

*Thomas Alexander Heiß*

## Elternrechte contra Kinderrechte

### Zusammenfassung

Art. 6 II 1 GG garantiert Eltern das Recht, ihren Nachwuchs – frei von staatlicher Einmischung – nach ihren eigenen Richtigkeitsvorstellungen und in eigener Verantwortung zu erziehen. Diese Freiheitsgewährung ist jedoch eng mit der Verpflichtung der Eltern ihren Kindern gegenüber verknüpft: Die Rechtsstellung der Eltern erhält von Wohl und Interesse des Kindes her ihre Teleologie, ihre Rechtfertigung und ihre immamenten Grenzen. Der Staat ist dazu berufen, über die Wahrung der elterlichen Pflicht und den Schutz der Rechte des Kindes zu wachen (Art. 6 II 2 GG), ohne dass ihm aber jemals die Primärverantwortung für die Erziehung des Kindes zusteünde. In dieses komplexe regulative Gefüge sind die Belange, Rechte und Pflichten von Kind und Eltern in letztlich unauflösbarer Verflechtung eingebettet – und in seinem Rahmen sind die pathologischen Fälle des Widerstreits zwischen elterlichem Verhalten und Kindeswohl zu lösen. Im Lichte einer Reihe von in jüngster Zeit ergangenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts wird in diesem Beitrag dargelegt, dass – entgegen dem ersten Anschein – hinsichtlich der Handhabung des durch das Grundgesetz vorgegebenen Äquilibriums kein Paradigmenwechsel hin zu einer einseitigen Bevorzugung der elterlichen Position stattgefunden hat. Vielmehr wurden durch die neueren Entscheidungen prozessuale und materiell-rechtliche Prinzipien ausgebaut und verstärkt, die sowohl der Rechtsstellung des Kindes als auch derjenigen der Eltern zugutekommen. Abschließend wird der Vorschlag, ein eigenes „Kinderrecht“ in den Kanon der Grundrechte einzufügen, diskutiert: Während ein solcher Akt symbolischer Gesetzgebung dringenden Bedürfnissen der Praxis entgegenkommen mag, ist er als Ergänzung des bestehenden Systems überflüssig. Das Recht, das hierdurch „eingeführt“ würde, existiert bereits – in Gestalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (sowie der sonstigen Grundrechte) des Kindes und zudem als Reflex des Elternrechts. Die Verantwortung, dem bereits bestehenden Recht des Kindes zu Geltung und Akzeptanz zu verhelfen, trifft das Bundesverfassungsgericht, nicht den Verfassungsgesetzgeber.

Schlüsselwörter: Familienrecht, Kinderrechte, Elternrechte, Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

## Abstract

German constitutional law (Art. 6 II 1 GG) grants parents their own fundamental right regarding the raising of their offspring. Therein parents, on the one hand, are guaranteed the liberty to rear and educate their children in autonomy and free from official interference. On the other hand, this right is expressly and immediately linked to its bearer's obligation towards his or her child. Therefore the best interests of the child figure as the teleological base, the justification and the final objective of the parent's right; its immanent restrictions are defined accordingly. Within this theoretical structure the rights and interests both of the child and the parents exist in a state of ultimately inextricable interconnection. The state merely figures as a guardian and is called to watch over the fulfilment of the parental obligation and the protection of the child's rights (Art. 6 II 2 GG), though he may not arrogate to himself the parental responsibility. This is the complex regulatory framework within which pathological cases – cases of conflict between the parents' wishes and the fundamental rights of the child – need to be resolved. With regard to a series of judgements rendered over the past two years by the Federal Constitutional Court, this paper argues that – against some indications – there has been no shift of paradigm towards a one-sided preference of the parental position over that of the child, but rather a further reinforcement of principles (both procedural and substantive) that serve the protection of both. Finally, the popular proposal to introduce a separate "child's right" into the canon of fundamental rights is discussed: While such a symbolic change of the constitution may address justified needs of legal practitioners, it is – as an addition to the existing system – entirely superfluous, as the right it might vouchsafe is already present and guaranteed within the constitutional frame, namely in the form of the child's general right of personality (and other fundamental rights) as well as in the form of a reflex of the parents' right. The responsibility to bring this already existent right to full fruition and acceptance is that of the Federal Constitutional Court, not that of the supreme legislator.

**Keywords:** Family law, parental rights, children's rights, constitutional law

## 1. Einleitung

Das im Grundgesetz verankerte und durch das einfache Recht ausgeformte Geflecht von Elternrechten und Kinderrechten bildet den komplexen dogmatischen Bezugsrahmen, innerhalb dessen die Praxis tagtäglich den hohen Anforderungen effektiven Rechtsschutzes und, vor allem, effektiven Kinderschutzes gerecht zu werden sucht. In einigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2014 wurde das immanente Spannungsverhältnis zwischen den Grundrechten des Kindes und dem pflichtgebundenen Grundrecht der Eltern besonders deutlich: Das Gericht beanstandete mehrere familiengerichtliche Entscheidungen, die, insbesondere in Eilverfahren, zur Abwendung von Kindeswohlgefährdungen ergangen waren, jeweils wegen Verletzungen des Elternrechts. Für die Praxis der Gerichte und Jugendämter brachte dies eine nicht unerhebliche Verunsicherung im Hinblick auf die Priorität und, vor allem,

## ORIGINALBEITRÄGE

die Machbarkeit wirksamer Kinderschutzmaßnahmen. In diesem Beitrag sollen daher Natur und Reichweite des zugrundeliegenden Spannungsverhältnisses erörtert (1.), die Bedeutung der jüngeren verfassungsgerichtlichen Judikatur eingeordnet (2.) und mögliche Ansätze für eine Weiterentwicklung der Rechtsgrundlagen, insbesondere die neuerdings vielfach geforderte Verankerung eigenständiger Kinderrechte im Grundgesetz, erwogen werden (3.).<sup>1</sup>

## *2. Eltern- und Kinderrechte im System der Grundrechte*

### *2.1. Wechselbezüglichkeit von Elterngrundrecht, Elternpflichten und Grundrechten des Kindes*

Die im Grundgesetz – in Art. 6 II – vorgesehenen Elternrechte und -pflichten lassen sich nur im Hinblick auf die besondere Rechtsstellung des Kindes verstehen, die mit ihnen korrespondiert, auf die sie zweckmäßig bezogen sind und die von der grundgesetzlichen Anordnung unmittelbar mit geschützt wird. Diese Rechtsstellung hat Bedeutung im Verhältnis des Kindes sowohl gegenüber seinen Eltern – insofern begrenzt sie den elterlichen Verhaltensspielraum – als auch gegenüber dem Staat, dessen Schutzauftrag sich eben auch und gerade hierauf bezieht. Hieraus ergibt sich ein vielseitiges, aus ineinander verschränkten, aufeinander bezogener Pflichten, Rechtspositionen und Befugnissen bestehendes Gesamtgefüge.

#### *1.1.1. Elterliche Entscheidungsfreiheit als Ausgangspunkt – Subsidiarität des staatlichen Wächteramtes*

Art. 6 II 1 GG verbürgt den Eltern als ihr „natürliches Recht“ die freie – inhaltlich nicht durch eine staatliche Entscheidung zu determinierende – Entscheidung darüber, wie sie der Verantwortung gegenüber ihrem Kind gerecht werden.<sup>2</sup> Dieses eigene Abwehrrecht der Eltern gegenüber hoheitlicher Einmischung wird ihnen jedoch gerade und nur im Interesse des Kindes und um des Kindes willen zugebilligt.<sup>3</sup> Dies begründet nicht nur eine ›äußere‹ Grenze des gewährten Handlungsspielraums: Die teleologische Bezogenheit der elterlichen Rechte auf die Belange des Kindes, die auch in der pflichtgebundenen Formulierung des Art. 6 II 1 GG zum Ausdruck kommt,<sup>4</sup> konstituiert überhaupt erst den Grund für die Freiheitsgewährung.<sup>5</sup> Sie bildet die eigentliche Rechtfertigung des Elternrechts und bestimmt daher dessen Wesen, Funktion und in-

1 Die Darstellung basiert auf meinen in NZFam 2015, 491 ff. und 532 ff. veröffentlichten Untersuchungen zum selben Thema und fasst die dort entwickelten Thesen und Ergebnisse nochmals zusammen. Zur Erleichterung der Lesbarkeit wurde auf fortlaufende Bezugnahmen hierauf verzichtet.

