

Legaledukation¹

Erzieherische Intentionen des Gesetzes im Kindesschutzrecht

MATTHIAS JESTAEDT

- I. Das erziehende Gesetz im Kindesschutzrecht
- II. „Legaledukation“: Erziehung durch Gesetz
 1. Edukatorische Tendenzen
 2. Gesetzliche Steuerung und „Erziehung“
 3. „Legaledukation“ – ein Oxymoron?
- III. Das Kindesschutzrecht als gesetzgeberische Wachstumsbranche
 1. Legislativer Aktionismus auf Bundes- und Landesebene
 2. Mehrfacher Paradigmenwechsel
- IV. „Pädagogisierung“ des Kindesschutzrechts
 1. Kennzeichen der „Pädagogisierung“
 2. Ansätze und Anzeichen von „Pädagogisierung“
- V. Einfachgesetzliche Unverfügbarkeit der Position des Erziehungsberechtigten: das Elternrecht
 1. Die grundrechtsdogmatische Mitte des Kindesschutzes: das Kindeswohl
 2. Die Befugnis zur Konkretisierung des Kindeswohls
 3. Die Versuchung des „positiven Standards“
 4. Das nachrangige Erziehungsmandat des Staates
 5. Elternrechtsdogmatische Multivalenz staatlicher Maßnahmen
- VI. Versuch eines Fazits

I. Das erziehende Gesetz im Kindesschutzrecht

Mit meinem – zugegebenermaßen etwas aufreißerisch-alarmistisch – „Legaledukation“ betitelten Vortrag möchte ich Ihr Augenmerk auf einen Bereich lenken, in dem Erziehung nicht nur und erst Eigenschaft oder Intention des zur Regelung eingesetzten Gesetzes ist, sondern auch und gerade dessen eigentlicher Regelungs-Gegenstand. Hier geht es nicht primär darum, dass das Gesetz selbst das Erziehungsmittel ist, also edukatorisch eingesetzt wird, son-

¹ Mit Rücksicht auf die nachfolgend dokumentierte Diskussion wurde die Vortragsfassung – auf dem Stand von Mitte 2011 – beibehalten.

dern zuvörderst darum, dass es als unersetzbares Mittel fungiert, Erziehung in puncto Akteuren und Zuständigkeiten, Zielen und Modalitäten, Prozessen und Instrumenten verbindlich zu regeln. Das „erziehende Gesetz“ erhält hier einen zweiten oder auch Doppelsinn.

Gemeint ist der Bereich des staatlichen Kindesschutzrechts. Darunter will ich die Gesamtheit jener staatlichen Rechtsvorschriften verstehen, die intentional und spezifisch auf das Wohlergehen von Kindern unter Einschluss des Hineinwachsens der Kinder (und Jugendlichen) in die Selbstbestimmungs- und Gemeinschaftsfähigkeit gerichtet sind. Im staatlichen Kindesschutzrecht spielt die Erziehung eine ganz zentrale Rolle. Ob Hilfen zur Erziehung nach §§ 27 ff. SGB VIII wie soziale Gruppenarbeit (§ 28), Erziehungsbeistand (§ 30) oder Heimerziehung (§ 32) oder ob Schulgesetze nach der Art des Bayerischen Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen (BayEUG) mit seiner Zweckbestimmung in Art. 1 Abs. 1 Sätzen 1 und 2²: Erziehung ist eines der wichtigsten Medien zur Aktualisierung und Implementierung eines umfassenden staatlichen Kindesschutzes.

Damit ist aber nur die *eine* Besonderheit bezeichnet, die meine Themenwahl charakterisiert. Es tritt eine zweite – mit der ersten in einem wechselseitigen Bedingungs- und Verstärkungszusammenhang stehende – hinzu: Gemeinhin ist, wenn von Erziehung im Kindesschutzrecht die Rede ist, die Erziehung der Schutzbegünstigten selbst, also der Kinder und, mit zunehmendem Alter abnehmend, auch der Jugendlichen gemeint. Darum soll es im Folgenden aber nicht oder doch nur am Rande gehen – nämlich insoweit, wie dieser Aspekt den eigentlichen Fokus determiniert. Dieser – wenn Sie so wollen: die eigentliche Pointe meines Themas – betrifft die durch staatliches Kindesschutzgesetz veranlasste oder auch intendierte Erziehung derjenigen, denen das Sorge(- und damit auch das Erziehungs)recht für die Erziehungsbegünstigten kraft §§ 1626 ff. BGB zusteht. Es geht also um die Erziehung der nach bürgerlichem Recht Erziehungsberechtigten durch staatliches Gesetz im Hinblick auf die ihnen zustehende Kindeserziehung. Ohne *simplification terrible* dürfen wir formulieren: Es geht um die staatliche Erziehung der Eltern als Eltern. Oder zugespitzt: Es geht um die staatliche Erziehung der Eltern zu guten Eltern.

2 Art. 1 Abs. 1 BayEUG: „¹Die Schulen haben den in der Verfassung verankerten Bildungs- und Erziehungsauftrag zu verwirklichen. ²Sie sollen Wissen und Können vermitteln sowie Geist und Körper, Herz und Charakter bilden.“

II. „Legaledukation“: Erziehung durch Gesetz

1. Edukatorische Tendenzen

Aber natürlich – das muss ich sofort einschränkend hinzusetzen – findet sich keine Gesetzesnorm des Unions-, Bundes- oder Landesrechts, die offensiv und explizit die Erziehung der Eltern forderte oder regelte. Die Erziehung der Erziehungsberechtigten ist noch nicht einmal, wenn ich es richtig sehe, ein offengelegtes oder gar öffentlich erklärtes Ziel von Kinderschutzgesetzen, kein ausgearbeitetes und ausgeklügeltes, ebenso konsequentes wie konsistentes gesetzgeberisches Programm. Und doch meine ich just in der zurückliegenden Dekade eine politisch-gesellschaftliche Grundströmung und eine diese abbildende und verstärkende gesetzgeberische Tätigkeit wahrzunehmen, die in manchen Einzelheiten sowie insbesondere in ihrer Summe deutliche und absichtsvolle edukatorische Züge in Richtung auf die Eltern aufweisen. Inwieweit sich diese Beobachtung oder auch Behauptung erhärten lässt, können Sie auf der Grundlage der von mir sogleich zu nennenden Indizien selbst beurteilen.

2. Gesetzliche Steuerung und „Erziehung“

Lassen Sie mich indes zuvor noch zwei präzisierende Zwischenbemerkungen einschieben. Die erste bezieht sich auf das Verhältnis von gesetzlicher Steuerung und Erziehung. Wenn ich von „Erziehung durch Gesetz“ oder gleichsinnig von „Legaledukation“ spreche, so beziehe ich mich nicht auf den – unspezifisch und gemeinplätzig – Umstand, dass Gesetze Steuerungszwecke verfolgen und Steuerungswirkungen zeitigen (und dass im optimalen Falle beide inhaltlich kongruent sind). Das Recht im Allgemeinen und das Gesetz im Besonderen sind ja gerade Medien zu verbindlicher sozialer Steuerung.³ Der Steuerungsimpuls ist im Blick auf das Gesetz nichts eigens Hervorhebenswertes, sondern notwendigerweise Dazugehöriges. Eher lässt sich umgekehrt formulieren: Eine Rechtsnorm, die nichts zu steuern vorgibt, ist keine Rechtsnorm, geht ihr doch das Moment des Präskriptiven und damit jenes des Normativen ab.

