

Göttinger Juristische Schriften

Dagmar Coester-Waltjen, Volker Lipp,
Eva Schumann, Barbara Veit (Hg.)

Alles zum Wohle des Kindes?
Aktuelle Probleme des Kindschaftsrechts

2. Familienrechtliches Forum Göttingen



Universitätsverlag Göttingen

Dagmar Coester-Waltjen, Volker Lipp, Eva Schumann, Barbara Veit (Hg.)

Alles zum Wohle des Kindes?

This work is licensed under the
[Creative Commons](#) License 3.0 “by-nd”,
allowing you to download, distribute and print the
document in a few copies for private or educational
use, given that the document stays unchanged
and the creator is mentioned.
You are not allowed to sell copies of the free version.



erschienen als Band 12 in der Reihe „Göttinger Juristische Schriften“
im Universitätsverlag Göttingen 2012

Dagmar Coester-Waltjen,
Volker Lipp, Eva Schumann,
Barbara Veit (Hg.)

Alles zum Wohle des Kindes?

Aktuelle Probleme des
Kindschaftsrechts

2. Familienrechtliches Forum
Göttingen

Göttinger Juristische Schriften,
Band 12



Universitätsverlag Göttingen
2012

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Kontakt

Prof. Dr. Barbara Veit

e-mail: b.veil@jura.uni-goettingen.de

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den OPAC der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar und darf gelesen, heruntergeladen sowie als Privatkopie ausgedruckt werden. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion. Es ist nicht gestattet, Kopien oder gedruckte Fassungen der freien Onlineversion zu veräußern.

Satz und Layout: Stefan Sauer

© 2012 Universitätsverlag Göttingen

<http://univerlag.uni-goettingen.de>

ISBN: 978-3-86395-053-8

ISSN: 1864-2128

Danksagung

Für die finanzielle Unterstützung des
2. Familienrechtlichen Forums Göttingen
danken wir der SMA Solar Technology AG.

Inhaltsverzeichnis

<i>Barbara Veit</i> Einleitung	5
Grundlagen, Perspektiven	
<i>Matthias Jestaedt</i> Das Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern	13
<i>Reinhard Wiesner</i> Neue Reformen im Kinderschutzrecht	39
Elterliche Sorge von nicht miteinander verheirateten Eltern	
<i>Daniela Goerdeler</i> Elterliche Sorge von nicht miteinander verheirateten Eltern	59
<i>Jens Scherpe</i> Elterliche Sorge von nicht miteinander verheirateten Eltern in England und Wales	71
<i>Michael Coester</i> Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern	85
Der Umgang mit dem Umgangsboykott	
<i>Jörg Fichtner</i> Der Umgang mit dem Umgangsboykott und das gefährdete Kindeswohl aus psychologischer Sicht	93
<i>Lore Maria Peschel-Gutzeit</i> Der Umgang mit dem Umgangsboykott	105
Wege aus der anonymisierten Vormundschaft	
<i>Thomas Meyer</i> Das Gesetz zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts	121

Wolfgang Rütting

Die Reform des Vormundschaftsrechts aus Sicht der Praxis und Jugendhilfe – Chancen, Perspektiven und Risiken 129

Ludwig Salgo

Wege aus der anonymisierten Vormundschaft – nach der Reform ist vor der Reform 139

Kindesschutz zwischen Prävention und Intervention

Thomas Meysen

Kindesschutz zwischen Prävention und Intervention 155

Ludwig Salgo

Das Gesetz zur Stärkung eines aktiven Schutzes von Kindern und Jugendlichen (Bundeskinderschutzgesetz – BKiSchG) 183

Kindschaftsrechtliches Verfahren – Problemfelder des neuen FamFG

Christoph Althammer

„Brennpunkte“ des familiengerichtlichen Verfahrens in Kindschaftssachen 207

Klaus Schnitzler

Anmerkungen zum einstweiligen Rechtsschutz bei Kindschaftssachen im Verhältnis zum Hauptsacheverfahren und kritische Betrachtung des Beschleunigungsgrundsatzes 221

Heinrich Schürmann

Rollenverteilung und Rechtsstellung von Kindern in familiengerichtlichen Verfahren 231

Anhang

Synopse 251

Autoren und Herausgeber 255

Einleitung

Barbara Veit

Das Familienrecht ist, wie *Coester-Waltjen* in ihrer Einführung zur aktuellen Gesetzestext-Ausgabe Familienrecht feststellt, genauso „wie die Familie selbst eine lebendige Angelegenheit“.¹ Eine Fülle von Änderungen hat das Kindschaftsrecht allein seit der grundlegenden Reform von 1998 erfahren. Greift man nur die letzten drei Jahre heraus, so sind im nationalen Recht zu nennen: 2008 das Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Kindeswohlgefährdung (sog. KiWoMaG) und das FamFG; 2009 das Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts; 2011 das Gesetz zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts² sowie aktuell der Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung eines aktiven Schutzes von Kindern und Jugendlichen (Bundeskinderschutzgesetz – BKiSchG),³ den der Bundestag in der Fassung der Beschlussempfehlung und des Berichts vom Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (13. Ausschuss)⁴ nach sechster Beratung am 27. Oktober 2011 angenommen hat,⁵ dessen Schicksal nach Zustimmungsversagung durch den Bundesrat vom 29. November 2011⁶ und Anrufung des Vermittlungsausschusses durch die Bundesregierung vom 30. November 2011⁷ allerdings weiterhin offen ist.

Mit Spannung erwartet wird derzeit ein Entwurf für ein Gesetz zur Regelung der elterlichen Sorge von Eltern, die nicht miteinander verheiratet sind. Hatte noch 2003 das BVerfG § 1626a BGB für mit Art. 6 Abs. 2 und 5 sowie Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar gehalten,⁸ so hat es inzwischen diese Haltung revidiert, nachdem der EGMR in der Sache *Zaunegger./Deutschland*⁹ die Zurücksetzung des Kindesvaters beim Erwerb der elterlichen Sorge gegenüber der Kindesmutter und ehelichen Vätern für unvereinbar mit Art. 8 und 14 EMRK gehalten hatte. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 21. Juli 2010 die §§ 1626a Abs. 1 Nr. 1 und

¹ *Coester-Waltjen*, Familienrecht, Beck-Texte im dtv, 14. Auflage 2011, S. IX.

² BGBl. I S. 1306.

³ BT-Drucks. 17/6256 vom 22.06.2011.

⁴ BT-Drucks. 17/7522 vom 26.10.2011.

⁵ BT-Plenarprot. 17/136, S. 16150B.

⁶ BT-Drucks. 17/7932.

⁷ BT-Drucks. 17/7967.

⁸ BVerfG FamRZ 2003, 285 ff.

⁹ EGMR FamRZ 2010, 103 ff.

1672 Abs. 1 BGB für verfassungswidrig erklärt und Übergangsregelungen bis zu einer gesetzgeberischen Neuordnung vorgesehen.¹⁰

Damit aber nicht genug mit Reformanstößen aus Straßburg. Vielmehr hat der EGMR in seiner Entscheidung vom 21. Dezember 2010 in Sachen *Anayo./Deutschland*¹¹ weiter festgestellt, dass Art. 8 EMRK einem leiblichen Vater, der nie mit seinem Kind zusammengelebt hat, trotz Fehlens einer sozial-familiären Beziehung und Fehlens einer rechtlichen Bindung ein Umgangsrecht gewährleiste. Damit gerät die Regelung des § 1685 Abs. 2 BGB ins Kreuzfeuer; als weiteren Dominoeffekt könnte bald die Überprüfung der Abstammungsregeln, v.a. § 1598a BGB, anstehen. „Alle Sorgen, dem deutschen Gesetzgeber könnte die Arbeit ausgehen“, sind, wie man sieht und *Willutzki* kürzlich treffend feststellte, „jedenfalls für das Familienrecht und hier ganz besonders das Kindschaftsrecht“ unbegründet.¹²

Schaut man sich diese Großbaustelle im Kindschaftsrecht etwas näher an, so zielen die anstehenden Reformen im Sorge- und Umgangsrecht vor allem auf eine Verbesserung der Rechte des Kindesvaters im Verhältnis zur Kindesmutter, wogegen es im Übrigen um Kinderschutz und Verbesserung der Rechtsstellung des Kindes geht.

Ein wichtiger Schritt in Richtung auf mehr Kinderschutz ist auf jeden Fall das neue Vormundschaftsgesetz. Im Jahr 2009 standen nach den Angaben des Statistischen Bundesamtes 31.082 Kinder unter bestellter Amtsvormundschaft, Tendenz steigend.¹³ Die vormundschaftsgerichtliche Praxis wird, entgegen der Idealvorstellung des Gesetzgebers, nicht von der persönlich geführten Einzelvormundschaft, sondern weitgehend von einer anonymisierten Verwaltung bestimmt,¹⁴ bei der Mitarbeiter des allgemeinen sozialen Dienstes im Jugendamt, nicht aber der mit der Ausübung der Vormundschaft betraute Mitarbeiter den Kontakt mit dem Kind hält. Auf diesen Missstand wurde wiederholt – vergeblich¹⁵ – hingewiesen und der Gesetzgeber zu einer Reform des Vormundschaftsrechts aufgefordert.¹⁶ Es musste wohl erst zu tragischen Todesfällen von Kindern in der Amtsvormundschaft kommen, bis der Gesetzgeber aktiv wurde.

¹⁰ BVerfG FamRZ 2010, 1403, 1404 Rn. 34 m. zust. Anm. Luthin; *Peschel-Gutzzeit* NJW 2010, 2990 ff.; *Rauscher* JZ 2010, 1010 ff.

¹¹ EGMR FamRZ 2011, 269 ff.

¹² *Willutzki* ZKJ 2011, 90.

¹³ *Seidenstücker*, in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit, Neue Perspektiven im Vormundschafts- und Pflegschaftsrecht, S. 45.

¹⁴ Gernhuber/Coester-Waltjen, § 70 II Rn. 8, 18-20.

¹⁵ BT-Drucks. 13/7158, S. 19.

¹⁶ Statt vieler nur Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige, BT-Drucks. 11/4528, S. 203; *Salgo/Zenz* FamRZ 2009, 1378 ff.; *Hansbauer/Oelerich/Wunsch* JAmt 2002, 229 ff.

Schritte in die richtige Richtung sind in diesem Gesetz auf jeden Fall die Verankerung von ausreichendem persönlichem Kontakt zwischen Vormund und Mündel, die Betonung der persönlichen Verantwortung des Vormunds für seinen Mündel (§ 1800 S. 2 BGB) sowie die Hervorhebung der Kontrolle dieser Aufgaben durch das Familiengericht (§§ 1837 Abs. 2 S. 2, 1840 Abs. 1 S. 2 BGB). Angesichts langjähriger Forderungen in diese Richtung erscheint es auch mehr als überfällig, dass die Fallzahlen begrenzt wurden. Aber: Ein Gesetz, das primär die Amtsvormundschaft im Blick hat und deshalb auch Amtsvormundschaftsverbesserungsgesetz genannt wird,¹⁷ birgt doch die Gefahr, dass der gesetzgeberische Regelfall der Einzelvormundschaft in den Hintergrund tritt und der faktische Regelfall der bestellten Amtsvormundschaft zementiert wird.¹⁸

Der neue Entwurf für ein bundeseinheitliches Kinderschutzgesetz steht an der Schnittstelle zwischen Kinderschutz und Gesundheitsschutz; dennoch wurde bei dessen Erarbeitung das Bundesgesundheitsministerium nicht beteiligt. Es sieht einen Ausbau der frühen Hilfen, etwa durch den Einsatz von Familienhebammen, ebenso vor wie eine Verbesserung des Schutzauftrags des Jugendamtes durch Festschreibung eines verpflichtenden Hausbesuches in § 8a SGB VIII. Hinzu kommen Regelungen darüber, unter welchen Voraussetzungen Berufsgeheimnisträger Informationen an das Jugendamt weitergeben dürfen, ohne ihre Schweigepflicht zu verletzen. Die Neuregelungen lassen dabei aber nicht nur die Frage offen, in welchem Verhältnis die Bundesregelung zu den Landeskinderschutzgesetzen steht, die seit 2008 in allen 16 Bundesländern erlassen worden sind. Vielmehr hat kürzlich *Heilmann* nicht ganz zu Unrecht die Frage gestellt, welchen Verbesserungsbedarf es „im schon ausjustierten System des Kinderschutzes überhaupt noch gibt“.¹⁹ Die in den Landesgesetzen vorgesehenen Maßnahmen zur Förderung von Kindesgesundheit und Früherkennung von Risiken für das Kindeswohl reichen von präventiven Angeboten zur Bildung über Früherkennungsuntersuchungen von Kindern bis hin zur Einrichtung von lokalen Netzwerken zum Kinder- und Jugendschutz.²⁰ Die erste Zwischenevaluation des Landeskinderschutzgesetzes von Rheinland-Pfalz aus dem Jahr 2009 hat zum Teil ernüchternde Ergebnisse hervorgebracht. So standen einer hohen Zahl von Meldungen einer eigens eingerichteten zentralen Stelle an die Gesundheitsämter über nicht in Anspruch genommene Früherkennungsuntersuchungen (in einem Zeitraum von zwei Monaten 1100) vier Fälle gegenüber, in denen sich der Verdacht auf eine mögliche Kindeswohlgefährdung bestätigte; nur in einem Fall wurde letztlich eine erzieherische Hilfe eingeleitet. Hinzu kommt, dass die betroffenen Eltern die Einladung zur Früherkennungsuntersuchung häufig als Bedrohung und Einschränkung des eigenen Entscheidungs-

¹⁷ *Veit/Salgo* ZKJ 2011, 82, 85.

¹⁸ *Veit/Salgo* ZKJ 2011, 82, 85.

¹⁹ Editorial von Heft 3 der ZKJ 2011.

²⁰ S. § 3 Kinderschutzgesetz v. Sachsen Anhalt (GVBl. LSA 2009 S. 644).

rechts und als Vorabverdächtigung empfanden.²¹ Damit geraten die frühen Hilfen in das Spannungsfeld zwischen Hilfe und Kontrolle. Auch die Regelungen über die Informationsweitergabe durch Berufsheimnisträger an das Jugendamt bergen die Gefahr, dass – ebenso wie bereits das KiWoMaG – im Interesse des Kindesschutzes unterhalb der Schwelle der Kindeswohlgefährdung erneut in das Elternrecht eingegriffen wird.

In der derzeit heftig geführten Diskussion um das richtige Sorgerechtsmodell von nicht miteinander verheirateten Eltern reichen die Meinungen von kleinen Lösungen über Mischmodelle bis hin zu großen Lösungen. Ich will an dieser Stelle kein Plädoyer für die eine oder andere Lösung abgeben, vielmehr zwei allgemeine Forderungen aufgreifen: Da die gemeinsame Sorge nicht miteinander Verheirateter nur bei konfliktbehafteter Paarebene Probleme birgt, fordert Peschel-Gutzeit zu Recht, dass der Gesetzgeber die Erfahrungen, die seit 1998 mit der gemeinsamen Sorge nach Trennung und Scheidung gemacht worden sind, unbedingt berücksichtigen sollte.²² Und zu Recht mahnte kürzlich *Fink*, es müsse darauf geachtet werden, dass die Bundesrepublik „nicht durch überkomplexe Regelungen erneut im europäischen Vergleich negativ hervorsticht“.²³

Aber nicht nur das Sorgerecht macht uns Sorgen. Ein höchst trauriges, alle Verfahrensbeteiligten – vor allem das Kind – belastendes Thema ist der Umgangsboykott, der in unterschiedlichsten Formen, zum Teil in einem einzigen Fall, vorkommt: vom Nichtabholen des Kindes durch den Umgangsberechtigten zum vereinbarten Zeitpunkt über das laufende Erfinden neuer Gründe durch den betreuenden Elternteil, um eine Umgangsvereinbarung nicht einhalten zu müssen, den Wegzug in eine andere Stadt oder gar ein anderes Land bis hin zur Verweigerung jeglichen Umgangs durch das Kind selbst. Jede Fallkonstellation fordert die zum Teil verzweifelte Suche nach dem geeigneten, erforderlichen und verhältnismäßigen Instrument, um zu einer kindeswohlgerechten Entscheidung zu gelangen. Ist ein zeitlich befristeter oder dauerhafter Umgangsausschluss, ein Zwangsgeld oder gar Zwangshaft das Richtige? Genügen Weisungen, oder sollte das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen und Ergänzungspflegschaft angeordnet werden?²⁴ Wie hat sich die 2008 neu eingeführte Umgangsbegleitung, die Umgangspflegschaft, bewährt? Ist sie an die Stelle oder neben eine Ergänzungspflegschaft nach §§ 1630, 1909 BGB getreten? Hilft ein betreuter Umgang, um die von Misstrauen erfüllte Beziehung der Beteiligten zu beruhigen? Fragen über Fragen an Juristen wie an psychologische Sachverständige.

Beim letzten Forum Familienrecht im Jahre 2008 stand das brandaktuelle FamFG in seiner gesamten Breite im Fokus. *Coester* wagte damals in seinem Referat das

²¹ *Fegert*, Abschlussbericht der Evaluation des rheinland-pfälzischen LKindSchuG, abrufbar als PDF unter <http://tinyurl.com/evaluation-lkindschug> (zuletzt geprüft am 13.12.2011), S. 128.

²² *Peschel-Gutzeit* FF 2011, 105, 109.

²³ *Fink* ZKJ 2011, 154, 159.

²⁴ S. OLG Köln NJW-RR 2010, 1374 f.

vorsichtige Lob, die systematische und übergreifende Neuordnung des Rechts der Freiwilligen Gerichtsbarkeit zeige, „dass unser Gesetzgeber – trotz vieler leidvoller Erfahrungen in der Vergangenheit – die Kraft zum großen Wurf doch noch nicht ganz verloren hat“.²⁵ Das FamFG ist seit unserer letzten Veranstaltung bereits mehrfach geändert/ergänzt worden, und zum Teil ist angesichts zahlreicher Anwendungsprobleme eine anfängliche Euphorie gewisser Skepsis gewichen.²⁶ Beispielsweise genannt sei das in der Praxis schwierige Verhältnis von vorläufigem Rechtsschutz und Hauptsacheverfahren; eigene Herausforderungen bergen auch der Beschleunigungsgrundsatz sowie die Vielzahl an Beteiligten in Sorge- und umgangsrechtlichen Verfahren.

Alles zum Wohl des Kindes? Diese Frage drängt sich nach der Tour d’horizon einiger aktueller Problemfelder des Kindschaftsrechts auf. Was ist los mit der Familie im neuen Jahrtausend, dass der Gesetzgeber in kurzer Zeit so viel Aktivität entfaltet? Woran liegt es, dass sich Fälle häufen, in denen Eltern wegen Erziehungsunfähigkeit ganz oder teilweise die Elternverantwortung nach § 1666 BGB entzogen wird²⁷ und die Zahl der erzieherischen Hilfen der Kinder- und Jugendhilfe nach jüngsten Angaben des Statistischen Bundesamtes stetig ansteigt?²⁸ Birgt nicht, um von den soziologischen Fragen zum Staatsrecht zu springen, jede staatliche Unterstützungsmaßnahme auch die Gefahr frühzeitiger Intervention, wenn die Eltern trotz der Angebote ihre Erziehungskompetenz nicht verbessern (können/wollen)? „Wie viel Staat vertragen die Eltern?“, so eine Frage im Titel einer jüngst erschienenen Dissertation.²⁹ Wie ist es mit dem Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG bestellt, wenn das höchste deutsche Gericht ein Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern kreiert, das dieses gegen seine Eltern geltend machen kann? Damit sind wir auch schon bei den ersten beiden Vorträgen und ich am Ende meiner Begrüßung angelangt.

²⁵ Coester, Verfahren in Kindschaftssachen, in: Reform des familiengerichtlichen Verfahrens – 1. Familienrechtliches Forum Göttingen, Göttinger Juristische Schriften Band 6, 2009, S. 39, 63.

²⁶ Vgl. Büte, Streitpunkte im FamFG, FuR 2010, 653 ff. (Teil 1), FuR 2011, 7 ff. (Teil 2); Götz, Das neue Familienverfahrensrecht – Erste Praxisprobleme, NJW 2010, 897 ff.; Salgo, Das Beschleunigungsgebot in Kindschaftssachen, FF 2010, 352 ff.; Vogel, (Offene) Rechtsfragen zum einstweiligen Rechtsschutz nach den §§ 49 ff. FamFG, FF 2011, 196 ff.

²⁷ Vgl. Bamberger/Roth/Veit, § 1666 Rn. 42 ff.

²⁸ S. Statistisches Bundesamt, Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland. Hilfe zur Erziehung, 2008/2009.

²⁹ Pamela Hölbling.

Grundlagen, Perspektiven

Das Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern

Matthias Jestaedt

1	Legislative und judikative Bewegung in Sachen Kinderschutz	14
2	Eltern- und Kindesrecht in Kollisionslage: Die Entscheidung des VerfGH Rheinland-Pfalz vom 28. Mai 2009 zum verbindlichen Einladungswesen.....	16
2.1	Gegenstand und Maßstab der Entscheidung	16
2.2	Indizien einer Schwächung des Elternvorrangs.....	17
a)	Gesetzgeberische Ausgleichsaufgabe?	17
b)	Schiefe Rechtfertigungsprüfung.....	20
c)	„Positiver“ Standard und gesetzgeberischer Verfassungsauftrag....	22
2.3	Karlsruher Anleihe.....	23
3	Karlsruhe schafft Kindesgrundrecht: Das Urteil des BVerfG vom 1. April 2008 zur Umgangspflicht eines Elternteils.....	24
3.1	Elternverpflichtendes Kindesgrundrecht.....	24
3.2	Bedenken gegen die Kindesrechts-Konstruktion	25
a)	So lange unentdeckt?	25
b)	Kein gewandeltes Schutzbedürfnis.....	27
c)	Konfusion von Grundrechtsberechtigtem und -verpflichtetem	27
d)	Leeres Versprechen	28
e)	Überflüssig und entbehrlich	29
3.3	Ein Zwischenfazit	29
4	Kindesgrundrechte de constitutione interpretanda.....	30
4.1	Grundgesetzliche Rezeptionsmechanismen für Völkerrecht.....	30
4.2	Die Karlsruher These von der völkerrechtsfreundlichen Auslegung von Gesetzes- und Verfassungsrecht.....	31
4.3	Übertragbarkeit auf die UN-Kinderrechtskonvention?	32
4.4	Der unionsrechtliche Ansatz über Art. 24 Grundrechtecharta	35
5	Kindesgrundrechte de constitutione ferenda.....	35

1 Legislative und judikative Bewegung in Sachen Kinderschutz

Als hätte es noch eines Beweises bedurft, dass der – wenn Sie mir den Ausdruck nachsehen – gesetzgeberische Kinderschutz-Hype anhält, hat vor nicht einmal 24 Stunden der Deutsche Bundestag über den von der Regierung eingebrachten (nachgebesserten) „Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung eines aktiven Schutzes von Kindern und Jugendlichen (Bundeskinderschutzgesetz – BKiSchG)“ in erster Lesung beraten.¹ Nun also noch ein Bundeskinderschutzgesetz. Nach dem TAG, dem Tagesbetreuungsausbaugesetz 2004,² dem KICK, dem Kinder- und Jugendhilfweiterentwicklungsgesetz von 2005,³ und schließlich dem KiWoMaG, dem Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls, aus dem Jahre 2008,⁴ schickt sich der Bundesgesetzgeber an, einen weiteren legislativen Meilenstein in Sachen Kinderschutz zu setzen. Wie bei seinen Vorgängern handelt es sich beim Bundeskinderschutzgesetz um ein Artikelgesetz, welches gleich mehrere Gesetze ändert oder sogar einführt (wie das KKG, das Gesetz zur Kooperation und Information im Kinderschutz). Doch auch die Landesgesetzgeber sind, nicht zuletzt gestärkt durch die Föderalismusreform I aus dem Jahre 2006, nicht untätig geblieben. Nahezu sämtliche Bundesländer beschließen ihrerseits Landeskinderschutz- oder Landeskindeswohlgesetze, so Baden-Württemberg das Gesetz zum präventiven Schutz der Gesundheit von Kindern und Jugendlichen in Baden-Württemberg (Kinderschutzgesetz Baden-Württemberg) vom 3. März 2009.⁵ Die gesetzlichen Kinderschutzmaßnahmen

¹ Der Entwurf (der Bundesregierung) eines Gesetzes zur Stärkung eines aktiven Schutzes von Kindern und Jugendlichen (Bundeskinderschutzgesetz – BKiSchG) wurde am 15.04.2011 im Bundesrat eingebracht (BR-Drucks. 202/11); am 27.05.2011 nahm dieser dazu Stellung (BR-Plenarprot. 883, S. 245A-248B). Am 22.06.2011 ging der Entwurf mit Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung an den Bundestag (BT-Drucks. 17/6256). Dieser überwies am 01.07.2011 in 1. Lesung den Entwurf an den Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BT-Plenarprot. 17/118, S. 13693A-13709A), der am 26.09.2011 eine Sachverständigen-Anhörung durchführen wird (vgl. <http://tinyurl.com/BKSchG-Anhoerung> – zuletzt aufgerufen am 22. September 2011).

² Gesetz zum qualitätsorientierten und bedarfsgerechten Ausbau der Tagesbetreuung und zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe (Tagesbetreuungsausbaugesetz – TAG) vom 27.12.2004 (BGBl. I S. 3852), in Kraft getreten am 01.01.2005.

³ Gesetz zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe (Kinder- und Jugendhilfweiterentwicklungsgesetz – KICK) vom 08.09.2005 (BGBl. I S. 2729), in Kraft getreten am 01.10.2005.

⁴ Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls (KiWoMaG) vom 04.07.2008 (BGBl. I S. 1188), in Kraft getreten am 12.07.2008.

⁵ GBl. 2009, 82, in Kraft seit dem 07.03.2009. – Zu den Details der landesrechtlichen Regelungen: *Meysen/Schönecker/Kindler*, Frühe Hilfen im Kinderschutz. Rechtliche Rahmenbedingungen und Risikodiagnostik in der Kooperation von Gesundheits- und Jugendhilfe, 2009, S. 142 ff., bes. mit Fn. 394–404.

erstrecken sich vom Familienrecht über das gerichtliche Verfahrensrecht und das Schulrecht bis hin zum eigentlichen Kinder- und Jugendhilferecht.

Diese breitgefächerte Entwicklung auf legislativem Terrain wird, wenn die Anzeichen nicht trügen, in jüngster Zeit begleitet von einer Verschiebung des verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsregimes. In zwei Urteilen aus den Jahren 2008 und 2009 weisen zwei Verfassungsgerichte – und zwar das BVerfG (genauer: dessen Erster Senat) auf der einen sowie der VerfGH Rheinland-Pfalz auf der anderen Seite⁶ – neue verfassungsdogmatische Wege, wie Maßnahmen des staatlichen Kindesschutzes vor dem Elternrecht gerechtfertigt werden können, ohne dass die herkömmlichen, durch das staatliche Wächteramt abgesteckten Pfade beschritten werden müssen. Über die enge Fachöffentlichkeit hinaus macht keine der beiden Entscheidungen Furore, und doch bergen sie grundrechtsdogmatischen Sprengstoff. Ihrer beider gesellschafts- und verfassungspolitische Bedeutung liegt darin, dass auf der Grundlage des von ihnen propagierten veränderten Verständnisses des verfassungsrechtlichen Eltern-Kind-Verhältnisses gesetzgeberischen Bemühungen um die Verbesserung des Kindesschutzes auch gegen den Willen der Kindeseltern und im Vorfeld von Kindeswohlgefährdungen der Weg geebnet wird. Das lässt sich auch drastischer formulieren: Hier wird vorgedacht, wie die Verfassungslage aussehen könnte, wenn man die vom Grundgesetz getroffene Entscheidung gegen den Primat des staatlichen Kindesschutzes und für den Primat des elterlichen Kindesschutzes umkehrt oder, vorsichtiger formuliert: relativiert.

Die Entscheidungen gewinnen zusätzlich an Brisanz und Bedeutung dadurch, dass von nicht wenigen exogener Druck auf die grundgesetzliche Konzeption des Staat–Eltern-Kind-Verhältnisses gesehen wird. „Von außen“ heißt durch das Völker- und Europarecht, genauer:

erstens durch die Kinderrechtskonvention, die Convention on the Rights of the Child (CRC/KRK) vom 20. November 1989,⁷ die mit 193 Konventionsstaaten sogar einen Vertragspartner mehr aufweist als die UN-Charta (freilich nicht die Vereinigten Staaten von Amerika!),⁸

zweitens durch einige jüngere, die Bundesrepublik Deutschland am Maßstab der Europäischen Menschenrechtskonvention verurteilende umgangsrechtliche Entscheidungen des EGMR in Straßburg⁹

⁶ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 01.04.2008 – 1 BvR 1620/04, BVerfGE 121, 69 ff.; VerfGH RP, Urteil vom 28. Mai 2009 – VGH B 45/08, NJW-RR 2009, 1588 ff.

⁷ Text: United Nations, Treaty Series, Bd. 1577, S. 3 bzw. BGBl. 1992 II S. 121.

⁸ Eine detaillierte Aufstellung der Konventionsstaaten findet sich unter: <http://tinyurl.com/KRK-Staaten> (zuletzt aufgerufen: 22.09.2011).

⁹ Vgl. namentlich EGMR, Elsholz ./.. Deutschland, Beschwerde Nr. 25735/94, Urteil vom 13.07.2000; Sahin ./.. Deutschland, Beschwerde Nr. 30943/96, Urteil vom 08.07.2003; Sommerfeld ./.. Deutschland, Beschwerde Nr. 31871/96, Urteil vom 08.07.2003; Görgülü ./.. Deutschland, Beschwerde Nr. 74969/01, Urteil vom 26.02.2004; Haase ./.. Deutschland, Beschwerde Nr. 11057/02, Urteil vom 08.04.2004; Nanning ./.. Deutschland, Beschwerde Nr. 39741/02, Urteil

und, last but not least, drittens durch das Inkrafttreten der EU-Grundrechte-Charta am 1. Dezember 2009 als Teil des Vertragswerks von Lissabon.

Insbesondere der Kinderrechtskonvention, die Deutschland zwar bereits vor nahezu zwanzig Jahren, nämlich am 6. März 1992, ratifiziert hat,¹⁰ die aber erst seit dem Juli des letzten Jahres vorbehaltlos für die und in der Bundesrepublik gilt,¹¹ wird attestiert, dass sie auf eine Änderung des verfassungsrechtlichen Status quo dränge – sei es in Gestalt einer neuen Lesart, sprich: einer veränderten Interpretation des Grundgesetzes, sei es in Gestalt eines verfassungsgesetzgeberischen Neuarrangements, sprich: der Einfügung expliziter Kindesrechte in die Verfassung. Im Lichte dessen erhält die Diskussion um ein verfassungsrangiges Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern ihr besonderes Kolorit und verdienen die beiden genannten Gerichtsentscheidungen unsere ungeteilte Aufmerksamkeit.

2 Eltern- und Kindesrecht in Kollisionslage: Die Entscheidung des VerfGH Rheinland-Pfalz vom 28. Mai 2009 zum verbindlichen Einladungswesen

2.1 Gegenstand und Maßstab der Entscheidung

Dem jüngeren der beiden Judikate, dem Urteil des VerfGH Rheinland-Pfalz vom 28. Mai 2009,¹² kommt schon deshalb wegweisende Bedeutung zu, weil es die erste (und meines Wissens nach wie vor einzige) verfassungsgerichtliche Entscheidung zu der Frage markiert, ob und inwieweit landesgesetzliche Regelungen zum so genannten Einladungs- und Erinnerungsverfahren im Rahmen von Früherkennungsuntersuchungen¹³ sowohl mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung als auch mit dem Elternrecht vereinbar sind. In nahezu allen Bundesländern wird in den Jahren 2007 bis 2010 das sogenannte verbindliche Einladungs- und Erinnerungswesen zu den Früherkennungsuntersuchungen als probates Mittel zur

vom 12.07.2007; Zaunegger ./.. Deutschland, Beschwerde Nr. 22028/04, Urteil vom 03.12.2009; Tsikakis ./.. Deutschland, Beschwerde Nr. 1521/06, Urteil vom 10.02.2011.

¹⁰ Am 26.01.1990 unterzeichnete die Bundesrepublik Deutschland die CRC/KRK. Das Zustimmungsgesetz (BGBl. II S. 121) datiert vom 17.08.1992; hinterlegt wurde die Ratifikationsurkunde am 06.03.1992, in Kraft getreten ist die CRC/KRK für Deutschland am 05.04.1992 (BGBl. II S. 990).

¹¹ Am 03.05.2010 fällte die Bundesregierung den Beschluss, die Vorbehaltserklärung von 1992 zur CRC/KRK zurückzunehmen; die Rücknahme-Erklärung wurde am 15.07.2010 bei den Vereinten Nationen hinterlegt.

¹² VerfGH RP NJW-RR 2009, 1588 ff. (= JAmt 2010, S. 142 ff. m. Hinweisen für die Praxis von *Schönecker*).

¹³ In concreto ging es um Bestimmungen des rheinland-pfälzischen Landesgesetzes zum Schutz von Kindeswohl und Kindergesundheit – LKindSchuG – vom 07.03.2008, GVBl. S. 52.

Prävention von Kindesvernachlässigung und Kindesmisshandlung erkannt und gesetzlich statuiert. Das liegt ganz im sicherheits- und regulierungsrechtlichen Trend zur nachhaltigen Risikovorsorge. In seinem Gefolge mausern sich die präventionsradizierte staatliche Beobachtung und Informationsbeschaffung zu einem „informationellen Vorfeldrecht“¹⁴.

Als Landesverfassungsgericht zieht der VerfGH Rheinland-Pfalz zwar die Grundrechtsgewährleistungen der Verfassung für Rheinland-Pfalz heran; aber mit Rücksicht auf Art. 31 und 142 GG entnimmt er den Landesgrundrechten keinen von den gleichnamigen Bundesgrundrechten abweichenden Gehalt.¹⁵ Den größeren Teil seiner Begründung widmet der VerfGH Rheinland-Pfalz dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Diese Ausführungen mögen, geht es uns doch um die Spezifika des Eltern-Kind-Verhältnisses, hier auf sich beruhen. So muss uns auch nicht die Frage beschäftigen, ob es überzeugt, die Erforderlichkeit eines *flächendeckenden* Einladungs- und Erinnerungswesens damit zu bejahen, die Beschränkung bestimmter Maßnahmen des Einladungs- und Erinnerungsverfahrens auf einen eingegrenzten Personenkreis – Stichwort: Risikofamilien – sei mit der „Gefahr einer stigmatisierenden Wirkung für die betroffenen Bevölkerungskreise verbunden“ und die „damit verknüpfte Grundrechtsbeeinträchtigung wöge schwerer als das gegenwärtig praktizierte [flächendeckende] Verfahren“. Im Weiteren steht die vom VerfGH gegebene Begründung für die Elternrechtskonformität der streitgegenständlichen Gesetzesbestimmungen im Fokus.¹⁶ Sie weist gleich in mehrfacher Hinsicht verfassungsdogmatische Besonderheiten auf.

2.2 Indizien einer Schwächung des Elternvorrangs

Bewusst oder unbewusst deuten die Besonderheiten, das sei vorweggenommen, allesamt in dieselbe Richtung: Sie führen zu einer Schwächung des verfassungsverbürgten Elternvorrangs. Im Einzelnen:

a) Gesetzgeberische Ausgleichsaufgabe?

Der VerfGH ortet in der Bestimmung zur Elternverantwortung – auf Bundesverfassungsebene: Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG – nicht nur das Recht und die Pflicht der Eltern, ihre Kinder zu pflegen und zu erziehen, sondern zugleich ein der Eltern-

¹⁴ Zu Begriff und Sache *Möstl*, Die neue dogmatische Gestalt des Polizeirechts – Thesen zur Integration eines modernen informationellen Vorfeldrechts in das klassische rechtsstaatliche Gefahrenabwehrrecht, in: DVBl. 2007, 581 (582). Ein guter Überblick über die Probleme des neuen Sicherheitsrechts bei *Lepsius*, Sicherheit und Freiheit – ein zunehmend asymmetrisches Verhältnis, in: Schuppert/Merkel/Nolte/Zürn (Hrsg.), Der Rechtsstaat unter Bewährungsdruck, 2010, S. 23 ff.

¹⁵ Der Einfachheit halber wird daher im Folgenden nicht zwischen landes- und bundesgrundrechtlichen Verbürgungen unterschieden.

¹⁶ Vgl. VerfGH RP NJW-RR 2009, 1588 (1592 f.).

pflicht korrespondierendes Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern. Dem Gesetzgeber obliege die Aufgabe, „das [...] Recht der Eltern zur Erziehung ihrer Kinder mit seiner gleichzeitigen Pflichtenbindung und das Recht des Kindes auf Erziehung durch seine Eltern unter strikter Beachtung des durch die Landesverfassung vorgegebenen Verantwortungszusammenhangs zu einem Ausgleich zu bringen“.¹⁷ Das Gericht geht also offenbar von einem in der Elternrechtsbestimmung selbst angelegten Gewährleistungskonflikt aus, der dem Gesetzgeber die Aufgabe – und damit die Rechtsmacht – zuweise, praktische Konkordanz zwischen den gegebenenfalls zielkonfligierenden Rechtspositionen von Eltern und Kindern herzustellen. Das klingt zunächst nicht weiter aufregend, um nicht zu sagen: es klingt vertraut. Denn Grundrechtskonflikte, die zuvörderst der Gesetzgeber zu lösen aufgerufen ist, sind nicht seltene Ausnahme, sondern ubiquitäre Regel. Doch das Eltern-Kind-Verhältnis, so wie es das Grundgesetz regelt, entzieht sich der einfachen binären Abwägungslogik von Recht und Gegenrecht.

Die Rechtsstellung der Eltern gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG („Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht.“) beinhaltet zwar ein echtes, da Selbstbestimmung schützendes Grundrecht. Aber damit stellt sie keineswegs ein reguläres oder normales Grundrecht dar. Unter den Grundrechten des Grundgesetzes erscheint die Gewährleistung gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG vielmehr als grundrechtsdogmatischer Solitär, weil sie

- (1) mit Verfassungskraft bestimmten Grundrechtsträgern, nämlich den Eltern, Bestimmungsmacht über einen anderen Grundrechtsträger, nämlich das Kind, verleiht,
- (2) nicht nur und nicht primär der Selbstbestimmung des Grundrechtsberechtigten dient, sondern zuvörderst fremdnützig ausgerichtet ist, und
- (3) in sich Recht und Pflicht zu einem komplexen Ganzen – vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung treffend als „Elternverantwortung“ bezeichnet¹⁸ – vereinigt.¹⁹

¹⁷ VerfGH RP NJW-RR 2009, 1588 (1592).

¹⁸ Richtungsweisend: BVerfGE 24, 119 (143); s.a. BVerfGE 56, 363 (382); 68, 176 (190); 72, 155 (172); BVerfGE 92, 158 (178 f.); 103, 89 (107); 107, 104 (117); 108, 82 (102); 121, 69 (92) – st.Rspr. Aus dem Schrifttum mit umfassenden Nachweisen: *Stern*, in: ders. (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IV/1, 2006, S. 504.

¹⁹ Dass die in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG statuierte Elternpflicht gesetzlicher Ausgestaltung bedarf, betont zutreffend BVerfGE 121, 69 (94).

Mit der Zuweisung und Verbürgung der Befugnis zu Pflege und Erziehung des Kindes begründet Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG zugunsten der Eltern die einseitige Bestimmungsmacht hinsichtlich sämtlicher Lebens- und Entwicklungsbedingungen des Kindes.²⁰ Diese erstreckt sich sowohl – im Außenverhältnis – auf ein rechtswirksames Handeln für das Kind mit Ausschlusswirkung gegenüber allen anderen Erziehungsprätendenten als auch – im Innenverhältnis – auf ein verbindliches Handeln gegenüber dem Kind. Doch damit räumt das Grundgesetz den Eltern keinen ungebundenen „Machtanspruch gegenüber ihren Kindern“²¹ ein. Sowenig man bei nüchterner Betrachtung bestreiten kann, dass Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG den Eltern in Bezug auf ihr Kind ein Fremdbestimmungsrecht zuweist,²² so sehr ist umgekehrt zu betonen, dass diese Fremdbestimmungsmacht nicht (primär) eigen-, d. h. elternnützig, sondern fremd-, nämlich kindesnützig – grundrechtsdogmatisch korrekt: zum Kindeswohl – wahrzunehmen ist. Den Konnex von elterlicher Fremdbestimmungsbefugnis auf der einen und Fremdnützigkeit der Wahrnehmung dieser Elternbefugnis auf der anderen Seite betont auch das Bundesverfassungsgericht unter Rekurs auf die Würde des Kindes: „Eine Verfassung, welche die Würde des Menschen in den Mittelpunkt ihres Wertsystems rückt, kann bei der Ordnung zwischenmenschlicher Beziehungen grundsätzlich niemandem Rechte an der Person eines anderen einräumen, die nicht zugleich pflichtgebunden sind und die Menschenwürde des anderen respektieren. Die Anerkennung der Elternverantwortung und der damit verbundenen Rechte findet daher ihre Rechtfertigung darin, daß das Kind des Schutzes und der Hilfe bedarf, um sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft zu entwickeln, wie sie dem Menschenbilde des Grundgesetzes entspricht“.²³ Die Elternverantwor-

²⁰ Stellvertretend BVerfGE 107, 104 (120).

²¹ Wendung: BVerfGE 72, 155 (172).

²² Auf den – in der Sache fruchtlosen – Streit, ob die den Eltern mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG zugewiesene Verantwortung als „Herrschaftsrecht“ qualifiziert werden darf, sei hier nicht näher eingegangen. Denn solange bei einer derartigen Charakterisierung nicht in Frage gestellt wird, dass diese einseitige elterliche Bestimmungsmacht über das Kind nicht Freiheit zu elterlicher Willkür einschließt und nicht Ausdruck eines Gewalt-, sondern Sorgeverhältnisses ist, gibt es keinen in der Sache liegenden Grund gegen die Qualifizierung als „Herrschaftsrecht“. Umgekehrt ist freilich zu betonen, dass sich die Elternverantwortung auch ohne Rückgriff auf die „Herrschafts“-Terminologie hinreichend grundrechtsdogmatisch kennzeichnen lässt. Näher dazu *Jestaedt*, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 153. Aktualisierung August 2011, Art. 6 Abs. 2 und 3 (74. Aktualisierung Dezember 1995) Rn. 26 m.w.N.

²³ Zitat: BVerfGE 24, 119 (144); im Wesentlichen wortlautidentisch: BVerfGE 121, 69 (92 f.) – st.Rspr. Es sei die Anmerkung gestattet, dass die – sachenrechtlich anmutende – Formulierung „Rechte an der Person eines anderen“ wenig glücklich erscheint; die Rechtsmacht, rechtsverbindlich für das Kind und gegenüber dem Kind handeln zu können, begründet keineswegs ein Recht der Eltern „an der Person“ des Kindes, mag dieses Recht auch noch so kindeswohlgebunden sein.

tung ist folglich elterliche Rechtsmacht im Interesse und zum Wohle des Kindes,²⁴ als dessen „Freiheitsmittler“²⁵ die Eltern fungieren.

In der Elternverantwortung gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG sind Recht und Pflicht von vornherein unlöslich miteinander verbunden. Die Elternpflicht ist daher, anders als es der VerfGH Rheinland-Pfalz offenbar meint, nicht eine das Elternrecht begrenzende Schranke, sondern ein wesensbestimmender Bestandteil der Recht und Pflicht verkoppelnden Elternverantwortung. Das Pflichtmoment verkürzt die Selbstbestimmungsmacht der Eltern lediglich insofern, als diesen nur mehr die Entscheidung über das Wie, nicht aber jene über das Ob der Wahrnehmung der Elternverantwortung zusteht. Jenseits dessen aber taugt die Elternpflicht nicht als Ermächtigung an den Gesetzgeber, das Elternrecht unabhängig vom Vorliegen der Wächteramtsvoraussetzungen, also unabhängig von einer Kindeswohlgefährdung, einzuschränken.²⁶ Soweit das Elternrecht reicht, können ihm Kindesrechte eben nicht entgegengehalten werden.²⁷ Umgekehrt freilich genießen kindeswohlgefährdende Verhaltensweisen der Eltern auch von vornherein nicht den Schutz des Elternrechts.

b) Schiefe Rechtfertigungsprüfung

Die von konfligierenden Positionen in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG selbst ausgehende Gleichstellung des VerfGH steht auch Pate bei den Rechtfertigungsüberlegungen. So könnten, formuliert das Gericht, der „Entschließungsfreiheit der Eltern bei der Wahrnehmung ihrer Erziehungsaufgabe [...] daher gleichrangige oder sogar übergeordnete Belange des Kindeswohls gegenüberstehen, für deren Durchsetzung der Staat aufgrund des ihm auferlegten Wächteramtes Sorge zu tragen hat.“²⁸ Und obgleich „sich nicht jeder Belang des Kindeswohls zu einem grundrechtlich geschützten Erziehungsanspruch des Kindes gegenüber seinen Eltern verdichten“ müsse, trete doch „die Bedeutung der Entschließungsfreiheit der Eltern [...] re-

²⁴ Vgl. auch BVerfGE 59, 360 (382); 75, 201 (218); 107, 104 (117); 108, 82 (102); 121, 69 (95).

²⁵ Begriff: *Kirchhof*, Die Grundrechte des Kindes und das natürliche Elternrecht, in: Praxis des neuen Familienrechts, 1978, 171 (181).

²⁶ Richtungweisend BVerfGE 24, 119 (143): „In Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG sind Recht und Pflicht von vornherein unlöslich miteinander verbunden; die Pflicht ist nicht eine das Recht begrenzende Schranke, sondern ein wesensbestimmender Bestandteil dieses ‚Elternrechts‘, das insoweit treffender als ‚Elternverantwortung‘ bezeichnet werden kann.“ Vgl. ergänzend BVerfGE 108, 82 (102) m.w.N. aus der eigenen Judikatur.

²⁷ Ausführlich *Jestaedt* (o. Fn. 22), Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 132–154, insb. 144 f.; *Langenfeld/Wiesner*, Verfassungsrechtlicher Rahmen für die öffentliche Kinder- und Jugendhilfe bei Kindeswohlgefährdungen und seine einfachgesetzliche Ausfüllung, in: DIJuF (Hrsg.), Verantwortlich handeln – Schutz und Hilfe bei Kindeswohlgefährdung (Saarbrücker Memorandum), 2004, S. 45 (49 ff. und 59).

²⁸ VerfGH RP, in: NJW-RR 2009, 1588 (1592).

gemäßig in den Hintergrund, wenn Belange der Gesundheit ihrer Kinder [...] betroffen sind“.²⁹

Doch auch dieser Rechtfertigungsansatz gerät schief: Die Elternverantwortung gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG kann von Verfassungs wegen – nur – auf viererlei Weise, d.h. mit viererlei Begründung eingeschränkt werden:

- (1) grundsätzlich gleichrangig steht der Elternverantwortung in seinem Anwendungsbereich das schulische Erziehungs-, Bildungs- und Integrationsmandat des Staates gemäß Art. 7 Abs. 1 GG gegenüber; eine Konfliktlösung ist mittels Herstellung praktischer Konkordanz zu finden;
- (2) soweit die Elternverantwortung mit der Grundrechtsausübung anderer, nicht am konkreten Eltern-Kind-Verhältnis Beteiligter kollidiert – wie etwa, wenn Eltern unterschiedlicher Kinder unvereinbare Grundrechtsansprüche in Bezug auf die religiös-weltanschauliche Gestaltung des Schulalltags geltend machen –, gelten die regulären Grundsätze der Grundrechtskollision(slösung);
- (3) im Sonderfall des Eltern(rechts)streits – etwa bei einer Scheidung – steht Elternrecht gegen Elternrecht, mit der Besonderheit, dass der eigentliche Schutzzweck beider Rechte in dem Wohle *desselben* Kindes liegt;
- (4) im Übrigen kann die elterliche Selbstbestimmungsfreiheit nur unter Rekurs auf das staatliche Wächteramt gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG eingeschränkt werden; dieses freilich setzt voraus, dass eine drohende oder eingetretene Kindeswohlgefährdung nicht anders abgewehrt werden kann. Es geht also im Rahmen von Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG bereits vom Prüfungsansatz her nicht darum, ob „gleichrangige oder sogar übergeordnete Belange des Kindeswohls“ in Rede stehen, die mit der elterlichen Entschließungsfreiheit in Ausgleich zu bringen sind,³⁰ sondern darum, ob einer – gegebenen oder drohenden – Kindeswohlbeeinträchtigung nicht auf andere Weise als durch die in Aussicht genommene Einschränkung des Elternrechts begegnet werden kann. In seiner Wächteramtsrolle ist der Staat gleichsam nur der Ausfallbürge der Elternverantwortung.

²⁹ VerfGH RP NJW-RR 2009, 1588 (1592).

³⁰ Dies wäre im Übrigen just die grundrechtsdogmatische Konstellation des staatlichen Schlichteramts (dazu vorstehende Anm.), in welchem ein Konflikt zwischen dem Elternrecht der Mutter mit jenem des Vaters (etwa in einem Sorgerechtsstreit) zu lösen ist. Hier kommt es in der Tat nicht auf eine Abwehr einer Kindeswohlgefährdung im Sinne von Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG an.

c) „Positiver“ Standard und gesetzgeberischer Verfassungsauftrag

Die Verschiebung des Rechtfertigungsregimes zulasten des Elternrechts wird durch zwei Aspekte zusätzlich verstärkt: Nämlich erstens dadurch, dass der VerfGH, wenn er die Eltern von Verfassungen wegen verpflichtet sieht, für „eine positive Entwicklung und Entfaltung sowie [...] das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit“ des Kindes zu sorgen,³¹ in Bezug auf das Kindeswohl offenbar „positive“ Standards im Sinn hat – die Sicherstellung des Kindeswohloptimums – und nicht, wie es der Wächteramtsperspektive entspräche, lediglich „negative Standards“ – die Abwendung einer Kindeswohlgefährdung.³²

Demgegenüber ist mit dem Bundesverfassungsgericht daran zu erinnern, dass das „Grundgesetz die Entscheidung über das Leitbild der Erziehung den Eltern überläßt, die über die Art und Weise der Betreuung des Kindes, seine Begegnungs- und Erlebnismöglichkeiten sowie den Inhalt seiner Ausbildung bestimmen. Diese primäre Entscheidungsverantwortlichkeit der Eltern beruht auf der Erwägung, daß die Interessen des Kindes in aller Regel am besten von den Eltern wahrgenommen werden [...].“³³ Die Entscheidungsfreiheit der Eltern endet erst dort, wo sie für ein Verhalten in Anspruch genommen wird, das selbst „bei weitester Anerkennung der Selbstverantwortlichkeit der Eltern“³⁴ nicht mehr als Pflege und Erziehung gewertet werden kann. Damit nimmt die Verfassung in Kauf, „dass das Kind durch einen Entschluss der Eltern Nachteile erleidet, die im Rahmen einer nach objektiven Maßstäben getroffenen Erziehungsentscheidung vielleicht vermieden werden könnten“,³⁵ die aber für sich genommen noch keine Kindeswohlgefährdung begründen.

Zweitens wird der in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG verbürgte elterliche Primat dadurch zurückgedrängt, dass, in seltsamer Ausblendung des gesetzgeberischen Bewertungs- und Gestaltungsspielraums, die „Einrichtung eines Einladungs- und Erinnerungsdienstes unter gleichzeitigem Verzicht zur Teilnahme an den fraglichen Früherkennungsuntersuchungen“ als „eine sich aufdrängende Konsequenz aus Verfassungsauftrag und gesellschaftlicher Wirklichkeit“ bewertet wird.³⁶ Diese Aussage

³¹ Zitat VerfGH RP NJW-RR 2009, 1588 (1589).

³² Zur Unterscheidung „positiver“ und „negativer“ Standards bei Kindeswohlbelangen zuletzt Coester, Inhalt und Funktionen des Begriffs der Kindeswohlgefährdung – Erfordernis einer Neudefinition?, in: Lipp/Schumann/Veit (Hrsg.), Kinderschutz bei Kindeswohlgefährdung — neue Mittel und Wege?, 2008, S. 19 (22 f. und 24); Schumann, Stärkung und Schutz des Kindeswohls – Stehen die aktuellen Reformen mit Art. 6 GG in Einklang?, in: Lipp/Schumann/Veit (Hrsg.), Reform des familiengerichtlichen Verfahrens, 2009, S. 229 (230 ff. m.w.N.).

³³ BVerfGE 99, 216 (232) m.w.N.

³⁴ Zitat: BVerfGE 24, 119 (143).

³⁵ So jüngst BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29.01.2010 – 1 BvR 374/09, Rn. 33 (abrufbar unter: <http://tinyurl.com/1BvR37409> – zuletzt aufgerufen am 22. September 2011), unter Rekurs auf BVerfGE 34, 165 (184) – st.Rspr.

³⁶ VerfGH RP NJW-RR 2009, 1588 (1591). Diese Ausführungen muten umso kurioser an, als der VerfGH selbst eine Rechtfertigung nur „vorbehaltlich des Ergebnisses der erstmals im Jahre

mutet umso wirklichkeitsabgewandter an, als die im Mai und Juni letzten Jahres bekannt werdenden Evaluationsergebnisse in Hessen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein unisono belegen, dass das verpflichtende Einladungswesen zur Aufdeckung kindesschutzrelevanter Fälle signifikant untauglicher ist als im Stichprobenwege durchgeführte Hausbesuche, dafür aber weitaus personal- und kostenintensiver.³⁷

2.3 Karlsruher Anleihe

Dreh- und Angelpunkt der elternrechtsbezogenen Passagen der Urteilsbegründung ist die Prämisse, dass Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG neben der „Elternverantwortung“ ein der Elternpflicht korrespondierendes Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern verbürge. Mit ihr steht und fällt die Argumentation des VerfGH. Indes handelt es sich bei dieser These nicht um ein rheinland-pfälzisches Eigengewächs. Vielmehr ist sie einem Urteil des BVerfG entlehnt. Und damit komme ich zu dem zweiten Judikat, jenem des BVerfG.

2010 vorgesehenen Evaluation“ annimmt (a.a.O., 1588 [Leits. 3]). Dazu: DIJuF-Rechtsgutachten vom 15.03.2011 (J 6.140 My), JAmt 2011, 395 (396) mit der Feststellung, dass die vom VerfGH RP einstweilen akzeptierte Annahme, die Feststellung der Nichtteilnahme an einer Früherkennungsuntersuchung markiere ein Indiz für eine Kindeswohlgefährdung, könne nunmehr, nach durchgeführter Evaluation, als widerlegt gelten.

³⁷ Vgl. Hessischer Landkreistag/Hessischer Städtetag, Hessisches Kindergesundheitschutzgesetz: Evaluation durch die Jugendämter, JAmt 2010, S. 115 ff.: In Hessen erwiesen sich von – im Zeitraum vom 01.07.2008 bis zum 30.06.2009 getätigten – 9.208 Meldungen des Hessischen Kindervorsorgezentrums an die Jugendämter nur sechs Fälle als kindesschutzrelevant, d.h. eine Quote von 0,065%. Die Bewertung des Einladungswesens nach dem Hessischen Kindergesundheitschutzgesetz fällt denn auch entsprechend aus: „Arbeitsaufwand und Zahl der aufgedeckten Kinderschutzfälle stehen in keinem angemessenen Verhältnis und führen damit zu einer falschen Prioritätensetzung im Bereich Kinderschutz. [...] Es ist anhand bundesweit üblicher Schätzwerte zu vermuten, dass Hausbesuche nach dem Zufallsprinzip zu einer mindestens gleich hohen Anzahl von neu entdeckten Kinderschutzfällen führen. [...] Gleichzeitig erschweren der enorme Verwaltungsaufwand und das kontrollierende Zugehen des Jugendamts auf die Familien eine positive und hilfreiche Anbindung der Familien an Hilfeangebote, auch niederschwelliger Art. Das Image des Jugendamts als Eingriffsbehörde wird dadurch forciert.“ (a.a.O., S. 116); vgl. ergänzend, auch mit Zahlen aus Rheinland-Pfalz operierend: DIJuF-Rechtsgutachten (Fn. 36), in: JAmt 2011, S. 395 ff., bes. S. 396.; auf Erfahrungen aus dem Saarland, Rheinland-Pfalz, Brandenburg, Nordrhein-Westfalen, Bremen und Schleswig-Holstein basierend: *Tbaiss/Klein/Schumann/Elsäßer/Breitkopf/Reinecke/Zimmermann*, Früherkennungsuntersuchungen als Instrument im Kinderschutz. Erste Erfahrungen der Länder bei der Implementation appellativer Verfahren, Bundesgesundheitsblatt 53 (2010), S. 1029 ff., mit dem Fazit auf S. 1044 f.

3 Karlsruhe schafft Kindesgrundrecht: Das Urteil des BVerfG vom 1. April 2008 zur Umgangspflicht eines Elternteils

Dessen Erster Senat hatte anno 2008 über die Frage zu entscheiden, „ob es mit dem Grundgesetz vereinbar ist, dass eine nach § 1684 Abs. 1 BGB titulierte Umgangspflicht eines Elternteils, der einen Umgang mit dem Kind ablehnt, mit Zwangsmitteln durchgesetzt wird“. ³⁸ § 1684 Abs. 1 BGB lautet: „Das Kind hat das Recht auf Umgang mit jedem Elternteil; jeder Elternteil ist zum Umgang mit dem Kind verpflichtet und berechtigt.“ Im Rahmen seines von erheblicher medialer Aufmerksamkeit begleiteten Urteils vom 1. April 2008 entschied der Erste Senat, dass eine zwangsweise Durchsetzung der Umgangspflicht zu unterbleiben habe, es sei denn, es gebe im konkreten Einzelfall hinreichende Anhaltspunkte für die Kindeswohl dienlichkeit des erzwungenen Umgangs.

Der Senat nahm den Fall zum Anlass, in ostentativer Weise Grundsatzausführungen zum Gewährleistungsgehalt von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG einzustreuen. So lautet Leitsatz 1: „Die den Eltern durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG auferlegte Pflicht zur Pflege und Erziehung ihres Kindes besteht nicht allein dem Staat, sondern auch ihrem Kind gegenüber. Mit dieser elterlichen Pflicht korrespondiert das Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Recht und Pflicht sind vom Gesetzgeber auszugestalten.“ ³⁹

3.1 Elternverpflichtendes Kindesgrundrecht

Das vom Gericht Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG entnommene „Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern“ wird vom wissenschaftlichen Schrifttum zwar mehr oder minder affirmativ registriert, aber (noch) nicht kritisch reflektiert. ⁴⁰ Und doch bestünde dazu aller Anlass, behauptet der Erste Senat damit doch, bei grundrechtsdogmatischem Lichte betrachtet, etwas durchaus Spektakuläres und Exzeptionelles. Es steht nichts weniger als ein Grundrecht zur Debatte, dessen Verpflichteter – anders als nach der Generalnorm des Art. 1 Abs. 3 GG – nicht die Staatsgewalt ist, sondern die (ihrerseits grundrechtsberechtigten) Eltern sind. Daran, dass die Eltern Schuldner dieses (Grund-)Rechtsanspruches sind, lässt der Senat keinen Zweifel: Es geht nicht bloß um ein Recht auf Erziehung und Pflege

³⁸ BVerfGE 121, 69 (70).

³⁹ BVerfGE 121, 69 (69 [Leits. 1], 89, 93, 94).

⁴⁰ Stellvertretend *Adelmann*, Bundesverfassungsgericht schafft „Kindergrundrecht“. Anmerkung zu BVerfG vom 01.04.2008 (1 BvR 1620/04), JAm 2008, 289 ff.; *Höfling*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 155 Rn. 67; *Hufen*, Staatsrecht II. Grundrechte, 2. Aufl. 2009, § 16 Rn. 51; *Schmitt-Kammler/von Coelln*, in: Michael Sachs (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2009, Art. 6 Rn. 48 und 58; *Sodan*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2009, Art. 6 Rn. 16; auch die Berichterstatterin tritt – wenig überraschend – literarisch dem Urteil bei: *Hohmann-Dennhardt*, Kindeswohl und Elternrecht – Rechtsverhältnis von Eltern und Kindern, FPR 2008, 476 (477).

„durch die Eltern“; ein solches Recht ließe sich auch dahin verstehen, dass das Kind – neben den Eltern – dem Staat gegenüber darauf bestehen könnte, dass dieser die Elternverantwortung achtet, also die Erziehung „durch die Eltern“ ermöglicht und nicht beeinträchtigt. Das Kind stünde hier den Eltern zur Seite und dem Staat gegenüber. Darum geht es dem Gericht aber nicht, wie sich, jeglichen Zweifel beseitigend, der Begründung entnehmen lässt: „Eltern sind auch – unmittelbar – ihrem Kind gegenüber zu dessen Pflege und Erziehung verpflichtet.“⁴¹ Die Eltern stehen in dieser Rechtsbeziehung also nicht auf der Seite des Kindes, sondern diesem als Anspruchsschuldner gegenüber. Zwar qualifiziert das BVerfG das Kindesrecht nicht ausdrücklich als *Grundrecht* – aber was ist ein im Verfassungsrang geschütztes Selbstbestimmungsrecht eines Grundrechtsberechtigten im Grundrechtsteil des Grundgesetzes anderes als ein Grundrecht?

3.2 Bedenken gegen die Kindesrechts-Konstruktion

Indes erheben sich durchgreifende Bedenken gegen das dogmatische Konstrukt eines elternadressierten Kindesrechts. Fünf davon seien nachfolgend in gedrängter Kürze behandelt:

a) So lange unentdeckt?

Erstens muss es überraschen, dass das Gericht im Jahre 2008, d.h. nach nahezu sechs Jahrzehnten und mehr als 120 Bänden engmaschiger Judikatur noch ein neues (Kindes-)Grundrecht ausfindig macht.⁴² Es ist ja nicht so, dass namentlich der in der Regel zuständige Erste Senat zuvor keine Gelegenheit gehabt hätte. Vielmehr darf man die verfassungsgerichtliche Beschäftigung mit dieser Verfassungsbestimmung sowohl als eingehend als auch als häufig bezeichnen, können doch seit Beginn der Karlsruher Judikatur anno 1951 bis zum Erkenntnis vom 1. April 2008 allein 36 Senatsentscheidungen gezählt werden,⁴³ die sich mehr oder minder zentral mit Art. 6 Abs. 2 GG beschäftigen, von der großen Zahl von

⁴¹ BVerfGE 121, 69 (92); s.a. BVerfGE 121, 69 (93): „[...] dann hat das Kind auch einen Anspruch darauf, dass zuvörderst seine Eltern Sorge für es tragen, und ein Recht darauf, dass seine Eltern der mit ihrem Elternrecht untrennbar verbundenen Elternpflicht auch nachkommen“.

⁴² Stellvertretend aus dem Schrifttum *Adelmann* (o. Fn. 40), JAmt 2008, 289: „Bundesverfassungsgericht schafft ‚Kindergrundrecht‘“.

⁴³ Die bedeutenderen Senatsentscheidungen zu Art. 6 Abs. 2 GG: BVerfGE 4, 52 ff. [1954]; 7, 320 ff. [1958]; 10, 59 ff. [1959]; 24, 119 ff. [1968]; 31, 194 ff. [1971]; 34, 165 ff. [1972]; 41, 29 ff., 65 ff., 88 ff. [1975]; 45, 400 ff. [1977]; 47, 46 ff. [1977]; 52, 223 ff. [1979]; 53, 185 ff. [1980]; 55, 171 ff. [1980]; 56, 363 ff. [1981]; 59, 360 ff. [1982]; 60, 79 ff. [1982]; 61, 358 ff. [1982]; 64, 180 ff. [1983]; 68, 176 ff. [1984]; 72, 122 ff. [1986]; 72, 155 ff. [1986]; 75, 201 ff. [1987]; 76, 1 ff. [1987]; 79, 51 ff. [1988]; 79, 203 ff. [1988]; 84, 168 ff. [1991]; 92, 158 ff. [1995]; 96, 56 ff. [1997]; 103, 89 ff. [2001]; 107, 104 ff. [2003]; 107, 150 ff. [2003]; 108, 82 ff. [2003]; 113, 88 ff. [2005]; 117, 202 ff. [2007]; 118, 45 ff. [2007]; 121, 69 ff. [2008]; 127, 132 ff. [2010]; 127, 263 ff. [2010].

Kammerentscheidungen einmal ganz abgesehen. Sollte ein in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG radiziertes elternadressiertes Kindesrecht tatsächlich so lange Zeit unentdeckt im Grundgesetz geschlummert haben? Und war das Karlsruher Verfassungsorakel wirklich über Jahrzehnte hinweg mit interpretatorischer Blindheit geschlagen?

