

# **Kirche und Gesellschaft**

Herausgegeben von der  
Katholischen Sozialwissenschaftlichen  
Zentralstelle Mönchengladbach

Nr. 49

## **Das elterliche Sorgerecht in Gefahr**

von Walther J. Habscheid

Verlag J. P. Bachem

*Terlony*

Die Reihe „Kirche und Gesellschaft“ behandelt jeweils aktuelle Fragen aus folgenden Gebieten:

- Kirche in der Gesellschaft
- Staat und Demokratie
- Gesellschaft
- Wirtschaft
- Erziehung und Bildung
- Internationale Beziehungen / Dritte Welt

Die Numerierung der Reihe erfolgt fortlaufend.

Die Hefte eignen sich als Material für Schul- und Bildungszwecke.

Bestellungen sind zu richten an die  
Katholische Sozialwissenschaftliche Zentralstelle  
Viktoriastraße 76  
4050 Mönchengladbach 1

**Redaktion:**  
**Katholische Sozialwissenschaftliche Zentralstelle**  
**Mönchengladbach**

Nachdem durch das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14. 6. 1976 (1. EheRG<sup>1</sup>) über das zunächst erklärte Reformanliegen, das Verschuldensprinzip durch das Zerrüttungsprinzip zu ersetzen hinausgehend, unser Scheidungsrecht auf der Grundlage der „Fristenlösung“ neu geregelt wurde<sup>2</sup>), liegt nun der Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge den gesetzgebenden Körperschaften zur Beschlußfassung vor. Er war bereits in der 7. Wahlperiode des Deutschen Bundestages von der Bundesregierung eingebracht worden<sup>3</sup>); in der 8. Wahlperiode haben die Fraktionen der SPD und der FDP ihn, im wesentlichen unverändert, erneuert<sup>4</sup>). Es erscheint daher angezeigt, beide Entwürfe als eine Einheit zu behandeln.

Die Zielsetzung der geplanten Reform wird im Gesetzentwurf der Bundesregierung wie folgt umschrieben:

„Es wird vorgeschlagen, das elterliche Sorgerecht insgesamt zu reformieren, d. h. dem heutigen Bewußtseinsstand und Selbstverständnis der Eltern-Kind-Beziehungen anzupassen. Das Kind ist nach heutigem Rechtsbewußtsein nicht als Objekt elterlicher Fremdbestimmung anzusehen, sondern als Grundrechtsträger, der mit zunehmendem Alter grundrechtsmündig wird. Ihm muß daher – entsprechend seiner Einsichtsfähigkeit – vom Gesetz die Möglichkeit gegeben werden, an der Durchführung elterlicher Sorgemaßnahmen mitzuwirken. Darüber hinaus gehört es nach heutigem Verständnis auch zu den Aufgaben des Staates, das Kind vor einer Gefährdung seines Wohls dort zu schützen, wo es selbst und seine Eltern – gleichgültig, ob schuldhaft oder schuldlos – nicht in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden.“

Das Presse- und Informationsamt der Bundesregierung hat die geplante Reform den Mitbürgern, „die jung sind und arbeiten“, unter der Schlagzeile „Elterliche Gewalt wird jetzt gezähmt“<sup>5</sup>) vorgestellt und damit den Eindruck verstärkt, daß durch die beabsichtigte Reform das in Art. 6 II GG verankerte Elternrecht abgebaut werden soll. Das Zentralkomitee der Deutschen Katholiken hat den Entwurf unter diesem Eindruck in einer Stellungnahme vom 23. 4. 1977 abgelehnt<sup>6</sup>). Auch die Stimmen aus der Literatur sind vorwiegend kritischer Art<sup>7</sup>).

Es kann in dieser Darstellung nicht auf alle Details des Reformvorhabens eingegangen werden. Wohl aber sollen seine Grundlagen und die Gefahren aufgezeigt werden, die sich aus seiner Durchführung ergeben müssen – für Ehe und Familie und damit für Eltern wie für Kinder.

## **I. Die wichtigsten Änderungen gegenüber dem geltenden Recht**

1. Nach § 1626 BGB steht das Kind, solange es minderjährig ist, unter elterlicher Gewalt. Diese ist „das Recht und die Pflicht“, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen; die Sorge für die Person und das Vermögen umfaßt die Vertretung des Kindes.

§ 1626 des Entwurfs (E) will den Ausdruck „elterliche Gewalt“ durch „elter-

liche Sorge“ ersetzen. Diese wird als „Pflicht und Recht“ der Eltern bezeichnet. Substantiell neu ist ein Absatz II, in dem es heißt:

„Soweit ein Kind zu einer eigenen Beurteilung seiner Angelegenheiten in der Lage ist, haben die Eltern bei der Ausübung der elterlichen Sorge darauf Rücksicht zu nehmen. Maßnahmen sollen sie mit dem Kind erörtern und nach Möglichkeit im Einvernehmen mit ihm regeln. Maßnahmen, die die Ausbildung oder den Beruf des Kindes betreffen, sollen seiner Begabung und Neigung entsprechen; bei Meinungsverschiedenheiten soll der Rat eines Berufs- und Bildungsberaters eingeholt werden.“

Neu ist ferner ein § 1626a E, der eine Heilbehandlung des Kindes nach Vollendung des 14. Lebensjahres betrifft. Das Kind soll selbst einwilligen können, wenn es fähig ist, Grund und Bedeutung der Heilbehandlung einzusehen und seinen Willen hiernach zu bestimmen; die Einwilligungsbefugnis der Eltern soll unberührt bleiben.

2. Die elterliche Gewalt (demnächst: die elterliche Sorge) steht den Eltern gemeinsam zu. Bei Meinungsverschiedenheiten müssen sie versuchen, sich zu einigen (§ 1626 BGB). Kommt keine Einigung zustande, hatte nach § 1628, § 1629 I BGB a. F. der Vater den Stichentscheid. Diese gesetzliche Regelung war durch das BVerfG für nichtig erklärt worden<sup>8</sup>). § 1628 E will nunmehr in Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung dem Vormundschaftsgericht auf Antrag eines Elternteils das Recht verleihen, die Entscheidung einem Elternteil zu übertragen, sofern dies dem Wohle des Kindes entspricht; doch soll das Vormundschaftsgericht darauf hinwirken, daß sich die Eltern auf eine dem Kindeswohl entsprechende Regelung einigen.

