (so in Österreich mit einer Differenzierung zwischen Langzeit- und Dauerarbeitslosigkeit).

166 Allgemein zu möglichen Gleichheitsproblemen im SGB II ERNST-WILHELM LUTHE, Gleichheitsprobleme mit Hartz IV, SGB 2004, S. 729 ff.

167 Zur Abgrenzung von Vermögen und Einkommen WOLFGANG CONRADIS, Einkommen und Vermögen im SGB II – Probleme der Abgrenzung, info also 2007, S. 10 ff.

rungen weitgehend erlauben, selbst die Sicherung verfehlen, die der Staat den Menschen, die mit marktwirtschaftlich begründeten Unsicherheiten ohnehin leben müssen, gewähren könnte.

3. Gemeinschaftsgebundenheit

Der Eigenverantwortung stehen weitgehende Pflichten der Leistungsbezieher gegenüber. Ziel des SGB II ist die Eingliederung in den Arbeitsmarkt, und diese Eingliederung wird von jedem, der Leistungen in Anspruch nehmen kann, erwartet. Das betrifft sowohl die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit als auch den Erwerb der dafür erforderlichen Qualifikationen. Welche Maßnahmen im Einzelnen für die Eingliederung zu treffen sind und welche Hilfen gewährt werden, ist durch eine Eingliederungsvereinbarung festzulegen. Wenn auch das SGB II keine unmittelbare Koppelung zwischen Leistung und Eingliederungspflicht vorsieht, insbesondere auch anders als in Großbritannien der Leistungsanspruch nicht von dem Abschluss der Eingliederungsvereinbarung abhängig ist,¹⁶⁸ ergibt sich ein Gegenseitigkeitsverhältnis doch mittelbar aus den Sanktionen, die im Falle des Verstoßes gegen die vielfältigen Pflichten¹⁶⁹ vorgesehen sind. Nach der mittlerweile verschärfte Bestimmung ist der Regelsatz in einer ersten Stufe um 30 % zu kürzen, bei der ersten wiederholten Pflichtverletzung um 60 %, bei jeder weiteren wiederholten Pflichtverletzung völlig. Für unter 25-Jährige sind die Folgen der Pflichtverletzung noch strenger, weil der Gesetzgeber hier die Verfolgung erzieherischer Ziele für besonders wichtig und aussichtsreich hält.

a) Die Pflicht zur Arbeit

Es wird behauptet, ein mittelbarer Zwang sei als Arbeitszwang i.S.v. Art. 12 II GG zu qualifizieren,¹⁷⁰ wenn auch die Weite des verwendeten Eingriffsverständnisses durch ein ebenso weites Schrankenverständnis kompensiert werden soll.¹⁷¹ Nach etwas engerem Verständnis besteht ein Arbeitszwang nur, wenn

168 Vgl. zur allgemeinen Vorbildfunktion für Großbritannien KATRIN MOHR, Pfadabhängige Restrukturierung oder Konvergenz? Reformen der Arbeitslosenversicherung und der Sozialhilfe in Großbritannien und Deutschland, ZSR 2004, S. 283 ff.

169 § 31 SGB II; vgl. aber bspw. auch §§ 32, 43, 63, 64 SGB II; allgemein zu den Sanktionsregelungen des SGB II UWE BERLIT, Das neue Sanktionensystem, ZFSH/SGB 2005, S. 707 ff.; ZFSH/SGB 2006, S. 11 ff.

170 GERRIT MANNSSEN, in: v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK (Anm. 53), Art. 12, Rn. 296; grds. ebenso, aber sehr allgemein RUPERT SCHOLZ, in: MAUNZ/DÜRIG u. a., Art. 12, Rn. 483. A. A. MANFRED GUBELT, in: v. MÜNCH/KUNIG (Hrsg.), GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 12, Rn. 80, wonach statt Art. 12 II GG die Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG berührt sein soll.

171 MANNSSEN (Anm. 170), Rn. 303.

dem Betroffenen kein Ausweichen möglich ist.¹⁷² Jedoch ist schon der Ansatz abzulehnen, und zwar ganz unabhängig von der aktuellen rechtsdogmatischen und -theoretischen Debatte um eine stärkere Konturierung der Gewährleistungsgehalte von Grundrechten.¹⁷³ Denn es geht im hier interessierenden Zusammenhang nicht um eine abwehr-, sondern eine leistungsrechtliche Funktion der Grundrechte. Die Grundsicherung kann aber von vornherein jedenfalls grundsätzlich von der Bereitschaft, selbst erwerbstätig zu werden, abhängig gemacht werden. Der Sozialstaat bestimmt nicht die Wirtschaftsordnung, er ist in seiner ausgleichenden Funktion in diese eingebettet.¹⁷⁴ Er kann nur das verteilen, was erwirtschaftet worden ist. Und in diesem Sinne kann er verlangen, dass Anstrengungen unternommen werden, um den Hilfebedarf möglichst weitgehend zu vermindern.¹⁷⁵ Dagegen wird wiederum eingewandt, eine Vollbeschäftigung sei heutzutage in Deutschland gar nicht mehr erreichbar. Zudem ist ein „Adhäsionseffekt“, d. h. die Erwartung, eine Tätigkeit im Niedriglohnssektor würde mit der Zeit zu einem Aufstieg in sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnisse führen, sehr fraglich.¹⁷⁶ Selbst wenn diese Annahme stimmte, bildet sie kein tragfähiges Gegenargument. Denn weder lässt sich berechnen, wie viele Arbeitsplätze in einer Volkswirtschaft bereitgestellt werden können, noch und vor allem, wer diese Arbeitsplätze erhält.

172 HELMUT RITTSTIEG, in: AK-GG, 3. Aufl. 2001, Art. 12, Rn. 151.

173 Dazu ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken. Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 42 (2003), S. 165 ff.; WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?, in: MICHAEL BÄUERLE u. a. (Hrsg.), *Haben wir wirklich Recht?*, 2004, S. 53 ff.; WOLFGANG KAHL, Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 43 (2004), S. 167 ff.; UWE VOLKMANN, Veränderungen in der Grundrechtsdogmatik, *JZ* 2005, S. 261 ff.; DIETRICH MURSWIEK, Grundrechtsdogmatik am Wendepunkt?, *Der Staat* 45 (2006), S. 473 ff.; KARL-HEINZ LADEUR, Risiko Sozialstaat – Expansion des Sozialstaats ohne verfassungsrechtliche Schranken, *Der Staat* 46 (2007), S. 61, 68 ff.; RENATA MARTINS, Grundrechtsdogmatik im Gewährleistungsstaat: Rationalisierung der Grundrechtsanwendung, *DÖV* 2007, S. 456 ff.

174 Vgl. zum Zusammenhang zur Marktwirtschaft ZACHER, Grundtypen des Sozialrechts (Anm. 113), S. 577 ff.

175 Dies ergibt sich auch aus dem sozialhilferechtlichen Nachrang- und Selbsthilfegrundsatz, vgl. MARTÍNEZ SORIA (Anm. 138), *JZ* 2005, S. 651; dazu grundlegend BVerwGE 27, S. 58.

176 Vgl. Nachweise zur diesbezüglichen empirischen Forschung bei BIEBACK (Anm. 135), *NZS* 2007, S. 342.

b) Die Pflicht zur Bindung

Wahrscheinlich sind viele Eingliederungsmaßnahmen weit davon entfernt, ausreichend wirksam zu sein. Dennoch ist die grundlegende Überlegung, individuelle Qualifikation helfe regelmäßig für die Eingliederung in den Arbeitsmarkt, ebenso wenig zu beanstanden wie der Versuch, Qualifikationsmöglichkeiten anzubieten. Wichtig ist jedoch, die im Einzelfall geeigneten Maßnahmen nach den individuellen Lebensumständen und Fähigkeiten von Leistungsbeziehern zu bestimmen. Hier kommt die Eingliederungsvereinbarung ins Spiel. Sie setzt das allgemeine Gegenseitigkeitsverhältnis in ein konkretes um. Weil die ohne wichtigen Grund¹⁷⁷ erfolgende Weigerung¹⁷⁸, eine angebotene Eingliederungsvereinbarung abzuschließen, mit Sanktionen¹⁷⁹ verbunden ist, wird ein nicht unerheblicher Druck auf den Bürger ausgeübt. Das allerdings hindert die Wirksamkeit des Vertragsschlusses nicht, auch wenn von einem „Vertrag auf Unterwerfung“ die Rede war.¹⁸⁰ Wie im Zivilrecht, hat sich im Verwaltungsrecht die Figur des „unfreiwilligen Vertrags“ nicht durchsetzen können, weil nicht jeder Zwang eine vertragliche Bindung ausschließt.¹⁸¹ Sonst wäre ein Kontrahierungszwang widersinnig. Eventuell wegen eines strukturellen Machtungleichgewichts notwendige Korrekturen sind über Anfechtungs- und Nichtigkeitsregeln vorzunehmen.¹⁸²

Der Einwand, die entsprechenden Regelungen verstießen gegen die aus Art. 2 I GG ableitbare Vertragsabschlussfreiheit,¹⁸³ ist angesichts der Erforderlichkeit einer Konkretisierung der gegenseitigen Rechte und Pflichten also nicht

177 Nach SG Hamburg v. 27.01.2006, S 56 AS 10/06 ER liegt ein solcher wichtiger Grund immer dann vor, wenn das Vertragsangebot des Leistungsträgers auf den Abschluss einer nicht in allen Punkten rechtmäßigen Eingliederungsvereinbarung gerichtet ist. A.A. ERNST-WILHELM LUTHE/MARKUS TIMM, Die Eingliederungsvereinbarung des SGB II, SGB 2005, S. 261, 263, wonach ein zwar rechtswidriger, jedoch nicht nichtiger Vertrag keinesfalls einen wichtigen Grund darstellen kann.

178 Allerdings stellt der Vorschlag eines eigenen Entwurfs einer Eingliederungsvereinbarung noch keine Weigerung ihres Abschlusses dar, vgl. LSG Hessen v. 05.09.2006, L 7 AS 107/06 ER.

179 Zu den Sanktionen ERNST-WILHELM LUTHE, Sanktionen, Mindestbedarf und die Sozialpflichtigkeit des Hilfebedürftigen, SGB 2006, S. 637 ff.

180 KARL-JÜRGEN BIEBACK, Umbau der Arbeitsförderung nach den Vorschlägen der Hartz-Kommission – Analyse und Würdigung der Reformen, SDSRV Bd. 52 (2004), S. 59, 74 f.

181 Man kann das als Gegenstück zu den Begrenzungen der Vertragsfreiheit zugunsten einer „sozialen Vertragsfreiheit“ sehen, zu letzterem GUSTAV RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 1956, S. 247 (§ 19).

182 HEINZ JOACHIM BONK, in: PAUL STELKENS/HEINZ JOACHIM BONK/MICHAEL SACHS (Hrsg.), VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 54, Rn. 32.

183 So BERLIT (Anm. 69), info also 2003, S. 205.

überzeugend.¹⁸⁴ Schwerer wiegt die Kritik, die sich auf die Durchführung von Eingliederungsvereinbarungen bezieht. Einige ausländische Autoren berichten von Beobachtungen, nach denen es an Verhandlungsfähigkeit einerseits und Verhandlungsbereitschaft andererseits oft mangle.¹⁸⁵

Dahinter steht die Befürchtung, Individualregelungen über öffentlich-rechtliche Verträge führten zu einer „Verflüchtigung“ sozialer Rechte.¹⁸⁶ Die Einräumung subjektiver Rechte sei eine rechtsstaatliche Errungenschaft, und sie war in der Geschichte der Bundesrepublik¹⁸⁷ zweifellos ein wichtiger Schritt gerade für die menschenwürdige Behandlung Hilfesuchender.¹⁸⁸ Wenn nun tatsächlich gar keine Verhandlungsmöglichkeiten bestünden, könne von Freiheitsausübung nicht die Rede sein. Es werde dann die angestrebte Akzeptanz verfehlt, die mit dem Vertragsabschluss angenommene Zustimmung sei eine Fiktion, die lediglich zu einer Verkürzung der Rechte von Leistungsbeziehern führe. Bedenkt man aber, dass Zweckmäßigkeit Gesichtspunkte bei der Auswahl der geeigneten Eingliederungsmaßnahmen eine Rolle spielen müssen, die Alternative zur Eingliederungsvereinbarung ein im Ermessen stehender Verwal-

184 Im Ergebnis ebenfalls einen Verstoß gegen Art. 2 I GG ablehnend KAI-HOLMGER KRETSCHMER, „Sozialhilfe“ durch Vertrag, DÖV 2006, S. 893, 896 ff. und SCHÖN (Anm. 45), SGB 2006, S. 294, die jedoch beide verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf Rechtsschutzmöglichkeiten im Zusammenhang mit Eingliederungsvereinbarung und Sanktionsmöglichkeiten vor dem Hintergrund des Art. 19 IV GG vorbringen. Ausführlich zur Verfassungsmäßigkeit der Eingliederungsvereinbarung im Lichte von Art. 2 I GG HEINRICH LANG, Die Eingliederungsvereinbarung zwischen Autonomie und Bevormundung, NZS 2006, S. 176 ff., der zur Wahrung der Vertragsfreiheit eine einschränkende Auslegung der Sanktionsvorschrift des § 31 I 2 SGB II vorschlägt.

185 Vgl. etwa JOEL F. HANDLER, Myth and Ceremony in Workfare: Rights, Contracts and Client Satisfaction, *The Journal of Socio Economics* 34 (2005), S. 101 ff.

186 So EBSEN (Anm. 51), S. 728. Vgl. dazu UTE KLAMMER/FRANK SCHULZ-NIESWANDT, Logik des Sozialstaats und „Arbeit am Menschenbild“, *Sozialer Fortschritt* 2006, S. 157, 158 f., die auf die Gefahr einer Beendigung des paternalistischen staatlichen Fürsorgeprinzips und einer neuen Asymmetrie zwischen Gewährung und Folgebereitschaft hinweisen, wobei der Hilfsbedürftige nur mehr als „homo telos contractus“, also als Zielvereinbarungsmensch gesehen wird.

187 Grundl. BVerwGE 1, S. 159; vgl. im Gegensatz dazu den damals noch konträren Standpunkt des Bundesverfassungsgerichts, das im ersten Band seiner Entscheidungssammlung aus Art. 1 I GG nur den Schutz durch positives Tun vor staatlichen Übergriffen auf die Menschenwürde folgerte, nicht jedoch den Schutz vor materieller Not, BVerfGE 1, S. 97, 104. Allerdings änderte das Gericht später seine Auffassung, indem es aus Art. 1 I GG i.V.m. dem Sozialstaatsgebot ein Recht auf Sicherung eines materiellen Existenzminimums folgerte. Vgl. zu dieser Entwicklung der Rspr. des BVerfG PAPIER (Anm. 137), S. 378 f.

188 Vgl. dazu MICHAEL STOLLEIS, *Geschichte des Sozialrechts in Deutschland*, Stuttgart 2003, S. 216 ff.; NEUMANN (Anm. 109), NVwZ 1995, S. 427.

tungsakt¹⁸⁹ wäre, so werden die rechtsstaatlichen Bedenken auf die Forderung nach einer effektiven Kontrolle des Verwaltungshandelns reduziert. Das geltende Prozessrecht enthält dafür Vorkehrungen, die bei richtiger Handhabung einen Rückfall in Zeiten der Rechtlosigkeit nicht befürchten lassen¹⁹⁰.

c) Grenzen der Gegenseitigkeit?

Angesichts der drastischen Sanktionen bei Verstößen gegen die vorgenannten Verpflichtungen stellt sich eine ganz grundsätzliche Frage: Wie weit darf die Erwartung des Staates, der Einzelne solle für sich selbst sorgen, reichen? Wie verhält sie sich zu der selbstverständlich klingenden Annahme, der Staat dürfe niemanden verhungern lassen?¹⁹¹ Das BVerfG hat in zwei zum Strafrecht ergangenen Entscheidungen einerseits die Gemeinschaftsgebundenheit der Person besonders betont,¹⁹² andererseits angenommen, niemand könne sich durch gemeinschaftswidriges Verhalten so weit außerhalb der Rechtsordnung stellen, dass seine Menschenwürde keine Achtung mehr verdiene.¹⁹³ Jedoch ist es gerade Ausdruck der Menschenwürde, dass grundsätzlich jeder die Konsequenz seines Handelns selbst tragen muss – wenn auch in einer Reihe von Entscheidungen

189 Zur Rechtswidrigkeit eines solchen Eingliederungs-Verwaltungsakts gem. § 15 I 6 SGB II vgl. SG Berlin v. 12.05.2006, S 37 AS 11713/05. Danach ist Rechtswidrigkeit bei starrer Festlegung einer Mindestanzahl von Bewerbungen, rigider Residenzpflicht und Teilnahmeverpflichtungen an lediglich abstrakt bezeichneten Arbeitsgelegenheiten gegeben.

190 Vgl. zum einstweiligen Rechtsschutz nach § 86b I SGG gegen einen Verwaltungsakt zur Feststellung einer Leistungsabsenkung LSG Baden Württemberg v. 12.04.2006, L 7 AS 1196/06 ER-B. Dabei stellt das Gericht fest, dass die Auslegung der Vorschrift des § 31 VI 1 SGB II im Hinblick auf ihren Wortlaut und den rechtssystematischen Zusammenhang Schwierigkeiten bereitet und die Gesetzesmaterialien nicht aufschlussreich sind. Siehe zum einstweiligen Rechtsschutz auch WOLFGANG SPELLBRINK, Einstweiliger Rechtsschutz in Grundsicherungsstreitigkeiten nach dem SGB II, Sozialrecht aktuell 2007, S. 1 ff.

191 ENDERS (Anm. 137), VVDStRL 64 (2005), S. 40.

192 BVerfGE 109, S. 133 (Sicherheitsverwahrung), 151: „Das Grundgesetz hat die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten (vgl. BVerfGE 4, 7, 15). Vor diesem Menschenbild ist die Sicherungsverwahrung auch als Präventivmaßnahme zum Schutz der Allgemeinheit mit dem Grundgesetz vereinbar. Hierdurch wird der Betroffene nicht zum Objekt staatlichen Handelns; er wird nicht zu einem bloßen Mittel oder zu einer vertretbaren Sache herabgewürdigt.“

193 BVerfGE 72, S. 105 (lebenslange Freiheitsstrafe), 115: „Nach dem Grundgesetz ist es vornehmste Pflicht des Rechtsstaates, die Würde des Menschen, die zu den tragenden Konstitutionsprinzipien gehört, und die freie menschliche Persönlichkeit als oberste Werte zu achten (vgl. BVerfGE 6, 32, 36; 7, 377, 405; 50, 166, 175). Das Recht auf Achtung seiner Würde kann auch dem Straftäter nicht abgesprochen werden, mag er sich in noch so schwerer und unerträglicher Weise gegen alles vergangene haben, was die Wertordnung der Verfassung unter ihren Schutz stellt (BVerfGE 64, 261, 284).“

die Frage, inwieweit der Mensch gegenüber sich selbst¹⁹⁴ unter Berufung auf die Unverzichtbarkeit der Menschenwürde geschützt werden muss,¹⁹⁵ entgegen einer Selbstbestimmung beantwortet worden ist. Richtigerweise wird bei den Sanktionen des SGB II aber nicht die Menschenwürde berührt, weil die Betroffenen nicht einer Notsituation unentrinnbar ausgesetzt sind, sondern diese selbst herbeiführen. Dem ließe sich entgegengehalten, dass zwar der Verstoß gegen die Verpflichtung zur Aufnahme von Arbeit gewollt ist, aber gerade nicht die damit verbundene Folge der Nichtgewährung von Leistungen. Wenn es aber richtig ist, dass Leistungsgewährung und Eingliederungspflichten miteinander rechtlich zulässigerweise verknüpft werden dürfen, so erweist sich dieser Einwand als unbeachtlich. Der zum Ausgangspunkt genommene Satz ist dann ebenso sehr oder ebenso wenig selbstverständlich wie ein Recht auf Selbstmord¹⁹⁶ oder auf passive Sterbehilfe. Bei näherem Hinsehen stellt sich damit unausweichlich in letzter Konsequenz die Frage nach der Verfügbarkeit des menschlichen Lebens, oder anders herum formuliert, nach der Pflicht des Staates zum Schutz des Lebens auch bei entgegenstehendem Willen des Betroffenen.

Es wäre aber falsch anzunehmen, der Gesetzgeber habe sich in dieser Hinsicht letztendlich gegen ein christliches Menschenbild bzw. gegen eine unbedingte, von einer Gegenleistung unabhängige und nur der Person geschuldete Unterstützung entscheiden wollen. Das SGB II sieht selbst bei hartnäckiger Verweigerung der in ihm enthaltenen Pflichten von Erwerbsfähigen die Gewährung von Sachleistungen vor¹⁹⁷ und beugt damit letztendlich existenziellen Notlagen vor.

4. Der Mensch als Mensch?

Es bleibt, insbesondere bei radikaler Zuspitzung, eine ganz grundsätzliche Kritik an dem in der Hartz-Gesetzgebung zum Ausdruck kommenden Menschenbild. Denn das SGB II scheint die mit der Gewährung von Sozialleistungen insgesamt verbundene Tendenz, das Menschenbild funktional zu reduzieren, zu verstärken. Der Mensch, so lautet der schon zuvor geäußerte Befund, sei nicht mehr Freiheitssubjekt um seiner selbst willen, sondern nur noch als Funkti-

194 CHRISTIAN HILLGRUBER, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, 1992.

195 Wie in den Entscheidungen zu Peep-Shows, dem Zwergenweitwurf und den sog. Laserdromes, vgl. BVerwGE 64, S. 274, 277 ff. (Peep-Show); 84, S. 314, 317 (Peep-Show); 115, S. 189 (Laserdrome); VG Neustadt, NVwZ 1993, S. 98 ff. (Zwergenweitwurf).

196 Vgl. KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band IV – Die einzelnen Grundrechte/1. Halbband – Der Schutz und die freiheitliche Entfaltung des Individuums, 2006, S. 148 f.

197 § 31 III 6 und § 31 V 6 SGB II.

onsträger.¹⁹⁸ Dazu passt die mittlerweile verbreitete Kritik an der Ökonomisierung der Lebensverhältnisse. Mit der dem SGB II zugrunde liegenden Gegenseitigkeitskonstruktion wird dieser Effekt verstärkt¹⁹⁹ – zumal gerade nicht davon ausgegangen wird, der Mensch werde sich kraft seiner Einsichtsfähigkeit selbst um die Integration in die Erwerbsgesellschaft kümmern, sondern müsse durch Druck und ökonomische Anreize dazu getrieben werden. Wird er damit auf ein Rädchen in der Maschinerie zur Erzeugung des Bruttoinlandsprodukts reduziert? Und werden in der weiteren Folge die Schwächsten der Schwachen, die oft Vergessenen²⁰⁰, die nicht erwerbsfähig sind und deshalb nicht in das Leistungssystem des SGB II, sondern in das der allgemeinen Sozialhilfe fallen, ausgegrenzt?

Diese Annahmen sind aus zwei grundsätzlichen Überlegungen heraus und vor allem auch mit Blick auf die konkrete Ausgestaltung des SGB II nicht zu teilen. Zunächst sollte erwartet werden, dass ein Mensch seine Interessen verfolgt und in diesem Sinne auf ökonomische Anreize reagiert. Der Gesetzgeber hat das nicht überbetont, sondern eher unterschätzt, wie die notwendigen Nachbesserungen für die Unterkunftsleistungen an Jugendliche zeigen. Bedenken wecken kann deshalb eher, dass er zugleich alle Leistungsbezieher zu wirtschaftlich produktiver Lebensführung anhalten, notfalls erziehen will. Aber es darf nicht vergessen werden, dass die darin zweifellos liegende funktionale Beschränkung einen direkten Zusammenhang zur Gewährung der Sozialleistung hat. Auch deren Grundlagen müssen erst erwirtschaftet werden.

Letztendlich geht es dem SGB II darum, den Menschen zur Einhaltung der sozialen Grundregel nicht nur anzuhalten, sondern auch zu befähigen.²⁰¹ Anders als bei den Geldleistungen setzt hier das Gesetz auf Individualisierung. Zu-

198 Vgl. zu diesem „sekundären System“ allgemein und im Sozialleistungsrecht BÖCKENFÖRDE (Anm. 13), S. 217, 220 unter Bezugnahme auf HANS FREYER, *Theorie des gegenwärtigen Zeitalters*, 1956.

199 Weil sie konkret auf die Erwirtschaftung der Lebensgrundlagen zugeschnitten ist; vgl. zu einer allgemeinen Gegenseitigkeitskonstruktion GÖRG HAVERKATE, *Verfassungslehre, Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung*, München 1992. Dazu auch, unter Bezugnahme auf die Freiheitsrechte, nicht aber das Sozialstaatsprinzip HASSO HOFMANN, *Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension*, VVDStRL 41 (1983), S. 42, 74 f.

200 HANS ACHINGER, *Sozialpolitik als Gesellschaftspolitik*, 1971, S. 144: „die Liste der Vergessenen“; gemeint war damit der lange beschränkte Fokus der Sozialpolitik, in den Worten Achingers „so wie sich die etablierte Sozialpolitik vielen Problemen jenseits des Arbeitslebens verschlossen hat [...]“ (S. 143).

201 Mittlerweile liegen erste Ergebnisse der arbeitsmarktpolitischen Maßnahmen vor, insbesondere zu den jeweils erzielten Eingliederungsquoten, die angeben, wieviele der Teilnehmer sechs Monate nach Austritt aus einer Maßnahme sozialversicherungspflichtig beschäftigt sind, vgl. Jahresbericht 2006 der Bundesagentur für Arbeit zum SGB II, abrufbar unter: <http://doku.iab.de/externe/2007/k070416p03.pdf>. Allerdings sind die Zahlen erst für einen relativ kurzen Zeitraum erhoben, zudem ist zu berücksichtigen, dass in ihnen ein Prozess verstärkter Selektion zum Ausdruck kommt.

mindest bei richtiger Handhabung werden individuelle Fähigkeiten ebenso berücksichtigt wie tatsächlich bestehende Eingliederungschancen. Auch das bezieht sich zugegebenermaßen auf die Verwertbarkeit der Arbeitskraft. Erwartet man aber vom Staat, dass er Arbeitslosigkeit als Missstand ansieht und diese zu verhindern sucht, gibt es keinen Ausweg. Nur wenn man von ihm weniger verlangen wollte, dürfte er seinerseits nicht auf die Förderung von Funktionalität setzen.

IV. Schluss

Nicht richtig ist die Annahme, der Sozialstaat habe nur noch den Menschen im Blick, der sich weitgehend selbst zu helfen weiß, das schöne Bild der Eigenverantwortung werde lediglich vorgeschoben, um den Rückzug des Staates aus seiner Verantwortung zu kaschieren. Das SGB II ist zwar weder durch Großzügigkeit noch durch Mildtätigkeit gekennzeichnet, es bietet jedoch vielfältige Möglichkeiten einer auf die individuellen Kenntnisse und Fähigkeiten von Leistungsbeziehern zugeschnittenen Förderung an. Es ist auch deshalb ein durchaus ambitioniertes Projekt,²⁰² das allerdings noch nicht ausreichend umgesetzt ist. Es mag die Vermutung nahe liegen, dass der Gesetzgeber möglicherweise mehr auf Einsparungen als auf die Stärkung der Eigenverantwortung gesetzt hat, weil Bemühungen zur Herstellung von Verteilungsgerechtigkeit die größte Konjunktur haben, wenn es wenig zu verteilen gibt. Das erschwert die Akzeptanz der Reformen, desavouiert aber nicht das Projekt. Sollte im Übrigen bei einigen an der Gesetzgebung Beteiligten tatsächlich das Motiv, schnelle Einsparungen zu erzielen, im Vordergrund gestanden haben, wären sie durch die Kostenentwicklung eines Besseren belehrt worden.

Die erzieherische Funktion des Gesetzes hält sich grundsätzlich in den Grenzen, in denen der Staat die Schaffung einer wirtschaftlichen Basis für die tatsächliche Inanspruchnahme von Freiheitsrechten fördern darf. Es ist aber zu erwarten, dass selbst bestes Bemühen auf beiden Seiten nicht reichen wird, um allen Erwerbslosen eine volle Ein- oder Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt zu ermöglichen. Angesichts dessen darf der Sozialstaat auch bei der Gewährung einer Grundsicherung sein Ziel, vor Gefährdungen durch Lebensrisiken zu schützen, nicht außer Acht lassen. Eigenverantwortung in der Zeit erfordert den planenden Menschen und deshalb, denjenigen, die dauerhaft vom Arbeitsmarkt verdrängt werden, zumindest das Ersparte weitgehend zu belassen.

202 Dessen Verfolgung grundsätzlich zum Teil für geboten gehalten wird; vgl. zur Annahme, Arbeitslosigkeit stelle ein moralisches Unrecht dar und der Staat sei zu dessen Beseitigung verpflichtet, GESINE RÖHRIG, Arbeitslosigkeit und Gerechtigkeit, 2003.

Schließlich bleibt der gewichtige Einwand, die Hartz-IV-Gesetzgebung führe zu einer funktionellen Verengung des Menschenbildes. Es kann aber ein Sozialstaat, der die Notwendigkeit, das zur Verteilung Erforderliche erwirtschaften zu können, ernst nimmt, auf die Einbeziehung der funktionalen Zusammenhänge nicht verzichten, wenn er dauerhaft in der Lage sein soll, seinen Bürgern die notwendigen Unterstützungsleistungen bereitzustellen. Auch das hat schon Hegel auf den Punkt gebracht: „Weil die bürgerliche Gesellschaft schuldig ist, die Individuen zu ernähren, hat sie auch das Recht, dieselben anzuhalten, für ihre Subsistenz zu sorgen.“²⁰³

203 Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 240 (zitiert nach stw 1976, S. 387).

Diskussion zum Vortrag von Ulrich Becker

Leitung: CHRISTIAN STARCK

STARCK:

Welches Sozialmodell und Menschenbild liegt der Hartz-IV-Gesetzgebung zugrunde? Sie haben in Ihrem Vortrag die Motivation deutlich gemacht. Wir werden darüber jetzt sprechen. Wir müssen in der Diskussion auch die Frage erörtern, wie sich die Gesetzgebung in der Praxis auswirkt. Denn Normen sind ja nicht immer mit der Realität gleichzusetzen, sondern sie müssen erst in die Realität umgesetzt werden, was uns besonders interessiert. Ich möchte jetzt die Diskussion ohne weitere Vorgaben eröffnen.

KÖBL:

Zunächst vielen Dank, Herr Becker, für Ihren schönen Vortrag; er gibt mir Anlass zu zwei Bemerkungen: eine am Rande über die Verknüpfung von Arbeits- und Sozialrecht, vor allem aber möchte ich zum verteilungspolitischen Kern von „Hartz-IV“ eine etwas deutlicher akzentuierte Kritik anbringen.

Ihr Vortrag belegt zugleich als Antwort auf die vorhin von Herrn Friehe geäußerte kritische Verwunderung die Sinnhaftigkeit der Verbindung von Arbeits- und Sozialrecht. Sozialrecht ist keineswegs nur relevant als Anhängsel von Arbeitsrecht, weil jedes Arbeitsverhältnis mit Sozialversicherungspflicht verbunden ist, sondern es wurde erkennbar, dass wesentliche Sektoren des Sozialrechts darauf gerichtet sind, Menschen für adäquate Erwerbsarbeit fähig zu machen, sie bei Unterbrechungen und Störungen ihres Erwerbslebens zur Arbeitsaktivität hin zu fördern, sie nicht nur monetär zu unterstützen, und sie notfalls – unter dem Druck von Leistungskürzung und -entzug – mittelbar auch in Erwerbsarbeit „hineinzuzwingen“. Wo sich aber die „Normallage“ der erwachsenen Menschen von Erwerbsfähigkeit und Erwerbstätigkeit (Familientätigkeit ist insoweit eingeschlossen) nicht zumutbar erreichen lässt, greifen die Auffangnetze der Sozialversicherung und der Grundsicherung oder Sozialhilfe in verschiedenen Formen. Also insgesamt besteht eine Vielfalt und Dichte von Funktionszusammenhängen, die Ministerien für „Arbeit und Sozialordnung“ (oder „Soziales“) und Lehrstühle für Arbeits- und Sozialrecht wahrlich rechtfertigt.

Jetzt zum eigentlichen Kernbereich, zu dem, was wohl am meisten Unmut in der Bevölkerung gegen die Hartz-IV-Gesetzgebung erzeugt, in der Arbeitnehmerschaft das Gefühl nährt, doch irgendwie enteignet zu werden, was die „soziale Gerechtigkeit“ als grob verletzt erscheinen lässt. Hierfür habe ich einiges Verständnis, vielleicht gegen die in unserem Kreis etwas vorherrschende Meinung.

Zum einen liegt das Leistungsniveau schon sehr niedrig, bedenkt man, was infolge der Pauschalierung von 345 Euro im Monat alles zu bestreiten ist; das kann an dieser Stelle nicht näher ausgeführt werden. Hinzuweisen ist aber noch auf die Verkürzung der Dauer der Arbeitslosengeldgewährung, also der beitragserdienten Sozialleistung auf ein Jahr. Diese Wirkung, dass ein jahrzehntelang kontinuierliches Arbeitsleben mit Beitragsentrichtung bei Arbeitsplatzverlust dann gerade gleich so viel oder so wenig wert ist wie ein Arbeitsleben, das vielleicht nie so richtig in die Gänge gekommen ist, bei dem mehrfach gerade nach Erfüllung der Mindestzeit wieder Arbeitslosengeld in Anspruch genommen wurde, muss Menschen mit eher kontinuierlicher Erwerbsbiographie insbesondere im vorge-rückten Lebensalter verbittern. Dagegen kann man nicht überzeugend mit einem sogenannten Versicherungsprinzip argumentieren und dass die Arbeitslosenversicherung (anders als die Rentenversicherung) eben nicht als eine Art von Sparkasse gesehen werden dürfe; eine gewisse Differenzierung in der Bezugsdauer nach der langfristig vorausgegangenen Beitragsleistung erscheint daher sehr angemessen. Doch ist darin trotzdem nur eine begrenzt taugliche Härtemilderung zu sehen. Denn das Arbeitslosengeld über Jahre zu verlängern, ist disfunktional; viele kommen dann überhaupt nicht mehr ins Arbeitsleben hinein, sondern in die Frühverrentung, und das ist rundum sozialstaatlich nicht gut. Aber da ist noch ein weiteres Gravamen, die strenge Ausgestaltung des Subsidiaritätsgrundsatzes: Es ist doch wirklich aufregend, wenn man in späten Jahren etwa erst mal all sein Erspartes aufgeben muss, nur damit man seine Existenz fristet, bevor man danach vom Sozialstaat unterstützt wird – auf niedrigstem Niveau. Die Älteren unter uns haben ja die Kriegs- und Nachkriegszeit erlebt und wissen, dass man mit sehr wenig Mitteln überleben kann. Finanzielle Einschränkungen auf eine gewisse Dauer sind noch eher hinnehmbar als die Belastungen, wenn man hart erarbeitetes Vermögen, meinetwegen auch von den Eltern ererbtes Vermögen, fast völlig aufbrauchen muss. Hier sollten größere Spielräume für das Schonvermögen zugestanden werden; vorstellbar wären auch insoweit Differenzierungen nach der Beitragsdauer in der Arbeitslosenversicherung. Mit einem Wort zum Schluss: Der „aktivierende“ Sozialstaat sollte das Menschenbild des überkommenen Sozialstaats nicht allzu sehr vernachlässigen. Dankeschön.

STARCK:

Vielen Dank. Jetzt kommt Herr Eichenhofer.

EICHENHOFER:

Herr Becker, ich habe zwei Fragen. Die erste betrifft Ihre Kritik an der Gesetzgebung, dass einmalige Leistungen in konkreten Fällen von Bedürftigkeit nicht mehr zugelassen, sondern nur noch typisierte Bedarfe und dafür nötige Auslagen anerkannt werden, z. B. für Babyausstattung oder Klassenfahrten, sonstige Bedarfslagen dagegen nicht: nicht mehr der 50. Geburtstag oder die Fahrtkosten zu

einer Demonstration gegen Sozialhilfekürzungen. Der Gesetzgeber hat mich überzeugt zu sagen: Die Verwaltungskosten zur Wahrnehmung des Individualisierungsprinzips des Sozialhilferechts sind zu hoch. Bis zu fünf Richter beim Bundesverwaltungsgericht hatten bisher die Frage zu klären, ob eine Sozialhilfeempfängerin die Kosten für die Teilnahme an einer Demonstration gegen eine Sozialhilfereform aufgrund des Individualisierungsprinzips erstattet bekommen sollte. Zwischen den Kosten für die Verwaltung der Sozialhilfe und dem Nutzen, der daraus für den Einzelnen erwuchs, herrschte ein Missverhältnis.

Das zweite Problem betrifft das Verhältnis zwischen Grundsicherung für Arbeitsuchende und Vollbeschäftigung. Sie haben Zweifel angemeldet, ob letztere erreichbar und deshalb erwartbar sei. Diese Zweifel werden von vielen geteilt. Ich meine, dass die sozialrechtliche Grundregel, wonach der Erwerbsfähige zur Befriedigung seiner Daseinsbedürfnisse auf den Arbeitsmarkt verwiesen ist, unterstellt, Vollbeschäftigung sei möglich. Darüber herrscht seit langem Streit. Es gab 1795 in England über 40 Jahre ein Sozialhilferecht, bei dem Arbeitsfähige Sozialhilfe bekamen (Speenhamland-Prinzip). Heute nennt man das Bürgergeld oder bedingungsloses Grundeinkommen. Das ist der aktuelle Bezug. Dieses Prinzip wurde 1834 in der Armenrechtsreform abgeschafft. Dieselbe Maxime leitet auch die Hartz-Reformen. Danach ist der Arbeitsfähige auf den Arbeitsmarkt zur Bedürfnisbefriedigung verwiesen und die öffentliche Hand hat ihn zur Arbeitsmarktteilhabe umfassend zu befähigen. Falls wir diese Prämisse nicht akzeptieren, kann die derzeitige Sozialgesetzgebung nicht aufrechterhalten werden. Weil sie auf der Arbeitsgesellschaft beruht, steht und fällt jene mit dieser Prämisse. Dazu gehört auch die Grundsicherung für Arbeitsuchende. Die nächste Frage: Ist die Annahme heute realistisch? Wir haben derzeit 40 Millionen Erwerbsfähige in Deutschland. Die Demographen sagen in fünfzehn Jahren noch 26 Millionen Erwerbsfähige voraus. Folglich hat die demographische Entwicklung auch Implikationen für den Arbeitsmarkt. Dieser Befund hat auch Bedeutung für die Frage, inwieweit das Ziel der Vollbeschäftigung als realistische Perspektive für den Sozialstaat von morgen anzusehen sei.

STARCK:

Bevor ich jetzt den Nächsten aufrufe, wollte ich nochmal den Zweifel äußern, ob wir eigentlich vernünftigerweise von Vollbeschäftigung sprechen können oder ob man nicht lieber von einem hohen Beschäftigungsstand sprechen sollte. Das ist im Übrigen schon im Stabilitätsgesetz festgelegt worden.

RULAND:

Ich wollte noch einmal an die Ausführungen von Frau Köbl anknüpfen. Nehmen wir das Beispiel eines 50-Jährigen, der durch Insolvenz seines Unternehmens oder aus einem anderen Grunde seinen Arbeitsplatz verloren hat. Dieser Arbeitnehmer hat, unterstellt man 30 Jahre Arbeit und ein Einkommen in Höhe des Durch-

schnittseinkommens, überschlägig gerechnet zwischen 30.000 und 50.000 Euro an Beiträgen an die Bundesagentur für Arbeit gezahlt. Nun wird er arbeitslos und bekommt 1.500 Euro monatlich ein Jahr lang. Zusammen sind es 18.000 Euro. Im Verhältnis zu den Beiträgen stehen die Leistungen, die er erhält, in einem krassen Missverhältnis. Hinzu kommt, dass sich die Bundesagentur kaum noch um ihn kümmert. Sie hat ihre Klientel in drei Gruppen eingeteilt: die Marktkunden, die Beratungskunden und die übrigen Kunden. Die Marktkunden kann man rasch vermitteln, die Beratungskunden mit einiger Mühe auch. Bei der dritten Kategorie hat man wenig Aussicht auf Vermittlung, die man dann intensiv auch gar nicht mehr versucht. Diese Personen bleiben letztlich Klientel der Grundsicherung. Zu ihnen rechnet auch ein Arbeitsloser, der über 50 Jahre alt ist. Für ihn hat das zur Konsequenz, worauf Frau Köbl zu Recht hingewiesen hat, dass er wegen der Subsidiarität des Arbeitslosengeldes II nahezu alles, was er in seinem Leben aufgebaut hat, einsetzen muss und damit alles verliert. Ist das wirklich unsere Vorstellung von dem Sozialstaat? Ist das wirklich unser Menschenbild?

STARCK:

Bevor ich Herrn Becker die Gelegenheit zur ersten Antwort gebe, wollte ich selbst noch etwas bemerken und eine Frage stellen. Es ist mehrfach von Ihnen von der Verdrängung aus dem Arbeitsmarkt gesprochen worden. Es gab früher, ich weiß nicht, ob es nach dem Hartz-Gesetz auch noch möglich ist, die Fälle, in denen jemand eine feste Stelle gekündigt hat und dann in die Arbeitslosigkeit geraten ist, geradezu willentlich, weil er vielleicht eine „Auszeit“ nehmen wollte. Das ist ein Ausdruck, den ich nicht erfunden habe. Wenn das zum zweiten Mal passiert, ist die Biographie eine etwas angeknackste Biographie. Wenn man sich neu um eine Stelle bewirbt, muss man angeben, wann und wo man gearbeitet hat und wann man nicht gearbeitet hat. Dann wird es in der Tat schwer, wieder einen Arbeitsplatz zu bekommen. Von Verdrängung aus dem Arbeitsmarkt kann man in solchen Fällen, die keine Einzelfälle sind, nicht sprechen. Man war gewissermaßen nur halbherzig auf dem Arbeitsmarkt.

BECKER:

Zusammengenommen behandeln die Beiträge die Frage: Was tun wir mit denen, die aus dem Arbeitsleben ausscheiden? Die erste, zuletzt angesprochene Variante ist die, dass die Betroffenen dieses Ausscheiden selbst zu vertreten haben. Darauf reagiert das Sozialrecht. Wie eben auch schon gesagt wurde, gibt es Sperrzeiten, die dazu führen können, dass der Leistungsbezug ganz ausgeschlossen wird. Die entsprechenden Vorschriften sind mehrfach modifiziert worden, sie beziehen mittlerweile auch die Auflösung von Arbeitsverhältnissen mit ein, sind also relativ weitgehend, so dass das Sozialrecht ausreichende Sanktionen enthält. Wie sich das auf ein künftiges Arbeitsverhältnis auswirkt, ob sich die Einstellungschancen bei

selbstverschuldeter Arbeitsaufgabe verändern, ist eine zweite Frage. Eine solche Arbeitsaufgabe kann zwar Rückwirkungen haben für einen späteren Leistungsbezug. Unmittelbar kann das Sozialrecht auf sie aber nicht reagieren – selbst wenn faktisch künftig nur noch verminderte Vermittlungsmöglichkeiten bestehen sollten. Für zusätzliche Sanktionen ist schon wegen der unsicheren Zusammenhänge kein Bedarf.

Wie aber verhält man sich gegenüber Personen, die unverschuldet in die Arbeitslosigkeit geraten sind? Wenn man sich die Hartz-IV-Gesetzgebung anschaut und fragt, welche Bevölkerungsteile von ihr betroffen sind, geht es im Wesentlichen um zwei Gruppen: Einerseits diejenigen, die nie gearbeitet haben und jetzt aktiviert werden sollen, andererseits die Personen, die ihren Arbeitsplatz verlieren und auf Dauer keinen neuen finden können. Wie ausdrücklich betont, sind die letztgenannten die Verlierer der Reform, weil sie die Leistungseinbußen am stärksten zu spüren bekommen. Was ist die richtige Reaktion auf diese Situation, wie soll man für diese Personen sorgen? Nach wie vor bin ich der Meinung, dass hier der dauerhafte Verlust der Erwerbsmöglichkeit nicht von der Arbeitslosenversicherung aufgefangen werden sollte. Sicherlich wäre es möglich, da gebe ich Ihnen Recht, Herr Ruland, die Arbeitslosenversicherung so zu konzipieren, dass sie für eine lange Zeit der sozialen Sicherung bei Arbeitslosigkeit dient. Ein Beispiel dafür findet sich in Dänemark, wo zwar ebenfalls die Dauer des Leistungsbezugs reduziert worden ist, aber von neun auf vier Jahre – beides Zeiträume, die mit der Situation in Deutschland kaum vergleichbar sind. Aber man kann das Sicherungsziel der Arbeitslosenversicherung aus guten Gründen auch anders definieren. Nämlich so, dass Leistungen nach Verlust des Arbeitsplatzes gewährt werden, damit sich die Betroffenen um andere Arbeitsstellen bewerben und diese Zeit der Suche ohne größere Einbußen überstehen können. Irgendwann wird sich bei erfolgloser Arbeitssuche die Frage stellen, ob ein Betroffener überhaupt noch in den Arbeitsmarkt zurückkommen kann. Insofern gilt es, einen Zeitpunkt zu definieren, ab dem typischerweise davon auszugehen ist, dass dies nicht ohne weiteres der Fall ist. Das kann der Gesetzgeber tun, und diese Grenze zumindest regelmäßig bei einjähriger Arbeitslosigkeit zu ziehen, ist nicht willkürlich, sondern entspricht internationalen Standards. Wenn das so ist, dann ist die richtige und systemkonsistente Reaktion auf Dauerarbeitslosigkeit die Gewährung einer Hilfeleistung, aber, wie ausgeführt, bei weitergehender Verschonung dessen, was angesammelt worden ist. Denkbar wäre eine weitere Gestaltung, die in den Niederlanden praktiziert wird und die Ausdruck einer besonderen Verantwortung des Staats zum Ausdruck bringt, Arbeitslose in den Arbeitsmarkt zu bringen: nämlich bei langer Arbeitslosigkeit einen Zuschlag zu gewähren und so dafür zu sorgen, dass das Niveau der sozialen Sicherung nicht zu sehr abgesenkt wird, wenn offensichtlich, d. h. abgeleitet aus der Dauer der Arbeitslosigkeit, die Arbeitsmarktpartizipation auf besondere Schwierigkeiten stößt. Das würde ich immer noch für besser halten als das Arbeitslosengeld zeitlich zu

strecken. Denn auch diese Lösung lässt die Grundausrichtung, eine Verbindung zwischen Leistung und Gegenleistung, bestehen. Das ist auch ein Punkt, auf den Frau Köbl hingewiesen hat. Würde hingegen die Bezugsdauer des Arbeitslosengeldes für ältere Arbeitnehmer verlängert, gewänne eine Altersgrenze an Gewicht. Altersgrenzen sind aber nicht nur vor dem Hintergrund des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbots zunehmend nicht mehr zu rechtfertigen, sondern auch vor dem Hintergrund der demographischen Entwicklung. Wir dürfen hier nicht außer Acht lassen, dass sich die demographischen Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt auswirken werden. Irgendwann wird es ein Eigeninteresse der Unternehmen geben, überhaupt ausreichend und damit auch ältere Arbeitskräfte zu haben. Das ist jetzt zum Teil schon spürbar, wenn auch noch nicht flächendeckend. Wenn von Hoffnungslosigkeit die Rede ist, die nur ans Lebensalter geknüpft wird, ist das als Bestandsaufnahme heute richtig, aber nicht mehr als Aussicht für die Zukunft.

Das führt als Nächstes zu der Frage von Herrn Eichenhofer, die sehr berechtigt ist. Die Grundfrage ist natürlich, ob wir wirklich davon ausgehen dürfen, dass die Grundregel, wie ich sie genannt habe, die Unterhaltssicherung durch Erwerbstätigkeit mittels der Aktivierungsstrategie zum Funktionieren gebracht werden kann. Insofern kommt es darauf an, dass für eine Erwerbstätigkeit eine Möglichkeit bestehen muss. Der Staat garantiert keinen Erfolg, und er kann das auch nicht – weder im Einzelfall noch im Sinne einer Vollbeschäftigung. Er muss das aber auch nicht erreichen können. Er übernimmt es stattdessen alles zu tun, was möglich ist in einer individuellen Situation, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Man könnte weitergehen, man könnte sagen, der Staat hat die Verpflichtung, tatsächlich für eine Erwerbstätigkeit zu sorgen, so wie es in jüngerer Zeit in einer philosophischen Dissertation über die staatlichen Verpflichtungen bei Arbeitslosigkeit gefordert worden ist. Dem liegt das Bemühen zugrunde, auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage eine Pflicht des Staates abzuleiten, passende Beschäftigungsmöglichkeiten anzubieten. Zu entsprechenden Ergebnissen führt das Modell des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, wenn auch ohne die angesprochene staatsphilosophische Grundierung. Wenn nämlich gefordert wird, ein Leistungsbezug setze (im Fall der Erwerbsfähigkeit) eine Erwerbstätigkeit voraus, dann bleibt nur die Möglichkeit, dass der Staat die erforderlichen Arbeitsgelegenheiten selbst zur Verfügung stellt. Und er muss in einer Marktwirtschaft, in der er reguläre Arbeitsplätze nicht selber ohne weiteres „produzieren“ kann, in ausreichendem Maße zusätzliche Arbeiten finden, die er sinnvollerweise dem Einzelnen anbieten kann. Angesichts dieser Schwierigkeiten muss es genügen, wenn der Einzelne zumindest die Chance erhält, die sozialrechtliche Grundregel wieder herzustellen.

Schließlich wurde ein weiterer Punkt angesprochen, die Verbindung zwischen Arbeits- und Sozialrecht. Dazu nur eine Anmerkung: Wenn in der Gesellschaft zur Unterhaltssicherung auf die Partizipation am Arbeitsmarkt verwiesen wird,

ergibt sich in der Tat eine Verbindung zwischen beiden Rechtsgebieten, zwischen Arbeitsverhältnis und sozialstaatlicher Intervention, im Sinne eines Regel- /Ausnahmeverhältnisses. Wichtig ist aber, dass das Sozialrecht darauf nicht reduziert ist, sondern dessen Aufgaben sehr viel umfassender sind. Diese Aufgaben haben sich gewandelt – wenn man auch mit manchen Argumentationen zum Schutz der Menschenwürde bzw. des Lebens, zumindest im Falle der Zuspitzung, gewissermaßen zu polizeilichen Anfängen zurückkommt, weil es darum geht, sicherheitsrechtlich dafür zu sorgen, dass bestimmte Gefährdungen nicht eintreten.

STARCK:

Wir eröffnen eine zweite Runde. Zunächst Herr Lipp.

LIPP:

Ich würde gerne noch einmal die Frage des Menschenbildes aufgreifen. Sie hatten vorher schon das Reizwort „Bedarfsgemeinschaft“ fallen lassen, vielleicht in der Hoffnung, dass es jemand aufgreift. Das möchte ich hiermit tun. Es stellt sich ja die Frage, welche Vorstellung dahinter steht. Die spätere Korrektur wurde ja auch schon angesprochen. Jugendliche, die mit achtzehn volljährig werden, d. h. bei denen wir rechtlich von ihrer Selbständigkeit ausgehen, zwingen wir, bis 25 unselbständig zu bleiben. Erste Frage: Wie verträgt sich das mit diesem Grundsatz der Eigenverantwortung? Zweite Frage: Je stärker man die Eigenverantwortlichkeit betont, und Sie hatten ja auch gerade den Zusammenhang mit der Menschenwürde am Schluss noch einmal angesprochen, desto problematischer wird die dritte Gruppe, von der Herr Ruland sprach, diejenigen, die jetzt nicht mehr in den Arbeitsmarkt hineinkommen oder, noch stärker zugespitzt, die es nicht nur wegen der wirtschaftlichen Situation nicht können, sondern von ihren eigenen Voraussetzungen her nicht können, also beispielsweise Behinderte, die in besonderem Maße auf Unterstützung angewiesen sind. Und hier, darauf will ich hinweisen, vollzieht sich eine Entwicklung, die die Unterstützung des Privatrechts durch das Sozialrecht in gewisser Weise gerade umkehrt, denn je mehr Eigenverantwortung im Sozialrecht gefordert wird, bis hin zu den Eingliederungsvereinbarungen, desto stärker brauchen diese Menschen jemanden, der das für sie organisiert. Einer der Gründe, weshalb wir so einen erheblichen Anstieg bei den Zahlen der rechtlichen Betreuung haben, ist darin zu suchen, dass wir an ganz vielen Stellen neue Entscheidungsnotwendigkeiten eingeführt haben, die in einem rein fürsorglichen Sozialstaat gar nicht notwendig wären. Wenn ich z. B. jetzt Eingliederungsvereinbarungen abschließen oder an einer Hilfeplan-Konferenz teilnehmen muss usw., kann ich das möglicherweise als behinderter Mensch nicht tun. Ich brauche dann einen rechtlichen Vertreter, den mir wiederum der Staat bezahlen muss. Wegen dieses Zusammenhangs kehrt sich das Verhältnis um. Je mehr das Sozialrecht auf der einen Seite fordert, desto mehr

muss man dann an einer anderen Stelle, in diesem Fall: im Betreuungsrecht, etwas anbieten, was bisher nicht erforderlich war.

STARCK:

Ich darf alle, die jetzt noch aufgefordert werden, bitten, sich so kurz zu fassen wie Herr Lipp. Wir haben nämlich nur noch eine Viertelstunde Zeit, und in dieser Viertelstunde muss auch noch das Schlusswort gesprochen werden. Herr Steindorff bitte.

STEINDORFF:

Meine Bemerkung schließt sich an das an, was Herr Lipp gesagt hat. Ich wollte erstens auch von dem Menschenbild oder dem Sozialmodell der Bedarfsgemeinschaft und den anderen Entwicklungen sprechen, die nicht mehr Eigenverantwortung bedeuten, sondern vermehrt Solidaritätsverpflichtungen anderer. Oft wird ja Eigenverantwortung versus sozialstaatliche Solidarität gesetzt. Dies ist sehr vereinfacht. Ich meine, es gab bei bedürftigkeitsabhängigen Sozialleistungen natürlich schon immer Einstandspflichten, Rückgriff auf Einkommen und Vermögen usw., Unterhaltspflichten und Regressregeln, und genauso gibt es im Familienrecht, dazu kommen wir ja noch, Solidarpflichten, so dass nicht einfach Eigenverantwortung oder Solidarität allein herrschen. Ist da der Gegensatz von Eigen- und Solidarverantwortung nicht ein bisschen sehr vereinfacht? Was folgt daraus für ein Menschenbild oder Sozialmodell? Die zweite Frage betraf Arbeitslose und den Verdacht, dass wir (so schon Kant) mit Faulenzern zu tun hätten, dass der Wille zur Selbsthilfe fehle. In anderen Bereichen des Sozialrechts würde man so nicht argumentieren. Haben wir verschiedene Menschenbilder in verschiedenen Sozialrechtsbereichen? Das ist meine zweite Frage.

STARCK:

Herr Friehe.

FRIEHE:

Ich möchte Herrn Becker zunächst einmal danken dafür, dass er zu „Hartz-IV“, dem Vierten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, sehr viel weniger kritische Worte gefunden hat, als ich sie sonst zur Kenntnis nehmen muss. Ich hatte die Rechtsprüfung von „Hartz-IV“ vorzunehmen und vermute, hier auch deswegen eingeladen worden zu sein, damit man vielleicht das eine oder andere erfährt, was aus Bundestagsdrucksachen nicht sofort ablesbar ist. Dieser Erwartung will ich auch gerne entsprechen und sagen, dass die Rechtsprüfung von „Hartz-IV“ nach meiner Erinnerung nur eineinhalb Wochen gedauert hat. Die Rechtsprüfung, das wissen die meisten von Ihnen sicherlich, dient einmal dazu, ein Gesetz formal ordnungsgemäß zu verfassen, das heißt, die Änderungsbefehle müssen stimmen, sie müssen an Gesetzesstellen ansetzen, die überhaupt existieren,

und in einer Weise ansetzen, dass der neue Text einen Sinn ergibt. Das nennen wir Rechtsförmlichkeit. Mindestens genauso wichtig ist der zweite Strang der Rechtsprüfung, nämlich die Prüfung auf Verfassungsmäßigkeit und Systemkonformität. Bei „Hartz-IV“, ich wiederhole es, standen für beides eineinhalb Wochen zur Verfügung. Um das Ganze weiter zuzuspitzen, möchte ich hinzufügen, dass die Prüfung parallel mit „Hartz III“, dem Dritten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, vorzunehmen war. Und um das Bild komplett zu machen: Parallel lief die Prüfung des Gesetzes zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch. Es waren also drei jeweils für sich genommen umfängliche Gesetze gleichzeitig zu prüfen. Angesichts dieser Umstände, unter denen die Rechtsprüfung stattfinden musste – überdies war ich persönlich damals auch noch ganz neu in dem Referat, das ich jetzt leite – kann ich nur staunen, wie gut das alles bisher ausgegangen ist. Das kann man unter die Überschrift setzen „Glück gehabt“. Es ist viel geprüft worden, es ist insbesondere auch geprüft worden, wie sich das verhält mit den Arbeitslosen, die aus dem Arbeitslosengeld I herausfallen ins Arbeitslosengeld II – jene Frage, die uns auch soeben beschäftigt hat. Die Verkürzung des Arbeitslosengeldes I ist allerdings ein Problem des SGB III, nicht des SGB II. Es war zu prüfen im Rahmen des damals ebenfalls noch parallel laufenden Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt, denn das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt war dasjenige, das die Bezugsdauer des Arbeitslosengeldes I von bis zu 36 Monaten auf im Grundsatz zwölf Monate verkürzt hat. Soviel als Eindruck aus der Werkstatt, weitere Eindrücke können folgen, wenn das gewünscht ist. Ich wollte aber noch auf das Menschenbild zu sprechen kommen. Sie werden sich vorstellen können, dass bei einer Rechtsprüfung, die eineinhalb Wochen dauert, wenig Zeit bleibt, das Menschenbild zu reflektieren, von dem eine Gesetzesänderung getragen wird. Das bedauere ich natürlich. Aber Politik und Regierungsbetrieb haben ihre spezifischen Mechanismen. Und so lagen die entscheidenden Ursachen für „Hartz-IV“ unter anderem darin, dass diejenigen, um deren Menschenbild wir uns hier Gedanken machen, eben dieses Menschenbild zum Teil arg strapaziert haben. Die, jetzt sage ich fast respektlos, „Kundschaft“ der Sozialhilfe oder auch der Arbeitslosenhilfe mag zum ganz überwiegenden Teil aus vernünftigen, ordentlichen Leuten bestanden haben, aber es gab und gibt leider auch andere. Es gibt Querulanten, die die Sachbearbeiter in den Ämtern zur Raserei treiben können mit immer neuen Anträgen, von denen wir eben eine Auswahl gehört haben. Der Gesetzgeber wollte Schluss machen mit dieser Antragseligkeit, die über Art. 19 IV GG ja immer auch in Rechtswegseligkeit übergeht. Ohne Art. 19 IV GG in Frage stellen zu wollen, lässt sich doch sozusagen seine „Angriffsfläche“ verkleinern. Darum nicht mehr einzelne Bedarfe, sondern die Pauschalierung, die natürlich ein Problem ist. Mit 345 Euro Regelleistung muss man erst einmal hinkommen im praktischen Leben, ganz klar. Aber die Ursache für die restriktive Haltung des Gesetzgebers lag auch bei denen, die vorher die großzügigen Sozialleistungen, man kann es sagen, missbraucht haben.

Ein anderer Aspekt, der bisher noch nicht erwähnt worden ist, der aber natürlich benannt werden muss, wenn wir etwa über die Pflicht zur Arbeit sprechen, ist, dass ein Großteil derer, die Sozialhilfe oder auch Arbeitslosenhilfe bezogen, „schwarz“ gearbeitet haben. Das Angebot zur Arbeit ist in der Praxis der Ämter ein ganz simpler Hebel um zu überprüfen, ob jemand überhaupt für den Arbeitsmarkt zur Verfügung steht. Wer „schwarz“ arbeitet, kommt natürlich nicht zum Ein-Euro-Job, der ihm angeboten wird. Und verdient dann nur beschränktes Mitleid, wenn ihm das Arbeitslosengeld II gekürzt wird. Ein ähnlicher, dritter Punkt, den ich besprechen möchte, betrifft die eigene Wohnung derjenigen Hilfebedürftigen, die jünger als 25 Jahre sind; auch von ihnen war die Rede. Das ist für mich ein weiteres Beispiel dafür, wie das Menschenbild von eben jenen in Frage gestellt wird, denen wir eigentlich Gutes wollen. Was war passiert? „Hartz-IV“ eröffnete erstmals eine Möglichkeit, die es vorher in der Sozialhilfe so nicht gegeben hatte, nämlich die Möglichkeit zu sagen: Mein 18-jähriges Kind brauche ich nicht in meiner eigenen Behausung zu ertragen, die vielen Widerworte und pubertären Kapriolen brauchen sich nicht mehr in meinem Hause abzuspielen, sondern mein Kind geht jetzt zur Agentur für Arbeit und meldet sich arbeitssuchend. Zu seinem Bedarf gehört dann vor allen Dingen die eigene, über Arbeitslosengeld II finanzierte Wohnung. Bis dahin, dass Fälle von gut verdienenden Leuten bekannt geworden sind, die ihren Kindern über das Arbeitslosengeld II eine eigene Wohnung verschafften. Die Perfektion dieses Modells, bei dem Eltern sich ihrer Unterhaltspflicht gegenüber ihren Kindern mindestens teilweise entledigen konnten, bestand darin, dass die Kinder auf Staatskosten eine Einliegerwohnung im elterlichen Haus anmieteten. Ein viertes Einfallstor für Missbrauch, über das zu sprechen wäre, sind die Bedarfsgemeinschaften. Schon in der Sozialhilfe galt der Grundsatz: Wer unverheiratet zusammenlebt, soll nicht besser stehen als diejenigen, die verheiratet sind. Das ist in das SGB II einfach übertragen worden. Neu ist lediglich die Intensität, mit der sich die zuständigen Stellen darum gekümmert haben, wie die Bezieher von Arbeitslosengeld II tatsächlich leben. Es sind ja Fälle bekannt geworden, bei denen die Kontrolleure vor der Wohnungstür erschienen und gerade noch beobachten konnten, wie der Lebensgefährte in den Kleiderschrank oder auf den Balkon flüchtete. Über die verstärkten Kontrollen haben sich viele Leute aufgeregt. Aber man fragt sich natürlich: Was ist Schlimmes dabei, wenn zwei Leuten, die zusammen leben, auch die Synergieeffekte angerechnet werden, die ein solches Wirtschaften aus einem Topf und gegenseitiges Füreinander-Einstehen erzeugen? Diese Betrachtungen also jetzt einmal – wie ich hoffe – nicht als „Absturz“ vom Menschenbild. Ich selber erlebe solche Erfahrungen der Praxis mit Spannung, weil natürlich auf der anderen Seite des Spektrums der Anspruch des Grundgesetzes steht. Bei „Hartz-IV“ ist ganz klar: Die vorherigen Systeme waren zu teuer geworden. Soziale Leistungen in einem bezahlbaren Rahmen zu halten und andererseits

gleichwohl am Ende vor dem Bundesverfassungsgericht zu bestehen: Das war hier die Aufgabe der Rechtsprüfung. Vielen Dank.

STARCK:

Vielen Dank. Was Sie gesagt haben, antwortet in gewisser Weise auf das, was ich einleitend gefragt habe. Wie wirkt sich das auf den Gesetzgeber aus? Ich habe jetzt noch eine Wortmeldung, Herr Ruland.

RULAND:

Ich würde dazu gerne einiges sagen, will mich aber aus Zeitgründen auf meine ursprüngliche Frage beschränken. Ist es wirklich kein Gleichheitsverstoß, wenn derjenige, der dreißig Jahre Beiträge gezahlt hat, genauso lange Arbeitslosengeld bezieht, wie derjenige, der fünf Jahre Beiträge entrichtet hat? Ist es wirklich unproblematisch, dass jemand, der dreißig Jahre Beiträge entrichtet hat, bei dem Arbeitslosengeld II nicht anders behandelt wird als jemand, der keine Beiträge entrichtet hat? Mit der Struktur des Systems allein lässt sich das nicht erklären.

BECKER:

Lassen Sie mich mit dem letzten Einwand beginnen. Das Argument ist bekannt aus dem Schrifttum und wird auch politisch aufgenommen. Ihm liegt aber eine Annahme zugrunde, die nicht richtig ist. Schon der Umstand, dass Arbeitslosengeld eine bestimmte Wartezeit voraussetzt, sich also Ansprüche in bestimmten Zeiträumen erneuern können, macht klar, dass das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht einfach über lange Zeiträume, etwa 20 Jahre, berechnet werden kann. Wir können nicht von der Rentenversicherung, der weitgehend das Prinzip der Individualäquivalenz zugrunde liegt, auf die Arbeitslosenversicherung schließen. Denn die Sicherungsziele sind unterschiedlich. Während die Rentenversicherung eine „Ansparversicherung“ ist, dient die Arbeitslosenversicherung dazu, bestimmte besondere Bedarfssituationen zu überbrücken. Gegenleistung der Beiträge ist die Risikoabsicherung, und zwar unabhängig davon, ob sich das Risiko realisiert oder nicht. Im Übrigen hat sich der Gesetzgeber auch früher bei der Festsetzung der Leistungsdauer nicht am Äquivalenzprinzip orientiert. Er hat vielmehr in den 1980er Jahren die Bezugszeit des Arbeitslosengeldes deswegen erhöht, weil Geld in der Kasse war und die Befürchtung bestand, auf dieses Geld könnte anderweitig zugegriffen werden. Insofern ist die jetzige Ausrichtung der Leistungen am Risiko und damit der Funktion des Sicherungssystems ein Fortschritt.

Damit komme ich zu den übrigen Punkten, zunächst zu der mehrfach angesprochenen Bedarfsgemeinschaft. Das Thema habe ich im Vortrag weitgehend ausgeblendet und mich auf das Verhältnis des Individuums zum Staat konzentriert, obwohl dies natürlich einen wichtigen Aspekt, den der Rolle gesellschaftlicher Institutionen, ausblendet. Im Grunde genommen ist das Wesentliche zu

den Bedarfsgemeinschaften von Herrn Friehe schon gesagt worden. Die Konstruktion setzt an Solidarbeziehungen an und verwirklicht auch in dieser Hinsicht das Subsidiaritätsprinzip. Soweit besteht im Ansatz kein Unterschied zwischen dem SGB II und dem alten BSHG. Allerdings kann man sich fragen, ob die Einstandspflichten immer eine ausreichende Basis haben, und wie sie sich zu den Pflichten verhalten, die im Übrigen gesetzlich konstruiert werden, insbesondere den familienrechtlichen Unterhaltspflichten. Darüber wird wahrscheinlich noch am späteren Nachmittag zu sprechen sein. Hinzugefügt sei nur, dass die gesetzliche Umsetzung ziemlich misslungen ist, weil die Regeln über die Bedarfsgemeinschaft in einem eigentümlichen Spannungsverhältnis zwischen Individualität und Gemeinsamkeit stehen. Abgesehen davon ist vor allem die Frage nach der Abgrenzung der Bedarfsgemeinschaft aufgeworfen worden, zu Beginn etwa nach der Einbeziehung der lebenspartnerschaftsähnlichen Gemeinschaften. Diese Fragen sind mittlerweile weitgehend erledigt.

Dann zu dem Punkt, den Herr Lipp genannt hat. Wenn das Sozialrecht mehr Möglichkeiten einräumt, kann das an anderer Stelle Geld kosten. Das ist natürlich eine völlig richtige Beobachtung. Schon bei Hartz-IV gab es das Problem, dass das, was zusätzlich als Aktivierungsverpflichtung auf den Staat zukommt, auch zusätzlich Geld kostet. Es muss die Arbeitsvermittlung verbessert werden. Es müssen auch die schwierigen Fälle gefördert werden. In diesem Sinn entstehen Folgekosten, die auch Kosten der Stärkung von Eigenverantwortung sind. Das ist zwangsläufig, wenn alle Personen gefördert werden sollen, also der Ansatz ernst genommen wird, weil auch diejenigen Unterstützung benötigen, die noch eigenverantwortlich handeln können sollten.

Dennoch führt die Aktivierung zu weiteren Selektionsprozessen. Das führt dann letztendlich auch zu der Gruppe der Schwächsten der Schwachen, die schon angesprochen worden ist. Davon und von deren Unterstützung habe ich nicht gesprochen, und zwar deshalb, weil hier die Situation eine andere ist. Es ist klar, dass bei nicht erwerbsfähigen Personen keine Gegenleistungen für die erforderlichen Sozialleistungen erwartet werden können, jedenfalls nicht die selbständige Einhaltung der sozialrechtlichen Grundregel. Wenn auch sonst durchaus der Gegenleistungsgedanke gestärkt wird und – das als zusätzliche Anmerkung – auch allgemein im Sozialversicherungsrecht noch gestärkt werden könnte, etwa durch eine Betonung der Mitwirkungspflichten der §§ 60 ff. SGB I, bezieht sich das nicht auf diese Personen. Übrigens sei angemerkt, dass die besondere Sorge um sie relativ neu ist, wenn man die Geschichte der Sozialpolitik betrachtet. Erst in den 70er Jahren des letzten Jahrhunderts ist eine Diskussion aufgebrochen, die darum ging, dass der sozialpolitische Fokus von einer durch die Sozialversicherung bestimmten „Mittelstandspolitik“ stärker auf die besonders Bedürftigen gerichtet werden sollte.

Die meisten Fragen sind damit wohl beantwortet. Eine bleibt: Ob der Gesetzgeber überhaupt ein Menschenbild in den Blick nimmt oder nicht. Das habe

ich mich natürlich auch gefragt. Deshalb habe ich den Versuch unternommen herauszufiltern, was er sich bei der sogenannten Hartz-IV-Gesetzgebung gedacht haben könnte. Man sieht immerhin insgesamt betrachtet eine bestimmte Entwicklung. Wie man die bewertet, ist ein andere Frage, und ob der Gesetzgeber diese Entwicklung tatsächlich bei jeder einzelnen Maßnahme weiter verfolgt, ist durchaus mit Zweifeln behaftet. Unabhängig davon ist aber erkennbar, dass jedenfalls den Hartz-Reformen bestimmte Leitgedanken zugrunde liegen, deren konsequente Verfolgung zu einer sehr grundsätzlichen Neuausrichtung der Sozialleistungen für Arbeitsuchende geführt hat.

STARCK:

Also vielen Dank, Herr Becker, für die Antworten, die Sie uns gegeben haben.

Ehe und Familie in der Sozialrechtsordnung

EBERHARD EICHENHOFER

- I. Einleitung
- II. Ehe, Familie und Sozialstaat
 - 1. Begriffsbestimmungen
 - a) Ehe
 - b) Familie
 - c) Sozialstaat
 - 2. Auswirkungen von Ehe und Familie auf den Sozialstaat
 - a) Ehe und sozialrechtliche Aufgaben
 - b) Familie und sozialstaatliche Aufgaben
 - c) Familie ermöglicht den Sozialstaat
 - 3. Leistungen des Sozialstaats an Ehe und Familie
 - a) Sozialrechtlicher Schutz der Ehe
 - b) Familienförderung
 - c) Übernahme von Familienrisiken
 - d) Sozialstaat und Funktionsausfälle der Familie
- III. Leitmotive sozialrechtlichen Schutzes für Ehe und Familie
 - 1. Familienförderung – Teil sozialrechtlicher Bedarfsdeckung
 - 2. Ehe- und Familienförderung als eigenes Ziel des Sozialrechts
 - 3. Welches Bild leitet familienförderndes Sozialrecht?
 - a) Der historische Ausgangspunkt – das Familienernährer-Modell
 - b) Mögliche Rechtfertigungen für familienförderndes Sozialrecht
 - c) Erklärungsansätze für Familienförderung
 - d) Was trägt das familienfördernde Sozialrecht letztlich?
- IV. Zeitgenössisches Menschenbild von Familien- und Sozialrecht
 - 1. Familie – Von Notwendigkeit zum Akt individueller Entscheidung
 - 2. Politische Gestaltung individueller Entscheidungen über Familiengründung und -erweiterung
 - 3. Familienförderndes Sozialrecht als Nachteilsausgleich und Infrastrukturschaffung
- V. Fazit

I. Einleitung

„Menschenbild“ und „Sozialmodell“ sind dem westdeutschen Juristen aus der Nachkriegszeit vertraute Begriffe. Das BVerfG gab dem „Menschenbild des Grundgesetzes“¹ als zugleich autonomes und gemeinschaftsgebundenes Individuum Kontur. Der Begriff „Sozialmodell“ wurde von dem unvergessenen Franz

1 Erstmals BVerfGE 4, S. 7, 15; ferner 12, S. 45; 50, S. 51; 166, S. 175.

Wieacker² in seiner Abhandlung „Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft“ (1953) entfaltet – als Kürzel für die gesellschaftliche Wirklichkeit, auf die alles Recht einer Epoche hin entworfen und von der dieses umgekehrt geprägt wird. Das ist der Horizont auch dieses Symposiums. Welchem Menschenbild folgen das zeitgenössische Familien- und Sozialrecht und welches Sozialmodell prägt und trägt beide Gebiete?

Die Stellung von Ehe und Familie in der zeitgenössischen Sozialrechtsordnung entzieht sich jeder simplifizierenden Antwort. Ob die Ehe mehr als schlichte Privatsache, nämlich öffentlich zu fördern sei, ist höchst umstritten. Auch der Sinn von Familie ist unklar: Lastesel des Sozialstaats oder Hätschelkind einer verstaubten Sozialmoral? Den einen hat sich der Staat der Familienerziehung fernzuhalten; den anderen hat er im eigenen Interesse gerade die Familie zu schützen.³ Denn in ihr wächst die nachfolgende Generation heran, die den alle Sozialleistungssysteme tragenden Generationenvertrag aufrecht zu erhalten und fortzuführen hat. Ist der Sozialstaat auf die Familie aber kategorisch angewiesen, muss er ihre Entfaltung als Basis seiner Nachhaltigkeit befördern.⁴

Die öffentliche Förderung der Familie ist nicht neu. Johann Heinrich Gottlob von Justi schrieb schon 1760 in seinem Werk „Die Grundfeste zu der Macht und Glückseligkeit der Staaten oder ausführliche Vorstellung der gesamten Polizeywissenschaft“⁵: „Ein Staat, der den Anwuchs seiner Einwohner befördern will, muss seinen jungen Leuten, die Mittel erleichtern, sich verheiraten und ihre eigene Haushaltung anfangen zu können. [...] es fehlt hieran in allen Ländern.“

Um die Ausgangsfrage zu beantworten, ist zunächst zu bestimmen, was Ehe und Familie für den Sozialstaat und umgekehrt dieser für jene leisten (II). Daran soll sich die Erörterung anschließen: Welche Leitmotive tragen den sozialrechtlichen Schutz für die Familie (III)? Danach wird die Annäherung an die grundsätzliche Frage versucht: Welches Menschenbild und Sozialmodell leiten das geltende Familien- und Sozialrecht (IV); was kann insbesondere aus dem familienschützenden Sozialrecht zur Beantwortung der Grundsatzfrage gewonnen werden (V)?

2 FRANZ WIEACKER, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953, in: DERS., Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974, S. 9, als die „wandelbaren Wirklichkeitsbedingungen des Rechts“.

3 JÜRGEN BORCHERT, Renten vor dem Absturz? – Ist der Sozialstaat am Ende?, 1993; THORSTEN KINGREEN, Familie als Kategorie des Sozialrechts, JZ 2004, S. 938.

4 KIRSTEN SCHEIWE, Kinderkosten und Sorgearbeit im Recht, 1999.

5 Königsberg 1760, Nachdruck 1965, § 256, S. 221.

II. Ehe, Familie und Sozialstaat

1. Begriffsbestimmungen

Der Sozialstaat schützt Ehe und Familie. Umgekehrt sind beide Voraussetzungen für den sich auf ein „elargiertes Familienethos“⁶ gründenden Sozialstaat. Die Wechselbeziehungen zwischen Familie und Sozialstaat⁷ werden wie die sozialstaatliche Sicherung der Ehe behandelt.⁸ Einst galt die Ehe als historische und systematische Voraussetzung der Familie. Diese Sicht widerspricht aber dem zeitgenössischen Verständnis von Familie. Dieses anerkennt Familienbeziehungen in wie außerhalb der Ehe⁹ als rechtlich gleichstehend und -wertig. Die Ehe ist danach für die Familie nicht mehr wie einst deren Ausgangs- wie Angelpunkt, Basis und Halt.

a) Ehe

Auch dem Sozialstaat gilt grundsätzlich als Ehe, was das Bürgerliche Recht als diese bestimmt: eine auf Lebenszeit geschlossene, grundsätzlich unauflösbare Lebensgemeinschaft von Mann und Frau, welche durch regelmäßig volljährige Eheleute begründet wird (§§ 1353, 1303 BGB).

Der nach deutschem Recht geschlossenen Ehe steht die nach dem Recht eines anderen Staates geschlossene Ehe gleich, soweit das deutsche Internationale Privatrecht dieses zum anwendbaren Ehe recht beruft und dem deutschen entspricht (§ 34 I SGB I). Der deutschen Ehe entspricht auch ein Recht, welches dem Mann (wie der Frau?) die Mehrehe erlaubt. Dies folgt aus § 34 II SGB I, wonach für den Fall der Mehrehe eine (ehezeit-)anteilige Aufteilung einer Witwen-(wie Witwer-?)Rente vorgesehen ist. Der rechtsgültigen In- oder Auslandshe steht in sozialrechtlicher Hinsicht auch eine „hinkende Ehe“ gleich. Sie wird durch das gemeinsame Personalstatut der Eheleute zwar anerkannt, aber mangels Wahrung der Inlandsform (§ 1310 BGB) im Inland für ungültig erachtet. Diese Gleichstellung folgt entgegen dem deutschen Internationalen Privatrecht (Art. 13 III EGBGB) aus dem von Art. 6 I GG verbürgten Schutz der Ehe.¹⁰

6 ARNOLD GEHLEN, *Moral und Hypermoral*, 1986, S. 135, 142.

7 Dazu eingehend EBERHARD EICHENHOFER, *Empfiehl es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten in den Bereichen des Unterhaltsrechts, des Pflichtteilsrechts, des Sozialhilferechts und des Sozialversicherungsrechts neu zu gestalten*, 64. DJT (2002), *Teilgutachten B*.

8 Vgl. dazu: HANS F. ZACHER, *Ehe und Familie in der Sozialrechtsordnung*, in: DERS., *Abhandlungen zum Sozialrecht*, 1993, S. 555.

9 JOACHIM GERNHUBER/DAGMAR COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, 5. Aufl. 2005, § 48 I 5.

10 BVerfGE 61, S. 323 ff.

Die Lebenspartnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare gilt nicht als Ehe; aber die zentralen sozialrechtlichen Normen für Eheleute – Familienversicherung bei Krankheit und Pflegebedürftigkeit, Hinterbliebenenversorgung sowie Versorgungsausgleich – werden inzwischen auf die Lebenspartnerschaft erstreckt. Das Sozialrecht unterscheidet sich insoweit von dem Recht der betrieblichen Altersversorgung im öffentlichen Dienst, wo der BGH eine solche Gleichstellung verwarf.¹¹ Nichteheleiche Lebensgemeinschaften Verschiedengeschlechtlicher stehen der Ehe sozialrechtlich dagegen regelmäßig¹² nicht gleich. Sie werden allerdings der Ehe jedenfalls dann gleichgestellt, wenn an das Bestehen einer Ehe sozialrechtliche Nachteile geknüpft sind.¹³ Diese werden regelmäßig kraft Gesetzes auf die als Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft geführte nichteheleiche Lebensgemeinschaft erstreckt.

In der Arbeitsförderung zeichnet sich jedoch in der Rechtsprechung eine Angleichung ab, insoweit der Eintritt der Sperrzeit wegen freiwilliger Arbeitsplatzaufgabe wegen eines wichtigen Grundes ausgenommen wird, wenn ein nichteheleicher Lebenspartner eine Arbeitsstelle aufgibt, um zu seinem Lebenspartner zu ziehen. Diese für Eheleute entwickelte Regel gilt nach der jüngeren Rechtsprechung¹⁴ auch für nichteheleiche Lebenspartner, einerlei ob sie gemeinsame Kinder haben oder nicht.

b) Familie

Wenn von „Familie“ gesprochen wird, so ist damit die aus Eltern und Kind(ern) bestehende tatsächliche Gemeinschaft gemeint, unabhängig von ihrer rechtlichen Ausgestaltung und Ordnung. Diese Begriffsbildung folgt dem Verfassungsrecht (Art. 6 I GG), dem ebenfalls die durch Abstammung wie Übernahme elterlicher Verantwortung begründete Gemeinschaft zwischen Eltern

11 Urteil vom 14.2.2007 – IV ZR 267/04 = FamRZ 2007, S. 805–808; anders zur berufsständischen Versorgung: EuGH, 1.4.2008 – C-267/06 (Maruko): Ausschluss wäre Diskriminierung des Partners im Hinblick auf die sexuelle Identität.

