

Margarete Schuler-Harms

## Das elterliche Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 1 Satz 2 GG als Maßstab und Grenze gesetzlicher Ausgestaltung von Elternstatus und elterlicher Sorge

### 1 Einleitung

Das Familienrecht sieht sich vor Herausforderungen, die an den Pfeilern des verfassungsrechtlich geschützten elterlichen Erziehungsrechts rütteln. Sie werden diskutiert unter den Stichworten der Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft,<sup>1</sup> der Mehrelternschaft,<sup>2</sup> der gespaltenen Mutterschaft, der Vaterstellung als Regelungsaufgabe<sup>3</sup> oder auch der Bedeutung sozialer Elternschaft.<sup>4</sup> Unter dem Titel „Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen“ wird sich auch der 71. Deutsche Juristentag in diesem Jahr des Themenfeldes annehmen.<sup>5</sup>

Unter den zahlreichen Fragen, die die biologischen, sozialen (und rechtlichen) Veränderungen der Familie aufwerfen, greift der vorliegende Beitrag die Frage nach dem Gestaltungsraum des Gesetzgebers in Bezug auf die Regulierung von Elternschaft und insbesondere nach der verfassungsrechtlichen Möglichkeit einer Erweiterung von Befugnissen zur Pflege und Erziehung von Kindern auf mehr als zwei Personen auf. Die Frage nach den rechtlichen Möglichkeiten, mehr als zwei rechtliche Eltern für ein Kind vorzusehen oder – alternativ hierzu – Sorgerechtsbefugnisse, wie sie traditionell den rechtlichen Eltern zustehen, weiteren Personen zuzuordnen, wenn sie elternähnliche Verantwortung für Kinder übernehmen, steht für unterschiedliche Familienkonstellationen im Raum. Mit der Einführung der Sukzessivadoption und der Erweiterung der medizinischen Möglichkeiten assistierter Reproduktion stellt sich für die sog. Regenbogenfamilie, in deren Mitte eine Lebenspartnerschaft besteht, die Frage nach der Rechtsstellung der gleichgeschlechtlichen Partnerinnen oder Partner als Eltern, aber auch die der biologischen Eltern des anderen Geschlechts dringender als bisher. Zu diskutieren gilt es daneben die nach wie vor nicht befriedigend gelöste Organisation der Beziehungen von Stiefeltern und Stiefkindern. Die Thematik gewinnt an Schärfe nicht zuletzt durch die verbesserten medizinischen und rechtlichen Möglichkeiten einer Feststellung biologischer Vaterschaft sowie durch die medizinische Möglichkeit zur Aufspaltung von genetischer und den Fötus austragender Mutter, die zwar in Deutschland nach

1 So der Titel des Buches von Schwab, D./Vascovics, L. A. (Hrsg.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft – Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog, Sonderheft Zeitschrift für Familienforschung, Opladen u. a. 2011.

2 Vgl. stellvertretend Aust, K., Das Kuckuckskind und seine drei Eltern, Frankfurt/Main, 2015.

3 Zuletzt Röthel, A./Heiderhoff, B. (Hrsg.), Regelungsaufgabe Vaterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?, Frankfurt/M 2014.

4 Vgl. z. B. Brosius-Gersdorf, F., Soziale Elternschaft: Regelungsdefizite und –optionen bei der Übertragung von Sorgerechtsbefugnissen auf soziale Eltern, JöR 62 (2014), S. 179 ff.

5 Vgl. Helms, T., Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag, Essen 2016.

§ 1 Abs. 1 ESchG nicht erlaubt, aber in anderen Rechtskreisen nicht gleichermaßen verboten ist und die infolgedessen faktisch auch im deutschen Rechtskreis gelebt wird.

Aus Sicht des Verfassungsrechts bedarf das in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG garantierte elterliche Erziehungsrecht der Überprüfung und konkretisierenden Anpassung an die bestehenden Verhältnisse. Diese Anpassung ist in erster Linie Aufgabe der Gesetzgebung, deren verfassungsrechtliche Bindungen im Hinblick auf die aktuellen Entwicklungen deshalb neu auszuloten sind. Hierzu sind Bauplan und Geltungsbereich der einschlägigen Garantie in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG zu entwickeln (III.) und die Spielräume (IV.) sowie die verbindlichen Vorgaben (V.) des Grundgesetzes für die Ausgestaltung des verfassungsrechtlich gewährleisteten elterlichen Erziehungsrechts auszuloten. Vorangestellt werden grundsätzliche Feststellungen zur Beweglichkeit der Verfassung gegenüber historischem Wandel (II.).

## 2 Offenheit der Verfassung für den historischen Wandel der Elternschaft

Das Grundgesetz enthält in der hier einschlägigen Grundrechtsnorm des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG Bestimmungen von inhaltlicher Weite, die eher punktuell und in Grundzügen regeln, was als wichtig und der Regelung bedürftig erscheint.<sup>6</sup> Ihre Unvollständigkeit und Unvollkommenheit ist geeignet, den Gehalt des Grundgesetzes als Verfassung „in die Zeit hinein offen“ zu halten. Diese Offenheit meint nicht beliebige Anpassung an veränderte Gegebenheiten, sondern dient dem Zweck, die Geltungskraft der Verfassung, in der vorliegenden Konstellation die effektive Sicherung des Elternrechts zum Wohl des Kindes, gegenüber historischen Veränderungen zu bewahren.<sup>7</sup> Um der Funktion der Verfassung als normativer Ordnung willen ist deshalb in der Handhabung der Verfassung nach Lösungen zu suchen, die in Reaktion auf solchen Wandel relative Elastizität und relative Stabilität der einschlägigen Verfassungsnorm in angemessener Weise verbinden.<sup>8</sup>

Solche Verbindung geschieht durch Konkretisierung der einschlägigen Verfassungsbestimmungen, insbesondere ihres Geltungsbereichs, unter Heranziehung der Verhältnisse der „Wirklichkeit“, zu deren Ordnung diese Normen bestimmt sind.<sup>9</sup> Es gilt, das einschlägige Verfassungsrecht im Hinblick auf ein konkretes Problem zu bearbeiten und – gerade auch in der Zuordnung mehrerer sich wechselseitig begrenzender Grundrechte – sachliche Zuordnungen zu finden. Die einschlägige Verfassungsnorm vollendet sich nach diesem Verfassungsverständnis im Vorgang der Konkretisierung jenseits einer reinen Textinterpretation; gegebenenfalls wird sie in ihrem Gehalt und unter Erhaltung ihres Geltungsbefehls fortgeschrieben. Geht es – wie hier – darum, die Verfassung gegenüber den geschichtlichen Möglichkeiten und Bedingungen zu aktualisieren, erforderlichenfalls auch an neue Wertungen anzupassen,<sup>10</sup> ist dabei solchen Gesichtspunkten der Vorzug zu geben, die unter den jeweiligen Voraussetzungen der einschlägigen Verfassungsnorm zu optimaler Wirkungskraft verhelfen.

6 Allgemein vgl. *Hesse, K.*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Tübingen 1999, Rn. 19 ff.

7 Vgl. *Hesse*, Grundzüge, Rn. 23; die Normativität der Verfassung betont z. B. auch *Reimer, F.*, Juristische Methodenlehre, Baden-Baden 2016, Rn. 30 m. w. Nw.

8 Vgl. erneut *Hesse*, Grundzüge, Rn. 40.

9 Hierzu und zum folgenden *Hesse*, Grundzüge, Rn. 66 ff., insbes. Rn. 73, 75.

10 Zur Wertungsoffenheit des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG *Coester-Waltjen, D.*, in: I. v. Münch, I./P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 1, 6. Aufl. München 2010, Art. 6 Rn. 75.