Es darf vielleicht ergänzend erwähnt werden, dass das neu entdeckte Kindesgrundrecht in den seither vergangenen drei Jahren weder vom Ersten noch gar vom Zweiten Senat strapaziert worden ist. Die einzige Ausnahme bildet insoweit ein Nichtannahmebeschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 20. Oktober 2008. Doch handelt es sich dabei, sieht man näher zu, nicht wirklich um eine Ausnahme: Denn zum einen ist Spruchkörper des Ersten Senats seine 2. Kammer, deren Mitglied die Berichterstatterin für das Familienrecht, das Namensrecht, das Personenstandsrecht, das Transsexuellenrecht, das Kinder- und Jugendhilferecht, das Eltern- und Erziehungsgeld sowie das Betreuungsrecht ist, die wohl als die treibende Kraft der Entscheidung vom 1. April 2008 betrachtet werden darf. Und zum anderen kann selbst in diesem Kammerbeschluss von „strapazieren“ nicht die Rede sein, wird doch nur kurz – und ohne, dass die Fallentscheidung davon abhinge – zustimmend auf die Ausführungen des Senats in seinem Beschluss vom 1. April 2008 verwiesen.⁴⁴ Dass sich in der Zwischenzeit keinerlei Gelegenheit geboten hätte, das neue Kindesgrundrecht erkenntnisleitend einzusetzen, wird sich schwerlich behaupten lassen. So hätte der Erste Senat die sich in seinem dem Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern geltenden Beschluss vom 21. Juli 2010 bietende gute Gelegenheit nutzen können, das 2008 entdeckte neue Grundrechtsfeld zu bestellen. Doch just das Gegenteil scheint der Fall zu sein. Wiewohl der Senat den eigenen Beschluss aus dem Jahre 2008 vier Male bemüht,⁴⁵ um sein neues Judikat zu begründen und in die eigene Tradition der Senatsrechtsprechung zu stellen: um das verfassungsunmittelbare Recht des Kindes auf Erziehung und Pflege durch seine Eltern geht es an keiner Stelle. Welchen Reim soll man sich darauf machen? Eine Prognose darüber, ob der Erste Senat das unmittelbar aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG hergeleitete Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch die Eltern dauerhaft in sein Grundrechtsrepertoire aufnimmt oder aber die Senatsentscheidung vom 1. April 2008 sich als verfassungsgerichtlicher April-Scherz entpuppt, ist nicht ganz einfach, hat doch außerdem im Februar dieses Jahres die Person der Berichterstatterin gewechselt.⁴⁶

⁴⁴ BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 20.10.2008 – 1 BvR 2275/08, Rn. 18 = BVerfGK 14, 347 (352).

⁴⁵ Vgl. BVerfGE 127, 132 (146, 147, 149 und 150). Entsprechendes gilt für den Beschluss des Ersten Senats vom 12.10.2010 zur Erstreckung des familiären Haftungsprivilegs: BVerfGE 127, 263 (289).

⁴⁶ Seit 02.02.2011 ist *Gabriele Britz* Dezernats-Nachfolgerin von *Christine Hohmann-Dennhardt* im Ersten Senat des BVerfG.

b) Kein gewandeltes Schutzbedürfnis

Zweitens ist bemerkenswert, dass der Erste Senat, obwohl er ein neues Grundrecht (oder doch eine neue Grundrechtsdimension) behauptet, – man muss die Frage stellen: absichtsvoll? – weder den Versuch unternimmt, dieses auf den Willen des realen Verfassungsgesetzgebers zurückzuführen, noch die Kategorie eines angeblichen Verfassungswandels bemüht, um wenigstens ein neuartiges Schutzbedürfnis auszumachen, welchem mit der Grundrechtserfindung hätte Rechnung getragen werden können. Die Entdeckung des „Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung“ im Jahre 1983⁴⁷ oder jene des „Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“ anno 2008⁴⁸ hat derselbe Erste Senat jeweils mit neuartigen, informationstechnisch bedingten Schutzbedürfnissen begründet, und das, obwohl er sich in beiden Fällen beeilte, zu betonen, es handle sich bloß um eine spezifische Ausprägung des anerkannten allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Nichts von alledem erfolgt hier, obwohl der Begründungsdruck deutlich höher ist als in Bezug auf Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG, kann doch mit Blick auf Art. 6 Abs. 2 GG nicht ernsthaft die Konkretisierungs-These verfochten werden, das Recht des Kindes gegen die Eltern sei nur eine konkretisierende Ausbuchstabierung des Rechtes oder auch der Pflicht der Eltern zu Pflege und Erziehung ihres Kindes. Stattdessen verweist der Senat darauf, dass das Kind mit Rücksicht auf seine Menschenwürde „nicht Gegenstand elterlicher Rechtsausübung“, sondern „Rechtssubjekt und Grundrechtsträger [sei], dem die Eltern schulden, ihr Handeln an seinem Wohl auszurichten“.⁴⁹ Dass dem Kind – erstens – eigene, in Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG verbürgte Würde zukommt, dass das Kindeswohl, welches die grundrechtsdogmatische Mitte der Elternverantwortung nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG bildet, – zweitens – die kindesadäquate Adaption der Menschenwürde markiert und dass das Elternrecht – drittens – ein Recht *im Interesse des Kindes* ist, ist schon nach bisheriger Rechtsprechung völlig unbestritten, allerdings auch ebenso untauglich, den Schluss zu tragen, *deswegen* enthalte Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ein elternpflichtkorrespondierendes eigenes Recht des Kindes *gegen seine Eltern*.

c) Konfusion von Grundrechtsberechtigtem und -verpflichtetem

Mit Rücksicht darauf, dass das BVerfG mit dem Grundrecht des Kindes gegen dessen Eltern eine absolute grundgesetzliche Anomalie postuliert, hätte man – drittens – erwarten dürfen, dass der Senat umso größeren Begründungsaufwand betreibt: Grundrechtsverpflichteter ist hier nämlich, anders als nach Art. 1 Abs. 3 GG, nicht der Staat, sondern ein selbst grundrechtsberechtigter Privater,

⁴⁷ Vgl. BVerfGE 65, 1 (41 ff.).

⁴⁸ Vgl. BVerfGE 120, 274 (313 ff.).

⁴⁹ BVerfGE 121, 69 (93).

der Elternteil. Damit wird unter der Hand der allgemein akzeptierte Grundrechtsbegriff – Grundrechte als ausschließlich staatsgerichtete Verbürgungen Privater im Verfassungsrang – ausgewechselt. Noch nicht einmal der Rekurs auf die Elternpflicht als Grundpflicht hilft hier weiter. Denn so ungewöhnlich verfassungsunmittelbare Grundpflichten Privater in einer freiheitlichen Verfassung sind: Nicht einmal sie lassen deren Adressaten zu Grundrechtsverpflichteten mutieren, die sich in einer staatsanalogen Verpflichtungs- und Rechtfertigungslage befinden. Just eine solche Grundrechtskonfusion vom Berechtigtem, der zugleich Verpflichteter ist, ist jedoch Konsequenz des „Rechts des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG“. Der vom Gericht angeführte Schluss, der Pflicht der Eltern zu Pflege und Erziehung des Kindes korrespondiere auch ein Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung unmittelbar gegen die Eltern,⁵⁰ erweist sich danach als zu kurz, eben als Kurzschluss.

d) Leeres Versprechen

Es ist auch – viertens – nicht recht ersichtlich, warum das Gericht just in dem zu entscheidenden Fall des verweigerten elterlichen Umgangs mit dem Kind das angeblich aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ableitbare „Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern“ bemüht, weckt es mit dem Konstrukt eines elterngerichteten Kindesgrundrechts doch Hoffnungen, die es im Horizont des Grundgesetzes seriöser Weise nicht befriedigen kann. Denn aus dem vermeintlichen Kindesgrundrecht folgt nicht mehr und nichts anderes als (1) aus der in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ausdrücklich niedergelegten Elternpflicht, die zwar das Kind als Begünstigten (nicht Berechtigten!) ausweist – Recht *im Interesse* des Kindes –, aber doch vom Staat auf gesetzlicher Grundlage geltend zu machen ist, (2) aus der im Wächteramt nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG angelegten staatsgerichteten Schutzpflicht sowie (3) den ebenfalls staatsgerichteten Kindesgrundrechten, namentlich aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.⁵¹ Gestützt auf eine oder mehrere der genannten Positionen kann der Staat die Elternverantwortung gesetzlich einfordern und im Rahmen dessen auch elterngerichtete Kindesrechte *einfachgesetzlich* begründen; mit einem Grundrecht des Kindes gegen seine Eltern hat das aber nichts zu tun. Der auch nach der verfassungsgerichtlichen Konstruktion bestehende Ausgestaltungsauftrag adressiert denn auch (selbstverständlich) nicht die Eltern, sondern den staatlichen Gesetzgeber.⁵²

⁵⁰ BVerfGE 121, 69 (93 f.).

⁵¹ So nennt auch *Höfling* (o. Fn. 40), HStR VII, § 155 Rn. 32 f., wiewohl er sich eingehend mit dem angeblichen elterngerichteten Kindes(grund)recht beschäftigt, keine einzige (materiale) Rechtsfolge, zu deren Begründung es ausgerechnet des postulierten Rechts bedürfte.

⁵² BVerfGE 121, 69 (94).

e) Überflüssig und entbehrlich

Schließlich gewinnt – fünftens – das behauptete Kindesrecht auch nicht dadurch an Plausibilität, dass man es im Kontext der konkreten, vom Gericht zu entscheidenden Frage, nämlich jener nach der Durchsetzbarkeit des einfachgesetzlich gemäß § 1684 Abs. 1 BGB begründeten Umgangsrechts des Kindes gegen einen Elternteil, betrachtet. Ganz im Gegenteil. Der Rekurs auf das angeblich verfassungsverbürgte „Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern“ wirkt überflüssig und bemüht: Denn kein Jota der entscheidungstragenden, sich voll in den Bahnen der bisherigen Judikatur bewegenden Argumentation müsste verändert werden, striche man die Passagen über das angebliche Kindesrecht ersatzlos aus der Begründung heraus. Der insoweit maßgebliche Satz lautet: „In Wahrnehmung der dem Staat in Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG zugewiesenen Aufgabe, darüber zu wachen, dass die Elternverantwortung zum Wohle des Kindes ausgeübt wird, wozu als gewichtige Voraussetzung der elterliche Kontakt mit dem Kind gehört, hat der Gesetzgeber deshalb in § 1684 Abs. 1 BGB die Eltern zum Umgang mit ihrem Kind verpflichtet und damit angemahnt, dass sie ihrer Verantwortung gegenüber dem Kind nachkommen.“ Damit ist grundrechtsdogmatisch alles gesagt. Jedes weitere Wort ist ein Wort zuviel. Der gleichwohl vom erkennenden Senat nachgeschobene Satz: „Dabei hat er [sc. der Gesetzgeber] gleichzeitig (...) das verfassungsunmittelbare Recht des Kindes aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern in diesem Punkt konkretisiert“ verdoppelt die Begründung, bringt aber in der Sache nichts Neues. Mehr noch: Es braucht ihn schlicht nicht. Doppelt genährt hält eben nicht immer besser.

Das nährt die Vermutung, dass es dem Ersten Senat bei der Entwicklung eines gegen die Eltern gerichteten verfassungsunmittelbaren Rechts des Kindes nicht primär um die Entscheidung des konkreten Falles gegangen ist, sondern um Grundsätzlicheres – zumal es nicht ganz leicht fällt zu glauben, dass die Koinzidenz mit dem sich abzeichnenden Fehlschlag, das Grundgesetz um spezifische Kindesgrundrechte zu ergänzen, eine rein zufällige war. Doch das ist Spekulation, die angesichts des personellen Wechsels, der sich im Senat seit 2008 auf immerhin vier Positionen – jene der Berichterstatterin eingeschlossen – vollzogen hat, vielleicht müßig geworden ist.

3.3 Ein Zwischenfazit

Lassen Sie mich ein kurzes Zwischen-Fazit ziehen: Dass die Aussagen des Ersten Senats sich nicht in ebenso wohlfeiler wie folgenloser Kindes(grund)rechts-Rhetorik erschöpfen, führt die Entscheidung des rheinland-pfälzischen VerfGH, so denke ich, eindrücklich vor Augen. Denn diese macht – weniger in ihrem durchaus diskutablen Ergebnis, denn in ihrer Begründung – deutlich, wie sich das *de constitutione lata* bestehende Staat-Eltern-Kind-Verhältnis empfindlich zulasten der elterlichen Freiheitshilfe für das Kind – und damit letztlich auch zulasten des

vom Grundgesetz selbst gewollten primären Kindesschutzes – verschieben kann, wenn man nur mit der interpretatorischen Neubestimmung ernst macht, die das BVerfG Art. 6 Abs. 2 GG in seiner Entscheidung vom 1. April 2008 hat angedeihen lassen. In der Folge würde die Verfassung weithin ihre Funktion als kritisch-rationalisierende Instanz gegenüber den in weiten Bereichen sicherlich berechtigten, aber immer wieder auch überschießenden Tendenzen eines stets weiter in den familialen Selbstbestimmungsraum hinein ausgreifenden staatlichen Kindesschutzes einbüßen.

Können wir nach der grundrechtsdogmatischen Entzauberung – wer mag, kann hier auch doppeldeutig von der grundrechtsdogmatischen Ent-Täuschung sprechen – also zur Tagesordnung übergehen? Das wäre wohl ein wenig vorschnell, werden doch in jüngster Zeit mit Rücksicht auf völkerrechtliche Verpflichtungen der Bundesrepublik Stimmen laut, die eine Neujustierung des Grundgesetzes verlangen: Gemeinsame Leitmelodie ist die Forderung, die Subjektstellung des Kindes müsse im Grundgesetz besser – oder gar: überhaupt – zum Ausdruck kommen. Von da zur Forderung nach der Anerkennung eines Rechtes des Kindes gegen seine Eltern ist es dann nicht mehr so weit.

4 Kindesgrundrechte de constitutione interpretanda

Namentlich zwei Varianten können hier unterschieden werden: Die eine Variante möchte ich die Kindesrechtspromotion *de constitutione ferenda* nennen, zielt sie doch darauf, dass das Grundgesetz durch die Aufnahme von Kindesgrundrechten geändert werden solle/müsse. Und die andere Variante nenne ich die Kindesrechtspromotion *de constitutione interpretanda*. Denn ihr zufolge sind die einschlägigen Verfassungsbestimmungen bereits jetzt im Lichte völkerrechtlicher Menschenrechtsstandards anders als nach rein innerverfassungsstaatlichen Parametern – eben im Sinne gestärkter Kindesgrundrechte – auszulegen. Während die erste Variante die Änderung des Verfassungsgesetzes propagiert, fordert die zweite die Änderung der Verfassungsauslegung. Lassen Sie uns mit der letztgenannten Perspektive beginnen.

4.1 Grundgesetzliche Rezeptionsmechanismen für Völkerrecht

Die Kindesrechtspromotion *de constitutione interpretanda*⁵³ speist sich aus zweifacher Quelle: Zum einen aus der UN-Kinderrechtskonvention aus dem Jahre 1989, die in 54 Artikeln nahezu flächendeckend mögliche Rechte des Kindes thematisiert. Und zum anderen aus dem Gedanken der völkerrechtsfreundlichen Auslegung – nicht nur des einfachen Rechts, sondern auch und sogar – des Grundgesetzes.

⁵³ In diesem Sinne prononciert etwa *Cremer*, Die UN-Kinderrechtskonvention. Geltung und Anwendbarkeit in Deutschland nach der Rücknahme der Vorbehalte, 2011, S. 19 f.

Ohne das zweite Begründungselement bleibt das erste wirkungslos. Denn zunächst einmal ist die UN-Kinderrechtskonvention als völkerrechtlicher Vertrag nicht imstande, einen verbindlichen Orientierungsmaßstab für die Staatsverfassung – hier: das Grundgesetz – abzugeben. Dieses sieht, nehmen wir einmal die Sonderbestimmung für die Europäische Union (Art. 23 GG) aus, grundsätzlich zwei Wege vor, auf denen Völkerrecht in der innerstaatlichen Rechtsordnung wirksam werden kann: Da ist zum einen die verfassungsunmittelbare Rezeption von Völkerrecht nach Art. 25 GG. Diese Bestimmung erklärt die allgemeinen Regeln – und das sind nur sehr wenige! – zu Bestandteilen des Bundesrechts und legt ihnen Übergesetzes- und Unterverfassungsrang bei. Zum anderen gibt es, sozusagen für den Normalfall des Völkervertragsrechts, die Inkorporationsregel des Art. 59 Abs. 2 GG: Danach wird der völkerrechtliche Vertrag durch das deutsche Zustimmungsgesetz in die innerstaatliche Rechtsordnung transformiert. Sein Rang richtet sich nach dem transformierenden Rechtsakt, d.h. er ist innerstaatlich wie ein Bundesgesetz zu behandeln – mit Vorrang vor Landesrecht, untergesetzlichem Bundesrecht und früheren Bundesgesetzen sowie mit Nachrang gegenüber dem Grundgesetz und späteren Bundesgesetzen.

So stellt sich im Ausgangspunkt sowohl die Situation der Europäischen Menschenrechtskonvention als auch der UN-Kinderrechtskonvention dar. Die missliebige Konsequenz des Rezeptionsmechanismus⁵⁴ nach Art. 59 Abs. 2 GG: Der Bundesgesetzgeber könnte innerstaatlich durch jedes spätere Bundesgesetz die menschenrechtlichen Verpflichtungen aushebeln. Was völkerrechtlich als Verstoß zu brandmarken wäre, könnte innerstaatlich nicht beanstandet werden.

4.2 Die Karlsruher These von der völkerrechtsfreundlichen Auslegung von Gesetzes- und Verfassungsrecht

Um diese unerwünschte Konsequenz zu vermeiden, hat das Bundesverfassungsgericht in mittlerweile ständiger Rechtsprechung – zuletzt im aufsehenerregenden Urteil des Zweiten Senats vom 4. Mai 2011 zur Sicherungsverwahrung⁵⁴ – die völkerrechtsfreundliche Auslegung sowohl des Unterverfassungsrechts als auch der Verfassung selbst entwickelt. Menschenrechte avancieren auf diese Weise zu „Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Gesetzes“.⁵⁵ Auf diese Weise wird in Bezug auf spätere Bundesgesetze die an sich geltende *lex posterior*-Regel und in Bezug auf das Grundgesetz selbst die in Art. 20 Abs. 3 GG fixierte *lex superior*-Regel neutralisiert. Das Bundesverfassungsgericht hatte in seiner früheren Judikatur die „verfassungsrechtliche Bedeutung eines völkerrechtlichen Vertrages, der auf regionalen Menschenrechtsschutz zielt“, als Ausdruck der – in seiner Positivität wie

⁵⁴ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09, 740/10, 2333/08, 1152/10 und 571/10, JZ 2011, 845 ff.

⁵⁵ BVerfG, Urteil vom 04.05.2011 (o. Fn. 54), Leits. 2 a), JZ 2011, 845 (845).

Einzelfallpräzision höchst fragwürdigen, bestenfalls als *ratio constitutionis*, nicht aber als *constitutio* qualifizierbaren – „Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes“ gedeutet.⁵⁶ Nun, in seiner Grundsatzentscheidung vom 4. Mai 2011 spricht das Gericht zwar noch von einer „völkerrechtsfreundlichen Auslegung der Begriffe des Grundgesetzes“⁵⁷ und verwendet auch noch den Topos von der „Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes“,⁵⁸ aber als eigentlichen positivrechtlichen Sitz des Gebotes völkerrechtsfreundlicher Auslegung (sogar des Grundgesetzes selbst) benennt es nun das in Art. 1 Abs. 2 GG niedergelegte Bekenntnis des Deutschen Volkes zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.⁵⁹ Sosehr es zu begrüßen ist, dass sich der Zweite Senat um eine positivverfassungsrechtliche „Engführung“ seiner zuvor doch mehr allusiv-assoziativen Aussagen zur „Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes“ bemüht, sosehr bleibt doch selbst gegenüber der konkreten Bestimmung des Art. 1 Abs. 2 GG zu fragen, ob mit deren Inanspruchnahme das in ihr zum Ausdruck gelangende feierlich-pathetische „Bekenntnis“ angesichts von Entstehungsgeschichte, systematischer Stellung der Norm sowie insbesondere angesichts des Doppelregimes von Art. 25 GG einer- und Art. 59 Abs. 2 GG andererseits zutreffend bestimmt wird. Doch mag das in diesem Rahmen dahinstehen. Oder sagen wir's so: Mit hinreichender Empathie für die Menschenrechte bei gleichzeitigen Abstrichen an rechtshandwerklicher Präzision sollte sich das Grundgesetz so lesen lassen, wie es das Bundesverfassungsgericht in seiner jüngsten Entscheidung tut. Gehen wir also davon aus, dass es so etwas wie eine verfassungsgebundene, in Art. 1 Abs. 2 GG radizierte menschenrechtsfreundliche Auslegung des Grundgesetzes gibt.

4.3 Übertragbarkeit auf die UN-Kinderrechtskonvention?

Daran schließt sich die Frage an, ob diese auch in Bezug auf die UN-Kinderrechtskonvention fruchtbar gemacht werden kann – denn nur dann kann ja überhaupt ein Schuh aus der Kindesrechtspromotion de constitutione interpretanda werden. Der Verweis auf Art. 1 Abs. 2 GG – in der genannten menschenrechtsempathischen Lesart – spricht dafür, ist dort doch von „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten“ allgemein die Rede und nicht von in besonderer Weise qualifizierten Menschenrechtsverbürgungen.⁶⁰ Doch ein rückversi-

⁵⁶ Zuletzt: BVerfGE 111, 307 (315 ff., bes. 317 f.).

⁵⁷ BVerfG, Urteil vom 04.05.2011 (o. Fn. 54), Rn. 92 u.ö., JZ 2011, 845 (849).

⁵⁸ BVerfG, Urteil vom 04.05.2011 (o. Fn. 54), Rn. 89, JZ 2011, 845 (849).

⁵⁹ BVerfG, Urteil vom 04.05.2011 (o. Fn. 54), Rn. 90 unter Bezugnahme unter anderem auf BVerfGE 74, 358 (370); 111, 307 (329), JZ 2011, 845 (849).

⁶⁰ In diesem Sinne auch der Beschluss des Zweiten Senats vom 23.03.2011 – 2 BvR 882/09, Rn. 52 (abrufbar unter: <http://tinyurl.com/2BvR88209> – zuletzt aufgerufen am 22.09.2011), wonach die UN-Behindertenrechtskonvention „als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und

chernder Blick auf die jüngste Judikatur des Bundesverfassungsgerichts lohnt. Denn die These, dass Menschenrechte den Status von „Auslegungshilfen“ der Grundrechte besitzen, passt ausschließlich in Bezug auf die Menschenrechte und Grundfreiheiten der EMRK, nicht aber etwa – um nur die prominentesten Menschenrechtsverbürgungen des universellen Völkerrechts zu nennen – auf die beiden UN-Pakte von 1966. Das wird zugegebenermaßen nicht immer ganz deutlich, wenn das Gericht abwechselnd von völkerrechtsfreundlicher, von menschenrechtsfreundlicher und (am Genauesten) von konventionsfreundlicher Auslegung des Grundgesetzes spricht. Warum aber nur die EMRK und deren Verbürgungen? Den eigentlichen Grund nennt das Gericht in seinem Urteil vom 4. Mai des Jahres in einem nachgestellten Halbsatz. Es formuliert:⁶¹

„Die Heranziehung der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte als Auslegungshilfe auf der Ebene des Verfassungsrechts über den Einzelfall hinaus dient dazu, den Garantien der Menschenrechtskonvention in der Bundesrepublik Deutschland möglichst umfassend Geltung zu verschaffen, *und kann darüber hinaus Verurteilungen der Bundesrepublik Deutschland vermeiden helfen.*“

„... und kann darüber hinaus Verurteilungen der Bundesrepublik Deutschland vermeiden helfen“: Das ist der letzte und tiefste Grund dafür, dass das Bundesverfassungsgericht zum Instrument einer konventionskonformen, also EMRK-konformen Auslegung des Grundgesetzes greift. Es sollen Verurteilungen vor einem völkerrechtlichen Gerichtshof vermieden werden, gar Verurteilungen der Bundesrepublik, die einen Rechtsprechungsakt des Bundesverfassungsgerichts selbst betreffen. Die konventionskonforme Auslegung ist also eine Kollisions- oder auch Konfrontationsvermeidungsstrategie in dem – wie es der Präsident des Bundesverfassungsgerichts gerne formuliert – „europäischen Verfassungsgerichtsverbund“⁶². Sie ist also (wenn überhaupt) nur zu rechtfertigen, wenn die Menschenrechte durch eine internationale Gerichtsbarkeit – wir dürfen vielleicht ergänzen: eine obligatorische Gerichtsbarkeit – institutionell und prozedural effektiv gesichert sind. Wenn diese Gerichtsbarkeit darüber hinaus faktisch und normativ über eine breite und verlässliche Anerkennung verfügt – und daher der Druck einer drohenden Verurteilung die innerstaatlichen Gerichte, allen voran das Bundesverfassungsgericht, zu einem Akt vorausseilenden Interpretationsgehorsams

Reichweite der Grundrechte herangezogen werden kann (vgl. BVerfGE 111, 307 [317 f.]“). Die in Bezug genommene Görgülü-Entscheidung desselben Senats verhält sich indes ausdrücklich nur zur EMRK.

⁶¹ BVerfG, Urteil vom 04.05.2011 (o. Fn. 54), Rn. 90, JZ 2011, 845 (849) (Hervorhebungen nicht im Original).

⁶² *Völkühle*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, 1 ff.

veranlassen kann. Der Druck steigt in dem Maße, in dem der internationale Rechtssprechungskörper zeitlich und gewissermaßen instanziell „nach“ dem Bundesverfassungsgericht entscheidet, d.h. dessen Entscheidung den Gegenstand der Menschenrechtskontrolle durch das internationale Gericht bilden kann, denn damit haben wir eine Art instanzieller Über-Unterordnungssituation zulasten des nationalen (Verfassungs-)Gerichts.

Sie haben es längst gemerkt: Was ich mit wenigen Pinselstrichen skizziert habe, ist das weltweit singuläre Gewährleistungs- und Rechtsschutzsystem der EMRK mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, der sich einem Arbeitsanfall von derzeit zwischen 60.000 und 70.000 Individualbeschwerden pro Jahr ausgesetzt sieht.⁶³ Durch dessen Judikatur ist die EMRK zum verbindlichen gemeineuropäischen Menschenrechtsstandard avanciert, in nicht wenigen der 47 Mitgliedsstaaten des Europarates fungiert der EGMR sogar als eine Art nationales Grundrechtsgericht – nehmen Sie nur unsere südlichen Nachbarn Österreich, Schweiz und Frankreich. In der Menschenrechtsjudikatur des EGMR, der sich mit Abstand am stärksten an Art und Weise der Grundrechtskontrolle durch das deutsche Bundesverfassungsgericht orientiert, ist dem Karlsruher Vorbild ein echter Konkurrent erwachsen. Lesen wir noch einmal im Urteil zur Sicherungsverwahrung nach, so treffen wir, ganz im Sinne des Gesagten, auf die Aussage, dass Auslegungshilfe für die Grundrechte des Grundgesetzes nicht nur die Konvention selbst sei, sondern „auch (...) die Auslegung der Europäischen Menschenrechtskonvention durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte“.⁶⁴

Nichts von alledem passt auf irgendeine andere völkerrechtliche Menschenrechtsverbürgung. Nicht auf die UN-Pakte von 1966, nicht auf die – wie die EMRK ebenfalls im Rahmen des Europarates abgeschlossene – Europäische Sozialcharta und eben auch nicht auf die UN-Kinderrechtskonvention von 1989. Keine dieser Konventionen kennt den Schutz der Individualrechte durch einen unabhängigen internationalen Richter. Das Berichtssystem, welches die CRC/KRK vorsieht, hat in puncto Effektivität, Reichweite und Bedeutung nichts, aber auch gar nichts mit dem Rechtsschutzsystem der EMRK gemein.⁶⁵

⁶³ Dazu *Jestaedt*, Der „Europäische Verfassungsgerichtsverbund“ in (Verfahrenskenn-)Zahlen – Die Arbeitslast von BVerfG, EuGH und EGMR im Vergleich, JZ 2011, 872 ff.

⁶⁴ BVerfG, Urteil vom 04.05.2011 (o. Fn. 54), Rn. 86 u.ö., JZ 2011, 845 (848).

⁶⁵ Selbst der im UN-Menschenrechtsrat am 17.06.2011 einstimmig beschlossene Entwurf für ein Fakultativprotokoll zur Kinderrechtskonvention (Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, Human Rights Council A/HRC/17/L.8), wonach ein Individualbeschwerdeverfahren sowie ein Untersuchungsverfahren bei schwerwiegenden und systematischen Menschenrechtsverletzungen eingerichtet werden soll, hat mit dem Rechtsschutzsystem à la Straßburg wenig gemein. Das Fakultativprotokoll, welches der UN-Generalversammlung Ende 2011 zur Annahme vorgelegt werden soll, sieht eine „communications procedure“ vor dem UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes vor; das ist gewiss weitaus mehr als das derzeitige Berichtssystem, aber noch lange kein Rechtsschutzverfahren, welches mit der Verurteilung des mit einer Individualbeschwerde angegriffenen Vertragsstaates enden kann.

Damit freilich bricht das Kartenhaus einer CRC/KRK-freundlichen, besser noch: CRC/KRK-konformen Auslegung des deutschen Grundgesetzes in sich zusammen. Angesichts dessen erübrigt es sich fast hinzuzusetzen, dass die CRC/KRK im Übrigen bei verständiger Interpretation keine Grundlage für ein Recht des Kindes unmittelbar gegen seine Eltern abgibt.

4.4 Der unionsrechtliche Ansatz über Art. 24 Grundrechtecharta

Lassen Sie mich, bevor wir uns abschließend der Kinderrechtspromotion *de constitutione ferenda* zuwenden, noch drei Sätze sagen zum Unionsrecht, genauer zur Grundrechte-Charta, die seit 1. Dezember 2009 geltendes Unionsprimärrecht mit grundsätzlichem Anwendungsvorrang auch vor dem Grundgesetz markiert. Art. 24 GRCh thematisiert ausdrücklich Rechte des Kindes, in Abs. 3 unter anderem den Anspruch des Kindes auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen. Abgesehen einmal davon, dass die Grundrechte-Charta nach 51 Abs. 1 „für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“, also nicht flächendeckend für mitgliedstaatliches Handeln gilt, ist anerkannt, dass Art. 24 nur die Europäische Union und die Mitgliedstaaten verpflichtet, nicht aber die Eltern.⁶⁶ Anders als „reguläres“ Völkerrecht gibt es beim Unionsrecht grundsätzlich zwar keine strukturellen Schwierigkeiten, einen Vorrang vor dem Grundgesetz zu begründen;⁶⁷ die Grundrechte-Charta gibt aber inhaltlich nichts für ein elternadressiertes Kindesrecht her.

5 Kindesgrundrechte de constitutione ferenda

So bleibt für deren Protagonisten tatsächlich nur der Weg über eine Verfassungsänderung. „Kindesrechte ins Grundgesetz!“ lautet die – absichtlich oder unabsichtlich irreführende – Vokabel.⁶⁸ Als verbürgte das Grundgesetz nicht immer schon auch Rechte von Kindern! Ja, selbst Garantien, die den besonderen Schutzbedarf von Kindern, sozusagen die kindesgrundrechtstypische Gefährdungslage reflektierten, finden sich bereits in der Stammfassung des Grundgesetzes von 1949. Wer hier die Forderung erhebt, die Subjektstellung des Kindes müsse im Wege der Verfassungsänderung im Grundgesetz verankert werden, huldigt einem begrün-

⁶⁶ Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV, AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 24 GRCh Rn. 11 m.w.N., s. ergänzend Rn. 6 und 8.

⁶⁷ Vgl. den jüngst vom BVerfG beschrittenen Weg einer unionsrechtskonformen Auslegung von Art. 19 Abs. 3 GG: BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19.07.2011 – 1 BvR 1916/09, Rn. 69 ff., bes. 72–74 und 75–82 (abrufbar unter: <http://tinyurl.com/1BvR191609> – zuletzt aufgerufen am 22.09.2011).

⁶⁸ Exemplarisch und prominent: Peschel-Gutzeit, Kinderrechte ins deutsche Grundgesetz? Chancen und Herausforderungen, in: Friedrich Ebert Stiftung (Hrsg.), Machen wir's den Kindern Recht?! Rechtspolitische Impulse für ein kindgerechteres Deutschland, 2008, S. 21 ff.

dungsbedürftigen, da sonst im ernsthaften juridischen Diskurs nicht anzutreffen den Verfassungstextualismus. Soll es darum gehen, was sich dem juristisch Unbedarften schon bei oberflächlicher Lektüre erschließt? Oder sollte nicht Maßstab sein, wie sich die professionalisierte und spezialisierte Verfassungsauslegung und Verfassungshandhabung in praxi et effectu darstellen? Dabei darf daran erinnert werden, dass praktisch keiner der für den Stand der heutigen Grundrechtskultur wesentlichen Topoi sich im Text des Grundgesetzes explizit verankert findet. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz oder das Prinzip der Herstellung praktischer Konkordanz, das Prüfungsschema Schutzbereich–Eingriff–Rechtfertigung, die Mehrdimensionalität der Grundrechte, die Schutzpflichtendimension oder verfassungsimmanente Grundrechtsschranken – sie alle sind nur durch mehr oder minder komplexe interpretatorisch-dogmatische Operationen zu ermitteln, die nicht beim blanken Normtext als solchem stehen bleiben. Auch die auf Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gestützten Grundrechte, das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung oder das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme sind mit einem vordergründig-naiven Verfassungstextualismus noch nicht einmal ansatzweise zu erfassen.

Wichtiger noch scheint mir aber ein anderer Hinweis zu sein: Wer das Grundgesetz ändern will – und das hat nach Art. 79 Abs. 1 Satz 1 GG durch eine Änderung des Textes des Grundgesetzes zu geschehen –, der muss angeben können, welche inhaltlichen Änderungsanliegen er mit der Textänderung verfolgt. Welche Verfassungsgewährleistungen sollen sich nach der Grundgesetz-Änderung und in welchem Umfang anders darstellen als zuvor? Hier aber scheint mir, soweit ich die Lage überblicke, reichlich Unklarheit zu herrschen. Was von dem, was angestrebt wird, lässt sich nicht mit dem geltenden Grundgesetz – in dessen autoritativer Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht – zufriedenstellend bewerkstelligen? Der Hinweis auf Verfassungen anderer Staaten oder auf internationale Menschenrechtspakte genügt hier keineswegs. Denn dabei wird verkannt, dass im Staate des Grundgesetzes das Verfassungsrecht eine im internationalen Vergleich wohl einmalige rechtspraktische Bedeutung einnimmt, die in ganz herausragender Weise von einer im Weltmaßstab singulär mächtigen Verfassungsgerichtsbarkeit gesichert wird.⁶⁹ Wer angesichts dessen neuen Verfassungstext produziert, sollte sich bewusst sein, in welch komplex-ausgeklügeltes System er eingreift und wie unabsehbar die sich dann in der Karlsruher Judikatur zeigenden Effekte sind, die durch einen verfassungsgesetzgeberischen Eingriff ausgelöst werden. Von Verfassungsänderungsexperimenten ist daher im Grundsatz abzuraten. Und das gilt gleich dreimal für eine Ergänzung des Grundgesetzes um ein dem bisherigen liberalen,

⁶⁹ Dazu jüngst: *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger*, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011.

auf die grundsätzliche Fähigkeit und Bereitschaft der Eltern zu Erziehung und Pflege ihrer Kinder vertrauenden Duktus des Grundgesetzes.⁷⁰

⁷⁰ Sollte – primär der symbolischen Wirkung zugunsten des Kindesschutzes wegen – eine Ergänzung des Grundgesetzes um eine ausdrücklich Kinder ansprechende Gewährleistung verfassungspolitisch für indiziert gehalten werden, so sollte gleichwohl davon Abstand genommen werden, in das fein austarierte Gewährleistungsgefüge von Art. 6 GG (in der autoritativen Lesart der Judikatur des BVerfG), gar dessen Absatz 2, einzugreifen. Zu erwägen wäre allenfalls die Einfügung eines neuen Absatzes 1a in Art. 2 GG, der etwa folgenden Wortlaut haben könnte: „Jedes Kind hat ein Recht auf Förderung seiner Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit sowie auf den Schutz vor Gefahren für sein Wohl. Die staatliche Gemeinschaft trägt für die Schaffung und Erhaltung kindgerechter Lebensverhältnisse Sorge.“ (So der Vorschlag von *Wiesner*, vgl. beispielsweise: Abschlussdiskussion: Kinderrechte ins Grundgesetz – nur Symbolik oder Chance für ein kindgerechtes Deutschland?, in: Friedrich Ebert Stiftung (Hrsg.), *Machen wir's den Kindern Recht?! Rechtspolitische Impulse für ein kindgerechteres Deutschland*, 2008, S. 65, 67).

Neue Reformen im Kinderschutzrecht

Reinhard Wiesner

1	Der Hintergrund: Aus Fehlern lernen	41
1.1	Der Fall Pascal.....	41
1.2	Die Fälle Jessica, Kevin und Lea Sophie.....	42
1.3	Von der Intervention zu den Frühen Hilfen.....	43
1.4	Die Kinderschutzgesetze der Länder.....	43
1.5	Zuletzt: Die öffentliche Debatte über sexualisierte Gewalt in Einrichtungen	44
2	Das Gesetz zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts	44
2.1	Die Forderungen aus Wissenschaft und Praxis.....	45
2.2	Erste Schritte zu einem fachlichen Profil der Vormundschaft/ Pflegschaft.....	45
2.3	Die Qualifizierung der Amtsvormundschaft.....	46
2.4	Wirkungen und Nebenwirkungen.....	46
3	Das Bundeskinderschutzgesetz.....	48
3.1	Zur Struktur des Gesetzes	48
3.2	Das Gesetz zur Information und Kooperation im Kinderschutz (KKG).....	48
a)	Das Regelungsprogramm.....	48
b)	Die Finanzierung Früher Hilfen.....	49
c)	Befugnisnorm zur Weitergabe von Informationen an das Jugendamt (§ 4 KKG).....	50
3.3	Änderungen im SGB VIII	50
a)	Rechtsanspruch des Kindes auf Beratung in Konflikt- situationen (§ 8).....	51
b)	Änderungen des Verfahrens zur Gefährdungsein- schätzung (§ 8a).....	51
c)	Die Bereitstellung fachlicher Expertise zum Kinderschutz (§ 8b) ..	52
aa)	Beratung „jugendhilfeexterner“ Personen bei der Gefährdungseinschätzung (§ 8 Abs. 1).....	52
bb)	Beratung von Trägern von Einrichtungen zur Entwicklung von Kinderschutzstandards (§ 8b Abs. 2)	53
d)	Änderungen in der Heimaufsicht (§§ 45, 47)	53
e)	Ehrenamt und Führungszeugnis (§ 72a).....	53
f)	Gesetzlicher Auftrag zur Qualitätsentwicklung (§§ 79, 79a).....	54

	g. Sicherung der Hilfekontinuität in der Vollzeitpflege (§ 37 Abs. 2 und 2a).....	54
	h. Verbesserung der Statistik zum Kinderschutz (§§ 98, 99).....	55
3.4	Änderungen in anderen Gesetzen.....	55
	a. Schutz von Kindern und Jugendlichen mit körperlicher oder geistiger Behinderung.....	55
	b. Änderungen im Schwangerschaftskonfliktgesetz	56
3.5	Zur Umsetzung des Bundeskinderschutzgesetzes.....	56

Vor dem Hintergrund medial aufbereiteter Fälle von Kindesmisshandlung und Kindesvernachlässigung (1) sah sich der Gesetzgeber in den letzten Jahren immer wieder veranlasst, die Rechtsgrundlagen für den Schutz von Kindern weiterzuentwickeln. So wurde in der aktuellen 17. Legislaturperiode zunächst das Gesetz zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts verabschiedet (2). Nachdem ein erster Anlauf in der letzten Legislaturperiode gescheitert war, ist noch vor Jahresende 2011 ein neues Bundeskinderschutzgesetz im Bundestag und im Bundesrat verabschiedet worden, das am 1. Januar 2012 in Kraft getreten ist (3).

Bei all den Aktivitäten des Gesetzgebers darf nicht aus dem Blick geraten, dass die Rechtsgrundlagen ein wichtiger Baustein für einen besseren Kinderschutz sind, letztlich entscheidend sind aber die organisatorischen und fachlichen Rahmenbedingungen vor Ort – in erster Linie die Personalausstattung in den Jugendämtern.

1 Der Hintergrund: Aus Fehlern lernen

1.1 Der Fall Pascal

Der Kinderschutz ist in den letzten Jahren zunehmend in die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers gerückt. Den Anlass dazu bildeten jeweils spektakuläre Einzelfälle, die in den Medien aufbereitet worden sind und die Frage nach der Verantwortlichkeit aufgeworfen haben. Das öffentliche Interesse konzentrierte sich auf die Frage, warum ein (in der Regel) kleines Kind nicht oder nicht rechtzeitig vor Vernachlässigung, Misshandlung oder sexueller Gewalt geschützt werden konnte. Im Mittelpunkt stand und steht dabei neben den Eltern jeweils das Verhalten des zuständigen Jugendamtes bzw. seiner Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.

Erinnert sei an den kleinen Pascal, der Anfang des Jahres 2003 in Saarbrücken Opfer eines Kinderschänderrings wurde. Der Stadtverband Saarbrücken hat daraufhin eine Expertenkommission eingesetzt, die im Folgejahr das so genannte Saarbrücker Memorandum vorgelegt hat.¹ Die Sachverständigen sahen Defizite sowohl auf der Ebene der rechtlichen Grundlagen wie auf der Ebene der praktischen Umsetzung und erhoben folgende Forderungen:

- klare Regelungen zur Gefährdungseinschätzung
- Begrenzung des Rechts der Eltern auf informationelle Selbstbestimmung durch die Befugnis zur Weitergabe von Daten bei Anhaltspunkten für eine Kindeswohlgefährdung

¹ DIJuF (Hrsg.), Verantwortlich handeln – Schutz und Hilfe bei Kindeswohlgefährdung, Köln 2004.

- Empfehlungen der Spitzenverbände zur Personalausstattung in den Jugendämtern.²

Soweit diese sich Forderungen an den Gesetzgeber richteten, fanden sie Eingang in das Gesetz zur Weiterentwicklung des Kinder- und Jugendhilferechts, das unter seiner Abkürzung KICK bekannt geworden ist.³ Im Mittelpunkt stand dabei die Einführung des § 8a in das SGB VIII, der zur Erfüllung des staatlichen Schutzauftrages ein spezielles Verfahren zur Gefährdungseinschätzung regelt.⁴

1.2 Die Fälle Jessica, Kevin und Lea Sophie

Bald sind neue Einzelfälle bekannt geworden. Die Namen „Kevin“, „Lea-Sophie“ und „Jessica“ haben sich tief in das Gedächtnis eingegraben. Obwohl die dazu eingesetzten Untersuchungsausschüsse erhebliche Mängel in der praktischen Umsetzung des Kinderschutzes sahen⁵, schien es einzelnen Landesregierungen und der seiner Zeit zuständigen Bundesministerin geboten, die gesetzlichen Regelungen über die Handlungspflichten für die Jugendämter zu konkretisieren und zu verschärfen.

Das Thema Kinderschutz kam auf die Tagesordnung der regelmäßigen Treffen der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefs der Länder, die als „Kinderschutzgipfel“ inszeniert wurden. Die Bundesregierung ließ sich dazu auffordern, einen Gesetzentwurf zu erarbeiten⁶, in dessen Mittelpunkt zwei Themen standen:

- eine bundeseinheitliche Regelung für die sog. Berufsheimnisträger zur Durchbrechung der Schweigepflicht,
- eine „Regelpflicht“ des Jugendamtes zum Hausbesuch als Instrument der Gefährdungseinschätzung.

Kritik am Regelungsbedarf entzündete sich vor allem im Hinblick auf die Regelpflicht zum Hausbesuch. Zu einem Dialog mit den Fachverbänden war die politische Leitung des Ministeriums jedoch nicht bereit, stattdessen brüstete sie sich mit der Aussage, begründete fachliche Einwände würden nicht erhoben.⁷ Nachdem der

² Siehe DIJuF (Fn. 1) S. 70 f.

³ G. vom 08.09.2005, BGBl. I S. 2729.

⁴ Die Literatur zur Umsetzung des § 8a ist inzwischen unüberschaubar. Siehe dazu statt aller Katzenstein ZKJ 2008, sowie die Literaturhinweise bei Wiesner, SGB VIII, 4. Aufl. München 2011, § 8a.

⁵ Zum Fall Kevin siehe Bremische Bürgerschaft, Bericht des Untersuchungsausschusses zur Aufklärung von mutmaßlichen Vernachlässigungen der Amtsvormundschaft und Kindeswohl-sicherung durch das Amt für Soziale Dienste, Drucks. 16/1381 vom 18.4.2007 sowie Backer JAmt 2007, 281.

⁶ Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Kinderschutzes, BT-Drucks. 16/12429.

⁷ Siehe dazu den Offenen Brief der Fachverbände ZKJ 2009, 288.

Koalitionspartner nicht bereit war, die Regelungsinhalte und den Verfahrensstil zu akzeptieren, scheiterte der Gesetzentwurf im Bundestag kurz vor dem Ende der Legislaturperiode.

1.3 Von der Intervention zu den Frühen Hilfen

Inzwischen waren auf der örtlichen und der Landesebene Projekte mit dem Ziel installiert worden, Risikolagen von kleinen Kindern frühzeitig zu erkennen und durch bedarfsgerechte Hilfen eine Gefährdung des Kindeswohles zu verhindern. Wegbereiter war hier das Projekt „Soziale Frühwarnsysteme in Nordrhein-Westfalen“ (Pilotphase 2001-2004). Dem schloss sich später das Aktionsprogramm „Frühe Hilfen für Eltern und Kinder und soziale Frühwarnsysteme“ des Bundes und der Länder an (2007-2010). Der Bund richtete das „Nationale Zentrum Frühe Hilfen“ (NZFH) unter der gemeinsamen Verantwortung der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung und des Deutschen Jugendinstituts ein.⁸ Schließlich wurden auf der örtlichen Ebene unterschiedliche Wege beschritten, um werdende und junge Familien wertschätzend auf das örtliche Leistungsangebot hinzuweisen.⁹

1.4 Die Kinderschutzgesetze der Länder

In mehreren Entschließungen hatte der Bundesrat die Bundesregierung aufgefordert, gesetzliche Regelungen über ein so genanntes verbindliches Einladungswesen zu treffen und damit eine verstärkte Inanspruchnahme der Gesundheitsuntersuchungen für Kinder sicherzustellen.¹⁰ Eine Nichtteilnahme trotz wiederholter Einladung wurde als Hinweis auf Kindesvernachlässigung gewertet, dem vom Jugendamt nachgegangen werden sollte. Nachdem die Bundesregierung die Eignung einer solchen Regelung für den Kinderschutz in Zweifel zog und auf die fehlende Gesetzgebungskompetenz des Bundes hinwies, trafen die Länder – angeführt vom Saarland – entsprechende Regelungen. Bei sehr großen Unterschieden im Einzelnen enthalten viele dieser Gesetze auch Regelungen über die Befugnis bzw. Pflicht so genannter Berufsgeheimnisträger zur Weitergabe von Informationen an das Jugendamt im Fall vermuteter oder festgestellter Kindeswohlgefährdung. Schließlich finden sich in vielen Gesetzen auch Regelungen zur Einrichtung von Netzwerken im Kinderschutz.¹¹

⁸ Näheres dazu siehe auf der Website des NZFH unter www.fruehehilfen.de.

⁹ Siehe dazu z.B. das Netzwerk Frühe Förderung für Familien – sog. Dormagener Modell.

¹⁰ Entschließung des Bundesrates für eine höhere Verbindlichkeit der Früherkennungsuntersuchungen im Sinne des Kindeswohls, BR-Drucks. 56/06 – Beschluss vom 19.05.2006, sowie Entschließung des Bundesrates zur verpflichtenden Teilnahme an Früherkennungsuntersuchungen, BR-Drucks. 823/06 – Beschluss vom 15.12.2006.

¹¹ Einen Überblick über die Landesgesetze bietet *Wabnitz* ZKJ 2009, 50.

1.5 Zuletzt: Die öffentliche Debatte über sexualisierte Gewalt in Einrichtungen

Weitere Regelungslücken wurden schließlich im Zusammenhang mit der Aufdeckung einer verbreiteten Praxis von Anwendung sexualisierter Gewalt in Einrichtungen sichtbar. Zwar sind davon nicht nur die klassischen Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe (Heime) betroffen, die im SGB VIII geregelte „Heimaufsicht“ als Aufgabe der Landesjugendämter erstreckt sich jedoch auf alle Einrichtungen, in denen Kinder oder Jugendliche ganztägig oder für einen Teil des Tages betreut werden oder Unterkunft erhalten, sofern sie nicht der landesrechtlich geregelten Schulaufsicht unterliegen.¹² In den Beratungen am Runden Tisch „Sexueller Kindesmissbrauch“¹³ wurden im Hinblick auf den Regelungsbereich des Kinderschutzgesetzes folgende Forderungen erhoben:

- besserer Schutz von Kindern in Einrichtungen durch Einhaltung von Kinderschutzstandards,
- erweiterte Führungszeugnisse auch für ehrenamtlich tätige Personen,
- Präzisierung und Differenzierung des Leistungsspektrums der „insoweit erfahrenen Fachkraft“ nach § 8a Abs. 2 SGB VIII.

2 Das Gesetz zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts

Während die (neue) Bundesregierung im Hinblick auf einen neuen Anlauf für ein Kinderschutzgesetz erst wieder Tritt fassen musste, hatte im Dezember 2009 das für die Vormundschaft zuständige Bundesministerium der Justiz einen Referentenentwurf zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vorgelegt, dem im August 2010 ein Regierungsentwurf folgte.¹⁴ Das Gesetz ist am 14. April 2011 verabschiedet worden. Der Bundesrat hat ihm – trotz erheblicher Bedenken im ersten Durchgang¹⁵ – am 27. Mai 2011 zugestimmt. Es ist zu weiten Teilen am 6. Juli 2011 in Kraft getreten. Da dieses Gesetzgebungsverfahren ebenfalls dem Kinderschutz dient, sollen die wichtigsten Änderungen in einem kleinen Exkurs erläutert werden.¹⁶

¹² § 45 Abs.1 SGB VIII.

¹³ Siehe dazu *Fegert/Meysen* JAmt 2010, 521.

¹⁴ BR-Drucks. 537/10 vom 03.09.2010

¹⁵ BR-Drucks. 243/11(B).

¹⁶ Siehe zum Gesetzentwurf im Einzelnen *Sünderhauf* JAmt 2010, 405; *Katzstein* JAmt 2010, 414, sowie *Veit/Salgo* ZKJ 2011, 82.

2.1 Die Forderungen aus Wissenschaft und Praxis

Seit Jahrzehnten werden im fachwissenschaftlichen Diskurs, aber auch aus der Praxis Forderungen zur Reform bzw. Weiterentwicklung von Vormundschaft und Pflegschaft erhoben.¹⁷ Dazu zählen insbesondere

- die Förderung von Alternativen zur Amtsvormundschaft, die als rechtssystematisch gedachte Ultima Ratio zum Regeltypus in der Praxis geworden ist,
- die Gewährleistung des persönlichen Kontakts und Mündel als Grundlage für eine gesetzeskonforme Aufgabenwahrnehmung
- und speziell für die Formen der Amtsvormundschaft und Amtspflegschaft
 - die Trennung von Leistungsgewährung und Wahrnehmung von Aufgaben der Vormundschaft/ Pflegschaft im Jugendamt
 - die Entwicklung eines Leistungsprofils für den Amtsvormund und stärkere sozialpädagogische Ausrichtung.

2.2 Erste Schritte zu einem fachlichen Profil der Vormundschaft/ Pflegschaft

In der ersten Kabinettsklausur nach der Konstituierung der neuen Bundesregierung in Meseberg hat diese sich darauf verständigt, die Reform in zwei Stufen zu verwirklichen. In einem ersten Schritt sollten einzelne Vorschriften des Vormundschaftsrechts geändert werden. Den aktuellen Anlass dazu boten die Erkenntnisse aus der Aufarbeitung des Falles Kevin in Bremen. In einem zweiten Schritt soll dann eine Gesamtreform des Vormundschaftsrechts folgen. Im Mittelpunkt des Gesetzes stehen deshalb zwei Themen, die eng miteinander verknüpft sind: die Sicherung des persönlichen Kontakts zum Mündel und die Fallzahlenbegrenzung als eine zentrale Rahmenbedingung. Um Ziel, Pflege und Erziehung des Mündels zu fördern und zu gewährleisten (§ 1800 Abs. 2 BGB), verpflichtet das Gesetz zum (regelmäßig) monatlichen Kontakt mit dem Mündel (§ 1793a Abs. 1a BGB). Die Kontaktpflege ist auch Gegenstand der Berichtspflicht gegenüber dem Familiengericht (§ 1840 Abs. 1 Satz 2 BGB).¹⁸

¹⁷ Siehe dazu *Salgo/Zenz* FamRZ 2009, 1378, sowie die Eckpunkte zum Reformbedarf in der Vormundschaft und Pflegschaft im Abschlussbericht der vom BMJ eingesetzten Arbeitsgruppe „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls – § 1666 BGB“ unter www.bmj.bund.de.

¹⁸ Siehe dazu *Hoffmann* JAmt 2011, 299.

2.3 Die Qualifizierung der Amtsvormundschaft

Neben der Sicherung des persönlichen Kontakts des Vormunds/Pflegers zum Mündel steht die Qualifizierung der Amtsvormundschaft im Mittelpunkt des Regelungsprogramms dieses Gesetzes. Zu diesem Zweck wurden in § 55 SGB VIII folgende Regelungen aufgenommen:

- Anhörung des Kindes oder Jugendlichen zur Personalauswahl im Jugendamt vor der Übertragung der Aufgabe auf die einzelne Fachkraft
- Fallzahlenbegrenzung auf 50 Mündel pro Vormund
- „entsprechende“ Reduzierung der Fallzahl bei der Wahrnehmung „anderer Aufgaben“.

2.4 Wirkungen und Nebenwirkungen

Die Fallzahlenbegrenzung auf 50 Mündel pro Vormund/Pfleger, die auf die sog. Dresdner Erklärung¹⁹ zurückgeht, verlangt eine entsprechende Personalausstattung in den Jugendämtern. Zwar sind die Fallzahlen in einzelnen Jugendämtern vor dem Hintergrund der Kinderschutzdebatte in den letzten Jahren – namentlich des Falles Kevin in Bremen – reduziert worden. In den meisten Jugendämtern liegen sie aber immer noch deutlich über der Zielmarke 50 Mündel, die zudem nur eine Obergrenze, keinen fachlichen Standard markiert.²⁰ In vielen Jugendämtern nehmen die Fachkräfte neben Aufgaben der Amtsvormundschaft/Amtspflegschaft auch andere Aufgaben wie insbesondere Beistandschaften wahr (so genannte Mischarbeitsplätze). Hier bleibt die neue Regelung mit der Verpflichtung zu einer „entsprechenden Reduzierung“ zwangsläufig zu unbestimmt, um in jedem Fall eine gesetzeskonforme Aufgabenwahrnehmung zu sichern.

Im Hinblick darauf, dass die erforderliche Aufstockung in den Jugendämtern nicht „über Nacht“ geschehen kann, hat der Gesetzgeber das Inkrafttreten der Vorschrift zur Fallzahlbegrenzung auf den 5. Juli 2012 verschoben, andererseits ist die Regelverpflichtung zum monatlichen persönlichen Kontakt am Tag nach der Verkündung (am 6. Juli 2011) in Kraft getreten. Nun haben bereits zahlreiche Stellungnahmen zum Gesetzentwurf deutlich gemacht, dass die Regelpflicht zum monatlichen Kontakt bei vielen Fachkräften nur die Übernahme von weniger als 50 Vormundschaften/Pflegschaften zulässt, die Fallzahlenobergrenze also gar nicht ausgeschöpft werden kann.²¹ Wie aber soll nun die monatliche Regelpflicht erfüllt werden, solange in vielen Jugendämtern die Fallzahlen noch weit über 50 Mündel pro Fachkraft liegen? Dieses Dilemma versucht die Begründung wie folgt zu lösen:

¹⁹ Siehe dazu DAVorm 2000, 437, 439.

²⁰ Siehe dazu *Sünderhauf*/JAmt 2011, 293.

²¹ Siehe dazu *Sünderhauf*/JAmt 2011, 293.

„Die Änderungen in § 55 Abs. 2 S. 2 und 3 SGB VIII – neu (Fallzahlbegrenzung und Anhörung) sollen erst nach einem Jahr seit Verkündung des Gesetzes in Kraft treten, um den Jugendämtern und dessen Trägern ausreichend Zeit zu geben, sich auf die neuen Anforderungen einzustellen. Die Pflicht, den Mündel in der Regel zu persönlichen Kontakten in Abständen von in der Regel einen Monat zu treffen, soll bereits am Tag nach der Verkündung des Gesetzes bestehen, *Verstöße hiergegen sollen aber mit Rücksicht auf die Personalsituation in manchen Jugendämtern für die Dauer von einem Jahr sanktionslos bleiben*“.²²

Damit wird zwar ein Ausweg im Hinblick auf die Überwachungspflicht des Familiengerichts gewiesen, die Frage nach dem erforderlichen Maßstab im Hinblick auf die Aufgabenwahrnehmung seitens der Fachkräfte und der daraus resultierenden Sorgfaltspflicht im Rahmen einer Garantenhaftung wird damit allerdings nicht beantwortet. Faktisch wird bis zum Abschluss der Personalaufstockung die gesetzlich vorgeschriebene Kontaktfrequenz nicht eingehalten werden können.

Zwiespältig erscheinen auch die Nebenwirkungen – namentlich im Hinblick auf die Personalsituation im Allgemeinen Sozialdienst (ASD). Seine Belastung ist infolge der größeren Sensibilität für den Kinderschutz und der steigenden Zahl der Meldungen überall deutlich gestiegen. Die Bereitschaft des Gesetzgebers, im Bereich der Amtsvormundschaft eine Fallzahlenobergrenze einzuführen, weckt entsprechende Erwartungen auch in den anderen Sozialen Diensten, die mit Aufgaben des Kinderschutzes befasst sind. Es ist schlechthin nicht einzusehen, dass die Sorge des Gesetzgebers „nur“ der Amtsvormundschaft gilt, die in aller Regel (erst) zum Zuge kommt, wenn eine bereits eingetretene Kindeswohlgefährdung nicht durch die Eltern abgewendet wird, während der ASD als Anlauf- und Clearingstelle im Vorfeld bzw. zur Einschätzung der Kindeswohlgefährdung, aber auch als „Zentralorgan“ zur Steuerung von Hilfeprozessen weiterhin chronisch überlastet ist. Inzwischen haben bereits Petitionen in dieser Angelegenheit den Bundestag erreicht. Freilich gestaltet sich die Umsetzung dieses berechtigten Anliegens schwieriger, weil der ASD – anders als die Amtsvormundschaft – keine bundesgesetzlich geregelte Aufgabe, sondern eine kommunale Organisationseinheit darstellt, deren Aufgaben autonom von der jeweiligen Gebietskörperschaft bestimmt werden. Soll also der Kinderschutz vor Ort personell besser ausgestattet werden, so ist der abstrakte Bezug auf den ASD ggf. zu weit, weil dort auch andere Aufgaben wahrgenommen werden, ggf. aber auch zu eng, weil spezielle Kinderschutzdienste ausgekoppelt worden sind bzw. auch Spezialdienste wie der Pflegekinderdienst Kinderschutzaufgaben wahrnehmen. Dennoch ist das Anliegen im Grundsatz berechtigt.

²² BT-Drucks. 17/3617, S. 8.

3 Das Bundeskinderschutzgesetz

3.1 Zur Struktur des Gesetzes

Nachdem der erste Anlauf zu einem Kinderschutzgesetz am Ende der vergangenen Legislaturperiode im Deutschen Bundestag gescheitert war, hat die neue Bundesregierung – gestützt auf eine entsprechende Ankündigung im Koalitionsvertrag²³ – im März 2011 einen neuen Gesetzentwurf in das parlamentarische Verfahren eingebracht.²⁴ Inhaltlich griff der Entwurf neben den Themen aus dem ersten Entwurf nicht nur die Diskussion am Runden Tisch „Sexueller Missbrauch“ auf, sondern wendete sich – wie bereits in den einschlägigen Passagen des Koalitionsvertrages erkennbar – auch stärker der präventiven Ausgestaltung des Kinderschutzes zu.

Das Gesetz zur Stärkung eines aktiven Schutzes von Kindern und Jugendlichen – so die offizielle Bezeichnung – ist als sog. Artikelgesetz ausgestaltet. Es enthält neben einem neuen Stammgesetz, dem Gesetz zur Information und Kooperation im Kinderschutz (Art. 1), zahlreiche Änderungen im SGB VIII (Art. 2) sowie Änderungen in anderen Gesetzen (Art. 3). Im Rahmen der Beratungen im Bundestag wurde vor den Schlussvorschriften noch eine Pflicht für die Bundesregierung eingeführt, die Wirkungen des Gesetzes unter Beteiligung der Länder zu untersuchen und den Deutschen Bundestag bis zum 31.12.2015 über die Ergebnisse zu unterrichten (Art. 4).

Das Gesetz ist am 28. Dezember 2011 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht worden²⁵ und am 1. Januar 2012 in Kraft getreten.

3.2 Das Gesetz zur Information und Kooperation im Kinderschutz (KKG)

a) Das Regelungsprogramm

Anknüpfend an die einzelnen unterschiedlichen Regelungen in den Kinderschutzgesetzen der Länder enthält das KKG nach programmatischen Aussagen zur staatlichen Mitverantwortung beim Kinderschutz (§ 1) bundeseinheitliche Rechtsgrundlagen zur Information über Hilfen im Kontext von Schwangerschaft und Geburt (§ 2) und zum Aufbau von Netzwerken im Kinderschutz (§ 3) sowie eine Befugnisnorm für so genannte Berufsgeheimnisträger zur Weitergabe von Informationen an das Jugendamt (§ 4).

²³ Wachstum – Bildung – Zusammenhalt, Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und FDP vom 26.10.2009 – Kap. III 1.

²⁴ BR-Drucks. 202/11 vom 15.04.2011.

²⁵ G. vom 22.12.2011, BGBl. I S. 2975.

Der Regelungsgehalt dieses neuen Stammgesetzes bleibt begrenzt. Dennoch erscheint es überzeugend, für dieses Regelungsprogramm einen eigenständigen Rahmen zu schaffen und sich nicht auf eine Novellierung des SGB VIII zu beschränken. Damit kommt unmissverständlich zum Ausdruck: Kinderschutz ist keine auf die Kinder- und Jugendhilfe begrenzte öffentliche Aufgabe, sondern bezieht auch andere Leistungssysteme – namentlich das Gesundheitssystem – ein. Umso wichtiger ist es, Instrumente der Verknüpfung und Kooperation der Systeme – in Gestalt von Netzwerken für den Kinderschutz – zu etablieren und auf eine bundesrechtliche Grundlage zu stellen.²⁶

b. Die Finanzierung Früher Hilfen

Im Mittelpunkt der politischen Aufmerksamkeit stand die *Verstetigung Früher Hilfen*, die in den einzelnen Modellprogrammen entwickelt und erprobt worden waren. Trotz wiederholter Forderungen seitens der Fachverbände und Experten gelang es nicht, die gesetzliche Krankenversicherung „ins Boot zu holen“, d.h. Leistungen der Frühen Förderung über die Krankenkassen zu finanzieren.²⁷ Auch der Bundesrat hielt den im Regierungsentwurf vorgesehenen Einsatz von Familienhebammen im Rahmen eines Bundesmodellprojekts für unzureichend. Stattdessen forderte er die Verlängerung der Erstattung von Kosten für Hebammenleistungen durch die gesetzliche Krankenversicherung von acht Wochen auf sechs Monate sowie die Finanzierung von Kosten der Krankenhäuser für Leistungen zum Erhalt der Kindergesundheit²⁸. So wurde dieses Thema schließlich zum Gegenstand der Beratungen im Vermittlungsausschuss, der von der Bundesregierung angerufen wurde, um ein Scheitern des Gesetzes zu verhindern. Bund und Länder einigten sich dort auf ein zweistufiges Verfahren für die Finanzierung Früher Hilfen:

Im Zeitraum 2012-2016 unterstützt das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend den Aus- und Aufbau der Netzwerke Frühe Hilfen und den Einsatz von Familienhebammen, auch unter Einbeziehung ehrenamtlicher Strukturen durch eine zeitlich auf vier Jahre befristete Bundesinitiative, die im Jahr 2012 mit 30 Millionen Euro, im Jahr 2013 mit 45 Millionen Euro und in den Jahren 2014 und 2015 mit 51 Millionen Euro ausgestattet wird. Nach Ablauf dieser Befristung wird der Bund einen Fonds zur Sicherstellung der Netzwerke Frühe Hilfen und der psychosozialen Unterstützung von Familien einrichten, für den er jährlich 51 Millionen Euro zur Verfügung stellen wird (§ 3 Abs. 4 KKG).