2 BVerfGE 107, 104 (117).

3 BVerfGE 103, 89 (107); BVerfG NJW 1986, 1859.

4 Dazu sogleich Näheres unter 1.1.2.

5 Hierzu eingehend nunmehr *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, S. 89 ff.

haltliche Reichweite<sup>6</sup> – sowohl in Richtung auf den Staat als auch im Verhältnis der Eltern zum Kind.

Verkompliziert wird dies dadurch, dass die konkreten Anforderungen an die Bestimmung der Belange des Kindes im Einzelfall nur bezogen auf Lebenssituation und -entwurf der Eltern gedacht werden können. Dem Kern des Elternrechts ist damit zwangsläufig ein latenter Widerspruch eingeschrieben: Die Eltern haben dieses Recht, das ihnen hinsichtlich der Pflege und Erziehung ihres Kindes Freiraum für eigenverantwortliches Handeln gewährt; sie haben es im Interesse des Kindes; dieses Interesse – das Kindeswohl – nimmt sich zwar auf den ersten Blick aus wie eine rein objektive Kategorie, doch kann im Hinblick auf die mit der gewährten Eigenverantwortlichkeit zwangsläufig einhergehende wesentliche Beteiligung der Eltern an der diesbezüglichen Deutungs- und Ausgestaltungshoheit nicht schlechthin die Einschätzung staatlicher Stellen an diejenigen der Eltern treten.

Zumindest die Richtung für die Lösung dieses Problems lässt sich der grundgesetzlichen Regelung auf Kompetenzebene entnehmen: Art. 6 II 2 GG überträgt der staatlichen Gemeinschaft die Aufgabe, über die Ausübung der Elternverantwortung *zu wachen* und zum Schutz des Kindes dann einzuschreiten, wenn die Eltern dieser Verantwortung nicht gerecht werden.<sup>7</sup> Dem entnimmt man als Grundprinzip die Subsidiarität staatlicher Eingriffe. Dies ist die Richtgröße, an der sich die Gerichte bei der *Anwendung* einfachen Rechts ebenso orientieren müssen wie der Gesetzgeber bei dessen *Schaffung*, wenn es darum geht, die konkreten Voraussetzungen für ein hoheitliches Eingreifen in die elterliche Entscheidungshoheit sowie die Reichweite der dabei möglichen Maßnahmen zu bestimmen.

### 1.1.2. Pflichtenbindung des Elternrechts aus Art. 6 II GG, (allgemeine) Grundrechte des Kindes

Was das Elternrecht von allen anderen Grundrechten unterscheidet,<sup>8</sup> ist seine bereits im Verfassungstext ausgesprochene Bindung an die elterlichen *Pflichten*, deren Richtung und Funktionsweise gleichfalls in den Strukturen des dreiseitigen Verhältnisses Eltern – Kind – Staat zu rekonstruieren sind. Die Eltern haben hiernach die mit ihrem Recht korrespondierende Pflicht zur Pflege und Erziehung ihres Kindes; gerade auf deren Wahrnehmung bezieht sich die Wächterfunktion des Staates.<sup>9</sup> Diese Pflicht begünstigt das Kind selbst; sie besteht unmittelbar ihm gegenüber und zu seinem Wohl; die vielfältigen einfachgesetzlichen Rechte und Freiheiten, die das Kind gegenüber seinen Eltern hat, lassen sich der Sache nach auf diese Pflicht zurückbeziehen.

Was hieran deutlich wird: Das Kind selbst ist hierbei Rechtssubjekt, Rechtsträger – sowohl im Verhältnis zu den Eltern, die ihm für die Ausrichtung ihres Verhaltens an

<sup>6</sup> Maunz/Dürig/Badura, Art. 6 GG Rdn. 107, 133.

<sup>7</sup> BVerfGE 60, 79 (88); 107, 104 (117).

<sup>8</sup> Maunz/Dürig/Badura, Art. 6 GG Rdn. 133.

<sup>9</sup> Maunz/Dürig/Badura, Art. 6 GG Rdn. 133.

seinem Wohl verantwortlich sind,<sup>10</sup> als auch im Verhältnis zum Staat, der ihm effektiven Schutz seiner grundgesetzlich verbürgten Rechte, insbesondere seiner Menschenwürde und seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts, schuldet.<sup>11</sup>

### 1.1.3. Eigenes Recht des Kindes aus Art. 6 II GG (i.V.m. Art. 1 I, 2 I GG)

Eine weitere Dimension erhält das Rechte- und Pflichtengewebe in diesem Bereich dadurch, dass auch mit dem durch Art. 6 I GG verbürgten speziellen Freiheitsrecht *der Eltern* zugleich ein auf den familiären Raum bezogenes Recht – oder jedenfalls ein eigens geschütztes Interesse<sup>12</sup> – des Kindes korrespondiert, das darauf geht, dass zuvörderst seine Eltern Sorge für es tragen und dass sie der mit ihrer Freiheit untrennbar verbundenen Verantwortung auch nachkommen.<sup>13</sup> Eine solche Auffassung – die Annahme eines eigenen „Rechts“ des Kindes aus Art. 6 II 1 GG – gebietet die Schutzrichtung dieser Vorschrift, die, wie dargelegt, stets auch im Hinblick auf die Interessen des Kindes angesichts seiner besonderen Hilfs- und Schutzbedürftigkeit zu rekonstruieren ist.<sup>14</sup> Traditionellerweise wird diese eigene Rechtsstellung des Kindes aus Art. 6 II 1 GG i. V.m. Art. 1 I, 2 I GG hergeleitet.<sup>15</sup> In der Tat steht sie in engem Zusammenhang mit dem Grundrecht des Kindes auf Schutz seiner Persönlichkeitsentfaltung<sup>16</sup>: Sie sichert dem Kind den familiären Bezug, der für seine Persönlichkeitsentwicklung von großer Bedeutung ist; die persönliche Beziehung zu den Eltern, ihre Pflege, Hilfe und Zuwendung tragen wesentlich dazu bei, dass sich das Kind innerhalb der sozialen Gemeinschaft zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit entwickeln kann, die sich um ihrer selbst willen geachtet weiß – die sich selbst wie andere zu achten lernt.<sup>17</sup> Das setzt jedoch zugleich voraus, dass umgekehrt auch das Elternrecht – die Freiheit zur eigenverantwortlichen Entscheidung in Erziehungsfragen – im Verhältnis zum Kind eine dessen eigene Rechte potentiell beschränkende Wirkung entfalten kann. Auch insofern sind die einander gegenüberstehenden Rechtsbereiche miteinander verschränkt.

Als die einfachrechtliche Entfaltung dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben lässt sich insbesondere das familienrechtliche Institut der elterlichen Sorge verstehen. Das

10 BVerfG – 1 BvR 1620/04 Rn. 71; FamRZ 2008, 845.

11 BVerfG NJW 1986, 3129; BVerfG NJW 1968, 2233; *Heilmann*, Schützt das Grundgesetz die Kinder nicht?, NJW 2014, 2904; *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, S. 89 ff.

12 Die schwierige rechtstheoretische Frage, ob diese rechtlich geschützte Sphäre des Kindes im Verhältnis zum Staat und/oder zu seinen Eltern im vollen Sinne als ein eigenes subjektives Recht zu beschreiben ist, muss an dieser Stelle unerörtert bleiben.

13 Diese Rechtsstellung erscheint in der grundgesetzlichen Regelung freilich nur als Reflex der elterlichen Abwehrrechte. Ein Beispiel für die unmittelbar an der Person des Kindes (und nicht der Eltern) ausgerichtete Umschreibung einer derartigen Rechtsstellung liefert Art. 24 der Charta der Grundrechte der EU. Dieses Regelwerk bindet jedoch lediglich die Organe der EU, ferner die Mitgliedstaaten bei der Durchführung und Umsetzung von unionsrechtlichen Vorgaben, vgl. Art. 51 I der Charta.