Mit Erziehung soll denn auch eine besondere Form der steuernden Einwirkung gemeint sein. Ich mache mich hier nicht anheischig, in die weitverzweigte und hochkomplexe Diskussion unter Erziehungswissenschaftlern, Sozialwissen-

3 Dazu eingehend FRANZ REIMER, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 9, S. 585 ff.

schaftlern und Philosophen einzugreifen. Für die Zwecke des Rechtswissenschaftlers sei folgendes, einem zugegebenermaßen nicht-hierarchiefreien Erziehungsverhältnis verpflichtetes Begriffsverständnis zugrunde gelegt: Erziehung ist eine asymmetrische personale Interaktion, die der Erziehende bewusst zu dem Zwecke einsetzt, beim Adressaten der Erziehung Lernprozesse auszulösen, zu verstärken oder zu verstetigen, die auf die dauerhafte Veränderung des Verhaltens und der Einstellung im Sinne festgelegter Erziehungsziele – letztlich im Sinne der Persönlichkeitsbildung – gerichtet sind und die der Adressat mangels eigener Einsicht, Umsicht oder Übersicht noch nicht selbsttätig in Gang zu setzen vermag. Anlass und Grund von Erziehung bildet typischerweise der altersbedingte – genauer: der kraft jugendlichen Alters bedingte – Mangel an Einsicht und Reife auf Seiten des Adressaten. Erziehung als von einem anderen gesteuerter sozialer Lernprozess operiert im Blick auf den zu Erziehenden sowohl einichts- und verständnisbasiert als auch einsichts- und verständnisgenerierend und ist daher abzuheben von anderen, nicht einsichtsorientierten Steuerungsweisen wie Manipulation und Dressur, Konditionierung und Abrichtung.

3. „Legaledukation“ – ein Oxymoron?

Meine zweite Präzisierung: Die Wortschöpfung „Legaledukation“ kann, je nach Deutung der beiden Wortbestandteile, leicht oxymoronen Charakter annehmen. Das Gesetz, zumal das hier gemeinte staatliche Gesetz, ist durch seine Einseitigkeit und Hoheitlichkeit gekennzeichnet; der in der Sanktionsbewehrung liegende Zwangscharakter im *forum externum* ist – ohne dass man Anhänger der Imperativentheorie sein müsste – sein Wesensmerkmal. Die Erziehung hingegen als Form personaler Interaktion wird vom Erzieher in Gang gesetzt, um einsichtsbasierte Änderungen von Verhalten und Einstellungen zu bewirken; Zwangsmomente, die wahrscheinlich in keiner Erziehungsrelation völlig fehlen, sind hier nicht mehr als – an sich zu vermeidende – Auffangpositionen. Indes schließen sich Verhaltensanpassungen zwecks Sanktionsvermeidung einerseits und Änderung von Verhaltensweisen und Einstellungen kraft exogen vermittelter Einsicht andererseits nur in idealtypischer Zuspitzung aus. Schließlich kommt auch Erziehung nicht ohne den Einsatz – Aufrichtung wie Vollstreckung – von Normen aus. Unbeschadet dessen mag man die Frage stellen, ob sich mit dem staatlichen Gesetz Erziehung, die ihren Namen verdient, tatsächlich, nachhaltig und berechenbar erzielen lässt. Um dem damit aufgeworfenen Problem aus dem Wege zu gehen, spreche ich im Untertitel vorsichtiger von bloßen „erzieherischen Intentionen“ des Gesetzes.

III. Das Kinderschutzrecht als gesetzgeberische Wachstumsbranche

Wo nun zeigen sich Indizien für eine gesetzliche oder doch gesetzlich veranlasste Erziehung der Eltern zu guten Eltern? Ausgangspunkt unserer weiteren Überlegungen ist die rasante quantitative wie qualitative Entwicklung des Kinderschutzrechts, die – wie ich es formulieren möchte – zu einer zwar noch am Anfang stehenden, aber doch schon spürbaren „Pädagogisierung“ des Kinderschutzrechts geführt hat.

1. Legislativer Aktionismus auf Bundes- und Landesebene

Das Kinderschutzrecht zählt zweifellos zu einer der großen legislativen Wachstumsbranchen der letzten knapp zehn Jahre. Hier müssen einige wenige Stichworte genügen.

Am eklatantesten sind Tempo und Umfang gesetzgeberischer Aktivität im Kinder- und Jugendhilferecht: Das aus dem Jahre 1922 stammende Reichsjugendwohlfahrtsgesetz⁴ wurde erst knapp 40 Jahre später – im Jahre 1961 – in Gestalt des Jugendwohlfahrtsgesetzes⁵ novelliert. Ein erster großer Paradigmenwechsel – von der Jugendwohlfahrt zur Kinder- und Jugendhilfe – vollzog sich weitere dreißig Jahre später mit dem Erlass des SGB VIII (Kinder- und Jugendhilfe), welches zum 1. Januar 1991, also vor etwa 20 Jahren in Kraft trat.⁶ Seitdem ist das Kinder- und Jugendhilferecht nicht mehr recht zur Ruhe gekommen. Ganz im Gegenteil: Die Novellierungsschritte wurden kürzer und, wenn nicht alles trügt, auch hektischer. Um nur die wichtigsten weiteren Stationen zu nennen: Einführung des Rechts auf einen Kindergartenplatz 1992,⁷ Auswirkungen der Kindschaftsrechtsreform aus dem Jahre 1998,⁸ Tagesbetreuungsausbau-

4 Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt vom 9. Juli 1922 (RGBl. I S. 633), in Kraft getreten am 1. April 1924.

5 Gesetz für Jugendwohlfahrt (JWG) vom 11. August 1961 (BGBl. I, S. 1206), in Kraft getreten am 1. Juli 1962.

6 Aches Buch Sozialgesetzbuch – Kinder- und Jugendhilfe – (SGB VIII) vom 26. Juni 1990 (BGBl. I, S. 1163).

7 § 24 SGB VIII in der Fassung von Art. 5 des Gesetzes zum Schutz des vorgeburtlichen/ werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlicheren Gesellschaft, für Hilfen im Schwangerschaftskonflikt und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs (Schwangeren- und Familienhilfegesetz – SchwFamG) vom 27. Juli 1992 (BGBl. I, S. 1398) mit Wirkung vom 1. Januar 1996.

8 Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz) vom 16. Dezember 1997 (BGBl. I, S. 2942), in Kraft getreten am 1. Juli 1998.

gesetz (TAG) von 2004⁹ sowie das gerade für den besseren Schutz von Kindern vor Gefahren für ihr Wohl richtungweisende Kinder- und Jugendhilfeentwicklungs-gesetz (KICK) anno 2005,¹⁰ außerdem das Kinderförderungsgesetz (KiFöG) von 2008.¹¹ Im Jahre 2009 trat das für weite Bereiche des Kinderschutzrechts geltende „Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)“ in Kraft.¹² Seither laufen Bestrebungen, ein Bundeskinderschutzgesetz zu erlassen. Ein erster, noch von der Großen Koalition im Jahre 2009 vorgelegter Entwurf scheiterte;¹³ derzeit befindet sich ein neues Bundeskinderschutzgesetz – mit dem Titel „Gesetz zur Stärkung eines aktiven Schutzes von Kindern und Jugendlichen“ – in der legislativen Pipeline. Die Chancen, dieses Mal die parlamentarischen Hürden zu nehmen und bis zum 1. Januar 2012 in Kraft gesetzt zu werden, stehen ganz gut.¹⁴ Doch damit nicht genug: Auch die Landesgesetzgeber trugen ihr Scherflein zum Anwachsen des gesetzlichen Kindesschutzrechts auf dem Gebiet der Kinder- und Jugendhilfe bei: In den Jahren 2007 bis 2010 wurde in der weit überwiegenden Anzahl der Bundesländer ein landeseigenes Kindesschutz- oder