Diese Grundsätze gelten auch in Bezug auf den Auftrag des Gesetzgebers zu Ausgestaltung bestimmter Grundrechte und ihrer wechselseitigen Zuordnung. In diesem Verhältnis bedarf die Konkretisierung der einschlägigen Verfassungsnorm freilich zusätzlich der Orientierung am Maßstab funktioneller Richtigkeit, d. h. einer Interpretation, die die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers in den durch die Verfassung gezogenen Grenzen respektiert. Als (auch) normgeprägtes Grundrecht bedarf das Elternrecht der gesetzlichen Ordnung, in der sich einerseits seine Bedeutung vollendet und die es andererseits mit prägt.<sup>11</sup> Selbst im Bereich der das Grundrecht beschränkenden Gesetzgebung, die im Geltungsbereich des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG nur zum Schutz anderer verfassungsrechtlich geschützter Güter (insbes. der Rechte der Kinder und anderer Eltern) zulässig wäre, sind die Grenzen, die Verfassungsbestimmungen dem Gesetzgeber setzen, zu differenzieren gegenüber jenen, die sich aus der Verbindung von Verfassungsbestimmung und einfachem Recht für die Vollzugsebene ergeben.<sup>12</sup>

### 3 Geltungsbereich des Art. 6 Abs. 2 GG: „Erziehungsverantwortung der Eltern“

#### 3.1 Der Bauplan der Verantwortungsteilung zwischen Eltern und Staat

Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG erklärt Pflege und Erziehung der Kinder zum natürlichen Recht und zur „zuvörderst obliegenden“, also vorrangigen Pflicht ihrer Eltern. Das elterliche Erziehungsrecht schützt als Freiheitsrecht die Eltern vor staatlichen Eingriffen dahin gehend, dass nicht nur jede Entziehung eines Kindes aus der Familie (vgl. Art. 6 Abs. 3 GG), sondern jede Form staatlicher Einmischung in die elterliche Erziehung der Legitimation bedarf. Als Institutsgarantie schützt Art. 6 Abs. 2 S. 1 einen Kernbereich des elterlichen Erziehungsrechts gegen Beeinträchtigung oder gar Vernichtung im Rahmen der insgesamt erforderlichen und hier besonders interessierenden einfachgesetzlichen Ausgestaltung. In seiner Funktion als wertentscheidende Grundsatznorm fordert er die Berücksichtigung seiner wertsetzenden Bedeutung bei jeder staatlichen Entscheidung jenseits staatlicher Intervention und gesetzlicher Ausgestaltung, nicht nur bei der Ausgestaltung der Familienförderung als Element des durch Art. 6 Abs. 1 GG gebotenen Familienschutzes oder im Rahmen aufenthaltsrechtlicher Entscheidungen, sondern insbesondere auch bei den Maßnahmen und Entscheidungen von Jugendämtern und Familiengerichten unter Auslegung und Anwendung familienrechtlicher Vorschriften.<sup>13</sup> Maßstabsetzend ist als vierte Grundrechtsfunktion<sup>14</sup> eine grundrechtliche Pflicht zum Schutz der Eltern in der Ausübung ihres Erziehungsrechts gegenüber Eingriffen Dritter. Darüber hinaus ist der Gesetzgeber verpflichtet, Eltern, die Träger des elterlichen Erziehungsrechts sind, bei dessen Ausgestaltung ohne Rücksicht auf den familienrechtlichen Status gleich zu behandeln. Verfassungsrechtlich lässt sich dieses Recht auf Gleichbehandlung in

11 Zum Ordnungs- und Ausgestaltungsauftrag vgl. nur *Jestaedt, M.*, in: W. Kahl/C. Waldhoff/C. Walter (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 6 Abs. 2 und 3 (Bearbeitungsstand 1995) Rn. 12; *Michael, L./Morlok, M.*, *Grundrechte*, 5. Auflage, Baden-Baden 2016, Rn. 43 f.

12 Vgl. *Britz, G.*, *Pflegekindverhältnisse zwischen zeitlicher Befristung und dauerhafter Lebensperspektive aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts*, in: D. Coester-Waltjen/V. Lipp/E. Schumann/B. Veit (Hrsg.), *Das Pflegekindverhältnis – zeitlich befristete oder dauerhafte Lebensperspektive für Kinder?*, Göttingen 2014, S. 11 (15, 19); *dies.*, *Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung – jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, JZ 2014, S. 1069 (1071), zur Ausgestaltungsdimension des Grundrechts auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung und zum hierbei gewährleisteten Gestaltungsspielraum.

13 Nicht umfasst sind Maßnahmen, mit denen Ämter und Gerichte ins Elternrecht intervenieren.

14 Anders *Jestaedt*, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 65, der diese Schutzdimension der Institutsgarantie zuordnet.

Art. 3 Abs. 1 (i.V.m. Art. 6 Abs. 2 GG)<sup>15</sup> sowie in den absoluten Diskriminierungsverboten der Art. 6 Abs. 5 GG und Art. 3 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 GG verankern.

Das elterliche Erziehungsrecht ist (zunächst) als „kinderstützendes“, „treuhänderisches“ oder auch „dienendes“ Recht<sup>16</sup> nicht (allein) um seiner Träger willen, sondern (auch) zum Schutz von deren Kindern gewährleistet. Dabei werden mit der Garantie des Elternrechts nicht nur textlich, sondern auch funktional das staatliche Wächteramt (Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG) und die hierin formulierte staatliche Schutzpflicht zugunsten des Kindes<sup>17</sup> eng verbunden. Aus der Perspektive des Kindes teilen sich Eltern und Staat die Erziehungsverantwortung.<sup>18</sup> Eine besondere, vorliegend nicht einschlägige Dimension der Verantwortungsteilung bildet die in Art. 7 GG begründete und zugleich als Begrenzung des Elternrechts ausgeformte Gewährleistungsverantwortung des Staates für die schulische Bildung.<sup>19</sup> Außerhalb der Schule, die hier außer Betracht bleiben soll, bilden Wohl und Interesse, auch Rechte des Kindes den gemeinsamen Maßstab der elterlichen wie staatlichen Verantwortung und damit auch der familienrechtlichen Ausgestaltung der Verhältnisse von Eltern sowie von Eltern und Kindern.

Das Verhältnis von Eltern und Staat und mit ihm das beschriebene Verständnis von Elternrecht und staatlichem Wächteramt wird nach heutigem Verständnis maßgeblich durch die Grundrechte des Kindes auf Gewährleistung der Pflege und Erziehung als Grundlage der Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) geprägt. Die Anerkennung der eigenständigen Grundrechtsberechtigung der Kinder im Verhältnis von Eltern, Kindern und Staat ist ein Ergebnis früherer Aktualisierungen des Art. 6 Abs. 2 GG im Wege der Verfassungskonkretisierung durch -interpretation.<sup>20</sup> Heute folgt aus den so begründeten Kindesgrundrechten ein Anspruch der Kinder gegen ihre Eltern auf kindeswohlentsprechende Ausübung des „natürlichen“ Rechts zu ihrer Pflege und Erziehung sowie eine staatliche Pflicht zum, gegebenenfalls auch ein Anspruch auf Schutz dieser Grundrechte gegenüber den Eltern.<sup>21</sup> Daneben ist bis heute die Forderung nach expliziter Aufnahme eines entsprechenden Kindesgrundrechts im Grundgesetz nicht verstummt.<sup>22</sup> Welche zusätzliche Geltungskraft eine solche Grundrechtsbestimmung zugunsten der Kinder entfalten könnte, ist angesichts der Bedeutung, die die Verfassungsrechtsprechung den

15 Vgl. *Brosius-Gersdorf*, Soziale Elternschaft, JöR 62 (2014), S. 179 (187 f.).

16 Vgl. *Burgi, M.*, in: K.-H. Friauf/W. Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 47. Erg.Lfg. 2015, Art. 6 Rn. 123 m. w.Nw. Die dienende Funktion des Grundrechts betont BVerfGE 59, 3670 (376 f.); 61, 358 (372); 64, 180 (189); 72, 155 (173); 84, 168 (184); 99, 145 (156).

17 *Britz*, Pflegekinderverhältnisse, S. 11 (13), spricht von einem „verfassungsrechtlich sehr seltene(m) Fall einer verfassungstextlichen Konkretisierung der Modalitäten staatlicher Schutzpflichtenerfüllung“.