3. Der Inhalt der Personensorge wird gegenüber dem jetzigen § 1631 BGB leicht – wie es den Anschein hat – modifiziert.

Aus dem „Recht“ und der „Pflicht“, „das Kind zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen“ wird „die Pflicht und das Recht, das Kind zu pflegen, zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen“.

Durch einen neuen § 1631a soll freilich der Pflegeauftrag des § 1631 E eingeschränkt werden: Die Unterbringung des Kindes in einer Heil- oder Pflegeanstalt soll fernerhin der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfen.

4. Da es vorkommen kann, daß einem Elternteil die Personensorge nicht zusteht – etwa nach Scheidung (vgl. § 1671 BGB) –, ist es erforderlich, die Befugnis dieses Elternteils zum persönlichen Verkehr mit dem Kinde zu regeln. Gegenüber der alten Regelung bestimmt der Entwurf (§ 1634): einerseits, daß diese Befugnis gegen den Willen eines über 14jährigen Kindes sowie eines Kindes, das nach seinem Entwicklungsstand zu einer selbständigen Beurteilung fähig ist, nicht ausgeübt werden darf, während

andererseits der nicht personensorgeberechtigte Teil von dem anderen Teil Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes verlangen kann, soweit ihre Erteilung mit dem Wohle des Kindes vereinbar ist.

5. Ich übergehe die Reformvorschläge bezüglich der Neuordnung der Vermögenssorge (§§ 1640 ff., §§ 1667 bis 1670 BGB), und zwar deshalb, weil sie **in praxi** (die meisten Kinder sind vermögenslos) geringere Bedeutung haben, aber auch deshalb, weil sie vorwiegend technischer Natur sind.

6. Fundamental dagegen soll die vorgesehene Änderung der Generalklausel des § 1666 BGB werden. Bestimmt die geltende Fassung noch, daß das Vormundschaftsgericht die geeigneten Maßnahmen zu treffen hat, wenn das geistige oder leibliche Wohl des Kindes dadurch gefährdet wird, daß der Vater oder die Mutter das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbraucht, das Kind vernachlässigt oder sich eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht, so soll es fürderhin – noch allgemeiner formuliert – heißen:

„Wird das persönliche Wohl des Kindes gefährdet und sind die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage, die Gefahr abzuwenden, so hat das Vormundschaftsgericht die geeigneten Maßnahmen zu treffen.

Es kann erforderliche Erklärungen der Eltern, eines Elternteils oder des Kindes ersetzen, wenn dies zur Abwendung einer Gefahr für die Person des Kindes erforderlich ist.“

7. Die erste durch das 1. EheRG reformierte Regelung des § 1671 BGB – Übertragung der elterlichen Gewalt (Sorge) durch das Familiengericht – soll erneut modifiziert werden. Durfte bisher das Familiengericht von einem gemeinsamen Vorschlag der Eltern nur abweichen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist, so sieht der Entwurf vor, daß auch das 14jährige Kind sowie das Kind, das nach seinem Entwicklungsstand zu einer selbständigen Beurteilung fähig ist, einen Übertragungsvorschlag unterbreiten kann. Das Familiengericht soll eine von diesen Vorschlägen abweichende Regelung nur treffen, wenn dies dem Wohle des Kindes entspricht. Stimmen Elternvorschlag und Kindeswille nicht überein, soll das Gericht dem Kindeswohle entsprechend entscheiden.

8. Die Einrichtung der Verwirkung der elterlichen Gewalt bei Verurteilung des betreffenden Elternteils zu einer Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten wegen eines an dem Kinde verübten Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens (§ 1676 BGB) soll ersatzlos entfallen.

## II. Kinder und Eltern als Grundrechtsträger

1. Die Begründung des Entwurfs unterstreicht, daß das Kind „nicht Objekt elterlicher Fremdbestimmung“, sondern „Grundrechtsträger“ sei und leitet daraus ein verfassungsmäßiges Gebot der erstrebten Weiterentwicklung des geltenden Rechts ab.

Diese **Zielsetzung** des Entwurfs – und hier muß seinen Verfassern der Vorwurf mangelnder Objektivität gemacht werden – suggeriert, daß nach geltendem Recht das Kind elterlicher Willkür unterliege und daß das BGB geltender Fassung seiner Fähigkeit, Grundrechtsträger zu sein, nicht

Rechnung trage. Ich habe jedoch in der modernen Literatur und Rechtsprechung keinen Beleg dafür gefunden, der die These von dem Kinde als „Objekt elterlicher Fremdbestimmung“ rechtfertigte. Und wenn die Einleitung zur Begründung RegE (A2) meint, dieses „Gewaltunterworfensein“ folge aus dem terminus „elterliche Gewalt“, so wird einfach verschwiegen, daß dieser Begriff in § 1626 II BGB als das „Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen“, definiert wird. Elterliche „Gewalt“ war und ist daher nichts anderes als Personensorge plus Vermögenssorge.

Ferner: Daß das Kind „Grundrechtsträger“ ist, ist ebenfalls nie in Zweifel gezogen worden. Die dem Kinde von seiner Geburt – und ich meine grundsätzlich schon vom Stadium des nasciturus – an zukommende **Rechtsfähigkeit** schließt selbstverständlich auch seine Grundrechtsfähigkeit ein. Insbesondere hat auch das Kind das in Art. 2 I GG „jedem“ garantierte Grundrecht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit. Aber die Frage ist doch, von wann an das Kind dieses Grundrecht selbständig – also auch gegen seine Eltern – ausüben kann. Dies ist eine Frage seiner Mündigkeit. Mit 18 Jahren wird das Kind mündig und damit geschäftsfähig. Diese Grenze würde an und für sich auch für die Grundrechts-„geschäftsfähigkeit“ gelten. Aber so wie es Übergänge von der Geschäftsunfähigkeit über die beschränkte Geschäftsfähigkeit, die partielle Geschäftsfähigkeit zur vollen Geschäftsfähigkeit gibt, so gibt es auch Übergänge zur vollen Grundrechtsmündigkeit.