-
- 9 Gesetz zum qualitätsorientierten und bedarfsgerechten Ausbau der Tagesbetreuung und zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe (Tagesbetreuungs-ausbaugesetz – TAG) vom 27. Dezember 2004 (BGBl. I, S. 3852), in Kraft getreten am 1. Januar 2005.
- 10 Gesetz zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe (Kinder- und Jugendhilfe-weiterentwicklungsgesetz – KICK) vom 8. September 2005 (BGBl. I, S. 2729), in Kraft getreten am 1. Oktober 2005.
- 11 Gesetz zur Förderung von Kindern unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege (Kinderförderungsgesetz – KiFöG) vom 10. Dezember 2008 (BGBl. I, S. 2403), in Kraft getreten am 16. Dezember 2008.
- 12 Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I, S. 2586, 2587), in Kraft getreten am 1. September 2009.
- 13 Vgl. Entwurf (der Bundesregierung) eines Gesetzes zur Verbesserung des Kinderschutzes (Kinderschutzgesetz), BR-Drucks. 59/09 vom 23. Januar 2009 und BT-Drucks. 16/12429 vom 25. März 2009.
- 14 Der Entwurf (der Bundesregierung) eines Gesetzes zur Stärkung eines aktiven Schutzes von Kindern und Jugendlichen (Bundeskinderschutzgesetz – BKiSchG) wurde am 15. April 2011 im Bundesrat eingebracht (BR-Drucks. 202/11); am 27. Mai 2011 nahm dieser dazu Stellung (BR-Plenarprot. 883, S. 245A-248B). Am 22. Juni 2011 ging der Entwurf mit Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung an den Bundestag (BT-Drucks. 17/6256). Dieser überwies am 1. Juli 2011 in 1. Lesung den Entwurf an den Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BT-Plenarprot. 17/118, S. 13693A-13709A), der am 26. September 2011 eine Sachverständigen-Anhörung durchführen wird (vgl. http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2011/35267023_kw39_pa_familie/index.html – aufgerufen am 21.09.2011). Mittlerweile ist das Bundeskinderschutzgesetz vom Bundestag (15. Dezember 2011) und Bundesrat (16. Dezember 2011) angenommen worden und zum 1. Januar 2012 in Kraft getreten: BGBl. 2011 I, S. 2975. Dazu eingehend THOMAS MEYSEN/DIANA ESCHELBACH, Das neue Bundeskinderschutzgesetz, 2012, besonders S. 27 ff.

auch Kindeswohlgesetz beschlossen; mit wenigen Ausnahmen wurde ein Frühwarnsystem in Gestalt eines sogenannten verbindlichen Einladungswesens zu den Früherkennungsuntersuchungen (U1 bis U9) implementiert.¹⁵

Für das zivilrechtliche Kindschafts- und Sorgerecht ist insbesondere noch das dem FamFG vorausgehende und die Zentralvorschrift des § 1666 BGB novellierende „Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdungen des Kindeswohls“ (KiWoMaG) aus dem Jahre 2008 zu erwähnen.¹⁶ Weitere gesetzgeberische Aktivitäten ließen sich namentlich aus dem Schul- und Vorschulrecht nennen sowie aus dem großen Sektor beschäftigungspolitisch motivierter Maßnahmen wie beispielsweise die Einführung des Elterngeldes und der Vätermonate durch das „Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz – BEEG)“ aus dem Jahre 2006.¹⁷

2. Mehrfacher Paradigmenwechsel

Ohne dass dies hier im Einzelnen in der an sich gebotenen Detailliertheit und Differenziertheit ausgeführt werden könnte, sei festgehalten, dass sich an zahlreichen Stellen – im Bundes- wie im Landesrecht, im Kinder- und Jugendhilferecht wie im Kindschafts- und Sorgerecht wie auch im Verfahrensrecht – gravierende, nicht selten an Paradigmenwechsel heranreichende Perspektivenveränderungen, Neuausrichtungen und Intensitätssteigerungen des Kindesschutzrechts vollzogen haben. Im Mittelpunkt stehen sicherlich die Wendung hin zu einem präventiven, familienunterstützenden Ansatz, die starke Ausweitung des Leistungsspektrums, die bessere Verzahnung und Abstimmung kindesschutzrelevanter staatlicher und nicht-staatlicher Institutionen, ein weit vorverlagertes Informationssystem zum Schutze der Kinder einschließlich sogenannter niederschwelliger Leistungen und Früher Hilfen sowie die Konkretisierung staatlicher Eingriffsmaßnahmen zur Verhinderung oder Abwehr von Gefahren für das Kindeswohl – seien die Maßnahmen gerichtlicher oder behördlicher Natur. Mit nur geringer Übertreibung lässt sich sagen, dass das gesetzliche Kindesschutzrecht in Deutschland – in

15 Zu den Details der landesrechtlichen Regelungen: THOMAS MEYSEN/LYDIA SCHÖNECKER/HEINZ KINDLER, Frühe Hilfen im Kinderschutz. Rechtliche Rahmenbedingungen und Risikodiagnostik in der Kooperation von Gesundheits- und Jugendhilfe, 2009, S. 142 ff., bes. mit Fußn. 394–404.

16 Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls (KiWoMaG) vom 4. Juli 2008 (BGBl I, S. 1188), in Kraft getreten am 12. Juli 2008.

17 Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz – BEEG) vom 5. Dezember 2006 (BGBl. I, S. 2748), in Kraft getreten am 1. Januar 2007.

Sonderheit in den letzten zehn Jahren – einem tiefgreifenden, sein Gesicht völlig verändernden Wandel unterzogen worden ist.

IV. „Pädagogisierung“ des Kindesschutzrechts

Damit einher gingen und gehen Ansätze einer „Pädagogisierung“ des Kindesschutzrechts, die sich nicht zuletzt in einem in manchem gewandelten Regelungsleitbild von Erziehung im Allgemeinen und in einer gewandelten Vorstellung von der Rolle der Eltern im Besonderen niedergeschlagen haben.

1. Kennzeichen der „Pädagogisierung“

Lassen Sie mich aber kurz einige wenige Worte verlieren, um zu umschreiben, was ich unter dem gewiss nicht gerade an übergroßer Schärfe leidenden Schlagwort von der „Pädagogisierung“ des Kindesschutzrechts verstehe: Wie die meisten auf „-isierung“ endenden Begriffe versucht auch der Topos „Pädagogisierung“, ein Ausdehnungsphänomen terminologisch dingfest zu machen: Etwas wird mit erzieherischen Zielen, Methoden und Mitteln (oder was man dafür hält) traktiert, was von der Sache her zunächst keine erzieherisch-pädagogische Relation ist. „Pädagogisierung“ des Kindesschutzrechts soll die Tendenzen terminologisch zusammenfassen, die darauf zielen, möglichen devianten – hier: kindeswohlschädlichen – Verhaltensweisen (insbesondere der Eltern) nicht in erster Linie und nicht sofort mit dem „harten“, endgültigen und typischerweise repressiv ausgerichteten Sanktionsmittel der Übelzufügung bis hin zum Sorgerechtsentzug zu begegnen, sondern die Devianz als Ansatzpunkt einer erzieherischen oder meinetwegen auch erziehungsähnlichen sozialen Interaktion zu begreifen, deren Ziel es ist, das betreffende Gegenüber tunlichst kraft eines einsichtsgesteuerten Lernprozesses, der sich im Rahmen einer pädagogischen Beziehung vollzieht, dahin zu führen, dass es sich im Ergebnis selbst – kraft intrinsischer Motivation – dazu entscheidet, das deviante Verhalten aufzugeben und die normkonformen, man darf auch formulieren: vernünftigen Verhaltensweisen und Einstellungen anzunehmen. Mit THOMAS SIMON gesprochen: dass der Adressat der Erziehung am Ende auch will, was er aus Sicht des Erziehers soll.¹⁸ Charakteristisch für eine „pädagogisierende“ Herangehensweise ist das Systemisch-Ganzheitliche, das die Person als Ganzes in den Blick Nehmende des Zugangs, welches durch die Professionalisierung der Kindesschutzbehör-

¹⁸ THOMAS SIMON, Der Erziehungsgedanke in den frühneuzeitlichen Polizeiordnungen, in diesem Band, S. 59, 69.

den (mit Erziehern, Sozialpädagogen, Sozialarbeitern, Therapeuten vielfältigster Provenienz) besonders befördert wird. Erst das Fehlschlagen dieses „weichen“ (Erziehungs-)Prozesses rechtfertigt den Rückgriff auf das „harte“ Reaktionsarsenal des Eingriffs. Freilich steht die Sanktion im Falle des Fehlschlags der „weichen“ Lösung parat; und das wissen auch beide Seiten. Es ist geradezu eine Eigentümlichkeit dieser Art von „Pädagogisierung“, dass das Verschleifen der Gegensätze von „weich“ und „hart“, von Einsicht und Sanktion, von Zuwendung und Abwendung, von Leistung und Eingriff absichtsvoll betrieben wird und die Übergänge, die mit dem Rollenwechsel verbunden sind, vorab nicht allzu klar abgesteckt sind.