12 Vgl. zuletzt BVerfG, Urteil vom 28.2.2007–1 BvL 5/03 = FamRZ 2007, S. 529 (Unterschiedliche Kostentragung bei der künstlichen Befruchtung durch Krankenkassen für Eheleute und nichteheleiche Partner). Ausnahme: Die Ausnahmen mehrten sich aber, z. B. bei der Verhängung einer Sperrzeit wegen Berufswechsels des Ehepartners oder auch im Rahmen des § 116 VI SGB X. Beim Familienprivileg gibt es viele Stimmen, welche die Erstreckung der für die Ehe geltenden Vorschriften auf die nichteheleiche Lebensgemeinschaft bevorzugen. Vgl. auch die Einbeziehung des nichteheleichen Lebenspartners in Gewaltopferentschädigung, falls dieser gemeinsame Kinder versorgt (BVerfGE 112, S. 50).

13 PETER UDSCHING, Sozialrecht, in: RAINER HAUSMANN/GERHARD HOHLOCH (Hrsg.), Das Recht der nichteheleichen Lebensgemeinschaft: Handbuch, 1999, S. 495.

14 BSG, 17.10.2002 – B 7 AL 96/00 R; BSG, 29.4.1998 – B 7 AL 56/97R = SozR 3–4100 Nr. 119.

und Kind als Familie gilt.¹⁵ Elterliche Verantwortung findet in der Übernahme elterlicher Sorge seinen regelmäßigen, indes nicht notwendigen Ausdruck. Zum Kreis der Familienangehörigen zählen auch die nicht-sorgeberechtigten Eltern. Ihr Eltern-Status verpflichtet sie zum Unterhalt gegenüber und berechtigt zum Umgang mit dem Kind. Familie ist als Gemeinschaft zu wechselseitiger Bedarfsdeckung, Unterstützung und Hilfe darauf angelegt, ein Kind durch Erziehung schließlich zur Selbständigkeit zu führen.

c) Sozialstaat

Der Sozialstaat¹⁶ ist die zeitgenössische Organisationsform von Staatlichkeit. Sie findet sich demgemäß europa-¹⁷, ja weltweit. Der Sozialstaat nimmt danach umfassend gestaltend auf die Lebensbedingungen seiner Bewohner Einfluss. Er schützt sie namentlich vor den elementaren Lebensrisiken: Krankheit und Pflegebedürftigkeit, Alter, Erwerbsunfähigkeit, Arbeitsunfall und Berufskrankheiten sowie Arbeitslosigkeit. In Gestalt der Sozialversicherung wird für diese „sozialen Risiken“ soziale Vorsorge gewährleistet. Ferner erhalten die Opfer von Gewaltverbrechen und Personen, die für die Allgemeinheit ein Sonderopfer erbracht haben, die dabei erlittenen Personenschäden durch die soziale Entschädigung ausgeglichen. Schließlich befördert der Sozialstaat die Chancengleichheit durch Einrichtungen sozialer Förderung (Ausbildungs- und Arbeitsförderung, Familienlastenausgleich und Wohnungsförderung) und gewährt jedermann bei Armut die zur Existenzsicherung nötige Hilfe. Kinder und Jugendliche haben ein spezielles Recht auf Erziehung, das nicht auf das Familienrecht zu beschränken ist, sondern auch einen öffentlich-rechtlichen Gehalt aufweist. Es wird durch die Einrichtungen der Jugendhilfe verwirklicht und entfaltet. Die Jugendhilfe löst namentlich den Anspruch des Art. 6 II GG ein, wonach der Staat über die Wahrnehmung von Elternrecht und -pflicht wacht. Ein Element der sozialstaatlichen Ordnung stellt auch die Besteuerung dar. Sie wird in die weiteren Betrachtungen einbezogen, weil sie den öffentlichen Schutz der Familie berührt.

15 BVerfGE 10, S. 59, 66; 80, S. 81, 90; ROLF GRÖSCHNER, in: HORST DREIER (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 6, Rn. 67.

16 Vgl. zu dem von diesem hervorgebrachten Sozialrecht: EBERHARD EICHENHOFER, Sozialrecht, 6. Aufl. 2007; vgl. auch ERNST STEINDORFF, Anspruchsgesellschaft im Wohlfahrtsstaat, in: KARLMANN GEISS u. a. (Hrsg.), Festschrift für Karl Peter Mailänder, 2006, S. 381; OKKO BEHREND, Das Sozialrecht. Sein Wert und seine Funktion in historischer Perspektive, in diesem Band.

17 Vgl. EBERHARD EICHENHOFER, Geschichte des Sozialstaats in Europa, 2007.

2. Auswirkungen von Ehe und Familie auf den Sozialstaat

Wenn der Frage nachgegangen wird, was die Ehe und Familie für den Sozialstaat wie umgekehrt der Sozialstaat für die Ehe und Familie „leisten“, so sollen nicht nur die ökonomischen Transfers¹⁸, sondern sämtliche rechtlichen Auswirkungen betrachtet werden, die von der Ehe wie Familie auf den Sozialstaat wie umgekehrt vom Sozialstaat auf die Ehe und Familie ausgehen.

a) Ehe und sozialrechtliche Aufgaben

Die Ehe begründet die wechselseitige Unterhaltspflicht unter den Ehegatten (§ 1360 BGB): „Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance“ (Art. 212 Code Civil). Diese Pflicht besteht während der Ehe (§ 1360 BGB) und setzt sich auch bei Getrenntleben und im Falle der Scheidung fort, falls aus ehebedingten Gründen der Ehegatte nicht zur Sicherung seines Lebensbedarfs auf eine Erwerbsarbeit verwiesen werden kann (§§ 1569–1580 BGB). Weil die Ehe zur wechselseitigen Deckung des Lebensbedarfs die Eheleute verpflichtet, geht die familienrechtliche Einstandspflicht generell der Einstandspflicht des Staates vor. Ein Motiv für den Gesetzgeber, die Lebenspartnerschaft unter gleichgeschlechtlichen Paaren einzuführen, war auch die potentielle Entlastung von staatlicher Einstandspflicht.¹⁹

b) Familie und sozialstaatliche Aufgaben

Familie und Sozialstaat stimmen in ihrer generellen Ausrichtung überein, den Bedürftigen zu schützen und dessen Bedarf zu befriedigen, ihn vor Risiken zu bewahren und bei deren Verwirklichung beizustehen, und schließlich durch Erziehung und Bildung Kinder und Jugendliche bei Entfaltung ihrer Persönlichkeit zu unterstützen.²⁰ Familienunterhalt und Sozialhilfe zielen gemeinsam auf die Bedarfsdeckung. Unterhaltsansprüche umfassen den Schutz vor sozialen Risiken, den grundsätzlich die Sozialversicherung gewährleistet. Eine Berufsausbildung ist kraft Unterhaltsrechts geschuldet (§ 1610 II BGB²¹). Die öffentliche Ausbildungsförderung (BAföG) begründet einen eigenen sozialrechtlichen Anspruch. In der Gemeinsamkeit ihres Auftrages, den Schwachen zu

18 Vgl. BMFSFJ, Familienbezogene Leistungen und Maßnahmen des Staates, 2006.

19 GERNHUBER/COESTER-WALTJEN (Anm. 9), § 42 II 19.

20 FRANZ RULAND, Familiärer Unterhalt und Leistungen sozialer Sicherheit, 1973.

21 BGH, 17.5.2006 – XII ZR 94/04; eventuell unter Einschluss von Lehre und Studium (BGH FamRZ 1991, S. 320), auch eine Zweitausbildung, falls Scheitern der Erstausbildung vorhersehbar (BGH FamRZ 1993, S. 105 f.); vgl. dazu auch die Ausführungen von VOLKER LIPP, Funktion und Bedeutung des Unterhaltsrechts, in diesem Band.

schützen,²² bestehen mithin zahlreiche Parallelen zwischen dem Familien- und Sozialrecht.

Beide Gebiete ergänzen deshalb einander. Bei Kindergeld wie der Besteuerung von Eltern wird deren Unterhaltungspflicht gegenüber Kindern berücksichtigt. Kindergeldrecht fördert die Unterhaltsgewährung durch öffentliche Transfers; im Steuerrecht bleibt typischer Unterhaltsbedarf bei der Ermittlung der Leistungsfähigkeit unberücksichtigt; das die Unterhaltsansprüche von Kindern sichernde Einkommen wird von der Besteuerung der Eltern freigestellt.²³ Durch den sozialrechtlichen Unterhaltsvorschuss stellt der Staat den Kindesunterhalt sicher, falls der unterhaltspflichtige Kindsvater den Unterhalt schuldig blieb. Im Gegenzug geht der Barunterhaltsanspruch des Kindes gegen den pflichtverگessenen Unterhaltsschuldner kraft Gesetzes auf das den Unterhaltsvorschuss vorleistende Jugendamt über (§ 7 UnterhVG). Leistungen nach dem BAföG sichern die Hochschulausbildung für Kinder, die kraft Familienrechts einzig mangels wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit der Eltern keine weiterführende Ausbildung beanspruchen und damit durchlaufen könnten.

c) Familie ermöglicht den Sozialstaat

Darüber hinaus ermöglicht die Familie den Sozialstaat. Die Familie erzieht die Nachkommen und schafft damit die Erfahrungen für ein solidarisches Leben durch Zusammenleben in und Erziehung zu gegenseitiger Rücksichtnahme oder in den Worten der deutschen katholischen Bischöfe²⁴: „Die Familie ist die wichtigste soziale Gesellschaft des Dialogs, des Unterhalts, des gegenseitigen Beistandes und des Zusammenlebens.“ Namentlich die umlagefinanzierte soziale Vorsorge durch Beiträge, die Renten-, Krankenbehandlungs- und Pflegeleistungen, welche primär der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Generation zuteil werden, überträgt die Solidarität von der Familie in die Gesellschaft („elargiertes Familienethos“). In dem Maße wie die erwerbstätige Generation durch Beiträge die Ansprüche der vorangegangenen Generation finanziert, erwirbt diese selbst mögliche Ansprüche auf künftige Leistungen. Diese haben die den derzeitig Erwerbstätigen nachfolgenden Generationen zu erwirtschaften. Namentlich die Systeme sozialer Vorsorge sind deswegen nur dauerhaft nach-

22 EIKE VON HIPPEL, Schutz des Schwächeren, 1982.

23 DAGMAR FELIX, Familienlastenausgleichsrecht, in: FRANZ RULAND/BERND BARON VON MAYDELL, Sozialrechtshandbuch, 4. Aufl. 2008, Rn. 30 ff., 70 ff.; die Pflicht besteht sogar für alle im Inland aufenthaltsberechtigten Eltern, auch die aus humanitären Gründen im Inland „geduldeten“ ausreisepflichtigen Eltern (BVerfGE 111, S. 160, 176 – für Kinder- und Erziehungs- (jetzt: „Eltern“-)geld).

24 DIE DEUTSCHEN BISCHÖFE – KOMMISSION FÜR GESELLSCHAFTLICHE UND SOZIALE FRAGEN, Das Soziale neu denken, 2003, S. 23.

haltig gesichert, soweit sich die erwerbstätige Bevölkerung hinlänglich erneuert.²⁵

Familienpolitik rückt deshalb zunehmend in das Blickfeld der allgemeinen Sozialpolitik.²⁶ Diese wird durch die steigende Lebenserwartung der Bevölkerung wie den Rückgang der Geburten herausgefordert. Damit droht der „demographische Motor“²⁷ des Sozialstaats ins Stottern, gar Stocken zu geraten. Die Vereinbarkeit von Familien- und Erwerbsarbeit wird darüber zu einem Ziel der Alterssicherung.

Der „Generationenvertrag“ ist nicht auf eine Solidarleistung zwischen zwei Generationen zu beschränken, sondern vielmehr übergreifend auf die dauerhafte Abfolge der Generationen angelegt. Soziale Sicherung ist auf Familien zentral angewiesen. Daher wird nicht nur in der Pflegeversicherung,²⁸ sondern womöglich auch der Rentenversicherung – so jedenfalls ein rechtspolitischer Vorschlag²⁹ – die für die langfristige Bestandserhaltung im Sinne von Nachhaltigkeit der Systeme sozialer Sicherung erbrachte Reproduktionsleistung der Familie durch sozialversicherungsrechtliche Beitragsentlastung kompensiert werden.³⁰ Nach dem dies für die Pflegeversicherung vorsehenden Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3. April 2001³¹ soll die Sozialversicherung nämlich auf zwei Gattungen von „Beiträgen“ aufbauen, einem finanziellen und einem reproduktiven. Nur falls beide „geleistet“ würden, sei das System nach-

-
- 25 ULRICH BECKER, Die alternde Gesellschaft – Recht im Wandel, JZ 2004, S. 929; FRANZ RULAND, Die Interdependenzen zwischen Rentenversicherungsträger und familiärem Unterhalt, in: VERBAND DEUTSCHER RENTENVERSICHERUNGSTRÄGER (Hrsg.), Interdependenzen in der sozialen Sicherung, FNA Jahrestagung 2004, S. 71 ff.
- 26 Kommission der Europäischen Gemeinschaft vom 16. März 2005, Angesichts des demographischen Wandels – eine neue Solidarität zwischen den Generationen, KOM (2005), 94 endg.
- 27 Ebd. (Anm. 26), 5.
- 28 BVerfGE 103, S. 242; vgl. dazu die Erhöhung des Beitragssatzes für Kinderlose ab 1. Januar 2005 auf 1,95 % statt der sonst üblichen 1,7 % (KiBG v. 15. 12. 2004, BGBl I, S. 32, 99); KINGREEN (Anm. 3), JZ 2004, S. 938.
- 29 KINGREEN (Anm. 3), JZ 2004, S. 938.
- 30 ULRICH BECKER, Generationengerechtigkeit als juristisches Problem, in: VERBAND DEUTSCHER RENTENVERSICHERUNGSTRÄGER (Hrsg.), Generationengerechtigkeit, FNA Jahrestagung 2003, S. 56 ff.; UWE DIEDERICHSEN, Generationengerechtigkeit und Unterhaltsrecht, ebd., S. 105 ff.
- 31 BVerfGE 103, S. 242; dazu FRANZ RULAND, Das BVerfG und der Familienlastenausgleich in der Pflegeversicherung, NJW 2001, S. 1673, 1675; HEINZ ROTHGANG, Die Verfassungsgerichtsurteile zur Pflegeversicherung: Ausgangspunkt für eine Neuordnung der Sozialversicherung?, SF 2001, S. 121, 125; WINFRIED SCHMÄHL/HEINZ ROTHGANG/HOLGER VIEBROK, Berücksichtigung von Familienleistungen in der Alterssicherung, DRV-Schriften, Bd. 65, 2006.

haltig. Also sei es aus Gleichheitsgründen (Art. 3 I GG) geboten, den Versicherten ihre reproduktive Leistung bei der Beitragserhebung zu entgelten.³²

3. Leistungen des Sozialstaats an Ehe und Familie

a) Sozialrechtlicher Schutz der Ehe

Die Kranken- und Pflegeversicherung sehen für den (nicht-)erwerbstätigen Ehegatten die Familienversicherung vor. Auf Grund solcher Sicherung vermag ein Ehegatte seine Bedarfe auf Vorsorge bei Krankheit und Pflegebedürftigkeit zu befriedigen. Der andernfalls zu gewährende Ehegattenunterhalt – beim Scheidungsunterhalt unter Einschluss der Kosten für eine angemessene Versicherung für Krankheit und Pflegebedürftigkeit – zählen zum Lebensbedarf und sind damit Gegenstand der Unterhaltspflicht (vgl. § 1578 II BGB). Diese Last wird während des Bestehens der Ehe von der Sozialversicherung getragen – eine gezielte Förderung von Ehe.³³

Witwen- und Witwerrente der Unfall- und Rentenversicherung treten an die Stelle eines todesbedingt entfallenden Unterhaltsanspruchs. Deren Höhe mit 60 % der Versichertenrente – für Hinterbliebene ab dem Geburtsjahr 1962 55 % mit Kinderzuschlägen von 5 % für jedes Kind – liegt regelmäßig nach langer Versicherungsdauer über dem familienrechtlich geschuldeten Unterhalt. Sie tritt oft ergänzend zu einer Erwerbsminderungs- oder Altersrente aus eigener Versicherung hinzu. Diese Gestaltung bevorzugt die Ehe gegenüber den nichtehelichen Lebensgemeinschaften, was rechtspolitisch umstritten ist.

Eine genuin sozialrechtliche Funktion erfüllt der im BGB geregelte Versorgungsausgleich. Er teilt im Scheidungsfall die sozial-, privat- und beamtenrechtlichen Anrechte auf Vorsorge bei Erwerbsminderung, im Alter und Todesfall hälftig unter die Ehegatten auf. Wegen der zentralen Bedeutung der Rentenversicherung in der gegenwärtigen deutschen Alterssicherung (die sie in Zukunft – wenn auch in vermindertem Umfang – behalten dürfte), hat der Versorgungsausgleich vor allem für die von den Ehegatten während der Ehezeit erworbenen Rentenanwartschaften und -anrechte Bedeutung. Der Versorgungsausgleich entspricht dem Zugewinnausgleich. Seit 2002 steht den Ehegatten in der gesetzlichen Rentenversicherung als Alternative zur Hinterbliebenenversorgung das „Rentensplitting“ zu. Damit werden die während der Ehezeit erworbenen Rentenanwartschaften beider Ehegatten als deren gemeinsame Rechtstellung je hälftig zugeordnet. Die Ehe begründet damit Teilhabe an den Rentenrechten des anderen Ehegatten. Dieses für Ehegatten bestimmte

32 KINGREEN (Anm. 3), JZ 2004, S. 938.

33 Vgl. rechtspolitisch gefordert von EICHENHOFER (Anm. 7), B 49 f.; in der Gesundheitsreform 2009 soll die Mitversicherung auf die unterhaltsabhängigen Kinder beschränkt sein, die Kosten sollen zunehmend aus Steuermitteln aufgebracht werden.

Regelungsmodell wurde inzwischen auch auf die Lebenspartner erstreckt. Der Versorgungsausgleich erklärt auch, dass die Inhaltskontrolle von Eheverträgen maßgebend davon bestimmt wird, ob während und nach der Ehe der Schutz bei Krankheit und im Alter hinlänglich gewährleistet ist.³⁴

b) Familienförderung

Der Sozialstaat hat die Familie durch den öffentlichen Ausgleich der Familienleistungen zu fördern (§ 6 SGB I). Dieser Begriff bezeichnet einerseits die Familienarbeit der Eltern und andererseits den öffentlichen Transfer, welcher den gewährten Bar- und Naturalunterhalt entgilt.³⁵ Die wichtigsten Ausprägungen dieser Forderung sind ein arbeitsrechtlicher Mutterschutz, die bei der gesetzlichen Krankenversicherung angesiedelte Mutterschaftsversicherung, das Eltern- und Kindergeld, der Kinderfreibetrag bei der Einkommenssteuer, die öffentlichen Einrichtungen der Kinderbetreuung einschließlich der Betreuung der Schüler bis hin zur Ausbildungsförderung.

Mutterschutz und Mutterschaftsversicherung, den Schutz des GG für Mütter verwirklichend (Art. 6 IV GG), bewahren Mutter und Kind vor den durch die Erwerbsarbeit drohenden Gesundheitsgefahren, gewährleisten eine angemessene Betreuung von Mutter und Kind während der Schwangerschaft sowie bei und nach der Entbindung und schützen das Einkommen der Mutter während der Schwangerschaft und unmittelbar nach der Niederkunft. Durch das Kindergeld beteiligt sich die Allgemeinheit an den Unterhaltspflichten der Eltern. Es ist daher wie die Waisenrente zum Unterhalt zu verwenden.³⁶ Leben die Eltern getrennt und leistet ein Elternteil den Bar-, der andere dagegen den Naturalunterhalt, so sichert § 1612b BGB durch Anrechnung des hälftigen Kindergeldes auf den Unterhaltsanspruch, dass beide Eltern am Kindergeld zu gleichen Teilen teilhaben. Unterhält ein Elternteil das Kind allein, gebührt ihm auch das volle Kindergeld.

Für Bezieher hoher Einkommen³⁷ tritt der Kinderfreibetrag an die Stelle des Kindergeldes. Er bezweckt wie das Kindergeld die öffentliche Förderung von Kindesunterhalt, geschieht indes statt durch Transfer durch Steuerverchonung. Durch das Jugendhilferecht werden Einrichtungen der Kinderbetreuung zum

34 BGH, 25.5.2005 – XII ZR 221/02 = NJW 2005, S. 2391; BGH, 11.2.2004 – XII ZR 265/02 = FamRZ 2004, S. 601.

35 WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT FÜR FAMILIENFRAGEN, *Gerechtigkeit für Familien*, 2001, S. 18, 80 ff., 226 ff.

36 BGH, 30.8.2006 – XII ZR 138/04; 26.10.2005 – XII ZR 34/03; BGH FamRZ 1981, S. 542 f.

37 § 31 S. 4 EStG: „Kinderfreibeträge greifen dann, wenn das Kindergeld nicht genügt, um die steuerliche Freistellung des Existenzminimums sowie des Betreuungs- und Erziehungs- oder Ausbildungsbedarfs zu erreichen.“

Gegenstand gemeindlicher Aufgaben. Umfang und Ausstattung der Einrichtungen sind zwar in das Ermessen der Gemeinde gestellt. Für Kinder über drei Lebensjahren besteht aber ein Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz (jedenfalls halbtags). Kinderbetreuungseinrichtungen könnten unentgeltlich bereitgestellt werden; es ist aber auch eine einkommensabhängige finanzielle Beteiligung der Eltern an den Betriebskosten statthaft.

Für die Eltern der Neugeborenen besteht seit zwei Jahrzehnten ein arbeitsrechtlicher Freistellungsanspruch zur Wahrnehmung von Erziehungsaufgaben (Elternzeit) verbunden mit einem sozialrechtlichen Einkommensersatz. Dieser belief sich bis 2006 auf monatlich 300 € und wurde für zwei Jahre ab Niederkunft gezahlt (bei Inanspruchnahme für ein Jahr belief er sich auf 450 €). Seit 2007 besteht das für wenigstens 12 Monate, bei zweimonatiger Inanspruchnahme durch den Vater für 14 Monate gezahlte Elterngeld.³⁸ Dieses ist – im Unterschied zum vormaligen „Erziehungsgeld“ – einkommensabhängig; es ersetzt 67% des durch die vorübergehende Arbeitsplatzaufgabe entfallenden Nettoeinkommens bis zu 1.800 €. Es soll die als unzureichend erachtete Bereitschaft und Neigung zur Familiengründung oder -erweiterung der überdurchschnittlich bezahlten Beschäftigten wecken oder erhöhen.

c) Übernahme von Familienrisiken

Die deutsche Sozialversicherung bezieht die Familienangehörigen der Versicherten in den Schutz der Sozialversicherung ein und berücksichtigt sie bei der Sozialleistungsgewährung. Die in Kranken- und Pflegeversicherung errichtete Familienversicherung schützt die minderjährigen, behinderten oder in Berufsausbildung befindlichen Kinder der Versicherten sowie bei Nichterwerbstätigkeit die Ehegatten kraft Gesetzes. Ihnen stehen die gleichen Behandlungsansprüche wie den Versicherten zu; mangels eigener Erwerbstätigkeit sind sie indes nicht zum Einkommensersatz berechtigt. Diese Sicherung wird für die Kinder beginnend ab 2009 mit steigender Tendenz durch Steuern finanziert.³⁹ Beim Bezug des Arbeitslosengeldes I hängt vom Familienstand des Arbeitslosen die Höhe der Leistung ab.⁴⁰ Unterhaltspflichten gegenüber Kindern berechtigen insoweit zu höheren Sozialleistungen.

Die gesetzliche Renten- und Unfallversicherung sehen für Ehepartner und minderjährige, behinderte und in Ausbildung befindliche Kinder eine Hinterbliebenenversicherung vor. Damit wird der zu Lebzeiten des Versicherten be-

38 KIRSTEN SCHEIWE, Rechtspolitische Ziele und rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten eines Elterngeldes, ZRP 2006, S. 37; MARIA WERSIG, Gleichstellungspolitischer Durchbruch oder Kompromisspaket? Die Einführung des Elterngeldes, in: KIRSTEN SCHEIWE (Hrsg.), Soziale Sicherungsmodelle revisited, 2007, S. 131.

39 So schon EICHENHOFER (Anm. 7), S. 49 f.

40 § 129 SGB III.

stehende Unterhaltsanspruch durch Sozialversicherung ersetzt.⁴¹ Die rentenrechtliche Abgeltung von Kindererziehungszeiten⁴² sichert jeden Kinder erziehenden Versicherten für die Geburt eines nach 1992 geborenen Kindes in Höhe von drei Entgeltpunkten (EP). Kindererziehung zählt rentenrechtlich wie Erwerbsarbeit – und zwar konkret in Höhe von drei Jahren des Durchschnittseinkommens der Versicherten. Bei einem aktuellen Rentenwert 2006 von 26,13 € West und 22,97 € Ost für jedes Kind eine monatliche Rente von 69 € bis 78 € pro Versichertem. Außerdem hat der überlebende Elternteil bei der Hinterbliebenenversorgung einen Anspruch auf höhere Hinterbliebenenrente als er sie ohne die Erziehung von Kindern hätte.

d) Sozialstaat und Funktionsausfälle der Familie

Der Sozialstaat handelt für Eltern, die ihren Aufgaben gegenüber ihren Kindern nicht nachkommen: die bedeutendste und zentrale Aufgabe zeitgenössischer Familienpolitik.⁴³ Das Jugendhilferecht flankiert die Familienerziehung, stellt ergänzende Leistungen der Kinderbetreuung und Hortunterbringung bereit und leistet damit einen originären Beitrag zur Kindererziehung.

Das Sozialrecht sichert die Bedarfsdeckung, falls das Kind keinen Unterhalt beziehen kann.⁴⁴ Dies geschieht durch den Unterhaltsvorschuss, bei Arbeitslosigkeit durch die Grundsicherung für Arbeitsuchende zugunsten der sie Erziehenden und bei Arbeitsunfähigkeit der Eltern (namentlich Krankheit, Behinderung, Alter oder Übernahme einer anderen Unterhaltspflicht, die eine Erwerbstätigkeit nicht erwarten lässt). Stets sind vorrangig Familienunterhaltspflichtige dem aushelfenden Sozialleistungsträger zum Ausgleich verpflichtet.⁴⁵ Der familienrechtliche Anspruch geht kraft Gesetzes auf den vorleistenden Sozialleistungsträger über und eröffnet dem Sozialleistungsträger einen Rückgriff gegen den familienrechtlichen Schuldner.

41 URSULA RUST, Familienlastenausgleich in der gesetzlichen Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung, 1990.

42 FRIEDHELM HASE, VSSR 1996, S. 44 ff.; DERS., Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 2000, S. 192 ff., 254 ff.; KLAUS MICHAELIS, Familienleistungen in der Rentenversicherung, DRV 1997, S. 696.

43 Vgl. dazu auch EVA SCHUMANN, Kindeswohl zwischen elterlicher und staatlicher Verantwortung, in diesem Band; Beiträge von PETER WHITEFORD/WILLEM ADEMA, Combating Child Poverty in OECD Countries – Is Work the Answer? *European Journal of Social Security*, 8 (2006), p. 235–256; PETRA HOELSCHER, What works? Preventing and reducing poverty and social exclusion among children in Europe, ebd., p. 257.

44 WOLFGANG GITTER/JUTTA HAHN-KEMMLER, Die Verdrängung des Zivilrechts durch das Sozialrecht – dargestellt am Unterhaltsrecht, *SGb* 1979, S. 195; DIETER MARTINY, Unterhaltsrang und -rückgriff, 2000.

45 DIETER MARTINY, Verwandtenunterhalt für erwachsene Kinder und alte Eltern, in: SABINE BERGHAHN (Hrsg.), *Unterhalt und Existenzsicherung*, 2007, S. 55 ff.

Der Rückgriff ist ausgeschlossen, falls die Sozialleistung das Ergebnis von Eigenvorsorge des Berechtigten ist. Dann zählt die Leistung unterhaltsrechtlich als das Einkommen des potentiell Unterhaltsberechtigten. Die Sozialleistung deckt den Bedarf und schließt den Unterhaltsanspruch damit aus. Nur ausnahmsweise ist eine durch Eigenvorsorge erworbene Sozialleistung wegen ihrer Funktion als immaterielle Entschädigung nicht als Einkommen zu werten. Dies gilt neben den Grundrenten nach dem BVG insbesondere für das Pflegegeld.⁴⁶ Die Unterhaltspflicht gegenüber einem Elternteil entfällt auch bei Vermögen – etwa ein Teilhaberecht in einer ungeteilten Erbengemeinschaft. Sie schafft die Möglichkeit der Bedarfsdeckung für die Eltern.⁴⁷

Im Übrigen sind die Kinder bei Gewährung von Elternunterhalt zwar zum Einsatz des eigenen Vermögens verpflichtet. Allerdings steht ihnen ein die Eigenvorsorge sichernder Selbstbehalt für Altersvorsorgeaufwendungen zu, der die Eigenaufwendungen für die Rentenversicherung umfasst und bei fehlender Versicherungspflicht gleichwertige Vorsorgeaufwendungen in Höhe von 5 % des Bruttoeinkommens rechtfertigt.⁴⁸ Beide Sozialleistungen: Grundsicherung und Sozialhilfe, welche wesentlich bei Bedürftigkeit gewährt werden, treten hinter die aus dem Unterhaltsrecht begründete Einstandspflicht zurück; diese geht also der sozialrechtlichen Einstandspflicht vor.⁴⁹ Die rechtlich unterschiedlich begründeten Einstandspflichten stimmen aber weder in den Voraussetzungen noch Folgen überein, noch ist der Vorrang des Familienrechts gegenüber dem Sozialrecht eindeutig bestimmt.

So kennt das Sozialrecht Begriffsbildungen wie namentlich die Bedarfsgemeinschaft (Einsatzgemeinschaft) in Sozialhilfe- und Grundsicherungsrecht (§§ 7 II SGB II, 19 I 2 SGB XII), bei denen eine faktische oder genauer gesagt: freiwillige und von der Rechtsordnung anerkannte⁵⁰ Unterhaltsgewährung in Wirtschaftseinheiten unterstellt wird, obgleich eine familienrechtliche Unterhaltspflicht nicht besteht (nämlich namentlich im Verhältnis unter nichtehelichen Lebenspartnern und im Verhältnis zwischen Stiefeltern und -kindern).⁵¹ Außerdem kennt vornehmlich das Grund- und Sozialhilferecht Regressbe-

46 BGH, 1.3.2006 – XII ZR 157/03 (Ausnahme §§ 13 VI 2, 37 SGB X).

47 BGH, 23.11.2006 – 12 ZR 155/03.

48 BGH, 17.5.2006 – XII ZR 98/04; 14.1.2004 – XII ZR 149/01 = FamRZ 2004, S. 792; 19.2.2003 – XII ZR 17/00 = FamRZ 2003, S. 860; BGHZ 154, S. 247, 258 f.

49 HARALD SCHOLZ, Widersprüche zwischen Unterhaltsrecht und Sozialrecht und ihre Bedeutung für die Praxis, FamRZ 2004, S. 751.

50 Vgl. dazu VOLKER LIPP, Funktion und Bedeutung des Unterhaltsrechts, in diesem Band.

51 FRANK KLINKHAMMER, Änderungen im Unterhaltsrecht nach „Hartz IV“, FamRZ 2004, S. 1909; CLAUDIA SCHMIDT, SGB II und Auswirkungen auf das Unterhaltsrecht, FamRZ 2005, S. 290, 295 ff.; MARTIN STREICHER, Die Bedeutung des Arbeitslosengeldes II für die Berechnung von Kindesunterhaltsansprüchen, FuR 2005, S. 438; ThürLSG, 8.3.2005 – L 7 AS 112/05 ER = NZS 2005, S. 662.

schränkungen im Hinblick auf Unterhaltspflichten von Verwandten zweiten und dritten Grades, Verwandten ersten Grades bei Schwangerschaft oder Unterhaltsgewährung für ein unter sechs Jahre altes Kind oder auf ein Einkommen von jährlich über 100.000 €. Allerdings ist diese Beschränkung nur für einzelne Unterhaltspflichten (Kinder gegenüber Eltern, aber nicht Eheleute) und nur hinsichtlich einzelner subsidiärer Sozialleistungen (vgl. §§ 33 SGB II, 93 f. SGB XII) vorgesehen.⁵²

III. Leitmotive sozialrechtlichen Schutzes für Ehe und Familie

Ein Gesamtüberblick, wo und wie der Sozialstaat die Ehe und Familie schützt und unterstützt, hilft noch nicht die Ausgangsfrage zu beantworten: Aus welchen Beweggründen nimmt sich der Sozialstaat der Ehen und Familien schützend an?

1. Familienförderung – Teil sozialrechtlicher Bedarfsdeckung

Soweit Kindesunterhalt durch Unterhaltsvorschuss befriedigt wird, erklärt sich das öffentliche Einschreiten aus dem durch Sozialrecht vermittelten und verwirklichten Auftrag zur Bedarfsdeckung. Denn die öffentliche Leistung soll den pflichtvergessenen Unterhaltsschuldner nicht entlasten, sondern vielmehr den andernfalls unbefriedigten Lebensbedarf des Kindes decken. Deshalb tilgt der Unterhaltsvorschuss nicht den Unterhaltsanspruch, sondern dieser geht auf den vorleistenden Träger über, der so beim Unterhaltsschuldner Rückgriff nehmen kann.

Andere angeführte Sozialleistungen sollen ebenfalls die Elementarbedarfe decken. Die Familienversicherung in Kranken- und Pflegeversicherung schützt den Menschen als ein verletzliches Wesen. Sie wird aufgrund versicherungspflichtiger Beschäftigung des Elternteils oder Ehegatten abgeleitet begründet, weil den Familienversicherten gegenüber dem Versicherten privatrechtliche Unterhaltsansprüche zustehen, die auch den Schutz vor sozialen Risiken umfassen. Die Familienversicherung von Kranken- und Pflegeversicherung ermöglicht dem Versicherten somit die Erfüllung der Unterhaltspflicht aufgrund von Ehe, Lebenspartnerschaft sowie Elternschaft. Ist der Bedarf des Unterhaltsberechtigten sozialrechtlich befriedigt, so wird ein andernfalls privatrechtlich zu deckender Bedarf mittelbar beseitigt. Dessen Einbeziehung in den sozialrechtlichen Schutz gleich dem Versicherten entzieht der privatrechtlichen

⁵² MAXIMILIAN FUCHS, Empfiehlt es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten im Unterhalts-, Pflichtteils-, Sozialhilfe- und Sozialversicherungsrecht neu zu gestalten?, JZ 2002, S. 785, 791 (plädiert für eine umfassende Begrenzung).

Unterhaltspflicht die Grundlage. Das Sozialrecht befähigt damit den Unterhaltspflichtigen, seiner Unterhaltspflicht zu genügen.⁵³

Kindergeld und steuerlicher Kinderfreibetrag bestehen – bei allen Unterschieden in Konstruktion und Wirkung – auf der prinzipiellen Anerkennung von Familienunterhaltspflicht und -gewährung als eines die Sozialleistung oder Steuerverschonung rechtfertigenden Grundes. Die Erfüllung der Familienunterhaltspflicht wird so sozialrechtlich gefördert. Dieser Gedanke leitet auch die Bemessung von Arbeitslosengeld I und Arbeitslosengeld II. Dieses anerkennt als bedarfsabhängige Leistung privatrechtliche Unterhaltspflichten als sozialrechtlicher Ausgleichs- und Förderungstatbestand noch weit stärker als das einkommensbezogen bemessene Arbeitslosengeld I (was erklärt, dass namentlich kinderreiche Bezieher von Arbeitslosengeld I ergänzend Sozialgeld – Arbeitslosengeld II – beziehen).

Der sozialrechtlich zu sichernde Bedarf ist nicht mit dem elementaren physischen oder psychischen Existenzminimum gleichzusetzen, sondern verlangt nach einer Berücksichtigung auch jener Belastungen, die sich aus der Stellung des Sozialleistungsempfängers als Ehegatte oder Elternteil ergeben. Gerade hierin findet das Menschenbild des GG als eines gemeinschaftsgebundenen Individuums seine unmittelbare Anerkennung.

2. Ehe- und Familienförderung als eigenes Ziel des Sozialrechts

In Familien- wie Hinterbliebenenversicherung, Versorgungsausgleich wie Renten-Splitting liegt die gezielte Förderung der Ehe. Sie fand ihre Rechtfertigung einst in der Vorstellung, dass die Ehe zwar niemals als naturnotwendige, indes als gesellschaftliche und sozialetische und daher rechtliche Voraussetzung für das Entstehen von Familie angesehen wurde. Die Förderung der Ehe war aus deren sozialer Bestimmung als Voraussetzung jeglicher Familie begründet.

Es ist daher fraglich, ob die sozialrechtliche Förderung der Ehe auch gerechtfertigt ist, wenn sie nicht die Familiengründung bezweckt. Die Einbeziehung der Lebenspartnerschaft in den sozialrechtlichen Schutz der Ehe zeigt, dass der Gesetzgeber den traditionellen Nexus von Ehe und Familie nicht mehr herstellt. Denn die sozialrechtliche Schutzbedürftigkeit der Lebenspartnerschaft wurde aus der wechselseitigen Übernahme von Solidarpflichten begründet.⁵⁴ Reicht die Übernahme dieser Verpflichtungen aus, so wäre der sozialrechtliche Schutz bereits aus der Solidarität der Eheleute zu rechtfertigen und so losgelöst von einer aus der Ehe hervorgehenden Familie begründbar. Rechtspolitisch wird dieser Erwägung entgegengehalten, angesichts knapper öffentlicher Mittel

53 URSULA RUST, Historische Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung von Familienleistungen in der Sozialversicherung, VSSR 1996, S. 103.

54 GERNHUBER/COESTER-WALTJEN (Anm. 9), § 42 II 19.

müsse der Hauptakzent in der Familien- und nicht der Eheförderung liegen. Die Ehe solle nur noch während der Phase aktiver Kindererziehung geschützt werden, dagegen sollten die Eheleute in einem späteren Lebensabschnitt aus dem sozialrechtlichen Schutz herausfallen.

Dies erscheint im Sinne einer gezielten Familienförderung indes als höchst problematisch, endet doch die Familienbindung nicht mit der Volljährigkeit der Kinder.⁵⁵ Deshalb ist die einseitige Förderung der Ehe auch unter dem Gesichtspunkt der für das Sozialrecht kennzeichnenden Typisierung und Abstraktion zu sehen und daraus auch zu begründen.

Namentlich im zeitgenössischen Jugendhilferecht⁵⁶ (SGB VIII) – aber keineswegs auf dieses Teilgebiet beschränkt – wird sichtbar, dass dem zeitgenössischen Sozialrecht vielmehr ein – über die Bedarfsdeckung, den Schutz vor sozialen Risiken und die soziale Entschädigung hinausgehender – spezieller Auftrag zur Familienförderung zugrunde liegt. Dieser reicht über die angestammte Jugendhilfe heute weit hinaus. Denn er formt die Erziehung eines Kindes durch seine Eltern umfassend institutionell aus. Das Recht auf Erziehung eines Kindes erscheint in diesem Denken ein dem Kind gegen seine Eltern zustehendes Recht und nicht wie von Art. 6 II GG konzipiert als Recht der Eltern gegenüber oder gar an den eigenen Kindern – ganz ebenso wie die Rechtsstellung eines Kindes statt wie hergebracht aus der Perspektive der Eltern gegenüber „ihren Kindern“ aus derjenigen des Kindes bestimmt wird. Diese Anschauung liegt der UN-Kinderrechtskonvention⁵⁷ (1989) zugrunde. Nach deren Umsetzung in Deutschland wurden zahlreiche Änderungen des deutschen Kindschaftsrechts nötig, die ähnlich zuvor auch vom BVerfG⁵⁸ eingefordert worden waren. Das geltende Sozialrecht zeigt, dass zur Verwirklichung des Kindesrechts auf Erziehung zahlreiche öffentlich-rechtliche Regelungen bestehen.

Zu diesen zählen zunächst die Kinder- und Jugendhilfe. Diese wird beim Fehlen oder Ausfall elterlicher Erziehung neben der Vormundschaft durch öffentliche Stellen oder regelmäßig an deren Stelle tretende freie Träger tätig, um den Erziehungsanspruch des Kindes zu verwirklichen. Hinzu kommen die für alle Kinder und Jugendlichen bestehenden Ansprüche auf Kinderbetreuung, die sich zugleich – namentlich angesichts vieler Familien mit einem Kind –, als Teil des staatlichen Bildungsauftrags begreifen und rechtfertigen lassen. Dieser Schutz reicht über die vielfältigen Maßnahmen der Hortbetreuung, Jugend- und

55 Ganz ebenso wie volljährige Kinder ihren Eltern unterhaltspflichtig sind.

56 Vgl. dazu JOHANNES MÜNDER/BRITTA TAMMEN, Einführung in das Kinder- und Jugendhilfegesetz KJHG/SGB VIII, 3. Aufl. 2002, S. 26 ff.; DERS., Frankfurter Kommentar zum SGB VIII: Kinder- und Jugendhilfe, 5. Aufl. 2006, Einleitung Rn. 54 ff.

57 BGBl II 1992, S. 121.

58 GRÖSCHNER (Anm. 15), Art. 6, Rn. 65 ff.

Jugendsozialarbeit, welche als außerfamiliäre Angebote die Familienerziehung ergänzen und begleiten sollen.

Der Aufgabenkreis der Kinder- und Jugendhilfe wird durch die weiteren dargelegten sozialrechtlichen Institutionen umgeben, welche die Grundlagen der Familienerziehung schaffen: Familienversicherung in Kranken- und Pflegeversicherung und die Hinterbliebenensicherung der überlebenden Ehegatten und unterhaltsabhängigen Kinder, Kindergeld, Mutterschutz und Elterngeld bis zu den Kindererziehungszeiten im Rentenversicherungsrecht (bei Erwerb eigener Rechte wie in der Hinterbliebenensicherung).

3. Welches Bild leitet familienförderndes Sozialrecht?

a) Der historische Ausgangspunkt – das Familienernährer-Modell

Ausgangsbasis zeitgenössischen familienfördernden Sozialrechts war das traditionelle Familienbild: die für die bürgerliche Familie wie auch die Industriearbeiterschaft⁵⁹ gegen Ende des 19. Jahrhunderts typisch gewordene Rollenverteilung zwischen dem der Erwerbsarbeit nachgehenden Mann und der sich Kindern und Haushalt widmenden Frau.⁶⁰ Deren Stellung erinnert an jenes von Friedrich Schiller in dem „Das Lied von der Glocke“ gezeichnete sprichwörtliche Bild: „Und drinnen waltet/Die züchtige Hausfrau/Die Mutter der Kinder/Und herrscht weise/Im häuslichen Kreise/Und lehret die Mädchen/Und wehret den Knaben/Und reget ohn' Ende/Die fleißigen Hände/Und mehrt den Gewinn/Mit ordnendem Sinn.“

Die ökonomische Teilung von Erwerbs- und Nichterwerbsarbeit entsprach der innerfamiliären Aufgabenteilung zwischen Mann und Frau. Diese Trennung war der historische Ausgangspunkt des familienfördernden Sozialrechts. Gerade dem deutschen wie anderen kontinentalen konservativen Wohlfahrtsstaaten gereichten die gesellschaftliche Arbeitsteilung von entgelteter Erwerbsarbeit und unentgeltlicher Familienarbeit und damit die Arbeitsteilung von Mann und Frau zur Voraussetzung, dasselbe Muster herrschte aber auch in den anderen Wohlfahrtsstaatsmodellen zunächst vor. Hinterbliebenenversorgung wie das zunächst nur kinderreichen Familien gezahlte Kindergeld beruhten auf ihr ebenso wie, dass die Witwenrente zunächst uneingeschränkt, die Witwenrente dagegen nur unter der Bedingung gezahlt wurde, dass die verstorbene versicherte Ehefrau den Ehemann vor ihrem Ableben überwiegend unterhielt. Das Kin-

59 GERHARD ALBERT RITTER/KLAUS TENFELDE, Arbeiter im deutschen Kaiserreich 1871–1914, 1992, S. 501 ff. (typisch war aber der Zuverdienst der Arbeiterfrau).

60 DIANE SAINSBURY, Gender, Equality and Welfare States, Cambridge University Press 1996, p. 46 et sequi; KIRSTEN SCHEIWE, Soziale Sicherungsmodelle zwischen Individualisierung und Abhängigkeiten, KJ 2005, S. 127–151.

dergeld fand seine Basis in dem Gebot der katholischen Soziallehre nach familiengerechter Entlohnung.⁶¹

Ein letztes Mal fand sich das traditionelle Familienmodell in der Ausgestaltung der Kindererziehungszeit (1986) in der Rentenversicherung. Diese wurde in vollem Umfang nur demjenigen Elternteil gutgeschrieben, der keine versicherungspflichtige Erwerbstätigkeit ausübte. Falls während der Zeit der Kindererziehung Erwerbsarbeit geleistet wurde, so wurden die hierdurch erworbenen Rentenrechte auf die Kindererziehungszeiten mindernd angerechnet. Damit wurde die Familienarbeit nur als vollwertig anerkannt, wenn sie traditionellem Muster ehelicher und familiärer Rollenverteilung gemäß anstelle der Erwerbsarbeit ausgeübt wurde.

Dieser Regelungsansatz stand im Einklang mit dem bis 1976 geltenden Eherecht, wie es bis dahin im Bürgerlichen Recht niedergelegt war.⁶² Dessen Prinzip, dass der Mann erwerbstätig zu sein und die Ehefrau den Haushalt zu führen und die Kinder zu erziehen habe, wurde der heraufkommenden, Frauennarbeit ermöglichenden wie fordernden Dienstleistungsgesellschaft aber nicht mehr gerecht. Seither gilt im Eherecht für die Aufgabenverteilungen in der Ehe die Selbstbestimmung durch die Eheleute. Im Einklang damit wurde das Kindergeldrecht von einer vormals auf Arbeitnehmer mit mehreren Kindern beschränkten Sozialleistung auf alle Einwohner, auch diejenigen, deren Inlandsaufenthalt nur vorübergehend geduldet ist,⁶³ für sämtliche Kinder erweitert (1974). Kinderfreibeträge kamen hinzu, wurden wieder abgeschafft, um in neuem Gewand wieder eingeführt zu werden. Die Bezugsvoraussetzungen für Witwen- und Witwerrenten wurden geschlechtsneutral gefasst und einander angeglichen, wodurch die Hinterbliebenenrente des Ehegatten zu einer von sonstigen Einkommen abhängigen Fürsorgeleistung wurde.⁶⁴ Schließlich missbilligte das BVerfG an der gesetzlichen Ausgestaltung der Kindererziehungszeit, dass die Erziehungsleistung erwerbstätiger Eltern geringer als diejenige von nichterwerbstätigen Eltern rentenversicherungsrechtlich bewertet wurde. Die Kindererziehungszeit der erwerbstätigen Eltern ist deswegen als „additive“ Kindererziehungszeit zu behandeln, kommt also auch der/dem neben der

61 Der Arbeitsmarkt vermochte dieses Anliegen indes aus prinzipiellen Gründen nicht zu verwirklichen, hätte doch die an einen Arbeitgeber gerichtete Pflicht zur Zahlung höherer Löhne an Familienväter als an Kinderlose zu Wettbewerbsnachteilen der Familienväter gegenüber Kinderlosen geführt. Deshalb wurde der Familienlastenausgleich zum Gegenstand sozialer Umverteilung in Gestalt der Sozialversicherungen, weil damit soziale Belange in Wettbewerbsneutralität unter den Gesicherten verwirklicht werden konnten.

62 ELISABETH BECK-GERNSHEIM, Die Kinderfrage heute. Über Frauenleben, Kinderwunsch und Geburtenrückgang, 2006.

63 BVerfGE 111, S. 160, 176.

64 BVerfGE 97, S. 241, 284 f.

Kindererziehung Erwerbseinkommen beziehenden Versicherten zugute.⁶⁵ Das familienfördernde Sozialrecht vergibt heute also im Grundsatz keine Prämien mehr auf das traditionelle Familienmodell,⁶⁶ mit Ausnahme bei der Kinderbetreuung in Westdeutschland, die trotz vermehrter Anstrengungen noch immer nicht ein annähernd bedarfsdeckendes Niveau erreicht hat. Es beruht jedoch nach wie vor auf dem Vorrang der Familien- vor der Sozialverantwortung. Insbesondere bei den bedarfsabhängigen Sozialleistungen, die bei Bedürftigkeit des Berechtigten gewährt werden, hat die familienrechtlich begründete Unterhaltspflicht Vorrang gegenüber der Einstandspflicht des Staates.⁶⁷ Dem geltenden Sozialrecht wohnt folglich nicht mehr ein bestimmtes und es bestimmendes Familienleitbild inne. In der politischen Diskussion ist die Sicherung der Wahlfreiheit für die Ausgestaltung des Familienlebens unter den Eltern sogar zu einer eigenständigen sozialpolitischen Maxime geworden. In der jüngsten Sozialgesetzgebung deutet sich allerdings ein deutlicher Wandel zu einem auf Vollbeschäftigung beider Elternteile zielenden Leitbild ab.

b) Mögliche Rechtfertigungen für familienförderndes Sozialrecht

Wenn das familienfördernde Sozialrecht den Eltern die volle Wahlfreiheit zur Gestaltung ihres Familienlebens gewährt, so fragt sich, aus welchen Gründen dies normativ geschehen kann. Eine solche Familienpolitik sucht die Folgen der „strukturellen Rücksichtslosigkeit von Wirtschaft und Staat gegenüber dem Tatbestand der Elternschaft“ zu überwinden.⁶⁸

Der von der Bundesregierung im August 2005 vorgelegte 7. Familienbericht „Familien zwischen Flexibilität und Verlässlichkeit“⁶⁹ plädiert zur Überwindung für eine lebenslaufbezogene, nachhaltige, drei Zielen verpflichtete Familienpolitik: 1. der horizontalen Gleichheit von Familien und Nichtfamilien, 2. der Chancengleichheit von Kindern unterschiedlicher familiärer Herkunft und 3. der Gleichheit der Geschlechter in Beruf und Familie.⁷⁰ Die Familienpolitik habe danach den rechtlichen und sozialen Rahmen für die Entfaltung von Familienleben zu setzen.⁷¹ Familie sei aus dem Zusammenwirken aller Mitglieder zu verstehen und müsse angesichts nicht familiärer Alternativen und Optionen anziehender als bisher werden.⁷² In das Familienleben müsse stärker

65 BVerfGE 94, S. 241; dazu MICHAELIS (Anm. 42), DRV 1997, S. 699.

66 FUCHS (Anm. 52), JZ 2002, S. 793 ff.

67 Dazu kritisch SCHEIWE (Hrsg.) (Anm. 38).

68 FRANZ XAVER KAUFMANN, Zukunft der Familien im vereinigten Deutschland, 1995, S. 11.

69 Ebd., S. 429 ff.

70 Ebd., S. 427.

71 Ebd., S. 429.

72 Ebd., S. 431.

die Nachbarschaft und Gemeinde einbezogen werden.⁷³ Die ökonomische Basis familiären Lebens sei besser als bisher zu sichern.⁷⁴ Das Elterngeld sei dafür ein geeignetes Instrument.⁷⁵ Die Hinwendung zu Kindern und Pflegebedürftigen dürfe in der ökonomischen Arbeitswelt nicht ihrerseits zur knappen Ressource werden.⁷⁶ Eine stärkere Zeitsouveränität in der Familienphase sei zu wünschen.⁷⁷ Bemühungen zur Überwindung der Kinder- und Familienarmut sollten sich auf die Stärkung der Sozialkompetenzen für die Eltern konzentrieren.⁷⁸

c) Erklärungsansätze für Familienförderung

Die englischen Familiensoziologen Jonathan Bradshaw/Naomi Finch⁷⁹ bieten vier diskussionswürdige Erklärungen für die sozialpolitische Förderung von Familien an. Es sind dies die Theorien der postmateriellen Werte (post-materialist values theory), vernünftigen Wahl (rational choice theory), Geschlechtergleichheit (gender equity theory) und Risikovermeidung (risk aversion theory).

Nach der Theorie postmaterieller Werte sei die nicht entgeltete Familienarbeit der Erwerbsarbeit durch Sozialrecht gleichzustellen. Nichterwerbstätigkeit sei ökonomisch wertvoll, Kindererziehung bringe den Nachwuchs hervor und voran und trage damit zur Bildung und Entfaltung des „Humankapitals“ bei. Dieser Beitrag müsse sozialrechtlich eigenständig anerkannt werden.

Die Theorie der vernünftigen Wahl sieht in den öffentlichen Geld- wie Dienstleistungen für Familien einen Beitrag zur Senkung der familienbedingten Kosten der Lebensführung und Kinderbetreuung: der wirtschaftlichen Lasten von Familiengründung oder -erweiterung. Diese Theorie sieht also in den „Familienlasten“ und nicht deren Leistungen das tragende Motiv der Förderung.

Nach der Theorie der Geschlechtergleichheit soll das Sozialrecht die durch Schwangerschaft, Geburt und Kindererziehung bedingte Benachteiligung der Frau gegenüber dem Mann im Erwerbsleben ausgleichen und auch auf die Beteiligung der Männer an der Familienerziehung hinwirken. Die Anerkennung von Familienarbeit gleich der Erwerbsarbeit soll Frauen in ihren spezifischen Erwerbsbiographien schützen.⁸⁰

73 Ebd., S. 432.

74 Ebd., S. 435.

75 Ebd., S. 436.

76 Ebd., S. 444.

77 Ebd., S. 468 ff.

78 Ebd., S. 293 ff.

79 DIES., Can Policy influence Fertility, in: HAN EMANUEL (Ed.), Ageing and the Labour Market: Issues and Solutions or Are There? 2006, p. 151 et sequ.

80 EVELYNE HUBER/JOHN D. STEPHENS, Development and Crisis of the Welfare State, 2001, p. 27 et sequ.

Nach der Risikovermeidungstheorie ist Elternschaft mit Verhaltensänderungen und unabsehbaren ökonomischen Belastungen verknüpft. Als ein das Leben der Eltern tiefgreifend veränderndes Geschehen werde Elternschaft heute vorherrschend als bewusst und gezielt getroffene Lebensentscheidung von einer wachsenden Zahl von Menschen gescheut. Der Sozialstaat solle deshalb durch Förderungsangebote: Steuervorteile, Geld- und Dienstleistungen – das mit Elternschaft verbundene Einkommensrisiko tragbar machen und die Wahrnehmung familiärer Aufgaben erleichtern.

In der deutschen Debatte erscheint als weiteres Argument, das aus der Konstruktion des Generationenvertrages als Basis sozialer Sicherung gewonnen und durch die Rechtsprechung des BVerfG auch jedenfalls partiell anerkannt wird, dass der Generationenvertrag Reproduktion und Familiengründung voraussetze.⁸¹ Im Duktus der vorangegangenen Erklärungsmuster wäre diese Überlegung als Theorie zur Abstützung sozialer Sicherung (Social security theory) zu bezeichnen.

d) Was trägt das familienfördernde Sozialrecht letztlich?

Gewiss berühren sich die angeführten fünf Erklärungen und nichts zwingt dazu, die letztlich tragende zu identifizieren, um daraus alle Regelungen schlüssig zu erklären. Eine Kumulation von Erklärungsansätzen ist möglich und jeglicher einseitigen Erklärung sogar vorzuziehen, wenn dadurch das geltende Recht umfassender als ein einzelner Erklärungsansatz gedeutet werden könnte. Die fünf Erklärungsansätze erfüllen ihren Wert also vor allem in ihrer heuristischen Funktion.

Ein starkes Motiv allen familienfördernden Sozialrechts macht die Theorie postmaterieller Werte deutlich. Das Recht erkennt elterliche Erziehung als wesentlichen Beitrag zur sozialen Bestandserhaltung an, fördert und ersetzt sie, falls die Eltern ausfallen. Die Familienpolitik erscheint ebenso wie die Bildungs- oder Umweltpolitik als Mittel der Zukunftsgestaltung. Familienförderung rückt damit in den Kontext des aktivierenden, investiven oder vorsorgenden Sozialstaats. Dieser sieht seinen zentralen Gegenstand nicht im Ausgleich eingetretener, sondern der Vermeidung künftiger sozialer Schäden. Er wirkt gesellschaftsgestaltend, um präventiv soziale Benachteiligungen zu unterbinden. Das allgemeine Motiv der Zukunftssorge lässt sich auch auf die Zukunftssicherung sozialer Sicherheit übertragen, so dass als erster Beweggrund für die Eigenständigkeit sozialrechtlicher Familienförderung das Motiv der Zukunftsgestaltung – einschließlich der Sicherung der Nachhaltigkeit sozialer Sicherung – auszumachen ist.

81 KINGREEN (Anm. 3), JZ 2004, S. 938; BORCHERT (Anm. 3).

Eine solche Erklärung reicht freilich nur hin, aber nicht zu. Denn sie setzt den ganz und gar schiefen Akzent, dass die Familien aus Gründen der sozialen Sicherung entstehen und sich entfalten müssten, was jene gegenüber dieser fundamental entwertete. Sie ist ferner bedenklich, weil sie nicht hinreichend erklärt, warum die familiären Leistungen gerade jüngst stark ausgebaut worden sind, oder sich jedenfalls die Bekundungen zu deren Ausbau jüngst mehrten.

Das Leitmotiv dafür klingt in den Theorien der vernünftigen Wahl und Risikovermeidung deutlich an. Beide Ansätze befördern die Einsicht, dass Familiengründung und -erweiterung von deren Anwärtern inzwischen als ein eigenes soziales Wagnis wahrgenommen werden, dessen Tragung auch sozialrechtlich zu gewährleisten ist. Kindergeld für alle Kinder unabhängig von der gesellschaftlichen Stellung der Eltern, umfassende Kinderbetreuung, Familienkrankenhilfe und selbst Beitragsvergünstigungen für Eltern in der Pflegeversicherung sowie das Elterngeld lassen sich als Ausdruck des Bemühens verstehen, die wirtschaftlichen Folgen des Kinderkriegens wie -habens gesellschaftlich zu lindern, d. h. tendenziell öffentlich zu tragen. Der von den Familien geleistete reproduktive Beitrag, der bis in die 1920er Jahre als etwas ganz und gar Natürliches und Normales aufgefasst der Privatsphäre zugeordnet und damit der öffentlichen Sphäre entrückt war, drängt so zunehmend in das Zentrum sozialpolitischer Anstrengungen. Sozialrechtliche Anreize zur Familiengründung und -erweiterung und die Verminderung von Einkommensrisiken für die junge Familie sollen die inzwischen bewusst und umfassend kontrollierte und kontrollierbare Entscheidung für und gegen Kinder in eine bestimmte Richtung lenken.⁸² Auch ein frauenpolitisches Motiv ist im Spiel und gewinnt namentlich im Diskurs auf EU-Ebene im Rahmen der dort betriebenen Sozialpolitik ein entscheidendes Gewicht⁸³: Eine wachsende Zahl junger Frauen möchte nicht länger auf die Familienarbeit verwiesen sein, sondern stattdessen gleichberechtigt am Erwerbsleben teilhaben. Zugleich möchte sie sich nicht vor die Alternative zwischen Erwerbsarbeit und Familie gestellt sehen, sondern beides verknüpfen. Das kann nur gelingen, wenn dies die gleichberechtigte Teilhabe der Männer an der Familienarbeit nach sich zieht.

82 Vgl. dazu auch 7. Familienbericht, Familie zwischen Flexibilität und Verlässlichkeit, August 2005, S. 427 ff.; BECK-GERNSHEIM (Anm. 62).

83 KOMMISSION DER EG vom 16.3.2005, Grünbuch „Angesichts des demografischen Wandels – eine neue Solidarität zwischen den Generationen“, KOM (2005) 94 endg.

IV. Zeitgenössisches Menschenbild von Familien- und Sozialrecht

1. Familie – Von Notwendigkeit zum Akt individueller Entscheidung

Deutlicher als noch vor wenigen Jahrzehnten wird sichtbar: Entstehung und Entfaltung der Familie sind heute weder als Notwendigkeit, noch als Normalität im Lebenszyklus, sondern vielmehr als das Ergebnis einer bewussten Entscheidung für oder gegen ein Leben mit Kindern zu begreifen. Da dieses in jedem Fall arbeits- und sorgenreich ist, freilich auch – vielleicht gerade dadurch? – zum Lebensglück der Eltern beiträgt, ist Familiengründung und -erweiterung anders als noch vor wenigen Generationen zu einem Akt bewusster Entscheidung geworden. Dieser durch die medizinische Beherrschbarkeit der menschlichen Reproduktion ermöglichte Wandel stellt auch das Recht vor neue, vor dem unbekannte Herausforderungen.

2. Politische Gestaltung individueller Entscheidungen über Familiengründung und -erweiterung

Weil Familiengründung und -erweiterung individuell beherrschbar geworden sind, stiegen auch die Bestrebungen zur öffentlichen Beeinflussung dieser Entscheidung. Jede offiziöse staatliche Propagierung von Kinderreichtum ist jedenfalls in Deutschland historisch diskreditiert, weil sie Leben utilitaristisch begreift und damit missdeutet, sie liefere gerade deshalb dem freiheitlichen Verständnis von Ehe und Familie zuwider. Deshalb kommen als staatliches Steuerungsmedium in erster Linie sozialstaatliche Mittel als bewusst gesetzte öffentliche Anreize in Betracht. Jede Vergabe von Vorteilen für Familien gegenüber Kinderlosen setzt sich dem Vorwurf aus, sich anheischig zu machen, zutiefst illiberal das Reproduktionsverhalten von Paaren staatlich zu beeinflussen.

Im Rahmen einer wesentlich von der EU inspirierten, auf Ausweitung von Erwerbsarbeit zielenden Beschäftigungspolitik, weil nur bei einer deutlich höheren als der gegenwärtigen Beschäftigungsrate der Sozialstaat strukturell erhalten werden kann, erscheint vor allem eine Mobilisierung und Ausschöpfung des Erwerbspotentials von Frauen nötig. Vor diesem Hintergrund⁸⁴ erscheint selbst das zeitweilige vollzeitige Hausfrauendasein als nicht mehr tragbarer Luxus („luxury of full-time housewifery“). Es sollen also zureichende Anreize gesetzt werden, damit für Frauen die Ausübung bezahlter Erwerbsarbeit in der

84 GÖSTA ESPING-ANDERSEN, A Child-Centred Social Investment Strategy, in: DERS. (Ed.), *Why we need a new Welfare State?*, 2002, p. 26; Vgl. zu den Bemühungen der EG-Politik Mitteilung der Kommission, Sozialpolitische Agenda (2005) 33 endg.; Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Reports – A Roadmap for equality between women and men (COM/2006/92 final); European pact for gender equality Bulletin EU, p. 18.

Phase der Familienerziehung auch hinlänglich ein- und erträglich erscheint; namentlich darf die Kindererziehung nicht mit Armutsrisiken oder wirtschaftlichen Einbußen (opportunity costs) verbunden sein.⁸⁵ Dies gelingt durch eine Kombination aus Beschäftigungs- und Einkommenssicherungspolitik.⁸⁶

3. Familienförderndes Sozialrecht als Nachteilsausgleich und Infrastrukturschaffung

Familienförderndes Sozialrecht ist deshalb primär darauf auszurichten und angesichts der knappen Ressourcen zu öffentlicher Mittelvergabe wohl auch sinnvoll zu beschränken, Familiengründung und -erweiterung ökonomisch zu unterstützen, so dass sich die damit notwendig verbundenen Nachteile in Grenzen halten, auf dass die Eltern die verbleibenden ökonomischen Nachteile durch das Glück des Kinderhabens mehr als aufgewogen ansehen und sich daher für ein Kind oder Kinder entscheiden. Der Staat hat im Übrigen für eine zeitgemäße Infrastruktur zu sorgen, welche Männern und Frauen die Vereinbarkeit von Erwerbs- und Familienarbeit ermöglicht. Dieses Recht wird in Art. 33 Charta der Grundrechte der EU inzwischen auch als soziales Grundrecht anerkannt.

Es findet in die deutsche Debatte damit allmählich ein aus Skandinavien kommender Ansatz⁸⁷ Eingang, Familienfragen aus einem die drei Rechtsdisziplinen Familien-, Arbeits- und Sozialrecht verbindenden Blickwinkel zu betrachten. Diese Erweiterung der Perspektive erklärt sich daraus, dass sich Familiengründung und -entfaltung heute endgültig aus der traditionellen Einbettung in die Privatheit der bürgerlichen Kleinfamilie gelöst hat – wo sie freilich erst ausgangs des 19. Jahrhunderts ihre Rückzugspolition gefunden hatte – und zu einem umfassenden Teil einer auf die Erschließung sämtlicher Erwerbspotentiale sichernden Gesellschaftspolitik zu werden im Begriff steht. Das Familienrecht sichert die Autonomie der Eltern bei der Gründung und Entfaltung der Familien. Das Arbeitsrecht hat – hinsichtlich Entlohnung wie Arbeitszeitgestaltung – umfassend die Bedingungen für die Erfüllung der Familienunterhaltungspflichten zu schaffen; das Sozialrecht hat die Bedingungen familiären Lebens zu sichern, auftretende Belastungen auszugleichen und die Betreuungsinfrastruktur für Kinder und Jugendliche bereitzustellen,⁸⁸ damit so zugleich die Arbeitsgesellschaft

85 Ebd., p. 46.

86 Ebd., p. 50; vgl. auch DERS., Towards the Good Society, once Again, in: ebd., p. 1, 5 et sequ.

87 KRISTIN KETSCHER, The Danish Social Welfare System, in: BØRGE DAHL/TORBEN MELCHIOR/DITLEV TAMM (Hrsg.), Danish Law in European Perspective, 2002 (2nd ed.), p. 299 (306).

88 Dabei wird das Defizit auch in den Ländern beklagt, die hierzulande als Vorbild gelten: DOMINIQUE MÉDA, Ça va mal, ne changeons rien. L'emploi féminin est pénalisé par le manque de structures d'accueil pour les jeunes enfants, Le Monde 22 février 2007, p. 19.

als ökonomische Basis des Sozialstaats erhalten, entfaltet und gestärkt werden kann. Die wachsende öffentliche Verantwortung für die Familie ist die Folge einer Gleichstellungspolitik, welche die volle Integration der Frauen in das Erwerbsleben erstrebte und darin auch sichtbare Erfolge verzeichnete.

V. Fazit

Nach den verschiedenen Erklärungsansätzen familienfördernden Sozialrechts ist anzunehmen, dass eine Gesellschaft, welche nicht die Kosten der Kindererziehung wenn nicht weithin übernimmt, so doch sich daran substantiell beteiligt, in der Zukunft weniger Kinder als möglich zu erwarten hat.⁸⁹ Mit Heraufkunft der Dienstleistungsgesellschaft wird Frauenerwerbstätigkeit nicht nur möglich, sondern nötig. War der traditionelle Wohlfahrtsstaat auf den Produktionsarbeiter und Alleinverdiener ausgerichtet, in dem die Frau vom Mann nahezu unbeschränkt abhing,⁹⁰ steht die Sicherung der Gleichbehandlung der Geschlechter – notfalls auch mittels konkreter und zielgerichteter Fördermaßnahmen für Frauen – im Mittelpunkt heutigen sozialpolitischen Bemühens.⁹¹ Der Akzent liegt nicht mehr auf der Beseitigung noch vorhandener Benachteiligungen, sondern in gezielten Maßnahmen, um den Frauen die volle Entfaltung ihrer beruflichen Möglichkeiten zu sichern.⁹²

Die Ehe wandelt sich von einer einst für wirtschaftliche Teilhabe unverzichtbaren Institution zu einer Option der persönlichen Lebensgestaltung.⁹³ Wenn Frauenerwerbstätigkeit der sozialen Ausgrenzung und Armut entgegenzuwirken vermag, fordert eine frauenfreundliche Politik auch die auf Erwerbsbeteiligung der Frau als Mutter zielende Politik.⁹⁴ Allerdings müssen – nicht nur wegen begrenzter Ressourcen, sondern auch um der Wahrung der Unterschiede in den Lebensverläufen von Frauen und Männern willen – die Grenzen beachtet bleiben, welche der Sozialpolitik bei dem Versuch einer „Vermännlichung weiblicher Lebensverläufe“⁹⁵ gezogen sind.⁹⁶

Das so aus sozial-, frauen- und familienpolitischen Beweggründen rekonstruierte Menschenbild des zeitgenössischen Familien- und Sozialrechts ist als das Ergebnis eines in den letzten Jahrzehnten eingetretenen fundamentalen

89 BRADSHAW/FINCH (Anm. 79), p. 151 et sequ, 155.

90 ANNEMETTE SORENSEN/SARA McLANAHAN, Married Women's Economic Dependency 1940–1980, 93 *American Journal of Sociology*, (1987) p. 659–686.

91 GÖSTA ESPING-ANDERSEN, A New Gender Contract, in: DERS. (Anm. 84), p. 68–70.

92 Ebd., p. 70.

93 Ebd., p. 71.

94 Ebd., p. 94.

95 Female life course masculinisation.

96 Ebd., p. 95.

ökonomischen, sozialen und kulturellen Wandels zu begreifen. Er bezieht seine wesentlichen Impulse aus den Rechtsgebieten der Gleichheit von Mann und Frau, aller Kinder sowie einem Kindschaftsrecht, das die Rechte und Pflichten der Eltern als Reflex der Rechte des Kindes begreift und das Elternrecht damit vom Kinde her denkt.⁹⁷

Im Übergang von der Industrie- zur Dienstleistungsgesellschaft wird damit die einst männlich zentrierte Arbeitswelt endgültig überwunden. Sozialrecht, das historisch die Ehefrauen und Kinder des Familienernährers durch abgeleitete Ansprüche auf Familien- und Hinterbliebenensicherung schützte, steht zunehmend vor der Aufgabe, die Familie als Lebensform erst eigentlich zu ermöglichen und sie in ihrer Entfaltung zu sichern. Es überwindet damit seine tradierte und im Recht der Jugendhilfe seit Jahrzehnten ausgebildete Rolle, in Erfüllung des staatlichen Wächteramts (Art. 6 II GG) über die elterliche Erziehung bei drohenden Versäumnissen und Erziehungsversagen zum Schutz des Kindes intervenierend einzugreifen. Staatliche Politik geht heute darüber weit hinaus: Durch Kinder- und Elterngeld, Kinderbetreuung und arbeitsrechtliche Normen zur Vereinbarkeit von Familie und Erwerbsarbeit wird so Familienpolitik zu einem integralen Element der Gesellschaftspolitik, die ebenso wie die Bildungs- und Beschäftigungspolitik die institutionellen Voraussetzungen für eine die Erwerbsbeteiligung aller erwerbsfähigen Frauen und Männer sichernde Entwicklung zu schaffen hat. Dies bedeutet, Menschen durch üppigen sozialen Transfer umfassend zu befähigen, was sie einst ganz ohne diesen vermochten: Kinder zu bekommen und sie aufzuziehen!

97 HANS F. ZACHER, Das Wichtigste: Kinder und ihre Fähigkeit zu leben. Anmerkungen zur intergenerationellen Solidarität, in: GERHARD IGL/THOMAS KLIE (Hrsg.), Das Recht der älteren Menschen, 2007, S. 95–130; DERS.: Universale Menschenrechte und die Wirklichkeit der globalen Welt – Das Beispiel der Kinderrechte, ZIAS 2007, 66–90.

Diskussion zum Vortrag von Eberhard Eichenhofer

Leitung: UWE DIEDERICHSEN

DIEDERICHSEN:

Bitte sehr, Herr Stolleis.

STOLLEIS:

Eine kleine Bemerkung am Rande zum ersten Teil und dann eine grundsätzlichere Frage. Sie haben bei der Jugendhilfe angespielt auf eine zunehmende Übernahme von pädagogisierenden Elementen, die sozusagen zu dem alten „polizeilichen“ Bestand der Jugendhilfe hinzugekommen seien. Da habe ich historisch etwas Zweifel, denn seit es Jugendhilfe gibt, sagen wir seit dem RJWG von 1922 oder eher seit der Einrichtung von Jugendämtern um 1909, war diese Doppelung von Jugendpolizei und Jugendpflege das charakteristische Merkmal. Das ist immer parallel gelaufen und es hat die Jugendhilfe bis zum heutigen Tag begleitet. Insoweit setze ich eher auf Kontinuität von zwei ganz unterschiedlichen Entwicklungsmedien, die immer nebeneinander hergelaufen sind, natürlich in unterschiedlicher Stärke.

Die Frage, die ich habe, ist die zu der Metapher „Menschenbild“. Da haben Sie am Ende gesagt, Sie wollten nur die gesellschaftliche Wirklichkeit beschreiben, also das „was ist“. Das wäre gewissermaßen das, was ich als Sozialrechtler zu registrieren habe und was über öffentliche Willensbildung in die Gesetzgebung einfließt. Das wäre eine deskriptive Verwendung. Es gibt daneben auch eine normative, und die ist verfassungsgestützt. Das halte ich, um es einmal ganz deutlich zu sagen, für überholt und unbrauchbar in den gegenwärtigen Auseinandersetzungen. Ich glaube, man kann nicht mehr wie in den fünfziger Jahren auf der Basis der katholischen Soziallehre ein festes Menschenbild voraussetzen und dann die passenden Verfassungsnormen dazu suchen und damit operieren. Sie haben mit Recht gesagt, das wäre Rechtspolitik. Welches Menschenbild verwenden Sie nun aber? Ein eher offenes, deskriptives, was im Grunde auf eine soziologische Bestandsaufnahme und Meinungsumfrage hinausläuft, oder doch ein normativ angereichertes und damit vermischtes Menschenbild?

BEHRENDTS:

Ich glaube, dass für unser Thema die Verbindung von Menschen- und Familienbild wichtig ist. Alle müssen heute versuchen, ihre Privatrechtsverhältnisse so zu gestalten, wie es ihren Möglichkeiten, Plänen und den kulturell vorgefun-

denen Bedingungen entspricht. Der Leitwert der freien Entfaltung der Persönlichkeit ermutigt sie dazu von Verfassungen wegen. Die Kernfrage scheint mir daher zu sein – und sie schien mir in Ihrem Beitrag, Herr Eichenhofer, immer wieder aufzutauchen – wie die Kleinfamilie in den damit bezeichneten, hoch-individualistischen Werte-horizont hineinpasst. Es ist offenkundig, dass sie unter den heutigen Lebensbedingungen, wie Sie es auch geschildert haben, durch klare Rahmenbedingungen unterstützt und entlastet werden muss, um ihr den Geruch zu nehmen, dass auf wesentliche Lebenschancen verzichtet, wer sich auf sie einlässt, entweder als Mitglied der elterlichen Doppelspitze oder als alleinerziehende Person. Das Sozialrecht muss daher, wo es nötig ist, helfen und eingreifen. Es darf aber mit seinen Förder- und Kontrollmaßnahmen nicht den Gedanken entstehen lassen, dass der Staat in den Familien erziehen lässt, nach seinem Bilde und nach seinen Vorstellungen. Vielmehr muss das Leitbild das Gegenteil aussagen: In der Kleinfamilie verwirklicht sich das freie, zur Selbstständigkeit berufene Individuum, im Erziehenden und Erzogenen. Die Familie ist der privilegierte Ort, in dem freie Individuen unter Bedingungen der Freiheit, d. h. in lernender Auseinandersetzung mit erziehenden Individuen, für die Zukunft heranwachsen sollen. Die Kleinfamilie ist ein Raum, in dem individuelle Persönlichkeiten von individuellen Persönlichkeiten erzogen werden. Ich weiß nicht, ob Sie es genauso so sehen. Ihre Ausführungen haben mich jedenfalls sehr überzeugt.

DIEDERICHSEN:
Frau Felix.

FELIX:
Ich denke, so eine Veranstaltung wie hier ist auch ein Ort für durchaus provokante Thesen – und diese Chance will ich einmal nutzen. Fortpflanzung ist ja zunächst ein biologischer Egoismus, und es dürfte klar sein, dass kein Elternteil jemals auf Fortpflanzung verfallen ist, um das Rentenversicherungssystem in Deutschland zu sichern. Nun mag es in einem christlich geprägten Staat vielleicht schwer sein, evolutionsbiologische Erkenntnisse zu berücksichtigen. Es drängt sich allerdings der Verdacht auf, dass der Gesetzgeber genau das doch zunehmend tut. Wenn man die finanzielle Förderung der Familie betrachtet, die mit dem überaus fragwürdigen Pflegeversicherungsurteil einen ersten Höhepunkt erreicht hat, schwenkt diese Förderung jetzt in eine ganz bestimmte Richtung. Unter dem Stichwort „Ausbau der Kinderbetreuung“ kann man in einschlägigen Aufsätzen lesen, dass jetzt die „richtigen Eltern in Gang gesetzt“ werden sollen. Fakt ist aber: Wir haben genug Kinder, allerdings, brutal formuliert: in einer bestimmten Schicht. Der Staat will offenbar – so zu lesen in einschlägigen Entscheidungen – elitäre Eltern. Er überlegt sich offenbar genau, welchen Typus von Eltern und Kind er will – Stichwort: Leistungsträger der

zukünftigen Gesellschaft. Meine konkrete Frage an Herrn Eichenhofer wäre eigentlich: Haben Sie nicht auch bei dem, was jetzt passiert, schon Bedenken im Hinblick auf Art. 6 GG? Wenn der Staat die Produktion von Kindern erheblich fördert, entsteht ja ein gewisser gesellschaftlicher Druck. Es gibt Habilitationsschriften, die das vor dem Hintergrund von Art. 6 GG als Freiheitsrecht kritisch hinterfragen. Dazu würde mich Ihre Meinung interessieren.

DIEDERICHSEN:

Wir haben die Möglichkeit, dass wir solche „Provokationen“ ruhig gleich aufgreifen können, wenn dazu jemand direkt etwas sagen will. Bitte, Herr Ruland!

RULAND:

Ich würde gerne zu dem Vortrag von Herrn Eichenhofer einige Anmerkungen machen. Zunächst zum Thema „Kernfamilie“: Das Unterhaltsrecht war früher praktisch ein Drei-Generationen-Recht: Kindesunterhalt, Ehegattenunterhalt und Elternunterhalt. Dass der Unterhalt faktisch auf die Kernfamilie reduziert wurde, ist ein Ergebnis der staatlich organisierten Alterssicherung – vor allem der Rentenversicherung, der Beamtenversorgung und der anderen Systeme. Damit ist die Kernfamilie von den Belastungen durch den Elternunterhalt im Wesentlichen frei. In dem Maße allerdings, in dem die soziale Absicherung dieser Elterngeneration zu stark zurückgefahren wird, gewinnt der Unterhalt seine Bedeutung wieder zurück. Altersarmut führt dazu, dass Kinder wieder ihren Eltern Unterhalt leisten müssen und schon deshalb doppelt gefordert werden. Zu einer stärkeren unterhaltsrechtlichen Belastung der Eltern kommt es auch, wenn die Ausbildungsförderung eingeschränkt wird. Diese Beispiele, die sich schnell vermehren ließen, zeigen, dass wir zwar auf der einen Seite eine intensive Diskussion darüber führen, wie die Familien finanziell entlastet werden können, andererseits die Politik durch die Kürzung sozialer Leistungen die Familien stärker finanziell in die Pflicht nimmt – doch davon redet niemand. Dies war selbst, als die Studiengebühren eingeführt wurden, kein Thema.

Von dieser neueren Entwicklung abgesehen: Die faktische Herausnahme des Elternunterhalts aus dem familiären Unterhaltsverband hat ohnehin nicht dazu geführt, dass dieser an Bedeutung verloren hat. Dafür sind die unterhaltsrechtlichen Beziehungen innerhalb der Kernfamilie intensiviert worden. So ist der „Ernährer“ verpflichtet worden, für seinen Ausfall durch Invalidität, Alter oder Tod vorzusorgen. Er tut dies dadurch, dass er – zumeist in der Rentenversicherung – für den Eintritt dieser Risiken durch Zahlung hoher Beiträge vorsorgt.

Dadurch, dass die Alterssicherung im Wesentlichen „vergesellschaftet“ und aus dem Unterhaltsverband herausgelöst worden ist, hat die Kindererziehung eine wesentlich stärkere gesellschaftliche Bedeutung bekommen. Der Staat ist nun auch im Hinblick auf die Alterssicherung gehalten, die Familien bei der

Kindererziehung stärker zu fördern. Das ist nicht nur ein Problem der im Umlageverfahren finanzierten Rentenversicherung – es ist ein Problem aller Alterssicherungssysteme, auch der privaten, denn sie alle werden von der nachwachsenden Generation finanziert. Es ist daher eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe, die durch Steuern und nicht durch Beiträge zu finanzieren ist.