Das ist ein **allgemeines Problem**. Denn das Kind kann in seinen Grundrechten auch durch andere Stellen als die Eltern beeinträchtigt werden. Die vom Entwurf vorgesehene Regelung macht das Kind in Erziehungsfragen nun bereits generell vom 14. Lebensjahr an, ja, wenn es die genügende Einsicht hat, bereits vorher „mitspracheberechtigt“ und zumindest teilweise „grundrechtsmündig“, dem Staate gegenüber aber bleibt es grundrechtsunmündig. Die dem mitspracheberechtigten Kinde eingeräumten Vorschlags- und Antragsrechte machen es in den Personensorgeverfahren vor dem Familien- und dem Vormundschaftsgericht prozeßfähig<sup>9</sup>). Es kann sich daher durch einen Anwalt vertreten lassen (den die Eltern honorieren müssen), es kann gegen Entscheidungen Beschwerde einlegen. Alle diese Rechte stehen ihm außerhalb der Eltern-Kind-Beziehungen nicht zu. Gegen Grundrechtsverletzungen etwa seitens des Staates kann es sich nicht alleine „wehren“.

Eine seltsame Weiterentwicklung des Begriffs der Grundrechtsmündigkeit, möchte ich meinen: Eine Weiterentwicklung, hinter der einerseits eine Überschätzung des Staates, andererseits eine Diffamierung der Familie stecken könnte, der man nicht zutraut, daß sie ohne staatliche Reglementierung grundsätzlich das Richtige für die ihr angehörenden und anvertrauten Kinder tut!

2. An dieser Stelle ist zu betonen, daß in unserer Verfassung das Elternrecht anerkannt ist, und zwar ausdrücklich als Grundrecht in Art. 6 II GG. Zwar nimmt der Entwurf für sich in Anspruch, „Elternrecht“ und „Kindes-

recht“ gegeneinander abzuwägen. M. E. trägt er jedoch dem **singulären** Charakter des Grundrechts aus Art. 6 II GG nicht Rechnung. Dort ist nämlich das Elternrecht mit den Worten verankert:

„Pflege und Erziehung der Kinder sind das **natürliche** Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.“

In seinem Aufsatz „Schule im Rechtsstaat“<sup>10</sup> – auch hier geht es ja um den (möglichen) Konflikt zwischen Eltern- und Kindesinteressen sowie dem in Art. 6 II S. 2 GG eingesetzten „Wächteramt“ des Staates – hat Ossenbühl den Inhalt dieses Grundrechts wie folgt beschrieben<sup>11</sup>):

„Die grundrechtliche Verbürgung des elterlichen Erziehungsrechtes sichert die Erziehungskompetenz der Eltern gegen Usurpationen und Konkurrenzen von dritter Seite, insbesondere des Staates. Dem Staat ist in Art. 6 GG kein eigenes Erziehungsmandat verliehen, sondern lediglich die Funktion des Wächteramtes übertragen. Das Wächteramt des Staates legitimiert nicht zu dirigierenden Eingriffen in das elterliche Erziehungsrecht, **sondern dient lediglich der Verhinderung von Mißbrauch der Personensorge**“<sup>12</sup>).

Ossenbühl legt dann weiter dar, daß das elterliche Erziehungsrecht keine „Freiheit zur Beliebigkeit“, sondern „Freiheit im Dienste, zum Nutzen und zum Schutze des Kindes, also im echten Sinne anvertraute treuhänderische Freiheit“ garantiert. Im Innenverhältnis zum Kinde sei das Kindeswohl die beherrschende Maxime der Erziehung und des elterlichen Handelns. Das elterliche Erziehungsrecht sei daher ein dienendes Grundrecht, kein Grundrecht zur Selbstverwirklichung der Eltern, sondern zur Erziehungshilfe der Kinder, ebensosehr **Grundpflicht** wie **Grundrecht**, was auch im Wortlaut des Art. 6 II GG eindeutig zum Ausdruck komme. Mit Recht sei daher das Elternrecht auch als „Elternverantwortung“<sup>13</sup>) bezeichnet worden.

Und dann stellt Ossenbühl die Frage, wer bei dieser Grundgesetzlage letztverbindlich das Kindeswohl zu interpretieren habe. Die Antwort heißt: „Art. 6 II GG (statuiert) den **Interpretationsprimat der Eltern**, der prinzipiell nur **an der Grenze des Mißbrauchs**“<sup>14</sup>) durch den Staat korrigiert werden kann. Wer demgegenüber geltend machen will, damit seien die Kinder der Willkür der Eltern ausgeliefert, macht sich die Mode gewordene Diffamierung der Familie zu eigen und **argumentiert wider die Norm der Natur**“<sup>15</sup>). Weil die Norm der Natur uns sagt, daß die Eltern sich gleichsam instinktiv vom Kindeswohl leiten lassen, konnte und mußte der Staat den Eltern auch den Interpretationsprimat für das Kindeswohl überlassen.“

Dieser Auslegung des elterlichen Erziehungsrechts durch Ossenbühl ist kein Wort hinzuzusetzen. Mit Recht weist der Verf. darauf hin, daß der Erziehungs- und Interpretationsprimat für das Kindeswohl aus der „Norm der Natur“ folge. Bezeichnet doch Art. 6 II GG das elterliche Erziehungsrecht als das **natürliche** Recht der Eltern, eine Qualifikation, die sich bei keinem anderen Grundrecht findet.