²⁶ Siehe dazu Nationales Zentrum Frühe Hilfen (Hrsg.), Modellprojekt Guter Start ins Kinderleben – Werkbuch Vernetzung, 2. Aufl., Köln 2010.

²⁷ Siehe dazu auch die Stellungnahmen der Sachverständigen im Rahmen der öffentlichen Anhörung zum Kinderschutzgesetz am 26.09.2011 – Ausschussdrucksachen 17(13) 116a-116l.

²⁸ Stellungnahme des Bundesrates v. 27.05.2011 – BR-Drucks. 201/11(B), S. 1, 4, 20 ff.

c. Befugnisnorm zur Weitergabe von Informationen an das Jugendamt (§ 4 KKG)

Dringend notwendig erscheint auch eine bundeseinheitliche Regelung über die Befugnis sog. Berufsheimnisträger zur Information des Jugendamtes über eine Kindeswohlgefährdung, die andernfalls nicht abgewendet werden kann, nachdem es inzwischen in vielen Landeskinderschutzgesetzen voneinander abweichende Regelungen gibt, die eher zur Rechtsunsicherheit beitragen und für einen effektiven Kinderschutz kontraproduktiv sind.²⁹ Die bundesrechtliche Regelung sieht ein dreistufiges Verfahren vor, nämlich

- Verpflichtung zur Beratung von Eltern, Kindern/Jugendlichen bei gewichtigen Anhaltspunkten für eine Kindeswohlgefährdung (Absatz 1)
- Anspruch des Geheimnisträgers auf Beratung zur Gefährdungseinschätzung durch eine insoweit erfahrene Fachkraft (Absatz 2)
- Befugnis zur Datenweitergabe an das Jugendamt, wenn ein Tätigwerden für dringend erforderlich erachtet wird und eine Gefährdung auf andere Weise nicht abgewendet werden kann (Absatz 3).

Im Gegensatz zum Gesetzentwurf 2009 wurde der Anwendungsbereich auf solche Berufsheimnisträger begrenzt, die von ihrer beruflichen Tätigkeit her „in einem unmittelbaren Kontakt zu Kindern und Jugendlichen stehen oder stehen können“.³⁰ Im Übrigen lehnt sich der Text weitgehend an die Formulierung im Gesetzentwurf von 2009 an, der seinerseits der Vorschrift im Kinderschutzgesetz Rheinland-Pfalz nachgebildet worden war. Dieser hatte die Befugnischwelle gegenüber der für den strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund des rechtfertigenden Notstands bewusst von der Schwelle einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben (§ 34 StGB) auf diejenige der Kindeswohlgefährdung i.S. des § 1666 BGB abgesenkt und auf die zusätzliche Güterabwägung verzichtet, d.h. dem Kinderschutz im Fall einer Kindeswohlgefährdung den generellen Vorrang vor dem Schutz der Vertrauensbeziehung eingeräumt. Während die Regelung im Landesrecht ohne inhaltliche Diskussion akzeptiert worden war, wird die Formulierung in § 4 KKG wegen der Absenkung der Schwelle kritisch betrachtet.³¹

3.3 Änderungen im SGB VIII

Das Gesetz enthält zahlreiche Änderungen des SGB VIII, von denen die wesentlichen kurz dargestellt werden sollen.

²⁹ Knorr/Fangerau/Ziegenhain/Fegert JAmt 2009, 352.

³⁰ Regierungsbegründung BT-Drucks. 17/6256, S. 19.

³¹ Siehe dazu Kliemann/Fegert ZRP 2011, 110; siehe dazu auch die Stellungnahmen der Sachverständigen oben Fn. 27.

a. Rechtsanspruch des Kindes auf Beratung in Konfliktsituationen (§ 8)

Anknüpfend an die Diskussion am Runden Tisch „Sexueller Kindesmissbrauch“, Kindern und Jugendlichen einen eigenen Anspruch auf Beratung in Krisen- und Konfliktsituationen einzuräumen, wurde die in § 8 Abs. 3 geregelte Befugnis zur Beratung in einen Rechtsanspruch des Kindes oder Jugendlichen auf Beratung „umgewandelt“. Damit erlangt die bereits heute in Literatur und Praxis so ausgelegte Befugnisnorm eine höhere Verbindlichkeit und stärkere Wirkung. Allerdings glaubte der Gesetzgeber, im Hinblick auf die vorrangige elterliche Erziehungsverantwortung nicht von den strengen Voraussetzungen abrücken zu können.³² Nachdem aber auch die Inobhutnahme (§ 42) „nur“ ein subjektives Schutzbedürfnis voraussetzt³³, wäre sicherlich auch bei der Konstruktion des Beratungsanspruchs eine entsprechende Regelung zulässig gewesen, die zunächst einen offenen Zugang zur Beratung sichert und den Inhalt bzw. die Folgen der Beratung (Verständigung und Kontaktaufnahme mit den Eltern oder Einleitung einer Gefährdungseinschätzung) vom Inhalt bzw. der Bewertung des vom Kind oder Jugendlichen geschilderten Konfliktpotentials abhängig macht.

b. Änderungen des Verfahrens zur Gefährdungseinschätzung (§ 8a)

Nachdem die (im ersten Gesetzentwurf enthaltene) Regelpflicht zum Hausbesuch bei Anhaltspunkten für eine Gefährdung des Kindeswohls maßgeblich zum Scheitern des Gesetzes beigetragen hat, hat die Bundesregierung nun – anknüpfend an eine Formulierungshilfe des BMFSFJ, die kurz vor dem Scheitern des Gesetzentwurfs in der letzten Legislaturperiode für den Bundestag entwickelt worden war – eine offenere Formulierung gewählt. Nunmehr wird das Jugendamt zum Hausbesuch (nur noch) dann verpflichtet, wenn dies nach fachlicher Einschätzung im Einzelfall geboten erscheint (§ 8a Abs. 1 S. 2 SGB VIII n.F.). Damit wird ein in vielen fachlichen Empfehlungen beschriebener Standard gesetzlich fixiert. In der Praxis wird allerdings befürchtet, dass diese gesetzliche Betonung dazu führen wird, dass viele Fachkräfte zu ihrer eigenen Absicherung in jedem Fall einen Hausbesuch vornehmen, um nicht nachträglich dem Vorwurf ausgesetzt zu sein, mithilfe eines Hausbesuchs hätte die Gefahr erkannt werden können.

Der Gesetzgeber hat „bei dieser Gelegenheit“ die Vorschrift systematisch neu gefasst und den Schutzauftrag der Träger der freien Jugendhilfe stärker von dem der öffentlichen Jugendhilfe abgesetzt. So wird von der missverständlichen Formulierung, die freien Träger hätten den Schutzauftrag „in entsprechender Weise“ wahrzunehmen, wie sie in § 8a Abs. 2 bisher enthalten war, Abstand genommen. Stattdessen werden die Inhalte der Vereinbarung mit den freien Trägern nun im

³² Regierungsbegründung BT-Drucks. 17/6256, S. 20.

³³ Siehe dazu *Wiesner*, SGB VIII, § 42 Rn. 7.

neuen Absatz 4 ausdrücklich geregelt. Gegenstand dieser Vereinbarung ist künftig auch die *Qualifikation „der insoweit erfahrenen Fachkraft“* (§ 8a Abs. 4 S. 2 SGB VIII), die die fallzuständige Fachkraft bei der Gefährdungseinschätzung beraten soll. Zwar sieht der Gesetzgeber auch weiterhin von einer Legaldefinition ab³⁴, verpflichtet aber Jugendamt und freie Träger, sich vertraglich auf das fachliche Profil zu verständigen. Dabei wird auch zu berücksichtigen sein, dass es in der Regel nicht ausreichen wird, nur eine bestimmte Person mit bestimmten Kompetenzen zu benennen, da im Einzelfall häufig weitergehende spezielle Kenntnisse gefordert werden.

Schließlich wurde in § 8a SGB VIII auch die generelle Verpflichtung eines unzuständigen Jugendamtes aufgenommen, bei Bekanntwerden gewichtiger Anhaltspunkte das zuständige Jugendamt zu informieren (Absatz 5 n.F.) – eine Regelung, die im ersten Entwurf in § 86c enthalten war.

c. Die Bereitstellung fachlicher Expertise zum Kinderschutz (§ 8b)

aa) Beratung „jugendhilfeexterner“ Personen bei der Gefährdungseinschätzung (§ 8 Abs. 1)

Während § 8a SGB VIII dafür Sorge trägt, dass innerhalb des Jugendamts und innerhalb der Einrichtungen und Dienste freier Träger, die Leistungen nach dem SGB VIII erbringen, eine fachliche Expertise zur Gefährdungseinschätzung verfügbar ist, ist eine vergleichbare fachliche Unterstützung für andere Personen, die im Kontakt mit Kindern und Jugendlichen stehen, bisher gesetzlich nicht vorgesehen. Die Debatte um eine Verbesserung des Kinderschutzes hat gezeigt, dass viele Personen, die im Kontakt mit Kindern und Jugendlichen mit Anhaltspunkten für eine Kindeswohlgefährdung konfrontiert werden, damit überfordert sind, eine Entscheidung darüber zu treffen, was im Sinne des Kinderschutzes im Einzelfall angezeigt ist. Dies gilt unter anderem auch für die so genannten Berufsgeheimnisträger, denen unter den Maßgaben des § 4 KKG die Befugnis zur Weitergabe von Informationen an das Jugendamt erteilt wird. Diesem gesamten Personenkreis räumt nun der neue § 8b ein Recht auf Beratung bei der Einschätzung der Gefährdungssituation gegenüber dem Jugendamt ein (§ 8b Abs. 1). Damit werden die Jugendämter künftig verpflichtet, auch für diesen Personenkreis künftig einen Pool von Experten zur Gefährdungseinschätzung, die vorzugsweise bei freien Trägern angesiedelt sein sollten³⁵, zu finanzieren.

³⁴ Zum Anforderungsprofil siehe *Slüter* JAmt 2007, 515; Diakonisches Werk der EKD, Stuttgart 2008, abrufbar unter www.diakonie.de/Texte_18-2008-Fachkraft.pdf; *Moch/Junker-Moch* ZKJ 2009, 148.

³⁵ Es geht in diesem Kontext nicht um eine originäre Aufgabe der öffentlichen Jugendhilfe, sondern um die Beratung eines freien Trägers bei der Wahrnehmung seiner Aufgabe.

bb) Beratung von Trägern von Einrichtungen zur Entwicklung von Kinderschutzstandards (§ 8b Abs. 2)

Fachliche Expertise im Kinderschutz ist aber auch in einem anderen Kontext gefragt. Viele Einrichtungen verfügen noch nicht über die Expertise für die (Weiter-)Entwicklung und Anwendung fachlicher Leitlinien zum Schutz von Kindern und Jugendlichen. Ihnen räumt nun § 8b Abs. 2 einen entsprechenden Anspruch auf Beratung gegenüber dem zuständigen Landesjugendamt ein. Die Vorschrift flankiert damit die Neufassung der Voraussetzungen für die Erteilung der Betriebserlaubnis (§ 45). Gegenstand der Beratung ist die Entwicklung und Anwendung fachlicher Handlungsleitlinien zur Sicherung des Kindeswohls und zum Schutz vor Gewalt sowie zu Verfahren der Beteiligung von Kindern und Jugendlichen an strukturellen Entscheidungen in der Einrichtung sowie zu Beschwerdeverfahren in persönlichen Angelegenheiten. Im Unterschied zum Anspruch in Absatz 1 geht es hier also nicht um Expertise im (akuten) Einzelfall, sondern um Beratung in strukturellen Fragen des Kinderschutzes.

d. *Änderungen in der Heimaufsicht* (§§ 45, 47)

Die Debatte um einen besseren Kinderschutz in Einrichtungen hat die Bundesregierung auch dazu veranlasst, die Voraussetzungen für die Erteilung der Betriebserlaubnis neu zu fassen und dabei insbesondere die Beteiligung von Kindern und Jugendlichen an allen wesentlichen Entscheidungen sowie die Einführung eines Beschwerdemanagements zur Voraussetzung zu machen (§ 45). Der Katalog der anzeigepflichtigen Tatbestände in § 47 wird um „Ereignisse oder Entwicklungen, die geeignet sind, das Wohl der Kinder und Jugendlichen zu beeinträchtigen“, erweitert (§ 47 Nr. 2 n.F.).

e. *Ehrenamt und Führungszeugnis* (§ 72a)

Nachdem der Gesetzgeber bereits im Rahmen des Kinder- und Jugendhilfweiterentwicklungsgesetzes (KICK) für haupt- und nebenamtlich tätige Personen die regelmäßige Vorlage eines Führungszeugnisses zur Pflicht gemacht hat, wurde diese nun auf das inzwischen eingeführte *erweiterte Führungszeugnis* bezogen.³⁶ Nicht zuletzt Übergriffe in Sportvereinen gaben Anlass dazu, auch für ehrenamtlich tätige Personen die Zugangsschwelle zu Kindern und Jugendlichen anzuheben. Die Forderung, auch von ehrenamtlich tätigen Personen in gleicher Weise die Vorlage eines erweiterten Führungszeugnisses zu verlangen, wird von den einen als logische Konsequenz, von den anderen als Generalverdacht und als Angriff auf das Ehrenamt verstanden.³⁷ Der Gesetzgeber hat angesichts der kontrovers geführten

³⁶ Siehe dazu § 30a BZRG, der seit dem 01.05.2010 gilt.

³⁷ Siehe dazu die Stellungnahme der AGJ vom 03.08.2010: Keine gesetzliche Erweiterung des § 72a SGB VIII auf ehrenamtlich tätige Personen!; *Ehrmann ZKJ* 2010, 267.

Debatte von einer einheitlichen gesetzlichen Regelung abgesehen und die Lösung einer Vereinbarung zwischen dem örtlichen Träger der Jugendhilfe und den freien Trägern überlassen. Sie müssen sich dabei auf eine Definition der Tätigkeiten ehrenamtlicher Personen verständigen, die aufgrund von Art, Intensität und Dauer des Kontakts mit Kindern und Jugendlichen nur noch nach Einsichtnahme in das erweiterte Führungszeugnis wahrgenommen werden dürfen (§ 72a Abs. 4 n.F.).

f. Gesetzlicher Auftrag zur Qualitätsentwicklung (§§ 79, 79a)

Anknüpfend an die Forderungen nach der Entwicklung von „Kinderschutzstandards“ im Kontext der Debatte um Prävention und Intervention bei sexualisierter Gewalt hat sich die Bundesregierung dafür entschieden, das Thema „Qualitätsentwicklung“ allgemeiner in den Blick zu nehmen und die Verpflichtung zur Entwicklung von Handlungsleitlinien in allen Aufgabenbereichen der Jugendhilfe gesetzlich zu verankern. Erste Anknüpfungspunkte dafür finden sich bereits in den §§ 78a ff. und damit bei den Kriterien für den „Marktzugang“ der Anbieter stationärer Leistungen. Das Thema ist aber weit darüber hinaus für die Erfüllung aller Aufgaben – und damit sowohl für öffentliche als auch freie Träger relevant. Als Standort für eine solche Regelung wurde § 79, die „Fundamentalnorm des SGB VIII“³⁸, gewählt. Für die Konkretisierung der Grundregelung wurde ein neuer § 79a angehängt. Dieser verpflichtet die öffentlichen Träger, in allen Aufgabenbereichen die (vorhandenen) Grundsätze und Maßstäbe für die Bewertung der Qualität sowie geeignete Maßnahmen zu ihrer Gewährleistung weiter zu entwickeln, anzuwenden und regelmäßig zu überprüfen. Entsprechende Anforderungen werden künftig auch der Förderung freier Träger zugrunde gelegt (Abs. 1 Nr. 1 n.F.).

g. Sicherung der Hilfekontinuität in der Vollzeitpflege (§ 37 Abs. 2 und 2a)

Nicht zum Kinderschutz im engeren Sinn gehören die Änderungen in § 37. Das SGB VIII kennt seit dem Ersten SGB VIII-Änderungsgesetz³⁹ eine Sonderzuständigkeit für die Vollzeitpflege (§ 86 Abs. 6). Danach wechselt die örtliche Zuständigkeit vom Ort des gewöhnlichen Aufenthalts der Eltern an den des gewöhnlichen Aufenthalts der Pflegeperson, wenn ein Kind oder ein Jugendlicher zwei Jahre bei der Pflegeperson lebt und sein Verbleib bei dieser Person auf Dauer zu erwarten ist. Dabei wurde von Anfang an kontrovers diskutiert, von welchem Ort aus dem Hilfebedarf des Pflegekindes zwischen Herkunftsfamilie und Pflegefamilie am besten Rechnung getragen werden kann. Die angestrebte Hilfekontinuität geht in der Praxis durch den Zuständigkeitswechsel häufig verloren.

Im Abschlussbericht des vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend in Auftrag gegebenen Modellprojekts zur Neuordnung der örtlichen

³⁸ So Kunkel, in: LPK-SGB VIII, § 79 Rn. 3.

³⁹ G. vom 16.02.1993, BGBl. I S. 239.

Zuständigkeit hatte sich das Deutsche Institut für Jugendhilfe und Familienrecht eindeutig für eine Streichung der Sonderzuständigkeit ausgesprochen.⁴⁰ Zur Kompensation etwaiger Nachteile, die durch den Verbleib der Zuständigkeit am Wohnort der Herkunftseltern bzw. einen Wechsel der Zuständigkeit der Herkunftseltern im Hinblick auf diese Gestaltung denkbar sind, sollte der Grundsatz der Hilfekontinuität in verschiedenen Regelungen konkretisiert werden. Die im Regierungsentwurf vorgesehene Streichung der Sonderzuständigkeit ist aber im Bundestag nach der Sachverständigenanhörung wieder zurückgenommen worden. In Kraft getreten sind aber die Vorschriften zur Sicherung der Hilfekontinuität, die jedoch jetzt nur eine begrenzte Wirkung entfalten können. So wird das Jugendamt nun verpflichtet, die Beratung ortsnah sicherzustellen. Zentrale Leistungsinhalte, wie der konkrete Hilfebedarf und die Höhe der laufenden Leistungen, sind im Hilfeplan zu dokumentieren. Eine Änderung in der Leistungshöhe setzt eine Änderung des Hilfebedarfs voraus, die im Hilfeplan zu dokumentieren ist.

b. Verbesserung der Statistik zum Kinderschutz (§§ 98, 99)

Künftig werden das Verfahren zur Gefährdungseinschätzung und die gewählten Hilfealternativen auch in der Statistik der Kinder- und Jugendhilfe erfasst. Der durch das Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls⁴¹ konkretisierte Rechtsfolgenkatalog (§ 1666 Abs. 3 BGB) wird auch statistisch entsprechend abgebildet werden.

3.4 Änderungen in anderen Gesetzen

a. Schutz von Kindern und Jugendlichen mit körperlicher oder geistiger Behinderung

Der Schutzauftrag des Staates muss im Hinblick auf Kinder und Jugendliche mit körperlicher oder geistiger Behinderung auch auf Einrichtungen der Behindertenhilfe erweitert werden. Entgegen dem (überzeugenden) Vorschlag des Bundesrates, das Verfahren der Gefährdungseinschätzung nach § 8a SGB VIII auch auf Kinder und Jugendliche mit körperlicher oder geistiger Behinderung auszudehnen⁴², blieb der Bundestag bei der Lösung des Regierungsentwurfs. Danach werden die Rehabilitationsträger verpflichtet, das Beratungsangebot der Jugendämter bei den wichtigen Anhaltspunkten für eine Kindeswohlgefährdung (§ 8b Abs. 2) zum Thema in

⁴⁰ Die im Referatsentwurf vorgesehene Neufassung der Abschnitte zur örtlichen Zuständigkeit und zur Kostenerstattung wurde auf Grund der Änderungswünsche der Länder aus dem Gesetzentwurf herausgenommen und soll nach der Abstimmung mit den Ländern in einem eigenständigen Gesetzgebungsverfahren verabschiedet werden.

⁴¹ G. vom 04.07.2008, BGBl. I S. 1188.

⁴² Siehe dazu die Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drucks. 202/11(B), S. 30.

den Vereinbarungen mit den Trägern von Rehabilitationseinrichtungen zu machen (§ 21 SGB IX).

b. Änderungen im Schwangerschaftskonfliktgesetz

Schließlich enthält das Bundeskinderschutzgesetz auch Änderungen des Schwangerschaftskonfliktgesetzes. So werden die Schwangerschaftsberatungsstellen einerseits verpflichtet, in den Netzwerken zum Kinderschutz mitzuwirken (§ 4 Abs. 2 SchKG). Um aber Befürchtungen der Ratsuchenden entgegenzuwirken, die zukünftige Mitwirkung der Schwangerschaftsberatungsstellen in Netzwerken Früher Hilfen könne sich auch auf die Kooperation im Einzelfall erstrecken⁴³, wird der bereits normierte Anspruch auf Beratung künftig auf die anonyme Beratung spezifiziert (§ 2 Abs. 1 SchKG).

3.5 Zur Umsetzung des Bundeskinderschutzgesetzes

Die mit der Umsetzung des Bundeskinderschutzgesetzes verbundenen Kosten sind nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes in erster Linie von den kommunalen Gebietskörperschaften zu tragen und von den Ländern im Rahmen ihrer sog. Mehrkostenbelastungsausgleichspflicht (Konnexitätsprinzip) zu refinanzieren. Dennoch hat der Bundesrat bereits in seiner Stellungnahme der Erwartung Ausdruck gegeben, dass der Bund die infolge des Gesetzes zur Stärkung eines aktiven Schutzes von Kindern und Jugendlichen den Ländern direkt und indirekt entstehenden finanziellen Mehrbelastungen dauerhaft und vollständig ausgleicht.⁴⁴

Im Rahmen des Vermittlungsverfahrens haben sich Bund und Länder auf die dauerhafte Finanzierung der Netzwerke Früher Hilfen und der psychosozialen Unterstützung von Familien durch den Bund verständigt. Die Details sind nun im Rahmen von Verwaltungsvereinbarungen zwischen dem Bund (Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend) und den Ländern festzulegen. Dabei werden die Länder daran interessiert sein, ihre jeweils landespolitisch entwickelten Konzepte Früher Hilfen künftig mit Bundesmitteln weiterzuführen.

Im Übrigen wird die Qualität des Kinderschutzes, der zu allererst ein gesamtgesellschaftlicher Auftrag ist, vor allem von der Bereitschaft der Politik abhängen, im Verteilungskampf um die immer knappen finanziellen Mittel die Prioritäten richtig zu setzen, d.h. der Verbesserung der Rahmenbedingungen für das Aufwachsen von Kindern und Jugendlichen den Vorrang einzuräumen.

⁴³ Siehe dazu die Regierungsbegründung, BT-Drucks. 17/6256, S. 60.

⁴⁴ Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drucks. 202/11(B), S. 31 ff.

Elterliche Sorge von nicht miteinander verheirateten Eltern

Elterliche Sorge von nicht miteinander verheirateten Eltern

Daniela Goerdeler

1	Einführung.....	60
2	Verlauf der bisherigen Debatte.....	61
3	Vorzüge des Kompromissvorschlags.....	62
4	Welche Schlüsse lassen sich aus dem Forschungsbericht ziehen?	63
5	Kritik am und Detailfragen zum Kompromissmodell	65
6	Das Problem des einstweiligen Rechtsschutzes.....	67
6.1	Verfassungsrechtliche Pflicht zur Ermöglichung des einstweiligen Rechtsschutzes?.....	67
6.2	Bedürfnis für einen ergänzenden materiell-rechtlichen Anordnungsanspruch?	69
6.3	Angemessene Blockademöglichkeiten des Vaters	70
6.4	Missbrauch des Zeit- und Wissensvorsprungs durch die Mutter.....	70

1 Einführung

An die geplante Neuregelung der elterlichen Sorge von nicht miteinander verheirateten Eltern knüpfen sich viele Hoffnungen und Ängste. So viel steht bereits heute fest: Das Vorhaben eignet sich nicht für einen gesetzgeberischen Schnellschuss. Nach der Entscheidung des EGMR vom 3. Dezember 2009¹ ließ der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 21. Juli 2010² in vielen Kritikern des geltenden Rechts die Hoffnung aufkeimen, dass die durch Karlsruhe nun für verfassungswidrig erklärten kindschaftsrechtlichen Regelungen bald durch die von ihnen schon seit Langem geforderte Neuregelung abgelöst würden. Schließlich war das Thema bereits vor der Kindschaftsrechtsreform von 1998 in hohem Maße umstritten. Die damals gefundene Regelung, die 2003 bereits ein erstes Mal in Karlsruhe auf dem Prüfstand stand, hat schon von Anfang an Unmut erzeugt. Allein, das Thema ist heute nicht weniger komplex als in der Vergangenheit. Zwar ist inzwischen der Prüfauftrag an den Gesetzgeber erledigt, die Ergebnisse des Forschungsvorhabens „Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern“ liegen vor. Auch das rechtsvergleichende Wissen ist in größerem Umfang und leichter abrufbar als noch vor 15 Jahren. All das verhindert jedoch nicht, dass man über die Frage, welche Regelung im Interesse des Kindeswohls über die gemeinsame Sorge beider Elternteile entscheiden sollte, auch weiterhin aus jeweils nachvollziehbaren Gründen geteilter Meinung sein kann. Dies gilt umso mehr, als es zwar vielfach um Paare mit konfliktbehafteten Beziehungen geht, aber eben auch um Fälle, in denen das Paar schon seit Jahren zusammenlebt, womöglich schon gemeinsame Kinder hat, aber die Mutter „zur Sicherheit“ lieber alleinsorgeberechtigt bleiben möchte.

Dementsprechend mangelt es nicht an Vorschlägen. Lässt man die wenigen beiseite, bei denen es ganz offensichtlich keineswegs um das Kind geht, sondern um eine möglichst gute Machtposition als alleinerziehende Mutter bzw. um die Möglichkeit, die Ex-Partnerin schikanieren zu können, so beteuern alle glaubhaft, dass das Kindeswohl im Vordergrund steht. Nur die Konsequenzen, die daraus im Hinblick auf die Sorgerechtsregelung nicht miteinander verheirateter Eltern zu ziehen sind, werden jeweils sehr unterschiedlich bewertet.

¹ EGMR, 22028/04, Kammerurteil vom 03.12.2009, FamRZ 2010, 103.

² BVerfG 1 BvR 420/09, Beschluss vom 21.07.2010, FamRZ 2010, 1403.

2 Verlauf der bisherigen Debatte

In der Debatte um die Sorgerechtsreform bildeten sich recht schnell unter dem Einfluss der jeweiligen familienpolitischen Vorstellungen zwei Grundmodelle heraus, die frühzeitig die beiden Pole der politischen Debatte markierten. Dies ist zum einen das *Widerspruchsmodell*. Es sieht vor, dass der Vater bei geklärter Vaterschaft und Abgabe einer Erklärung zum Sorgerecht ein Mitsorgerecht erlangt, sofern nicht die Mutter innerhalb einer bestimmten Frist widerspricht, wobei über den Widerspruch das Gericht entscheiden muss. Zum anderen ist es das *Antragsmodell*, das zunächst von der Alleinsorge der Mutter ausgeht und die Herbeiführung der gemeinsamen elterlichen Sorge nur durch ein auf Antrag des Vaters einzuleitendes gerichtliches Verfahren ermöglichen will. Die Verfechter beider Modelle führen jeweils Kindeswohlerwägungen ins Feld.

In vielen verschiedenen Gesprächen fachlicher und politischer Art wurde sehr schnell deutlich, dass das persönliche Vorverständnis und ganz grundsätzliche Überzeugungen der jeweiligen Akteure eine gewichtige Rolle spielen. Es verwundert deshalb nicht, dass die Auffassungen in der Frage, was gesetzlicher Regelfall sein soll, und wer jeweils unter welchen Voraussetzungen die Initiative soll ergreifen müssen, ziemlich auseinander gehen. Die Bundesministerin der Justiz hat Ende 2010 einen *Kompromissvorschlag* gemacht. Danach hätte die Mutter bei der Geburt des Kindes zunächst das alleinige Sorgerecht. Erklärt der nicht mit der Mutter verheiratete Vater durch Abgabe einer Sorgeerklärung allerdings, dass er mit der Mutter gemeinsam die elterliche Sorge ausüben will, soll das gemeinsame Sorgerecht von Vater und Mutter entstehen, wenn die Mutter nicht innerhalb einer Frist von acht Wochen Widerspruch einlegt. Widerspricht sie der Sorgeerklärung und damit der gemeinsamen Sorge, dann hätte der Vater noch die Möglichkeit, einen Antrag beim Familiengericht zu stellen. Dieses hätte zu prüfen und danach zu entscheiden, ob das gemeinsame Sorgerecht dem Kindeswohl widerspricht oder nicht.

Die Frage nach dem geeigneten Regelungsmodell wird mithin nun schon seit einiger Zeit im politischen Raum erörtert. Eine Einigung konnte aber bislang trotz des Kompromissvorschlags nicht erzielt und ein Regierungsentwurf nicht erstellt werden. Die Befürworter einer Antragslösung können zudem offenbar ganz gut mit der Übergangslösung, die das Bundesverfassungsgericht im Beschluss vom 21. Juli 2010 getroffen hat – im Kern eine Antragslösung –, leben, auch wenn man eigentlich übereinstimmend der Auffassung ist, dass es einen über eine einstweilige Regelung hinausgehenden Handlungsbedarf gibt.

3 Vorzüge des Kompromissvorschlags

Das Kompromissmodell vermeidet einen von vielen für problematisch gehaltenen generellen Automatismus von Anfang an ab geklärter Vaterschaft, indem es zunächst der Mutter die alleinige Sorge belässt, um sodann zu differenzieren. Es trägt außerdem dem Umstand Rechnung, dass es sich im Hinblick auf die Vielfalt der Gründe für und gegen eine gemeinsame Sorge nicht anbietet, alle Sorgerechtsfälle in die Schemata „Antrag“ oder „Automatismus“ zu packen. Das Kompromissmodell sieht deshalb vor, dass ein gemeinsames Sorgerecht kraft Gesetzes nur entsteht, wenn der Vater erklärt, die Sorge mit der Mutter gemeinsam ausüben zu wollen und diese nicht fristgerecht widerspricht. Widerspricht sie und beharrt der Vater trotz des Widerstands der Mutter auf der gemeinsamen Sorge, muss er einen Antrag beim Familiengericht stellen. In Fällen, in denen ein Widerspruch der Mutter ohnehin keine Aussicht auf Erfolg hat, käme es dadurch künftig vermehrt zum gewünschten Rechtszustand einer gemeinsamen Sorge. Dies betrifft vor allem die Fälle, in denen die Mutter letztlich etwa nur deshalb lieber das alleinige Sorgerecht behalten möchte, um im Konfliktfall allein entscheiden zu können. Das Kompromissmodell enthält hier die große Chance, dem Vater, der ebenfalls Träger des Eltern-Grundrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG ist, ein konfliktträchtiges, langwieriges und aufwändiges Gerichtsverfahren zu ersparen, das zudem für den Schutz der kindlichen Interessen unnötig wäre.

Dort, wo eine gemeinsame Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht, gilt es also, eine unnötige Verzögerung bei der Herbeiführung dieses Rechtszustands zu vermeiden. Das Kompromissmodell mit seinem Automatismus bei fehlendem Widerspruch führt früher zur gemeinsamen Sorge und fördert so die Möglichkeit einer gleichberechtigten Aufgabenwahrnehmung von Mutter und Vater von einem frühen Zeitpunkt an – im Idealfall durch Abgabe übereinstimmender Sorgeerklärungen. Beim Antragsmodell ist der Anreiz, eine gemeinsame Sorgeerklärung abzugeben, hingegen gering, weil bloßes Schweigen der Mutter bereits genügt, um dafür zu sorgen, dass der Vater zunächst die Hürde eines erfolgreich durchlaufenen Gerichtsverfahrens nehmen muss.

4 Welche Schlüsse lassen sich aus dem Forschungsbericht ziehen?

Wesentliche Ergebnisse des seit Herbst 2010 vorliegenden Endberichtes zum Forschungsprojekt „Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern“³ sind:

- Bei der Entscheidung für oder gegen das gemeinsame Sorgerecht spielen nicht nur kindeswohlgetragene Gründe, sondern ganz unterschiedliche Faktoren eine Rolle.
- Von Eltern, die bei Geburt des Kindes nicht zusammengelebt haben oder keine Partnerschaft haben, werden (potenziell) kindeswohlrelevante Gründe für eine Ablehnung der gemeinsamen Sorge deutlich häufiger genannt als von Eltern, die zusammenleben und die damit die wesentlich stabileren und tragfähigeren Beziehungen haben.
- Was die elterliche Zusammenarbeit in der Erziehung des Kindes („Copa-parenting“) betrifft, so ist bei Eltern ohne Partnerschaft die Kooperation am schlechtesten. „Living-apart-together-Arrangements“ (sog. LAT-Arrangements) und erst recht nichteheliche Lebensgemeinschaften (NEL-Arrangements) finden dagegen leichter eine positive Form des Coparenting.

Die Forscherinnen schlussfolgern aus den Befunden u. a., „dass ein gemeinsames Sorgerecht, das für zusammen gemeldete Paare ab Geburt des Kindes – ggf. je nach Dauer des Zusammenlebens – eingerichtet wird, angemessen erscheint. Die generelle Zuweisung des gemeinsamen Sorgerechts dürfte für diese Elternpaare sogar zu einer Entlastung führen, da bürokratischer Aufwand entfiele.[...] Eine generelle Zuweisung des gemeinsamen Sorgerechts auch für getrennt lebende Elternpaare oder Eltern, die keine gemeinsame Partnerschaft haben, erscheint demgegenüber weniger empfehlenswert.“⁴ Weiter stellen sie fest, dass der Wunsch, allein entscheiden zu können, ein wichtiges Anliegen der unverheirateten Mütter ist, und dies obwohl im Trennungsfall eigentlich der Umgangskontakt und die Information über die Belange des Kindes oft relevanter sind als das Sorgerecht.⁵

³ Vgl. hierzu und zum Folgenden *Jurczyk/Walper*, Vorgezogener Endbericht für das Projekt „Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern“, vom 30.11.2010, abrufbar unter <http://tinyurl.com/vorgezogener-endbericht>.

⁴ Vgl. vorgezogener Endbericht (Fn. 3), S. 352 f.

⁵ A.a.O. (Fn. 3), S. 353.

Was bedeuten diese Erkenntnisse aus dem Forschungsbericht für die aktuelle Reformdebatte? Primär lässt sich dem Endbericht wie dargelegt entnehmen, dass gute Gründe dafür sprechen, danach zu differenzieren, ob die Eltern zusammenleben oder nicht. Dieser Anknüpfungspunkt, dessen Beurteilung aufgrund der Schwierigkeiten in der Sachverhaltsfeststellung in der Praxis nicht unproblematisch wäre, ist in keinem der gegenwärtig hauptsächlich diskutierten Regelungsmodelle enthalten.⁶

Aber natürlich lassen sich über diese Feststellung hinaus gute Argumente finden, die eher für das Kompromissmodell als für eine Antragslösung sprechen: Die Erkenntnis, dass die Frage des Zusammenlebens eine ganz entscheidende Rolle spielt, spricht gegen eine Antragslösung, da diese eine Berücksichtigung der konkreten Lebenssituation nicht einmal mittelbar ermöglicht: Der Vater wird danach selbst dann, wenn die – mit ihm z.B. in einer Paarbeziehung lebende – Mutter seiner Sorgeerklärung nicht widerspricht, immer auf ein Gerichtsverfahren verwiesen, solange die Mutter sich nicht zu einer gemeinsamen Sorgeerklärung durchringt. Das Kompromissmodell knüpft demgegenüber, wie bereits erwähnt, vor allem an die Fälle an, in denen die Eltern faktisch gemeinsam Verantwortung zum Wohl des Kindes übernehmen und die Mutter die gemeinsame Sorge lediglich rein vorsichtshalber nicht ermöglicht, weil „man ja nie wissen könne“. In diesen Fällen kann mit einem Ausbleiben des Widerspruchs gerechnet werden.

Demgemäß spricht auch die Vielfalt an Gründen, die gegen ein gemeinsames Sorgerecht ins Feld geführt werden, eher für das Kompromissmodell als für eine reine Antragslösung. Wie die im Rahmen des Forschungsprojekts durchgeführte Kurzbefragung von Eltern ergab, sind die Gründe gegen eine gemeinsame Sorge nämlich längst nicht alle Kindeswohlgetragen:

- Bei der Entscheidung für oder gegen das gemeinsame Sorgerecht spielen vielmehr ganz unterschiedliche Faktoren eine Rolle. Gründe, die als Risikofaktoren für das Kindeswohl definiert werden können (z.B. Sucht- und Gewaltprobleme), werden nur sehr selten genannt, nämlich zu insgesamt 13,5 %. Auch potenziell Kindeswohlrelevante Probleme in der Elternbeziehung werden nur von rund 26 % der bei Geburt zusammenlebenden Eltern, 45 % der LAT-Eltern und 65 % der Eltern ohne Partnerschaft genannt.⁷

⁶ Vgl. dazu nur Kinderrechtekommission des DFGT, Stellungnahme zur aktuellen Reformdiskussion „Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern“, ZKJ 2011, 130 ff.

⁷ A.a.O. (Fn. 3), S. 168.

- Der Wunsch, im Konfliktfall allein entscheiden zu können, gehört immerhin zu den drei wichtigsten Gründen von Frauen gegen die gemeinsame Sorge.⁸
- Darüber hinaus spielen aber auch ganz andere Gründe wie z.B. mangelnde Informiertheit der Eltern eine Rolle, gelegentlich z.B. auch die Angst vor einer finanziellen Schlechterstellung.
- Schließlich bestätigt der Forschungsbericht eine „dynamische Änderung des Geschlechterverhältnisses“ und den Wunsch der meisten Paare nach einer „Elternschaft auf Augenhöhe“ im Sinne einer gleichberechtigten Sorge die alltäglichen Belange des Kindes betreffend.⁹ Auch deshalb ist es nicht unproblematisch, das gemeinsame Sorgerecht, so wie das Antragsmodell dies vorsieht, im Ergebnis ausschließlich von der Einwilligung der Mutter abhängig zu machen und den Vater, der sich mit der fehlenden Zustimmung nicht abfinden will, ausnahmslos als Antragsteller zu Gericht zu schicken.

5 Kritik am und Detailfragen zum Kompromissmodell

Auch der Kompromissvorschlag hat bereits heftige Kritik erfahren. Stellvertretend für etliche andere seien nur zwei genannt: *Heilmann* bemängelt, dass er auf ein „Ping-Pong-Modell“ hinauslaufe, dem der Blick für das Kind verloren gegangen sei; stattdessen stehe die Zuteilung der Initiativepflicht für das familiengerichtliche Verfahren im Vordergrund.¹⁰ Die Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstags sieht in der Lösung ein „Einfallstor für unerwünschte Bürokratisierung, formale Quisquilien und rechtliche Unsicherheiten“.¹¹ Die von verschiedenen Autoren bereits ausgemachten Fragen und Probleme im Zusammenhang mit dem Kompromissvorschlag rühren zu einem Teil daher, dass ein fertiger Entwurf, der manche Befürchtung zerstreuen könnte, noch nicht vorliegt, da die Grundentscheidung für die künftige Regelung noch aussteht. Auch die Frage nach der Behandlung der „Altfälle“, also die Möglichkeit, für bereits geborene Kinder nicht miteinander verheirateter Eltern die gemeinsame Sorge auch ohne gemeinsame Sorgeerklärung zu erhalten, die der Gesetzentwurf selbstverständlich auch beantworten muss, ist deshalb noch offen.

⁸ A.a.O. (Fn. 3), S. 159 f.

⁹ A.a.O. (Fn. 3), S. 281 ff., 288.

¹⁰ *Heilmann* ZKJ Heft 5/2011, Editorial.

¹¹ Kinderrechtekommission des DFGT, Stellungnahme zur aktuellen Reformdiskussion „Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern“, ZKJ 2011, 130, 131.

Bereits klar ist:

- Auch nach dem Kompromissvorschlag muss die rechtliche Etablierung der Vaterschaft stattgefunden haben.
- Die Sorgeerklärung kann gemäß § 1626b BGB weiterhin auch schon vor der Geburt des Kindes abgegeben werden. Eine Erklärungsfrist, bis zu deren Ablauf die Sorgeerklärung abgegeben sein muss, sollte dagegen nicht vorgesehen werden. Der Vater kann auch mit Rücksicht auf die aktuelle Situation davon absehen, sich um ein gemeinsames Sorgerecht zu bemühen, ohne deshalb für alle Zukunft ausgeschlossen zu sein. Auch eine erst später angestrebte gemeinsame Sorge soll realisierbar bleiben; Maßstab ist und bleibt das Kindeswohl.
- Eine Schonfrist für die Mutter erübrigt sich, da die Widerspruchsfrist ja ohnehin frühestens ab Geburt des Kindes zu laufen beginnt.
- Der Widerspruch der Mutter muss schriftlich oder zu Protokoll der Urkundsperson beim Jugendamt eingelegt werden. Eine Begründung ist nicht erforderlich, wird aber zweckmäßig sein, auch im Hinblick auf die vom Vater zu treffende Entscheidung, ob er ein für alle belastendes gerichtliches Verfahren durchführen will.
- Das familiengerichtliche Verfahren kommt erst durch den Antrag des Vaters in Gang, der erst nach Widerspruch der Mutter zulässig ist
- Nach dem Kompromissvorschlag soll es zur gemeinsamen Sorge kommen, wenn dies dem Kindeswohl nicht widerspricht. Nach dem Beschluss des BVerfG vom 21. Juli 2010 ist bis zum Inkrafttreten einer gesetzlichen Neuregelung § 1626a des Bürgerlichen Gesetzbuches mit der Maßgabe anzuwenden, dass das Familiengericht den Eltern auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge gemeinsam überträgt, soweit zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl entspricht. Nach dem Kompromissvorschlag soll es hingegen ausreichen, dass es dem Kindeswohl nicht widerspricht. Darüber hinaus besteht kein Anlass, durch einen höheren Prüfungsmaßstab den Vater von der Mitsorge auszuschließen.
- Nach dem Kompromissvorschlag muss eine Neuregelung des Sorgerechts selbstverständlich auch den Übergang der Alleinsorge von der Mutter auf den Vater vorsehen.

- Eine Erstreckung einer Neuregelung auch auf das noch nicht geborene menschliche Leben, wie die Kinderrechtekommission des DFGT sie vorschlägt¹², empfiehlt sich nicht. Sie würde bedeuten, sich von dem „Grundprinzip“, wonach die elterliche Sorge mit der Geburt beginnt¹³, zu verabschieden, und brächte in Fällen zweifelhafter Lebensführung der werdenden Mutter viele praktische Probleme mit sich.¹⁴ Aufgrund solcher Erwägungen hat auch die Arbeitsgruppe „Famliengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls – § 1666 BGB“ in ihrem Abschlussbericht vom Sommer 2009 empfohlen, keine gesetzliche Regelung zur Anwendung des § 1666 BGB auf das ungeborene Kind zu treffen, sondern stattdessen in den Hilfskatalog des SGB VIII ein Hilfeangebot aufzunehmen, das sich ausdrücklich an schwangere Frauen und werdende Eltern richtet und das Beratung und Hilfe in der Schwangerschaft zum Gegenstand hat.¹⁵

6 Das Problem des einstweiligen Rechtsschutzes

Schwieriger sind die Detailfragen im Zusammenhang mit dem Ob und Wie einer einstweiligen Rechtsschutzmöglichkeit zu beantworten. Es stellen sich mehrere diskussionswürdige Fragen, die auch im BMJ engagiert erörtert werden.

6.1 Verfassungsrechtliche Pflicht zur Ermöglichung des einstweiligen Rechtsschutzes?

Erstens: Besteht womöglich eine *verfassungsrechtliche Pflicht*, dem Vater von Anfang an einstweiligen Rechtsschutz zu ermöglichen? Frau Dr. Fink hat unlängst verfassungsrechtliche Bedenken dagegen erhoben, dem Vater den gerichtlichen Zugang erst nach Ablauf bestimmter Fristen zu ermöglichen. Dies gelte beim Antragsmodell, soweit an eine Karenzzeit in Form etwa der Mutterschutzfrist gedacht werde. Dadurch werde er in der wichtigen Zeit nach der Geburt von z. T. existentiellen Entscheidungen ausgeschlossen, ohne eine Mitwirkungsmöglichkeit an der Entscheidungsfindung im Wege der einstweiligen Anordnung zu haben. Dies sei verfassungswidrig, weil mit dem Kindeswohl nicht vereinbar. Das Kindeswohl seinerseits soll deswegen alleiniger Maßstab der gesetzlichen Regelung sein, weil der

¹² Kinderrechtekommission des DFGT, ZKJ 2011, 130, 132 f.

¹³ So Bamberger/Roth/Veit, § 1626 BGB Rn. 7; Vennemann FamRZ 1989, 1069; vgl. auch AG Lüdenscheid FamRZ 2005, 51 f.

¹⁴ Ähnlich Staudinger/Peschel-Gutzeit (2007), § 1626 BGB Rn. 37.

¹⁵ Vgl. Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Famliengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls – § 1666 BGB“ vom 14. Juli 2009, abrufbar unter <http://tinyurl.com/AG-1666>, S. 32 ff., 34.

Gesetzgeber durch jede Regelung des Sorgerechts in das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG eingreife und solche Eingriffe ihre Rechtfertigung überhaupt nur aus dem Wächteramt des Staates, Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG, erfahren könnten. Die gleichen verfassungsrechtlichen Bedenken werden aber auch gegen den Kompromissvorschlag des Bundesministeriums der Justiz erhoben, sofern der Vater nach Abgabe der Sorgeerklärung und während des Laufs der Widerspruchsfrist nicht die Möglichkeit haben sollte, im Wege der einstweiligen Anordnung eine Beteiligung an das Sorgerecht berührenden Fragen zu erlangen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht sei es geboten, dass der Vater die Möglichkeit habe, ein Verfahren zum Erlass einer einstweiligen Anordnung einzuleiten.¹⁶

So weit, einen verfassungsrechtlichen Zwang zur Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes zu bejahen, würde ich nicht gehen. Zum einen dürfte der Gesetzgeber, wenn er regelt, unter welchen Voraussetzungen das Sorgerecht erworben wird, nicht in Ausübung des Wächteramtes handeln. Es dürfte sich vielmehr um Ausgestaltung des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG handeln. Bei der Ausgestaltung geht es darum, die Rechte aller Beteiligten in einer für sie alle zuträglichen Weise zu ordnen, weshalb das Kindeswohl nicht alleiniger Maßstab für die verfassungsrechtliche Beurteilung einer gesetzlichen Regelung oder auch Nicht-Regelung ist. Es geht also um die Rechte des Kindes, um das Elternrecht des Vaters, der in der Hoffnung, mitsorgeberechtigt zu werden, nicht vor vollendete Tatsachen gestellt werden will, und um das Elternrecht der Mutter, das durch einstweilige Anordnungen des noch nicht sorgeberechtigten Vaters tangiert wird. Eine Regelung, die dem Kindeswohl widerspräche, wäre allerdings verfassungswidrig. Nach dem Beschluss des BVerfG vom 21. Juli 2010, 1 BvR 420/09, ist es aber ausdrücklich Teil der Ausgestaltung und somit nicht Eingriff in das Elternrecht des nichtehelichen Vaters, dass das Kind zunächst rechtlich allein seiner Mutter zugeordnet wird und sie die Personensorge für das Kind erhält.¹⁷ Wird die elterliche Sorge hingegen einem Elternteil generell vorenthalten, wie dies nach dem bisherigen Rechtszustand für den Vater der Fall ist, liegt ein Eingriff vor.¹⁸

Letztlich ist es aber unerheblich, ob es sich um Ausgestaltung oder Eingriff handelt, denn beide müssen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verhältnismäßig sein. Somit wäre eine unverhältnismäßige Regelung zugleich Eingriff in das Elternrecht des nichtehelichen Vaters und ebenfalls bereits schon die Verletzung seines Elternrechts. Die Maßstäbe der Verhältnismäßigkeit lassen sich aus den früheren Entscheidungen des BVerfG entnehmen. So darf der Gesetzgeber „bei der Ausgestaltung der Rechte von Vätern nichtehelicher Kinder dem Umstand Rechnung tragen, dass nicht generell vom Bestehen einer sozialen Beziehung

¹⁶ So *Fink* ZKJ 2011, 154, 157 f.

¹⁷ A.a.O., Nr. 38.

¹⁸ A.a.O., Nr. 47.

auszugehen ist, und berücksichtigen, ob der Vater Interesse an der Entwicklung seines nichtehelichen Kindes zeigt“¹⁹. "Die gemeinsame Ausübung der Elternverantwortung setzt eine tragfähige soziale Beziehung zwischen den Eltern voraus, erfordert ein Mindestmaß an Übereinstimmung zwischen ihnen und hat sich am Kindeswohl auszurichten."²⁰

In der Zeit der Prüfung, ob eine tragfähige soziale Beziehung zwischen den Eltern sowie ein Mindestmaß an Übereinstimmung zwischen ihnen besteht, muss notwendigerweise ungewiss sein, ob die Mitsorge des Vaters dem Kindeswohl eher dienen oder eher schaden würde, denn der Widerspruch indiziert, dass die Voraussetzungen gemeinsamer elterlicher Sorge, insbesondere die tragfähige soziale Beziehung zwischen den Eltern sowie ein Mindestmaß an Übereinstimmung zwischen ihnen, womöglich nicht zu erreichen sein werden. Der Ausschluss des Vaters von wesentlichen Entscheidungen in dieser Zeit dürfte mithin nicht per se mit dem Kindeswohl unvereinbar sein. Die verfassungsrechtliche Grenze für den Gesetzgeber dürfte daher wohl auch dann nicht überschritten sein, wenn er das Sorgerecht bis zur Klärung der Voraussetzungen einer Mitsorge ganz bei der Mutter beließe.

6.2 Bedürfnis für einen ergänzenden materiell-rechtlichen Anordnungsanspruch?

Aber auch ohne die Annahme eines verfassungsrechtlichen Zwangs stellt sich – zweitens – natürlich die *Frage, ob die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes nicht gleichwohl wünschenswert ist*, und, wenn man dies bejaht, *ob es dazu einer ergänzenden Normierung eines Anordnungsanspruchs im materiellen Recht bedürfte*, damit die Gerichte – ähnlich wie das bereits das AG Bonn²¹ und das OLG Brandenburg²² auf der Basis der Übergangsregelung des BVerfG getan haben – überhaupt einstweiligen Rechtsschutz gewähren können. In diesen beiden schon entschiedenen Verfahren haben die Gerichte den Anordnungsanspruch mutmaßlich darauf gestützt, dass – so das AG Bonn – „vor dem Hintergrund der neuen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts [...] vor der Entscheidung über die Religionszugehörigkeit des Kindes zunächst zu klären [ist], ob die Eltern zukünftig die elterliche Sorge gemeinsam ausüben werden“²³, bzw. darauf, dass der Vater durch die Übergangsregelung des BVerfG einen Anspruch auf Teilübertragung der Sorge hatte. Wie verhielte es sich, wenn der Kompromissvorschlag Gesetz würde?

¹⁹ BVerfGE 92, 158, 179.

²⁰ BVerfGE 107, 150, 169.

²¹ AG Bonn – 402 F 305/10, Beschluss vom 10.09.2010.

²² OLG Brandenburg – 10 WF 187/10, FamFR 2010, 426.

²³ AG Bonn, a.a.O. (Fn. 21).

6.3 Angemessene Blockademöglichkeiten des Vaters

Geht man, was naheliegt, davon aus, dass die Mutter eigentlich nicht unnötig unumkehrbare Fakten schaffen sollte, wenn im konkreten Fall davon auszugehen ist, dass die Voraussetzungen für die gemeinsame Sorge vorliegen, so fragt sich drittens, *in welchem Umfang es angemessen ist*, dem Vater zu ermöglichen, Entscheidungen der Mutter zu „blockieren“. Bei Gefahr im Verzug muss jeder Elternteil ohnehin allein entscheiden können. Auch nicht wesentliche Entscheidungen sind unproblematisch, da die alleinsorgeberechtigte Mutter Entscheidungen des täglichen Lebens allein soll treffen können. Aber was ist mit aufschiebbaren wesentlichen Entscheidungen, mit denen der Vater nicht einverstanden ist, und welche Entscheidungen unterfallen überhaupt dieser Kategorie? Schon bei dem Fall der Taufe, den das AG Bonn zu entscheiden hatte, kann man sich trefflich streiten, ob eine Taufe „aufschiebbar“ ist. Auch stellt sich natürlich die Frage nach dem Verhältnis zwischen einstweiligem Rechtsschutz und Hauptsache.²⁴

6.4 Missbrauch des Zeit- und Wissensvorsprungs durch die Mutter

Als weiteres Problem kommt hinzu, dass die Mutter regelmäßig einen „Freischuss“ haben wird. Solange der Vater von geplanten wesentlichen, aber aufschiebbaren Maßnahmen nichts weiß, kann die Mutter problemlos bereits Fakten schaffen. Und selbst wenn er eine einstweilige Anordnung erwirkt wie im Fall des AG Bonn, bleibt eine Zuwiderhandlung sanktionslos, wenn keine Ordnungsmittel angedroht wurden.

Dies allein mag genügen, um aufzuzeigen, dass gründlich geprüft werden muss, ob und in welchem Umfang der Vater die Mutter an Entscheidungen soll hindern können, solange nicht abschließend geklärt ist, ob er nun Mitsorgeberechtigt wird oder nicht. Je mehr Mitspracherecht der Vater von Anfang an hat, desto mehr nähert sich die Lösung durch die „Blockademöglichkeit“ zugunsten des Vaters einerseits einer faktischen gemeinsamen Sorge von Anfang an an, und desto mehr besteht die Gefahr, dass der Streit um das Sorgerecht in ein ganz frühes Stadium vorverlagert wird und die Streitigkeiten im Zweifel zunehmen. Manche Mutter würde das eA-Verfahren womöglich auch als „Testballon“ für das Hauptsacheverfahren sehen, jedenfalls sofern das Gesetz den Erfolg im einstweilige Rechtschutzverfahren davon abhängig machen würde, dass zu erwarten ist, dass es zu der vom Vater gewünschten Mitsorge käme. Von der eigentlich intendierten unbürokratischen und streitvermeidenden Lösung bliebe dann ggf. wenig übrig.

²⁴ Hier ist zu beachten, dass die einstweilige Anordnung in der Regel nur zu einer zeitlich begrenzten Blockade führen kann, denn stellt der Vater nicht innerhalb der vom Gericht zu bestimmenden Dreimonatsfrist den Antrag zum Hauptsacheverfahren (auf Mitsorge), ist die einstweilige Anordnung gem. § 52 Abs. 2 FamFG aufzuheben.

Elterliche Sorge von nicht miteinander verheirateten Eltern in England und Wales

*Jens Scherpe**

1	Einleitung: Das „Problem“ nichtehelicher Vaterschaft	72
2	Erwerb von parental responsibility durch den nichtehelichen Vater in England und Wales	74
2.1	Erwerb ohne Gerichtsverfahren.....	75
2.2	Erwerb durch gerichtliche Entscheidung.....	76
2.3	Zusammenfassung und Bewertung.....	78
3	Parental responsibility für mehr als zwei Personen.....	79
4	Ausübung der parental responsibility.....	81
5	Fazit	83

* Dr. Jens M. Scherpe, MA (Cantab), MJur (Oxon), University Senior Lecturer in Law, University of Cambridge; Fellow and Tutor, Gonville and Caius College, Cambridge; Honorary Fellow, St. John's College, University of Hong Kong; Academic Door Tenant, Queen Elizabeth Building, Temple, London.

Dieser Beitrag beruht auf einem Teil eines früheren Aufsatzes (*Scherpe*, Nichteheliche Kinder, elterliche Sorge und die Europäische Menschenrechtskonvention, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (RabelsZ) 73 (2009), 935 ff.

1 Einleitung: Das „Problem“ nichtehelicher Vaterschaft

Die in Europa nahezu einzigartige Rechts- bzw. Schlechterstellung des nichtehelichen Vaters¹ im deutschen Recht ist in der Entscheidung *Zaunegger* vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) für konventionswidrig befunden worden,² und das obwohl das Bundesverfassungsgericht in einer früheren Entscheidung die entsprechenden Rechtsbestimmungen ausdrücklich für verfassungsgemäß erklärt hatte.³ Die deutliche Kritik des EGMR wird nun hoffentlich in der Bundesrepublik für die längst überfälligen Reformen sorgen. Es ist zu hoffen, dass diese Chance genutzt wird, nicht nur Flickschusterei zu betreiben, sondern das Kindschaftsrecht den tatsächlichen Lebensverhältnissen von Familien entsprechend umfassend zu modernisieren.⁴

Für die Reform des eigenen, nationalen Rechts kann oft ein Blick auf andere Rechtsordnungen ausgesprochen erhellend sein. Insbesondere die Arbeiten der *Commission on European Family Law* (CEFL)⁵ und die von ihr auf der Basis umfassender rechtsvergleichender Studien⁶ erarbeiteten „*Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*“⁷ dürften hierbei eine unschätzbare Hilfe sein und werden bei den Reformarbeiten hoffentlich erhebliche Beachtung erfahren.

Dabei ist der Ausgangspunkt bzw. die Ausgangsfrage im Grunde denkbar einfach: Entweder der nichteheliche Vater bekommt bei Geburt des Kindes automatisch die elterliche Sorge (bzw. deren nationales Äquivalent)⁸ oder eben nicht. Ein Über-

¹ Der Begriff „nichtehelicher Vater“ ist natürlich im Grunde nicht ganz korrekt, denn der Vater mag ja durchaus in einer Ehe leben – nur eben nicht mit der Kindesmutter. Da aber „nicht mit der Mutter verheirateter Vater“ als Terminus ausgesprochen umständlich ist, wird im Folgenden dennoch der – übliche – Begriff „nichtehelicher Vater“ verwendet.

² *Zaunegger v. Germany*, 03.12.2009, [2009] ECHR 1982 = (2010) 50 EHRR 38 = FamRZ 2010, 108 m. Anm. v. Henrich und Scherpe.

³ BVerfG NJW 2003, 955 (29.01.2003).

⁴ Ein weiterer Anlass dürfte und sollte die Entscheidung des EGMR vom 21.12.2010 in *Anayo v. Germany* [2010] ECHR 2083 = FamRZ 2011, 1363 sein, die das Umgangsrecht sowie die Klärung der Vaterschaft betraf.

⁵ Siehe die Webseite der CEFL, <http://www.ceflonline.net/>, insbesondere die Länderberichte zu „Parental Responsibilities“.

⁶ *Boele-Woelki/Braat/Curry-Sumner* (Hrsg.), *European Family Law in Action III: Parental Responsibilities*, Intersentia, 2005.

⁷ *Boele-Woelki/Ferrand/González Beilfuss/Jänterä-Jareborg/Lowe/Martiny/Pintens*, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Intersentia, 2007. Die Prinzipien sind in sechs Sprachen auf der in der vorigen Fn. genannten Webseite abzurufen.

⁸ Es spricht einiges dafür, in künftiger Rechtssetzung vom Begriff der „elterlichen Sorge“ und „Sorgerecht“ abzugehen und stattdessen, wie es viele Rechtsordnungen inzwischen tun, von „el-

blick über die europäischen Rechtsordnungen zeigt, dass es hierzu keine einheitliche Linie gibt.⁹ In rund der Hälfte der europäischen Rechtsordnungen bekommen Väter automatisch das Sorgerecht nach Geburt des Kindes unabhängig davon, ob sie mit der Mutter verheiratet sind oder nicht. In den anderen Rechtsordnungen müssen sich nichteheliche Väter „qualifizieren“, z.B. entweder durch eine Vereinbarung mit der Mutter oder durch ein entsprechendes Gerichtsurteil. Die Beteiligung des nichtehelichen Vaters an der elterlichen Sorge aber *ausschließlich* in das Ermessen der Mutter zu stellen, und zwar ohne die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung, wie es das deutsche Recht bislang vorsieht, stellt sich im internationalen Vergleich als Extremposition dar, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im *Zaunegger*-Urteil zu Recht gerügt hat.¹⁰

Meine persönliche Präferenz zu dieser Frage – automatisches Sorgerecht/elterliche Verantwortung für alle Eltern unabhängig von der Rechtsbeziehung der Eltern zueinander – habe ich an anderer Stelle bereits vor der *Zaunegger*-Entscheidung dargelegt.¹¹ Dieser kurze Beitrag hat das Recht von England und Wales¹² zum Gegenstand, einer Rechtsordnung, die bezüglich der Rechtsstellung des nichtehelichen Vaters der deutschen zumindest im Grundansatz ähnlich ist: kein automatisches Sorgerecht/elterliche Verantwortung für den nichtehelichen Vater. Aber – und daher sind die englischen und (damals) inhaltsgleichen schottischen Regelungen auch vom EGMR nicht beanstandet worden¹³ – der Vater hatte schon immer die Möglichkeit, das Sorgerecht/die elterliche Verantwortung auch gegen den Willen der Mutter durch ein Gerichtsverfahren zu erwerben. Daher werden im Folgenden die englischen Regelungen kurz dargestellt und kommentiert, auch wenn – wie bereits gesagt – meine persönliche Präferenz die automatische Einräumung derselben Rechtsstellung ab Geburt wäre.¹⁴ Die Grundlagen und Überlegungen für

terlicher Verantwortung“ zu sprechen. Dadurch wird schon durch den Begriff deutlich, dass es eben nicht um ein *Recht am Kind* geht, sondern um *Verantwortung für ein Kind*. Siehe dazu etwa die CEFL Principles (Fn. 7) 11, 26 ff.; *Scherpe*, Establishing and Ending Parental Responsibility – A Comparative View, in: Probert/Gilmore/Herring (Hrsg.), *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Hart Publishing, 2009, 43, 45 ff., sowie für die bewusste Änderung der Terminologie z.B. in Dänemark *Scherpe*, Das neue dänische Gesetz über elterliche Verantwortung, FamRZ 2007, 1495 f.

⁹ Principles (Fn. 7) 11, 26 ff.; *Scherpe*, Establishing (Fn. 8), 45 ff.

¹⁰ Siehe Fn. 2.

¹¹ *Scherpe* (Fn. *) 935 ff., insbes. 954 ff., sowie *Scherpe*, Establishing (Fn. 8), 43 ff.

¹² England und Wales bilden im Vereinigten Königreich eine gemeinsame Teilrechtsordnung (neben Schottland und Nordirland). Wenn im Folgenden auf „England“ verwiesen wird bzw. vom „englischen“ Recht die Rede ist, so geschieht dies nur zur sprachlichen Vereinfachung und es ist damit stets die gesamte Rechtsordnung gemeint, also England und Wales.

¹³ EGMR 24.2.1995, *McMichael v. United Kingdom* [1995] 20 EHRR 205 und 14.9.1999, *Balbontin v. United Kingdom* (Application no. 39067/97).

¹⁴ Vgl. die Nachweise in Fn. 11.

diese Regelungen und vor allem die empirische Realität in England und Wales überraschen vor dem Hintergrund der dem deutschen Recht bislang zugrundeliegenden (und vom Bundesverfassungsgericht, wenn auch mit Bedenken, akzeptierten¹⁵) Annahme, dass eine gegen den Willen der Mutter erfolgende Beteiligung des nichtehelichen Vaters *niemals* dem Kindeswohl entsprechen könne.

2 Erwerb von parental responsibility durch den nichtehelichen Vater in England und Wales

Mit dem Children Act 1989¹⁶ wurde in England das Konzept der *custody* bewusst durch das der *parental responsibility* abgelöst.¹⁷ Zwar wurde inhaltlich am zugrundeliegenden Konzept nichts Wesentliches geändert,¹⁸ aber es sollte rechtspolitisch zum Ausdruck gebracht werden, dass die Verantwortung für das Kind (und damit das Kind) im Zentrum des Kindschaftsrechtes stehen sollte und nicht ein (Sorge-)Recht der Eltern am Kind.¹⁹ Ein Konzept der *gemeinsamen* elterlichen Sorge ist dem englischen Recht freilich fremd. Nach section 2(7) CA 1989 nehmen die Inhaber der *parental responsibility* ihre Rechte und Pflichten gegenüber dem Kind grundsätzlich alleine und unabhängig voneinander wahr (siehe dazu unten 4). Darüber hinaus können auch mehr als zwei Personen *parental responsibility* für ein Kind haben (siehe dazu unten 3).

Nach section 2(1) CA 1989 haben beide Eltern ab Geburt des Kindes *parental responsibility*, sofern sie zu diesem Zeitpunkt miteinander verheiratet sind.²⁰ Sind die Eltern zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet,²¹ so

¹⁵ Siehe Fn. 1.

