

Diskussion zum Vortrag von Eva Schumann

Leitung: OKKO BEHRENDIS

BEHRENDIS:

Vielen Dank! Ich möchte zu Ihrer Information voranschicken, dass wir am Ende der Diskussion des Vortrags von Frau Schumann dann gleich in die Abschlussdiskussion gehen werden, zu deren Leitung sich Herr Stolleis freundlicherweise bereit erklärt hat. Für Frau Schumanns Vortrag haben wir jetzt erst einmal 20 Minuten Zeit.

Der danach folgende Übergang zur Abschlussdiskussion ist zu meiner Freude sachlich sehr erleichtert. Denn in dem sehr instruktiven Vortrag von Frau Schumann ist ein ebenso grundsätzliches wie aktuelles Problem sehr deutlich geworden. Mit der Formulierung positiver Verhaltensstandards ist, so schön sie sich anhören, in der Praxis die Gefahr verbunden, die Verantwortungsräume des Privatrechts auszuhöhlen und das Gleichgewicht des sozialen *Rechts*staats einseitig zu Lasten der Verantwortungsräume des Privatrechts zu gefährden. Das gilt natürlich um so mehr, wenn, wie uns der Beamer mit entsprechenden Tabellen und Kurven sehen ließ, sich die entsprechende Gesetzgebung von Daten motivieren lässt, die so gar nicht zutreffen, aber deren Korrektur von der medialen Öffentlichkeit nicht wahrgenommen wird.

Ich bitte um Wortmeldungen. Frau Coester-Waltjen!

COESTER-WALTJEN:

Zunächst, Frau Schumann, vielen Dank für den schönen Vortrag. Ich teile Ihre grundsätzliche Kritik an dem Gesetzgeber und den Reformvorschlägen durchaus. Aber ich möchte doch zwei oder drei Punkte hervorheben. Zum einen sollte man zunächst einmal betonen, dass der Gesetzgeber von 1998 sehr viel mehr Raum für privatautonome Entscheidungen gegeben hat. Er hat die Verteilung der elterlichen Sorge, die Möglichkeit der Beibehaltung der gemeinsamen Sorge bei Trennung der Eltern ganz in die privatautonome Entscheidung der Eltern gestellt. Dies war ein wesentlicher Schritt weg von staatlicher Intervention und dies war zuvor durchaus lange Zeit sehr umstritten. Insofern kann man feststellen, dass sich der Staat zurückgenommen hat. Er ist auch – wie Sie gesagt haben – in nicht ganz idealer Weise abstinenter bei der Möglichkeit einer gemeinsamen Sorgeerklärung nicht miteinander verheirateter Eltern. Diese ist eine rein privatautonome Entscheidung, die überhaupt keiner staatlichen Kontrolle, keiner Kindeswohlprüfung unterliegt. Auch die Entscheidung der Mutter, den Vater nicht an der elterlichen Sorge zu beteiligen, wird nur unter den engen Voraussetzungen des § 1666 ge-

prüft. Staatliche Verantwortung und Einmischung nimmt also nicht nur zu, sie hat in manchen Bereichen durchaus auch abgenommen.

Der zweite Punkt, den ich betonen möchte, betrifft die sprachliche Fassung der Reformvorschläge. Ich habe Schwierigkeiten mit der Formulierung „mögliche Kindeswohlgefährdung“. Eine Kindeswohlgefährdung ist eine mögliche Schädigung. Was aber ist eine „mögliche Schädigung“? Das passt nicht zueinander und gehört nicht in § 1666 BGB. Wie kann das Gericht nach § 1666 V des Entwurfs tätig werden, wenn gar keine Kindeswohlgefährdung vorliegt, also die Möglichkeit einer Schädigung nicht besteht. Worüber soll es dann mit den Eltern sprechen. Wahrscheinlich ist die neue Fassung nur gewählt worden, um die Betroffenen zu beruhigen, um sagen zu können, man gehe ja gar nicht von einer Kindeswohlgefährdung, sondern nur von der Möglichkeit einer Kindeswohlgefährdung aus. Juristisch ist dies aber im Hinblick auf die Eingriffslegitimation des Staates nicht korrekt und gibt – wenn man Art. 6 II GG ernst nimmt – keinen Sinn.

Etwas anderes gilt, soweit es um die Schlichtungsfunktion des Staates geht. Wenn zwischen den Eltern Streit besteht, ist das Cochemer-Modell durchaus nicht schlecht. Ich möchte es gerade für die Fälle, in denen die Mutter die Auslösung dafür ist, dass der Vater seine Rolle nicht übernehmen kann, verteidigen. Eltern streiten manchmal bis auf die blanken Knochen und nehmen sich gegenseitig zu Lasten der Kinder auseinander. Es gab zum Görgülü-Fall einen Parallelfall in Irland, den Keegan-Fall. Dort hatte ebenfalls eine nicht verheiratete Mutter das Kind zur Adoption gegeben. Der Vater erfuhr erst sehr viel später davon. Er hat sich an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte mit dem Argument gewandt: „Es ist menschenrechtswidrig, dass ich meine Vaterrolle nicht übernehmen konnte.“ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat ihm Recht gegeben. Der Vater hat sodann auf seine Vaterposition verzichtet, weil das Kind schon so lange bei den Pflegeeltern lebte. Dies war eine vernünftige, auf das Kindeswohl bedachte Reaktion des Vaters. Manchmal müssen die Eltern aber erst zu derartigen vernünftigen Reaktionen und Regelungen gebracht werden. Hier ist eine staatliche Einmischung durchaus angebracht, denn wir können nicht zulassen, dass sie ihre Streitigkeiten auf dem Rücken der Kinder austragen. Wenn diese Intervention in der weichen Form vorgenommen wird, wie es nach den Äußerungen zum Cochemer-Modell geschieht, kann man dagegen nichts einwenden.