Der Grundgesetzgeber hat diese Abwehrbestimmung gegen staatliche

Bevormundung der Eltern in der Erziehung des Kindes unter dem Eindruck der bitteren Erfahrungen des sog. Dritten Reiches in das Grundgesetz aufgenommen. Damals waren es braune Ideologen, die Kinder gegen ihre Eltern aufbrachten und versuchten, auch mit Hilfe der Gerichte ihre Meinung vom Kindeswohl durchzusetzen. Hätte es damals eine Generalklausel von der Art des jetzt vorgeschlagenen § 1666 BGB gegeben, wäre der Schaden noch größer ausgefallen. Mit Recht fragt daher Giesen<sup>16)</sup>, ob die Befürchtung einer ähnlichen Entwicklung (der doch auch der Gesetzgeber vorbeugen muß!) heute – wenn möglicherweise auch aus anderer Richtung – so völlig abwegig sei. Immerhin leben wir in einer Zeit „konfliktstrategischer“ Rahmenrichtlinien und ähnlich strukturierter Schul- und Hochschulpläne! Und Giesen bildet ein Beispiel: Kann beispielsweise der Leiter einer Jugendgruppe oder eines Ferienlagers, zu denen sich der 14jährige Schüler besonders hingezogen fühlt, gegen ein etwaiges elterliches Teilnahmeverbot einwenden, der Schüler habe sich seine eigene Auffassung gebildet, was für seine Erziehung gut sei, diese Auffassung des Schülers sei auch „wissenschaftlich“ richtig, das Teilnahmeverbot der Eltern sei daher unwirksam, weil die Eltern entgegen § 1626 II E nicht auf den Kindeswillen Rücksicht genommen hätten und kann er vielleicht sogar ein Verfahren nach § 1666 E betreiben, indem er vorträgt, durch diese und ähnliche Entscheidungen sei das „persönliche Wohl des Kindes gefährdet“?

Denkt man diesen Fall zu Ende, dann liegt die Gefahr, die durch das Reformvorhaben heraufbeschworen wird, vor Augen: Durch die neuen Generalklauseln wird die sog. „Fremdbestimmung“ durch die Eltern beseitigt, das Kind aber vermehrt der Beeinflussung durch Dritte ausgeliefert. Das aber wäre in der Tat Fremdbestimmung – und zwar durch Personen, die nicht dem Kinde „durch die Norm der Natur verbunden sind“. Rattenfänger gibt es eben nicht nur in Hameln!

3. Das aus Art. 2 I GG folgende Grundrecht des Kindes auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit und das in Art. 6 II GG verankerte elterliche Erziehungsrecht sind ineinander verschränkt<sup>17)</sup>: Die Erziehungsverantwortung der Eltern gebietet es diesen, die Persönlichkeit des Kindes entfalten zu helfen. Sie sind daher in Ausübung ihres Elternrechts auch zur treuhänderischen Wahrnehmung des Grundrechts des Kindes auf Selbstentfaltung berufen. Und auch hier gilt die Feststellung Ossenbühls: Die Norm der Natur sagt uns, daß die Eltern sich gleichsam instinktiv vom Kindeswohl leiten lassen und daher alles tun, um die Persönlichkeit des Kindes entfalten zu helfen. Dies schließt ein, daß die Eltern mit ihren Kindern Erziehungsfragen – und zwar zunehmend mit der Einsichtsfähigkeit der Kinder – besprechen, bis die Kinder in die Mündigkeit entlassen werden und nun eigenverantwortlich für sich entscheiden können.

Die Volljährigkeit und damit auch die Grundrechtsmündigkeit tritt mit 18 Jahren ein (§ 2 BGB). Der Gesetzgeber kann zwar für Teilbereiche die Mündigkeit vorziehen, doch kann dies um der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit willen nur schematisch, an bestimmte Altersgruppen an-



knüpfend, geschehen<sup>18)</sup>, so wie etwa nach allgemeinem bürgerlichem Recht bereits der 16jährige testierfähig ist (§ 2229 BGB). Bei der Festlegung einer Altersgrenze im Bereiche des Sorgerechts, insbesondere bei der Einräumung eines Vetorechts an den Minderjährigen, ist jedoch zu beachten, daß Kinder während der Pubertät häufig „ganz natürlich“ in Opposition zu den Eltern geraten und dann besonders Beeinflussungen von dritter Seite zugänglich sind. Und schließlich darf der Gesetzgeber nicht die Augen vor der naturwissenschaftlichen Frage verschließen, wann denn heute in unserer immer komplexer werdenden Welt Kinder „reif“ werden – etwa früher oder später als vor 10, 20 oder 50 Jahren?

Untersuchungen aus den USA und Studien der Professoren Stutte und Remschmidt<sup>19)</sup> von der Universitätsklinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie in Marburg, die 1973 veröffentlicht wurden, sagen dazu aus, „daß unter Zugrundelegung der in der Mehrzahl der Untersuchungen verwandten Reifekriterien eher eine Verschiebung der Volljährigkeitsgrenze nach oben als nach unten zu rechtfertigen wäre“. Diese Feststellung erfolgte vor der Herabsetzung der Volljährigkeit von 21 auf 18 Jahre. Der Gesetzgeber hat sie nicht beachtet. Sie ist aber nichtsdestoweniger zutreffend. Jeder, der selbst heranwachsende oder bereits erwachsene Kinder hat, weiß, wie schwer sie es haben, sich in dieser immer undurchschaubarer werdenden Gesellschaft zurechtzufinden und damit auch in sozialer Hinsicht „reif“ zu werden. Gerade diese Erkenntnis aber müßte einen verantwortungsbewußten Gesetzgeber davon abhalten, ohne zwingende Notwendigkeit Grundrechtsmündigkeiten zu schaffen, die unter dem allgemeinen Volljährigkeitsalter liegen. Auf keinen Fall genügt es, Erkenntnisse bezüglich des Reifegrades von Minderjährigen durch die Leerformel zu ersetzen, es gelte eben, das elterliche Sorgerecht „dem heutigen Bewußtseinsstand und Selbstverständnis der Eltern-Kind-Beziehungen anzupassen“<sup>20)</sup>.

### **III. Was zur Reform im einzelnen zu sagen ist**

#### **1. Unproblematisches**

Unproblematisch ist die Umbenennung der elterlichen Gewalt in „elterliche Sorge“. Der Sache nach bleibt der bisherige Rechtszustand bestehen: Den Eltern obliegt die Sorge für die Person (Personensorge) und für das Vermögen (Vermögenssorge) des Kindes (§ 1626 BGB, § 1626 E).