¹⁶ Im Folgenden „CA 1989“.

¹⁷ Zu Natur und Umfang der *parental responsibility* generell siehe etwa *Gilmore/Herring/Probert*, Introduction: Parental Responsibility – Law, Issues and Themes, in: *Probert/Herring/Gilmore* (Fn. 8), 1-20.

¹⁸ Section 3(1) CA 1989 definiert PR wie folgt:

In this Act “parental responsibility” means all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property.

¹⁹ Vgl. Fn. 8 sowie das Vorwort von *Eekelaar*, in: *Probert/Herring/Gilmore* (Fn. 8) und *ders.*, Rethinking Parental Responsibility, [2001] *Family Law* 426.

²⁰ „Where a child’s father and mother were married to each other at the time of his birth, they shall each have parental responsibility for the child“.

Nach section 2(3) CA 1989 i.V.m. section 1 Family Law Reform Act 1987 schließt dies auch solche Kinder mit ein, deren Eltern zu irgendeinem Zeitpunkt im Zeitraum zwischen Empfängnis und Geburt miteinander verheiratet waren.

²¹ Heiraten die Eltern nach der Geburt, so erwirbt der Vater ab diesem Zeitpunkt PR, sofern das Kind zu diesem Zeitpunkt noch minderjährig ist, section 2(3) CA1989, section 1(3)(b) Family Law Reform Act 1987 i.V.m. section 10 Legitimacy Act 1976.

hat nach section 2(2)(a) CA 1989 nur die Mutter automatisch *parental responsibility*, der Vater hat aber nach section 2(2)(b) die Möglichkeit, die *parental responsibility* nachträglich zu erwerben. Hierfür sind im Gesetz in section 4(1) CA 1989 drei Möglichkeiten vorgesehen. Zwei von diesen setzen die Zustimmung/Mitarbeit der Mutter voraus und sind ohne Gerichtsverfahren möglich (dazu sogleich 2.1). Die dritte Möglichkeit ist eine positive Bescheidung eines Antrages auf *parental responsibility* in Form eines gerichtlichen *parental responsibility orders* oder durch einen *residence order* (dazu unten 2.2).²²

2.1 Erwerb ohne Gerichtsverfahren

Zwei dieser in section 4 CA 1989 vorgesehenen Möglichkeiten setzen die Zustimmung der Mutter voraus: So können die Eltern zum einen nach section 4(1)(b) CA 1989 eine formelle²³ Vereinbarung treffen, dass der Vater *parental responsibility* haben soll, zum anderen kann der Vater nach section 4(1)(a) CA 1989 mit Zustimmung der Mutter²⁴ auf der Geburtsurkunde als Vater registriert werden und erhält dadurch automatisch *parental responsibility*.²⁵ Die letztere Möglichkeit ist in jüngster Zeit vom Gesetzgeber erheblich „aufgewertet“ worden, indem die Registrierung des Vaters nach Geburt des Kindes (und der damit verbundene Erwerb der *parental responsibility*) für die Mutter zwingend gemacht wurde,²⁶ wenn nicht eine der wenigen und engen Ausnahmen (z.B. Vater verstorben; Mutter kennt den Vater nicht; Vater ist nicht geschäftsfähig; Gefahr für Mutter oder Kind durch den Vater)²⁷ vorliegt.²⁸

Die Registrierung des nichtehelichen Vaters war aber bereits vor der letzten Reform der ganz überwiegende Regelfall: Rund 85% aller Väter von außerhalb der

²² Zu den diesen Regelungen zugrundeliegenden Überlegungen siehe *Lord Chancellor's Department Consultation Paper*, Procedures for The Determination of Paternity and on The Law on Parental Responsibility for Unmarried Fathers (1998).

²³ Section 4(2) und Parental Responsibility Agreements Regulation 1991, Statutory Instrument (SI) 1991/1478 (geändert durch SI 1994/3157 und SI 2005/2088).

²⁴ Sections 10, 10A Births and Deaths Registration Act 1953.

²⁵ Die Bestimmung wurde eingefügt durch section 111 Adoption and Children Act 2002. Dazu Booth, Parental responsibility – What Changes, [2003] Family Law 353; *Lord Chancellor's Department Consultation Paper* (Fn. 22).

²⁶ Section 2A Births and Deaths Registration Act 1953.

²⁷ Section 2B Births and Deaths Registration Act 1953.

²⁸ Zur Reform durch den Welfare Reform Act 2009 siehe *Harris-Short/Miles*, Family Law, Oxford University Press, 2. Aufl. 2011, S. 591 ff. mit zahlreichen Nachweisen und Exzerpten sowie *Department for School, Children and Families and Department for Work and Pensions*, Joint birth registration: recording responsibly, Command Paper (Cm) 7293, Her Majesty's Stationary Office (HMSO) 2008, abrufbar unter <http://www.dwp.gov.uk/docs/birth-registration-wp.pdf> (zuletzt abgerufen am 02.11.2011).

Ehe geborenen Kindern erhielten 2005 auf diese Weise *parental responsibility*, 2008 waren es 86%.²⁹ Diese Zahlen dürften angesichts der neuen Regelungen noch steigen.

Aber unabhängig davon, ob es zum Erwerb über die Registrierung als Vater oder aber zu dem immer seltener werdenden Fall der formellen Vereinbarung kommt, hat es in beiden Fällen jedoch zunächst die Mutter in der Hand, dem Vater *parental responsibility* zu gewähren.³⁰ Das Wohl des Kindes spielt dabei keine Rolle³¹ – der Vater kann mit Zustimmung der Mutter selbst dann *parental responsibility* erlangen, wenn dies das Kindeswohl schwer beeinträchtigen würde.

2.2 Erwerb durch gerichtliche Entscheidung

Ein nichtehelicher Vater kann *parental responsibility* auch auf dem Gerichtswege erlangen, entweder direkt in Form eines *parental responsibility order*³² oder aber als „Annex“ eines *residence order*, d.h. einer gerichtlichen Anordnung, die bestimmt, dass das Kind seinen Wohnsitz (ganz oder teilweise³³) beim Vater haben soll.³⁴ Wie bei allen Gerichtsentscheidungen, die die Erziehung oder Vermögensverwaltung des Kindes betreffen, ist bei diesen Verfahren das Kindeswohl die maßgebliche Erwägung (*paramount consideration*) des Gerichtes.³⁵ Aus der Natur der Sache ergibt sich, dass der Erwerb der *parental responsibility* durch eine gerichtliche Anordnung

²⁹ Daten aus 2005, siehe *Department for Work and Pensions*, Joint birth registration: promoting parental responsibility (Cm 7160, 2007), 37, Tabelle 1. Für 2008 siehe *Office for National Statistics*, Social Trends, No. 39 (2009), sowie *Harris-Short/Miles* (Fn. 28), 591, 662.

³⁰ Nach der jüngsten Reform hat allerdings der Vater zumindest die Möglichkeit, der Registrierungsbehörde gegenüber seine Vaterschaft zu erklären (Sections 2D(2), 10B(3) Births and Deaths Registration Act 1953) und, sollte die Mutter die Vaterschaft nicht anerkennen, auf dem Gerichtswege einen Vaterschaftstest zu erzwingen. Siehe dazu *Harris-Short/Miles* (Fn. 28), 593.

³¹ Siehe z.B. *Re X (Minors) (Care Proceedings: Parental Responsibility)* [2000] Family Law 156. Siehe auch *Douglas/Lowe*, Bromley's Family Law, Oxford University Press, 10. Aufl. 2006, S. 412 ff.; und *Wallbank*, Clause 106 of the Adoption and Children Bill: legislation for the 'good' father?, (2002) 22 Legal Studies, 288.

³² Section 4(1)(c) CA 1989; dazu *Harris-Short/Miles* (Fn. 28), 662 ff.; *Masson/Bailey-Harris/Probert*, Cretney's Principles of Family Law, Oxford University Press, 8. Aufl. 2008, S. 562 ff.; *Douglas/Lowe* (Fn. 31), 414 ff.

³³ Zu so genannten *shared residence orders* siehe *Gilmore*, Court decision-making in shared residence order cases: a critical examination, 18 (2006) Child and Family Law Quarterly (CFLQ), 478-498 und *ders.*, Contact/Shared Residence and Child Well-Being: Research Evidence and its Implications for Legal Decision-Making, 20 (2006) International Journal of Law, Policy and the Family, 344-365.

³⁴ Bei Erlass eines *residence order* zugunsten eines Vaters, der nicht Inhaber der *parental responsibility* ist, ist stets auch ein *parental responsibility order* nach section 4 CA 1989 zu erlassen: section 12(1) CA 1989.

³⁵ Section 1(1) CA 1989; zu den hierbei zu berücksichtigenden Gesichtspunkten siehe vor allem section 1(3) sowie section 1(5) CA 1989. Ausführlich dazu *Lowe/Douglas* (Fn. 31), 450 ff.

nur in denjenigen Fällen erfolgt, in denen die Mutter ihre Zustimmung (dazu oben 2.1) zur *parental responsibility* des Vaters verweigert – anderenfalls wäre ein Gerichtsverfahren nicht notwendig. Es handelt sich also stets um eine soziale Konfliktsituation, bei der die Mutter den Vater bis zu einem gewissen Grad „vom Kind ausschließen“ will, wofür es durchaus gute Gründe geben mag. Bei *parental responsibility orders* kommt daher, wie letztlich bei allen Konflikten zwischen den Eltern, den Kindeswohlerwägungen besondere Bedeutung zu. Hierzu sind u.a. in der Entscheidung *Re H (Minors) (Local Authority: Parental Rights) (No 3)*³⁶ nähere „Leitlinien“ aufgestellt worden.³⁷ So seien vor allem zu berücksichtigen:

- der Grad des *commitment* (zu dt. etwa: Engagement/Einsatz), den der Vater bisher bezüglich des Kindes gezeigt habe,
- der Grad des bestehenden *attachment* (zu dt. etwa Bindung) zwischen Kind und Vater,³⁸ sowie
- die Gründe, die der Vater vorträgt.³⁹

Schlussendlich verbleibt es trotz dieser Leitlinien aber dabei, dass das Kindeswohl ausschlaggebend für die Entscheidung über die Gewährung von *parental responsibility* ist.⁴⁰

Aus deutscher Sicht ist bemerkenswert, dass in der Praxis schon immer der weit überwiegenden Anzahl von Anträgen auf *parental responsibility* von den Gerichten stattgegeben wurde. Im Jahr 2006 wurden nur 148 von 9674 Anträgen, also nur

³⁶ [1991] Family Law 151, 158.

³⁷ Kritisch zur Praxis bei *parental responsibility orders* insbesondere *Gilmore*, Parental responsibility and the unmarried father – a new dimension to the debate, [2003] 15 CFLQ 21; siehe auch *Wallbank* (Fn. 31), 283 ff.

³⁸ In einigen Fällen, namentlich wenn die Mutter Kontakt mit dem Kind gänzlich verhindert, kann es für den Vater nahezu unmöglich sein, das erforderliche *commitment* bzw. *attachment* zu zeigen; zum Teil wird dann das Verfahren vorläufig ausgesetzt bzw. dem Vater ein Umgangsrecht eingeräumt. Vgl. etwa *Re D (a child) (IVF treatment)* [2001] EWCA Civ 230; dazu *Lowe/Douglas* (Fn. 31), 418 ff.

³⁹ Die „Gründe“ sind insbesondere dann relevant, wenn der Vater in der Vergangenheit wenig Interesse am Kind gezeigt hat.

⁴⁰ Vgl. etwa *Re RH (A Minor) (Parental Responsibility)* [1998] 1 Family Law Reports (FLR), 855. Kritisch *Gilmore* (Fn. 37).

rund 1,5%, abschlägig beschieden,⁴¹ und bei diesen wenigen Fällen handelte es sich zumeist um Fälle mit vom Vater ausgehender häuslicher Gewalt o.ä.⁴²

Das englische Recht bezieht also klar Stellung: Das Kindeswohl *gebietet* es, dem Vater auch gegen den Willen der Mutter *parental responsibility* einzuräumen, es sei denn, es sprechen im Einzelfall besondere Gründe dagegen. Diese Position steht in krassem Gegensatz zur – bisherigen – deutschen Rechtslage, dass es dem Kindeswohl *niemals* entsprechen könne, den Vater gegen den Willen der Mutter an der Kindessorge zu beteiligen. Nach der *Zaunegger*-Entscheidung des EGMR ist diese deutsche Position nicht mehr haltbar. Im Nachhinein erscheint es nachgerade absurd, dass die in das Belieben der Mutter gestellte völlige Verweigerung der Beteiligung des Vaters an der elterlichen Sorge ohne jedwede rechtliche, am Kindeswohl orientierte Überprüfung so lange Bestand hatte bzw. überhaupt jemals als rechtmäßig angesehen wurde.

2.3 Zusammenfassung und Bewertung

In England und Wales muss der nichteheliche Vater, zumindest nach der Grundkonzeption der gesetzlichen Regelungen, seine „Tauglichkeit beweisen“, um *parental responsibility* für sein Kind zu erhalten. In der Praxis ist es aber so, dass nicht nur um die 85% der nichtehelichen Väter von den Müttern der Kinder dieses „Gütesiegel“ durch Registrierung oder Vereinbarung der *parental responsibility* erhalten haben, sondern darüber hinaus hat auch die überwältigende Mehrheit (über 98%) derjenigen Väter Erfolg, die bei Gericht einen *parental responsibility order* beantragt haben, um auf diesem Wege *parental responsibility* auch gegen den Willen der Mutter zu erlangen. Insofern scheint es, dass (auch) das englische Recht den Ausnahmefall (nichtehelicher Vater erhält keine *parental responsibility*) zum gesetzlichen Regelfall erklärt hat. Aufgrund des nunmehr durch die jüngsten Reformen⁴³ noch verstärkten Drucks auf die Mutter, eine Registrierung des Vaters vorzunehmen und ihm damit auch die *parental responsibility* einzuräumen, wird die Grundkonzeption völlig ad absurdum geführt. Daher wäre es auch für das englische Recht angemessen und ehrlicher, das bislang bestehende gesetzliche Regel-Ausnahme-Verhältnis umzukehren und allen Vätern, unabhängig von ihrer rechtlichen Beziehung zur Mutter, grundsätzlich die *parental responsibility* einzuräumen und dann etwa von der heute bereits in Section 4(2A) CA 1989 vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch zu machen,

⁴¹ Judicial and Court Statistics 2006 (Cm 7273, 2007), 88, Tabelle 5.4; 676 Anträge wurden zurückgezogen (7%), in 148 Fällen (1,5%) wurde keine Anordnung getroffen und in 8702 Fällen erging ein *parental responsibility order* (90%). Die zur Verfügung stehenden Zahlen schließen neben den Anträgen von nichtehelichen Vätern auch diejenigen von Stiefeltern mit ein; letztere machen aber wohl nur einen sehr geringen Anteil an der Gesamtzahl der Anträge aus. Vgl. auch *Humphrey*, 583.

⁴² Siehe *Lowe/Douglas* (Fn. 31), 418 m.w.N.

⁴³ Dazu oben Fn. 28.

ungeeigneten Vätern aus Kindeswohlgründen die *parental responsibility* wieder zu entziehen.⁴⁴

Unbestreitbar birgt die Einräumung der *parental responsibility* für den Vater gegen den Willen der Mutter ein gewisses, im Einzelfall sicherlich oft erhebliches Konfliktpotenzial. Doch wie die englische, am Kindeswohl orientierte Rechtspraxis sehr deutlich zeigt, rechtfertigt dies nicht, wie in Deutschland bislang pauschal der Mutter das alleinige „Vetorecht“⁴⁵ einzuräumen und den Vater „ohnmächtig“⁴⁶ und im „Zustand der Rechtlosigkeit“⁴⁷ zu lassen. Probleme zwischen Mutter und Vater sind richtigerweise grundsätzlich auf der Ausübungsebene, nicht auf der Einräumungsebene zu lösen.⁴⁸ Nicht nur für den Fall des nichtehelichen Vaters, sondern für elterliche Konflikte generell sind klare und funktionierende Ausübungsregelungen für das Kindeswohl essentiell. Im Folgenden werden daher die Modalitäten der Ausübung der *parental responsibility* kurz dargestellt (siehe unten 4), doch zuvor muss auf eine bemerkenswerte Besonderheit des englischen Rechts eingegangen werden, nämlich die Möglichkeit, dass mehr als zwei Personen die volle *parental responsibility* innehaben können (dazu sogleich 3).

3 Parental responsibility für mehr als zwei Personen

Neben Finnland⁴⁹ sind England und Wales die einzige Rechtsordnung, in der mehr als zwei Personen die (volle) „elterliche Sorge“ bzw. *parental responsibility* innehaben können. Auch die *CEFL Principles* empfehlen einen solchen Grundansatz.⁵⁰ Das ist auch konsequent, wenn das zugrundeliegende Konzept Verantwortung für das Kind (und nicht Recht am Kind) ist, denn dass Verantwortung für ein Kind auch von mehr als zwei Personen übernommen werden kann und in der Praxis auch übernommen wird (und insbesondere auch von Personen, die nicht die Eltern sind) kann nicht ernstlich bestritten werden. Darüber hinaus handelt es sich auch

⁴⁴ Siehe auch *Scherpe* (Fn. *), 954 ff. Bemerkenswerterweise kann hingegen Müttern und ehelichen Vätern die *parental responsibility* nur durch Adoption des Kindes (und damit den Verlust der rechtlichen Elternstellung) entzogen werden. Siehe dazu unten bei Fn. 52.

⁴⁵ So *Lipp*, Das elterliche Sorgerecht für das nichteheliche Kind nach dem Kindschaftsrechtsreformgesetz (KindRG), FamRZ. 1998, 65 in Fn. 57; *Lüderitz/Dethloff*, Familienrecht, C.H. Beck, 28. Aufl. (2007), S. 332.

⁴⁶ Vgl. etwa MünchKommBGB/*Huber*, C.H. Beck, 4. Aufl., Band 8, 2002, § 1626a BGB, Rn. 40-42.

⁴⁷ Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstags e.V., JAmt 2005, 491.

⁴⁸ So schon *Coester*, Nichteheliche Elternschaft und Sorgerecht, FamRZ. 2007, 1139; *Staudinger/Coester* (2007), C.H. Beck, Band 4, § 1626a BGB, Rn. 8 a.E. Ebenso *Scherpe* (Fn. *), 954 ff.

⁴⁹ Dazu die Antworten zu Finnland von *Kurkio-Suonio*, in: *Boele-Woelki/Braat/Curry-Sumner* (Fn. 6), insbesondere zu Fragen 14 und 27.

⁵⁰ Siehe *Principles* (Fn. 7), insbes. S. 32 ff. und Prinzip 3:2 und S. 110 ff. und Prinzip 3:17.

um *parental* (elterlich) und nicht um *parent* (Eltern-) *responsibility*, eine Erstreckung über die Eltern hinaus ist also bereits terminologisch angelegt.

Letztlich handelt es sich also um die rechtliche Anerkennung sozialer Elternschaft, und wenn mehrere Personen für ein Kind verantwortlich sind, so ist dies zunächst einmal wohl etwas Positives, zumindest aber nichts Negatives. Überdies lässt sich durch die gewählte Terminologie auch die (freilich im englischen Recht noch nicht vorhandene) automatische *parental responsibility* für den nichtehelichen Vater ab Geburt gut begründen: Denn unabhängig von seiner „Geeignetheit“ soll sich auch der nichteheliche Vater (wie auch der eheliche Vater und die Mutter) seiner Verantwortung nicht entziehen können. Verantwortung für ein Kind sollte dauerhaft sein und unabhängig vom (Fehl-)Verhalten eines Elternteiles. Insofern ist es auch logisch, dass im englischen Recht Eltern (außer durch Adoption) die *parental responsibility* grundsätzlich nicht verlieren können. Unlogisch ist es dann aber wiederum, dass das englische Recht in section 4(2A) CA 1989 als Ausnahme für den nichtehelichen Vater die Möglichkeit des Entzuges der *parental responsibility* vorsieht. Diese Vorschrift wurde allerdings erst nachträglich eingefügt⁵¹ und soll offenbar die „Andersartigkeit“ des nichtehelichen Vaters hervorheben. Section 4(2A) CA 1989 stellt somit einen Bruch der ursprünglichen Konzeption der elterlichen Verantwortung dar.

Ein typischer Fall, der bei der Beschränkung der elterlichen Sorge in vielen Rechtsordnungen für erhebliches Konfliktpotential sorgen kann, ist die Wiederheirat eines Ehegatten nach Scheidung, bei der dann der neue Ehepartner des Ehegatten, bei dem das Kind lebt, „ein richtiger Elternteil“ werden soll, und zwar auch rechtlich. Sofern das jeweilige Recht als „Lösung“ des Konfliktes Konstruktionen wie das „kleine Sorgerecht“ etc. kennt, so bleibt dennoch Tatsache, dass der „neue“ Elternteil rechtlich betrachtet hinter dem ursprünglichen zurücksteht. Sofern aber das volle Sorgerecht erreicht werden soll, so kann dies nur geschehen, indem einem der (leiblichen) Elternteile das Sorgerecht entzogen wird – was der sozialen Situation nur selten zuträglich sein dürfte.

Das englische Recht hingegen sieht in section 4A CA 1989 vor, dass durch Vereinbarung (mit Zustimmung aller Personen, die bereits *parental responsibility* innehaben) oder auf dem Gerichtswege der Stiefelternteil ebenfalls und zusätzlich *parental responsibility* erhalten kann. Auch kann zusätzliche *parental responsibility* auf andere Weise erworben werden, so z.B. auch von denjenigen, zu deren Gunsten ein *resi-*

⁵¹ Durch section 111(4) Adoption and Children Act 2002.

dence order bezüglich des Kindes erlassen wird.⁵² Section 2(6) CA 1989 stellt ausdrücklich klar, dass der Erwerb der *parental responsibility* durch eine Person nicht dazu führt, dass eine andere Person sie verliert. Der soziale Konflikt durch die „Wegnahme“ des Sorgerechts/der *parental responsibility* wird durch diese Lösung ebenso vermieden wie eine „Herabstufung“ eines Stiefelternteils durch ein „kleines“, also de facto minderes Sorgerecht. Wie bereits eingangs ausgeführt, ist die Vorstellung eines gemeinsamen oder eines „kleinen“ Sorgerechts dem englischen Recht fremd. *Parental responsibility* ist nicht teilbar und auch nicht „gemeinsam“, entweder man (oder frau) hat sie oder nicht. Damit stellt sich natürlich die Frage, wie das englische Recht mit Konflikten bei der Ausübung der *parental responsibility* umgeht, was im Folgenden (4) kurz dargestellt wird.

4 Ausübung der *parental responsibility*

Jeder Inhaber von *parental responsibility* kann dieselbe in vollem Umfang grundsätzlich alleine ausüben, wie section 2(7) CA 1989 eindeutig klarstellt:

Where more than one person has parental responsibility for a child, each of them may act alone and without the other (or others) in meeting that responsibility; but nothing in this Part shall be taken to affect the operation of any enactment which requires the consent of more than one person in a matter affecting the child.

Als deutscher Jurist würde man angesichts des zweiten Satzes nach dem Semikolon erwarten, dass eine Vielzahl von Ausnahmen im Gesetz zu finden sind oder aber zumindest eine Generalklausel, die die Zustimmungsbedürftigkeit bei „wichtigen Entscheidungen“ vorsieht. Tatsächlich finden sich aber nur sehr wenige gesetzliche Bestimmungen, die eine Zustimmungsbedürftigkeit ausdrücklich vorsehen, so etwa bezüglich der Adoption des Kindes oder der dauerhaften Verbringung des Kindes ins Ausland.⁵³ Das englische Recht hat sich bewusst gegen solche Regelungen entschieden: Wer die *parental responsibility* tatsächlich ausübt, soll dies grundsätzlich frei und ungehindert tun können – was natürlich insbesondere demjenigen Elternteil zugutekommt, bei dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (*resident parent*). Die *Law Commission* hatte 1988 ausdrücklich festgestellt:⁵⁴

⁵² Section 12 CA 1989. Zu den weiteren Möglichkeiten des Erwerbs der *parental responsibility* siehe *Douglas/Lowe* (Fn. 31), 425.

⁵³ Für eine Übersicht siehe *Eekelaar*, *Rethinking* (Fn. 19), 426 ff.

⁵⁴ *Law Commission* (of England and Wales), *Family Law: Review of Child Law: Guardianship and Custody*, Law Com. No. 172 (1988), para. 2.10.

“Whether or not the parents are living together, a legal duty of consultation seems both unworkable and undesirable.”

Trotz (oder vielleicht gerade wegen) des eindeutigen Gesetzeswortlauts finden sich aber Urteile, die – entgegen der erklärten Absicht der Law Commission – für bestimmte Entscheidungen zumindest eine *duty to consult* vorsehen, also die Verpflichtung, die anderen Inhaber der *parental responsibility* vor diesen Entscheidungen zumindest zu informieren,⁵⁵ so z.B. für die Änderung des Namens,⁵⁶ schwerwiegende medizinische Entscheidungen oder solche hinsichtlich des Schulbesuches an sich⁵⁷ und hinsichtlich religiöser Erziehung und Beschneidung eines Jungen aus religiösen Gründen.⁵⁸ Eine Verpflichtung, nicht ohne Zustimmung anderer Inhaber der *parental responsibility* zu handeln (*duty to obtain consent*), kann aber durch die Gerichte angesichts des klaren Gesetzeswortlauts für diese Fälle (oder gar grundsätzlich für „wichtige Entscheidungen“) nicht geschaffen werden. Es verbleibt daher dabei, dass selbst bei Bestehen einer durch Richterrecht geschaffenen *duty to consult* der jeweilige Inhaber der *parental responsibility* grundsätzlich selbständig und ohne Zustimmung anderer handeln kann und darf.

Eine *duty to consult* für wichtige Entscheidungen, wie sie von der Rechtsprechung geschaffen wurde, kann aber sicherlich helfen, diejenigen Inhaber von *parental responsibility* informiert zu halten, bei denen das Kind nicht lebt (*non-resident parent*). Dies ist insbesondere im Hinblick auf section 2(8) CA 1989 sehr wichtig, die eine weitere wichtige Beschränkung der Ausübung der *parental responsibility* normiert:

The fact that a person has parental responsibility for a child shall not entitle him to act in any way which would be incompatible with any order made with respect to the child under this Act.

Bei diesen *orders* handelt es sich insbesondere um *specific issue order*⁵⁹ oder *prohibited steps order*⁶⁰ nach section 8 CA 1989. Wie alle *order* orientieren sich diese am Kindeswohl, und das Gericht kann entweder Handlungen oder Unterlassungen anord-

⁵⁵ Kritisch zur *duty to consult* insbesondere *Eekelaar*, Rethinking (Fn. 19), 426 ff. und *ders.*, Do parents have a duty to consult?, 114 (1998) Law Quarterly Review, 337.

⁵⁶ *Re PC (Change of Surname)* [1997] 2 FLR 730; *Re T (Change of Surname)* [1998] 2 FLR 20.

⁵⁷ *Re H (Parental Responsibility)* [1998] 1 FLR 855; *Re G (A Minor) (Parental Responsibility: Education)* [1994] 2 FLR 964, CA. Hierunter fallen auch die Entscheidung über die Vornahme von Impfungen, die in England nach wie vor kontrovers sind, vgl. *Re C (Welfare of Child: Immunisation)* [2003] EWCA Civ 1148 = [2003] 2 FLR 1095.

⁵⁸ *Re J (Specific Issue Orders: Child's Religious Upbringing and Circumcision)* [2000] 1 FLR 571.

⁵⁹ Anordnung einer bestimmten Handlung.

⁶⁰ Verbot einer bestimmten Handlung.

nen – oder aber, dass eine bestimmte Handlung oder Unterlassung nicht ohne Zustimmung anderer erfolgen darf. Ein gegen ein *order* verstoßendes Verhalten ist nicht nur unrechtmäßig, sondern auch *contempt of court*, was empfindliche Konsequenzen (bis hin zu Haft) haben kann.⁶¹

Erst durch das Zusammenspiel von sections 2(7) und 2(8) CA 1989 ist daher die Konzeption der unteilbaren, grundsätzlich alleine ausübbaren *parental responsibility* komplett: Denn durch die Möglichkeit, vor Gericht einen *order* zu erwirken, kann sich jeder Inhaber der *parental responsibility* gegen den Missbrauch derselben durch einen anderen absichern. Hiervon wird allerdings offenbar nur sehr wenig Gebrauch gemacht, wobei neben den damit verbundenen Kostenrisiken vor allem aber die Tatsache eine Rolle spielen dürfte, dass ein *order* nur dann ergehen wird, wenn dies dem Kindeswohl förderlich ist.⁶²

5 Fazit

Aus deutscher Sicht mutet das englische Modell zur *parental responsibility* sicherlich auf den ersten Blick etwas ungewohnt an: kein Konzept der gemeinschaftliche Sorge; *parental responsibility* für mehr als zwei Personen; nichteheliche Väter können *parental responsibility* auch gegen den Willen der Mutter erwerben. Dennoch hat dieses Modell u.a. die *Commission on European Family Law* überzeugt,⁶³ und es scheint sich auch in der Praxis zu bewähren.

Durch dieses Modell können in England neben den leiblichen Eltern auch soziale Eltern (und ggf. andere Personen) *parental responsibility* innehaben; Konfliktfälle über die Inhaberschaft der *parental responsibility*, wie sie insbesondere bei sog. Patchwork-Familienkonstellationen vorkommen können, werden so vermieden. Nun könnte man vermuten, dass die Konflikte lediglich auf die Ausübungsebene „verschoben“ werden bzw. die Zahl der Konflikte sich vervielfacht.

Für letzteres finden sich aber offenbar in England in der Praxis wenig Anhaltspunkte, und derlei Probleme werden auch in der Wissenschaft, soweit ersichtlich, nicht nachhaltig thematisiert; überdies muss auch schon rein denklogisch eine größere Zahl an Inhabern von *parental responsibility* nicht zwingend zu mehr und anderen Konflikten führen: Ob ein Kind auf eine Privatschule gehen soll oder nicht, ob es katholisch erzogen werden soll oder nicht, darauf gibt es unabhängig von der Zahl der Inhaber von *parental responsibility* immer nur zwei Antworten: ja oder nein. Es ist aber zuzugeben, dass sich u.U. die *Wahrscheinlichkeit* eines Konfliktes erhöht, wenn mehrere Personen beteiligt sind.

⁶¹ Dazu *Eady/Smith*, Arlidge, Eady and Smith on Contempt, Sweet & Maxwell, 3. Aufl. 2005 (4. Aufl. erscheint Ende 2011).

⁶² Vgl. section 1(5) CA 1989.

⁶³ Siehe Fn. 7.

Was das Argument der bloßen „Verschiebung“ des Konfliktes anbelangt, so kann dem entgegengehalten werden, dass zum einen eine angemessene Lösung von Konflikten zwischen Eltern in jeder Rechtsordnung erforderlich und eine solche auf der Ausübungsebene ohnehin besser angesiedelt ist.⁶⁴ Denn anstatt wegen potentieller oder tatsächlicher Konflikte einzelne Personen oder Personengruppen von der elterlichen Sorge bzw. Verantwortung vollständig und kategorisch auszuschließen, sind hier am Kindeswohl orientierte Entscheidungen im Einzelfall möglich. Zum anderen dürfte die durch das englische Recht vorgenommene Umkehr der Prozesslast dem Kindeswohl durchaus förderlich sein und einen Missbrauch bzw. ein Querulantum verhindern oder zumindest erschweren: Da eine Zustimmung grundsätzlich nicht erforderlich ist, muss der- bzw. diejenige den Gang zu Gericht antreten, der bzw. die mit den anstehenden Entscheidungen der die tatsächliche *parental responsibility* ausübenden Person (meist der *resident parent*) nicht einverstanden ist. Die „Hemmschwelle“ zur Intervention dürfte hier deutlich höher sein als bei einer bloßen Zustimmungsverweigerung, und ein *order* wird ohnehin nur dann ergehen, wenn er dem Kindeswohl förderlich ist. Beim „Zustimmungsmodell“, wie es in vielen Rechtsordnungen üblich ist, liegt hingegen die Prozesslast bei der Person, die zur Ersetzung der Zustimmung auf den Gerichtsweg angewiesen ist, so dass durch eine bloße Zustimmungsverweigerung wichtige Entscheidungen blockiert werden können.

Im Ergebnis ist damit für das Kind vermutlich eine größere Stabilität und Kontinuität gewährleistet. Angesichts der Regelungen zur Ausübung der *parental responsibility* erklärt sich dann auch, warum in England und Wales der Erwerb der *parental responsibility* des nicht mit der Mutter verheirateten Vaters auch gegen den Willen der Mutter bereits seit langer Zeit als unproblematisch angesehen wird.

⁶⁴ Vgl. die Nachweise in Fn. 48.

Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern

Michael Coester

1	Diskussionsstand	86
2	Kinderrechtekommission	86
3	Grundproblem	87

1 Diskussionsstand

In der Reformdiskussion der letzten neun Monate haben sich zwei Grundmodelle herausgebildet, zwischen denen der Gesetzgeber letztlich wählen muss:

- das Muttermodell, das von der originären Alleinsorge der nichtehelichen Mutter ausgeht und den Vater nach einem positiven Selektionsprozess hinzu treten lässt (deshalb auch „Selektionsmodell“ genannt¹ oder „Antragsmodell“);
- das Elternmodell, nach dem die elterliche Sorge für das Kind kraft Gesetzes grundsätzlich beiden Eltern zusteht, mit der Möglichkeit einer „Deselektion“ ungeeigneter Väter (oder auch Mütter) durch familiengerichtliche Entscheidung (auch „Widerspruchsmodell“ genannt).

Der im Frühjahr 2011 in der Presse bekannt gemachte Regierungsvorschlag² sieht eine unglückliche Kombination beider Ansätze vor und wird deshalb als zu kompliziert und bürokratisch abzulehnen sein.

2 Kinderrechtekommission

Die Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstags hat sich in dieser (auch kommissionsintern umstrittenen) Frage zu einer Kompromisslösung durchgerungen, die inzwischen auch veröffentlicht worden ist.³ Demnach soll die elterliche Sorge kraft Gesetzes zwar zunächst nur allein der Mutter zustehen; der Vater hat jedoch die Möglichkeit, durch einseitige Sorgeerklärung automatisch die Mitsorge zu erwerben. Unzuträglichkeiten der gemeinsamen Sorgeausübung sind nach den allgemein hierfür geltenden Vorschriften der §§ 1671, 1628 BGB zu lösen.

Diese Lösung ist unkompliziert und hat gegenüber dem gemeinsamen Sorgerecht kraft Gesetzes den Vorteil, dass die Väter gewissermaßen eine positive Selbstauslese vornehmen – evident ungeeignete und desinteressierte Väter werden in der Regel keine Sorgeerklärung abgeben. Eine Inanspruchnahme staatlicher Organe ist in der Regel (abgesehen von der Beurkundung der Sorgeerklärung) nicht nötig.

¹ Vgl. *Scherpe* RabelsZ 2009, 935, 954.

² Bundesministerium der Justiz, „Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern“, Fragen und Antworten (13.01.2011).

³ ZKJ 2011, 130 ff.

3 Grundproblem

Die Schwäche jedes Muttermodells liegt jedoch darin, dass der Mutter kraft Gesetzes ohne weiteres die Sorgeverantwortung zufällt, der Vater hingegen durch Antrag oder einseitige Erklärung erst seine Sorgebereitschaft kundtun muss. Dieses Konzept weicht von dem verfassungsrechtlich vorgegebenen Grundmodell ab: Nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG obliegen das „natürliche Recht“ und die damit verbundene Elternverantwortung für jedes Kind (unabhängig von seiner Geburt in oder außerhalb einer Ehe) grundsätzlich beiden Eltern gleichermaßen. Eine Fortschreibung dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe würde zum grundsätzlich gemeinsamen Sorgerecht beider Eltern kraft Gesetzes führen, vorbehaltlich einer Korrektur im Lichte des Kindeswohls. Ein genereller Ausschluss der Väter vorbehaltlich einer Zulassung im Einzelfall bedürfte einer Rechtfertigung aus Gründen des Kindeswohls – auch im Lichte von Art. 3 GG.

Dieser Kritik hat *Fink*⁴ kürzlich entgegengehalten, dass Mütter und Väter nach dem Muttermodell nicht unterschiedlich, sondern gleich behandelt würden: Die Mütter hätten ihre Bereitschaft zur Übernahme der Sorgeverantwortung durch Austragen des Kindes und durch Nichtfreigabe des Kindes zur Adoption kundgetan, während bei der Geburt des Kindes von Vaterseite eine entsprechende Äußerung fehle. Mit der Obliegenheit, seine Verantwortungsbereitschaft durch Sorgeerklärung oder Antrag beim Familiengericht ausdrücklich zu erklären, werde der Vater der Mutter letztlich nur gleichgestellt.

Diese Auffassung kann letztlich nicht überzeugen: Das bloße Geschehenlassen des biologischen Vorgangs durch die Mutter kann kaum als Indiz für ihre positive Sorgebereitschaft, geschweige denn Sorgeeignung genommen werden.

Auch das Bundesverfassungsgericht geht in seiner Entscheidung von 2010⁵ davon aus, dass nach geltendem Recht (wie auch jedem Muttermodell) die Sorgebereitschaft des Vaters Voraussetzung für seine rechtliche Verantwortungsübernahme sei, während die Mutter ohne Rücksicht auf ihre Bereitschaft vom Moment der Geburt an kraft Gesetzes in Pflicht genommen werde. Hieraus zieht das BVerfG an zweierlei Stellen seines Beschlusses Konsequenzen:

- Begehrt der nichteheliche Vater die Übernahme der Alleinsorge anstelle der Mutter (§ 1672 BGB), so müsse zum Schutze der Mutter eine erhöhte Eingriffsschwelle in ihr Sorgerecht gelten, da sie ohne Rücksicht auf ihren Willen vom Moment der Geburt an die Sorgeverantwortung übernehmen musste.⁶
- Desweiteren müsse im Hinblick auf die Gleichberechtigung der Eltern im künftigen Recht erwogen werden, ob nicht auch der Mutter beim Famili-

⁴ ZKJ 2011, 154, 155.

⁵ FamRZ 2010, 1403 ff.

⁶ BVerfG a.a.O. Rn. 66.

engericht ein Antragsrecht auf Übernahme der Mitsorge durch den (insoweit unwilligen) Vater einzuräumen sei.⁷

Diese Versuche des BVerfG, der sorgerechtlichen Ungleichheit zwischen Müttern und Vätern Rechnung zu tragen, sind gut gemeint, aber kaum effektiv – insbesondere wird es kaum eine nennenswerte Zahl von Mütteranträgen auf Einbeziehung unwilliger Väter geben (die unterhaltsrechtliche, erbrechtliche und umgangsrechtliche Inpflichtnahme des Vaters besteht ohne Rücksicht auf sein Sorgerecht). Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts sind aber gleichwohl hochinteressant, belegen sie doch die naheliegende Möglichkeit, dass offenbar nicht alle objektiv sorgegeeigneten Väter auch *bereit* sind, in die Sorgeverantwortung einzurücken. Das bedeutet aber, dass es Vätern – im Gegensatz zu Müttern – im geltenden Recht (wie nach allen Muttermodellen) ohne Rücksicht auf ihre Sorgeeignung freisteht, die ihnen verfassungsrechtlich zugewiesene Elternverantwortung nicht in eine familienrechtliche Sorgeverantwortung übergehen zu lassen – und damit letztlich auch die verfassungsrechtlich zugewiesene Elternverantwortung praktisch leerlaufen zu lassen. Dies befremdet schon vom Grundansatz her, und es bleibt völlig offen, wie diese Gesetzeslage mit dem im Jahre 2008 vom BVerfG formulierten Recht des Kindes auf wahrgenommene elterliche Sorgeverantwortung zu vereinbaren wäre – ein Kindesrecht, das sich sowohl gegen den Staat als auch gegen die Eltern selbst richtet.⁸ Das BVerfG sieht diese Problematik durchaus⁹, überlässt aber die Wahl des künftigen Sorgerechtsmodells (zunächst?) dem Gesetzgeber.

Man könnte nun argumentieren, dass sich die unterschiedliche Behandlung von Müttern und Vätern „aus der Natur der Sache“ ergebe. Insoweit könnte auf biologische, psychologische und kulturelle Unterschiede zwischen Mann und Frau hingewiesen werden, die tendenziell zu einer größeren „Kindesnähe“ der Mütter und einer vergleichsweise größeren „Kindesferne“ der Väter hinausliefen. Aber selbst wenn man einmal von der (über einen engen Kernbereich hinaus) ungesicherten tatsächlichen und wissenschaftlichen Basis solcher Vorstellungen sowie von einem offensichtlichen Rollenwandel der Geschlechter in der Gegenwart absieht, könnten sie doch immer nur *Tendenzen* bezeichnen, die im Einzelfall belegt werden müssten. Ein Sorgerechtsmodell, das zunächst pauschal alle Väter von der Sorgeverantwortung ausschließt und sie erst im Einzelfall nach Positivauslese zur (Mit-)Sorge zulässt, kann damit nicht gerechtfertigt werden. Dies belegen auch eindrucksvoll die

⁷ BVerfG a.a.O. Rn. 69.

⁸ BVerfG FamRZ 2008, 845 ff., Rn. 72.

⁹ FamRZ 2010, 1403 ff., Rn. 44.

rechtstatsächlichen Erhebungen der letzten Jahre:¹⁰ Demnach sind gegenwärtig schon ca. 51 % der nichtehelichen Väter kraft Sorgeerklärung mitsorgeberechtigt; zu diesem Prozentsatz sind weitere Vätergruppen hinzuzurechnen:

- solche in harmonischer, aber rechtsferner Familiengemeinschaft mit Mutter und Kind;¹¹
- sorgegeeignete, aber von der Mutter abgeblockte Väter;
- von vornherein resignierende Väter.

Geht man demnach in vorsichtiger Schätzung davon aus, dass in unserer heutigen Gesellschaft jedenfalls etwa 70 % aller nichtehelichen Väter sorgegeeignet sind, so erweist sich die grundsätzliche gesetzliche Zuweisung der Sorgeverantwortung auch an die Väter als sachrichtig für die Mehrzahl der Fälle! Für eine generelle Entrechtung, vorbehaltlich einer positiven Korrektur im Einzelfall („Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“), fehlt es mit der tatsächlichen gleichzeitig auch an einer rechtlichen Rechtfertigung für alle Lösungsansätze, die vom Muttermodell ausgehen. Das demnach jedenfalls auf längere Sicht alternativlose Elternmodell im Familienrecht spiegelt in ungezwungener Weise die verfassungsrechtlichen Vorgaben aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG wider – die verfassungsrechtliche Verantwortung grundsätzlich beider Eltern für ihr Kind wird in einfachrechtlich strukturierte Sorgeverantwortung umgesetzt. Notwendige Änderungen im Lichte des Kindeswohls können dem einheitlichen Korrekturmechanismus des § 1671 BGB unterworfen werden, der für Sorgerechtskonflikte aller bislang gemeinsam sorgeberechtigten Eltern gilt. Die bisherige Sonderregel des § 1672 BGB würde ersatzlos wegfallen: Hat ein Elternteil (nach einer Entscheidung gemäß § 1671 BGB) das alleinige Sorgerecht und begehrt der andere Elternteil die Übertragung auf sich, wäre allein § 1696 Abs. 1 BGB einschlägig. Schließlich könnte auch die Sonderbehandlung des nichtehelichen Vaters in allen Situationen wegfallen, in denen die bisher kraft Gesetzes allein sorgeberechtigte Mutter als Sorgeberechtigte ausfällt (§§ 1678-1681 BGB).

¹⁰ Statistisches Bundesamt 2009, Statistisches Jahrbuch 2009, Tab. 2.23; *Jurczyk/Walper*, Gemeinsame Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern (Forschungsbericht, Endbericht vom 30.11.2010), insbesondere S. 345 (62 % aller Eltern mit Sorgeerklärungen).

¹¹ Vgl. BT-Drucks. 16/10047, S. 11 ff.

Der Umgang mit dem Umgangsboykott

Der Umgang mit dem Umgangsboykott und das gefährdete Kindeswohl aus psychologischer Sicht

*Jörg Fichtner**

1	Die Bedeutung des Umgangs aus empirischer Sicht	94
2	Eltern im Umgangskonflikt	98
3	Maßnahmen zur Verhinderung von Kontaktabbrüchen	100

* Dipl.-Psych. Dr. Jörg *Fichtner* ist psychologischer Sachverständiger und stellvertretender Leiter der GWG-Familienrecht. Er leitete das DJI-Praxisprojekt „Kinderschutz bei hochstrittiger Elternschaft“ und arbeitet auch als Familienberater und Mediator. Für Anregungen und Korrekturen dankt er Frau Anja *Narr*.

Aus psychologischer Perspektive ließen sich die Veränderungen im Bürgerlichen Gesetzbuch hin zum heutigen Umgangsrecht vielleicht so beschreiben: „Wo väterliche Gewalt war, muss kindliches Umgangsrecht werden.“ Mit der Kindschaftsrechtsreform schienen die Grundsätze elterlicher Sorge des BGB endgültig vom Kopf auf die Beine gestellt, die *patria potestas* vollends durch eine Orientierung an den Kindern und deren Bedürfnissen ersetzt. Zwar war bereits mit der Einführung des BGB zur vorletzten Jahrhundertwende im § 1626 von gemeinsamer elterlicher Gewalt die Rede und auch eine Fürsorgeintention des neuen Gesetzeswerks zumindest für Juristen offensichtlich, aber noch bis 1958 wurde nur ein Paragraph später im § 1627 BGB der Vater zum primären Inhaber dieser reichlich gewaltig formulierten Elternrechte erklärt. Erst in den folgenden Jahren erfolgte schrittweise deren Umbau in eine gemeinsame elterliche Sorge zum Wohle des Kindes. Mit der Kindschaftsrechtsreform platzierte der Gesetzgeber fast 100 Jahre nach dem Inkrafttreten des BGB schließlich eine Regelvermutung an prominenter Stelle, die den kindlichen Bedürfnissen angesichts wachsender Scheidungszahlen wie auf den Leib geschrieben schien: Das Umgangsrecht des Kindes, insbesondere zu den getrennten Eltern, aber auch zu sonstigen sozialen Bezugspersonen wurde jetzt im § 1626 BGB zum Grundsatz elterlicher Sorge, da es – so die Überzeugung des Gesetzgebers – in der Regel dem Kindeswohl dient und – zumindest an dieser Stelle – nicht primär als Recht der Eltern, d.h. in der Regel des getrenntlebenden Vaters, zu verstehen ist.

1 Die Bedeutung des Umgangs aus empirischer Sicht

Diese Vermutung über kindliches Wohlbefinden und Kontakterhalt nach der Trennung der Eltern hatte sich auch aus psychologischen Untersuchungen hinreichend bestätigen lassen. Zum Beispiel hatten die Forschungsarbeiten von *Paul Amato*, dem sicher renommiertesten Sammler und Auswerter von einschlägigen Studien, gezeigt, dass es vor allem fünf Faktoren sind, die die kindlichen Belastungen nach einer Elterntrennung mitprägen: Fortwährende Konflikte und Spannungen zwischen den Eltern, verringerte Erziehungsqualität der höher belasteten Eltern, eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation, die Anpassung an weitere Veränderungen und eben der verringerte Kontakt zum getrennt lebenden Elternteil.¹ Somit machte es durchaus Sinn, die Kontakterhaltung zum Recht des Kindes zu erklären, wie aber auch die Konfliktreduzierung oder ein möglichst hoher Beitrag beider Eltern zur wirtschaftlichen Situation aus Sicht des Kindeswohls sinnvoll erscheinen. Umgekehrt äußerte der kaum weniger renommierte Familienrechtler Dieter Schwab damals schon die Befürchtung, dass in den neu-

¹ *Amato* (2001), Children of divorce in the 1990s: An update of the Amato and Keith (1991) meta-analysis. *Journal of Family Psychology*, 15(3), 355-370.

formulierten Grundsätzen elterlicher Erziehung aus politisch-moralisierenden Gründen originäre Interessen von getrenntlebenden Eltern durch scheinbare Kinderrechte kaschiert würden.² Und prompt wurde die Durchsetzung des Umgangs in jener Zeit dann als so zentral betrachtet, dass von einigen Autoren selbst eine Internierung von umgangsrenitenten Kindern in Umerziehungslager erwogen wurde, um dem Kind zu seinem Wohl zu verhelfen.³

Dabei kommen etwas distanziertere Betrachtungsweisen, wie etwa durch den deutschen Psychologen *Heinz Kindler*,⁴ bei einer nüchternen Durchsicht von Forschungsarbeiten zum Umgang zu dem Schluss, dass empirische Evidenz und politische Grundüberzeugung nicht ohne weiteres in eins fallen: Einen regelhaft positiven Effekt von Umgangskontakten auf das kindliche Wohlbefinden auch in Studien nachzuweisen, ist gar nicht so einfach. Entsprechende Forschungsarbeiten tun sich in der Regel schwer, zeigen meist nur geringe positive Auswirkungen der Kontakte auf die Kinder auf. So ist davon auszugehen, dass bei einem guten Kontakt und verantwortlicher Erziehungshaltung der Eltern auch positive Auswirkungen nachweisbar sind, bei fortbestehenden Konflikten aber meist nicht. Empirisch ist dies als Hinweis auf kontextsensitive Zusammenhänge zu werten, d.h. dass die gewünschten positiven Auswirkungen stark durch weitere Aspekte der individuellen Familie beeinflusst sind.⁵

Gleichwohl scheint die Frage des Umgangs und dessen Durchsetzung nach der Kindschaftsrechtsreform zum so zentralen Thema geworden zu sein, dass flankierend zum FamFG jetzt im wenige Jahre zuvor veränderten BGB nochmals in Umgangssachen nachgebessert wurde: Im § 1684 BGB, der ohnehin seit der Kindschaftsrechtsreform den begleiteten Umgang zu einer wichtigen Maßnahme der Realisierung von Umgangskontakten auch bei problematischen Konstellationen machte, wurden zusätzlich Wohlverhaltensbedingungen und eine recht niedrige Schwelle für Eingriffe in das Umgangsrecht formuliert. Dass dies nicht allein der juristischen Brisanz der Thematik geschuldet sein muss, lässt sich aus der empirischen Bedeutung von juristischen Auseinandersetzungen zum Thema ermessen. So zeigen auch die neuesten Gerichtsstatistiken, dass Umgangsstreitigkeiten nur ungefähr 2 % aller Verfahrensgegenstände von familiengerichtlichen Auseinandersetzungen im Jahr 2010 darstellen.⁶ Zum anderen weist der – zugegeben etwas grobe

² *Schwab* (1997), Wandlungen der „gemeinsamen elterlichen Sorge“, in: von Schilken/Becker-Eberhard/Gerhardt (Hrsg.), Festschrift für Hans Friedhelm Gaul (S. 717-728). Bielefeld: Gieseking.

³ *Jopt/Behrend* (2000), Das Parental Alienation Syndrome (PAS) – Ein Zwei-Phasen-Modell. Zentralblatt für Jugendrecht (87), 223-231 und 258-271.

⁴ *Kindler*, Umgang und Kindeswohl, ZKJ 2009, 110.

⁵ *Kindler/Fichtner*, Die gemeinsame elterliche Sorge aus der Sicht der Bindungs- und Scheidungsforschung, FPR 2008, 139.

⁶ Statistisches Bundesamt (2011). Rechtspflege, Familiengerichte, 2010. Fachserie 10 Reihe 2.2. Wiesbaden: Statistisches Bundesamt.

– Vergleich zwischen familiären Trennungen und Gerichtsstatistik für das Jahr 2005 darauf hin, dass mindestens zwei Drittel aller Eltern ohne jegliches Umgangsverfahren eine elterliche Scheidung oder Trennung bewältigen und irgendwie die Umgangsfragen einvernehmlich regeln. In einem großen Teil der übrigen Fälle kann das Umgangsverfahren in einem halben Jahr abgeschlossen werden. Allerdings dauert in 7 % der Fälle ein solches Verfahren länger als ein Jahr, was sowohl für die beteiligten Kinder als auch die betroffenen Eltern als enorme Belastung zu werten ist. Mutmaßlich sind dies die Fälle, in denen von Hochkonflikthaftigkeit der Eltern auszugehen ist.⁷ Und selbst wenn diese Zahl sich relativ zur Gesamtzahl von Trennungsfamilien gering ausnimmt, wären von solchen Streitigkeiten immerhin 7 % aller Kinder und damit gut 10.000 Kinder pro Jahr betroffen.⁸ Darüber hinaus zeigen Untersuchungen, dass rund 20 % aller Kinder Kontakte zum getrennt lebenden Elternteil in den ersten zwei Jahren nach der Trennung verlieren⁹. In einer neueren Untersuchung des Deutschen Jugendinstituts (DJI)¹⁰ wurden bundesweit Eltern an Trennungsberatungsstellen befragt, wie häufig Umgangskontakte stattfinden: Gut die Hälfte von ihnen berichteten von regelmäßigen Umgangskontakten zwischen dem Kind und getrenntem Elternteil, ein weiteres Viertel berichtete von unregelmäßigen Kontakten. Jeder sechste befragte Elternteil gab an, dass nie Kontakte stattgefunden hätten oder Kontakte irgendwann abgebrochen seien.

Gerichtlich relevant werden die Familien mit Kontaktabbrüchen oder Unstimmigkeiten über Umgangsregelung selbstverständlich erst dann, wenn ein Elternteil – und zwar bis auf wenige auch öffentlich diskutierte Ausnahmen der umgangsbegehrende – einen entsprechenden Antrag stellt. In einer Untersuchung des Staatsinstituts für Frühpädagogik in München (IFP), die sich mit der Situation des Begleiteten Umgangs nach der Kindschaftsrechtsreform auseinandersetzte, wurden Familienrichter bundesweit u.a. danach befragt, wie sie mit der Umgangsverweigerung von Kindern umgehen und welche Rolle dabei das Alter und die Art der Willensäußerung spielen. Hierbei gaben über drei Viertel der befragten Richter an, dass sie eine solche Kontaktablehnung seitens der Kinder dann in ihren Beschlüssen hinnehmen würden, wenn diese bereits das 10. Lebensjahr vollendet hätten und der Wille der eigene Wille scheint. Immerhin 60 % erklärten, den ablehnenden Kindeswillen selbst dann hinzunehmen, wenn dieser Wille den objektiven Bedürf-

⁷ Zu Hochkonflikthaftigkeit vgl. u.a. *Fichtner/Halatcheva/Sandner* (2011). Diagnostik von hochkonflikthaften Eltern, in: Walper/Fichtner/Normann (Hrsg.), *Hochkonfliktvolle Trennungsfamilien* (S. 39-54). Weinheim: Juventa.

⁸ Bundesministerium für Justiz (2006): Sonderauswertung zur Familiengerichtsstatistik 2005.

⁹ *Proksch* (2002), Rechtstatsächliche Untersuchung zur Reform des Kindschaftsrechts. Köln: Bundesanzeiger Verlag.

¹⁰ *Fichtner* (2010), Auswertung der quantitativen Befragung von 158 Eltern in Beratung, in: *Fichtner/ Dietrich/Halatcheva/Hermann/Sandner* (Hrsg.), *Kinderschutz bei hochstrittiger Elternschaft – Wissenschaftlicher Abschlussbericht* (S. 32-83). München: DJI.

nissen entgegenzustehen scheint, falls das Kind bereits 15 Jahre oder älter ist. Auch äußerte sich die Mehrheit der Richter in dieser Untersuchung sehr verhalten optimistisch in Bezug auf die Wirkung von Zwangsmaßnahmen gegenüber dem betreuenden Elternteil. Aktuellere Zahlen hierzu liegen nicht vor, allerdings dürfte das Dilemma für die Familiengerichte mit dem FamFG kaum geringer geworden sein. Neben der eher verstärkten Betonung der Bedeutung von Umgangskontakten und der Einführung von Ordnungsmitteln auf der einen Seite, ist z.B. mit dem § 159 FamFG auf der anderen Seite ja durchaus eine Stärkung der Subjektposition des Kindes im Verfahren einhergegangen, die dessen Willen nur schwer umgehen lässt.

Und auch die in den Zeiten der Kindschaftsrechtsreform noch sehr virulente Diskussion um das so genannte Elterliche-Entfremdungs-Syndrom PAS erscheint heute doch erheblich relativiert. Inzwischen konzedieren auch einstmals vehemente Vertreter des PAS, dass neben dem unheilvollen Einfluss des betreuenden Elternteils auch schlechte Erziehungseignungen des Umgangsbegehrenden oder schlicht der Versuch des Kindes, dem elterlichen Dauerkonflikt zu entkommen, eine wesentliche Rolle spielen.¹¹ Darauf hatten aber im Grunde auch schon längst internationale Befunde aufmerksam gemacht, insbesondere eine umfangreiche Untersuchung der amerikanischen Scheidungsforscherin *Janet Johnston*, die genau neben solchen Beeinflussungen auch Trennungsängste des Kindes oder verringerte Kontaktfähigkeit des getrenntlebenden Elternteils nachwies.¹² In einer älteren Studie und lange vor den PAS-Auseinandersetzungen hier in Deutschland nannte sie bereits sechs wesentliche Motive von Kindern für Kontaktablehnungen: Trennungsängste vor allem von Kleinkindern gegenüber der Hauptbindungsperson, Parteinahme des Kindes für einen Elternteil, Wunsch nach Abschirmung gegenüber einem anhaltenden Elternkonflikt, zwanghaft-fürsorgliches Beziehungsmuster des Kindes gegenüber dem hauptsächlich betreuenden Elternteil, Wunsch nach Vermeidung erneuter traumatischer Erlebnisse, Spirale von Ablehnung und Gegenablehnung zwischen Kind und umgangsberechtigtem Elternteil.¹³ Ebenfalls schon früh zeigte auch die amerikanische Scheidungsforscherin *Joan Kelly* vielfältige Einflussfaktoren auf die Reaktion des Kindes auf, zu denen sowohl Entwicklungsstand und Anlagen des Kindes und insbesondere dessen Sichtweisen auf die elterlichen Konflikte als auch viele Reaktionen der beiden Elternteile sowie der sonsti-

¹¹ *Behrend* (2010), Kindliche Kontaktverweigerung (Umgangsverweigerung) aus psychologischer Sicht. Entwurf einer Typologie. Saarbrücken: Südwestdeutscher Verlag für Hochschulschriften.

¹² *Johnston* (2003), Parental Alignments and Rejection: An Empirical Study of Alienation in Children of Divorce. *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* (31), 158-170.

¹³ *Johnston* (1993), Children of Divorce Who Refuse Visitation. In *Depner/Bray* (Eds.), *Nonresidential Parenting*. Newbury Park: Sage, 109-135.

gen Familie und des sozialen Umfeldes zählten.¹⁴ All dies erhöht erfreulicherweise die Differenziertheit der Sicht auf kindliche Kontaktablehnung, allerdings damit auch die Komplexität und führt nicht unmittelbar zu einfachen Lösungen.

Nicht zu einfachen, aber immerhin zu Lösungen könnte gerade im sich zunehmend psychosozial öffnenden Familienrecht allerdings durchaus die Forschungsarbeit der deutschen Scheidungsforscherin *Sabine Walper* führen. Diese zeigte, nicht zuletzt in ihrem Vortrag vor dem 16. Deutschen Familiengerichtstag, dass die gesetzliche Regelvermutung insbesondere vor dem Hintergrund erheblicher Elternkonflikte und von elterlichem Koalitionsdruck auf das Kind einer Relativierung bedarf. In ihrer Untersuchung fanden sich vielfach Zusammenhänge dergestalt, dass häufige Umgangskontakte dann tatsächlich dem Wohl des Kindes und spezifischer gemessener Faktoren des Kindeswohls dienten, wenn nur wenig Loyalitätsdruck oder am besten gar keiner auf das Kind ausgeübt wird, und bestätigten damit die Regelvermutung. Ihre Untersuchungsergebnisse zeigten aber auch, dass sich bei hohem Loyalitätsdruck auf das Kind häufig der umgekehrte Effekt einstellte, die grundsätzlich positiven Effekte von häufigen Kontakten, wie zum Beispiel ein größeres Selbstwertempfinden des Kindes, sich im ungünstigen Fall gerade umkehren. Häufige Kontakte führen dann sogar zu einem erniedrigten Selbstwertgefühl.¹⁵ Aus dieser Sicht würde eine Kontaktablehnung bei solchen Konstellationen den objektiven Bedürfnissen des Kindes, zumindest im Hinblick auf sein Selbstwerterleben, entsprechen. Umgekehrt verweist das Ergebnis daraufhin, dass eine Einrichtung kindeswohldienlicher Kontakte gerade in solchen Fällen auch mit Maßnahmen zur Reduktion elterlicher Konflikte verbunden sein muss.

2 Eltern im Umgangskonflikt

Es verwundert kaum, dass elterliche Einschätzungen des Kindes durchaus mit der Position der Eltern im Umgangsstreit zusammenzuhängen scheinen. In der bereits ausgeführten Untersuchung des DJI¹⁶ fand sich, dass Eltern, die von Umgangsproblemen berichten, gleichzeitig häufiger so genannte internalisierende, d.h. nach innen gerichtete, Probleme ihrer Kinder angeben, wobei der umgangsberechtigte Elternteil dies nochmals deutlich stärker tat als der umgangsverpflichtete. Hinsichtlich externalisierender, also nach außen gerichteter, Störungen ergab sich dagegen genau das umgekehrte Bild, dass nämlich Eltern, die Kinder bei sich hatten und bei

¹⁴ *Kelly/Johnston* (2001), The alienated child. A reformulation of parental alienation syndrome. *Family Court Review*, 39(3), 249-266.

¹⁵ *Walper* (2006), Das Umgangsrecht im Spiegel psychologischer Forschung, in: Kirchhof/Pfeiffer/Rixe/Walper (Hrsg.), Band 14: Sechzehnter Deutscher Familiengerichtstag (S. 23-42). Bielefeld: Gieseking.

¹⁶ *Fichtner* (2010), Auswertung der quantitativen Befragung von 158 Eltern in Beratung, in: Fichtner/Dietrich/Halatcheva/Hermann/Sandner (Hrsg.), Kinderschutz bei hochstrittiger Elternschaft – Wissenschaftlicher Abschlussbericht (S. 32-83). München: DJI.

denen regelmäßig Umgangskontakte stattfanden, mehr von solchen Störungen berichteten. Betrachtet man schließlich die Gesamtzahl der Störungen und Probleme der Kinder, ergab sich damit das verwirrende Ergebnis, dass aus Sicht der betreuenden Elternteile häufige Umgangskontakte und aus Sicht der umgangsbegehrenden Elternteile seltene oder gar keine Umgangskontakte mit Belastungen der Kinder verbunden sind. Dies spricht dafür, dass längst nicht nur das objektive Befinden der Kinder, sondern auch das sehr subjektive der Eltern stark in diese Fragen mit hinein spielt.

In der DJI-Studie wurden deswegen auch verschiedene Merkmale dieser vier Elterngruppen (Umgangsberechtigte vs. betreuende bzw. regelmäßiger Umgang vs. Umgangsprobleme) untersucht, wobei sich zeigte, dass Eltern mit Umgangsproblemen deutlich geringere Offenheit für Erfahrung aufwiesen als Eltern, bei denen der Umgang funktioniert. Darüber hinaus zeigten insbesondere die Eltern, die nur schwer Umgang mit ihrem Kind herstellen konnten, einen erniedrigten Wert im eigenen Selbstwirksamkeitserleben. Schließlich ergab sich noch ein auffälliger Befund dahingehend, dass ebensolche Eltern von ausgesprochen unterdurchschnittlichen eigenen Trennungsaktivitäten im Hinblick auf die elterliche Trennung berichteten und umgekehrt diejenigen Eltern, bei denen das Kind lebt und die von kontinuierlichen Umgangskontakten berichteten, häufiger angaben, dass sie selbst sehr aktiv bei der elterlichen Trennung gewesen seien. Zu vermuten ist, dass die eigene Offenheit der Eltern für neue Erfahrungen im Umgangskontakt, das Erleben von Selbstwirksamkeit in der Elternbeziehung und schließlich auch die Verarbeitung der Elterntrennung maßgeblich mit hinein spielen, ob der Umgangskontakt unproblematisch organisiert werden kann.