2. Ansätze und Anzeichen von „Pädagogisierung“

Infolge der immer weiter ausgreifenden, flächendeckender wirkenden und immer detaillierteren Regelungen des Kindesschutzrechts kann man den Eindruck gewinnen, dass die Eltern, die, soweit die Regelungen außenwirksam und nicht nur für den behördlichen oder doch fachlich-institutionellen Binnenbereich gedacht sind, unmittelbar oder mittelbar die Hauptadressaten der Bestimmungen sind, *nolens volens* in immer mehr, immer dichtere und ihnen immer eingehendere Handlungs- oder doch Mitwirkungspflichten abverlangende Beziehungen zu den staatlichen Kindesschutz-Organen gelangen. Dabei verschwimmen die Grenzen zwischen den Einsatzgebieten von Leistung und Eingriff, die sich ohnedies wie kommunizierende Röhren verhalten, zusehends. Nicht selten steht bei der Ausrichtung der konkreten Maßnahme die Erkenntnis Pate, dass Prävention das beste Mittel sei, um Kinder effektiv vor Gefährdungen zu schützen. Dafür müssen die staatlichen Behörden in Kontakt mit den Kindern kommen, sie in deren natürlicher Umgebung antreffen. Damit aber ist nahezu zwangsläufig verbunden, dass der Staat auch den Erziehungsberechtigten – sprich: im Regelfall den Eltern – gleichsam näher auf den Leib rückt. Die stärkere staatliche Einbindung der Eltern – bereits das Wort „*Einbindung*“ transportiert ganz selbstverständlich den Gedanken, dass die Eltern gebunden werden – bringt sich in zunächst unverdächtig klingenden Formulierungen wie „Förderung und Stärkung der elterlichen Konfliktlösungskompetenz“ zum Ausdruck. Darin verbirgt sich letztlich nichts anderes als eine Adaption des aus den Hartz-IV-Regelungen und den Bestimmungen zur Integration von Ausländern bekannten und von dort in die Pädagogik gewanderten Doppelgrundsatzes des „Forderns und Förderns“¹⁹ – wohlgemerkt: des Forderns und Förderns auch und gerade der Eltern.

19 Zum Grundsatz des Forderns vgl. § 2 SGB II, zu jenem des Förderns § 14 SGB II.

Zwei Beispiele will ich nennen, um das Gesagte zu veranschaulichen. Dabei trägt das erste Beispiel wohl nicht so sehr für sich genommen als vielmehr als Puzzle-Stück in einem größeren Ganzen zur „Pädagogisierung“ des Kindesschutzrechts bei, indessen das zweite Exempel (in seinen beiden Varianten) auch in seiner Isolierung nachgerade das Paradebeispiel für das Phänomen der „Pädagogisierung“ abgibt: Das erste Beispiel bezieht sich auf das sogenannte verbindliche Einladungswesen in Sachen Früherkennungsuntersuchungen, sprich: die sanktionsbewehrte Pflicht der Eltern, ihre Kinder von der U1 bis zur U9 regelmäßig dem Kinderarzt vorzustellen. Im Falle, dass der Kinderarzt das Nicht-Erscheinen meldet bzw. die Eltern das Erscheinen nicht belegen, hat der Kinderarzt dies einer staatlichen Kinderschutzhilfe – zumeist dem zuständigen Jugendamt – zu melden, welches dann seinerseits in aller Regel die Pflicht hat (oder doch verspürt), diesem Anfangsverdacht einer Kindeswohlgefährdung nachzugehen – übrigens in mehr als 99 % der Fälle, ohne dass sich eine (bisher unbekannt) gefährdungsrelevante Sachlage herausstellt.²⁰ Hier sammeln die staatlichen Meldestellen Unmengen an – wie sich dann im Gros der Fälle erweist: für den Kinderschutz unnützen – Daten über Kinder und deren Eltern. Die Pflicht, der – ist das schon ein pädagogisierter Begriff? – „Einladung“ Folge leisten zu müssen, wird den Eltern gesetzlich auferlegt, obwohl im Schnitt mehr als 90 % der Eltern auch ohne und vor Bestehen dieser gesetzlich statuierten Pflicht die Vorsorgeuntersuchungen mit ihren Kindern *motu proprio* wahrgenommen haben.

20 Hessischer Landkreistag/Hessischer Städtetag, Hessisches Kindergesundheitsschutzgesetz: Evaluation durch die Jugendämter, Das Jugendamt 2010, S. 115 ff.: In Hessen erwiesen sich von – im Zeitraum vom 1. Juli 2008 bis zum 30. Juni 2009 getätigten – 9.208 Meldungen des Hessischen Kindervorsorgezentrums an die Jugendämter nur sechs Fälle als kinderschuttrelevant, d.h. eine Quote von 0,065 %. Die Bewertung des Einladungswesens nach dem Hessischen Kindergesundheitsschutzgesetz fällt denn auch entsprechend aus: „Arbeitsaufwand und Zahl der aufgedeckten Kinderschutzfälle stehen in keinem angemessenen Verhältnis und führen damit zu einer falschen Prioritätensetzung im Bereich Kinderschutz. [...] Es ist anhand bundesweit üblicher Schätzwerte zu vermuten, dass Hausbesuche nach dem Zufallsprinzip zu einer mindestens gleich hohen Anzahl von neu entdeckten Kinderschutzfällen führen. [...] Gleichzeitig erschweren der enorme Verwaltungsaufwand und das kontrollierende Zugehen des Jugendamts auf die Familien eine positive und hilfreiche Anbindung der Familien an Hilfeangebote, auch niederschwelliger Art. Das Image des Jugendamts als Eingriffsbehörde wird dadurch forciert“ (a.a.O., S. 116). Vgl. ergänzend, auch mit Zahlen aus Rheinland-Pfalz operierend: DIJuF-Rechtsgutachten vom 15. März 2011 (J 6.140 My), Das Jugendamt 2011, S. 395 ff., bes. 396; auf Erfahrungen aus dem Saarland, Rheinland-Pfalz, Brandenburg, Nordrhein-Westfalen, Bremen und Schleswig-Holstein basierend: HEIDRUN THAISS U.A., Früherkennungsuntersuchungen als Instrument im Kinderschutz. Erste Erfahrungen der Länder bei der Implementation appellativer Verfahren, Bundesgesundheitsblatt 53 (2010), S. 1029 ff., mit dem Fazit auf S. 1044 f.

Das zweite Beispiel: Das am 1. September 2009 in Kraft getretene FamFG enthält als Neuerung unter anderem eine zweite Art verbindlichen Einladungswezens: Nach § 156 Abs. 1 FamFG soll das Gericht in Kindschaftssachen, die die elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung, den Aufenthalt des Kindes, das Umgangsrecht oder die Herausgabe des Kindes betreffen, in jeder Lage des Verfahrens auf ein Einvernehmen der Beteiligten hinwirken, wenn dies dem Kindeswohl nicht widerspricht. Zu diesem Behufe weist es auf Möglichkeiten der Beratung durch die Beratungsstellen und -dienste der Träger der Kinder- und Jugendhilfe insbesondere zur Entwicklung eines einvernehmlichen Konzepts für die Wahrnehmung der elterlichen Sorge und der elterlichen Verantwortung hin. Dem Gericht steht sogar die Rechtsmacht zu, anzuordnen, dass die Eltern an einer solchen Beratung teilnehmen müssen. Dabei, so setzt § 156 Abs. 1 Satz 5 FamFG unmissverständlich hinzu, ist die Anordnung nicht selbständig anfechtbar, freilich auch nicht mit Zwangsmitteln durchsetzbar. Nicht unähnlich ist die in § 157 FamFG geregelte Konstellation: Zur Erörterung der Kindeswohlgefährdung bei Verfahren nach §§ 1666, 1666a BGB ventiliert das Gericht mit den Eltern, gegebenenfalls auch dem Jugendamt und sogar dem Kind selbst, wie einer möglichen Gefährdung des Kindeswohls, insbesondere durch öffentliche Hilfen, begegnet werden und welche Folgen die Nichtannahme notwendiger Hilfen haben kann. Nach § 157 Abs. 2 Satz 1 FamFG hat das Gericht das persönliche Erscheinen der Eltern zu diesem Termin anzuordnen. In beiden Fällen müssen die Eltern sich also auf eine ihnen oktroyierte Beziehung, auf eine von anderen betriebene und organisierte Suche nach der besten Lösung für das Kindeswohl einlassen und an ihr mitwirken. Es ist dies eben, so mag es scheinen, die unter den obwaltenden Umständen vernünftigste Lösung.