Unbedenklich, ja zu begrüßen, ist die Erwähnung der Aufgabe der Eltern, das Kind zu pflegen, in § 1631 E; diese Korrektur bringt das BGB mit Art. 6 II GG in Deckung; denn dort ist neben der Erziehungsverantwortung auch die Pflegeaufgabe der Eltern genannt.

Da die elterliche Sorge von beiden Eltern gemeinsam ausgeübt werden muß, hat der Gesetzgeber den Fall zu regeln, in dem sich die Eltern nicht zu einigen vermögen. Durch die Entscheidung des BVerfG zum Stichtenscheid des Vaters<sup>21)</sup> war hier eine Gesetzeslücke entstanden. Die Recht-

sprechung hatte diese Lücke im Sinne einer Kompetenz – Kompetenz des Vormundschaftsgerichts – geschlossen<sup>22)</sup> und war – soweit ersichtlich – auf keinen Widerspruch gestoßen. § 1628 E soll diese Frage nun auch gesetzlich lösen, indem er bestimmt, daß das Vormundschaftsgericht in Fällen von erheblicher Bedeutung auf Antrag eines Elternteils die Entscheidungsbefugnis einem Elternteil übertragen **kann**, sofern das dem Wohle des Kindes entspricht. Daß das Vormundschaftsgericht nicht wegen jeder Lappalie soll angerufen werden können, versteht sich von selbst.

Richtig ist auch, daß der Vormundschaftsrichter nicht von außen in die Familie hineinregieren soll, daß also wenigstens **ein** Elternteil die Entscheidung zu treffen hat. Aber gerade hier beginnen angesichts des Wortlautes des § 1628 E die Bedenken:

## 2. Die übertragene Alleinentscheidungsbefugnis

Bedenken bestehen gegen die Vorschrift des § 1628 E einmal deshalb, weil er nur eine Kann-Regelung trifft, Bedenken bestehen aber auch insofern, als die Übertragung nur stattfinden soll, „**sofern dies dem Wohl des Kindes entspricht**“. Abgesehen von den Einwänden, die sich gegen die Formel vom Kindeswohl ergeben<sup>23)</sup> und denen hier im einzelnen nicht nachgegangen werden kann, erhebt sich die Frage: Wer bestimmt hier, was dem Wohle des Kindes entspricht? Offenbar der Vormundschaftsrichter, also der Staat! Und was geschieht, wenn der Vormundschaftsrichter der Auffassung ist, es entspreche nicht dem Wohle des Kindes, einem der Eltern die Entscheidung zu übertragen: Dann soll doch wohl – ggf. über § 1666 – der Vormundschaftsrichter das Notwendige veranlassen.

Diese Staatsingerenz verstößt klar gegen den aus Art. 6 II GG abzuleitenden Interpretationsprimat der Eltern. Sie diskriminiert die Vollfamilie gegenüber der Restfamilie: Ist einem Elternteil die elterliche Sorge – etwa nach Scheidung – allein übertragen, so bestimmt er alleine, ohne daß der Vormundschaftsrichter eingreift. Und die nichteheliche Mutter trifft ihre Erziehungsentscheidungen ebenfalls ohne Staatseingriff. Daher **muß** m. E. das Vormundschaftsgericht einem der Eltern die Entscheidungsgewalt übertragen. Dies ist auch die Linie, auf die sich die Rechtsprechung eingespielt hat. Die vorgeschlagene Neufassung geht daher über die Judikatur hinaus und verstößt gegen den Grundsatz der Familienautonomie. Wenn schon das Kindeswohl in diesem Zusammenhange angesprochen werden soll, so auch nur dahin, „daß der Richter die Entscheidung trifft, die dem Wohle des Kindes am besten entspricht“ (so auch § 1671 I E).

## 3. Die Aushöhlung des Elternrechts durch § 1626 E

Nicht abzusehen sind die Konsequenzen, die die neue Formulierung des § 1626 mit sich bringt:

Da ist zunächst die – für die juristische Interpretation bedeutsame – Umstellung von Recht und Pflicht in § 1626 II BGB in Pflicht und Recht in § 1626 und § 1631 I E. Die Begründung des Regierungsentwurfs sagt dazu, daß „entgegen dem allgemeinen Sprachgebrauch das Wort Pflicht dem Wort Recht vorangestellt werde, um den Pflichtcharakter der Rechtsstellung der Eltern hervorzuheben“<sup>24</sup>), und Knöpfel, der den Regierungsentwurf verteidigt, meint lapidar, durch die Umstellung werde nur die ursprüngliche Konzeption des Entwurfs I zum BGB wiederhergestellt<sup>25</sup>). Kein Wort davon, daß das Grundgesetz Pflege und Erziehung als das natürliche **Recht** der Eltern und die ihnen zuvörderst obliegende **Pflicht** bezeichnet. Dadurch wird nicht nur der Grundrechtscharakter des Elternrechts, sondern auch ihr Interpretationsprimat zu Fragen des Kindeswohls betont. Eine nur zu leicht aus der Umkehrung der Reihenfolge zu schließende stärkere Betonung der Pflichtkomponente könnte zu einem Einfallstor staatlicher (sprich: vormundschaftsgerichtlicher) Eingriffe gegen „pflichtvergesene“ Eltern werden.

Während das Gesetz die Elternpflicht betont, erscheint eine Pflicht des Kindes – das ja in zunehmendem Maße grundrechtsmündig werden soll – an keiner Stelle – ganz im Gegensatz zu vergleichbaren ausländischen Gesetzen, z. B. zu Art. 301 II, 1 ZGB in der Fassung des am 1. 1. 1978 in Kraft getretenen neuen schweizerischen Kindesrechts, das die Gehorsamspflicht des Kindes gegenüber seinen Eltern unterstreicht. Wenn schon § 1626 II E eine „Leitbildfunktion“ haben soll, so müßte doch auch die Pflichtenseite des Kindesrechts angesprochen werden! Statt dessen will der Gesetzgeber die Eltern verpflichten, bei Maßnahmen der elterlichen Sorge auf den Kindeswillen Rücksicht zu nehmen, soweit das Kind zur Beurteilung seiner Angelegenheiten in der Lage ist. Auch hier stellt sich die Frage, wer im Konfliktsfalle entscheidet, ob das Kind **in casu** einsichtsfähig genug war. In Verbindung mit § 1666 E wohl der Vormundschaftsrichter. Der schweizerische Gesetzgeber war hier zurückhaltender. An die Stelle von Geboten stellt er eine beschreibende Aussage:

Art. 311 II ZGB: „Sie (die Eltern) gewähren dem Kind die seiner Reife entsprechende Freiheit der Lebensgestaltung und nehmen in wichtigen Angelegenheiten, soweit tunlich, auf seine Meinung Rücksicht.“

Insbesondere ist der schweizerische Gesetzgeber nicht – wie der Vorschlag des § 1626 II E – der Versuchung erlegen, den Eltern vorzuschreiben, bei allen Maßnahmen nach Möglichkeit ein Einvernehmen mit dem Kinde herzustellen – eine Forderung, die wohl kaum **in praxi** durchzusetzen sein wird. Insbesondere aber hat der schweizerische Gesetzgeber erkannt, daß die Frage, ab wann und in welchem Maße ein Kind an seiner Erziehung selbst zu beteiligen ist, selbst ein erzieherisches Problem – das die Eltern zu lösen haben – ist, aber keine Rechtsfrage<sup>26</sup>).

Und dann die Berufsausbildung: Da wird den Eltern zur Pflicht gemacht, Maßnahmen, die die Ausbildung oder den Beruf des Kindes betreffen, sollten seiner Begabung und Neigung entsprechen. Bei Meinungsverschiedenheiten sei der Rat eines Berufs- und Bildungsberaters einzuholen. Ab-

gesehen davon, daß es nicht genügend qualifizierte Berater dieser Art gibt, um alle in der Bundesrepublik auftretenden Divergenzen bei der Berufswahl zu begutachten: in unserer Zeit ist es doch leider der Fall, daß nicht genügend Ausbildungsplätze für gewünschte Berufe zur Verfügung stehen. Wie viele „berufene“ Mediziner können ihren Berufswunsch wegen des doch staatlicherseits zu vertretenden numerus clausus nicht verwirklichen, so daß sie die zweit-, dritt- oder viertbeste Lösung wählen müssen! Schließlich gilt auch hier wieder, daß angesichts der Verrechtlichung der Berufswahlentscheidung in § 1626 II E das letzte Wort wiederum der Vormundschaftsrichter zu sprechen hat, der ggf. nach § 1666 E den Eltern den Vorwurf machen wird, sie gefährdeten durch ihre Entscheidung das Kindeswohl!

#### 4. Zwei Sonderfälle:

##### **Einwilligung in eine Heilbehandlung und Anstaltsunterbringung**

§ 1626a E gibt dem über 14 Jahre alten Jugendlichen das Recht, in eine Heilbehandlung einzuwilligen, wenn er fähig ist, Grund und Bedeutung der Heilbehandlung einzusehen und seinen Willen danach zu bestimmen. Mit dieser Befugnis soll das elterliche Einwilligungsrecht konkurrieren. Es ist zunächst anzuerkennen, daß das Reformprojekt hier eine feste Altersgrenze aufstellt. Durch das – bereits nach der jetzigen Rechtsprechung<sup>27)</sup> – dem Kinde zustehende Recht wird jedenfalls verhindert, daß eine etwa erforderliche Operation bei einem Minderjährigen unterbleibt, obwohl dieser sie will, die Eltern sie aber aus religiösen Gründen ablehnen. Ich möchte daher diese Änderung begrüßen.

Abzulehnen aber ist der § 1631a E, der im Gegensatz zur derzeitigen Rechtslage die Unterbringung eines Kindes in einer Heil- und Pflegeanstalt von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abhängig macht<sup>28)</sup>. Wenn die Eltern es für notwendig halten, etwa ihren 16jährigen drogensüchtigen Sohn in einer Heilanstalt unterzubringen, so handeln sie in Ausübung ihres natürlichen Erziehungsrechts. Es liegt hier keine gerichtlich zu sanktionierende Freiheitsentziehung vor. Wenn das BVerfG<sup>29)</sup> die Unterbringung eines volljährigen Entmündigten in einer geschlossenen Anstalt von einer gerichtlichen Entscheidung abhängig machte und wenn das Familienrechtsänderungsgesetz von 1961 die Genehmigungspflicht in § 1800 II BGB auch auf die Unterbringung minderjähriger Mündel erstreckte, so deshalb, weil der Vormund staatlich verliehene Gewalt ausübt. Die Eltern jedoch handeln Kraft ihres **natürlichen** Erziehungsrechts, das durch Art. 6 II GG gegen staatliche Eingriffe geschützt wird.

#### 5. Zur Verkehrsregelung

Steht nur einem Elternteil die elterliche Sorge zu, so behält der andere Teil – als Rest seines natürlichen Elternrechts – die Befugnis zum Verkehr mit

dem Kinde (§ 1634 I, 1 E) – ein Regelungsvorschlag, dem man zustimmen sollte. Aber dann heißt es weiter, daß dieses Recht gegen den Willen des 14jährigen oder genügend einsichtsfähigen Kindes nicht ausgeübt werden darf. Also ein Verbotsgesetz für den nicht sorgeberechtigten Teil! Ich habe die größten Bedenken dagegen, dem Elternteil auch diesen Rest seines Elternrechts praktisch „zu nehmen“, obwohl er willens ist, das Beste für sein Kind zu tun. Hier soll Kindeswille vor Elternrecht gehen. Das kann – jedenfalls als gesetzliche Regel – nicht richtig sein. Es mag sein, daß in der Regel das Verkehrsrecht des nicht sorgeberechtigten Teils gegen den Willen des Kindes nicht durchzusetzen ist, es mag auch sein, daß in manchen Fällen der Versuch einer Durchsetzung für die Erziehung schädlich sein kann. Aber das ist eine ganz andere Frage. So wie der Entwurf jetzt formuliert ist, wird er dem sorgeberechtigten Teil die „ideale“ Handhabe geben, durch entsprechende Beeinflussung des Kindes dem anderen Teil das Verkehrsrecht praktisch zu nehmen. Also Aufforderung zum Rechtsbruch! Die 14-Jahres-Grenze wird dabei nicht hinderlich sein; denn der Nachweis, daß das Kind zu einer selbständigen Beurteilung fähig ist, wird häufig nicht schwerfallen oder doch zumindest versucht werden.