Damit rückt aber die Frage der Interventionen für Familien mit Umgangsproblemen und Möglichkeiten der Konfliktreduktion nochmals in den Fokus. Hierbei verweisen die Daten aus der DJI-Studie auf einen der wichtigsten Aspekte, der möglicherweise einen Hintergrund für die Umgangsproblematik bildet. Eltern mit solchen Problemen bewerten sowohl gemeinsame Elternberatungsgespräche nach der Trennung als auch Eltern- und Paarberatung vor der Trennung als signifikant weniger hilfreich als jene Eltern, bei denen Umgangskontakte funktionieren. Dies mag ein Hinweis darauf sein, dass Umgangsprobleme zumindest auch aus der mangelnden Bereitschaft oder Fähigkeit der Eltern zur Kooperation miteinander resultieren. Allerdings zeigen die Ergebnisse der Studie auch, dass der Königsweg in dieser Problematik nicht unbedingt das Zusammenzwingen der Eltern an einen Tisch ist. Werden solche Eltern mit Umgangsproblemen befragt, welche Maßnahmen ihnen bislang geholfen haben die Elternkonflikte zu reduzieren, werden keineswegs die schlecht bewerteten gemeinsamen Gespräche oder gar Mediation genannt, sondern werden allein Einzeltherapien und Einzelberatung als hilfreich eingestuft. Möglicherweise müssen bei ausgeprägter Umgangsproblematik auch zwei verschiedene Wege beschritten werden, nämlich zum einen die Aufrechterhal-

tung kindeswohldienlicher Kontakte zu gewährleisten und zum anderen – und mutmaßlich mit ganz anderen Mitteln – die elterlichen Konflikte zu reduzieren.

3 Maßnahmen zur Verhinderung von Kontaktabbrüchen

Hinsichtlich der Möglichkeiten der Umgangsgewährleistung stehen seit der Partnerschaftsrechtsreform und seit dem Inkrafttreten des FamFG mindestens zwei Maßnahmen als besonders naheliegend zur Verfügung: die Begleitung von Umgängen oder zumindest Übergaben und der recht niedrigschwellig einzusetzende Umgangspfleger. Auch hierzu bieten die Daten der Untersuchung des DJI einige wenige Anhaltspunkte. Vor allem zeigte sich hier, dass Eltern solche Maßnahmen in Abhängigkeit von ihrem Konfliktniveau sehr unterschiedlich bewerten. Eltern mit niedrigem Konfliktniveau stufen insbesondere die gerichtliche Regelung des Umgangs und auch die Festlegung von begleiteten Umgängen oder begleiteten Übergaben als konfliktreduzierend ein; Eltern mit einem mittleren Konfliktniveau gaben an, dass sie die Einsetzung eines Umgangspflegers oder ebenfalls Begleitung von Umgangskontakten oder Übergaben als hilfreich zur Reduktion des Elternkonfliktes erlebt haben. Erheblich kritischer bewerteten aber Eltern mit einem hohen Konfliktniveau die unterschiedlichen Maßnahmen: Lediglich die Einsetzung eines Umgangspflegers wird von diesen als leicht positiv bewertet. Alle anderen Maßnahmen, etwa gerichtliche Umgangsbeschlüsse und Durchführung von begleiteten Umgängen, haben dagegen die Elternkonflikte verschärft, zumindest aus Sicht der Eltern. Zu befürchten ist, dass dies von betroffenen Kindern ganz ähnlich erlebt wird.

Dass insbesondere die Umgangsbegleitung nach § 1684 BGB – anders als bei der Partnerschaftsrechtsreform von einigen erhofft – kein Allheilmittel ist, zeigen auch zwei Verlaufsuntersuchungen von begleiteten Umgangskontakten. In der Studie des IFP zeigte sich, dass sich Kinder zumindest im Mittel auf den Kontakt mit dem getrennt lebenden Elternteil im Verlauf eines ersten begleiteten Umgangs zunehmend einlassen, danach aber selbst über mehrere Umgangskontakte hinweg kaum mehr Steigerungen dieses kindlichen Einlassens erzielt werden. Dies spricht dafür, dass Umgangsbegleitung insofern hilfreich sein kann, um gerade bei nur vordergründiger Kontaktverweigerung relativ rasch ein Wiedereinlassen des Kindes auf den anderen Elternteil zu erreichen. Umgekehrt wird aber ein solches Einlassen, sollte es nicht gleich während der ersten Kontakte erreicht werden, mutmaßlich auch im Verlauf häufiger begleiteter Umgangskontakte nicht erzielt.¹⁷ Darüber fanden Heinz Kindler und Kolleginnen bei der Auswertung derselben Daten unter anderen Aspekten heraus, dass sich zwar in rund der Hälfte der Fälle der Umgangsbegleitung über die Dauer hinweg ein günstiger Verlauf der Gestalt gezeigt hatte, dass entweder die kindliche Belastung ab- oder der Verlauf durch Spiel und Freude zunahm. Allerdings wurden in 25 % der Fälle auch umgekehrte Effekte sichtbar, dass die kindliche Belastung zu- beziehungsweise

¹⁷ Fichtner (2008), Evaluation und Qualitätssicherung im begleiteten Umgang, in: Fthenakis (Hrsg.), Begleiteter Umgang von Kindern: Ein Handbuch für die Praxis (S. 510-553). München: Beck.

die Spielfreude abgenommen hat.¹⁸ Auch dies spricht dagegen, dass Umgangsbegleitung in jedem Fall das richtige Mittel ist, dauerhaft kindeswohl dienliche Umgangskontakte zu gewährleisten.

Schließlich wurde mit einem neu zugeschnittenen Umgangspfleger, ebenfalls nach § 1684 BGB, ein weiteres Instrument eingeführt, das deutlich unterhalb der Schwelle einer Kindeswohlgefährdung bei bloßem Verstoß gegen die Wohlverhaltenspflicht eine Pflegerschaft für den Bereich der Organisation des Umgangs vorsieht. Auch hier fällt die Bewertung dieses Instrumentes zwei Jahre nach seiner Installation in der Praxis eher zwiespältig aus. Die Zahl der eingerichteten Umgangspflegschaften nach § 1684 BGB dürfte einiges höher liegen als die Zahl der erfolgreich arbeitenden. In einer Arbeitsgruppe des letzten Familiengerichtstages wurde es gar als ungeeignet zur Bearbeitung von schweren Umgangskonflikten eingestuft.¹⁹ Erste Erfahrungen zeigen, dass manche Familienrichter gerade bei hartnäckigen Umgangsproblemen inzwischen (wieder) den klassischen Weg wählen, bei entsprechenden Voraussetzungen Umgangspfleger in Form eines Ergänzungspflegers nach § 1909 BGB zu bestellen, der dann die elterlichen Rechte der gemeinsamen Festlegung und Organisation der Umgangskontakte übertragen bekommt. Untersuchungen, wie sehr die eine oder andere Maßnahme dazu beiträgt, Umgangskontakte in einer Form zu gewährleisten, die sowohl die Kontinuität der sozialen Beziehungen des Kindes berücksichtigt als auch dessen Schutz vor Involvierung in elterliche Auseinandersetzungen, liegen allerdings nicht vor. Dass das eine nicht automatisch mit dem anderen gewährleistet wird, dürfte allerdings auch so evident sein.

Es stellt sich aber damit nochmals verschärft die Frage, wie gleichzeitig am elterlichen Konflikt gearbeitet werden kann. Zu den erheblichen Belastungen, die sowohl die betroffenen betreuenden Elternteile als insbesondere auch die Elternteile, denen der Umgang ganz oder weitgehend verwehrt wird, treffen, liegen auch hierzulande eindrucksvolle Studien vor.²⁰ Vieles spricht dafür, dass solche Belastungen bei hartnäckigen und langjährigen Konflikten mit vielen gegenseitigen Verletzungen und entsprechendem Misstrauen immerhin einer so intensiven Bearbeitung bedürfen, dass zumindest vor der Wiederherstellung der Kooperation in gemeinsamen Gesprächen zunächst die Wiederherstellung der Kooperationsfähigkeit in Einzelarbeit stehen muss. Ein solches Vorgehen setzt sich, ähnlich wie in vielen

¹⁸ Reinhold/Friedrich/Kindler (2008), Qualität beobachtbarer Eltern-Kind-Interaktionen während begleiteter Umgangskontakte, in: Fthenakis (Hrsg.), Begleiteter Umgang von Kindern: Ein Handbuch für die Praxis (S. 538-551). München: Beck.

¹⁹ Happ-Göhring/Kuleise-Binge (2011), Die Umgangspflegschaft – Chancen und Grenzen. Ergebnisse des Arbeitskreises 9 (abrufbar unter http://dfgt.de/resources/2011_Arbeitskreis_9.pdf).

²⁰ Z.B. Winkelmann (2005), Elternkonflikte in der Trennungsfamilie als Risikobedingung kindlicher Anpassung nach Trennung und Scheidung. (Dissertation Dortmund); Pagels (2007), Väter und ungewollte Trennungen. Saarbrücken: VDM, Müller.

US-amerikanischen Beratungsansätzen, auch in Deutschland in der Hochkonfliktberatung zunehmend durch.²¹

Zu solchen individuellen Maßnahmen für die Eltern sind neben generellen Beratungsangeboten insbesondere auch psychoedukative Trainingsmaßnahmen zu zählen, die insbesondere in den USA häufig zum Einsatz kommen.²² Für Deutschland ist hierbei insbesondere in den letzten Jahren das Programm „Kinder im Blick“ entwickelt worden, bei denen die Eltern im Rahmen getrennter Elterngruppen in einem besseren Umgang mit sich selbst, mit dem Kind und mit dem anderen Elternteil geschult werden und hierzu angemessene Verhaltensmuster an die Hand bekommen. Inwieweit solche Programme dazu dienen, Umgangskonflikte zu reduzieren und Umgangskontakte sicherer und weniger belastend für die Kinder zu gestalten, zeigen die Untersuchungen nicht. Immerhin zeigen sie aber, dass die Eltern sich nach solchen Programmen insbesondere sicherer fühlen im Kontakt zu ihren Kindern.²³ Nach Erkenntnissen der mehrfach erwähnten DJI-Studie wäre dies aber genau die Arbeit an einem zentralen Defizit von hochkonflikthaften Eltern: die Unsicherheit im Hinblick auf ihre Beziehung zu ihren Kindern. Die größte Sorge hochkonflikthafter Eltern erscheint nach diesen Ergebnissen nämlich die, der andere würde das Kind gegen sie beeinflussen, egal, ob sie der betreuende oder der getrennt lebende Elternteil sind.

Um am „Umgangsboykott“ zu arbeiten und dabei gleichzeitig die Verunsicherungen der so oder so betroffenen Eltern zu berücksichtigen, wird aus psychologischer Sicht kaum ignoriert werden können, dass Eltern nicht immer so weit wie das bürgerliche Recht sind. Wenn Mütter offen thematisieren könnten, dass sie schlicht nichts mehr mit dem Vater zu tun haben und nicht länger unter dessen Einfluss bleiben wollen, und da manchmal das Kindeswohl erst an zweiter Stelle steht; wenn Väter offen fordern könnten, dass sie ihre Kinder sehen wollen, egal ob das deren Wohl gerade aktiv dient; und wenn beide Eltern nicht immer schablonenhaft mit dem Kindeswohl argumentieren müssten: Dann wäre es häufig einfacher, an den wirklichen Motiven der Eltern im Sinne einer Interessenarbeit anzusetzen, und von dort aus deren Positionen zu verändern.²⁴ Und vielleicht könnte auch seitens der beteiligten Professionellen mehr im Blick behalten werden, dass nicht von jeder Nuance einer Umgangsregelung und des Streits darüber gleich das gesamte Wohl des Kindes abhängt.

²¹ Vgl. *Dietrich/Fichtner/Halatcheva/Sandner* (2010), Arbeit mit hochkonflikthaften Trennungs- und Scheidungsfamilien. München: Deutsches Jugendinstitut.

²² *Goodman/Bonds/Sandler/Braver* (2004), Parent psycho-educational programs and reducing the negative effects of interparental conflict following divorce. *Family Court Review*, 42(2), 263-279.

²³ *Walper/Krey* (2011), Elternkurs zur Förderung der Trennungsbewältigung und Prävention von Hochkonfliktfamilien: Das Beispiel „Kinder im Blick“, in: *Walper/Fichtner/Normann* (Hrsg.), Hochkonfliktliche Trennungsfamilien. Forschungsergebnisse, Praxiserfahrungen und Hilfen für Eltern und Kinder (S. 189-212). Weinheim: Juventa.

²⁴ So das übliche Vorgehen in einer systemisch orientierten Mediation; u.v.a. in: *Dietz* (2005). *Werkstadtbuch Mediation*. Köln: Centrale für Mediation.

Das muss ja nicht gleich heißen, wieder das Prinzip der väterlichen Gewalt zu restaurieren oder das Matriarchat einzuführen; und in beiden Fällen das Kindeswohl außen vorzulassen. Aber es könnte die Arbeit an pragmatischen Lösungen ohne die ganz großen Grundsatzfragen erleichtern; und vielleicht helfen, Eltern und deren Positionen so weit zu verändern, dass den Kindern tatsächlich beim Kontakt mit beiden Eltern wohl und ihnen der Umgang Recht ist.

Der Umgang mit dem Umgangsboykott

Lore Maria Peschel-Gutzeit

1	Geschichtlicher Überblick	106
2	Was ist ein Umgangsboykott?	107
2.1	Definition des Begriffs	107
2.2	Gründe für Verweigerung.....	108
2.3	Wert des Umgangs.....	109
2.4	Wille des Kindes.....	110
3	Welche Instrumente stellt das Gesetz bei Umgangsschwierigkeiten zur Verfügung?.....	111
3.1	Begleiteter Umgang, Ausschluss, Verfahrensbeistand	111
3.2	Umgangspfleger.....	111
3.3	Einschränkungsgründe.....	112
4	Durchsetzung.....	113
5	Eigene Einschätzung.....	113
6	Fazit	115
7	Thesen.....	116
7.1	These 1.....	116
7.2	These 2.....	116
7.3	These 3.....	116
7.4	These 4.....	116
7.5	These 5.....	117
7.6	These 6:.....	117

1 Geschichtlicher Überblick

Unter Umgang – früher auch Verkehrsrecht oder Besuchsrecht genannt – versteht das Gesetz den regelmäßigen Kontakt zwischen dem Kind, seinen Eltern, seinen Großeltern und anderen Bezugspersonen. § 1684 BGB regelt den Umgang des Kindes mit seinen Eltern, § 1685 BGB den Umgang des Kindes mit Großeltern, Geschwistern und anderen Bezugspersonen. Diese Vorschriften sind durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz von 1997, in Kraft seit dem 1. Juli 1998,¹ neu gefasst und umfassen nun generell den Umgang zwischen Kindern, Eltern und Verwandten; nicht mehr unterschieden wird zwischen ehelichen oder nichtehelichen Kindern.

Ebenfalls neu eingeführt durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz ist § 1626 Abs. 3 BGB. Nach dieser Vorschrift gehört in der Regel zum Wohl des Kindes der Umgang mit beiden Elternteilen. Gleiches gilt für den Umgang mit anderen Personen, zu denen das Kind Bindungen besitzt, wenn ihre Aufrechterhaltung für seine Entwicklung förderlich ist. Diese Vorschrift ist mehr als ein bloßer Programmsatz.

² Sie macht deutlich, dass eine Vereitelung des Umgangs Anlass für gerichtliche Maßnahmen sein kann, im äußersten Fall sogar nach § 1666 BGB. Darüber hinaus ist § 1626a Abs. 3 BGB eine wichtige Auslegungsregel und Richtschnur. Stellt diese Vorschrift doch klar, dass der Umgang in der Regel dann zum Wohl des Kindes gehört, wenn das Kind zu der in Frage kommenden Bezugsperson Bindungen hat, deren Aufrechterhaltung seiner Entwicklung förderlich ist. Weil dies so ist, gehört auch die Sensibilisierung des Kindes für den Umgang mit den hier genannten Bezugspersonen sowohl zum Erziehungsinhalt als auch zum Erziehungsstil gemäß § 1626 Abs. 2 BGB und damit auch zu den Pflichten einer angemessenen sozial adäquaten Erziehung. Diese Vorschrift unterstützt die wichtigen Ziele der §§ 1684 bis 1686 BGB. § 1626 Abs. 3 BGB wird als Leitform des Umgangsrechts bezeichnet.³

Erstmals seit dem 1. Juli 1998 ist das Umgangsrecht als eigenes Recht des Kindes auf Umgang mit beiden Elternteilen ausgestaltet. Außerdem ist jeder Elternteil zum Umgang mit dem Kind verpflichtet und berechtigt, § 1684 Abs. 1 BGB. Dieses eigene Umgangsrecht des Kindes war über einen Zeitraum von fast 100 Jahren umstritten. Bis zur Neuregelung durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz wurde mehrheitlich die Ansicht vertreten, das Kind selbst habe kein Recht auf Umgang mit beiden Eltern, nur der abwesende, nicht betreuende Elternteil behalte die Befugnis zum Umgang mit dem Kind. Diese Befugnis war nicht als Verpflichtung

¹ BGBl. I S. 2942.

² Palandt/*Diederichsen*, BGB, 70. Aufl. 2011, § 1626 Rn. 23.

³ *Schmidt-Jorzig* ZFJ 1996, 444; *Peschel-Gutzeit* FPR 2003, 290, 291.

ausgestaltet; es lag also mehr oder weniger im Belieben des Umgangsberechtigten, ob er von dieser Befugnis Gebrauch machen wollte oder nicht. Diese Ansicht war zwar umstritten, spätestens seit Inkrafttreten der Vorschrift des § 1618a BGB am 1. Januar 1980. Denn seither schulden Eltern und Kinder einander Beistand und Rücksicht. Aber bis zur Ausformung eines eigenen Umgangsrechts mussten weitere fast zwanzig Jahre vergehen. Mitgeholfen zur Statuierung eines eigenen Umgangsrechts hat die UN-Kinderrechtskonvention,⁴ welche u. a. ein eigenes Recht des Kindes auf Kontakt mit beiden Elternteilen zum Inhalt hat.⁵

Trotz dieser inzwischen klaren gesetzlichen Regelung und trotz des hohen Wertes, der dem Umgangsrecht auch vom Gesetz beigemessen wird, kommt es gerade im Zusammenhang mit Umgangsregelungen zu den heftigsten Auseinandersetzungen, insbesondere zwischen getrennt lebenden Eltern, in Abstufung aber auch mit anderen Bezugspersonen. Die Umgangsstreitigkeiten gehören zu den unangenehmsten und schwierigsten Verfahren, die im Familienrecht vorhanden sind. Sie werden im Allgemeinen in größter Erbitterung geführt, besonders bedauerlich ist, dass die Interessen des Kindes dabei häufig nicht oder nicht hinreichend berücksichtigt werden.

Ein besonders trübes Kapitel stellt die Umgangsverweigerung dar.

2 Was ist ein Umgangsboykott?

2.1 Definition des Begriffs

Unser Thema, der Umgang mit dem Umgangsboykott, bedarf der näheren Definition. Unter Umgangsboykott wird einerseits die Umgangsvereitelung oder Umgangsverhinderung verstanden, andererseits die Umgangsverweigerung. Bisweilen liest man auch von Umgangsblockade. Gemeint ist fast stets ein identisches oder ähnliches Verhalten: Einer der Beteiligten, bezogen auf die engste Familie - Vater, Mutter, Kind - weigert sich, den Umgang durchzuführen oder lässt diesen Umgang nicht zu. Häufig ist es der betreuende Elternteil, hier zumeist die Mutter, die den Umgang mit dem abwesenden Elternteil, häufig dem Vater, unterbindet bzw. nicht zulässt. Bisweilen ist es der umgangsberechtigte Elternteil, sehr häufig also der Vater, der sich weigert, von seinem Umgangsrecht, das zugleich eine Pflicht ist, Gebrauch zu machen. Und nicht selten ist es das Kind selbst, das sich weigert, den anderen Elternteil zu sehen, mit ihm Umgang zu pflegen.

⁴ Vom 20.11.1989, in Deutschland in Kraft seit dem 05.04.1992.

⁵ Art. 9 Abs. 3 der UN-Kinderrechtskonvention.

2.2 Gründe für Verweigerung

Die Gründe für eine solche Verweigerungshaltung sind sehr unterschiedlich. Es werden sowohl objektive als auch subjektive Gründe ins Feld geführt.

- a) Soweit es den betreuenden Elternteil angeht, führt dieser sehr häufig Gründe an, die in dem Kind liegen sollen. Insbesondere wird behauptet, das Kind selbst habe Angst vor dem anderen Elternteil und lehne diesen ab. Darüber hinaus gibt es eine Reihe eigener Gründe des betreuenden Elternteils. Hier steht bisweilen der Wunsch im Vordergrund, endlich vom Umgangsberechtigten „in Ruhe gelassen zu werden“, also das Kind in eine neue Familie bzw. Partnerschaft zu integrieren.

Auch Krankheit des umgangsberechtigten Elternteils kann zu einer Umgangsverweigerung auf Seiten des betreuenden Elternteils führen, ebenso Drogenbelastung.

Inhaftierung des Umgangsberechtigten wird dann als Ablehnungsgrund angeführt, wenn der Umgang innerhalb der Justizvollzugsanstalt durchgeführt werden müsste. Hier lassen sich im Allgemeinen aber Gestaltungsmöglichkeiten finden, die das Kind nicht belasten, etwa bei einem Freigang des Inhaftierten. Gewalt unter den Eltern, auch wenn sie zurückliegt, kann dazu führen, dass der betreuende Elternteil einen Umgang des Kindes mit dem anderen Elternteil ablehnt. Das gilt auch für den Verdacht sexuellen Missbrauchs und für die Gefahr eventueller Kindesentführung.

- b) Soweit es den umgangsberechtigten Elternteil angeht, kommt es durchaus vor, dass dieser den Umgang ablehnt, etwa mit der Begründung, er wolle seine eigene Familie nicht gefährden.⁶ Auch schlichtes Desinteresse führt bisweilen dazu, dass ein Umgang verweigert wird. Große Entfernungen zwischen dem Umgangsberechtigten und dem Wohnort des Kindes sind ebenfalls häufig der Anlass dafür, dass ein Umgang faktisch verweigert wird. Nicht selten werden auch die Unterhaltslasten als Begründung dafür angeführt, dass daneben nicht auch noch Umgangskosten geleistet werden könnten.
- c) Soweit es das Kind selbst angeht, äußert dieses nicht selten Ängste bzw. Abneigungen gegenüber dem umgangsberechtigten Elternteil. Die Gründe liegen sehr häufig in Loyalitätskonflikten, nicht selten auch darin, dass ihm von dem betreuenden Elternteil ein außerordentliches negatives Bild des umgangsberechtigten Elternteils gezeichnet wird mit der Folge, dass das Kind diesen an-

⁶ Siehe den interessanten Fall BVerfG vom 01.04.2008, FamRZ 2008, 845.

deren abwesenden Elternteil schließlich ablehnt und diese Ablehnung als eigene Haltung übernimmt.

In diesem Zusammenhang fällt auch häufig das Stichwort PAS (parental alienation syndrome), ein in den USA von Gardner geschöpfter Begriff, der je nach eigener Auffassung der verschiedenen Autoren entweder begrüßt oder aber abgelehnt wird. Das Wesentliche des PAS lässt sich dahin definieren:

Durch bewussten oder unbewussten Einfluss des betreuenden Elternteils wird das Kind veranlasst, diesen als „gut“ zu idealisieren, den anderen als „böse“ zu verteufeln und unreflektiert dieses Schema als seine eigene Überzeugung darzubieten. Diese Haltung des Kindes ergibt sich oft dann, wenn die Eltern in ungelösten, oft jahrelangen Konflikten miteinander leben. Das Kind gerät dadurch in unentrinnbare Loyalitätskonflikte und schlägt sich eines Tages auf die Seite des einen, betreuenden Elternteils und wendet sich gegen den anderen Elternteil. Rational ist dies fast nie zu erklären, häufig kommt es zu diesem PAS auch dann, wenn jahrelang ein guter Umgang stattgefunden hat.

Insbesondere ungelöste Elterkonflikte sind also häufig der Grund für die Unterbindung, die Verweigerung, die Vereitelung, Boykottierung des Umgangs zwischen dem abwesenden Elternteil und dem Kind. Das Phänomen ist leider weit verbreitet und ihm ist nur schwer beizukommen.

2.3 Wert des Umgangs

In diesem Zusammenhang muss auch gefragt werden, welchen Wert denn der Umgang für alle Beteiligten hat, insbesondere aber für das Kind. Wie oben ausgeführt, postuliert § 1626 Abs. 3 BGB den Grundsatz, dass Umgang für das Kind grundsätzlich Kindeswohlfördernd ist. Das erscheint aber in Konfliktfällen durchaus zweifelhaft. Zwar ist nach langjähriger Rechtsprechung⁷ davon auszugehen, dass Kinder offenbar immer eine Pflicht zum Umgang haben. Die meisten Gerichte beachten einen entgegenstehenden Willen der Kinder nicht. Im Gegenteil: Der betreuende Elternteil hat diesen Negativwillen des Kindes durch geeignete Maßnahmen in eine positive Haltung zu wenden, um das Kind doch noch zum Umgang zu bewegen. Diese langjährige Rechtsprechung ist insbesondere seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 1. April 2008⁸ durchaus fragwürdig geworden.⁹

Das Kind kann bekanntlich durchaus rechtfertigende Gründe für seine Weigerung haben, den Umgang durchzuführen oder fortzusetzen. Der schwelende Elternkonflikt ist bereits erwähnt worden, er macht es Kindern im Allgemeinen sehr schwer, mit dem anderen, negativ bewerteten Elternteil zusammen zu sein. Aber auch die Durchführung des Umgangs selbst kann für das Kind so belastend sein, dass es

⁷ Palandt/*Diederichsen*, a.a.O., m.w.N.

⁸ FamRZ 2008, 845 = FPR 2008, 238.

⁹ Siehe hierzu *Rakete-Dombek* FPR 2008, 492; *Peschel-Gutzeit* NJW 2008, 1922 ff.

diesen künftig ablehnt. Hier muss gefragt werden, ob der Umgangsberechtigte mit dem Kind wirklich umgehen kann. Ist er in der Lage, feinfühlig auf die Bedürfnisse des Kindes einzugehen? Oder stellt er das Kind vielleicht nur bei Verwandten ab? Will der Umgangsberechtigte nur sein Recht auf Umgang durchsetzen, oder ist es ihm wirklich ein Bedürfnis, mit dem Kind zusammen zu sein? Ebenso wichtig ist die Frage nach der tatsächlichen Bindung zwischen Kind und umgangsberechtigtem Elternteil.

Ist das Kind bei der Trennung der Eltern sehr klein und tritt eine lange Pause zwischen Anwesenheit des umgangsberechtigten Elternteils und dem ersten Umgangskontakt ein, kann es leicht passieren, dass das Kind den anderen Elternteil praktisch „vergessen“ hat. Auch kann das Kind schlimme Erinnerungen an den anderen Elternteil haben, wenn es z. B. zu Gewaltanwendung in der Familie gekommen ist.

Alles dies sind Überlegungen, die unter der Prüfung des Kindeswohls zu subsumieren wären, wenn sie denn angestellt würden.

Seit das Bundesverfassungsgericht am 1. April 2008 entschieden hat, ein Vater könne zum Umgang mit seinem Kind nicht gezwungen werden, ist spätestens der Zeitpunkt gekommen, über eigene Rechte der Umgangskinder nachzudenken, also vor allem darüber, ob man die Kinder gegen ihren Willen zum Umgang zwingen darf.¹⁰

2.4 Wille des Kindes

Dabei wird nicht verkannt, dass der Wille des Kindes insbesondere von der Rechtsprechung häufig als nicht autonom, weil als beeinflusst eingestuft wird. Dies ist generell und insbesondere auch gegenüber Kindern unrichtig. Es gibt überhaupt keinen Willen, der nicht beeinflusst ist. Das gilt für Erwachsene und für Kinder. Zu unterscheiden ist bei einem Kind dahin, ob es sich bei der Willensäußerung um einen Ausdruck seiner Selbstbestimmung handelt oder aber ob das Kind repetiert, also wiederholt, was ihm von dritter Seite vorgesprochen worden ist. Letzteres wird in der Rechtsprechung sehr häufig angenommen, oft wohl zu Unrecht. Selbst häufig von dritter Seite wiederholte negative Äußerungen über den anderen Elternteil können dazu führen, dass das Kind diese Einschätzung eines Tages als eigene übernimmt, kurz gesprochen, dass das Kind sich auf die Seite eines Elternteils schlägt und für sich beschließt, mit dem anderen nichts mehr zu tun haben zu wollen. Das ist ganz sicher keine erfreuliche Entwicklung, sie dient auch objektiv nicht dem Kindeswohl; hier aber geht es um die Frage der Respektierung einer solchen kindlichen Entscheidung. Die Gerichte wären, spätestens seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 1. April 2008, nicht nur gut beraten, sondern aus meiner Sicht sogar verpflichtet, einen kindlichen Willen, der häufig über eine längere Zeit durchgehalten wird, zunächst einmal als das zu nehmen, was

¹⁰ Peschel-Gutzeit NJW 2008, 1922 ff.

er ist: die Äußerung einer eigenen Überzeugung und Auffassung. Dass daneben auch immer noch eine objektive Kindeswohlprüfung erforderlich ist, steht auf einem anderen Blatt.

3 Welche Instrumente stellt das Gesetz bei Umgangsschwierigkeiten zur Verfügung?

3.1 Begleiteter Umgang, Ausschluss, Verfahrensbeistand

Nach § 1684 Abs. 4 BGB kann das Familiengericht das Umgangsrecht oder den Vollzug früherer Entscheidungen über das Umgangsrecht einschränken oder ausschließen, soweit dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist. Hierbei geht das Gesetz in Stufen vor: Es kann anordnen, dass der Umgang zwar stattfindet, aber nur in Anwesenheit eines mitwirkungsbereiten Dritten (*begleiteter oder beschützter Umgang*). Das Familiengericht kann den Umgang auch auf längere Zeit einschränken oder ausschließen und kann dies auch auf Dauer tun. Dies ist allerdings nur zulässig, wenn anderenfalls das Wohl des Kindes gefährdet wäre. Es muss also durch den Umgang selbst eine Kindeswohlgefährdung eintreten, die von Amts wegen zu ermitteln und festzustellen ist.

Prozessual bestellt das Familiengericht dem Kind in streitigen Umgangsangelegenheiten einen *Verfahrensbeistand*, wenn der Ausschluss oder eine wesentliche Beschränkung des Umgangs in Betracht kommt, § 158 Abs. 2 Nr. 5 FamFG.

3.2 Umgangspfleger

Das Gericht kann dem Kind auch einen Umgangspfleger bestellen. In § 1684 Abs. 3 BGB heißt es hierzu, dass dann, wenn die so genannte Wohlverhaltenspflicht aus § 1684 Abs. 2 BGB dauerhaft oder wiederholt erheblich verletzt wird, das Familiengericht eine Pflegschaft für die Durchführung des Umgangs (Umgangspflegschaft) anordnen kann. Diese Umgangspflegschaft umfasst das Recht, die Herausgabe des Kindes zur Durchführung des Umgangs zu verlangen und für die Dauer des Umgangs dessen Aufenthalt zu bestimmen. Die Einsetzung eines Umgangspflegers ist nach dem Gesetz, § 1684 Abs. 3 S. 5 BGB, zu befristen.

Diese Umgangspflegschaft ist – wie ausgeführt – in § 1684 BGB geregelt, der den Umgang zwischen Kind und Eltern betrifft. Nach § 1685 BGB haben auch andere Personen ein Umgangsrecht, vor allen Dingen engste Verwandte wie Großeltern und Geschwister, aber auch enge Bezugspersonen des Kindes, die zu dem Kind in einer sozial-familiären Beziehung stehen oder gestanden haben. Auch für diesen Personenkreis lässt das Gesetz die Anordnung einer Umgangspflegschaft zu, allerdings unter erschwerten Voraussetzungen: Das Familiengericht kann im Zusam-

menhang mit der Regelung des Umgangs dieser Personen eine Umgangpflegschaft nur anordnen, wenn die Voraussetzungen des § 1666 Abs. 1 BGB erfüllt sind, wenn also eine Kindeswohlgefährdung vorliegt bzw. vorliegen würde, wenn der Umgang nicht stattfände.

Die Umgangpflegschaft als solche ist nicht neu, sie ist aber seit Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes am 1. Juli 1998 erstmals im Zusammenhang mit dem Umgang gesetzlich geregelt. Bis dahin wurden auch Umgangspfleger eingesetzt, diese hatten aber die Rechtsnatur von Ergänzungspflegern im Sinne von § 1909 BGB. Das bedeutete, dass dem Betreuungselternteil insoweit, also zur Durchführung des Umgangs, die elterliche Sorge entzogen wurde.

Es ist mithin zu unterscheiden: Die Umgangpflegschaft nach § 1684 Abs. 3 S. 3 BGB bedeutet keinen Eingriff in die elterliche Sorge. Sie dient der Durchsetzung des dem nicht betreuenden Elternteil zustehenden Umgangsrechts und sichert dieses organisatorisch ab. Damit gleicht das Familiengericht die grundrechtlich geschützten Rechtspositionen beider Eltern untereinander aus.¹¹

3.3 Einschränkungsründe

Ausschluss- oder auch nur Einschränkungsründe in Bezug auf den Umgang werden zwar sehr häufig genannt, jedoch ist die Einschränkung oder gar der Ausschluss des Umgangs eher die seltene Ausnahme. Stets ist zu beachten, dass eine Einschränkung oder gar der Ausschluss immer nur befristet zulässig ist. So hat das OLG Hamburg¹² das Umgangsrecht des Vaters befristet ausgeschlossen, wenn das Kind an einer schweren emotionalen Entwicklungsstörung leidet, die als Folge übergriffigen väterlichen Verhaltens und der diesbezüglichen Schutzlosigkeit des Kindes anzusehen ist. Das OLG Brandenburg hat entschieden, dass der Ausschluss des Umgangsrechts nur dann in Betracht kommt, wenn der Gefährdung des Kindeswohls nicht durch mildere Maßnahmen begegnet werden kann. Die Vorinstanz hatte eine Mediation angeordnet und das Umgangsrecht bis zu deren erfolgreichem Abschluss ausgesetzt.¹³ Zu Recht hat das OLG Brandenburg darin eine unzulässige Aussetzung des Umgangs auf unabsehbare Zeit gesehen. Es hat im Übrigen hervorgehoben, dass die Anordnung einer Mediation unzulässig ist, so dass auch aus diesem Grund die Einschränkung des Umgangs mit der dort gegebenen Begründung unzulässig war.

Das OLG München hat in einer Entscheidung vom 22. Dezember 2010 zunächst gebilligt, dass das Familiengericht den Umgang eines Elternteils mit seinem Kind geregelt und gleichzeitig eine Umgangpflegschaft angeordnet hat. Es hat ausgeführt, in der Anordnung einer Umgangpflegschaft liege eine Einschränkung der elterlichen Sorge des betreuenden Elternteils, die sich unmittelbar aus dem Gesetz

¹¹ OLG Celle, Beschluss vom 16.12.2010 – 10 UF 253/10.

¹² OLG Hamburg, 29.09.2010, FamRZ 2011, 822.

¹³ OLG Brandenburg, 10.03.2010 – 3 UF 72/09.

ergebe, ohne dass dies durch Richterspruch angeordnet werden müsse.¹⁴ Daneben sei ein Entzug der gemeinsamen elterlichen Sorge bezüglich der Regelung der Umgangskontakte zwischen Eltern und Kind nicht zulässig. Darüber hinaus hebt das OLG München hervor, dass der Umgangspfleger nicht befugt ist, zu entscheiden, welchen Teil der Ferien das Kind beim anderen Elternteil verbringt usw. Denn nur die Eltern regeln den Umgang; wenn diese es nicht zustande bringen, muss das Gericht dies regeln. Der Umgangspfleger ist nur befugt, die Durchführung des einvernehmlich oder gerichtlich geregelten Umgangs sicherzustellen.

Das OLG Düsseldorf hat am 25. Oktober 2010 einen begleiteten Umgang angeordnet und hat diesen zu Recht zeitlich befristet. Es hat gleichzeitig das Jugendamt zum Umgangspfleger bestellt.¹⁵

Diese wenigen Entscheidungen zeigen, dass die Instrumente des begleiteten Umgangs, der Umgangspflegschaft und – wenn auch noch sehr selten – des Verfahrensbeistandes bei drohendem Umgangausschluss genutzt werden.

In sehr streitigen Fällen kann es auch notwendig sein, ein Sachverständigengutachten einzuholen und dem Sachverständigen aufzutragen, auf die Herstellung des Einvernehmens zwischen den Beteiligten hinzuwirken, § 163 Abs. 2 FamFG.

4 Durchsetzung

Alle Umgangsentscheidungen oder gebilligten Vergleiche werden seit Inkrafttreten des FamFG durch Ordnungsmittel vollstreckt, § 89 FamFG. Das bedeutet, dass das Gericht bei einer Zuwiderhandlung gegen einen Umgangstitel gegenüber dem Verpflichteten Ordnungsgeld und für den Fall, dass es nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft anordnen kann. Auf diese Folge muss in der gerichtlichen Entscheidung hingewiesen werden. Eine Anwendung unmittelbaren Zwanges ist zur Durchsetzung eines Umgangstitels nicht zulässig, § 90 Abs. 2 FamFG.

Wenn auch der Einsatz von Ordnungsmitteln nicht dazu führt, dass der Umgangsbeschluss umgesetzt werden kann, bleibt als letztes Mittel stets zu überlegen, ob ein Antrag gegen den betreuenden Elternteil gemäß § 1666 BGB auf Entzug der elterlichen Sorge angezeigt ist.

5 Eigene Einschätzung

Alle diese formellen und materiellen Überlegungen ändern aber nichts daran, dass es Situationen gibt, in denen die Grenzen der Justiziabilität erreicht sind. Gemeint sind die Fälle, in denen ein betreuender Elternteil sich beharrlich und über längere Zeit weigert, einen Umgang, den das Gericht angeordnet oder der seine Grundlage

¹⁴ OLG München, Beschluss vom 22.12.2010, FamRZ 2011, 823.

¹⁵ OLG Düsseldorf, 25.10.2010, FamRZ 2011, 822.

in einem gerichtlich gebilligten Vergleich hat, zuzulassen und durchzuführen. Häufig fehlt es in solchen Zusammenhängen am Verschulden des sich weigernden Elternteils, so dass eine Bestrafung zu unterbleiben hat, § 89 Abs. 4 FamFG. Das Verschulden fehlt zum Beispiel dann, wenn feststeht bzw. durch Beweisaufnahme ermittelt wird, dass es das Kind selbst ist, das erklärt, es wolle den anderen Elternteil auf keinen Fall sehen. Derartige Einlassungen gewinnen um so größeres Gewicht, je älter die Kinder sind. So hat das OLG Saarbrücken am 12. Juli 2010¹⁶ entschieden, dass der Wille eines fast 14-jährigen Kindes erhebliches Gewicht hat; dies folge aus seinem Recht auf Selbstbestimmung. Der Wille, mit dem umgangsberechtigten Elternteil keinen, auch keinen begleiteten, Umgang mehr zu pflegen, könne – so das OLG Saarbrücken – im Einzelfall auch einen längerfristigen Umgangs Ausschluss rechtfertigen.

In einem ähnlichen Fall, den das Kammergericht entschieden hat, ist das Umgangsrecht des Vaters fast gänzlich ausgeschlossen worden. Betroffen war ein 15-jähriger Junge, der sich strikt weigerte, zu einem Umgang mit dem Vater verpflichtet zu werden. Das Vater-Sohn-Verhältnis war vollständig zerrüttet, dem Vater wurde lediglich das Recht eingeräumt, mit dem Jungen brieflich umzugehen, jedoch auch nur, wenn der Junge selbst diesen Briefkontakt von sich aus begann.

So bitter derartige Ergebnisse sein mögen, so darf doch nicht vergessen werden, dass es sich fast immer um langjährige Entwicklungen handelt, in denen Konflikte, die sich aus der Trennung der Eltern ergeben, nicht aufgearbeitet worden sind. Verfolgen sich die Eltern auch Jahre nach der Trennung oder Scheidung immer noch mit Verachtung und Hass, so nehmen die gemeinsamen Kinder fast immer Schaden. Dieser Schaden kann in Verhaltensauffälligkeiten bestehen, er kann sich aber auch und gerade in der Verweigerung von Umgang niederschlagen. Während auf den umgangsboykottierenden Elternteil erforderlichenfalls mit staatlichen Machtmitteln eingewirkt werden kann – wobei allerdings der Erfolg durchaus zweifelhaft ist –, kann und darf auf ein umgangsverweigerndes Kind derartig nicht reagiert werden. Allenfalls kann und muss versucht werden, mit dem Kind ins Gespräch zu kommen, am besten mit Hilfe eines oder einer Sachverständigen, um herauszufinden, wo die Ursache oder die Ursachen für die Ablehnung des anderen Elternteils zu finden sind. Gelingt dies nicht und gelingt es auch den Eltern mit fachkundiger Hilfe nicht, ihren Paarkonflikt entweder zu lösen oder aber doch jedenfalls von der Elternfunktion zu isolieren, ist das Ergebnis bedauerlicherweise häufig die Umgangsbeendigung oder aber die Verweigerung des Umgangs überhaupt. Dem ist – wie ausgeführt – mit Mitteln der Justiz kaum beizukommen. Was würde es einem Kind nützen, wenn der betreuende Elternteil wegen Umgangsverweigerung in Ordnungshaft ginge oder wenn dem betreuenden Elternteil die elterliche Sorge entzogen und auf den anderen Elternteil übertragen würde, also auf

¹⁶ NJW Spezial 2011, 6.

den Elternteil, den das Kind ablehnt, zu dem das Kind nicht will? Alles dies wären grob Kindeswohlgefährdende Reaktionen, die nicht angezeigt sind.

6 Fazit

Bahnt sich eine Umgangsverweigerung an, so sind alle Beteiligten, vor allem auch der umgangsberechtigte Elternteil, gut beraten, sehr rasch sachverständige Hilfe einzufordern und auch zuzulassen, denn ein solcher Konflikt kann bisweilen am Anfang noch gut gelöst werden. Je länger eine Umgangsunterbrechung oder ein Umgangsboykott andauert, um so weniger ist er erfahrungsgemäß zu beheben.

7 Thesen

7.1 These 1

Persönlicher Umgang zwischen Kind und Eltern entspricht in der Regel dem Kindeswohl.

Für das Kind ist das Umgangsrecht ein Mittel, die familiären Beziehungen zum anderen Elternteil aufrechtzuerhalten. Dadurch wird verhindert, dass das Kind vollständig von seinen Wurzeln getrennt wird (BVerfG FamRZ 2004, 1456).

7.2 These 2

Dies gilt jedoch nicht, wenn in der Familie des Kindes unüberbrückbare oder jedenfalls bisher nicht gelöste Konflikte bestehen, die das Kind zunehmend belasten. Das Kind gerät in einer solchen Situation in Loyalitätskonflikte, die es selbst nicht lösen kann. Wird dann der Umgang mit dem anderen Elternteil erzwungen, erlebt sich das Kind häufig als ohnmächtig und hilflos, was zu einer Ablehnung des umgangsberechtigten Elternteils führen kann.

7.3 These 3

Der Umgangsboykott, der von einem betreuenden Elternteil ausgeht, verletzt das Elternrecht des anderen Elternteils und ist daher grundsätzlich abzulehnen. Dabei kommt es nicht auf die Gründe an, die angeführt werden, um die Umgangsverweigerung zu rechtfertigen. Bestehen ernsthafte Gründe, müssen diese im so genannten Erkenntnisverfahren geltend gemacht werden, also in dem Verfahren, in dem schließlich der Umgangstitel entsteht. Geht es dagegen um die Durchsetzung eines bestehenden Umgangsbeschlusses, ist die schlichte Negierung dieses Beschlusses bzw. die Verweigerung der Befolgung gesetzeswidrig. Wenn ein betreuender Elternteil den vom Gericht angeordneten oder gebilligten Kindesumgang nicht tolerieren will, muss er ein Abänderungsverfahren einleiten; er kann nicht von sich aus den Umgang einfach unterbinden.

7.4 These 4

Weigert sich der umgangsberechtigte Elternteil, das ihm zustehende Umgangsrecht wahrzunehmen und auszuüben, verstößt auch er gegen das Gesetz. Denn nach § 1684 Abs. 1 BGB ist er nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet zum Um-

gang mit seinem Kinde. Diese Haltung kann zu einem dauernden Ausschluss des Umgangsrechts führen.

7.5 These 5

Lehnt dagegen das betroffene Kind den Umgang ab, versagen Ordnungsmittel gegen den betreuenden Elternteil. Hier bleibt nur, die Gründe für die Ablehnung des Kindes zu ermitteln und zu versuchen, diese mit sachverständiger Hilfe zu überwinden.

7.6 These 6:

Bleibt der betreuende Elternteil bei seiner strikten Ablehnung des umgangsberechtigten Elternteils und hat das Kind diese Haltung als eigene übernommen, versagen am Ende staatliche Ordnungs- und Durchsetzungsmittel. Denn der Grund für die Haltung des Kindes liegt fast stets in ungelösten Elternproblemen. Zwingt man das Kind zum Umgang, bestraft man das Kind für den ungelösten Elternkonflikt. Eine solche Maßnahme wäre mit dem Wohl des Kindes nicht vereinbar.

Wege aus der anonymisierten Vormundschaft

Das Gesetz zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts

Thomas Meyer

1	Ausgangslage	122
2	Stufe 1 der Vormundschaftsrechtsreform.....	123
2.1	Regelmäßiger persönlicher Kontakt.....	123
2.2	Fallzahlbegrenzung	124
3	Stufe 2 der Vormundschaftsrechtsreform	125
3.1	Stärkung des Einzelvormundes	126
3.2	Stellung des Vormundes	127
3.3	Genehmigungen für Rechtsgeschäfte des Vormundes.....	128
3.4	Umbau des Jugendamtes, Recht der Pflegekindschaft.....	128

1 Ausgangslage

Im Jahre 2010 waren insgesamt 34.345 Vormundschafts- und 31.193 Pflegschaftsachen bei den Gerichten anhängig.¹ Aus der Jugendhilfestatistik² ergibt sich, dass mangels zur Verfügung stehender natürlicher Personen das Jugendamt 2010 in 31.377 Fällen als Amtsvormund und in 32.556 Fällen als Amtspfleger bestellt wurde.

Es hat sich jedoch herausgestellt, dass gerade bei der Amtsvormundschaft Defizite in der Praxis bestehen. Anlass, die Praxis der Vormundschaft, insbesondere der Amtsvormundschaft, zu untersuchen wie auch Anlass des Gesetzentwurfes zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts³ waren mehrere Fälle von Kindesmisshandlungen und Kindesvernachlässigungen mit Todesfolge oder mit der Folge erheblicher Körperverletzungen, die – leider immer wieder – durch die Medien gehen.

Hier ist nur an den tragischen Fall des kleinen Kevin aus Bremen, der zuerst 2006 bundesweit Aufsehen erregt hat, zu erinnern. Dieser Fall ist durch einen Untersuchungsausschuss⁴ aufgeklärt worden.

Die Bundesregierung ist aufgrund dieses und weiterer tragischer Fälle von Kindeswohlgefährdung nicht tatenlos geblieben, sondern hat schon im Jahr 2006 eine Arbeitsgruppe „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls – § 1666 BGB“ gegründet, deren Arbeit zunächst zu einer Änderung des § 1666 BGB geführt hat.⁵ 2008 ist die Gruppe wieder zusammengerufen worden, um erste Erfahrungen mit der Änderung von § 1666 BGB auszutauschen und auch zu prüfen, ob Maßnahmen zur Qualitätssicherung in der Vormundschaft und Pflegschaft ergriffen werden sollten.

Diese Experten-Arbeitsgruppe hat ermittelt, dass Verhältnisse, wie sie 2006 im Bremer Jugendamt anzutreffen waren, leider keine Ausnahme sind. So wurde bekannt, dass in der ganz überwiegenden Mehrzahl der Jugendämter eine Fachkraft für 60 bis 120 oder mehr Kinder und Jugendliche die Sorge als Amtsvormund hat. Die Arbeitsgruppe hat deshalb unter anderem vorgeschlagen, insbesondere die Pflicht des Vormunds zum regelmäßigen persönlichen Kontakt mit dem Mündel

¹ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 2.2: Rechtspflege – Familiengerichte, Wiesbaden 2011.

² Statistisches Bundesamt, Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe, Wiesbaden 2011.

³ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/3617; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 17/5512.

⁴ Vgl. Bericht des Untersuchungsausschusses zur Aufklärung von mutmaßlichen Vernachlässigungen der Amtsvormundschaft und Kindeswohlsicherung durch das Amt für soziale Dienste, Bremische Bürgerschaft, Drucks. 16/138 vom 18.04.2007.

⁵ Vgl. Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls vom 04.07.2008, BGBl. I S. 1188 ff.

im Gesetz zu verankern, und die Zahl der Mündel in der Amtsvormundschaft auf maximal 50 Mündel je Amtsvormund zu begrenzen.⁶

2 Stufe 1 der Vormundschaftsrechtsreform

Das Bundesministerium der Justiz und die gesamte Bundesregierung haben die Vorschläge der Arbeitsgruppe aufgegriffen. Der entsprechende Gesetzentwurf⁷ ist von Bundestag und Bundesrat beschlossen worden; Das Gesetz⁸ ist am 6. Juli 2011 in Kraft getreten bzw. tritt am 5. Juli 2012 in Kraft. Seine Kernvorschriften enthalten folgende Regelungen:

2.1 Regelmäßiger persönlicher Kontakt

Die erste wesentliche Regelung betrifft § 1793 BGB.

§ 1793 BGB regelt die Pflichten und Rechte des Vormundes, insbesondere das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen und ihn zu vertreten.

Die Pflichten des Vormundes werden durch den neuen Absatz 1a konkretisiert. Dieser lautet:

„Der Vormund hat mit dem Mündel persönlichen Kontakt zu halten. Er soll den Mündel in der Regel einmal im Monat in dessen üblicher Umgebung aufsuchen, es sei denn, im Einzelfall sind kürzere oder längere Besuchsabstände oder ein anderer Ort geboten.“

Der Vorschlag der Expertenarbeitsgruppe, den persönlichen Kontakt zwischen Vormund und Mündel zu fördern, wird konsequent umgesetzt. Der Vormund soll den Mündel in dem erforderlichen Umfang persönlich treffen. Dies soll grundsätzlich am üblichen Aufenthaltsort des Mündels erfolgen. Denn der Vormund soll sich in regelmäßigen Abständen ein genaues Bild von den persönlichen Lebensumständen des Mündels verschaffen. Umfang und Häufigkeit des persönlichen Kontakts richten sich nach den Erfordernissen des Einzelfalls zum jeweiligen Zeitpunkt. Im Regelfall ist ein persönlicher Kontakt einmal im Monat erforderlich; Im Einzelfall kann es notwendig sein, den Mündel auch häufiger zu treffen. Dies soll insbesondere auch dazu dienen, dass sich ein Vertrauensverhältnis zwischen Vor-

⁶ Vgl. Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls – § 1666 BGB“ vom 14.07.2009, S. 42.

⁷ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/3617; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 17/5512.

⁸ Gesetz zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 29.06.2011, BGBl. I S. 1306 (BGBl. I Nr. 34 vom 05.07.2011).

mund und Mündel entwickeln kann. Der Vormund soll die aktuelle Lebenssituation seines Mündels und die weitere Zukunft mit seinem Mündel besprechen. Auch etwaige Missstände oder Unzufriedenheiten kann der Mündel bei dieser Gelegenheit äußern. Das Gesetz will damit vor allem erreichen, dass sich das Verständnis des (Amts-)Vormundes als des nur im Büro „verwaltenden“ Vormundes zwar nicht zum persönlich „fürsorgenden“, aber doch zum persönlich mit dem Mündel tätigen Vormunds hin ändert. Ziel ist eine persönliche Beziehung zwischen Vormund und Mündel, die zwar nicht das Eltern-Kind-Verhältnis ersetzen, den Vormund als Person aber für den Mündel erfahrbar machen und ihm einen verlässlichen Ansprechpartner geben kann. So kann auch der Vormund seiner Erziehungsverantwortung für den Mündel besser gerecht werden.

Wenn nach den Umständen des Einzelfalls ein weniger häufiger persönlicher Kontakt angezeigt sein sollte, kann der Vormund den Mündel – in dem erforderlichen Umfang – auch entsprechend seltener treffen. Dies kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn der Mündel in stabilen Verhältnissen lebt und nach seinem Alter und seiner Persönlichkeitsentwicklung in der Lage ist, auf eventuelle Missstände oder Anliegen in geeigneter Weise selbst hinzuweisen.

Des Weiteren kann es nach den Umständen des Einzelfalls zweckmäßig sein, den Mündel außerhalb seiner gewöhnlichen Umgebung zu treffen. Ein Kontakt in der gewöhnlichen Umgebung kann kontraproduktiv sein, wenn der Mündel in Anwesenheit der unmittelbaren Pflegepersonen nicht frei reden kann oder will. Wenn der Vormund mit dem Mündel zusammen etwa einen Zoo besucht, einen Spaziergang oder eine Radtour macht, so kann das zur Vertiefung einer persönlichen Beziehung dienen und gleichzeitig dem Vormund wichtige Informationen über den Mündel verschaffen.

Das Gesetz hat mit der jetzt gefundenen Formulierung die Bedenken mancher Länder und Verbände aufgegriffen und ganz klar gemacht, dass Abweichungen von dem monatlichen Kontakt in Richtung auf kürzere und längere Abstände durchaus möglich, sinnvoll und z.T. auch geboten sind. Das Gesetz macht damit deutlich, dass der Vormund – selbstverständlich auch der Amtsvormund – natürlich weiterhin einen Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum, und Kontakt entsprechend seiner fachlichen Einschätzung haben soll. Die Vorgabe „einmal im Monat“ soll hierbei jedoch im Regelfall als grundsätzlicher Anhalt dienen. Dieser im Gesetz geregelte Anhalt ermöglicht es den Gerichten, im Rahmen ihrer Aufsicht über den Vormund einzuschreiten und den Vormund zu dem im Einzelfall gebotenen Kontakt anzuhalten.

2.2 Fallzahlbegrenzung

Eine weitere zentrale Vorschrift des Gesetzes ist die Änderung in § 55 Abs. 2 SGB VIII mit der Begrenzung der Fallzahlen in der Amtsvormundschaft und Amtspflegschaft auf 50 Vormundschaften und Pflegschaften je vollzeittätigem Mitarbeiter des Jugendamtes.

Die festgesetzte Fallzahl entspricht der Empfehlung der Arbeitsgruppe „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls – § 1666 BGB“, die sich wiederum bei ihren Untersuchungen auf die „Dresdner Erklärung“⁹ der Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter aus dem Jahr 2000 gestützt hat. Auch diese Regelung soll nicht dazu dienen, die Amtsvormünder zu bevormunden. Im Gegenteil, sie soll ihnen durch die Einführung einer Fallzahlobergrenze die Arbeit in der Praxis erleichtern, weil sie durch den in einigen Kommunen zu erwartenden nicht unerheblichen Abbau von Fallzahlen mehr Zeit und Ressourcen für den einzelnen Mündel erhalten.

3 Stufe 2 der Vormundschaftsrechtsreform

Das Gesetz zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 29. Juni 2011 soll nur die erste Stufe der Vormundschaftsrechtsreform sein.

Mit diesem Gesetz ist nur ein Teil der Vorschläge der Arbeitsgruppe „§ 1666 BGB“ im Vormundschaftsrecht umgesetzt worden. Darüber hinaus gibt es in diesem Rechtsgebiet noch mehr Reformbedarf. Weitere Änderungen des Vormundschaftsrechts – eine umfassendere Vormundschaftsreform – sollen daher in einer zweiten Stufe erfolgen.

Die Arbeitsgruppe „§ 1666 BGB“ hat über das Gesetz zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 29. Juni 2011 hinausgehend die Prüfung folgender Eckpunkte¹⁰ vorgeschlagen:

- Der Einzelvormund sollte gestärkt werden.
- Der ehrenamtliche Einzelvormund sollte besser fachlich unterstützt werden und die Ressourcen für die ehrenamtliche Vormundschaft gezielter ausgeschöpft werden.
- Der vergütete Vereinsvormund als Einzelvormund sollte gesetzlich geregelt werden.

Als Ziele in der Amtsvormundschaft nannte die Arbeitsgruppe neben dem Abbau überhöhter Fallzahlen:

- Die fachliche Kompetenz in der Amtsvormundschaft sollte gestärkt werden.
- Bei der Interessenvertretung für den Mündel sollten Amtsinteressen sicher auszuschließen sein.

⁹ DAVorm 2000, 437.

¹⁰ Vgl. Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls – § 1666 BGB“ vom 14.07.2009, S. 42.

- Die Aufgaben von Amtsvormund und Mitarbeitern des Allgemeinen Sozialen Dienstes sollten klar voneinander abgegrenzt sein.
- Die Kooperation zwischen Amtsvormund und Familiengericht sollte verbessert werden.

Im Weiteren sollen nur einige Probleme aufgezeigt werden, die in der zweiten Reformstufe bewältigt werden müssen, die sich teils aus den Anforderungen der Arbeitsgruppe ergeben, teils aber auch in der sonstigen überkommenen Struktur des Vormundschaftsrechtes begründet sind.

3.1 Stärkung des Einzelvormundes

Zunächst ist festzuhalten, dass in der Praxis – entgegen dem Gesetz – die Amtsvormundschaft vor dem ehrenamtlichen Einzelvormund vorherrscht.¹¹

Welche Möglichkeiten sind denkbar, um möglichst vielen Mündeln eine Privatperson als individuellen Vormund zur Seite zu stellen?

- Eine Förderung des Ehrenamtes wird in diesem Bereich sicher hilfreich sein. Allerdings darf man sich keine Illusionen machen: Die Übernahme der Vormundschaft bedeutet Verantwortung für einen Zeitraum von bis zu 18 Jahren. Dieser Verantwortung kann sich ein Vormund nicht nach einem Jahr entziehen, wenn er kein Interesse an der ehrenamtlichen Tätigkeit oder einfach keine Lust mehr hat. Dies ist schon bei der Suche nach ehrenamtlichen Vormündern zum Schutze der betroffenen Kinder deutlich zu machen und sollte bei jedem ehrenamtlichen Bewerber hoffentlich zu genauer Prüfung führen, ob er sich der Verantwortung tatsächlich stellen kann und will.
- Denkbar ist es natürlich auch, wie im Betreuungsrecht dem Berufsbetreuer¹², so auch im Vormundschaftsrecht dem Berufsvormund den Vorrang vor der Amtsvormundschaft zuzuerkennen.¹³ Damit wäre aber grundsätzlich eine Verlagerung der entsprechenden Kosten von den Kommunen, die die Amtsvormünder zu vergüten haben, auf die Landesjustizverwaltungen verbunden. Berufsvormünder werden bei der durchaus häufigen Mittellosigkeit der Mündel aus dem Haushalt der Landesjustizverwaltung

¹¹ Vgl. die Zahlenangaben am Anfang.

¹² Vgl. § 1900 Abs. 1 und 4 BGB.

¹³ Vgl. § 1791b Abs. 1 BGB, der lediglich dem ehrenamtlichen Vormund den Vorrang vor der Amtsvormundschaft einräumt.

gen vergütet. Derartige Verschiebungen zwischen verschiedenen Kostenträgern sind in der Regel nicht unproblematisch.¹⁴

- Vielleicht kann aber auch das Gericht, das den Vormund aussucht, nicht nur das Jugendamt als Amtsvormund, sondern – wie im Falle des Behördenbetreuers nach § 1897 Abs. 2 S. 2 BGB – direkt einen konkreten Mitarbeiter des Jugendamtes bestellen. Damit könnte eine deutlich individuellere Vormundschaft auch bei der Amtsvormundschaft gesichert werden.

3.2 Stellung des Vormundes

Hier stellen sich zwei Probleme:

- Das Gesetz geht von dem ehrenamtlichen Einzelvormund aus, der den Mündel in seinen Haushalt aufnimmt. In der Praxis herrscht die Amtsvormundschaft des Jugendamtes vor. Auf diese Realität sollte das Gesetz Rücksicht nehmen. *Schwab*¹⁵ hat ja schon vorgeschlagen, zwischen dem „fürsorgenden“ und dem „verwaltenden“ Vormund zu differenzieren. Dabei müsste der fürsorgende Vormund „an Eltern statt“ die komplette Personen- und Vermögenssorge für das Kind haben. Welche Rechte und Pflichten sollen aber dem verwaltenden Vormund zustehen? Soll er nur zum Teil verantwortlich sein? Welche Rechte sollen diejenigen haben, bei denen das Kind tatsächlich lebt? Muss dann weiter differenziert werden zwischen Heimkindern und Kindern in Pflegefamilien? Wird eine derart aufgefächerte Regelung nicht viel zu kompliziert?
- Das zweite Problem scheint noch schwieriger zu sein. Der Vormund ist selbstständig und entscheidet selbst, wie er die Vormundschaft führt. Es ist nicht sinnvoll, dass er jede Maßnahme mit dem Gericht abstimmt. Das Gericht muss ihn aber beaufsichtigen und bei Pflichtwidrigkeiten eingreifen. Der historische Gesetzgeber hat das Problem durch eine sehr kleinteilige Regelung der Vermögenssorge und praktisch keine Vorgaben für die Personensorge gelöst. Nach heutigem Verständnis ist die Personensorge aber besonders wichtig. Ist es eine reine Zweckmäßigsfrage, welche Schule der Mündel besucht? Inwieweit soll sich das Gericht hier einmischen dürfen? Inwieweit muss sich das Gericht einmischen? Darf das Ge-

¹⁴ Darauf weisen die Eckpunkte zum Reformbedarf in der Vormundschaft und Pflegschaft – Anlage 5 zum Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls – § 1666 BGB“ vom 14.07.2009, S. 4 – hin.

¹⁵ *Schwab*, in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit, Neue Perspektiven im Vormundschafts- und Pflegschaftsrecht, S. 29, 32 ff.

richt schon bei Zweckmäßigkeitsfragen oder bei Verstößen gegen wichtige Mündelinteressen einschreiten?

3.3 Genehmigungen für Rechtsgeschäfte des Vormundes

Auch hier drängen sich zwei Probleme auf:

- Das Vormundschaftsrecht kennt zahlreiche Geschäfte, zu denen der Vormund die Genehmigung des Gerichtes oder des Gegenvormundes braucht. Sind alle Geschäfte wirklich so wichtig, dass der Vormund sie nicht nach eigener Einschätzung zum Wohl des Mündels erledigen kann? Wäre es nicht einfacher, wenn das Gericht zu Beginn der Vormundschaft konkrete Vorgaben macht?
- In Deutschland gibt es derzeit ungefähr 18 Mio. minderjährige Kinder, 1,2 Mio. Betreute und 65.000 Vormundschaften und Pflegschaften. Dennoch verweist das Kindschaftsrecht für Genehmigungen weitgehend auf die Vormundschaft. Das Betreuungsrecht verweist in noch stärkerem Umfang auf das Vormundschaftsrecht. Vielleicht kann man hier bei allen Unterschieden die Rechtslage der tatsächlichen Bedeutung der Rechtsinstitute anpassen.

3.4 Umbau des Jugendamtes, Recht der Pflegekindschaft

Die Arbeitsgruppe „1666 BGB“ hat auch eine organisatorische Trennung der Amtsvormundschaft vom Jugendamt angeregt. Ob es gelingen kann, diesen eher behördentechnischen Ansatz in einer Vormundschaftsrechtsreform mit zu erledigen, ist angesichts des Umfangs der Aufgaben in der Vormundschaftsreform durchaus zweifelhaft. Das gleiche gilt für das Recht der Pflegekindschaft. Schon die Lösung der eben aufgezeigten Probleme macht eine vollständige Neufassung des Vormundschaftsrechtes erforderlich. Ob daneben noch Zeit und Kraft für weitere Fragen bleibt, wird sich zeigen müssen.