14 Einschränkend Maunz/Dürig/Badura, Art. 6 GG Rdn. 135.

15 BVerfGE 84, 168, 179 f.

16 Maunz/Dürig/Badura, Art. 6 GG Rdn. 133.

17 BVerfG FamRZ 2008, 845 Rn. 72; BVerfGE 24, 119 (144).

im BGB geregelte Sorgerecht erscheint als ein besonderer „Anwendungsfall“ des Elterngrundrechts; es ist daher im Lichte der Ziele, Schutzrichtungen und immanenten Schranken der grundgesetzlichen Regelung zu deuten. ›Das Sorgerecht‹ beinhaltet daher keinen Machtanspruch der Eltern gegenüber ihren Kindern,<sup>18</sup> sondern ist den Eltern als ein Bündel von Rechten im Verhältnis zum Kind und zu Dritten<sup>19</sup> um des Kindes willen anvertraut.<sup>20</sup> Dass staatliches Eingreifen nur in engen Grenzen zugelassen ist, ergibt sich bereits aus Art. 6 II 2, III GG; die einfachrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen wurden – gerade vor diesem Hintergrund – in §§ 1666–1667 BGB restriktiv ausgestaltet. Da die Hoheitsträger bei jedem in diesem Rahmen möglichen Eingriff in die elterliche Sorge die bestehenden familiären Bindungen und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten haben, stehen den Eltern entsprechende Abwehrbefugnisse zur Wahrung ihrer verfassungsmäßig verankerten und im BGB ausgeformten Rechte<sup>21</sup> zu Gebote.<sup>22</sup>

## 1.2. Insbesondere: Das Wächteramt des Staates

Die Grundlage aller hoheitlichen Eingriffe in das Eltern-Kind-Verhältnis ist das dem Staat durch Art. 6 II 2 GG (sowie im Allgemeinen aber wohl auch durch seine Stellung im Verhältnis zum Kind als Grundrechtsträger) auferlegte Wächteramt. Der Staat trägt die Verantwortung dafür, sicherzustellen, dass sich die Wahrnehmung des Elternrechts am Kindeswohl ausrichtet und dass dabei die Rechte des Kindes Beachtung finden. In dieser hoheitlichen Überwachungsverantwortung findet das Abwehrgrundrecht der Eltern seine Schranke<sup>23</sup> – und das staatliche Schutzgebot gegenüber dem Kind sein Vehikel. Das Schutzgut, im Hinblick auf das diese Verantwortung auszuüben ist, ist dabei, wie gesehen, weder isoliert das Recht der Eltern, noch das Recht des Kindes, sondern das komplexe, verfassungsrechtlich vorgezeichnete und privatrechtlich ausgestaltete Rechtsverhältnis, das die – sachlich aufeinander bezogenen – Schutzsphären von Eltern und Kind, sowie die daraus emanierenden wechselseitigen bzw. (zugleich) im Verhältnis zum Staat bestehenden Rechte, Befugnisse, Pflichten und Bindungen enthält. Es gibt daher keinen Eingriff in das Recht der Eltern, der nicht zugleich in die durch Art. 6 II 1 GG (i.V.m. dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht) geschützte Rechtsstellung des Kindes eingriffe.

Unter welchen Voraussetzungen und mit welchem Inhalt dem Staat ein Eingriff in die Elternrechte – durch Regel oder Maßnahme – gestattet ist, ergibt sich dabei *dem*

18 BVerfG FamRZ 1993, 1420.

19 Maunz/Dürig/Badura, 72. Art. 6 GG Rdn. 97.

20 BVerfG FamRZ 2008, 845. Stattdessen vom elterlichen Sorgerecht (oder generell anstatt vom Elternrecht) mag man daher auch von Elternverantwortung sprechen, vgl. Maunz/Dürig/Badura, Art. 6 GG Rdn. 107; Völker/Claudius, Sorge- und Umgangsrecht, § 1 Rn. 8.

21 Vgl. Maunz/Dürig/Badura, Art. 6 GG Rdn. 133.

22 BVerfG FamRZ 2010, 713.

23 Maunz/Dürig/Badura, Art. 6 GG Rdn. 97.

*Prinzip nach* bereits aus der im Grundgesetz selbst ausgesprochenen Wertung<sup>24</sup>: Die Interessen des Kindes werden in aller Regel am besten von seinen Eltern wahrgenommen und die spezifisch elterliche Zuwendung dient dem Wohl der Kinder am besten.<sup>25</sup> Diese Wertung – konkret: den Grundsatz, dass die primäre Erziehungszuständigkeit bei den Eltern liegt – muss der Staat demnach im Interesse *des Kindes* verwirklichen und bei seinem eigenen Handeln achten.

In der Praxis wird hieraus gefolgt: Zu einem Eingriff ermächtigt das Wächteramt daher erst dann, wenn die Abwehr von *konkreten Gefahren* für das Kindeswohl ihn *erforderlich* macht. Was hiervon keinesfalls abgedeckt ist, sind Maßnahmen, die darauf zielen, dem Kind eine „optimale“ Förderung und Erziehung zuteilwerden zu lassen.<sup>26</sup> Die sozialen Verhältnisse, in die ein Kind hineingeboren wird, müssen als schicksalhaft ebenso angenommen werden,<sup>27</sup> wie die Tatsache, dass das Kind durch eine elterliche Entscheidung möglicherweise Nachteile erleiden wird.<sup>28</sup>

Eine echte, analytisch scharfe Grenzziehung zwischen dem *zulässigen* Eingriff, der „nur“ die Abwendung einer konkreten Gefahr für das Kindeswohl bezweckt, und dem *unzulässigen*, staatliche Erziehungsideale aufkrottierenden Eingriff lässt sich auf dieser Grundlage freilich kaum erreichen. Es handelt sich nur um Leitwerte, aus denen die Gerichte stets erst bei der Anwendung des Rechts im konkreten Einzelfall – in einem Akt fallrechtsschöpfender Konkretisierung – bestimmte Vorgaben entwickeln müssen. Dabei ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz<sup>29</sup>, insbesondere das Gebot der Erforderlichkeit, zu beachten<sup>30</sup>: Der staatliche Eingriff muss notwendig, d.h. „so gering, zurückhaltend und behutsam wie im Einzelfall nur möglich sein“<sup>31</sup>.

Je schwerer und endgültiger die beabsichtigte Maßnahme ist, umso höher sind die Anforderungen. Dies gilt zum einen ›in der Sache‹, d.h. bzgl. der Art und Intensität der Gefahr, der begegnet werden soll, und die Ausschöpfung etwaiger milderer Mittel. Eine einfachgesetzliche Ausprägung dieses Prinzips demonstriert das System der Eingriffsmöglichkeiten gem. §§ 1666 ff. BGB.<sup>32</sup> Für den denkbar schwersten Eingriff – die gegen den Willen der Erziehungsberechtigten erfolgende Trennung des Kindes von der Familie – enthält das Grundgesetz selbst, in Art. 6 III GG, entsprechend strenge Vorgaben.<sup>33</sup>

24 Vgl. BVerfGE 24, 119 (144 f.); 31, 194 (204); 56, 363 (382); Maunz/Dürig/Badura, Art. 6 GG Rdn. 98.

25 BVerfGE 133, 59 Rn. 42 f.

26 BVerfG FamRZ 2010, 713.

27 BVerfG FamRZ 2010, 713.

28 BVerfG FamRZ 2008, 492; 1982, 567.

29 BVerfG, FamRZ 2009, 1472.

30 BVerfG FamRZ 1989, 145; NJW 1982, 1379.

31 Völker/Clausi, Sorge- und Umgangsrecht, § 1 Rn. 139.

32 Vgl. die Auflistung der Gefährdungssituationen mit Reaktionspflicht bei Heiß/Castellanos, Gemeinsame Sorge und Kindeswohl nach neuem Recht, § 2 Rn. 313 ff.