## **6. Gegen die Generalklausel des § 1666 E**

Wie bereits mehrfach bemerkt, stellt die Generalklausel des § 1666 E die einschneidendste Änderung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand dar. Die Begründung zum RegE<sup>30)</sup> macht auch keinen Hehl daraus, daß es den Reformern darum geht, die Möglichkeiten staatlicher Eingriffe in das Elternrecht zu erweitern. Denn da kann man lesen, daß staatliche Eingriffe in das Elternrecht heute nur sehr begrenzt möglich seien, da der Eingriff des Vormundschaftsgerichts immer schuldhaftes Verhalten der Eltern voraussetze. Diese Regelung bilde keinen ausreichenden Schutz für das Kind. Das Schuldprinzip müsse daher weichen. Der Regierungsentwurf beruft sich zur Rechtfertigung seiner Ansicht auch auf die Beratungen des Bundesrats zur Nichteheleichenreform<sup>31)</sup>.

Nun trifft es zu: Nach geltendem Recht kann nach § 1666 BGB nur gegen die Eltern vorgegangen werden, die schuldhaft das geistige oder leibliche Wohl des Kindes gefährden, sei es, daß das Sorgerecht mißbraucht oder das Kind vernachlässigt wird oder daß sich die Eltern eines ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandels schuldig machen.

Wenn jedoch behauptet wird, daß dadurch notwendige Eingriffe in das Personensorgerecht nur beschränkt möglich seien, so trifft das einfach nicht zu: Einmal erfordern die Maßnahmen nach dem Jugendwohlfahrtsgesetz – Erziehungsbeistandschaft, Fürsorgeerziehung und Erziehungshilfe – kein Verschulden. Aber hier wird den Eltern das Personensorgerecht auch nicht entzogen. Zum zweiten beweist die Kasuistik der Rechtsprechung, daß sich jeder regelungsbedürftige Fall auch mit dem gegen-

wärtigen § 1666 BGB lösen läßt. Mit Recht heißt es daher bei Palandt/Diederichsen<sup>32</sup>), daß die Mißbrauchs- und Vernachlässigungsjudikatur zeigt, daß „praktisch kein Unterschied“ bestehe, ob man nun Verschulden verlange oder nicht.

Gewiß drängen Jugendämter und andere Behörden darauf, das Verschuldensprinzip zu beseitigen, weil sich dann einfacher und zügiger arbeiten läßt – ein Standpunkt, den man verstehen muß. Aber diese Stellen denken nur an (ihre) Konzeption des Kindeswohls, nicht an das Elternrecht. Ein Recht aber kann man nur demjenigen nehmen, der schuldhaft versagt. Dies gilt insbesondere von dem natürlichen Recht der Eltern, ihre Kinder zu erziehen. Nur (schuldhafter) Mißbrauch – und hier verweise ich erneut auf Ossenbühl<sup>33</sup>) – rechtfertigt daher Eingriffe in dieses Recht bis hin zu seiner Entziehung.

Gibt man diese Barriere auf, dann droht die Gefahr, daß, gedeckt durch § 1666 E, letztlich nicht mehr die Eltern entscheiden, was dem Kindeswohl entspricht, sondern der Staat. Vom Wortlaut her böte das Gesetz mit der Formel

„Wird das persönliche Wohl des Kindes gefährdet und sind die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage, die Gefahr abzuwenden, so hat das Vormundschaftsgericht die erforderlichen Maßnahmen zu treffen.“

selbst die Möglichkeit, aus politischen Gründen gegen Eltern einzuschreiten. Ich sage nicht, daß diese Gefahr akut wäre, doch: videant Consules! Daß das **Institut der Verwirkung der elterlichen Gewalt** ersatzlos gestrichen werden soll, hängt nicht nur mit der Abkehr vom Verschuldensprinzip, sondern auch damit zusammen, daß sich entsprechende Fälle mit § 1666 BGB (auch der gegenwärtigen Fassung) regeln lassen. Es sind daher keine prinzipiellen Einwendungen zu erheben.

## 7. Zum Kindesvorschlag nach § 1671 E

Daß das Kind – von einem gewissen Alter an – im Scheidungsverfahren darüber zu hören ist, wem von beiden Elternteilen die elterliche Gewalt zu übertragen ist, ist gegenwärtig Praxis. Nun soll der 14jährige Minderjährige, aber auch das Kind, das nach seinem Entwicklungsstand zu einer selbständigen Beurteilung fähig ist, einen Übertragungsvorschlag machen können. Daraus resultiert dann nach dem FG ein selbständiges Beschwerderecht<sup>34</sup>), falls von diesem Vorschlag abgewichen wird.

Ich habe gegen diese Stärkung der Kindesposition grundsätzlich keine Bedenken, möchte aber vorschlagen, aus Rechtsklarheitsgründen – wie in vergleichbaren Fällen – das Recht zum Übertragungsvorschlag nur in der ersten Alternative zu gewähren. Denn wie soll der Richter im Scheidungsprozeß zuverlässig die Einsichtsfähigkeit eines noch nicht 14jährigen feststellen können!

## IV. Das Ergebnis

Als Fazit bleibt festzustellen: Mögen auch Einzelpunkte der Reform billigenwert sein, insgesamt droht von ihr die Gefahr einer Aushöhlung des elterlichen Sorgerechts und eine Erweiterung der Staatsingerenz in Ehe und Familie.