Das Hauptproblem, das sich dabei stellt, ist, dass die eigenen Ansprüche des Elternteils – faktisch meist der Mutter –, der die Kinder erzieht, immer noch deutlich geringer ausfallen als bei Personen, die durchgehend beschäftigt waren. Viel ist mit Elterngeld, Kindererziehungs- und Kinderberücksichtigungszeiten schon geschehen. Wichtig erscheint mir, einen Teil der Mittel, die für den Kinderlastenausgleich zur Verfügung stehen, in infrastrukturelle Einrichtungen der Kinderbetreuung zu investieren, damit die Eltern trotz der Kindererziehung zumindest die Chance haben, Erwerbstätigkeit auszuüben und dadurch eigene Versorgungsansprüche zu begründen.

Richtig ist auch der Wechsel in der Familienpolitik, den wir derzeit erleben. Wenn der Ernährer wegfällt, steht nicht mehr so sehr die Witwe im Vordergrund der Sicherungsnotwendigkeit, sondern zielgenauer die Witwe, die Kinder erzogen hat und deshalb stärker auf Schutz angewiesen ist. So werden Frauen, die Kinder erzogen haben, bei der Höhe der Witwenrente deutlich begünstigt. Es ist ein vernünftiger Weg, der ausgebaut werden sollte.

Zum Schluss noch ein paar Sätze zur Rolle des von Herrn Eichenhofer angesprochenen „Ernährers“. Historisch betrachtet ist dem Ehemann diese Rolle nur in der Angestelltenversicherung zugestanden worden. In der Arbeiterrentenversicherung war die Ehefrau und spätere Witwe auf ihre Berufstätigkeit angewiesen – Rente bekam sie nur dann, wenn sie berufs- oder erwerbsunfähig oder alt genug war. Die Gleichstellung mit den Angestellten kam erst 1947.

DIEDERICHSEN:

Vielen Dank. Herr Eichenhofer hatte gebeten zuzulassen, dass er sich zwi-schendurch äußern könne. Bitte, Herr Eichenhofer!

EICHENHOFER:

Damit möglichst alle Fragesteller zu ihrem Recht kommen, ist Kürze geboten. Also, erstens, Herr Stolleis. Ich wollte einen anderen Akzent setzen. Wir müssen im Jugendhilferecht gewiss die polizeiliche und die pfliegerische Funktion unterscheiden und beide verteidigen. Mir kam es darauf an zu verdeutlichen, dass heute jedes Kind ein potentieller Adressat für Jugendhilfemaßnahmen ist. Das ist neu. Wenn Sie die ganze Problematik der Kinderbetreuung als jugendhilferechtliches Thema begreifen, bekommt Jugendhilfe ein anderes Gesicht und damit auch Gewicht. Dann ist jedes Kind und jeder Jugendliche im Prinzip durch eine Jugendhilfeeinrichtung betreuungsbedürftig. Diese muss nicht notwendigerweise staatlich getragen sein, weil wir ja das Subsidiaritätsprinzip

haben, also durchaus auch die freien Träger Raum zu eigener Betätigung neben dem Staat oder sogar an dessen Stelle erhalten. Dies ist ja immer auch zu bedenken. Insofern besteht keine historische Kontinuität.

Das zweite Problem betrifft das Menschenbild. Daran hatte ich mich im Vortrag im Prinzip orientiert. Ich wollte das nicht so explizit machen wie etwa Otto Kahn-Freund oder Gustav Radbruch in den 1930er Jahren, als sie über die sozialen Ideale von Rechtsprechung und Gesetzgebung gesprochen haben. Sie kennen diese Schriften. Die Frage nach dem Menschenbild lautet: Was ist das hinter dem positiv-rechtlichen Normenbestand steckende Gesellschaftsbild? Auf welche Vorstellung von Gesellschaft sind die positiv-rechtlichen Regeln hin entworfen und entwickelt worden? Ich rede dabei nicht als handelnder Politiker oder Mensch mit einer politischen Meinung zu diesen Vorgängen, sondern als Jurist, der Recht im Hinblick auf gesellschaftliche Veränderungen zu verstehen versucht. Insoweit kann der Versuch rechtssoziologisch genannt werden, weil Menschenbilder zu rekonstruieren sind und die Frage verfolgt wird: Was ist das Sozialmodell, also die Vorstellung von der Aufgabenverteilung zwischen Individuum und Gesellschaft, das eine solche Gesetzgebung hervorbringt? Das ist, wenn Sie so wollen, die Attitüde eines Empirikers und nicht eines Normativisten. Im Übrigen, und wir sollten nicht darum herumreden: Die gegenwärtige Diskussion um Kinderbetreuung und Kindergeld hat der Familienpolitik eine neue Qualität gegeben.

Das führt zu der Frage von Frau Felix. Ich kann Ihre Bedenken nachvollziehen und verstehe, was Ihnen politisch Sorgen bereitet. Auch mir wird es bange dabei, und die Bangigkeit ergibt sich nicht daraus, dass ich die Maßnahmen nicht für nachvollziehbar hielt. Mich aber treibt die Frage um: „Wer soll das bezahlen?“ Wir bauen mit den neuen Maßnahmen ein Stück Sozialstaat neu auf und gleichzeitig diskutieren wir gegenwärtig über die sustainability unseres hergebrachten Sozialstaats. Alterssicherung, Krankenversicherung oder Pflegeversicherung – kann das alles eine alternde Gesellschaft noch bezahlen? Indem wir dieses diskutieren, bauen wir ein neues Stück Sozialstaat und hoffen, dass dieses zur Sicherung von jenem nützlich sei. Das ist gewagt. Die Franzosen haben uns freilich Familienpolitik vorgemacht, als sie nach dem Ersten Weltkrieg wegen einer starken Dezimierung ihrer Bevölkerung infolge massiver Verluste der männlichen Bevölkerung im Ersten Weltkrieg in den 1920er Jahren die *caisse familiale* geschaffen haben, um dadurch die Reproduktion der Bevölkerung zum Gegenstand eines sozialen Förderungsprogramms zu machen. Wir haben uns nach dem Krieg dieser Politik mehr oder minder angeschlossen. Und wir machen es, und das ist das Hintersinnige an der ganzen Politik, um die anderen Probleme des alternden Sozialstaates zu lösen! Denn wir sagen, wenn wir sie nicht machen, dann könnten wir die Alterssicherung nicht mehr aufrechterhalten und die Pflegeversicherung nicht mehr gewährleisten. Das ist ein sozialpolitisches deficit spending! Weil wir sagen, wenn wir nicht genügend

Kinder kriegen – auch von wohl situierten Familien, jawohl, das ist auch ein Motiv des Elterngeldes –, dann können wir die anderen Sozialstaatsthemen getrost vergessen, weil kein Ansatz zu ihrer Lösung mehr in Sicht ist. Es ist das Problem, ob dieser Versuch gelingt.

Ich habe mich in der Vorbereitung des Referats mit der Frage auseinandergesetzt, ob auch die Arbeiterfrauen in Doppelverdiener-Ehen lebten. In der Industriearbeiterschaft war dies nach Gerhard A. Ritter/Klaus Tenfelde tabu. Die Frauen haben geputzt und nebenher noch Saisonarbeit geleistet, sie waren aber nicht vollzeitig beschäftigt. Ich weiß, dass die Gesetzgebung von anderen Voraussetzungen ausgegangen war, darin lag aber eine Benachteiligung der Arbeiterfrauen. Die gesellschaftliche Rollenverteilung entsprach nicht dem gesetzlichen Modell. Die Arbeitsteiligkeit zwischen Mann und Frau lag auch bei der Industriearbeiterschaft jedenfalls in Mitteleuropa zwischen männlicher Erwerbs- und weiblicher Nichterwerbsarbeit. Auch in anderen Ländern – selbst in England – ist die Sozialversicherung nach dem Modell des männlichen Familienernährers (Breadwinner) konzipiert worden. Denn dieses entsprach der Lebensform der Industriearbeiterschaft. Die Sozialversicherung war auf die Industriearbeiterschaft ausgerichtet. Mit dem Wandel der damaligen Lebensformen der Industriearbeiterschaft ändert sich auch die Sozialversicherung. In dem Maße, wie die Frauenerwerbstätigkeit zur Selbstverständlichkeit wird, stellen sich die Fragen von Kinderkriegen und Familiensicherung neu. Darauf wollte ich hinweisen. Ich habe vor kurzem auf einer Konferenz des Arbeitsministeriums in Nürnberg über die Problematik Gleichstellung von Mann und Frau und Familienpolitik gesprochen. Dabei wurde mir klar: Das Thema Familienpolitik steht heute im Kontext der Gleichstellungspolitik. Sie wurde in dem Augenblick zum Thema, als die Gleichstellungspolitik Erfolge zeitigte. Erfolgreiche Gleichstellungspolitik macht das Thema Mutterschaft zum Gleichstellungsthema. Und unter dieser Perspektive wird der gegenwärtige Wandel von Familien- und Sozialrecht als Reaktion auf die Forderung nach Gleichstellung verständlich und verstehbar. Ich gebe einfach nur meine Beobachtungen wieder und spreche nicht als Leitartikler, der sagt, ob er dies nun schön oder nicht schön findet, sondern ich sage: Was in unserer Gesetzgebung gegenwärtig stattfindet, ist diese Art von Sozialisierung von Kindererziehung. Gustav Radbruch hat bereits in der Schrift „Kulturlehre des Sozialismus“ 1922 hellsichtig formuliert, Familienerziehung sei anvertraute Gemeinschaftserziehung. Gustav Radbruch ist in diesem Zusammenhang auch deshalb zu zitieren, weil er der Vater des Reichsjugendwohlfahrtsgesetzes gewesen ist.

DIEDERICHSEN:

Ich habe jetzt auf der Liste Herrn Coester, Herrn Kingreen, Frau Oberloskamp, Frau Scheiwe, Herrn Friehe, und dann würde ich einen Punkt gerne selbst

erledigen. Noch jemand? Dann kommen wir auch unschwer mit der Zeit hin. Eine Meldung haben wir noch, Frau Peters-Lange. Also bitte, Herr Coester.

COESTER:

Herr Eichenhofer, meine Frage liegt etwas quer zu Ihrem Vortrag. Ihr Vortrag hatte den Titel „Ehe und Familie in der Sozialrechtsordnung“. Die Ehe kam im Anfang auch kurz vor, aber dann ist Ihr Vortrag zu einem Hohelied der Kernfamilie Eltern und Kind geworden – ich wollte einmal fragen, wo der Rest geblieben ist von Ihrem Thema. Insbesondere würde mich interessieren, welchen eigenständigen Wert denn die Ehe, wenn wir die Kinder außer Betracht lassen, welchen Stellenwert die Ehe also als rechtliche Institution noch hat. Ich weiß, dass sie in Art. 6 GG geschützt wird, aber ich frage mich, ob es einen rational tragfähigen Grund gibt, warum die Ehe als solche, also ohne Kinder, noch sozialrechtlich gefördert wird. Man könnte insoweit auf die Beziehungstabilität hinweisen. Es wird herkömmlich davon ausgegangen, die Ehe sei die kleinste Zelle der Gemeinschaft, so dass die Gemeinschaft von der Stabilität dieser Kernzelle profitiere. Mit der Stabilität ist es aber nicht mehr so, wie es einmal war, und wir haben eigentlich keine Zahlen, die belegen, dass Ehen stabiler sind als die nichtehelichen Lebensgemeinschaften. Das Gleiche gilt dann für das weitere Argument, die Ehegatten entlasteten die sozialen Institutionen später im Alter und in Not durch wechselseitigen Beistand – das tun die lebenslang währenden nichtehelichen Lebensgemeinschaften genauso. Im Ergebnis dasselbe gilt für das Argument, die Ehe gewährleiste eine Art Domestizierung des sexuellen Appetenzverhaltens. Soweit dies heute, in Zeiten verbreiteter subsequenter Polygamie, überhaupt noch richtig ist, gilt es aber auch nicht nur exklusiv für die Ehe. Das Einzige, was bleibt, ist eine gewisse christliche Prägung der Ehe, wie sie das Bundesverfassungsgericht bestätigt hat. Der Ehe liegt das christlich-abendländische Vorstellungsbild zu Grunde, aber wenn wir sonst keine sachlichen Gründe mehr für die Förderung der Ehe als eine von mehreren Paarformen haben, dann kann meines Erachtens die Religion alleine eine sozialrechtliche Förderung der Ehe nicht mehr tragen. So weit zu diesem Punkt. Vielleicht noch zwei andere Phänomene. Sie haben sich nur auf die Kernfamilie von Eltern und Kind beschränkt. Wie sieht es aber aus, wenn wir eine Generation weitergehen zu dem Verhältnis Großeltern/Enkel? Das sprengt den Argumentationshaushalt in Ihrem Vortrag und es erhebt sich die Frage, wie wir dann mit der Familiensolidarität oder der sozialrechtlichen Verantwortung umgehen. Und ein Allerletztes: Selbst innerhalb der Kernfamilie ging es in Ihrem Vortrag immer um das Verhältnis Eltern/Kinder und nicht umgekehrt. Herr Ruland hat zwar das Verhältnis Kinder/Eltern angesprochen, aber wir müssen doch einfach sehen, dass wir der Ermunterung und Förderung der jungen Generation, Kinder aufzuziehen, einen entscheidenden Dämpfer verleihen, wenn wir mit der Sandwich-Situation drohen (Unterhaltsverpflich-

tungen gegenüber Kindern einerseits, gegenüber Eltern andererseits) und damit dann doch bei ganz jungen Paaren die Überlegung provozieren: Wollen wir uns das wirklich antun? Wollen wir das wirklich auf uns laden?

DIEDERICHSEN:
Herr Kingreen.

KINGREEN:

Vielen Dank. Ihre zu Recht kritische Frage, Herr Coester, nach dem (Un-)Sinn der milliardenschweren Förderung der Ehe, hat Wolfgang Zeidler, ehemaliger Präsident des Bundesverfassungsgerichts, schon 1983 im Handbuch des Verfassungsrechts weitblickend beantwortet: „Der Kommentar der Historiker des Sozialrechts ist vorherzusehen: Weil die Ehe gefördert wurde, ging die Familie zugrunde.“ Tatsächlich hat der Staat jahrzehntelang vor allem die Ehe subventioniert. Das muss man festhalten, wenn man sich mit der Forderung befasst, nicht nur in Krippenplätze für die Betreuung der unter 3-Jährigen zu investieren, sondern auch ein Betreuungsgeld für Eltern zu installieren, die ihre Kinder in den ersten drei Lebensjahren selbst betreuen. Da kann ich nur antworten: Das Betreuungsgeld gibt es schon. Es ist das Ehegattensplitting. Und jetzt schafft man endlich die Infrastruktur für die Vereinbarkeit von Familie und Beruf, schafft also erstmals gleiche Bedingungen für zwei vom Grundgesetz gleichermaßen geschützte Lebensmodelle, und schon geht das Abendland unter. – Ich wollte aber eigentlich auf etwas anderes eingehen. Lieber Herr Eichenhofer, hinter Ihrem Vortrag stand ja letztlich die Frage: Wie viel Staat verträgt die Familie? Und vor allem: Welchen Staat braucht sie? Da fällt mir, insbesondere wenn ich den Vergleich ziehe mit dem Referat von Ulrich Becker, auf, dass sich die Familienpolitik von den Entwicklungen der allgemeinen Sozialpolitik in erstaunlichem Maße abgekoppelt hat. Ulrich Becker hat uns am Beispiel von Hartz IV das Konzept eines aktivierenden Sozialstaates präsentiert, der, bevor er fördert, zunächst das Selbsthilfepotenzial des Einzelnen aktiviert. Er setzt sich damit deutlich ab vom Konzept eines eher fürsorgerischen Sozialstaates, das wir bis in die 80er Jahre des 20. Jahrhunderts verfolgt haben. Wie aber steht es mit der Familienpolitik? Sie ist stehen geblieben in den 1970er Jahren. Der herkömmliche Familienlastenausgleich verkörpert eine fürsorgerische Sozialpolitik, die in der Familie eine schutzbedürftige Sozialform sieht, deren Lasten der Staat durch milliardenschwere Sozialsubventionen auszugleichen sucht. Er leistet Kindergeld unabhängig von der Bedürftigkeit und ein Elterngeld, das genau diejenigen fördert, die es am wenigsten nötig haben. Letztlich lautet die Botschaft dieser finanziellen Beglückungsversuche, die die Schulden produzieren, unter denen die heute Geförderten in Zukunft leiden werden: Die Familie ist ein möglichst zu vermeidender Sozialfall. Ich empfinde das als phantasielos und frage mich, Herr Eichenhofer, ob nicht gerade die

Sozialversicherung der ideale organisatorische Rahmen wäre, um die Leistungen von Familie zu honorieren. Die Sozialversicherung ist ja – das kann man schon bei Hegel nachlesen – funktional gesehen letztlich die Nachfolgerin der Familie. Sie organisiert nämlich den Generationenausgleich zwischen der mittleren und der älteren Generation, insbesondere in Gestalt der Pflege- und der Rentenversicherung. Sie bildet aber leider die Generationenfolge nur unvollständig ab. Das Verhältnis zwischen der mittleren und der jungen Generation ist nämlich nicht kollektiviert worden, sondern ist weitgehend Privatangelegenheit der Eltern. Das ist ein fundamentaler Konstruktionsfehler: In einer Gesellschaft, die das Leben in drei selbständige Lebensphasen aufteilt, kann auch Alterssicherung nur als dreiphasiges Modell gedacht werden. Weil typischerweise jeder zweimal im Leben Leistungen erhält (nämlich einmal als Kind und ein zweites Mal im Alter), muss er auch zweimal Leistungen erbringen, nämlich durch die Finanzierung der Altersversorgungssysteme und durch den Unterhalt der Kinder. Genau diesen Gedanken greift das Pflegeversicherungsurteil auf. Es reaktiviert den Generationenvertrag, indem es darauf hinweist, dass ein umlagefinanziertes System ohne nachwachsende Beitragszahler nicht auskommt. Und anders als die bisherige Judikatur, die versucht hatte, der vergessenen dritten Generation durch Steuersubventionen zur Hilfe zu kommen, sagt nun dieses Urteil: Beitragszahler mit Kindern erbringen eine spezifische Zusatzleistung, die Kinderlose nicht erbringen, und deshalb müssen Letztere auch höhere Beiträge zahlen. So sorgen beide Vergleichsgruppen unterschiedlich vor: die einen durch Kinder, die anderen durch zusätzliche finanzielle Beiträge. Kosten für den Steuerzahler: 0 €. Und noch viel wichtiger: Die Familien werden als Leistungsträger entdeckt, die nicht der finanziellen Hilfe des Staates bedürfen, sondern nur einer Organisation, die ihre Beiträge für den Generationenvertrag angemessen berücksichtigt. Bitte missverstehen Sie das nicht: Es geht hier nicht um die staatliche Bewertung von sehr individuellen Lebensentscheidungen, sondern im Gegenteil darum, unterschiedliche Formen der Alterssicherung zu etablieren, ohne den Menschen vorzuschreiben wie sie zu leben haben.

DIEDERICHSEN:

Jetzt bitte Frau Oberloskamp.

OBERLOSKAMP:

Eigentlich anknüpfend an das, was Herr Stolleis gesagt hat. Ich habe die Jugendhilfe noch einmal im Blick mit dem Teil, der überhaupt nicht in das Bild hineinpasst, das Sie hier gezeichnet haben. Ich spreche von den Fällen, in denen sich die Eltern ihrer Verantwortung völlig entziehen, und von den Kindern, die in Pflegefamilien und in Heimen untergebracht werden und dadurch im sozialen Sektor unendliche Kosten verursachen. Wenn man sich einmal vor Augen führt, was eine Heimunterbringung heutzutage kostet, dann versteht man, dass

darunter schon manche Kommune zusammengebrochen ist. In meinem Umfeld gab es kleinere Kommunen, in denen auf einen Schlag vier, fünf Kinder aus einer Familie in ein Heim gegeben werden mussten; die Kommunen mussten Nachtragshaushalte einholen, weil das einfach nicht mehr aus dem ordentlichen Budget zu bezahlen war. Wie passt das in das gezeichnete Menschenbild? Das habe ich vergeblich gesucht.

DIEDERICHSEN:
Frau Scheiwe.

SCHEIWE:
Sie haben darauf hingewiesen, dass sich hier so etwas wie eine Infrastrukturpolitik entwickelt. Aus der Perspektive des Kindes betrifft dies Rechte auf soziale Leistungen. Derartige Ansprüche sind relativ neu, aber am Beginn steht – denke ich – die Einführung der Schulpflicht nicht nur als ein Recht des Kindes, eine Bildungseinrichtung zu besuchen, sondern auch als Pflicht. Doch dies wird heute als selbstverständlich betrachtet, als eigener Erziehungsauftrag des Staates. Wenn man die historische Entwicklung einmal so betrachtet, dann relativiert sich die Entgegensetzung von Elternrecht versus staatlicher Eingriff, denn der Staat und andere gesellschaftliche Einrichtungen haben schon länger in der Geschichte bestimmte Aufgaben der Sozialisation von der Familie übernommen, die nicht mehr in der Eigenverantwortung der Familie liegen konnten. Bei uns wird jedoch Bildung nicht als Wohlfahrtsstaatspolitik und Sozialleistung gesehen, als Sozialstaatsaufgabe gedacht, sondern getrennt davon gesehen – was in den angelsächsischen Ländern anders ist, wo Bildung immer als wesentliche Sozialleistung betrachtet wird. Wenn das Schulwesen so apart gesehen und ausgeblendet wird, dann lässt sich die vereinfachte Entgegensetzung von Privatheit versus staatlicher Eingriff und die Rede vom immer stärker werdenden staatlichen Eingriff in die Familie leichter behaupten, obwohl es historisch betrachtet eine Verzerrung ist, denn die Einführung der Schulpflicht hatte viel weitergehende Konsequenzen. Soziale Dienstleistungen für Kinder sind nicht so neu, wenn man das Bildungswesen in die Betrachtung einbezieht und nicht nur Jugendhilfeleistungen und Fürsorge als soziale Dienstleistung betrachtet. Bei uns wird jedoch institutionell rigide getrennt zwischen Bildung und Jugendhilfe als Teil der öffentlichen Fürsorge, was auch mit den Besonderheiten der deutschen Sozialrechtsentwicklung zu tun hat. Meine nächste Frage knüpft an das an, was Herr Coester gesagt hat. Sie sagten, dass die Familienförderung sehr weitgehend von der Ungleichbehandlung von Ehe und Nichtehe entkoppelt wurde, wenn ich Sie richtig verstanden habe. Ich denke, ich würde dieser These nicht so zustimmen. In vielen Bereichen wird die Ehe noch stärker gefördert als die Familie, ohne hier ins Detail zu gehen. Nehmen wir als Beispiel das jüngste Bundesverfassungsgerichtsurteil, in dem es um die künstliche Befruchtung ging, die von der Krankenversicherung

nur für verheiratete Paare finanziert wird und nicht für unverheiratete Paare – hier ist die Familienförderung sicherlich nicht von der Ehe entkoppelt worden, oder?

DIEDERICHSEN:

Vielen Dank, dann kommt jetzt Herr Friehe.

FRIEHE:

Gerne würde ich eine Anmerkung beisteuern. Eine Beobachtung, und zwar anknüpfend, Herr Eichenhofer, an Ihre Aussage. Wir erleben beim Begriff der öffentlichen Fürsorge einen Wandel. Früher meinte der Begriff gezielte Maßnahmen für Einzelne, die es nötig hatten, heute ermöglicht er umfassende Leistungen für alle. Das ist erst einmal der Beobachtung nach richtig. Aber vielleicht gibt es da einen kleinen Nebenaspekt, auf den ich eingehen möchte. Stellen wir uns einmal vor, der Anspruch auf die Kita stünde nicht im SGB VIII, sondern wäre von den Landesgesetzgebern gewährt worden. Dann würden wir das vielleicht gar nicht als Teil der öffentlichen Fürsorge empfinden, sondern es wäre eben Landesgesetzgebung – so wie die Schulpflicht. Dass wir hier „öffentliche Fürsorge“ erkennen, liegt nicht zuletzt vielleicht auch daran, dass der Bund dafür die Kompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG in Anspruch genommen hat. Also, das Ganze muss jetzt als „öffentliche Fürsorge“ deklariert werden, damit der Bund es, wie gewünscht, regeln kann. Beim Elterngeld ist das, glaube ich, auch so ähnlich. Da kann man sich durchaus fragen – doch will ich die Frage hier nicht in voller Schärfe stellen –, ob Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG überhaupt eine einschlägige Kompetenz bereithält. Der Bundesgesetzgeber bejaht dies natürlich. Aber auch hier gilt: Wäre das Elterngeld im Landesrecht geregelt worden, hätte man vielleicht gar nicht die Idee gehabt, dass hier „öffentliche Fürsorge“ stattfindet. Und es gibt dann noch einen dritten Fall, wo ich die Dehnung des Begriffes „öffentliche Fürsorge“ beobachte: Das ist die Gesundheitsuntersuchung für Kinder, von der einige meinen, sie solle jetzt zwangsweise eingeführt werden. Das geht, wenn es der Bundesgesetzgeber machen soll, wiederum nur über 74 Abs. 1 Nr. 7 GG und die öffentliche Fürsorge. Das Bundesverfassungsgericht hat gesagt, öffentliche Fürsorge sei weit zu verstehen, und der Bundesgesetzgeber macht reichlich davon Gebrauch. Aber das führt eben zu jenem Deutungs- und Verständniswandel, den wir am Begriff der öffentlichen Fürsorge beobachten.

DIEDERICHSEN:

Jetzt Frau Peters-Lange, und dann würde ich gern auch noch einmal ein Wort sagen.

PETERS-LANGE:

Danke schön! Herr Eichenhofer, mich bewegt schon seit dem Vortrag von Herrn Becker eine Frage, und ich würde sie gerne Ihnen beiden stellen. Ich habe

den Eindruck, dass sich das Sozialrecht im Laufe der letzten Jahrzehnte sehr weit von seinem Kern entfernt hat, wo es soziale Nachteile kompensiert und, wo die Eigenverantwortung noch selbständig wahrgenommen werden konnte, nur flankierend eingriff, und zu einer bewussten Steuerung menschlichen Verhaltens übergegangen ist. Man denke etwa an die Eingliederungsvereinbarung, wo diese Steuerung in vertraglicher Form geschieht. Ich will mich aber auf die Familienpolitik bzw. die sozialrechtliche Familienförderung konzentrieren. Was ihre Notwendigkeit betrifft, besteht gesellschaftlicher Konsens, den ich auch nicht angreifen will. Es zeichnet sich aber doch die Gefahr ab, dass die steuernden Eingriffe in individuelle Entscheidungen allzu weit gehen. Bekannte Stichworte sind „Vätermonate“ oder „Finanzierung der Kindertagesstätten aus dem Kindergeld“. Die letztere Maßnahme nimmt denjenigen Mittel wieder weg, die sich für das herkömmliche Familienbild entschieden haben und sich nunmehr vielleicht doch indirekt gezwungen fühlen, sich dem heute hofierten Familienbild der Doppelverdienerhe mit Kindern anzuschließen. Insofern ist zu konstatieren, dass das Sozialrecht in Randbereichen eine sehr starke Steuerung ausübt.

DIEDERICHSEN:

Ich würde zu unserem Thema gerne auch selbst noch einmal eine Bemerkung machen. Je knapper die Ressourcen werden, also die wirtschaftlichen Mittel, mit denen wir Sozialstaat betreiben können, desto mehr wird man überlegen müssen, ob der Staat auch die Möglichkeit hat zu sagen, mit den Steuern wolle er nur dieses und jenes fördern, aber anderes nicht. Und Frau von der Leyen hat das jetzt für relativ gut verdienende Eltern plötzlich auch durchgesetzt. Ich fördere mit den zur Verfügung stehenden Mitteln nur Familien, in denen beide Elternteile erwerbstätig sind, Ein-Verdiener-Familien dagegen nicht. Manche von uns werden wahrscheinlich berechtigte Bedenken dagegen haben, dass das so läuft.

Wie dem auch sei, ich wollte anhand eines hier schon erwähnten Beispiels auf eine andere hausgemachte und vermeidbare Hypertrophie des Sozialstaates hinweisen. Nehmen wir einmal an, bei einem Unfall sterben beide Eltern. Früher wäre es nun so gewesen: Es wurde ein Vormund eingesetzt. Meistens wäre das ein Onkel gewesen, oder das verwaiste Kind wäre bei seiner älteren Schwester aufgewachsen, die sowieso mehrere Kinder großzuziehen gehabt hätte. Den jüngsten Bruder in die Familie aufzunehmen, hätte keinen großen Aufwand gemacht – eben weil die Aufzucht von Kindern damals keine so gewaltige Investition war. Das durch den Tod der Eltern entstandene soziale Problem wäre also familienintern zu lösen gewesen, und zwar auch im Erziehungsbereich mit einem Übergang des elterlichen Erziehungsauftrags auf den Vormund.

Aber heute hat wohl in den meisten Fällen die Funktion des Onkels oder der ältesten Schwester das Jugendamt übernommen mit einem breitgefächerten Angebot an Elternersatzmaßnahmen. Neben die einfache Überleitung des elterlichen Erziehungsrechts in dasjenige des Vormunds, um es in den entsprechenden Normen auszudrücken: der §§ 1626 ff. in die §§ 1773 ff., 1793 ff. BGB, ist das kostspielige soziale Erziehungsrecht des Kinder- und Jugendhilfegesetzes getreten.

Und dieser Vorgang hat nun eine bemerkenswerte Parallele im Betreuungsrecht. Der Staat hat die Betreuung für erwachsene Personen, die ihre Angelegenheiten auf Grund einer psychischen Krankheit oder Behinderung nicht mehr selbst besorgen können, unter dem Gesichtspunkt eingeführt: na, das macht die Familie und dann kostet uns das nicht viel. In Wirklichkeit ist das aber der Bereich, der innerhalb des Sozialrechts mit seinen Kosten wohl am meisten gewachsen ist. Und nun kommt die Parallele: Als das Betreuungsrecht im Jahre 1992 in Kraft trat, da haben viele Menschen Betreuungen übernommen, und zwar neben Verwandten auch Leute aus der Nachbarschaft, pensionierte Beamte usw. Aber diese Bereitschaft hat sich in kurzer Zeit total erschöpft, denn diese zur Hilfe bereiten Leute sind einem unerwarteten Bürokratiewang unterworfen worden, dem sich auszusetzen, wenn sie denn dazu in der Lage gewesen wären, sie jedenfalls nicht bereit waren. Sie mussten Formulare ausfüllen, mit denen sie nie in ihrem eigenen Leben zu tun gehabt haben, Vermögensverzeichnisse in einem fremden Haushalt aufstellen, Belege bereithalten, und das alles in einem Bereich, in welchem der Gesetzgeber doch auf Vertrautheit und familiäre Ungezwungenheit hatte setzen wollen. Wiederum also eine merkwürdige legislative Widersprüchlichkeit, mit welcher der Gesetzgeber kaputt gemacht hat, worauf er eigentlich hatte bauen wollen.

In einer nicht durchsozialisierten Gesellschaft muss auch der Staat, so meine ich, Vertrauen haben, dass nicht nur Missbrauch geschieht. Wir sollten, wenn wir auf die Familie setzen, zugleich darauf bestehen, dass dort Strukturen entstehen und beibehalten werden können, die dann auch das tragen und das bringen, was wir davon erwarten. Aber immer wieder ist zu beobachten, dass der Staat kaputtmacht, worauf er angewiesen ist. So scheint mir, dass wir erst am Anfang der Diskussion über das richtige Verhältnis von Zivilrecht und Sozialrecht stehen.

Und jetzt haben Sie das Schlusswort, Herr Eichenhofer.

EICHENHOFER:

Herzlichen Dank für die vielen Anregungen. Herr Coester, ich habe das Thema Ehe angesprochen, aber nicht ausgiebig behandelt. Das gebe ich zu. Aber ich habe auf einen Punkt hingewiesen, der vielleicht für die Diskussion wichtig ist. Die Lebenspartnerschaft bedeutet die Wiederbelebung der Ehe. Die Lebenspartnerschaft stützt so das ehefördernde Sozialrecht, weil das Füreinanderein-

stehen von Erwachsenen als eigener sozialrechtlicher Fördertatbestand anerkannt wird. Darin liegt zwar eine gewisse Paradoxie, aber es gibt sie immer noch, die einzig am Ehestatus hängenden Sozialleistungsrechte – aber mit stark sinkender Tendenz! Die Familienkrankenversicherung wird durch die Gesundheitsreform 2009 beschränkt, aber sie besteht noch in der Pflegeversicherung. Wir haben den Versorgungsausgleich. Aber Sie haben völlig Recht, und man diskutiert darüber, ob man die Ehe als solche oder Familien als Institution fördern sollte. Letzteres sollte man auch weiter tun. Weil die Familie mit der Volljährigkeit der Kinder nicht endet, sondern mitunter die finanziellen Belastungen mit Studienkosten und -gebühren erst richtig anfangen. Dennoch wird die Familienorientierung der Sozialleistungen künftig wachsen, und dies wird auf Kosten der traditionellen Ehe-Orientierung geschehen. Das Regressproblem habe ich kurz angesprochen, aber es ist delikat. Sie haben völlig Recht, Sie kennen die Tendenzen zur Regressbeschränkung des Grundsicherungsrechts. Das ist die Einkommensgrenze für Bundestagsabgeordnete (ohne Nebenverdienst). Das Unterhaltsrecht wäre, was von Herrn Ruland angesprochen worden ist, in einem entwickelten Sozialstaat neu zu durchdenken: Soll es sozusagen die Auffangposition für die Defizite des Sozialstaates übernehmen? Darin liegt eine gewisse Gefahr, die aus sozialrechtlicher Sicht nicht gutzuheißen ist. Aber das nicht mehr zu wollen, bedeutete natürlich eine weitere Ausweitung des Sozialstaates. Herr Kingreen, ich teile Ihre Ansicht nicht, es sei in den letzten 30 Jahren familienpolitisch nichts geschehen, entschuldigen Sie. Mal aus eigener Lebenserfahrung: Als ich noch kleine Kinder hatte, da ging es den Eltern nicht so gut wie den heutigen.

KINGREEN:

Ja, aber wollen Sie noch mehr Fürsorgerecht?

EICHENHOFER:

Nein. Das ist mir sehr ernst: Die jetzige Elterngeneration und die potentielle Elterngeneration von morgen haben hohe Ansprüche an den Sozialstaat. Das ist vielleicht auch eine Folgewirkung von BAföG. Ich weiß es nicht! Ich will das auch nicht dramatisieren, aber Sie können mit Fug und Recht nicht behaupten, dass in den letzten 30–40 Jahren in puncto Familienlastenausgleich sich ökonomisch nichts bewegt hätte. Sie können sagen, es hat sich konzeptionell zu wenig bewegt. Diese Ansicht würde ich zwar auch nicht teilen. Noch vor 30 Jahren wäre es völlig indiskutabel gewesen, so ein DDR-Modell wie die Kinderbetreuung durch öffentliche Einrichtungen im Westen überhaupt zu debattieren, geschweige denn einzuführen. Der Vorschlag wäre mit diesem einen Satz: „Das ist wie drüben!“ erledigt gewesen. Heute machen wir es! Wenn jemand sagt, das ist ja wie in der DDR, dann würde mancher sagen, ja damals war das doch wunderbar! Das ist heute die Diskussion. Denn es hat sich so viel

verändert. Wenn Sie an das Kindergeld denken, wenn Sie an die Diskussion der Besteuerung von Familien denken, Herr Kirchhof hat als Verfassungsrichter manches bewegt. Das sollte man nicht gering schätzen. Die Auffassung, die Sozialversicherung solle sich zu einem Instrument der Familienpolitik wandeln, was Ihrer Vorstellung entspricht, teile ich nicht, weil die Beitragsfinanzierung dieselbe Gefahr läuft, welche die Steuerfinanzierung jetzt erkannt hat. In dem Augenblick, in dem wir Beiträge absenken im Hinblick auf andere Einkünfte, wird der Beitragssatz fiktiv. Das ist die Technik der Freibeträge, und dann haben wir am Ende 50 % Beitragssätze, weil zahlreiche Ausnahmen zugelassen und anerkannt sind, zugunsten der Betriebsrenten, der Eltern, morgen womöglich der Pendler! Wenn die Abzugsfähigkeit der Kosten von sozialversicherungsrechtlichen Beiträgen ausgeweitet wird, was bei den Minijobs schon arbeitsmarktpolitisch nachvollziehbar, aus von mir selbst schon politisch 1983 geforderten Gründen getan wird, dann schädigen wir das Finanzierungssystem des Beitrages. Und wenn wir die Familien fördern wollen, dann müssen wir es nicht durch die Beitragsfinanzierung machen, sondern durch ein anderes Mittel.

Frau Oberloskamp, es ist richtig, was Sie sagen. Die Jugendhilfe hat ihren Schwerpunkt in der Heimbetreuung. Diese ist teuer. Das ist mir bekannt und man muss über Alternativen daher nachdenken. Das hätte man auch in der Föderalismusreform diskutieren müssen, ob wir nicht überörtliche Armenpflegeverbände wieder brauchen, welche die Jugendhilfe einst getragen haben. Wir hatten das ja im 19. Jahrhundert, Herr Stolleis, und daher fragt sich, ob nicht die Jugendhilfe in Anbetracht der immensen Kosten für die Heimunterbringung auf Landesebene oder gar auf Bundesebene zu finanzieren wäre, weil die Gemeinden sie in der Tat nicht tragen können. Dasselbe Problem bestand übrigens, als die Pflegeversicherung noch nicht eingeführt worden war. Die unterschiedliche, zufällige und intensive Belastung der Gemeinden durch Pflegekosten zu überwinden, war der tiefere Grund dafür. Die Verarmung der Kindergeneration muss uns beunruhigen. Was wir den Gemeinden an Lasten auferlegen, muss uns beunruhigen. Das ist nicht ein Thema, das man am Rande zu behandeln hätte, sondern es ist für die Zukunft unserer Gesellschaft wichtig, hierauf vernünftige Antworten zu finden.

Jetzt ihre Frage, Frau Peters-Lange. Der Staat gestaltet, in der Tat, und das System der sozialen Förderung ist das Instrument der Gestaltung. Ausbildungsförderung, Arbeitsförderung, Familienlastenausgleich sind Instrumente sozialer Förderung, die Interventionen in gesellschaftliche Lebenslagen darstellen. Warum machen wir das? Aus demselben Motiv wie bei Hartz IV. Das ist der aktivierende Wohlfahrtsstaat. Vermehrt euch! Wir schaffen euch die Infrastruktur. Wir schaffen euch einen Einkommensersatz. Wir finanzieren den Kindesunterhalt anteilig. Das ist das Leitmotiv. Beim Elterngeld steht das ausdrücklich in den Bundestagsdrucksachen. Das ist ein Anreiz um den Reproduktionsmöglichkeiten aufzuhelfen. Das ist ein Element von Aktivierung

und der aktivierende Sozialstaat hat zwei Elemente: die Förderung über Geld und Sanktionen. Die Sanktionen in Hartz IV werden auf der Basis der Eingliederungsvereinbarungen vielleicht demnächst die Eingliederungsvereinbarungen zwischen potentiellen Eltern und dem Staat: Wie viele Kinder sind sie bereit, in die Welt zu setzen? Das wäre sozusagen die vollständige Parallelisierung. Das ist nur fiktiv, ein Gedanke. Aber das ist derselbe Zusammenhang, den wir uns klar machen müssen.

Herr Diederichsen, zu Ihnen zum Schluss. Worauf ich hinaus wollte war: Die Waisen, die Unfallwaisen werden heute von Schwestern und von Tanten und Onkeln aufgenommen – aber nun auf der Basis des Sozialrechts. Sie machen, was sie früher aus Tradition und Anstand taten, heute als Pflegeeltern und bekommen dafür öffentliche Leistungen. Und das ist sozusagen der radikale Wandel. § 1632 BGB ist im Grunde genommen ein Stück Jugendhilferecht im Bürgerlichen Gesetzbuch. Die Pflegekindschaft ist eingebettet in das Privatrecht; das Jugendhilferecht ist ein Stück öffentliches Recht in privatrechtlicher Form. Da wird wieder die Frage der Zuordnung natürlich interessant: Was ist das Pflegekindschaftsverhältnis eigentlich? Das ist ein privatrechtliches Rechtsverhältnis, das aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Umhegung möglich wird. Es gibt ein schönes Wort von Gustav Radbruch zu diesem Verhältnis: Öffentliches Recht und privates Recht liegen zwar unterscheidbar, aber un-scheidbar zusammen. Und gerade in den sozial verwaltenden Sphären des Rechts haben wir diese Art von Begegnung. Man kann natürlich auch sagen – das ist jetzt eine Erkenntnis von Max Weber –, der Sozialstaat ist ohne Bürokratie nicht zu haben. Seine Rechenhaftigkeit ist sozusagen das Rationalisierungsinstrument der öffentlichen Verwaltung. Wir kommen nicht umhin: mag es auch nicht angenehm sein, so ist es aber unvermeidbar.

Funktion und Bedeutung des Unterhaltsrechts

VOLKER LIPP

- I. Vorbemerkung
- II. Unterhalt und gesetzliche Unterhaltsansprüche
- III. Das gesetzliche Unterhaltsrecht des BGB
- IV. Das Unterhaltsrecht des BGB in rechtsvergleichender Perspektive
- V. Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse
- VI. Kindesunterhalt
- VII. Verwandtenunterhalt
 1. Elternunterhalt
 2. Unterhalt zwischen entfernten Verwandten
- VIII. Ehegattenunterhalt
- IX. Betreuungsunterhalt
- X. Freiwilliger Unterhalt
- XI. Gesetzgebung, Menschenbild, Sozialmodell im Unterhaltsrecht

I. Vorbemerkung

Gesetzgebung, Menschenbild und Sozialmodell – Blickt man mit dieser Fragestellung auf das Unterhaltsrecht, scheint die Antwort nahe zu liegen: Das Unterhaltsrecht hat den bedürftigen Menschen vor Augen und nimmt andere in die Pflicht, ihn zu unterstützen. Doch ist das lediglich eine Umschreibung des gesetzlichen Tatbestands und sagt nichts Weiteres über ihn oder gar über die Vorstellungen des Gesetzgebers aus. Der nachfolgende Beitrag nähert sich der Thematik daher induktiv und untersucht, welche Vorstellungen dem Unterhaltsrecht und seinen Regelungen zugrunde liegen. Abschließend sei dann versucht, die Leitfrage dieses Symposiums mit Blick auf das Unterhaltsrecht zu beantworten.¹

¹ Der Beitrag beruht auf dem Vortrag, den der Verf. auf dem Symposium „Gesetzgebung, Menschenbild und Sozialmodell“ der Göttinger Akademie der Wissenschaften am 16. und 17. März 2007 gehalten hat. Er wurde mit Blick auf das zum 1.1.2008 in Kraft getretene Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21. 12. 2007 (BGBl. I, S. 3189) an einigen Stellen ergänzt.

II. Unterhalt und gesetzliche Unterhaltsansprüche

Unterhalt wird gewährt, um den Lebensbedarf eines anderen Menschen zu decken (vgl. §§ 1610 II, 1360a I BGB). In der sozialen Realität erfolgen derartige Leistungen meist im Rahmen familiärer Beziehungen. Unterhalt ist so gesehen eine wichtige, aber eben nur eine der vielen Formen, in denen sich Mitglieder einer Familie Beistand und Unterstützung leisten. Staat und Rechtsordnung erzeugen diese Unterstützung nicht selbst, sondern anerkennen, unterstützen und fördern die zumeist freiwillig, d.h. unabhängig von einer eventuell bestehenden Rechtspflicht erbrachten Leistungen.²

Der Unterhaltsprozess ist – rechtstatsächlich gesehen – nicht die Regel, sondern die Ausnahme. Die gesetzlichen Ansprüche auf Unterhalt bilden nur einen, wenngleich wichtigen Ausschnitt aus dem Gefüge familiärer Beziehungen. Im Gesetz, in der Rechtspraxis und in der rechtspolitischen Diskussion stehen freilich die gesetzlichen Unterhaltsansprüche und ihre Legitimation deutlich im Vordergrund. Das beruht auf mehreren Umständen, von denen hier nur die wichtigsten genannt seien:³

- Zum einen sind Unterhaltsprozesse vielfach Begleiterscheinungen von Familienkonflikten und werden dementsprechend erbittert ausgefochten;
- zum zweiten stellen sie die Grundlage für den Regress eines Sozialleistungsträgers dar und werden dann als Einmischung einer Behörde in die Familie erlebt;
- und zum dritten bestimmt die Unterhaltspflicht die finanziellen Spielräume von Schuldner und Gläubiger bei ihrer Lebensgestaltung.

Eine erzwingbare Unterhaltspflicht greift damit u.U. sehr weitgehend in die persönliche Freiheit des Schuldners ein. Verfassungsrechtlich gesehen stellt die Auferlegung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 I GG dar, der einer verfassungsrechtlich tragfähigen Rechtfertigung bedarf.⁴ Der bloße Hinweis auf den Schutz von Ehe und Familie in Art. 6 I GG und die damit angedeuteten familiären Bindungen genügt dafür sicher nicht. Es geht vielmehr darum, ob und inwieweit dem Schuldner gerade

2 Im Zivilrecht rechnen hierher beispielsweise §§ 1360b, 1620, 1624, 814, 685, 534, 1606 III 2 BGB, vgl. auch § 13 I Nr. 12 ErbStG; vgl. VOLKER LIPP, *Finanzielle Solidarität zwischen Verwandten im Privat- und Sozialrecht*, NJW 2002, S. 2201 ff.

3 DIETER SCHWAB, *Familiäre Solidarität*, FamRZ 1997, S. 521 (521 f.).

4 BVerfGE 57, S. 361; BVerfGE 68, S. 256; HANS ULRICH MAURER, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 7, 4. Aufl. 2000, Vor § 1569 BGB Rn. 8; HELMUT BORTH, *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Ehe und Familie und deren Auswirkungen auf das Unterhaltsrecht in der Praxis*, in: SYBILLE HOFER/DIETHELM KLIPPEL/UTE WALTER (Hrsg.), *Festschrift für Dieter Schwab*, 2005, S. 329 ff.

diese bestimmte gesetzliche Unterhaltsverpflichtung im Interesse des Gläubigers auferlegt werden darf.⁵

Damit ist die Frage nach den Grundlagen des gesetzlichen Unterhaltsrechts aufgeworfen, nach der Konzeption des Gesetzgebers und den Leitgedanken, die dem gesetzlichen Unterhaltrecht zugrunde liegen.

III. Das gesetzliche Unterhaltsrecht des BGB

Das heutige System des deutschen Rechts versteht man freilich erst, wenn man sich – in der im vorliegenden Zusammenhang gebotenen Kürze – dessen historischer Genese vergewissert.

Das gesetzliche Unterhaltsrecht des BGB ruhte ursprünglich auf zwei Säulen, der Ehe und der Verwandtschaft. Nachehelicher Unterhalt wurde als Folge der Ehe ihr zugerechnet; der Unterhalt minderjähriger und in Ausbildung befindlicher Kinder wurde als Teil des Verwandtenunterhalts geregelt.⁶

In der Sicht der Motive zum BGB haben Ehe und Familienverband eine „sittliche“, d. h. außerrechtliche Grundlage, an die der Gesetzgeber bei seiner rechtlichen Regelung anknüpft. Die Ehegatten müssen das, was sie haben, miteinander teilen und für ihren Unterhalt verwenden, die Verwandten trifft die Pflicht, sich gegenseitig zu unterstützen.⁷ Für die rechtliche Ausgestaltung dieser Verhältnisse durch das Gesetz waren allerdings noch weitere Gesichtspunkte maßgeblich. So spiegelte sich im Ehegattenunterhalt die patriarchalische Struktur der Ehe wider: Primär traf die Unterhaltspflicht den Ehemann, der die ehelichen Lasten zu tragen hatte, die Ehefrau war nur subsidiär zum Unterhalt verpflichtet.⁸ Auch spielte die Überlegung eine erhebliche Rolle, inwieweit durch die Unterhaltspflicht eine Entlastung der öffentlichen Armenpflege zu erwarten sei. Das wird u. a. bei der Frage einer Unterhaltspflicht zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkindern deutlich: Die Motive lehnten ihre Aufnahme in das BGB ab, weil die Unterhaltspflicht der Verwandten ausreiche. Demgegenüber sahen sie eine Unterhaltspflicht zwischen Geschwistern vor, um die öffentlichen Kassen zu entlasten.⁹ Erst im Laufe der weiteren Beratungen ist

5 Für den nachehelichen Unterhalt ebenso JOACHIM GERNHUBER/DAGMAR COESTER-WALTJEN, Familienrecht, 5. Aufl. 2006, § 30 Rn. 4.

6 Vgl. Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. IV: Familienrecht, 1888, S. 613 ff., 677 f.; SCHWAB (Anm. 3), FamRZ 1997, S. 521 (522 f.).

7 Motive (Anm. 6), S. 122, 700; dazu jüngst DIETER SCHWAB, Familie und Staat, FamRZ 2007, S. 1 (2).

8 Motive (Anm. 6), S. 122, 126.

9 Motive (Anm. 6), S. 679.

dann die Unterhaltspflicht auf Aszendenten und Deszendenten beschränkt worden.¹⁰

Zwar haben die Reformen insbesondere im Eherecht durch das Gleichberechtigungsgesetz¹¹ und das 1. Eherechtsreformgesetz¹² auch den Familienunterhalt, den Trennungs- und den nachehelichen Unterhalt erheblich umgestaltet, doch sind ihre Grundlagen in Ehe und Verwandtschaft davon unberührt geblieben.¹³

Soweit weder Ehe noch Verwandtschaft vorlagen, konnten Unterhaltspflichten allerdings aus Sicht des historischen Gesetzgebers des BGB familienrechtlich nur schwer begründet werden. So ergab sich zwar der Unterhaltsanspruch des nichtehelichen Kindes gegen seine Mutter ohne weiteres aus der nach dem BGB zwischen ihnen bestehenden Verwandtschaft.¹⁴ Problematisch waren aber die Ansprüche des nichtehelichen Kindes und der Kindesmutter gegen den Kindesvater. Die Motive lehnten die so genannte Deliktstheorie ausdrücklich ab, wonach diese Ansprüche aus dem Delikt des außerehelichen Beischlafs resultierten. Den Unterhaltsanspruch des nichtehelichen Kindes gegen den Kindesvater stützten sie vielmehr auf dessen Vaterschaft, die eine natürliche und sittliche Pflicht des Vaters begründe, sein Kind zu unterhalten.¹⁵ Diese Vaterschaft war freilich eine auf den Kindesunterhalt beschränkte Zahlvaterschaft.¹⁶ Das Kind konnte die Verwandten des Vaters nicht in Anspruch nehmen, seine Abkömmlinge hatten keine Unterhaltsansprüche gegen den Vater. Auch der Vater seinerseits hatte keinen Unterhaltsanspruch gegen das Kind. Dafür fehle es an einer sittlichen Grundlage.¹⁷

Den Anspruch der nichtehelichen Mutter auf Ersatz der Entbindungskosten und weiterer Aufwendungen sowie auf Unterhalt für die ersten sechs Wochen (§ 1715 BGB a.F.) gestaltete der BGB-Gesetzgeber trotz seiner Ablehnung der deliktischen Begründung weiterhin als Entschädigungsanspruch aus – aus praktischen Gründen, wie die Motive ausführen, um der Mutter einen An-

10 HORST HEINRICH JAKOBS/WERNER SCHUBERT (Hrsg.), Die Beratung des BGB in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Familienrecht II, 1989, S. 246 ff.

11 Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts v. 21.6.1957, BGBl. I, S. 609.

12 Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG) v. 14.6.1977, BGBl. I, S. 1421.

13 Vgl. dazu DIETER SCHWAB, Familienrecht, 14. Aufl. 2006, Rn. 747.

14 Das war Ende des 19. Jahrhunderts bei weitem nicht selbstverständlich, vgl. Motive (Anm. 6), S. 853 f.

15 Motive (Anm. 6), S. 864 ff., 868, 874.

16 Motive (Anm. 6), S. 874.

17 Motive (Anm. 6), S. 875.

spruch auf eine Einmalzahlung zu geben, der ohne Weiteres auch für die Vergangenheit und auch gegen die Erben geltend gemacht werden könne.¹⁸

Ein nicht unerhebliches Motiv sowohl für den Gesetzgeber des BGB wie für seine Vorbilder in der Partikulargesetzgebung war zudem die Entlastung der öffentlichen Fürsorge, die Mutter und Kind sonst zu unterstützen gehabt hätten.¹⁹

Das Nichtehelichenrecht hat sich seit dem Erlass des BGB grundlegend gewandelt, nicht zuletzt wegen des Verfassungsgebots des Art. 6 V GG und der darauf beruhenden Rechtsprechung des BVerfG.²⁰ Diese Entwicklung fand im Jahre 1998 einen gewissen Abschluss, als das einheitliche Kindschaftsrecht eingeführt wurde.²¹

Seitdem ist die Ehe mit der Mutter nur eine von mehreren Formen, die Vaterschaft zu begründen. Hinzu treten – in dieser Reihenfolge – Anerkennung und gerichtliche Feststellung.²² Weder bei den Wirkungen der Vaterschaft noch im Unterhaltsrecht differenziert das Gesetz zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern, oder wie es das Gesetz formuliert: zwischen Kindern, deren Eltern verheiratet sind, und denen, deren Eltern nicht verheiratet sind.²³ An die Stelle der ursprünglichen Zahlvaterschaft ist die volle Verwandtschaft zwischen Vater und Kind getreten. Der Unterhaltsanspruch des nichtehelichen Kindes gegen den Vater hat seinen exzeptionellen Charakter verloren und beruht auf derselben Grundlage wie der des ehelichen Kindes.

Gleichfalls gewandelt hat sich der Anspruch der nichtehelichen Mutter gegen den Vater des Kindes. Aus dem ursprünglichen Entschädigungsanspruch (§ 1715 BGB a.F.) auf Ersatz der Entbindungskosten und des Unterhalts für die ersten sechs Wochen nach der Entbindung ist – in mehreren Etappen – ein veritabler Unterhaltsanspruch (jetzt § 1615l BGB) geworden. Er ist dreistufig ausgestaltet und endete bis vor kurzem grundsätzlich drei Jahre nach der Geburt, außer wenn dieses „grob unbillig“ wäre. Das BGB kennt damit heute neben Ehe und Verwandtschaft eine dritte Grundlage für gesetzliche Unterhaltspflichten: die gemeinsame Elternschaft.²⁴ Nach dem ursprünglichen Ent-

18 Motive (Anm. 6), S. 907.

19 Motive (Anm. 6), S. 870 f., 907.

20 Überblick bei PETER BADURA, in: MAUNZ/DÜRIG (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 6 Rn. 173 ff. (Stand: Februar 2005); GERNHUBER/COESTER-WÄLTJEN (Anm. 5), § 5 Rn. 56 ff., § 48 Rn. 13 f.

21 Kindschaftsrechtsreformgesetz v. 16. 12. 1997, BGBl. I, S. 2942; Beistandschaftsgesetz v. 4. 12. 1997, BGBl. I, S. 2846; Kindesunterhaltsgesetz v. 6. 4. 1998, BGBl. I, S. 666; Erbrechtsgleichstellungsgesetz v. 16. 12. 1997, BGBl. I, S. 2968.

22 §§ 1592, 1594 II, 1600d I BGB.

23 Einzige Ausnahme ist die Möglichkeit in § 1615o BGB, für den Unterhalt der ersten drei Monate eine einstweilige Verfügung gegen den nichtehelichen Vater zu erwirken.

24 SCHWAB (Anm. 13), Rn. 723.

wurf zur jüngsten Unterhaltsrechtsreform²⁵ sollte die hierauf beruhende Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber der das Kind betreuenden Mutter noch etwas erweitert werden. Eine völlige Gleichstellung des Betreuungsunterhalts der nicht verheirateten Mutter (§ 1615I BGB) mit dem Betreuungsunterhalt der geschiedenen Mutter (§ 1570 BGB) war jedoch nicht vorgesehen. Nachdem das BVerfG inzwischen die unterschiedliche Dauer der Unterhaltsansprüche für die Betreuung ehelicher und nichtehelicher Kinder für unvereinbar mit Art. 6 V GG erklärte,²⁶ hat der Gesetzgeber mit der Unterhaltsrechtsreform 2007²⁷ den Betreuungsunterhalt insgesamt neu geregelt. Hierauf ist daher noch zurückzukommen.²⁸

Die gesetzlichen Unterhaltspflichten sind als privatrechtliche Ansprüche ausgestaltet. Damit werden drei verschiedene Funktionen erfüllt:²⁹

- Die Rechtsbeständigkeit einer freiwilligen Zuwendung wird gesichert;
- der Unterhaltsanspruch ist gerichtlich durchsetzbar;
- der sozialrechtliche Rückgriff wird durch den gesetzlichen Übergang des Unterhaltsanspruchs auf den Sozialleistungsträger ermöglicht. Der Unterhaltsanspruch ist dann zwar der Form nach noch privatrechtlich, dient aber dazu, die Subsidiarität der Sozialleistung zu sichern und fiskalische Belange zu wahren, also öffentlichen Zwecken.

Das eben skizzierte System des gesetzlichen Unterhaltsrechts wird z. T. grundsätzlich, z. T. in einzelnen Elementen infrage gestellt, weil es einerseits in einer europäischen Perspektive fragwürdig sei und sich andererseits die gesellschaftlichen Verhältnisse und Anschauungen seit dem Erlass des BGB grundlegend geändert hätten.³⁰ Dazu nachfolgend einige Bemerkungen:

IV. Das Unterhaltsrecht des BGB in rechtsvergleichender Perspektive

Der rechtsvergleichende Befund ist für Europa sehr vielgestaltig. Dies mögen die folgenden Hinweise illustrieren:

25 BT-Drucks. 16/1830 v. 15.6.2006.

26 BVerfG FamRZ 2007, S. 965 m. Anm. WINFRIED BORN.

27 Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21.12.2007, BGBl. I, S. 3189.

28 Unten IX.

29 LIPP (Anm. 2), NJW 2002, S. 2203; SCHWAB (Anm. 3), S. 521 f.

30 Vgl. statt vieler INGEBORG SCHWENZER, Empfiehlt es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln?, Gutachten A für den 59. Deutschen Juristentag, 1992, A 41 ff.; umfassender Überblick bei DIETER MARTINY, Empfiehlt es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten in den Bereichen des Unterhaltsrechts, des Pflichtteilsrechts, des Sozialhilferechts und des Sozialversicherungsrechts neu zu gestalten?, Gutachten A für den 64. Deutschen Juristentag, 2002, A 15 ff., 23 ff.

Beim Verwandtenunterhalt³¹ gibt es eine Gruppe von Staaten, die – dem deutschen Recht vergleichbar – weitreichende gesetzliche Unterhaltspflichten vorsehen. Auf der anderen Seite des Spektrums befinden sich z. B. England oder die skandinavischen Staaten. Sie billigen privatrechtliche Unterhaltsansprüche nur minderjährigen oder in der Ausbildung befindlichen Kindern gegenüber ihren Eltern zu und kennen weder Elternunterhalt noch gar einen weitergehenden Verwandtenunterhalt. Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, dass z. B. in England der Rückgriff eines Sozialleistungsträgers gegen vermögende Familienangehörige grundsätzlich unabhängig von einem privatrechtlichen Unterhaltsanspruch ist und daher eine eigene sozialrechtlich sanktionierte Unterstützungspflicht besteht, die wesentlich von fiskalischen Gesichtspunkten bestimmt wird.

Erhebliche Unterschiede sind auch bei den Unterhaltsansprüchen zwischen Ehegatten zu verzeichnen.³² Einige Rechtsordnungen (wie z. B. Frankreich und England) sehen nach der Scheidung keine Unterhaltsansprüche, sondern eine – einmalige – Ausgleichszahlung vor, die sowohl den Unterhalt sicherstellen als auch das Vermögen verteilen soll, aus deutscher Sicht also die Funktionen des Unterhalts, des güterrechtlichen Ausgleichs und des Versorgungsausgleichs erfüllt. Die Mehrheit der europäischen Staaten kennt dagegen nacheheliche Unterhaltsansprüche, die freilich ihrerseits wiederum sehr unterschiedlich ausgestaltet sind, z. B. in der Höhe, der zeitlichen Dauer oder bei der Frage, ob Eheverfehlungen und Verschulden eine Rolle spielen. Diesen Fragen können freilich auch die Rechtsordnungen nicht entgehen, die das Prinzip des „clean break“ in Form einer Ausgleichszahlung umgesetzt haben. Soll diese auch den zukünftigen Unterhalt sichern, wird z. B. fraglich, ob sie in der Höhe durch das gegenwärtig vorhandene Vermögen beschränkt sein kann und ob sie, einmal ausgeurteilt, in der festgelegten Höhe unabhängig von der künftigen Entwicklung bestehen bleiben soll. Der französische Gesetzgeber hat deshalb bereits zweimal eingegriffen, um dem Ziel einer einmaligen Kapitalabfindung Geltung zu verschaffen – soweit man das beurteilen kann, mit beschränktem Erfolg.³³

31 Vgl. die Beiträge in: DIETER HENRICH/DIETER SCHWAB (Hrsg.), *Familiäre Solidarität*, 1997; ROBERT BATTES, *Zu den Unterhaltsansprüchen volljähriger Kinder: Entwicklungen im Ausland als Indiz für Reformbedürfnisse?*, *FuR* 1993, S. 253 ff.; zusammenfassend MARTINY (Anm. 30), A 37 ff.

32 Vgl. die Beiträge in: KATHARINA BOELE-WOELKI/BENTE BRAAT/IAN SUMNER (Hrsg.), *European Family Law in Action. Vol. II: Maintenance Between Former Spouses*, 2003; und in: SYBILLE HOFER/DIETER SCHWAB/DIETER HENRICH (Hrsg.), *Scheidung und nachehelicher Unterhalt im europäischen Vergleich*, 2003.

33 Dazu THOMAS GERGEN, *Das französische Scheidungsfolgenrecht als Gegenmodell zum deutschen Recht?*, in: VOLKER LIPP/EVA SCHUMANN/BARBARA VEIT (Hrsg.), *Reform des Unterhaltsrechts*, 2007, S. 29 ff.

Noch vielfältiger ist der Befund für Unterhaltsansprüche außerhalb von Ehe und Verwandtschaft.³⁴ So begründet im deutschen Recht die gemeinsame Elternschaft einen Unterhaltsanspruch des betreuenden Elternteils gegen den anderen; die nichteheliche Lebensgemeinschaft führt dagegen zu keinen Unterhaltspflichten. Einige Rechtsordnungen betrachten die Betreuung als Teil des Unterhalts des nichtehelichen Kindes, einige wenige gewähren Unterhaltsansprüche nach dem Ende einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft.

Insgesamt lässt sich daher weder eine einheitliche Tendenz feststellen, noch zeichnet sich gar ein europäisches Unterhaltsrecht ab. Vielmehr wirft der Vergleich mit anderen Konzeptionen die Frage nach den Grundlagen und der Legitimation gerade der deutschen Regelungen auf.

V. Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse

Die rechtspolitische Kritik am geltenden Unterhaltsrecht wird meist damit begründet, dass sich die gesellschaftlichen Verhältnisse seit der Schaffung des BGB erheblich verändert haben und mit ihnen auch soziale Funktion und Bedeutung von Ehe, Familie und Verwandtschaft.³⁵ So sind beispielsweise die durchschnittliche Lebenserwartung, die Zahl der Scheidungen sowie der außerhalb einer Ehe geborenen Kinder erheblich gestiegen, während die Zahl der Geburten zurückgegangen ist. Auch sind die sozialen Sicherungssysteme wie die sozialstaatlichen Leistungen deutlich ausgebaut worden.

Andererseits hat die Familienforschung gezeigt, dass Hilfe und Unterstützung durch Familienangehörige entgegen früheren Annahmen keineswegs gesunken sind, sondern gerade heute auch große Bedeutung haben.³⁶ Zudem stößt die Leistungsfähigkeit des Sozialstaats an ihre Grenzen. Die Veränderungen in den sozialen Verhältnissen werfen daher zwar die Frage auf, inwiefern das geltende Recht ihnen heute noch gerecht wird. Aus den Änderungen der sozialen Verhältnisse lassen sich aber kaum unmittelbare Schlussfolgerungen für oder gegen die Regelungen des geltenden Unterhaltsrechts ziehen.³⁷ Zur Vorsicht mahnen sollte auch der Umstand, dass beispielsweise die Regelungen des Verwandtenunterhalts seit Erlass des BGB praktisch unverändert geblieben sind,

34 NINA DETHLOFF, Familienrecht im Wandel, in: HOFER/KLIPEL/WALTER (Anm. 4), S. 353 f.; MARTINY (Anm. 30), A 56 ff.

35 Vgl. z. B. MAXIMILIAN FUCHS, Empfiehlt es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten im Unterhalts-, Pflichtteils-, Sozialhilfe und Sozialversicherungsrecht neu zu gestalten?, JZ 2002, S. 785 (787 f.) sowie die Nachweise in Anm. 30.

36 GERHARD RICHTER, Rechtspolitische Erwägungen zur Reform des Unterhaltsrechts nach §§ 1601 ff. BGB, FamRZ 1996, S. 1245 ff.; SCHWAB (Anm. 3), FamRZ 1997, S. 522.

37 Vgl. MARTINY (Anm. 30), A 43 ff., 65 ff., 71.

obwohl sich die sozialen Verhältnisse seit Beginn des 20. Jahrhunderts dramatisch geändert haben.³⁸

Die Eingangsfrage lässt sich daher nur beantworten, wenn man das deutsche Unterhaltsrecht etwas genauer in Augenschein nimmt.

VI. Kindesunterhalt

Der Gesetzgeber des BGB sah die Unterhaltungspflicht der Eltern gegenüber ihrem Kind in ihrer Verwandtschaft begründet. Er lehnte die Vorstellung ausdrücklich ab, dass es eine besondere Unterhaltungspflicht des Hausvaters gegenüber dem Kind gebe, die aus der väterlichen Gewalt oder dem väterlichen Nießbrauch am Kindesvermögen entspringe. Gleichwohl wird die Einstellung des Kindesunterhalts in den Verwandtenunterhalt vor allem damit begründet, dass dies „wesentlich zur Vereinfachung des Gesetzbuches“ beitrage. Denn auch die Motive sehen deutliche sachliche Unterschiede zwischen dem Kindesunterhalt und dem übrigen Verwandtenunterhalt. Es sei Aufgabe der Eltern, ihre Kinder durch ihre eigenen Kräfte und Mittel zur Selbständigkeit zu bringen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Kinder unter ihrer elterlichen Gewalt stehen oder nicht.³⁹

Daraus ergeben sich ganz erhebliche Abweichungen gegenüber den allgemeinen Regeln des Verwandtenunterhalts:

- Erstens muss ein Kind nur seine Einkünfte zum eigenen Unterhalt einsetzen, nicht aber sein Vermögen aufbrauchen, weil damit die Grundlage für seine spätere Selbständigkeit verloren ginge (§ 1602 II BGB);⁴⁰
- zweitens sind die Eltern verpflichtet, die vorhandenen Mittel gleichmäßig zu ihrem und der Kinder Unterhalt zu verwenden, d.h. sie können die Kinder nicht auf das verweisen, was übrig bleibt, nachdem die Eltern ihren angemessen Unterhalt gedeckt haben (§ 1603 II BGB);⁴¹
- drittens lässt das Gesetz die gesteigerte Unterhaltungspflicht zwar mit der Volljährigkeit enden, weil das Kind damit rechtlich selbständig wird, doch sind sich die Motive andererseits darüber im Klaren, dass die elterliche Aufgabe an sich erst mit der wirtschaftlichen Selbständigkeit des Kindes endet. Es gelte jedoch die damit in der Vergangenheit verbundenen Streitigkeiten um die *separata oeconomia* zu vermeiden.⁴²

38 Vgl. auch BVerfG NJW 2005, S. 1927 (1930).

39 Motive (Anm. 6), S. 681.

40 Motive (Anm. 6), S. 681.

41 Motive (Anm. 6), S. 686.

42 Motive (Anm. 6), S. 682.

Es liegt ganz auf dieser Linie, wenn das BVerfG den Kindesunterhalt heute als Teil der umfassenden Elternverantwortung (Art. 6 II 1 GG) begreift.⁴³ Er ist zwar regelungstechnisch Teil des Verwandtenunterhalts, beruht aber auf der Elternverantwortung.⁴⁴

Das wirft die Frage auf, wie weit die Elternverantwortung für den Lebensunterhalt des Kindes heute reicht. Grundsätzlich muss das volljährige Kind für seinen Lebensbedarf selbst aufkommen.⁴⁵ Der mündige Bürger ist für sich selbst verantwortlich. Allerdings hat sich nichts daran geändert, dass mit der – inzwischen auf 18 Jahre herabgesetzten – Volljährigkeit in vielen Fällen nicht die wirtschaftliche Selbständigkeit des Kindes verbunden ist. Deshalb lassen sich auch heute die gesetzlichen Regelungen der gesteigerten Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber Schülern bis 21 Jahren (§ 1603 II 2 BGB) und die Pflicht zum Ausbildungsunterhalt (§ 1610 II BGB) als nachwirkende Elternverantwortung gegenüber dem Kind begreifen.⁴⁶

Insbesondere der Ausbildungsunterhalt und seine Ausgestaltung durch die Rechtsprechung begegnen heftiger Kritik.⁴⁷ Das verwundert nicht, setzt sich doch hier der Sache nach die besondere Unterhaltspflicht der Eltern weit über die Grenze der Volljährigkeit hinaus fort, ohne dass dies im Gesetz seinen Ausdruck findet. Die Ausbildungskosten erwähnt nur § 1610 II BGB als Teil des Bedarfs; die besondere sachliche Behandlung des Ausbildungsunterhalts hat die Rechtsprechung erst daraus entwickelt.⁴⁸ Bedürftigkeit und Erwerbsobliegenheit sowie Unterhaltsbemessung (nach der Stellung der Eltern) folgen dem Minderjährigenunterhalt, die übrigen Fragen (Leistungsfähigkeit der Eltern, Rang, usw.) dem Volljährigenunterhalt. So müssen die Eltern zwar nur die Erstausbildung, nicht die Zweitausbildung finanzieren.

43 BVerfGE 68, S. 256 (267); 80, S. 81 (90 f.); 99, S. 216 (231); 103, S. 89 (107); 108, S. 52 (72); BVerfG NJW 2005, S. 1927 (1930); BADURA, in: MAUNZ/DÜRIG (Anm. 20), Art. 6 Rn. 123; DIETER SCHWAB, Unterhaltsrecht im Spannungsfeld von Art. 2 und 6 GG, in: DEUTSCHER FAMILIENGERICHTSTAG (Hrsg.), 9. Deutscher Familiengerichtstag, 1991, S. 47 (50 ff.).

44 SCHWAB (Anm. 3), FamRZ 1997, S. 526; LIPP (Anm. 2), NJW 2002, S. 2203.

45 BGHZ 93, S. 123 (127); WINFRIED BORN, in: Münchener Kommentar zum BGB Bd. 8, 4. Aufl. 2002, § 1602 BGB Rn. 12 ff., § 1610 BGB Rn. 26 ff.

46 So dezidiert SCHWAB (Anm. 3), FamRZ 1997, S. 526 f.; vgl. auch BATTES (Anm. 31), FuR 1993, S. 255, 257.

47 Vgl. SCHWENZER (Anm. 30), A 45; UWE DIEDERICHSEN, Empfiehlt es sich, das Unterhaltsrecht neu zu regeln?, in: 59. Deutscher Juristentag, 1992, Bd. 2, M 72, 90; zum Ganzen auch MARTINY (Anm. 30), A 43 f.; UWE DIEDERICHSEN, Unterhaltspflichten gegenüber Eltern und selbstständigen Kindern, in: DIETER SCHWAB/MEO-MICHAELA HAHNE (Hrsg.), Familienrecht im Brennpunkt, 2004, S. 115 (136).

48 GERNHUBER/COESTER-WALTJEN (Anm. 5), § 46 Rn. 14 ff.; HELMUT ENGLER/DAGMAR KAISER, in: J. von Staudingers Kommentar zum BGB, § 1610 BGB Rn. 10 ff., 13 ff. (Stand: 2000); MünchKomm/BORN (Anm. 45), § 1610 BGB Rn. 210 ff.

Doch damit sind Ausbildungswechsel und eine konsekutive Ausbildung Schule-Lehre-Studium nicht ausgeschlossen.⁴⁹ Ob das Masterstudium noch dazu gehört, wenn der Bachelor doch berufsqualifizierend sein soll, wird die Gerichte sicher noch beschäftigen. Auch haben die Eltern nach Ende ihres Sorgerechts kaum rechtliche Möglichkeiten, die Wahl des Kindes und sein Ausbildungsverhalten zu beeinflussen, sondern sind auf die unterhaltsrechtlich begründete Verpflichtung des Kindes angewiesen, die Ausbildung zügig zu betreiben.⁵⁰

Vielfach ist deshalb für den Ausbildungsunterhalt eine Altersgrenze – z.B. von 27 Jahren – vorgeschlagen worden. Das wäre eine unbestreitbar einfach zu handhabende Regelung. Selbst ihre Protagonisten erkennen jedoch die Notwendigkeit einer Härteklausele oder von Ausnahmen an.⁵¹ Das verweist auf das entscheidende Problem einer solchen Regelung: Privatrechtlicher Unterhalt bemisst sich nach den individuellen Verhältnissen und nicht nach einer schematischen Regel.

Etwas anderes gilt jedoch für den Mindestbedarf zur Sicherung des Existenzminimums, denn das Existenzminimum kann man gerade unabhängig von individuellen Besonderheiten bestimmen. Eine entsprechende Regelung für barunterhaltsberechtigte Kinder ist in Gestalt des neuen § 1612a BGB eingeführt worden.⁵²

VII. Verwandtenunterhalt

Grundlage des Verwandtenunterhalts ist die durch die Abstammung begründete Verwandtschaft. Diese Unterhaltspflichten beruhen daher weder unmittelbar auf bloß biologischen noch auf bloßen sozialen Beziehungen. Sie knüpfen vielmehr an die familienrechtlichen Beziehungen des Verpflichteten an und aktualisieren die durch die Abstammung rechtlich geordnete Solidarität zwischen den Generationen.⁵³ Dementsprechend kann man sich weder den daraus

49 Dazu jüngst BGH NJW 2006, S. 2984; vgl. im Übrigen GERNHUBER/COESTER-WALTJEN (Anm. 5), § 46 Rn. 18 f.; MünchKomm/BORN (Anm. 45), § 1610 BGB Rn. 248, 251 ff.; Staudinger/ENGLER/KAISER (Anm. 48), § 1610 BGB Rn. 102 ff.

50 GERNHUBER/COESTER-WALTJEN (Anm. 5), § 46 Rn. 17; MünchKomm/BORN (Anm. 45), § 1610 BGB Rn. 230, 233.

51 MARTINY (Anm. 30), A 44; SCHWENZER (Anm. 30), A 45 f.; SIEGFRIED WILLUTZKI, Empfiehlt es sich, das Unterhaltsrecht neu zu regeln?, in: 59. Deutscher Juristentag, 1992, Bd. 2, M 58; GERD BRUDERMÜLLER, Solidarität und Subsidiarität im Verwandtenunterhalt – Überlegungen aus rechtsethischer Sicht, FamRZ 1996, S. 129 (134).

52 Vgl. dazu BT-Drucks 16/1830, S. 27 f.; in diese Richtung tendierend bereits MARTINY (Anm. 30), A 26 ff.

53 LIPP (Anm. 2), NJW 2002, S. 2206; BVerfG NJW 2005, S. 1561 (1564).

entstehenden Unterhaltspflichten entziehen noch auf seine künftigen Unterhaltsansprüche verzichten (§ 1614 I BGB).

1. Elternunterhalt

Unterhaltsansprüche von Eltern gegen ihre Kinder (Elternunterhalt) gewinnen in der Praxis vor allem beim Regress des Sozialleistungsträgers Bedeutung, z. B. wenn dieser die Kosten für die Unterbringung in einem Alten- oder Pflegeheim übernommen hat. Die erwachsenen Kinder geraten so „zwischen“ die Unterhaltsansprüche ihrer eigenen Kinder einerseits und ihrer Eltern andererseits, deren Renten sie ebenfalls finanzieren („Sandwichgeneration“).⁵⁴ Nicht selten gerät dann auch der Ehegatte, d. h. aus Sicht der Eltern das Schwiegerkind, in die Gefahr, indirekt in Mithaftung genommen zu werden („verdeckte Schwiegerkindhaftung“).⁵⁵

Auf den ersten Blick scheint die Sache klar. Die Unterhaltspflicht besteht nur, wenn das Kind unter Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen und ohne Gefährdung seines eigenen angemessenen Unterhalts dazu im Stande ist. Im Konfliktfall gehen den Eltern des Verpflichteten dessen Kinder, der Ehegatte und der frühere Ehegatte sowie dessen Enkel im Rang vor (§§ 1609 I und II, 1615 I III 3 BGB). Der Elternunterhalt ist demnach vom Gesetz her recht schwach ausgestaltet.⁵⁶

Gleichwohl hat die Rechtsprechung erhebliche Mühe gehabt, diesen Grundsätzen in der Rechtspraxis Geltung zu verschaffen, wohl nicht zuletzt deshalb, weil die maßgeblichen Tabellen primär den Kindes- und Ehegattenunterhalt im Blick hatten. So ist zwar allgemein anerkannt, dass der angemessene Unterhalt des Kindes dessen gesamten individuellen Lebensbedarf einschließlich seiner Altersversorgung umfasst. Erst wenn dies gesichert ist, muss es sein Vermögen für den Elternunterhalt einsetzen. Doch noch im Jahre 2006 hatte der BGH zu entscheiden, dass das auch für den Fall gilt, in dem das Kind ein Vermögen bestehend aus Lebensversicherungen, Wertpapieren und Wert-

54 DIEDERICHSEN, in: Familienrecht im Brennpunkt (Anm. 47), S. 131 ff.; DIETER SCHWAB, Familiäre Solidarität – Die Begründung und die Grenzen der Unterhaltspflicht unter Verwandten im europäischen Vergleich, in: SCHWAB/HENRICH (Anm. 31), S. 39 (54 f.); GERD BRUDERMÜLLER, Elternunterhalt und Generationensolidarität, in: PETER GOTTWALD/ERIK JAYME/DIETER SCHWAB (Hrsg.), Festschrift für Dieter Henrich, 2000, S. 31 (35 ff.).

55 FRANK KLINKHAMMER, Elternunterhalt und Familienunterhalt in der Rechtsprechung des BGH, FPR 2004, S. 555 ff. (insbes. 557 ff.); WINFRIED BORN, „Zeitbombe“ Schwiegermutter? – Die neue Rechtsprechung zum Elternunterhalt, MDR 2005, S. 194 ff.

56 BGH NJW 2003, S. 128 (130); BVerfG NJW 2005, S. 1927 (1930 f.).

gegenständen zur Altersvorsorge aufgebaut hat.⁵⁷ Mit anderen Worten: Für den Elternunterhalt steht (nur) das zur Verfügung, was zur freien Verwendung bestimmt ist.⁵⁸

Probleme wirft auch das Verhältnis von Elternunterhalt und Familienunterhalt auf. Denn das verheiratete Kind erhält über den Familienunterhalt möglicherweise zusätzliches Einkommen, das seine Leistungsfähigkeit erhöht. Der BGH hat dies für den Fall angenommen, dass das verheiratete Kind gegen seinen besser verdienenden Ehegatten einen Anspruch auf Familienunterhalt hat und ihm damit insgesamt mehr zur Verfügung steht als für seinen angemessenen Unterhalt erforderlich ist.⁵⁹ So einleuchtend der Ausgangspunkt, so problematisch sind die Konsequenzen: Auch wenn der Satz des BGH zutrifft, dass der andere Ehegatte die Schmälerung durch den Elternunterhalt nicht kompensieren muss, steht letztlich der Familie insgesamt weniger zur Verfügung.⁶⁰

Der Gesetzgeber hat darauf reagiert und den Rückgriff des Sozialleistungsträgers beschränkt (Grundsicherungsgesetz, in Kraft getreten zum 1.1. 2003, jetzt § 94 I 3 2. Hs. SGB XII). Soweit die Eltern Grundsicherung im Alter oder bei Erwerbsminderung erhalten, ist der Rückgriff ausgeschlossen. Damit soll vermieden werden, dass alte Menschen aus Furcht vor dem Rückgriff bei ihren Kindern in Armut verharren und keine Leistungen in Anspruch nehmen.⁶¹

2. Unterhalt zwischen entfernten Verwandten

Bei weiter entfernten Verwandten ab dem 2. Grad ist der Rückgriff des Sozialleistungsträgers bereits seit längerem ausgeschlossen (früher § 91 I 3 BSHG, jetzt § 94 I 3 1. Hs. SGB XII). Unterhaltsansprüche zwischen Großeltern und Enkeln werden allerdings gleichwohl immer wieder rechtspolitisch infrage gestellt. Sie seien rechtsvergleichend gesehen unüblich und angesichts des Ausbaus der sozialen Sicherheit entbehrlich; auch sollten die Großeltern im Alter nicht damit belastet werden.⁶²

57 BGH NJW 2006, S. 3344; NIKOLA KORITZ, Das Schonvermögen beim Elternunterhalt, NJW 2007, S. 270 ff. Der BGH legt als Maßstab für die Angemessenheit des Vorsorgeunterhalts 5% des Bruttoeinkommens zugrunde, das bis zum Rentenbezug kapitalisiert wird.