33 Erforderlich ist hierfür, dass das elterliche Fehlverhalten ein solches Ausmaß erreicht, dass das Kind bei den Eltern in seinem körperlichen, geistigen oder seelischen Wohl nachhaltig gefährdet wäre, BVerfGE 60, 79 (91). Dazu muss bereits ein Schaden des Kindes eingetreten

Zum anderen hat derselbe Grundsatz aber auch prozessuale Implikationen: Je schärfert und folgenträchtiger der Eingriff, umso rigoroser und umfassender ist bei der Ermittlung der Tatsachengrundlage für die Entscheidung zu verfahren.

## 2. Neuere Tendenzen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>34</sup>

Auf den ersten Blick scheint es so, als hätte sich in der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts das soeben skizzierte Äquilibrium einseitig zuungunsten der Position des Kindes verschoben. In einer Reihe von Fällen hat das Gericht oberlandesgerichtliche Entscheidungen, in denen den Eltern das Sorgerecht aus Gründen des Kinderschutzes (teilweise) entzogen worden war, jeweils mit der Begründung aufgehoben, die Instanzgerichte hätten *das Recht der Eltern* aus Art. 6 II 1 GG verletzt: Aufgrund einer falschen Auffassung von der *Bedeutung des Elternrechts in seinem Verhältnis zu den Rechten des Kindes* hätten die Gerichte Kinder leichtfertig von ihren biologischen Eltern getrennt und mitunter gegen die strengen Voraussetzungen des Art. 6 III GG verstossen.<sup>35</sup> Die Wahrung der Anforderungen an diesen stärksten Eingriff in das Elterngrundrecht unterliege einer besonders anspruchsvollen und engmaschigen verfassungsgerichtlichen Überprüfung, die sich selbst auf einzelne Auslegungsfehler sowie auf Fehler bei Feststellung und Würdigung der Tatsachengrundlagen erstrecken könne.<sup>36</sup> Das Bundesverfassungsgericht agiert in dieser besonderen Konstellation demnach effektiv geradezu in der Funktion einer *Superrevisionsinstanz*<sup>37</sup> – eine signifikante Abweichung von der ansonsten üblichen Handhabung, die sich nur mit der herausgehobenen Bedeutung der betroffenen Grundrechtspositionen und, vor allem, der besonderen Wächterstellung der staatlichen Gemeinschaft (Art. 6 II 2 GG) erklären lässt. Bei näherem Hinsehen bestätigt sich der Eindruck, dass hier eine einseitige Bevorzugung der elterlichen Positionen stattgefunden habe, jedoch nicht.

### 2.1. Verfahrensrechtliche Anforderungen bei Familientrennung

Besonders deutlich wird dies bei denjenigen Judikaten, die sich auf die spezifisch verfahrensrechtlichen Konsequenzen des in diesem Bereich gebotenen Grundrechtsschutzes beziehen.

sein oder sich eine erhebliche Schädigung mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lassen, BVerfG, Beschl. v. 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14 Rn. 23.

<sup>34</sup> Eine eingehende Darstellung und Analyse der hier nur überblicksartig wiedergegebenen Judikate habe ich in NZFam 2015, 532 ff. vorzulegen versucht.

<sup>35</sup> BVerfG Beschluss vom 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14 Rn. 22.

<sup>36</sup> BVerfG Beschluss vom 24.6.2014 – 1 BvR 2926/13; Beschluss vom 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14 Rn. 24.

<sup>37</sup> Heilmann NJW 2014, 2904 (2907); FamRZ 2015, 92; kritisch hierzu Hammer FamRZ 2014, 1005; Keuter FamRZ 2014, 1354; Riegner NZFam 2014, 625.

So lagen dem **Beschluss des BVerfG vom 19. 11. 2014 – 1 BvR 1178/14<sup>38</sup>** Entscheidungen von AG und OLG zugrunde, in denen bereits die Tatsachenfeststellungen der Gerichte keinen sicheren Rückschluss darauf zuließen, ob die materiellen Anforderungen für die Ausübung des staatlichen Wächteramtes erfüllt waren. Die Trennung des Kindes von den Eltern sollte auf Erziehungsdefizite und ungünstige Entwicklungsbedingungen gestützt werden; die Gerichte hatten es indessen versäumt, sorgfältig zu prüfen und zu begründen, weshalb die hieraus resultierenden Risiken für die geistige und seelische Entwicklung des Kindes die Grenze des Hinnehmbaren überschritten und so eine Fremdunterbringung legitimierten. Die aus Sicht der Instanzgerichte drohenden Schäden hätten ihrer Art, Schwere und Eintrittswahrscheinlichkeit nach konkret benannt werden müssen; zudem wären sie zum grundrechtlichen Schutz des Kindes vor der Trennung von seinen Eltern wertend ins Verhältnis zu setzen gewesen. Die Gerichte hatten es stattdessen bei bloßen Andeutungen belassen. Die materielle Freiheitsgarantie des Art. 6 II, III GG zeigte jedoch unmittelbar die verfahrensbezogene Konsequenz, dass nicht etwa die Eltern im Verfahren über die Familientrennung ihre Erziehungsfähigkeit unter Beweis zu stellen haben, sondern umgekehrt die ›Begründungslast‹ vollends auf der Seite des in die Familiensphäre eingreifenden Staates liegt. Dementsprechend hoch sind die formalen Anforderungen an die Feststellung, dass das Wohl des Kindes durch das elterliche Fehlverhalten nachhaltig gefährdet ist – es muss *erweislich* bereits ein Schaden eingetreten sein oder sich eine erhebliche Schädigung mit Sicherheit voraussehen lassen.<sup>39</sup> Hier kam zur Dürftigkeit der Begründung noch hinzu, dass sich die Gerichte auf ein Sachverständigengutachten bezogen hatten, ohne sich mit dessen Inhalt und seiner Verwertbarkeit im Lichte von Art. 6 II, III GG kritisch auseinandergesetzt zu haben, obschon erhebliche Zweifel an der Aussagekraft des Gutachtens bestanden. Die die Entscheidung tragende Gefahrenfeststellung war auch aus diesem Grund unzureichend.<sup>40</sup>

Die Gründe, aus denen die Aufhebung in diesem Fall erfolgt ist, bezogen sich demnach sämtlich auf die verfahrensmäßigen Vor- und Rahmenbedingungen der Ausübung des staatlichen Wächteramts. Dass insoweit hohe Anforderungen gestellt werden, kommt unmittelbar sowohl der Rechtsstellung der Eltern *als auch der des Kindes* zugute: Eine Gerichtsentscheidung, durch die das Kind von seinen Eltern getrennt, durch die mithin aufs Schwerste in die Rechtsstellung von Eltern und Kind eingegriffen wird, verstößt bereits dann gegen die Vorgaben des Grundgesetzes, wenn das ihr zugrundeliegende Verfahren aufgrund von Verstößen gegen den prozessualen Formalismus nicht über die erforderliche *Richtigkeitsgewähr* verfügt.

Im selben Licht ist grundsätzlich auch der **Beschluss des BVerfG vom 7. 4. 2014 – 1 BvR 3121/13<sup>41</sup>** zu sehen. Dort ging es um eine *im Eilverfahren* der einstweiligen An-

38 BVerfG NJW 2015, 223.

39 BVerfG FamRZ 2015, 112.

40 BVerfG FamRZ 2014, 907 = BeckRS 2014, 09631.

41 BVerfG FamRZ, 2014, 907; AG München, Beschluss vom 19.9.2014, 561 f., 8157/13, BeckRS 2014, 16878; OLG München, Beschluss vom 21.1.2014 – 26 UF 1513/13, BeckRS 2014, 16879. Vgl. auch BVerfG NJW 2014, 2939.

ordnung durchgeführte Sorgerechtsentziehung. Im Wesentlichen hat das BVerfG hier seine hohen prozeduralen Ansprüche auch auf den Bereich summarischer Prüfung übertragen – mit folgender Erwägung: Je schwerer die dem Einzelnen auferlegte Belastung wiege und je mehr die Maßnahme faktisch Unabänderliches bewirke, um so besser müsse die Tatsachengrundlage des Grundrechtseingriffs bereits bei der Sachverhaltsfeststellung gesichert sein.<sup>42</sup> Was dies konkret bedeutet, muss letztlich in einer Abwägung eruiert werden. Dabei müssen einerseits das Recht der Eltern, von einem unberechtigten Sorgerechtsentzug verschont zu bleiben (Art. 6 II 1 GG), sowie das gleichgerichtete Recht des Kindes berücksichtigt werden,<sup>43</sup> sowie andererseits das Recht des Kindes gegen den Staat auf Schutz vor nachhaltigen Gefahren, die ihm, insbesondere für sein körperliches Wohl, ggf. im elterlichen Haushalt drohen (Art. 2 II; 1 I, 2 II i.V.m. Art 6 II 2 GG).