Die Reform des Vormundschaftsrechts aus Sicht der Praxis und Jugendhilfe – Chancen, Perspektiven und Risiken

Wolfgang Rütting

1	Die Ausgangslage – Praxis der Vormundschaft in öffentlicher Verantwortung	130
2	Die neue Gesetzeslage – was ändert sich für die öffentliche Jugendhilfe?	131
3	Wie sollte sich das Aufgabenfeld der Vormundschaft weiterentwickeln?.....	134
	3.1 Einzelvormundschaft	135
	3.2 Beruflich geführte Vormundschaften	135
	3.3 Vereinsvormundschaften.....	135
4	Wie kann sich die Praxis der Amtsvormundschaft weiterentwickeln?	136
5	Was hat das Ganze mit den Rechten der Kinder zu tun?	137

1 Die Ausgangslage – Praxis der Vormundschaft in öffentlicher Verantwortung

Die Diskussion zur Weiterentwicklung der (Amts-)Vormundschaften ist in den zurückliegenden Jahren seit 1995 zwar langsam, aber immerhin in Gang gekommen. Der vorläufige Höhepunkt ist jetzt erreicht. Zum 1. Juli 2011 tritt das „neue“ Vormundschaftsrecht in Kraft. Erste wichtige Ziele sind erreicht. Vieles bleibt allerdings auch noch zu tun. Ich möchte einige Meilensteine der Entwicklung an den Anfang stellen:

- Gründung des Überregionalen Arbeitskreises der Amtsvormünder und Amtsvormünderinnen in Nordrhein-Westfalen (später Ausweitung auf die Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter)
- Erarbeitung eines ersten Aufgaben- und Rollenprofils für die Arbeit als Amtsvormund 1999
- Kindschaftsrechtsreform 1998
- Dresdener Erklärung 2000
- Untersuchung „Vormundschaften in Deutschland“, *Hansbauer* u.a. 2002-2004
- Forschungs- u. Praxisprojekt Einzelvormundschaften Institut für soziale Arbeit, 2005-2007
- Ab 2007: Berufsbildentwicklung des Vormundes durch Entwicklung qualifizierter, integrativer Fortbildungsmaßnahmen, z. B. Fachhochschule Münster, DIJuF Heidelberg
- Fall Kevin und die Wende...
- Fachtagung Köln und anschließende Bildung des Bundesforums Vormundschaften 2008
- Ab 2009: Reformdebatte zur Änderung des Vormundschaftsrechts. Abschluss mit dem Bundesratsbeschluss im Mai 2011.
- Bundesweite Fachtagung Dresden 2010 – Zehn Jahre Dresdener Erklärung

Weitere Meilensteine ließen sich hier nennen. Es bleibt ein mühsamer Weg, geprägt durch Veränderungsbereitschaft und Initiative, aber auch durch Verharren im Status quo. Für die Vormundschaft als eines der letzten Aufgabenfelder der Jugendhilfe im Reformprozess war es jetzt aber unumgänglich, die Veränderungsbestrebungen in einen verbindlichen gesetzlichen Rahmen zu bringen. Bezeichnend ist dabei der äußere Anlass, namentlich der Fall Kevin.

Wir sprechen dabei über keinen „Randbereich“ der Jugendhilfe. Ca. 66.000 Kinder und Jugendliche stehen aktuell unter Vormundschaft und Pflegschaft. Der Großteil dieser jungen Menschen lebt nicht mehr in den Herkunftsfamilien. Lebensorte sind Wohn- und Betreuungsformen in der Heimerziehung oder in Pflegefamilien. In der Regel handelt es sich um bestellte Vormundschaften in Folge eines Entzuges der elterlichen Sorge oder Teilen hiervon. Es sind also junge Menschen, die per se aus schwierigsten Lebensverhältnissen stammen. Nicht nur der Fall Kevin belegt, dass es danach für unter Vormundschaft stehende junge Menschen nicht viel besser geworden ist. Nach wie vor hohe Fallzahlenfrequenzen in der Amtsvormundschaft, unklare Rollen- und Aufgabenprofile in Abgrenzung zu anderen Feldern der sozialen Arbeit, kaum vorhandene Handlungskonzepte, letztlich das nach wie vor zu sehende Alleinstellungsmerkmal Amtsvormundschaft sind dabei nur die ersten Punkte auf der Mängelliste zur Vormundschaftspraxis in Deutschland als ein sicherlich wichtiges Handlungsfeld der Jugendhilfe. Hilft uns die Gesetzesreform zum Vormundschaftsrecht dabei weiter?

2 Die neue Gesetzeslage – was ändert sich für die öffentliche Jugendhilfe?

Grundsätzlich kann das Gesetz zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts als ein erster wichtiger und richtiger Schritt zur fachlichen Weiterentwicklung der Vormundschaft betrachtet werden, insbesondere mit Blick auf die Amtsvormundschaft.

Die Reformdiskussion der vergangenen Jahre, so wie oben dargestellt, strebte vor allem die Verbesserung der Betreuung und die Rechtstellung für die betroffenen Kinder und Jugendlichen an, für die eine Vormundschaft eingerichtet ist. Im Mittelpunkt stehen deren Belange, Interessen und Rechte. Zu unterstreichen ist dabei, dass die Vormundschaft, gleichwohl in welcher Form (Einzelvormundschaft, Vereinsvormundschaft, Amtsvormundschaft), der elterlichen Sorge nachgebildet ist (§§ 1626, 1631-1633, 1800 BGB). Die ordnungsgemäße Erfüllung des Führens einer Vormundschaft verlangt insofern eine persönliche Beziehung des Vormunds oder des Pflegers zum betroffenen Kind oder Jugendlichen. Vielmehr noch: Unter fachlichen Gesichtspunkten stellt das Führen einer Vormundschaft – unabhängig von der Organisationsform – eine sozialpädagogische Tätigkeit im eigentlichen Sinne dar.

Güte und Qualität der zu führenden Vormundschaft werden wesentlich dafür stehen, wie sich die betroffenen Kinder und Jugendlichen weiterentwickeln und ihren Weg ins Leben finden können. Mit Blick auf die sozialen Folgewirkungen schwieriger Lebensverläufe junger Menschen hat die qualitative Führung der Vormundschaft insofern auch eine erhebliche gesellschaftliche Relevanz.

Die Reformdiskussion zur Weiterentwicklung der Vormundschaften in Deutschland orientiert sich insbesondere und nach wie vor an diesen Fragen. Es geht um

die Verbesserung der Qualität der Vormundschaftsarbeit mit Blick auf die Belange der betroffenen jungen Menschen.

Zu unterscheiden ist dabei zwischen Merkmalen traditioneller Vormundschaftsführung und Merkmalen einer entwicklungsorientierten Gestaltung der Vormundschaft.

Die Praxis der *traditionellen Vormundschaftsführung* konzentriert sich dabei auf das Prinzip der Mündelverwaltung. Der unter Vormundschaft stehende junge Mensch ist Objekt der Tätigkeit. Die hohen Fallzahlen (zwischen 80 und 200 Fälle pro Fachkraft) und das Selbstverständnis der Vormundschaft in diesem Kontext bedingen eine deutliche Reduzierung von Betreuung/Beziehung zum jungen Menschen und den Vorrang administrativer Tätigkeiten. Die Betreuung des jungen Menschen wird anderen Fachdiensten übertragen. Hiermit in Verbindung steht eine hohe institutionelle Konflikthäufigkeit, in deren Folge weitere organisatorische Ressourcen gebunden werden.

Die Amtsvormundschaft gilt dabei als vorrangiges Organisationsprinzip. Alternative Formen des Führens einer Vormundschaft (Einzelvormundschaft, Vereinsvormundschaft) werden ausgeblendet bzw. hinsichtlich ihrer Machbarkeit in Frage gestellt.

Die entwicklungsorientierte Gestaltung der Vormundschaft(-sführung) betrachtet und respektiert den betroffenen jungen Menschen in seiner Subjekthaftigkeit (Art. 3 und 12 UN-Kinderrechtskonvention). Der Beziehungs- und Erziehungsaspekt mit Blick auf die Führung der Vormundschaft ist zentrales Leit- und Handlungsmotiv. Es geht stets darum, die Vormundschaft oder Pflegschaft ausgehend von den Interessen, Bedürfnissen und Rechten des jungen Menschen zu gestalten, statt vormundschaftsrechtliche Obliegenheiten zu verwalten. Diese Form des Führens einer Vormundschaft folgt einem reflektierten Rollen- und Haltungskonzept, in dessen Mittelpunkt der betroffene junge Mensch steht. Die Vormundschaft selbst ist dabei durch den Vormund möglichst unabhängig zu führen, so dass die Amtsvormundschaft als Vorrangprinzip zurückgestellt wird mit dem Ziel, Vormundschaften in ehrenamtlicher Form oder als Berufs- und Vereinsvormundschaft zu führen. Bleibt es bei der Amtsvormundschaft, wird diese nicht mit anderen Aufgaben der Jugendhilfe (z. B. Beistandschaften gem. § 1712 BGB) vermischt. Eine Übertragung vormundschaftlicher Aufgaben auf Fachdienste der Jugendhilfe erfolgt nicht. Stattdessen nutzt der Amtsvormund als Antragsteller einer Sozialleistung die Beratungs- und Unterstützungsmöglichkeiten der Jugendhilfe zur Förderung der betroffenen jungen Menschen und zur Absicherung der eigenen Vormundschaftsführung.

Das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts kann aus Sicht der öffentlichen Jugendhilfe vor allem verstanden werden als erster Ansatz zur Überwindung traditioneller Formen des Führens der Vormundschaft im behördlichen Kontext. Mit Blick auf die Qualitätsentwicklungsaspekte Struktur-, Prozess- und Ergebnisqualität strebt es zunächst eine Verbesserung struktureller Rahmenbedingungen an. Weitere Schritte bleiben einer nachfolgenden, weitergehenden Reform vorbehalten. Deren Umfang und Zielrichtung bleibt allerdings offen.

Aus Sicht der öffentlichen Jugendhilfe fällt als erstes die Änderung des § 55 SGB VIII auf. Vor der Übertragung der Aufgaben als Amtsvormund oder Amtspfleger soll das Jugendamt das Kind oder den Jugendlichen zur Auswahl des Beamten oder Angestellten mündlich anhören. Zudem soll ein vollzeitbeschäftigter Mitarbeiter des Jugendamts nicht mehr als 50 Einzelfälle bearbeiten, sprich Vormundschaften oder Pflegschaften führen (§ 55 Abs. 1 SGB VIII). In Abs. 3 erfolgt die Verpflichtung zur persönlichen Kontakthaltung zum Kind oder Jugendlichen durch den Amtsvormund sowie dessen persönlicher Gewährleistungsauftrag zur Förderung und Pflege des unter Vormundschaft stehenden Kindes oder Jugendlichen. Bis auf die Fallzahlenobergrenze von 50 Fällen pro Fachkraft stellt die Neufassung des § 55 SGB VIII eher eine Präzisierung der bisherigen Rechtslage dar. Das ist gut und richtig, zumal Interpretationen der bestehenden Rechtslage durchaus das Führen der Vormundschaft im traditionellen Sinne erst möglich gemacht hat. Nach der aktuellen Lesart dürfte das künftig im Kontext Jugendamt schwieriger sein.

In der Praxis kaum „ehrlich“ einlösbar, wenngleich absolut richtig, ist das Anhörungsrecht des betroffenen Kindes oder Jugendlichen vor Bestellung eines Amtsvormunds oder Amtspflegers. Was geschieht, wenn das Kind ablehnt? Stehen in diesem Fall Alternativen zur Verfügung? Wenn nein, was dann? Wie ist der Beschwerdefall zu handhaben? Und warum bezieht sich dieser richtige Anhörungsgrundsatz nicht auf alle Formen der Vormundschaft, also auch auf die in privater oder freier Trägerschaft?

Problematisch erscheint der Richtwert 50 Fälle pro Fachkraft (§ 55 Abs. 2 S. 4 SGB VIII) – warum? Die Änderungen der §§ 1793 Abs. 1a, 1800 BGB definieren Standards zur Kontakthaltung mit dem Kind oder Jugendlichen sowie die Gewährleistungsverpflichtung mit Blick auf Pflege und Erziehung. Diese gelten für den Amtsvormund gleichermaßen und bieten Kriterien für eine sog. analytische Fallzahlenbewertung zur Quantifizierung der Arbeit als Amtsvormund. Die nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts notwendigerweise in der öffentlichen Verwaltung durchzuführende Neubewertung des Arbeitsplatzes kommt demnach aller Wahrscheinlichkeit nach auf einen geringeren Fallzahlenzuschnitt pro Fachkraft. 50 Fälle, diese stehen jetzt im Raum, bedeuten ca. 2,5 Arbeitskontakte pro Tag. Zeiten der Vor- und Nachbereitung, Kontakte zu Dritten und sog. Rüstzeiten etc. sind dabei noch gar nicht berücksichtigt. Das macht so wenig Sinn und kommt eher dem Abarbeiten von

Pflichtaufgaben gleich, weniger der im Gesetz geforderten Beziehungsarbeit und persönlichen Kontakthaltung zum Kind/Jugendlichen. 50 Fälle als Obergrenze stehen jetzt allerdings im Raum und zur Debatte, dominieren die Fachdiskussion; unnötig und mit Blick auf inhaltliche Fragestellungen eher kontraproduktiv.

An diesem Punkt wird deutlich: Das Gesetz bemüht sich sehr um die Verbesserung struktureller Vorgaben, sicherlich im Sinne der betroffenen Kinder (Fall Kevin). Vor diesem Hintergrund sind auch die im Vormundschaftsrecht (Führung der Vormundschaft) direkt vorgenommenen Änderungen zu verstehen, die sich grundsätzlich auf die Vormundschaft an sich beziehen, ohne die Amtsvormundschaft explizit zu benennen. Die Leitnorm des § 1793 Abs. 1a BGB gibt vor, dass der Vormund mit dem unter Vormundschaft stehenden jungen Menschen persönlichen Kontakt zu halten hat. Er hat die Pflege und die Erziehung persönlich zu fördern und zu gewährleisten (§ 1800 S. 2 BGB). Eine selbstverständliche Logik, die aber auch erfüllbar sein muss. Beziehungsarbeit, vor allem im Kontext des Führens einer Vormundschaft, ist (in der Regel) ein dauerhafter Prozess und eben kein Abarbeiten regelmäßiger Termine und Formalkriterien.

In der weiteren Debatte bleibt der Fokus wesentlich auf die Amtsvormundschaften gerichtet. Die Verbesserung der Qualität der Tätigkeit als Vormund oder Pfleger gerät dabei aus dem Blick, insbesondere die Weiterentwicklung alternativer Formen der Vormundschaft! Nach wie vor gilt aber, auch wenn an dieser Stelle vom Gesetzgeber nicht weiter konkretisiert, das „Follow up“-Prinzip, nämlich die Benennung eines Einzelvormunds (§ 1797 BGB) vor der Benennung einer Vereinsvormundschaft (§ 1791 BGB) sowie vor der Einrichtung einer Amtsvormundschaft (§ 1791c BGB). Die Bestellungspraxis in Deutschland entwickelt sich indes weiter in umgekehrten Folgen. Geschätzt werden kann, dass weiterhin ca. 85% aller Vormundschaften als Amtsvormundschaften geführt werden. Lediglich ca. 10% der Vormundschaften werden als Einzelvormundschaften geführt (auch Berufsvormundschaften/professionelle Fachkräfte in freiberuflicher Tätigkeit). Der Rest (ca. 4 bis 5 %) wird durch freie Träger der Jugendhilfe als Vereinsvormundschaft abgedeckt.

Die Statistik mag sich zu Gunsten der alternativen Formen der Vormundschaft verändern. Gefördert wird das durch das Gesetz zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts allerdings nicht.

3 Wie sollte sich das Aufgabenfeld der Vormundschaft weiterentwickeln?

Die Führung der Vormundschaft, bzw. das Wesen der Vormundschaft, ist eine in jeder Beziehung am Kind oder am Jugendlichen orientierte Tätigkeit. Das erfordert Zeit und Raum. Es geht darum, eine persönliche Beziehung aufzubauen, zu halten und entwicklungsorientiert weiterzuführen. Leitprinzipien sind dabei die sozialpä-

dagogischen Kriterien Fördern, Fordern, Schützen und Stützen. Die Vormundschaft entwickelt sich in diesem konstruktiven Spannungsverhältnis. Der Vormund muss das aber auch leisten können, sowohl qualitativ als auch quantitativ.

Das Aufgabenfeld Vormundschaft benötigt vor allem eine Öffnung hin zu einer Vielfalt der Arbeitsformen. Das im Gesetz vorgesehene „Follow up“ von Einzelvormundschaft, Vereinsvormundschaft und Amtsvormundschaft bedarf hierzu der konkreten Realisierung. Der öffentlichen Jugendhilfe kommt dabei im Rahmen des Gestaltungsauftrages bzw. der Gesamtverantwortung (§§ 1, 79 SGB VIII) eine koordinierende und aufbauende Funktion zu.

3.1 Einzelvormundschaft

Zunächst ist mit dem Mythos Schluss zu machen, Einzelpersonen seien für die Übernahmen einer Vormundschaft nicht zu finden oder nicht geeignet. Das trifft definitiv nicht zu. Auch Personen mit der Absicht, eine Vormundschaft beruflich führen zu wollen, stellen eine reale und gut umzusetzende Möglichkeit dar.

Privatpersonen sind zu akquirieren. Das geschieht beispielsweise über Ausschreibungen oder Inanspruchnahme bürgerschaftlichen Engagements im Rahmen freier Träger oder anderer Berufsverbände. Die Erfahrung zeigt, dass Menschen unterschiedlichen Alters, sozialer Herkunft und beruflicher Qualifikation zur Übernahme einer Vormundschaft bereit sind. Dazu benötigen sie allerdings eine gute Vorbereitung und Schulung, Begleitung (bei Krise, Komplexitätsverdichtung), Beratung und insbesondere Anerkennung und Wertschätzung. Diese Investition ist von der Jugendhilfe zu tragen. Der „abzuschöpfende Mehrwehrt“ ist dabei auf jeden Fall gesichert, sowohl mit Blick auf die Kinder und Jugendlichen als auch auf die regionale Praxis der Jugendhilfe (Beispiele: Stadt Bochum, Stadt Hamburg, Berliner Flüchtlingshilfe, Kreis Warendorf etc.). Die Förderung der sog. ehrenamtlichen Vormundschaft stellt allerdings eine dauerhafte und pflegeintensive Aufgabe dar.

3.2 Beruflich geführte Vormundschaften

Beruflich geführte Vormundschaften außerhalb von Vereinen und Jugendämtern werden erfahrungsgemäß z. B. von Berufsbetreuern in freier Praxis sehr gut umgesetzt. Sie bringen insbesondere das Know How für die Arbeit in „komplizierteren“ Fällen mit. Andere freiberufliche Beratungsfachkräfte sind gleichfalls geeignet. Grundsätzlich gilt: Auch diese „fachliche Ressource“ bedarf der örtlichen Anbindung und Koordination.

3.3 Vereinsvormundschaften

Auch Vereinsvormundschaften treten langsam aus ihrem jahrzehntelangen Schattendasein heraus. Dabei gibt es bekannte Träger der freien Jugendhilfe, deren fachliches Grund- und Selbstverständnis traditionell auf die Führung der Vormund-

schaft zurückzuführen ist (z. B. die Verbände für Soziale Dienste SKF und SKM). Leider war es ihnen (rechtlich unbegründet) viele Jahre verwehrt, eine Refinanzierung ihrer Leistung über die Justizkasse zu realisieren. Die Dominanz der Amtsvormundschaft verhinderte bislang zudem vielfach die ergänzende oder vollständige Finanzierung durch die öffentliche Jugendhilfe. Das hat sich 2007 mit dem Urteil des BGH insofern geändert, als nun auch Vereine mit der Justizkasse im Rahmen des Berufsvormündervergütungsgesetzes abrechnen können. Nachfolgende Rechtsprechungen haben diese Praxis bestätigt. Zudem wird die öffentliche Jugendhilfe nicht umhin kommen, ergänzende Finanzierungssysteme zu entwickeln. Vereine müssen sich nun auf den Weg machen, das Handlungsfeld Vormundschaft „zurückzuerobern“. Allerdings ist dafür eine gute fachliche Präsenz gegenüber dem Familiengericht und dem öffentlichen Träger der Jugendhilfe erforderlich. Für die öffentliche Jugendhilfe gilt auch hier das Subsidiaritätsprinzip (§§ 3, 4 SGB VIII).

4 Wie kann sich die Praxis der Amtsvormundschaft weiterentwickeln?

Das Gesetz zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts setzt einen ersten Entwicklungsrahmen. Wie gesagt, richtet sich der gesetzliche Veränderungsimpuls überwiegend auf die strukturellen Aspekte der Vormundschaft.

Die Führung der Vormundschaft ist und bleibt eine Aufgabe der Jugendhilfe; eine sehr elementare, klassische und zutiefst sozialarbeiterische zudem. Es geht stets darum, Kindern und Jugendlichen, deren Eltern an der Ausübung der elterlichen Sorge aus welchen Gründen auch immer gehindert sind, die Gewissheit einer rechtlichen Interessenvertretung und verbindlichen persönlichen Begleitung und Unterstützung zu geben.

Aber: Die Vormundschaft ist keine per se als Amtsvormundschaft zu realisierende Tätigkeit. Die Vormundschaft in öffentlicher Verantwortung als Amtsvormundschaft ist nachrangig gegenüber der privaten Einzelvormundschaft bzw. beruflich geführten Vormundschaften und Vereinsvormundschaften. Aufgabe des öffentlichen Trägers der Jugendhilfe ist es an erster Stelle, Vormundschaften für Minderjährige in den unterschiedlichsten Formen freier Trägerschaft zu ermöglichen. Die Rollen des Jugendamts ist dabei eine mittelbare, insbesondere bestimmt durch die Aspekte Fachplanung, Qualitätssicherung, Netzwerkarbeit, Finanzierung, Förderung und Unterstützung der Akteure im Aufgabenfeld Vormundschaft. Gesamtverantwortung der Jugendhilfe bedeutet Aufgabensicherung zum Wohle einer spezifischen, aber nicht kleinen Zielgruppe junger Menschen.

5 Was hat das Ganze mit den Rechten der Kinder zu tun?

These: Das Recht der Vormundschaft in Deutschland wird sich erst dann nachhaltig ändern, wenn die Sensibilität für die Rechte von Kindern und deren Belange und Bedarfslagen nachhaltig ausgeprägt ist. Davon sind wir in unserem Land m.E. noch weit entfernt!

Warum? Der Weg der Kinder und Jugendlichen bis in die Vormundschaft ist kompliziert, lang und beschwerlich. Die Verfahren zum Schutz von Kindern und Jugendlichen (§ 8a SGB VIII, §§ 1666 und 1666a BGB, §§ 151 ff. FamFG) bauen Hürden auf, viele unüberwindlich. Eine erste Hürde beginnt mit der Frage, ob ein Verfahren überhaupt in Gang gesetzt wird (§§ 23 ff., 157 ff. FamFG). Wenn es dann in Gang gesetzt ist, entwickeln sich Verlaufsprozedere, die außerordentlich kompliziert, von den Interessen der Erwachsenen (Eltern, Experten etc.) dominiert und im Zeitverlauf alles andere als kindorientiert sind. Nach wie vor verzeichnen wir eine durchschnittliche Verfahrensdauer in Kindschaftssachen von sieben bis neun Monaten. Dabei drängt sich oft der Eindruck auf, dass es nur in zweiter Linie um die Interessen des betroffenen Kindes oder des Jugendlichen geht. Der Maßstab „Kindeswohl“ als unbestimmter Rechtsbegriff ist eher zu einer Kategorie „verkommen“, die den Umfang und das Vermögen elterlicher Kompetenz überprüft und diese dabei je nach Einzelfall bis zur letzten Möglichkeit ausreizt. Nach aktueller Rechtsprechung ist es „...in Kauf zu nehmen [...], dass Kinder durch den Entschluss der Eltern wirkliche und vermeintliche Nachteile erleiden“.¹ Die Rechte der Kinder und Jugendlichen – vielfach postuliert u.a. in der UN-Kinderrechtskonvention, dem Kinder- und Jugendhilferecht (SGB VIII), im Kontext der Kindschaftsrechtsreform von 1998 und dem Familienverfahrensrecht (FamFG von 2009) – haben dabei scheinbar eher eine untergeordnete Bedeutung. Auf die leidige und in Teilen auch nicht mehr nachvollziehbare Diskussion zum Thema „Kinderrechte in die Verfassung“ sei dabei nur noch am Rande hingewiesen. Die vielfach zitierte Subjektstellung der Kinder und Jugendlichen in den kindschaftsrechtlichen Verfahren ist nicht erreicht.

Kinderschutz bleibt daher – auch mit Blick auf die jetzt verabschiedete Reform des Vormundschaftsrechts – Objektschutz. Insofern muss es nicht verwundern, dass die aktuelle Gesetzesregelung eher strukturelle Schwerpunkte setzt. Immerhin!

Qualitativ werden sich die Vormundschaft und Pflegschaft nur dann nachhaltig weiter entwickeln können, sobald sich grundsätzliche Haltungen gesellschaftlich und (materiell-/verfahrens-)rechtlich gegenüber den Rechten und Wertigkeiten mit Blick auf junge Menschen (Kinder, Jugendliche) weiterentwickeln. In der Konsequenz bedeutet dies, dass sich das Recht der Vormundschaft wohl nur im Verbund mit einer weiteren Debatte zu den Rechten der Kinder und Jugendlichen in Deutschland weiterentwickeln kann.

Grundsätzlich bleiben weitere Themen offen, u.a.:

¹ Vgl. BVerfGE 60, 79, 94, st.Rspr.

- Festlegung von Funktion und Qualifikation des Vormundes
- Subsidiaritätsprinzip im Kontext der Organisationsentwicklung der Vormundschaften
- Rechte der Kinder und Jugendlichen unter Vormundschaft und Pflegschaft
- Ausführungsregeln zum „Follow up“ von Einzelvormundschaft, Vereinsvormundschaft, Amtsvormundschaft.

Wege aus der anonymisierten Vormundschaft – nach der Reform ist vor der Reform

Ludwig Salgo

1	Einleitung	140
2	Ziele und Instrumente der Reform	140
3	Kevin u.a.	142
4	„Mittelfristig soll eine grundlegende Modernisierung des Vormundschaftsrechts folgen.“	146
5	Kontrollen und Standards	149
6	Unabhängigkeit des Vormunds	150
7	Qualifizierung, Rekrutierung, Perspektiven.....	151

1 Einleitung

Das *Gesetz zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts*¹ ist am 14. April 2011 vom Deutschen Bundestag beschlossen worden; der Bundesrat hat am 25.05.2011 zugestimmt. Dieses Gesetz trat – mit einigen Ausnahmen, die erst ein Jahr nach der Verkündung des Gesetzes in Kraft treten – am 6.7.2011 in Kraft.² Der Schwerpunkt dieses Beitrags³ soll nicht bei den durch diese Reform bereits erfolgten bzw. demnächst in Kraft tretenden Änderungen⁴ und den sich bereits abzeichnenden Schwierigkeiten seiner Umsetzung⁵ liegen, vielmehr soll es um die Ziele und Grundsätze einer noch weitergehenden Reform (zweite Stufe) gehen⁶, die die Rechtspolitik im Rahmen der Verabschiedung dieses Gesetzes für erforderlich gehalten und bereits in Aussicht gestellt hat⁷ (zweite Stufe). Dennoch sollen zunächst die Essentials dieses ersten wichtigen und richtigen Reformschritts nochmals in Stichworten am Anfang dieses Beitrags stehen. Dieses Gesetz wurde auch schon als „Amtsvormundschaftsverbesserungsgesetz“⁸ und als Minimalkompromiss apostrophiert, was angesichts der Fokussierung dieses ersten Reformschrittes nicht überrascht.

2 Ziele und Instrumente der Reform

*„Ziel des Entwurfs ist es, den persönlichen Kontakt des Vormundes zu dem Mündel und damit die Personensorge für den Mündel zu stärken“.*⁹ Im Einzelnen soll dieses Ziel über nachfolgende Wege sichergestellt werden:

-
- ¹ Auf die gleichzeitige Veränderung im Betreuungsrecht wird hier nicht näher eingegangen.
 - ² BGBl. I S. 1306.
 - ³ Vgl. Zur Notwendigkeit einer Reform *Salgo/Zenz* FamRZ 2009, 1378 sowie *Zenz/Salgo* frühe Kindheit 04/10, 29.
 - ⁴ Hierzu *Hoffmann* FamRZ 2011, 249.
 - ⁵ DIJuF, Zur Umsetzung des Gesetzes zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts – erste Hinweise vom 14.10.2011; DIJuF-Rechtsgutachten, JAmt 2011, 648 f.; vgl. auch *Meysen*, in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit, Neue Perspektiven im Vormundschafts- und Pflegschaftsrecht, Göttingen 2011, S. 66 ff.
 - ⁶ Grundlegend *Zenz*, Reformbedarf im Recht der Vormundschaft/Pflegschaft, in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit, Neue Perspektiven im Vormundschafts- und Pflegschaftsrecht, Göttingen 2011, S. 9 ff.; Vgl. ebd. *Meyer*, Lösungsvorschläge des Gesetzgebers, S. 18, 24 mit einem Ausblick auf Stufe 2 der Reform.
 - ⁷ MdB *Vofßhoff*, BT-Plenarprot. 17/71, S. 7750.
 - ⁸ *Veit/Salgo* ZKJ 2011, 82, 85; in diesem Sinne auch *Rüting*, S. 123 ff. in diesem Band.
 - ⁹ BT-Drucks. 17/3617, S. 1.

- Ein Amtsvormund soll höchstens 50 Mündel¹⁰ betreuen:
„Ein vollzeitbeschäftigter Beamter oder Angestellter, der nur mit der Führung von Vormundschaften oder Pflegschaften betraut ist, soll höchstens 50 und bei gleichzeitiger Wahrnehmung anderer Aufgaben entsprechend weniger Vormundschaften oder Pflegschaften führen“ (§ 55 Abs. 2, S. 4 SGB VIII).¹¹
- Der Vormund soll in der Regel jeden Monat persönlichen Kontakt mit dem Mündel aufnehmen:
„Der Vormund hat mit dem Mündel persönlichen Kontakt zu halten. Er soll den Mündel in der Regel einmal im Monat in dessen üblicher Umgebung aufsuchen, es sei denn, im Einzelfall sind kürzere oder längere Besuchsabstände oder ein anderer Ort geboten.“ (§ 1793 Abs. 1a BGB).
- Der Vormund hat die Pflicht, den Mündel persönlich zu fördern und seine Erziehung zu gewährleisten:
„Der Vormund hat die Pflege und Erziehung des Mündels persönlich zu fördern und zu gewährleisten“ (§ 1800 Satz 2 BGB).
- Die Aufsichtspflichten des Gerichtes und die Berichtspflichten des Vormundes werden ausgedehnt:
„Es (das Familiengericht) hat insbesondere die Einhaltung der erforderlichen persönlichen Kontakte des Vormunds zu dem Mündel zu beaufsichtigen“ (§ 1837 Abs. 2, S. 2 BGB).¹²
 - Inhalt des Berichts an das Familiengericht hinsichtlich der Kontakte zum Mündel:
„Der Bericht hat auch Angaben zu den persönlichen Kontakten des Vormunds zu dem Mündel zu enthalten“ (§ 1840 Abs. 1, S. 2 BGB).
- Bei der Amtsvormundschaft soll das Jugendamt das Kind vor der Übertragung der Aufgaben des Vormundes auf einen Mitarbeiter anhören:
„Vor der Übertragung der Aufgaben des Amtspflegers oder des Amtsvormunds soll das Jugendamt das Kind oder den Jugendlichen zur Auswahl des Beamten oder Angestellten mündlich anhören, soweit dies nach Alter und Entwicklungsstand des Kindes

¹⁰ Diese erstmalige Festlegung einer Fallzahl hat auch lebhaft Diskussionen über Fallzahlbegrenzungen in anderen Tätigkeitsfeldern der Kinder- und Jugendhilfe, insbesondere für den Allgemeinen Sozialdienst (ASD), ausgelöst.

¹¹ Tritt erst am 05.07.2012 in Kraft.

¹² Tritt erst am 05.07.2012 in Kraft.

oder Jugendlichen möglich ist. Eine ausnahmsweise vor der Übertragung unterbliebene Anhörung ist unverzüglich nachzuholen“ (§ 55 Abs. 2, S. 2 und 3 SGB VIII).¹³

3 Kevin u.a.

In der Englischen Sozialarbeit kennen alle Fachkräfte ebenso wie die mit Familienrecht befassten Juristen den *Maria- Cohwell-Fall*.¹⁴ In Deutschland konnte, nein musste, der *Todesfall von Kevin* für Theorie und Praxis und auch für die Politik zu einem Orientierungsfall werden.¹⁵ Im umfangreichen, nebst Anlagen über 400 Seiten langen Untersuchungsbericht der Bremischen Bürgerschaft¹⁶ zu diesem Todesfall finden sich 283 sog. Treffer für den Suchbegriff „Vormund“. Es wurde verübelt, dass ausgiebig die Rolle der Amtsvormundschaft im Todesfall von Kevin wiederholt beleuchtet wurde und dass auch die regierungsamtliche Begründung des Gesetzes zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts hierauf Bezug nahm.¹⁷ Es ist hier nicht der Ort, sich erneut mit „Kevin“ zu befassen. Nicht nur die Kinder- und Jugendhilfe ist gefordert, sich im Rahmen von Fehlerkultur¹⁸ mit ihren Fehlverläufen zu befassen, sondern auch die Justiz bis hin zu den Rechtspflegern.¹⁹ Die angebliche Schwäche des Regierungsentwurfs des Gesetzes zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts, er orientiere sich an der Abwendung von Kindeswohlgefährdungen – so einzelne Kritiker – erscheint geradezu befremdlich. Dass sich die Politik solcher Fehlverläufe annimmt, ist im Gegenteil zu begrüßen.²⁰ Die nunmehr offensichtlich gewordenen Zustände waren seit langem, schon längst bevor sich die Öffentlichkeit mit den Skandalfällen befasste, der Fachöffentlichkeit bekannt. Massive Defizite lassen sich sowohl bei der bestellten als auch der gesetzlichen Amtsvormundschaft finden.²¹ Die Medien ha-

¹³ Tritt erst am 05.07.2012 in Kraft.

¹⁴ Vgl. hierzu *Salgo*, Der Anwalt des Kindes, Frankfurt am Main 1996, S. 195 m.w.N.

¹⁵ BT-Drucks. 17/3617, S. 1, 5; *Salgo* Forum Erziehungshilfen 4/2007, S. 236 ff.

¹⁶ Bremische Bürgerschaft, Bericht des Untersuchungsausschusses zur Aufklärung von mutmaßlichen Vernachlässigungen der Amtsvormundschaft und Kindeswohlsicherung durch das Amt für Soziale Dienste, Bremische Bürgerschaft, LT-Drucks. 16/1381 v. 18.04.2007.

¹⁷ BT-Drucks. 17/3617, S. 1, 5.

¹⁸ Hier ist insbesondere auf die Gründung des *Nationalen Zentrums Frühe Hilfen* und auf dessen vielfältige Aktivitäten zu verweisen; vgl. auch *Fegert/Schnoor/Kleidt/Kindler/Ziegenhain*, Lernen aus problematischen Kinderschutzverläufen, Berlin 2008 und *Fegert/Ziegenhain/Fangerau*, Problematische Kinderschutzverläufe, Weinheim 2010.

¹⁹ Bisher beschränken sich bedauerlicherweise die Untersuchungen auf Fehlverläufe und überhöhte Fallzahlen außerhalb der Justiz.

²⁰ *Rüting*, S. 124 in diesem Band, hält den Reformprozess für „unumgänglich“.

²¹ *Leitner/Troscheit*, Fälle gravierender Kindesmisshandlung und Kindesvernachlässigung mit Todesfolge und schwerster Körperverletzung im Land Brandenburg, Fachstelle Kinderschutz im Land Brandenburg – Start GmbH (Hrsg.), Oranienburg 2008, S. 11, 14, 20, 26, 42.

ben die Skandale nicht erfunden oder zu solchen gemacht, sondern diese vorgefunden. In den Kommunen zeigt das *Gesetz zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts* bereits schon vor vollständigem Inkrafttreten Wirkungen. Wahrlich, Kevin ist nicht an Ressourcenmangel gestorben, wie sich aus dem nachfolgendem Schaubild ersehen lässt:

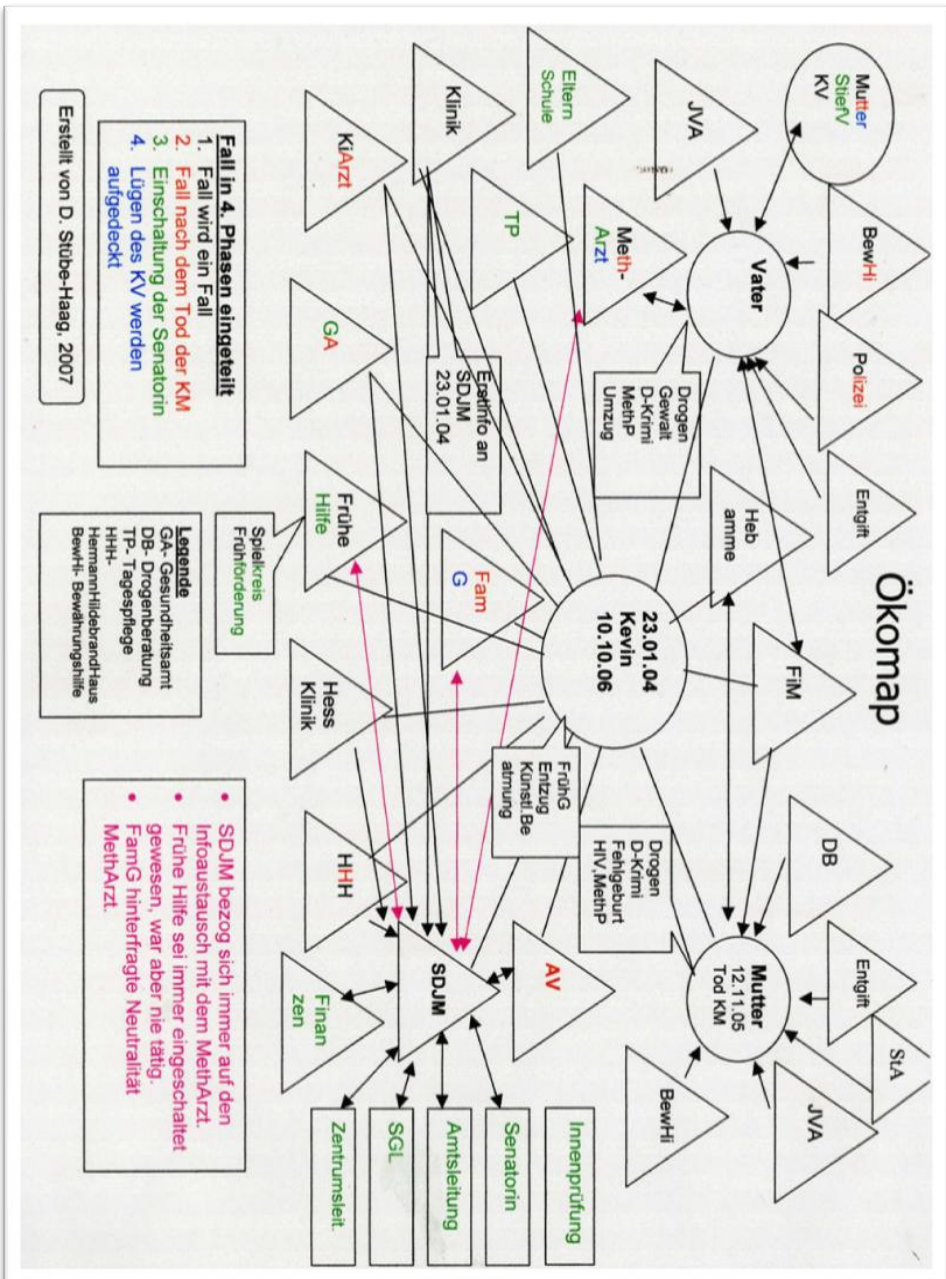


Abbildung 1: Ökomap zum Fall Kevin

Endlich reagiert die Rechtspolitik, wenn auch noch weitere Reformschritte notwendig sind.²² Seit Jahren ist die Praxis der Vormundschaft in Deutschland rechtstatastächlich gründlich durchleuchtet.²³ Eine grundlegende Reform wurde aus Praxis und Wissenschaft immer wieder schon seit langem angemahnt: Obwohl es sich bei den Mündeln um eine rechtlich schwache Klientel handelt, und obwohl das Vormundtschaftswesen „von jeher zu den Hauptaufgaben der Jugendämter gehörte (3. Jugendbericht, S. 63), werden die Diskussionen über die Tätigkeit der Amtsvormünder zu unterhalts- und vaterschaftsrechtlichen Fragestellungen zwar akribisch und engagiert, zur pädagogischen Verantwortung der Amtsvormünder jedoch nur am Rande geführt. Durch die Einbettung der Amtsvormünder in hierarchische und arbeitsteilige Strukturen wird die originäre Rolle des Amtsvormundes ad absurdum geführt, denn er sollte entsprechend seinem Auftrag erstrangig Interessenvertreter des Kindes und nicht Vertreter eines Organs der Jugendhilfe sein“.²⁴ Barbara Veit formuliert zu Recht für die heutige Situation nach dem ersten Reformschritt eine der zentralen Fragen: „Lässt sich eine persönlich geführte Vormundschaft überhaupt mit einer Behördenstruktur vereinbaren?“²⁵ Ein Reformbedarf wurde lange Zeit sogar von der Bundesregierung bestritten: Im Gesetzentwurf zum KJHG (SGB VIII) wurde der Reformbedarf verneint, da es sich bei den bestehenden Problemen vor allem um „Vollzugsdefizite“ handele, der Vorrang der Einzelvormundschaft aber nach Auskunft der Länder-Justizbehörden (!) durchweg beachtet werde.²⁶ Das hat sich nunmehr grundlegend geändert. Erst der Tod einiger unter bestellter oder gesetzlicher Vormundschaft stehender Kinder vermochte die Rechtspolitik wachzurütteln. Der mit dieser Reform (und auch mit dem Bundeskinderschutzgesetz²⁷) deutlich zum Ausdruck gebrachte Gesinnungswandel ist zu begrüßen; dieser erste Reformschritt kann jedoch noch nicht als der dringend notwendige Paradigmenwechsel in der Vormundschaft bezeichnet werden, der Um-schwung scheint indes eingeläutet.

²² Vgl. die zahlreichen Stellungnahmen der Bundesministerinnen der Justiz Zypries und Leutheusser-Schnarrenberger zur Vormundschaftsreform.

²³ Vgl. insbes. Hansbauer/Mutke/Oelerich, Vormundschaft in Deutschland, Opladen 2004; Hansbauer (Hrsg.), Neue Wege in der Vormundschaft?, Münster 2002; Zitelmann/Schweppe/Zenz, Vormund-schaft und Kindeswohl, Köln 2002; Gondolf, Die Vormundschaft und Pflegschaft für Minderjäh-rige, Frankfurt am Main 2007.

²⁴ Internationale Gesellschaft für Heimerziehung (Hrsg.), Zwischenbericht der Kommission Hei-merziehung, Frankfurt am Main 1977, 254 f.

²⁵ Veit, Einleitung, in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit, Neue Perspektiven im Vormund-schafts- und Pflegschaftsrecht, Göttingen 2011, S. 5.

²⁶ BT-Drucks. 11/5948, S. 91; anders noch: 1992 bei der Ersetzung der Volljährigenvormund-schaft durch die „Betreuung“, BT-Drucks. 11/4528, S. 203.

²⁷ BGBl. 2011, Teil I, Nr. 70 v. 28.12.2011, S. 2975; vgl. hierzu Salgo ZKJ 2011, 419 ff.

4 „Mittelfristig soll eine grundlegende Modernisierung des Vormundschaftsrechts folgen.“

„Lediglich der Vollständigkeit halber weise ich darauf hin, dass der jetzt zur Beratung stehende Gesetzentwurf die Expertenempfehlungen noch nicht abschließend aufgreift. Mittelfristig soll eine grundlegende Modernisierung des Vormundschaftsrechts folgen. Bekanntlich stammt die Grundkonzeption des Vormundschaftsrechts noch aus dem 19. Jahrhundert und bedarf daher in vielen Bereichen struktureller Anpassungen an die geänderten Rechts- und Lebensverhältnisse. Wir planen, einen entsprechenden Gesetzentwurf noch in der laufenden Legislaturperiode zu erarbeiten und auf den Weg zu bringen. Für den Moment beschränken wir uns aber auf die dringendsten Probleme und zeitnah realisierbaren Maßnahmen. Unser Ansatz lautet also: kurzfristig in einem ersten Schritt sicherstellen, dass die gesetzlichen Qualitätsvorgaben für die Vormundschaft gewährleistet sind, und dann in einem zweiten Schritt die Strukturen anpassen.“²⁸

Bliebe es beim ersten Reformschritt, so bliebe die Reform ein Torso; „Denn die grundsätzlichen Strukturfragen dieses Rechtsgebiets werden [...] nicht ins Auge gefasst“.²⁹ Zu den Essentials einer grundlegenden (weiteren) Modernisierung des im Wesentlichen auf dem BGB von 1900 beruhenden Vormundschaftsrechts gehören:

- Die Kinder und Jugendlichen, von denen hier die Rede ist, sind mehr als alle anderen Minderjährigen auf den Staat und seine Organe zur Kindeswohlbewahrung verwiesen. Mündel heutzutage müssen aufgrund ihres Lebensschicksals als ein besonders vulnerables Klientel gelten; der Großteil von ihnen ist in einem strengen Sinne schwer traumatisiert.³⁰
- Daraus ergeben sich besondere Implikationen für die Wahrnehmung der verfassungsrechtlichen Schutzpflichten diesen Minderjährigen gegenüber.
- Für die sachgerechte Gewährleistung dieser Aufgabe bleibt der Staat in der Verantwortung, die er gegenüber allen Formen der Vormundschaft, d.h. Einzel-, Vereins- oder Amtsvormundschaft, wahrnehmen muss.
- „Vater Staat kann Eltern nicht“; „Vater Staat“ macht auf Dauer einen schlechten Elternteil.

²⁸ MdB *Vofshoff*, CDU, Berichterstatterin des Rechtausschusses anlässlich der 1. Lesung am 11.11.2010 im Plenum des BT, BT-Plenarprot. 17/71, S. 7750.

²⁹ *Schwab*, Betreuungsrecht als Vorbild für das neue Vormundschaftsrecht?, in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit, Neue Perspektiven im Vormundschafts- und Pflegschaftsrecht, Göttingen 2011, S. 29, 31.

³⁰ *Fegert/Ziegenhain/Goldberg*, Traumatisierte Kinder und Jugendliche in Deutschland: Analysen und Empfehlungen zur Versorgung und Betreuung, Weinheim 2010.

- „Dass das Amt selbst Vormund sein kann oder sogar regelmäßig ist, entspricht einer langen Rechtstradition des Obrigkeitsstaates“.³¹
- Diese Aufgaben einer Vormundschaft müssten in aller Regel durch eine vom Jugendamt völlig unabhängige Einzelperson erledigt werden.³²
- Auf Behörden – hier Jugendämter – übertragene, normalerweise nur Eltern zustehende Kompetenzen wären deshalb nur ausnahmsweise und nur für eine vorübergehende Zeit akzeptabel, soll doch die Wächteramts- bzw. Schutzfunktion des Staates nicht paralysiert werden („who guards the guardian“?).³³
- Am gesetzlichen Leitbild der Einzelvormundschaft ist in modernisierter Form festzuhalten.
- Ein Auseinanderfallen von Recht und Lebenswirklichkeit auf Dauer führt zwangsläufig zu Spannungen; dies gilt auch und gerade bei der Aufspaltung zwischen Erziehung und Rechtsfürsorge.
- Modernes Familienrecht ist bestrebt, solche Spannungen³⁴ möglichst abzubauen oder zu verringern, durch
 - a. zeitnahe Wiedereingliederung in ein nicht mehr gefährdendes Herkunftsmilieu oder
 - b. rechtliche Anerkennung und Absicherung der „sozial-familiären Beziehung“ durch
 - Adoption, auch „offene“, oder
 - Schaffung einer auch familienrechtlich anerkannten und abgesicherten Form der Pflegekindschaft³⁵
 - Einzelvormundschaft der Pflegeeltern als „Erziehungsvormundschaft“³⁶

³¹ *Schwab*, Betreuungsrecht als Vorbild für das neue Vormundschaftsrecht?, in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit, Neue Perspektiven im Vormundschafts- und Pflegschaftsrecht, Göttingen 2011, S. 29, 33 unter Verweis auf das Preuß. ALR.

³² Vgl. *Schwab*, Familienrecht, München 2010, Rn. 875.

³³ Vgl. *Salgo*, Amtsvormundschaft/Amtspflegschaft, Verwaltung oder soziale Arbeit/Teil des Jugendamtes oder Fremdkörper, in: Kreft/Münder (Hrsg.), Quo Vadis Jugendhilfe?, Nürnberg 1991, S. 109 ff. sowie *Heilmann/Salgo*, Verfahrenspflegschaft und Vormundschaft für Minderjährige – Ergänzung oder Widerspruch, in: Hansbauer (Hrsg.), Neue Wege in der Vormundschaft, Münster 2002, 181 ff.

³⁴ *Schwab*, Betreuungsrecht als Vorbild für das neue Vormundschaftsrecht?, in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit, Neue Perspektiven im Vormundschafts- und Pflegschaftsrecht, Göttingen 2011, S. 29, 32, 36.

³⁵ Vgl. hierzu *Zenz/Salgo*, Kontinuitätssichernde Strukturen und Verfahren im Pflegekinderwesen, frühe Kindheit 04/10, 26 ff. sowie Deutscher Bundestag, Beschlussempfehlung zum BKiSchuG, BT-Drucks. 17/522, S. 38, wo „die Sicherstellung kontinuierlicher Lebensumstände für Pflegekinder in Dauerpflegeverhältnissen“ explizit angemahnt wird.

³⁶ So *Schwab*, Betreuungsrecht als Vorbild für das neue Vormundschaftsrecht?, in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit, Neue Perspektiven im Vormundschafts- und Pflegschaftsrecht, Göttingen 2011, S. 29, 33.

- c. Einzelvormundschaft einer beruflich oder ehrenamtlich tätigen Einzelperson
- d. Vereinsvormundschaft
- e. Amtsvormundschaft
- Wenn eine Einigung über eine Strukturreform mit einer klaren Hierarchie gelingt, könnte auch über neuere zeitnähere Bezeichnungen³⁷ gesprochen werden.

Vormundschaft soll nach dem Willen des Gesetzgebers nach wie vor in der Regel Einzelvormundschaft einer natürlichen Person sein; das geltende Familien- und Sozialrecht halten hieran bis in die jüngste Zeit fest, so auch ausdrücklich die regierungsamtliche Begründung des Gesetzes zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 03.08.2010.³⁸ „Staatsmündel“ sind ein unserer Rechts- und Verfassungsordnung schlicht fremdes Element. Unser Familienrecht wie unsere gesamte Sozialordnung sind vom Grundsatz der Subsidiarität, vom Vorrang des Privaten vor dem Öffentlichen bestimmt. Wenn von 100 Mündeln 80 einen Amtsvormund/-ergänzungspfleger haben³⁹, dann liegt darin ein eklatanter Verstoß gegenüber der geltenden gesetzlichen Struktur des BGB wie des SGB VIII. Indes: Weder eine staatliche noch eine private Aufgabenwahrnehmung gewährleistet quasi von selbst hohe pädagogische Standards und den gerade diesen Minderjährigen zustehenden Grundrechtsschutz von sich aus. Privatheit und Öffentlichkeit oder Staat und Gesellschaft als Gegenpole ohne (auch positive) Wechselwirkung betrachten zu wollen, wäre fatal; denn die Möglichkeit von Privatheit, Intimität und der Schutz der Menschenrechte ist ohne (auch sozialstaatliche) Garantien der Verfassung und deren effektive Verwirklichung durch den Staat nicht möglich.

Gewissermaßen befinden sich Mündel im „Niemandland“: Ihre Eltern haben nichts oder nur noch wenig zu sagen; den direkt für ihr Wohlergehen im Alltag Zuständigen geht es nicht viel besser: Sie haben immerhin die Alltagsorge (§ 1688 Abs. 2 BGB)⁴⁰, sind aber in zentralen Fragen vom Vormund/Ergänzungspfleger abhängig, der ihnen und erst recht dem Mündel nur allzu oft als bedrohliches und im wahrsten Sinne des Wortes unbekanntes Wesen erscheinen muss, von dessen Entscheidungen alle abhängig sind. Der Vormund/Ergänzungspfleger seinerseits steht unter der Aufsicht des Familiengerichts, welche dieses so gut wie nicht wahrnimmt. Zudem ist der Amtsvormund seinerseits in vielfältiger Weise von seinem

³⁷ Hierzu *Schwab*, Betreuungsrecht als Vorbild für das neue Vormundschaftsrecht?, in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit, Neue Perspektiven im Vormundschafts- und Pflegschaftsrecht, Göttingen 2011, S. 29, 30.

³⁸ BT-Drucks. 17/3617, S. 5: „Der Vormund, der nach dem gesetzlichen Leitbild ein Einzelvormund sein soll [...]“.

³⁹ Vgl. Zahlenangaben von *Meyer*, in diesem Band, S. 116.

⁴⁰ Staudinger/*Salgo* [2006], § 1688 Rn. 14 ff.

Anstellungsträger abhängig – wie sich etwa an der nicht enden wollenden Diskussion um die „Weisungsfreiheit“ des Amtsvormundes zeigt – und deshalb häufig strukturell an der Interessenwahrnehmung für den Mündel gehindert.

5 Kontrollen und Standards

Die bisherigen Kontrollmechanismen des Gerichts erweisen sich häufig als unwirksam. Gefragt sind moderne Management-, Kontroll- und Steuerungsinstrumente auch in der Justiz: Auch hier – wie beim Kindesschutz – sind wieder einmal Jugendhilfe *und* Justiz gemeinsam in der Pflicht:

- Standards zur Qualitätssicherung
- Sicherung der Partizipationsrechte Minderjähriger⁴¹
- Wirksame Rekrutierungs- und Auswahlverfahren für Vormünder
- Qualifizierung durch Aus- und Fortbildung, Beratung und Unterstützung
- „Systematische Strategien zur Anwerbung von Einzelvormündern“⁴²
- effektive Kontrollen, Beschwerdemanagement.⁴³

„Die bloße Prüfpflicht (gem. § 56 Abs. 4 BGB) reicht offensichtlich nicht aus, um eine Tendenzwende herbeizuführen. Vielmehr wird es notwendig sein, die Rahmenbedingungen für die Übernahme von Vormundschaften und Pflegschaften grundsätzlich zu ändern“.⁴⁴ Eine konsequent wahrgenommene (Amts-)Vormundschaft müsste zudem, wenn immer möglich und dem Wohl des Kindes/Jugendlichen entsprechend, auf ihre Infragestellung bzw. Beendigung als (Amts-)Vormundschaft hinarbeiten – stets unter Wahrung der Interessen des Mündels.

Kontinuitätssichernde Hilfeplanung⁴⁵ stellt eine Verpflichtung und Herausforderung nicht nur für die Kinder- und Jugendhilfe dar. Die offensichtlich unzu-

⁴¹ Die Berichtspflicht an das Gericht über die Kontakte zum Mündel gem. § 1840 Abs. 1 S. 2 BGB gehen in die richtige Richtung, reichen aber nicht als umfassende Beteiligung i.S. des Art. 12 UN-KRK.

⁴² *Oelerich/Wunsch*, Amtsvormundschaft in Deutschland, in: Hansbauer/Mutke/Oelerich, Vormundschaft in Deutschland, Opladen, 2004, S. 99, 132.

⁴³ Beschwerdemöglichkeiten für Minderjährige werden in jüngster Zeit endlich abgesichert; vgl. als jüngstes Beispiel § 45 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII: Keine Betriebserlaubnis für Einrichtungen, wenn diese nicht nachweisen können, dass „zur Sicherung der Rechte von Kindern und Jugendlichen in der Einrichtung geeignete Verfahren der Beteiligung sowie der Möglichkeit der Beschwerde in persönlichen Angelegenheiten“ etabliert sind.

⁴⁴ *Wiesner*, Ist die Vormundschaft zeitgemäß?, in: Hansbauer (Hrsg.), Neue Wege in der Vormundschaft, Münster 2002, S. 41, 48.

⁴⁵ Nicht zuletzt auch deshalb war nicht unberechtigt Kritik den Amtsvormündern gegenüber erhoben worden, weil sie sich allzu oft nicht an der Hilfeplanung beteiligt hatten.

reichende gesetzliche Kontrolle der Vormundschaft durch die Gerichte bzw. durch überforderte Rechtspfleger muss ebenfalls Thema werden: „Die Fachaufsicht der Gerichte über die AmtspflegerInnen bezieht sich im Wesentlichen auf rechtliche/vermögensrechtliche Fragen. Sozialpädagogische Belange sowie grundsätzliche Entscheidungen zur Lebenssituation der Minderjährigen werden dem Gericht zwar mitgeteilt, von dort aber allenfalls zur Kenntnis genommen. Eine sozialpädagogische Kontrollkompetenz ist beim Gericht (durch RechtspflegerInnen und RichterInnen) nur äußerst selten entwickelt [...], der Veränderungsdruck auf diesen Bereich äußerst gering“.⁴⁶ Auf diese Zustandsbeschreibung zielt die Reform; und: Der Veränderungsdruck ist inzwischen enorm.

Um vernünftige Fallzahlen kommen wir auch für die gerichtliche Praxis nicht herum; dass diese immer noch und nicht nur bei den Kinder- und Jugendbehörden weit überhöht sind, ist eine Binsenwahrheit. Derzeitig fällt die Kontrolle der Vormundschaft durch die Justiz strukturell bedingt weitgehend aus; die Gerichte sind mit der pauschal zugewiesenen Beratungs- und Aufsichtspflicht überfordert: Rechtspfleger/innen, die die gerichtliche Kontrolle gegenüber Vormündern wahrzunehmen haben, verfügen ebenfalls weder über ausreichende Zeitressourcen noch über eine einschlägige Ausbildung. Die gerichtliche Kontrolle findet daher allenfalls in Bezug auf vermögensrechtliche Angelegenheiten statt. Sicherstellung einer aktiven Wahrnehmung der Kontrollfunktion durch die Gerichte würde bedeuten: Vorausgehende Kontrolle durch Einforderung von Qualifikation und Eignung, Auswahlverfahren und die Verpflichtung auf Qualitätsstandards sollten zu den wichtigsten Überprüfungskriterien für die Gerichte neben der Anzahl und Dauer von persönlichen Kontakten mit dem Mündel, der verpflichtenden Teilnahme an Hilfeplanung der Hilfen zur Erziehung sowie an regelmäßiger Fortbildung und Supervision zählen. Der Rechtspfleger beim Familiengericht ist weit mehr als bislang zu einer inhaltlichen Wahrnehmung der gerichtlichen Aufsichtsfunktion gegenüber den Vormündern aller Art gefordert.

6 Unabhängigkeit des Vormunds

Unabhängigkeit bedeutet zunächst die formelle Unabhängigkeit von Eltern, Gericht und Behörde. Die betroffenen Minderjährigen und deren Eltern sehen die Amtsvormünder nicht ohne Grund als Teil des Jugendamtes und nicht als „ihren“ Vormund. „Nach der Reform des Betreuungsrechts ist die Reform der §§ 1773 – 1785 BGB überfällig. Hierbei sollte gesetzlich als subjektives Recht anerkannt und gesichert werden, dass jedes betroffene Kind einen Anspruch auf eine persönliche Beziehungsperson (Vormund) hat“.⁴⁷ Bei „einer solchen anonymen Amtsvor-

⁴⁶ *Münder/Mutke/Schone*, Kindeswohl zwischen Jugendhilfe und Justiz, Münster 2000, 262 f.

⁴⁷ 59. DJT, Beschlüsse, M 263, München 1992.

mundschaft [fehlt] die persönliche Föhlung zu dem Mündel [...] und [es besteht] die Gefahr des Schablonenbetriebs“.⁴⁸ Soweit es noch Vormundschaften bei den Jugendämtern geben muss, so ist auf eine strikte Trennung der Aufgaben des Jugendamtes und des Vormunds zu bestehen. Noch eindeutiger: „Wenn man es daher ernst meint mit der Unabhängigkeit der Amtsvormundschaft bei der Wahrnehmung von Mündelinteressen, wird man die Errichtung einer eigenständigen Vormundschaftsbehörde außerhalb des Jugendamtes fordern müssen“.⁴⁹

7 Qualifizierung, Rekrutierung, Perspektiven

Aufgrund von Qualitätsstandards sind im Regelfall zertifizierte Einzel- oder Vereinsvormünder einzusetzen. Das Jugendamt wäre gewissermaßen mit der Bereithaltung von Amtsvormündern „Ausfallbürge“. Das Anforderungsprofil der Mündel spricht eher für professionelle Einzelvormünder. Dennoch sollte in dafür geeigneten Fällen ein Reservoir an ehrenamtlichen Einzelvormündern gebildet und vorgehalten werden. Eine unvoreingenommene Prüfung im Einzelfall sollte auch dahingehend verpflichtend sein, ob die Pflegeeltern die Vormundschaft⁵⁰ oder Pflegschaft für ihr Pflegekind übernehmen können, eventuell bei entsprechendem Bedarf mit Entlastung durch Ergänzungspflegschaften für einzelne Bereiche (z.B. Unterhalts- oder Rentenangelegenheiten).

Der ursprünglich gesetzlich fixierte Vorrang der Einzelvormundschaft wurde zum 01.07.2005 dahingehend abgeschwächt, dass nur noch ein „ehrenamtlicher“ Einzelvormund der Amtsvormundschaft vorgeht (§ 1791b BGB), nicht also ein (vergütungsberechtigter) Berufsvormund. Diese Bevorzugung der Amtsvormundschaft schreibt die oben genannten Defizite fest. Sie muss rückgängig gemacht werden. Das Leitbild sollte ein unabhängiger Einzelvormund als Berufsvormund mit Vergütungsanspruch⁵¹ sein, wobei in geeigneten Fällen auch die ehrenamtliche Aufgabenwahrnehmung ermöglicht und unterstützt werden muss. Die Referenten und Referentinnen im BMJ arbeiten bereits an einem Entwurf der Stufe 2 der Vormundschaftsrechtsreform.⁵² Die anstehende Strukturreform der Vormundschaft, wie sie im Deutschen Bundestag in Aussicht gestellt wurde, sollte in bewährter

⁴⁸ Müller-Freienfels, Die Vertretung im Rechtsgeschäft, Tübingen 1955, S. 350 f.

⁴⁹ Zenz, in: Zitelmann/Schwepe/Zenz, Vormundschaft und Kindeswohl, Köln 2004, S. 188.

⁵⁰ Zum Verhältnis von Vormundschaft und Pflegekindschaft vgl. Salgo, Pflegekindschaft und Staatsintervention, Darmstadt 1987, S. 389 ff. sowie jüngst Schwab, Betreuungsrecht als Vorbild für das neue Vormundschaftsrecht?, in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit, Neue Perspektiven im Vormundschafts- und Pflegschaftsrecht, Göttingen 2011, S. 29, 34 ff.

⁵¹ Ebenso Rüting, in diesem Band, S. 130.

⁵² Meyer, Lösungsvorschläge des Gesetzgebers, in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit, Neue Perspektiven im Vormundschafts- und Pflegschaftsrecht, Göttingen 2011, S. 18, 24.

Manier von einer alsbald einzuberufenden Arbeitsgruppe im BMJ noch in der laufenden Legislaturperiode unterstützt werden, damit sie in der nächsten verabschiedet werden kann. Als ein Gradmesser für den Umgang von Gesellschaft und Staat mit Minderjährigen, die insbesondere auf staatliche Maßnahmen – die aber weit über eine bloße Rechtsfürsorge hinausreichen⁵³ – angewiesen sind, werden sich nicht zuletzt die staatlichen und gesellschaftlichen Aktivitäten zugunsten dieser Gruppe von Minderjährigen⁵⁴, die im Amtsdeutsch immer noch „Mündel“ genannt werden, erweisen müssen: Ohne staatliche strukturelle Maßnahmen, aber auch ohne gesellschaftliches Engagement von öffentlichen und freien Trägern der Kinder- und Jugendhilfe, Pflegeeltern, Einzelvormündern (ob beruflich oder ehrenamtlich) und Amtsvormündern wird es nicht gehen. Gefunden werden muss eine Lösung, die der Vielfalt der Lebenssituationen⁵⁵ der Mündel am besten entspricht.

⁵³ *Rüting*, in diesem Band, S. 126, spricht von „Mündelverwaltung“.

⁵⁴ „[...] aus schwierigsten Lebensverhältnissen“, vgl. *Rüting*, in diesem Band, S. 125.

⁵⁵ Ebenso *Rüting*, in diesem Band, S. 129: „Vielfalt der Arbeitsformen“.