18 Explizit BVerfGE 83, 130 (139); 101, 361 (385 f.); 121, 69 (93 f.); 133, 59 (74).

19 Zur Gleichrangigkeit und Gleichrichtung des elterlichen Erziehungs- und des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags *Geis, M.-E.*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 47. Erg.Lfg. 2015, Art. 7 Rn. 35 m. w.Nw. Auf den tatsächlich das Elternrecht begrenzenden Charakter der schulischen Ausbildung weist *Lipp, M.*, Elternschaft, „sozial-familiäre Beziehung“ und „Bindungsperson“, in: Schwab/Vascovics (Hrsg.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft, 2011, S. 121 (122), hin.

20 BVerfGE 24, 119 (144); 79, 51 (63 f.); 121, 69 (93). Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge vom 18. Juli 1979, BGBl. I, 1061. Vgl. a. *Peschel-Gutzeit, L.-M.*, Zur Geschichte der Kinderrechte, FPR 2008, S. 471 (473 f.). Zum Verhältnis von Elternrecht und Kindeswohl vgl. *Coester, M./Hansen, K.-P.*, Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes und das KJHG: Impulse zur Kindeswohlverwirklichung, in: C. Steindorff (Hrsg.), Vom Kindeswohl zu den Kindesrechten, Neuwied u. a., 1994, S. 21 ff.

21 Vgl. BVerfGE 121, 69 (93); 133, 59 (73).

22 Entsprechende Überlegungen z. B. bei *Künast, R.*, Kinderrechte in die Verfassung! Wie sonst?, FPR 2008, S. 478 ff.; *Hohmann-Dennhardt, C.*, Kinderrechte ins Grundgesetz – warum?, FPR 2012, S. 185 ff.; Entschließung des Bundesrates Kinderrechte im Grundgesetz verankern vom 25.11.2011, BR-Drs. 386/11 (Beschluss); ferner *Benassi, G.*, Kinderrechte ins Grundgesetz – alternativlos! – Verantwortung als Leitmotiv politischen Handelns, ZRP 2015, S. 24 ff.

Kindesgrundrechten schon heute beimisst, freilich unsicher.<sup>23</sup> Sie mag im Bewusstsein der Kinder und Jugendlichen um die eigenen Rechte oder auch in der Sicht der Vereinten Nationen und ihrer Vertragsstaaten auf das deutsche Verfassungsrecht ausgemacht werden.<sup>24</sup> Der historische Wandel von Familie und Elternschaft fordert eine solche Verstärkung nicht.

Das Elternrecht soll den Eltern auch als „eigennütziges“ Grundrecht zustehen. In dieser Betonung durch die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts würde eine besondere Komponente des Rechts auf Entfaltung der Persönlichkeit gewährleistet, die auch dann besteht und bestehen bleibt, wenn das Kindeswohl die Verkürzung der Erziehungsbefugnis der Eltern verlangt.<sup>25</sup> Elternrecht und Kindesrechte können folglich in Konflikt geraten mit der Folge, dass ein verhältnismäßiger Ausgleich im einfachen Recht gefunden werden muss.<sup>26</sup> Dabei geht es um andere als die hier betrachteten Konstellationen, namentlich das Pflegekindverhältnis.

### 3.2 „Eltern“ und „Träger des elterlichen Erziehungsrechts“

Für die Diskussion erweiterter Erziehungsverantwortung oder gar „pluraler Elternschaft“ als Folge historischen Wandels kommt es aus verfassungsrechtlicher Sicht auf das Verständnis des Merkmals „Elternschaft“ in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG an. Bildgebend war für das Elternrecht „der Normalfall“ der Eltern, von denen das Kind abstammt, die in einer durch Ehe verbundenen Familiengemeinschaft zusammenleben und das Kind gemeinsam pflegen und erziehen.<sup>27</sup> Hieraus wurde lange Zeit abgeleitet, dass Träger des elterlichen Erziehungsrechts für ein Kind nur zwei Eltern verschiedenen Geschlechts sein können.<sup>28</sup> Darüber hinaus wird aus der Formulierung des Erziehungsrechts in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG als natürlichem Recht der Eltern geschlossen, dass diejenigen, die einem Kind das Leben geben, von Natur aus grundsätzlich bereit und berufen seien, die Verantwortung

23 Skeptisch deshalb z. B. *Kirchhof, G.*, Kinderrechte in die Verfassung – zur Diskussion einer Grundrechtsänderung, ZRP 2007, S. 149 ff.; *Scheiwe, K.*, Vom Objekt zum Subjekt? Kinderrechte zwischen Rechtsrhetorik und Realisierbarkeit, ZKJ 2009, S. 7 ff.; *Schuler-Harms, M.*, Kinder in den Mittelpunkt – und ins Grundgesetz, KritJ 2009, S. 133 ff.; *Heiß, T.A.*, Elternrechte contra Kinderrechte – Paradigmenwechsel in der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG?, NZFam 2015, S. 532 (536 f.). Zurückhaltend auch das Gutachten des *Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestags*, Kinderrechte im Grundgesetz – Zum Vorschlag des Aktionsbündnisses Kinderrechte, Januar 2015, aufrufbar unter <https://www.bundestag.de/blob/419896/986bc9f451d6c7fde95c9e1e721e6297/wd-3-294-14-pdf-data.pdf> (letzter Aufruf am 14.5.2016). Nachzeichnung der Rechtsentwicklung bei *Wapler, F.*, Kinderrechte und Kindeswohl – Eine Untersuchung zum Status des Kindes im öffentlichen Recht, 2015, S. 74 ff.

24 Vgl. die Forderung eines Aktionsbündnisses unter Beteiligung von unicef, Informationen unter <https://www.unicef.de/blob/38332/6729b30e314a1b8d3045744a714a4c5a/kinderrechte-ins-grundgesetz-2014-data.pdf>.

25 BVerfGE 75, 201 (2018); 121, 69 (93 f.); BVerfG (K) v. 31.3.2010 – 1 BvR 2910/09, NJW 2010, 2336 ff. (juris Rn. 25); v. 14.6.2014 – 1 BvR 725/14, NJW 2014, 2936 (juris Rn. 20); *Britz*, Pflegekindverhältnisse, S. 11 (17). In der Lehrbuch- und Kommentarliteratur wird ein „eigennütziger“ Anteil des Elternrechts allerdings selten angesprochen, bei *Michael/Morlok*, Grundrechte, Rn. 256, (bis auf besondere Konstellationen, etwa der religiösen Erziehung) gar explizit verneint; ähnlich deutlich *Heiß*, Die Stellung von Eltern und Kind in der Judikatur des BVerfG, NZFam 2015, S. 491 (493); *Heilmann, S.*, Schützt das Grundgesetz die Kinder nicht? – Eine Betrachtung der bisherigen Kammerrechtsprechung des BVerfG im Jahr 2014, NJW 2014, S. 2904 (2909). Die sog. negative Freiheit zur Verweigerung der Ausübung elterlicher Verantwortung (im konkreten Fall das Recht auf Verweigerung des Umgangs mit dem Kind) ist nicht in Art. 6 Abs. 2 GG, sondern als Ausdruck des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geschützt, vgl. BVerfGE 121, 69 (S. 2, 89 ff.).

26 Vgl. nur BVerfGE 121, 69 (94 ff.).

27 *Burgi*, Art. 6 Rn. 79.

28 *Burgi*, Art. 6 Rn. 79; BVerfGE 108, 82 (101); *Jestaedt*, Elternschaft und Elternverantwortung unter dem Grundgesetz, in: Geis, M.-E. (Hrsg.), Planung – Steuerung – Kontrolle, FS für R. Bartlspurger, 2006, S. 79 (88, 92).

für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen.<sup>29</sup> Die Zuweisung der elterlichen Rechtsposition sei durch den Gesetzgeber deshalb „an der Abstammung des Kindes auszurichten“.<sup>30</sup>

Letztlich kommt es aber für die Bestimmung des Geltungsbereichs von Art. 6 Abs. 1 Satz 2 GG auf die rechtliche Statusbestimmung von Elternschaft an, die der Gesetzgeber (ausschließlich) mit der Abstammung verbinden kann, aber nicht muss. Keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen deshalb schon de lege lata gegen eine gesetzliche Zuweisung der rechtlichen Elternstellung aufgrund einer Abstammungsvermutung, wie sie § 1592 Nr. 1, evtl. auch Nr. 2 BGB formuliert, und auch nicht gegen die Möglichkeit der Begründung einer rechtlichen Elternstellung für soziale Eltern im Falle der Adoption.