58 BRUDERMÜLLER (Anm. 54), S. 48 f.; DIEDERICHSEN, in: Familienrecht im Brennpunkt (Anm. 47), S. 135; DIETER SCHWAB, in: HENRICH/SCHWAB (Anm. 31), S. 39 (54); LIPP (Anm. 2), NJW 2002, S. 2204; vgl. schon BGH NJW 1992, S. 1393.

59 BGH NJW 2004, S. 674; KLINKHAMMER (Anm. 55), FPR 2004, S. 557 f.

60 Deutlich ausgesprochen von KLINKHAMMER (Anm. 55), FPR 2004, S. 558.

61 BT-Drucks. 14/5150, S. 48.

62 MARTINY (Anm. 30), A 55 f.; SCHWENZER (Anm. 30), A 108; WILLUTZKI (Anm. 51), M 36; Beschluss des 59. Deutschen Juristentages, 1992, Bd. 2, M 259.

Bedenkt man, dass Klagen in diesem Verhältnis äußerst selten sind, liegt die zentrale Bedeutung dieser Unterhaltspflichten in ihrer Funktion als Rechtsgrund für die freiwilligen Zuwendungen insbesondere der Großeltern an ihre Enkel.⁶³ Soweit sie damit ihre Unterhaltspflicht erfüllen, stellt die Zuwendung keine Schenkung dar, was im Verhältnis zu Dritten entscheidend sein kann, z. B. beim Schutz des Vertragserben (§ 2287 I BGB) oder des Pflichtteilsberechtigten (§§ 2325, 2327 ff. BGB).⁶⁴ In diesen Fällen hat die gesetzliche Unterhaltspflicht nicht bloß eine symbolische, sondern eine erhebliche praktische Bedeutung.⁶⁵ Die Vorstellung, die den Gesetzgeber beim Ausschluss bzw. bei der Beschränkung des sozialrechtlichen Rückgriffs geleitet hat, spricht hier gerade für die Beibehaltung der gesetzlichen Unterhaltsansprüche. In der Zuwendung drückt sich gelebte familiäre Solidarität aus, die anerkannt und nicht durch Rückgriffsansprüche Dritter infrage gestellt werden sollte. Auch hier stellt sich natürlich – wie beim Elternunterhalt – das Problem, dem Verpflichteten den angemessenen eigenen Unterhalt zu belassen.⁶⁶

VIII. Ehegattenunterhalt

Der Ehegattenunterhalt, sowohl in der bestehenden Ehe, wie nach der Scheidung, hat seit Inkrafttreten des BGB erhebliche Wandlungen erfahren. Sehr vereinfachend und zugespitzt kann man sagen: Gleich blieb nur der Ausgangspunkt, die Ehe als Grundlage der Unterhaltspflicht.

Die Motive zum BGB sahen die Ehegatten aufgrund der Ehe dazu verpflichtet, das, was sie haben, miteinander zu teilen und für ihren Unterhalt zu verwenden.⁶⁷ Diese Pflicht musste freilich mit der Scheidung entfallen. Schon damals gab es Stimmen, die einen – allerdings damals nicht so genannten – clean break forderten: Die wechselseitigen Beziehungen der Ehegatten müssten mit der Scheidung definitiv und nach allen Seiten hin gelöst werden. Dem

63 LIPP (Anm. 2), NJW 2002, S. 2204.

64 Vgl. BGHZ 116, S. 167 (170 ff.); BGH ZEV 1996, S. 25 f.; OLG Frankfurt, OLG Frankfurt 1999, S. 165 (Zuwendungen an Ehegatten); dazu VOLKER LIPP, Zuwendungen an den Partner zwischen Familien- und Erbrecht, in: HOFER/KLIPPEL/WALTER (Anm. 4), S. 529 ff.; vgl. auch REINHARD HEPTING, „Unbenannte“ Zuwendungen – ein Irrweg, in: GOTTWALD/JAYME/SCHWAB (Anm. 54), S. 267 ff., und HERMANN SELER, Unbenannte Zuwendungen unter Ehegatten – ein skeptischer Zwischenbericht, in: GOTTWALD/JAYME/SCHWAB (Anm. 54), S. 551 ff.

65 Vgl. MARTINY (Anm. 30), A 25, der diesen Gedanken jedoch nicht weiter verfolgt.

66 SCHWAB (Anm. 54), S. 55.

67 Motive (Anm. 6), S. 122.

folgte der Gesetzgeber des BGB jedoch damals ebenso wenig wie später.⁶⁸ Da er aber die Gedanken einer zivilrechtlichen Scheidungsstrafe oder einer Entschädigung des unschuldigen Ehegatten wegen der ihm durch die Scheidung entgangenen Vorteile ebenfalls ablehnte,⁶⁹ wurde es schwierig, den Unterhaltsanspruch des unschuldigen Ehegatten zu begründen. Die Motive führen daher eine Reihe von Gesichtspunkten ins Feld: die Anerkennung eines solchen Anspruchs in weiten Teilen Deutschlands, die Nachwirkung der Ehe und die Unbilligkeit, wenn der unschuldige Ehegatte wegen der drohenden Armut in der Ehe bleiben müsse sowie die Vermeidung der öffentlichen Armenlast.⁷⁰

Der Anspruch des unschuldigen Ehegatten wurde als echter Unterhaltsanspruch verstanden,⁷¹ setzte also Bedürftigkeit voraus, und zwar unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt sie eintrat, so dass dem Grunde nach eine prinzipiell lebenslange Unterhaltspflicht bestand. Dem Umfang nach war der standesgemäße (seit dem EheG 1938: angemessene) Unterhalt zu leisten. Maßgeblich war der Zeitpunkt der Scheidung.⁷² Dem unschuldigen Ehegatten wurde also der Ehestandard garantiert. Allerdings konnten die Ehegatten den Unterhalt vertraglich regeln bis hin zur Kapitalabfindung oder zum Verzicht der Frau, weil er als eine Erscheinung des positiven Rechts ohne sittliche bzw. familienrechtliche Grundlage sei.⁷³ Mit anderen Worten: Da die Ehe als familienrechtliche Grundlage entfallen war und im Unterhaltsanspruch nur noch nachwirkte, war dieser disponibel.

Das EheG 1938 erweiterte die Unterhaltspflicht auf den Fall des überwiegenden Verschuldens (§ 66 EheG) und führte bei beiderseitigem Verschulden einen Unterhaltsanspruch neu ein, der nach Billigkeitsgrundsätzen zu bemessen war (§ 69 EheG), also nicht auf den Ehestandard ausgerichtet war. Eine grundsätzliche Änderung des nahehelichen Unterhalts war damit jedoch nicht verbunden. Seine Grundlage blieb freilich ebenso ungewiss wie zuvor. Hierfür sei nur auf das große Lehrbuch von *Dölle* aus dem Jahre 1964 verwiesen, der den nahehelichen Unterhalt – wie schon die Motive – auf die Nachwirkung der Ehe, die Gerechtigkeit und die Billigkeit zurückführte.⁷⁴

Die Anknüpfung des Unterhalts an die Scheidungsschuld empfand man zunehmend als problematisch, weil darin das Vergeltungsprinzip zum Ausdruck

68 Motive (Anm. 6), S. 617; vgl. demgegenüber INGEBORG SCHWENZER, Die Scheidung – clean break auch für die naheheliche Versorgung?, in: GESELLSCHAFT FÜR RECHTSPOLITIK (Hrsg.), Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2001, S. 39 ff.

69 Motive (Anm. 6), S. 613 ff.

70 Motive (Anm. 6), S. 617.

71 Motive (Anm. 6), S. 617 ff.

72 LUDWIG ENNECERUS/MARTIN WOLFF, Familienrecht, 7. Aufl. 1931, § 36 IV.2. (S. 138).

73 Motive (Anm. 6), S. 618 f.

74 HANS DÖLLE, Familienrecht, Bd. I, 1964, § 41 III (S. 597).

komme⁷⁵ und die Schuldfrage gerichtlich weder aufgeklärt werden könne noch solle.⁷⁶ Mit der Reform des Eherechts durch das 1. EheRG 1977 wurde deshalb das Verschuldensprinzip nicht nur für die Scheidung, sondern auch im Unterhaltsrecht fallen gelassen. Ausgangspunkt war jedoch weiterhin, dass die Ehegatten nach der Scheidung wirtschaftlich für sich selbst verantwortlich sind und der nacheheliche Unterhalt einer besonderen Begründung bedarf.⁷⁷ Dieser Gedanke ist so alt wie das BGB;⁷⁸ er liegt § 1569 BGB zugrunde⁷⁹ und ist mit der Unterhaltsreform 2007⁸⁰ nunmehr ausdrücklich als § 1569 S. 1 BGB in das Gesetz aufgenommen worden. Die entscheidende Frage nach den Grundlagen des nachehelichen Unterhalts ist damit allerdings noch nicht beantwortet.

Der Gesetzgeber des 1. EheRG sah im nachehelichen Unterhalt eine Nachwirkung der Ehe. Die Ehe begründe auch nach ihrem Ende eine wirtschaftliche Verantwortlichkeit der Ehegatten füreinander.⁸¹ Diesen Grundgedanken konkretisierte er dann in Form der Unterhaltstatbestände, d. h. in folgenden Fällen:

- wegen Betreuung eines gemeinsamen Kindes (§ 1570 BGB);
- wegen Alters (§ 1571 BGB) oder Krankheit (§ 1572 BGB);
- bis zur Erlangung einer angemessenen Erwerbstätigkeit (§ 1573 BGB);
- zur Aus- oder Fortbildung, die wegen der Ehe nicht aufgenommen oder abgebrochen wurde (§ 1575 BGB);
- bei grober Unbilligkeit (§ 1576 BGB).

Die „ehelichen Lebensverhältnisse“ bestimmen das Maß des Unterhalts (§ 1578 BGB) und sind auch für die Angemessenheit einer Erwerbstätigkeit maßgeblich (§ 1574 II BGB). Das sichert dem Unterhaltsberechtigten den ehelichen Lebensstandard.⁸² Der Gesetzgeber wollte damit den sozial und wirtschaftlich schwächeren Ehepartner schützen, d. h. praktisch vor allem die

75 DÖLLE (Anm. 74), § 41 III (S. 598); WOLFRAM MÜLLER-FREIENFELS, Ehe und Recht, 1962, S. 170 ff.

76 EHERECHTSKOMMISSION BEIM BMJ, Vorschläge zur Reform des Ehescheidungsrechts und des Unterhaltsrechts nach der Ehescheidung, 1970, S. 92.

77 BT-Drucks. 7/650, S. 121 f. (1. EheRG).

78 Motive (Anm. 6), S. 618.

79 Vgl. Anm. 77.

80 Oben Anm. 27.

81 BT-Drucks. 7/650, S. 121 f.; kritisch z. B. GERNHUBER/COESTER-WALTJEN (Anm. 5), § 30 Rn. 2 ff.; GOTTFRIED KNÖPFEL, Gerechtigkeit und nachehelicher Unterhalt – eine ungelöste Frage, AcP 191 (1991), S. 107 ff.; UWE DIEDERICHSEN, Geschiedenenunterhalt – Überforderung nachehelicher Solidarität?, NJW 1993, S. 2265 ff.

82 BT-Drucks. 7/650, S. 136.

Frauen in einer Alleinverdiener- bzw. Hausfrauenehe.⁸³ Dafür führte er zwei Gründe an:

- Erstens verwies er auf die wirtschaftliche Benachteiligung dieser Frauen;
- zweitens beruhe die Arbeitsteilung in der Ehe auf der gemeinsamen Entscheidung der Ehegatten. Familienarbeit und Berufstätigkeit seien gleichwertig.

Beide Gedankengänge haben sich in jüngster Zeit als wirkungsmächtig erwiesen. Auf den ersten berief sich der Gesetzgeber bei der Unterhaltsrechtsreform 2007.⁸⁴ Er begründet die beabsichtigte Stärkung der Eigenverantwortung u. a. damit, dass sich die Rollenverteilung in der Ehe erheblich geändert habe und zunehmend beide Ehepartner berufstätig seien (zu ergänzen: und damit die Schutzbedürftigkeit geringer geworden sei).

Der zweite Gedanke hatte bereits zuvor in der Rechtsprechung Niederschlag gefunden. Lange Zeit bestimmte sie die für die Unterhaltsbemessung maßgeblichen ehelichen Lebensverhältnisse allein nach dem Einkommen der Ehegatten. Die Haushaltstätigkeit wurde nicht berücksichtigt. Nahm der in einer Alleinverdiener Ehe den Haushalt führende Ehegatte nach der Scheidung eine Erwerbstätigkeit auf, minderte das deshalb seinen Unterhaltsanspruch (Anrechnungsmethode). Demgegenüber führte die Fortsetzung der Erwerbstätigkeit in einer Doppelverdiener Ehe zu keiner derartigen Minderung (Additionsmethode).⁸⁵

Diese unterschiedliche Behandlung missachtete die Gleichwertigkeit von Familienarbeit und Erwerbstätigkeit, die das BGB (§ 1360 S. 2 BGB) und die Verfassung (Art. 6 I, 3 II GG)⁸⁶ gebieten. Der BGH hatte mit Blick auf diese Kritik im Juni 2001 eine Wende der Rechtsprechung eingeleitet,⁸⁷ kurz bevor das BVerfG im Februar 2002 deren Verfassungswidrigkeit feststellte.⁸⁸ Seitdem wird das Einkommen, das der den Haushalt führende Ehegatte durch eine nach der Ehe erstmals aufgenommene Berufstätigkeit erzielt, als Surrogat der früheren Haushaltstätigkeit angesehen. Auf diese Weise wird die Gleichwertigkeit der Familienarbeit bei der Unterhaltsberechnung gewahrt.⁸⁹

83 BT-Drucks. 7/650, S. 121; ausführlich SIEGFRIED WILLUTZKI, Der Ehegattenunterhalt nach der Scheidung, in: HOFER/KLIPPEL/WALTER (Anm. 4), S. 713 (715 ff.).

84 BT-Drucks. 16/1830, S. 12.

85 Überblick bei MünchKomm/MAURER (Anm. 45), § 1578 BGB Rn. 4, 38.

86 BVerfGE 105, S. 1 = JZ 2002, S. 658 m. Anm. KARLHEINZ MUSCHELER.

87 BGHZ 148, S. 105 = JZ 2002, S. 37 m. Anm. BARBARA VEIT.

88 Oben Anm. 86.

89 Aktueller Stand der Rechtsprechung bei GERD BRUDERMÜLLER, in: Palandt, BGB, 66. Aufl. 2007, § 1570 BGB Rn. 3; zu der Problematik dieser Rechtsprechung vgl. GERNHUBER/COESTER-WALTJEN (Anm. 5), § 30 Rn. 132; UWE DIEDERICHSEN, Tragfähigkeit des Surrogationsgedankens im Unterhaltsrecht, in: DEUTSCHER FAMILIENGERICHTSTAG (Hrsg.), 15. Deutscher Familiengerichtstag, 2003, S. 27 ff.

Sowohl das BVerfG als auch der BGH berufen sich dabei auf den Gedanken, dass sich die Arbeitsteilung in der Ehe in der Teilhabe am gemeinsam erwirtschafteten nach der Scheidung fortsetzt und dadurch auch der Anspruch auf nachehelichen Unterhalt begründet und bestimmt wird.⁹⁰ Verbindet man diesen Gedanken mit der gesetzlichen Orientierung am ehelichen Lebensstandard, führt dies in vielen Fällen zu einer „wirtschaftlichen Unscheidbarkeit“ der Ehe.⁹¹

Demgegenüber versucht der Gesetzgeber mit der jüngsten Reform des Unterhaltsrechts⁹² den Grundsatz der Eigenverantwortung nicht nur durch seine ausdrückliche Erwähnung im Gesetz zu stärken, sondern vor allem durch zwei konkrete Regelungen:

- Erstens können alle Formen des nachehelichen Unterhalts im Falle der Unbilligkeit beschränkt oder zeitlich begrenzt werden (§ 1578b BGB);
- zweitens wird die Angemessenheit einer Erwerbstätigkeit nicht mehr durch die ehelichen Lebensverhältnisse (mit-)bestimmt. Diesen kommt vielmehr nur noch die Funktion eines Korrektivs zu (§ 1574 I und II BGB).

Insbesondere im letztgenannten Punkt schlägt sich die bereits erwähnte Überzeugung nieder, angesichts der vermehrten Berufstätigkeit beider Ehepartner und der Verkürzung der durchschnittlichen Ehedauer dürfe man mehr als bisher erwarten, dass sich die Ehegatten nach der Scheidung selbst unterhalten.⁹³ Diese Annahme ist allerdings rechtstatsächlich problematisch, wenn man berücksichtigt, dass zwar die Zahl der erwerbstätigen Frauen zugenommen hat, doch gleichzeitig auch die Zahl der – vor allem Frauen betreffenden – Teilzeitarbeitsverhältnisse.⁹⁴ Der Schutz des wirtschaftlich schwächeren Ehepartners, und das sind in der Regel die Frauen, bleibt also nach wie vor das zentrale Problem.⁹⁵

90 BVerfGE 105, S. 1 (11 ff.); BGHZ 153, S. 372 (377 f.); ausführlich dazu MAX BRAUER, Gleichberechtigte Teilhabe als Grundlage für den nachehelichen Unterhalt, FamRZ 2006, S. 1489 ff.

91 ALBRECHT DIECKMANN, Die Unterhaltsansprüche geschiedener und getrenntlebender Ehegatten nach dem 1. EheRG vom 14. Juni 1976, FamRZ 1977, S. 81 (86); HEINZ HOLZHAUER, Die Neuregelung des Unterhalts Geschiedener, JZ 1977, S. 73 (77); WILLUTZKI (Anm. 83), S. 720.

92 Oben Anm. 27.

93 BT-Drucks. 16/1830, S. 12 f.; dazu MARTIN MENNE, Die Stärkung der Eigenverantwortung im Unterhaltsrechtsänderungsgesetz, in: LIPP/SCHUMANN/VEIT (Anm. 33), S. 49 (52 ff.); kritisch GERD BRUDERMÜLLER, Eigenverantwortung vs. Solidarität – Kritische Aspekte der Unterhaltsrechtsreform, in: LIPP/SCHUMANN/VEIT (Anm. 33), S. 55 ff.

94 BARBELIES WIEGMANN, Reform des Ehegattenunterhalts – Wo ist der Handlungsbedarf?, FF 2006, S. 135 f.; vgl. auch die empirische Untersuchung im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend von HANS-JÜRGEN ANDRESS u. a., Wenn aus Liebe rote Zahlen werden – Über die wirtschaftlichen Folgen von Trennung und Scheidung, 2003.

IX. Betreuungsunterhalt

Betreuungsunterhalt begegnet uns heute in zwei Fällen: § 1570 BGB begründet einen Anspruch des geschiedenen Ehegatten, § 1615I BGB einen Anspruch des Elternteils, der ein nichteheliches Kind betreut.

§ 1570 BGB wird in der Praxis vom so genannten Altersphasenmodell beherrscht, nach dem die Erwerbsobliegenheit von bestimmten Alterstufen abhängig ist und in der Regel mit acht Jahren einsetzt.⁹⁶ Bei der jüngsten Unterhaltsrechtsreform wollte der ursprüngliche Entwurf⁹⁷ diesen Unterhaltsanspruch beschränken, indem die Möglichkeiten der Kinderbetreuung stärker berücksichtigt werden (§ 1570 S. 2 BGB-E). Demgegenüber sollte der Betreuungsunterhalt nach § 1615I BGB weiterhin grundsätzlich nach drei Jahren enden, aber aus Billigkeitsgründen verlängert werden können. Damit, so der Entwurf, sollte „die Schere von beiden Seiten weiter geschlossen werden“, die zwischen diesen beiden Ansprüchen klafft, ohne sie allerdings vollständig zu schließen. Die verbleibenden Unterschiede wurden mit der nahehelichen Solidarität begründet. Das ist freilich eher ein Schlagwort als eine Begründung und verträgt sich nicht damit, dass sowohl § 1570 BGB als auch § 1615I BGB Betreuungsunterhalt nicht im Interesse des Elternteils, sondern im Interesse des Kindes gewähren, und es dafür nicht auf dessen Ehelichkeit ankommen kann. Das BVerfG erklärte deshalb die unterschiedliche Dauer der Unterhaltsansprüche für die Betreuung ehelicher und nichtehelicher Kinder wegen Verstoßes gegen Art. 6 V GG für verfassungswidrig und gab dem Gesetzgeber auf, bis Ende 2008 eine verfassungsgemäße Regelung zu treffen.⁹⁸

Das BVerfG hatte die frühere Regelung zunächst bestehen lassen und eine Neuregelung nach dem Vorbild des § 1615I BGB a.F. für möglich erachtet. Der danach regelmäßig bestehende Anspruch auf Betreuungsunterhalt für die ersten drei Lebensjahre des Kindes muss daher als gesetzlich festgelegter Mindeststandard verstanden werden. Zu fragen ist dann, welche Gründe den Betreuungsunterhalt auch nach Ablauf des dritten Lebensjahres rechtfertigen können. Der entscheidende Gesichtspunkt klingt in der Begründung des 1. EheRG zu

95 Kritisch gegenüber dem Entwurf deshalb LORE MARIA PESCHEL-GUTZEIT, Kritische Überlegungen zur geplanten Reform des Unterhaltsrechts, ZRP 2005, S. 177 (178 ff.); INGE KROPFENBERG, Die unterhaltsrechtliche Eigenverantwortung des geschiedenen Ehegatten, JZ 2006, S. 439 ff.; SABINE BERGHAIN/MARIA WERSIG, Wer zahlt den Preis für die Überwindung der Hausfrauenehe?, FPR 2005, S. 508 ff.

96 Vom Ende der Grundschulzeit des Kindes bis zum Alter von 16 Jahren Teilzeit, über 16 Jahren Vollzeit, vgl. Palandt/BRUDERMÜLLER (Anm. 89), § 1570 BGB Rn. 7 ff.

97 BT-Drucks. 16/1830, S. 13 f.

98 BVerfG FamRZ 2007, S. 965 m. Anm. BORN; vgl. dazu schon BARBARA VEIT, Anmerkung zu BGH FamRZ 2006, S. 1362 (= JZ 2007, S. 46), JZ 2007, S. 50 ff. m.w.N. zur Diskussion.

§ 1570 BGB an. Dort heißt es: „Auf keinen Fall soll einer Mutter, die vor der Scheidung ein gemeinschaftliches Kind selbst betreut hat, ein Unterhaltsanspruch deshalb versagt werden, weil sie nach der Scheidung die Pflege oder Erziehung des Kindes nicht in andere Hände gibt, um selbst erwerbstätig sein zu können.“⁹⁹ Es geht hier also mit anderen Worten um das Vertrauen auf die gemeinsam praktizierte Arbeitsteilung in der Ehe.¹⁰⁰ Vergleichbar hat der BGH bei § 1615I BGB im Rahmen der Billigkeit argumentiert.¹⁰¹

Diese Konzeption liegt der Neuregelung des Betreuungsunterhalts durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz¹⁰² zum 1.1.2008 zugrunde. Danach besteht sowohl bei ehelichen als auch bei außerhalb einer Ehe geborenen Kindern ein Anspruch auf Betreuungsunterhalt für mindestens drei Jahre, der sich verlängert, solange und soweit dies der Billigkeit entspricht (§§ 1570 I 1 und 2, 1615I II 2 und 3 BGB).

Soweit es dabei um die Belange des Kindes und die Möglichkeiten der Kinderbetreuung (§§ 1570 I 3, 1615I II 5 BGB), d. h. um die so genannten kindbezogenen Gründe¹⁰³ geht, beruht der Betreuungsunterhalt auf der gemeinsamen Elternverantwortung für das Wohl des Kindes.

Darüber hinaus kann sich der Anspruch des geschiedenen Ehegatten auf Betreuungsunterhalt nach § 1570 II BGB verlängern, soweit die in der Ehe vereinbarte Arbeitsteilung bei Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit und die Ehedauer dies gebietet. Die Begründung zum Unterhaltsrechtsänderungsgesetz sieht hierin allerdings keinen selbständigen Unterhaltstatbestand, sondern eine ehespezifische Ausprägung des Betreuungsunterhalts, und versteht diesen Anspruch damit als eine Art „Annexanspruch“ zum Anspruch nach § 1570 I BGB.¹⁰⁴ Das trifft zwar rechtstechnisch gesehen zu, wird jedoch der unterschiedlichen Legitimationsgrundlage der beiden Ansprüche nicht gerecht. Der Betreuungsunterhalt nach § 1570 II BGB beruht nicht allein auf der gemeinsamen Elternverantwortung für das Kindeswohl, sondern auch auf der Verantwortung für die während der Ehe vereinbarte Arbeits- und Rollenteilung.¹⁰⁵ Er knüpft daher sowohl an die gemeinsame Elternschaft als auch an die frühere Ehe und die hierdurch jeweils begründete Verantwortung als Eltern bzw. der Ehegatten füreinander an. Die Legitimation des erweiterten Betreuungsunterhalts nach § 1570 II BGB wurzelt daher in beiden.

⁹⁹ BT-Drucks. 7/650, S. 123.

¹⁰⁰ Vgl. auch HELMUT BORTH, Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Unterhaltsrechts, FamRZ 2006, S. 813 (814).

¹⁰¹ BGHZ 168, S. 245 = FamRZ 2006, S. 1362 = JZ 2007, S. 46 m. Anm. BARBARA VEIT.

¹⁰² Siehe oben Anm. 27.

¹⁰³ BT-Drucks. 16/6980, S. 8 f., 10.

¹⁰⁴ BT-Drucks. 16/6980, S. 9.

¹⁰⁵ Vgl. auch BORTH (Anm. 100), FamRZ 2006, S. 814.

Auch der Betreuungsunterhalt des früher nicht mit dem anderen verheirateten Elternteils kann jedoch gemäß § 1615I II 2 BGB aus elternbezogenen Gründen verlängert werden. Das hat der Gesetzgeber mit der Formulierung „insbesondere“ in § 1615I II 5 BGB klargestellt.¹⁰⁶ Damit wollte er die Rechtsprechung des BGH zu § 1615I BGB a.F.¹⁰⁷ aufgreifen und eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts über die Regeldauer von drei Jahren hinaus ermöglichen, wenn aufgrund der Arbeitsteilung in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ein berechtigtes Vertrauen auf eine längere Betreuung des Kindes besteht.¹⁰⁸ Das wirft die Frage auf, wann dieses Vertrauen „berechtigt“ sein kann. Denn da sich die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft gerade gegen eine Ehe und gegen die damit verbundene Verrechtlichung ihrer Lebensgemeinschaft entschieden haben, sind sie rechtlich nicht verpflichtet, füreinander Verantwortung zu übernehmen.¹⁰⁹ § 1353 II 2 2. Hs. BGB bzw. § 2 S. 2 LPartG gelten nur für die Statusbeziehung, nicht für die Realbeziehung. Es geht also nicht, wie die Begründung zum Unterhaltsrechtsänderungsgesetz meint, um „gegenseitiges Vertrauen und Füreinander-Einstehen-Wollen“¹¹⁰ und damit um die Rechtspflicht, Verantwortung füreinander zu tragen. Grundlage des erweiterten Betreuungsunterhalts ist vielmehr, wie der BGH zutreffend ausgeführt hat,¹¹¹ der Vertrauensschutz als Ausdruck des Verbots widersprüchlichen Verhaltens, wenn in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ein gemeinsamer Kinderwunsch verwirklicht wurde und Einigkeit bestand, dass ein Elternteil das gemeinsame Kind betreut, während der andere den hierfür benötigten Unterhalt zur Verfügung stellt. Die Frage, wie weit dieser Vertrauensschutz reicht, dürfte Gerichte und Literatur noch lange beschäftigen.¹¹²

106 BT-Drucks. 16/6980, S. 10.

107 BGHZ 168, S. 245 = FamRZ 2006, S. 1362 = JZ 2007, S. 46 m. Anm. BARBARA VEIT.

108 BT-Drucks. 16/6980, S. 10; vgl. auch ROGER SCHILLING, § 1615I BGB nach der Reform, FPR 2008, S. 27 (29 ff.); zur Reformdiskussion siehe TOBIAS HELMS, Reform des Betreuungsunterhalts nach § 1615I BGB vor dem Hintergrund der abweichenden Regelung in § 1570 BGB, in: LIPP/SCHUMANN/VEIT (Anm. 33), S. 77 (81 f.).

109 Dazu KARLHEINZ MUSCHELER, Familienrecht, 2006, Rn. 184; ANNE RÖTHEL, Lebensformen – Status – Personenstand: rechtsvergleichend und rechtspolitisch betrachtet, StAZ 2006, S. 34 (42); UWE DIEDERICHSEN, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Zivilrecht, NJW 1983, S. 1017 (1025).

110 BT-Drucks. 16/6980, S. 10.

111 BGH FamRZ 2006, S. 1362 (1367); OLG Frankfurt FamRZ 2000, S. 1522 (1523).

112 Vgl. z. B. WERNER MEIER, Betreuungsunterhalt gemäß §§ 1570 und 1615I BGB nach der Unterhaltsrechtsreform, FamRZ 2008, S. 101 ff., der im Wesentlichen von einem Gleichlauf mit § 1570 Abs. 2 BGB ausgeht; dagegen zutreffend SCHILLING (Anm. 108), FPR 2008, S. 30; REINHARDT WEVER, Unterhalt bei Betreuung nichtehelicher Kinder – der neu gestaltete § 1615I BGB, FamRZ 2008, S. 553 (557).

X. Freiwilliger Unterhalt

Freiwilliger Unterhalt ist Teil der sozialen Realität z. B. im Verhältnis zu einem Stiefkind oder in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, erfolgt aber auf unsicherer rechtlicher Grundlage. Im Ergebnis anerkannt ist nur, dass freiwillig geleisteter Unterhalt vom Leistenden nicht zurückgefordert werden kann.¹¹³ Unklar ist dagegen, inwieweit er im Verhältnis zu Dritten rechtsbeständig ist (z. B. Schenkungsanfechtung, Pflichtteilsrecht).¹¹⁴ Die überkommene Behandlung des freiwilligen Unterhalts als Pflichtschenkung erweist sich heute in verschiedener Hinsicht als unzureichend und wird deshalb in Praxis und Wissenschaft zunehmend abgelehnt. Es fehlt jedoch an einem Gegenmodell; derzeit herrscht große Rechtsunsicherheit.¹¹⁵

Ein freiheitliches Familienrecht (Art. 6 I GG) sollte gerade für den freiwilligen Unterhalt eine gesicherte Rechtsgrundlage bieten und insoweit die darin zum Ausdruck kommenden tatsächlichen Familienbeziehungen anerkennen. Auch besteht in Zeiten knapper staatlicher Mittel ein erhebliches öffentliches Interesse an der Förderung freiwilliger Leistungen.

XI. Gesetzgebung, Menschenbild, Sozialmodell im Unterhaltsrecht

Die Analyse des Unterhaltsrechts hat gezeigt, dass dem heutigen Unterhaltsrecht ein Menschenbild oder Sozialmodell im normativen Sinn weder zugrunde liegt noch zugrunde liegen kann. Das längst verabschiedete Eheleitbild früherer Zeiten kann auch im Unterhaltsrecht nicht wieder auferstehen. Das Unterhaltsrecht muss vielmehr umgekehrt die Vielfalt der gelebten Familie in sich aufnehmen. Es scheint daher höchst zweifelhaft, ob dem heutigen Privatrecht auch nur ein deskriptiv verstandenes Menschenbild oder Sozialmodell entnommen werden kann.

113 Vgl. §§ 814, 1360b, 1624 BGB; grundlegend SCHWAB (Anm. 3), FamRZ 1997, S. 521 f.

114 Ablehnend z. B. BGHZ 142, S. 300 – Bereicherungsrecht; BGHZ 116, S. 167 – Pflichtteilsrecht; BGHZ 71, S. 61 – Anfechtungsrecht; BFH NJW 1994, S. 2044 – Steuerrecht.

115 Ausführlich dazu LIPP (Anm. 64), S. 529 ff.

Diskussion zum Vortrag von Volker Lipp

Leitung: WOLFGANG SELLERT

SELLERT:

Gerade im Unterhaltsrecht zeigt sich heute das nicht zuletzt von Zeitgeist und Weltanschauung bestimmte Menschenbild des Gesetzgebers. Denn im Unterhaltsrecht, so hat das Bundesjustizministerium ausgeführt, müsse der Gesetzgeber besonders sensibel auf gesellschaftliche Veränderungen reagieren und gewandelte Wertvorstellungen aufgreifen. Eine Reform müsse daher das Unterhaltsrecht behutsam an eine geänderte gesellschaftliche Wirklichkeit und gewandelte Wertvorstellungen anpassen. Dementsprechend sind Gesetzbücher auch weiterhin, wie Josef Kohler schon 1905 gesagt hat, „die Kinder ihrer Zeit und der Geistesverfassung ihrer Epoche.“ – Nun aber zur Diskussion. Herr Diederichsen, Sie hatten sich zuerst gemeldet und haben jetzt das Wort.

DIEDERICHSEN:

Ich dränge mich ein bisschen vor, weil einerseits der Referent mich, versteckt, dazu herausgefordert hat, und zum anderen, weil ich meine, dass die Diskussion einen Punkt wirklich auch vertiefen sollte, den Sie auch angesprochen haben, Herr Lipp, der aber, meine ich, auch noch andere Konsequenzen hat. Zunächst einmal zum *Ausbildungsunterhalt*.

Herr Lipp hatte ganz richtig gesagt, dass nach der Grundkonzeption des Gesetzgebers der Unterhaltsanspruch der Kinder aufhören sollte mit deren eigener Selbständigkeit. Das war früher bei Erreichen der Volljährigkeit mit 21 Jahren in den weitaus meisten Fällen möglich. Das Kind hatte eine Ausbildung, war fertig, stand auf eigenen Füßen und war auf den elterlichen Unterhalt nicht mehr angewiesen. Das ist heute ganz anders. Das wissen wir und wir wissen auch und es wird von niemandem bezweifelt, auch nicht von mir, dass der Ausbildungsunterhalt sinnvoll ist, weil er zu der Erziehung des Kindes und zur Selbständigmachung im wirtschaftlichen Leben gehört. Gar kein Zweifel. Was ich für problematisch halte, ist etwas anderes.

Der Ausbildungsunterhalt ist eigentlich rein zweckrational, rein funktional. Er dient ausschließlich zur Ausbildung. Das ausbildungsberechtigte Kind hat nicht einen Anspruch auf eine bestimmte Geldsumme, die für die Ausbildung in dem gewählten Beruf erforderlich ist, sondern es hat Anspruch auf Unterhalt, um den gewählten Beruf zu erlernen. Schon hier kommt für mich ideologische Irrationalität ins Spiel. Denn die Eltern dürfen auf die Berufswahl keinen Einfluss nehmen. Das ist im Prinzip in Ordnung, aber diese Ordnung sollte ihre

Grenzen haben. Es ist meines Erachtens nicht vertretbar, Eltern selbst dann jede Einflussnahme zu verbieten, wenn die Berufswahl völlig unsinnig ist. Warum sollen etwa 400 Studenten Theaterwissenschaft an einer Universität studieren, an der es nur zwei Theaterhistoriker gibt, von denen nicht recht abzusehen ist, wie sie die jungen Leute ihrem Berufsziel als Intendanten und Dramaturgen näherbringen sollen. Diese Studenten haben gar keine Berufsaussicht. Aber solch ein Einwand ist kein Einwand, den die Eltern vorbringen dürfen. Sie müssen sich in solchen Fällen damit zufrieden geben, dass das Kind möglicherweise eine falsche Wahl trifft; sie können allenfalls sagen, das Kind sei für den erwählten Beruf nicht geeignet, aber alles, was nach erzieherischer Einflussnahme aussehen konnte, war verpönt. Die Studenten von heute sind in ihrer Berufswahl durchweg realistischer; aber wie viele Scheitern und wie viel Fehlentwicklungen mussten dafür erst unterhaltsrechtlich finanziert werden!

Der junge Mensch kann nach dem Gesagten also nicht eine bestimmte Geldsumme verlangen und mit der machen, was er will, etwa in der Weise, dass er sich im Fach Rechtswissenschaft einschreiben lässt, in Wirklichkeit aber Schriftsteller werden will, und dass er in den Jahren, die er von seinen Eltern finanziert wird, seinen ersten Roman vorbereitet. Das geht nicht. Seine Eltern können, wenn sie dahinter kommen, ihre Unterhaltszahlungen einstellen. Darin findet die Zweckbindung dieses Anspruchs einen drastischen Ausdruck.

Um die Reichweite dieser Zweckgebundenheit kann man sich nun allerdings streiten. Und in einer Konsequenz, auf die Herr Lipp angespielt hat, bin ich tatsächlich anderer Auffassung als er und – zugestandenermaßen – der Bundesgerichtshof. Denn wenn der Ausbildungsunterhalt zweckgebunden ist, dann brauchen die Eltern auch nur soviel zu bezahlen, wie *erforderlich* ist, um in diesem Beruf eine Ausbildung zu finden. Wer also Russisch oder Spanisch studiert, für den muss ein entsprechender Auslandsaufenthalt mit drin sein. Bei einem Juristen nicht unbedingt, es sei denn, er will sich im internationalen Privatrecht oder in der Rechtsvergleichung profilieren. Also ganz zweckgebunden.

Der Bundesgerichtshof hat nun zwei Fälle am Rande dieses Randproblems zu entscheiden gehabt. In einem Fall war der Vater Notar und im anderen ein gutverdienender Arzt. Hier ging es darum, ob die studierenden Söhne von ihren Eltern monatlich mehr als das, was zur Ausbildung nötig war, also sprich den BAföG-Satz, verlangen konnten. Der Bundesgerichtshof hat von der Position aus argumentiert, die jungen Leute seien noch nicht wirtschaftlich selbständig. Solange das nicht der Fall sei, richte sich ihr angemessener Unterhalt wie bei den minderjährigen Kindern nach der Lebensstellung der Eltern. Zu gleicher Zeit hat er aber auch einen Kompromiss gemacht und ihren monatlichen Unterhalt auf damals etwas mehr als 1.200,- DM beschränkt, obwohl sie nach der Lebensstellung der Eltern viel mehr hätten verlangen können. Der BGH ist also

dem Anliegen, Ausbildungsunterhalt funktional zu begrenzen, praktisch recht weit entgegengekommen.

Um so etwas wie diese Zweckrationalität des Unterhalts geht es auch in dem Punkt, dessentwegen ich mich eigentlich zu Wort gemeldet habe. Herr Lipp hat ausgeführt, dass bei der Ausgestaltung von Unterhaltsansprüchen die soziale Komponente nicht außer Acht gelassen werden dürfe, dass auch der Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse eine Rolle spielen sollte. Diese Forderung trifft zwei zentrale Probleme des *Scheidungsunterhalts*, nämlich die Frage, wie lange nachehelicher Unterhalt gezahlt werden soll, und die Frage, in welcher Höhe. Hier bestehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten. Entweder orientiert man sich an Rechtsprinzipien: an der nachehelichen Verantwortung, an der die Eheauflösung überdauernden ehelichen Solidarität, am Vertrauensschutz oder an der Notwendigkeit, ehebedingte Nachteile auszugleichen. Alle diese Gesichtspunkte findet man in den §§ 1569 ff. BGB wieder mit dem Ergebnis, dass Holzhauer – zumal bei Inkrafttreten des 1. EheRG im Jahre 1977 – völlig zu Recht von der „Unterhaltshe“ gesprochen hat, womit er zum Ausdruck bringen wollte, dass die Ehe zwar aufgelöst würde, unterhaltsrechtlich aber praktisch alles beim Alten bliebe. Inzwischen ist die Reform 30 Jahre alt und unter der Notwendigkeit, den Veränderungen der gesellschaftlichen Verhältnisse Rechnung zu tragen, gerade in diesem Bereich ihrerseits immer mal wieder reformiert worden. Die damals vorherrschende Form der Hausfrauenehe jedenfalls ist von sich selber wandelnden Lebensabschnittsmodellen ersetzt worden. Keiner, der heute heiratet, kann damit rechnen, dass seine Ehe bis zum Tode hält. Dass man die nachehelichen Unterhaltsansprüche zeitlich begrenzen und auch in der Höhe reduzieren sollte, davon dürften immer mehr Unterhaltsrechtler ausgehen. Aber welche Bedeutung unsere Rechtsprinzipien dabei noch spielen sollen und ob und in welchem Ausmaß man lebenszeitliche Versorgungsansprüche aufrecht erhalten will, das bedarf weiterer Diskussion und ich würde natürlich auch gerne von Herrn Lipp hierzu Näheres hören.

SELLERT:

Mir liegen folgende Wortmeldungen vor: Herr Ruland, Frau Coester-Waltjen, Frau Schumann, Herr Eichenhofer und Herr Coester. Herr Ruland bitte.

RULAND:

Ich würde gerne das Thema Elternunterhalt ansprechen, um hier den Einfluss des Sozialrechts auf das Unterhaltsrecht deutlich zu machen. Ich glaube, dass die Grundsicherung einen noch weitergehenden Einfluss hat als im Vortrag beschrieben. Sie führt letztlich dazu, dass der Elternteil, der bedürftig ist, einen Anspruch auf die Grundsicherung hat und ihn letztlich auch geltend machen muss, bevor er – darüber hinaus – Unterhalt von seinen Kindern in Anspruch nehmen kann. Will ein Elternteil aus welchen Gründen auch immer die

Grundsicherung nicht in Anspruch nehmen und statt dessen einen Unterhaltsanspruch gegenüber einem Kind geltend machen, kann das Kind dem entgegenhalten, dass die Grundsicherung, da es von ihr nicht in Regress genommen wird, dem Unterhaltsanspruch gegenüber nicht subsidär, sondern vorrangig ist. Der Elternteil ist insoweit nicht bedürftig. Soweit ein Anspruch auf die Grundsicherung besteht, verdrängt er mithin den Elternunterhalt. In vielen Fällen ist es allerdings nicht einleuchtend, dass der Grundsicherungsanspruch dann nicht entsteht, wenn die Eltern ihre Bedürftigkeit grob fahrlässig herbeigeführt haben. Haben die Eltern ihr Vermögen verspielt, haben sie nur einen Anspruch auf die Sozialhilfe, und die kann die Kinder in Regress nehmen. Das ist schon sehr fragwürdig.

SELLERT:

Jetzt hat Frau Coester-Waltjen das Wort.

COESTER-WALTJEN:

Zunächst möchte ich kurz auf Herrn Ruland eingehen und damit auf ein Thema kommen, dass ich eigentlich nicht in erster Linie ansprechen wollte. Im Hintergrund steht in der beschriebenen Konstellation doch wahrscheinlich die Idee, dass man sich die Ermittlungen, wohin das zweifellos einmal vorhandene Vermögen der Eltern gegangen sein mag, ersparen will. Man will die Kinder, wenn ihnen die Eltern ihr ganzes Vermögen übertragen haben, nicht über einen Widerruf der Schenkung in Anspruch nehmen, weil eventuell der Nachweis der Schenkung Schwierigkeiten machen könnte. Vielmehr geht man davon aus, dass die Eltern ihr einmal vorhandenes Vermögen verschleudert haben, wenn es jetzt nicht mehr da ist, um dann die Kinder in Anspruch nehmen zu können.

Eigentlich wollte ich aber zu den Grundgedanken des Unterhaltsrechts etwas sagen. Man sollte ein vernünftiges Unterhaltsrecht – dies entspricht durchaus den Grundgedanken des BGB – auf zwei Überlegungen stützen. Zum einen ist die Verantwortung für den Tatbestand der Unterhaltsbedürftigkeit Legitimationsgrund der Verpflichtung. Dies wird besonders deutlich beim Kindesunterhalt – und zwar sowohl beim Unterhalt des Kindes miteinander verheirateter Eltern als auch für den Unterhalt des Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern. In beiden Situationen werden beide Eltern in die Pflicht genommen, weil sie für den Tatbestand, dass dieses Kind unterhaltsbedürftig ist, verantwortlich sind. In gleicher Weise kann man damit den Betreuungsunterhalt der nicht mit dem Vater verheirateten Mutter oder den Betreuungsunterhalt des nicht mit der Mutter verheirateten Vaters legitimieren. Der betreuende Elternteil ist in der Situation, dass er aufgrund der gemeinsamen Zeugung des Kindes nicht erwerbstätig sein kann. Dies ist ein legitimer Unterhaltstatbestand.

Will man allerdings allein auf den Gedanken der Verantwortung für die Schaffung des Unterhaltstatbestandes abstellen, so bereiten die Ansprüche

zwischen nichtehelichen Lebensgefährten und auch zwischen sonstigen Personen, vor allem aber der Elternunterhalt Probleme. Für Letzteren gilt: Die Eltern sind zwar dafür verantwortlich, dass es die Kinder gibt, nicht aber umgekehrt. Die Kinder sind nicht verantwortlich dafür, dass die Eltern da sind, sie haben sich die Eltern nicht ausgesucht.

In dieser zweiten Gruppe von Fällen kann Legitimation für eine Unterhaltspflicht der zweite Grundgedanke sein, nämlich die Verpflichtung aus einer Solidarität heraus. Dieser Gedanke legitimiert eine Unterhaltspflicht, wenn zwischen Bedürftigem und Leistungsfähigem eine Solidargemeinschaft besteht oder bestand. Die Abgrenzung dieses Tatbestandes ist naturgemäß sehr viel schwieriger als diejenige der „Verursachungsverantwortung“. Sicherlich wird man beispielsweise das Eheversprechen als Zeichen der Begründung einer Solidargemeinschaft ansehen können. Aber wann verflüchtigt sich diese versprochene Solidarität? Wie lange besteht sie trotz Auflösung der Ehe weiter? Nachehelich wird eher der Gesichtspunkt der Verursachung oder Mitverursachung der Unterhaltsbedürftigkeit in den Vordergrund rücken.

Unter dem Gesichtspunkt der Solidarität treffen ähnliche Erwägungen auf die gegenseitigen Unterhaltsbeziehungen nicht miteinander verheirateter Eltern zu. Auch die nicht miteinander verheirateten Eltern trifft eine Verpflichtung zur Elternsolidarität, sie sind einander im Interesse des Kindes in einem sogenannten Schutzverhältnis verbunden und schulden einander daher gegenseitig Rücksicht und Beistand. Ich würde insofern keinen allzu großen Unterschied zur Ehe sehen. Auch hier gibt es einen Legitimationsgrund dafür, einen Partner oder Elternteil in Verantwortung zu nehmen. Erst recht gilt dies für den Elternunterhalt: Die Eltern haben die Kinder unterhalten und aus dem Gedanken der Solidarität müssen die Kinder die Eltern unterhalten.

Unterhaltspflichten müssen auf einen dieser Tatbestände oder eine Kombination beider zurückgeführt werden können. Dies legitimiert die privatrechtliche Unterhaltspflicht. Hinzufügen möchte ich allerdings die Bemerkung, dass das Unterhaltsrecht mit vielen anderen rechtlichen Gestaltungen verflochten ist. So stehen z. B. Ehegattenunterhalt und Güterrecht in einem engen Zusammenhang. In einer Rechtsordnung, die – wie viele europäische Rechtsordnungen – eine echte Errungenschafts-Gemeinschaft vorsieht, tritt die Bedeutung des ehelichen Unterhalts stärker in den Hintergrund als bei Geltung der deutschen Zugewinnngemeinschaft, die während der Ehe als strikte Gütertrennung zu bezeichnen ist. Auch das Steuerrecht mag eine große Rolle spielen. Mit dem Steuerrecht kann man Anreize privatautonomer Befriedigung der Bedürfnisse schaffen und damit letztlich besser als mit dem Sozialrecht das Verhalten der Betroffenen steuern.

SELLERT:

Nun hat Frau Schumann das Wort.

SCHUMANN:

Herr Lipp, Sie haben gesagt, dass sich aus Ehe und Familie eine sittliche Pflicht zum Unterhalt ergebe und haben die Grundlagen dieser Pflicht für die Ehe einerseits und die Familie andererseits dargestellt. Mich würde nun interessieren, ob sich auch die – im internationalen Vergleich doch eher singuläre – Rangfolge des deutschen Familienrechts aus diesen sittlichen Grundlagen heraus begründen lässt. Mir ist einsichtig, dass die besonders schutzbedürftigen minderjährigen Kinder an erster Stelle berücksichtigt werden, aber für alle weiteren Ränge, insbesondere für das Verhältnis von Verwandtenunterhalt und Ehegattenunterhalt erscheint mir unsere Rangfolge keineswegs überzeugend begründet. Warum soll beispielsweise die geschiedene Ehefrau gegenüber einem volljährigen Kind, das sich in der Ausbildung befindet, bevorzugt werden? Daher möchte ich zwei Fragen stellen, erstens ob sich aus den sittlichen Grundlagen für den Verwandtenunterhalt einerseits und den Ehegattenunterhalt andererseits ein Rangverhältnis ableiten lässt und zweitens ob sich der historische Gesetzgeber von 1900 mit diesen Fragen bei Festlegung der Rangfolge beschäftigt hat.

SELLERT:

Herr Eichenhofer hat jetzt das Wort.

EICHENHOFER:

Ich habe zwei Fragen an Herrn Lipp. Erstens ist mir aufgefallen, dass es eine eigentümliche Verdoppelung gibt zwischen den anerkannten sozialen Risiken auf der einen Seite und den Tatbeständen des Scheidungsunterhalts auf der anderen. Kinderbetreuung ist gleich Elterngeld. Arbeitslosigkeit ist gleich Arbeitslosengeld. Erwerbsminderung ist gleich Erwerbsminderungsrente. Krankheit ist Unterhaltstatbestand und ein Leistungstatbestand der gesetzlichen Krankenversicherung und Rente gewährt die Rentenversicherung im Alter, konkurriert also mit dem Unterhalt wegen Alters. Das heißt, im Scheidungsunterhaltsrecht werden sozusagen Tatbestände bearbeitet, die im Sozialversicherungsrecht durch dessen Systeme oder durch das Elterngeld bearbeitet werden. Und daraus ergeben sich Konkurrenzprobleme. Für denjenigen Ehegatten, der sozialversicherungsrechtlich geschützt ist, würde jedenfalls die Sozialleistung auf den Unterhaltsanspruch anzurechnen sein, ja wäre vorrangig. Daraus erkennt man, wie dieses System des Scheidungsunterhalts im Grunde genommen gedacht ist. Es soll vor allem für diejenigen Ehegatten wirken, die nicht hinreichend sozialrechtlich gesichert sind. Nun gibt es aber natürlich Bestrebungen im Sozialrecht, auch die Nichterwerbstätigen sozialrechtlich zu sichern. Das beste Beispiel ist die Kindererziehungszeit, die dazu führt, dass im Falle der Erwerbsunfähigkeit und des Alters die Familienarbeit wie Erwerbsarbeit zählt. Deshalb sehe ich hier die Tendenz: Das Sozialrecht drängt die Voraussetzungen des Scheidungsunterhalts zurück. Das ließe sich auch für das El-

terngeld beobachten. Das ist die erste Beobachtung, die ich gemacht habe und ich wollte Sie fragen, was Sie davon halten. Das zweite betrifft das Thema Bedarfs- oder Einstandsgemeinschaft. Hat diese Figur, die wir im Sozialhilferecht und im Grundsicherungsrecht haben, ihren Grund darin, dass wir die freiwilligen Unterhaltszahlungen, statt sie auszuschließen, akzeptieren? Mit anderen Worten: den faktischen Unterhalt, den die Stiefeltern dem Stiefkind gewähren, den faktischen Unterhalt, den nichteheliche Partner einander gewähren, unterhaltsrechtlich als freiwilligen Unterhalt akzeptieren, bereicherungsrechtliche Ansprüche ausschließen und deshalb im Sozialrecht anerkennen?

SELLERT:

Nun hat Herr Coester das Wort.

COESTER:

Das Problem des freiwilligen Unterhalts stand auch auf meinem Notizzettel, so dass ich unmittelbar an Herrn Eichenhofer anknüpfen kann. Ich glaube, wir sollten vielleicht versuchen, zu einem generellen Modell zu kommen. Wenn Zahlungen geleistet werden, gibt es nämlich nicht nur zwei Kategorien: Zahlung auf Rechtspflicht oder Zahlung in gewissermaßen rechtsfreiem Raum, sondern es gibt noch einen dritten Bereich: Zahlung aufgrund familiärer Solidarität, die aber rechtlich nicht ausgeformt ist. Wir kennen diese Erscheinung längst im Bereich der Zuwendungen unter Ehegatten, die der BGH aus dem Schenkungsrecht herausgenommen und als „unbenannte Zuwendung“ oder „arteigene Causa des Familienrechts“ bezeichnet hat – aber so ganz neu war auch das eigentlich nicht. Ähnliches gibt es schon lange im Eltern-Kind-Verhältnis in der weithin übersehenen Vorschrift über die Ausstattung, § 1624 BGB. Hier leisten Eltern überobligationsmäßig; aber in gut funktionierenden Familienbeziehungen wird ja auch sonst viel mehr geleistet als das Recht fordert. Der Gesetzgeber sagt in § 1624 BGB: Wird ohne Rechtspflicht, aufgrund familiärer Solidarität etwas gewährt, so ist diese auch hinreichender Bestandsgrund für den Empfang durch das Kind. Auch hier haben wir eine arteigene Causa oder familienrechtliche Causa, und man kann diesen Gedanken sogar noch ausweiten. Man braucht dazu nicht einmal eine „sittliche Pflicht“ zur Leistung – wenngleich man dies vielleicht bestreiten kann. Das Wort „Pflicht“ bringt schon einen ungunstigen Ton in das von den Beteiligten ganz anders verstandene Zuwendungsverhältnis. Wo immer in der Familie freiwillig geleistet wird, ob Pflicht oder nicht, hat die Leistung ihren eigenen Bestandsgrund. Es bleibt allerdings ein Problem, das noch zu lösen wäre: Das familiäre Band ist Bestandsgrund zunächst nur im Verhältnis Empfänger-Leistender, aber wie ist die Position Dritter zu definieren? Die rechtliche Anerkennung der freiwilligen Leistung bedeutet hier, dass man Dritten gewissermaßen die Butter wegnimmt

und sie den Verwandten des Leistenden gibt. Aber auch insoweit gibt es ja durchaus schon Modelle und Differenzierungen, etwa im Bereich der unbenannten Zuwendungen: Diese müssen keineswegs überall im Recht als unentgeltlich und bestandskräftig angesehen werden – im Steuerrecht oder Bereicherungsrecht bleibt eine abweichende Einschätzung möglich. Gleiches gilt auch bezüglich der Ausgleichsansprüche zwischen Erben. Für die gesamte Problematik müsste also ein übergreifendes Modell entwickelt werden; dieses müsste jedoch aufbauen auf der Grundidee, dass es zwischen familienrechtlich verbundenen Personen eine Art *Causa* gibt, aufgrund derer gegeben werden kann, aber nicht gegeben werden muss; wenn jedoch gegeben worden ist, dann bietet die Familienbeziehung zwischen den unmittelbar Beteiligten einen hinreichend tragfähigen Behaltensgrund. Die Frage der Abgrenzung zu den Interessen Dritter darf dabei aber nicht ganz untergehen.

SELLERT:

Frau Felix hatte sich noch zu Wort gemeldet. Bitte, Frau Felix.

FELIX:

Ich möchte noch einmal das grundsätzliche Verhältnis Öffentliches Recht, insbesondere Sozialrecht, und Privatrecht, insbesondere Unterhaltsrecht, in den Blick nehmen. Bei Ihrem Vortrag, Herr Lipp, ist ja sehr schön deutlich geworden, worin sich die Gebiete eigentlich unterscheiden. Das Zivilrecht ist durch eine individuelle Sichtweise geprägt. Sie haben das Stichwort Ausbildungsunterhalt angesprochen, wo man die Auffassung vertritt, dass eine starre Altersgrenze von 27 Jahren, wie das Sozialrecht sie kennt, den individuellen Bedürfnissen nicht Rechnung tragen würde. Das Öffentliche Recht hat damit überhaupt keine Probleme. Das Sozialrecht arbeitet seit jeher mit Altersgrenzen – 27 Jahre, jetzt 25 Jahre. Wir arbeiten mit sehr strikten Beträgen für das eigene Einkommen des Kindes, für den Bedarf und für vieles andere mehr. Das wird von Behörden umgesetzt – alles einfach und überschaubar. Dieser Unterschied zwischen Sozial- und Privatrecht führt nun aber dazu – und das finde ich dann bedenklich –, dass man häufig sagt: Das Unterhaltsrecht ist ja so kompliziert, lasst das doch das Sozialrecht machen. Gerade beim Thema Ausbildungsbedarf im Öffentlichen Recht gerät das Unterhaltsrecht dabei völlig aus dem Blick. Der BFH, der seit zehn Jahren für das Kindergeldrecht zuständig ist, sagt ganz rigoros: Egal, ob Sie Theaterwissenschaftler oder Fremdsprachenkorrespondent oder Jurist werden wollen, Sie dürfen vorher immer in das Ausland, um Sprachen zu lernen. Das ist gut für das weitere Leben – und das finanzieren wir über das Kindergeld. Das ist eine sehr weite Deutung des Begriffs Berufsausbildung, bei der man sich fragen muss, ob insoweit überhaupt ein Unterhaltsanspruch besteht. Wenn man die Zielsetzung des Kindergeldes berücksichtigt und überlegt, dass das Kindergeld dazu da ist, die Eltern mit Blick auf die Unterhalts-

pflicht gegenüber dem Kind steuerlich frei zu stellen, wird es problematisch, wenn gar keine Unterhaltspflicht besteht! Das Kindergeld läuft dann „auf eine ganz andere Schiene“. Darüber kann man diskutieren, aber man muss es sich klar machen. In anderen Bereichen erfolgt eine ganz gezielte Korrektur, Stichwort: Grundsicherung. Dabei ging es nicht nur um die alten Menschen, die nicht in Armut verharren sollten, sondern auch um die Ablösung des komplizierten Unterhaltsrechts. Nach dem Motto: Lasst uns doch die öffentlich-rechtliche Grundsicherung machen, Grenze 100.000 Euro; da ist das Gros der Kinder „außen vor“ und wir haben wieder eine klare schöne handhabbare Regelung.

SELLERT:

Da es keine weiteren Wortmeldungen gibt, haben Sie jetzt, Herr Lipp, das Schlusswort.

LIPP:

Vielleicht sollte ich noch ein paar provokante Thesen einstreuen. Frau Felix, Ihren Beitrag und den von Herrn Diederichsen möchte ich ganz zu Anfang zusammen aufgreifen, weil Sie ja beide das Beispiel des Ausbildungsunterhalts erwähnt haben. Ich sehe das ganz genauso wie Sie. Diese Systemdifferenz ist da, und natürlich spricht im Sozialrecht ganz viel für die Pauschalierung. Betrachtet haben wir das ja gestern am Beispiel der 345 Euro bei der Hartz IV-Gesetzgebung, die eben ganz wenigen zusätzlichen Bedarf anerkennt und heute stärker pauschaliert, als das Sozialrecht früher pauschaliert hat. Das ist natürlich aus Verwaltungssicht immer richtig und sinnvoll, und dagegen ist auch gar nichts einzuwenden. Umgekehrt ist das, wenn man es vom Unterhaltsrecht her sieht, denn da geht es um eine individuelle Einstandspflicht. Wenn man fragt, was legitimiert diese Unterhaltspflicht, ist es schon vom Grundsatz her schwierig, dann zu pauschalieren. Das kann man nur beim Existenzminimum tun, z. B. beim Existenzminimum des Kindes. Dort halte ich eine Pauschale für überzeugend, weil jeder das Existenzminimum bekommen muss. Wenn ich für jemandes Unterhalt einzustehen habe, dann muss ich ihm natürlich auch, sofern ich leistungsfähig bin, das Existenzminimum gewähren. Aber selbst hier sieht man schon bei der Leistungsfähigkeit, dass man den Unterhaltsanspruch nicht ohne Ansehen der Person und ihrer persönlichen Verhältnisse beurteilen kann. Insofern denke ich, ist es zwangsläufig, dass Unterhaltsrecht und Sozialrecht unterschiedlich bleiben. Das wirft natürlich immer wieder Abstimmungsprobleme auf. Das Beispiel der Grundsicherung zeigt, wie schwierig es ist, diese beiden Bereiche aufeinander abzustimmen.

Jetzt komme ich zu Herrn Ruland. Ich habe im Vortrag das regelungstechnische Modell der Grundsicherung beschrieben und Sie haben die Probleme angesprochen, die sich daraus ergeben. Ich kann es jetzt nicht mit Bestimmtheit

sagen, aber ich habe genau dieselbe Vermutung wie Frau Coester-Waltjen, dass der Ausschluss der Grundsicherung bei grob fahrlässiger Verschleuderung des Vermögens genau auf diesen Fall gemünzt ist. Das ist eine Anknüpfung an äußere Tatbestände, um den schwierigen Nachweis der Vermögensverschiebung zu ersparen. Diese können wir an sich zivilrechtlich mit dem Anfechtungsrecht erfassen, aber der Nachweis ist ja immer schwierig. Die Lösung im Grundsicherungsrecht macht das sozusagen sozialrechtlich handhabbar. Das zeigt, dass es verschiedene Mechanismen gibt, die schwierig aufeinander abzustimmen sind.

Noch einmal zurück zu Herrn Diederichsen, zum zweiten Punkt, nämlich der Veränderung der sozialen Verhältnisse und der Bedeutung der Rechtsprinzipien. Ich hoffe, deutlich gemacht zu haben, dass es immer um zwei Überlegungen geht, oder wenn man die Entlastung der öffentlichen Kassen mit einbezieht, um drei Gesichtspunkte. Die erste Überlegung ist der prinzipielle legitimatorische Ansatz, die zweite ist die Frage, wie sich das in der sozialen Realität auswirkt bzw. ob es notwendig ist, auf Veränderungen in dieser Realität zu reagieren, und die dritte Überlegung ist die Frage, wie es in den öffentlichen Kassen, im Sozialleistungssystem aussieht. Können wir uns das noch leisten, oder sind da nicht die Familienangehörigen näher dran? Diese drei Gesichtspunkte sind in unterschiedlicher Gewichtung stets relevant. Insofern hat sich im Laufe der Geschichte des BGB, die ich hier ganz kurz cursorisch vorgeführt habe, eigentlich nichts verändert. Diese Gesichtspunkte kommen schon in den Motiven zum BGB deutlich zum Ausdruck, und dieselben Gesichtspunkte beschäftigen uns heute ebenfalls. Ich bin etwas skeptisch, ob man mit Blick auf die Änderungen in den sozialen Verhältnissen die Frage nach Höhe und Dauer des nachehelichen Unterhalts tatsächlich so beantworten kann, wie Sie das vorschlagen. Ich hatte versucht, kurz anzudeuten, dass die wirtschaftliche Lage der Frauen, um die es dabei geht, sich meines Erachtens verändert, aber nicht verbessert hat. Es gibt, so hat man das zusammengefasst, mehr berufstätige Frauen, die sich aber dasselbe oder ein kleiner gewordenen Arbeitsvolumen oder Einkommen teilen. Das heißt, insgesamt hat sich die wirtschaftliche Lage der Frauen nicht verändert. Es gibt mehr teilzeitbeschäftigte Frauen, d. h. mehr Frauen, die arbeiten, aber es ist nicht so, dass die Frauen wirtschaftlich besser dastehen. Gerade die wirtschaftliche Lage der Frauen stand aber im Blick des Gesetzgebers des 1. EheRG, als er die heutige Regelung des nachehelichen Unterhalts schuf. Diese Lage ist heute praktisch wenig verändert. Man macht es sich, glaube ich, ein bisschen zu leicht, wenn man sagt, da hat sich etwas verändert und deswegen können wir jetzt den nachehelichen Unterhalt beschränken. Das heißt nicht, dass es vielleicht gute Gründe gibt, ihn in der einen oder anderen Form zu beschränken, nur wird man es nicht mit dieser Begründung tun können. Insofern halte ich den Entwurf des Unterhaltsrechtsänderungsgesetzes für problematisch. Die entscheidende Frage ist beim nachehelichen Unterhalt deshalb meines Erachtens diejenige nach den Rechtsprin-

zipien, oder nach der Legitimation, d. h. die Frage, woraus rechtfertigt sich der naheheliche Unterhalt? Das ist ziemlich unklar. Es werden ja verschiedene Begründungen angeboten. Bundesgerichtshof und Bundesverfassungsgericht haben beide den Gedanken der Teilhabe an dem, was man in der Ehe erwirtschaftet hat, und den der nachwirkenden Verantwortung für die gemeinsamen Entscheidungen in der Ehe angeführt. Entscheidend ist dann aber die Frage: Wie weit reicht diese Nachwirkung eigentlich?

Damit komme ich jetzt zu Ihnen, Frau Coester-Waltjen, weil Sie ganz kurz skizziert haben, wie ein Unterhaltsrecht aussehen, auf welchen Prinzipien es sich gründen könnte. Was die Verantwortung für das Kind angeht, sehe ich das ebenso wie Sie: Der Betreuungsunterhalt kann nicht von der Ehelichkeit abhängen. Ob man das unbedingt verfassungsrechtlich begründen muss, lasse ich hier offen. Wenn man den Grundgedanken des einheitlichen Kindschaftsrechts ernst nimmt, ist das meines Erachtens die Konsequenz, die daraus folgt. Wenn wir im BGB nicht mehr differenzieren zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern und der Verantwortung, die die Eltern gegenüber diesen Kindern haben, dann muss natürlich auch der Kindesunterhalt einheitlich beurteilt werden. Das gilt für alles, was letztlich für das Kind bestimmt ist. Dazu würde ich auch den Betreuungsunterhalt rechnen, auch wenn er rechtstechnisch dem Partner zusteht, der das Kind betreut, weil er materiell im Interesse des Kindes gewährt wird. Ich sehe das von dem Grundgedanken des Betreuungsunterhalts her ebenso wie Sie, und ich habe versucht, ein paar Folgerungen zu zeigen, die daraus sich ergeben, wenn man ihn ernst nimmt. Schwierigkeiten habe ich dagegen mit Ihrer Begründung des nahehelichen Unterhalts und des Verwandtenunterhalts, wo Sie den Elternunterhalt angesprochen haben. Solidarität sagt man ja gern. Das ist aber meines Erachtens nur eine Beschreibung dessen, dass man meint, hier soll es Unterhaltsansprüche geben. Das begründet den Unterhalt noch nicht. Woher kommt die Solidarität? Das ist die entscheidende Frage, und ich hatte versucht, dafür ein paar Begründungsansätze zu nennen. Dann wäre auf einer konkreteren Ebene zu fragen: Was begründet diese Solidarität, und in welchen Fällen soll es sie rechtlich geben? Soll sie nur zwischen Eltern und Kind gelten oder auch zwischen Großeltern und Enkeln?

Das leitet in gewisser Weise über zu Ihnen, Frau Schumann, zu der Frage nach dem Rang von Unterhaltsansprüchen. Die sittliche Pflicht kommt in den Motiven als Grundgedanke der Unterhaltspflicht ganz am Anfang zum Ausdruck. Danach sind es, wie ich versucht habe vorzuführen, vor allem praktische Überlegungen des Gesetzgebers, auf die soziale Realität bezogene. Eine Deduktion von diesen ganz allgemeinen Prinzipien bis hin zur konkreten Frage nach dem Rang im konkreten Fall gibt es nicht, und sie kann es meines Erachtens auch nicht geben. Man kann sicher noch so weit gehen und Folgendes sagen: Wenn das Kindeswohl der zentrale Gesichtspunkt ist, um den es geht, dann spricht vieles für den Vorschlag des Reformentwurfs, dass Kinder, gleich

welcher Herkunft, alle denselben Rang haben, und zwar den ersten vor allen anderen. Wenn man den Betreuungsunterhalt auf das Kindeswohl bezieht, spricht des Weiteren viel dafür, dass man dann diejenigen Elternteile als nächstes in den Blick nimmt, die das Kind derzeit betreuen. Dann bekommt man aber den auch in der Reformdiskussion im Zentrum stehenden schwierigsten Fall: Wie ist das mit der Frau, die das Kind früher betreut hat? Wenn nach der Scheidung diejenige Frau, die das Kind in der Ehe lange Jahre betreut hat, jetzt mit ihrem nahehelichen Unterhalt zurückstehen muss, ist das, glaube ich, die dramatischste Änderung, die mit der Unterhaltsrechtsreform verbunden ist. Danach würde nämlich die geschiedene Frau, die früher das gemeinsame Kind betreut hat, im Rang auch der jetzt aktuell ein gemeinsames Kind betreuenden neuen Partnerin nachstehen. Das scheint mir wertungsmäßig das schwierigste Problem. Eine Lösung lässt sich meines Erachtens aus diesen Grundprinzipien jedoch nicht deduzieren. Da spielen eine ganze Reihe von Gesichtspunkten eine Rolle, auch die Frage: Wie sieht die soziale Realität aus? Wie gut sind die Betroffenen abgesichert und inwieweit darf ich denn erwarten, dass sie heute sich tatsächlich selbst unterhalten? Wie steht es um die sozialrechtliche Absicherung usw.? Das sind alles Gesichtspunkte, die hierbei eine Rolle spielen, die sich aber nicht abstrakt und prinzipiell beantworten lassen.

Damit schlage ich einen Bogen zu Ihnen, Herr Eichenhofer. Natürlich geht es um dieselben Risiken, die abgesichert werden. Das ist, glaube ich, jetzt nochmals deutlich geworden. Hier gibt es manchmal eine Konkurrenz von Unterhaltsrecht und Sozialrecht, und wenn es richtig ausgestaltet ist, ein Zusammenwirken. Natürlich wird das Unterhaltsrecht erst aktuell, soweit nicht das Sozialrecht, unabhängig von der bestehenden Unterhaltspflicht, eine Leistung gewährt. Das ist ganz klar. Gerade bei der früheren Ehefrau ist das ja ein ganz entscheidender Punkt. Das unterstreicht unter sozialrechtlichen Aspekten das, was ich versucht habe, aus Sicht des Unterhaltsrechts an einigen Punkten zu zeigen: die Verbindungslinien zum Sozialrecht. Damit bin ich beim freiwilligen Unterhalt. Zugespitzt sagen Sie ja, die sozialrechtliche Bedarfsgemeinschaft sei eigentlich nichts anderes als der auf freiwilliger Unterhaltszahlung beruhende Unterhaltsverband. Das sehe ich ganz genauso. Das ist auch meines Erachtens der zutreffende Grund, warum man jetzt mit der Unterhaltsrechtsreform die neue Lebensgemeinschaft als Unterhaltsausschlussgrund ins Gesetz schreiben will. Die Rechtsprechung hat dieses Ergebnis im Laufe der Zeit entwickelt, damit aber immer die Schwierigkeit gehabt, dass dies als Schuldvorwurf erschien, weil man jetzt einen neuen Partner oder eine neue Partnerin habe. Das ist eigentlich nicht das, worum es in der Sache geht. Es gibt vielmehr eine neue Unterhaltsgemeinschaft. Unterhaltsrechtlich gesehen beendet die Wiederverheiratung den Unterhaltsanspruch ebenso wie die neue Unterhaltsgemeinschaft, denn dann habe ich eine neue Solidargemeinschaft und darf mich nicht mehr auf die alte verlassen. Bei der Stieffamilie ist die faktische Unterhaltsgemein-

schaft augenscheinlich, denn diese Solidargemeinschaft wird mit dem „kleinen Sorgerecht“ des Stiefelternteils auch vom Gesetz ausdrücklich anerkannt. Er kümmert sich nicht nur tatsächlich um dieses Kind, sondern hat auch gegenüber Dritten ein Recht, sich um das Kind zu kümmern, natürlich immer im Einverständnis mit dem sorgeberechtigten Elternteil.

Deswegen stimme ich Ihnen auch völlig zu, Herr Coester. Es gibt einen spezifisch im Familienrecht wurzelnden Rechtsgrund, oder vielleicht besser: je nach Zusammenhang verschiedene familienrechtlich begründete Rechtsgründe, für diese freiwilligen Leistungen innerhalb der Familie. Die Ausstattung ist ein gesetzlicher Fall, die unbenannte Zuwendung ein weiterer; das sehe ich genauso wie Sie. Ich habe auch einmal versucht zu begründen, dass diese Zuwendungen verschiedenartige familienrechtliche Gründe haben, die die Zuwendungen dann in einem gewissen Umfang auch im Verhältnis zu Dritten rechtsbeständig werden lassen. Das ist der entscheidende Punkt. Allerdings ist es derzeit so, dass die Rechtsprechung dies nicht anerkennt. Gerade im Erbrecht oder im Anfechtungsrecht qualifiziert sie diese Zuwendungen als Schenkungen mit der Begründung, die auch Frau Coester-Waltjen erwähnte, während der Ehe bestehe Gütertrennung. Auch wenn ich an sich nach dem Ende der Ehe verpflichtet bin, wegen des Zugewinnausgleichs meinen Ehegatten an meinem Zugewinn zu beteiligen, sei eine Zuwendung während der Ehe als Schenkung zu betrachten. Ich muss gestehen, dass das meines Erachtens mit dem Grundgedanken des gesetzlichen Güterstandes eklatant im Widerspruch steht. Es muss auch schon während der Ehe möglich sein, das freiwillig zu tun, wozu man nach der Ehe rechtlich verpflichtet ist. Das wäre meiner Ansicht nach eine Zuwendung mit einem familienrechtlichen Rechtsgrund, allerdings kein freiwilliger Unterhalt, sondern ein freiwilliger vorweggenommener Zugewinnausgleich.

Kindeswohl zwischen elterlicher und staatlicher Verantwortung

EVA SCHUMANN*

- I. Einführung
- II. Das Eltern-Kind-Staat-Verhältnis und das Menschenbild des Grundgesetzes
- III. Kindeswohl als Eingriffslegitimation: „Aufweichung“ der Kindeswohlgefährdungsschwelle als Folge staatlicher Bemühungen um eine Optimierung der Erziehung?
 1. Gesetz zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe vom 8. September 2005 (KICK)
 2. Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls vom 4. Juli 2008 (KiWoMaG)
 - a) Gründe für die Reform
 - b) Einzelne Präventionsmaßnahmen
 - c) Staatliche Erziehungsleitbilder und Kinderschutz
 3. Vom „negativen“ zum „positiven“ Kindeswohlstandard
 4. Ergebnis
- IV. Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab im Konflikt der nicht miteinander verheirateten Eltern?
 1. Elterliche Sorge
 2. Rechtsstellung des Vaters bei Freigabe des Kindes zur Adoption
 3. Von „guten“ und „schlechten“ Eltern
 4. Ergebnis
- V. Fazit und Ausblick

I. Einführung

Der Rechtsbegriff „Kindeswohl“ wird im Kindschaftsrecht mit unterschiedlichen Zielrichtungen eingesetzt. So ist erstens zwischen Normen mit positivem und negativem Kindeswohlstandard zu differenzieren,¹ d. h. zwischen Normen, die – wie § 1697a BGB – auf eine bestmögliche Verwirklichung des Kindeswohls zielen, und solchen, die das Kindeswohl wie die §§ 1666 ff. BGB vom negativen Standard ausgehend definieren. Zweitens ist nach den Adressaten und der Wirkungsweise dieser Normen zu differenzieren, d. h. zwischen Normen,

* Frau Wiss. Mitarbeiterin Cornelia Kraus danke ich für vielfache Hilfe.

1 Zu den Begriffen „positiver“ und „negativer Kindeswohlstandard“ vgl. MICHAEL COESTER, Die Bedeutung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes (KJHG) für das Familienrecht, FamRZ 1991, S. 253 ff., 255; DERS., Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983, S. 171; JOACHIM GERNHUBER, Kindeswohl und Kindeswille, FamRZ 1973, S. 229, 232 f.

die sich wie die Erziehungsleitbilder mit Appellfunktion an die Eltern richten (§ 1626 II BGB, § 1631a BGB, §§ 1626 III, 1684 I, II, 1685 I, II BGB, § 1631 II BGB) und solchen, die den Staat als Adressaten in Anspruch nehmen, und zwar einerseits in seiner Funktion als Wächter (die Kindeswohlgefährdung begründet dann die Eingriffslegitimation) oder andererseits als Schlichter im Elternkonflikt (in diesem Fall dient das Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab; so insbesondere in § 1671 II Nr. 2 BGB).²

Historisch betrachtet ist der Rechtsbegriff „Kindeswohl“ noch sehr jung;³ das BGB von 1900 erwähnte das Kindeswohl lediglich in einer Norm und zwar in § 1666 BGB.⁴ Die darin enthaltene *Eingriffslegitimation bei einer Kindeswohlgefährdung* stellte im Verhältnis zu Vorläufernormen (etwa im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten)⁵ insofern eine Neuerung dar, als erstmals anstelle einzelner konkreter Missbrauchsfälle der unbestimmte Rechtsbegriff des „Kindeswohls“ verwendet wurde.

Bedeutung für die Entscheidung des Staates als Schlichter im Elternkonflikt erlangte das Kindeswohl erst mit Einführung des Zerrüttungsprinzips durch das

-
- 2 Für die staatliche Entscheidung im Elternkonflikt gilt der positive Kindeswohlstandard nur relativ, d. h. im Verhältnis der Eltern zueinander. Die Entscheidung zur Schlichtung des Elternkonflikts muss im Hinblick auf das Kindeswohl die *relativ beste Lösung* darstellen, so auch MATTHIAS JESTAEDT, in: RUDOLF DOLZER/KARIN GRASSHOF/KLAUS VOGEL, Bonner Kommentar zum Grundgesetz (Stand: 8/2007), Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 44, 117 (mit Kritik an BVerfG FamRZ 1994, S. 223, 224); zur Schlichterfunktion des Staates insgesamt Rn. 16 ff.
 - 3 An Bedeutung hat der Kindeswohlbegriff erst in den letzten dreißig Jahren gewonnen – dies gilt für die nationale wie die internationale Ebene (im GG und auch in der EMRK ist er noch nicht enthalten). In völkerrechtlichen Übereinkommen findet er sich erstmals in der UN-Kinderrechtskonvention von 1989, z. B. Art. 9 III UN-Kinderrechtskonvention (*the child's best interests*). Kritisch zum Kindeswohl als (Verfassungs-)Rechtsbegriff insbesondere JESTAEDT (Anm. 2), Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 32: „Die Offenheit der Kategorie ist nicht minder Chance als Gefahr, Chance für kind- und familiengerechte Entscheidungen im Einzelfall, Gefahr der Ideologiefälligkeit und der Instrumentalisierung des Rechts für modische Zeitgeistströmungen.“
 - 4 § 1666 BGB 1900: „Wird das geistige oder leibliche Wohl des Kindes dadurch gefährdet, daß der Vater das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbraucht, das Kind vernachlässigt oder sich eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht, so hat das Vormundschaftsgericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln zu treffen. Das Vormundschaftsgericht kann insbesondere anordnen, daß das Kind zum Zwecke der Erziehung in einer geeigneten Familie oder in einer Erziehungsanstalt oder einer Besserungsanstalt untergebracht wird.“
 - 5 ALR II 2 § 90: „Sollten Aeltern ihre Kinder grausam mißhandeln; oder zum Bösen verleiten; oder ihnen den nothdürftigen Unterhalt versagen: so ist das vormundschaftliche Gericht schuldig, sich der Kinder von Amts wegen anzunehmen.“ ALR II 2 § 91: „Nach Befund der Umstände kann den Aeltern, in einem solchen Falle, die Erziehung genommen, und auf ihre Kosten andern zuverlässigen Personen anvertraut werden.“

Ehegesetz von 1938.⁶ Seitdem sind für die Zuweisung der Personensorge im Falle der Scheidung nicht mehr die Scheidungsschuld oder Kriterien wie Alter und Geschlecht des Kindes maßgeblich, vielmehr dient nun das Kindeswohl als *Entscheidungsmaßstab im Elternkonflikt*.⁷

Schließlich wurde in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts das Kindeswohl noch in einer dritten Kategorie von Normen verankert, die als staatliche *Erziehungsleitbilder* bezeichnet werden.⁸ Ihre Bedeutung ist nicht nur auf die Appellfunktion beschränkt, wenngleich die Leitbilder primär auf einen Bewusstseinswandel bei den Eltern abzielen, vielmehr beeinflussen sie auch die staatliche Entscheidung im Elternkonflikt.⁹

Ausgangspunkt für diese dritte Kategorie von Normen war das 1958 in Kraft getretene *Gleichberechtigungsgesetz*,¹⁰ das die elterliche Gewalt Vater und Mutter gemeinsam zuwies und den Eltern aufgab (§ 1627 BGB 1958), die elterliche Gewalt im gegenseitigen Einvernehmen zum Wohle des Kindes aus-

6 *Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet* vom 6. Juli 1938, RGBl. I, S. 807.