Jenseits allen fachlich begründeten Wandels im Umgang mit Kind, Eltern und Familie, den ich nicht unterschätzen möchte, kann ein *verfassungsrechtlicher* Grund für die vorstehend andeutungsweise geschilderte und mit Beispielen verdeutlichte Situation benannt werden: Es ist dies der Grundsatz der Erforderlichkeit in seinem besonderen Kolorit als Schranken-Schranke des staatlichen Wächteramtes nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG. Dieses ist – im Falle seiner Aktualisierung durch eine drohende oder bereits eingetretene Gefährdung des Kindeswohls – darauf gerichtet, die Gefährdung abzuwenden. Doch ist der staatliche Wächter nicht frei in seinen Zielen und in seiner Mittelwahl: Insbesondere hat er zunächst alles zu versuchen, die Kindeswohlgefährdung in einer Weise abzustellen, dass die Eltern-Kind-Beziehung wieder intakt werden kann.²¹ Der

21 Grundlegend BVerfGE 24, S. 119, 145; seither st. Rspr.: „Der Staat muß [...] nach Möglichkeit zunächst versuchen, durch helfende, unterstützende, auf Herstellung oder Wiederherstellung eines verantwortungsgerechten Verhaltens der natürlichen Eltern gerichtete Maßnahmen sein Ziel zu erreichen.“

staatliche Wächter hat also alles daran zu setzen, die Elternverantwortung zu stärken. Nur wenn und soweit dies keinen Erfolg verspricht, darf und muss eine Gefährdungsabwendung gesucht werden ohne oder sogar gegen die Eltern. Die Herausnahme des Kindes aus der Familie auf der einen und die Entziehung der elterlichen Sorge auf der anderen Seite markieren je auf ihre Weise die *ultima ratio*. Tunlichste Herstellung der Elternverantwortung – und damit der auf ihr fußenden Eltern-Kind-Beziehung – lautet infolgedessen der Auftrag an den staatlichen Wächter, gleichviel ob auf der Ebene der Gesetzgebung, der Verwaltung oder der Rechtsprechung. Dafür jedoch ist es nicht nur zweckvoll, sondern regelmäßig sogar geboten, in eine Hilfeleistungsbeziehung zu einem Elternteil oder auch zu beiden zu treten.

Was die Beispiele *pars pro toto* zeigen mögen: Das „erziehende Gesetz“ im Kinderschutzrecht tritt als Typus – wie ich mich hinzuzufügen beeile: bislang vereinzelt – zwar auch in Gestalt des Einzelgesetzes auf, ist aber vornehmlich ein Einzelgesetz-übergreifendes Phänomen, welches die Resultante bildet aus Summations- und Synergieeffekten einer Mehrzahl gesetzgeberischer Regelungen.

V. Einfachgesetzliche Unverfügbarkeit der Position des Erziehungsberechtigten: das Elternrecht

Die „Legaledukation“ des Erziehungsberechtigten, kurz: die „Legaledukation“ der Eltern des Kindes, birgt eine verfassungsrechtliche Besonderheit, weist doch das Grundgesetz den Eltern die Erziehung ihres Kindes als Grundrecht zu. Dieses beinhaltet, unbeschadet des Umstandes, dass mit der Kindeswohlausrichtung der Rahmen der Grundrechtsausübung vorgegeben und diese in einen Verantwortungszusammenhang eingebettet ist, die Selbstbestimmungsmacht der Eltern in Bezug auf Art und Gestaltung der Kindeserziehung. Damit stellt sich das Problem, wie die verfassungsgesetzliche Ausstattung der Eltern mit weitgehender Erziehungsautonomie auf der einen Seite sich in Einklang bringen lässt mit Tendenzen, dieselben Eltern auf der anderen Seite einem staatlich-erzieherischen Regime zu unterwerfen und damit ihre Autonomie tendenziell in Zweifel zu ziehen.

Als Verfassungsrechtler will ich indes nicht der naheliegenden Versuchung unterliegen, die Rechtswelt nur mehr im Lichte der Binärcodierung von „verfassungsmäßig“ und „verfassungswidrig“ zu sehen und überall Verfassungsverstöße zu wittern und dingfest zu machen. Für das Gros der hier traktierten Fragen zum „erziehenden Gesetz“ dürfte sich die Binärcodierung eines Alles oder Nichts als zu grobschlächtig, als wenig aussagekräftig erweisen. Sie ist auch dem

Vagen und weitestgehend Unausgesprochenen, dem wenig planvoll Anmutenden und bloß Tendenziellen, zusammengefasst: dem Diffusen der „Pädagogisierung“ des Kindesschutzrechts nicht adäquat. Die folgenden Bemerkungen aus Sicht des Verfassungsrechts zielen denn auch darauf, das Terrain im Sinne einer größeren Nähe oder eben auch Ferne zur grundgesetzlichen Regelungsanlage zu sondieren. Oder anders: Inwieweit koinzidiert die hier mit dem Schlagwort der „Erziehung des Erziehungsberechtigten“ bezeichnete Tendenz des modernen Kindesschutzrechts mit dem Telos der kindgerichteten Verfassungsaussagen oder inwieweit tut sich hier eine Schere auf?

1. Die grundrechtsdogmatische Mitte des Kindesschutzes: das Kindeswohl

Die kindbezogenen Bestimmungen des Grundgesetzes sind um eine Mitte zentriert: das Kindeswohl. Obgleich nicht im Verfassungstext ausdrücklich benannt, markiert es unbestrittenermaßen die grundrechtsdogmatische Mitte, um die sich alle kindbezogenen Regelungen der Verfassung gruppieren, von der her sie ihren Grund und ihre Grenze beziehen und deren Verwirklichung sie zu dienen bestimmt sind.²² Wenngleich sich nicht taxativ aufzählen lässt, was das Wohl des einzelnen Kindes ausmacht oder erheischt, und sich auch nicht wertungsfrei-objektiv angeben lässt, welche Maßnahmen und Mittel dem Kindeswohl dienlich sind, ist es doch keine mit beliebigem Inhalt ausfüllbare Leerformel, sondern vielmehr die Leitformel des Kindesschutzes.

Das Wohl des Kindes ist nichts Geringeres als die spezifische Adaption der in Art. 1 Abs. 1 GG verbürgten Menschenwürde angesichts der Sondersituation des Kindes, welches alters- und entwicklungsbedingt der Freiheits- und Persönlichkeitsentfaltungshilfe seitens anderer bedarf. Es ist der rechtliche Anknüpfungspunkt für den besonderen Anspruch auf Achtung, Schutz und Förderung des in wesentlichen Hinsichten selbstbestimmungsunfähigen Kindes in seiner Subjektstellung und Personalität, damit auch und gerade in den Entfaltungsbedingungen und -möglichkeiten seiner Persönlichkeit.²³

22 Vgl. exemplarisch BVerfGE 75, S. 201, 218 f.; 108, S. 82, 101; 118, S. 45, 76. Dazu und zum Folgenden sei verwiesen auf MATTHIAS JESTAEDT, in: Rudolf Dolzer/Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Karin Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 162. Aktualisierung Juli 2013, Art. 6 Abs. 2 und 3 (74. Aktualisierung Dezember 1995), Rn. 32-51 m. weit. Nachw.; vgl. ergänzend DAGMAR COESTER-WALTJEN, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 6, Rn. 81; GERHARD ROBBERS, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 6 Abs. 2, Rn. 145-148.