Demnach kommt ein sofortiges Einschreiten aufgrund nur vorläufiger Ermittlungsergebnisse bei Hinweisen auf körperliche Misshandlungen, Missbrauch oder gravierende, gesundheitsgefährdende Formen der Vernachlässigung durchaus in Betracht.<sup>44</sup> Unangesehen die Besonderheiten der Prozessform gilt jedoch auch hier, dass das Gericht aufgrund *hinreichend gesicherter Ermittlungsgrundlage* in nachvollziehbarer Weise und bei fehlerfreier Würdigung des Sachverhalts zu dem Ergebnis kommen muss, es bestehe eine nachhaltige Gefährdung des Kindeswohls und diese sei nur durch die Trennung des Kindes von den Eltern, nicht aber durch weniger intensiv eingreifende Maßnahmen zu verhindern. Insbesondere dann, wenn das Gericht ohne ein – der Sache nach eigentlich erforderliches – Sachverständigengutachten entscheidet, muss mit allen bereits verfügbaren Mitteln etabliert werden, dass mit der Trennung aufgrund schwerer und zeitlich nah bevorstehender Schädigungen des Kindes bis zur Erstattung des Gutachtens (im Hauptsachverfahren) nicht zugewartet werden kann. Die dem Kind im elterlichen Haushalt drohenden Beeinträchtigungen müssen konkret benannt und bewertet werden; die tatsächlichen Grundlagen dieser richterlichen Prognose sind detailliert und exakt festzuhalten. Weiterhin sind alle in Betracht kommenden mildernden Mittel der Gefahrenabwehr, einschließlich einer möglichen Unterbringung des Kindes bei Verwandten, zu prüfen. Auch dies lässt sich regelmäßig nur aufgrund einer gründlichen und vollständigen Ermittlung des Sachverhalts beurteilen.

Diese Anforderungen, vor allem soweit sie die notwendige Beweiserhebung betreffen, stehen tendenziell in Widerspruch zu den besonderen Eigenschaften des auf eine nur summarische, oberflächliche Sachprüfung, nicht aber auf vollständige Ausermittlung des Sachverhalts angelegten Anordnungsverfahrens.<sup>45</sup> Problematisch ist hieran nicht für sich genommen die Relativierung der Formen dieser außerordentlichen Verfahrensart, sondern vielmehr die Unterminierung der diesen Formen zugrundeliegenden spezifischen Zwecke – in diesem Fall: der bestmöglichen Eignung des Eilverfah-

42 BVerfG FamRZ 2014, 907 Rn. 21.

43 BVerfG FamRZ 2014, 907 Rn. 22 m. Anm. Hammer FamRZ 2014, 1005.

44 BVerfG FamRZ 2014, 907 Rn. 24.

45 Die vollständige Prüfung ist vielmehr dem – umgehend von Amts wegen einzuleitenden – Hauptsacheverfahren nach § 1666 BGB vorbehalten, Hammer FamRZ 2014, 1005 (1006).

rens als Werkzeug für einen effektiven Schutz höchstrangiger Rechtsgüter des Kindes in der Situation größter Not und Dringlichkeit. Die Berücksichtigung dieser Zwecke wird auch durch die vom BVerfG angeführten Gründe nicht entbehrlich gemacht. Unabhängig von der Frage, ob die vom Gericht zugrundegelegten Standards angesichts dessen noch als zweckmäßig anzusehen sind,<sup>46</sup> lässt sich aber auch für diese Entscheidung nicht sagen, sie benachteilige einseitig die Interessen des Kindes. Der Schutz, auf den sie zielt, dient – zumindest theoretisch – den Belangen beider Seiten.<sup>47</sup> Dies zeigt sich auch daran, dass das BVerfG im Zusammenhang mit den erforderlichen Feststellungen von den Fachgerichten fordert, bei der Benennung und Bewertung der dem Kind drohenden Schäden gerade nicht isoliert auf die Verhaltensweisen der Eltern, sondern auf die sich daraus ergebenden Konsequenzen *für das Kind* abzustellen.<sup>48</sup>

## 2.2. Materielle Anforderungen an Eingriffe in die Eltern-Kind-Beziehung

In einigen weiteren Entscheidungen ging es um spezielle materiell-rechtliche Probleme, vor allem die Frage nach der Verhältnismäßigkeit von Entscheidungen, die eine Sorgerechtsentziehung zu Gegenstand haben.

Der **Beschluss des BVerfG vom 17. 3. 2014 – 1 BvR 2695/13**<sup>49</sup> betraf eine solche Entscheidung, die das Instanzgericht gleichsam auf Vorrat erlassen hatte: Angeordnet wurde eine Fremdunterbringung, für die jedoch nach damaligem Stand noch keine geeignete Einrichtung zur Verfügung stand. Das war zweifellos pragmatisch gedacht – die erforderliche Hilfe sollte dann möglichst zeitnah erfolgen können, wenn ein Platz verfügbar würde –, genügte aber nicht den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Dieser erlaubt im Hinblick auf das Erfordernis der *Eignung* des Mittels die Anordnung nur dann, wenn das gewählte Mittel tatsächlich verfügbar ist oder sein Verfügbarwerden zumindest in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Anordnung zu erwarten ist.

Eine weitere Spezialfrage betraf der **Beschluss des BVerfG vom 22. 5. 2014 – 1 BvR 3190/13**,<sup>50</sup> in dem es um das Problem der krankhaft symbiotischen Gestaltung der Beziehung des Kindes zu einem Elternteil ging. Zwar ist anerkannt, dass sich eine hinreichend gravierende und nachhaltige Gefährdung des psychischen Kindeswohls aus einer solchen Form des Zusammenlebens ergeben kann, jedoch setzt dies regelmäßig voraus, dass das Kind dabei von Außeneinflüssen ganz abgeschottet ist und seelisch völlig abhängig von dem Elternteil wird, sodass mit Entwicklungsrückständen oder

46 Hierzu *Heilmann*, NJW 2014, 2904.

47 Welche Rechtsstellung und Interessen – die elterlichen, die des Kindes oder die beider Seiten – durch die mit dem höheren Aufwand unvermeidlich einhergehende Verzögerung des Verfahrens tatsächlich belastet werden, hängt dementsprechend von den Einzelumständen des Falles ab, insbesondere davon, ob das Kind bereits vorläufig fremduntergebracht wurde, vgl. *Heilmann*, NJW 2014, 2904, 2908.

48 BVerfG FamRZ 2015, 112 Rn. 37 mit zahlr. weiteren Belegen aus der Rspr.

49 BVerfG FamRZ 2014, 1177.

50 BVerfG FamRZ 2014, 1270 m. Anm. *Stößer*.

psychosomatischen Erkrankungen zu rechnen ist.<sup>51</sup> Zudem ist zu berücksichtigen, dass in diesen Fällen – vor allem dann, wenn das Verhältnis von Elternteil und Kind positiv wahrgenommen wird – der Schaden für das Kind infolge einer Zwangsmaßnahme deutlich größer sein kann als bei Unterlassen einer Intervention.<sup>52</sup> Daher kann nur das Drohen schwerster Gefahren bei Verbleib des Kindes einen Eingriff rechtfertigen.<sup>53</sup> Vor allem müssen bei der Entscheidung die *Folgen* der plötzlichen Herausnahme des Kindes aus seiner gewohnten Umgebung, der Trennung von dem Elternteil und der Unterbringung, etwa in einer therapeutischen Wohngruppe, zu den negativen Folgen einer Beibehaltung des *status quo* ins Verhältnis gesetzt werden.<sup>54</sup> Hinzukommt: Wie sich auch aus § 1666 a I 1 BGB ergibt, muss Gefahren für das Kindeswohl vorrangig auf andere Weise als durch familientrennende Maßnahmen – insbes. durch öffentliche Hilfen – begegnet werden. In Fällen krankhaft symbiotischer Beziehungsformen muss der Staat daher zunächst versuchen, durch helfende, unterstützende, auf (Wieder-)Herstellung eines verantwortungsgerechten Verhaltens der Eltern gerichtete Maßnahmen das Ziel zu erreichen.<sup>55</sup> Bevor eine Trennung des Kindes von dem Elternteil zur ermöglichten einer stationären Behandlung angeordnet wird, ist stets als milderes Mittel die Möglichkeit ambulanter therapeutischer Maßnahmen zu prüfen.<sup>56</sup> Dass eine Entscheidung, die diesem Standard nicht gerecht wird, nicht nur gegen das Erziehungsrecht des betroffenen Elternteils, sondern auch gegen das auf das familiäre Zusammenleben gerichtete Recht des Kindes (vgl. o. 1.1.3.) verstößt, liegt auf der Hand.