Die Abstammung bleibt freilich jenseits der Anerkennung als „Eltern“ durch die Rechtsordnung verfassungsrechtlich bedeutsam. Der Schutz des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG setzt, so das BVerfG, die rechtliche Elternschaft nicht voraus, weshalb der genetische Vater eines Kindes auch ohne diese Anerkennung Träger des Grundrechts ist,<sup>31</sup> wenn auch mit eingeschränktem Schutz gegenüber dem rechtlichen Vater, der Träger des elterlichen Erziehungsrechts nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG bleibt.<sup>32</sup> Für die Mutterschaft wurde eine vergleichbare Konstruktion mangels praktischer Relevanz – die Reproduktion mittels einer Leihmutter ist in Deutschland noch verboten (insbes. § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG) – bislang noch nicht etabliert. Mit dem Aufkommen der reziproken In-vitro-Fertilisation, bei der die Eizelle einer Frau der Lebenspartnerin zur Begründung gemeinsamer biologischer Elternschaft eingepflanzt und das Kind von dieser ausgetragen wird, stellt sich nun aber mehr denn je auch die Frage nach der verfassungsrechtlichen Stellung der genetischen Mutter. Die Rechtsstellung als Mutter des Kindes aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG steht ihr – insoweit parallel zum genetischen, aber nicht rechtlichen Vater – ohne weiteres zu.<sup>33</sup>

Nach dieser Konzeption des Gewährleistungsbereichs von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG kann ein Kind also schon heute mehr als zwei Eltern haben: Ein Elternpaar, das die Rechtsordnung als „Eltern“ anerkennt, sowie daneben leibliche Eltern, denen die Rechtsordnung zwar unter bestimmten Umständen „Eltern“-Rechte zuweist, ihnen aber die Zuerkennung eines Rechtsstatus mit allen Rechten und Pflichten als „Eltern“ versagt.<sup>34</sup> Dabei sind einige Fragen weiterhin offen. So ist nicht geklärt, wie mit der in der Lebenswelt der Familien angekommenen Doppelung von leiblicher Mutterschaft verfassungsrechtlich umzugehen ist und – allgemeiner – welche Anforderungen sich aus der biologischen, aber nicht rechtlichen Elternstellung von Verfassungen wegen für die familienrechtliche Ausgestaltung ergeben. Die dem Bundesverfassungsgericht bislang vorliegenden Fälle betrafen Verfassungsbeschwerden mit dem Ziel, aus der Abstammung des Kindes die Stellung als rechtliche Eltern abzuleiten. Über eine einfachgesetzliche Regelung, die ihrerseits Sorgerechte oder gar die rechtliche Elternschaft auf mehr als zwei Personen ausgedehnt hätte, hatte das BVerfG bislang noch nicht zu entscheiden.

29 BVerfGE 24, 119 (150); 108, 82 (100).

30 BVerfGE 79, 256 (267); 108, 82 (100).

31 BVerfGE 108, 82 (100 f.).

32 BVerfGE 24, 119 (136); 108, 82 (103).

33 *Dethloff*, Festschrift Coester-Waltjen, S. 41 (48 f.). Zur Frage nach der Trägerschaft des Elternrechts in diesen Fällen siehe unten 4.2.

34 Vgl. a. *Jestaedt*, Staatliche Rollen in der Eltern-Kind-Beziehung, DVBl. 1997, S. 693 (694); *Coester-Waltjen*, Art. 6 Rn. 75 f.; *Burgi*, Art. 6 Rn. 80. Die Möglichkeit der statusunabhängigen Einräumung elterntypischer Befugnisse soll nach dem Urteil zur Sukzessivadoption, BVerfGE 133, 59 (74 ff.), grundsätzlich möglich sein, vgl. *Britz*, Grundrecht des Kindes, JZ 2014, 1069 (1071).

### 3.3 Der Gehalt des elterlichen Erziehungsrechts: „Pflege und Erziehung der Kinder“ und der Kernbestand familienrechtlicher Regelungen zur elterlichen Sorge

Das elterliche Erziehungsrecht als Verantwortung für die Pflege und Erziehung der Kinder umfasst die Gesamtverantwortung für die Lebens- und Entwicklungsbedingungen eines Kindes. Sie wird wahrgenommen durch Sorge sowohl für dessen körperliches Wohlergehen als auch für seine geistig-seelische Entwicklung. Gewährt wird das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG nach Maßgabe einfachgesetzlicher Ausgestaltung. Maßgebliche Ausprägung des verfassungsrechtlichen Elternrechts sind die Vorschriften in §§ 1626 bis 1698b BGB zur elterlichen Sorge<sup>35</sup> in Gestalt der Personen- wie der Vermögenssorge einschließlich der Vertretung des Kindes.<sup>36</sup> Wie sich das Recht und die Pflicht zum Umgang mit dem Kind § 1684 Abs. 1 HS 2 BGB zum Sorgerecht verhält, ist nicht endgültig geklärt;<sup>37</sup> fest steht aber, dass die Umgangsverantwortung der Eltern, einen – evtl. weiteren – „tragenden Baustein des Elternrechts im Sinne von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG“ bildet.<sup>38</sup> Aus der statusbildenden Funktion der Umgangsverantwortung folgt andererseits keine Begrenzung des verfassungsrechtlich gewährleisteten Umgangsrechts auf die rechtlichen Eltern. Es steht neben den Eltern gem. § 1684 Abs. 2 S. 2 BGB auch engen Bezugspersonen zu, die mit dem Kind in einer sozial-familiären Beziehung leben oder gelebt haben, ohne Eltern im Rechtsinne zu sein oder gewesen zu sein. Hieraus ergibt sich zugleich, dass das Umgangsrecht weniger als andere Komponenten des Elternrechts auf der Abstammung des Kindes und stärker auf der sozial-familiären Beziehung von Eltern und Kindern gründet. Eine Umgangsbeziehung von biologischen Eltern und von ihnen abstammenden Kindern, die nicht auf einer sozial-familiären Beziehung beruht, verlangt Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG nicht.

## 4 Verfassungsrechtlicher Spielraum für Aktualisierungen des verfassungsrechtlichen Elternrechts im Wege der Gesetzgebung

Die Verantwortung für die staatliche Ordnung des elterlichen Pflege- und Erziehungsauftrags obliegt nach alledem dem Gesetzgeber. Er ist gehalten, zumindest einen durch die Institutsgarantie geschützten Kernbestand an Rechtsnormen zu schaffen, zu erhalten und fortzuentwickeln, ohne den die Elternverantwortung nicht ausgeübt werden kann. Will der einfache Gesetzgeber also bestehende familienrechtliche Strukturentscheidungen abändern, so hat er vor allem die von der Institutsgarantie gezogenen Grenzen zu beachten. Die Institutsgarantie kann dabei begrenzend wirken, indem sie einen Kernbestand des Familienrechts gegen Veränderung schützt. Sie kann auch handlungsanleitend wirken, indem sie Fortschreibungen dieses Kernbestands als Folge des historischen Wandels erfordert. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben für Handlungspflichten des Gesetzgebers im Rahmen der Grundrechtsausgestaltung sind dabei viel enger gesteckt.

35 *Burgi*, Art. 6 Rn. 107.

36 *Jestaedt*, Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 103 ff.; *Reuter*; *D.*, Elterliche Sorge und Verfassungsrecht, AcP 192 (1992), S. 108 ff.; *Mohr*; *J. Wallrabenstein*, A., Die elterliche Sorge als Sorgenkind des BVerfG, Jura 2004, S. 194 ff.

37 Ambivalent *Lipp*, Elternschaft, S. 121 (123 f.), einerseits mit der Aussage, das Umgangsrecht sei in das Recht der elterlichen Sorge „eingeschlossen“, andererseits mit der Feststellung, es sei „allerdings nicht an eine aktuelle Sorgerechtsinhaberschaft des einzelnen Elternteils gekoppelt“.

38 *Lipp*, Elternschaft, S. 121 (124).