Ansonsten finde ich die gegenwärtigen Reformvorschläge zu § 1666 unnötig. Bereits nach geltendem Recht kann das Jugendamt erforderlichenfalls eingreifen. Weitere Bestimmungen sind nicht notwendig. Man muss nur das Gesetz vernünftig handhaben.

BEHREND S:

Vielen Dank. Ich möchte, wenn Sie, Frau Schumann, einverstanden sind, noch weitere Wortmeldungen aufrufen, d. h. bis Sie finden, dass eine Antwort fällig ist.

Ich darf aus Zeitgründen zugleich um kurze Diskussionsbeiträge bitten. Zunächst Frau Oberloskamp.

OBERLOSKAMP:

Ja, auch ich möchte mich herzlich bedanken für den hervorragenden Vortrag.

Ich bin der Meinung, wenn man sich strikt am Grundgesetz orientiert, findet man am schnellsten eine Lösung. Die strikte Orientierung am Grundgesetz bedeutet, dass Eltern in den meisten Fällen am ehesten wissen, was für die Kinder gut ist, und das muss auch gelten außerhalb des ehelichen Bereiches. Man muss auch die Eltern, die nicht miteinander verheiratet sind, in diese Kategorie einordnen und sagen: „Grundsätzlich wissen sie ebenfalls, was am besten ist.“ Allerdings müsste der Staat in einem Punkte behilflich sein, nämlich die Ausgangspositionen für beide Elternteile gleich zu gestalten, und da besteht einiger Nachholbedarf. Das ist nicht nur bei § 1626a II BGB so, bei dem keine staatliche Schlichtung vorgesehen ist, wenn die Mutter mit der Sorgeerklärung des Vaters nicht einverstanden ist; sondern das ist auch so an verschiedenen anderen Stellen, z. B. bei § 1672 BGB oder bei § 1748 IV BGB. Das sind verschiedene Lebenssituationen, in denen die Ausgangspositionen von Vater und Mutter einfach unterschiedlich sind, und da müsste der Staat ausgleichen. Aber ich denke, mit diesen Grundlinien, primär wissen Eltern, was das Beste für die Kinder ist, und zweitens, der Staat muss für gleiche Ausgangspositionen für Väter und Mütter sorgen, ist genug getan.

Was zur Reform im Bereich der Kindeswohlgefährdung gerade von Frau Coester-Waltjen gesagt worden ist, kann ich nur unterstreichen. § 8a SGB VIII ist eigentlich völlig überflüssig, denn das, was neuerdings darin steht, hat das Gesetz – wenn auch an anderer Stelle – schon immer enthalten. Allerdings will ich nicht bestreiten, dass – ähnlich wie ehemals § 1666a BGB – auch § 8a SGB VIII eine Funktion haben könnte. Man kann die Praxis etwas stärker darauf hinweisen, dass eben diese jetzt namentlich aufgeführten Aspekte besonders zu berücksichtigen sind. § 1666a BGB war auch überflüssig. Das, was in ihm steht, enthielt das Gesetz auch schon vorher. Die in § 1666a BGB aufgeführten Maßnahmen sind „erforderliche Maßnahmen“ im Sinne des § 1666 I BGB. Also hätte man § 1666a BGB genauso gut weglassen können. Da er – und ebenso jetzt § 8a SGB VIII – nun vorhanden ist, stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber mit der Schaffung derartiger Regelungen fortfahren soll, wie das in diesem Bereich wohl mit den verschiedenen Reformentwürfen angedacht ist.

Hinzu kommen weitere Bedenken. Ich finde, wenn man dem Richter neuerdings Funktionen zuweist, die eigentlich die Jugendämter ausüben sollten, nämlich zu beraten, dann könnte darin eventuell eine Verwässerung der Gewaltenteilung zu entdecken sein. Das ist fast so, wie es früher war, als es noch keine Jugendämter als Teil der zweiten Gewalt, sondern den Familienrat beim Vormundschaftsgericht als dritter Gewalt gab. Das ist Rechtsgeschichte, die hier

wieder aktiviert wird, wo die Funktionen miteinander vermischt werden statt sie getrennt zu lassen, wie wir das eigentlich nach Schaffung des RJWG erreicht hatten.

BEHREND'S:

Vielen Dank. Jetzt Frau Scheiwe.

SCHEIWE:

Ja, vielen Dank auch noch einmal. Die Grundlinie Ihrer Argumentation teile ich, ich frage mich aber, wie man die praktischen Probleme lösen soll. Ich meine, die Autonomie von Eltern und Personensorgeberechtigten wird vom Jugendhilferecht ja gerade dadurch gewährleistet, dass es Sozialleistungsrecht ist und daher Leistungsgewährung davon abhängt, ob Eltern Jugendhilfeleistung und Unterstützungsmaßnahme in Anspruch nehmen wollen oder nicht. Das ist freiwillig, und oft entstehen Probleme ja in den sehr schwierigen und kritischen Fällen dadurch, dass es eine zeitliche Verzögerung gibt und lange nichts passiert, wenn Eltern sich nicht entschließen können Hilfen in Anspruch zu nehmen, oder dies zeitweilig tun, dann aber wieder nicht, mal mit jemandem vom Jugendamt oder einem freien Träger sprechen, dann aber wieder nicht, und dieser Prozess sehr lange dauert. Dann kann natürlich eine Intervention des Familiengerichts auch in einem früheren Stadium mit dem Ziel der Herausnahme des Kindes aus der Familie eine wichtige Rolle spielen. Empirische Untersuchungen zeigen ja, dass die Familiengerichte in den allermeisten Fällen erst sehr spät angerufen werden, wenn es um die vollständige Entziehung des Sorgerechts geht. Eine frühere Anrufung des Familiengerichts – mit dem Ziel, die Annahme von Jugendhilfeleistungen zu beschleunigen, und etwa nur die Berechtigung der Eltern zu entziehen, den Antrag auf Jugendhilfeleistung zu stellen, und dadurch den gesamten Hilfeprozess zu beschleunigen, kann sehr wichtig sein. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie sich die Praxis verändern lässt und wie die Rolle der Familiengerichte dabei bestimmt werden soll. Aber die Prinzipien sind ja unterschiedlich. Freiwilligkeit im Jugendhilferecht ist Teil des Sozialleistungsrechts in der historischen Entwicklung weg von der Zwangserziehung und Fürsorgeerziehung. Wenn Eltern notwendig erscheinende Hilfen in kritischen Fällen nicht annehmen wollen, kann das Familiengericht eine wichtige Rolle spielen. – Ich wollte noch auf etwas anderes hinweisen. Das Kindeswohl könnte auch die Sozialgerichte in Zukunft stärker beschäftigen, weil im Elterngeldrecht eine Regelung enthalten ist, in der es um die Uneinigkeit von sorgeberechtigten Eltern über die Antragstellung auf Elterngeld geht. Ein Kriterium für die alleinige Inanspruchnahme der Berechtigung durch einen Elternteil und den Ausschluss des anderen von der Elterngeldberechtigung ist, dass eine Übertragung der Erziehung auf den anderen Elternteil das Kindeswohl im Sinne des § 1666 BGB gefährden könnte. Das ist eine ganz problematische Vorschrift; darauf wurde auch schon im Gesetzge-