Über die Gebotenheit einer von den leiblichen Eltern gewünschten Rückführung des Kindes aus einer Pflegefamilie hatte das BVerfG in seinem **Beschluss vom 22. 5. 2014 – 1 BvR 2882/13**<sup>57</sup> zu befinden. In dieser Konstellation ist zu berücksichtigen, dass sich eine Gefahr für das Kindeswohl hier *gerade aus der beabsichtigten Rückführung* ergeben kann, sodass insbesondere die Tragweite einer Trennung des Kindes von seiner Pflegefamilie in die Abwägung einzubeziehen ist. Das Gericht muss daher die Erziehungsfähigkeit der Ursprungsfamilie gerade im Hinblick darauf untersuchen, ob die Kapazität vorhanden ist, die negativen Folgen einer eventuell zu erwartenden Traumatisierung des Kindes möglichst gering zu halten.<sup>58</sup> Allerdings dürfen Pflegeverhältnisse nicht in der Weise verfestigt werden, dass die leiblichen Eltern mit der Weggabe in nahezu jedem Fall den dauernden Verbleib des Kindes in der Pflegefamilie befürchten müssen. Folglich können die Belastungen des Kindes, die mit einem Wechsel der Hauptbezugspersonen immer verbunden sind, eine Rückführung nicht automatisch dauerhaft ausschließen. Dies gebietet letztlich das durch Art. 6 II, III GG geschützte Interesse der Eltern, die Unterbringung in der Pflegefamilie nach Wegfall der dafür er-

51 BVerfG FamRZ 2014, 1270 Rn. 23.

52 BVerfG FamRZ 2014, 1270 Rn. 32.

53 BVerfG FamRZ 2014, 1270 Rn. 31.

54 BVerfG FamRZ 2014, 1270 Rn. 33.

55 BVerfG FamRZ 2014, 1270 Rn. 35.

56 BVerfG FamRZ 2014, 1270 Rn. 35, 36.

57 BVerfG FamRZ 2014, 1266 m. Anm. Keuter FamRZ 2014, 1354.

58 BVerfG FamRZ 2014, 1266 Rn. 31.

forderlichen Voraussetzungen nicht fortdauern zu lassen. Dieses berechtigte Interesse fällt erst recht ins Gewicht, wenn die Anordnung der Trennung nicht auf einer missbräuchlichen Ausübung der elterlichen Sorge, sondern auf einem unverschuldeten Elternversagen beruhte und die Eltern mittlerweile als erziehungsgünstig anzusehen sind. In einem solchen Fall kommt es darauf an, ob die zu befürchtenden Beeinträchtigungen des Kindes als Folge der Trennung von seinen aktuellen Bezugspersonen unter Berücksichtigung seiner Grundrechtspositionen insgesamt als noch hinnehmbar erscheinen.<sup>59</sup> Dabei besteht – und dies kommt bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zum Tragen – eine erhöhte, das Maß dessen, was der Staat üblicherweise zu leisten schuldet, übersteigende<sup>60</sup> Verpflichtung der beteiligten Behörden und Gerichte, Maßnahmen öffentlicher Hilfe in Betracht zu ziehen und zu ermöglichen, mit denen ein Zueinanderfinden von Kind und Eltern gelingen kann.

### 2.3. Paradigmenwechsel?

Wiewohl das BVerfG in den betrachteten Fällen kinderschützende Entscheidungen jeweils unter Betonung gerade der Elternrechte aufgehoben hat, lässt sich hieraus ein Grundsatz, wonach etwa *die Grundrechte der Kinder nur zum Tragen kommen, soweit dadurch nicht das Elternrecht verletzt wird*, mit Sicherheit nicht ableiten. Weder die in den Judikaten etablierten verfahrensrechtlichen Anforderungen an Eingriffsmaßnahmen, noch die Betonung der Notwendigkeit sachlich fundierter, nachvollziehbarer und die Verhältnismäßigkeit wahrender Entscheidungen geben, wenn man sie vor dem Hintergrund der älteren Rechtsprechung betrachtet, das Material hierfür her. Der hohe Rang der Güter *beider Seiten*, die bei staatlichen Eingriffen in die elterliche Erziehungshoheit – in auflösbarer Verschränkung – auf dem Spiel stehen, gebietet die vom BVerfG eingeforderte Sorgfalt. Dass die Schutzrichtung dabei stets eine doppelte sein muss, gilt auch und gerade in den pathologischen Fällen, in denen die beiden Pole des Eltern-/Kinderrechts gem. Art. 6 II, III GG in einem echten Gegensatz auftreten.

Nach wie vor gilt daher, dass der Staat aufgrund seines Wächteramtes auch die Trennung eines Kindes von seinen Eltern nicht erst dann durchsetzen kann, wenn die Eltern ganz offensichtlich versagt haben – etwa bei schwerer körperlicher Misshandlung oder sexuellem Missbrauch.<sup>61</sup> Auch wenn die Eltern zum „Schicksal und Lebensrisiko eines Kindes“ gehören, müssen Kinder nicht um jeden Preis bei ihren Eltern aufwach-

59 BVerfG FamRZ 2014, 1266 Rn. 31.

60 BVerfG FamRZ 2014, 1266 Rn. 35.

61 Bereits jetzt ermutigen namhafte Autoren die Instanzgerichte, sich nicht von einem effektiven Kinderschutz abhalten zu lassen und geben Hinweise, was künftig von Jugendämtern und Familiengerichten in Fällen, in denen ein Kind wirklich vor erheblichen Gefahren geschützt werden muss, zu berücksichtigen ist, vgl. bspw. Hammer FamRZ 2014, 1005 (1007); Heilmann FamRZ 2015, 92; NJW 2014, 2009; Keuter FamRZ 2014, 1354; Riegner NZFam 2014, 625.

sen.<sup>62</sup> Hieran hat sich auch durch die neueren Entscheidungen des BVerfG nichts geändert.

Diese Einschränkungen sind *der Theorie nach* im Elternrecht selbst angelegt und eigentlich geradezu selbstverständlich: Dieses Recht der Eltern ist nach überkommener und auch jetzt nicht infrage gestellter Deutung nichts anderes als ein Ausdruck der besonders geschützten Rechtssphäre des Kindes, die ihrerseits eng mit den allgemeinen Grundrechten des Kindes verknüpft ist; das Elternrecht existiert nur um des Kindes willen<sup>63</sup> und erhält sein Wesen und seine immanenten Schranken unmittelbar aus dieser Bezogenheit. Den Schutz des Elternrechts, den das BVerfG nun so energisch eingefordert und durchgesetzt hat, ohne diese Perspektive zu denken, wäre schlechterdings eine Perversion dessen, was mit Art. 6 II, III GG bezweckt ist.