#### 4.1 Der Gehalt des geschützten rechtlichen Kernbestands

Der Geltungsbereich der Institutsgarantie ist enger als der durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gewährleistete Geltungsbereich des elterlichen Erziehungsrechts gefasst.<sup>39</sup> Er umfasst lediglich Strukturprinzipien im Sinne eines überkommenen Kernbestandes der das elterliche Erziehungsrecht bildenden Vorschriften.<sup>40</sup> Dieser Ordnungskern hat – ebenfalls im Grundsatz – die Funktion einer „unüberwindbare(n) objektiv-rechtliche(n) Verfassungsschranke“ für den Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des elterlichen Sorge- und Umgangsrechts.<sup>41</sup> Um also den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers näher zu beschreiben, ist es zunächst erforderlich, den Inhalt des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG in seiner Funktion als Institutsgarantie näher zu bestimmen.

Einig ist sich die Literatur darin, dass die Institutsgarantie einem Normensystem entgegensteht, das die Ersetzung der elterlichen Erziehung in der Familie durch kollektive Zwangserziehung vorsehen würde, doch darum geht es vorliegend nicht. Weniger präzise fallen die Antworten auf die Frage aus, welche Bestandteile des Rechts der elterlichen Sorge zu jenem von der Institutsgarantie geschützten Kernbestand zählen. Die Reichweite der Institutsgarantie ist insoweit zunächst abstrakt zu klären und anschließend für die hier behandelten Problemlagen zu konkretisieren.

Nach *Burgi* zählen zum Ordnungskern des Elternrechts solche Vorschriften, die wesentliche Elemente der Eltern-Kind-Beziehung gestalten, ohne die Elternverantwortung nicht wahrnehmbar ist;<sup>42</sup> in ähnlicher Weise erstrecken das *BVerfG*<sup>43</sup> und *Höfling*<sup>44</sup> den Schutz des Elternrechts, das die treuhänderische Wahrnehmung der Belange des Kindes umfasst, auf wesentliche Elemente des Sorgerechts, ohne die Elternverantwortung nicht ausgeübt werden kann. *Coester-Waltjen* fordert die Regelung der Elternposition in einer Weise, dass die Eltern die Familienerziehung nach innen und nach außen wahrnehmen und Dritte abwehren können; der einfache Gesetzgeber habe auch hier Gestaltungsspielraum, dürfe aber u. a. die Familienerziehung (z. B. durch umfassende vorgezogene Mündigkeiten oder weitgehende Kontrollen) nicht aushöhlen.<sup>45</sup> Nach *Brosius-Gersdorf* garantiert die Institutsgarantie „den Vorrang der leiblichen Eltern gegenüber Dritten und die elterliche Autonomie bei der Pflege und Erziehung des Kindes als wesentliche Strukturmerkmale des Elternrechts“.<sup>46</sup> *Robbers* sieht ein Modell individueller und familiärer Pflege und Erziehung gewährleistet, welches grundsätzlich auf der Ehe aufbaut,<sup>47</sup> bleibt mit dieser weitreichenden Formulierung des Kernbestands aber allein. Denken lässt sich im Anschluss an die Institutsgarantien der Ehe und Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG auch an einen Normenbestand, welcher bestimmende Merkmale des Bildes von rechtlicher Elternschaft enthält, das der Verfassung zugrunde liegt.<sup>48</sup>

Mittelbare Erkenntnisse zur Reichweite des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG als Institutsgarantie eröffnet die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Sukzessivadoption aus dem Jahr 2013. Den

39 Zur Institutsgarantie als Grenze der Gesetzgebung statt vieler *Pieroth, B./Schlink, B./Kingreen, T./Poscher, R.*, Grundrechte – Staatsrecht II, 31. Auflage 2013, Rn. 94; *Michael/Morlok*, Grundrechte, Rn. 43.

40 Vgl. *Burgi*, Art. 6 Rn. 30 für Art. 6 Abs. 1 GG; für das Elternrecht Rn. 125 ff.

41 *Burgi*, Art. 6 Rn. 30.

42 *Burgi*, Art. 6 Rn. 126.

43 BVerfGE 84, 168 (180).

44 *Höfling, W.*, Elternrecht, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII, 3. Auflage, Heidelberg 2009, § 155 Rn. 27.

45 *Coester-Waltjen*, Art. 6 Rn. 59. Ähnlich BVerfGE 84, 168 (180): „die wesentlichen Elemente des Sorgerechts, ohne die Elternverantwortung nicht ausgeübt werden kann“; ebenso *Jestaedt*, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 12.

46 *Brosius-Gersdorf*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Auflage, Tübingen 2013, Art. 6 Rn. 169. Gemeint ist auch hier wohl der Vorrang der rechtlichen Eltern.

47 *Robbers, G.*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz Kommentar, 6. Auflage 2010, Art. 6 Abs. 2 Rn. 141.

48 In Anlehnung an BVerfGE 76, 1 (49).

Staat trifft hiernach eine Verpflichtung zur Sicherung der Wahrnehmung der Pflege- und Erziehungsverantwortung durch die Eltern als Ausdruck der grundrechtlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gegenüber dem Kind. Die Aufstellung und normative Umsetzung eines Schutzkonzepts bleibt aber Sache des Gesetzgebers, dem grundsätzlich auch dann ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zukommt, wenn er dem Grunde nach verpflichtet ist, Maßnahmen zum Schutz eines Rechtsguts zu ergreifen. Der Gehalt des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG als Institutsgarantie kann also – jedenfalls soweit es um den Gehalt als „fremdnütziges“ Recht geht – nach der Logik der Grundrechtsnorm nicht weiter reichen als die Grenzen, die Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG (i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) als pflichtenbegründende Norm zum Schutz des Kindes(wohls) dem staatlichen Gestaltungsspielraum zieht.<sup>49</sup> Festhalten lässt sich außerdem, dass für die Reichweite des Ordnungskerns aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG neben der Möglichkeit zur freiheitlichen, allein dem Kindeswohl verpflichteten Wahrnehmung der Elternverantwortung auch die staatliche Pflicht gegenüber dem Kind maßgeblich ist, die Wahrnehmung der Pflege- und Erziehungsverantwortung gegenüber dem Kind zu sichern. Die staatliche Pflicht zum Schutz des Kindes lässt sich damit zur Funktion des Elternrechts als Institutsgarantie dogmatisch vernünftig zuordnen.

Die staatliche Schutzpflicht zugunsten der Eltern hat eine von der Schutzpflicht zugunsten des Kindes verschiedene Funktion. Sie erweitert den abwehrrechtlichen Gehalt des Elternrechts als Grundrecht auf Eingriffe ins Elternrecht durch Dritte, gegen die die Eltern aktiven Schutz beanspruchen können. Der Schutzanspruch der Eltern hat damit eine freiheitliche Dimension und reicht so weit wie das Elternrecht in seiner Funktion als Abwehrrecht gegen den Staat. Konkreter gesprochen darf sich der Staat seiner Legitimationspflicht bei Eingriffen ins Elternrecht nicht dadurch entledigen, dass er solche Eingriffe dritten Personen ermöglicht oder erlaubt. Damit und insoweit prägt das Elternrecht in seiner Funktion als elterliche Autonomie schützendes Freiheitsrecht auch den Spielraum gesetzlicher Ausgestaltung. Ob das Elternrecht als Schutzpflicht insofern die dogmatische Funktion der Institutsgarantie – wie hier vertreten – verstärkt und inhaltlich prägt oder ob es neben ihr besteht, bedarf dabei keiner abschließenden Klärung.<sup>50</sup>

#### 4.2 Konkretisierung für drei Strukturentscheidungen

Präziser werden weder die Grundlagenliteratur noch das Bundesverfassungsgericht. Interessant ist dies (auch) deshalb, weil der Schutz des Elternrechts in seiner Funktion als Institutsgarantie offenbar noch keiner Aktivierung bedurfte, was dafür spricht, dass grundlegende Strukturprinzipien im Bereich des Elternrechts nach einhelliger Auffassung bislang unangetastet geblieben sind. In Bezug auf das verfassungsrechtliche Institut der Elternschaft sind nun aber drei Strukturentscheidungen des einfachen Gesetzgebers näher zu erörtern.