Kinderschutz zwischen Prävention und Intervention

Kindesschutz zwischen Prävention und Intervention

Thomas Meysen

1	Hilfe und Kontrolle in den Kinderschutzgesetzen	156
1.1	Kontrolle als Wesensmerkmal jeder Hilfe	156
a)	Rege Gesetzgebungsaktivität in Bund und Ländern	156
b)	Widersprüchliche Botschaften zu einem einheitlichen Hilfe- und Kontrollauftrag.....	158
1.2	Hilfe mit Kontrolle und Verfassungsrecht	160
2	Landesgesetze zur Früherkennungsuntersuchung	161
2.1	Einladungs- und/oder Erinnerungssysteme.....	161
2.2	Landesgesetzliche Aufgabenzuweisung an das Jugendamt nach Information über nicht festgestellte Früherkennungsuntersuchung..	163
2.3	Gewichtiger Anhaltspunkt für eine Kindeswohlgefährdung nach § 8a SGB VIII?	164
2.4	Fazit: unzulässige Verknüpfung mit „Kindesschutz“	166
3	„Willkommensbesuch“ zur Information über Unterstützungsangebote (§ 2 KKG)	167
3.1	Neue Pflichtaufgabe der Kommunen.....	167
3.2	Variable Modalitäten des Informationsangebots	168
a)	Mit oder ohne Besuchsangebot	168
b)	Anbieter der Willkommens- bzw. Familienbesuche	168
c)	Erhebung der Meldedaten	168
d)	Besuch mit oder ohne vorherige Einwilligung.....	170
e)	Kompetente Einwilligung in den Besuch	172
f)	Dokumentation des Willkommens- bzw. Familienbesuchs.....	173
3.3	Willkommens- bzw. Familienbesuche als Instrument des Kinderschutzes?	173
4	Informationsweitergabe durch Berufsheimnisträger (§ 4 KKG)	175
4.1	Herstellung einer bundeseinheitlichen Rechtslage.....	175
4.2	Schutz der Vertrauensbeziehung und Transparenz.....	177
4.3	Hinwirken auf Inanspruchnahme weitergehender Hilfen.....	179
4.4	Befugnis zur Informationsweitergabe ohne Einwilligung.....	180
4.5	Grundrechtseingriff durch Informationsweitergabe ohne Einwilligung	181
5	Fazit	181

1 Hilfe und Kontrolle in den Kinderschutzgesetzen

1.1 Kontrolle als Wesensmerkmal jeder Hilfe

a) *Rege Gesetzgebungsaktivität in Bund und Ländern*

Kinderschutz ist seit 2005, dem Jahr der Einführung der Vorschrift des § 8a SGB VIII „Schutzauftrag bei Kindeswohlgefährdung“,¹ nicht mehr nur in der Fachwelt Anlass für vertieftes, differenziertes und konstruktives Ringen um Verbesserungen, sondern zum gesellschaftlichen sowie politischen Megathema aufgestiegen:

Der Bund legt das Aktionsprogramm „Frühe Hilfen für Eltern und Kinder und soziale Frühwarnsysteme“² auf und richtet das Nationale Zentrum Frühe Hilfen (NZFH) ein.³ Die Jugend- und Familienministerkonferenz (JFMK) einigt sich untereinander und mit den Kommunalen Spitzenverbänden auf Handlungsbedarfe.⁴ Die Bundeskanzlerin lädt im Dezember 2007 die Regierungschefinnen und -chefs der Länder nach Berlin, im politischen Raum gerne als „1. Kinderschutzgipfel“ bezeichnet, und erklärt das Thema Kinderschutz zur Chef/innen/sache.⁵ Die SPD-regierten Länder legen gemeinsam mit der SPD-Bundestagsfraktion einen „Sieben-Punkte-Aktionsplan“ vor.⁶ Im Juni 2008 wird bei einem sog. „2. Kinder-

¹ Gesetz zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe (Kinder- und Jugendhilfeweiterentwicklungsgesetz – KICK) vom 08.09.2005, BGBl. I S. 2729.

² Aktionsprogramm des BMFSFJ zum Schutz von Kleinkindern, zur Früherkennung von Risiken und Gefährdungen und zur Implementierung effektiver Hilfesysteme, 16.08.2006, S. 13 f. Das Programm geht zurück auf den Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, Gemeinsam für Deutschland – mit Mut und Menschlichkeit, Zeile 4789 ff. sowie die Beschlüsse der Jugendministerkonferenz, 18./19.05.2006 in Hamburg, TOP 8a „Familien stärken – Kinder schützen“, Nr 7.

³ Siehe www.fruehehilfen.de.

⁴ Jugendministerkonferenz, 24.11.2006 in Berlin, TOP 3 „Kinderschutz stärken – Familien fördern“; Jugend- und Familienministerkonferenz, 31.05./01.06.2007 in Potsdam, TOP 7 „Qualitätsmerkmale und Rahmenbedingungen eines wirksamen Kinderschutzes in Deutschland – Gemeinsame Empfehlungen der Jugend- und Familienministerkonferenz und der Kommunalen Spitzenverbände“.

⁵ Ministerpräsidentenkonferenz, 19.12.2007 in Berlin, TOP 1.10 „Kinderschutz“.

⁶ Sieben-Punkte Aktionsplan „Gerechtigkeit von Anfang an – Für einen besseren Schutz unserer Kinder!“, abrufbar unter: http://www.spdfraktion.de/cnt/rs/rs_datei/0,,9372,00.pdf (zuletzt aufgerufen am 11.08.2010).

schutzgipfel“ der Zwischenbericht zu den Ergebnissen vorgelegt.⁷ Kurz zuvor beschließt der Bundestag gerade das Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls.⁸ In 2008 unternimmt die Bundesregierung einen ersten Anlauf für ein Kinderschutzgesetz des Bundes.⁹ Dieser scheitert, aber im Juli 2011 folgt – ebenfalls unter der Überschrift Kinderschutz – das nächste Bundesgesetz: Die maximale Fallzahl für Amtsvormünder/-pflegerinnen wird auf 50 festgelegt und die persönlichen Vormundschaft gestärkt.¹⁰ Zum 1. Januar 2012 tritt das Bundeskinderschutzgesetz in Kraft.

Die Länder verabschieden parallel zu Aktivitäten des Bundes je eigene Landesgesetze zur Verbesserung des Kinderschutzes. Mittlerweile sind in allen 16 Bundesländern entsprechende – mehr oder weniger elaborierte – neue Landesgesetze in Kraft getreten.¹¹

⁷ Konferenz der Regierungschefs der Länder, 12.06.2008 in Berlin, TOP 1.3 „Kinderschutz – Zwischenbericht“.

⁸ Gesetz vom 04.07.2008, BGBl. I S. 1188.

⁹ Gesetz zur Verbesserung des Kinderschutzes (Kinderschutzgesetz), BR-Drucks. 59/09 und BT-Drucks. 16/12429.

¹⁰ Gesetz zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 29.06.2011, BGBl. I S. 1306.

¹¹ Baden-Württemberg: Gesetz zum präventiven Schutz der Gesundheit von Kindern und Jugendlichen in Baden-Württemberg (Kinderschutzgesetz Baden-Württemberg) vom 07.03.2009, LT-Drucks. 14/4081, GVBl. 2009, S. 82; Bayern: Gesetz zur Änderung des Gesundheitsdienst- und Verbraucherschutzgesetzes und des Bayerischen Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen (GDVG) vom 06.05.2008, LT-Drucks. 15/9366, GVBl. 9/2008, S. 158; Berlin: Berliner Gesetz zum Schutz und Wohl des Kindes, Art. 1 Gesetz zur Förderung der Gesundheit von Kindern und des Kinderschutzes (Berliner Kinderschutzgesetz – KiSchuG) vom 17.12.2009, Abgeordnetenhaus-Drucks. 16/2154, GVBl. 2009, S. 875; Brandenburg: Gesetz zur Neuregelung des Öffentlichen Gesundheitsdienstes und der Krankenhausplanung (Brandenburgisches Gesundheitsdienstgesetz – BbgGDG) vom 23.04.2008, LT-Drucks. 4/5286, GVBl. 2008, S. 95; Bremen: Gesetz zur Sicherung des Kindeswohls und zum Schutz vor Kindesvernachlässigung (Kindeswohlgesetz – KiWG) vom 30.04.2007, Bürgerschafts-Drucks. 16/1365, GVBl. 2007, S. 317; Hamburg: Gesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst in Hamburg (Hamburgisches Gesundheitsdienstgesetz – HmbGDG) vom 15.12.2009, Bürgerschafts-Drucks. 19/4331, GVBl. 2009, S. 507; Hessen: Hessisches Gesetz zur Verbesserung des Gesundheitsschutzes für Kinder, Art. 1 Kinderschutzgesetz (KiSchuG) vom 14.12.2007, LT-Drucks. 16/8348, GVBl. Nr. 27, S. 856; Mecklenburg-Vorpommern: Drittes Gesetz zur Änderung des Gesetzes über den Öffentlichen Gesundheitsdienst (ÖGDG) vom 15.10.2008, LT-Drucks. 5/1280, GVBl. 2008, S. 374; Niedersachsen: Gesetz zur Förderung der Gesundheit und Verbesserung des Schutzes von Kindern in Niedersachsen, Art. 1 Niedersächsisches Gesetz über das Einladungs- und Meldewesen für Früherkennungsuntersuchungen von Kindern (NFrüherkUG) vom 01.04.2010, LT-Drucks. 16/755, GVBl. 2009, S. 400; Nordrhein-Westfalen: Verordnung zur Datenmeldung der Teilnahme an Kinderfrüherkennungsuntersuchungen/U-Untersuchungen (U-Untersuchung-TeilnahmedatenVO-UTeilnahmeDatVO) vom 10.09.2008, GVBl. 2008, S. 609; Rheinland-Pfalz: Landesgesetz zum Schutz von Kindeswohl und Kindergesundheit (LKindSchuG) vom 21.03.2008, LT-Drucks. 15/1620, GVBl. 2008, S. 52; Saarland: Gesetz Nr. 1612 zum Schutz von Kindern vor Vernachlässigung, Missbrauch und Misshandlung vom 07.02.2007, LT-Drucks. 13/1140, AmtsBl. 2007, S. 742; Sachsen: Gesetz zur Förderung der

b) *Widersprüchliche Botschaften zu einem einheitlichen Hilfe- und Kontrollauftrag*

Die Kinderschutzgesetzgeber in Bund und Ländern senden unterschiedliche Botschaften. Beispielsweise sollen die Gesetzesziele nach dem Grundverständnis in Rheinland-Pfalz durch möglichst niedrigschwellige, frühzeitige und allgemeine Förderung der Kinder und bedarfsgerechte Unterstützung der Eltern erreicht werden.¹² Demgegenüber beabsichtigen die Gesetzgeber in Hessen,¹³ Sachsen-Anhalt¹⁴ und im Saarland¹⁵ „eine erste grobe Risikoselektion“.¹⁶ Zwei sehr unterschiedliche Haltungen, mit denen sich Politik vorstellt, wie die „staatliche Gemeinschaft“ den Familien gegenüberzutreten soll.

Die innere Einstellung, wie professionelle Akteure sich Eltern und ihren Kindern nähern, ist rechtlich nur schwer einzufangen. Und doch, sie hat verfassungsrechtliche Implikationen. Beim Spannungsfeld zwischen Hilfe und Kontrolle geht es auch um die Frage, ob die Beteiligten in der Familie die helfenden oder kontrollierenden Interventionen freiwillig annehmen bzw. zulassen oder ob die professionellen Akteure (potenziell) in Grundrechte eingreifen und dafür einer Legitimation bedürfen.¹⁷

Hilfe und Kontrolle stehen in der Kinder- und Jugendhilfe oder im Gesundheitswesen nicht etwa in einem Entweder-Oder-Verhältnis nebeneinander. Weder das

Teilnahme von Kindern an Früherkennungsuntersuchungen, Art. 1 Sächsisches Kindergesundheits- und Kinderschutzgesetz (SächsKiSchG) vom 19.06.2009, LT-Drucks. 4/14409, GVBl. 2009, S. 379; Sachsen-Anhalt: Gesetz zur Verbesserung des Schutzes von Kindern, Art. 1 Gesetz zum Schutz des Kindeswohls und zur Förderung der Kindergesundheit (Kinderschutzgesetz) vom 09.12.2009, LT-Drucks. 5/1331, GVBl. 2009, S. 644; Schleswig-Holstein: Gesetz zur Weiterentwicklung und Verbesserung des Schutzes von Kindern und Jugendlichen in Schleswig-Holstein vom 01.04.2008, LT-Drucks. 16/1705, GVBl. 2008, S. 2; Thüringen: Thüringer Gesetz zur Weiterentwicklung des Kinderschutzes, Art. 1 Thüringer Gesetz zur Förderung der Teilnahme an Früherkennungsuntersuchungen für Kinder (ThürFKG) vom 16.12.2008, LT-Drucks. 4/4249, GVBl. 2008, S. 553.

¹² Rheinland-pfälzisches Landesgesetz zum Schutz von Kindeswohl und Kindergesundheit, LT-Drucks. RP 15/1620, 25.

¹³ Hessisches Gesetz zur Verbesserung des Gesundheitsschutzes für Kinder, LT-Drucks. HE 16/7796, 6.

¹⁴ Gesetz zur Verbesserung des Schutzes von Kindern, Sachsen-Anhalt, LT-Drucks. ST 5/1331, 16.

¹⁵ Gesetz zum Schutz von Kindern vor Vernachlässigung, Missbrauch und Misshandlung, Saarland, LT-Drucks. SL 13/1140, 5.

¹⁶ Ebenfalls die stärkere gesellschaftliche Kontrolle ins Zentrum rückend Gesetz zur Neustrukturierung und Optimierung der gesundheitlichen Vorsorge im Vorschulalter Hamburg, LT-Drucks. HH 19/2700, 1; Thüringer Gesetz zur Weiterentwicklung des Kinderschutzes, LT-Drucks. TH 4/4249, 14.

¹⁷ Hierzu Ständige Fachkonferenz 1 „Grund- und Strukturfragen des Jugendrechts“ des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familien e.V. (SFK 1), Frühe Hilfen. Aufgaben, Möglichkeiten und Grenzen der Kinder- und Jugendhilfe in der Kooperation mit der Gesundheitshilfe, Stellungnahme vom 19.03.2010, JAmT 2010, 117.

Gesetz noch die Praxis in der Beratung, Unterstützung und Heilbehandlung lassen ein Vorgehen im Sinne eines „heute helfe ich, morgen kontrolliere ich“ zu. Nach der Konstruktion des SGB VIII tragen gesetzliche Aufträge zur Kontrolle immer auch die Intention zu helfen in sich. Hilfe hat immer auch kontrollierende Elemente. Es handelt sich nicht um ein „Doppelmandat“ (siehe im Schaubild 1 links),¹⁸ sondern um einen einheitlichen Hilfe- und Schutzauftrag, dem Kontrolle als Wesensmerkmal immanent ist (siehe im Schaubild 1 rechts).¹⁹

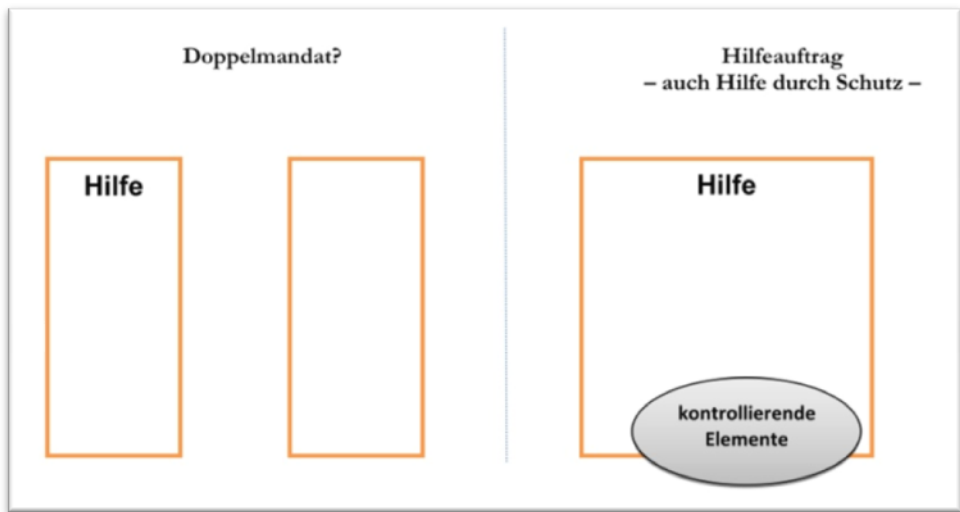


Abbildung 1: Kein Doppelmandat, sondern Kontrolle als wesensimmanenter Bestandteil von Hilfe

Wie ein helfender Kontakt von den Adressat/inn/en empfunden wird, hängt nicht unbedingt damit zusammen, wie viel Kontrolle dabei ausgeübt wird. Suchen erwachsene Menschen einen Arzt oder eine Ärztin zu einer Vorsorgeuntersuchung oder einem Gesundheitscheck auf, so wollen sie vor allem Kontrolle. Auch wenn mitunter erhebliche Angst mitschwingt, weil die Ergebnisse ungewollte Erkenntnisse über den Gesundheitszustand zu Tage bringen könnten, sind diese grundsätzlich in hohem Maße positiv besetzt.

Wird jedoch elterliches Erziehungsverhalten kontrolliert, so geht damit viel stärker das Empfinden eines Eingriffs einher, ist regelmäßig auch die Elternautonomie tangiert. Im Unterschied zur freien Entscheidung, über die eigene Gesundheit

¹⁸ So bspw. VG Ansbach vom 05.05.2011 – AN 14 K 10.02132.

¹⁹ Zum unauflösbaren Spannungsfeld *Schöne*, Kontrolle als Element von Fachlichkeit in den sozialpädagogischen Diensten der Kinder- und Jugendhilfe, Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe – AGJ (Hrsg.), 2008; *Münder/Schöne/Mutke*, Kindeswohl zwischen Jugendhilfe und Justiz, 2000, S. 25 ff.

mehr erfahren zu wollen oder nicht, gesellt sich der unabhängige Blick auf das Kind und ob es diesem bei seinen Erziehungspersonen gut geht. Bei einem Hilfeangebot des Staates oder gesetzlich hierzu aufgeforderter Stellen kann – berechtigt oder nicht – ein empfundenes Misstrauen mitschwingen, insbesondere wenn die Hilfe einen offenen oder versteckten (gesetzlichen, politischen oder persönlichen) Auftrag hat, bei den Eltern zu kontrollieren, ob mit der Pflege und Erziehung alles ordentlich zugeht und die Kinder vor allem nicht misshandelt, vernachlässigt oder missbraucht werden.

1.2 Hilfe mit Kontrolle und Verfassungsrecht

Eingriffe in die Grundrechte von Beteiligten in der Familie kommen in Betracht, wenn die Grundfreiheiten selbstbestimmt aufgegeben werden. Hilfeangebote müssen nicht nur abgelehnt werden können, sondern die Grundrechtsträger müssen auch in die Lage versetzt sein, kompetente Entscheidungen hierüber treffen zu können. Dazu brauchen sie Wissen über Ziel und Zweck der helfenden Intervention, über die Aufträge der helfenden Stelle oder Person. Erfolgt die Inanspruchnahme von Hilfe freiwillig, also mit einem gut informierten Einverständnis, liegt kein Grundrechtseingriff vor.

Die Eingriffsschwelle ist im sog. „staatlichen Wächteramt“ angelegt (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG).²⁰ Die Grundrechtseingriffe müssen mit dem Schutz von Kindern und Jugendlichen gerechtfertigt sein. Die Kindeswohlgefährdung in § 1666 Abs. 1 BGB beschreibt bei fehlender Abwendungsbereitschaft und/oder -fähigkeit die Schwelle für verfassungsrechtlich zulässige Eingriffe in das Elternrecht. Verhältnismäßig und damit vorrangig ist aber auch hier die freiwillige Inanspruchnahme von Hilfe und Unterstützung (§ 1666a BGB).²¹

Primär- oder Sekundärprävention, also Gefährdungsvorsorge, können uneingeschränkt angeboten werden. Aus Perspektive des Verfassungsrechts ist angesichts des derzeit zu beobachtenden „Paradigmenwechsels hin zu proaktiver Risikovor-sorge“²² darauf hinzuweisen, dass sie unterhalb der Schwelle zur Kindeswohlgefährdung nur betrieben werden darf, wenn sie die Selbstbestimmung der Eltern nicht beschränkt.

Gefährdungsabwehr durch offensive, unaufgeforderte Angebote freiwilliger Hilfe und Unterstützung oder Interventionen gegen den Willen oder ohne Wissen erfordert Informationen und ihre Beschaffung. Die Entwicklung von Kindern darf daher vorausschauend beobachtet und begleitet und zu diesem Zweck dürfen In-

²⁰ Hierzu *Jestaedt*, in: Mündler/Wiesner/Meysen, Handbuch Kinder- und Jugendhilferecht, 2. Aufl. 2011, Kap. 1.5 Rn. 21 f.

²¹ Eingehend hierzu etwa *Coester*, in: Lipp/Schumann/Veit, Kindesschutz bei Kindeswohlgefährdung – neue Mittel und Wege?, 6. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2007, 2008, S. 19 ff.

²² *Jestaedt* JAmt/ZKJ-Sonderheft 2010, 32.

formationen erhoben werden.²³ Ist die Gewinnung von Informationen nicht ausdrücklich – in verfassungsrechtlich zulässiger Weise – einfachgesetzlich gestattet, darf sie gegen den Willen der Betroffenen in der Familie nur unter den Voraussetzungen eines Gefahrerforschungseingriffs erfolgen.²⁴ Erforderlich ist der Verdacht einer konkreten Gefahr,²⁵ die Informationen müssen nicht mit Einverständnis oder auf andere, weniger grundrechtsbeeinträchtigende Weise erhoben werden können, und von den Betroffenen darf nur eine Duldung der Gefahrerforschung, nicht aber eine aktive Mitwirkung abverlangt werden.²⁶

Diese hier kurz skizzierten verfassungsrechtlichen Implikationen, wenn staatliche Stellen oder Private als verlängerte Arme des staatlichen Wächters²⁷ den Beteiligten aus der Familie helfend und damit immer auch kontrollierend gegenübertreten, sind bei den neuen Instrumentarien im Landes- und Bundeskinderschutzrecht zu berücksichtigen. Um das Verhältnis von Prävention und Intervention in der aktuellen Kinderschutzgesetzgebung zu beleuchten, sollen hier beispielhaft herausgegriffen werden die landesgesetzlichen Einladungs- und Erinnerungswesen zur Teilnahme an Früherkennungsuntersuchungen (II.), die sog. „Willkommens- oder Familienbesuche“ nach der Geburt eines Kindes (III.) und die Regelung zur Informationsweitergabe gegen den Willen oder ohne Wissen der Beteiligten in der Familie in § 4 KKG (IV.).

2 Landesgesetze zur Früherkennungsuntersuchung

2.1 Einladungs- und/oder Erinnerungssysteme

Nach dem Tod des Mädchens Lea-Sophie haben sich die Spitzen der Politik, angetrieben von medialer Skandalisierung, zu dem als „Kinderschutzgipfel“ bezeichneten Treffen zwischen Bundeskanzlerin und den Länderchefs und -chefinnen zusammengefunden. Die SPD hat in ihrem Sieben-Punkte-Aktionsplan gefordert, die Verbindlichkeit von Früherkennungsuntersuchungen herzustellen,²⁸ die CDU-

²³ *Langenfeld/Wiesner*, in: Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V., Verantwortlich handeln – Schutz und Hilfe bei Kindeswohlgefährdung. Saarbrücker Memorandum, 2004, 45, 63.

²⁴ SFK 1 (Fn. 17) JAmt 2010, 117, 120 f.

²⁵ *Gasy*, Polizeirecht, 6. Aufl. 2006, Rn. 193 ff.; *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl. 2005, Rn. 86.

²⁶ *Jestaedt*, in: Münder/Wiesner/Meysen, Handbuch Kinder- und Jugendhilferecht, 2. Aufl. 2011, Kap. 1.5 Rn. 23 f.; SFK 1 (Fn. 17) JAmt 2010, 117, 120.

²⁷ *Coester* JAmt 2008, 1.

²⁸ Sieben-Punkte Aktionsplan „Gerechtigkeit von Anfang an – Für einen besseren Schutz unserer Kinder!“, zu finden unter: http://www.spdfraktion.de/cnt/rs/rs_datei/0,,9372,00.pdf (zuletzt aufgerufen am 20.01.2012).

regierten Länder haben zugestimmt und gemeinsam mit den SPD-Länderchefs am 19.12.2007 beschlossen, entsprechende landesgesetzliche Initiativen zu starten.²⁹

Die kinderärztlichen Früherkennungsuntersuchungen waren – aus Sicht der Politik, der Landesgesetze und auch der öffentlichen Debatte – phasenweise scheinbar das zentrale Instrument zur Verbesserung des Kinderschutzes.³⁰ Basiselement der in der Folge der beiden „Kinderschutzgipfel“³¹ in allen Bundesländern verabschiedeten, sehr unterschiedlichen Ländergesetze sind Regelungen zu einer Steigerung der Teilnahmezahlen an den Früherkennungsuntersuchungen. Den Kindern solle so ein Mindestschutz durch ärztliche Kontrolle zuteilwerden.³²

Insgesamt haben 13 Bundesländer³³ in ihren Landesgesetzen ein formalisiertes Einladungs- und/oder Erinnerungswesen zur Teilnahme an den in § 26 SGB V angelegten Früherkennungsuntersuchen nach der Kinder-Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses³⁴ normiert. Die Landesgesetzgeber in Baden-Württemberg und Bayern sehen kein Melde-, Einladungs- und/oder Erinnerungswesen vor und statuieren stattdessen eine appelative Pflicht der Personensorgeberechtigten zur Sicherstellung der Früherkennungsuntersuchungen.³⁵ Sachsen-Anhalt normiert als einziges Bundesland weder ein Einladungswesen noch eine Teilnahmeverpflichtung und beschränkt sich darauf, der Zentralen Stelle die Aufgabe zuzuweisen, mit den gesetzlichen Krankenkassen zu kooperieren, um eine höhere Inanspruchnahme der Früherkennungsuntersuchungen zu erreichen.³⁶

Die Einladungs- und/oder Erinnerungswesen der Länder unterscheiden sich im Detail, aber auch in etlichen grundsätzlichen Aspekten der Konzeption.³⁷ Es gibt

²⁹ Ministerpräsidentenkonferenz, 19.12.2007 in Berlin, TOP 1.10 „Kinderschutz“.

³⁰ Ministerpräsidentenkonferenz, 19.12.2007 in Berlin, TOP 1.10 „Kinderschutz“; Jugendministerkonferenz 24.11.2006 in Berlin, TOP 3 „Kinderschutz stärken – Familien fördern“, S. 5.

³¹ Zum „2. Kinderschutzgipfel“ Konferenz der Regierungschefs der Länder, 12.6.2008 in Berlin, TOP 1.3 „Kinderschutz – Zwischenbericht“.

³² *Wabnitz* ZKJ 2010, 49 ff.

³³ Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Schleswig-Holstein, Thüringen.

³⁴ Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen über die Früherkennung von Krankheiten bei Kindern bis zur Vollendung des 6. Lebensjahres („Kinder-Richtlinien“), veröffentlicht als Beilage Nr. 28 zum Bundesanzeiger Nr. 214 vom 11.11.1976, zuletzt geändert am 18.06.2009, veröffentlicht im Bundesanzeiger 2009, Nr. 132, S. 3, 125, in Kraft getreten am 05.09.2009.

³⁵ *Notbhaff*, Landesgesetzliche Regelungen im Bereich des Kinderschutzes bzw. der Gesundheitsvorsorge, 2008, S. 8.

³⁶ § 5 Abs. 2 Nr. 7 Gesetz zur Verbesserung des Schutzes von Kindern, Sachsen-Anhalt vom 09.12.2009, GVBl. LSA Nr. 24/2009.

³⁷ Eingehend hierzu *Hartig/Schönecker/Wettmann/Meysen*, Rechtsvergleich, in: Ziegenhain/Meysen et al., Abschlussbericht der Evaluation des rheinland-pfälzischen LKindSchuG, 2010, S. 73 ff., abrufbar unter www.dijuf.de ▶ Projekte ▶ Evaluation LKindSchuG Rheinland-Pfalz (Aufruf 20.01.2012).

Systeme mit proaktiver Einladung³⁸ und solche mit reaktiver Erinnerung.³⁹ Für die Bürger/innen und ihre Grundrechte wirken sich vor allem die Divergenzen im Hinblick auf den Umgang mit – bei einer zentralen Stelle – nicht festgestellter Früherkennungsuntersuchung aus. In Berlin,⁴⁰ Bremen,⁴¹ Mecklenburg-Vorpommern,⁴² Rheinland-Pfalz,⁴³ im Saarland⁴⁴ und in Sachsen⁴⁵ erfolgt die Meldung zunächst an das Gesundheitsamt, das weitere Abklärungen vornimmt. In Brandenburg⁴⁶ und Schleswig-Holstein⁴⁷ ist die Kommune als Adressat bestimmt, und diese organisiert selbst, wer sich den Meldungen annimmt. Die Bundesländer Hamburg,⁴⁸ Hessen,⁴⁹ Niedersachsen,⁵⁰ Nordrhein-Westfalen⁵¹ und Thüringen⁵² sehen bei nicht festgestellter Teilnahme eine unmittelbare Weiterleitung der Meldedaten von der zentralen Stelle an das örtlich zuständige Jugendamt vor.

2.2 Landesgesetzliche Aufgabenzuweisung an das Jugendamt nach Information über nicht festgestellte Früherkennungsuntersuchung

Kommt es zu einer Weiterleitung von Daten der Eltern, bei dessen Kind die Teilnahme an einer Früherkennungsuntersuchung nicht festgestellt werden konnte, an das Jugendamt, bringen nur wenige Landesgesetze zum Ausdruck, was sich daraus für das Jugendamt für Aufgaben ergeben.⁵³ In Rheinland-Pfalz soll es das Vorlie-

³⁸ Brandenburg: § 7 Abs. 1 GDG BB; Bremen: § 14a GDG BR; Niedersachsen: § 2 FrüherkUG NI; Rheinland-Pfalz: § 6 Abs. 2 LKindSchuG RP; Saarland: § 8a Abs. 4 Satz 1 GDG SL; Schleswig-Holstein: § 4 ÖGDG SH; Thüringen: § 4 FKG TH.

³⁹ Berlin: § 6 Abs. 1 KiSchuG BE; Hamburg: § 7a Abs. 4 GDG HH; Hessen: § 3 Abs. 1 KindergesundheitsG HE; Mecklenburg-Vorpommern: § 15b Abs. 5 ÖGDG MV; Nordrhein-Westfalen: § 3 UTeilnahmeDatVO NW; Sachsen: § 2 Abs. 2 KiSchuG SN.

⁴⁰ § 6 Abs. 1 KiSchuG BE.

⁴¹ § 14a Abs. 4 GDG BR.

⁴² § 5 ÖGDG MV.

⁴³ § 8 Abs. 1 LKischuG RP.

⁴⁴ § 8a Abs. 4 GDG SL.

⁴⁵ § 2 Abs. 4 KiSchG SN.

⁴⁶ § 7 Abs. 3 GDG BB.

⁴⁷ § 7a Abs. 4 ÖGDG SH; von den insgesamt elf Landkreisen und vier kreisfreien Städten in Schleswig Holstein wurde in fünf Kommunen bestimmt, dass die Verantwortlichkeit direkt beim Jugendamt liegt, Landeskinderschutzbericht Schleswig-Holstein, 2009, S. 26.

⁴⁸ § 7a Abs. 6 GDG HH.

⁴⁹ § 3 Abs. 1 KindergesundheitsschutzG HE.

⁵⁰ § 4 Abs. 2 FrüherkUG NI.

⁵¹ § 4 Abs. 1 UTeilnahmeDatVO.

⁵² § 7 Abs. 1 FKG TH.

⁵³ Eingehend hierzu *Hartig/Schönecker/Wettmann/Meysen*, Rechtsvergleich, in: *Ziegenhain/Meysen et al.*, Abschlussbericht der Evaluation des rheinland-pfälzischen LKindSchuG, 2010, S. 97 ff.,

gen eines Hilfebedarfs prüfen⁵⁴ und in Hamburg soll abgeglichen werden, ob die betroffene Familie Hilfe zur Erziehung erhält.⁵⁵

Explizit um Kinderschutz geht es in Bremen⁵⁶, Schleswig-Holstein⁵⁷ und Thüringen,⁵⁸ denn die Jugendämter sollen die Mitteilung im Rahmen der Erfüllung ihres Schutzauftrags bei Kindeswohlgefährdung nach § 8a SGB VIII berücksichtigen und in eine Gesamtwürdigung einbeziehen. Mecklenburg-Vorpommern normiert lediglich, dass das Jugendamt zum Schutz des Kindes tätig wird.⁵⁹ Um Schutz vor Misshandlung und Vernachlässigung geht es auch in Nordrhein-Westfalen, als das Jugendamt in eigener Zuständigkeit zu entscheiden hat, ob gewichtige Gründe für eine Kindeswohlgefährdung vorliegen und welche Maßnahmen geeignet und erforderlich sind.⁶⁰

Die Landesgesetze in Hessen,⁶¹ Niedersachsen,⁶² und Saarland⁶³ treffen im Gesetz selbst keine Festlegungen, zu welchen Aufgaben das Jugendamt nach Übermittlung der Daten verpflichtet sein soll.

2.3 Gewichtiger Anhaltspunkt für eine Kindeswohlgefährdung nach § 8a SGB VIII?

Aufgaben des Jugendamts im Rahmen des Schutzauftrags bei Kindeswohlgefährdung nach § 8a Abs. 1 SGB VIII werden nur aktualisiert, wenn ihm „gewichtige Anhaltspunkte“ für eine Kindeswohlgefährdung bekannt werden. Unter „gewichtigen Anhaltspunkten“ werden konkrete Hinweise oder ernst zu nehmende Vermutungen für eine Gefährdung verstanden. Die Hinweise müssen in ihrer Zusammenschau nicht nur entfernt auf eine potenzielle Gefährdung hindeuten, sondern von gewissem Gewicht sein.⁶⁴ Die nähere begriffliche Aufladung ist nur sehr begrenzt mit juristischen Mitteln möglich. Entscheidend sind vor allem entwicklungspsychologische, medizinische und psychosoziale Aspekte.

abrufbar unter www.dijuf.de ▶ Projekte ▶ Evaluation LKindSchuG Rheinland-Pfalz (Aufruf 20.01.2012).

⁵⁴ § 9 Abs. 2 LKindSchuG RP.

⁵⁵ § 7a Abs. 6 GDG HH.

⁵⁶ § 14a GDG BR.

⁵⁷ § 7a Abs. 6 GDG SH.

⁵⁸ § 8 FKG TH.

⁵⁹ § 15b Abs. 7 ÖGDG MV.

⁶⁰ § 4 Abs. 3 UTeilnahmeDatVO NW.

⁶¹ § 3 Abs. 1 Satz 3 KindergesundheitsschutzG HE.

⁶² § 4 Abs. 2 FrüherkUG NI.

⁶³ § 8a Abs. 7 GDG SL.

⁶⁴ *Meysen*, in: Münder u.a., FK-SGB VIII, 6. Aufl. 2009, § 8a Rn. 12; *Wiesner*, in: ders., SGB VIII, 4. Aufl. 2011, § 8a Rn. 14 ff.; *Mann*, in: Schellhorn u.a., SGB VIII, 3. Aufl. 2007, § 8a Rn. 6; *Brin-gewal*, in: Kunkel, LPK-SGB VIII, 4. Aufl. 2011, § 8a Rn. 34 ff.

Hier müssten mit der nicht festgestellten Teilnahme an einer Früherkennungsuntersuchung Umstände bekannt geworden sein, die auf eine potenzielle Gefährdung hindeuten. Die Landesgesetze gehen von einer „Indizwirkung“ aus, bleiben aber eine nähere Begründung hierfür schuldig. Entgegen der in der Fachwelt geäußerten Zweifel⁶⁵ hat der VerfGH Rheinland-Pfalz diese Annahme in der Anfangsphase der Landesgesetze noch für verfassungsgemäß gehalten.⁶⁶ Mittlerweile kann sie aber als widerlegt gelten.

Erhebungen in mehreren Bundesländern haben ergeben, dass sich die Zahl der Fälle, in denen sich bei der Überprüfung durch die Jugendämter tatsächlich gewichtige Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung ergeben haben, unterhalb der Quote liegt, die bei einer Zufallsstichprobe in der Gesamtpopulation von Familien mit Kindern im betreffenden Alter zu erwarten wäre:

- In Hessen ergab sich im Zeitraum vom 1. Juli 2008 bis 30. Juni 2009 aufgrund der Überprüfung durch das Jugendamt in 0,07 % aller Fälle eine Kindeswohlgefährdung, die dem Jugendamt zuvor nicht bekannt war und die Schutzmaßnahmen des Jugendamts erforderte (6 Fälle bei 9.208 Meldungen). Die Personalkosten für die Aufgabenwahrnehmung lag bei rund 679.500 EUR (ca. 15,1 Vollzeitstellen).⁶⁷
- In Nordrhein-Westfalen haben 87 Jugendämter im Zeitraum vom 1. Februar bis 31. Oktober 2010 ihre Daten zum Umgang mit Meldungen wegen nicht festgestellter Inanspruchnahme ausgewertet. In 0,62 % der Fälle kam es zur Annahme gewichtiger Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung nach § 8a Abs. 1 SGB VIII (163 Fälle von 26.371), wobei sich die Annahme in 109 Fällen allein auf die fehlende Mitwirkung der Eltern gründete. In 34 Fällen stellte sich heraus, dass sich die Nichtteilnahme aus sonstigen Gründen ergab. Lediglich in 20 und somit 0,08 % der Fälle konnte eine Kindeswohlgefährdung festgestellt werden. Die durchschnittliche Bearbeitungszeit pro Fall einer Meldung nicht festgestellter Teilnahme betrug 40 Minuten.⁶⁸
- In Rheinland-Pfalz konnten im Berichtszeitraum 2009 insgesamt 26.453 Fälle ausgewertet werden. In insgesamt sechs Fällen ergab sich eine Kindeswohlgefährdung, die dem Jugendamt zuvor nicht bekannt war. Dies entspricht einer Quote von ca. 0,0002 %.⁶⁹

⁶⁵ DIJuF-Rechtsgutachten, JAmt 2008, 137 m.w.N.

⁶⁶ JAmt 2010, 142.

⁶⁷ Hessischer Landkreistag/Hessischer Städtetag, JAmt 2010, 115 f.

⁶⁸ LWL-Landesjugendamt Westfalen, UTeilnahmeDatVO. Datenauswertung 02/2010 bis 10/2010, Dez. 2010.

⁶⁹ Müller/Michel-Schilling/Lamberty, Kinderschutz und Kindergesundheit in Rheinland-Pfalz. Ergebnisse zur Umsetzung des Landesgesetzes zum Schutz von Kindeswohl und Kindergesundheit für das Berichtsjahr 2009, in: Ministerium für Integration, Familie, Kinder, Jugend und Frauen

2.4 Fazit: unzulässige Verknüpfung mit „Kindeschutz“

Kinder, bei denen eine Teilnahme an einer Früherkennungsuntersuchung nicht festgestellt werden kann, tragen nach diesen Erkenntnissen kein höheres Risiko, von ihren Eltern misshandelt oder vernachlässigt zu werden, als alle anderen Kinder. Einladungs- oder Erinnerungswesen mit Überprüfung bei nicht festgestellter Teilnahme an einer Früherkennungsuntersuchung sind kein Mittel zur Erkennung von Kindeswohlgefährdung.

Grundrechtseingriffe in Gestalt von Gefahrerforschungseingriffen sind verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.⁷⁰ Wenn ein Familiengericht Eltern, die sich weigern, die Information über die Teilnahme ihres Kindes an der Früherkennungsuntersuchung preiszugeben, verpflichtet, in einer Frist von acht Wochen den Nachweis über die Durchführung einer Früherkennungsuntersuchung zu führen, und dies darauf stützt, die „Nichtbefolgung der gesetzlich normierten Vorsorgeuntersuchung [stelle] einen gewichtigen Anhaltspunkt i.S.v. § 8a SGB VIII dar“,⁷¹ so bewegt es sich bei der Auslegung des § 8a Abs. 1 SGB VIII außerhalb des Vertretbaren. Begründet das Oberlandesgericht im Beschwerdeverfahren des gleichen Falls anstehende Eingriffe im Rahmen des staatlichen Wächteramts mit der Weigerung der Eltern, bislang an der Gefährdungseinschätzung mitzuwirken, so kreiert es den für die Gefahrerforschung erforderlichen konkreten Gefahrenverdacht im Wege eines Zirkelschlusses.⁷²

Eine Pflicht des Jugendamts zum Tätigwerden nach § 8a SGB VIII ergibt sich somit nur dann, wenn sich aufgrund der Kenntnis weiterer Umstände im Zusammenspiel mit der Übermittlung der Daten über die Nichtteilnahme an der Früherkennungsuntersuchung gewichtige Anhaltspunkte ergeben oder wenn Ärzt/inn/e/n bzw Hebammen/Entbindungspfleger im Rahmen von Früherkennungsuntersuchungen entsprechende Wahrnehmungen gemacht haben und sie dem Jugendamt mitteilen. Auch im Zusammenhang mit den sonstigen Hilfeaufgaben des Jugendamts ist keine (gesetzliche) Verpflichtung der Jugendämter zum Tätigwerden abzuleiten, da das SGB VIII keine von einem Hilfefauftrag abgekoppelten Kontrollaufträge enthält.⁷³ Für das Jugendamt ergeben sich somit – eigentlich – keine weiteren Aufgaben. Eine Untätigkeit ist in Anbetracht der politischen Erwartung und der erwartbaren Reaktionen bei Bekanntwerden eines Falls, in welchem eine Kindeswohlgefährdung hätte festgestellt werden können, aber in der einzelnen Kommune nur schwer durchzuhalten.

Rheinland-Pfalz, Kinderschutz, Kindergesundheit und Hilfen zur Erziehung in Rheinland-Pfalz. Bilanz und Perspektiven, 2011, S. 30 ff.

⁷⁰ Hierzu *Jestaedt* JAmt/ZKJ-Sonderheft 2010, 32 f.

⁷¹ AG Frankfurt am Main, Beschl. vom 24.10.2011 – 457 F 6230/11 SO.

⁷² OLG Frankfurt am Main, Hinweise vom 04.01.2012 – 1 UF 423/11.

⁷³ DIJuF-Rechtsgutachten, JAmt 2003, 137.

Dies ändert nichts an der Feststellung, dass die Systeme zur Steigerung der Teilnahmequote an Früherkennungsuntersuchungen die multiplen Datenübermittlungen und ausdrücklichen oder impliziten politischen Kontrollaufträge verfassungsrechtlich nicht mit dem Argument „Kinderschutz“ legitimiert werden können. Eine Rechtfertigung der Erfassung, die Meldung an Gesundheitsämter und ein auffordernd-informierendes Zugehen der Gesundheitsämter müssten anhand des Beitrags eines solchen Einladungs- und/oder Erinnerungssystems zur Förderung der Kindergesundheit durch die Steigerung der – allerdings schon zuvor hohen – Teilnahmequoten erfolgen.⁷⁴

3 „Willkommensbesuch“ zur Information über Unterstützungsangebote (§ 2 KKG)⁷⁵

3.1 Neue Pflichtaufgabe der Kommunen

Das Bundeskinderschutzgesetz⁷⁶ hat eine neue kommunale Pflichtaufgabe im Rahmen der Daseinsvorsorge geschaffen. Eltern sowie werdende Mütter und Väter sollen über die örtlichen Leistungsangebote zur Beratung und Hilfe in Fragen der Schwangerschaft, Geburt und der Entwicklung des Kindes in den ersten Lebensjahren informiert werden (§ 2 Abs. 1 Gesetz zur Kooperation und Information im Kinderschutz – KKG). Hierzu kann das Jugendamt als zuständige Stelle den Eltern ein persönliches Gespräch anbieten, das auf deren Wunsch in ihrer Wohnung stattfinden kann (§ 2 Abs. 2 KKG).

Pate für die Vorschrift haben die sog. „Willkommensbesuche“ in der Stadt Dormagen gestanden, bei denen das Jugendamt allen Familien mit Nachwuchs kurz nach der Geburt einen Besuch abstattet und mit einem Informationspaket zur Geburt gratuliert. Deren ehemaliger Bürgermeister, *Heinz Hilgers*, war und ist gleichzeitig Vorsitzender des Deutschen Kinderschutzbundes und hat für „sein“ Konzept große mediale Aufmerksamkeit erzielt. Andere Kommunen – insbesondere in Nordrhein-Westfalen, Berlin (vgl. § 8 Berliner Gesetz zum Schutz und Wohl des Kindes), Sachsen und Thüringen – sind dem Beispiel gefolgt.⁷⁷

⁷⁴ *Ziegenhain/Meysen/Schöllborn/Hartig/Schönecker/Knorr/Wettmann/Stürtz/Fegert*, Abschlussbericht der Evaluation des rheinland-pfälzischen LKindSchuG, 2010, S. 145, abrufbar unter www.dijuf.de ▶ Projekte ▶ Evaluation LKindSchuG Rheinland-Pfalz (Aufruf 20.01.2012).

⁷⁵ Eingehend *Götte* JAmt 2012, 1 sowie *Götte/Meysen*, Gutachten zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Durchführung von Familienbesuchen (Aktionsprogramm „Familienbesucher“ der Stiftung Kinderland Baden-Württemberg), 2012.

⁷⁶ Gesetz zur Stärkung des aktiven Schutzes von Kindern und Jugendlichen (Bundeskinderschutzgesetz – BKiSchG) vom 22.12.2011, BGBl. I S. 2975.

⁷⁷ Für Baden-Württemberg siehe *Ziegenhain/Pillhofer*, Aktionsprogramm „Familienbesucher“ – Ausbildung und Einsatz von Familienbesuchern. Abschlussbericht, 2011, abrufbar unter www.familienbesucher.de (Aufruf 15.01.2012).

3.2 Variable Modalitäten des Informationsangebots

a) *Mit oder ohne Besuchsangebot*

Die Modelle, nach denen die Besuche bei den Familien durchgeführt werden, unterscheiden sich erheblich. Um über die örtlichen Unterstützungsangebote zu informieren, haben verschiedene Kommunen „Willkommenspakete“⁷⁸ bzw. „Willkommenstaschen“ entwickelt, die sie den frischgebackenen Eltern zukommen lassen. Sie enthalten Informationen zu Angeboten der medizinischen Versorgung, der Elternbildung, der Frühförderung bei (drohender) Behinderung des Kindes, der Beratung, geben den Eltern Anschriften, Telefonnummern zu den relevanten Institutionen und professionellen Akteuren an die Hand usw.

b) *Anbieter der Willkommens- bzw. Familienbesuche*

In der Praxis werden die Besuchsdienste je nach Kommune von unterschiedlichen Stellen angeboten und durchgeführt: Bürgermeisterämter, Jugendämter, Gesundheitsämter, freie Träger oder Privatpersonen. Nach § 2 Abs. 2 Satz 3 KKG sind die örtlichen Träger der Jugendhilfe für zuständig erklärt, die Informationsaufgabe zu erfüllen. Von der Öffnungsklausel für abweichendes Landesrecht hat bislang kein Land Gebrauch gemacht. Wenn das Gesetz davon spricht, der Träger der öffentlichen Jugendhilfe sei befugt, den Eltern ein persönliches Gespräch anzubieten, scheint damit auf den ersten Blick zum Ausdruck zu kommen, dass es sich hier tatsächlich um eine Befugnis handele. Eine solche wäre nicht ohne weiteres delegierbar. Jedoch handelt es sich nur um eine Methode zur Aufgabenerfüllung, für deren Einsatz keine rechtliche Befugnis hätte normiert werden müssen. Somit können freie Träger oder Privatpersonen zur Durchführung der Besuchsdienste eingesetzt werden.

c) *Erhebung der Meldedaten*

Damit die Stelle, die mit dem Besuchsdienst betraut ist, die Informationen über die Geburten in ihrem Einzugsbereich erlangt, wäre der einfachste Weg der Zugang zu den Meldedaten. Die Weitergabe der Informationen über Geburt, Namen und Anschrift aus dem Melderegister ist ein Grundrechtseingriff, der einer datenschutzrechtlichen Befugnis bedarf. Eine Übermittlungsbefugnis der Meldebehörde ergibt sich, wenn dies zur Erfüllung einer in der Zuständigkeit des Datenempfängers liegenden Aufgabe erforderlich ist (§ 18 Abs. 1 MRRG).⁷⁹

⁷⁸ Friedrich, Praxisbeispiel Werra-Meißner-Kreis: „Familien stärken! Frühe Hilfen für Familien – ein Beispiel guter Praxis“, in: Freese/Göppert/Paul (Hrsg), Frühe Hilfen und Kinderschutz in den Kommunen, 2011, S. 147, 149 f.

⁷⁹ Vgl. die entsprechenden Regelungen in den Meldegesetzen der anderen Bundesländer: Baden-Württemberg § 29 Abs. 1; Bayern: Art. 28 Abs. 1; Berlin: § 25 Abs. 1; Brandenburg: § 28 Abs. 1;

Eine solche Aufgabe ergibt sich nunmehr aus § 2 KKG. Allerdings sind regelmäßige Datenübermittlungen an andere Behörden, d.h. Datenübermittlungen, die ohne Ersuchen, anlassbezogen und regelmäßig wiederkehrend erfolgen,⁸⁰ nur zulässig, soweit dies durch Bundes- oder Landesrecht unter Festlegung des Anlasses und des Zwecks der Übermittlungen, der Datenempfänger und der zu übermittelnden Daten bestimmt ist (vgl. § 18 Abs. 4 MRRG).⁸¹ Eine entsprechende datenschutzrechtliche Befugnisnorm existiert bislang nur im Saarland (§ 15 Meldedaten-Übermittlungsverordnung, MeldDÜV). In den übrigen Bundesländern ist die Weitergabe somit auch nach Einführung des § 2 KKG unzulässig.

Um die regelhafte Weitergabe der Meldedaten zu ermöglichen, müsste der Bund, bei dem seit der Föderalismusreform I die alleinige Gesetzgebungskompetenz für das Meldewesen ressortiert, eine entsprechende gesetzliche Regelung schaffen, durch die Anlass und Zweck der Übermittlungen (Geburt eines Kindes, Information und Durchführung des Familienbesuchs), der Datenempfänger (öffentlicher Jugendhilfeträger) und die zu übermittelnden Daten (Name, Adresse, Geburtsdatum, Name der Eltern) festgelegt werden.⁸² Der derzeit vorliegende Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Meldewesens (MeldFortG)⁸³ enthält keine solche Befugnisnorm. Nach der Begründung zum Regierungsentwurf sind entsprechende gesetzliche Regelungen – Erlaubnistatbestände für die regelmäßige Datenübermittlung – vielmehr in Fachgesetzen, mithin in den jeweiligen bereichsspezifischen Vorschriften, festzulegen.⁸⁴ Die Aufnahme einer entsprechenden Regelung in das KKG steht aus.

Der Vorbehalt des Gesetzes für Grundrechtseingriffe, hier durch Datenübermittlung ohne Einwilligung, ist somit nicht gewahrt. Um dieses – außerhalb des Saarlands bestehende – gesetzliche Defizit zu kompensieren und die Aufgaben des § 2 KKG, ohne rechtswidrig in die informationelle Selbstbestimmung einzugreifen,

Bremen: § 30 Abs. 1; Hamburg: § 31 Abs. 1; Hessen: § 31 Abs. 1; Mecklenburg-Vorpommern: § 31 Abs. 1; Niedersachsen: § 29 Abs. 1; Nordrhein-Westfalen: § 31 Abs. 1; Rheinland-Pfalz: § 31 Abs. 1; Saarland: § 31 Abs. 1; Sachsen: § 29 Abs. 1; Sachsen-Anhalt: § 29 Abs. 1 MG i.V.m. § 11 Abs. 1 Nr. 1 DSG; Schleswig-Holstein: § 24 Abs. 1; Thüringen: § 28 Abs. 1.

⁸⁰ BR-Drucks. 524/11, S. 82.

⁸¹ Vgl. die Regelungen in den Meldegesetzen der Bundesländer: Baden-Württemberg: § 29 Abs. 4; Bayern: Art. 28 Abs. 5; Berlin: § 26 Abs. 1; Brandenburg: § 29 Abs. 1; Bremen: § 30 Abs. 4; Hamburg: § 31 Abs. 5; Hessen: § 31 Abs. 4; Mecklenburg-Vorpommern: § 31 Abs. 5; Niedersachsen: § 29 Abs. 4; Nordrhein-Westfalen: § 31 Abs. 4; Rheinland-Pfalz: § 31 Abs. 4; Saarland: § 31 Abs. 4; Sachsen: § 29 Abs. 1; Sachsen-Anhalt: § 32 Abs. 2 MG i.V.m. § 11 Abs. 1 Nr. 1 DSG; Schleswig-Holstein: § 24 Abs. 6; Thüringen: § 28 Abs. 6.

⁸² Vgl. zu entsprechenden Regelungen zur Übermittlung von Meldedaten im Rahmen von Früherkennungsuntersuchungen bspw. in Hessen § 18a MeldDÜVO (Meldedaten-Übermittlungsverordnung) (i.V.m. § 43 MG).

⁸³ BR-Drucks. 524/11.

⁸⁴ BR-Drucks. 524/11, S. 82.

doch noch erfüllen zu können, bieten sich für die Praxis folgende Lösungsansätze an:

- Übernimmt das Bürgermeisteramt als Ortspolizei- bzw. Ordnungsbehörde und damit Meldebehörde selbst die Organisation und Durchführung der Familienbesuche, findet keine Datenübermittlung statt.⁸⁵ Die Meldedaten werden erhoben, um die Identität und Wohnadressen der im Zuständigkeitsbereich der jeweiligen Meldebehörde wohnenden Bürger/innen nachweisen zu können, und dienen damit der kommunalen Aufgabenerfüllung.⁸⁶ Die Elterninformation kann – jenseits des § 2 KKG – als eine kommunale Aufgabe im Bereich der allgemeinen Daseinsfürsorge angesehen werden.
- Jugendämter, freie Träger oder Privatpersonen können die Meldedaten über die in den Amtsblättern veröffentlichten Geburten erlangen. Bei diesem Vorgehen werden allerdings die Daten der Eltern mit neugeborenen Kindern nicht erfasst, die einer Veröffentlichung im Amtsblatt nicht zustimmen bzw. dieser widersprechen oder kurz nach der Geburt zuziehen.
- Werden die Familien mit neugeborenen Kindern durch die Bürgermeister/innen als Meldebehörde angeschrieben, und werden sie bei dieser Gelegenheit auf die Möglichkeit des Familienbesuchs hingewiesen und gebeten, per Postkarte, Anruf oder E-Mail ihr Einverständnis zur Weitergabe der Daten an die Stelle, die die Familienbesuche durchführt, zu erteilen, würde die Datenübermittlung nur mit Einverständnis erfolgen. Die Rücklaufquote bei einem solchen Vorgehen, das ein aktives Einfordern des Familienbesuchs durch die Eltern voraussetzt, fällt regelmäßig nur sehr gering aus.⁸⁷
- Auch das Standesamt, bei dem die Geburten angezeigt werden, kann über die Möglichkeit des Familienbesuchs informieren und um Einwilligungen zur Datenweitergabe ersuchen.

d) *Besuch mit oder ohne vorherige Einwilligung*

Unter grund- oder datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten bedarf die Kontaktaufnahme mit den Eltern keiner gesetzlichen Aufgabe bzw. Befugnis. Die für das Verwaltungshandeln der öffentlichen Verwaltung erforderliche öffentliche Aufgabe liegt, wenn das Bürgermeisteramt oder das Landratsamt auf die Eltern zugeht, in einer durch die Kommune selbst festgelegten, freiwilligen Aufgabe im Rahmen

⁸⁵ Zum funktionalen Stellenbegriff im Datenschutzrecht siehe *Dammann*, in: Simitis, BDSG, 7. Aufl. 2011, § 2 Rn. 15; *Proksch*, in: Münder u.a., FK-SGB VIII, 6. Aufl. 2009, § 61 Rn. 16 f.

⁸⁶ *Lübking/Zilkens*, Datenschutz in der Kommunalverwaltung, 2. Aufl. 2008, Rn. 278.

⁸⁷ Vgl. Protokoll der 4. Beiratssitzung im Rahmen des Aktionsprogramms „Familienbesucher“, 2010, S. 3.

der kommunalen Daseinsvorsorge. Kontaktiert der örtliche Träger der Jugendhilfe die Familien, ist ihm die Aufgabe nach § 2 Abs. 2 Satz 3 KKG gesetzlich zugewiesen. Die Kommune kann, wie grundsätzlich bei allen schlichthoheitlichen Aufgaben, freie Träger oder Privatpersonen zur Erfüllung heranziehen. Ein Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ist nicht anzunehmen, denn die Verwaltung (z.B. Bürgermeisteramt oder Jugendamt) muss mit den Bürger/innen in Kontakt treten können. Auch freien Trägern ist es möglich, Familien zu kontaktieren, um diese bspw. auf eigene bzw. in der Kommune bestehende Leistungsangebote hinzuweisen.

Auch bei Durchführung eines Besuchs ist das Eindringen in die Privatsphäre der betroffenen Bürger/innen zulässig, wenn eine Einwilligung des/der Betroffenen vorliegt.⁸⁸ Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) setzt aufgrund des Fehlens einer gesetzlichen Ermächtigungsnorm zum Willkommens- bzw. Familienbesuch ein Einverständnis voraus. Das Erfordernis der Freiwilligkeit ist dabei selbst dann gewahrt, wenn die Betroffenen die Möglichkeit haben, den Familienbesuch noch abzulehnen, wenn der/die Familienbesucher/in – ungefragt – vor der Tür steht und transparent auf die Ablehnungsmöglichkeit hinweist.

So breit die Palette eines zulässigen Kontaktaufnehmens ist, haben sich in der Praxis die Besuchsdienste auch entwickelt:

- In einigen Kommunen wird in Schreiben auf die Möglichkeit eines Besuchs hingewiesen, und dieser kann mittels Rückantwortpostkarte angefordert werden. Werden die Besuche jedoch davon abhängig gemacht, dass die Eltern den Familienbesuch bei sich zu Hause ausdrücklich wünschen, lässt dies die Zahl der Besuche drastisch zurückgehen, und diese erreichen vor allem Mittelschichtsfamilien.⁸⁹
- In anderen Kommunen wird in dem Schreiben ein Besuchsangebot mit Terminvorschlag gemacht und den Eltern eine Ablehnungsoption eingeräumt. Wenn sie davon nicht Gebrauch machen, erfolgt der Besuch am angekündigten Termin.
- Teilweise erfahren Eltern auf sonstige Weise von der Möglichkeit eines Besuchs und kümmern sich aktiv darum.⁹⁰

⁸⁸ Vgl. hierzu auch die insofern eindeutige Formulierung des § 2 KKG, nach der das Gespräch „auf Wunsch der Eltern“ in ihrer Wohnung stattfinden kann.

⁸⁹ Zur Qualität bei Frühen Hilfen und Wegen der Prävention siehe Jugendamt Dormagen (Hrsg.), Dormagener Qualitätskatalog der Kinder- und Jugendhilfe – Ein Modell kooperativer Qualitätsentwicklung, 2011, S. 99 ff.

⁹⁰ *Ziegenbain/Pillhofer*, Aktionsprogramm „Familienbesucher“ – Ausbildung und Einsatz von Familienbesuchern. Abschlussbericht, 2011, S. 16, abrufbar unter www.familienbesucher.de (Aufruf 15.01.2012).

Rechtlich zulässig sind, wie gesehen, alle Vorgehensweisen. Da der Willkommens- bzw. Familienbesuch aber ein Eindringen in die Privatsphäre der betroffenen Bürger/innen darstellt (Art. 13 Abs. 1 GG), ist die erforderliche Einwilligung der Betroffenen genauer zu beleuchten (siehe im Folgenden). Wenn ein ungebetener Besuch angeboten wird, ist ein solches Heimsuchen fachlich daraufhin zu hinterfragen, inwieweit die vertrauensbildende Intention des global-präventiven Informationsangebots nach § 2 KKG noch erreicht werden kann.

e) *Kompetente Einwilligung in den Besuch*

Eine den (verfassungs-)rechtlichen Anforderungen genügende Einwilligung in einen Besuch liegt nur vor, wenn die Eltern tatsächlich wissen, wozu sie ihr Einverständnis geben. Die Besucher/innen müssen folglich über Sinn und Zweck des Besuchs vollständige Transparenz herstellen. Denn bei jedem Besuch erheben sie Daten, und es sind dem Hinschauen und Hinhören während des Besuchs immer auch kontrollierende Elemente immanent. „Geheimaufträge“, im Zuge des Informationsangebots zu überprüfen, ob in der Familie alles in Ordnung ist, sind unzulässig. Auch ein solcher Zweck des Willkommens- bzw. Familienbesuchs müsste uneingeschränkt offengelegt werden, denn nur so läge eine kompetente Einwilligung in den Besuch vor, bei welcher der/die Einwilligende weiß, wozu genau er/sie die Einwilligung gibt.⁹¹

Willigt die Familie in den Besuch ein, lässt sie sich freiwillig auf Informationsgewinnung durch den Besuchsdienst ein. Um zielführend und adressatengerecht informieren und beraten zu können, braucht der/die Besucher/in Informationen über die Lebensumstände der Familie und darf diese auch erheben. Eine Besichtigung der ganzen Wohnung gehört grundsätzlich nicht dazu, die Intentionen eines Kontrollganges wären gegenüber den Eltern offen zu legen, um zu klären, ob sie zustimmen. Von der Informationsaufgabe des § 2 Abs. 1 KKG dürfte ein solcher nur ausnahmsweise gedeckt sein.

Erfährt der/die Besucher/in während des Besuchs von Umständen, aufgrund derer er/sie seinen/ihren Informationsauftrag hin zu einer darüber hinausgehenden Beratung erweitern möchte, muss auch dies in einer den Beteiligten in der Familie verständlichen Weise offengelegt werden und müssen die Betroffenen damit einverstanden sein, den Beratungsauftrag dahingehend auszudehnen. Die Eltern müssen jederzeit die Möglichkeit haben, das Angebot – denn ein solches ist es und muss es aus (verfassungs-)rechtlicher Sicht auch bleiben – abzulehnen. Auch hier gilt, die bloße Ablehnung des Angebots dürfen keine Konsequenzen im

⁹¹ Zu den jeweils anwendbaren datenschutzrechtlichen Vorgaben für die Datenerhebung siehe Götte/Meysen, Gutachten zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Durchführung von Familienbesuchen (Aktionsprogramm „Familienbesucher“ der Stiftung Kinderland Baden-Württemberg), 2012, C.III.

Hinblick auf weitere Beobachtung geknüpft oder aus ihr gar wertende Schlüsse im Hinblick auf die Erziehungskompetenzen gezogen werden.

f) *Dokumentation des Willkommens- bzw. Familienbesuchs*

Wie allgemein im Datenschutzrecht gilt auch für den Willkommens- bzw. Familienbesuch bei der Dokumentation die Begrenzung durch eine Rückbindung an die Aufgabe und den Zweck der Erhebung. Grundsätzlich darf nur dokumentiert werden, was zur Aufgabenerfüllung erforderlich ist. Um die allgemeine Informationsaufgabe des § 2 Abs. 1 KKG sinnvoll erfüllen zu können, insbesondere Doppelbesuche oder versäumte Angebote zu vermeiden, sollte dokumentiert werden, dass und bei wem ein Besuch stattgefunden hat oder von wem er abgelehnt wurde. Darüber hinaus erfordert die Aufgabenerfüllung im Sinne der Datensparsamkeit keine weitergehende Dokumentation.

Bei der Aufbewahrungsdauer ist folglich von einer Zulässigkeit solange auszugehen, wie dies der Vermeidung von doppelten oder versäumten Informations- und/oder Besuchsangeboten dient. Die Daten sind zu löschen, wenn der Zeitraum abgelaufen ist, in dem die Besuche nach § 2 KKG üblicherweise durchgeführt werden. Eine weitergehende Dokumentation und längere Dauer der Datenspeicherung ist nur mit ausdrücklicher Einwilligung nach vorangegangener Erläuterung von Sinn und Zweck derselben zulässig.

Die Einordnung auch der Informationsaufgabe des § 2 KKG unter die Überschrift „Kinderschutz“ führt mitunter dazu, dass bei den Besucher/innen das Bedürfnis entsteht, sich über die Dokumentation abzusichern, falls sich später herausstellen sollte, dass es in der Familie zu Vernachlässigung, Misshandlung oder sexuellem Missbrauch gekommen ist und vermeintliche Versäumnisse möglicherweise sogar medial skandalisiert werden.⁹² Rein hypothetische spätere Vorwürfe, beim Besuch etwas übersehen zu haben, können eine weitergehende Dokumentation zu den beim Besuch festgestellten Lebensumständen in der Familie jedoch nicht rechtfertigen. Bei der Informationsaufgabe kann es gerade nicht darum gehen, potenziell vernachlässigende, misshandelnde oder sexuell missbrauchende Eltern aufzuspüren (siehe im Folgenden).

3.3 Willkommens- bzw. Familienbesuche als Instrument des Kinderschutzes?

Wenn das Jugendamt, das Bürgermeisteramt, der öffentliche Gesundheitsdienst oder Privatpersonen im Auftrag der Kommune den Eltern mit ihren Kindern einen ungefragten bzw. zumindest nicht ausdrücklich angeforderten Besuch abstat-

⁹² Vgl. hierzu auch die Darstellung der Problematik der medialen Skandalisierung von Einzelfällen in: Fegert u.a., Problematische Kinderschutzverläufe, Mediale Skandalisierung, fachliche Fehleranalyse und Strategien zur Verbesserung des Kinderschutzes, 2010, S. 10.

ten, kommt es entscheidend auf die Haltung an, mit welcher die Besucher/innen den Eltern begegnen. *Heinz Hilgers* hat in seiner Stellungnahme für den Deutschen Kinderschutzbund zur Anhörung im FSFJ-Ausschuss hierzu ausgeführt: „Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die den Besuchsdienst durchführen, sollen den Eltern immer mit großer Wertschätzung begegnen und können ihnen bei Bedarf Hilfe zur Selbsthilfe anbieten.“⁹³ Gesetzlich regeln lässt sich eine solche Grundhaltung indes nicht.