7 Zu § 81 EheG 1938 (1938–1946) und zu den Folgenormen § 74 EheG 1946 (1946–1958) und §§ 1671, 1672 BGB (1958–1980) vgl. KATHARINA PARR, *Das Kindeswohl in 100 Jahren BGB*, Diss. iur., Würzburg 2005, S. 66, 80, 89 ff. Auch das Recht des nicht sorgeberechtigten Elternteils auf persönlichen Verkehr wurde erstmals 1938 unter den Vorbehalt des Kindeswohls gestellt, § 82 EheG 1938 (1938–1946); §§ 1635 f. BGB (1900–1938) sahen dies hingegen nicht vor. Dazu und zu den Folgenormen § 75 EheG 1946 (1946–1958) und § 1634 BGB (1958–1980) vgl. PARR, S. 29, 34, 67, 84, 96. Als erklärtes Ziel der Einführung des Kindeswohls als Entscheidungsmaßstab im Elternkonflikt gibt PARR, S. 78 f. den Ausbau des Einflusses der Gerichte auf die Kindererziehung zur Umsetzung nationalsozialistischer Erziehungs Ideale an.

8 Etwa BT-Dr. 7/2060, S. 16; BT-Dr. 14/1247, S. 7; ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Elternrecht – Recht des Kindes – Recht des Staates*, Zur Theorie des verfassungsrechtlichen Elternrechts und seiner Auswirkung auf Erziehung und Schule, in: JOSEPH KRAUTSCHEIDT/HEINER MARRÉ (Hrsg.), *Essener Gespräche zum Thema Kirche und Staat*, Bd. 14, 1980, S. 54, 65 ff.; WOLFGANG ROTH, *Die Grundrechte Minderjähriger im Spannungsfeld selbständiger Grundrechtsausübung, elterlichen Erziehungsrechts und staatlicher Grundrechtsbindung*, 2003, S. 132 (Fn. 253). JESTAEDT (Anm. 2), Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 109, 283 spricht von Erziehungsleitlinien.

9 Bei der vom Staat als Schlichter zu treffenden, für das Kindeswohl relativ besten Lösung kann neben anderen Faktoren wie dem Kontinuitätsprinzip, den Bindungen und dem Willen des Kindes im Rahmen des Förderprinzips auch eine Rolle spielen, in welchem Umfang die Erziehung an den staatlichen Leitbildern ausgerichtet ist. Vgl. dazu auch JESTAEDT (Anm. 2), Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 48; MICHAEL COESTER, in: J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Neubearbeitung 2004), § 1671 BGB, Rn. 198 f.

10 *Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts* vom 18. Juni 1957, BGBl. I, S. 609.

zuüben,¹¹ und damit erstmals im Kindschaftsrecht das Kindeswohl zur Maxime elterlichen Handelns erhob.

Mit dem 1980 in Kraft getretenen *Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge* vom 18.7.1979¹² wurden die Vorgaben für eine kindeswohl-orientierte Erziehung weiter konkretisiert und optimiert, insbesondere leitete die Umwandlung der elterlichen Gewalt in die elterliche Sorge den Wandel vom Über- und Unterordnungsverhältnis hin zu einem mit zunehmendem Alter des Kindes auf Partnerschaft beruhenden Eltern-Kind-Verhältnis ein. Ausdruck dieses neu definierten Eltern-Kind-Verhältnisses waren Normen wie etwa die §§ 1626 II und 1631a BGB 1980, die von den Eltern Rücksichtnahme auf die wachsende Selbständigkeit, auf Wünsche und Neigungen des Kindes verlangen,¹³ aber auch das in § 1631 II BGB 1980 enthaltene Verbot entwürdigender Erziehungsmaßnahmen und die in die damalige Umgangsregelung aufgenommene Wohlverhaltensklausel (1634 I 2 BGB 1980).¹⁴

Mit dieser sehr weit reichenden inhaltlichen Ausgestaltung des Eltern-Kind-Verhältnisses stellte sich erstmals die Frage, ob und gegebenenfalls welche Konsequenzen an eine gegen diese Leitbilder verstoßende Erziehung geknüpft sind, solange die Schwelle einer Kindeswohlgefährdung nicht erreicht ist.¹⁵ Obwohl der Gesetzgeber damals und auch bei späteren Reformen – selbst bei der Einführung des Rechts auf gewaltfreie Erziehung im Jahre 2000¹⁶ – immer

11 Zu § 1627 BGB vgl. PARR (Anm. 7), S. 88.

12 BGBl I, S. 1061.

13 Nach § 1626 II BGB und § 1631a BGB haben die Eltern insbesondere Fragen der elterlichen Sorge je nach Entwicklungsstand des Kindes mit diesem zu besprechen und Einvernehmen anzustreben, in Ausbildungs- und Berufsfragen auf die Eignung und Neigung des Kindes Rücksicht zu nehmen, das Kind aktiv in den Erziehungsprozess einzubinden und es mit entsprechenden Entscheidungs- und Mitwirkungsrechten auszustatten. Den stärksten Ausdruck fand das Gebot zur Rücksichtnahme in der neuen Generalklausel des § 1618a BGB, wenngleich die gegenseitige Verpflichtung zu Beistand und Rücksicht in der familiengerichtlichen Praxis von untergeordneter Bedeutung blieb.

14 Obwohl § 1631 II BGB ausdrücklich entwürdigende Erziehungsmaßnahmen verbot, blieb das elterliche Züchtigungsrecht bestehen. Dazu und zur neu eingeführten Wohlverhaltensklausel in § 1634 I 2 BGB vgl. PARR (Anm. 7), S. 120 ff., 133 f. Eine weitere Optimierung erfolgte durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz von 1998, insbesondere durch die Regelung des § 1626 III BGB, die vorsieht, dass zum Wohl des Kindes in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen und mit gewissen Einschränkungen auch zu anderen Bezugspersonen gehört.

15 Dazu auch ROTH (Anm. 8), S. 192.

16 § 1631 II BGB wurde in mehreren Stufen reformiert: Zunächst wurden 1980 entwürdigende Erziehungsmaßnahmen verboten, 1998 wurde dann das Misshandlungsverbot aufgenommen und im Jahr 2000 das Recht auf gewaltfreie Erziehung festgeschrieben. Dazu PARR (Anm. 7), S. 160 ff.; MICHAEL COESTER, Elterliche Gewalt, in: SYBILLE HOFER/DIETHELM KLIPPEL/UTE WALTER (Hrsg.), Perspektiven des Familienrechts, Festschrift für Dieter Schwab, 2005, S. 747, insb. S. 751 ff.

wieder darauf hingewiesen hat, dass die Erziehungsleitbilder nur programmatischen Charakter ohne familienrechtliche Sanktionsbewehrung hätten,¹⁷ liegt es doch nahe, dass diese Leitbilder bei der Interpretation des § 1666 BGB Berücksichtigung finden und auf Dauer zu einer Herabsenkung der Kindeswohlgefährdungsschwelle führen¹⁸ oder bereits unterhalb dieser Schwelle eine staatliche Kontrolle und Steuerung der elterlichen Verantwortung geradezu herausfordern (dazu unten III.).

II. Das Eltern-Kind-Staat-Verhältnis und das Menschenbild des Grundgesetzes

Das Spannungsverhältnis zwischen den am positiven Kindeswohlstandard ausgerichteten Erziehungsleitbildern und dem zum Eingriff legitimierenden negativen Standard der Kindeswohlgefährdung besteht auch auf der Verfassungsebene, denn die im Kindschaftsrecht formulierten Leitbilder sind nicht nur Ausdruck staatlicher Optimierungsbemühungen, sondern vor allem Ausfluss der dem Kind als Grundrechtsträger zustehenden Rechte auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, auf körperliche Unversehrtheit und auf Achtung der Menschenwürde.¹⁹ Die pflichtgebundene Wahrnehmung der Elternverantwortung müsse daher – so das BVerfG – die Entwicklung des Kindes „zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft [...]“, wie sie dem Menschenbilde des Grundgesetzes entspricht“, zulassen.²⁰

17 So etwa BT-Dr. 8/2788, S. 35. Dazu auch PARR (Anm. 7), S. 173 f.

18 So auch COESTER (Anm. 16), S. 758 (mwN): „Es liegt jedoch auf der Hand, dass die gesetzliche Bewertung in § 1631 II BGB Ausstrahlungswirkungen auf die Interpretation der Vorschriften des Kindesschutzrechtes, des übrigen Familienrechts sowie der gesamten Rechtsordnung haben muss. Dies gilt insbesondere für die Gefährdungsschwelle des § 1666 I BGB, die in Bezug auf körperliche Bestrafung deutlich nach unten abgesenkt ist.“ Warnend auch schon WILLI GEIGER, Kraft und Grenze der elterlichen Erziehungsverantwortung unter den gegenwärtigen gesellschaftlichen Verhältnissen, in: JOSEPH KRAUTSCHEIDT/HEINER MARRÉ (Hrsg.), Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 14, 1980, S. 9, 24 ff.

19 Eine kindeswohlorientierte Erziehung setzt somit die Achtung der Grundrechte des Kindes voraus, vgl. BVerfGE 72, S. 155 zur Vermögenssorge (Leitsatz): „Es ist mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht Minderjähriger (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) nicht vereinbar, daß Eltern ihre Kinder kraft elterlicher Vertretungsmacht (§ 1629 BGB) [...] finanziell unbegrenzt verpflichten können.“ Nicht sehr überzeugend fällt jedoch die Begründung (S. 172 f.) aus: Es bestehe eine Eingriffsbefugnis des Staates aus Art. 6 II 2 GG bei einer Kindeswohlgefährdung, die hier unterstellt werden müsse. Dazu auch JESTAEDT (Anm. 2), Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 38, 132 ff.

20 BVerfGE 24, S. 119, 144: „Das Kind ist ein Wesen mit eigener Menschenwürde und dem eigenen Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit im Sinne der Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG. Eine Verfassung, welche die Würde des Menschen in den Mittelpunkt ihres Wertsystems stellt, kann bei der Ordnung zwischenmenschlicher Beziehungen

Anhaltspunkte für eine dem Menschenbild des Grundgesetzes entsprechende Erziehung können die in den Länderverfassungen²¹ und dem einfachen Recht formulierten Erziehungsziele geben,²² etwa die familienrechtlichen Erziehungsleitbilder oder die in § 1 I SGB VIII enthaltene Formel von einer Erziehung des Kindes zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit. Indessen darf nicht übersehen werden, dass diese Erziehungsziele nur die staatliche Gemeinschaft, nicht aber die Eltern in ihrem naturrechtlich begründeten Recht auf Erziehung binden.²³

Daher hat das BVerfG auch immer betont, dass Art. 6 II 1 GG den Eltern das Recht einräumt, „die Pflege und Erziehung ihrer Kinder nach ihren eigenen Vorstellungen frei zu gestalten“ und sie „insoweit [...] Vorrang vor anderen Erziehungsträgern“ genießen.²⁴ Dieses *Erziehungsprimat* diene dem Schutz des Kindes, weil „in aller Regel Eltern das Wohl des Kindes mehr am Herzen liegt als irgendeiner anderen Person oder Institution“.²⁵ Art. 6 II 1 GG gewährt somit den Eltern bis zur Schwelle der Gefährdung des Kindeswohls das Grundrecht auf Verwirklichung ihrer persönlichen Erziehungsvorstellungen.²⁶

grundsätzlich niemandem Rechte an der Person eines anderen einräumen, die nicht zugleich pflichtgebunden sind und die Menschenwürde des anderen respektieren. Die Anerkennung der Elternverantwortung und der damit verbundenen Rechte findet daher ihre Rechtfertigung darin, daß das Kind des Schutzes und der Hilfe bedarf, um sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft zu entwickeln, wie sie dem Menschenbilde des Grundgesetzes entspricht [...].“ Dazu HANS-UWE ERICHSEN, Elternrecht – Kindeswohl – Staatsgewalt, Zur Verfassungsmäßigkeit staatlicher Einwirkungsmöglichkeiten auf die Kindeserziehung durch und aufgrund von Normen des elterlichen Sorgerechts und des Jugendhilferechts, 1985, S. 40 f.; JESTAEDT (Anm. 2), Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 105 ff. mwN. Kritisch zur Menschenbildformel HORST DREIER, in: DERS., Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 1 I GG, Rn. 169 („Ideologieanfälligkeit“; „inflationäre Inanspruchnahme“).

- 21 Etwa Art. 12 I Verfassung Baden-Württemberg; Art. 126 I, 131 II Verfassung Bayern; Art. 28 Verfassung Brandenburg; Art. 23, 26 Verfassung Bremen; Art. 55 Verfassung Hessen; Art. 25 Verfassung Rheinland-Pfalz; Art. 24 I Verfassung Saarland; Art. 22 Verfassung Thüringen. Einen Überblick gibt JESTAEDT (Anm. 2), Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 370 ff.
- 22 BVerfGE 7, S. 320, 323. Dazu umfassend PETER HÄBERLE, Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat, 1981.
- 23 So auch ROTH (Anm. 8), S. 136: „Solange nicht die durch die Gesetze einschließlich der Strafgesetze gezogenen äußersten Grenzen überschritten sind, sind die Eltern daher (verfassungs)rechtlich nicht gehindert, ihre Kinder auch in einer radikalen Gesinnung zu erziehen. Es ist Aufgabe von Schule, Medien und Öffentlichkeit, durch Aufklärung und Diskussion hier ein Gegengewicht zu setzen, um einer solchen irreführenden Erziehung entgegenzuwirken.“
- 24 BVerfGE 24, S. 119, 143. Dazu auch ERICHSEN (Anm. 20), S. 51 ff.
- 25 BVerfGE 61, S. 358, 371.
- 26 Zum Verhältnis von Elternverantwortung und Kindeswohl vgl. JESTAEDT (Anm. 2), Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 38 ff., 42, 96 mwN.

Mit dieser Rechtsprechung hat sich das BVerfG in die Tradition der Väter und Mütter des Grundgesetzes gestellt, die bewusst davon abgesehen hatten, das Elternrecht – wie etwa in der Weimarer Reichsverfassung²⁷ – an bestimmte staatliche Erziehungsziele zu knüpfen,²⁸ und zudem den Vorrang elterlicher vor staatlicher Verantwortung in Abgrenzung zu den Erfahrungen der NS-Zeit besonders betonten:

„Weil wir im Nationalsozialismus erlebt haben, wie notwendig die Sicherung des Elternrechts ist, ist es zu verstehen, daß verantwortungsbewußte Eltern heute von diesem Elternrecht mehr sprechen, als es vor 1919 der Fall gewesen ist. [...] Uns geht es vor allem um die *Sicherung* der *Freiheit* und des *Gewissens*, der *Persönlichkeit* und ihres Schutzes gegen die Auffassung, daß der Staat das Primäre und Herrschende ist und der Mensch in einem sekundären Verhältnis dazu steht.“²⁹

27 In Art. 120 der Weimarer Reichsverfassung v. 11.8.1919 war das Erziehungsrecht der Eltern erstmals formuliert (die Reichsverfassung von 1871 enthielt noch kein entsprechendes Recht): „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.“ Zu beachten ist auch, dass in Art. 120 WRV die Erziehung noch an erster Stelle als oberste Pflicht und erst an zweiter Stelle als natürliches Recht der Eltern genannt wurde, während in Art. 6 II GG bewusst in umgekehrter Reihenfolge angeordnet wurde, dass die Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht ist. Zu Art. 120 WRV vgl. PARR (Anm. 7), S. 54 ff.

28 Insoweit unterscheidet sich das Elternrecht des Grundgesetzes auch von Art. 38 IV der DDR-Verfassung in der Fassung vom 7. Oktober 1974, der den Eltern aufgab, ihre Kinder zu staatsbewussten Bürgern zu erziehen: „Es ist das Recht und die vornehmste Pflicht der Eltern, ihre Kinder zu gesunden und lebensfrohen, tüchtigen und allseitig gebildeten Menschen, zu staatsbewussten Bürgern zu erziehen. Die Eltern haben Anspruch auf ein enges und vertrauensvolles Zusammenwirken mit den gesellschaftlichen und staatlichen Erziehungs- und Bildungseinrichtungen.“ Vgl. auch Art. 31 der DDR-Verfassung vom 7. Oktober 1949: „Die Erziehung der Kinder zu geistig und körperlich tüchtigen Menschen im Geiste der Demokratie ist das natürliche Recht der Eltern und deren oberste Pflicht gegenüber der Gesellschaft.“

29 Abgeordnete HELENE WESSEL (Zentrum), Protokolle zu den Verhandlungen des Parlamentarischen Rats, 10. Sitzung, 8. Mai 1949, S. 214; vgl. auch S. 215: „In dieser Betrachtungsweise ist die Familie auch eine soziale Ordnung, und der Familie obliegt die primäre Verantwortung für den Nachwuchs. Das bedeutet, daß die Verpflichtung für die Erziehung der Kinder den Eltern verbleibt; denn sie machen die Kinder zuerst gesellschaftsreif, und nicht eine staatliche Ordnung.“ Dementsprechend beschrieb der Vorsitzende des Ausschusses für Grundsatzfragen und Grundrechte des Parlamentarischen Rates, HERMANN v. MANGOLDT, in der ersten Auflage des Bonner Grundgesetzkommentars (Das Bonner Grundgesetz, 1. Aufl. 1953, Art. 6 GG, Anm. 3) die verfassungsrechtliche Verankerung des Elternrechts als Reaktion auf „die in der Zeit des Nationalsozialismus immer stärker geübte Praxis, an die Stelle des erzieherischen Einflusses der Eltern die staatliche Gemeinschaftserziehung treten zu lassen“.

In diesem Sinne hat das BVerfG auch das Spannungsverhältnis zwischen positivem und negativem Kindeswohlstandard dahingehend aufgelöst, dass dem Staat *nicht* die Aufgabe zukomme, „gegen den Willen der Eltern für eine den Fähigkeiten des Kindes bestmögliche Förderung zu sorgen“, sondern dass ein staatlicher Eingriff in das Elternrecht stets das Überschreiten der Vertretbarkeitsgrenze voraussetze. Bis zum Erreichen der Grenze des negativen Kindeswohlstandards können Eltern daher „grundsätzlich frei von staatlichem Einfluss nach eigenen Vorstellungen darüber entscheiden, wie sie [...] ihrer Elternverantwortung gerecht werden wollen“ (*Interpretationsprimat*). Ziele, Inhalt und Methoden der elterlichen Erziehung liegen in ihrem Verantwortungsbereich und demzufolge müssen sich Kinder auch mit etwaigen Nachteilen der elterlichen Erziehung, d.h. mit einer Abweichung vom positiven Kindeswohlstandard, abfinden.³⁰

Damit ist aber der Vorrang elterlicher vor staatlicher Verantwortung selbst Bestandteil des Menschenbildes des Grundgesetzes und bündelt in diesem Bild die Bedeutung des Erziehungsprimats für die einzelnen Familienmitglieder (Eltern wie Kinder), aber auch für die Gemeinschaft.³¹ Dem Menschenbild des Grundgesetzes entspricht es, dass *Eltern* ihre Kinder zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten innerhalb der sozialen Gemeinschaft erziehen und dass *Kinder* diese Entwicklung unter der Verantwortung ihrer Eltern erleben dürfen. Die an die natürliche Elternliebe geknüpfte Einbindung des Kindes in eine Familie beinhaltet einen eigenständigen Wert, der sich gerade dadurch auszeichnet, dass

30 So BVerfGE 59, S. 360, 376; 60, S. 79, 88, 94 (ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 24, S. 119, 145); jüngst wieder BVerfGE 107, S. 104, 117 f.: „Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG garantiert den Eltern das Recht auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder. Sie können grundsätzlich frei von staatlichem Einfluss nach eigenen Vorstellungen darüber entscheiden, wie sie ihrer Elternverantwortung gerecht werden wollen [...]. Ziel, Inhalt und Methoden der elterlichen Erziehung liegen im Verantwortungsbereich der Eltern. Konkrete Erziehungsziele sind ihnen von Verfassungs wegen nicht vorgegeben. Art. 6 Abs. 2 GG schützt die Eltern damit vor staatlichen Eingriffen bei der Ausübung ihres Erziehungsrechts und verbindet dies mit der Verpflichtung, das Wohl des Kindes zur obersten Richtschnur der Erziehung zu machen [...]. [...] Der Staat muss vielmehr stets den Vorrang der elterlichen Erziehung achten. Zudem gilt auch hier der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Art und Ausmaß des Eingriffs bestimmen sich nach dem Grad des Versagens der Eltern und danach, was im Interesse des Kindes geboten ist [...].“ Auch ROTH (Anm. 8), S. 117 ff. spricht den Eltern die „Definitionscompetenz“ für das Kindeswohl zu.

31 Für WILLI GEIGER, Menschenrecht und Menschenbild in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, in: WOLFGANG ZEIDLER/THEODOR MAUNZ/GERD ROELLECKE (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Faller, 1984, S. 3, 11 gehört zum Menschenbild des Grundgesetzes auch, dass der Mensch Glied der Familie ist; daher sei das natürliche Recht der Eltern in Art. 6 II GG Ausfluss und Bestandteil des Menschenbildes des Grundgesetzes.

das Familienleben eine Entfaltung innerhalb eines staatsfreien Raumes zulässt.³² Zudem bewahrt der Vorrang elterlicher vor staatlicher Verantwortung – als für die Gemeinschaft nicht zu unterschätzender positiver Nebeneffekt – die Vielfältigkeit der Meinungen in der Fortentwicklung der Gesellschaft und die Pluralität der Werthaltungen.³³

III. Kindeswohl als Eingriffslegitimation: „Aufweichung“ der Kindeswohlgefährdungsschwelle als Folge staatlicher Bemühungen um eine Optimierung der Erziehung?

Zur Wahrung des in Art. 6 II GG enthaltenen Vorrangs elterlicher vor staatlicher Verantwortung sind folgende Vorgaben zu beachten: (1) Elternverantwortung und Kindeswohl bilden keinen Gegensatz, sondern eine Einheit, d. h. es gilt die widerlegbare Vermutung, dass Eltern sich bei Wahrnehmung ihrer Elternverantwortung von Natur aus vom Kindeswohl leiten lassen. (2) Diese Vermutung gilt bis zur Grenze einer Gefährdung des Kindeswohls, d. h. der Staat ist als Wächter erst dann zu einem Eingriff in das Elternrecht legitimiert, wenn die Gefahr ein solches Maß erreicht hat, dass bei Fortbestand der Situation mit ziemlicher Sicherheit eine erhebliche Schädigung des Kindeswohls zu erwarten ist. Liegen diese Voraussetzungen vor, so müssen die staatlichen Maßnahmen – unter dem Vorbehalt des Kindeswohls – auf Wiederherstellung der elterlichen Verantwortung gerichtet sein.³⁴ (3) Unterhalb der Kindeswohl-

32 Dazu MARTIN MODEREGGER, Der verfassungsrechtliche Familienschutz und das System des Einkommenssteuerrechts, 1991, S. 26 ff. mwN.

33 ROTH (Anm. 8), S. 123. Diesem Verständnis entspricht es auch, von einem offenen Menschenbild des Grundgesetzes auszugehen und die Garantie des Art. 1 I GG als Recht auf das je eigene Menschenbild zu begreifen; so WOLFRAM HÖFLING, in: MICHAEL SACHS, Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 1, Rn. 36, 37. In aller Deutlichkeit auch schon HÄBERLE (Anm. 22), S. 87 f.: „Unter ‚Orientierungswerten‘ werden hier jene Richtpunkte, Leitlinien, ‚Ideale‘, ‚Bindungen‘, ‚Ligaturen‘ (i.S. Dahrendorfs) verstanden, die das sozialetische Verhalten des Bürgers im Alltag bestimmen. [...] Die Mittel des Rechts, diese Orientierung auch praktisch zu erreichen, sind *begrenzt*. In einem freieheitlichen Gemeinwesen müssen sie *begrenzt* sein – eben dies sichert seinen Pluralismus. Verfassung und Rechtsordnung können und dürfen nur Anhaltspunkte geben; vieles muß die offene Gesellschaft ‚im Laufe der Zeit‘ ohne deren mit juristischen Sanktionen ‚bewehrte Hilfe‘ leisten.“ Vgl. weiter MATTHIAS PECHSTEIN, Familiengerechtigkeit als Gestaltungsgebot für die staatliche Ordnung, Zur Abgrenzung von Eingriff und Leistung bei Maßnahmen des sog. Familienlastenausgleichs, 1994, S. 82 ff.

34 So auch JESTAEDT (Anm. 2), Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 178: „Die Rechtsmacht zum Einschreiten ist – in Tatbestand wie Rechtsfolge – auf das Elternrecht bezogen: es setzt das Versagen der Eltern im Hinblick auf deren Elternverantwortung voraus, und es ist auf tunlichste Wiederherstellung der Elternverantwortung gerichtet.“ Zur Gefährdungsschwelle des § 1666 BGB umfassend MICHAEL COESTER, Inhalt und Funktionen

gefährdungsschwelle besteht nur die Möglichkeit, den Eltern und auch den Kindern Beratungs- und Unterstützungsangebote auf freiwilliger Basis – wie sie im Kinder- und Jugendhilfegesetz (SGB VIII) vorgesehen sind – zu unterbreiten.³⁵ Aus der Subsidiarität des Wächteramtes folgt somit nicht nur, dass der Staat erst bei Erreichen der Kindeswohlgefährdungsschwelle eingreifen darf, sondern auch, dass er unterhalb dieser Schwelle nur von den Eltern als Miterzieher zugelassen werden kann.

Anhand dieser Vorgaben sollen die Reform des Kinder- und Jugendhilfegesetzes und die aktuellen Reformen des Familien(verfahrens)rechts, die einerseits eine Stärkung der Stellung des Jugendamtes und der Familiengerichte (auch in gemeinsamer Verantwortung) gegenüber den Eltern und andererseits eine Relativierung der Kindeswohlgefährdungsschwelle des § 1666 BGB vorsehen, auf den Prüfstand gestellt werden.

1. Gesetz zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe vom 8. September 2005 (KICK)

Seit der Reform des SGB VIII durch das *Gesetz zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe* vom 8.9.2005 (sog. KICK)³⁶ sind Eltern bereits im Vorfeld einer Kindeswohlgefährdung verpflichtet, mit dem Jugendamt zusammenzuarbeiten. Zur *Abschätzung eines Gefährdungsrisikos* wurde in § 8a SGB VIII dem Jugendamt ein Recht auf Informationsbeschaffung eingeräumt und den Eltern die Pflicht zur Mitwirkung auferlegt,³⁷ weil der Gesetzgeber glaubte, nur mit einer Stärkung der Verantwortung des Jugendamtes gegenüber den

des Begriffs der Kindeswohlgefährdung – Erfordernis einer Neudefinition?, in: VOLKER LIPP/EVA SCHUMANN/BARBARA VEIT (Hrsg.), Kinderschutz bei Kindeswohlgefährdung – neue Mittel und Wege?, 6. Göttinger Workshop zum Familienrecht, 2008, S. 23 ff.

35 Zu den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Kinder- und Jugendhilfe vgl. JESTAEDT (Anm. 2), Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 306 ff.; DERS., in: JOHANNES MÜNDELER/REINHARD WIESNER (Hrsg.), Kinder- und Jugendhilferecht, 2007, S. 109 ff. Vgl. weiter PAUL WAGENER, Prävention familiärer Krisen durch Einsatz einer „Familienhebamme“, FamRZ 2008, S. 457, 461.

36 BGBl I, S. 2729. Die erweiterten Befugnisse des Jugendamtes wurden im Schrifttum überwiegend begrüßt, vgl. etwa WALTER RÖCHLING, Die Reform des SGB VIII durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe, FamRZ 2006, S. 161, 162 f.; DERS., Überlegungen zum Entwurf eines Gesetzes des Freistaates Bayern vom 3.5.2006 zur Änderung des § 1666 BGB und weiterer Vorschriften, FamRZ 2006, S. 1732, 1737; REINHARD WIESNER, Schutzauftrag des Jugendamtes bei Kindeswohlgefährdung, FPR 2007, S. 6, 9; THOMAS MEYSEN/GILA SCHINDLER, Schutzauftrag bei Kindeswohlgefährdung: Hilfreiches Recht beim Helfen, JAmt 2004, S. 449 ff.

37 BT-Dr. 15/3676, S. 30 (nach Ansicht des Gesetzgebers ergibt sich die Pflicht zur Mitwirkung an der Klärung der Risikoabwägung aus dem Pflichtcharakter des Elternrechts nach Art. 6 II 1 GG). Kritisch dazu JOHANNES MÜNDELER u.a. (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum SGB VIII: Kinder- und Jugendhilfe, 5. Aufl. 2006, § 8a SGB VIII, Rn. 22.

Eltern³⁸ dem verfassungsrechtlich verankerten Schutzauftrag der Kinder- und Jugendhilfe³⁹ zur Abwendung von Gefahren für das Kindeswohl effektiv entsprechen zu können. Sind die Eltern nicht bereit, an der Abschätzung des Gefährdungsrisikos mitzuwirken (etwa weil sie die befürchteten Folgen anders beurteilen),⁴⁰ so *hat* das Jugendamt nach § 8a III 1 Hs. 2 SGB VIII das Familiengericht zur Klärung des Gefährdungsrisikos anzurufen, damit dieses im Wege der Amtsermittlung (§ 12 FGG) klären kann, ob sich der *Verdacht einer Kindeswohlgefährdung* erhärten lässt.⁴¹

Das frühzeitige Eingreifen des Jugendamtes mag zwar dazu dienen, dass in Einzelfällen die Gefährdung des Wohls eines Kindes durch staatliche Maßnahmen verhindert werden kann, es führt aber auch dazu, dass Eltern unterhalb der Schwelle einer Kindeswohlgefährdung *Eingriffe* in ihr Elternrecht *zum Zwecke der Gefährdungsuntersuchung* dulden müssen, die als „bloße Verdachtermittlungseingriffe“ nicht vom staatlichen Wächteramt gedeckt sind.⁴² Außerdem werden mit der in erster Linie dem Erwartungsdruck von Gesellschaft und Medien geschuldeten Erweiterung des Aufgabenkreises der Kinder- und Jugendhilfe im Sinne einer präventiven Kindesschutzkontrolle⁴³ die bestehenden

38 BT-Dr. 15/3676, S. 25 f. Dazu auch RÖCHLING (Anm. 36), FamRZ 2006, S. 161 f.

39 BVerfGE 83, S. 130, 140: „Verfassungsrang kommt dem Kinder- und Jugendschutz daneben aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG zu. Kinder und Jugendliche haben ein Recht auf Entfaltung ihrer Persönlichkeit im Sinne dieser Grundrechtsnormen. Sie bedürfen des Schutzes und der Hilfe, um sich zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten innerhalb der sozialen Gemeinschaft zu entwickeln [...]“

40 MÜNDER u. a. (Hrsg.) (Anm. 37), § 8a SGB VIII, Rn. 43.

41 Dazu MÜNDER u. a. (Hrsg.) (Anm. 37), § 8a SGB VIII, Rn. 49; RÖCHLING (Anm. 36), FamRZ 2006, S. 161, 162; MEYSEN/SCHINDLER (Anm. 36), JAmt 2004, S. 449 ff., insb. S. 455. Zur Anrufung des Familiengerichts in der „Phase der Risikoabschätzung“ vgl. auch WIESNER (Anm. 36), FPR 2007, S. 9, 11.

42 MATTHIAS JESTAEDT, Staatlicher Kindesschutz unter dem Grundgesetz – Aktuelle Kindesschutzmaßnahmen auf dem Prüfstand der Verfassung, in: VOLKER LIPP/EVA SCHUMANN/BARBARA VEIT (Hrsg.), Kindesschutz bei Kindeswohlgefährdung – neue Mittel und Wege?, 6. Göttinger Workshop zum Familienrecht, 2008, S. 17 f.: „Der Gefährdungseingriff auf wächteramtlicher Grundlage setzt, nicht anders als im Polizeirecht, aus dem er stammt, einen begründeten Verdacht voraus; anhaltslose Verdachtermittlungseingriffe erscheinen danach in verfassungsrechtlichem Zwielficht. Mit anderen Worten: Ausgreifende generalisierende Informationsbeschaffungsregelungen zur Effektuierung des staatlichen Wächteramtes bewegen sich auf einem schmalen Grat und drohen in eine Verletzung der elterlichen Erziehungsverantwortung abzustürzen.“

43 So auch MÜNDER u. a. (Hrsg.) (Anm. 37), § 8a SGB VIII, Rn. 57 ff. Zudem dienen die in § 8a I 1 SGB VIII enthaltene Risikoabschätzung im *Fachteam*, vor allem aber die frühzeitige Einschaltung des Familiengerichts auch der Minimierung des strafrechtlichen Risikos der Mitarbeiter der Kinder- und Jugendhilfe (BT-Dr. 15/3676, S. 26, 30). Vgl. dazu auch REINHARD WIESNER, Das Wächteramt des Staates und die Garantenstellung der Sozialarbeiterin/des Sozialarbeiters zur Abwehr von Gefahren für das Kindeswohl, ZfJ 2004, S. 161 (Fn. 1); auch veröffentlicht in: THOMAS FABIAN/SIEGFRIED HALLER

Defizite (qualitative und quantitative Mängel im Bereich der personellen Ausstattung der Jugendhilfe) nicht behoben.⁴⁴

2. Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls vom 4. Juli 2008 (KiWoMaG)

Im März 2006 hatte das Bundesministerium der Justiz die Arbeitsgruppe „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls“ eingesetzt und diese damit beauftragt, Reformvorschläge zu erarbeiten, um vernachlässigten Kindern frühzeitiger helfen und sie dadurch besser schützen zu können.⁴⁵

(Hrsg.), *Gefährdete Kinder. Was tun?*, 2003, S. 27 ff.; GERHARD FIESELER/ANIKA HANNEMANN, *Gefährdete Kinder – Staatliches Wächteramt versus Elternautonomie?*, ZKJ 2006, S. 117, 120 f. mit Hinweis auf ANIKA HANNEMANN, *Pflicht und Recht des Jugendamtes in die elterliche Sorge einzugreifen*, 2002; REINHARD WIESNER, in: DERS., *Kommentar zum SGB VIII: Kinder- und Jugendhilfe*, 3. Aufl. 2006, Anhang § 8a SGB VIII, Ziff. 1; *Empfehlungen des Deutschen Städtetags zur Festlegung fachlicher Verfahrensstandards in den Jugendämtern bei akut schwerwiegender Gefährdung des Kindeswohls*, JAmt 2003, S. 226 ff.

44 Kritisch daher auch COESTER (Anm. 34), S. 30 f. Vgl. weiter MÜNDE U. A. (Hrsg.) (Anm. 37), § 8a SGB VIII, Rn. 69; LUDWIG SALGO, § 8a SGB VIII – Anmerkungen und Überlegungen zur Vorgeschichte und den Konsequenzen der Gesetzesänderung, in: UTE ZIEGENHAIN/JÖRG M. FEGERT (Hrsg.), *Kindeswohlgefährdung und Vernachlässigung*, 2007, S. 9, 10 f., 14 f.; JOHANNES SCHNURR, *Soziale Dienste vor dem Kollaps? Ein Plädoyer für Qualitätssicherung durch wirksame Personalbedarfsplanung im ASD*, JAmt 2007, S. 287 ff.; UTE BACKER, *Zum Untersuchungsausschuss Kevin*, JAmt 2007, S. 281 ff.; SIEGFRIED WILLUTZKI, *Kinderschutz aus der Sicht des Familiengerichts*, ZKJ 2008, S. 139, 143. Vgl. auch *Gemeinsame Pressemitteilung des DEUTSCHEN INSTITUTS FÜR JUGENDHILFE UND FAMILIENRECHT (DIJuF) e.V., Heidelberg, der DIE KINDERSCHUTZ-ZENTREN, Köln, und der INTERNATIONALEN GESELLSCHAFT FÜR ERZIEHERISCHE HILFEN (IGfH), Frankfurt a.M., vom 19. Dezember 2007, Kinderschutzgipfel – Chance vertan!*, JAmt 2008, S. 16: „Aus der fachlichen Perspektive des Kinderschutzes hat das Treffen wenig Substantielles erbracht, stattdessen sollen Überwachungs- und Kontrollmechanismen auf den Weg gebracht werden. [...] Es ist an der Zeit, dass die Politik versteht, dass Kinderschutz nur dann funktionieren wird, wenn die zuständigen Institutionen finanziell adäquat und personell qualifiziert ausgestattet werden. Tagespolitisch ausgerichtete Profilierungsversuche schaden der Jugendhilfe und gefährden die Kinder in Deutschland.“

45 *Pressemitteilung des BUNDESMINISTERIUMS DER JUSTIZ vom 7. März 2006. Grundlage für diese Maßnahme war ein Auftrag aus dem Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD „Gemeinsam für Deutschland – Mit Mut und Menschlichkeit“ vom 11. November 2005, S. 142 (http://www.bundesregierung.de/nsc_true/Content/DE/___Anlagen/koalitionsvertrag,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/koalitionsvertrag), der vorsah, eine Arbeitsgruppe einzusetzen, „die die gesetzlichen Vorschriften zu gerichtlichen Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls (insbesondere §§ 1666, 1631b BGB, § 34 JGG) mit dem Ziel überprüft, familiengerichtliche Maßnahmen hinsichtlich schwerwiegend verhaltensauffälliger, insbesondere straffälliger Kinder und Jugendlicher zu erleichtern. Dabei geht es insbesondere auch darum, die Erziehungsberechtigten zur Inanspruchnahme von Jugendhilfeleistungen verpflichten zu können [...]“.*

In ihrem Abschlussbericht vom 17. November 2006⁴⁶ empfahl die Arbeitsgruppe zur Verbesserung des Schutzes gefährdeter Kinder verschiedene Präventionsmaßnahmen, insbesondere auch die Kontrolle elterlicher Erziehung im Vorfeld einer Kindeswohlgefährdung. Auf der Grundlage dieser Empfehlungen ist im Juli 2008 das *Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls* in Kraft getreten.⁴⁷

a) Gründe für die Reform

Obwohl die Notwendigkeit gesetzgeberischen Handelns in erster Linie damit begründet wird, dass sich in jüngster Zeit *Medienberichte* über erschütternde Fälle von Misshandlung und Vernachlässigung von Kindern und Jugendlichen gehäuft hätten,⁴⁸ findet sich im Abschlussbericht der Arbeitsgruppe lediglich in einem Satz die Anzahl der Misshandlungs- und Vernachlässigungsfälle nach der Polizeilichen Kriminalstatistik für das Jahr 2005,⁴⁹ jedoch keine Aussage darüber, in welchem Umfang Eltern oder andere Personen verantwortlich waren und ob ein Rückgang oder ein Anstieg in den letzten Jahren zu verzeichnen ist.⁵⁰

46 Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls“ vom 17. November 2006 (<http://www.bmj.de/files/-/1515/Abschlussbericht%20Kindeswohl.pdf>). Dazu STEFAN SCHLAUSS, Mehr Schutz für gefährdete Kinder, ZKJ 2007, S. 9, 11 mit Hinweis darauf, dass die Sonderkonferenz der Jugendminister am 24. November 2006 und die Justizministerkonferenz am 30. November 2006 die Ergebnisse des Abschlussberichts begrüßt haben.

47 BGBI. I, S. 1188. Der Referentenentwurf vom 18. April 2007 wurde als Gesetzesentwurf der Bundesregierung im Bundesrat am 10. August 2007 eingebracht (BR-Dr. 550/07). Am 24. Oktober 2007 wurde der Gesetzesentwurf mit Stellungnahme des Bundesrates im Bundestag eingebracht (BT-Dr. 16/6815; zuletzt geändert durch BT-Dr. 16/8914). Beide Entwürfe beruhen im Wesentlichen auf dem Abschlussbericht der Arbeitsgruppe. Dazu WALTER RÖCHLING, Neue Aspekte zu Kinderschutz und Kindeswohl? – Zum Entwurf eines „Gesetzes zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls“, FamRZ 2007, S. 1775 f.

48 Abschlussbericht (Anm. 46), S. 3; so auch BT-Dr. 16/6815, S. 1, 7. Die angeführten erschütternden Fälle von Vernachlässigung und Misshandlung von Kindern dienen im Übrigen auch schon als Anlass für die Neuregelung des § 8a SGB VIII (BT-Dr. 15/3676, S. 30) und werden in der Literatur inzwischen gebetsmühlenartig wiederholt, vgl. nur THOMAS BLIESENER, Gewalttätige Kinder und Jugendliche, FPR 2007, S. 16, 20 (ohne Nachweis): „Weitgehend unstrittig ist, dass sich die familiären Belastungen in den letzten Jahren deutlich erhöht haben und dies nicht durch eine Stärkung sozialer Unterstützungssysteme kompensiert werden konnte. Dies zeigen nicht nur die spektakulären Fälle massiver Vernachlässigung und Verwahrlosung von Kindern in der jüngsten Zeit.“

49 Abschlussbericht (Anm. 46), S. 18: „Im Jahr 2005 wurden nach der Polizeilichen Kriminalstatistik Verletzungen der Fürsorge- oder Erziehungspflicht in 1.178 Fällen, Misshandlungen von Schutzbefohlenen nach § 225 StGB in 4.149 Fällen erfasst (darunter Misshandlungen von Kindern: 2.905 Fälle).“

50 Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Anzeigebereitschaft in der Bevölkerung deutlich gestiegen ist und sich auch die Einschätzung durch Eltern, Gesellschaft und

Die Unzulänglichkeit dieser Angabe beruht darauf, dass es in Deutschland keine verlässliche empirische Datenerhebung über einen längeren Zeitraum zu Vernachlässigungen und Misshandlungen durch Eltern gibt und sämtliche Studien auf Schätzungen beruhen.⁵¹ Bezeichnenderweise heißt es daher auch in der Begründung des Regierungsentwurfs: „Verlässliche Zahlen über die Häufigkeit von Vernachlässigungen stehen nicht zur Verfügung. Insgesamt muss von einer hohen Dunkelziffer ausgegangen werden.“⁵²

Gesichert ist lediglich die Anzahl der Kindstötungen, die entgegen der öffentlichen Wahrnehmung in den letzten 25 Jahren auf fast ein Drittel gesunken ist; in absoluten Zahlen sind an den Folgen von Kindesmisshandlungen durch Eltern im Jahr 2005 insgesamt 17 Kinder gestorben.⁵³

Am aussagekräftigsten erscheint daher eine neuere vom Bundesjustiz- und Bundesfamilienministerium in Auftrag gegebene Vergleichsstudie, die die Häufigkeit und Intensität von konkret beschriebenen Sanktionen in verschiedenen Zeiträumen untersucht hat. Nach dieser Studie sind noch nie so viele Kinder so gewaltlos erzogen worden wie heute.⁵⁴

staatliche Stellen, wann eine das Kindeswohl beeinträchtigende Misshandlung vorliegt, in den letzten Jahrzehnten stark verändert hat (dazu KAI-D. BUSSMANN, Report über die Auswirkungen des Gesetzes zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung, 2005, S. 15; http://bussmann2.jura.uni-halle.de/FamG/Bussmann_Online_Report.pdf). Letzteres belegt das folgende Beispiel: Eltern hatten ihre 16 Jahre alte Tochter mehrfach geschlagen, zweimal nachts ans Bett gefesselt, ihr das Kopfhair kurz geschnitten und ihr zwei Mahlzeiten verweigert, um sexuelle Kontakte der Tochter zum anderen Geschlecht zu unterbinden. Während heute in vergleichbaren Fällen zu Recht eine Kindeswohlgefährdung im Sinne des § 1666 BGB bejaht wird, hat der BGH (NJW 1953, S. 1440) zu Beginn der 1950er Jahre die genannten körperlichen Misshandlungen noch als zweckmäßige Maßnahmen des väterlichen Züchtigungsrechts eingestuft.

- 51 RAINER BALLOFF, Die Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB am Beispiel der Misshandlung und seelischen Vernachlässigung, in: THOMAS FABIAN/SIEGFRIED HALLER (Hrsg.), Gefährdete Kinder. Was tun?, 2003, S. 146, 150. Die geschätzte Spanne reicht von jährlich 30.000 bis 400.000 Fällen. Nach Schätzungen des UN-Kinderhilfswerkes UNICEF leben etwa 6 % aller Kinder in Deutschland in sog. Risikofamilien. RÖCHLING (Anm. 36), FamRZ 2006, S. 1732 gibt als Quelle für die Schätzungen des UN-Kinderhilfswerkes UNICEF die Westdeutsche Zeitung v. 27.12.2005 an, wonach in Deutschland rund 200.000 Kinder in verwahrlostem Zustand leben oder brutale körperliche Gewalt über sich ergehen lassen müssen.
- 52 BT-Dr. 16/6815, S. 7.
- 53 KIRSTEN FUCHS-RECHLIN, Kindstötungen – Was sagt die Statistik?, Komdat Jugendhilfe, Sonderausgabe, 2006, S. 3, 4.
- 54 KAI-D. BUSSMANN, Das Recht auf gewaltfreie Erziehung aus juristischer und empirischer Sicht, FPR 2002, S. 289, 292 f. mit entsprechenden Nachweisen. Grundlage war eine vom Verfasser im Auftrag des BMJ und des BMFSFJ durchgeführte Studie, in deren Rahmen 3000 Interviews mit Eltern im Jahre 2001 durchgeführt wurden; die Ergebnisse wurden anschließend mit Studien aus den Jahren 1994 und 1995 verglichen. Auch eine jüngere Studie bestätigt dieses Ergebnis, DERS. (Anm. 50), S. 7: „Für über 90 % der Eltern stellt eine gewaltfreie Erziehung heute das Ideal dar“. Das BUNDESMINISTERIUM

Der zweite als Reformanlass angegebene Grund, die Zunahme besorgniserregender Fälle von Kinder- und Jugenddelinquenz,⁵⁵ vermag noch weniger zu überzeugen, zumal hier die Datenlage besser ist. Laut Polizeilicher Kriminalstatistik ist die Anzahl der tatverdächtigen strafunmündigen Kinder (bis 14 Jahre) in den letzten zehn Jahren deutlich zurückgegangen; ihre absolute Zahl sank 2006 auf den niedrigsten Wert seit 1993. Im Zeitraum von 1998 bis 2006 ging die absolute Zahl von rund 150.000 auf rund 100.000 Fälle pro Jahr zurück.⁵⁶

Auch bei den tatverdächtigen Jugendlichen (14–18 Jahre) sind die Zahlen – wenn auch nur leicht – rückläufig, lediglich der Anteil der Verurteilungen von Jugendlichen hat zugenommen (1999 wurde knapp ein Siebtel, 2006 bereits ein Fünftel der tatverdächtigen Jugendlichen verurteilt).⁵⁷ Nur am Rande sei bemerkt, dass das Bundesjustizministerium in Pressemitteilungen über Aufgaben und Ziele der Arbeitsgruppe stets betont hatte, dass Verschärfungen im Jugendstrafrecht nicht zur Diskussion stünden.⁵⁸ Im Februar 2007 wurde die Öffentlichkeit darüber informiert, dass das Justizministerium eine Verschärfung des Jugendstrafrechts plane,⁵⁹ obwohl die meisten auffälligen Kinder und Jugendlichen nur kurzzeitig und nicht in schwerwiegender Form gegen Normen verstoßen (so wurden im Jahr 2005 70 % der tatverdächtigen Kinder wegen einfachen Diebstahls oder Sachbeschädigung registriert)⁶⁰ und 92 % aller Ju-

DER JUSTIZ gab als Reaktion zu dieser Studie am 20. Oktober 2005 folgende Pressemitteilung bekannt: „Ideal einer Erziehung ohne Gewalt setzt sich durch“. Vgl. weiter die statistischen Angaben im Rahmen der Stellungnahme des DEUTSCHEN FAMILIENGERICHTSTAGS E.V. – Sorgerechtskommission – zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des § 1631 BGB (Mißhandlungsverbotsgesetz) des Bundesministeriums der Justiz, FamRZ 1993, S. 1167, 1168; HERIBERT OSTENDORF, Die strafrechtliche Verantwortung von Eltern und Betreuern bei Kindesvernachlässigung, ZKJ 2008, S. 106, 108 ff.

55 BT-Dr. 16/6815, S. 1, 7.

56 BUNDESKRIMINALAMT, Polizeiliche Kriminalstatistik Bundesrepublik Deutschland, Berichtsjahr 2006, Wiesbaden 2007, S. 74.

57 BUNDESKRIMINALAMT (Anm. 56), S. 76; STATISTISCHES BUNDESAMT, Lange Reihen über verurteilte Deutsche und Ausländer nach Art der Straftat, Altersklassen und Geschlecht, 2007, S. 24, 35. Auf die Zunahme der Verurteilungen stützt der Bayerische Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des § 1666 BGB und weiterer Vorschriften vom 3. Mai 2006 die Notwendigkeit einer Reform, BR-Dr. 296/06, S. 6.

58 Etwa Pressemitteilung des BUNDESMINISTERIUMS DER JUSTIZ vom 7. März 2006.

59 Spiegel 9/2007, S. 18. Vgl. auch Spiegel 2/2008, S. 20 ff. Inzwischen ist am 12.7.2008 das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht in Kraft getreten (BGBl. I, S. 1212).

60 Abschlussbericht (Anm. 46), S. 17 f. Interessant ist in diesem Zusammenhang auch der Hinweis, dass nach empirischen Untersuchungen selbst bei erheblicher Delinquenz im frühen Kindesalter die weitere Entwicklung kaum prognostizierbar ist. Dies bedeutet aber, dass die vorgesehenen Maßnahmen nicht in erster Linie dem Schutz von Kindern dienen, sondern dem Schutz der Gesellschaft vor straffälligen Jugendlichen.

gendlichen und Heranwachsenden (d. h. aller 14- bis 21-Jährigen) überhaupt nicht polizeiauffällig geworden sind.⁶¹

Insgesamt lässt sich zu den von der Arbeitsgruppe erhobenen Daten somit festhalten, dass sie überwiegend eine deutliche Verbesserung der tatsächlichen Lage in den letzten 25 Jahren dokumentieren und sich somit die im Vorfeld aufgestellten Befürchtungen nicht bestätigt haben. Dennoch kam die Arbeitsgruppe – und ihr folgend der Regierungsentwurf – zu dem Ergebnis, dass eine Verbesserung der Rechtslage durch „Maßnahmen der Prävention“ erforderlich sei.⁶² Die mit dem KICK 2005 eingeleitete Marschrichtung, die die Kontrolle elterlicher Erziehung und Eingriffe in das elterliche Erziehungsrecht unterhalb der Kindeswohlgefährdungsschwelle ermöglichen soll, wurde mit der Begründung, dass „Prävention das beste Mittel [sei], um Kinder effektiv vor Gefährdungen zu schützen“, beibehalten.⁶³

b) Einzelne Präventionsmaßnahmen

Zur effektiven Umsetzung von § 8a III 1 Hs. 2 SGB VIII (Gefahrerforschung durch das Jugendamt zur Abschätzung eines Gefährdungsrisikos)⁶⁴ sieht das KiWoMaG in § 50f FGG n.F. (= § 157 FamFG-E)⁶⁵ vor, dass Eltern bereits bei einer *möglichen Gefährdung des Kindeswohls* mit den Zwangsmitteln des § 33 FGG (u. a. mit der Möglichkeit einer zwangsweisen Vorführung) zu einem *Gespräch mit dem Richter* („Erörterung der Kindeswohlgefährdung“) gezwungen werden können:⁶⁶

61 Dazu insgesamt BERND-RÜDIGER SONNEN, Kinder- und Jugenddelinquenz, FPR 2007, S. 20, 21 ff.

62 Abschlussbericht (Anm. 46), S. 19. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Aussage von Reinhard Wiesner, Mitglied der Arbeitsgruppe (WIESNER (Anm. 43), ZfJ 2004, S. 161, 172): „Kein System, keine Organisation ist aber so gut, dass sie nicht auch noch verbesserungsfähig wäre.“

63 BT-Dr. 16/6815, S. 1. Eine wissenschaftliche Begleitung und Überprüfung der Wirksamkeit der neuen Präventionsmaßnahmen ist nicht geplant; kritisch dazu BIANCA SCHÄFFNER/KERSTIN REICH/RÜDIGER WULF, Prävention von Kindeswohlgefährdungen, ZKJ 2008, S. 64, 66 f.

64 Bis zum Inkrafttreten des KiWoMaG konnte das Familiengericht unterhalb der Schwelle einer Kindeswohlgefährdung nicht tätig werden, so dass die Befugnisse des Jugendamtes nach § 8a III 1 Hs. 2 SGB VIII regelmäßig leer liefen, weil der Gesetzgeber im Jahre 2005 die familienrechtlichen Vorschriften nicht an das neue SGB VIII (KICK) angepasst hatte (so auch BT-Dr. 16/6308, S. 237 f.). Dazu insgesamt MEYSEN/SCHINDLER (Anm. 36), JAmt 2004, S. 454 f.; WIESNER (Anm. 43), § 8a SGB VIII, Rn. 56. Vgl. aber auch SALGO (Anm. 44), S. 20.

65 Dazu BT-Dr. 16/6815, S. 5, 17 f. (§ 50f FGG); BT-Dr. 16/6308, S. 40, 237 (§ 157 FamFG-E).

66 BT-Dr. 16/6815, S. 18.

„Der Entwurf nimmt damit den Vorschlag aus dem Gesetzesantrag des Freistaates Bayern vom 3. Mai 2006 (Bundratsdrucksache 296/06) auf, ein Gespräch des Gerichts mit den Eltern über die Kindeswohlgefährdung und deren Abwendungsmöglichkeiten einzuführen. Die vorgeschlagene Regelung verzichtet jedoch – im Gegensatz zum bayerischen Vorschlag – auf den Begriff des ‚Erziehungsgesprächs‘, um den fälschlichen Eindruck zu vermeiden, dass der Familienrichter im Verfahren selbst als Erzieher auftritt.“⁶⁷

In der Begründung des Regierungsentwurfs wird in aller Deutlichkeit klargestellt, dass Jugendamt und Familiengericht künftig *unterhalb der Schwelle einer Kindeswohlgefährdung* („bereits im Vorfeld und unabhängig von Maßnahmen nach den §§ 1666, 1666a BGB“) in die elterliche Verantwortung eingreifen können. Darüber hinaus soll – auch dies in Anlehnung an den bayerischen Gesetzesentwurf – für den Fall der Nichtbefolgung der angebotenen Hilfen die Androhung von Maßnahmen nach § 1666 BGB als Druckmittel eingesetzt werden.⁶⁸ Zu befürchten ist, dass sich diese Regelung in der Praxis zu einer doppelt zu Lasten der Eltern wirkenden Vermutung auswächst, so dass aus der Verweigerung gegenüber der erzieherischen Mitwirkung durch das Gericht auf Mängel der elterlichen Erziehungskompetenz geschlossen und aus diesen Mängeln wiederum eine Kindeswohlgefährdung gefolgert wird.⁶⁹

Ergänzend dazu soll das Familiengericht, wenn es *nur* ein Gespräch mit den Eltern geführt und von Maßnahmen nach den §§ 1666 ff. BGB abgesehen hat, weil die Voraussetzungen einer Kindeswohlgefährdung nicht vorlagen, in der Regel nach drei Monaten nochmals überprüfen, ob sich die Entscheidung (d. h. das Nichteingreifen) weiterhin als sachgerecht erweist (§ 1696 III 2 BGB n.F. =

67 BT-Dr. 16/6815, S. 12. Der bayerische Entwurf eines *Gesetzes zur Änderung des § 1666 BGB und weiterer Vorschriften* vom 3. Mai 2006 sah eine Verbesserung der rechtlichen Möglichkeiten der Familiengerichte, auf erzieherische Defizite zu reagieren, vor, insbesondere sollte dem Familienrichter ein wirksames Instrumentarium zur Verfügung gestellt werden, um „mit seiner Autorität“ auf die „oftmals überforderten Eltern einzuwirken“, vgl. BR-Dr. 296/06, S. 1 (S. 10 mit Hinweis auf die Pflichten des Jugendamtes nach § 8a III SGB VIII). Kernstück des Entwurfs war ein *richterliches Erziehungsgespräch* mit den Eltern zur *Aufklärung einer möglichen Kindeswohlgefährdung*, um den Eltern bereits im Vorfeld einer Gefährdung die Weisung erteilen zu können, Leistungen der Jugendhilfe in Anspruch zu nehmen. Nach § 1666 V BGB-E sollte das richterliche Erziehungsgespräch nicht nur „zur Klärung einer möglichen Gefährdung des Kindeswohls“, sondern auch dann geführt werden, wenn dies „zur erzieherischen Einwirkung erforderlich ist“ (BR-Dr. 296/06, S. 2). Ausdrücklich wurde in diesem Zusammenhang empfohlen, als Druckmittel gegenüber den Eltern den Hinweis zu erteilen, dass die Nichtbefolgung der richterlichen Weisungen Anlass zu weitergehenden Eingriffen nach § 1666 BGB geben kann (BR-Dr. 296/06, S. 10).

68 BT-Dr. 16/6815, S. 17; entsprechend die Begründung zu § 157 FamFG-E, BT-Dr. 16/6308, S. 237. Vgl. dazu auch ESTHER ROSENBOOM/HORST-HEINER ROTAX, Ein kleiner Meilenstein auf dem Weg zum besseren Kinderschutz, ZRP 2008, S. 1, 2 f.

69 Dazu auch RÖCHLING (Anm. 36), FamRZ 2006, S. 1732 ff.

§ 166 FamFG-E), während nach § 1696 III BGB a. F. eine Pflicht zur regelmäßigen Überprüfung *nur* im Falle eines Eingriffs in das Elternrecht bestand. Mit der Einführung dieser Überprüfungspflicht soll „der Gefahr vorgebeugt werden, dass Eltern nach einem für sie folgenlosen Gerichtsverfahren nicht mehr mit dem Jugendamt kooperieren und ihrem Kind damit notwendige Hilfen vorenthalten“.⁷⁰ Die vorgebrachten Bedenken, dass die regelmäßige Überprüfungspflicht zu einer „Dauerkontrolle“ führen könnte, die auch in der Stellungnahme des Bundesrates – allerdings in erster Linie wegen der Belastung für die Familiengerichte und die Justizhaushalte – zum Ausdruck gebracht wurde, fanden bei der Bundesregierung kein Gehör.⁷¹

Insgesamt vollzieht das KiWoMaG im Eltern-Kind-Staat-Verhältnis einen Paradigmenwechsel: Neben den staatlichen Eingriff in das Elternrecht zur Gefahrenabwehr tritt zum Zwecke der Prävention unterhalb der Gefährdungsschwelle die Kontrolle der Wahrnehmung elterlicher Verantwortung und daran anknüpfend gegebenenfalls auch eine „Erziehung“ der Eltern („Wiederherstellung ihrer Elternkompetenz“), wobei die staatlichen Maßnahmen auf der Grundlage einer Prognose über eine *mögliche* Gefährdung damit gerechtfertigt werden, dass ein nur „niedrigschwelliges Eingreifen“ geplant sei.⁷²

c) Staatliche Erziehungsleitbilder und Kinderschutz

Wie eingangs dargelegt besteht die originäre Funktion der staatlichen, am positiven Kindeswohlstandard orientierten Erziehungsleitbilder im Appell, d. h. der Herbeiführung eines Bewusstseinswandels ohne Androhung von Sanktionen. Die nicht unerhebliche Lücke, die zwischen dem positiven und dem negativen Standard klafft,⁷³ und das Unbehagen darüber, dass bis zum Erreichen der Gefährdungsschwelle ein weitgehend staatsfreier Raum bleibt, in dem das „Weniger“ an elterlicher Verantwortung nicht durch ein „Mehr“ an staatlicher

70 BT-Dr. 16/6815, S. 15; entsprechend BT-Dr. 16/6308, S. 243 (zu § 166 FamFG-E). Vgl. dazu auch SCHLAUSS (Anm. 46), ZKJ 2007, S. 10.

71 BT-Dr. 16/6815, S. 15, 21, 23.

72 BT-Dr. 16/6815, S. 7. Dazu kritisch COESTER (Anm. 34), S. 31 ff.; RÖCHLING (Anm. 47), FamRZ 2007, S. 1778 f.

73 Zur Problematik auch ROTH (Anm. 8), S. 192: „Die hierin angelegte Diskrepanz zwischen den die Eltern insbesondere nach §§ 1618a, 1626, 1627, 1631, 1631a BGB treffenden gesetzlichen Pflichten im Bereich der Kindererziehung auf der einen Seite und der auf Fälle eines gewissen schweren und evidenten Erziehungsunvermögens der Eltern beschränkten familiengerichtlichen Eingriffsbefugnis nach § 1666 BGB auf der anderen Seite läßt zwar unverkennbar eine gewisse *Rechtsschutzlücke* auf Seiten des Kindes bestehen, da letztere Vorschrift Eingriffe lediglich als ultima ratio und unter insgesamt recht hoch angesetzten Voraussetzungen gestattet, keineswegs aber vorgesehen ist, jede Rechtspflicht der Eltern zugunsten des Kindes staatlicherseits zwangsweise durchsetzen zu können.“

Verantwortung (in Form eines Eingriffs in die Familie gegen den Willen der Eltern) ausgeglichen werden darf, sondern dem Kind als persönliches Schicksal zuzumuten ist, muss von Verfassungs wegen hingenommen werden (dazu oben II.).

Kritisch zu bewerten sind daher solche Auswirkungen der Erziehungsleitbilder, die zu einer Relativierung der Gefährdungsschwelle⁷⁴ oder zu einer Umformung der Leitbilder in einklagbare Rechte des Kindes führen⁷⁵ oder – wie es die aktuellen Reformen vorsehen – die Eltern zur Einhaltung der Leitbilder durch Kontrolle und staatlichen Druck verpflichten.⁷⁶ Dies gilt umso mehr, wenn sich die Auswirkungen wechselseitig verstärken und dadurch eine zusätzliche Verschärfung bedingen. Jestaedt bemüht insoweit die Figur des „additiven Grundrechtseingriffs“⁷⁷ und zieht darüber hinaus Parallelen zum Doppelgrundsatz des „Forderns und Förderns“ der Hartz IV-Regelungen und des Ausländerrechts.⁷⁸

Das Ergebnis dieser Entwicklung ist die Gewährleistung staatlichen Kindesschutzes auch gegen den Willen der Eltern und zwar in mehreren Stufen ausgehend vom positiven Standard bis hin zur Gefährdungsschwelle mit steigender Eingriffsintensität: Auf der ersten Stufe löst die Abweichung von dem durch die staatlichen Erziehungsleitbilder geprägten positiven Standard (Nichtgewährleistung des Kindeswohls) das Angebot konkreter Erziehungshilfen von Seiten des Jugendamtes nach § 27 I SGB VIII aus (*Angebotsphase*). Lehnen die Eltern das staatliche Hilfsangebot ab, so kann dies als Indiz für eine mögliche Gefährdung des Kindeswohls gewertet werden und das Jugendamt nach § 8a III 1 Hs. 2 SGB VIII zur Gefährderrmittlung berechtigen. Verweigern die Eltern in dieser zweiten Phase die Mitwirkung bei der Abschätzung des Gefährdungsrisikos (*Mitwirkungsphase*), so kann dies den Eintritt in die dritte Phase bedeuten.⁷⁹ In dieser Phase findet dann das „Erörterungsgespräch“ mit

74 Insoweit haben sich die schon in den 1980er Jahren geäußerten Befürchtungen – etwa von GEIGER (Anm. 18), S. 24 ff. – inzwischen verwirklicht.

75 Zum Umgangsrecht des Kindes jetzt BVerfG NJW 2008, S. 1287 ff.

76 Auch dies wurde schon seit den 1980er Jahren diskutiert, vgl. etwa BÖCKENFÖRDE (Anm. 8), S. 65 f.

77 JESTAEDT (Anm. 42), S. 9 ff. unter Bezugnahme auf BVerfGE 112, S. 304, 320.

78 JESTAEDT (Anm. 42), S. 10: „Die stärkere staatliche Einbindung der Eltern – bereits das Wort Ein-Bindung transportiert ganz selbstverständlich den Gedanken, dass die Eltern gebunden werden – bringt sich in zunächst unverdächtig klingenden Formulierungen wie ‚Förderung und Stärkung der elterlichen Konfliktlösungskompetenz‘ zum Ausdruck. Darin verbirgt sich letztlich nichts anderes als eine Adaption des aus den Hartz IV-Regelungen und den Bestimmungen zur Integration von Ausländern bekannten und von dort in die Pädagogik gewanderten Doppelgrundsatzes des ‚Forderns und Förderns‘ – wohlgemerkt: des Forderns und Förderns auch und gerade der Eltern.“

79 Sämtliche Phasen beschreibt BT-Dr. 16/6815 (hier S. 8): „In Fällen, in denen eine dem Wohl des Kindes entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist, besteht ein indivi-

dem Familienrichter statt (§ 50f FGG n.F. = § 157 FamFG-E), der die Eltern nachdrücklich auf die Folgen der Nichtannahme staatlicher Hilfen hinweisen soll, um den Eltern die Verbindlichkeit des staatlichen Erziehungsangebots zu verdeutlichen (*Warnphase*).⁸⁰ Daran schließt sich die vierte Phase der Überprüfung der Eltern nach § 1696 III 2 BGB n.F. (§ 166 III FamFG-E) an (*Kontrollphase*), um sicherzustellen, dass die Eltern weiterhin mit dem Jugendamt kooperieren, d.h. die am positiven Kindeswohlstandard ausgerichteten Hilfsangebote des Jugendamtes befolgen.⁸¹ Im Falle einer drohenden erheblichen Schädigung für das Kindeswohl (Erreichen der Gefährdungsschwelle) tritt

dueller Anspruch auf Hilfen zur Erziehung (§ 27 ff. SGB VIII). Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe basieren in der Regel auf einer freiwilligen Inanspruchnahme durch die Eltern. Die pädagogische Herausforderung des Jugendamtes besteht darin, bei den Eltern die Einsicht zu wecken und sie für die Mitarbeit am Hilfeprozess zu gewinnen. Die Hilfen zur Erziehung setzen damit keine Gefährdung des Kindeswohls voraus, sondern sind bereits unterhalb dieser Schwelle zu gewährleisten. [...] Solange Jugendämter von einer ausreichenden Kooperation der Eltern bei der Gefahrenabwehr für das Kind ausgehen dürfen, sind sie nicht auf die Unterstützung durch das Familiengericht angewiesen. [...] Hält das Jugendamt das Tätigwerden des Familiengerichts für erforderlich, so hat es das Gericht anzurufen; dies gilt auch, wenn die Eltern nicht bereit oder in der Lage sind, bei der Abschätzung des Gefährdungsrisikos mitzuwirken (§ 8a Abs. 3 Satz 1 SGB VIII).“

- 80 Zur dritten Phase heißt es in BT-Dr. 16/6815, S. 17: „Das Gespräch soll die Eltern stärker in die Pflicht nehmen, sie stärker in den Hilfeprozess einbinden und auf sie einwirken, mit dem Jugendamt zu kooperieren und notwendige öffentliche Hilfen in Anspruch zu nehmen. Dabei sollen die Eltern insbesondere darauf hingewiesen werden, welche Folgen die Nichtannahme notwendiger Hilfen haben kann. Das Erörterungsgespräch kann damit eine gewisse ‚Warnfunktion‘ entfalten. Die vorgeschlagene Regelung stellt auf eine ‚mögliche‘ Gefährdung des Kindeswohls ab. Da das Jugendamt das Familiengericht nach § 8a Abs. 3 Satz 1 zweiter Halbsatz SGB VIII bereits dann anzurufen hat, wenn die Eltern bei der Abschätzung des Gefährdungsrisikos nicht mitwirken, eine Kindeswohlgefährdung also noch nicht feststeht, kann das Erörterungsgespräch bereits in der Phase der Klärung stattfinden. Dem Familiengericht steht damit – bereits im Vorfeld und unabhängig von Maßnahmen nach §§ 1666, 1666a BGB – ein wirksames Instrument zur Verfügung, um auf die Eltern und die Kinder einzuwirken und die Verbindlichkeit eines vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe aufgestellten Hilfeplans zu verdeutlichen.“
- 81 Sinn und Zweck der vierten Phase beschreibt BT-Dr. 16/6815, S. 15 folgendermaßen: „Gerade wenn [...] die Schwelle der Kindeswohlgefährdung noch nicht erreicht ist, eine Verschlechterung der Kindeswohlsituation aber nicht auszuschließen ist, soll im Interesse des Kindes eine nochmalige Befassung des Gerichts mit dem Fall gewährleistet werden. Dadurch kann der Gefahr vorgebeugt werden, dass Eltern nach einem für sie folgenlosen Gerichtsverfahren nicht mehr mit dem Jugendamt kooperieren und ihrem Kind damit notwendige Hilfen vorenthalten. Nehmen beispielsweise Eltern [...] Jugendhilfeleistungen nicht in Anspruch, soll das Gericht zeitnah weitergehende Maßnahmen prüfen.“

dann die fünfte Phase hinzu, die nach §§ 1666 ff. BGB zum Eingriff in die Elternverantwortung berechtigt (*Eingriffsphase*).⁸²

Zu Recht weist Coester darauf hin, dass Maßstab für die Feststellung von Defiziten auf der ersten Stufe „nur die in Recht und Gesellschaft herrschenden Vorstellungen darüber [...], was notwendig und förderlich für ein gesundes Aufwachsen eines Kindes ist“,⁸³ d.h. die staatlichen Erziehungsleitbilder, sein können, nicht aber die individuellen Vorstellungen der Eltern darüber, wie sie den Interessen ihres Kindes am besten nachkommen können und wollen.

3. Vom „negativen“ zum „positiven“ Kindeswohlstandard

Auch im Schrifttum und in der Rechtsprechung machen sich „Optimierungstendenzen“ in Form einer schleichenden Annäherung des negativen an den positiven Kindeswohlstandard breit.⁸⁴ So haben deutsche Gerichte im Fall Kutzner statt des negativen Standards der Kindeswohlgefährdung jede Abweichung vom positiven Standard einer im „Normbereich“ liegenden Erziehung als Eingriffslegitimation im Sinne der §§ 1666, 1666a BGB verstanden. Da die Eltern Kutzner nur eine Sonderschule besucht hatten, wurde ihnen die elterliche Sorge für beide Töchter mit der Begründung entzogen, dass sie aufgrund ihres Bildungsniveaus – so das OLG Oldenburg – nicht in der Lage seien, „die Persönlichkeitsentwicklung ihrer Kinder im Hinblick auf eine im Normbereich liegende leibliche, seelische und gesellschaftliche Tüchtigkeit anzuregen und voranzubringen“.⁸⁵ Die zum Zeitpunkt der Entziehung der Sorge vier und sechs

82 Die Einteilung in Phasen (Angebotsphase – Mitwirkungsphase – Warnphase – Kontrollphase – Eingriffsphase) stammt von der Verf.

83 COESTER (Anm. 34), S. 22. Die Vorverlagerung staatlicher Schutzaktivitäten im derzeit geforderten Umfang stößt daher auch bei COESTER (Anm. 34), S. 31 ff., insb. S. 33 f. auf verfassungsrechtliche Bedenken (am Ende des Beitrags, S. 38, wird die Gefahr eines Eingriffs in die Elternverantwortung allerdings stark relativiert).

84 Nur noch vereinzelt finden sich heute Entscheidungen wie OLG Köln FamRZ 2006, S. 877 f.: „Nicht jedes Versagen oder jede Nachlässigkeit der Eltern berechtigt den Staat, diese von der Pflege und Erziehung ihres Kindes auszuschalten oder gar selbst diese Aufgabe zu übernehmen. [...] Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist nicht gewahrt, wenn den Eltern das Sorgerecht vollständig wegen erheblicher Gefährdung des Kindeswohls in der Erwartung entzogen wird, aufgrund der nunmehr jederzeit möglichen Herausnahme der Kinder aus dem elterlichen Haushalt seien die Eltern besser in die erforderliche Kooperation mit dem Jugendamt und den übrigen Verantwortlichen der zur Verfügung gestellten ‚Helfersysteme‘ einzubeziehen, andererseits aber die Kinder im Haushalt der Eltern belassen werden. Der damit verfolgte Zweck der Sorgerechtsentziehung, Druck auf die Eltern auszuüben, ist unter der gebotenen verfassungskonformen Auslegung der §§ 1666, 1666a BGB mit dieser Zielrichtung nicht zu vereinbaren und die getroffene Maßnahme unverhältnismäßig.“

85 OLG Oldenburg FamRZ 1999, S. 38. Dazu EVA SCHUMANN, Biologisches Band oder soziale Bindung? – Vorgaben der EMRK und des deutschen Rechts bei Pflegekindverhältnissen, RdJB 2006, S. 165, 171 ff. mwN.

Jahre alten Töchter waren daraufhin fünf Jahre lang in verschiedenen Pflegefamilien untergebracht, bis die Eltern vor dem EuGHMR die Rückkehr ihrer Kinder durchsetzen konnten.⁸⁶

Interessant ist auch die Argumentation der Befürworter einer Herabsetzung der Kindeswohlgefährdungsschwelle, beispielsweise von Reinhard Wiesner, Leiter des Referats für Kinder- und Jugendhilfe im Bundesfamilienministerium: Da immer mehr Eltern immer weniger in der Lage seien, ihrer elterlichen Verantwortung kindeswohlgerecht nachzukommen, und somit ein „Erziehungsnotstand“ eingetreten sei, seien staatliche Eingriffe gerechtfertigt.⁸⁷ Wiesner spricht sogar von einem *Rückzug aus der Erziehungsverantwortung* und legt damit nahe, dass Eltern bereit seien, Erziehungsverantwortung an den Staat abzugeben. Die geringere *Erziehungskompetenz der Eltern* soll durch die Verantwortungsgemeinschaft aus Jugendamt und Familiengericht⁸⁸ ersetzt oder

86 Auch im Fall Görgülü bezweifelten das zuständige Jugendamt und die Instanzgerichte die Erziehungskompetenz des türkischen Vaters, da dieser „den heimatlichen Sitten des Bergvolkes entsprechend keine Schule“ besucht hatte und demzufolge „keine abgeschlossene Berufsausbildung“ vorweisen konnte, während die Pflegeeltern „beide über eine abgeschlossene pädagogische Ausbildung“ verfügten. Der Fall Görgülü wurde ebenfalls dadurch bekannt, dass die Rechte des Vaters nach einem erfolglosen Marsch durch die Instanzen in Deutschland erst vor dem EuGHMR anerkannt wurden. Dazu SCHUMANN (Anm. 85), RdJB 2006, S. 176 ff., insb. S. 179 (Fn. 84).

87 WIESNER (Anm. 43), ZfJ 2004, S. 162. Der „Erziehungsnotstand“ wird allerdings nicht empirisch belegt, sondern nur behauptet: Für viele Eltern sei „die Erziehungsverantwortung nicht Privileg oder inneres Bedürfnis, sondern Last oder sogar Zumutung“. „Elternschaft, Partnerschaft und berufliche Karriere stellen zunehmend divergierende Anforderungen dar, die nicht mehr ‚unter einen Hut zu bringen‘ seien. Als Beleg für diese Behauptungen wird eine im Tagesspiegel vom 4. April 2004 angeführte Studie zitiert, wonach Kinder heute als das größte Hindernis für eine Frauenkarriere gelten. Diese Studie trifft jedoch nur eine Aussage über das berufliche Fortkommen von Müttern, sagt aber nichts darüber aus, wie gut oder schlecht berufstätige Mütter ihre Kinder erziehen. Als weiteren Beleg führt WIESNER an, dass „nicht ohne Grund [...] Bücher über den so genannten ‚Erziehungsnotstand‘ oder die ‚Erziehungskatastrophe‘ breite Beachtung“ fänden. Freilich ließe sich daraus auch schließen, dass Eltern für das Thema in den letzten Jahren hinreichend sensibilisiert wurden und sie sich, weil sie sich um eine bestmögliche Erziehung bemühen, auch Erziehungsratgeber kaufen.

88 Noch ist nicht ganz klar, wie und durch welche Einrichtungen die gestärkte staatliche Verantwortung verwirklicht werden soll. Im einschlägigen Schrifttum wird vielfach eine Zurückdrängung der Kompetenz der Familiengerichte zugunsten des Jugendamtes befürwortet, insbesondere soll die Zusammenarbeit der Jugendämter und Familiengerichte in einer „Verantwortungsgemeinschaft“ zu einer Stärkung der Position der Jugendämter führen; so insbesondere WIESNER (Anm. 43), ZfJ 2004, S. 167. Zur Achtung des Elterngrundrechts durch die Familiengerichte bemerkt Wiesner in einer Anmerkung mit Bedauern, dass sich diese Tendenz in jüngster Zeit durch „die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte [...] noch verschärft haben“ dürfte. In anderen Beiträgen (FIESELER/HANNEMANN (Anm. 43), ZKJ 2006, S. 121) lauten schon die Überschriften: „Zur ‚Einstimmung‘ – ein skandalöses Beispiel aus der Rechtspre-

zumindest ergänzt werden. Dies wird auch explizit in einer Dissertation aus dem Jahr 2006 gefordert und die im Ergebnis befürwortete präventive Verhinderung und frühzeitige Unterbindung der Entstehung einer Kindeswohlgefährdung folgendermaßen begründet:

„Jedoch haben der gesellschaftliche Wandel und die damit einhergehende Veränderung der familialen Strukturen bewirkt, dass die so genannte ‚intakte‘ Familie nicht mehr die sicher vorherrschende Sozialisationsinstanz für aufwachsende Kinder und Jugendliche ist. [...] Wichtig ist, dass der hiermit zwangsläufig verbundene Bedeutungszuwachs für die außerfamiliären Sozialisationsinstanzen nicht ohne Wirkung auf das staatliche Wächteramt bleiben kann. Unter der Prämisse der Wächterfunktion ist der Staat gehalten, die abnehmende familiäre Sozialisationsleistung außerfamiliär aufzunehmen und zu ersetzen. [...] Die staatliche Wächterfunktion bedingt also Handlungsbereitschaft und vermehrte Ergänzungs- oder Ersetzungsangebote familiärer Aufgaben. Generell wird der Ruf nach vermehrt präventiven Hilfen durch den Ausbau niedrigschwelliger Angebote lauter.“⁸⁹

Die Verschiebung von Verantwortung soll dabei auch unterhalb der Gefährdungsschwelle stattfinden, wobei dann an die Stelle der Gefahrenabwehr (negativer Standard) eine am positiven Standard orientierte Einflussnahme auf die elterliche Erziehung zum Zwecke der Prävention tritt – so etwa die Forderung des Familienrichters Walter Röchling: Im Interesse eines effektiven Kindesschutzes durch frühzeitige Prävention sei der „Begriff der Gefährdung

chung“ oder „Überbewertung von leiblicher Abstammung und Elternrecht und Vernachlässigung des staatlichen Wächteramtes“. Als Ausgangsthese wird dann beispielsweise formuliert, dass in der „Rechtsprechung [...] oft eine Überbetonung der Elterninteressen auf Kosten der Interessen und des Wohls des Kindes festzustellen“ sei. Als Lösungsansatz findet sich die Empfehlung: „Um gegen Eltern und gegen Gerichte offensiv auftreten zu können, sind Jugendämter auch dadurch zu stärken, dass ihren Mitarbeitern zu einem größeren Selbstbewusstsein gegenüber Juristen verholfen wird [...]. Das müsste schon in der Ausbildung (meist) an den Fachhochschulen einsetzen und den Rechtsunterricht bestimmen.“ Zur Problematik vgl. auch COESTER (Anm. 34), S. 29 ff.