bungsverfahren hingewiesen, aber ohne Erfolg. So werden bei Streitigkeiten zwischen den Eltern über die Elterngeldberechtigung auch die Sozialgerichte mit Fragen von Kindeswohlgefährdung befasst sein, obwohl die Sozialgerichte fachlich darauf nicht besonders vorbereitet sind.

BEHRENDTS:

Vielen Dank für den Beitrag. Jetzt Herr Diederichsen.

DIEDERICHSEN:

Frau Schumann hat mit ihrem Vortrag ein wunderbares Gebäude errichtet. Ich würde in diesem Gebäude nun gerne einmal für diejenigen, die sich nicht dauernd mit den Problemen, die das Referat behandelt hat, beschäftigen, zusätzlich ein kleines Fenster aufmachen. Frau Schumann hat den Begriff des Kindeswohls nicht weiter problematisiert, so dass man denken könnte, eine so griffige Formel könne die Probleme der gescheiterten Familie im Nu lösen, wenn sich denn die Eltern nach der Trennung einmal nicht miteinander einigen könnten. In Wirklichkeit ist nichts problematischer als das Kindeswohl. Ich möchte dafür zwei Beispiele geben.

Es gibt einen amerikanischen Forschungsbericht, den uns Robert H. Mnookin nahegebracht hat. Es handelt sich um eine Langzeitstudie aus Kalifornien, in der Kinderpsychologen in den 1920er und 1930er Jahren, über fast 20 Jahre, die Entwicklung von begutachteten Kindern verfolgt haben, erst in der Scheidungssituation ihrer Eltern und dann, wie sie sich in der von dem Gericht vorgesehenen, am Kindeswohl orientierten Regelung entwickelt hatten. Hierbei mussten die Psychologen feststellen, dass sie sich in einer unverhältnismäßig großen Zahl von Fällen in ihren Beurteilungen und Prognosen geirrt hatten.

So hatten sie etwa Kinder aus Familien, die nicht gut funktionierten, herausgenommen und in bessere Verhältnisse gebracht. Die Kinder hatten sich dann dort aber nicht so entwickelt wie erwartet. Das eigentlich Interessante ist nun, dass ihre Voraussagen, wie das Kind auf die neuen Verhältnisse reagieren würde, zu einem Großteil deswegen falsch waren, weil die Gutachter von der Meinung ausgegangen waren, ein Kind würde sich automatisch besser entwickeln, wenn es zu dem Elternteil oder in eine Familie käme, bei denen die Verhältnisse wesentlich besser, wirtschaftlich besser und erziehungsmäßig besser waren als die vorherigen Gegebenheiten. Aber was geschah unter den neuen Umständen? Sehr viele Kinder haben sich einfach auf die besseren Verhältnisse verlassen und sind vor die Hunde gegangen, weil sie einfach verwöhnt waren oder weil sie sich in dem neuen Milieu nicht behaupten konnten. Kinder dagegen, die man in den schlechten Verhältnissen zu lassen gezwungen gewesen war, hatten sich in den schlechteren Verhältnissen nicht etwa fehlentwickelt und waren nicht weiter abgesackt, sondern sie hatten sich diesen widrigen Verhältnissen entgegengestellt, eigene Ressourcen aktiviert und waren wider alle Voraussagen der Psychologen relativ gut geraten.

Es ist eine berühmte Studie, die man sich immer, wenn man mit dem Kindeswohl zu tun hat, vor Augen halten muss. Psychologisch ist vieles nach wie vor höchst unsicher und die Psychologen haben es immer noch nicht leicht. Selten mag es gelingen, aber fast am wohlsten ist einem, wenn man einem psychologischen Problem mit einer juristischen Antwort begegnen kann. Für die Wirksamkeit hat der BGH ein besonders eindrucksvolles Beispiel gegeben. Bekanntlich haben sich mit der Erleichterung der Ehescheidung die Ehekonflikte auf die Regelung der elterlichen Sorge und des Umgangsrechts verlagert. So hatte eine Frau zu dem psychologischen Sachverständigen gesagt, wenn sie nicht das Sorgerecht für ihr Kind bekäme, würde sie Selbstmord begehen. Der Psychologe wollte das offenbar nicht verantworten und hatte dem Gericht eine entsprechende Sorgerechtsregelung zu Gunsten der Mutter vorgeschlagen. Jeder kann sich vorstellen, in welchen Mechanismus man mit derartigen Argumenten gerät. Der Bundesgerichtshof hat diese Gefahr radikal abgewehrt, indem er entschied: „Wer so etwas sagt wie diese Mutter, der ist schlechthin erziehungsunfähig.“ Ich kenne keinen Fall, in dem jemand sich auf diese Weise das Sorgerecht sichern wollte. Eine heutige Strategie, dem geschiedenen Ehemann sein Kind vorzuenthalten, ist die Behauptung, der Vater habe sein Kind sexuell missbraucht. Das ist ein schwerwiegender Vorwurf, ebenso schwer zu beweisen wie zu widerlegen, aber sorge- und umgangsrechtsstrategisch äußerst effektiv, ohne dass man die Rechtsmissbräuchlichkeit so leicht ausschließen könnte wie im Fall der Drohung mit Selbstmord.