23 Eingehender JESTAEDT (Anm. 22), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 35 f.

2. Die Befugnis zur Konkretisierung des Kindeswohls

Eng mit diesem – konkretisierungsfähigen und konkretisierungsbedürftigen – Konzept von Kindeswohl im Zusammenhang steht die Frage, *wem* die Verfassung die Befugnis zur Bestimmung des Kindeswohls eines konkreten Kindes zuweist, wem also die Rechtsmacht verliehen ist, das Wohl des konkreten einzelnen Kindes verbindlich zu interpretieren und zu implementieren.

Diese Lebens- und Freiheitshilfe weist das Grundgesetz in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 vorrangig den Eltern zu. Es begründet den sogenannten Elternvorrang oder auch Elternprimat in der Annahme, „dass in aller Regel Eltern das Wohl des Kindes mehr am Herzen liegt als irgendeiner anderen Person oder Institution“,²⁴ und in der Erwartung, dass das Ziel der Persönlichkeitsentfaltung am ehesten innerhalb der harmonischen Gemeinschaft mit Mutter und Vater erreicht werden kann.²⁵ Dem Staat fällt insoweit – zunächst nur – die Rolle des Ausfallbürgen zu: Erweist sich die Annahme im Einzelfall als unrichtig oder wird die Erwartung *in concreto* nicht eingelöst, so hat der Staat in seiner Rolle als Wächter über das Kindeswohl nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG das Kind davor zu bewahren, dass dessen Entwicklung durch einen Missbrauch der elterlichen Rechte oder eine Vernachlässigung der elterlichen Pflichten Schaden nimmt.

Elternvorrang bedeutet, dass die Eltern „grundsätzlich frei von staatlichen Einflüssen und Eingriffen nach eigenen Vorstellungen entscheiden, wie sie die Erziehung ihres Kindes gestalten und damit ihrer Elternverantwortung gerecht werden wollen“.²⁶ Die Entscheidungsfreiheit der Eltern endet erst dort, wo sie für ein Verhalten in Anspruch genommen wird, das selbst „bei weitester Anerkennung der Selbstverantwortlichkeit der Eltern“²⁷ nicht mehr als Pflege und Erziehung gewertet werden kann. Bis zur Grenze der Kindeswohlbeeinträchtigung – d.h. bis zur Grenze einer nachhaltigen Störung der Entwicklung des Kindes zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft – obliegt es indes von Rechts wegen grundsätzlich allein den Eltern, zu bestimmen, welchen Erziehungs- und Pflegeeinflüssen ihr Kind ausgesetzt ist, welche seiner Begabungen und Fertigkeiten ausgebildet werden usw. Das BVerfG formuliert das so:

„Das Wächteramt des Staates [...] berechtigt den Staat aber nicht, die Eltern zu einer bestimmten Art und Weise der Erziehung zu drängen. Das Grundgesetz überläßt die Entscheidung über das Leitbild der Erziehung den Eltern [...], die über die Art und

24 BVerfGE 59, S. 360, 376; 61, S. 358, 371. S. ergänzend BVerfGE 108, S. 82, 100, 103.

25 Dazu vgl. BVerfGE 56, S. 363, 384; 75, S. 201, 219; 79, S. 51, 63 f.

26 BVerfGE 59, S. 360, 376; 60, S. 79, 88; ähnlich BVerfGE 31, S. 194, 204 f.; 47, S. 46, 70; 56, S. 363, 381; 68, S. 256, 269.

27 BVerfGE 24, S. 119, 143.

Weise der Betreuung des Kindes, seine Begegnungs- und Erlebnismöglichkeiten sowie den Inhalt seiner Ausbildung bestimmen. Diese primäre Entscheidungsverantwortlichkeit der Eltern beruht auf der Erwägung, daß die Interessen des Kindes in aller Regel am besten von den Eltern wahrgenommen werden [...].²⁸

Bereits in einer früheren Entscheidung hatte das Gericht sehr eindringlich betont, dass dem Staat die Befugnis fehle, „gegen den Willen der Eltern für eine den Fähigkeiten des Kindes bestmögliche Förderung zu sorgen“.²⁹ Die Wächterrolle des Staates befugt – und verpflichtet – diesen lediglich zu einer rechtlichen Grenzkontrolle, die sich, pointiert formuliert, in einer Unvertretbarkeitskontrolle der Wahrnehmung der elterlichen Pflege- und Erziehungsverantwortung erschöpft. Das Kindeswohl fungiert hier für den Staat – um eine Begriffsprägung von MICHAEL COESTER aufzugreifen – als „negativer Standard“.³⁰

Aber selbst für den Bereich der Schule, in dem dem Staat über Art. 7 Abs. 1 GG ein eigenständiges, also elternunabhängiges Erziehungsmandat zukommt, in dem der Staat folglich eigene Bildungs-, Erziehungs- und Integrationsziele gegebenenfalls auch gegen den Willen der Eltern festsetzen und verfolgen darf – hier also Kindeswohl als „positiver Standard“ –, untersagt das Grundgesetz – in der ebenso drastischen wie plastischen Formulierung des Förderstufen-Urteils aus dem Jahre 1972 – dem Staat jegliche „Bewirtschaftung des Begabungspotentials“.³¹ Und es setzt, dies nochmals unterstreichend, hinzu: Mit der Zuweisung der primären Entscheidungszuständigkeit an die Eltern wird vom Grundgesetz „sogar die Möglichkeit in Kauf genommen, daß das Kind durch einen Entschluß der Eltern Nachteile erleidet, die im Rahmen einer nach objektiven Maßstäben betriebenen Begabtenauslese vielleicht vermieden werden könnten.“³²

3. Die Versuchung des „positiven Standards“

Unvereinbar damit sind grundsätzlich alle Versuche von Seiten des Staates, das Kindeswohl im Sinne einer – nach welchen Maßstäben auch? – bestmöglichen Entfaltung des kindlichen Entwicklungspotentials umzudeuten oder aber auch

28 BVerfGE 99, S. 216, 232 m. weit. Nachw.

29 BVerfGE 60, S. 79, 84.

30 Vgl. MICHAEL COESTER, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff. Die richterliche Entscheidung über die elterliche Sorge beim Zerfall der Familiengemeinschaft, 1983, S. 171 sowie 478 m. Fußn. 686.

31 BVerfGE 34, S. 165, 184.

32 BVerfGE 34, S. 165, 184. Näher MATTHIAS JESTAEDT, Schule und außerschulische Erziehung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 156 Rn. 81-90.

im Sinne einer optimalen Adaption des Heranwachsenden an die Herausforderungen und Bedarfe der globalisierten Wissens- und Informationsgesellschaft oder, noch ungenierter, an die Bedürfnisse der Wirtschaftswelt wie des Arbeitsmarktes zu instrumentalisieren. Diese mehr oder minder direkten Ansätze einer „Bewirtschaftung des Begabungspotentials“ missachten die verfassungsgesetzlich verfügte Aufteilung der Kindeswohlverantwortung zwischen Staat und Eltern. Dabei sind die zuvor bereits genannten, das Gefährdungspotenzial der Einzelmaßnahme verstärkenden Summationseffekte – Stichwort: additiver Grundrechtseingriff³³ – besonders zu berücksichtigen, die einerseits von der schieren Vielzahl kindeschutzintendierender Maßnahmen, andererseits gerade von deren mangelnder Koordinierung ausgehen.