Für die erste Strukturentscheidung des Familienrechts zugunsten der verschiedengeschlechtlichen Elternschaft steht bereits fest, dass sie nicht dem durch die Institutsgarantie absolut geschützten Kernbestand angehört: Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG als Träger des Elternrechts nicht nur verschiedengeschlechtliche Eltern, sondern auch zwei

49 Auf die leistungsrechtliche Dimension der Institutsgarantie als „Notwendigkeit zivilrechtlicher Ausübungshilfe“ weist – allerdings mit Bezug auf die Rechtsposition der Eltern – auch *Höfling*, Elternrecht, Rn. 24, hin.

50 Anders als hier konzipieren *Michael/Morlok*, Grundrechte, Rn. 44, die Schranken der normgeprägten Grundrechte für die Ausgestaltungsgesetzgebung, indem sie die aus Schutzpflichten (und Diskriminierungsverboten) folgenden Begrenzungen neben die Institutsgarantie stellen.

Eltern gleichen Geschlechts schützt.<sup>51</sup> Zum Kernbereich der Garantie mag ursprünglich einmal das Bild der Zweigeschlechtlichkeit der Eltern gehört haben; es erfordert aber nach neuer gesellschaftlicher Wertung der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft, ähnlich wie die Institutsgarantie der Ehe gegenüber der Einführung der eingetragenen Lebenspartnerschaft,<sup>52</sup> kein Abstandsgebot in der Ausgestaltung der Elternstellung gleichgeschlechtlicher (Adoptiv-)Eltern.<sup>53</sup>

Ohne weiteres möglich wären heute schon Erleichterungen bei der Anerkennung der genetischen Mutter als Trägerin des Elternrechts im Falle reziproker In-vitro-Fertilisation.<sup>54</sup> Typischerweise geht es in diesen Konstellationen um die Anerkennung eines zweiten rechtlichen Elternteils, die folglich nicht mit der Verdrängung eines anderen rechtlichen Elternteils aus der Elternstellung verbunden wäre, die sich sowohl auf biologische Zuordnung durch Abstammung als auch auf eine sozial-familiäre Beziehung zwischen Mutter und Kind stützen ließe und die aus beiden Gründen auch dem Kindeswohl dienlich wäre. Gegen die Anerkennung spricht heute weder die damit verbundene Gleichgeschlechtlichkeit rechtlicher Elternschaft<sup>55</sup> noch das Verbot der dafür erforderlichen assistierten Reproduktion in einer durch § 1 ESchG verbotenen Form, wenn diese im Ausland erfolgt ist. Der Verweis auf die höherschwellige Möglichkeit der sukzessiven „Stiefkind-„Adoption in ihrer heutigen Form dürfte weder aus Sicht der genetischen Mutter noch mit Blick auf die rechtlich geschützten Interessen des Kindes eine adäquate Alternative sein.<sup>56</sup> Er ist auch deshalb unverhältnismäßig, weil bereits der Akt der Reproduktion einverständlich erfolgt. Andere verfassungsrechtliche Gegenpositionen sind nicht ersichtlich. Damit streiten aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG abzuleitende verfassungsrechtliche Gründe für eine vereinfachte Form der Anerkennung rechtlicher Elternschaft für die genetische, mit der austragenden Frau und dem Kind in familiärer Gemeinschaft lebende Mutter.<sup>57</sup> Weitere Konstellationen gespaltener Mutterschaft bedürfen der Beobachtung und ggf. gesetzlichen Justierung.

Hingegen ist die zweite Strukturentscheidung, die Beschränkung des Elternrechts auf zwei von der Rechtsordnung als Eltern (an-)erkannte Personen, noch nicht gefallen. Das besagt allerdings noch nicht, dass eine solche Strukturentscheidung auch der Gesetzgebung prinzipiell entzogen wäre. Der Institutsgarantie in der ihr überwiegend zugeschriebenen Bedeutung würde die Beschränkung der rechtlichen Anerkennung auf zwei Eltern aber dann unterfallen, wenn sie ein Element der Eltern-Kind-Beziehung verkörperte, ohne das Elternverantwortung nicht wahrnehmbar wäre, und wenn hierdurch der staatliche Auftrag, die Wahrnehmung der Pflege- und Erziehungsverantwortung durch die Eltern zum Schutz des Kindes zu sichern, verfehlt würde.

---

51 BVerfGE 133, 59 (LS 2 S. 1 und 77).

52 BVerfGE 105, 313 (348 ff.).

53 Vgl. BVerfGE 133, 59, 79 f. mit Darlegung der heute entfallenen Grenzen der bei Einführung des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG bestehenden Vorstellungswelt und des dabei unterlegten historischen Begriffsverständnisses. Weiterführende Überlegungen zum möglichen Wandel von Institutsgarantien formuliert für das Institut der Ehe *Rixen*, S. Das Ende der Ehe? – Neukonturierung der Bereichsdogmatik von Artikel 6 Absatz 1: Ein Signal des spanischen Verfassungsgerichts, JZ 2013, S. 864 ff.

54 Vgl. *Dethloff*, Festschrift Coester-Waltjen, S. 41 (49).

55 BVerfGE 108, 82 Rn. 57, Rn. 73 ff. Vorsichtig z. B. noch *Coester-Waltjen*, Art. 6 Rn. 76 a. E., aber immer auch mit Betonung der Offenheit einfacher Gesetzgebung gegenüber Wertewandel v. a. in der Frage der Gewichtung von biologischer und sozialer Elternschaft, Rn. 75.

56 Vgl. *Dethloff*, Festschrift Coester-Waltjen, S. 41 ff.

57 Als „vereinfachende Definition“ der Mutterschaft bezeichnet *Vascovics, L. A.*, Segmentierung und Multiplikation von Elternschaft – Konzept zur Analyse von Elternschafts- und Elternkonstellationen, in: Schwab/Vascovics (Hrsg.), Pluralisierung, S. 11 (35), die Regelung in § 1591 BGB, deren ausdrückliches Ziel es ist, eine „gespaltene“ Mutterschaft zu verhindern, vgl. BT-Drucks. 13/4899, S. 51 f., 82, in Bezug genommen in BGH, Beschluss vom 10.12.2014, XII ZB 463/13, BGHZ 203, 350 Rn. 37; OLG Köln, Beschluss vom 26.3.2015, II-14 UF 181/14, 14 UF 181/14, juris Rn. 14.

In der Tat sprechen gute Gründe dafür, die dem Kindeswohl verpflichtete und den Staat als Garanten zunächst ausschließende elterliche Verantwortung auf eine kleine Zahl von Personen zu begrenzen. Erstens soll nach bestehender Vorstellung die Verantwortung für das Kind einer klaren Zuweisung auch der Rolle bedürfen, die es einzunehmen gilt, um im Interesse des Kindes „Eltern“ zu sein. Zweitens ist für das Kind neben seiner Abstammung und neben der Qualität der Beziehung zu seinen jeweiligen Bezugspersonen „das Wissen und die Gewissheit von maßgeblicher Bedeutung, zu wem es gehört, welcher Familie es zugeordnet ist und wer als Mutter oder Vater Verantwortung für es trägt.“<sup>58</sup> Drittens erleichtert die Zuweisung der elterlichen Verantwortung an wenige, präzise zu identifizierende Personen ohne Zweifel die Ermittlung der Voraussetzungen für staatliche Eingriffe in das elterliche Sorgerecht bis zur Entziehung des Kindes aus der Familie, auch wenn dies für die Reichweite des elterlichen Erziehungsrechts als Institutsgarantie untergeordnete Bedeutung haben dürfte. Die Begrenzung auf zwei Eltern nach dem Vorbild der Elternschaft kraft Abstammung als Basiselement der Familienbildung liegt bei alledem zumindest nicht fern.

Schon die durch den Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das deutsche Verfassungsrecht begründete Norm des § 1686a BGB legt aber die Frage nahe, ob das Postulat der Zweielternschaft in so harten Stein gemeißelt ist, wie es auf den ersten Blick in die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung scheint.<sup>59</sup> Vorstellbar sind z. B. Gestaltungen, die dem biologischen (u. U. dritten) Elternteil eines mit zwei gleichgeschlechtlichen Eltern aufwachsenden Kindes elterntypische Sorge- und Umgangsbefugnisse, gebunden an eine sozial-familiäre Beziehung, einräumen.