Wieviel Wehe schon mit dem „Kindeswohl“ verbunden sein kann, lässt sich aus dem Gesagten hinreichend erkennen. Und doch zerlegt nun ausgerechnet der Gesetzgeber selbst den Begriff noch in so viele Steigerungsformen, dass einem eher schwindlig wird, als dass es im Kopf klarer würde. Für mich jedenfalls enthalten Differenzierungen zwischen „Gefährdung“ des Kindeswohls, dem Kindeswohl „nicht widerspricht“, dem Kindeswohl „dient“, zum Wohl des Kindes „erforderlich“, dem Kindeswohl „am besten entspricht“ keine wirklich sinnhaft zu unterscheidenden Handlungsanweisungen.

BEHRENDTS:

Ich möchte jetzt Frau Schumann Gelegenheit geben, erst einmal auf die anregenden Redebeiträge zu antworten. Es bleiben dann zurzeit noch zwei weitere Wortmeldungen.

SCHUMANN:

Frau Coester-Waltjen, ich stimme Ihnen zu, dass die Kindschaftsrechtsreform von 1998 auch vieles verbessert hat, während ich mich überwiegend mit den negativen Entwicklungen im Kindschaftsrecht beschäftigt habe, weil ich aufzeigen wollte, in welchen Bereichen die staatliche Verantwortung überhand nimmt und die elterliche Verantwortung in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise eingeschränkt

wird. Insoweit ging es mir darum, einerseits den noch bestehenden Reformbedarf aufzuzeigen und andererseits die aktuellen Reformen kritisch zu würdigen. Darüber hinaus wollte ich anhand ausgewählter Beispiele deutlich machen, dass das Kindschaftsrecht durch die Reformen der letzten Jahre in sich unstimmig geworden ist, weil der Staat in einigen Bereichen seine Verantwortung für das Kindeswohl nahezu ganz zurückgenommen hat, während er sich in anderen Bereichen in immer stärker werdendem Maße in die elterliche Verantwortung einmischt. Ich kann Ihnen daher nur Recht geben, dass staatliche Verantwortung nicht nur zugenommen, sondern an anderer Stelle – etwa in den von Ihnen genannten Beispielen – auch abgenommen hat. Die Frage ist aber, ob nicht gerade diese gegenläufigen Tendenzen kritisch zu bewerten sind, weil sie belegen, dass dem geltenden Kindschaftsrecht kein abgestimmtes, in sich schlüssiges Konzept mehr zugrunde liegt, zumal diese Entwicklung dadurch verschärft wird, dass der Gesetzgeber die große Kindschaftsrechtsreform von 1998 in den letzten Jahren ständig nachbessern musste und sich dabei überwiegend darauf beschränkt hat, die am Einzelfall orientierte Rechtsprechung des BVerfG umzusetzen.

Sie hatten weiter danach gefragt, was nach den derzeitigen Reformvorschlägen unter einer möglichen Kindeswohlgefährdung zu verstehen ist. Eine mögliche Kindeswohlgefährdung muss jedenfalls unterhalb der Kindeswohlgefährdungsschwelle liegen. Wie weit diese Vorverlagerung nach dem Willen des Gesetzgebers reichen soll, ist meines Erachtens derzeit nicht fassbar, jedoch ergibt sich die Notwendigkeit einer Vorverlagerung aus der Reform des SGB VIII durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe von 2005. Damit die mit § 8a SGB VIII neu eingeführten Maßnahmen des Jugendamtes bei Verdacht einer möglichen Kindeswohlgefährdung nicht leer laufen, mussten das Kindschafts- und Verfahrensrecht entsprechend angepasst werden. Wenn das Jugendamt das Familiengericht anrief, weil die Eltern an der Abschätzung des Gefährdungsrisikos nicht mitwirken, und das Gericht nach Prüfung des Sachverhalts zu dem Ergebnis kam, dass die Schwelle zur Kindeswohlgefährdung noch nicht überschritten war, dann dürften die Eltern kaum noch bereit gewesen sein, auf freiwilliger Basis mit dem Jugendamt zusammen zu arbeiten. Zur Vermeidung dieser Situation wurde nun die Möglichkeit einer richterlichen Einwirkung auf die Eltern im Vorfeld einer Kindeswohlgefährdung gesetzlich etabliert, damit den Eltern, wenn sie keine Kooperationsbereitschaft zeigen, mit dem „richterlichen Erziehungsgespräch“ gedroht werden kann und § 8a SGB VIII nicht mehr seinen Zweck verfehlt.