Der naheliegende Einwand, dass ein Mehr an Kindeswohl, dass ein anspruchsvolleres und engmaschigeres Konzept des Kindeswohls, welches sowohl auf die individuellen Begabungen und Fertigkeiten, Bedürfnisse und Erfahrungen des konkreten Kindes als auch die Erwartungen und Anforderungen der das Kind umgebenden Gesellschaft Bedacht nimmt, schlechterdings nicht dem Grundgesetz widersprechen könne, verkennt just die wohlbedachte Regelungsinention des Verfassungsgesetzgebers der Jahre 1948/49: Über alle sonstigen Meinungsunterschiede hinweg (deren es gerade in Bezug auf die Aufnahme und die Ausgestaltung des Elternrechts tiefgreifende gab), war man sich im Parlamentarischen Rat bei der Regelung des Staat-Eltern-Kind-Verhältnisses einig darüber, dass mit der Elternverantwortung nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ein betont gegen die staatlich gelenkte Kollektiverziehung gerichtetes Konzept des Kindeschutzes verfolgt werden sollte.³⁴ Der Vorsitzende des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates, HERMANN VON MANGOLDT, würdigte das vom Grundgesetz statuierte Elternrecht dahin, dass es „sich gegen die in der Zeit des Nationalsozialismus immer stärker geübte Praxis [wende], an die Stelle des erzieherischen Einflusses der Eltern die staatliche Gemeinschaftserziehung treten zu lassen“.³⁵ Dabei kam es dem Verfassungsgesetzgeber erkennbar nicht darauf an, lediglich einen staatlicherseits ausgeübten nationalsozialistischen Einfluss zu verhindern; auch eine wohlmeinende, patriarchalisch-überwölbende respektive pädagogisch-„umarmende“ oder sonstwie motivierte „Gemeinschaftserziehung“, die sich an die Stelle der elterlichen Bestimmungsmacht in Sachen Pflege und Erziehung der Kinder setzt, verfällt dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit.

Noch einmal: Der Staat hat von Grundgesetzes wegen verbindliche Bestimmungsmacht über das Kindeswohl als „positiven Standard“ allein im Rahmen

33 Vgl. BVerfGE 112, S. 304, 319 f.; 114, S. 196, 247; 123, S. 186, 265 f.

34 Dazu JESTAEDT (Anm. 22), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 31.

35 HERMANN VON MANGOLDT, Das Bonner Grundgesetz, 1. Aufl. 1953, Art. 6, Anm. 3 (S. 72).

seines zeitlich, thematisch und in gewissem Sinne sogar räumlich begrenzten schulischen Erziehungsmandates – und unterliegt dort selbstredend den üblichen verfassungsstaatlichen Bindungen wie in Sonderheit der Verpflichtung auf religiös-weltanschauliche Neutralität. Jenseits der Schule und ihrer – immer bedeutender werdenden – Integrationsaufgabe kann der Staat ohne und sogar gegen den Willen der Eltern nur unter den Voraussetzungen seines Wächteramtes aktiv werden – am Maßstab des Kindeswohls als bloß „negativer Standard“.

4. Das nachrangige Erziehungsmandat des Staates

Das heißt, um Missverständnissen vorzubeugen, freilich nicht, dass dem Staat – lässt man Wächteramt und schulisches Erziehungsmandat einmal beiseite – in Sachen Kindeswohl und Kinderschutz die Hände gebunden wären. Dies ist keineswegs der Fall. Denn den Staat trifft – über die beiden genannten Rechtstitel hinaus – ein allgemeiner Erziehungsauftrag zugunsten junger Menschen, wie er paradigmatisch in § 1 SGB VIII zum Ausdruck kommt. Auf ihn gründet sich denn auch die ganz überwiegende Zahl von Kinder- und Jugendhilfemaßnahmen, welche dem Leistungs- und Angebotsrecht – und nicht dem Eingriffs- und Sanktionsrecht (zulasten der Eltern) – zuzuordnen sind.³⁶ Die verfassungsrechtlichen Besonderheiten dieses allgemein-nachrangigen Erziehungsmandates des Staates bestehen

- (1) erstens darin, dass es – anders als das staatliche Wächteramt – in seinem Bestand und in seiner Reichweite von der Elternverantwortung und damit auch von einer Verfehlung derselben unabhängig, also *originär* ist,
- (2) zweitens darin, dass es – anders als das schulische Erziehungsmandat – thematisch keine Begrenzung, beispielsweise auf schulische Erziehung, kennt und daher grundsätzlich *flächendeckend* einschlägig ist,
- (3) sowie schließlich drittens darin, dass es – anders als Wächteramt und schulisches Erziehungsmandat – dem Staat keinen Rechtstitel an die Hand gibt, seine Kindeswohlvorstellungen notfalls auch gegen den Willen der Eltern durchzusetzen. Der unbegrenzten thematischen Weite und Einschlägigkeit dieses Mandates korrespondiert die *fehlende Durchsetzungskraft* gegen den widerstrebenden Elternwillen.

36 Ausführlicher dazu MATTHIAS JESTAEDT, Das Kinder- und Jugendhilferecht und das Verfassungsrecht, in: Johannes Münder/Reinhard Wiesner (Hrsg.), Kinder- und Jugendhilferecht, 2. Aufl. 2011, 1.5, Rn. 17-20 m. weit. Nachw.; vgl. ergänzend DERS. (Anm. 22), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 42, 96, 170 und 308.

Ins Positive gewendet: Solange und soweit der Staat die Elternverantwortung, damit auch die elterliche Entscheidungsfreiheit in Sachen Pflege und Erziehung der Kinder wahrt, kann er, gestützt auf sein allgemein-nachrangiges Erziehungsmandat eigene Kindeswohlvorstellungen entwickeln und darauf abzielende Unterstützungsleistungen der Kinder- und Jugendhilfe den Eltern und – mit deren Einverständnis – den Kindern anbieten. Das Angebot darf indes, um diesen Aspekt noch einmal gesondert zu unterstreichen, nicht den Charakter einer faktischen, die elterliche Entscheidungsfreiheit unterlaufenden Überwältigung annehmen.

5. Elternrechtsdogmatische Multivalenz staatlicher Maßnahmen

So einfach und vergleichsweise klar die drei Mandate des Staates – das gefahrenabwehrrechtlich ausgerichtete Wächtermandat, das schulische Bildungs-, Erziehungs- und Integrationsmandat sowie schließlich das flächendeckend-nachrangige allgemeine Erziehungsmandat – analytisch voneinander abzuschichten sind und auseinandergehalten werden können, so wenig darf übersehen werden, dass die von uns betrachteten Phänomene nicht selten im Schnitt-, Grenz- oder Übergangsbereich der Mandate zueinander liegen, dass gesetzliche Maßnahmen des Kindesschutzes häufig im Sinne der drei Mandate multivalent sind und dass Maßnahmen auf der Basis unterschiedlicher Mandate absichtsvoll in einen gemeinsamen Wirkungszusammenhang eingebunden werden.

Besonders deutlich wird dies an, was ich nennen möchte, den „bedrängenden“ oder auch „umarmenden“, jedenfalls die elterliche Erziehung mehr oder minder sanft in eine bestimmte Richtung drängenden staatlichen Leistungen, namentlich der Kinder- und Jugendhilfe. Sie fußen nicht nur auf dem allgemein-nachrangigen, strikt am Elternvorrang auszurichtenden Erziehungsmandat des Staates, welches keinerlei Eingriffe in die Elternverantwortung rechtfertigt, sondern können auch als Vorfeld- oder Vorsorgeleistungen im Rahmen des extensiv verstandenen, Elternrechtseingriffe sehr wohl legitimierenden Wächteramtes begriffen werden. In dieselbe Richtung sind die – gewiss gutgemeinten – Ansätze einzuordnen, die den Eltern in mehr oder minder deutlicher Weise den pädagogischen Umgang mit Krisensituationen nicht nur vor Augen führen, sondern die Eltern selbst dazu anleiten. Obligatorische Teilnahmen an Mediationsversuchen und ähnlichem bewegen sich hart an der Grenze zum staatlichen Oktroi eines bestimmten Erziehungsstils. Im Kontext von Elterngeld, Bildungsgutscheinen und obligatorischen Integrationskursen können derlei staatliche Maßnahmen in Bezug auf die elterliche Bestimmung von Erziehungsinhalten und -methoden erheblichen Konformitätsdruck ausüben. Überdies sind hier, ihrer idealtypischen

Alternativität zum Trotze, Leistung und Eingriff nicht mehr ganz so einfach zu unterscheiden. Nicht zuletzt handelt es sich um dieselben Akteure, die beides in einem sind: Helfer und Richter. Diese Doppelrolle bereitet insbesondere der Kinder- und Jugendhilfe nicht nur in ihrem Selbstverständnis, sondern auch in ihrer Akzeptanz bei den Eltern nicht geringe Schwierigkeiten.

