

# 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,<sup>1</sup> 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).<sup>2</sup>

Historisch betrachtet ist der Rechtsbegriff „Kindeswohl“ noch sehr jung;<sup>3</sup> das BGB von 1900 erwähnte das Kindeswohl lediglich in einer Norm und zwar in § 1666 BGB.<sup>4</sup> Die darin enthaltene *Eingriffslegitimation bei einer Kindeswohlgefährdung* stellte im Verhältnis zu Vorläufernormen (etwa im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten)<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> 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*.<sup>7</sup>

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.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup>

Ausgangspunkt für diese dritte Kategorie von Normen war das 1958 in Kraft getretene *Gleichberechtigungsgesetz*,<sup>10</sup> 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,<sup>11</sup> 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 18.7.1979<sup>12</sup> 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,<sup>13</sup> 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).<sup>14</sup>

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.<sup>15</sup> Obwohl der Gesetzgeber damals und auch bei späteren Reformen – selbst bei der Einführung des Rechts auf gewaltfreie Erziehung im Jahre 2000<sup>16</sup> – 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, wengleich 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,<sup>17</sup> liegt es doch nahe, dass diese Leitbilder bei der Interpretation des § 1666 BGB Berücksichtigung finden und auf Dauer zu einer Herabsetzung der Kindeswohlgefährdungsschwelle führen<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup>

---

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 Länderverfassungen<sup>21</sup> und dem einfachen Recht formulierten Erziehungsziele geben,<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup>

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.<sup>24</sup> 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“.<sup>25</sup> Art. 6 II 1 GG gewährt somit den Eltern bis zur Schwelle der Gefährdung des Kindeswohls das Grundrecht auf Verwirklichung ihrer persönlichen Erziehungsvorstellungen.<sup>26</sup>

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 Reichsverfassung<sup>27</sup> – an bestimmte staatliche Erziehungsziele zu knüpfen,<sup>28</sup> 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.“<sup>29</sup>

---

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.<sup>30</sup>

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.<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup>

### 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.<sup>34</sup> (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.<sup>35</sup> 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)<sup>36</sup> 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,<sup>37</sup> 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.

Eltern<sup>38</sup> dem verfassungsrechtlich verankerten Schutzauftrag der Kinder- und Jugendhilfe<sup>39</sup> 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),<sup>40</sup> 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.<sup>41</sup>

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.<sup>42</sup> 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 Kindesschutzkontrolle<sup>43</sup> 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.<sup>44</sup>

## 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.<sup>45</sup>

(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 MÜNDELER 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](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 2006<sup>46</sup> 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.<sup>47</sup>

#### 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,<sup>48</sup> findet sich im Abschlussbericht der Arbeitsgruppe lediglich in einem Satz die Anzahl der Misshandlungs- und Vernachlässigungsfälle nach der Polizeilichen Kriminalstatistik für das Jahr 2005,<sup>49</sup> 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.<sup>50</sup>

---

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.<sup>51</sup> 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.“<sup>52</sup>

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.<sup>53</sup>

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.<sup>54</sup>

---

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](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,<sup>55</sup> 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.<sup>56</sup>

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).<sup>57</sup> 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.<sup>58</sup> Im Februar 2007 wurde die Öffentlichkeit darüber informiert, dass das Justizministerium eine Verschärfung des Jugendstrafrechts plane,<sup>59</sup> 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)<sup>60</sup> 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.<sup>61</sup>

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.<sup>62</sup> 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.<sup>63</sup>

## b) Einzelne Präventionsmaßnahmen

Zur effektiven Umsetzung von § 8a III 1 Hs. 2 SGB VIII (Gefahrerforschung durch das Jugendamt zur Abschätzung eines Gefährdungsrisikos)<sup>64</sup> sieht das KiWoMaG in § 50f FGG n.F. (= § 157 FamFG-E)<sup>65</sup> 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:<sup>66</sup>

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 (Bundsratsdrucksache 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.“<sup>67</sup>