Weiterhin haben Sie das Cochemer Modell angesprochen, das Sie für Fälle, in denen die Kinder sehr stark unter der Trennungs- und Konfliktsituation der Eltern leiden, befürworten. In Extremfällen, in denen die Konflikte der Eltern zu einer Kindeswohlgefährdung führen, hilft bereits § 1666 BGB. Somit können vom Cochemer Modell nur Fälle unterhalb der Gefährdungsschwelle erfasst werden, in denen – obwohl die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl am besten

entsprechen würde – die Eltern sich entweder einvernehmlich auf die Alleinsorge eines Elternteils einigen oder sich beide Elternteile um die Alleinsorge streiten. Auch wenn die gemeinsame Sorge nach Trennung und Scheidung im Regelfall dem Kindeswohl am besten entspricht, so stellt sich doch die Frage, ob die Entscheidung gegen eine gemeinsame Sorge nicht primär dem Verantwortungsbereich der Eltern überlassen bleiben sollte. Immerhin müssen sich Kinder auch in anderen Fällen unterhalb der Kindeswohlgefährdungsschwelle mit Nachteilen der elterlichen Erziehung abfinden und es besteht zudem keine Garantie, dass die Orientierung am Regelfall der gemeinsamen Sorge nach Trennung und Scheidung in jedem Fall die richtige Lösung darstellt. Im Übrigen erscheint es auch hier systemwidrig, dass einerseits Eltern nach dem Cochemer Modell in einer extremen Konfliktsituation unmittelbar nach der Trennung zu einer gemeinsamen Sorge „gezwungen“ werden, während nach geltendem Recht bei einem später eintretenden Konsens die Schwelle des § 1696 I BGB (triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe) zur „Wiederbegründung“ eines gemeinsamen Sorgerechts erreicht werden muss. Auch hierin liegt eine der vielen Unstimmigkeiten des geltenden Kindschaftsrechts.

Abschließend möchte ich nochmals kurz auf den von Ihnen angesprochenen Fall „Görgülü“ eingehen. Sie haben in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass bei der Adoptionsfreigabe häufig die Mütter die Zuordnung des Kindes zum Vater verhindern. Im Fall „Görgülü“ war es jedoch nicht so: Die Mutter hatte den Vater zum Jugendamt begleitet und die Vaterschaft bestätigt. Da jedoch das Jugendamt bereits die Vormundschaft für das Kind innehatte, oblag dem Jugendamt anstelle der Mutter die Zustimmung zum Vaterschaftsanerkennnis. Diese wurde – trotz der Erklärung der Mutter und des Vorliegens eines Blutgruppengutachtens – nicht abgegeben, weil das Jugendamt die Vorstellung hatte, dass das Kind in der Pflegefamilie besser aufgehoben sei als bei seinem türkischen Vater. Daher haben auch die mit dem Fall betrauten Gerichte darauf hingewiesen, dass das Jugendamt die Entfremdung des Kindes von seinem leiblichen Vater gezielt herbeigeführt habe.

Den Ausführungen von Frau Oberloskamp zur notwendigen Angleichung der Rechtsstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder kann ich nur zustimmen. Ich konnte in meinem Vortrag aus Zeitgründen nicht alle Ungleichbehandlungen darlegen und habe daher auch nur kurz erwähnt, dass sich die ungleiche Ausgangssituation im Bereich der elterlichen Sorge nicht nur in zahlreichen weiteren Normen fortsetzt, sondern in Teilbereichen auch von der Rechtsprechung verfestigt wird.

Frau Scheiwe, die von Ihnen erwähnten praktischen Probleme sehe ich durchaus, jedoch glaube ich nicht, dass sie mit einer Herabsenkung der Kindeswohlgefährdungsschwelle gelöst werden können. Ich möchte Ihnen ausdrücklich zustimmen, dass die Familiengerichte häufig erst sehr spät vom Jugendamt angerufen werden, d. h. zu einem Zeitpunkt, in dem aus der Gefähr-

derung des Kindeswohls längst eine Schädigung geworden ist. In diesen Fällen bleibt dann regelmäßig nur die vollständige Entziehung der elterlichen Sorge. Dieser Missstand spricht aber nicht zwingend für eine Verschärfung der Gesetze, sondern begründet zunächst die Forderung nach einer besseren Umsetzung des geltenden Rechts.

Ihren Ausführungen, Herr Diederichsen, kann ich – soweit sie den Kindeswohlbegriff aus psychologischer Perspektive betreffen – im Ausgangspunkt voll zustimmen. Aber gerade weil wir zur Kenntnis nehmen müssen, dass andere Fachdisziplinen zum Kindeswohl keineswegs einheitliche Auffassungen vertreten, sich selbst gefestigte Lehrmeinungen im Laufe der Zeit ändern und zudem Langzeitstudien belegen, dass sich angeblich kindeswohlorientierte Entscheidungen im Nachhinein nicht als die besten Lösungen herausstellen, scheint mir angesichts dieser Risiken die Zurückhaltung des Staates unterhalb der Kindeswohlgefährdungsschwelle erforderlich. Im Übrigen ging es mir in erster Linie darum, den Rechtsbegriff Kindeswohl in seiner Normfunktion darzustellen und in diesem Zusammenhang die Unstimmigkeiten im Kindschaftsrecht bei Verwendung des Kindeswohlbegriffs herauszuarbeiten, weil diese die Rechtsprechung zunehmend dazu verleiten, Lösungen – unter Herabsenkung der Kindeswohlgefährdungsschwelle – über § 1666 BGB zu suchen. Sie haben weiterhin zu Recht darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung und der Gesetzgeber nicht mehr sauber zwischen dem positiven und dem negativen Kindeswohlstandard trennen. Aber gerade deshalb sehe ich für die Rechtswissenschaft die Aufgabe, von Judikative und Legislative nachdrücklich die Differenzierung zwischen beiden Bereichen einzufordern und auf die unterschiedlichen Funktionen des positiven Kindeswohlstandards (Appellfunktion und Entscheidungsmaßstab im Elternkonflikt) einerseits und des negativen Kindeswohlstandards (Gefahrenabwehr) andererseits hinzuweisen.

BEHRENDTS:

Vielen Dank. Die Liste der Wortmeldung hat sich mittlerweile noch vergrößert. Zunächst Frau Peters-Lange, dann Herr Lipp und Herr Friehe.