Die dritte diskussionsbedürftige Strukturentscheidung betrifft die Unverfügbarkeit der Erziehungsverantwortung für die Eltern. Eltern sollen hiernach ein Kind zwar der Obhut anderer anvertrauen oder auch auf die rechtliche Elternstellung zugunsten einer Adoption vollständig verzichten können. Eine unwiderrufliche Übertragung der Sorgeverantwortung auf Dritte, insbesondere die Stiefeltern, soll den Eltern als Trägern des Erziehungsrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG aber verwehrt<sup>60</sup> und allenfalls die Ausübung elterlicher Befugnisse übertragbar sein.<sup>61</sup> Diese Aussage wird regelmäßig im sachlichen Zusammenhang mit der Kindesnützigkeit des Erziehungsrechts und der Pflichtenstellung der Eltern getroffen. Zu der hier eigentlich entscheidenden Frage, ob der einfache Gesetzgeber in Ausfüllung des staatlichen Gewährleistungsauftrags eine Übertragung vorsehen dürfte, findet sich aber wenig. Das Bundesverfassungsgericht hatte die Frage bislang noch nicht zu entscheiden. Der Entscheidung zur Sukzessivadoption lässt sich immerhin entnehmen, dass die Verleihung elternähnlicher Befugnisse an andere Personen als die rechtlichen Eltern Bestandteil eines gesetzlichen Schutzkonzepts sein könnte.<sup>62</sup>

Überlegungen zur konsensualen Erweiterung von Sorgerechten auf soziale Bezugspersonen des Kindes ohne gleichzeitige Statusübertragung als rechtliche Eltern bewegen sich damit im Einflussbereich der Institutsgarantie, verbunden mit der staatlichen Pflicht zum Schutz des Kindes, de-

58 BVerfGE 108, 82 (101 f.).

59 Heiderhoff, Was kann, was darf, was will der Staat? – Vorüberlegungen, in: Röthel/Heiderhoff (Hrsg.), Regelungsaufgabe Vaterstellung, S. 9 (14); im Gegensatz dazu argumentiert Lipp, Elternschaft, S. 121 (126 f.) für eine strikte Verbindung von leiblicher Elternschaft, unverfügbarer Elternverantwortung und rechtllichem Elternstatus. Vgl. a. Lembke, U., Was darf der Staat? Zur Bedeutung des Grundgesetzes für das Abstammungsrecht, in: Röthel/Heiderhoff (Hrsg.), Regelungsaufgabe Vaterstellung, S. 37 (38) mit der Feststellung, dass „leicht enttäuscht wird, wer dauerhaft feste Grenzen für Gesetzgebung und Rechtsprechung erwartet“.

60 Brosius-Gersdorf, JöR 62 (2014), S. 179 (198 ff.) m. w. Nw.; vgl. allgemein Höfling, Elternrecht, Rn. 31: Anders als vielfach bei grundrechtlichen Handlungsfreiheiten gebe es hier keine negative grundrechtliche Freiheit.

61 Burgi, Art. 6 Rn. 121; Jestaedt, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 130 f.

62 BVerfGE 133, 59 (76).

ren konkreter Gehalt folglich näherer Präzisierung bedarf. Ebenso gilt dies für Überlegungen zur Erweiterung des Kreises der Träger von Elternrechten etwa in der Kombination eines gleichgeschlechtlichen Elternpaars und eines Erzeugers oder einer Erzeugerin des in der gleichgeschlechtlichen Elterngemeinschaft lebenden Kindes.

#### 4.3 Konsistenz des Ordnungsprogramms

Weniger rahmensetzende Grenzen als Ordnungsvorgaben ergeben sich aus Konsistenzüberlegungen. Das verfassungsrechtliche Steuerungsprogramm enthält sie im allgemeinen Gleichheitssatz und in den Diskriminierungsverboten. Drei Ordnungslinien lassen sich hier exemplarisch skizzieren.

Die erste betrifft die Gleichsetzung von genetischer Vater- und Mutterschaft nicht nur im Hinblick auf die Grundrechtsträgerschaft, sondern auch in Bezug auf die einfachrechtliche Ausgestaltung des Status oder wenigstens der Befugnisse als „Eltern“. Eine zweite Ordnungslinie lässt sich für die Ordnung der Abstammung im Vergleich von Elternschaft auf Basis assistierter Reproduktion einer- und kraft Adoption andererseits ausmachen.<sup>63</sup> In Bezug auf die Reichweite des sog. kleinen Sorgerechts (§ 1687b BGB, § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG) wird schließlich drittens mit guten Gründen eine Gleichstellung von verheirateten und verpartnerten Stiefeltern mit solchen, die in einer nichtehelichen bzw. nicht registrierten Lebenspartnerschaft leben, gefordert.<sup>64</sup> Auch die rechtliche Annäherung der eingetragenen Lebenspartnerschaft an die Ehe wurde, zuletzt in der Entscheidung zur Sukzessivadoption, mit Hilfe der Diskriminierungsverbote bewirkt. Zwar lässt vor allem der allgemeine Gleichheitssatz gerade dem Gesetzgeber auch in solchen Konstellationen großen Spielraum in der Frage, wie solchen Ungleichbehandlungen abzuwehren ist.<sup>65</sup> Für die Feststellung von Unwuchten im gesetzlichen Ordnungskonzept sind die Gleichheitssätze aber hilfreich.

#### 4.4 Folgerungen für den Gestaltungsrahmen

Änderungen der Rechtslage im Familienrecht müssen sich zunächst daran messen lassen, ob der staatliche Gewährleistungsauftrag, der die Sicherung des Wie und des Ob elterlicher Pflichtenwahrnehmung in Ausrichtung auf das Kindeswohl fordert, eine andere (nicht zwingend die ursprüngliche) Rechtslage erfordert oder nicht. Wichtig ist hierfür zunächst, dass Kinder überhaupt Eltern haben und ihre Pflege und Erziehung deren Verantwortungsbereich nicht vollständig entzogen wird; letzteres wird mit dem Verbot der Einführung einer Kollektiverziehung anstelle der elterlichen Erziehung bzw. mit einer Aushöhlung des Elternrechts in der Literatur exemplifiziert. Jenseits dessen richtet das Grundgesetz, so das Bundesverfassungsgericht, „den Blick zwar auf mehrere Elternteile“;<sup>66</sup> grundsätzlich wird aber der legislative Gestaltungsspielraum nicht überschritten, wenn Kinder wenigstens ein Elternteil im Rechtssinne haben, zumal wenn der Gesetzgeber ander-

63 Grziwotz, H., Kinderwunscherfüllung durch Fortpflanzungsmedizin und Adoption, NZFam 2014, S. 1065 ff.

64 Brosius-Gersdorf, JöR 62 (2014), S. 179 (188).

65 Vgl. Britz, Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 2014, S. 346 (349 f.), mit dem richtigen Hinweis, dass der allgemeine Gleichheitssatz oftmals eine schwächere Position als die Freiheitsrechte gewährt und folglich nachrangig zu prüfen ist.

66 BVerfGE 133, 59 (78).

weitig Sorge dafür trägt, dass weitere Personen „in gewissem Umfang elterliche Aufgaben wahrnehmen (können), indem (ihnen) praktisch wichtige elterntypische Befugnisse verliehen werden“.<sup>67</sup>

Art. 6 Abs. 1 Satz 2 GG dürfte aber in dem Maße die klare Zuweisung von abgestuften Rechten und Pflichten weiterer Personen fordern, wie die biologische und soziale Vielfalt der Elternschaft auf die Rechtskultur Einfluss zu nehmen und sie zu verändern beginnt.<sup>68</sup> Kindern benötigen Sicherheit darüber, wer ihre Eltern sind, allerdings nicht um den Preis, dass soziale Eltern Sorgebefugnisse nur durch vollständige Aufgabe des Elternrechts eines rechtlichen Elternteils (insbesondere durch Adoption) erlangen können. Und für den Staat kann es nicht nur nachteilig, sondern vorteilhaft sein, mehr als zwei Personen in Verantwortung für ein Kind zu wissen, weil dies die Möglichkeit einer Kindeswohlförderlichen Unterbringung, Erziehung und Pflege erhöhen kann. Differenzierungen zwischen dem rechtlichen Elternstatus und der Zuweisung von Sorgebefugnissen sind dabei möglich.