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.<sup>68</sup> 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.<sup>69</sup>

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“.<sup>70</sup> 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.<sup>71</sup>

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.<sup>72</sup>

### 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,<sup>73</sup> 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 Gefährdungsschwelle<sup>74</sup> oder zu einer Umformung der Leitbilder in einklagbare Rechte des Kindes führen<sup>75</sup> oder – wie es die aktuellen Reformen vorsehen – die Eltern zur Einhaltung der Leitbilder durch Kontrolle und staatlichen Druck verpflichten.<sup>76</sup> Dies gilt umso mehr, wenn sich die Auswirkungen wechselseitig verstärken und dadurch eine zusätzliche Verschärfung bedingen. Jestaedt bemüht insoweit die Figur des „additiven Grundrechtseingriffs“<sup>77</sup> und zieht darüber hinaus Parallelen zum Doppelgrundsatz des „Forderns und Förderns“ der Hartz IV-Regelungen und des Ausländerrechts.<sup>78</sup>

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.<sup>79</sup> 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*).<sup>80</sup> 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.<sup>81</sup> 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*).<sup>82</sup>

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“,<sup>83</sup> 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.<sup>84</sup> 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“.<sup>85</sup> 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.<sup>86</sup>

Interessant ist auch die Argumentation der Befürworter einer Herabsenkung 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.<sup>87</sup> 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 Familiengericht<sup>88</sup> 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.“<sup>89</sup>

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“.<sup>90</sup>

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,<sup>91</sup> hat im Bemühen um Optimierung mehrere Oberlandesgerichte<sup>92</sup> 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.<sup>93</sup>

Da außerdem seit der Kindschaftsrechtsreform die einvernehmliche Erziehung der Kinder auch nach Trennung und Scheidung als Ideal angesehen wird,<sup>94</sup> 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.<sup>95</sup> Das Cochemer Modell hat inzwischen Schule gemacht und wurde §§ 50e, 52 FGG n.F. (§§ 155, 156 FamFG-E) zugrunde gelegt,<sup>96</sup> obwohl nach der Grundkonzeption des § 1671 BGB eine am Kindeswohl ausgerichtete Entscheidung auch zu einer Alleinsorge gegen den Willen des anderen Elternteils führen kann.<sup>97</sup> 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 JACOBY, 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“.<sup>98</sup>

#### 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.<sup>99</sup> Die fehlende Legitimation dieser Eingriffe in die elterliche Erziehungskompetenz wird dadurch kaschiert, dass die Maßnahmen den Charakter einer begleitenden Erziehungskontrolle haben<sup>100</sup> 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.<sup>101</sup> Darüber hinaus wird der staatliche Eingriff in die Elternautonomie sprachlich verschleiert durch Formulierungen wie: „Wiederherstellung der Elternkompetenz“,<sup>102</sup> „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.<sup>103</sup>

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.<sup>104</sup>

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 sind<sup>105</sup> – 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.<sup>106</sup> 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,<sup>107</sup> nicht erreicht.<sup>108</sup>

### 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.<sup>109</sup> 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.<sup>110</sup>

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.<sup>111</sup> 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.<sup>112</sup>

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.<sup>113</sup> 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,<sup>114</sup> 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).<sup>115</sup> Auch wenn diese Lösung, durch eine verfassungskonforme Auslegung des § 1666 BGB die Rechte des Vaters zu gewährleisten, vor dem BGH wohl Unterstützung fände,<sup>116</sup> 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.<sup>117</sup>

Die Chance, im Anschluss an die Entscheidung des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des § 1626a I Nr. 1 BGB für sog. Altfälle wegen Fehlens einer Übergangsregelung<sup>118</sup> 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.<sup>119</sup>

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.<sup>120</sup> 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.<sup>121</sup>

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.<sup>122</sup>

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,<sup>123</sup> 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.<sup>124</sup>