89 ESTHER ROSENBOOM, Die familiengerichtliche Praxis in Hamburg bei Gefährdung des Kindeswohls durch Gewalt und Vernachlässigung nach §§ 1666, 1666a BGB – eine qualitative Untersuchung, 2006, S. 201, 202. Zu beachten ist, dass Rosenboom ihre Ergebnisse nicht auf flächendeckend erhobene empirische Daten, sondern auf eine Analyse fünf exemplarisch ausgewählter Fälle des Familiengerichts Hamburg-Mitte stützt und die Eingriffsbefugnis des Staates mit der Vorhaltung von Hilfsangeboten wie folgt begründet: „Sein Eingriff in Familien, die ihrer Sozialisations- und Erziehungsfunktion nicht nachkommen oder nicht nachzukommen vermögen, legitimiert sich darin, dass der Staat ergänzende oder unterstützende Hilfen für die erwarteten familiären Leistungen verfügbar hält.“

neu zu formulieren und die Eingriffsschwelle für jedwede präventive familiengerichtliche Intervention zu senken“.⁹⁰

Dass die Entwicklung zu einer präventiven, am positiven Kindeswohlstandard ausgerichteten Funktion des staatlichen Wächteramtes längst eingeleitet ist, lässt sich an zwei weiteren Beispielen aus der Rechtsprechung verdeutlichen: Das Anliegen der Kindschaftsrechtsreform, den Umgang des Kindes mit dem nicht betreuenden Elternteil zu stärken,⁹¹ hat im Bemühen um Optimierung mehrere Oberlandesgerichte⁹² dazu veranlasst, unterhalb der Kindeswohlgefährdungsschwelle Eltern unter Androhung von Zwangsgeld zu einer psychologisch-pädagogischen Familientherapie zu verpflichten, um die anlässlich der Umgangskontakte auftretenden Konflikte zwischen den Eltern abzubauen.⁹³

Da außerdem seit der Kindschaftsrechtsreform die einvernehmliche Erziehung der Kinder auch nach Trennung und Scheidung als Ideal angesehen wird,⁹⁴ lässt der Cochemer Familienrichter Jürgen Rudolph seit Jahren keine

90 WALTER RÖCHLING, Anmerkungen zum Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls“ v. 17.11.2006, FamRZ 2007, S. 431, 432. Auch FIESELER/HANNEMANN (Anm. 43), ZKJ 2006, S. 123 wollen die uneingeschränkte Elternautonomie nur noch dann bestehen lassen, wenn der positive Standard einer kindeswohlorientierten Erziehung eingehalten wird: „Auch kann das Erziehungsprimat nur so weit reichen wie Eltern ihre elterliche Sorge gemäß § 1627 BGB zum Wohl des Kindes ausüben. Nur so weit reicht die Elternautonomie.“ Kritisch zum „generelle(n) Übergang zu einer ‚präventiven Wächterfunktion‘ des Staates“ auch COESTER (Anm. 34), S. 39 f.

91 Die Stärkung des Umgangs zwischen Eltern und Kind wurde gleich doppelt – als Erziehungsleitbild in § 1626 III BGB und als Recht des Kindes in § 1684 I BGB – verankert.

92 Etwa OLG Braunschweig FamRZ 1999, S. 185 f. und OLG Stuttgart FamRZ 2001, S. 932 ff. unter Berufung auf das Wohlverhaltensgebot des § 1684 II 1 BGB. A. A. aber OLG Nürnberg FamRZ 2006, S. 1146; OLG Naumburg FamRZ 2006, S. 282.

93 Diese Tendenz wird mit dem geplanten FamFG noch verstärkt, da künftig vollstreckbare Umgangsanordnungen nicht mehr mit Zwangsgeld, sondern mit Ordnungsmitteln durchgesetzt werden sollen, weil letztere Sanktionscharakter haben; BT-Dr. 16/9733, S. 62 f. (§ 89 I 1 FamFG-E: Bei der Zuwiderhandlung gegen einen Vollstreckungstitel zur Herausgabe von Personen und zur Regelung des Umgangs kann das Gericht gegenüber dem Verpflichteten Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft anordnen.). Vgl. weiter die Begründung zu § 89 FamFG-E, BT-Dr. 16/6308, S. 218: „Anders als Zwangsmittel dienen Ordnungsmittel nicht ausschließlich der Einwirkung auf den Willen der pflichtigen Person, sondern haben daneben Sanktionscharakter. Deshalb können sie auch dann noch festgesetzt und vollstreckt werden, wenn die zu vollstreckende Handlung, Duldung oder Unterlassung wegen Zeitablaufs nicht mehr vorgenommen werden kann.“

94 Auch COESTER (Anm. 9), § 1671 BGB, Rn. 170 bewertet „die Oktroyierung von Sorgeregemeinschaft gegenüber unwilligen Eltern und bei zerstrittenen Familienverhältnissen, um das generell für vorrangig erachtete Modell des gemeinsamen Sorgerechts durchzusetzen und auf die Eltern – unter Betonung ihrer generellen Kooperationspflicht – erzieherisch einzuwirken“, kritisch. Hier werde „nicht die Entscheidung ‚aus der Fa-

streitige Entscheidung zum Sorge- und Umgangsrecht mehr zu. Dieses meist als positives Beispiel angeführte sog. Cochemer Modell beruht auf einer „verordneten Kooperation“, die eine Einstellungsänderung der Eltern zum Ziel hat, wobei zu diesem Zweck der Kooperationsprozess so lange fortgeschrieben wird, bis die Eltern „gezwungenermaßen“ einer einvernehmlichen Lösung zustimmen.⁹⁵ Das Cochemer Modell hat inzwischen Schule gemacht und wurde §§ 50e, 52 FGG n.F. (§§ 155, 156 FamFG-E) zugrunde gelegt,⁹⁶ obwohl nach der Grundkonzeption des § 1671 BGB eine am Kindeswohl ausgerichtete Entscheidung auch zu einer Alleinsorge gegen den Willen des anderen Elternteils führen kann.⁹⁷ Dennoch sieht der Text des neuen § 156 I FamFG-E vor, dass das Gericht „zur Entwicklung eines einvernehmlichen Konzepts für die

milie' gewonnen, sondern versucht, die Familie nach generell vorgegebenen, dh in concreto familienfreundlichen Maßstäben zu formen.“

- 95 Im Falle eines Familienkonflikts, der angenommen wird, wenn die Eltern kein gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung wünschen, besteht die Methode des Cochemer Modells darin, durch eine Zusammenarbeit des Richters, der beteiligten Anwälte, des Jugendamtes und eines Psychologen die Eltern von der Notwendigkeit einer gemeinsamen Sorge zum Wohle des Kindes zu überzeugen. Um einen „Einstellungswandel“ bei den Eltern zu erreichen, wurden Rechtsanwälte, die für die Alleinsorge eines Elternteils eintraten, in der Verhandlung ermahnt, zu kooperieren und Eltern mussten zum Teil direkt nach der Verhandlung in Begleitung eines Mitarbeiters des Jugendamtes eine Beratungsstelle aufsuchen. Zum Cochemer Modell: TRAUDL FÜCHSLE-VOIGT, Verordnete Kooperation im Familienkonflikt als Prozess der Einstellungsänderung: Theoretische Überlegungen und praktische Umsetzung, FPR 2004, S. 600 ff.; BUNDESVERBAND ALLEINERZIEHENDER MÜTTER UND VÄTER E.V., Kritische Betrachtungen zum Arbeitskreis Trennung und Scheidung „Cochemer Weg“, ZKJ 2006, S. 204 ff.; KÖLNER FACHKREIS FAMILIE, Das Cochemer Modell – die Lösung aller streitigen Trennungs- und Scheidungsfälle?, Kind-Prax 2005, S. 202 ff.
- 96 Dazu HANS RAUSCH, Aktuelles zur Reform des familiengerichtlichen Verfahrens, FuR 2006, S. 337 ff.; SIEGFRIED WILLUTZKI, Die FGG-Reform – Chance für ein stärker kindorientiertes Verfahren, ZKJ 2006, S. 224 ff.; ALEXANDER HEUMANN, § 165 FamFG-Entwurf aus der Sicht des Anwalts, ZKJ 2006, S. 200 ff.; MATTHIAS WEBER, § 165 FamFG-Entwurf aus der Sicht der Familien- und Erziehungsberatung, ZKJ 2006, S. 196 ff.; kritisch GABRIELE REICHERT, § 165 FamFG-Entwurf aus der Sicht einer Familienrichterin an einem Großstadtgericht, ZKJ 2006, S. 230, 231 f.; FLORIAN JACOB, Der Regierungsentwurf für ein FamFG, FamRZ 2007, S. 1703 ff.
- 97 Dazu auch Empfehlungen des 13. DEUTSCHEN FAMILIENGERICHTSTAGES, FamRZ 2000, S. 273, 274; BGH FamRZ 1999, S. 1646, 1647. Vgl. auch BT-Dr. 13/4899, S. 63. Dass die beteiligten Fachdisziplinen zur Frage der gemeinsamen Sorge nach Trennung und Scheidung unterschiedliche Auffassungen vertreten bzw. die Ansichten im Fluss sind, belegt eine neuere amerikanische Studie (JANET R. JOHNSTON, Entfremdete Scheidungskinder? Neuere Forschungsergebnisse und Lösungsansätze, ZKJ 2007, S. 218 ff., 223: „Nicht in jedem Fall ist die Versöhnung des entfremdeten Kindes mit dem abgelehnten Elternteil und eine Normalisierung des Kontakts ein erreichbares oder auch angemessenes Ziel.“).

Wahrnehmung der elterlichen Sorge und der elterlichen Verantwortung“ anordnen kann, „dass die Eltern an einer Beratung [...] teilnehmen“.⁹⁸

4. Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die im Schrifttum, von der Rechtsprechung und nach den aktuellen Reformen befürworteten Eingriffe in das Elternrecht unterhalb der Gefährdungsschwelle und das damit verbundene Auftreten des Staates als Miterzieher nicht von Art. 6 II 2 GG gedeckt sind.⁹⁹ Die fehlende Legitimation dieser Eingriffe in die elterliche Erziehungskompetenz wird dadurch kaschiert, dass die Maßnahmen den Charakter einer begleitenden Erziehungskontrolle haben¹⁰⁰ und eine Verantwortungsgemeinschaft von Eltern

98 BT-Dr. 16/6308, S. 40. Die Beratung ist zwar nicht mit Zwangsmitteln durchsetzbar, jedoch kann die Weigerung, an der Beratung teilzunehmen, Kostennachteile nach sich ziehen (S. 237). Außerdem soll das Gericht in Kindschaftssachen nach §§ 151 ff. FamFG-E (S. 169) „künftig anordnen können, dass der Sachverständige auch auf ein Einvernehmen zwischen den Eltern hinwirken soll (lösungsorientiertes Gutachten)“ (§ 163 II FamFG-E).

99 So im Ergebnis auch BVerfGE 107, S. 104 zur Verfassungsmäßigkeit von § 51 II JGG: Zum Ausschluss des Erziehungsberechtigten vom Strafverfahren gegen einen 14-Jährigen hatte das Bundesministerium der Justiz die Auffassung vertreten, dass der Ausschluss des Erziehungsberechtigten von der Hauptverhandlung nicht gegen Art. 6 II GG verstoße, weil das Elternrecht nicht schrankenlos bestehe und dazu vorgetragen (S. 113 f.), dass „der Vorrang der Eltern bei der Pflege und Erziehung der Kinder [...] in den Hintergrund [trete], sobald sie ihrer Elternverantwortung nicht nachkämen. § 51 Abs. 2 JGG sei ein durch die Wächterfunktion des Staates legitimierter Eingriff in das Elternrecht. Die durch die konkrete Straftat erkennbar gewordene Erziehungsbedürftigkeit des Jugendlichen könne zugleich ein Hinweis sein, dass die Eltern ihrer Verantwortung aus der Verfassung nicht in vollem Umfang gerecht würden. In diesem Fall dürfe der *Staat als Erziehungshelfer* einspringen. Rechtfertige aber eine durch eine Straftat zum Ausdruck gekommene Erziehungsbedürftigkeit des Jugendlichen den Eingriff in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, so sei die Einschränkung der elterlichen Sorge auch schon in dem den gerichtlichen Entscheidungen vorgelagerten Verfahren gerechtfertigt, wenn dies zur Erreichung der mit der Hauptverhandlung bezweckten erzieherischen Einwirkung auf den Jugendlichen erforderlich sei“ [Hervorhebung durch Verf.]. Nach Auffassung des BVerfG ist § 51 II JGG wegen Verstoßes gegen Art. 6 II GG verfassungswidrig (S. 116 ff.), weil das elterliche Recht auf Wahrnehmung der Schutz- und Beistandsfunktion für das Kind sämtliche Lebens- und Entwicklungsbedingungen des Kindes auch außerhalb der Familie einschließt; darüber hinaus wird in der Entscheidung besonders hervorgehoben (S. 125 f.), dass der Gesetzgeber anlässlich der Reform des Jugendgerichtsgesetzes im Jahre 1953 an der nahezu wortgleichen Vorgängervorschrift des § 34 II RJGG vom 6. November 1943 festgehalten hat, ohne sich mit der Frage einer Änderung im Hinblick auf das Gewicht des elterlichen Erziehungsrechts nach dem neu geschaffenen Grundgesetz auseinander zu setzen.

100 Zur Differenzierung zwischen Eingriffs- und Kontrollschwelle vgl. auch COESTER (Anm. 34), S. 35 ff. Trotz Kritik an den geplanten Reformen hält COESTER im Ergebnis

und Staat suggerieren.¹⁰¹ Darüber hinaus wird der staatliche Eingriff in die Elternautonomie sprachlich verschleiert durch Formulierungen wie: „Wiederherstellung der Elternkompetenz“,¹⁰² „stärkere Einbindung der Eltern in den Hilfeprozess“, Ermöglichung eines „niedrigschwelligen Eingreifens“ oder „Einwirken auf die Eltern“ mit dem Ziel, die „Verbindlichkeit des aufgestellten Hilfeplans“ und die „Notwendigkeit der Kooperation mit dem Jugendamt“ durchzusetzen.¹⁰³

Anknüpfungspunkt für sämtliche Präventionsmaßnahmen zum Schutze des Kindes sind dabei die staatlichen Erziehungsleitbilder und das Bestreben, die als Defizit empfundene Schutzlücke zwischen positivem und negativem Kindeswohlstandard zu schließen, wobei sich das Zusammenwirken von zwei verschiedenen Entwicklungen als besonders problematisch erweist und im Ergebnis zu einer ganz erheblichen Einschränkung der elterlichen Verantwortung führt: erstens die Herabsenkung der Kindeswohlgefährdungsschwelle durch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft in den letzten Jahrzehnten und zweitens die Schaffung eines der Gefährdungsschwelle vorgelagerten Bereichs der „möglichen

eine nur aufklärende, kontrollierende und warnende Wahrnehmung des Wächteramtes unterhalb der Kindeswohlgefährdungsschwelle für zulässig.

101 Kritisch auch JESTAEDT (Anm. 2), Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 186: „Beschafft sich der Staat Informationen in bezug auf ein konkretes Eltern-Kind-Verhältnis ohne oder gegen den Willen der Eltern, so greift er in den Rechtskreis der Familie (Art. 6 Abs. 1 GG), insonderheit jenen der Eltern (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) ein. Derartige Informationsbeschaffungseingriffe sind nur unter der Voraussetzung zulässig, daß konkrete Anhaltspunkte für eine Kindeswohlbeeinträchtigung gegeben sind [...]. Unzulässig sind des weiteren Eingriffe im Sinne einer ‚mitlaufenden‘ Erziehungskontrolle oder einer Befolgungskontrolle, wie sie namentlich im Umweltrecht bekannt ist; trotz ihrer Pflichtbindung beruhen elterliche Befugnisse nicht auf staatlicher Konzession. [...] Schließlich werden sich elterliche Auskunft-, Duldungs- oder Mitwirkungspflichten nur ausnahmsweise, d. h. bei begründetem Verdacht einer Kindeswohlverletzung rechtfertigen lassen.“

102 Kritisch auch DIETER SCHWAB, Familie und Staat, FamRZ 2007, S. 1, 7: Die politische Sprache spiele mit positiven Assoziationen, verfolge aber sehr konkrete Absichten: „Stärkung der familiären Kompetenz‘ könnte bedeuten: ‚Wir mischen uns in die Erziehung ein“ (dort auch weitere Beispiele).

103 Auf die Problematik weist auch RÖCHLING (Anm. 47), FamRZ 2007, S. 1778 f. hin, folgert daraus aber, dass die Gefährdungsschwelle gesenkt werden müsse, damit in das Elternrecht eingegriffen werden könne: „Dabei ist insbesondere im Blick zu behalten, dass auch ‚niedrigschwellige Maßnahmen‘ ‚Eingriffe‘ in das Elternrecht darstellen, also gerichtliche Interventionen, die Eltern – verfassungsrechtlich gesehen – unterhalb der Gefährdungs- bzw. Eingriffsschwelle bekanntlich nicht zu dulden brauchen. [...] Nicht gewollt sein kann (darf), dass das Familiengericht – im Rahmen der ‚Verantwortungsgemeinschaft mit dem Jugendamt‘ – gehalten sein soll, mit den Beteiligten ‚niedrigschwellige Maßnahmen‘ zu erörtern, in Aussicht zu stellen oder gar ‚anzuordnen‘, die es kraft Gesetzes (mangels Vorliegens der Eingriffsschwelle) überhaupt nicht verhängen darf! [...] Rechtliche Konsequenz dürfte eine neue Definition des ‚Gefährdungsbegriffs‘ [...] i. S. des effektiven Schutzes des Kindeswohls sein“.

Gefährdung“ durch die aktuellen Reformen. Dies kann dazu führen, dass sich „Familie als staatsfreier Raum“ in Zukunft auf diejenigen Gemeinschaften beschränken wird, die die staatlichen Erziehungsleitbilder erfüllen bzw. mit ihren Erziehungszielen und -methoden nur geringfügig vom „Normbereich“ dieser Leitbilder abweichen.¹⁰⁴

Die dahinter stehende Vorstellung, dass die staatliche Kontrolle der elterlichen Erziehung und gegebenenfalls die staatlich verordnete „Erziehung“ von Eltern dem Kindeswohl dient, ist aber – unabhängig davon, dass es sich um eine bislang nicht bewiesene Vermutung handelt und unbeabsichtigte negative Folgen für die betroffenen Familien durch Fehler der staatlichen Stellen nicht auszuschließen sind¹⁰⁵ – mit dem Menschenbild des Grundgesetzes nicht in Einklang zu bringen.

IV. Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab im Konflikt der nicht miteinander verheirateten Eltern?

Während die allgemeine Entwicklung im Kindschaftsrecht tendenziell durch eine Zunahme des staatlichen Einflusses auf die Elternverantwortung in Form einer Art Präventivkontrolle im innerfamiliären Bereich gekennzeichnet ist, lässt sich im nichtehelichen Kindschaftsrecht seit 1998 ein Abbau der traditionell sehr starken staatlichen Fürsorge für das „vaterlose“ Kind zugunsten eines einseitigen Ausbaus der Elternstellung der Mutter beobachten. Dabei ist nicht zu beanstanden, dass sich der Staat mit der Kindschaftsrechtsreform endgültig von

104 Deutlich etwa bei UTE ZIEGENHAIN, Stärkung elterlicher Beziehungs- und Erziehungskompetenzen – Chance für präventive Hilfen im Kinderschutz, in: DIES./JÖRG M. FEGERT (Hrsg.), Kindeswohlgefährdung und Vernachlässigung, 2007, S. 119, 124: „Die Grenzen zwischen Normalität, Belastung und Entwicklungsgefährdung sind fließend.“ ZIEGENHAIN plädiert dafür, dass sich frühe und präventive „Angebote“ zur Förderung elterlicher Beziehungs- und Erziehungskompetenzen an alle Eltern richten sollten, weil sich mögliche Stigmatisierungen über breit angelegte „Angebote“ vermeiden ließen.

105 Zur sog. sekundären Kindeswohlgefährdung durch Professionelle (Fehlreaktionen der am Entscheidungsprozess beteiligten Richter, Sachverständigen, Jugendamtsmitarbeiter und Verfahrenspfleger) im Gegensatz zur primären Kindeswohlgefährdung durch die Eltern vgl. insbesondere HARRY DETTENBORN, Die Beurteilung der Kindeswohlgefährdung als Risikoentscheidung, FPR 2003, S. 293, 295 ff. DETTENBORN kommt zu dem Ergebnis, dass das Thema „sekundäre Kindeswohlgefährdung“ bislang „sowohl im Rahmen der praktischen Analyse und Optimierung von Konfliktbearbeitung und Entscheidung wie auch in der Fortbildung und schon gar als Forschungsgegenstand“ eher gemieden wird. Da kaum ein Haftungsrisiko bestehe, lägen „die Risikofolgen ausschließlich auf der Seite der betroffenen Erwachsenen und Kinder, nicht aber auf Seiten fehlreagierender Professioneller“ (S. 298). Vgl. zur Problematik auch ZIEGENHAIN (Anm. 104), S. 125; HEINZ OFFE, Methoden zur Beurteilung des Verdachts auf Kindeswohlgefährdung, ZKJ 2007, S. 236 ff.

der antiquierten Vorstellung verabschiedet hat, dem Kind den Vater ersetzen zu müssen und der ledigen Mutter nur eingeschränkt die Ausübung der elterlichen Sorge zubilligen zu dürfen.¹⁰⁶ Statt aber den staatlichen Rückzug mit einer Stärkung der Verantwortung beider Eltern zu verbinden, wurde 1998 die Lösung in einer einseitigen Stärkung der Rechte der Mutter gesucht.

Da der Gesetzgeber der Mutter die Entscheidung, ob und in welchem Umfang der Vater seiner elterlichen Verantwortung nachkommen kann, überlässt, und seine *Funktion als Schlichter im Elternkonflikt* nicht wahrnimmt, wurde ein wesentliches Ziel der Kindschaftsrechtsreform von 1998, der auf Art. 6 II und V GG gestützte Abbau der rechtlichen Unterschiede zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern,¹⁰⁷ nicht erreicht.¹⁰⁸

1. Elterliche Sorge

Da die Elternverantwortung nach Art. 6 II 1 GG nicht in gemeinsamen und gleichwertigen Rechten münden muss, kann eine Aufteilung der Verantwortung in elterliche Sorge einerseits und Umgangsbefugnis des nicht sorgeberechtigten Elternteils andererseits zum Wohle des Kindes erforderlich sein, wenn die Eltern nicht willens oder nicht in der Lage sind, die elterliche Verantwortung gemeinsam zu tragen.¹⁰⁹ Obwohl Art. 6 II GG keine Differenzierung zwischen verheirateten und nicht miteinander verheirateten Eltern vorsieht, muss der Gesetzgeber nicht alle Eltern-Kind-Verhältnisse gleich behandeln und darf für

106 Dazu EVA SCHUMANN, Die nichteheliche Familie, Reformvorschläge für das Familienrecht mit einer Darstellung der geschichtlichen Entwicklung und unter Berücksichtigung des Völker- und Verfassungsrechts, 1998, S. 92 ff. Einen Überblick über die Entwicklung des nichtehelichen Kindschaftsrechts gibt auch DIETER SCHWAB, Von gefallenen Mädchen, Zahlvätern und sozialen Familien: Eine rechtshistorische Betrachtung zum Kindschaftsrecht, JAmt 2006, S. 549 ff., insb. S. 553 f.

107 BT-Dr. 13/4899, S. 29. Dazu EVA SCHUMANN, Erfüllt das neue Kindschaftsrecht die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des nichtehelichen Vater-Kind-Verhältnisses?, FamRZ 2000, S. 389 mwN (Fn. 1).

108 Zur gemeinsamen elterlichen Sorge bei sog. Altfällen BVerfG FamRZ 2003, S. 285 ff. Zu weiteren Nachbesserungspflichten im Bereich des nichtehelichen Kindschaftsrechts vgl. BVerfG FamRZ 2003, S. 816 ff. (Anfechtungsrecht und Umgangsrecht des biologischen Vaters); BVerfG FamRZ 2007, S. 965 ff. (Betreuungsunterhalt). Teilweise hat das BVerfG den Ausweg auch in einer dem Wortlaut und dem Gesetzgeberwillen entgegenstehenden, jedoch verfassungskonformen Auslegung gesucht; so BVerfG FamRZ 2006, S. 385 f. (zu § 1680 II BGB); BVerfG FamRZ 2006, S. 94 ff. und BVerfG FamRZ 2006, S. 1355 f. (zu § 1747 IV BGB).

109 Sowohl Sorge- als auch Umgangsrecht sind dann Ausfluss der elterlichen Verantwortung aus Art. 6 II 1 GG. Dazu BVerfG FamRZ 2006, S. 605, 606. Für die Entscheidungsbefugnis des Staates ist in Fällen des Elternkonflikts eine Kindeswohlgefährdung nicht erforderlich, vielmehr darf und muss der Staat zwischen den streitenden Eltern schlichten, wenn diese um eine Entscheidung nachsuchen; so etwa JESTAEDT (Anm. 2), Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 117.

bestimmte Konstellationen auch typisierende Regelungen vorsehen. Die Ausgestaltung dieser Regelungen darf aber nicht vom Status oder vom Geschlecht der Eltern bestimmt sein, sondern muss sich von kindeswohlorientierten Kriterien, wie z.B. den Beziehungen des Kindes zu seinen Eltern und deren Konsensfähigkeit, leiten lassen.¹¹⁰

Daher ist auch nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber die elterliche Sorge aus Gründen der Rechtssicherheit und Praktikabilität zunächst nur der Mutter zuweist und nicht wie bei verheirateten Paaren vermutet, dass die Eltern die Sorge gemeinsam ausüben wollen.¹¹¹ Allerdings darf die Bevorzugung der Mutter zu Lasten des Vaters nur solange Bestand haben, wie dem Wohl des Kindes bei Fortbestehen der alleinigen elterlichen Sorge der Mutter besser gedient ist.¹¹²

Dennoch hat der Gesetzgeber 1998 davon abgesehen, Regelungen zu schaffen, die dem Vater – unabhängig vom Willen der Mutter und allein kindeswohlbestimmt – die Chance auf Teilhabe an der elterlichen Sorge oder auf Übertragung der Sorge eröffnen.¹¹³ Dies führt dazu, dass selbst der deutlich

110 Dazu SCHUMANN (Anm. 107), FamRZ 2000, S. 392 mwN; BVerfGE 99, S. 145, 164: „Da die Elternrechte beider Eltern gleichwertig sind, kann nur das Kindeswohl einen Eingriff in das Elternrecht des jeweils benachteiligten Elternteils rechtfertigen [...]. Eine staatliche Entscheidung, die das Elternrecht beeinträchtigt, aber nicht dem Wohl des Kindes dient, verletzt deshalb Art. 6 II GG.“

111 BVerfGE 84, S. 168, 181: „Da sie nicht durch die Ehe miteinander verbunden sind, kann der Gesetzgeber weder vom Bestehen einer häuslichen Gemeinschaft noch davon ausgehen, daß Vater und Mutter die personale Verantwortung für das Kind gemeinsam übernehmen wollen und können. Er kann daher das nichteheliche Kind, das einen Anspruch darauf hat, daß seine personalen Verhältnisse geregelt sind, wenn es auf die Welt kommt, zunächst einem Elternteil zuordnen. Dabei lag es nahe, das Sorgerecht grundsätzlich der Mutter zu übertragen, weil zwischen ihr und dem Kind durch Schwangerschaft und Geburt bereits eine Beziehung entstanden und das Kleinstkind auf sie besonders angewiesen ist.“

112 Dazu insgesamt JESTAEDT (Anm. 2), Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 124; SCHUMANN (Anm. 106), S. 227 f.; DIES. (Anm. 107), FamRZ 2000, S. 393 mwN. Selbst bei einem Kleinkind können die biologischen Bindungen zur Mutter im Einzelfall hinter anderen Faktoren wie der durch die Einzelpersönlichkeit bedingten Wahrnehmung der Elternrolle (Liebe, Zuverlässigkeit, Geduld) zurücktreten. Dazu EVA SCHUMANN, Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern, FuR 2002, S. 59, 62.

113 Eine allein am Kindeswohl orientierte richterliche Entscheidung wurde mit der Begründung (BT-Dr. 13/4899, S. 59 f.) abgelehnt, dass anderenfalls „die Alleinsorge der Mutter eines nichtehelichen Kindes bis zu dessen Volljährigkeit unter dem jederzeitigen Vorbehalt stünde, ohne Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung auf den Vater überzugehen, sobald dieser nur als der für das Kind ‚bessere‘ Elternteil erscheint. Krankheiten und andere vorübergehende Probleme der Mutter, die ihre Erziehungsfähigkeit vorübergehend beeinträchtigen könnten, würden dadurch eine neue, für die Mutter gefährliche Dimension erhalten.“ Abgesehen davon, dass in dieser Passage das Kindeswohl bei der Entscheidung über die elterliche Sorge nicht erwähnt wird und nur mit den

besser zur Erziehung geeignete Vater gegen den Willen der Mutter nicht Inhaber der elterlichen Sorge werden kann,¹¹⁴ obwohl die Interessen der Mutter keineswegs immer vom Kindeswohl geleitet sind. So hatte beispielsweise in einem Fall vor dem Familiengericht Potsdam die Mutter die Zustimmung zur Übertragung der Sorge auf den Vater verweigert, obwohl das gemeinsame Kind seit Jahren im Haushalt des Vaters lebte und vom Vater erzogen wurde, weil sie verhindern wollte, nach Übertragung der elterlichen Sorge auf Zahlung von Kindesunterhalt in Anspruch genommen zu werden. Zur Korrektur dieses unbilligen Ergebnisses sah das Familiengericht Potsdam nur einen Ausweg: Es entzog der Mutter die Sorge wegen Gefährdung des Kindeswohls nach § 1666 BGB und übertrug die Sorge dem Vater (§ 1680 III, II 2 BGB).¹¹⁵ Auch wenn diese Lösung, durch eine verfassungskonforme Auslegung des § 1666 BGB die Rechte des Vaters zu gewährleisten, vor dem BGH wohl Unterstützung fände,¹¹⁶ und der Wunsch, Einzelfallgerechtigkeit mit einer kindeswohlorientierten Lösung entgegen dem geltenden Recht zu erzielen, durchaus nachvollziehbar ist, so

Interessen der Mutter argumentiert wird, ist zudem die Rechtslage falsch dargestellt. Denn auch bei ehelichen Kindern führt eine vorübergehende Beeinträchtigung der Erziehungsfähigkeit eines Elternteils keineswegs zwingend zum Verlust der elterlichen Sorge. Eine Entscheidung über die elterliche Sorge erlaubt zum einen abgestufte Lösungen wie z. B. ein gemeinsames Sorgerecht mit Aufenthaltsbestimmungsrecht eines Elternteils (§ 1687 I BGB) und ist zum anderen unter Abwägung mehrerer Kriterien (Bindungen des Kindes, Kontinuitätsprinzip, Kindeswille, Förderprinzip) zu treffen; insoweit steht die Entscheidung unter der strikten Bindung an das Kindeswohl.

114 Um eine allein am Wohl des nichtehelichen Kindes orientierte Entscheidung von vornherein zu vermeiden, empfiehlt beispielsweise DIETER SCHWAB in seinem Familienrechtslehrbuch (16. Aufl. 2008, Rn. 599) nicht verheirateten Müttern, sich die Beteiligung des Vaters an der elterlichen Sorge im Hinblick auf die Verschlechterung ihrer Rechtsstellung gründlich zu überlegen. Vor einem solchen Schritt sei fachliche Beratung nötig, da mit dem gemeinsamen Sorgerecht ein nicht geringes Risiko verbunden sei und sich die Rechtsstellung insbesondere für den Fall des Elternstreits erheblich verschlechtere. Dies könne sogar dazu führen, dass bei einer Trennung der Vater das Sorgerecht erhalte und die Mutter dann nicht nur den Barunterhalt für das Kind, sondern auch dem Kindesvater den Betreuungsunterhalt schulde. Auch bei dieser Argumentation wird allein auf die Interessen der Mutter am Kind und ihre vermögensrechtlichen Interessen abgestellt, während das Kindeswohl keine Erwähnung findet. Denn zu einer Übertragung der elterlichen Sorge auf den Vater nach Begründung eines gemeinsamen Sorgerechts und späterer Trennung könnte es gemäß § 1671 II Nr. 2 BGB gegen den Willen der Mutter nur dann kommen, wenn „die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragsteller dem Wohl des Kindes am besten entspricht“.

115 AG Potsdam FamRZ 2006, S. 500 f. Zur Problematik, dass der Vater auch bei Bereitschaft und besserer Eignung zur Kinderbetreuung der Mutter Betreuungsunterhalt zahlen muss, vgl. EVA SCHUMANN, Zur Gleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Eltern-Kind-Verhältnisse, FF 2007, S. 227, 230.

116 Vgl. BGH FamRZ 2001, S. 907, 909 f.

ist doch nicht zu verkennen, dass auch dies zu einer weiteren Relativierung des Gefährdungsbegriffs in § 1666 BGB führt.¹¹⁷

Die Chance, im Anschluss an die Entscheidung des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des § 1626a I Nr. 1 BGB für sog. Altfälle wegen Fehlens einer Übergangsregelung¹¹⁸ die Bestimmungen zur elterlichen Sorge entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben zu überarbeiten, hat der Gesetzgeber ebenfalls nicht genutzt und ist nun verpflichtet, die tatsächliche Entwicklung zu beobachten und zu prüfen, ob die derzeitige Ausgestaltung der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern vor der Wirklichkeit Bestand hat.¹¹⁹

Auch diesem Auftrag des BVerfG aus dem Jahre 2003 ist der Gesetzgeber bislang nur unzureichend nachgekommen. Zwar sind seit 2004 die vor den Jugendämtern abgegebenen Sorgeerklärungen zu registrieren (§§ 98 II, 99 VIa SGB VIII), jedoch sind die vorliegenden Daten aus verschiedenen Gründen nicht aussagekräftig. So haben einzelne Jugendämter beide Sorgeerklärungen der Eltern registriert, während andere die wirksam begründete Sorge durch zwei Sorgeerklärungen als einen Fall gezählt haben; Sorgeerklärungen, die vor einem Notar oder dem Standesamt abgegeben werden, fehlen in der Statistik ohnehin. Auch hier gilt also, dass keine hinreichende Rechtsstatsachenforschung betrieben

117 So auch COESTER (Anm. 9), § 1666 BGB, Rn. 86. Dazu auch SCHUMANN (Anm. 112), FuR 2002, S. 65 f.

118 BVerfG FamRZ 2003, S. 285. Dazu SANDRA FINK, *Verfassung und das Sorgerecht für nichteheliche Kinder: Das Kindeswohl als Maßstab gesetzlicher Regelungen*, JAmt 2005, S. 485 ff.; BRIGITTE SPANGENBERG/ERNST SPANGENBERG, *Den nicht ehelichen Müttern das letzte Wort? – Anmerkung zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 29.1.2003*, ZfJ 2003, S. 332 f.; JÖRG MOHR/ASTRID WALLRABENSTEIN, *Elterliche Sorge als ein Sorgenkind des Bundesverfassungsgerichts*, JURA 2004, S. 194 ff. Kritisch dazu ANTONIO GIMBERNAT JONAS, *Typisierung contra Einzelfallgerechtigkeit – Anmerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 29. Januar 2003*, JAmt 2003, S. 332, 334 ff. Aus dieser Entscheidung ergibt sich deutlich, dass der Gesetzgeber sich bei der Ausgestaltung des Kindschaftsrechts am positiven Kindeswohlstandard zu orientieren hat und unter mehreren Lösungen diejenige wählen muss, mit der sich der positive Standard aller Voraussicht nach am besten verwirklichen lässt.

119 Sollte sich dies mit der derzeitigen Lösung nicht erreichen lassen, so ist der Gesetzgeber verpflichtet, dafür zu sorgen, dass „Vätern nichtehelicher Kinder [...] ein Zugang zur gemeinsamen Sorge eröffnet wird, der ihrem Elternrecht aus Art. 6 II GG unter Berücksichtigung des Kindeswohls ausreichend Rechnung trägt“ (BVerfG FamRZ 2003, S. 285, Leitsatz 4). Hingegen kommt dem Persönlichkeitsrecht der Mutter (Art. 2 I, 1 I GG) nach Ansicht des BVerfG (FamRZ 2007, S. 441, 445) keine entscheidende Bedeutung zu, insbesondere stelle die Geltendmachung der Rechte des Vaters keinen unzulässigen Eingriff in den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung der Mutter dar, weil bei Abwägung der widerstreitenden Grundrechtspositionen zu berücksichtigen sei, dass die Mutter dem Mann schon Zugang zu ihrer Intimsphäre eröffnet habe, indem sie ihn an ihrem Geschlechtsleben habe teilnehmen lassen.

wird.¹²⁰ Immerhin hat das Bundesjustizministerium inzwischen erkannt, dass mit der bisherigen Datenerhebung der Auftrag des BVerfG nicht erfüllt werden kann, und im Juli 2006 eine Fragebogenaktion bei ausgewählten Jugendämtern und Rechtsanwälten gestartet, um einen ersten Eindruck über die Effektivität des § 1626a I Nr. 1 BGB in der Praxis zu erhalten.¹²¹

Dabei hat das BVerfG schon vor der Kindschaftsrechtsreform 1998 die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für die Ausgestaltung der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern detailliert vorgegeben (die für den Fall einer späteren Trennung der nicht verheirateten Eltern formulierten Ausführungen lassen sich zumindest in Teilen auch auf Eltern übertragen, die nie zusammengelebt haben):

„Dem Elternrecht beider Elternteile ist aber nicht schon damit genügt, daß der Gesetzgeber sie an der tatsächlichen Wahrnehmung von Elternaufgaben nicht hindert. In dieses Grundrecht wird vielmehr auch dann eingegriffen, wenn die rechtlichen Befugnisse, die zur Ausübung der Elternverantwortung erforderlich sind, einem Elternteil vorenthalten werden. Das Elternrecht bedarf der gesetzlichen Ausgestaltung, denn die Pflege und Erziehung eines Kindes setzt rechtliche Befugnisse im Verhältnis zum Kind, vor allem aber auch gegenüber Dritten, voraus. Den Eltern ehelicher Kinder und dem sorgeberechtigten Elternteil nichtehelicher Kinder stellt der Gesetzgeber diese Befugnisse in Form der in der elterlichen Sorge gebündelten Rechte zur Verfügung. Anderen Trägern des Elternrechts aus Art. 6 II GG darf er entsprechende Befugnisse nicht ohne rechtfertigenden Grund verweigern. [...] Der generelle Ausschluss des gemeinsamen Sorgerechts für Eltern nichtehelicher Kinder ist nicht aus Gründen des Kindeswohls geboten; die zwingende Zuordnung zu nur einem El-

120 Dazu auch FINK (Anm. 118), JAmt 2005, S. 487 f. mit Hinweis auf DIES., Die Verwirklichung des Kindeswohls im Sorgerecht für nichtverheiratete Eltern, 2004. Vgl. weiter PETER FINGER, Sorgeerklärungen – eine Umfrage bei hessischen Standes- und Jugendämtern, StAZ 2003, S. 225 ff.

121 Die Befragung ist derzeit noch nicht vollständig ausgewertet, BT-Dr. 16/6078, S. 6 (Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ekin Deligöz, Volker Beck (Köln), Grietje Bettin, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/Die Grünen – BT-Dr. 16/5852). In der Drucksache wird weiterhin darauf hingewiesen, dass die Expertenanhörung der SPD-Bundestagsfraktion im Januar 2005 zum Thema „Elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern – Empfehlen sich Gesetzesänderungen?“ keine Reformbemühungen auslöste, obwohl sich die überwiegende Mehrheit der Sachverständigen für gesetzgeberische Korrekturen beim Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern aussprach (S. 5). Außerdem ist der Bundesregierung bewusst, dass die „überwiegende Zahl der Rechtsordnungen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union [...] den Eltern das Sorgerecht gemeinsam zu[ordnet], und zwar kraft Gesetzes und unabhängig vom Personenstand der Eltern. Die Länder, die die gemeinsame Sorge – wie Deutschland – an Sorgeerklärungen bzw. eine Elternvereinbarung knüpfen, räumen den Gerichten die Möglichkeit ein, die gemeinsame Sorge nach einer Kindeswohlprüfung anzuordnen“ (S. 8).

ternteil kann im Gegenteil das Kindeswohl erheblich beeinträchtigen. Leben Vater und Mutter mit dem Kind zusammen und sind beide bereit und in der Lage, die Elternverantwortung zu übernehmen, so entspricht es regelmäßig dem Kindeswohl, wenn beiden Eltern das Sorgerecht zuerkannt wird. [...] Ein gemeinsames Sorgerecht ist darüber hinaus geeignet, den Eltern ihre gemeinsame Verantwortung für das Kind deutlich zu machen und zur Stetigkeit ihrer Beziehungen beizutragen. Das Kind, das in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft aufwächst, hat deshalb ein erhebliches Interesse daran, daß die emotionalen Bindungen an seine beiden Eltern rechtlich abgesichert werden. [...] Der Gesichtspunkt der Stetigkeit in der Entwicklung und Erziehung des Kindes [...] gebietet es, seine gefühlsmäßigen Bindungen bei einer Trennung der Eltern zu berücksichtigen. Deshalb kann sich eine gemeinsame Sorge der Eltern über die Trennung hinaus für das Wohl des nichtehelichen Kindes als ebenso entscheidend erweisen wie für das Wohl des ehelichen Kindes nach der Scheidung seiner Eltern. [...] Kommt es bei der Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zu einem Konflikt zwischen den Eltern über die Beziehungen zu dem gemeinsamen Kind, so muß die Lösung des Konfliktes unabhängig von der bisherigen rechtlichen Zuordnung des Kindes auf dessen Wohl ausgerichtet sein und das Kind in seiner Individualität als Grundrechtsträger berücksichtigen [...]. Das ist aber nur möglich, wenn eine Sorgerechtsentscheidung getroffen werden kann, die der konkreten Situation Rechnung trägt. [...] Für diese Benachteiligung nichtehelicher Kinder, die mit Vater und Mutter zusammenleben, gibt es keinen rechtfertigenden Grund. Die Lebensverhältnisse dieser Kinder stehen einer weitgehenden rechtlichen Gleichstellung mit ehelichen Kindern nicht nur nicht entgegen, sondern fordern diese geradezu. So läßt sich insbesondere die zwingende Zuordnung zu nur einem Elternteil [...] nicht mit der unterschiedlichen Ausgangslage im Verhältnis zu ehelichen Kindern begründen. Diese Rechtsfolge führt vielmehr, wie oben dargelegt, zu einer erheblichen Benachteiligung der nichtehelichen Kinder, die mit ihren Eltern zusammenleben, weil ihre Bindungen zu beiden Elternteilen nicht rechtlich abgesichert werden und für den Fall der Trennung der Eltern eine am Kindeswohl ausgerichtete Einzelfallentscheidung über das Sorgerecht verhindert wird.¹²²

Insgesamt ist zu bemängeln, dass es dem Gesetzgeber im Kindschaftsrecht nicht mehr gelingt, der Rechtsprechung einen Rahmen vorzugeben, mit dem sich Einzelfallgerechtigkeit verwirklichen lässt. Stattdessen wird die vom Einzelfall bestimmte Rechtsprechung des BVerfG eins zu eins in Gesetze gegossen, wie beispielsweise in Art. 224 § 2 III EGBGB,¹²³ der bezeichnenderweise durch

122 BVerfGE 84, S. 168, 179 ff.

123 Vgl. auch Art. 224 § 2 V EGBGB; §§ 58a, 87c VI 2 SGB VIII.

das sog. *Gesetz zur Umsetzung familienrechtlicher Entscheidungen des BVerfG* zum 31. 12. 2003 ins EGBGB eingefügt wurde.¹²⁴

Selbst von einer stimmigen Ausgestaltung des Kindeswohls als Entscheidungsmaßstab ist das geltende Kindschaftsrecht weit entfernt, wie ein Vergleich der unterschiedlichen Voraussetzungen in § 1696 I BGB („triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe“), § 1671 II Nr. 2 BGB („dem Wohl des Kindes am besten entspricht“), § 1672 I 2 BGB und § 1680 II 2 BGB („dem Wohl des Kindes dient“) sowie § 1672 II 1 BGB und § 1680 II 1 BGB („dem Wohl des Kindes nicht widerspricht“) belegt. Zwar ist der deutliche Abstand der Gefährdungsschwelle in § 1666 BGB zu den genannten Normen, die Fälle des Elternkonflikts erfassen, nicht zu beanstanden, weil das Kindeswohl in § 1666 BGB als Eingriffslegitimation dient, während es in allen anderen Fällen nur den Entscheidungsmaßstab bildet. Erklärungsbedürftig ist aber das Stufenverhältnis zwischen den im Elternkonflikt zur Anwendung gelangenden Paragraphen.¹²⁵

Dies soll anhand von zwei Beispielen verdeutlicht werden:

Ein Paar betreut jahrelang gemeinsam die Kinder, trennt sich dann und streitet nun darüber, wer für die Kinder künftig primär zuständig sein soll. Sofern dieses Paar verheiratet war oder als unverheiratetes Paar ein gemeinsames Sorgerecht begründet hat, wird die Zuweisung der Alleinsorge an einen Elternteil nach § 1671 II Nr. 2 BGB davon abhängig sein, dass die Übertragung der elterlichen Sorge dem Wohl des Kindes am besten entspricht. Hat hingegen ein unverheiratetes Paar die Kinder ohne gemeinsames Sorgerecht erzogen – weil beispielsweise die Mutter die Abgabe einer Sorgeerklärung verweigert hat –, dann ist eine dem Kindeswohl dienende Übertragung der Sorge auf den Vater nach § 1672 I 1 BGB nur möglich, wenn die Mutter zustimmt.

Im zweiten Beispiel soll der eben beschriebene Fall so abgeändert werden, dass sich die Mutter nach der Trennung mit der Übertragung der elterlichen Sorge auf den Vater einverstanden erklärt hat (§ 1671 II Nr. 1 BGB, § 1672 I 1 BGB). Wenn sich nun die Mutter zu einem späteren Zeitpunkt trotz Getrenntlebens der Eltern wieder verstärkt an der Kindererziehung beteiligt und die konsensfähigen Eltern einen Antrag auf Erteilung der gemeinsamen Sorge stellen, so wird das Kindeswohl wieder unterschiedlich als Entscheidungsmaßstab eingesetzt, je nachdem, ob die Eltern vor der gerichtlichen Übertragung der Sorge auf den Vater ein gemeinsames Sorgerecht hatten oder nicht. In der ersten Variante ist eine Änderung der Sorgerechtsentscheidung des Familiengerichts

124 BGBl I, S. 2547.

125 Zur Problematik vgl. HORST LUTHIN, Anmerkung zu BVerfG vom 8. Dezember 2005, FamRZ 2006, S. 385, 386 f.; kritisch auch INGEBORG RAKETE-DOMBEK, Der Ausfall eines Sorgeberechtigten durch Tod, Krankheit, Abwesenheit oder Entzug der elterlichen Sorge, FPR 2005, S. 80, 82.

nach § 1696 I BGB nur möglich, wenn die Änderung aus triftigen, das Kindeswohl nachhaltig berührenden Gründen angezeigt ist, während in der zweiten Variante die Begründung der gemeinsamen Sorge nach § 1672 II BGB lediglich davon abhängig ist, dass die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht.

Die Beispiele ließen sich fortsetzen; in den Fällen des § 1680 II BGB hat das BVerfG allerdings die Unterschiede zwischen Satz 1 und 2 im Dezember 2005 entgegen Wortlaut und Gesetzgeberwillen mit Hilfe einer verfassungskonformen Auslegung überwunden und damit dem Gesetzgeber ein weiteres „Herumdoktern“ an den Symptomen erspart.¹²⁶

Dabei vermögen nicht nur die unterschiedlichen Kindeswohlsschwellen im Elternkonflikt nicht zu überzeugen, vielmehr ist auch nicht einsichtig, warum die Eltern ihren Wunsch, erneut die gemeinsame Sorge zu begründen, überhaupt einer richterlichen Kontrolle unterziehen sollen.¹²⁷ Während der Wechsel von der gesetzlich der ledigen Mutter zugewiesenen Alleinsorge zum gemeinsamen Sorgerecht durch Sorgeerklärungen zulässig ist, ist nach einer Übertragung der elterlichen Sorge durch gerichtliche Entscheidung – wie im zweiten Beispiel – trotz Konsensfähigkeit der Eltern eine autonome Begründung der gemeinsamen Sorge durch Sorgeerklärungen zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr möglich, § 1626b III BGB.¹²⁸ Auch hier wird verkannt, dass der Staat in die Elternverantwortung nur als Wächter bei einer Kindeswohlgefährdung oder als Schlichter im Falle des Elternkonfliktes eingreifen darf.¹²⁹

126 BVerfG FamRZ 2006, S. 385 (Leitsatz 2): „Wenn ein nach § 1626a BGB nicht sorgeberechtigter Vater über einen längeren Zeitraum die elterliche Sorge für die Kinder zwar nicht in rechtlicher, aber in tatsächlicher Hinsicht wahrgenommen hat, ist es daher geboten, § 1680 II S. 2 BGB dahingehend auszulegen, dass eine Sorgerechtsübertragung auf den Vater regelmäßig dem Kindeswohl dient, solange nicht konkret feststellbare Kindesinteressen der Übertragung widersprechen.“ In den Gründen (S. 386) heißt es: „Die Erwägungen der Gesetzesbegründung zu § 1680 II S. 2 BGB, dass in Fällen, in denen Eltern ne. Kinder keine gemeinsame Sorgeerklärung abgegeben haben, der Vater vielfach wenig oder gar keinen Kontakt zu seinen Kindern habe (vgl. BT-Drucks. 13/4899, S. 103, 102), treffen indes auf den Bf. gerade nicht zu.“

127 Zu den positiven Erfahrungen mit dem gemeinsamen Sorgerecht nach Trennung und Scheidung vgl. ROLAND PROKSCH, *Rechtstatsächliche Untersuchung zur Reform des Kindschaftsrechts*, 2002, S. 406 f. Vgl. weiter Siebter Familienbericht „Familie zwischen Flexibilität und Verlässlichkeit – Perspektiven für eine lebenslaufbezogene Familienpolitik“, Stellungnahme der BUNDESREGIERUNG zum Bericht der Sachverständigenkommission, Bericht der Sachverständigenkommission, BT-Dr. 16/1360, S. 123 ff.

128 So auch nachdrücklich MICHAEL COESTER, *Elternautonomie und Staatsverantwortung bei der Pflege und Erziehung von Kindern*, FamRZ 1996, S. 1181, 1186 f.

129 Nur am Rande sei bemerkt, dass die Diskrepanz nach Inkrafttreten des § 156 FamFG-E noch größer sein wird, wenn Eltern einerseits in der Nachtrennungsphase entgegen ihrem Willen zu einer einvernehmlichen Lösung gedrängt werden, während andererseits die Wiederherstellung der gemeinsamen Sorge trotz Konsensfähigkeit nach vorheriger

2. Rechtsstellung des Vaters bei Freigabe des Kindes zur Adoption

Besonders nachteilig wirkt sich die sorgerechtliche Weichenstellung zugunsten der Mutter für Vater und Kind bei der Freigabe des Kindes zur Adoption aus.

Rund 16% aller Pflegekinder sind nichtehelich geborene Kinder, die unmittelbar nach der Geburt von der Mutter in Adoptionspflege gegeben¹³⁰ und dadurch unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 1666 BGB vom Vater getrennt werden.¹³¹ Die Adoptionspflege besteht dann solange, bis die Voraussetzungen für eine Adoption vorliegen, mindestens bis zum Ablauf der 8-wöchigen Wartefrist ab der Geburt (§ 1747 II 1 BGB). Da mit der Adoption das Verwandtschaftsverhältnis zu den leiblichen Eltern erlischt (§ 1755 BGB), müssen grundsätzlich beide Eltern in die Adoption ihres Kindes einwilligen (§ 1747 I 1 BGB).¹³² Bei der Ausgestaltung der Einwilligung weichen allerdings mehrere Bestimmungen zum Nachteil des Vaters von den allgemeinen Regeln ab.¹³³

richterlicher Übertragung der elterlichen Sorge auf einen Elternteil an der Hürde des § 1696 I BGB scheitern kann oder dem zur Übernahme elterlicher Verantwortung bereiten Vater eines nichtehelichen Kindes entgegengehalten wird, dass die gegen den Willen der Mutter „erzwungene Begründung der gemeinsamen elterlichen Sorge für das Kind regelmäßig mit mehr Nachteilen als Vorteilen verbunden wäre, weil sich der Streit seiner Eltern über die Begründung der gemeinsamen elterlichen Sorge häufig auf Auseinandersetzungen über die Ausübung der Sorge verlagern würde“ und diese „letztendlich auf dem Rücken des Kindes ausgetragen und diesem mehr schaden als nützen“ würden; so BT-Dr. 16/6078, S. 8.

- 130 JÜRGEN BLANDOW, Hilfen außerhalb der Familie – Problembereiche des Pflegekinderwesens, FPR 2004, S. 454, 455 unter Bezugnahme auf die Daten der amtlichen Jugendhilfestatistik.
- 131 In aller Deutlichkeit jüngst BGH FamRZ 2007, S. 1969, 1973 im Fall Görgülü: „Das Fehlen der elterl. Sorge ist in diesen Fällen auf die gesetzliche Regelung in § 1626a BGB zurückzuführen und nicht etwa darauf, dass sie dem Vater wegen missbräuchlicher Ausübung, Vernachlässigung des Kindes oder unverschuldetem Erziehungsversagen (vgl. § 1666 I BGB) entzogen werden musste.“
- 132 Auch diese Neuregelung geht auf eine Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 1995 zurück (BVerfG FamRZ 1995, S. 789 ff.), mit der die damalige Regelung, dass in die Adoption eines nichtehelichen Kindes nur die Mutter einwilligen muss, für verfassungswidrig erklärt wurde. Dazu SCHUMANN (Anm. 106), S. 337 ff.
- 133 So wird beispielsweise die Überlegungsfrist des § 1747 II 1 BGB nur der Mutter uneingeschränkt zugebilligt, d. h. die Mutter kann vor Ablauf der Acht-Wochen-Frist nicht wirksam in die Adoption einwilligen, während der Vater seine Einwilligung nach § 1747 III Nr. 1 BGB auch schon vor der Geburt wirksam erteilen kann. Dies ist allerdings ähnlich in Art. 4 c) Ziff. 4 des Haager Übereinkommens vom 25. Mai 1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption und in Art. 5 IV des Europäischen Übereinkommens vom 24. April 1967 über die Adoption von Kindern geregelt; auch danach darf nur die Mutter nicht vor der Geburt in die Adoption einwilligen.

Schwierigkeiten treten vor allem dann auf, wenn der leibliche Vater die Verantwortung für sein Kind übernehmen möchte, jedoch das Kind ihm zum Zeitpunkt der Adoptionsfreigabe rechtlich noch nicht zugeordnet ist. Diese Konstellation¹³⁴ lag auch dem Fall Görgülü zugrunde, hinter dem sich insgesamt vier verschiedene Verfahren (Vaterschaftsfeststellungs-, Sorgerechts-, Umgangsrechts- und Adoptionsverfahren) vor fünf verschiedenen Gerichten (AG Wittenberg, LG Dessau, OLG Naumburg, BVerfG und EuGHMR) mit etwa 40 Einzelentscheidungen verbergen. Sämtliche Verfahren drehen sich um ein inzwischen neun Jahre altes Kind namens Christofer, das im August 1999 unmittelbar nach der Geburt von seiner Mutter in Adoptionspflege gegeben wurde und um dessen Sorge und Verbleib sich seitdem der leibliche Vater und die Pflegeeltern streiten.¹³⁵

Der Vater hatte sich einige Wochen nach der Geburt beim Jugendamt gemeldet und wollte nach Anerkennung der Vaterschaft das Kind in seiner Familie großziehen. Obwohl die Mutter des Kindes die Vaterschaft bestätigt und der Vater ein Blutgruppengutachten vorgelegt hatte, verweigerte das Jugendamt als Amtsvormund des Kindes (§ 1791c I 1 BGB) die Zustimmung zur Anerkennung der Vaterschaft (§ 1595 II BGB) mit der Folge, dass der Vater ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren einleiten musste und seine Vaterschaft erst ein Jahr nach der Geburt des Kindes rechtskräftig festgestellt war. Erst zu diesem Zeitpunkt konnte der Vater einen Antrag auf Übertragung der elterlichen Sorge stellen (§ 1672 I BGB), der zwar aufgrund der Freigabe des Kindes zur Adoption nicht mehr von der Zustimmung der Mutter abhängig war (§ 1751 I 6 BGB),¹³⁶ jedoch deshalb abgelehnt wurde, weil die Übertragung der Sorge zum

134 Folgende weitere Konstellationen können auftreten: (1) Die Mutter macht keine Angaben zum Vater – weil sie nicht kann oder nicht will – und der Vater meldet sich auch nicht. Für diesen Fall ist umstritten (dazu HANS-ULRICH MAURER, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 8, 4. Aufl. 2002, § 1747 BGB, Rn. 3 mwN; SIEGFRIED WILLUTZKI, Die Ersetzung der elterlichen Einwilligung in die Adoption, ZKJ 2007, S. 18, 26 mwN), ob und in welchem Umfang das Vormundschaftsgericht von Amts wegen Ermittlungen anstellen muss (§ 12 FGg) oder ob es davon ausgehen darf, dass kein Vater im Rechtssinne feststellbar und somit auch keine Einwilligung erforderlich ist. (2) Der Fall, dass der Vater zwar feststeht, aber zur Abgabe der Erklärung dauernd außerstande ist (Geschäftsunfähigkeit) oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist (keine Ermittlung des Aufenthalts in einem Zeitraum von 6 Monaten), ist in § 1747 IV BGB dahingehend geregelt, dass eine Einwilligung des Vaters in diesen Fällen nicht erforderlich ist. (3) Meldet sich ein Mann, der glaubhaft macht, der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt zu haben (§ 1600 I Nr. 2 BGB), so kann dieser Mann nach § 1747 I 2 BGB wirksam in die Adoption einwilligen. Eine § 1747 I 2 BGB vergleichbare Regelung kennen andere Rechtsordnungen nicht.

135 Dazu umfassend SCHUMANN (Anm. 85), RdJB 2006, S. 176 ff. Der Fall „Görgülü“ ist noch nicht abgeschlossen; zuletzt BGH FamRZ 2007, S. 1968 ff. (dort findet sich auch eine Liste mit den wichtigsten Entscheidungen im Sorgerechtsverfahren).

136 Zur Problematik auch WILLUTZKI (Anm. 134), ZKJ 2007, S. 26 f.

Zeitpunkt der Entscheidung nicht dem Kindeswohl diene, nachdem der Sohn bereits seit über einem Jahr von seinen künftigen Adoptiveltern erzogen worden war und zu diesen Bindungen entwickelt hatte. Da der Vater aber durch alle Instanzen klagte, konnte auch das Adoptionsverfahren nicht weiter betrieben werden, weil nach § 1747 III Nr. 2 BGB die Annahme erst ausgesprochen werden darf, nachdem über den Antrag des Vaters rechtskräftig entschieden worden ist. In diesem Schwebezustand befindet sich das Verfahren nach erfolgreicher Individualbeschwerde des Vaters vor dem EuGHMR noch immer.¹³⁷

Somit hat der Vater zwar nach geltendem Recht theoretisch die Möglichkeit, die Sorge für sein Kind zu erhalten, in der Praxis wird aber sein Antrag regelmäßig daran scheitern, dass bis zur Feststellung der Vaterschaft bereits so viel Zeit vergangen ist, dass eine Sorgerechtsentscheidung zugunsten des Vaters nahezu aussichtslos ist, weil der Antrag des Vaters abzuweisen ist, wenn sich das Kind zum Zeitpunkt der Entscheidung bereits seit längerer Zeit in der Obhut von Dritten befindet, um dem Kind die Kontinuität der Säuglings- und Kleinkinderpflege zu erhalten.¹³⁸

Diese im Gesetz angelegte Konfliktsituation, unter der sämtliche Beteiligten, vor allem aber das Kind, leiden, ließe sich nur dadurch auflösen, dass möglichst schnell Rechtssicherheit erreicht wird, da Kleinkinder spätestens ab dem sechsten Monat Bindungsbeziehungen aufbauen. Stattdessen wird die im Gesetz angelegte Gefahr einer Präjudizierung allein durch Zeitablauf zumindest von einzelnen Jugendämtern, die ihre Aufgabe nicht in der Förderung der Beziehung des Kindes zum leiblichen Vater sehen, bewusst ausgenutzt.¹³⁹

137 Erst wenn der Vater mit seinem Antrag auf Übertragung der elterlichen Sorge scheitert, könnte seine Einwilligung in die Adoption nach § 1748 IV BGB unter erleichterten Voraussetzungen ersetzt werden und das Adoptionsverfahren abgeschlossen werden. Für die Stiefkindadoption haben der BGH und das BVerfG in verfassungskonformer Auslegung des § 1748 IV BGB eine Ersetzung der Einwilligung nur dann für zulässig erklärt, „wenn die Adoption einen so erheblichen Vorteil für das Kind bieten würde, dass ein sich verständlich um sein Kind sorgender Elternteil auf der Erhaltung des Verwandtschaftsbandes nicht bestehen würde“ (BVerfG FamRZ 2006, S. 94, 95 mit Verweis auf BGH FamRZ 2005, S. 891). Die für die Stiefkindadoption zugeschnittene verfassungskonforme Auslegung ist allerdings auf Fälle wie den vorliegenden nur begrenzt übertragbar, weil es hier nicht um die Absicherung eines seit Jahren gelebten Stiefkindverhältnisses, sondern um eine Entscheidung zwischen dem leiblichen Vater und den künftigen Adoptiveltern geht, die möglichst bald nach der Geburt des Kindes getroffen werden sollte.

138 MAURER (Anm. 134), § 1747 BGB, Rn. 24.

139 Im Fall Görgülü hat das Jugendamt allerdings gegen geltendes Recht verstoßen, weil es gezielt darauf hingearbeitet hat, dass sich durch Zeitablauf die Bindungen des Kindes zu den Pflegeeltern so verfestigten, dass einer späteren Trennung des Kindes von den Pflegeeltern eine Kindeswohlgefährdung entgegengehalten werden konnte. Die Chance, das Kind bereits frühzeitig in die Familie des Vaters zu integrieren, wurde nicht nur vertan, sondern bewusst boykottiert. Dazu SCHUMANN (Anm. 85), RdJB 2006, S. 177 f. mwN.

Zum Wohle des Mündels und zur Wahrung der Rechte des leiblichen Vaters müsste daher im SGB VIII geregelt werden, dass das Jugendamt bei begründeten Zweifeln an der Vaterschaft Maßnahmen zu einer schnellen Klärung der Vaterschaft einleiten muss.¹⁴⁰ Die Voraussetzungen für die Durchführung einer genetischen Untersuchung hätten im Rahmen des Gesetzes zur Klärung der Abstammung geregelt werden können.¹⁴¹

3. Von „guten“ und „schlechten“ Eltern

Das Familienrecht, vor allem das nichteheliche Kindschaftsrecht, ist bis heute nicht frei von Ideologie, wenngleich sich die Ideologien gewandelt haben. 1900 war das BGB noch von der Vorstellung geprägt, dass es sich bei ledigen Müttern – so der Redaktor des Familienrechts Gottlieb Planck – „in vielen Fällen“ um „leichtsinrige“, „liederliche“ oder „verschwenderische Personen“ handle, denen die von der elterlichen Gewalt umfassten Rechte und Pflichten im Interesse des Kindes nicht eingeräumt werden könnten, während der Vater in Anlehnung an deliktische Haftungsvorstellungen auf sein Handeln als „Erzeuger“ bzw. „Schwängerer“ reduziert wurde.¹⁴²

Doch die Zeiten und die Perspektive auf die Eltern ändern sich – jedenfalls der Blick auf die Mütter: Heute gilt die ledige Mutter geradezu als „Übermutter“, der vom Gesetzgeber sogar die Definitionsmacht darüber eingeräumt wird, ob der Vater des Kindes als „guter“ oder „schlechter“ Elternteil einzuordnen ist.¹⁴³ Denn nur wenn die Mutter den Vater an der Sorge beteiligt,

140 Schon heute ist die nach § 51 III SGB VIII bestehende Verpflichtung des Jugendamtes, den Vater bei der Wahrnehmung seiner Rechte nach § 1747 I und III BGB zu unterstützen, mit dem Ziel einer Zusammenführung von Vater und Kind angemessen umzusetzen. Dies kann dann im Einzelfall bedeuten, dass das Kind nach der Geburt dem Vater in Pflege gegeben wird oder dass dem Vater jedenfalls Umgangskontakte mit dem Kind eingeräumt werden.

141 Das BVerfG (FamRZ 2007, S. 441, 448) hat den Gesetzgeber verpflichtet, bis zum 31. März 2008 ein geeignetes Verfahren für die Verwirklichung des Rechts des rechtlichen Vaters auf Kenntnis der Abstammung seines Kindes von ihm zu schaffen. Das *Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren* vom 26. März 2008 (BGBl I, S. 441) ermöglicht aber nur dem rechtlich feststehenden Vater die Durchführung einer genetischen Abstammungsuntersuchung. Der Gesetzgeber hat sich auch hier mit der Umsetzung der Entscheidung des BVerfG begnügt und versäumt, die vorliegende Problematik im Adoptionsverfahren gleich mitzuregeln.

142 GOTTLIEB PLANCK, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung eines Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Teil 2, hrsg. von WERNER SCHUBERT, 1983, S. 1601, 1612 f., 1734 f. Vgl. aber auch noch zum Nichtehelichen-gesetz BT-Dr. 5/2370, S. 20, 63 ff. (sinngemäß: uninteressierter und abwesender Zahlvater).

143 Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers soll die Mutter besser als jede neutrale Instanz in der Lage sein, darüber zu entscheiden, ob und in welchem Umfang der Vater des

erlangt er eine der Mutter und auch den Vätern ehelicher Kinder gleichberechtigte Stellung. In allen anderen Fällen wird „das Faktum des [nicht] zustehenden Sorgerechtes gleichgesetzt [...] mit persönlichem Fehlverhalten“¹⁴⁴ und das negative Urteil der Mutter über den Vater wird nicht nur vom Gesetzgeber in verschiedenen Normen (§§ 1672 I, 1680 II 2, 1747 III, 1748 IV BGB), sondern auch von der Rechtsprechung fortgeschrieben, wenn beispielsweise das BVerfG die Auffassung vertritt, dass eine Mutter die gemeinsame Sorge nur dann verweigere, wenn sie dafür „schwerwiegende Gründe“ habe.¹⁴⁵

Noch deutlicher wurde das OLG Stuttgart in einer Entscheidung aus dem Jahre 2005, der eine ähnliche Konstellation wie im Fall Görgülü zugrunde lag. Der Familiensenat hatte unter Bezugnahme auf den Gesetzgeberwillen¹⁴⁶ vom Vater verlangt, die Entscheidung der Mutter und den für ihn damit verbundenen Verlust des Eltern-Kind-Verhältnisses zu respektieren:

„Mit ihrer Einwilligung zur Adoption macht eine Mutter deutlich, dass sie selber zur Ausübung des Sorgerechts zum Wohl des Kindes nicht mehr willens und in der Lage ist, ohne im leiblichen Vater des Kindes eine aus ihrer Sicht akzeptable Person, der die Sorge für das Kind anvertraut werden kann, zu erkennen. Ohne die erleichterte Ersetzung der Einwilligung zur Adoption gemäß § 1748 IV BGB hätte es ein Vater eines ne. Kindes [...] in der Hand, diesen Wunsch der sorgeberechtigten und -verpflichteten Mutter leer laufen zu lassen.“¹⁴⁷

Kindes seiner elterlichen Verantwortung nachkommen kann. Ihre Interessen oder auch bestehende Konflikte zwischen den Eltern soll sie völlig ausblenden und eine allein am Kindeswohl orientierte Entscheidung treffen können. Kritisch dazu auch FINK (Anm. 118), JAmt 2005, S. 488.

144 So WILLUTZKI (Anm. 134), ZKJ 2007, S. 26.

145 BVerfG FamRZ 2003, S. 285, 290. Kritisch dazu JONAS (Anm. 118), JAmt 2003, S. 333.

146 BT-Dr. 13/4899, S. 114 zu § 1748 IV BGB: „Die [...] relative ‚Schwäche‘ der adoptionsrechtlichen Stellung des Vaters in den Fällen des § 1626a Abs. 2 E rechtfertigt sich zudem durch die – gerade im Hinblick auf ihre Austragungsbereitschaft bestehende – Schutzbedürftigkeit der Mutter, die anderenfalls einseitig durch den Vater des Kindes an einer Freigabe zur Adoption gehindert und so mit dem Kind ‚alleingelassen‘ werden könnte.“

147 OLG Stuttgart FamRZ 2005, S. 542, 544. Ganz im Sinne des oben beschriebenen Muttervorrangs wird die Vorstellung vermittelt, dass selbst eine Mutter, die ihr Kind nicht bei sich aufziehen möchte, als alleinige Interessenvertreterin ihres Kindes über die Wahrnehmung der Elternverantwortung des Vaters entscheiden kann. Kritisch zu dieser Regelung WILLUTZKI (Anm. 134), ZKJ 2007, S. 26 f. mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen in Anm. 14. Nach Schätzungen wird bei 5–10 % der Adoptionen die Einwilligung eines Elternteils ersetzt, wobei am häufigsten die Einwilligung nach § 1748 IV BGB ersetzt wird (so WILLUTZKI, S. 18 ff.).

Auch hier geht es nicht in erster Linie um das Kindeswohl, sondern um die Erziehungskompetenz des aus der Sicht der Mutter nicht akzeptablen Vaters.¹⁴⁸ Der leibliche Vater muss aber nicht nachweisen, dass er besser als potentielle Pflege- bzw. künftige Adoptiveltern zur Erziehung seines Kindes geeignet ist, denn bei der Entscheidung zwischen leiblichen und sozialen Eltern gilt nicht der positive, sondern der negative Kindeswohlstandard und demzufolge ist ein Eingriff in das Elternrecht des Vaters nur bei einer Kindeswohlgefährdung zulässig.

4. Ergebnis

Die im Verhältnis zur allgemeinen Entwicklung gegenläufige Tendenz im nichtehelichen Eltern-Kind-Verhältnis ist erklärungsbedürftig und wirft die Frage auf, ob der Staat überhaupt berechtigt ist, verschiedene Familientypen in einem solchen Maße ungleich zu behandeln. Dies ist zu verneinen, denn unter Heranziehung von Art. 6 V GG und dem allgemeinen Gleichheitssatz ist der Staat vielmehr verpflichtet, eheliche und nichteheliche Familien – soweit keine sachlichen Gründe entgegenstehen – gleich zu behandeln.¹⁴⁹

Hinzu kommt, dass nichtehelich geborene Kinder keine Randgruppe unserer Gesellschaft, sondern einen nicht unerheblichen Teil unserer Bevölkerung darstellen,¹⁵⁰ eine zudem stetig wachsende Gruppe von Kindern, die – ebenso

148 Zu Recht daher OLG Hamm FamRZ 2006, S. 1476 f. zur Rechtsstellung des Vaters eines nichtehelichen Kindes im Verhältnis zu Pflegeeltern: „Dabei gehört es nicht zum staatlichen Wächteramt, für eine den Fähigkeiten des Kindes bestmögliche Förderung zu sorgen; vielmehr gehören die Eltern und deren sozio-ökonomischen Verhältnisse grundsätzlich zum Schicksal und Lebensrisiko eines Kindes. Im Rahmen der §§ 1666, 1666a BGB ist also stets zu beachten, dass kein Kind ‚Anspruch auf Idealeltern‘ und optimale Förderung und Erziehung hat und sich das staatliche Wächteramt auf die Abwehr von Gefahren beschränkt. Keinesfalls kann es für eine Trennung des Kindes von den Eltern oder einem Elternteil ausreichen, dass es andere Personen oder Einrichtungen gibt, die zur Erziehung und Förderung evtl. besser geeignet wären. [...] Zunächst mag es durchaus so sein, dass die Pflegeeltern J.s Entwicklung betreffend eine höhere Förderkompetenz aufweisen. [...] Insoweit entspricht es schon seit jeher gesicherter innerstaatlicher Rechtsprechung, dass die höhere Förderkompetenz von Pflegeeltern oder anderer Einrichtungen gegenüber der leiblichen Verwandtschaft bis zur Grenze der §§ 1666, 1666a BGB zurückzutreten hat [...]“

149 Vgl. dazu auch ROLF GRÖSCHNER, in: DREIER (Hrsg.) (Anm. 20), Art. 6 GG, Rn. 78, 150. Zu dem im Verhältnis verschiedener Familien zu wahren Gleichheitssatz auch CHRISTIAN SEILER, Freiheits- und gleichheitsgerechte Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf, Anmerkungen zu zwei familienpolitischen Reformen, FamRZ 2006, S. 1717, 1718, 1720.

150 Nach den Angaben des STATISTISCHEN BUNDESAMTES (Hrsg.), Statistisches Jahrbuch 2007 für die Bundesrepublik Deutschland, 2007, S. 50 wurden 2005 bundesweit ca. 29 % der Kinder nichtehelich geboren; in den neuen Bundesländern liegt der Anteil teilweise deutlich über 50 % (Brandenburg ca. 59 %, Mecklenburg-Vorpommern ca. 63 %, Sachsen ca. 57 %, Sachsen-Anhalt ca. 62 % und Thüringen ca. 58 %).

wie eheliche Kinder – in sehr unterschiedlichen Familienformen aufwachsen, die von Ein-Elternteil-Kind-Familien über Vater-Mutter-Kind-Familien bis hin zu Stiefkind- und sog. Patchwork-Familien reichen und denen die starren und typisierenden Regelungen des nichtehelichen Kindschaftsrechts nicht gerecht werden.¹⁵¹

Der Gesetzgeber sollte sich daher endlich von der Vorstellung verabschieden, dass nur im Rahmen des Leitbildes der ehelichen Familie verantwortliche Elternschaft möglich ist, und stattdessen das nichteheliche Eltern-Kind-Verhältnis frei von staatlicher Ideologie reformieren. Dies gilt umso mehr, als es seit der Reform des Lebenspartnerschaftsgesetzes kaum noch Unterschiede zwischen eingetragenen Lebenspartnern und Ehegatten gibt, obwohl die eingetragene Lebenspartnerschaft im Gegensatz zu Ehe und Familie (die auch nichteheliche Eltern-Kind-Verhältnisse umfasst) nicht unter dem besonderen Schutz des Art. 6 I GG steht.

Bei einer Reform sind folgende verfassungsrechtliche Vorgaben des Art. 6 GG zu berücksichtigen: (1) Die Einrichtungsgarantie des Art. 6 I GG verpflichtet den Gesetzgeber, auch nichtehelichen Familienformen einen rechtlichen Rahmen für ein normales Familienleben vorzugeben, damit verantwortliche Elternschaft zum Wohle des Kindes ausgeübt werden kann. (2) Nach Art. 6 II GG darf der Staat nur im Falle einer Kindeswohlgefährdung als Wächter oder im Elternkonflikt als Schlichter in die elterliche Verantwortung eingreifen. Der staatliche Eingriff in die Elternverantwortung muss sich immer – auch bei einer geschlechtsspezifischen Differenzierung zwischen dem Elternrecht der Mutter und dem des Vaters – vom Kindeswohl leiten lassen.

V. Fazit und Ausblick

Auch wenn sich meine kritische Bestandsaufnahme zum Verhältnis von elterlicher und staatlicher Verantwortung auf zwei sehr unterschiedliche Bereiche, die aktuellen Reformen im Vorfeld von Kindeswohlgefährdungen und den Dauerbrenner „nichteheliches Kindschaftsrecht“, bezieht, so möchte ich sie doch für beide Bereiche mit dem Auftrag an den Gesetzgeber verbinden, den normativen Rahmen so auszugestalten, dass in Familien frei von staatlicher Ideologie verantwortliche Elternschaft ausgeübt werden kann.¹⁵²

151 Bezeichnenderweise hat die Bundesregierung anlässlich einer Kleinen Anfrage zur gemeinsamen Sorge nicht verheirateter Eltern von 2007 auf die Frage, inwieweit eine unterschiedliche rechtliche Behandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder gerechtfertigt sei, lediglich auf zehn Jahre alte Studien und die Motive des Gesetzgebers anlässlich der Kindschaftsrechtsreform 1998 verwiesen (BT-Dr. 16/6078, S. 7 f.).

152 Kritisch auch SCHWAB (Anm. 102), FamRZ 2007, S. 1 ff., dessen Analyse nach einem historischen Rückblick lautet, dass der Staat heute zwar vielfach Familien fördert, aber sie

Im Bereich der *Eingriffslegitimation* (Staat als Wächter) erscheinen dabei zwei Forderungen ganz wesentlich:

Erstens muss der Anknüpfungspunkt für staatliche Eingriffe die Kindeswohlgefährdung bleiben, da es nicht Aufgabe des Staates ist, die Erziehungskompetenz von Eltern unterhalb der Gefährdungsschwelle zu kontrollieren und Defizite in der Erziehungskompetenz gegen den Willen der Eltern auszugleichen.

Zweitens muss die Appellfunktion der staatlichen *Erziehungsleitbilder* als eigenständige Funktion stärker betont werden, damit die am positiven Kindeswohlstandard orientierten Leitbilder nicht zu einer schleichenden Annäherung des negativen an den positiven Standard führen, weil sonst über § 1666 BGB das Einfallstor für die staatliche Kontrolle von elterlicher Erziehung geöffnet wird.

Im Bereich des *Elternkonflikts* sind gegenläufige Entwicklungen zu beobachten, da einerseits staatliche Schlichtung auch ohne Elternkonflikt verordnet wird und andererseits trotz Elternkonflikts der Staat seine Funktion als Schlichter nicht wahrnimmt. Hier muss sich der Gesetzgeber dringend der Aufgabe stellen, ideologiefreie und kindeswohlorientierte Regelungen zu konzipieren.

Gestatten Sie mir zum Schluss noch einen Ausblick: Wir leben in einer Zeit, in der sich der Fokus immer stärker auf eine beständig kleiner werdende Gruppe von Kindern richtet und inzwischen einen staatlichen Aktionismus heraufbeschworen hat, der durch „Aktionspläne“ bzw. „Aktionsprogramme“ umgesetzt werden soll und sich auf die Formel „Mehr tun für Kinder“ reduzieren lässt: Mehr Krippenplätze für Kleinkinder, mehr sprachliche Frühförderung („Sicherung der Schulreife“), mehr Ganztagschulen und insgesamt mehr Bildungs- und Förderangebote für benachteiligte Kinder im Schul- und Vorschulbereich, außerdem verpflichtende frühkindliche Untersuchungen als Bestandteil eines umfassenden Schutzes von Kindern¹⁵³ und schließlich die Verankerung von

zugleich auch seinen Zwecksetzungen unterwirft, und dessen Beitrag mit dem Fazit endet (S. 7): „Der Traum des 19. Jahrhunderts von der Familie als der Gegenspielerin des Staates, als Bereich einer weithin staatsfreien, von der Sitte geprägten Zone, als Puffer zwischen Individuum und Staat ist ausgeträumt.“

153 Zu den derzeitigen Bemühungen um Einführung eines „Frühwarnsystems“ etwa durch verpflichtende Vorsorgeuntersuchungen vgl. bayerischer Entwurf eines *Gesetzes zur Änderung des Gesundheitsdienst- und Verbraucherschutzgesetzes und des Bayerischen Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen* vom 20. November 2007, LT-Dr. 15/9366; Bremer Senatsentwurf eines *Gesetzes zur Sicherung des Kindeswohls und zum Schutz vor Kindesvernachlässigung* vom 10. April 2007, LT-Dr. 16/1365; hessischer Entwurf eines *Gesetzes zur Verbesserung des Gesundheitsschutzes für Kinder* vom 18. September 2007, BT-Dr. 16/7796; *Gesetz Nr. 1612 zum Schutz von Kindern vor Vernachlässigung, Missbrauch und Misshandlung* vom 7. Februar 2007, ABl Saarland vom 5. April 2007, S. 742;

Kinderrechten im Grundgesetz.¹⁵⁴ Die Forderung nach „Mehr Vertrauen in die Erziehung durch Eltern“ und zwar durch „beide Eltern“ fehlt jedoch.¹⁵⁵

Schwerer als das mangelnde Vertrauen des Staates in die elterliche Verantwortung wiegt aber, dass die Forderung nach mehr staatlicher (Mit-)Erziehung, Kontrolle und Einflussnahme nicht primär auf Aspekten des Kindeswohls beruht, sondern in erster Linie das Ergebnis bevölkerungspolitischer und ökonomischer Erwägungen ist.¹⁵⁶

Obwohl der besondere staatliche Schutz des Grundgesetzes der Familie und nicht der Wirtschaft gilt, wird die neue Familienpolitik nahezu ausschließlich ökonomisch definiert (ganz im Sinne der Formel des Koalitionsvertrags: „Kinder dürfen nicht länger ein Hindernis für Beruf und Karriere sein“¹⁵⁷). Die wesentlichen Ziele der neuen Familienpolitik sind die Steigerung der Frauenerwerbstätigkeit und die Erhöhung der Geburtenrate, weil nur so negative Effekte auf das Wirtschaftswachstum verhindert werden können. Ergänzt werden diese Forderungen durch die „Zauberformel“ der Bewahrung und Steigerung des Humankapitals: Bewahrung des Humankapitals der Mütter durch mög-

Entwurf der Fraktionen von CDU und SPD zu einem *Gesetz zur Weiterentwicklung und Verbesserung des Schutzes von Kindern und Jugendlichen in Schleswig-Holstein* vom 11. Juni 2007, LT-Dr. 16/1439 (dazu JOHANNES MÜNDE, Gesetzentwurf zum Schutz von Kindern und Jugendlichen in Schleswig-Holstein, FPR 2007, S. 431 ff.); *Thüringer Frühwarnsystem und Schutzkonzept für vernachlässigte oder misshandelte Kinder* vom 31. August 2007, LT-Dr. 4/3294 und 4/3684. Vgl. weiter das am 14. Dezember 2007 beschlossene 37-Punkte-Programm des Bundestages (BT-Dr. 16/4604), mit dem Kinder besser geschützt und ihnen ein gesundes Aufwachsen insbesondere durch Stärkung der Erziehungskompetenz der Eltern ermöglicht und das u. a. mit dem Aktionsprogramm „Frühe Hilfen für Eltern und Kinder und soziale Frühwarnsysteme“ umgesetzt werden soll.