PETERS-LANGE:

Ja, Frau Schumann, Sie haben Frau Scheiwe schon einiges auf ihren Einwurf gesagt, so dass ich da ungern noch einmal nachhaken möchte. Nur soviel: Der Begriff der Kindeswohlgefährdung sollte im Rahmen des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit frühzeitiger Schritte ermöglichen, die unterhalb der Schwelle Entziehung des Sorgerechts oder ähnlich scharfer Maßnahmen liegen, und den Gerichten und Jugendämtern gestatten, früher und behutsamer in die Familien hineinzugehen. Ich war als Richterin mit einem Fall alkoholkranker Eltern befasst, die ein vierjähriges Kind hatten, und musste entscheiden, ob ich das Sorgerecht entziehe. Trotz seiner vier Jahre konnte das Kind

noch nicht sprechen. Gleichwohl waren uns in gewisser Weise die Hände gebunden. Wir konnten nur sagen: Hopp (Entziehung des Sorgerechts) oder Topp (Verbleib des Sorgerechts bei den Eltern). Es gab keine Möglichkeit, in diesem Fall etwas zu gestalten. Das Gericht hätte das Sorgerecht noch auf die Großeltern übertragen können, hätte dann aber das Risiko in Kauf genommen, dass das Kind de facto wieder in die vernachlässigende Situation des elterlichen Haushalts zurückgelangt wäre. Es war für mich als junge Richterin eine schwierige Entscheidung, das Kind aus dem elterlichen Haus herauszunehmen und über die Anordnung einer Amtsvormundschaft einer Pflegefamilie zuzuweisen. Ich glaube aufgrund dieser Erfahrung, dass es, wie immer dies dogmatisch näher zu begründen wäre, ein Gebot der Verhältnismäßigkeit ist, den Gerichten und Behörden weniger scharfe Mittel zur Verfügung zu stellen. Ich möchte auch noch etwas zur Ihrer Unterscheidung des Kindeswohlbegriff in einen „positiven“ und „negativen“ bemerken. Mich stört daran ein wenig, dass diese scheinbar scharfe Trennung für mich offen lässt, wo das negative Kindeswohl anfängt und wo es sich noch um positives Kindeswohl handelt, wo der Staat eben nicht eingreifen darf. Ich denke etwa an den Fall, dass in einer Hauptschulklasse in Berlin mehr als die Hälfte der Kinder ihrer Schulpflicht nicht nachkommen. Ist das jetzt eine Frage, die das positive Kindeswohl anbelangt, wo der Staat sich eben heraushalten soll, oder ist das schon negatives Kindeswohl, wo der Staat etwas machen muss? Mir ist die Zuweisung da nicht ganz deutlich und deswegen denke ich, dass man dem Staat die Möglichkeit nicht ganz nehmen darf, auch im Bereich des positiven Kindeswohls mitzuwirken. Ein Beispiel ist die jetzt angedachte Kindergartenpflicht, die den Kindern im frühen Alter zugute kommen und ihnen in einer Weise Hilfe anbieten würde, die für die Eltern verpflichtend ist, und so in leider nicht mehr ganz seltenen Fällen einen Betrag dazu leisten könnte, Chancengleichheit zu verwirklichen.

BEHRENDIS:

Vielen Dank. Herr Lipp.

LIPP:

Um es kurz zu machen, da würde ich doch einen ganz anderen Akzent setzen, als Sie, Frau Peters-Lange. Die Unterscheidung zwischen negativer Funktion und positiver Funktion, die Sie gemacht haben, Frau Schumann, die halte ich für wichtig und notwendig. Sie ist verfassungsrechtlich geboten, das muss man ganz laut sagen. Deswegen würde ich gerne nachfragen zu etwas, was Sie positiv erwähnt haben, die Erziehungsleitbilder. Das schien mir dann doch ein bisschen zu kurz zu kommen in Ihrem Referat, eventuell aus Zeitgründen. Das Erziehungsleitbild hängt eng mit dem Leitthema des Symposiums zusammen, dem Menschenbild. Sie hatten zwei Beispiele genannt. Als erstes, dass die Eltern verpflichtet seien, die Befugnisse zum Wohl des Kindes auszuüben, und als zweites, wo Sie

auch auf die Bundesverfassungsgerichtsentscheidung und dann auf die gesetzliche Regelung hingewiesen haben: die Erziehung zur Selbständigkeit und die Berücksichtigung der wachsenden Selbständigkeit des Kindes. Das, so hatte ich bereits vorhin in meinem Referat gesagt, steht schon in den Motiven. Das ist die Konzeption des BGB schon von Anfang an und damit hätte ich noch keine Schwierigkeiten, denn ich würde das gar nicht als positives Erziehungsleitbild bezeichnen, weil es ganz formal ist. Das ist die immanente Verpflichtung, der vormundschaftliche Charakter der elterlichen Sorge, die dem BGB von Anfang an zugrunde lag und jetzt nur etwas anders formuliert ist. Meine Frage möchte ich deshalb an dem Beispiel gewaltfreier Erziehung stellen. Ist es das, was Sie mit positivem Erziehungsleitbild meinen? Und wenn ja, wo fängt da für Sie die kritische Grenze an?

BEHRENDTS:

Ja, vielen Dank. Das war eine sehr klare Frage. Und jetzt, Herr Friehe, möchte ich noch Ihnen das Wort erteilen und zugleich – lassen Sie sich bitte dadurch nicht stören – den fliegenden Wechsel auf die Abschlussdiskussion dadurch vorbereiten, dass ich mit Herr Stolles den Stuhl wechsele, damit für alle Teilnehmer sichtbar wird, dass wir gleich im Anschluss an das Schlusswort von Frau Schumann in die Abschlussdiskussion übergehen werden.