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.<sup>125</sup>

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.<sup>126</sup>

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.<sup>127</sup> 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.<sup>128</sup> 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.<sup>129</sup>

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 gegeben<sup>130</sup> und dadurch unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 1666 BGB vom Vater getrennt werden.<sup>131</sup> 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).<sup>132</sup> Bei der Ausgestaltung der Einwilligung weichen allerdings mehrere Bestimmungen zum Nachteil des Vaters von den allgemeinen Regeln ab.<sup>133</sup>

---

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 Konstellation<sup>134</sup> 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.<sup>135</sup>

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),<sup>136</sup> 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.<sup>137</sup>

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.<sup>138</sup>

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.<sup>139</sup>

---

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 verständig 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.<sup>140</sup> Die Voraussetzungen für die Durchführung einer genetischen Untersuchung hätten im Rahmen des Gesetzes zur Klärung der Abstammung geregelt werden können.<sup>141</sup>

### 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.<sup>142</sup>

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.<sup>143</sup> 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 GOTTLIB 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“<sup>144</sup> 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.<sup>145</sup>

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 Gesetzgeberwillen<sup>146</sup> 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.“<sup>147</sup>

---

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.<sup>148</sup> 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.<sup>149</sup>

Hinzu kommt, dass nichtehelich geborene Kinder keine Randgruppe unserer Gesellschaft, sondern einen nicht unerheblichen Teil unserer Bevölkerung darstellen,<sup>150</sup> 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. [...] Insofern 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.<sup>151</sup>

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.<sup>152</sup>

---

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 Kindern<sup>153</sup> 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.<sup>154</sup> Die Forderung nach „Mehr Vertrauen in die Erziehung durch Eltern“ und zwar durch „beide Eltern“ fehlt jedoch.<sup>155</sup>

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.<sup>156</sup>

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“<sup>157</sup>). 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 Erwerbstätigkeit<sup>158</sup> und Steigerung des Humankapitals durch möglichst frühzeitige und umfassende staatliche Förderung von Kindern.<sup>159</sup>

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).<sup>160</sup>

---

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 allgemeiner wohlförderlichen 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“,<sup>161</sup> zu eigen gemacht und bekämpft damit ein Modell, das derzeit noch fast 60 % aller Ehepaare mit Kindern unter drei Jahren praktizieren.<sup>162</sup>

---

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,<sup>163</sup> sondern bereits mit konkreten Reformprojekten (z. B. zum Ausbau der Tagesbetreuung für Kinder unter drei Jahren)<sup>164</sup> eingeleitet bzw. teilweise auch schon durch die Gesetzgebung (hier ist etwa die Einführung des Elterngeldes zu nennen)<sup>165</sup> 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,<sup>166</sup> und die Kommission fast ausschließlich mit Experten aus dem Bereich der Arbeitsmarktpolitik und der Geschlechterforschung besetzt wurde.<sup>167</sup> 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 wurde<sup>168</sup> 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.“<sup>169</sup>

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.<sup>170</sup> 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“.<sup>171</sup>

---

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,<sup>172</sup> während das Erziehungsgeld<sup>173</sup> zwei Jahre lang gewährt wurde.<sup>174</sup> 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 werden<sup>175</sup> und die ganz überwiegende Mehrheit der Paare mit Kindern unter drei Jahren eine Vollzeitbeschäftigung für beide Eltern auch nicht wünscht.<sup>176</sup>

## 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,<sup>177</sup> 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.“<sup>178</sup>

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.<sup>179</sup>

### 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.“<sup>180</sup>

---

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.“<sup>181</sup>

Vor diesem Hintergrund wird verständlich, warum zunehmend die Erziehungskompetenz von Eltern in Frage gestellt und staatliche Miterziehung zum Wohle des Kindes propagiert wird,<sup>182</sup> 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‘.“<sup>183</sup>

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.<sup>184</sup>

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.“<sup>185</sup>

---

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 Identitätskonstruktionen 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.<sup>186</sup>

---

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.“