Lassen Sie mich hier kurz einen Gedanken zum Wächteramt, jenem auf die Abwehr von infolge elterlichen Unvermögens drohenden oder eingetretenen Kindeswohlgefährdungen abgestimmten staatlichen Krisenreaktionsmechanismus, einflechten. Eine wichtige Grundlage für ein derartiges effektives Krisenmanagement ist zweifelsohne ein „Frühwarnsystem“ auf der Grundlage wirksamer Beobachtung und Informationsbeschaffung. In der Informationserlangung liegt ja nicht selten die Krux eines wirksamen Wächteramtes.³⁷ Doch so wichtig derartige vorausschauende Wacht staatlicher Kinderschutzeinrichtungen auch sein mag, so wenig darf sie ausarten in eine flächendeckende und verdachtsunabhängige „mitlaufende“ Erziehungskontrolle. Elterliche Kindeserziehung unter der Beobachtung des staatlichen Big Brother ist nicht das, was der Verfassungsgeber sich vorgestellt hat. Das staatliche Wächteramt – akzessorisch und subsidiär zum Elternrecht konzipiert – droht unter den rechtlichen Paradigmata von grundrechtlicher Schutzpflicht und staatlicher Gewährleistungsverantwortung zu einem immer umfassenderen, sich gegebenenfalls auch aus der engen Ausrichtung am Elternrecht emanzipierenden Titel des Staates zum Kinderschutz zu mutieren. Der Gefahrerforschungseingriff auf wächteramtlicher Grundlage setzt indes, nicht anders als im Polizeirecht, aus dem er stammt, einen begründeten Verdacht voraus;³⁸ bloße Verdachtsermittlungseingriffe erscheinen danach in verfassungsrechtlichem Zwielflicht. Mit anderen Worten: Ausgreifende generalisierende Informationsbeschaffungsregelungen zur Effektuierung des staatlichen Wächteramtes bewegen sich auf einem schmalen Grat und drohen in eine Verletzung der elterlichen Erziehungsverantwortung abzustürzen.³⁹ Überdies – aber das sei hier nurmehr als Stichwort genannt – stößt hier der (gewiss mehr als nur nachvollziehbare) Wunsch nach einem robusten präventiven Kinderschutz an die Grenzen des in einem freiheitlichen Staat durch Recht Regelbaren. Nicht zuletzt ist dabei nämlich zu bedenken, dass jede staatlich verfügte Intervention in das Eltern-Kind-Verhältnis ihrerseits leicht unbeabsichtigte, aber unvermeidbare Negativfolgen für dieses Verhältnis zeitigen *kann* – das intendierte Remedium

37 Dazu bereits JESTAEDT, (Anm. 22), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 184 und 185 f.

38 Zum Polizeirecht: FRIEDRICH SCHOCH, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Friedrich Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2008, 2. Kap., Rn. 97 f. (S. 194 f.) m. weit. Nachw.

39 Vgl. ergänzend JESTAEDT (Anm. 36), 1.5, Rn. 22-24.

also womöglich just zur Verschlimmerung des Defektes beiträgt und nicht zu dessen Behebung.

Einen letzten, bereits angeklungenen Aspekt möchte ich noch einmal aufgreifen, um Ihnen die rechtliche wie rechtsdogmatische Grauzone zu verdeutlichen, in der sich „elternerziehende“ Kindesschutzregeln bewegen: Es geht um den Grundsatz der Erforderlichkeit als Bauelement des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Er erheischt, kurz zusammengefasst, dass unter den gleich wirksamen Mitteln jenes gewählt werde, welches am wenigsten eingreift, also das mildeste Mittel darstellt. So unmissverständlich die Verpflichtung auf das mildeste Mittel ist, so wenig eindeutig ist die Dogmatik des Erforderlichkeitsgrundsatzes, wenn es in Problemkonstellationen darum geht, was in welcher Weise in die „Berechnung“ des eingriffsexstensivsten Mittels einfließt. Ein konkretes Beispiel herausgegriffen: Vordergründig mag man sich leicht damit tun, die staatlicherseits festgesetzte Verpflichtung der Eltern zur Teilnahme an einer Mediation für das mildere Mittel zu halten im Vergleich zu „harten“ Einschränkungen oder Beschneidungen der elterlichen Sorge. Doch ist dem wirklich stets so? Kann nicht die Einmischung in das Eltern-Kind-Verhältnis, das aufgezwungene Miteinander von – beispielsweise – Familiengericht, Eltern, Kind und Jugendamt einen gravierenderen, zudringlicheren Einbruch in das Eltern-Kind-Verhältnis und die elterliche Erziehungsautonomie bedeuten als der „äußerlich“ bleibende und auf wenige Aspekte begrenzte Entzug elterlicher Rechtspositionen in Bezug auf die Kindeserziehung? Sind insoweit sonstige kindeswohlorientierte „Zudringlichkeiten“ – im Sinne von Summationseffekten – mitzuberücksichtigen? Die Fragen sind nicht rhetorisch gemeint. Und ich halte sie für alles andere als geklärt. Das „erziehende Gesetz“, welches stets in Gefahr steht, Züge des aus besten pädagogischen Absichten Zudringlichen, gegebenenfalls sogar Überwältigenden anzunehmen, erscheint auch in diesem Lichte als einer weiteren rechtswissenschaftlichen Ausleuchtung bedürftig.

VI. Versuch eines Fazits

An dieser Stelle breche ich meinen Werkstattbericht ab. Ich bin mir im Klaren darüber, dass mit den angestellten Überlegungen

- (1) das Phänomen des „erziehenden Gesetzes“ im Kindesschutzrecht noch keineswegs vollauf erfasst, vermessen und kartographiert sowie
- (2) die rechtliche, besonders verfassungsrechtliche Aufarbeitung und Einhegung unseres Phänomens erst in Ansätzen gelungen ist. Die Gründe dafür habe ich zu skizzieren versucht. Es sind eben nur erste tastende Schritte auf unsicherem, schnell ins Diffuse sich verlierendem Terrain.

Unbeschadet dieser Vorbehalte lassen sich, so meine ich, grobe Umrisse erkennen, wie das „erziehende Gesetz“ im Kinderschutzrecht zu bewerten ist. Vielleicht übertreibe ich nicht allzu sehr, wenn ich im Blick auf das Kinderschutzrecht vom Menetekel des „erziehenden Gesetzes“ im freiheitlichen Verfassungsstaat spreche: Denn einerseits ist der Staat – auch und gerade in seiner Wächterfunktion – wie in fast keinem anderen Bereich darauf angewiesen, dass die Eltern im Großen und Ganzen kraft intrinsischer Motivation (wir mögen sie Einsicht oder Verantwortung, Zuwendung oder Liebe nennen) just im Binnenbereich der Familie kindeswohlförderlich handeln, ist dem Staat hier doch eine flächendeckend-mitlaufende Erziehungsaufsicht von Verfassungs wegen untersagt. Andererseits jedoch stößt die staatliche Förderung dieser intrinsischen Motivation, stößt also die staatliche Erziehung der Erziehungsberechtigten zu guten Eltern ebenfalls rasch an grundrechtliche Grenzen. Man mag hier vom Wagnis der Freiheit sprechen – im Blick auf das Wohl des Kindes wird die Ambivalenz dieses die *liberalitas* des Gemeinwesens ausmachenden Wagnisses mit Händen greifbar.