FRIEHE:

Ich habe nur zwei Dinge. Das eine ist eine kurze Information. Sie, Frau Schumann, haben den ergänzten Referentenentwurf zum „FamFG“, dem Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, erwähnt. Mir liegt der Entwurf auch gerade vor und zwar mit der Maßgabe, dass in drei bis vier Wochen der Kabinettsbeschluss erfolgen soll. Damit scheint das Unternehmen doch auf der Zielgeraden gelandet zu sein. Wobei ich gleich anmerken darf, dass dieser Entwurf sehr viel gründlicher reflektiert worden ist als „Hartz IV“ – wo das Bundesministerium der Justiz selber federführend ist, werden also noch vernünftige Prüfzeiträume eingehalten. Ansprechen möchte ich hier aber die Zahlen zur Kinder- und Jugendkriminalität und besonders die Zahlen dazu, wie oft Kinder Opfer werden. Das war mir so gar nicht bewusst, es hat mich aber sehr beeindruckt, Frau Schumann, und es beschäftigt mich im Zusammenhang mit der zwingenden Gesundheitsuntersuchung für Kinder. Die Kürzel der öffentlichen Diskussion lauten „U1“ bis „U9“, so heißen diese Kinderuntersuchungen, die bisher freiwillig erfolgen und im SGB V geregelt sind. Wir haben eine Diskussion darüber, sie in irgendeiner Form verbindlich machen zu sollen. Vielleicht geht sie über in eine Diskussion über § 8a SGB VIII, nämlich in der Frage: Ist ein Unterlassen der Untersuchung ein gewichtiger Anhaltspunkt für die Gefährdung des Kindeswohls? Das zu bejahen würde mir schwer fallen, jedenfalls zur Zeit, wo die Kinderuntersuchung nicht verpflichtend ist. Denn

ohne Rechtspflicht machen Eltern, die ihr Kind nicht untersuchen lassen, von ihren ganz normalen Rechten Gebrauch, und daraus eine gewichtige Gefährdung des Kindeswohls abzuleiten, erscheint mir überspannt. Aber vielleicht wird man ja aus dieser rechtspolitischen Diskussion heraus die Notwendigkeit entwickeln, den § 8a SGB VIII zu ändern und dann eben nur noch Anhaltspunkte genügen zu lassen. Denn ein Anhaltspunkt für Gefährdungen könnte die unterlassene U1 bis U9 immerhin sein. Das allerdings führt mich noch zu einer Frage, bei der ich gleichsam einen Stein ins Wasser werfen möchte. Ich habe das gestern schon angesprochen: Das Bundesverfassungsgericht ist recht großzügig, was die Interpretation des Art. 74 I Nr. 7 GG angeht. Man darf den Begriff nicht eng verstehen, heißt es in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, aber eins schien mir bei einer kurzen Analyse noch gesichert zu sein: Während die Fürsorge, also das Angebot, sich auf alle beziehen darf, ist es bisher wohl immer noch so, dass Zwang oder Eingreifen des Staates nur dort „öffentliche Fürsorge“ sind, wo es im Einzelfall nötig ist, einzugreifen oder Zwang auszuüben. Bei diesem Verständnis des Art. 74 I Nr. 7 GG, dass das weite Begriffsverständnis von „öffentliche Fürsorge“ sich nur auf Angebote bezieht, hätte ich Schwierigkeiten, Art. 74 I Nr. 7 GG heranzuziehen, wenn der Bundesgesetzgeber die Kinderuntersuchung verpflichtend regeln will. Andere sehen das großzügiger, weil sie dem Bund – wieder einmal – keine Möglichkeiten verbauen wollen, Dinge zu regeln, die sonst nur von den Ländern geregelt werden könnten. Also – das wäre eine Frage zum Nachdenken, die gar nicht hier beantwortet werden muss, an die Verfassungsrechtler unter Ihnen: Wie weit reicht Art. 74 I Nr. 7 GG; gestattet er allgemeinen, flächendeckenden Zwang? Danke.

SCHUMANN:

Auf Ihre Frage, Frau Peters-Lange, ob ein möglichst frühzeitiger Eingriff nicht doch mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist, darf ich vielleicht noch ergänzen, dass die Eingriffsmöglichkeiten der §§ 1666 ff. BGB in der Praxis häufig nicht ausgeschöpft werden, gerade auch in Fällen, in denen Misshandlungen oder Verwahrlosungen schließlich zum Tod eines Kindes führen. In vielen Fällen lagen die Voraussetzungen des § 1666 I BGB ohne Zweifel vor, dennoch kam der Staat – häufig aufgrund einer Fehleinschätzung einzelner Mitarbeiter des Jugendamtes – seiner Verantwortung als Wächter nicht nach. Diese Missstände ließen sich durch eine bessere Ausbildung und die Aufstockung des Personals in den Jugendämtern ohne Verschärfung des geltenden Rechts beheben. Hingegen stellt sich in Fällen, in denen die Gefährdung im Vorfeld für Dritte nicht erkennbar ist, die Frage, ob zur Erreichung des Ziels, in Einzelfällen Kindeswohlgefährdungen festzustellen, die regelmäßige Kontrolle bestimmter Gruppen von Eltern mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit noch vereinbar ist. Dies scheint mir doch zumindest sehr zweifelhaft, zumal die von Ihnen erwähnten schwächeren Eingriffsmittel auch schon nach dem geltenden Recht als Maß-

nahmen bei Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung vorgesehen sind. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1666 BGB kann das Gericht mit einer ganzen Reihe von möglichen Maßnahmen reagieren, von denen nur eine die Entziehung des Sorgerechts darstellt, wobei auf diese nach § 1666a I BGB erst dann zurückgegriffen werden darf, wenn der Gefahr nicht auf andere Weise, beispielsweise durch die Anordnung, bestimmte Angebote der Jugendhilfe wahrzunehmen, begegnet werden kann.