### *3. Aufnahme eines „Kindesrechts“ in das Grundgesetz: Für und wider symbolische Konstitutionalisierung<sup>64</sup>*

Damit scheint auch schon das Urteil darüber gesprochen, ob es sich – wie in der aktuellen Debatte regelmäßig behauptet wird – empfiehlt, die Kinderrechte bzw. den Kindeswohlvorrang in den Kanon der Grundrechte „aufzunehmen“.<sup>65</sup> Es wäre ein solcher Akt nichts als eine (bestenfalls: klarstellende) Wiederholung dessen, was ohnehin bereits ist: Die Kinder sind – selbstverständlich – Träger von Grund- und Menschenrechten, der Schutzauftrag des Staates im Rahmen von Art. 1 I, III; 20 III GG erstreckt sich hierauf ohne Einschränkung. Die besondere Schutzbedürftigkeit des Kindes hinsichtlich des familiären Raums findet in der in Art. 6 II, III GG (i.V.m. dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht) gegebenen Garantie seinen Niederschlag. Ein diese Positionen in ihrem Kernbereich verdrängender Vorrang der gleichfalls in Art. 6 II, III GG enthaltenen Elternrechte ist auch jetzt schon undenkbar. Die „Einführung“ eines Kindergrundrechts – vergleichbar Art. 24 der Charta der Grundrechte der EU – wäre sonach in der Ordnung des Grundgesetzes nichts weiter als ein rein *symbolischer* Akt der Gesetzgebung.<sup>66</sup>

Gleichwohl darf die bereits jetzt bestehende ›Aufhebung‹ der Gegensätze durch ihre Verlagerung in eine einheitliche Schutzsphäre nicht darüber hinwegtäuschen, dass mit dieser theoretischen Synthese dem in der Rechtswirklichkeit nur allzu oft bestehenden akuten Widerstreit von Kindeswohlbelangen einerseits und dem Interesse der Eltern

62 Heilmann FamRZ 2015, 92 (94); BVerfG FamRZ 2015, 112 Rn. 38.

63 So schon BVerfGE 103, 89 (107).

64 Zu den problematischen Implikationen symbolischer Gesetzgebung auf Verfassungsebene vgl. M. Neves, Symbolische Konstitutionalisierung.

65 Vgl. Benassi, ZRP 2015, 24; ders., Kindeswohlvorrang ins Grundgesetz ([http://www.national-coalition.de/pdf/Input\\_Kinderrechte\\_neu.pdf](http://www.national-coalition.de/pdf/Input_Kinderrechte_neu.pdf), zuletzt abgerufen am 26. 8. 2015); Kreß, ZRP 2014, 215 (Interview); aber auch bereits die Entschließung des Bundesrats in BR-Drs. 386/11; Künast, FPR 2008, 478.

66 Am ehesten ließe sich noch an eine Formulierung als programmatische *Staatszieldirektive* denken.

an einer „ungestörten“ Ausübung ihrer Verantwortung andererseits *nichts* von seiner Schärfe genommen ist. Die Forderung nach „neuen“ Kindergrundrechten sollte man bei allen theoretischen Vorbehalten jedenfalls nicht vorschnell als eine gehaltlose Modeerscheinung der Tagespolitik abtun: Es würde durch diese Änderung dem Bedürfnis der Gerichte und Jugendämter genügen, in Zweifelsfällen ein prägnantes und durchschlagendes Argument zur Begründung effektiver Schutzmaßnahmen zugunsten von Kindern gegenüber ihren Eltern zur Hand zu haben. *Die Signalwirkung* einer solchen Verfassungsänderung – etwa einer Konstitutionalisierung des in § 1697 a BGB normierten Kindeswohlprinzips zusammen mit der Regelung des § 1631 II BGB (Recht des Kindes auf gewaltfreie Erziehung) – wäre daher zweifellos wünschenswert.

Obschon ein Akt symbolischer Verfassungsgesetzgebung demnach in diesem Fall anerkennenswerten Bedürfnissen der Praxis kurzfristig entgegenkommen dürfte, sollte dieser Weg nach meinem Dafürhalten nicht eingeschlagen werden – und nicht nur deshalb, weil symbolische Gesetzgebung stets eine einseitige Unterordnung des Rechts, hier sogar des Verfassungsrechts, unter die Zwecke der Politik bedeutet.<sup>67</sup> Der Preis, um den diese vermeintliche Lösung erkauft würde, wäre die Erweiterung des bestehenden systematischen Gefüges um ein – gemessen an der logischen Stimmigkeit des Systems – unnötiges Element: eine Klarstellung, derer es *der Sache nach* nicht bedarf. Zusätze dieser Art führen auf mittlere und lange Frist bestenfalls zu nichts, schlimmstenfalls aber zur Verunklarung und Verunsicherung der Rechtslage. Es wäre viel eher die Berufung des *Bundesverfassungsgerichts*, die bereits *de lege lata* zentrale Stellung der Kindeswohlbezogenheit der Elternrechte noch deutlicher hervorzuheben, die eigene Rechtsstellung des Kindes im Rahmen des Art. 6 II, III GG noch weiter – und unter Aufgabe des bisherigen, der allgemeinen Anerkennung dieses Rechts womöglich abträglichen argumentativen Rekurses auf Art. 1 I, 2 I GG (vgl. o. unter 1.1.3.) – zu etablieren.

In jedem Fall steht außer Frage, dass die Setzung eines derartigen Symbols den Gesetzgeber nicht von der weitaus dringenderen Aufgabe entbinden kann, die einfachgesetzlichen Instrumente zum effektiven Schutz der Rechtssphären von Kindern und Eltern tauglich zu machen und immer weiter zu verbessern. Sinnvoll wären beispielsweise die ausdrückliche Normierung einer Pflicht der Jugendämter und Familiengerichte, bei Bestehen entsprechender Anzeichen für Kindesmisshandlung die Einholung rechtsmedizinischer Gutachten zu veranlassen, sowie die Einführung einer qualifizierten ärztlichen Reaktionspflicht für Kinder- und Jugendärzte (gerichtet auf Überweisung in eine Klinik) bei jedem konkreten Verdachtsfall.<sup>68</sup> Zudem könnte das Adoptionsrecht durch eine Anhebung der Altershöchstgrenze für adoptionswillige Paare den heutigen Erfordernissen und Gegebenheiten angepasst werden.<sup>69</sup> Besonders wün-

67 M. Neves, Symbolische Konstitutionalisierung, S. 122 ff., 107 ff.; ders. in: IfS-Nachrichten Nr. 16, 1999, S. 14 spricht pointiert davon, dass hier die *Autopoiesis* des Rechtssystems durch eine *Allpoiesis* ersetzt wird: An die Stelle der „horizontalen“ Beziehung von Recht und Politik tritt eine Unterordnung des Rechts.

68 Tsokos/Guddat, Deutschland misshandelt seine Kinder, S. 241.

69 So zutreffend Tsokos/Guddat, Deutschland misshandelt seine Kinder, S. 244.

schenswert wäre auch die Einführung einer – unnötige Verfahrensumwege vermeiden – Anordnungskompetenz des Familiengerichts gegenüber dem Jugendamt.<sup>70</sup> Weiterhin könnte das in diesem Bereich essentielle Ziel der Verfahrensbeschleunigung effektiv dadurch befördert werden, dass Anreize für Psychologen geschaffen werden, sich gerade auf dem Gebiet der Kinder- und Jugendpsychologie weiterzubilden und die Aufgabe der Erstellung von kinderpsychologischen Rechtsgutachten zu übernehmen: Verzögerungen eiliger Kinderschutzsachen sind erfahrungsgemäß häufig der Arbeitsüberlastung der vergleichsweise wenigen verfügbaren hinreichend qualifizierten Sachverständigen geschuldet. Zudem sollte dafür Sorge getragen werden, dass Familiengerichter auf dem Gebiet der Psychologie ausgebildet werden. Solange den Richtern fundierte Kenntnisse in diesem Bereich fehlen, ist die vom BVerfG geforderte kritische Auseinandersetzung mit den Ausführungen von Sachverständigen – außer in Extremfällen<sup>71</sup> – kaum zuverlässig realisierbar; zudem sind diese Kenntnisse für den Rechtsanwender unverzichtbar, um beurteilen zu können, welche Maßnahmen tatsächlich geeignet und erforderlich sind.<sup>72</sup>

### *Literatur*

- Badura, P. (2014). Art. 6 (72. Ergänzungslieferung). In Maunz, T./Dürig, G. (Hrsg.), *Grundgesetz*, Bd. II. München: C. H. Beck.
- Benassi, G. (2015). Kinderrechte ins Grundgesetz – alternativlos! *ZRP* 2015, 24-26.
- Benassi, G. (2011). *Kindeswohlvorrang ins Grundgesetz*. Verfügbar unter: [http://www.national-coalition.de/pdf/Input\\_Kinderrechte\\_neu.pdf](http://www.national-coalition.de/pdf/Input_Kinderrechte_neu.pdf). Institution: National Coalition für die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Deutschland.
- Hammer, S. (2014). Anmerkung zur Entscheidung des BVerfG, Beschluss vom 7.4.2014, 1 BvR 3121/13 – Zur verfassungsgerichtlichen Überprüfung einer Kinderschutz-Eilentscheidung. *FamRZ* 2014, 1005-1007.
- Heilmann, S. (2014). Schützt das Grundgesetz die Kinder nicht? *NJW* 2014, 2904-2909.
- Heilmann, S. (2015). Zu den Auswirkungen der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf die Praxis des Kinderschutzes – Zugleich Anmerkung zum Beschluss des BVerfG v. 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14 - ( *FamRZ* 2015, 112). *FamRZ* 2015, 92-96.