Die Verleihung „praktisch wichtige(r) elterntypische(r) Befugnisse“ in Gestalt des sog. kleinen Sorgerechts macht schon heute die Personen, denen sie zugestanden werden, nicht zu „Eltern“ im Sinne des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Der Grundrechtslehre lässt sich auch kein Dogma des Inhalts entnehmen, dass sorgerechtsberechtigten Personen mit dem Sorgerecht zwingend auch die Trägerschaft für das elterliche Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG zukomme. Die Elternstellung nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, die zur Abwehr staatlicher Eingriffe ins Erziehungsrecht berechtigt und zivilrechtliche Ausgestaltung als „Ausübungshilfe“ erfordert,<sup>69</sup> lässt sich durchaus von der zivilrechtlichen Zuweisung elternähnlicher Sorgebefugnisse trennen. Deren konkrete Ausgestaltung beachtet die Grenzen der Institutsgarantie und des staatlichen Gewährleistungsauftrags jedenfalls dann, wenn – aus Sicht der Eltern – Elternverantwortung im verfassungsrechtlichen Sinne weiterhin ausgeübt werden kann und – aus Sicht des Kindes – die Wahrnehmung der Pflege- und Erziehungsverantwortung durch diejenigen, denen sie statusmäßig zugeordnet wird, gesichert ist.

Verfassungsrechtlich unproblematisch sind hiernach familienrechtliche Regelungen, die die Ausübung elternähnlicher Sorgerechte durch Dritte in Übereinstimmung mit dem Willen der Eltern ermöglichen.<sup>70</sup> Ohne weiteres und ohne gesetzliche Ermächtigung ist die rechtsgeschäftliche, widerrufliche Übertragung der Ausübung bestimmter Entscheidungsbefugnisse als Bestandteil der Autonomie in der Ausübung des elterlichen Erziehungsrechts schon nach geltendem Recht gedeckt. Dies gilt nicht nur für die Einräumung des „kleinen Sorgerechts“ aus § 1687b Abs. 1 BGB, § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG, sondern auch für die Übertragung von Entscheidungen größerer Tragweite für das Kind. Eine Ermächtigung durch Gesetz, die nach § 1688 BGB schon heute für die Pflegeelternschaft möglich ist, könnte auch für andere Personen, etwa rechtliche oder auch faktische Stiefeltern, geschaffen werden.<sup>71</sup>

Auch einer nicht auf einfachem rechtsgeschäftlichem Wege widerruflichen Ermächtigung Dritter zur Ausübung von elternähnlichen Sorgebefugnissen steht die Institutsgarantie nicht entgegen, wenn sich die Ermächtigung in ein staatliches Konzept zur Sicherung der elterlichen Pflege- und Erziehungsverantwortung als Ausdruck der grundrechtlichen Schutzpflicht zugunsten des Kindes einfügt. Das Kindeswohl bildet auch insoweit Grundlage und Maßstab der von Eltern und Staat gemeinsam getragenen („geteilten“) Verantwortung.<sup>72</sup> Die Pflicht zum Schutz des Kindes erfordert dann die Ausgestaltung solcher Befugnisse in einer Weise, dass Rollenkonflikte und Kom-

67 BVerfGE 133, 59 (76).

68 Den Aspekt der „Rechtskultur“ nennt BVerfGE 108, 82 (100).

69 Begriff bei Höftling, Elternrecht, Rn. 24.

70 Ausführlich Brosius-Gersdorf, JöR 62 (2014), S. 179 (193 ff.) m. w. Nw.

71 Brosius-Gersdorf, JöR 62 (2014), S. 197 m. Nw. in Fn. 89.

72 Brosius-Gersdorf, JöR 62 (2014), S. 203 ff.

potenzstreitigkeiten zwischen den rechtlichen Eltern (und sorgeberechtigten Dritten) vermieden werden, die negativen Einfluss auf die Entwicklung des Kindes haben könnten.<sup>73</sup> Ein gesetzliches Schutzkonzept, das die Übertragung elterlicher Sorgebefugnisse auf Dritte mit erschwerter (z. B. an die familiengerichtliche Überprüfung gebundener) Widerrufsmöglichkeit für die Eltern ermöglichte, müsste daher besonders sorgfältig auf den Schutz des Kindeswohls und die Schutzbedürfnisse und –rechte des Kindes ausgerichtet werden.

Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG dürfte auch einer staatlichen Strukturentscheidung zugunsten von mehr als zwei Trägern der Elternverantwortung nicht grundsätzlich entgegenstehen. Ebenso wie die gleichgeschlechtliche Elternschaft standen diese Konstellationen den Schöpfern des Grundgesetzes noch nicht vor Augen – und ebenso wie dort haben diese sich nicht bewusst gegen die Mehrfachelternschaft entschieden. Konstellationen wie die gespaltene, aber einvernehmliche biologische Mutterschaft und Mehr-Eltern-Konstellationen im Umfeld der gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft verlangen nach Lösungen mit Rücksicht auf das Kindeswohl, denen sich die Verfassung nicht grundsätzlich verschließt.

Maßgeblich bleibt dabei allerdings jeweils, dass es sich bei entsprechenden Ermächtigungen und der Einräumung von Rechtspositionen immer noch um „Ausgestaltung“ und nicht um eine gesetzliche Beschränkung des den rechtlichen Eltern zustehenden Erziehungsrechts, also um Eingriffsgesetzgebung, handelt. Dies hat der Gesetzgeber insbesondere bei der Normierung der Rückholbarkeit eingeräumter Befugnisse und Rechtspositionen zu beachten. So könnte er zwar im Wege ausgestaltender Gesetzgebung die Widerrufsrechte von Eltern bei rechtsgeschäftlicher Übertragung von Sorgeverantwortung auf Dritte einschränken, nicht aber die elterliche Sorge von Gesetzes wegen dauerhaft und ohne Widerspruchsrechte der rechtlichen Eltern auf Dritte übertragen; letzteres wäre nur im Rahmen von Art. 6 Abs. 3 GG möglich.

## 5 Schluss

Das in Art. 6 Abs. 1 Satz 2 GG geschützte elterliche Erziehungsrecht setzt dem Gesetzgeber, der zur Ausgestaltung des Instituts der Elternschaft berufen ist, äußerste Grenzen, bleibt dabei aber selbst vom historischen Wandel nicht unberührt. Aktueller Regelungsbedarf besteht in Bezug auf die biologische Mutterschaft, deren Definition in § 1591 BGB heute zu kurz greift. Mit der Anerkennung gespaltener biologischer Mutterschaft sind auch die dreifache Elternschaft kraft Abstammung und ihre rechtliche Anerkennung möglich geworden. Ungeachtet dessen streitet das in Art. 6 Abs. 1 Satz 2 GG verankerte Elternrecht für eine Beschränkung der Elternstellung auf einen kleinen Personenkreis und eine hieran orientierte abgestufte Zuweisung von Sorgerechten. Das heute bestehende „kleine Sorgerecht“ ist dabei nicht in Stein gemeißelt und dem Gesetzgeber eine andere Ausgestaltung von Sorgerechten, die der sozial-familiären Beziehung des Kindes mit anderen als den rechtlichen Eltern stärkeres Gewicht zumisst, nicht verwehrt. Eine unwiderrufliche Übertragung von Sorgerechten der rechtlichen Eltern auf Dritte kann im Wege der ausgestaltenden Gesetzgebung nicht eingeräumt werden; insofern bleibt eine Hierarchie der Sorgeberechtigungen zu wahren.

*Verf.: Prof. Dr. Margarete Schuler-Harms, Professur für Öffentliches Recht, insbes. Öffentliches Wirtschafts- und Umweltrecht, Helmut-Schmidt-Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg, Postfach 70 08 22, 22008 Hamburg, E-Mail: schuler-harms@hsu-hh.de*

73 Vgl. BVerfGE 108, 82 (103); 133, 59 (Rn. 52).