Sie haben weiterhin – wie auch Herr Diederichsen – die Differenzierung zwischen dem positiven und negativen Kindeswohlstandard für nicht praktikabel erklärt. Zunächst ist festzuhalten, dass nicht nur das Kindschaftsrecht diese Differenzierung vorsieht, sondern auch die Verfassung einen Eingriff in die elterliche Verantwortung als Maßnahme der Gefahrenabwehr erst zulässt, wenn der negative Kindeswohlstandard erreicht wird und sich daraus im Umkehrschluss ergibt, dass unterhalb dieser Schwelle das Kindeswohl nur als Entscheidungsmaßstab im Elternkonflikt dienen bzw. den Eltern bei Wahrnehmung ihrer elterlichen Verantwortung eine bestmögliche Verwirklichung des Kindeswohls lediglich nahe gelegt werden kann (Appellfunktion). Dass in Einzelfällen diese Funktionen von der Rechtsprechung verkannt werden, ist kritisch zu würdigen, darf aber gerade nicht als Argument für eine Verwischung der Grenzen oder zu einer Angleichung des negativen an den positiven Kindeswohlstandard führen.

Schließlich haben Sie noch die Fälle angesprochen, in denen Eltern die Schulpflicht nicht ernst nehmen bzw. das „Schulschwänzen“ ihrer Kinder nicht verhindern, vielleicht sogar unterstützen. In diesen Fällen kann und wird nach § 1666 BGB vorgegangen und in die elterliche Verantwortung eingegriffen. Darüber hinaus ist zu diskutieren, ob der Staat aus Art. 7 I GG verpflichtet ist, in viel stärkerem Maße als bisher Erziehungsdefizite der Eltern durch Förderangebote auf freiwilliger Basis auszugleichen. Hierbei denke ich beispielsweise an Angebote ganztägiger Betreuung, insbesondere an durch Schulen vermittelte Freizeitangebote (Theatergruppen, Förderung musischer und sportlicher Fähigkeiten) sowie an die gezielte Förderung von Kindern mit Migrationshintergrund. Diese Angebote greifen – solange keine Teilnahmepflicht besteht – nicht in das Elternrecht ein, sondern bieten eine sinnvolle Ergänzung zur elterlichen Verantwortung und stellen einen Beitrag zur Chancengleichheit dar.

Herr Lipp, Sie haben die Erziehungsleitbilder angesprochen, die in meinem Vortrag nicht nur aus Zeitgründen, sondern auch deshalb knapp gehalten waren, weil ich meine, dass die Erziehungsleitbilder auf die Appellfunktion zu reduzieren sind und ihre rechtliche Wirkung demzufolge begrenzt sein muss, d. h. sie nur bei der Entscheidung des Staates als Schlichter im Elternkonflikt eine Rolle spielen dürfen; als Maßstab für den negativen Kindeswohlstandard eignen sie sich hingegen nicht. Darüber hinaus müssen wir uns im Klaren sein, dass die Erziehungsleitbilder des Kindschaftsrechts – ebenso wie das Menschenbild des Grundgesetzes – einem steten Wandel unterliegen. Ich möchte dies anhand des

von Ihnen genannten Beispiels (Gebot der gewaltfreien Erziehung) verdeutlichen: In den 1950er Jahren hat der Bundesgerichtshof Misshandlungen eines Teenagers durch mehrfache Schläge, das Fesseln an das Bett und die Entziehung von Mahlzeiten als zulässige Züchtigungsmittel und Erziehungsmethoden der Eltern anerkannt, während diese Maßnahmen heute zu Recht als Kindeswohlgefährdung eingeordnet werden würden. Dennoch meine ich nicht, dass die Einführung des Gebots zur gewaltfreien Erziehung zur Herabsenkung der Kindeswohlgefährdungsschwelle geführt hat, sondern bin vielmehr der Auffassung, dass in diesem Bereich sowohl die Herabsenkung des negativen Standards als auch die Formulierung des Gebots gewaltfreier Erziehung (positiver Standard) nur Ausdruck eines veränderten Verständnisses des Eltern-Kind-Verhältnisses sind. Daher ist auch nicht der Schluss zulässig, dass bereits mit jedem Verstoß gegen ein Erziehungsleitbild wie etwa gegen das Gebot zur Berücksichtigung der wachsenden Selbständigkeit des Kindes (§ 1626 II BGB) oder gegen die Wohlverhaltensklausel des § 1684 II BGB die Schwelle zur Kindeswohlgefährdung überschritten ist. Denn dies hätte zur Konsequenz, dass der negative Standard mit dem positiven Standard gleichzusetzen wäre, über § 1666 BGB die elterliche Erziehung vollständig staatlich kontrolliert werden könnte und Eltern Ziele, Inhalt und Methoden der Erziehung – soweit sie vom positiven Kindeswohlstandard abweichen – nicht mehr selbst festlegen könnten. Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es daher, Kriterien für die von der Rechtsprechung im Einzelfall gemäß § 1666 BGB vorzunehmende Grenzziehung zu erarbeiten, wobei meines Erachtens zwischen dem negativen und dem positiven Kindeswohlstandard noch ein weites Feld elterlicher Erziehungsverantwortung bleiben muss.

Herr Friehe, ich danke Ihnen für die Informationen zum derzeitigen Stand der Reformvorhaben. Zur geplanten Einführung verpflichtender Gesundheitsuntersuchungen darf ich noch ergänzen, dass ich nicht nur an der Effektivität dieser Maßnahmen zweifle, sondern auch im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit Bedenken habe, weil hier zur Aufdeckung von Kindesmisshandlungen alle Eltern Kontrollmaßnahmen ausgesetzt werden. Darin liegt meines Erachtens ein unverhältnismäßiger Eingriff in das Elternrecht des Art. 6 II GG, weil sämtliche Eltern einem Generalverdacht und Kontrollen ausgesetzt werden, obwohl nur wenige Kinder betroffen sind und zudem die Statistiken einen Rückgang von Kindesmisshandlungen verzeichnen. An die Frage, ob der Bundesgesetzgeber in diesem Bereich die Gesetzgebungskompetenz hat, möchte ich mich ohne sorgfältige Prüfung nicht heranwagen und würde die Beantwortung dieser Frage gerne den anwesenden Verfassungsrechtlern überlassen.