154 Zum sog. „Kindergipfel“ der Bundeskanzlerin mit den Ministerpräsidenten am 19. Dezember 2007 (vorläufiges Ergebnisprotokoll der Ministerpräsidentenkonferenz: <http://www.bmfsfj.de/bmfsfj/generator/Re-daktionBMFSFJ/Internetredaktion/Pdf-Anlagen/ergebnisprotokoll-mpk,property=pdf,bereich=,sprache=de,rwb=true.pdf>) und zum SPD-Plan „Verbesserung des Schutzes von Kindern vor Vernachlässigung, Missbrauch oder Misshandlung. Sieben-Punkte-Aktionsplan: Für einen besseren Schutz unserer Kinder!“ (<http://www.spd.de/menu/1735259>) vgl. auch Pressemitteilungen des BUNDESMINISTERIUMS FÜR FAMILIE, SENIOREN, FRAUEN UND JUGEND vom 19. Dezember 2007 und 8. Januar 2008.

155 Kritisch auch UDO DI FABIO, Der Schutz von Ehe und Familie: Verfassungsentscheidung für die vitale Gesellschaft, NJW 2003, S. 993 f., 996.

156 Der folgende Teil wurde – angeregt durch Diskussionen im Anschluss an das Symposium – nachträglich aufgenommen.

157 Koalitionsvertrag vom 11. November 2005 (Anm. 45), S. 112. Kritisch daher auch SCHWAB (Anm. 102), FamRZ 2007, S. 6: „Wäre, wenn man schon die Kinderlosigkeit beklagt, nicht umgekehrt zu sagen: Beruf und Karriere dürfen nicht länger ein Hindernis für die Geburt und Erziehung von Kindern sein?“ Auch SEILER (Anm. 149), FamRZ 2006, S. 1718 warnt davor, Familie „vorrangig als Hindernis individuellen Erwerbs und Faktor volkswirtschaftlichen Wachstums“ zu verstehen.

lichst schnelle Wiedereingliederung in die Erwerbstätigkeit¹⁵⁸ und Steigerung des Humankapitals durch möglichst frühzeitige und umfassende staatliche Förderung von Kindern.¹⁵⁹

Dabei wird übersehen, dass der besondere staatliche Schutz für die Familie in Art. 6 I GG auf zwei Prämissen beruht: Erstens der Garantie, dass Eltern sich für das von ihnen bevorzugte Modell der Vereinbarkeit von Familie und Beruf frei entscheiden können (Wahlfreiheit zwischen Familien- und Erwerbsarbeit oder die Kombination von beidem), und zweitens als Voraussetzung dieser Garantie, dass der Staat nicht ein bestimmtes, in diesem Fall primär ökonomisch und bevölkerungspolitisch motiviertes Familienmodell einseitig fördert (Neutralitätsgebot).¹⁶⁰

158 BERT RÜRUP/SANDRA GRUESCU, Nachhaltige Familienpolitik im Interesse einer aktiven Bevölkerungsentwicklung, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, 2003, S. 47: „Geht man davon aus, dass das Humankapital für den technischen Fortschritt von enormer Bedeutung ist, ergibt sich aufgrund der Bevölkerungsschrumpfung ein negativer Effekt für die Quantität des Humankapitals. Somit kommt der Qualität des Humankapitals eine Schlüsselfunktion zu. [...] Dann aber bleibt als politisch zu beeinflussende Größe das Erwerbspersonenpotenzial, d. h. die Erhöhung der Anzahl der Erwerbstätigen in einer schrumpfenden Bevölkerung. Kurzfristig kann dies durch eine Erhöhung der Erwerbsbeteiligung (insbesondere von Frauen) geschehen, mittel- bis langfristig kann dies mit einer Erhöhung der Geburtenrate kombiniert werden.“ Weiter heißt es auf S. 49: „Für den Staat bzw. die Gesellschaft ergibt sich eine andere Perspektive, da für die Gesellschaft die so genannten externen Effekte von Kindern relevant sind. Das einzelne Individuum mag keine Kinder ‚brauchen‘, die Gesellschaft benötigt sie aber. Das Individuum ist ökonomisch nicht auf seine Fortpflanzung angewiesen, wohl aber der Staat bzw. die Gesellschaft, um die negativen ökonomischen Effekte einer Bevölkerungsschrumpfung bezüglich des wirtschaftlichen Wachstums [...] zu vermeiden und die Bestandserhaltung der sozialen Sicherungssysteme zu schützen.“ In der Fußnote zu diesem Abschnitt wird darauf hingewiesen, dass das Bundesverfassungsgericht hervorgehoben habe, „dass Kinder aus der Sicht der Gesellschaft kein (bzw. nicht nur) Privatvergnügen, sondern für die umlagefinanzierten Sozialsysteme bestandserhaltend“ seien (die Fundstelle fehlt allerdings). Eine Zusammenfassung der Ergebnisse des Gutachtens findet sich in dem Beitrag von BERT RÜRUP/SANDRA GRUESCU, Nachhaltige Familienpolitik ist Wachstumspolitik, in: RENATE SCHMIDT/LIZ MOHN (Hrsg.), Familie bringt Gewinn. Innovation durch Balance von Familie und Arbeitswelt, 2004, S. 32 ff.

159 So BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIE, SENIOREN, FRAUEN UND JUGEND (Hrsg.), Perspektiven zur Weiterentwicklung des Systems der Tageseinrichtungen für Kinder in Deutschland. Zusammenfassung und Empfehlungen, 2003 (unter Zugrundelegung eines Gutachtens von Wassilios E. Fthenakis).

160 BVerfG NJW 1984, S. 1523; NJW 1993, S. 643, 644. Vgl. weiter PECHSTEIN (Anm. 33), S. 73 f.; DI FABIO (Anm. 155), NJW 2004, S. 997. So ausdrücklich auch SEILER (Anm. 149), FamRZ 2006, S. 1717 ff. mit Hinweis darauf, dass „Vereinbarkeit‘ von Familie und Beruf stets nur einen wechselseitigen Ausgleich, nicht ein einseitiges Zurückdrängen meinen kann“. Und weiter: „Ungeachtet ihrer vielfältigen allgemeingünstigen Wirkungen, um derer Willen sie staatliche Anerkennung wie Förde-

Dennoch hat sich die Bundesregierung die Empfehlung des Siebten Familienberichts, „dass ein Familienmodell, das die ökonomische Verantwortung für die Familie allein beim Mann als Haupternährer sieht und die Erziehungsleistungen der Familie im Wesentlichen auf die Frau konzentriert, einer nachhaltigen Familienpolitik nicht entspricht“,¹⁶¹ zu eigen gemacht und bekämpft damit ein Modell, das derzeit noch fast 60 % aller Ehepaare mit Kindern unter drei Jahren praktizieren.¹⁶²

rung verdient, bleibt Familie primär ein freiheitsgeschützter Raum höchstpersönlicher Entfaltung des Individuums, der nicht für gesamtgesellschaftliche Zwecke instrumentalisiert werden darf. [...] Art. 6 GG ist zunächst und zuvörderst Freiheitsrecht. Das Grundrecht verbürgt ein subjektives Abwehrrecht des Individuums, welches seine familiär geprägte Privatsphäre gegen den Staat abschirmt. Hieraus folgt unter anderem ein generelles Neutralitätsgebot, das dem Staat jede unmittelbare oder auch mittelbare Steuerung der rein familieninternen Aufteilung von Familienarbeit und Erwerbsarbeit untersagt. Der Staat darf Eltern lediglich Angebote machen, die aber im Lichte dieses Neutralitätsgebotes auszugestalten sind, die Freiheitsberechtigten also keinesfalls zu einer bestimmten Freiheitswahrnehmung drängen dürfen. [...] Diese Vorgaben setzen dem Gesetzgeber Schranken und liefern ihm Anregungen zur Umsetzung des Anliegens, die Interessen aller Familien bestmöglich mit den Anforderungen der Erwerbsgesellschaft zu vereinbaren. Die dabei anzustrebende ‚Wahlfreiheit‘ meint die Offenheit der Alternative und bezieht die gleichzeitige individuelle Vereinbarkeit, die lebensphasenabhängige Durchlässigkeit und die freie familieninterne Aufteilbarkeit von Familien- und Erwerbsarbeit ein, schließt aber zugleich jede staatliche Präferenz für eine Form der Ausgestaltung höchstpersönlicher Lebensbereiche aus. Der Verfassungsstaat kennt kein Leitbild ‚richtigen‘ Familienlebens. [...] Vereinbarkeit und Durchlässigkeit von Familie und Beruf zu erleichtern, zählt zu den wichtigsten Anliegen gegenwärtiger Rechtspolitik. Dabei benennen Familie und Beruf zwei Freiheitsbereiche, die nicht in gedanklicher Hierarchie stehen. Auch bleibt die familieninterne Aufteilung von Familien- und Erwerbsarbeit eine höchstpersönliche Entscheidung der Freiheitsberechtigten, für die ein freiheitlicher Staat keine richtige Antwort kennen darf.“

161 Siebter Familienbericht (Anm. 127), BT-Dr. 16/1360, S. 246. Nach SEILER (Anm. 149), FamRZ 2006, S. 1720 offenbart sich in der neuen Familienpolitik ein grundlegender Umschwung im Denken, „der die Familie nicht mehr allein der persönlichen, sondern (jedenfalls auch) der beruflichen Sphäre zuordnet, sie damit insoweit – zugespitzt formuliert – dem Erwerb unterordnet. Hierin angelegt ist eine gleichheitsrechtlich zumindest zu hinterfragende, mit der Möglichkeit mittelbarer Einwirkungen auf familieninterne Dispositionen auch latent verhaltenslenkende, deshalb freiheitsrechtlich kritikwürdige Bevorzugung der familiären Lebensformen der Doppelverdiener- und der Alleinerzieherfamilie gegenüber der Einverdienerfamilie.“ Und weiter, S. 1723: Der Staat habe „auf eine gleichmäßige Unterstützung verschiedener familiärer Lebensformen zu achten, um so die Wahlfreiheit im Sinne einer Offenheit der Alternative zu wahren. Die aktuellen Reformen sind vor diesem Hintergrund eher kritisch zu bewerten, weil sie eine auffällige Geringschätzung gegenüber einer bestimmten Familienform offenbaren“.

162 STATISTISCHES BUNDESAMT (Hrsg.), Leben und Arbeiten in Deutschland, Sonderheft 2: Vereinbarkeit von Familie und Beruf, Ergebnisse des Mikrozensus 2005, S. 17: „Sind Kinder im Krippenalter vorhanden, überwiegt [...] die ‚traditionelle‘ Rollenverteilung, in der ausschließlich der Vater erwerbstätig ist. In Deutschland traf dies 2005 auf fast drei Fünftel (58 %) der Ehepaare und auf über zwei Fünftel (41 %) der Lebensge-

Der Paradigmenwechsel in der Familienpolitik ist aber nicht nur im Siebten Familienbericht „Familie zwischen Flexibilität und Verlässlichkeit – Perspektiven für eine lebenslaufbezogene Familienpolitik“ und den darin verarbeiteten Gutachten und Berichten dokumentiert,¹⁶³ sondern bereits mit konkreten Reformprojekten (z. B. zum Ausbau der Tagesbetreuung für Kinder unter drei Jahren)¹⁶⁴ eingeleitet bzw. teilweise auch schon durch die Gesetzgebung (hier ist etwa die Einführung des Elterngeldes zu nennen)¹⁶⁵ vollzogen worden.

Bezeichnend ist dabei, dass der im Februar 2003 vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend zur Erstellung des Siebten Familienberichts eingesetzten Sachverständigenkommission der Auftrag erteilt wurde, Empfehlungen „zur demografischen Entwicklung, zu den Veränderungen von Arbeitswelt und Wirtschaft, den Geschlechterrollen und auch zum Zusammenhalt der Gesellschaft“ vorzulegen,¹⁶⁶ und die Kommission fast ausschließlich mit Experten aus dem Bereich der Arbeitsmarktpolitik und der Geschlechterforschung besetzt wurde.¹⁶⁷ Dies hatte zwangsläufig zur Folge, dass im Fokus

meinschaften mit Kindern unter drei Jahren zu [...]. Damit war die ‚traditionelle‘ Rollenverteilung [...] die von den Eltern am häufigsten gewählte Form der Balance von Familie und Beruf.“ Kritisch zur Favorisierung der Doppelverdienerhe auch SCHWAB (Anm. 102), FamRZ 2007, S. 5 f.

163 Zu nennen sind insbesondere die Gutachten von RÜRUP/GRUESCU (Anm. 158) und des DEUTSCHEN INSTITUTS FÜR WIRTSCHAFTSFORSCHUNG BERLIN, Abschätzung der Brutto-Einnahmeeffekte öffentlicher Haushalte und der Sozialversicherungsträger bei einem Ausbau von Kindertageseinrichtungen, 2002; die Ergebnisse finden sich in: BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIE, SENIOREN, FRAUEN UND JUGEND (Hrsg.), Einnahmeeffekte beim Ausbau von Kindertagesbetreuung – Anreize für Kommunen mehr Kinderbetreuungsmöglichkeiten bereitzustellen, 2005. Vgl. weiter die Beiträge in dem von RENATE SCHMIDT/LIZ MOHN 2004 herausgegebenen Band „Familie bringt Gewinn. Innovation durch Balance von Familie und Arbeitswelt“.

164 Dieses Vorhaben wurde bereits mit dem *Tagesbetreuungsausbaugesetz* vom 27. Dezember 2004, BGBl I, S. 3852 eingeleitet.

165 Zu nennen ist weiterhin die Neuregelung der Abzugsfähigkeit von Kinderbetreuungskosten (*Gesetz zur steuerlichen Förderung von Wachstum und Beschäftigung* vom 26. April 2006, BGBl I, S. 1091). Kritisch dazu SEILER (Anm. 149), FamRZ 2006, S. 1719 ff.

166 Siebter Familienbericht (Anm. 127), BT-Dr. 16/1369, S. XXIII.

167 Zu den Sachverständigen aus den Bereichen der Berufs- und Geschlechterforschung und Bildungsökonomie gehörten der Vorsitzende der Kommission, Prof. Dr. Hans Bertram (Institut für Mikrosoziologie, HU Berlin), und die Mitglieder Prof. Ph. D. Jutta Allmendinger (seinerzeit Direktorin des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung Nürnberg), Prof. Dr. Helga Krüger (Institut für empirische und angewandte Soziologie, Universität Bremen), Prof. Dr. Uta Meier-Gräwe (Institut für Wirtschaftslehre des Haushalts und Verbrauchsforschung, Justus-Liebig-Universität Gießen), PD Dr. Katharina Spieß (Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung Berlin) und Prof. Dr. Marc Szydlík (Soziologisches Institut der Universität Zürich). Die Pädagogik wurde vertreten von Prof. Dr. Dr. Dr. Wassilios E. Fthenakis (Staatsinstitut für Frühpädagogik München). Die „Ergebnisse“ der Kommission lassen sich bereits in zahlreichen Veröffentlichungen der Sachverständigen im Vorfeld des Berichts nachlesen, etwa WASSILIOS E.

von vornherein nicht die Bedürfnisse von Kindern innerhalb der Familie und die Idee von Familie als einer schützenswerten, von staatlicher Ideologie freizuhaltenden Institution standen, sondern die Frage der Vereinbarkeit von Familie und Beruf in erster Linie aus der Perspektive der Wirtschaft und mit dem Ziel der ökonomischen Gleichstellung von Mann und Frau behandelt wurde¹⁶⁸ und zu folgenden Ergebnissen führte:

1. Stärkere Nutzung des „Humankapitals“ der Mütter

Für diese Forderung steht beispielhaft das Gutachten „Nachhaltige Familienpolitik im Interesse einer aktiven Bevölkerungspolitik“ von Bert Rürup und Sandra Gruescu, die die zwei zentralen Ziele der Steigerung der Geburtenrate und der Erhöhung der Frauenerwerbstätigkeit durch Schaffung von Anreizen für Mütter, möglichst schnell nach der Geburt eines Kindes die Erwerbstätigkeit wieder aufzunehmen, verwirklichen wollen:

FTHENAKIS, Elementarpädagogik nach PISA. Wie aus Kindertagesstätten Bildungseinrichtungen werden können, 2003; HANS BERTRAM, Erziehung ist nicht (nur) Privatsache, 2003; DERS., Arbeitswelt und Familien in der postindustriellen Gesellschaft – Familienpolitik als nachhaltige Gesellschaftspolitik, 2003. In einem Zeitungsartikel (Vorwärts 2002/Nr. 4) mit der Überschrift „Die Mütter müssen arbeiten“ begründet HANS BERTRAM diese Forderung damit, dass „Deutschland gar nicht auf die gut qualifizierten jungen Frauen und Mütter verzichten [könne]. 54 Prozent Gymnasiastinnen und mehr als 60 % männliche Sonderschüler sprechen eine deutliche Sprache.“ Kritisch zur Besetzung der Kommission auch ILONA OSTNER, Sozialwissenschaftliche Expertise und Politik, Das Beispiel des Siebten Familienberichts, ZfS 2007, S. 385, 387.

168 Siebter Familienbericht (Anm. 127), BT-Dr. 16/1360, S. XXIV, XXV, XXVIII: „Vorgenommen wurde ein Perspektivwechsel zu einer nachhaltigen Familienpolitik, deren neue Zielsetzung auch mit demografischen und ökonomischen Argumenten begründet ist. [...] Positive Effekte auf das Arbeitskräftepotenzial erwartet auch der Vorsitzende des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Prof. Dr. Bert Rürup, in seinen Gutachten zu familienorientierten Arbeitszeitmustern. Er betont insbesondere die Notwendigkeit einer Mobilisierung der so genannten Stillen Reserve, Frauen mit kleinen Kindern [...]. Durch eine bessere Koordination von familiären und beruflichen Anforderungen ist zudem ein Anstieg der Geburtenrate wahrscheinlich. Beide Entwicklungen führen – so Rürup – im Ergebnis zu einem nennenswert höheren wirtschaftlichen Wachstum. Eine ähnliche Sichtweise vertreten auch andere Wirtschaftsinstitute (z. B. das Institut der deutschen Wirtschaft Köln [IW Köln]) sowie Wirtschaftsverbände wie der Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI). [...] Wenn durch ausreichende Kinderbetreuung und eine gute Balance zwischen Beruf und Familie Eltern, insbesondere Müttern eine kontinuierliche Erwerbstätigkeit ermöglicht wird, zahlt sich dies für Kommunen in vielerlei Hinsicht aus. Auf der einen Seite ergeben sich höhere Steuereinnahmen aus der Einkommens- und Gewerbesteuer und auf der anderen Seite fallen erhebliche Kosten für Wiedereingliederungsmaßnahmen für Eltern nach längeren Erwerbspausen weg. Zudem entstehen durch den Ausbau von Kinderbetreuungseinrichtungen und Ganztagschulen neue Arbeitsplätze für Erzieher, Sozialpädagogen und andere soziale Berufe. Mehr Familienfreundlichkeit erhöht die Wertschöpfungs- und Wirtschaftskraft von Kommunen und Regionen.“

„Einer Entwertung von Humankapital aufgrund der Unterbrechung der Erwerbstätigkeit kann entgegengewirkt werden, wenn diese Unterbrechung möglichst kurz gehalten wird. Das Humankapital einer Mutter, die nach einigen Monaten wieder in ihren Beruf zurückkehrt, bleibt eher erhalten. Bei einem Fernbleiben von 3 Jahren bzw., wenn ein zweites Kind geboren wird, bis zu 6 Jahren dürfte das Wissen zu einem höheren Prozentsatz abgeschrieben sein.“¹⁶⁹

Aus den ökonomischen Interessen unserer Gesellschaft, die „die Arbeitskraft, das Wissen und die Fähigkeiten aller Menschen in einer alternden und schrumpfenden Bevölkerung“ brauche und daher Frauen nicht länger nur als „Arbeitskräftepotenzial“ betrachten dürfe, ergebe sich, dass nur noch „die Betreuung des Kleinstkindes (d.h. bis zum 6. bzw. 12. Lebensmonat) zu Hause gefördert“ werden könne.¹⁷⁰ Die Länge der geforderten bezahlten Elternzeit von 12 Monaten stelle bereits einen Kompromiss aus den Überlegungen bezüglich „der möglichst frühzeitigen Wiederbeschäftigung im Beruf und aus Aspekten bezüglich der Gesundheit des Kindes und der Eltern bzw. der Mutter dar“; außerdem sollte jedem Elternteil die Chance gegeben werden, nach der Geburt „einige Wochen/Monate bei seinem Kind zu Hause zu verbringen“.¹⁷¹

169 RÜRUP/GRUESCU (Anm. 158), S. 52

170 RÜRUP/GRUESCU (Anm. 158), S. 63 (Fn. 88). Vgl. weiter die Begründung für eine möglichst frühzeitige Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit auf S. 57: „In einer Unternehmensbefragung im Jahre 1992 gaben auf die Frage ‚Nach wie vielen Jahren sollen Frauen in der Familienphase versuchen, wieder berufstätig zu werden?‘ 53 % der Unternehmen die Antwort ‚1–2 Jahre‘ in Bezug auf eine Rückkehr in eine qualifizierte Tätigkeit im kaufmännischen/verwaltenden Bereich oder in den gewerblichen und technischen Bereich. [...] Denkbar ist, dass heute – in einer Zeit, in der in einigen Arbeitsmarktbereichen der Fachkräftemangel bereits offensichtlich ist – die Mehrheit der Unternehmen eine noch kürzere Zeitspanne präferieren würden.“

171 RÜRUP/GRUESCU (Anm. 158), S. 57. Bedürfnisse von Eltern und Kindern, die der Nutzung und Optimierung des „Humankapitals“ für die Gesellschaft entgegenstehen, werden durchgängig negativ qualifiziert (etwa S. 53): „Insbesondere berufstätige Mütter klagen über ‚Zeitstress‘ oder ‚ständige Zeitnot‘. Werden die Zeitkonflikte zu groß, [...] nehmen Mütter sehr oft eine ihrer Qualifikation nicht entsprechende Beschäftigung an, die in der Nähe der Wohnung oder Kinderbetreuung geleistet werden kann, um Zeitprobleme zu entschärfen. Damit wird aber ein Teil des Humankapitals der Mutter verschwendet. Kinder werden, wie oben erwähnt, in der Regel zur ‚Selbstverwirklichung‘ der Eltern geboren, also auch um mit ihnen Zeit zu verbringen.“ Kritisch daher auch SCHWAB (Anm. 102), FamRZ 2007, S. 5 f.: „So oder so ergibt sich die Frage, was Eltern mit ihren Kindern ab dem zweiten Lebensjahr machen sollen, während sie sich voll ihrem Beruf widmen. Die Verkürzung des Elterngeldes auf ein Jahr spiegelt die Vorstellung wider, dass Erziehung und Pflege eines Kindes mit recht bescheidenem Zeitaufwand zu erledigen sind. [...] Die Begründung der Bundesregierung zum Elterngeldgesetz gibt der Minimierung elterlicher Zuwendung erstaunlich klaren Ausdruck: ‚Das Elterngeld‘ – so heißt es da – ‚trägt dazu bei, dass sie (die Eltern) in diesem Zeitraum selbst für ihr Kind sorgen können‘ – in anderen Zeiträumen ist dies offenkundig nicht der Fall und nicht notwendig. Für die Begegnung zwischen Kindern und

Entsprechend der aus ökonomischer Perspektive formulierten Ausgestaltung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf wird mit dem zum 1. 1. 2007 eingeführten Elterngeld die Betreuung zu Hause nur noch bis zum 12. bzw. 14. Lebensmonat des Kindes staatlich gefördert,¹⁷² während das Erziehungsgeld¹⁷³ zwei Jahre lang gewährt wurde.¹⁷⁴ Damit möglichst viele Kinder ab dem an-

Eltern bleibt dann maximal ein zeitlicher Rest, der frühe Abend bis zum Bettgehen der Kinder, an dem alles stattfinden soll, was das Familienleben und Erziehung ausmacht [...].“

172 *Gesetz zur Einführung des Elterngeldes* vom 5. Dezember 2006, BGBl I, S. 2748. In der Begründung zum Gesetzesentwurf (BT-Dr. 16/1889, S. 18) werden die Ziele deutlich formuliert: „Eine steigende Erwerbsbeteiligung von Frauen hilft, ein ansonsten aufgrund der demographischen Veränderungen sinkendes Angebot insbesondere von Fachkräften auf dem Arbeitsmarkt auszugleichen. Die Verbesserung der finanziellen Situation von Familien gilt als Teil des insgesamt 25 Mrd. Euro umfassenden Programms der Bundesregierung zur Stärkung von Innovation, Investition, Wachstum und Beschäftigung Wachstumsimpulse. [...] Das Elterngeld und die Regelungen zur Elternzeit sind notwendige Voraussetzungen für eine weitere Durchsetzung der gleichberechtigten Teilhabe an Familienaufgaben und Erwerbstätigkeit.“ Zudem soll mit dem am Einkommen orientierten Elterngeld vor allem Akademikerinnen die Entscheidung für Kinder erleichtert werden (BT-Dr. 16/1889, S. 15). Zum Elterngeld vgl. auch HARALD SCHOLZ, Das neue Elterngeld, FamRZ 2007, S. 7 ff.; KIRSTEN SCHEIWE/CHRISTINE FUCHSLOCH, Rechtspolitische Ziele und rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten eines Elterngeldes, ZRP 2006, S. 37 ff.; kritisch SEILER (Anm. 149), FamRZ 2006, S. 1721 ff. („Elterngeld als Prämie für eine bestimmte Familienform“; „Elterngeld [sollte] nicht primär der Familien-, sondern eher der Gleichstellungs- und der Arbeitsmarktpolitik zugerechnet werden“).

173 Die Einführung des Erziehungsgeldes war ein Ergebnis der Familienpolitik der 1980er Jahre, die sich zum Ziel gesetzt hatte, die Erziehung von Kindern und die Betreuung kranker und pflegebedürftiger Angehöriger als Arbeit für die Familie nicht geringer als die Erwerbsarbeit zu bewerten. Dazu HEINER GEISSLER, Die Anerkennung der Familienarbeit, in: BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIE UND SENIOREN (Hrsg.), 40 Jahre Familienpolitik in der Bundesrepublik Deutschland: Rückblick/Ausblick. Festschrift, 1993, S. 105, 108 ff. Demgegenüber verfolgt auch die gerade eingeleitete Neuordnung der familienrechtlichen Ausgleichssysteme den Ansatz einer Umverteilung innerhalb der Familien bzw. zwischen Familien – so beispielsweise nach der Unterhaltsrechtsreform zwischen geschiedenen Ehefrauen und Kindern mit dem Ziel einer Entlastung der öffentlichen Haushalte, weil dann weniger Kinder Anspruch auf Sozialleistungen haben, sowie zwischen der Erst- und Zweitfamilie in der Hoffnung, dass dies zu größeren finanziellen Spielräumen und damit zu mehr Geburten in der Zweitfamilie führt. Auch nach der geplanten Erbschaftsrechtsreform werden Pflegeleistungen nicht als gleichspflichtiger Beitrag für die Gesellschaft begriffen, vielmehr sind diese aus dem Familienvermögen auszugleichen.

174 Nach § 6 S. 2 BEEG kann das Elterngeld auf 28 Monate gestreckt werden, wenn der Anspruch in diesem Zeitraum monatlich nur zu 50% geltend gemacht wird. Dazu auch BARBARA SCHRAMM, Kombinationsmöglichkeiten bei Inanspruchnahme von Elterngeld durch beide Eltern, FPR 2007, S. 342, 343. In den Ländern Bayern, Baden-Württemberg, Sachsen und Thüringen wird zudem Landeserziehungsgeld im Anschluss an das Bundeselterngeld gewährt (*Gesetz zur Neuordnung des Bayerischen Landeserziehungsgeldes*

schließenden ersten Lebensjahr ganztags außerhalb der Familie betreut werden können, wurde zudem auf dem sog. Krippengipfel am 2.4.2007 zwischen Bund, Ländern und Gemeinden die Vereinbarung getroffen, die Zahl der Krippenplätze für bis zu drei Jahre alte Kinder bis zum Jahre 2013 zu verdreifachen. Damit stehen ab 2013 für ca. 2 Millionen Kinder in diesem Alter bundesweit 750.000 Betreuungsplätze zur Verfügung. Da die meisten Eltern dieses Angebot erst nach Auslaufen des Elterngeldes in Anspruch nehmen werden, stehen dann für fast 60% aller Kinder zwischen zwei und drei Jahren Ganztagesbetreuungsangebote zur Verfügung, während bislang nur 12% aller Kinder in diesem Alter in staatlichen Einrichtungen betreut werden¹⁷⁵ und die ganz überwiegende Mehrheit der Paare mit Kindern unter drei Jahren eine Vollzeitbeschäftigung für beide Eltern auch nicht wünscht.¹⁷⁶

2. Stärkere Entlastung der öffentlichen Haushalte

Die Wünsche der Eltern und die Bedürfnisse von Familien scheinen angesichts der Entlastungsmöglichkeiten für die öffentlichen Haushalte jedoch zunehmend an Bedeutung zu verlieren. In einem weiteren vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend beim Deutschen Institut für Wirtschaftsforschung in Auftrag gegebenen Gutachten aus dem Jahre 2003, das unter dem Titel „Einnahmefeffekte beim Ausbau von Kindertagesbetreuung – Anreize für Kommunen, mehr Kinderbetreuungsmöglichkeiten bereitzustellen“ veröffentlicht wurde,¹⁷⁷ wird unter der Überschrift „Der Betreuungsausbau bringt mehr, als er kostet“ folgendes Beispiel angeführt:

vom 9. Juli 2007, GVBl 2007, S. 442; *Verwaltungsvorschrift des Ministeriums für Arbeit und Soziales für die Gewährung von Landeserziehungsgeld für Geburten und Adoptionen* ab dem 1. Januar 2007, GABl BW 2007, S. 521; *Gesetz über die Gewährung von Landeserziehungsgeld im Freistaat Sachsen* vom 7. Januar 2008, SächsGVBl 2008, S. 60; *Thüringer Erziehungsgeldgesetz* vom 3. Februar 2006, GVBl 2006, S. 46.

- 175 STATISTISCHES BUNDESAMT (Hrsg.) (Anm. 150), S. 221: „Besuchsquote in Tageseinrichtungen und in öffentlich geförderter Kindertagespflege am 15.3.2006.“
- 176 Nach RÜRUP/GRUESCU (Anm. 158), S. 54, Tabelle 15: „Tatsächliche und gewünschte Arbeitszeitmuster bei Paaren mit Kindern unter 6 Jahren (in Prozent)“, wünschen nur 32% der Paare mit Kindern unter sechs Jahren eine Vollzeitbeschäftigung für beide Eltern. Bei Paaren mit Kindern unter drei Jahren wünschen nur 7% der Mütter eine Vollzeitbeschäftigung beider Eltern, so PETRA BECKMANN, *Zwischen Wunsch und Wirklichkeit, Tatsächliche und gewünschte Arbeitszeitmodelle von Frauen mit Kindern liegen immer noch weit auseinander*, IAB Werkstattbericht 12/2002, S. 5 f., 11.
- 177 KATHARINA SPIESS, *Abschätzung der Brutto-Einnahmefeffekte öffentlicher Haushalte und der Sozialversicherungsträger bei einem Ausbau von Kindertageseinrichtungen*, Ergebnisse des Gutachtens des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung, in: BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIE, SENIoren, FRAUEN UND JUGEND (Hrsg.), *Einnahmefeffekte beim Ausbau von Kindertagesbetreuung – Anreize für Kommunen mehr Kinderbetreuungsmöglichkeiten bereitzustellen*, 2005, S. 5 ff. Vgl. auch DIES., *Kosten und*

„Würden 1000 Akademikerinnen mit einem Kind im Krippenalter durch den Ausbau der Kinderbetreuung eine Erwerbstätigkeit aufnehmen, würden sie 8,1 Mio. € Einkommensteuer und 10,4 Mio. € Sozialversicherungsbeiträge zusätzlich erbringen. Zudem sind durch die zusätzliche Beschäftigung von Betreuungspersonal weitere Steuereinnahmen in Höhe von 0,6 Mio. € und Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von 2,0 Mio. € zu erwarten. Dem stehen Betriebskosten der öffentlichen Hand für das Ganztagsangebot in Höhe von 9 bis 10 Mio. € gegenüber.“¹⁷⁸

Die Studie kommt zu dem Ergebnis, dass „sich die *möglichen Mehreinnahmen* durch den Ausbau der Kindertageseinrichtungen sowohl im Bereich der Einkommensteuer als auch im Bereich der Sozialversicherung in *Milliardenhöhe*“ bewegen.¹⁷⁹

3. Stärkere Nutzung des „Humankapitals“ von Kindern

Neben diesen positiven Auswirkungen für die Wirtschaft und die öffentlichen Haushalte wird als positiver Effekt „die besonders hohe ‚Rendite‘ einer erfolgreichen frühkindlichen Förderung“ genannt:

„Eine gute Kinderbetreuungsqualität habe positive Effekte auf die Entwicklung der kindlichen Fähigkeiten. Dies könne dazu führen, dass geringere öffentlich finanzierte Mittel während der Schullaufbahn oder im Jugendhilfebereich notwendig werden. Längerfristig seien höhere Lebenseinkommen, eine geringere Sozialhilfeabhängigkeit oder eine geringere Kriminalität zu erwarten.“¹⁸⁰

Nutzen von Kinderbetreuung: Internationale und nationale Betrachtungen aus ökonomischer Perspektive, in: SCHMIDT/MOHN (Hrsg.) (Anm. 158), S. 124 ff.

178 SPIESS (Anm. 177), S. 7 f. Weitere Beispiele (S. 6): „Ein bedarfsgerechter Ausbau der familienergänzenden Kinderbetreuung ermöglicht schließlich auch jener Gruppe die Erwerbstätigkeit, die bislang wegen mangelnder Betreuungsmöglichkeiten für ihre Kinder auf Sozialhilfe angewiesen war. Dies betrifft vor allem allein erziehende Mütter. Die Expertise ermittelt mögliche Einsparungen für die Kommunen von rd. 800 Mio. € für den Fall, dass alle *Alleinerziehenden mit nur einem Kind* unter dreizehn Jahren eine Berufstätigkeit aufnehmen.“

179 SPIESS (Anm. 177), S. 14. Zu den gesellschaftlichen und volkswirtschaftlichen Effekten des Ausbaus von Tageseinrichtungen vgl. BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIE, SENIOREN, FRAUEN UND JUGEND (Hrsg.) (Anm. 159), S. 15 ff., insb. S. 15: „Jeder in Tageseinrichtungen investierte Euro bringt der Gesellschaft kurzfristig mindestens vier Euro Ertrag, der durch Müttererwerbstätigkeit, Personalbeschäftigung in Kindertageseinrichtungen und Vermeidung von Arbeitslosigkeit Alleinerziehender erzielt wird.“

180 DIETER VESPER, Anreize für Kommunen, mehr Kinderbetreuungsmöglichkeiten bereitzustellen, Zusammenfassung der Expertise des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung Berlin, in: BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIE, SENIOREN, FRAUEN UND JUGEND (Hrsg.), Einnahmeeffekte beim Ausbau von Kindertagesbetreuung – Anreize für Kommunen mehr Kinderbetreuungsmöglichkeiten bereitzustellen, 2005, S. 15.

Mit dem nunmehr bevorzugt geförderten Familienmodell (kürzere Elternzeit in Kombination mit dem Ausbau qualitativer Kinderbetreuung) soll zusätzlich die Ausnutzung des Humankapitals von Kindern gesteigert werden:

„Zum zweiten gilt in einer Gesellschaft mit schrumpfendem Erwerbspotenzial, dass die künftigen Arbeitskräfte besser ausgebildet werden sollen, d. h. es kann nicht mehr nur die Quantität, sondern es muss auch die Qualität des Humankapitals zählen. [...] Außerdem darf es als gesichert gelten, dass es bereits bei jungen Kindern lohnenswert ist, in Humankapital, kognitive und soziale Schlüsselqualifikationen, zu investieren. Auf Erwachsene bezogene (Aus-)Bildungsprogramme, die darauf ausgelegt sind, Versäumnisse während der frühen Jahre nachzuholen, sind schlechte und vor allem kostspielige Substitute für fehlende ‚Interventionen‘ während der Kindheit. D. h. dass qualitative Kinderbetreuung nicht nur notwendig ist, um der Mutter die Erwerbstätigkeit zu ermöglichen, sondern auch, um die Fähigkeiten und Möglichkeiten des Kindes zu steigern.“¹⁸¹

Vor diesem Hintergrund wird verständlich, warum zunehmend die Erziehungskompetenz von Eltern in Frage gestellt und staatliche Miterziehung zum Wohle des Kindes propagiert wird,¹⁸² denn mit dieser Argumentation wird die

181 RÜRUP/GRUESCU (Anm. 158), S. 63 f. Diese Forderungen, die u. a. auch auf die PISA-Studien zurückzuführen sind (vgl. BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIE, SENIOREN, FRAUEN UND JUGEND (Hrsg.) (Anm. 159), S. 8, ignorieren die empirisch nachgewiesene Bildungsfunktion der Familie. Dazu etwa MARTIN R. TEXTOR, Die „Bildungsmacht“ der Familie, in: STIFTUNG SOZIALPÄDAGOGISCHES INSTITUT BERLIN (Hrsg.), Orte der Bildung im Stadtteil – Dokumentation zur Veranstaltung am 16. und 17. Juni 2005, S. 60 f. unter Heranziehung mehrerer Studien seit den 1960er Jahren: „Somit ist festzuhalten, dass der Einfluss der Familie auf den Schulerfolg größer ist als der Einfluss der Schule oder der Einfluss von Kindmerkmalen. In ihren Familien erwerben Kinder die meisten psychomotorischen, sozialen, affektiven und sprachlichen Kompetenzen. [...] Nach dem ‚PISA-Schock‘ haben die Bundesländer verschiedene – und zum Teil unterschiedliche – Reformen in ihren Bildungssystemen eingeführt: von Bildungsplänen für Kindergärten, Sprachstandtests einige Zeit vor der Einschulung und Sprachkursen für ausländische Kinder, über die Neugestaltung der Schuleingangsstufe bis hin zu Ganztagschulen [...]. [...] Manche Reformen können sogar negative Folgen haben: Die Vorverlagerung des Einschulungsalters und die Abschaffung von Schulkindergärten (z. B. in Bayern) könnten beispielsweise bei einigen noch nicht ‚schulreifen‘ Kindern zu (späteren) Problemen führen; die Ganztagsbetreuung an Kindertageseinrichtungen und Schulen könnte den Einfluss ‚erziehungsmächtiger‘ Familien reduzieren [...]. [...] (Bildungs-)Politik und Bildungssystem müssen endlich die zentrale Bedeutung der Familie als Bildungsinstitution anerkennen.“

182 Etwa auch BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIE, SENIOREN, FRAUEN UND JUGEND (Hrsg.) (Anm. 159), S. 24 ff. zum Verhältnis der Tageseinrichtung zur Familie und zu den mit dem Ausbau verfolgten Zwecken: „Die präventive Funktion außerunterrichtlicher Betreuungsangebote sowie deren Rolle bei der Reduktion sozialer Kosten und der Vermeidung kindlicher Fehlentwicklung (z. B. jugendlicher Delinquenz) sind stärker als bisher hervorzuheben und als Argument für den Ausbau dieser Angebote heranzuziehen.“

öffentliche Meinung auf eine möglichst frühzeitige Ganztagesbetreuung und -erziehung von Kindern außerhalb der Familie eingestimmt, wobei die den Reformen zugrunde liegenden Gründe nicht verschwiegen werden:

„Da Kinder bzw. Humankapital für die wirtschaftliche Entwicklung eines Landes notwendig sind [...] und ebenso für die Sozialversicherungssysteme bestandserhaltende Funktion haben, wird hier von externen Effekten von Kindern ausgegangen, die familienpolitische Maßnahmen begründen [...]. Da in das Nutzenkalkül der Eltern weder die Konsequenzen auf die gesellschaftliche Reproduktion noch die auf den für die langfristige Weiterentwicklung wichtigen Humankapitalbestand eingehen, wird tendenziell das Gut Kind ‚zu wenig konsumiert‘.“¹⁸³

Wie dies in Zukunft geschehen soll, wird im Siebten Familienbericht ebenfalls unmissverständlich klargestellt:

„Vorrangige Handlungsfelder sind die vorschulische Kinderbetreuung, insbesondere der unter Dreijährigen, die frühe Förderung der Kinder, die gute Beratung der Eltern, die Förderung von Kindern und Jugendlichen durch einen bedarfsgerechten Auf- und Ausbau ganztägiger schulischer Angebote. [...] Der Familienbericht sieht eine staatliche Förderung guter pädagogischer Betreuung ausdrücklich als ‚ökonomisch rational‘ und ‚sehr rentabel‘ an, da der spätere Nutzen die Kosten um ein Vielfaches übersteigt. [...] Hingewiesen wird damit auch auf die Notwendigkeit einer veränderten und verbesserten Kooperation von Eltern und den Fachkräften in Kindertageseinrichtungen und Schulen.“

[...] Die herkömmliche Position, die Tageseinrichtungen auf eine familienergänzende, -unterstützende und -entlastende Funktion reduziert, ist zurückzuweisen zugunsten einer Position, die Eltern und Fachkräfte in einer Erziehungs- und Bildungspartnerschaft sieht. [...] Angebote zur Stärkung elterlicher Kompetenz sollten über die Einrichtungen an die Eltern [...] gerichtet werden. Besonders empfehlenswert sind früh ansetzende Präventionsangebote, also auch Programme, die die Eltern bereits im ersten Lebensjahr des Kindes erreichen. Im Bildungswesen generell und in den ersten 10 Jahren der kindlichen Entwicklung insbesondere verdienen Übergänge im Bildungsprozess besonderer fachlicher wie politischer Aufmerksamkeit: der Übergang von der Familie in die Krippe, von der Krippe in den Kindergarten, vom Kindergarten in die Grundschule und von dort in die weiterführenden Schulen. [...] Im Gegensatz zu anderen europäischen Ländern genießt das System der außerfamilialen Bildung, Erziehung und Betreuung von Kindern, vor allem von Kindern unter drei Jahren, in Deutschland keine Priorität auf der politischen Agenda. [...] Dieses Strukturdefizit zu beseitigen, stellt eine nicht mehr aufschiebbar politische Herausforderung dar. [...] Die Förderung von Kindern von 0 Jahren bis zum Schuleintritt stellt [...] die erste Stufe im Bildungsprozess dar. Unabhängig von der administrativen Einbettung dieses Bereichs sollte Sorge dafür getroffen werden, dass nicht nur dem Aspekt der Bildung, sondern auch dem der Erziehung und Betreuung angemessen Rechnung getragen wird. Die Auffassung in Deutschland, wonach das System lediglich familienergänzenden Charakter haben soll, muss [...] aufgegeben werden zugunsten der Definition eines genuinen Bildungs- und Erziehungsauftrags mit Blick auf die kindliche Entwicklung.“

183 RÜRUP/GRUESCU (Anm. 158), S. 50.

Eltern müssen in ihrer Erziehungskompetenz gestärkt werden, damit sie Verantwortung wahrnehmen können. Ziel ist die Schaffung von Einrichtungen mit einem differenzierten Angebot, welches von Erziehungsberatung, Elternbildung, Gesundheitsberatung, Ernährungsbildung, Haushaltskursen bis hin zu Sprachkursen für Familien reicht, gemäß dem Prinzip der Förderung von Eltern und Kindern aus einer Hand.¹⁸⁴

Schließlich gehört zum Bild der Familie im 21. Jahrhundert auch, dass der „bislang nur beiläufige Kompetenztransfer von Familie in die Erwerbswelt“ künftig gezielter nutzbar gemacht, d. h. „die aus Familienarbeit resultierenden Kompetenzen [...] für die eigene persönliche und berufliche Weiterentwicklung genutzt werden“. Ausgangspunkt ist dabei, die „Familie als Lernort für Eltern zu verstehen“, „Erziehungsprozesse“ als ein „nicht zu unterschätzendes Kompetenztraining für Mütter und Väter“ zu begreifen und den Erwerb von Erziehungskompetenz als Humankapital zu betrachten: „Erziehungsarbeit als Teil der allgemeinen Familienarbeit ist [...] ein Prozess des permanenten Übens und Ausbildens von Kompetenzen, die auch für den Arbeitsmarkt relevant sind, da sie sowohl zur beruflichen Integration als auch für neue Anforderungen im Arbeitsprozess erheblich beizutragen vermögen.“¹⁸⁵

184 Siebter Familienbericht (Anm. 127), BT-Dr. 16/1360, S. XXV, XXVII, XXVIII. Kritisch zur Skepsis gegenüber der elterlichen Erziehungskompetenz auch OSTNER (Anm. 167), ZfS 2007, S. 388.

185 Siebter Familienbericht (Anm. 127), BT-Dr. 16/1360, S. 134 f. Weiter heißt es (S. 136 f.): „Genannt wurden dabei vor allem Organisationsfähigkeit (38 Prozent), Verantwortungsbewusstsein (21 Prozent), Flexibilität und Belastbarkeit (je 15 Prozent), die alle je nach Arbeitsplatz auch unternehmensrelevant sein dürften. [...] Begreift man Familienarbeit also als faktische Arbeitsleistung, so wird deutlich, dass hier ein informelles Lernfeld für Kompetenzentwicklung und die Weiterentwicklung von Kompetenzen vorliegt. [...] Entsprechend lohnt es, bei Transfermöglichkeiten von Familienkompetenzen in die Arbeitswelt nicht nur Mütter und so genannte frauenspezifische Arbeitsfelder in den Blick zu nehmen, sondern diese Kompetenzen auch auf Väter und deren Arbeitsfelder zu erweitern [...]. Wenn sich also insbesondere Väter stärker als bisher an der Kinderbetreuung beteiligen würden, nützte dies nicht nur den Kindern und diene der Entlastung der Mütter, sondern auch der eigenen Kompetenzentwicklung. [...] Damit trägt die aktive Ausgestaltung der Vaterrolle im unmittelbaren Kontakt mit den Kindern zum Erlernen sozialer Kompetenzen bei, die im Übrigen auch in einer immer komplexeren Zivilgesellschaft unabdingbar sind. Damit schließt sich der Kreis: [...] die Verschiebungen im Arbeitsmarkt machen es notwendig, ehemals geschlechtsspezifische Sozialisationskonnotationen weitmöglichst hinsichtlich der Identitäts-Konstruktionen über Kompetenzprofile zu durchbrechen, indem Väter und Mütter sich die Arbeitsfelder unabhängig vom Geschlecht miteinander teilen und ihre Kinder, wiederum geschlechtsunabhängig, daran beteiligen. Hierüber wird Familie zugleich zu einem Lernfeld für beide Geschlechter [...]“

Eine der großen Errungenschaften der jungen Bundesrepublik Deutschland lag darin, dass sie sich mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes davon verabschiedet hat, Eltern zu verpflichten, ihre Kinder zur gesellschaftlichen Tüchtigkeit zu erziehen. Das mit dem familienpolitischen Paradigmenwechsel verbundene neue Menschenbild des 21. Jahrhunderts begreift Familie in erster Linie als Wirtschaftsfaktor für die Gesellschaft und verlangt daher Eltern den optimalen Einsatz ihres „Humankapitals“ im doppelten Sinne ab: Erstens durch die möglichst frühzeitige und vollständige Wiedereingliederung in den Erwerbsprozess und zweitens durch die Erziehung des Nachwuchses zu geeigneten Mitgliedern der Gesellschaft, und zwar unter Befolgung der staatlichen Bildungs- und Erziehungsideale in „Verantwortungsgemeinschaft“ mit öffentlichen Einrichtungen.¹⁸⁶

186 Der Vergleich mit der Familienpolitik der DDR liegt auf der Hand und ist doch überraschend, weil sich die Familienpolitik der Bundesrepublik auch noch nach der Wiedervereinigung gerade in Abgrenzung hierzu definiert hat. Vgl. etwa HELMUT KOHL, 40 Jahre Familienpolitik, in: BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIE UND SENIOREN (Hrsg.) (Anm. 173), S. 7, 8: „Der Familie war in der *DDR* eine andere Rolle zgedacht als in der Bundesrepublik Deutschland. [...] Indem der *SED*-Staat die Familie für seine ideologischen Ziele in die Pflicht nahm und die Instrumente der Familienpolitik zur staatlichen Einflussnahme missbrauchte, engte er den Erziehungs- und Verantwortungsspielraum der Familie massiv ein. [...] der *SED*-Staat hat die Familie zur Förderung seiner Ideologie instrumentalisiert; sie hatte sich seinen Zielen unterzuordnen. Die Bundesrepublik Deutschland dagegen schützt die Familie und schafft Rahmenbedingungen für ihre freie Entfaltung.“ Vgl. weiter SIEGFRIED KEIL, Elterliches Erziehungsrecht und ergänzende Erziehungshilfen im Wandel der letzten 40 Jahre, ebenda, S. 117, 130: „In der ehemaligen *DDR* hatten sich die familienergänzenden Erziehungsangebote unter der doppelten Zielsetzung, Mobilisierung der Frauen für eine außerhäusliche Erwerbstätigkeit und direkte pädagogisch-ideologische Beeinflussung der nachwachsenden Generation, faktisch zu einer familienersetzenden staatlichen Erziehung entwickelt.“

Diskussion zum Vortrag von Eva Schumann

Leitung: OKKO BEHRENDIS

BEHRENDIS:

Vielen Dank! Ich möchte zu Ihrer Information voranschicken, dass wir am Ende der Diskussion des Vortrags von Frau Schumann dann gleich in die Abschlussdiskussion gehen werden, zu deren Leitung sich Herr Stolleis freundlicherweise bereit erklärt hat. Für Frau Schumanns Vortrag haben wir jetzt erst einmal 20 Minuten Zeit.

Der danach folgende Übergang zur Abschlussdiskussion ist zu meiner Freude sachlich sehr erleichtert. Denn in dem sehr instruktiven Vortrag von Frau Schumann ist ein ebenso grundsätzliches wie aktuelles Problem sehr deutlich geworden. Mit der Formulierung positiver Verhaltensstandards ist, so schön sie sich anhören, in der Praxis die Gefahr verbunden, die Verantwortungsräume des Privatrechts auszuhöhlen und das Gleichgewicht des sozialen *Rechts*staats einseitig zu Lasten der Verantwortungsräume des Privatrechts zu gefährden. Das gilt natürlich um so mehr, wenn, wie uns der Beamer mit entsprechenden Tabellen und Kurven sehen ließ, sich die entsprechende Gesetzgebung von Daten motivieren lässt, die so gar nicht zutreffen, aber deren Korrektur von der medialen Öffentlichkeit nicht wahrgenommen wird.

Ich bitte um Wortmeldungen. Frau Coester-Waltjen!

COESTER-WALTJEN:

Zunächst, Frau Schumann, vielen Dank für den schönen Vortrag. Ich teile Ihre grundsätzliche Kritik an dem Gesetzgeber und den Reformvorschlägen durchaus. Aber ich möchte doch zwei oder drei Punkte hervorheben. Zum einen sollte man zunächst einmal betonen, dass der Gesetzgeber von 1998 sehr viel mehr Raum für privatautonome Entscheidungen gegeben hat. Er hat die Verteilung der elterlichen Sorge, die Möglichkeit der Beibehaltung der gemeinsamen Sorge bei Trennung der Eltern ganz in die privatautonome Entscheidung der Eltern gestellt. Dies war ein wesentlicher Schritt weg von staatlicher Intervention und dies war zuvor durchaus lange Zeit sehr umstritten. Insofern kann man feststellen, dass sich der Staat zurückgenommen hat. Er ist auch – wie Sie gesagt haben – in nicht ganz idealer Weise abstinenter bei der Möglichkeit einer gemeinsamen Sorgeerklärung nicht miteinander verheirateter Eltern. Diese ist eine rein privatautonome Entscheidung, die überhaupt keiner staatlichen Kontrolle, keiner Kindeswohlprüfung unterliegt. Auch die Entscheidung der Mutter, den Vater nicht an der elterlichen Sorge zu beteiligen, wird nur unter den engen Voraussetzungen des § 1666 ge-

prüft. Staatliche Verantwortung und Einmischung nimmt also nicht nur zu, sie hat in manchen Bereichen durchaus auch abgenommen.

Der zweite Punkt, den ich betonen möchte, betrifft die sprachliche Fassung der Reformvorschläge. Ich habe Schwierigkeiten mit der Formulierung „mögliche Kindeswohlgefährdung“. Eine Kindeswohlgefährdung ist eine mögliche Schädigung. Was aber ist eine „mögliche Schädigung“? Das passt nicht zueinander und gehört nicht in § 1666 BGB. Wie kann das Gericht nach § 1666 V des Entwurfs tätig werden, wenn gar keine Kindeswohlgefährdung vorliegt, also die Möglichkeit einer Schädigung nicht besteht. Worüber soll es dann mit den Eltern sprechen. Wahrscheinlich ist die neue Fassung nur gewählt worden, um die Betroffenen zu beruhigen, um sagen zu können, man gehe ja gar nicht von einer Kindeswohlgefährdung, sondern nur von der Möglichkeit einer Kindeswohlgefährdung aus. Juristisch ist dies aber im Hinblick auf die Eingriffslegitimation des Staates nicht korrekt und gibt – wenn man Art. 6 II GG ernst nimmt – keinen Sinn.

Etwas anderes gilt, soweit es um die Schlichtungsfunktion des Staates geht. Wenn zwischen den Eltern Streit besteht, ist das Cochemer-Modell durchaus nicht schlecht. Ich möchte es gerade für die Fälle, in denen die Mutter die Auslösung dafür ist, dass der Vater seine Rolle nicht übernehmen kann, verteidigen. Eltern streiten manchmal bis auf die blanken Knochen und nehmen sich gegenseitig zu Lasten der Kinder auseinander. Es gab zum Görgülü-Fall einen Parallellfall in Irland, den Keegan-Fall. Dort hatte ebenfalls eine nicht verheiratete Mutter das Kind zur Adoption gegeben. Der Vater erfuhr erst sehr viel später davon. Er hat sich an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte mit dem Argument gewandt: „Es ist menschenrechtswidrig, dass ich meine Vaterrolle nicht übernehmen konnte.“ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat ihm Recht gegeben. Der Vater hat sodann auf seine Vaterposition verzichtet, weil das Kind schon so lange bei den Pflegeeltern lebte. Dies war eine vernünftige, auf das Kindeswohl bedachte Reaktion des Vaters. Manchmal müssen die Eltern aber erst zu derartigen vernünftigen Reaktionen und Regelungen gebracht werden. Hier ist eine staatliche Einmischung durchaus angebracht, denn wir können nicht zulassen, dass sie ihre Streitigkeiten auf dem Rücken der Kinder austragen. Wenn diese Intervention in der weichen Form vorgenommen wird, wie es nach den Äußerungen zum Cochemer-Modell geschieht, kann man dagegen nichts einwenden.

Ansonsten finde ich die gegenwärtigen Reformvorschläge zu § 1666 unnötig. Bereits nach geltendem Recht kann das Jugendamt erforderlichenfalls eingreifen. Weitere Bestimmungen sind nicht notwendig. Man muss nur das Gesetz vernünftig handhaben.

BEHREND S:

Vielen Dank. Ich möchte, wenn Sie, Frau Schumann, einverstanden sind, noch weitere Wortmeldungen aufrufen, d. h. bis Sie finden, dass eine Antwort fällig ist.

Ich darf aus Zeitgründen zugleich um kurze Diskussionsbeiträge bitten. Zunächst Frau Oberloskamp.

OBERLOSKAMP:

Ja, auch ich möchte mich herzlich bedanken für den hervorragenden Vortrag.

Ich bin der Meinung, wenn man sich strikt am Grundgesetz orientiert, findet man am schnellsten eine Lösung. Die strikte Orientierung am Grundgesetz bedeutet, dass Eltern in den meisten Fällen am ehesten wissen, was für die Kinder gut ist, und das muss auch gelten außerhalb des ehelichen Bereiches. Man muss auch die Eltern, die nicht miteinander verheiratet sind, in diese Kategorie einordnen und sagen: „Grundsätzlich wissen sie ebenfalls, was am besten ist.“ Allerdings müsste der Staat in einem Punkte behilflich sein, nämlich die Ausgangspositionen für beide Elternteile gleich zu gestalten, und da besteht einiger Nachholbedarf. Das ist nicht nur bei § 1626a II BGB so, bei dem keine staatliche Schlichtung vorgesehen ist, wenn die Mutter mit der Sorgeerklärung des Vaters nicht einverstanden ist; sondern das ist auch so an verschiedenen anderen Stellen, z. B. bei § 1672 BGB oder bei § 1748 IV BGB. Das sind verschiedene Lebenssituationen, in denen die Ausgangspositionen von Vater und Mutter einfach unterschiedlich sind, und da müsste der Staat ausgleichen. Aber ich denke, mit diesen Grundlinien, primär wissen Eltern, was das Beste für die Kinder ist, und zweitens, der Staat muss für gleiche Ausgangspositionen für Väter und Mütter sorgen, ist genug getan.

Was zur Reform im Bereich der Kindeswohlgefährdung gerade von Frau Coester-Waltjen gesagt worden ist, kann ich nur unterstreichen. § 8a SGB VIII ist eigentlich völlig überflüssig, denn das, was neuerdings darin steht, hat das Gesetz – wenn auch an anderer Stelle – schon immer enthalten. Allerdings will ich nicht bestreiten, dass – ähnlich wie ehemals § 1666a BGB – auch § 8a SGB VIII eine Funktion haben könnte. Man kann die Praxis etwas stärker darauf hinweisen, dass eben diese jetzt namentlich aufgeführten Aspekte besonders zu berücksichtigen sind. § 1666a BGB war auch überflüssig. Das, was in ihm steht, enthielt das Gesetz auch schon vorher. Die in § 1666a BGB aufgeführten Maßnahmen sind „erforderliche Maßnahmen“ im Sinne des § 1666 I BGB. Also hätte man § 1666a BGB genauso gut weglassen können. Da er – und ebenso jetzt § 8a SGB VIII – nun vorhanden ist, stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber mit der Schaffung derartiger Regelungen fortfahren soll, wie das in diesem Bereich wohl mit den verschiedenen Reformentwürfen angedacht ist.

Hinzu kommen weitere Bedenken. Ich finde, wenn man dem Richter neuerdings Funktionen zuweist, die eigentlich die Jugendämter ausüben sollten, nämlich zu beraten, dann könnte darin eventuell eine Verwässerung der Gewaltenteilung zu entdecken sein. Das ist fast so, wie es früher war, als es noch keine Jugendämter als Teil der zweiten Gewalt, sondern den Familienrat beim Vormundschaftsgericht als dritter Gewalt gab. Das ist Rechtsgeschichte, die hier

wieder aktiviert wird, wo die Funktionen miteinander vermischt werden statt sie getrennt zu lassen, wie wir das eigentlich nach Schaffung des RJWG erreicht hatten.

BEHREND'S:

Vielen Dank. Jetzt Frau Scheiwe.

SCHEIWE:

Ja, vielen Dank auch noch einmal. Die Grundlinie Ihrer Argumentation teile ich, ich frage mich aber, wie man die praktischen Probleme lösen soll. Ich meine, die Autonomie von Eltern und Personensorgeberechtigten wird vom Jugendhilferecht ja gerade dadurch gewährleistet, dass es Sozialleistungsrecht ist und daher Leistungsgewährung davon abhängt, ob Eltern Jugendhilfeleistung und Unterstützungsmaßnahme in Anspruch nehmen wollen oder nicht. Das ist freiwillig, und oft entstehen Probleme ja in den sehr schwierigen und kritischen Fällen dadurch, dass es eine zeitliche Verzögerung gibt und lange nichts passiert, wenn Eltern sich nicht entschließen können Hilfen in Anspruch zu nehmen, oder dies zeitweilig tun, dann aber wieder nicht, mal mit jemandem vom Jugendamt oder einem freien Träger sprechen, dann aber wieder nicht, und dieser Prozess sehr lange dauert. Dann kann natürlich eine Intervention des Familiengerichts auch in einem früheren Stadium mit dem Ziel der Herausnahme des Kindes aus der Familie eine wichtige Rolle spielen. Empirische Untersuchungen zeigen ja, dass die Familiengerichte in den allermeisten Fällen erst sehr spät angerufen werden, wenn es um die vollständige Entziehung des Sorgerechts geht. Eine frühere Anrufung des Familiengerichts – mit dem Ziel, die Annahme von Jugendhilfeleistungen zu beschleunigen, und etwa nur die Berechtigung der Eltern zu entziehen, den Antrag auf Jugendhilfeleistung zu stellen, und dadurch den gesamten Hilfeprozess zu beschleunigen, kann sehr wichtig sein. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie sich die Praxis verändern lässt und wie die Rolle der Familiengerichte dabei bestimmt werden soll. Aber die Prinzipien sind ja unterschiedlich. Freiwilligkeit im Jugendhilferecht ist Teil des Sozialleistungsrechts in der historischen Entwicklung weg von der Zwangserziehung und Fürsorgeerziehung. Wenn Eltern notwendig erscheinende Hilfen in kritischen Fällen nicht annehmen wollen, kann das Familiengericht eine wichtige Rolle spielen. – Ich wollte noch auf etwas anderes hinweisen. Das Kindeswohl könnte auch die Sozialgerichte in Zukunft stärker beschäftigen, weil im Elterngeldrecht eine Regelung enthalten ist, in der es um die Uneinigkeit von sorgeberechtigten Eltern über die Antragstellung auf Elterngeld geht. Ein Kriterium für die alleinige Inanspruchnahme der Berechtigung durch einen Elternteil und den Ausschluss des anderen von der Elterngeldberechtigung ist, dass eine Übertragung der Erziehung auf den anderen Elternteil das Kindeswohl im Sinne des § 1666 BGB gefährden könnte. Das ist eine ganz problematische Vorschrift; darauf wurde auch schon im Gesetzge-

bungsverfahren hingewiesen, aber ohne Erfolg. So werden bei Streitigkeiten zwischen den Eltern über die Elterngeldberechtigung auch die Sozialgerichte mit Fragen von Kindeswohlgefährdung befasst sein, obwohl die Sozialgerichte fachlich darauf nicht besonders vorbereitet sind.

BEHRENDTS:

Vielen Dank für den Beitrag. Jetzt Herr Diederichsen.

DIEDERICHSEN:

Frau Schumann hat mit ihrem Vortrag ein wunderbares Gebäude errichtet. Ich würde in diesem Gebäude nun gerne einmal für diejenigen, die sich nicht dauernd mit den Problemen, die das Referat behandelt hat, beschäftigen, zusätzlich ein kleines Fenster aufmachen. Frau Schumann hat den Begriff des Kindeswohls nicht weiter problematisiert, so dass man denken könnte, eine so griffige Formel könne die Probleme der gescheiterten Familie im Nu lösen, wenn sich denn die Eltern nach der Trennung einmal nicht miteinander einigen könnten. In Wirklichkeit ist nichts problematischer als das Kindeswohl. Ich möchte dafür zwei Beispiele geben.

Es gibt einen amerikanischen Forschungsbericht, den uns Robert H. Mnookin nahegebracht hat. Es handelt sich um eine Langzeitstudie aus Kalifornien, in der Kinderpsychologen in den 1920er und 1930er Jahren, über fast 20 Jahre, die Entwicklung von begutachteten Kindern verfolgt haben, erst in der Scheidungssituation ihrer Eltern und dann, wie sie sich in der von dem Gericht vorgesehenen, am Kindeswohl orientierten Regelung entwickelt hatten. Hierbei mussten die Psychologen feststellen, dass sie sich in einer unverhältnismäßig großen Zahl von Fällen in ihren Beurteilungen und Prognosen geirrt hatten.

So hatten sie etwa Kinder aus Familien, die nicht gut funktionierten, herausgenommen und in bessere Verhältnisse gebracht. Die Kinder hatten sich dann dort aber nicht so entwickelt wie erwartet. Das eigentlich Interessante ist nun, dass ihre Voraussagen, wie das Kind auf die neuen Verhältnisse reagieren würde, zu einem Großteil deswegen falsch waren, weil die Gutachter von der Meinung ausgegangen waren, ein Kind würde sich automatisch besser entwickeln, wenn es zu dem Elternteil oder in eine Familie käme, bei denen die Verhältnisse wesentlich besser, wirtschaftlich besser und erziehungsmäßig besser waren als die vorherigen Gegebenheiten. Aber was geschah unter den neuen Umständen? Sehr viele Kinder haben sich einfach auf die besseren Verhältnisse verlassen und sind vor die Hunde gegangen, weil sie einfach verwöhnt waren oder weil sie sich in dem neuen Milieu nicht behaupten konnten. Kinder dagegen, die man in den schlechten Verhältnissen zu lassen gezwungen gewesen war, hatten sich in den schlechteren Verhältnissen nicht etwa fehlentwickelt und waren nicht weiter abgesackt, sondern sie hatten sich diesen widrigen Verhältnissen entgegengestellt, eigene Ressourcen aktiviert und waren wider alle Voraussagen der Psychologen relativ gut geraten.

Es ist eine berühmte Studie, die man sich immer, wenn man mit dem Kindeswohl zu tun hat, vor Augen halten muss. Psychologisch ist vieles nach wie vor höchst unsicher und die Psychologen haben es immer noch nicht leicht. Selten mag es gelingen, aber fast am wohlsten ist einem, wenn man einem psychologischen Problem mit einer juristischen Antwort begegnen kann. Für die Wirksamkeit hat der BGH ein besonders eindrucksvolles Beispiel gegeben. Bekanntlich haben sich mit der Erleichterung der Ehescheidung die Ehekonflikte auf die Regelung der elterlichen Sorge und des Umgangsrechts verlagert. So hatte eine Frau zu dem psychologischen Sachverständigen gesagt, wenn sie nicht das Sorgerecht für ihr Kind bekäme, würde sie Selbstmord begehen. Der Psychologe wollte das offenbar nicht verantworten und hatte dem Gericht eine entsprechende Sorgerechtsregelung zu Gunsten der Mutter vorgeschlagen. Jeder kann sich vorstellen, in welchen Mechanismus man mit derartigen Argumenten gerät. Der Bundesgerichtshof hat diese Gefahr radikal abgewehrt, indem er entschied: „Wer so etwas sagt wie diese Mutter, der ist schlechthin erziehungsunfähig.“ Ich kenne keinen Fall, in dem jemand sich auf diese Weise das Sorgerecht sichern wollte. Eine heutige Strategie, dem geschiedenen Ehemann sein Kind vorzuenthalten, ist die Behauptung, der Vater habe sein Kind sexuell missbraucht. Das ist ein schwerwiegender Vorwurf, ebenso schwer zu beweisen wie zu widerlegen, aber sorge- und umgangsrechtsstrategisch äußerst effektiv, ohne dass man die Rechtsmissbräuchlichkeit so leicht ausschließen könnte wie im Fall der Drohung mit Selbstmord.

Wieviel Wehe schon mit dem „Kindeswohl“ verbunden sein kann, lässt sich aus dem Gesagten hinreichend erkennen. Und doch zerlegt nun ausgerechnet der Gesetzgeber selbst den Begriff noch in so viele Steigerungsformen, dass einem eher schwindlig wird, als dass es im Kopf klarer würde. Für mich jedenfalls enthalten Differenzierungen zwischen „Gefährdung“ des Kindeswohls, dem Kindeswohl „nicht widerspricht“, dem Kindeswohl „dient“, zum Wohl des Kindes „erforderlich“, dem Kindeswohl „am besten entspricht“ keine wirklich sinnhaft zu unterscheidenden Handlungsanweisungen.

BEHRENDTS:

Ich möchte jetzt Frau Schumann Gelegenheit geben, erst einmal auf die anregenden Redebeiträge zu antworten. Es bleiben dann zurzeit noch zwei weitere Wortmeldungen.

SCHUMANN:

Frau Coester-Waltjen, ich stimme Ihnen zu, dass die Kindschaftsrechtsreform von 1998 auch vieles verbessert hat, während ich mich überwiegend mit den negativen Entwicklungen im Kindschaftsrecht beschäftigt habe, weil ich aufzeigen wollte, in welchen Bereichen die staatliche Verantwortung überhand nimmt und die elterliche Verantwortung in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise eingeschränkt

wird. Insoweit ging es mir darum, einerseits den noch bestehenden Reformbedarf aufzuzeigen und andererseits die aktuellen Reformen kritisch zu würdigen. Darüber hinaus wollte ich anhand ausgewählter Beispiele deutlich machen, dass das Kindschaftsrecht durch die Reformen der letzten Jahre in sich unstimmig geworden ist, weil der Staat in einigen Bereichen seine Verantwortung für das Kindeswohl nahezu ganz zurückgenommen hat, während er sich in anderen Bereichen in immer stärker werdendem Maße in die elterliche Verantwortung einmischt. Ich kann Ihnen daher nur Recht geben, dass staatliche Verantwortung nicht nur zugenommen, sondern an anderer Stelle – etwa in den von Ihnen genannten Beispielen – auch abgenommen hat. Die Frage ist aber, ob nicht gerade diese gegenläufigen Tendenzen kritisch zu bewerten sind, weil sie belegen, dass dem geltenden Kindschaftsrecht kein abgestimmtes, in sich schlüssiges Konzept mehr zugrunde liegt, zumal diese Entwicklung dadurch verschärft wird, dass der Gesetzgeber die große Kindschaftsrechtsreform von 1998 in den letzten Jahren ständig nachbessern musste und sich dabei überwiegend darauf beschränkt hat, die am Einzelfall orientierte Rechtsprechung des BVerfG umzusetzen.

Sie hatten weiter danach gefragt, was nach den derzeitigen Reformvorschlägen unter einer möglichen Kindeswohlgefährdung zu verstehen ist. Eine mögliche Kindeswohlgefährdung muss jedenfalls unterhalb der Kindeswohlgefährdungsschwelle liegen. Wie weit diese Vorverlagerung nach dem Willen des Gesetzgebers reichen soll, ist meines Erachtens derzeit nicht fassbar, jedoch ergibt sich die Notwendigkeit einer Vorverlagerung aus der Reform des SGB VIII durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe von 2005. Damit die mit § 8a SGB VIII neu eingeführten Maßnahmen des Jugendamtes bei Verdacht einer möglichen Kindeswohlgefährdung nicht leer laufen, mussten das Kindschafts- und Verfahrensrecht entsprechend angepasst werden. Wenn das Jugendamt das Familiengericht anrief, weil die Eltern an der Abschätzung des Gefährdungsrisikos nicht mitwirken, und das Gericht nach Prüfung des Sachverhalts zu dem Ergebnis kam, dass die Schwelle zur Kindeswohlgefährdung noch nicht überschritten war, dann dürften die Eltern kaum noch bereit gewesen sein, auf freiwilliger Basis mit dem Jugendamt zusammen zu arbeiten. Zur Vermeidung dieser Situation wurde nun die Möglichkeit einer richterlichen Einwirkung auf die Eltern im Vorfeld einer Kindeswohlgefährdung gesetzlich etabliert, damit den Eltern, wenn sie keine Kooperationsbereitschaft zeigen, mit dem „richterlichen Erziehungsgespräch“ gedroht werden kann und § 8a SGB VIII nicht mehr seinen Zweck verfehlt.

Weiterhin haben Sie das Cochemer Modell angesprochen, das Sie für Fälle, in denen die Kinder sehr stark unter der Trennungs- und Konfliktsituation der Eltern leiden, befürworten. In Extremfällen, in denen die Konflikte der Eltern zu einer Kindeswohlgefährdung führen, hilft bereits § 1666 BGB. Somit können vom Cochemer Modell nur Fälle unterhalb der Gefährdungsschwelle erfasst werden, in denen – obwohl die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl am besten

entsprechen würde – die Eltern sich entweder einvernehmlich auf die Alleinsorge eines Elternteils einigen oder sich beide Elternteile um die Alleinsorge streiten. Auch wenn die gemeinsame Sorge nach Trennung und Scheidung im Regelfall dem Kindeswohl am besten entspricht, so stellt sich doch die Frage, ob die Entscheidung gegen eine gemeinsame Sorge nicht primär dem Verantwortungsbereich der Eltern überlassen bleiben sollte. Immerhin müssen sich Kinder auch in anderen Fällen unterhalb der Kindeswohlgefährdungsschwelle mit Nachteilen der elterlichen Erziehung abfinden und es besteht zudem keine Garantie, dass die Orientierung am Regelfall der gemeinsamen Sorge nach Trennung und Scheidung in jedem Fall die richtige Lösung darstellt. Im Übrigen erscheint es auch hier systemwidrig, dass einerseits Eltern nach dem Cochemer Modell in einer extremen Konfliktsituation unmittelbar nach der Trennung zu einer gemeinsamen Sorge „gezwungen“ werden, während nach geltendem Recht bei einem später eintretenden Konsens die Schwelle des § 1696 I BGB (triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe) zur „Wiederbegründung“ eines gemeinsamen Sorgerechts erreicht werden muss. Auch hierin liegt eine der vielen Unstimmigkeiten des geltenden Kindschaftsrechts.

Abschließend möchte ich nochmals kurz auf den von Ihnen angesprochenen Fall „Görgülü“ eingehen. Sie haben in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass bei der Adoptionsfreigabe häufig die Mütter die Zuordnung des Kindes zum Vater verhindern. Im Fall „Görgülü“ war es jedoch nicht so: Die Mutter hatte den Vater zum Jugendamt begleitet und die Vaterschaft bestätigt. Da jedoch das Jugendamt bereits die Vormundschaft für das Kind innehatte, oblag dem Jugendamt anstelle der Mutter die Zustimmung zum Vaterschaftsanerkennnis. Diese wurde – trotz der Erklärung der Mutter und des Vorliegens eines Blutgruppengutachtens – nicht abgegeben, weil das Jugendamt die Vorstellung hatte, dass das Kind in der Pflegefamilie besser aufgehoben sei als bei seinem türkischen Vater. Daher haben auch die mit dem Fall betrauten Gerichte darauf hingewiesen, dass das Jugendamt die Entfremdung des Kindes von seinem leiblichen Vater gezielt herbeigeführt habe.

Den Ausführungen von Frau Oberloskamp zur notwendigen Angleichung der Rechtsstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder kann ich nur zustimmen. Ich konnte in meinem Vortrag aus Zeitgründen nicht alle Ungleichbehandlungen darlegen und habe daher auch nur kurz erwähnt, dass sich die ungleiche Ausgangssituation im Bereich der elterlichen Sorge nicht nur in zahlreichen weiteren Normen fortsetzt, sondern in Teilbereichen auch von der Rechtsprechung verfestigt wird.

Frau Scheiwe, die von Ihnen erwähnten praktischen Probleme sehe ich durchaus, jedoch glaube ich nicht, dass sie mit einer Herabsenkung der Kindeswohlgefährdungsschwelle gelöst werden können. Ich möchte Ihnen ausdrücklich zustimmen, dass die Familiengerichte häufig erst sehr spät vom Jugendamt angerufen werden, d. h. zu einem Zeitpunkt, in dem aus der Gefähr-

derung des Kindeswohls längst eine Schädigung geworden ist. In diesen Fällen bleibt dann regelmäßig nur die vollständige Entziehung der elterlichen Sorge. Dieser Missstand spricht aber nicht zwingend für eine Verschärfung der Gesetze, sondern begründet zunächst die Forderung nach einer besseren Umsetzung des geltenden Rechts.

Ihren Ausführungen, Herr Diederichsen, kann ich – soweit sie den Kindeswohlbegriff aus psychologischer Perspektive betreffen – im Ausgangspunkt voll zustimmen. Aber gerade weil wir zur Kenntnis nehmen müssen, dass andere Fachdisziplinen zum Kindeswohl keineswegs einheitliche Auffassungen vertreten, sich selbst gefestigte Lehrmeinungen im Laufe der Zeit ändern und zudem Langzeitstudien belegen, dass sich angeblich kindeswohlorientierte Entscheidungen im Nachhinein nicht als die besten Lösungen herausstellen, scheint mir angesichts dieser Risiken die Zurückhaltung des Staates unterhalb der Kindeswohlgefährdungsschwelle erforderlich. Im Übrigen ging es mir in erster Linie darum, den Rechtsbegriff Kindeswohl in seiner Normfunktion darzustellen und in diesem Zusammenhang die Unstimmigkeiten im Kindschaftsrecht bei Verwendung des Kindeswohlbegriffs herauszuarbeiten, weil diese die Rechtsprechung zunehmend dazu verleiten, Lösungen – unter Herabsenkung der Kindeswohlgefährdungsschwelle – über § 1666 BGB zu suchen. Sie haben weiterhin zu Recht darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung und der Gesetzgeber nicht mehr sauber zwischen dem positiven und dem negativen Kindeswohlstandard trennen. Aber gerade deshalb sehe ich für die Rechtswissenschaft die Aufgabe, von Judikative und Legislative nachdrücklich die Differenzierung zwischen beiden Bereichen einzufordern und auf die unterschiedlichen Funktionen des positiven Kindeswohlstandards (Appellfunktion und Entscheidungsmaßstab im Elternkonflikt) einerseits und des negativen Kindeswohlstandards (Gefahrenabwehr) andererseits hinzuweisen.

BEHRENDTS:

Vielen Dank. Die Liste der Wortmeldung hat sich mittlerweile noch vergrößert. Zunächst Frau Peters-Lange, dann Herr Lipp und Herr Friehe.

PETERS-LANGE:

Ja, Frau Schumann, Sie haben Frau Scheiwe schon einiges auf ihren Einwurf gesagt, so dass ich da ungern noch einmal nachhaken möchte. Nur soviel: Der Begriff der Kindeswohlgefährdung sollte im Rahmen des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit frühzeitiger Schritte ermöglichen, die unterhalb der Schwelle Entziehung des Sorgerechts oder ähnlich scharfer Maßnahmen liegen, und den Gerichten und Jugendämtern gestatten, früher und behutsamer in die Familien hineinzugehen. Ich war als Richterin mit einem Fall alkoholkranker Eltern befasst, die ein vierjähriges Kind hatten, und musste entscheiden, ob ich das Sorgerecht entziehe. Trotz seiner vier Jahre konnte das Kind

noch nicht sprechen. Gleichwohl waren uns in gewisser Weise die Hände gebunden. Wir konnten nur sagen: Hopp (Entziehung des Sorgerechts) oder Topp (Verbleib des Sorgerechts bei den Eltern). Es gab keine Möglichkeit, in diesem Fall etwas zu gestalten. Das Gericht hätte das Sorgerecht noch auf die Großeltern übertragen können, hätte dann aber das Risiko in Kauf genommen, dass das Kind de facto wieder in die vernachlässigende Situation des elterlichen Haushalts zurückgelangt wäre. Es war für mich als junge Richterin eine schwierige Entscheidung, das Kind aus dem elterlichen Haus herauszunehmen und über die Anordnung einer Amtsvormundschaft einer Pflegefamilie zuzuweisen. Ich glaube aufgrund dieser Erfahrung, dass es, wie immer dies dogmatisch näher zu begründen wäre, ein Gebot der Verhältnismäßigkeit ist, den Gerichten und Behörden weniger scharfe Mittel zur Verfügung zu stellen. Ich möchte auch noch etwas zur Ihrer Unterscheidung des Kindeswohlbegriff in einen „positiven“ und „negativen“ bemerken. Mich stört daran ein wenig, dass diese scheinbar scharfe Trennung für mich offen lässt, wo das negative Kindeswohl anfängt und wo es sich noch um positives Kindeswohl handelt, wo der Staat eben nicht eingreifen darf. Ich denke etwa an den Fall, dass in einer Hauptschulklasse in Berlin mehr als die Hälfte der Kinder ihrer Schulpflicht nicht nachkommen. Ist das jetzt eine Frage, die das positive Kindeswohl anbelangt, wo der Staat sich eben heraushalten soll, oder ist das schon negatives Kindeswohl, wo der Staat etwas machen muss? Mir ist die Zuweisung da nicht ganz deutlich und deswegen denke ich, dass man dem Staat die Möglichkeit nicht ganz nehmen darf, auch im Bereich des positiven Kindeswohls mitzuwirken. Ein Beispiel ist die jetzt angedachte Kindergartenpflicht, die den Kindern im frühen Alter zugute kommen und ihnen in einer Weise Hilfe anbieten würde, die für die Eltern verpflichtend ist, und so in leider nicht mehr ganz seltenen Fällen einen Betrag dazu leisten könnte, Chancengleichheit zu verwirklichen.