## Anmerkungen

- 1) BGBI I 1421 ff.
- 2) Dazu: Habscheid, Vermutungen im neuen Scheidungsrecht, in: Festschrift für F. W. Bosch, 1976, 355 ff.
- 3) Bt-Drs. 7/2060 vom 2. 5. 1974.
- 4) Bt-Drs. 8/111 vom 10. 2. 1977.
- 5) Dings-Bums. Eine Zeitung für alle, die jung sind und arbeiten, hrsg. vom Presse- und Informationsamt der Bundesregierung, Nr. 1/1974 S. 10.
- 6) Mitt. des Zentralkomitees der Deutschen Katholiken 105/77 vom 25. 4. 1977.
- 7) Vgl. z. B. Lüderitz, FamRZ 1975, 605 ff.; Strätz, FamRZ 1975, 541 ff.; Giesen, FamRZ 1977, 594 ff. Für die Reform: Knöpfel, FamRZ 1977, 600 ff., alle mit weiteren Nachweisen.
- 8) BVerfGE 10, 59 ff.
- 9) Bereits jetzt nach § 59 FGG, Beschwerdeberechtigung für den Minderjährigen ab 14 Jahre. Bei echten Antragsrechten wird er künftig aber auch die Befugnis erhalten, ein erstinstanzliches Verfahren einzuleiten. DÖV 1977, 801 ff.
- 10) S. 806.
- 11) S. 806.
- 12) Hervorhebung durch den Verf.
- 13) Leibholz/Rinck, Komm. zum GG, 5. Aufl. 1975, Art. 6 Anm. 6 (S. 277).
- 14) Hervorhebung durch den Verf.
- 15) Hervorhebung durch den Verf.
- 16) FamRZ 1977, 595, ähnlich Strätz, FamRZ 1975, 549.
- 17) Vgl. auch Strätz, FamRZ 1975, 547 ff., S. 51.
- 18) Vgl. Gernhuber, Lehrb. des Familienrechts, 2. Aufl. 1971, S. 51; D. Schwab, JZ 1970, 745, vor allem aber Bosch, FamRZ 1973, 489 ff.; 1974, 1 ff.
- 19) Mitgl.-Rdbrf. der Arbeitsgemeinschaft für Erziehungshilfe, AFEH – Aug. 1973, S. 55 ff.
- 20) So die „Zielsetzung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung“.
- 21) BVerfGE 10, 59 ff.
- 22) AG Hamburg, FamRZ 1961, 123; AG Köln, FamRZ 1967, 293; OLG Frankfurt, FamRZ 1961, 125; LG Stuttgart, NJW 1961, 273.
- 23) Vgl. etwa Mnookin, Was stimmt nicht mit der Formel vom Kindeswohl, FamRZ 1975, 1 ff.
- 24) Bt-Drs. 7/2060 S. 15 (ad 4).
- 25) FamRZ 1977, 602.
- 26) So mit Recht Strätz, FamRZ 1975, 549.
- 27) Vgl. etwa OLG München, NJW 1958, 633; OLG Celle, MDR 1960, 136; vgl. auch die Nachweise bei Staudinger/Göppinger, § 1666 Rdn. 76.
- 28) Vgl. Weyer, FamRZ 1968, 188; Habscheid, Freiw. Gerichtsbarkeit, 6. Aufl., S. 247/248.
- 29) BVerfGE 10, 302.
- 30) Bt-Drs. 7/2060 S. 28.
- 31) Bt-Drs. V/2370 S. 104.
- 32) 36. Aufl., § 1666 Anm. 2.
- 33) Siehe oben II, 2; auch Palandt/Diederichsen, § 1666 Anm. 2.
- 34) Vgl. zu Note 9).

## Zur Person des Verfassers

Dr. jur. Dr. jur. h. c. (Univ. Caen) Walther J. Habscheid, o. Professor für Zivilrecht, Prozeßrecht und Rechtsvergleichung an den Universitäten Würzburg und Genf.

## **Bisher sind u. a. erschienen**

- Nr. 24 Manfred Spieker, Gibt es einen humanen Marxismus?
- Nr. 25 Günter Baadte, Theologie der Befreiung – Ansätze, Ziele und Kritik
- Nr. 26 Cl. u. R. Willeke, Versagen unsere Familien? – Zum Zweiten Familienbericht der Bundesregierung
- Nr. 27 Hermann Boverter, Freiheit, nicht Emanzipation ist der Grundwert
- Nr. 28 Josef Oelinger, Freiheit im Zwielficht – Zum „Ökonomisch-politischen Orientierungsrahmen 1975–1985“ der SPD
- Nr. 29 Anton Rauscher, Der Sozialstaat in der Krise?
- Nr. 30 Georg Leber, Verantwortung für die Sicherheit – Neun Thesen zur Sicherheitspolitik in einer veränderten Welt
- Nr. 31 H. B. Streithofen, Ist in der Politik alles machbar?
- Nr. 32 Johannes Messner, Klassenkampf oder Sozialpartnerschaft?
- Nr. 33 Peter Ehlen, Christentum – Weltanschauung, Ideologie oder was sonst?
- Nr. 34 Bernhard Kulp, Investitionslenkung
- Nr. 35 Ulrich Wagner, Dritter Weg? Das jugoslawische Modell und die Wirklichkeit
- Nr. 36 Heiner Koch, Freiheit, menschlicher Lebenssinn und Glück
- Nr. 37 Felix Raabe, Der Streit um die Grundwerte. Fragen, Argumente, Konsequenzen
- Nr. 38 Franz Spiegelhalter, Krankenhaus zwischen Selbstverwaltung und staatlichem Dirigismus
- Nr. 39 Hermann Boverter, Rundfunkfreiheit – Legitimationskrise des öffentlichen Systems
- Nr. 40 H. Günther/Cl. Willeke, Gesamtschule als Ideologie
- Nr. 41 L. Roos, Kirche – Politik – soziale Frage. Das verpflichtende Erbe Bischof Kettelers
- Nr. 42 Otto B. Roegele, Kirche und Europa. Die deutschen Katholiken und die europäische Einigungspolitik
- Nr. 43 W. Weber, Christliche Ethik zwischen Anpassung und Widerstand – Möglichkeiten und Grenzen des Aggiornamento
- Nr. 44 V. Lissek, Es gibt kein Recht auf Abtreibung – Zur Änderung des § 218 und zum Weigerungsrecht
- Nr. 45 A. Langner, Kirche und Kommunismus
- Nr. 46 A. F. Utz, Was ist katholische Soziallehre?
- Nr. 47 R. von Voss, Terrorismus und streitbare Demokratie
- Nr. 48 Fr. Graf von Westphalen, Eurokommunismus – Wölfe im Schafspelz?