70 Bislang sind Eltern auf den Verwaltungsrechtsweg verwiesen, um einen Anspruch auf Gewährung von Hilfen gegenüber dem Jugendamt durchzusetzen. Dass dies kein effektiver Kinderschutz ist, ist offensichtlich, vgl. *Heilmann*, NJW 2014, 2904.

71 Ein solcher lag allerdings offenbar dem oben unter 2.1. angesprochenen Fall (Beschluss des BVerfG vom 19. 11. 2014 – 1 BvR 1178/14) zugrunde.

72 Vgl. *Heiß/Castellanos*, Gemeinsame Sorge und Kindeswohl nach neuem Recht, 2013, § 2 Rn. 362 ff.

### ORIGINALBEITRÄGE

- Heiß, H./Castellanos, H. (2013). Gemeinsame Sorge und Kindeswohl nach neuem Recht. Baden-Baden: Nomos.
- Heiß, T. A. (2015). Elternrechte contra Kinderrechte? Die Stellung von Eltern und Kind in der Judikatur des BVerfG. *NZFam 2015*, 491-493.
- Heiß, T. A. (2015). Elternrechte contra Kinderrechte – Paradigmenwechsel in der neueren Rechtsprechung des BVerfG? *NZFam 2015*, 532-537.
- Keuter, W. (2014). Anmerkung zur Entscheidung des BVerfG, Beschluss vom 22.05.014, 1 BvR 2882/13 – Zur Verletzung des Elternrechts gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG durch teilweise Entziehung des Sorgerechts, zu den Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit der Aufrechterhaltung der Trennung des Kindes von seinen Eltern und zu öffentlichen Hilfen zur Reduzierung der Kindeswohlgefährdung bei Rückführung eines fremdunderbrachten Kindes. *FamRZ 2014*, 1354-1355.
- Kreß, H. & Gerhardt, R. (2014). Kinderrechte gehören nun auch ins Grundgesetz – Die UN-Kinderrechtskonvention ist jetzt seit 25 Jahren in Kraft (Interview). *ZRP 2014*, 215-217.
- Künast, R. (2008). Kinderrechte in die Verfassung! Wie sonst? *FPR 2008*, 478-481.
- Neves, M. (1998). *Symbolische Konstitutionalisierung*. Berlin: Duncker & Humblot
- Neves, M. (1999). Von der symbolischen Gesetzgebung zum symbolischen Konstitutionalisierung: ein Überblick. *IfS-Nachrichten Nr. 16*. Neubiberg: Institut für Staatswissenschaften.
- Riegner, K. (2014). Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Trennung des Kindes von den Eltern wegen Kindeswohlgefährdung – Besprechung von BVerfG, Beschl. v. 24.3.2014 – 1 BvR 160/14. *NZFam 2014*, 625-630.
- Stößer, E. (2014). Anmerkung zur Entscheidung des BVerfG, Beschluss vom 22.5.2014, 1 BvR 3190/13 – Zu den materiell- und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen des Entzugs der elterlichen Sorge und der Trennung des Kindes von seinen Eltern. *FamRZ 2014*, 1274.
- Tsokos, M. & Guddat, S. (2014). *Deutschland misshandelt seine Kinder*. München: Droemer Knaur.
- Völker, M. & Clausius, M. (2012). *Sorge- und Umgangsrecht* (5. A.). Bonn: Deutscher Anwaltverlag.
- Wapler, F. (2015). *Kinderrechte und Kindeswohl*. Tübingen: Mohr Siebeck.

*Zitierte Gerichtsentscheidungen (nach Datum):*

BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 1968 – 1 BvL 20/63, 1 BvL 31/66 –, BVerfGE 24, 119-155 = NJW 1968, 2233

BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 1968 – 1 BvL 20/63, 1 BvL 31/66 –, BVerfGE 24, 119-155

BVerfG, Beschluss vom 15. Juni 1971 – 1 BvR 192/70 –, BVerfGE 31, 194-212

BVerfG, Urteil vom 24. März 1981 – 1 BvR 1516/78, 1 BvR 964/80, 1 BvR 1337/80 –, BVerfGE 56, 363-395

BVerfG, Beschluss vom 17. Februar 1982 – 1 BvR 188/80 –, BVerfGE 60, 79-95 = FamRZ 1982, 567 = NJW 1982, 1379

BVerfG, Beschluss vom 13. Mai 1986 – 1 BvR 1542/84 –, BVerfGE 72, 155-175 = NJW 1986, 1859

BVerfG, Beschluss vom 18. Juni 1986 – 1 BvR 857/85 –, BVerfGE 72, 122-141 = NJW 1986, 3129

BVerfG, Kammerbeschluss vom 11. November 1988 – 1 BvR 585/88 –, FamRZ 1989, 145

BVerfG, Beschluss vom 07. Mai 1991 – 1 BvL 32/88 –, BVerfGE 84, 168-187

BVerfG, Kammerbeschluss vom 19. Juli 1993 – 1 BvR 398/91 –, FamRZ 1993, 1420

BVerfG, Urteil vom 06. Februar 2001 – 1 BvR 12/92 –, BVerfGE 103, 89-111

BVerfG, Urteil vom 16. Januar 2003 – 2 BvR 716/01 –, BVerfGE 107, 104-133

BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 19. Dezember 2007 – 1 BvR 2681/07 –, FamRZ 2008, 492

BVerfG, Urteil vom 01. April 2008 – 1 BvR 1620/04 –, BVerfGE 121, 69-108 = FamRZ 2008, 845

BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 17. Juni 2009 – 1 BvR 467/09 –, FamRZ 2009, 1472

BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 29. Januar 2010 – 1 BvR 374/09 –, FamRZ 2010, 713

BVerfG, Urteil vom 19. Februar 2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 –, BVerfGE 133, 59-100

AG München, Beschluss vom 19. September 2013 – 561 F 8157/13, BeckRS 2014, 16878

OLG München, Beschluss vom 21. Januar 2014 – 26 UF 1513/13, BeckRS 2014, 16879

BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 17. März 2014 – 1 BvR 2695/13 –, FamRZ 2014, 1177

BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 07. April 2014 – 1 BvR 3121/13 –, FamRZ 2014, 907

BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 22. Mai 2014 – 1 BvR 2882/13 –, FamRZ 2014, 1266

## ORIGINALBEITRÄGE

BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 22. Mai 2014 – 1 BvR 3190/13 –, FamRZ 2014, 1270

BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 14. Juni 2014 – 1 BvR 725/14 –, NJW 2014, 2939

BVerfG, Beschluss vom 24. Juni 2014 – 1 BvR 2926/13 –, BVerfGE 136, 382-394

BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 19. November 2014 – 1 BvR 1178/14 –, NJW 2015, 223 = FamRZ 2015, 112

*Anschrift des Verfassers:*

Dr. Thomas Alexander Heiß  
Wiss. Mit. am Lehrstuhl für Deutsches und  
Europäisches Privatrecht, Zivilverfahrensrecht  
und Rechtstheorie (Prof. Dr. Thomas Riehm)  
an der Universität Passau  
Innstraße 39  
94032 Passau  
E-Mail: Thomas.Heiss@Uni-Passau.De