BEHRENDIS:

Vielen Dank. Herr Lipp.

LIPP:

Um es kurz zu machen, da würde ich doch einen ganz anderen Akzent setzen, als Sie, Frau Peters-Lange. Die Unterscheidung zwischen negativer Funktion und positiver Funktion, die Sie gemacht haben, Frau Schumann, die halte ich für wichtig und notwendig. Sie ist verfassungsrechtlich geboten, das muss man ganz laut sagen. Deswegen würde ich gerne nachfragen zu etwas, was Sie positiv erwähnt haben, die Erziehungsleitbilder. Das schien mir dann doch ein bisschen zu kurz zu kommen in Ihrem Referat, eventuell aus Zeitgründen. Das Erziehungsleitbild hängt eng mit dem Leitthema des Symposiums zusammen, dem Menschenbild. Sie hatten zwei Beispiele genannt. Als erstes, dass die Eltern verpflichtet seien, die Befugnisse zum Wohl des Kindes auszuüben, und als zweites, wo Sie

auch auf die Bundesverfassungsgerichtsentscheidung und dann auf die gesetzliche Regelung hingewiesen haben: die Erziehung zur Selbständigkeit und die Berücksichtigung der wachsenden Selbständigkeit des Kindes. Das, so hatte ich bereits vorhin in meinem Referat gesagt, steht schon in den Motiven. Das ist die Konzeption des BGB schon von Anfang an und damit hätte ich noch keine Schwierigkeiten, denn ich würde das gar nicht als positives Erziehungsleitbild bezeichnen, weil es ganz formal ist. Das ist die immanente Verpflichtung, der vormundschaftliche Charakter der elterlichen Sorge, die dem BGB von Anfang an zugrunde lag und jetzt nur etwas anders formuliert ist. Meine Frage möchte ich deshalb an dem Beispiel gewaltfreier Erziehung stellen. Ist es das, was Sie mit positivem Erziehungsleitbild meinen? Und wenn ja, wo fängt da für Sie die kritische Grenze an?

BEHRENDTS:

Ja, vielen Dank. Das war eine sehr klare Frage. Und jetzt, Herr Friehe, möchte ich noch Ihnen das Wort erteilen und zugleich – lassen Sie sich bitte dadurch nicht stören – den fliegenden Wechsel auf die Abschlussdiskussion dadurch vorbereiten, dass ich mit Herr Stolles den Stuhl wechsele, damit für alle Teilnehmer sichtbar wird, dass wir gleich im Anschluss an das Schlusswort von Frau Schumann in die Abschlussdiskussion übergehen werden.

FRIEHE:

Ich habe nur zwei Dinge. Das eine ist eine kurze Information. Sie, Frau Schumann, haben den ergänzten Referentenentwurf zum „FamFG“, dem Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, erwähnt. Mir liegt der Entwurf auch gerade vor und zwar mit der Maßgabe, dass in drei bis vier Wochen der Kabinettsbeschluss erfolgen soll. Damit scheint das Unternehmen doch auf der Zielgeraden gelandet zu sein. Wobei ich gleich anmerken darf, dass dieser Entwurf sehr viel gründlicher reflektiert worden ist als „Hartz IV“ – wo das Bundesministerium der Justiz selber federführend ist, werden also noch vernünftige Prüfzeiträume eingehalten. Ansprechen möchte ich hier aber die Zahlen zur Kinder- und Jugendkriminalität und besonders die Zahlen dazu, wie oft Kinder Opfer werden. Das war mir so gar nicht bewusst, es hat mich aber sehr beeindruckt, Frau Schumann, und es beschäftigt mich im Zusammenhang mit der zwingenden Gesundheitsuntersuchung für Kinder. Die Kürzel der öffentlichen Diskussion lauten „U1“ bis „U9“, so heißen diese Kinderuntersuchungen, die bisher freiwillig erfolgen und im SGB V geregelt sind. Wir haben eine Diskussion darüber, sie in irgendeiner Form verbindlich machen zu sollen. Vielleicht geht sie über in eine Diskussion über § 8a SGB VIII, nämlich in der Frage: Ist ein Unterlassen der Untersuchung ein gewichtiger Anhaltspunkt für die Gefährdung des Kindeswohls? Das zu bejahen würde mir schwer fallen, jedenfalls zur Zeit, wo die Kinderuntersuchung nicht verpflichtend ist. Denn

ohne Rechtspflicht machen Eltern, die ihr Kind nicht untersuchen lassen, von ihren ganz normalen Rechten Gebrauch, und daraus eine gewichtige Gefährdung des Kindeswohls abzuleiten, erscheint mir überspannt. Aber vielleicht wird man ja aus dieser rechtspolitischen Diskussion heraus die Notwendigkeit entwickeln, den § 8a SGB VIII zu ändern und dann eben nur noch Anhaltspunkte genügen zu lassen. Denn ein Anhaltspunkt für Gefährdungen könnte die unterlassene U1 bis U9 immerhin sein. Das allerdings führt mich noch zu einer Frage, bei der ich gleichsam einen Stein ins Wasser werfen möchte. Ich habe das gestern schon angesprochen: Das Bundesverfassungsgericht ist recht großzügig, was die Interpretation des Art. 74 I Nr. 7 GG angeht. Man darf den Begriff nicht eng verstehen, heißt es in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, aber eins schien mir bei einer kurzen Analyse noch gesichert zu sein: Während die Fürsorge, also das Angebot, sich auf alle beziehen darf, ist es bisher wohl immer noch so, dass Zwang oder Eingreifen des Staates nur dort „öffentliche Fürsorge“ sind, wo es im Einzelfall nötig ist, einzugreifen oder Zwang auszuüben. Bei diesem Verständnis des Art. 74 I Nr. 7 GG, dass das weite Begriffsverständnis von „öffentliche Fürsorge“ sich nur auf Angebote bezieht, hätte ich Schwierigkeiten, Art. 74 I Nr. 7 GG heranzuziehen, wenn der Bundesgesetzgeber die Kinderuntersuchung verpflichtend regeln will. Andere sehen das großzügiger, weil sie dem Bund – wieder einmal – keine Möglichkeiten verbauen wollen, Dinge zu regeln, die sonst nur von den Ländern geregelt werden könnten. Also – das wäre eine Frage zum Nachdenken, die gar nicht hier beantwortet werden muss, an die Verfassungsrechtler unter Ihnen: Wie weit reicht Art. 74 I Nr. 7 GG; gestattet er allgemeinen, flächendeckenden Zwang? Danke.

SCHUMANN:

Auf Ihre Frage, Frau Peters-Lange, ob ein möglichst frühzeitiger Eingriff nicht doch mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist, darf ich vielleicht noch ergänzen, dass die Eingriffsmöglichkeiten der §§ 1666 ff. BGB in der Praxis häufig nicht ausgeschöpft werden, gerade auch in Fällen, in denen Misshandlungen oder Verwahrlosungen schließlich zum Tod eines Kindes führen. In vielen Fällen lagen die Voraussetzungen des § 1666 I BGB ohne Zweifel vor, dennoch kam der Staat – häufig aufgrund einer Fehleinschätzung einzelner Mitarbeiter des Jugendamtes – seiner Verantwortung als Wächter nicht nach. Diese Missstände ließen sich durch eine bessere Ausbildung und die Aufstockung des Personals in den Jugendämtern ohne Verschärfung des geltenden Rechts beheben. Hingegen stellt sich in Fällen, in denen die Gefährdung im Vorfeld für Dritte nicht erkennbar ist, die Frage, ob zur Erreichung des Ziels, in Einzelfällen Kindeswohlgefährdungen festzustellen, die regelmäßige Kontrolle bestimmter Gruppen von Eltern mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit noch vereinbar ist. Dies scheint mir doch zumindest sehr zweifelhaft, zumal die von Ihnen erwähnten schwächeren Eingriffsmittel auch schon nach dem geltenden Recht als Maß-

nahmen bei Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung vorgesehen sind. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1666 BGB kann das Gericht mit einer ganzen Reihe von möglichen Maßnahmen reagieren, von denen nur eine die Entziehung des Sorgerechts darstellt, wobei auf diese nach § 1666a I BGB erst dann zurückgegriffen werden darf, wenn der Gefahr nicht auf andere Weise, beispielsweise durch die Anordnung, bestimmte Angebote der Jugendhilfe wahrzunehmen, begegnet werden kann.

Sie haben weiterhin – wie auch Herr Diederichsen – die Differenzierung zwischen dem positiven und negativen Kindeswohlstandard für nicht praktikabel erklärt. Zunächst ist festzuhalten, dass nicht nur das Kindschaftsrecht diese Differenzierung vorsieht, sondern auch die Verfassung einen Eingriff in die elterliche Verantwortung als Maßnahme der Gefahrenabwehr erst zulässt, wenn der negative Kindeswohlstandard erreicht wird und sich daraus im Umkehrschluss ergibt, dass unterhalb dieser Schwelle das Kindeswohl nur als Entscheidungsmaßstab im Elternkonflikt dienen bzw. den Eltern bei Wahrnehmung ihrer elterlichen Verantwortung eine bestmögliche Verwirklichung des Kindeswohls lediglich nahe gelegt werden kann (Appellfunktion). Dass in Einzelfällen diese Funktionen von der Rechtsprechung verkannt werden, ist kritisch zu würdigen, darf aber gerade nicht als Argument für eine Verwischung der Grenzen oder zu einer Angleichung des negativen an den positiven Kindeswohlstandard führen.

Schließlich haben Sie noch die Fälle angesprochen, in denen Eltern die Schulpflicht nicht ernst nehmen bzw. das „Schulschwänzen“ ihrer Kinder nicht verhindern, vielleicht sogar unterstützen. In diesen Fällen kann und wird nach § 1666 BGB vorgegangen und in die elterliche Verantwortung eingegriffen. Darüber hinaus ist zu diskutieren, ob der Staat aus Art. 7 I GG verpflichtet ist, in viel stärkerem Maße als bisher Erziehungsdefizite der Eltern durch Förderangebote auf freiwilliger Basis auszugleichen. Hierbei denke ich beispielsweise an Angebote ganztägiger Betreuung, insbesondere an durch Schulen vermittelte Freizeitangebote (Theatergruppen, Förderung musischer und sportlicher Fähigkeiten) sowie an die gezielte Förderung von Kindern mit Migrationshintergrund. Diese Angebote greifen – solange keine Teilnahmepflicht besteht – nicht in das Elternrecht ein, sondern bieten eine sinnvolle Ergänzung zur elterlichen Verantwortung und stellen einen Beitrag zur Chancengleichheit dar.

Herr Lipp, Sie haben die Erziehungsleitbilder angesprochen, die in meinem Vortrag nicht nur aus Zeitgründen, sondern auch deshalb knapp gehalten waren, weil ich meine, dass die Erziehungsleitbilder auf die Appellfunktion zu reduzieren sind und ihre rechtliche Wirkung demzufolge begrenzt sein muss, d. h. sie nur bei der Entscheidung des Staates als Schlichter im Elternkonflikt eine Rolle spielen dürfen; als Maßstab für den negativen Kindeswohlstandard eignen sie sich hingegen nicht. Darüber hinaus müssen wir uns im Klaren sein, dass die Erziehungsleitbilder des Kindschaftsrechts – ebenso wie das Menschenbild des Grundgesetzes – einem steten Wandel unterliegen. Ich möchte dies anhand des

von Ihnen genannten Beispiels (Gebot der gewaltfreien Erziehung) verdeutlichen: In den 1950er Jahren hat der Bundesgerichtshof Misshandlungen eines Teenagers durch mehrfache Schläge, das Fesseln an das Bett und die Entziehung von Mahlzeiten als zulässige Züchtigungsmittel und Erziehungsmethoden der Eltern anerkannt, während diese Maßnahmen heute zu Recht als Kindeswohlgefährdung eingeordnet werden würden. Dennoch meine ich nicht, dass die Einführung des Gebots zur gewaltfreien Erziehung zur Herabsenkung der Kindeswohlgefährdungsschwelle geführt hat, sondern bin vielmehr der Auffassung, dass in diesem Bereich sowohl die Herabsenkung des negativen Standards als auch die Formulierung des Gebots gewaltfreier Erziehung (positiver Standard) nur Ausdruck eines veränderten Verständnisses des Eltern-Kind-Verhältnisses sind. Daher ist auch nicht der Schluss zulässig, dass bereits mit jedem Verstoß gegen ein Erziehungsleitbild wie etwa gegen das Gebot zur Berücksichtigung der wachsenden Selbständigkeit des Kindes (§ 1626 II BGB) oder gegen die Wohlverhaltensklausel des § 1684 II BGB die Schwelle zur Kindeswohlgefährdung überschritten ist. Denn dies hätte zur Konsequenz, dass der negative Standard mit dem positiven Standard gleichzusetzen wäre, über § 1666 BGB die elterliche Erziehung vollständig staatlich kontrolliert werden könnte und Eltern Ziele, Inhalt und Methoden der Erziehung – soweit sie vom positiven Kindeswohlstandard abweichen – nicht mehr selbst festlegen könnten. Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es daher, Kriterien für die von der Rechtsprechung im Einzelfall gemäß § 1666 BGB vorzunehmende Grenzziehung zu erarbeiten, wobei meines Erachtens zwischen dem negativen und dem positiven Kindeswohlstandard noch ein weites Feld elterlicher Erziehungsverantwortung bleiben muss.

Herr Friehe, ich danke Ihnen für die Informationen zum derzeitigen Stand der Reformvorhaben. Zur geplanten Einführung verpflichtender Gesundheitsuntersuchungen darf ich noch ergänzen, dass ich nicht nur an der Effektivität dieser Maßnahmen zweifle, sondern auch im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit Bedenken habe, weil hier zur Aufdeckung von Kindesmisshandlungen alle Eltern Kontrollmaßnahmen ausgesetzt werden. Darin liegt meines Erachtens ein unverhältnismäßiger Eingriff in das Elternrecht des Art. 6 II GG, weil sämtliche Eltern einem Generalverdacht und Kontrollen ausgesetzt werden, obwohl nur wenige Kinder betroffen sind und zudem die Statistiken einen Rückgang von Kindesmisshandlungen verzeichnen. An die Frage, ob der Bundesgesetzgeber in diesem Bereich die Gesetzgebungskompetenz hat, möchte ich mich ohne sorgfältige Prüfung nicht heranwagen und würde die Beantwortung dieser Frage gerne den anwesenden Verfassungsrechtlern überlassen.

Abschlussdiskussion

Leitung: MICHAEL STOLLEIS

STOLLEIS:

Vielleicht kann jemand, der weder Zivilrechtler noch Familienrechtler oder spezialisierter Kenner des Unterhaltsrechts ist, am ehesten Distanz vom Detail gewinnen. Wir sollten, glaube ich, in dieser Schlussdiskussion versuchen, die Grundlinien dessen, was hier verhandelt worden ist, zu markieren. Wir haben über viele Details gesprochen, und das war auch richtig so, weil sonst die Rechtsfragen nicht wirklich verstanden werden können. Auch in dem gerade gehörten Vortrag von Frau Schumann war es so, dass die Grundsatzfragen im Detail steckten. Auf sie sind wir immer wieder gestoßen, so als schimmerten sie hinter einer diaphanen Wand immer wieder durch.

Hinter allen Vorträgen standen, nach der Beschreibung dessen was „ist“, die rechtspolitischen Überlegungen dazu was „richtig ist“ und was wir als Wissenschaftler und als Mitglieder der Rechtsgemeinschaft künftig wollen. Es geht also um den rechtspolitisch richtigen Weg. Wollen wir auf der Grundlage einer prinzipiell liberalen Grundeinstellung entweder Distanz zum Staat, also Nichtintervention, oder wollen wir mehr Prävention, also staatliche Intervention? Für beides gibt es gute Argumente. Und weil dies ein immer wieder auftauchendes Problem zu sein scheint, erlauben Sie mir bitte einige methodische Bemerkungen vorweg.

Wir haben mehrfach über die Frage diskutiert, in welcher Weise die gesellschaftlichen Verhältnisse auf die Rechtsordnung einwirken und (das ist noch wichtiger) inwieweit wir ihnen nachzugeben oder ihnen, um Steuerungswirkung zu entfalten, entgegenzuwirken haben. Für Historiker und Rechtshistoriker ist es selbstverständlich, dass sich Rechtsnormen in der Zeit ändern und dass die gesellschaftlichen Verhältnisse über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltungspraxis ständig im Fluss sind. Das bedarf hier keiner weiteren Erläuterung.

Gleichzeitig belehren uns Politologen und Soziologen, wie wichtig für die öffentliche Meinungsbildung und damit auch den Gesetzgebungsprozess sowie die richterliche Rechtsanwendung die Steuerung über populäre Medien ist. Viel mehr als wissenschaftliche Vorgaben sickern Fernsehen, Massenpresse und Umfragen in das Bewusstsein von Parlamentariern und Richtern ein. Deshalb ist es für die Beurteilung von sozial- und familienrechtlichen Fragen wichtig, nicht nur die methodisch scheinbar so sicheren „wissenschaftlichen“ Aussagen zu beachten, sondern auch als „Fakten“ wahrzunehmen, was in populären Medien

gesagt, behauptet und geglaubt wird. Die sogenannten „Fakten“ werden umgehend zu harten Tatsachen, eben weil die Mehrheit davon ausgeht, „dass es so ist“. Setzt man dies voraus, dann kann man auch manchen spektakulären Behauptungen, etwa über das Anwachsen der Zahlen von Kindesmissbrauch, kritischer gegenüberreten. Wie Herr Diederichsen vorhin angedeutet hat, gibt es gerade bei den statistisch untermauerten wissenschaftlichen Untersuchungen viel mehr Unsicherheit, als wir normalerweise zugeben möchten. Statistiken sind manipulierbar und sie sind nicht besser als die ihnen zugrunde gelegte Hypothese. Von Letzterer hängt es weitgehend ab, was sie beweisen. Und auch innerhalb der verschiedenen Wissenschaftszweige gibt es große Unterschiede der empirischen Verlässlichkeit. Es gibt hohe Fehlerquoten, und die Praxiserfahrenen unter Ihnen werden bestätigen, dass Untersuchungen oft nach zehn Jahren ganz andere Ergebnisse liefern, ohne dass sich die „Realität“ fundamental geändert hätte. Ich möchte damit in aller Einfachheit nur sagen, dass es für Juristen bei weitem nicht genügt, von den Fachwissenschaften die „Fakten“ einfach entgegenzunehmen. Auch Wissenschaftler sind eingebettet in die öffentliche Meinung, auch sie unterliegen Moden und sie können sich, wie wir alle, von Subjektivismen nicht befreien.

Der zweite Punkt betrifft die Veränderung der Realität durch Normen, insbesondere solche Normen, die sozialrechtliche Leistungen garantieren, um Lebensrisiken zu mildern. Es ist hier auch mehrfach angesprochen worden, besonders von den Herren Ruland und Eichenhofer. Wir können historisch den Weg von der Großfamilie zur Kleinfamilie und zur Zertrümmerung des traditionellen Leitbilds der Ehe nachverfolgen, und wir wissen auch, ohne es gut belegen zu können, mit ziemlicher Gewissheit, dass die materiellen Sicherungen, die der Sozialstaat bietet, dabei in irgendeiner Weise kausal waren. Der Sozialstaat entlastet die kleineren Solidargemeinschaften, aber er gefährdet sie auch. Wenn er Angebote für die Betreuung von Kindern, von Alten oder von Behinderten macht, wirkt er „entlastend“ und die Familie reagiert hierauf. Man mag streiten, ob die Familie ehemals eine solche Solidargemeinschaft war oder ob wir uns frühere Verhältnisse so zurechtlegen. Aber es ist wohl Konsens, dass es Einwirkungen des Rechts auf die gesellschaftlichen Verhältnisse gibt, und zwar inklusive der schwer kalkulierbaren und wissenschaftlich meist gar nicht erforschten Nebenwirkungen rechtlicher Regelungen. Auch dieser Punkt ist in den Vorträgen und Diskussionen immer wieder angesprochen worden. Es gibt hierauf keine generelle Antwort, aber man muss sich im Bewusstsein halten, dass jede Leistung, jede staatliche Intervention unkalkulierbare Wirkungen auslöst, mindestens indirekt über die notwendige Finanzierung.

Der dritte Gesichtspunkt ist ganz am Anfang angesprochen worden, besonders von Herrn Behrends. In der historischen Perspektive erscheinen die verschiedenen Modelle staatlicher und gesellschaftlicher Interaktion sauber getrennt. Wir sehen das prinzipiell liberale privatautonome Leitbild des Zivilrechts

auf der einen Seite, die staatliche sozialrechtliche Ingerenz auf der anderen. Aber es handelt sich nicht um einen einfachen Antagonismus. In Wirklichkeit laufen beide Tendenzen ständig nebeneinander her. Im Kinder- und Jugendhilferecht etwa sehen wir das schon im Gesetz selbst. Da will man sowohl liberal als auch fürsorglich interventionistisch sein, man will den Kindern und Jugendlichen ihre Entfaltungsfreiheit lassen, sie aber gleichzeitig auch vor Gefahren beschützen, und zwar möglichst weit präventiv. Das Vordringen des Präventionsgedankens, das hat Frau Schumann eben noch einmal gezeigt, ist interventionistisch und etatistisch. Einige Familienrechtler opponieren dagegen, andere befürworten gerade im Gegenteil eine stärkere Prävention, und man wird ja nicht sagen können, dass Letzteres a priori schlecht ist. Gerade durch eine Verstärkung der Prävention und Intervention sind viele Fortschritte erzielt worden, etwa bei der Gleichstellung der Frauen oder bei der Eindämmung von Gewalt gegen Kinder. Soziale Intervention ist nicht durchweg des Teufels. Würde man auf sie verzichten, würde man, sozusagen mit verschränkten Armen, erhebliche Kollateralschäden in Kauf nehmen müssen. Jede Freiheitsgewährung birgt Schadenspotentiale. Es muss also ständig abgewogen werden. Wir kommen aus diesem Dilemma nicht durch eine scheinbar klare Option für die eine oder andere Richtung heraus.

Den vierten Gesichtspunkt habe ich gestern angesprochen, vielleicht etwas missverständlich, Herr Starck. Ich meine unsere normativen Leitbilder, die wir aus der Verfassung entwickeln, oder genauer: die wir mit einem „Menschenbild der Verfassung“ unterlegen. Da hat es seit den fünfziger Jahren erhebliche Veränderungen gegeben. In den ersten beiden Jahrzehnten der Bundesrepublik war es üblich und entsprach dem typischen juristischen Vorgehen, ein normatives Leitbild aus der Verfassung deduktiv zu ermitteln. Die dabei häufig zu beobachtende Menschenbild-Rhetorik ist, jedenfalls wissenschaftstheoretisch, inzwischen verbraucht. Man ist mit solchen Aussagen zum „Menschenbild“ erheblich vorsichtiger geworden. Die philosophischen Grundlagen, die diesem Leitbild zu Grunde lagen, sind nicht mehr wirklich tragfähig. Wir müssen damit leben, dass es kein geschlossenes Menschenbild mehr gibt. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben geben uns viel Raum für die Entfaltung verschiedener Menschenbilder. Das hat sich auch in den familienrechtlichen Bemerkungen unserer Referate gezeigt. Mehr als Freiheit, und das ist schon sehr viel, soll eine Verfassung nicht geben. Sie sollte sich im Grunde mit positiven Vorgaben, wie sich Menschen in diesem Rahmen bewegen sollen, möglichst zurückhalten. Bekanntlich gehen viele Verfassungen weit darüber hinaus und versuchen eben doch positiv zu normieren, welchen Menschen sie auf ihrem Territorium am liebsten hätten. Das Grundgesetz hält sich insoweit etwa in der Mitte. Es ist nicht ganz zurückhaltend, aber es ist viel zurückhaltender als manche anderen Verfassungen. Wir sollten, meine ich, auf dieser Linie der freiheitlichen Zu-

rückhaltung von normativen Vorgaben bleiben, wenn möglich auch auf europäischer Ebene.

Schließlich sind wir in den zurückliegenden Referaten und Diskussionen immer wieder auf die „sittlichen Verpflichtungen“ zu sprechen gekommen, zuletzt im Unterhaltsrecht, aber auch bei der Frage nach der „Rangordnung“ der verschiedenen Unterhaltsempfänger. Wer kommt zuerst, wer muss zurückstehen? Gibt es eine sittliche Pflicht des wohlhabenden Sohnes, den Vater, der sich nie um ihn gekümmert hat, im Alter zu unterstützen? Gehen Kinder vor Enkeln? Wo endet die private, wo beginnt die öffentliche Verpflichtung? Wo die Rechtsordnung solche Rangordnungen nicht vorgibt, wie im Unterhaltsrecht, Erbrecht oder Konkursrecht, hat die praktische Ethik einzutreten. Aber die wissenschaftlich betriebene praktische Ethik ist, wie wir wissen, in Deutschland ein eher schwaches Fach. Die Philosophen lassen uns da relativ alleine. In der Sozialverwaltung und beim Familienrichter wird mit hand- und hausgemachter Ethik operiert. Feste wissenschaftliche Grundlagen gibt es da nicht. Auch das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ ist nicht mehr verlässlich abrufbar. Ich glaube, wir können nach den zwei halben Tagen konstatieren, dass die Gesellschaft das Urvertrauen in bestimmte soziale Verhältnisse und deren feste Abläufe verloren hat. Die fraktionierte und durchmischte Gesellschaft ist sich nicht mehr einig, nicht über das Familienleitbild, das Leitbild in der Ehe oder das der Erziehung. Auch die Sicherheit zu sagen, wann wirklich eine Gefährdung des „Kindeswohls“ besteht, und wann nicht, ist verloren. Beginnt sie bei der gelegentlichen Ohrfeige, müssen dauerhaft Prügel verabreicht werden oder muss es gar zum sexuellen Missbrauch kommen? Alles das ist gerade wegen der Pluralität der Leitbilder innerhalb der gesellschaftlichen Gruppen ausgesprochen unterschiedlich, und die Migrationsfälle, die vorhin mehrfach angesprochen worden sind, verstärken diese Pluralität noch mehr. Ich glaube, wir können nicht mehr tun, als sie zunächst nur zu diagnostizieren. Die früheren gesellschaftlichen Sicherheiten waren oft auch nur die Sicherheiten der herrschenden Schichten, die den Ton angaben. Unsicherheit hat auch ihre Vorteile, sie nötigt zur Vorsicht und zu Reflexion. Sie ist gewissermaßen auch der Beginn von Erkenntnis.

Wie auch immer, die konstatierten Veränderungen reduzieren jedenfalls die Aufgabe des Rechts, und zwar darauf, den Rahmen für die Entfaltung von verschiedenen Perspektiven zu bilden. Gegen allzu große, aus dem Recht oder gar aus einer behaupteten allgemeinverbindlichen Ethik abgeleitete Erziehungsaufträge sollte man misstrauisch sein. Insofern bin ich mit der Grundtendenz, die Frau Schumann hier entwickelt hat, auch ganz einverstanden.

BEHREND'S:

Wir haben jetzt eine halbe Stunde Zeit.

STOLLEIS:

Gut. Herr Diederichsen, bitte sehr.

DIEDERICHSEN:

Was Sie ausgeführt haben, Herr Stolleis, war so vorzüglich, dass man Hemmungen hat, noch etwas hinzufügen zu wollen. Aber mir hat sich während unserer Tagung unwillkürlich wieder eine Beobachtung bestätigt, die mich in der Beschäftigung mit dem Familienrecht immer wieder von neuem fasziniert, und dies umso mehr, als sie offensichtlich anderen sehr viel weniger bedeutsam erscheint. In solchen Diskussionen, wie wir sie hier geführt haben, kommt nämlich nicht so recht heraus, dass es fast in allen Bereichen, über die wir gesprochen haben, bestimmte Phänomene gibt, die faktisch, rechtshistorisch, rechtssoziologisch, ökonomisch – wie man nur will – immer die eigentliche Rolle spielen, die im Grunde auch ganz leicht zu erkennen und zu beurteilen sind und die trotzdem in der Welt unserer rechtsdogmatischen Kategorien in unserer Zeit, wo sie nun wirklich virulent werden, nur ein Schattendasein führen.

Im Unterhaltsrecht ist es etwa die Problematik, dass wir es durchweg mit *Mangelfällen* zu tun haben, dass die Leute, die die funktionierende Familie mit Trennung und Ehescheidung aufbrechen, gar nicht genug Geld haben, die dadurch entstehenden zusätzlichen Bedürfnisse zu befriedigen. Das fängt schon damit an, dass zwei Haushalte finanziert werden müssen, wo es bisher nur einen gab. Es mögen die Vermögensverhältnisse genauso geblieben sein wie vorher; aber was jetzt an ökonomischem Bedarf entsteht, lässt sich damit nicht sichern. In den allermeisten Fällen wird die Ehescheidung nicht zu einer Erhöhung der Einkünfte führen. Es wäre ein Wunder, wenn man jetzt damit auskäme, was sehr oft schon zuvor nicht gereicht hatte.

Zu dieser ökonomischen Unstimmigkeit kommen nun noch rechtsdogmatische. Eine davon ist die in § 1578 I BGB festgeschriebene, dass der auf Unterhaltsleistungen angewiesene geschiedene Ehegatte von dem andern Ehegatten Unterhalt nach dem in der Ehezeit gelebten Lebensstandard verlangen kann. Damit ist das wirtschaftlich Unmögliche zum Gesetz gemacht. Und diese juristisch-ökonomischen Widersprüche setzen sich beim Minderjährigen- und beim Ausbildungsunterhalt fort.

Man kann das dem Unterhaltsrecht zugrunde liegende rechtsdogmatische System wunderbar entwickeln. Aber in Wirklichkeit sind es die krassen Mangellagen, die eine große Rolle spielen, ja, die die eigentliche juristische Praxis beherrschen. Juristisch wird mehr versprochen, als der Gesetzgeber halten kann. Das Hauptproblem ist nämlich, dass wir in unserer reichen Gesellschaft nicht genug Geld haben, dieses juristisch so glanzvolle Unterhaltsrecht auch auf dem ökonomischen Niveau abzuwickeln, wie es das Recht vorsieht. Wenn unser Unterhaltsrechtssystem überhaupt „funktioniert“, dann nur deshalb, weil überall

das *Sozialrecht* einspringt: vorgreift, hinterherkommt, hilft. Deswegen bin ich sehr dankbar, dass wir in unser Symposium das Sozialrecht einmal richtig mit einbezogen haben. Doch die quasi gesamtstaatliche Diskussion steht noch aus. Es steht noch die Einsicht aus, dass es erst der Sozialstaat ist, der unser überzogenes zivilrechtliches Unterhaltsrecht überhaupt anwendbar, der es gesellschaftspolitisch kompatibel macht.

Das „soziale“ Zivilrecht ist mit den eigenen Rechtsprinzipien total überfordert, und zwar nicht nur im Unterhaltsrecht, wenn auch vor allem hier. Ich meine, dass das wahre Unterhaltsrecht nicht so sehr aus den großartigen Legalversprechen heraus lebt, als vielmehr aus den kläglichen alltäglichen Detailproblemen, die sich daraus ergeben. Von dem gesetzlichen Versprechen, dass man mit Hilfe des Scheidungsrechts angeblich zeitüberschneidend zwei Familienleben führen könne, das der gescheiterten Familie und das der neuen Ehe, davon war schon die Rede. Aber es gibt viele weitere Beispiele.

Zum Beispiel das sog. Sandwichsyndrom: Im Beruf stehende Kinder müssen an ihre Abkömmlinge Ausbildungsunterhalt leisten, gleichzeitig die eigene Altersversorgung aufbauen und werden schließlich – im Übrigen meistens durch den Regress des Sozialleistungsträgers – dazu verurteilt, für den Aufenthalt im Altersheim an ihre Eltern Unterhalt zu zahlen. Da werden selbst ziemlich wohlhabende Leute plötzlich ganz arm. Wir haben sogar ordentliche Professoren, die sich im Sozialhilferecht haben scheiden lassen, nämlich mit Prozesskostenhilfe. Das Hauptproblem ist, dass für die vom Staat gewährten Rechte in Wirklichkeit nicht genug Geld da ist. Die Eltern lassen sich scheiden. Der nicht sorgeberechtigte Elternteil zieht aus beruflichen Gründen in eine entfernte Stadt, soll aber weiterhin Umgang mit seinen Kindern behalten. Wenn hier der Sozialstaat mit der Übernahme der Bahn- oder Flugkosten einspringt, macht er sich rechtsdogmatisch zu einem Teil des Zivilrechts. Und umgekehrt gilt natürlich oft Entsprechendes. Diese gegenseitige Interdependenz enthält eine Menge rechtsdogmatisch nicht geklärter Probleme, nicht zuletzt auch die Willkür in der Definition sozialrechtlicher Kategorien wie etwa beim Armutsbegriff. Es kann sein, dass – bevor wir sie klären können – ein finanzschwächer gewordener Sozialstaat und seine Bürger von der Historie eingeholt werden: In der Tat musste man in früheren Jahrhunderten auf eine Scheidung und neue Eheschließung vielfach verzichten, weil man sich beides finanziell nicht leisten konnte. Und dabei blieb es dann auch juristisch.

STOLLEIS:

Herr Eichenhofer.

EICHENHOFER:

Mich hat eine Frage nachdenklich gemacht, nämlich die Eigenverantwortung im Sozialstaat. Dieses Thema führt uns hier zusammen. Dazu ein paar vor-

läufige Überlegungen: Das erste Problem ist, dass die Eigenverantwortung oftmals nicht so wahrgenommen wird, wie die Gesellschaft es erwartet. Da sind die Eltern, die ihre Kinder lausig behandeln. Da sind die Arbeitslosen, die keine Arbeit suchen. Da sind die jungen Paare, die sich nicht vermehren, obwohl sie sich doch eigentlich vermehren sollten. Und da kommt der Sozialstaat und sagt: „Wir wollen Euch zum rechten Gebrauch der Freiheit ermahnen“. Dabei geht es um die Frage: Was ist der rechte Gebrauch der Freiheit? Darauf folgt die Antwort: „Wir schaffen dafür die tauglichen Institutionen, die Sozialversicherung!“, damit im Alter vorgesorgt wird, oder eine Arbeitslosenversicherung, dass im Falle der Arbeitslosigkeit die Menschen ein System der Vermittlung und der Existenz haben. Die Sozialpolitik von heute spricht von „positive welfare“, positiver Wohlfahrt. Wir wollen heute die Wohlfahrt nicht nur als Abwesenheit von Armut begreifen, sondern als einen wohlgeordneten gesellschaftlichen Zustand. Das ist ein Motiv, das sich im 18. Jahrhundert natürlich auch schon fand. Und deshalb sagen wir: „Der Schlüsselbegriff dieses Denkens ist das ‚case management‘, das Fall-Management.“ Wenn einer gefallen ist, führt Liebe ihn zum Licht, in Form eines Eingliederungsplans, in Form einer sozialarbeiterischen Betreuung. Das gilt für den Arbeitslosen, das gilt für das Elternpaar oder den Elternteil, der versagt. Das heißt, der moderne Wohlfahrtsstaat ist nicht der auf Regeln gestützte oder auf Umverteilung konzentrierte, sondern der sich auf das Fall-Management ausrichtende. Und all das, was wir im Zusammenhang mit dem Referat von Frau Schumann diskutiert haben, und das Thema, das Herr Becker angesprochen hat, auch die Bestrebungen, durch öffentliche Institutionen Kinderbetreuungen zu schaffen, sind Ausdruck dieses „case-managements“ – einer positiven Intervention nicht durch Recht oder Geld, sondern durch eine administrative Entscheidung im Einzelfall. Und die rechtsstaatlichen Garantien sind dafür noch nicht geschaffen. Das hängt damit zusammen, dass in dem zeitgenössischen sozialpolitischen Denken die sozialen Risiken zwar sozial bearbeitet werden, aber zugleich der Eigenverantwortung überantwortet sind. Wenn einer arbeitslos ist, dann ist das zwar auch die Folge der Konjunktur, des Strukturwandels, aber auch Folge eigener Versäumnisse. Wenn ein Elternteil versagt, dann ist das vielleicht ein Zustand, der auf fehlende Bildung, fehlende Fertigkeit oder Ähnliches zurückzuführen ist, und der Einzelne wird aktiviert, aktiviert im „case-management“.

STOLLEIS:
Herr Starck.

STARCK:
Ich möchte noch einmal ganz allgemein auf das Thema zu sprechen kommen, so wie Sie das einleitend getan haben. Ich gehöre zu denen, die für die Formulierung des Themas verantwortlich sind. Wir haben lange darüber beraten,

wie das Thema eigentlich lauten soll, und haben bewusst so formuliert: „Gesetzgebung, Menschenbild und Sozialmodell im Familien- und Sozialrecht“. Warum haben wir das gemacht? Man muss, wenn man über das Familien- und Sozialrecht spricht, eine Leitvorstellung haben, oder eine Fragestellung. Und die Fragestellung war: Menschenbild und Sozialmodell. Und zwar in einer doppelten Weise, empirisch und sozialphilosophisch. Wir müssen das Recht, wie es gesetzt ist, daraufhin analysieren, was für ein Sozialmodell dahinter steht. Das klang in dem Vortrag von Herrn Behrends sehr schön an. Wie weit geht es um die Verantwortung der einzelnen Personen? Wie weit wird sozialisiert? Eben durch Sozialgesetzgebung. Es geht um eine empirische Gesetzesanalyse. Was stellt sich der Gesetzgeber vor? Worin sieht der Gesetzgeber seine Aufgabe? Wie die Verhältnisse tatsächlich in der Gesellschaft sind, ist wieder eine andere Frage. Ob der Gesetzgeber mit dem Modell, das er entwickelt, zurechtkommt oder nicht oder ob er es alle drei, vier Jahre wieder ändern muss. Wir waren uns aber im Klaren, dass in dem Thema auch die Frage steckt, welches Sozialmodell oder welches Menschenbild sollte Leitlinie für die Gesetzgebung sein? Das ist besonders schön in dem Vortrag von Frau Schumann herausgekommen. Das Wort „Menschenbild“ haben wir nicht so verwendet, dass es in der Verfassung ganz genau festgelegt ist und aus ihr abgeleitet werden kann, sondern als einen Sammelbegriff, einen relativ unpräzisen Sammelbegriff, in dem der Freiheitsbegriff steckt, wie er in den verschiedenen Grundrechten zum Ausdruck gebracht wird, aber nicht nur Freiheit, Herr Stolleis, sondern auch Pflicht (Art. 6 II GG: Recht und Pflicht). Überhaupt ist mit der Freiheit immer die Verantwortung verknüpft. Das Wort Verantwortung kommt zwar so im Grundgesetz nicht vor, aber Freiheit ohne Verantwortung ist letzten Endes nicht möglich. Wir haben also das Thema in dem Sinne auch normativ verstanden, dass in ihm die Frage steckt: „Woran sollte sich der Gesetzgeber orientieren?“ Da die Verfassung Rahmencharakter hat, haben Sie recht: Dieses sehr allgemein gefasste Menschenbild, Freiheit, Verantwortung, Pflicht, lässt sich gesetzlich verschieden ausprägen.

STOLLEIS:

Ja. Herr Behrends.

BEHRENDIS:

Ich bin sehr dankbar für die Entwicklung, die unsere Tagung genommen hat, nicht zuletzt weil die Grundfrage, die sich am Anfang der für uns maßgeblichen Geschichte zeigt, auch in den Verhandlungen nach den einzelnen Referaten immer wieder aufgenommen werden konnte, einschließlich der sie erfassenden Bewegungen. Mir stellt es sich so dar: Schon die frühen Gemeinwesen haben die ihnen gestellte Aufgabe, einen vernünftigen sozialen Zustand zu schaffen, unter dem Prinzip bewältigt, dass ein solcher vernünftiger Zustand private,

gewährleistete Freiheits- und Verantwortungssphären verlangt, weil man nicht jedem ständig über die Schulter gucken kann, was er tut, und ob denn auch im Einzelnen gut und richtig ist, was er tut. Das weiß er in seinen Bedingungen schon selbst am besten. Es war damals die Sozialreligion des auguralen Verbandsfriedens, die diesen Gedanken eingegeben hat. Der moderne Sozialstaat, der in seinem Pathos stark von der Französischen Revolution geprägt ist, enthält dagegen latent eine andere Sozialreligion. Der moderne Staat ist von diesem revolutionären Ursprung her mit dem Gedanken ausgestattet worden, dass sein Auftrag dahin gehen könne, nicht nur gute Bürger, sondern gute Menschen zu schaffen, ja geradezu im Sinne einer Erneuerung des Menschengeschlechts, einer sozialen Wiedergeburt. Das ist etwas latent Religiöses und damit hat der revolutionäre Staat für den sozialen Bereich eine eigene, die Religion ersetzende Sinnstiftungskompetenz beansprucht. Dadurch kommen in den modernen Sozialstaat potentiell enorme, nicht leicht zu steuernde Energien. So dürfte sich erklären, dass immer wieder auf bestimmten Aktionsfeldern die auftretenden sozialpolitischen Forderungen mit mehr als nur pragmatischer Vernunft einher kommen. Dieser Aspekt gibt der Frage letztlich eine Dimension, welche die ganze neuzeitliche Geschichte unserer Zivilisation umfasst, nicht zuletzt die tiefen Abwege, in die positive Modellbildungen hineingeraten sind und gewiss immer wieder hineingeraten können.

Wenn man das auf das Juristisch-Technische übertragen will, ist man bei dem von Frau Schumann betonten Gegensatz zwischen positivem und negativem Standard. Ein positiver Standard bedeutet immer, dass derjenige, der den positiven Standard formuliert und auf seine Einhaltung achtet, eine enorme Macht erhält, einschließlich des Anspruchs auf Fehlertoleranz bei der Formulierung und Durchsetzung des positiven Standards. Wenn auf diese Weise falsche Gesetze, falsche Behördenmaximen, falsche Rechtsprechung in die Welt kommen, die in großem Stil etwas Irriges realisieren wollen, kann das verhängnisvoll werden. Diese Gefahr wird durch einen negativen Standard vermieden, der auf möglichst prägnant definiertes Fehlverhalten freier Menschen reagiert und bei dem sich die Toleranz gegenüber menschlichen Fehlern auf die – bei Engagement und Klugheit klein zu haltende – Dunkelziffer bezieht.

Es ist interessant, dass sich dieser Gegensatz „positiver Standard – negativer Standard“ und die mit ihm verbundene Problematik in allen Rechtsgebieten findet. Dafür ein Beispiel: Unser „Treu und Glauben“ ist nach Amerika ausgewandert in Form von „good faith“, und zwar als mächtiger positiver Standard des Vertragsrechts und hat in der Rechtsprechung viel Unruhe ausgelöst. Dann aber hat ein Göttinger Ehrendoktor, Robert Summers, einen Artikel geschrieben. Er hat gesagt: „Good faith is an excluder“, der schließt nur Fehlverhalten aus, so wie wir es in der Kasuistik finden, ist also ein negativer Standard. Das hatte einen gewaltigen Erfolg gehabt, weil alle glücklich waren. Jetzt konnte man mit dem Prinzip umgehen, es pragmatisch handhaben und war nicht mehr

verpflichtet, in einem Vertrag zu verlangen, dass ein Vertragspartner unter der Herrschaft von Treu und Glauben vor allem an die Interessen des anderen Teils zu denken hat. Kein vernünftiges Vertragsleben kann so bestehen. Der Vergleich zeigt: Es gibt so etwas wie eine Einheit der Rechtsordnung. Die Grundprinzipien sind in der Rechtsordnung gleich, einschließlich der Tatsache, dass wir in einem Mischsystem leben, nicht in einem liberalistischen „minimal state“, sondern in einem sozialen Rechtsstaat, der sozial interveniert, aber zugleich die Freiräume der individuellen Verantwortung schützt. Es scheint, dass der Verzicht auf einen positiven Standard ein Kennzeichen dieses Mischsystems ist.

STOLLEIS:

Ich habe noch zwei Wortmeldungen. Das schließt sehr gut: Herr Steindorff wird als Senior, wenn ich das sagen darf, hier das Schlusswort haben. Christoph Link.

LINK:

Ich möchte an das anschließen, was Herr Eichenhofer gesagt hat. Davon war mir bei der ganzen Tagung zu wenig die Rede, nämlich von den Institutionen. Der Sozialstaat besteht ja zu einem wesentlichen Teil aus den Institutionen, den großen Sozialversicherungen, und es ist eigentlich eine Anfrage an Herr Ruland. Wie verstehen sie sich eigentlich, diese Institutionen? Ich bin darauf gekommen bei einer konkreten Frage in einem Prozess: Grundrechtsfähigkeit einer Allgemeinen Ortskrankenkasse. Wen repräsentiert die Ortskrankenkasse eigentlich? Den staatlichen Willen der Sozialbeglückung? So sagt es ungefähr das Bundesverfassungsgericht: Sie erfüllt eine öffentliche Aufgabe ohne Durchblick auf die dahinter stehenden Personen. Ist denn das wirklich so? Wenn diese Institutionen jetzt auch in Wettbewerb zueinander treten, wenn Wahlmöglichkeiten bestehen, kommen dann nicht wieder die genossenschaftlichen Gesichtspunkte, die ja das soziale Leben sehr lange bestimmt haben, zum Vorschein? Verliert die staatliche umfassende Daseinsvorsorge nicht ein wenig an Glanz? Ändert sich hier etwas? Wie verstehen sich die Rentenversicherung, die Krankenversicherung? In wessen Auftrag handeln sie? Nur im staatlichen, dem des wohlmeinenden Sozialstaats, oder doch vielleicht auch als Treuhänder derer, die die Beiträge zahlen?

STOLLEIS:

Jetzt Herr Steindorff, bitte.

STEINDORFF:

Wenn ich nicht genannt worden wäre, hätte ich nicht gewagt, das Wort zu ergreifen. Mich hat bewegt, was Herr Stolleis gesagt hat, nämlich die philosophischen Werte seien erodiert. Und ich weiß nicht, Herr Stolleis, ob wir es nicht

einfach so halten, dass wir sagen: „Wir wollen nichts mehr von ihnen wissen.“ Wir drücken uns vor dem Bekenntnis zu gewissen Werten, die über Jahrhunderte, Jahrtausende im Grunde, Bestand hatten. Ich will nur auf einen einzigen Gesichtspunkt hinweisen, jenseits der Werte. Es gab ja eine Zeit, in der man die Menschen auf ihr Schicksal verwiesen hat. Jeder muss sein Schicksal tragen. Das kann man lesen bei Euripides, bei Montaigne, bei Goethe bis in die neuere Zeit. Heute will im Wohlfahrts- und Sozialstaat das niemand mehr gelten lassen. Aber immerhin 2000 Jahre gleichen Denkens haben ja ein gewisses Gewicht. Und ich würde gern dazu anregen, nach einer solchen Tagung, sich alte Werte noch einmal vorzuführen. Im Übrigen, und das ist mein zweites Problem, glaube ich, dass die Ressourcen, die wir haben, um alle die Ziele zu verfolgen, die wir uns sozial vorstellen können, dass diese Ressourcen einfach begrenzt sind. Ich erinnere an die Erkenntnismöglichkeiten, die Herr Diederichsen mit dem Hinweis auf Kalifornien kritisiert hat. Wir wissen das von den Psychiatern, die über die Gefahr oder künftige Gefahr eines Strafgefangenen urteilen sollen. Das geht meistens schief. Ich habe mich viel mit Kartellrecht befasst und wir sind zu dem Ergebnis gekommen, dass mindestens die ökonomischen Prognosen der Fachbehörden sich in einem großen Prozentsatz der Fälle einfach nicht bewahrheitet haben. Die Machbarkeit von vielen Dingen ist auch deshalb begrenzt. Ich habe jedenfalls vor Kurzem, oder war das überhaupt erst vor ein paar Tagen, gelesen, dass wir für Klimaschutz in den nächsten Jahren 300 Milliarden brauchen werden. Das bedeutet, dass natürlich auch die finanziellen Ressourcen für den Sozialstaat begrenzt sind. Wenn ich dazu einen einzigen Fall nennen darf: Ich habe gerade eine Untersuchung gelesen aus Frankreich, wo es auch darum geht, die Zahl der Kinderkrippen zu vermehren. Und in Frankreich hat eine amtliche Kommission dieses Thema abgeschlossen mit einem Nein, begründet damit, das sei zu teuer, man könne das nicht mehr finanzieren. Also will ich in Erinnerung rufen einerseits die Werte und auf der anderen Seite die Einsicht in eine begrenzte Machbarkeit dessen, was der Sozialstaat von uns verlangt, was auch die Rechtsordnung von uns verlangt.

STOLLEIS:

Vielen Dank, Herr Steindorff, für dieses nachdenkenswertes Schlusswort. Ich möchte jetzt meinen Platz dazu gebrauchen, den Veranstaltern zu danken, und zwar an erster Stelle Herr Behrends, für die Wahl des Themas und die Organisation der Tagung, ferner allen anderen, die an der ganzen Tagung mitgewirkt haben, und ich möchte auch anschließen, was ich gestern versäumt habe, nämlich auch von der Seite der Gäste unserem Friedrich Schaffstein *in memoriam* für das Abendessen in einem schönen Ambiente zu danken!

Teilnehmer des Symposions

Prof. Dr. Ulrich Becker, LL.M. (EHI), München
Prof. Dr. Okko Behrends, Göttingen
Prof. Dr. Michael Coester, München
Prof. Dr. Dagmar Coester-Waltjen, LL.M. (Michigan), München
Prof. Dr. Uwe Diederichsen, Göttingen
Prof. Dr. Dr. h.c. Eberhard Eichenhofer, Jena
Prof. Dr. Dagmar Felix, Hamburg
Ministerialrat Heinz-Josef Friehe, Berlin
Prof. Dr. Thorsten Kingreen, Regensburg
Prof. Dr. Ursula Köbl, Freiburg
Prof. Dr. Dres. h.c. Christoph Link, Erlangen
Prof. Dr. Volker Lipp, Göttingen
Prof. Dr. Helga Oberloskamp, Köln
Prof. Dr. Susanne Peters-Lange, Hennef
Prof. Dr. Franz Ruland, München
Prof. Dr. Kirsten Scheiwe, Hildesheim
Prof. Dr. Eva Schumann, Göttingen
Prof. Dr. Wolfgang Sellert, Göttingen
Prof. Dr. Christian Starck, Göttingen
Prof. Dr. Ernst Steindorff, München
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Stolleis, Frankfurt am Main
Prof. Dr. Barbara Veit, Göttingen

Die Betreuung des Tagungsbandes, insbesondere die Angleichung der Manuskripte und die Arbeit am Register, oblag am Institut Frau Wiss. Mitarb. Dr. Friederike Wapler, der die Herausgeber ebenso wie allen Hilfskräften, die von der Organisation der Tagung bis zur Drucklegung des Bandes unterstützend tätig waren, herzlich danken möchten.

Register

- Absolutismus 4
Abstammung 3, 7, 21 f., 94, 143, 191, 208
Adenauer, Konrad 33
Adoption 205–210, 220, 228, 234
Agenda 2010 43
Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten (1794) 4, 170
Altersdiskriminierung 46, 82
Amsterdamer Vertrag 60
Amtsvormundschaft 206, 234, 236
Arbeitsförderungsrecht 48 f., 95, 131
Arbeitsgemeinschaft (SGB II) 39, 51–54
Arbeitslosengeld 45, 51, 67, 78, 81 f., 87, 160
– Altersgrenze 45, 67, 82
– Arbeitslosengeld I 85, 101, 105
– Arbeitslosengeld II 45, 56, 59, 63, 80, 85–87, 105
– Bezugsdauer 45, 78, 82, 85, 87
– Gleichheitsverstoß 87
– Sperrzeit 80, 94
Arbeitslosenhilfe 44 f., 50, 55, 66, 85 f.
Arbeitslosenversicherung 66 f., 78, 81, 87, 247
Arbeitslosigkeit 14, 44, 55, 67, 75, 80–82, 95, 102, 160, 221, 247
– Dauerarbeitslosigkeit/Langzeitarbeitslosigkeit 60, 67, 81
Arbeitsmarkt 43, 51, 55, 59, 61, 65, 68, 70, 75, 79–86, 108, 218–219, 224 f.
– Arbeitsmarktpolitik 51, 56, 60, 74, 131, 216, 219
Arbeitsplatz 45 f., 65–67, 78–81, 101, 224
Arbeitsrecht 36, 46, 77, 100 f., 114, 116
Arbeitsverhältnis 77, 80, 83, 150
Arbeitsvermittlung 88
Arbeitszwang 68
Armenrechtsreform (1834) 79
Augustus 4, 14–16, 23, 28
BAföG 65, 96 f., 130, 156
Basilios der Große 31
Beamtenversorgung 94, 119
Behinderte 47, 83, 101, 242
Berufswahl 155 f.
Beschäftigungsmöglichkeiten, staatliche 82
Betreuungsrecht 84, 129
Bevölkerungspolitik 15, 121, 213 f., 217
– Bevölkerungspolitische Maßnahmen 38
– Demographische Entwicklung 15, 63, 66, 79, 82, 216
Bildung 32, 96, 106, 110 f., 116, 126, 189, 212, 216, 222, 225, 247
– Frühförderung 212
– PISA 217, 222
Bismarck, Otto von 35
Bundesagentur für Arbeit 51, 74, 80
Bundespfllegesatzverordnung (1974) 37
Burckhardt, Jakob 33
Caritas 31, 34, 36
Chancengleichheit 95, 109, 236, 239
Chrysostomos, Johannes 31
Collegia tenuiorum 33
Conditio humana 24
Deutsche Demokratische Republik (DDR) 130, 225
– Verfassung der DDR 175
Dichotomie öffentliches Recht/Privatrecht 3 f., 11, 16, 20 f., 23 f., 28 f., 32
Ehe 5, 8 f., 15, 19, 33, 36, 49 f., 92–94, 96, 99 f., 104–106, 108, 113, 115, 123 f., 126 f., 129 f., 134–137, 139 f., 146–153, 157, 159 f., 165–167, 198, 211, 216, 218 f., 229, 232, 242, 244–246
– Alleinverdienerhe 149
– Doppelverdienerhe 122, 128, 149, 216
– Eheförderung 105 f., 126, 129
– Eheleitbild 154, 242, 244

- Ehelicher Lebensstandard 147–150, 245
- Eheliche Solidarität 157, 159
- Hausfrauenehe 149, 157
- Nacheheliche Solidarität 148, 151, 157
- Unterhaltsehe 157
- Wiederverheiratung 166
- Ehegattensplitting 124
- Ehegesetze
 - Augusteische Ehegesetze 15, 31
 - Eherechtsreformgesetz (1977) 136, 148, 151, 157, 164
 - Ehegesetz (1938) 147, 171
- Eherecht 14, 93, 108, 136, 148
- Ehescheidung 147, 157, 171, 192, 232, 245
 - Ehebedingte Nachteile 157
 - Verschuldensprinzip 148
 - Zerrüttungsprinzip 170
- Eigentum 7, 16 f., 32 f., 40
 - Eigentumsschutz 32
- Eigenverantwortung im Sozialrecht 38, 45, 57 f., 61–65, 67 f., 67, 75, 83 f., 88, 126, 128, 149 f., 246 f.
- Elterliche Gewalt 5, 141, 171 f., 208
- Elterliche Sorge 5, 95, 172, 189, 192, 194, 197–205, 227, 232, 234 f., 237
 - Alleinsorge 193, 198, 203 f., 234
 - Entziehung der Sorge 189, 230, 235 f., 239 f.
 - Gemeinsame Sorge 193, 199–204, 209, 211, 227, 233 f.
 - Personensorge 171, 230
 - Sorge nach Trennung und Scheidung 192 f., 199, 202, 204, 225, 231, 234
 - Sorgeerklärungen 200 f., 203 f., 227, 229
 - Übertragung der Sorge 199, 203–207
- Eltern 5, 15 f., 23, 35, 46, 78, 86, 94 f., 97, 100–106, 108–114, 116, 118–120, 123–125, 128, 130–132, 137, 139, 141–145, 150, 152 f., 155–159, 161 f., 165, 170–179, 181–205, 208–220, 223–225, 227–231, 233–236, 238–240, 246 f.
 - Adoptiveltern 207, 210
 - Alleinerziehender Elternteil 16, 22 f., 221
 - Betreuender Elternteil 140, 151–153, 158, 166, 192
 - Nicht miteinander verheiratete Eltern 158 f., 196 f., 200 f., 211, 227
 - Pflegeeltern 132, 190, 206 f., 210, 228
 - Elterngeld 97, 101, 107, 110, 112, 116, 120, 122, 124, 127, 131, 160 f., 218 f., 230
 - Elternzeit 101, 218 f., 222
 - Vätermontate 128
 - Eltern-Kind-Verhältnis 123, 161, 172, 195, 197, 199, 209–211, 240
 - Elternkonflikt 170 f., 196, 202–204, 212, 233 f., 235
 - Staat als Schlichter im Elternkonflikt 170, 197, 204, 211 f., 239
 - Elternverantwortung/-recht (Art. 6 II GG) 95, 116, 126, 142, 152, 173 f., 176 f., 189, 194, 196 f., 201 f., 204, 209, 211
 - Elternautonomie 114, 192, 195, 204, 230
 - Erziehungsprimat der Eltern 174, 192
 - Erbrecht 22, 137, 167, 244
 - Erwerbsarbeit 77, 98, 100, 102, 107 f., 110, 112–114, 116, 122, 160, 214 f., 219
 - Erwerbsminderung 99, 145, 160
 - Erwerbstätigkeit 45, 65, 67, 69, 77, 82, 97–99, 101 f., 108, 110, 115, 120, 128, 148–150, 152, 158, 160, 214, 216–219, 221 f., 225
 - Frauenerwerbstätigkeit 115, 122, 213, 217 f.
 - Müttererwerbstätigkeit 218, 221 f.
 - Erwerbsunfähigkeit 95, 120, 160
 - Erziehung 14, 17, 24, 92, 95–97, 102, 106–111, 114–116, 119 f., 122, 139, 151, 155, 170–177, 181–184, 186–192, 194–196, 199, 201 f., 203 f., 210, 212 f., 218, 223, 225, 230, 234, 237, 239 f., 244
 - Erziehungskompetenz 129, 185, 190, 194, 196, 210, 212 f., 222, 224
 - Erziehungsleitbild 170–174, 173 f., 186 f., 189, 195 f., 212, 236 f., 239 f., 244
 - Erziehungsnotstand 190

- Erziehungsverantwortung 173, 179, 190, 240
- Fürsorgeerziehung 230
- Recht auf gewaltfreie Erziehung 172, 182, 237, 240
- Erziehungsgeld 64, 97, 101, 219
- Existenzminimum 25, 57, 62 f., 71, 100, 105, 143, 163
- Familie 3, 5–7, 9, 15, 19, 21–23, 27, 31, 49, 58, 92–102, 104–116, 118 f., 122–126, 128–131, 134 f., 140, 145, 154, 160 f., 167, 170, 175 f., 187, 191, 193–196, 206 f., 210–217, 219–225, 230 f., 235, 242, 245 f., 248
 - Alleinerzieherfamilie 215
 - Eheliche Familie 210
 - Ein-Elternteil-Kind-Familie 211
 - Einverdienerfamilie 128, 215
 - Erstfamilie 219
 - Familie als geschützter Verantwortungsraum 21, 29
 - Familienangehörige 5, 7, 95, 101, 139 f., 164
 - Familienarbeit 98, 100, 107–108, 110, 112, 149, 160, 214 f., 224
 - Familienernährer 91, 107, 116, 122
 - Familienförderung 18, 100, 104–111, 126 f., 128
 - Familienforschung 140
 - Familien(leit)bild 107, 109, 117 f., 128, 211, 215, 244
 - Familienrechtliche Einstandspflicht 50, 84, 88, 96, 103, 109, 163
 - Familienversicherung 94, 99, 101, 104 f., 107, 130
 - Großfamilie 22, 242
 - Kleinfamilie 5, 7, 10, 15, 21–23, 29, 38, 114, 118, 242
 - Nichteeliche Familie 197, 210
 - Patchworkfamilie 211
 - Pflegefamilie 125, 190, 234, 236
 - Stieffamilie 166, 211
 - Traditionelle Rollenverteilung in der Familie 107 f., 122, 128, 149 f., 215 f.
 - Vereinbarkeit von Familie und Beruf 124, 210, 213–217, 219
 - Zweifamilie 219
- Familiengericht 178–180, 184–186, 188, 190–192, 195, 199, 203, 209, 230, 233 f.
- Cochemer Modell 192 f., 228, 233 f.
- Erörterungs-/Erziehungsgespräch, richterliches 184, 187 f.
- Familienlastenausgleich 6, 38, 95, 108, 124, 130 f.
- Familienpolitik 98, 102, 109, 111, 116, 120–122, 124, 128, 213–219, 225
 - Caisse familiale 121
 - Siebter Familienbericht 109, 112, 204, 215–217, 223 f.
- Familienrecht 3, 16, 50, 84, 88, 92, 95 f., 99, 102 f., 113–115, 122, 136, 147, 154, 160–162, 167, 173, 178, 208, 219, 241, 245, 248
- Föderalismusreform 53, 131
- Fraternité 4 f., 21, 29, 36
- Frauen 5, 8 f., 19, 23, 49, 60, 93, 107, 110, 112–116, 120, 122, 149 f., 164, 166, 215–220, 225, 232, 243
 - Berufstätige Frauen 110, 113–116, 150, 164, 190, 213
 - Teilzeitbeschäftigte Frauen 150, 164
 - Wirtschaftliche Lage von Frauen 150, 164
- Freiheit 5, 13 f., 16, 19 f., 24–26, 38, 41, 57, 71, 73, 118, 134, 175, 210, 215, 243, 247–249
- Freiheitsstrafe 25, 72
- Freiwillige Gerichtsbarkeit 9, 237
- Frühverrentung 66 f., 78
- Fürsorge 14, 32, 34–38, 62, 64, 71, 126 f., 181, 196, 238
- Geburt 5, 27, 98, 102, 110, 137, 140, 198, 205–208, 213, 217–220
 - Geburtenrate 213, 217
- Genossenschaft/genossenschaftlich 4, 7, 9, 13, 16, 20 f., 29, 250
- Genossenschaftsrecht 3, 21
- Gerechtigkeit, soziale 35, 42, 60, 75, 77, 147
- Geschlechter 109, 115, 171, 211, 224
 - Arbeitsteilung zwischen den Geschlechtern 107, 122, 149–150, 152
 - Geschlechterforschung 216
 - Geschlechterrollen 216
- Gesellschaftsbild 121

- Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls (KiWoMaG) (2008) 180 f., 184, 186
- Gesetz zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe (KICK) (2005) 178, 184, 233
- Gleichberechtigung 4, 112, 136, 171, 219
- Gleichstellungspolitik 115, 122, 217, 219, 243
- Görgülü-Fall 190, 228
- Götterfriede 7, 35
- Grundgesetz 18, 42, 57, 72, 86, 100, 124, 134, 154, 173–175, 177, 179, 194, 196, 211, 213 f., 225, 229, 243, 248
- Freiheitsrechte 57, 61, 74 f., 119, 215
- Grundregel, sozialrechtliche 39, 57 f., 74, 79, 82, 88
- Grundsicherung für Arbeitsuchende 44, 46, 48–51, 56, 62, 69, 75, 77, 79 f., 102 f., 130, 145, 157 f., 163 f.
- Arbeitsgelegenheiten 56, 72, 82
 - Bedarfsgemeinschaft 44, 46–50, 57, 83 f., 86–88, 103, 161, 166
 - Bedürftigkeit 45, 48 f., 65, 78, 103, 109, 124, 142, 147, 158
 - Eingliederungsvereinbarung 47 f., 68–71, 83, 128, 132
 - Einstweiliger Rechtsschutz 72
 - Grundsicherung als Teil einer Aktivierungsstrategie 56
 - Hartz IV 42–44, 55–57, 61, 65, 76 f., 81, 84–86, 88 f., 124, 131 f., 163, 187, 237
 - Hartz-Reformen 51, 55, 66, 73, 79 f., 85, 89
 - Hilfebedürftige 44, 47–50, 54, 71, 86
 - Leistungen für Unterkunft und Heizung 45, 51, 63, 74
 - Mehrbedarf 46, 64
 - Pauschalierung von Leistungen 46, 64, 78, 85, 163
 - Regelleistung 46, 49, 61, 64, 85
 - Sachleistungen 46, 51, 73
 - Sanktionen 50, 56, 68, 70–73, 80 f., 132
 - Schonvermögen 78
 - Verwaltungskosten 79
- Vorrang der Selbsthilfe 48, 56 f., 69, 124
- Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung 145
- Güterrecht 139, 159
- Ausstattung der Ehefrau 8
 - Gütertrennung 159, 167
 - Zugewinnngemeinschaft 99, 159, 167
 - Zuwendungen unter Ehegatten 146, 161 f., 167
- Hayek, Friedrich August von 41
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 42, 76, 125
- Historische Rechtsschule (Volksgesistlehre) 19 f., 35
- Individualisierungsgrundsatz 64, 79
- Individuum 21 f., 24, 42, 59, 72, 87, 91, 105, 118, 121, 212, 214 f.
- Interessentheorie 13
- Joseph II. 36
- Jugendamt 97, 129, 178–180, 184–190, 193, 195 f., 206–208, 228, 230, 233 f., 238
- Jugendhilfe 95, 106 f., 116 f., 120, 125 f., 131, 178–180, 185, 188, 190, 205, 221 f., 239
- Freie Träger der Jugendhilfe 106, 121, 230
 - Heimunterbringung 125 f., 131
 - Hilfeplan 83, 188, 195
 - Jugendhilfeleistungen 107, 126, 180, 185, 188, 230
- Jugendhilferecht 100, 102, 106, 120, 132, 174, 178, 230, 243
- Jugendstrafrecht 183, 188, 195
- Jugenddelinquenz 183 f., 222, 237
 - Jugendgerichtsgesetz (1953) 194
- Justi, Johann Heinrich Gottlob von 92
- Kahn-Freund, Otto 121
- Kant, Immanuel 33, 84
- Keegan-Fall 228
- Kind 8, 13, 15, 27, 31, 35, 46 f., 49, 62, 86, 94–97, 99–104, 106 f., 110, 112, 114, 118–128, 130, 132, 135–138, 140–145, 148, 151–153, 155–163, 165–167, 169–176, 178–184,

- 186–214, 216–225, 228 f., 231–240, 242–244, 246 f.
- Ausstattung des Kindes 161, 167
- Eheliches Kind 137 f., 151 f., 158, 165, 197, 199, 201, 209, 211, 234
- Kind als Humankapital 110, 221–224
- Kindesmisshandlung 181 f., 213, 240
- Kindstötung 182
- Kleinkind 198, 207, 212
- Nichteheliches Kind 136–140, 150–152, 158, 165, 197–199, 201 f., 205, 210 f., 234
- Pflegekind 132, 205
- Sexueller Missbrauch von Kindern 213, 232, 242, 244
- Stiefkind 49, 103, 154, 161, 207, 211
- Kinderarmut 15, 110
- Kinderbetreuung 100–102, 106, 109 f., 112, 116, 118, 120 f., 124, 130, 148, 151, 153, 160, 199, 216–225, 242, 247
- Betreuungsgeld 124
- Finanzierung 128, 180, 251
- Kindergarten 100 f., 223
- Kindergartenpflicht 236
- Kinderkrippe 22, 124, 212, 220 f., 223, 251
- Kindertagesbetreuung 216, 220–223
- Kindertageseinrichtung 221 f., 223
- Kindertagesstätte 128, 217
- Krippengipfel 220
- Kinderfreibetrag 100, 105
- Kindergeld 7, 9, 97, 100, 105, 107 f., 112, 116, 121, 124, 128, 131, 162 f.
- Kindergipfel 213
- Kinderkriminalität/-delinquenz 180, 183 f., 237
- Kinderrechte 106, 116, 187, 213
- Kinderschutz 173, 179, 181, 186 f., 191, 212 f.
- Frühwarnsystem 212 f.
- Prävention 181, 184, 186, 191, 195, 223, 241, 243
- Vorsorgeuntersuchungen 127, 212, 237 f., 240
- Kindeswohl 152, 165 f., 169–174, 176 f., 179–182, 184 f., 187–189, 191–193, 195 f., 198–204, 207, 209–211, 213, 228, 230–239, 244
- Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab 170 f., 196, 203, 235, 239
- Kindeswohlstandard 169 f., 173, 176, 186–189, 191 f., 195, 200 f., 210, 212, 235, 239 f., 249 f.
- Kindeswohlgefährdung 170, 172 f., 177–182, 184 f., 188 f., 191–192, 195–198, 204, 207, 210–212, 228 f., 231, 233, 235, 238–240
- Eingriffslegitimation bei Kindeswohlgefährdung 170, 177, 189, 203, 212, 228
- Gefährdungsschwelle 172 f., 177, 184, 186–188, 190 f., 194 f., 203, 212, 233–235, 240
- Mögliche Kindeswohlgefährdung 185 f., 195 f., 228, 233
- Kindschaftsrecht 106, 116, 137, 165, 169, 172 f., 196 f., 200, 202 f., 208, 211, 232–235, 238 f.
- Kindschaftsrechtsreform (1998) 172, 192, 196 f., 201, 211, 232 f.
- Kirche 16 f., 28, 31 f., 35–37, 173
- Verhältnis Kirche – Staat 16, 28, 31 f.
- Konstantin 14, 16, 28, 32 f., 35 f.
- Krankenhausfinanzierungsgesetz (1972) 37
- Krankenversicherung 32, 100, 121, 126, 160, 250
- Künstliche Befruchtung 94, 126
- Kutzner-Fall 189 f.
- Lebenspartnerschaft 48, 88, 94, 96, 103–105, 129, 211
- Lebensstandard 17, 29, 64–66
- Lex regia 5–9
- Marktwirtschaft 58–60, 68 f., 82
- Menschenbild 23, 34, 39–42, 55–58, 76–78, 80, 84–86, 88, 91 f., 113, 115–117, 121, 126, 133, 154 f., 176 f., 225, 236, 243, 248
- Christliches Menschenbild 34, 73
- Menschenbild des Grundgesetzes 40, 42, 57, 62, 72, 91, 105, 173 f., 176 f., 196, 239 f., 243
- Menschenwürde 25 f., 57, 62, 71–73, 83, 173 f.
- Migrationshintergrund 239, 244

- Ministerien
 – Bundesfamilienministerium 190, 214, 216, 220
 – Bundesjustizministerium 155, 180, 182 f., 194, 201, 237
 – (Bundes-)Ministerium für Arbeit und Soziales 77, 122
 Mittelalter 16, 34, 36
 Mnookin, Robert H. 231
 Mutter 8, 22, 100, 107, 115, 120, 122, 136–138, 151, 158, 171, 190, 196–200, 202–206, 208–211, 217 f., 222, 227–229, 232, 234
 – Berufstätige Mutter 190
 – Mutter als Humankapital 213, 217 f., 225
 – Mutterschutz 100, 107
 – Nichteheliche Mutter 130 f., 228
 – Übermutter 208
 Nächstenliebe 34
 Nationalsozialismus 171, 175
 Nichteheliche/eheähnliche Lebensgemeinschaft 49, 94, 99, 123, 139 f., 153 f., 202
 – Nichtehelicher Partner 94, 103, 159, 161
 Nichtehelichenrecht 137, 196 f., 208, 211
 Ökonomisierung der Lebensverhältnisse 74
 Ordnungsmittel 192
 Parlamentarischer Rat 175
 Persönlichkeitsrecht 173, 200
 Pflegeversicherung 22, 98 f., 101, 104, 107, 112, 118, 121, 125, 130 f.
 – Pflegegeld 103
 Polizeirecht 35–37, 179
 Privatautonomie (auch Vertragsfreiheit) 70 f., 159, 227, 242
 Privatrecht (auch Zivilrecht) 2–4, 9–13, 18 f., 21 f., 24, 26–29, 36 f., 52 f., 70, 83, 92–94, 104 f., 117, 129, 132, 134, 138 f., 143, 154, 156, 159, 162, 164, 227, 242, 246
 Privatrechtspflege 5, 9, 19, 27
 Radbruch, Gustav 70, 121 f., 132
 Rechtsprinzipien 35, 157, 164 f., 246
 Reformation 35 f.
 Reichsjugendwohlfahrtsgesetz (RJWG) (1924) 117, 122, 230
 Religion 10 f., 32, 34 f., 123, 249
 – Sozialreligion 10, 34, 249
 Rentenversicherung 63, 67, 78, 87, 98 f., 103, 107 f., 118–120, 125, 160, 250
 – Kindererziehungszeit 102, 107 f., 160
 Revolution
 – Französische Revolution 4, 19, 21, 29, 35 f., 249
 – Gracchische Revolution 33
 – Industrielle Revolution 35
 – Revolutionszeit/Rom 12, 21, 24, 28
 Säkularisation/Säkularisierung 36 f., 42
 Savigny, Friedrich Carl von 19 f.
 Schenkung 146, 154, 158, 161, 167
 Schule 14, 16, 31, 126, 143, 174, 189 f., 212, 222 f., 239
 – Einschulungsalter 222
 – Freizeitangebote 239
 – Ganztagschule 212, 217, 222
 – Grundschule 151, 223
 – Schulpflicht 126 f., 236, 239
 – Schulschwänzen 239
 Schwarzarbeit 86
 Selbstbestimmung 41, 57 f., 61, 73, 108
 Selbstmord 73, 232
 Sippe 22
 Solidargemeinschaft 159, 166 f., 242
 Solidarität 24, 36, 60, 84, 88, 97 f., 105, 112, 123, 143, 146, 150, 157, 159, 161, 165
 – Gemeindegemeinschaft 31
 Solidarpflicht 84, 105
 Sozialgeld 50, 105
 Sozialgericht 44, 230 f.
 Sozialhilfe 26, 44–46, 48, 50, 53, 55, 57, 61, 63, 65, 74, 77, 79, 85 f., 96, 103, 158, 161, 221
 Sozialleistungen 22, 43 f., 50, 65, 74, 78, 84–86, 88 f., 101, 103–105, 108 f., 119, 126, 130, 138, 160, 219
 – Ausrichtung am Lebensstandard 29, 64 f.
 – Missbrauch von Sozialleistungen 2, 85 f., 129

- Sozialleistungsträger 102, 134, 138 f., 144 f., 246
- Sozialmodell 19, 39 f., 55, 77, 84, 91 f., 121, 133, 154, 248
- Sozialpolitik 10, 12, 14, 19, 23, 32–34, 40–42, 58, 60, 67, 74, 88, 98, 109, 112, 115 f., 124, 247
- Sozialrecht 1–5, 9, 11, 13 f., 16 f., 19 f., 23 f., 26–29, 35–39, 43, 47, 55, 58, 77, 80–84, 88, 92–94, 97, 102–107, 109–116, 118, 122–124, 127–129, 132, 157, 159–163, 166, 246, 248
- Sozialrecht der Kirchen 16, 28, 31 f., 35–37
- Sozialrecht der römischen Kaiser 12–16, 28 f.
- Sozialstaat 4, 16, 24 f., 33, 41, 43, 62, 65, 69 f., 75 f., 78–80, 83, 92 f., 95–100, 102, 104, 111, 113, 115, 118, 121 f., 124, 126, 128, 130–132, 140, 242, 246 f., 249–251
- Aktivierender Sozialstaat 56, 58, 78, 81 f., 88, 111, 124, 131 f., 247
- Sozialstaatsprinzip 18, 25, 41, 62, 71, 74
- Wohlfahrtsstaat 107, 115, 126, 131, 247, 251
- Sozialversicherung 33, 35, 38, 54, 64, 66, 77, 88, 95 f., 98 f., 101 f., 105, 108, 122, 125, 131, 160, 221, 247, 250
- Beitragsfinanzierung 45, 63, 78, 131
- Eigenvorsorge 64, 66, 103
- Steuerfinanzierung 45, 64, 101, 131
- Umlagefinanzierung 24, 97, 120, 125, 214
- Speenhamland-Prinzip 79
- Staat 1, 3, 12 f., 15, 17 f., 21 f., 25 f., 28 f., 31–33, 36 f., 41 f., 57, 59, 62, 66–68, 72–75, 81–83, 87 f., 92 f., 95–97, 109, 114, 118 f., 121, 124–126, 128 f., 131 f., 134, 139, 170, 173, 175–179, 186, 189–192, 194–197, 204, 210–215, 225, 227–229, 233, 235 f., 238 f., 241, 246, 249
- Rechtsstaat 2–4, 20, 65, 71 f., 227, 247, 250
- Spätantiker Zwangsstaat 33 f.
- Staatliche Einstandspflicht 96, 103, 109
- Staatslehre, katholische 36
- Stabilitätsgesetz (1967) 79
- Stein, Lorenz von 41
- Sterbeversicherung 32
- Steuerrecht 50, 97, 154, 159, 162
- Subsidiaritätsgrundsatz, -prinzip 22, 49, 56, 78, 80, 88, 120, 138, 158, 178
- Summers, Robert 249
- Tiberius Gracchus 12
- Tocqueville, Alexis de 17, 29, 36
- Umgangsrecht 172, 187, 193, 197, 206, 232, 246
- Wohlverhaltensgebot 172, 192, 240
- UN-Kinderrechtekonvention (1989) 106, 170
- Unterhalt 15, 29, 95, 97, 99 f., 102, 104, 119, 125, 134–137, 139–141, 143–150, 153–159, 161, 163–167, 170, 245 f.
- Ausbildungsunterhalt 96, 142 f., 155–157, 162 f., 245 f.
- Betreuungsunterhalt 138, 151–153, 158, 165 f., 197, 199
- Ehegattenunterhalt 99, 119, 135, 144, 146, 148, 159 f., 245
- Elternunterhalt 103, 119, 139, 144–146, 157–159, 165
- Familienunterhalt 96, 102, 105, 114, 136, 145
- Freiwilliger Unterhalt 133, 154, 161, 167
- Kapitalabfindung 139, 147
- Kindesunterhalt 5, 97, 100, 104, 119, 131, 136, 141 f., 158, 165, 199
- Nachehelicher Unterhalt (Scheidungsunterhalt) 99, 135 f., 139, 147–150, 157, 160, 164–166
- Sandwichsyndrom 123, 144, 246
- Trennungsunterhalt 136
- Unterhalt wegen Alters 160
- Unterhaltsbedürftigkeit 158 f.
- Unterhaltsgemeinschaft 166 f.
- Vertrauensschutz 153, 157
- Verwandtenunterhalt 104, 135, 139–143, 160, 165

- Unterhaltsanspruch 96 f., 99 f.,
102–104, 134, 136–140, 144, 146 f.,
149, 151 f., 155, 158, 160, 162 f.,
165 f.
- Rang/Rangfolge 142, 144, 160,
165 f., 244
- Unterhaltspflicht 23, 49, 84, 86, 88,
96 f., 99–106, 109, 123, 134–139,
141–147, 159, 162 f., 165 f.
- Sittliche Pflicht zum Unterhalt 160,
244
- Unterhaltsrecht 22, 96, 103, 119, 130,
133–163, 165 f., 241, 244–246
- Unterhaltsrechtsänderungsgesetz (2008)
150, 152 f., 164
- Unterhaltsrechtsreformen
 - Deutschland 133, 137 f., 149–151,
166, 219
 - England 139
 - Frankreich 139
 - Skandinavien 139
- Unterhaltsvorschuss 97, 102, 104

- Vater 7 f., 23, 97, 101, 108, 136–138,
156, 158, 169–171, 190, 196–200,
202–211, 215, 225, 227–229, 232,
234, 244
- Vaterschaft 136 f., 206–208, 234
 - Vaterschaftsanerkenntnis 206, 234
 - Vaterschaftsanfechtung 197, 208
 - Vaterschaftsfeststellung 206–208
 - Zahlvaterschaft 136 f., 208
- Verhältnismäßigkeit 176, 189, 235 f.,
238, 240
- Versorgungsausgleich 94, 99 f., 105,
130, 139
- Verwahrlosung 181, 238
- Verwandtschaft 7, 22 f., 34, 135–137,
139–141, 143, 205, 207, 210
- Vollbeschäftigung 55, 69, 79, 82, 109
- Volljährigkeit 5, 23, 27, 49, 83, 93, 106,
130, 141 f., 155, 160, 198
- Vormundschaftsgericht 170, 206, 229

- Wächteramt, staatliches 95, 116,
177–179, 191 f., 194 f., 204, 210
- Weber, Max 132
- Weimarer Reichsverfassung 175
- Wieacker, Franz 2, 91 f.
- Wiedervereinigung 225
- Witwe 16, 28, 93, 99, 107 f., 120
- Wohltätigkeit 2, 5, 17, 20, 24, 29, 32

- Zensus 10
- Zentrumspartei, katholische 33
- Zivilrecht (siehe Privatrecht)