An diesem Punkt aktualisieren sich auch die verfassungsrechtlichen Fragen der Willkommens- bzw. Familienbesuche. Es handelt sich um ein Informationsangebot. Die gesetzliche Regelung kann indes nicht verhindern, wenn die Besucher/innen mit einem von Politik, dem Dienst bzw. der Behörde erteilten oder eigenen Auftrag in die Familie gehen, gleichzeitig eine Elternkontrolle durchzuführen. Willkommens- bzw. Familienbesuch als heimliche „Elternkontroll-Patrouille“ würde Eltern nach der Geburt zunächst unter Generalverdacht stellen, um sie alle zu Hause zu besuchen und dabei durch den Einblick in das Familienleben feststellen zu können, ob sie ihre Kinder misshandeln oder vernachlässigen.

Ein solches Vorgehen ließe sich nicht mit den Grundrechten der Eltern vereinbaren. Eine von konkreten Hinweisen unabhängige, generelle Kontrollfunktion darf mit Besuch nicht verbunden sein. Auch hier gilt, dass der Staat den Eltern wachsam und unterstützend zur Seite steht, für ein kontrollierendes oder lenkendes Eingreifen bedarf es eines Anlasses.⁹⁴ Ein solcher liegt beim Willkommens- bzw. Familienbesuchen nicht vor. Effekte dieses Angebots für die Verhinderung (aktueller oder späterer) Kindeswohlgefährdung sind nicht messbar.⁹⁵ Die Besuche stellen in einer Kosten-Nutzen-Analyse somit – neben dem Einladungs- und Erinnerungswesen zu Früherkennungsuntersuchungen – eine teure und zugleich unfokussierte Maßnahme dar.⁹⁶

Wenn auch das Informations- und Besuchsangebot vom Gesetzgeber unter die Überschrift „Kinderschutz“ gestellt wurde (es ist Teil des Gesetzes zur Kooperation und Information im „Kinderschutz“), leitet dies fehl. Die Besuche dienen nicht dem Kinderschutz, nicht einmal in einem weiten Begriffsverständnis. Entgegen so mancher politischer Erwartung, eine „Ich war drin-Garantie“ soll, kann und darf der/die Besucher/in nicht geben.⁹⁷

⁹³ *Hilgers* (Deutscher Kinderschutzbund), Ausschussdrucksache 17(13)116b, S. 4.

⁹⁴ *Katzstein/Schönecker*, Das Zusammenspiel der einzelnen Instrumente im Orchester des Kinderschutzes und seine rechtlichen Grundlagen, *Praxis der Kinderpsychologie und Kinderpsychiatrie* 58/2009, S. 798, 800.

⁹⁵ Vgl. zu einer Meta-Analyse *Reynolds/Mathieson/Topitzes*, Do Early Interventions Prevent Child Maltreatment?, *Child Maltreatment* 2009, S. 182.

⁹⁶ *Kindler/Sann*, Das kontrollierte Kind, *DJI Impulse* 2/2011, S. 7.

⁹⁷ Vgl. zum verpflichtenden Hausbesuch: *Meysen*, „Ich war drin-Garantie“ im Kinderschutz, *Forum Erziehungshilfen* 2009, S. 195.

Will die Stelle, von der die Informationsaufgabe mit oder ohne Besuche durchgeführt wird, auch Aufgaben der Elternkontrolle in das Angebot integrieren, müsste sie dies den Eltern ausreichend verdeutlichen. Insbesondere Willkommens- bzw. Familienbesuche können jedoch ihre Ziele nur in einer Vertrauensbeziehung der Prävention erfolgreich verwirklichen und Wirkungen entfalten.⁹⁸ Die Phase rund um die Geburt ist eine gute Möglichkeit, mit den jungen Eltern ins Gespräch zu kommen und sie zur Inanspruchnahme von Beratung und Hilfe zu motivieren, da sie zu diesem Zeitpunkt besonders aufgeschlossen dafür sind.⁹⁹ Blieben die Wahrnehmungen und ihre Bewertung nicht in einem geschützten Rahmen,¹⁰⁰ sondern würden unter große Augen des staatlichen Wächters gestellt, wären die Ziele der Aufgabe in Anbetracht der – notwendig freiwilligen – Inanspruchnahme des Informationsangebots konterkariert.

Bei dem Informationsangebot nach § 2 KKG kann es somit nicht um die Verhinderung von Kindesmisshandlung und Vernachlässigung gehen. Das Informationsangebot mit Willkommens- bzw. Familienbesuch wird nur dann in verfassungsrechtlich zulässiger Weise unterbreitet und durchgeführt, wenn transparent alle damit verfolgten Ziele gegenüber den Eltern offengelegt werden, die Freiwilligkeit der Inanspruchnahme uneingeschränkt geachtet wird und aus einer Ablehnung keine latent oder offen an der Elternkompetenz zweifelnden Schlüsse gezogen werden.

4 Informationsweitergabe durch Berufsgeheimnisträger (§ 4 KKG)

4.1 Herstellung einer bundeseinheitlichen Rechtslage

Der Kinderschutzgesetzgeber des Bundes hat mit dem Bundeskinderschutzgesetz¹⁰¹ die Schwelle für eine zulässige Informationsweitergabe im Kontext von Kindeswohlgefährdung bundeseinheitlich gezogen und in diesem Zusammenhang Pflichten normiert, wie der Kontakt mit den Beteiligten aus der Familie zu gestalten ist, wenn eine vermutete Vernachlässigung, Misshandlung oder ein vermuteter sexueller Missbrauch im Raum steht.

Eine nicht repräsentative Erhebung zum Kenntnisstand der datenschutzrechtlich adressierten Professionellen über die für sie geltenden landesgesetzlichen Rege-

⁹⁸ *Meysen/Schönecker*, Vertrauensschutz als Grundlage des Datenschutzes im System Frühe Hilfen, in: Freese u.a., Frühe Hilfen und Kinderschutz in den Kommunen, 2011, S. 77, 90.

⁹⁹ *Sann/Schäfer*, Frühe Hilfen zwischen Helfen und Kontrollieren, DJI Bulletin 1/2008, S. 25.

¹⁰⁰ *Sann/Schäfer*, Frühe Hilfen zwischen Helfen und Kontrollieren, DJI Bulletin 1/2008, S. 25, 26.

¹⁰¹ Gesetz zur Stärkung des aktiven Schutzes von Kindern und Jugendlichen (Bundeskinderschutzgesetz – BKiSchG) vom 22.12.2011, BGBl. I S. 2975.

lungsinhalte hat eine verwirrende Rechtslage und eine für die Praxis kaum mehr zu überschaubare Rechtszersplitterung konstatiert.¹⁰²

Neun Bundesländer haben in den letzten Jahren spezifische, ausdrückliche Regelungen für die Informationsweitergabe an das Jugendamt bei (vermuteter) Kindeswohlgefährdung normiert (Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Hessen, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen). Rheinland-Pfalz¹⁰³ hat den Auftakt gemacht und eine entsprechende datenschutzrechtliche Regelung für Berufsgeheimnisträger eingeführt. Vier weitere Länder und letztlich auch der Bundesgesetzgeber in § 4 KKG haben das rheinland-pfälzische Regelungsmodell übernommen (Baden-Württemberg,¹⁰⁴ Berlin,¹⁰⁵ Sachsen,¹⁰⁶ Sachsen-Anhalt¹⁰⁷). Insgesamt unterscheiden sich die Adressat/inn/en der Regelungen und die darin beschriebenen Anlässe für die Befugnis zur Informationsweitergabe. Im Vergleich zu den anderen landesgesetzlichen Regelungen beziehen sich die zum Teil erheblichen Divergenzen auch auf die Verpflichtungsgrade und Schwellen für eine Übermittlung ohne Einwilligung der Betroffenen:¹⁰⁸

- Bayern¹⁰⁹ hat als einziges Land für Ärzt/inn/e/n und Hebammen/Entbindungspfleger eine Pflicht normiert, die erforderlichen personenbezogenen Daten an das Jugendamt weiterzugeben, und dies im Ländervergleich zusätzlich an der niedrigsten aller Schwellen und zwar bereits immer dann, wenn gewichtige Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung bekannt werden.
- In Brandenburg¹¹⁰ ist der Anwendungsbereich auf den öffentlichen Gesundheitsdienst beschränkt, für diesen ist die Weitergabe von Informationen, die bei einer Inanspruchnahme freiwilliger Beratungsangebote erhoben wurden, schon dann ohne Einwilligung erlaubt, wenn dies zur „Abschätzung des Gefährdungsrisikos“ erforderlich ist.

¹⁰² Knorr/Fangerau/Ziegenhain/Fegert JAmt 2009, 352; Hartig/Schönecker/Wettmann/Meysen, Rechtsvergleich, in: Meysen/Ziegenhain et al., Abschlussbericht der Evaluation des rheinland-pfälzischen LKindSchuG, 2010, S. 48 ff.

¹⁰³ § 12 LKindSchuG RP.

¹⁰⁴ § 1 Abs. 5 KinderschutzG BW.

¹⁰⁵ § 11 KiSchG BE.

¹⁰⁶ § 5 KiSchG SN.

¹⁰⁷ § 6 KiSchG ST.

¹⁰⁸ Wabnitz ZKJ 2010, 49, 50 f.

¹⁰⁹ Art. 14 Abs. 6 GDVG BY.

¹¹⁰ § 16 Abs. 3 Satz 3 GDG BB.

- Hessen¹¹¹ erlaubt Ärzt/inn/en und Hebammen/Entbindungspflegern, bei tatsächlichen Anhaltspunkten für eine Kindeswohlgefährdung diese dem Jugendamt mitzuteilen.
- Thüringen¹¹² regelt eine Befugnis für verschiedene Berufsgeheimnisträger, das Jugendamt zu informieren, wenn diesen gewichtige Anhaltspunkte für eine Vernachlässigung, Misshandlung oder einen Missbrauch des unter-suchten Kindes bekannt werden.

Für die Schulen normieren insgesamt 14 Länder eigene Datenübermittlungsregelungen im Zusammenhang mit Kindeswohlgefährdung, wobei sich sowohl Verpflichtungsgrad und Voraussetzungen für die Informationsweitergabe begrifflich und inhaltlich stark unterscheiden als auch die Normierung eigener Aufgaben der Schule im Kontakt mit den Schüler/inne/n und deren Eltern (alle bis auf Hamburg und Niedersachsen).¹¹³ Die schulrechtlichen Regelungen, für welche die Länder eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz haben, konkurrieren hier mit einer Regelung, für die sich eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus dem Titel der „öffentlichen Fürsorge“ ergibt (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG). Die bundesrechtliche Regelung des § 4 KKG bricht nunmehr Landesrecht (Art. 31 GG). Die Länder können von dieser bundesgesetzlichen Vorgabe auch nicht nach Art. 84 Abs. 1 S. 2 GG abweichen, denn beim Schutz von persönlichen Daten aus der intimen Privatsphäre durch Berufsgeheimnisträger handelt es sich um materiell-rechtliche Schutzpflichten und nicht etwa um Regelungen zum Verwaltungsverfahren i.S.d. Art. 84 Abs. 1 S. 1 GG.¹¹⁴

4.2 Schutz der Vertrauensbeziehung und Transparenz

Deutschland hat im europäischen Vergleich ein, wenn auch hinsichtlich der Wirkungen kaum erforschtes, aber doch hoch ausdifferenziertes und insgesamt gesehen allgemein, zeitnah verfügbares Hilfesystem für psychosoziale und medizinische Versorgung.¹¹⁵ Eltern finden in vielfältiger Weise Zugang zu Hilfe und Unterstüt-

¹¹¹ § 4 Abs. 3 Satz 3 KindergesundheitsschutzG HE.

¹¹² § 10 Abs. 2 Satz 2 FKG TH.

¹¹³ Im Einzelnen siehe die rechtsvergleichende Darstellung bei *Hartig/Schönecker/Wettmann/Meysen*, Rechtsvergleich, in: *Ziegenhain/Meysen et al.*, Abschlussbericht der Evaluation des rheinland-pfälzischen LKindSchuG, 2010, S. 58 ff.

¹¹⁴ Siehe etwa Arbeitsgemeinschaft der obersten Jugend- und Familienbehörden (AGJF), *Stärkung der landesrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten in der Kinder- und Jugendhilfe durch die Föderalismusreform*, 2007, S. 7.

¹¹⁵ European Commission, *Feasibility study to assess the possibilities, opportunities and needs to standardise national legislation on violence against women, violence against children and sexual orientation violence*, 2010, S. 45 ff.; *Meysen/Hagemann-White*, Institutional and Legal Responses to Child Maltreatment in the Family, in: *Kelly/Hagemann-White/Meysen/Römkens*, *Realizing*

zung – in der Gesundheitshilfe, der Frühförderung, im Kinder- und Jugendhilfesystem, in der Behindertenhilfe, den frauenparteilichen Hilfen, der Schwangerschafts(konflikt)beratung etc.

Diese Stärke hatte der Gesetzgeber des Bundeskinderschutzgesetzes im Blick, auch bei der Konzeption der Vorschrift des § 4 KKG zur Schwelle der Informationsweitergabe bei Kindeswohlgefährdung. Schon in der Überschrift hat er die Hilfe mit dem Grundrechtseingriff kombiniert: „Beratung und Übermittlung von Informationen durch Geheimnisträger bei Kindeswohlgefährdung“. Den Anwendungsbereich hat er „auf solche Berufsgeheimnisträger begrenzt, die von ihrer beruflichen Tätigkeit her in einem unmittelbaren Kontakt zu Kindern und Jugendlichen stehen oder stehen können und von ihrer Ausbildung her zur Erörterung der einschlägigen Problemlagen mit den Eltern befähigt sind.“¹¹⁶

Werden den in § 4 Abs. 1 KKG aufgezählten Berufsgeheimnisträgern „gewichtige Anhaltspunkte“¹¹⁷ für eine Kindeswohlgefährdung bekannt, sollen sie ihre wertvolle Vertrauensbeziehung zu den Adressat/inn/en nicht leichtfertig aufs Spiel setzen und sich dieser annehmen. Sie sollen den Beteiligten aus den Familien glaubwürdige Hilfebeziehungen anbieten.

Die rechtlichen Vorgaben zum Datenschutz in den betreffenden, engen personalen Beziehungen beinhalten daher stets auch eine Auseinandersetzung mit dem Schutz des Vertrauens in denselben. Demzufolge unterliegen die Vertrauensbeziehungen auch nicht etwa einem ständigen Abwägen zwischen Kindes- und Elterninteressen. Um (Hilfe-)Beziehungen eingehen oder aufrechterhalten zu können, sind sie dem Grunde nach funktional geschützt – wenn auch nicht grenzenlos.¹¹⁸

Das Gesetz fordert die Professionellen nunmehr auf, die eigenen Sorgen um das Wohl eines Kindes oder Jugendlichen sowie die eigenen Wahrnehmungen und Vermutungen den Beteiligten in der Familie mitzuteilen, um sie mit ihnen zu erörtern (§ 4 Abs. 1 KKG). Damit wird dem Transparenzgebot¹¹⁹ als zentralem Grundsatz beim Schutz der informationellen Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) Rechnung getragen. Die Betroffenen werden so in die Lage versetzt, zu erfahren, was sich beim Empfänger aus den von ihnen preisgege-

Rights. Case Studies on state responses to violence against women and children in Europe, 2011, S. 179 ff.

¹¹⁶ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 17/6256, S. 19.

¹¹⁷ Zur Auslegung siehe *Wiesner*, in: ders., SGB VIII, 4. Aufl. 2011, § 8a Rn. 14 ff.; *Meysen*, in: Mün-der u.a., FK-SGB VIII, 6. Aufl. 2009, § 8a Rn. 12; *Mann*, in: Schellhorn u.a., SGB VIII, 3. Aufl. 2007, § 8a Rn. 6; *Bringenat*, in: Kunkel, LPK-SGB VIII, 4. Aufl. 2011, § 8a Rn. 34 ff.

¹¹⁸ Eingehend hierzu Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht (DIJuF) eV, Datenschutz bei Frühen Hilfen. Praxiswissen Kompakt, herausgegeben von Nationales Zentrum Frühe Hilfen (NZFH)/Informationszentrum Kindesmisshandlung/Kindesvernachlässigung (IzKK), 2010, abrufbar unter www.fruehehilfen.de ▶ Materialien (Aufruf 15.01.2012); *Meysen/Schönecker/Kindler*, Frühe Hilfen im Kinderschutz. Rechtliche Rahmenbedingungen und Risikodiagnostik in der Kooperation von Gesundheits- und Jugendhilfe, 2008.

¹¹⁹ Hierzu *Schönecker/Meysen* Bundesgesundheitsblatt 2010, 1150, 1152 f.

benen und/oder über sie gesammelten Informationen für Wertungen ergeben haben. Auch wenn sich eine Situation ergibt, in der eine Datenübermittlung gegen den Willen der Beteiligten im Familiensystem angezeigt und zulässig ist, gilt der Grundsatz: „Vielleicht gegen den Willen, aber nicht ohne Wissen“.¹²⁰ Dies ist nicht nur rechtlich gefordert, sondern auch ein Gebot der Fachlichkeit in helfenden Beziehungen, in denen Grundlage für die (freiwillige) Inanspruchnahme ist, dass die Berufsgeheimnisträger als Vertrauenspersonen als verlässlich erlebt werden.¹²¹ Eine Ausnahme vom Transparenzgebot besteht nur, wenn andernfalls der wirksame Schutz in Frage gestellt wäre (§ 4 Abs. 1 KKG a.E.). Arbeitsökonomische Gründe, zu erwartende Konflikte oder Schwierigkeiten beim Ansprechen der Sorgen und Vermutungen sind hiervon nicht erfasst. Die Arbeit am und das Aushalten von Widerstand gehören zum Aufbau und Erhalt einer Hilfebeziehung. Eine Gefährdung des wirksamen Schutzes bei Herstellung von Transparenz kommt vor allem bei sexuellem Missbrauch in Betracht,¹²² insbesondere weil nach einer Konfrontation des/der potenziellen Missbrauchers/-in mit den Vermutungen der Geheimhaltungsdruck auf die betroffenen Kinder oder Jugendlichen häufig so erhöht wird, dass damit eine Verschärfung der Gefährdung verbunden ist.¹²³ Bei Zweifeln ist eine Einschätzung zu treffen, ob trotz der möglicherweise negativen Folgen für die Hilfebeziehungen zum Schutz notwendig ist, Eltern, Kinder oder Jugendliche nicht einzubeziehen.¹²⁴

4.3 Hinwirken auf Inanspruchnahme weitergehender Hilfen

Gewichtige Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung sind stets auch Hinweise auf einen (potenziellen) Hilfebedarf. Deshalb sollen die Berufsgeheimnisträger, wenn sie ihre Beziehung zu Beteiligten aus der Familie nutzen, um sich ihnen und ihrer Situation anzunehmen, auch auf die Inanspruchnahme weitergehender Hilfen hinwirken, wenn sie solche für erforderlich oder sinnvoll halten (§ 4 Abs. 1 KKG). Hierbei sollen sie nicht bei den eigenen Mitteln stehen bleiben, sondern ihre Vertrauensbeziehung nutzen, um bei den Beteiligten darum zu werben, dass sie Zugang zu den benötigten Hilfen von anderen Stellen finden.

¹²⁰ Kohaupt, Kohaupt, G. 2006: Expertise zum Schutzauftrag bei Kindeswohlgefährdung aus Sicht eines Mitarbeiters der Kinderschutz-Zentren, erstellt im Auftrag des Instituts für Soziale Arbeit (ISA) e.V. Münster, 2006, S. 11, abrufbar unter www.kindesschutz.de (Aufruf 15.01.2012); Meysen/Schönecker/Kindler, Frühe Hilfen im Kinderschutz. Rechtliche Rahmenbedingungen und Risikodiagnostik in der Kooperation von Gesundheits- und Jugendhilfe, 2008, S. 86 f.; Schindler IKK-Nachrichten 1-2/2006, 9, 11.

¹²¹ DIJuF/NZFH/IzKK, Datenschutz bei Frühen Hilfen (Fn. 118), S. 13.

¹²² Siehe die Gesetzesbegründung zur vergleichbaren Regelung in § 8a Abs. 1 und 2 SGB VIII a.F., BT-Drucks. 15/3676, S. 38.

¹²³ Meysen, in: Münder u.a., FK-SGB VIII (Fn. 117), § 8a Rn. 26.

¹²⁴ Ausführlich Kohaupt JAmt 2003, 567.

Für besonders belastete Familien gibt es viele dieser Hilfen beim Jugendamt. Gegenüber der Inanspruchnahme von Leistungen beim Jugendamt bestehen bei den Personensorge- oder Erziehungsberechtigten in der Regel recht hohe Hemmschwellen. § 4 Abs. 1 KKG wendet sich gegen die Versuchung, den Aufbau der eigenen Vertrauensbeziehung zu den Adressat/inn/en dadurch zu erleichtern, dass die Abwehr gegenüber dem Jugendamt in den Hilfekontext in Form von zugesicherter Vertraulichkeit uneingeschränkt übernommen wird, was bei weitergehendem Hilfebedarf regelmäßig das Risiko einer späteren Herausnahme erhöht, statt es zu reduzieren.¹²⁵

4.4 Befugnis zur Informationsweitergabe ohne Einwilligung

Die Schwelle für die Zulässigkeit einer Informationsweitergabe zur Beendigung oder Abwendung einer Kindeswohlgefährdung ist, wie erläutert, seit dem Bundeskinderschutzgesetz bundesweit einheitlich beschrieben. Die Befugnisnorm tritt neben den die gesamte Rechtsordnung umfassenden rechtfertigenden Notstand (vgl. § 34 StGB, §§ 228, 904 BGB) und beschreibt das Vorgehen in dem inhaltlich-fachlich hoch anspruchsvollen und emotional vielfältig aufgeladenen Feld (potenzieller) Kindeswohlgefährdung.

Voraussetzung für eine Informationsweitergabe an das Jugendamt ohne Einwilligung ist, dass die Herstellung von Transparenz gegenüber den Betroffenen und das Hinwirken auf die Inanspruchnahme weitergehender Hilfen erfolglos waren oder aus anderen Gründen ausscheiden. Erst dann ist eine Datenübermittlung ohne Einverständnis der Betroffenen zulässig, wenn der/die Berufsheimnisträger/in dies zur Abwendung einer Kindeswohlgefährdung für erforderlich hält (§ 4 Abs. 3 S. 1 Halbs. 1 KKG). Der „Königsweg“ einer Informationsweitergabe mit Einverständnis der Betroffenen¹²⁶ wird damit noch einmal ausdrücklich gesetzlich betont. Gleichzeitig wird erneut auf die Herstellung von Transparenz gedrungen. Die Beteiligten aus der Familie sind vorab über die Datenübermittlung ohne Einverständnis zu informieren; eine Ausnahme besteht auch hier nur, wenn dadurch der wirksame Schutz des Kindes oder Jugendlichen in Frage gestellt würde (§ 4 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 KKG).

Da die Vorgaben des § 4 Abs. 1 KKG und die Einschätzungsvorgänge des § 4 Abs. 3 Satz 1 KKG hoch anspruchsvoll sind und die von der Vorschrift adressierten Berufsheimnisträger nicht notwendig besondere Expertise in Sachen Kindeswohlgefährdung haben, räumt das Gesetz ihnen einen Anspruch auf Fachberatung durch „insoweit erfahrene Fachkräfte“ ein (§ 4 Abs. 2 KKG). Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe sind verpflichtet, ein entsprechendes Angebot vorzuhalt-

¹²⁵ *Schöne/Wagenblass*, Wenn Eltern psychisch krank sind..., 2003, S. 149 sprechen von einem „Teufelskreis des negativen Images des Jugendamts“.

¹²⁶ Nähere Einzelheiten siehe die Dokumentation in *Meysen/Eschelbach*, Das neue Bundeskinderschutzgesetz, 2012, Kap. 1.

ten, das allerdings nicht im Allgemeinen Sozialen Dienst selbst angesiedelt sein darf.¹²⁷

4.5 Grundrechtseingriff durch Informationsweitergabe ohne Einwilligung

Die Regelung zur Informationsweitergabe bei (potenzieller) Kindeswohlgefährdung des § 4 KKG betont, wie gesehen, den Vertrauensschutz und damit das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Den Beteiligten soll als milderer Mittel zum Grundrechtseingriff aufgrund nicht konsentierter Datenübermittlung die Möglichkeit eröffnet werden, durch die freiwillige Inanspruchnahme von (weitergehenden) Hilfen und/oder die eigenständige Hinzuziehung des Jugendamts die Klärung bzw. Abwendung oder Beendigung einer Kindeswohlgefährdung selbst voranzutreiben. Kinderschutz und die damit verbundene, notwendige Kontrolle werden auch hier – an der Schwelle zur Kindeswohlgefährdung – als integraler Teil der Hilfe angesehen.

5 Fazit

Im Zuge der Kinderschutzgesetzgebung in Ländern und Bund seit 2005 hat Politik in vielfältiger Weise die Erwartung geäußert, dass sie von der Praxis mehr Kontrolle erwarte.¹²⁸ Die Praxis schwankt zwischen Widerstand und sich selbst absichern der Erfüllung. Auf fachpolitischer Ebene werden interventionistische Tendenzen in der großen Mehrzahl kritisch begleitet. Dies hat insbesondere der erste Anlauf zu einem Kinderschutzgesetz des Bundes¹²⁹ im Jahr 2009 zu spüren bekommen, der im Bundestag keine Mehrheit gefunden hatte.¹³⁰ Er ist nicht zuletzt daran gescheitert, weil er das Verhältnis von Hilfe und der ihr immanenten Kontrolle nicht angemessen austariert hatte.

Das neue Bundeskinderschutzgesetz ist in dieser Hinsicht schon einen deutlichen Schritt weiter. Die Töne in der abschließenden Sitzung des Bundesrats, in dem dieser die Zustimmung zum Gesetz erteilt, sind mittlerweile wieder von Wertschätzung der Arbeit der Kinderschutzpraxis und dem Bewusstsein der Grenzen von professionellem Kinderschutz geprägt.¹³¹ Doch die politischen Botschaften der letzten Jahre wirken nach. Der Praxis fällt es insbesondere in den ersten Le-

¹²⁷ Ausführlich hierzu *Meysen/Eschelbach*, Das neue Bundeskinderschutzgesetz, 2012, Kap. 3 Rn. 83 ff., 95 ff.

¹²⁸ Ausführlich hierzu *Meysen/Eschelbach*, Das neue Bundeskinderschutzgesetz, 2012, Kap. 3 Rn. 83 ff., 95 ff.

¹²⁹ Gesetz zur Verbesserung des Kinderschutzes (Kinderschutzgesetz), BR-Drucks. 59/09 und BT-Drucks. 16/12429.

¹³⁰ Siehe z.B. BT-Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Wortprotokoll der 90. Sitzung vom 25.09.2009, Prot.-Nr. 16/90.

¹³¹ Siehe die Reden in BR-Plenarprot. 891/11, S. 591A ff.

bensjahren des Kindes mitunter schwer, den Familien unterhalb der Schwelle, an denen staatliche Eingriffe gerechtfertigt sind, Eigenwilligkeit zuzugestehen und Freiwilligkeit zu gestatten, was die Inanspruchnahme bestimmter präventiver Angebote oder Hilfen angeht.¹³² Bleibt also abzuwarten, ob sich die verbindlichen Netzwerkstrukturen im Kinderschutz, die das Gesetz zur Kooperation und Information im Kinderschutz nunmehr flächendeckend einfordert (§ 3 KKG), hin zu einem Fangnetz entwickeln, in das alle Familien mit Kindern gehen sollen, oder ob die Akteure das Netz unter das Trapez der Erziehung spannen, in dem Kinder und Eltern aufgefangen werden können.

¹³² Siehe etwa zu den freiwilligen Früherkennungsuntersuchungen in Niedersachsen DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2011, 395.

Das Gesetz zur Stärkung eines aktiven Schutzes von Kindern und Jugendlichen (Bundeskinderschutzgesetz – BKiSchG)

Ludwig Salgo

1	Ausgangslage – Aus Fehlern lernen.....	184
2	Zu einzelnen Regelungen	186
2.1	Gesetz zur Kooperation und Information im Kinderschutz – KKG (Artikel 1 BKiSchG)	186
a)	Kinderschutz und staatliche Mitverantwortung (§ 1 KKG)	186
b)	Information der Eltern über Unterstützungsangebote in Fragen der Kindesentwicklung (§ 2 KKG)	188
c)	Verbindliche Netzwerkstrukturen im Kinderschutz (§ 3 KKG)....	189
d)	Beratung und Übermittlung von Informationen durch Berufsgeheimnisträger bei Kindeswohlgefährdung (§ 4 KKG)	191
2.2	Änderungen des Achten Buches Sozialgesetzbuch (Art. 2 BKSchG) und die Evaluationsklausel (Art. 4 BKiSchG)	193
a)	Der Rechtsanspruch des Kindes und des Jugendlichen auf Beratung (§ 8 Abs. 3 SGB VIII)	193
b)	Der „Hausbesuch“ (§ 8a Abs. 1 Satz 2 SGB VIII)	194
c)	Hilfen an schwangere Frauen und werdende Väter (§ 16 Abs. 3 SGB VIII)	196
d)	Bleibendes Strukturdefizit des § 42 SGB VIII	196
e)	Kinderschutz in Einrichtungen (§ 45 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII)	197
f)	Zur erfolgreichen Verhinderung der Streichung der Sonderzuständigkeit in der Vollzeitpflege (§ 86 Abs. 6 SGB VIII und § 37 Abs. 2 und Abs. 2a SGB VIII) ..	198
g)	Forschung und Evaluation (§ 99 Abs. 6 und 6b SGB VIII sowie Art. 4 BKiSchG)	202
3	Resümee.....	203

1 Ausgangslage – Aus Fehlern lernen

Warum musste Kevin sterben? Wohl kaum lag dies an Ressourcenmangel.¹ Aus der Darstellung (S. 131 in diesem Band) lässt sich die fast nicht überschaubare Anzahl der mit seinem Fall befassten Institutionen und Personen ersehen. Dass die Sozial- und Rechtspolitik auf diesen und auf andere Katastrophenfälle und auch auf das Bekanntwerden von sexualisierter Gewalt in Einrichtungen nicht reagiert hätte, lässt sich wahrlich nicht sagen.² Es war und ist richtig, dass sich auch die Bundeskanzlerin und die Ministerpräsidenten der Bundesländer des Themas angenommen hatten. Der konstruktive Dialog unter allen Parteien während der ersten Lesung dieses Gesetzes im Plenum des Deutschen Bundestages³ ließ bereits hoffen – das BKiSchG trat zum 1. Januar 2012 in Kraft. Seine Implementation stellt eine unterschätzte Herausforderung dar.

Das BKiSchG ist ein wichtiger – und sicherlich nicht der letzte – Schritt auf dem Weg zu einer Qualifizierung und Effektivierung des Kinderschutzes in Deutschland. Im In- und Ausland entsteht nach und nach eine Herangehensweise, die unter dem Begriff „Fehlerkultur“ ein Schlagwort gefunden hat. Die britischen Juristen *Douglas* und *Lowe* haben die Quintessenz aus diesen bitteren Lektionen treffend zusammengefasst:

Every decade since the 1940s has had its share of scandals, with the same lessons being identified every time – better communication between the agencies, better co-ordination of action, and greater attention paid to the child rather than the adults.⁴

- Bessere Kommunikation zwischen den professionellen Akteuren
- Bessere Absprachen über das Vorgehen
- Größere Aufmerksamkeit dem Kind als den beteiligten Erwachsenen gegenüber

Bis auf den meines Erachtens sehr wichtigen letzten Punkt sind die inzwischen vorliegenden Aufarbeitungen von Fehlverläufen⁵ auch in Deutschland zu ähnli-

¹ *Salgo*, Erste Eindrücke beim Lesen des Untersuchungsberichts der Bremischen Bürgerschaft zum Tode von Kevin, Forum Erziehungshilfen 4/2007.

² Dr. Christine *Bergmann*, Abschlussbericht der Unabhängigen Beauftragten zur Aufarbeitung des sexuellen Kindesmissbrauchs, Berlin 2012.

³ Vgl. die Zustimmung aller Fraktionen, Stenografischer Bericht, Deutscher Bundestag – 17. Wahlperiode – 118. Sitzung, Berlin, Freitag, 1. Juli 2011, Plenarprotokoll 17/118, S. 13693 ff.

⁴ *Douglas/Lowe*, The Continuing Evolution of Family Law, Bristol 2009, S. 18 f.

⁵ *Fegert/Ziegenhain/Fangerau*, Problematische Kinderschutzverläufe, Weinheim 2010.

chen – so auch die Fachstelle Kinderschutz im Land Brandenburg – Feststellungen gelangt:

- Die Defizite in den informativen Vernetzungen behindern frühzeitiges Erkennen und Reagieren. Sie verlängern die Zeiträume, in denen die Kinder Misshandlungen und Vernachlässigungen ausgesetzt sind. Sie verweisen auch auf die Frage nach den innerhalb der verschiedenen Systeme geltenden Handlungsmaximen für den Kinderschutz.
- Unkenntnis der Handlungslogiken der jeweils anderen beteiligten Institutionen/professionellen Personen führt zu falschen Erwartungen hinsichtlich der Weitergabe des Misshandlungsverdachts.⁶

Das BKiSchG greift nunmehr einen vom Bundesgesetzgeber mit dem Kinder- und Jugendhilfweiterentwicklungsgesetz (KICK) im Jahre 2005 eingeleiteten Entwicklungsprozess auf, der in vielfältiger Weise von den Bundesländern in Gesundheits- und Schulgesetzen aufgenommen und ergänzt wurde.⁷ Dass der Bundesgesetzgeber mit dem BKiSchG die eine oder andere Anleihe aus diesen Landesgesetzen macht, spricht für ihn, zumal z.B. Rheinland-Pfalz die Bewährung der Landesgesetzgebung unabhängiger Evaluation unterstellte.⁸ Auch wenn wir im Gegensatz dazu bedauerlicherweise über nur wenig empirisch gesichertes Wissen zum Implementationsgrad des KICK, insbesondere des § 8a SGB VIII, auf Bundesebene verfügen, so ist doch erstaunlich, dass z.B. die Praxis der Kinder- und Jugendhilfe den seinerzeit eingeführten § 8a SGB VIII nicht mehr missen möchte – diese Vorschrift ist inzwischen nicht mehr hinwegzudenken und hat auch zu einer ungeahnten Ressourcenmobilisierung bei den öffentlichen und freien Trägern der Kinder- und Jugendhilfe geführt, ja war sogar im Stande, unverrückbar erscheinende Haushaltssperren aufzubrechen. Die vom Deutschen Bundestag mit dem KICK und dem *Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls*, die vom FamFG aufgenommen wurden, beabsichtigte Sensibilisierung für den Umgang der Justiz und der Kinder- und Jugendhilfe mit Kindeswohlgefährdungen zeigt bereits Wirkungen. Diesen erfreulichen Qualifizierungsprozess will das BKiSchG fortsetzen.

Gerade angesichts von Krisen und der unsicheren Lage der Staatsfinanzen ist die Absicherung und Qualifizierung von Kinderschutz ein besonders wichtiges Anliegen, führen doch bekanntermaßen Verschlechterungen der Wirtschaftslage zu einer Verbreitung der für Kinder, Jugendliche und ihre Familien prekären Lagen. Sozialen Verwerfungen und Unruhen, wie sie in jüngster Zeit auch in Europa sichtbar wurden, muss der Sozialstaat bundesrepublikanischer Prägung auch mit

⁶ Leitner/Troscheit, Fachstelle Kinderschutz im Land Brandenburg, Fälle gravierender Kindesmisshandlung und Kindesvernachlässigung mit Todesfolge, Juni 2008.

⁷ Vgl. RegE, BT-Drucks. 17/6256 v. 22.06.2011.

⁸ Klinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie/Psychotherapie (Ulm) und DIJuF, Abschlussbericht Evaluation LKindSchuG, Dezember 2010.

einer ausgleichenden Kinder-, Jugend- und Familienpolitik vorausschauend entgegenzutreten.

2 Zu einzelnen Regelungen

2.1 Gesetz zur Kooperation und Information im Kinderschutz – KKG (Artikel 1 BKiSchG)

a) Kinderschutz und staatliche Mitverantwortung (§ 1 KKG)

Zu begrüßen ist die Eigenständigkeit dieses völlig neuen Bundesgesetzes zum Kinderschutz. Bei den Zielvorgaben ist bedauerlicherweise das Ziel eines gesunden Aufwachsens nicht mehr erwähnt, obwohl Fragen der Gesundheit in verschiedenen Zusammenhängen des Reformpaketes – keineswegs nur bei den Familienhebammen – angesprochen werden. Im Fokus stehen Kinder und Jugendliche (§ 1 Abs. 1 KKG), dennoch erscheint es wegen der besonderen Empfindlichkeit von Kindern in den ersten Lebensjahren gerechtfertigt, die erste Lebensphase und die Phase vor der Geburt im Gesetz besonders zu erwähnen und den Begriff „Frühe Hilfen“ eigens im Gesetzeswortlaut aufzunehmen (§ 1 Abs. 4 KKG).

Das Gesundheitsressort muss langfristig mit ins Boot – ein Bundeskinderschutzgesetz ohne dessen aktive Beteiligung bleibt ein Torso. Die unvermeidliche Verzahnung zwischen Jugendhilfe und Gesundheit ist dieses Mal bedauerlicherweise noch nicht gelungen. Verschiedene begrüßenswerte Aktivitäten einer wachsenden Anzahl von Krankenkassen zu Fragen des Kinderschutzes in den letzten Jahren belegen, dass sich der Gesundheitsbereich nicht aus der Mitverantwortung davonstellen, sondern ein aktiver Mitgestalter eines umfassenden Kinderschutzes sein will. In zahlreichen Ländern ist das Gesundheitsressort nicht nur zentraler Mitgestalter einer Kinderschutzpolitik, sondern das federführende im Bereich von *public health*.

Wiederholungen von Verfassungsaussagen in einfachgesetzlichen Regelungen kennen zahlreiche Gesetze; diesen Weg beschreitet auch § 1 Abs. 2 KKG und verdeutlicht damit die verfassungsrechtliche Bedeutung der zu regelnden Materie. Den Eltern steht auch und gerade bei Gefährdungen des Kindeswohls ein *Gefährdungsabweidungsprimat* zu, zugleich wacht die staatliche Gemeinschaft über ihre Betätigung. Um dieses staatliche Wächteramt effektiv wahrnehmen zu können, steht dem Staat ein Informationsbeschaffungsrecht zu.⁹ Dieses Spannungsverhältnis wird mit der Wiederholung der zentralen Aussage unserer Verfassung (Art. 6 Abs. 2 GG) auch für den Regelungsbereich des *Gesetzes zur Kooperation und Information im*

⁹ Jestaedt, in: Dolzer/Vogel/Graßhof (Hrsg.), BK, Heidelberg, August 2009, Art. 6 Rn. 185 f. sowie Jestaedt, in: Münder/Wiesner/Meysen, Kinder- und Jugendhilferecht, Kap. 1.5.3 Rn. 23 ff.

Kinderschutz (KKG) aktualisiert und gerade nicht verleugnet,¹⁰ was bedauerlicherweise in der Vergangenheit immer wieder geschah.

Zwar ist im Kontext der 1991 in Kraft getretenen Reform der Kinder- und Jugendhilfe ständig von einem Paradigmenwechsel die Rede, aber das SGB VIII hat seit jeher betont, dass der *Schutz von Kindern und Jugendlichen vor Gefahren für ihr Wohl* (§ 1 Abs. 3 Nr. 3 SGB VIII) zu den Grundzielen der Jugendhilfe gehört. Spätestens seit dem Inkrafttreten des „KICK“, insbesondere des § 8a SGB VIII, müssen hier alle Zweifel als beseitigt gelten. Den Müttern und Vätern unserer Verfassung war durchaus bewusst, dass auch in der Eltern-Kind-Beziehung Konflikte angelegt sind; sie gingen keinesfalls von einer immer „heilen“ Ehe, Familie und Eltern-Kind-Beziehung aus. Die strukturelle Ambivalenz oder Ambiguität, dieses „Sowohl-als-auch“, dieses Spannungsverhältnis, ja die Hilfen im Zwangskontext sind bereits im Verfassungstext mit der Gegenüberstellung: „zuvörderst ihnen obliegende Pflicht“ und „über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft“ antizipiert. Tätige in der Arbeit mit und an der nachwachsenden Generation – seien es Eltern („Recht und Pflicht“) oder Professionelle („Wächteramt“) – können diese Rollenambiguität zwischen Hilfe und Kontrolle nicht abschütteln. Letztlich geht es auch hier um nichts Geringeres als Freiheit und Verantwortung. Manche in der Sozialen Arbeit tun sich aus nachvollziehbaren Gründen schwer mit den strukturellen Ambivalenzen und suchen diese unter dem Stichwort „Dienstleistung“ oder „Aushandlung“ zu verbrämen.¹¹ Als bewährtes Überlebensrezept hat sich für in Sozialisationsfeldern Tätige schon immer die Transparentmachung solcher Rollenambiguitäten erwiesen. Die §§ 1 und 3 KKG sorgen für diese Transparenz, unterstreichen dieses „Sowohl-als-auch“ und stellen dabei das verfassungsrechtliche Rangverhältnis der Verantwortlichkeit klar: Wahrung der Menschenwürde, Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, das Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit sind nicht nur dem Staat vorgegebene und durch niemanden, auch nicht durch Eltern, in Frage zu stellende Rechtsgüter des Kindes und Jugendlichen. Die Verfassungsordnung gewährt das Elternrecht nicht erst, sie findet es vor und gibt daher Eltern einen großen Vertrauensvorschuss. Deshalb stellt die Verfassung an den Staat zu Recht hohe Anforderungen an die Außerkraftsetzung des elterlichen Erziehungs- und Entscheidungsvorrangs. Selbst Eltern, die ihre Kinder gefährden, haben einen Gefährdungsabwendungsprimat; dieses verfassungsrechtliche Konzept verdeutlicht bereits der § 8a SGB VIII für die alltägliche Handlungsebenen von öffentlichen und freien Trägern der Kinder- und Jugendhilfe, und § 1 Abs. 2 KKG betont seine Geltung für den weit über die Kinder- und Jugendhilfe hinausgehenden Bereich. Dass dieser verfassungsrechtlich gebotene Vertrauensvorschuss zugunsten der Eltern nicht grenzenlos ist, ergibt sich ebenfalls bereits aus der Ver-

¹⁰ *Salgo*, „Helfen mit Risikominderung“ für das Kind – ein Diskussionsbeitrag, in: „Wächteramt und Jugendhilfe“, Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge (Hrsg.), Frankfurt am Main 2000, 17 ff.

¹¹ Vgl. mit umfangreichen Nachweisen *Salgo* ZKJ 2006, 531, 532 ff.

fassung (vgl. auch Art. 6 Abs. 3 GG). Die Erziehung ist eine den Eltern „zuvörderst“ obliegende Pflicht. Der Staat stellt eine Vielzahl immer differenzierterer Hilfen für die Eltern zur Bewältigung ihrer Aufgaben bereit, vielfach sogar in der Form von Rechtsansprüchen, falls Eltern sich bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben überfordert fühlen. So gewähren die Jugendämter neben anderen zahlreichen fördernden Leistungen jährlich über 700.000 „Hilfen zur Erziehung“, wenn und weil eine dem Wohl des Kindes entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist. Und bei aller Vorsicht, die hier angebracht ist, ist davon auszugehen, dass die gewährten Hilfen zur Erziehung in der weit überwiegenden Mehrzahl der Fälle, auch bei bereits gefährdeten Kindern, erfolgreich sind. Nur bei einer relativ kleinen Gruppe von Eltern, bei denen – trotz erheblicher Anstrengungen – Kinder keine ungefährdete Zukunftsperspektive haben, tut sich der Staat schwer, konsequent seine Verantwortung für ein ungefährdetes Aufwachsen dieser Kinder wahrzunehmen und in eine Kontinuitätssichernde Hilfeplanung einzutreten, obwohl die gesellschaftlichen Ressourcen hierfür vorhanden sind.¹² Wichtig erscheint daher im BKiSchG neben dem Hinweis auf das frühzeitige Erkennen von Risiken im Einzelfall die Hervorhebung eines möglichst frühzeitigen, koordinierten und multiprofessionellen Angebots zur Vermeidung von Risiken (§ 1 Abs. 3 und Abs. 4 KKG).

b) Information der Eltern über Unterstützungsangebote in Fragen der Kindesentwicklung (§ 2 KKG)

Dass werdende Mütter und Väter Adressaten der Informationen sind, muss immer noch betont werden. Die zu Recht allseits eingeforderte *Prävention* hat zur Voraussetzung ihrer Wirksamkeit die *Information* über das gesamte Spektrum inzwischen ausdifferenzierter Hilfen öffentlicher und freier Träger nicht nur der Kinder und Jugendhilfe, sondern insbesondere auch der Gesundheitsfürsorge. Diese Unterstützungsangebote¹³ müssen bei allen Eltern auch ankommen. Etliche Länder sehen hier schon seit langem Besuche ausnahmslos aller Kinder nach der Geburt vor, zumeist durch eine weibliche Fachkraft aus dem Gesundheitsbereich (z.B. health visitor). In der Fassung des § 2 KKG spiegeln sich die „Schatten der Vergangenheit“ wider: Es ist gut, sich ständig der ungeheuerlichen Interventionen in intime Familien- und Eltern-Kind-Beziehungen während der NS-Diktatur, aber auch im Arbeiter- und Bauernstaat der DDR zu erinnern; indes wäre es eine fatale Nachwirkung, wenn gerade wir in unserer Zeit nicht Kinderschutz konsequent zu einem zentralen Anliegen von Gesellschaft und Staat machen würden.

Erfahrungen über die Information der Eltern aus einzelnen Kommunen in der Bundesrepublik sprechen eindeutig einerseits für eine professionelle Lösung, zu-

¹² Zenz/Salgo, Kontinuitätssichernde Strukturen und Verfahren im Pflegekinderwesen, frühe Kindheit 04/10, S. 26-28.

¹³ Vgl. Pillbojer/Ziegenhain/Wahlenmayer/Fegert, Das Aktionsprogramm „Familienbesucher“, JAmt 2012, 2 ff.

mindest für eine durch Professionelle angeleitete Informationsstruktur, andererseits für eine Widerspruchslösung¹⁴: Alle Eltern Neugeborener – aus allen Schichten der Gesellschaft – erhalten eine Nachricht mit der Ankündigung eines Besuchs in ihrer persönlichen Umgebung, mit einem Terminvorschlag und dem Hinweis, dass sie den Besuch auch ablehnen bzw. einen anderen Termin vereinbaren können. Aus der Ablehnung sind keinerlei Rückschlüsse zu ziehen – freiwilliges Angebot¹⁵, sie darf auch nicht gespeichert werden. Staat und Gesellschaft bringen damit ihre Verantwortung Kindern gegenüber auch bei den Eltern zum Ausdruck, andererseits erfahren Eltern schon frühzeitig von deren Hilfe- und Unterstützungsbereitschaft. Schließlich sind heutzutage fast alle Eltern spätestens bei der zu lösenden Frage der Tagesbetreuung auf öffentliche Hilfen angewiesen. Mit der Widerspruchslösung werden einerseits die Freiwilligkeit, der eindeutige Vorrang der Eltern, aber auch die Wertschätzung und der ihnen gebührende Vertrauensvorschuss zum Ausdruck gebracht, und es wird die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) in keiner Weise in Frage gestellt; alle Eltern erhalten frühzeitig verlässliche Informationen über das örtlich verfügbare Angebotsspektrum.

Information über die Geburt eines Kindes sollte möglichst über zuverlässige Wege erfolgen. Immer wieder fehleranfällig waren in einzelnen Bundesländern Informationen aus der Einwohnermeldedatei; zuverlässiger scheinen hier Verbindungen dieser mit Informationen aus den Standesämtern.¹⁶ Dass der Staat anlässlich der Geburt eines Kindes in Wahrnehmung seiner verfassungsrechtlich begründeten Verantwortung der nachwachsenden Generation gegenüber Angebote an alle Eltern richten darf, die diese auch ablehnen können, das wird nicht an datenschutzrechtlichen Gründen scheitern. Angesichts zahlreicher diesbezüglicher (Schein-)Debatten sollte dies klargestellt werden.

c) Verbindliche Netzwerkstrukturen im Kinderschutz (§ 3 KKG)

Aufbauend auf den ermutigenden, teilweise evaluierten Erfahrungen in einzelnen Bundesländern¹⁷, aber auch aus dem Ausland, sind die *Vorgaben zur Netzwerkbildung* vorbehaltlos zu begrüßen und müssen bundesweit als verbindliche Rahmenbedingungen festgelegt werden. Erstmals werden damit in einem Bundesgesetz Wege zur Überwindung der Versäulung der unterschiedlichen Hilfe- und Unterstüt-

¹⁴ Vgl. hierzu Stellungnahme des Deutschen Kinderschutzbundes Bundesverband e.V. zum RegE des BKiSchG, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Ausschussdrucksache 17(13)116b, S. 3 f.

¹⁵ Götte, Information frischgebackener Eltern über Unterstützungsangebote – mit und ohne Willkommensbesuch (§ 2 KKG), JAmt 2012, 7, 9.

¹⁶ Zum Problem ebd., 9 ff.

¹⁷ Klinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie/Psychotherapie/DIJuF, Abschlussbericht Evaluation LKindSchuG, Dezember 2010.

zungssysteme aufgezeigt. Die bereits angesprochenen Defizite in der informativen Vernetzung, aber auch mangelnde Kenntnis der Begrifflichkeiten und Handlungslogiken der jeweils anderen beteiligten Institutionen und Personen können auf diesem Weg überwunden werden. Die verpflichtende Netzbildung wird flächendeckend zu verbindlichen und vergleichbaren Strukturen und zur Aktivierung bislang noch nicht beteiligter Einrichtungen und Dienste führen. Diese werden ihrerseits in ihren eigenen bereichsspezifischen Regelungen die Teilnahme an den Netzwerken sicherstellen müssen. So war es etwa bislang immer wieder schwierig, die Familiengerichte zur Teilnahme zu gewinnen, weil u.a. in der herkömmlichen Beschreibung (familien-) richterlicher Tätigkeiten eine Teilnahme an Netzwerken als Dienstpflicht gar nicht vorgesehen ist. Die richterliche Unabhängigkeit wird durch die strukturelle Zusammenarbeit nicht berührt. Die Netzbetreiber sind die in § 3 Abs. 2 KKG genannten Einrichtungen und Dienste. Das Jugendamt steht aber in der Einrichtungs- und Organisationsverantwortung, wenn auch z.B. der Vorsitz periodisch wechseln sollte. Netzwerkersteller und -betreiber brauchen Ressourcen. Durch die im Gesetzgebungsverfahren auf Druck des Bundesrates erfolgten Nachbesserungen in § 3 Abs. 4 KKG ist u.a. langfristig sichergestellt, dass der örtliche Träger der Jugendhilfe dieser Verpflichtung aus § 3 Abs. 3 Satz 1 KKG auch nachkommen kann.

Es ist gut, dass die Politik die Familienhebammen entdeckt hat und würdigt. Den in sie gesetzten Erwartungen werden sie auch nur nach Erfüllung zahlreicher zuzätzlicher Bedingungen entsprechen können. Die Hervorhebung der Familienhebammen sollte nicht gegen andere ebenfalls erfolgreiche Unterstützungswege und -methoden ausgespielt werden. Jeder Baustein bei den Frühen Hilfen ist wichtig. Die Evaluierung der Wirkung dieses Gesetzes ist zwar in Art. 4 BKiSchG vorgesehen, hoffentlich ist sie auch haushaltsrechtlich sichergestellt. Im Wortlaut des § 3 Abs. 4 KKG werden zudem nur die Familienhebammen erwähnt, in der Begründung hingegen ist davon die Rede, dass der Bund „verschiedene Modelle der Einbindung von Familienhebammen (und vergleichbar qualifizierten Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerinnen sowie Gesundheits- und Krankenpfleger) [...] erproben“ will.¹⁸ Somit wären z.B. die häufig in Kooperation mit Kinderärzten erfolgreich tätigen Kinderkrankenschwestern mit in die Unterstützung und Evaluation einbezogen, und zugleich würde die teils kritisierte ausschließliche Bevorzugung der Familienhebammen aufgehoben.

Offensichtlich ist, dass mit Aussagen zu Familienhebammen (§ 3 Abs. 4 KKG), aber auch bezüglich der ärztlichen Schweigepflicht (§ 4 Abs. 3 KKG) das Familienministerium in Tätigkeitsfeldern des Gesundheitsministeriums unterwegs ist und diese Aktivitäten aus dem eigenen Haushalt finanziert. Es stellt sich die Frage, warum es zu dieser Thematik keinerlei (jedenfalls der Öffentlichkeit bekannten) Positionierungen von Seiten des Gesundheitsministeriums gibt. Gesundheitspoli-

¹⁸ BT-Drucks. 17/6256, S. 32.

tik, Prävention und damit auch Kinderschutz gehören zusammen, das ist jedenfalls in vielen Ländern in und außerhalb Europas bereits Praxis.

d) Beratung und Übermittlung von Informationen durch Berufsheimnisträger bei Kindeswohlgefährdung (§ 4 KKG)

Dass das BKiSchG mit Vernetzung, Kooperationsgebot und Interdisziplinarität ernst macht und alle betroffenen Disziplinen anspricht, lässt für die weitere Entwicklung des Kinderschutzes in Deutschland hoffen. Kinderschutz kann nur unter Einbeziehung aller mit dem Kind befassten Professionen gelingen. Kein Bundesgesetz hat das bislang in dieser Deutlichkeit wie das BKiSchG klargestellt. Eine bundeseinheitliche Regelung der Beratung und der Weitergabe von Informationen bei Kindeswohlgefährdungen durch bestimmte Berufsheimnisträger an das Jugendamt war längst überfällig und gehört zum Kernbereich der Reform. Es lässt sich absehen, dass diese Regelung in § 4 KKG ähnlich positive Wirkungen entfalten wird wie der § 8a SGB VIII.¹⁹ Das mehrstufige Vorgehen sowie die Beachtung des Gefährdungsabwendungsprimats der Eltern sowie die Beachtung des Transparenzgebots in dieser Norm entsprechen verfassungsrechtlich gebotenen Vorgaben. Bereits vor der Verabschiedung des BKiSchG zeichnete sich eine konstruktive Fachdiskussion unter den betroffenen Berufsheimnisträgern ab. Auch hier sind uns zahlreiche Länder voraus, in denen die fallspezifische Kooperation und Koordination seit langem eine Selbstverständlichkeit ist. Während § 3 KKG mit den geforderten Netzwerkstrukturen die *Makroebene des örtlich vernetzten Kinderschutzes* regelt, befassen sich die §§ 1, 2 und 4 KKG mit der *Mikroebene* des Einzelfalles. Dass beide Ebenen, aber auch die unterschiedlichen Aufgaben und Zielrichtungen angesprochen sind, ist zu begrüßen. Während es auf der *Makroebene* nie um Datenaustausch im Einzelfall, sondern um Strukturen, Standards und die Abstimmung des Leistungsspektrums geht, fokussiert § 4 KKG den Einzelfall, also die *Mikroebene*, die Betroffenen und die beteiligten Professionellen.

Mit „gewichtigen Anhaltspunkten für die Gefährdung des Wohls eines Kindes oder Jugendlichen“ (§ 4 Abs. 1 Satz 1 KKG) kann der Gesetzgeber auf inzwischen bewährte Kriterien aus dem zivilrechtlichen (§§ 1666, 1666a BGB) und aus dem jugendhilferechtlichen Kinderschutz (§ 8a SGB VIII) zurückgreifen. Allerdings besteht für die beteiligten Berufsheimnisträger ein dringender Fortbildungsbedarf hinsichtlich der nunmehr vom Gesetz geforderten Aktivitäten. Nun sind das für diese Berufsgruppen nicht unbedingt neue Aufgaben, dennoch hat ihnen der Gesetzgeber bislang ihre Verantwortung nicht in dieser Deutlichkeit vor Augen geführt. Dass die Gesetzgebung in einzelnen Bundesländern z.B. Ärzte und Lehrer

¹⁹ *Salgo* ZKJ 2006, 531; *Salgo* ZKJ 2007, 12; vgl. zu neuesten Daten insbes. *Myers/Pothmann*, Kinderschutz kommunal, ZKJ 2012, 20 ff.

bereits in die Pflicht nimmt, ist ein günstiger Ausgangspunkt für eine nunmehr *bundeseinheitliche Regelung*.

Aus der Gruppe der Berufsgeheimnisträger soll *pars pro toto* auf die ärztliche Schweigepflicht eingegangen werden: Nach wie vor besteht zu Recht der Schutz des Arzt-Patienten-Verhältnisses; das BKiSchG baut darauf auf, denn im Rahmen des persönlichen Vertrauensverhältnisses können Ärzte die Eltern zur Inanspruchnahme von solchen Hilfen motivieren, auf die Eltern Rechtsansprüche haben. Einschlägiges Wissen, das leider noch zu wenig auch Gegenstand der pädiatrischen Ausbildung ist, kann durch Fortbildung und durch die Hinzuziehung insoweit erfahrener Fachkräfte in die Gefährdungsabschätzung – nach Pseudonymisierung der Daten (§ 4 Abs. 2 KKG) – ergänzt werden. Dies gilt auch für den von § 4 Abs.1 KKG aufgezählten Personenkreis. Wie können Ärzte oder Lehrer²⁰ u.a. die Eltern zur Inanspruchnahme von Hilfen motivieren, wenn sie diese Hilfsangebote gar nicht kennen? So erfährt z.B. weder ein angehender Arzt noch Lehrer bislang in seiner Ausbildung etwas über das Leistungsspektrum der Kinder- und Jugendhilfe.

Wenn Ärzte als Vertrauenspersonen der Eltern „im Boot“ bleiben²¹, die Eltern zur Inanspruchnahme von Hilfen motivieren und den Hilfeverlauf begleiten und unterstützen, steigen die Erfolgschancen der Hilfen. Demgegenüber haben sogar Vertreter der Ärzteschaft wiederholt darauf hingewiesen, dass manche unter ihnen die Berufung auf die ärztliche Schweigepflicht der mühevollen Arbeit mit schwierigen Eltern oder dem Ärger mit dem Jugendamt vorzögen. Aber es gab auch Jugendämter, die ärztliche Hinweise nicht ernst nahmen.²² Die Befugnisnorm kann daher zum einen für die ärztliche Praxis große Bedeutung erlangen, aber zum anderen auch die Jugendämter zum Dialog mit Ärzten bringen. Die bundesgesetzliche Befugnisnorm muss zu einer Angleichung der Standards bei den Normadressaten, d.h. den in § 4 Abs. 1 KKG genannten Berufsgeheimnisträgern, führen.

Die Hinzuziehung einer insoweit erfahrenen Fachkraft hat sich allem Anschein nach bewährt.²³ So wie die in § 8a Abs. 2 Satz 1 SGB VIII a.F. (nunmehr: § 8a Abs. 4 SGB VIII) in Pflicht genommenen freien Träger der Kinder- und Jugendhilfe inzwischen auf diese Unterstützungssysteme mit Erfolg zurückgreifen, so sollten auch die Berufsgeheimnisträger den ihnen nunmehr gegenüber dem öffentlichen Träger der Jugendhilfe eingeräumten Rechtsanspruch gem. § 4 Abs. 2 Satz 1 KKG

²⁰ Vgl. insbes. *Bathke* u.a., Arbeitshilfe zur Umsetzung des Kinderschutzes in der Schule, Münster 2008.

²¹ Vgl. Hessisches Sozialministerium, Handlungshilfen für Arztpraxen Hessen, Niedernhausen/Ts, 2007.

²² S. *Bringewat*, Tod eines Kindes, Baden-Baden 1997 m.w.N.

²³ S. z.B. die Arbeitshilfe Diakonisches Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland e. V., Die „insoweit erfahrene Fachkraft“ nach § 8a Abs. 2 SGB VIII – eine neue fachdienstliche Aufgabe?, November 2008.

aktiv in Anspruch nehmen und sich damit für ihre jeweils spezifische Situation (Arztpraxis, Schule u.a.) durch diese Beratung mehr Handlungssicherheit für die komplexe Einschätzungs- und Abwägungssituation verschaffen, zumal eben dieser Personenkreis häufig die für den Kinderschutz erforderlichen Kenntnisse bisher aus der Aus- und Fortbildung nicht mitbringt.²⁴

Die Befugnisnorm (§ 4 Abs. 3 KKG) hebt die strafbewehrte Schweigepflicht²⁵ von Berufsgeheimnisträgern nicht aus, sondern stabilisiert sie, zudem verpflichtet sie zu einer gewissenhaften Abwägung und Vorgehensweise. Die Feststellung erheblicher Kindeswohlgefährdungen – gegebenenfalls nunmehr nach Beratung durch eine insoweit erfahrene Fachkraft aus dem jeweils relevanten Fach – verpflichtet seit jeher zu entsprechender Abwägung. Die Schweigepflicht von Berufsgeheimnisträgern ist gewiss und zu Recht ein hohes Gut, aber nicht als Alibi, sondern als Herausforderung zu verstehen. Einige Rechtsordnungen versagen bei Kindeswohlgefährdungen Berufsgeheimnisträgern Schweigepflichten, ja beziehen sie sogar in den Kreis der Anzeigepflichtigen ein. Zu Recht hält bislang unsere Rechtsordnung Abstand von solchen Konzepten, weil wir auf das richtige Vorgehen der Berufsgeheimnisträger vertrauen und auf ihren so wichtigen Zugang der Eltern zu ihnen setzen. Dafür, dass dieses Vertrauen nicht enttäuscht wird, könnte die Befugnisnorm einen enorm wichtigen Beitrag leisten.

2.2 Änderungen des Achten Buches Sozialgesetzbuch (Art. 2 BKiSchG) und die Evaluationsklausel (Art. 4 BKiSchG)

a) Der Rechtsanspruch des Kindes und des Jugendlichen auf Beratung (§ 8 Abs. 3 SGB VIII)

Die Verankerung eines Rechtsanspruchs des Kindes oder Jugendlichen auf Beratung ist ein richtiger, aber noch zu zaghafter Schritt. Die Verankerung eines vorbehaltlosen Rechtsanspruchs von Kindern und Jugendlichen auf Beratung ist längst überfällig. In der Tat wird die Beschränkung dieses Anspruchs nur auf Krisen und Konfliktsituationen auch nach Verabschiedung des BKiSchG im geltenden Recht immer fragwürdiger. Sollten Kinder und Jugendliche nicht beraten werden können, damit es erst gar nicht zu Not- und Konfliktlagen kommt?! Diese Einschränkung muss vor dem Hintergrund der Entwicklung autonomer Kindesrechte in Frage gestellt werden. Auch sollte die inzwischen im Zivilrecht anerkannte „übergesetzliche“ Eigenzuständigkeit des Minderjährigen²⁶ auch im Sozialrecht nicht außer Acht bleiben. Den zu Recht erhobenen Bedenken könnte dadurch Rechnung getragen

²⁴ Kliemann/Fegert ZRP 2011, 110, 112 weisen auf „Anwendungsschwierigkeiten und Rechtsunsicherheiten“ in der ärztlichen Praxis hin.

²⁵ Vgl. hierzu Kliemann/Fegert ZRP 2011, 110.

²⁶ Staudinger/Peschel-Gutzzeit (2007), § 1626 Rn. 83 ff.

werden, dass den Beratern berufsrechtlich unter Wahrung der Grundsätze des § 4 KKG bei erheblicher und nicht anders abwendbarer Kindeswohlgefährdung eine Pflicht zur Information der Eltern auferlegt würde; hierauf müssten die zu beratenden Kinder und Jugendlichen vorab hingewiesen werden, es sei denn, dadurch würde ein wirksamer Schutz der Kinder oder Jugendlichen in Frage gestellt. Die geltende Fassung des § 8 Abs. 3 SGB VIII gewährleistet in akuten Gefährdungssituationen ohnehin kein generelles Schweigerecht der Berater. Hilfreich bei diesen Rechtsgüterabwägungen ist § 4 Nr. 2 des Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktlösung:

[...] die Verschwiegenheitspflicht [...] gilt [...] nicht, soweit

1. *[...]*
2. *die Offenlegung aus vorrangigen Gründen der öffentlichen Ordnung (ordre public) geboten ist, insbesondere um eine Gefährdung des Wohl eines Kindes oder eine schwerwiegende Beeinträchtigung der physischen oder psychischen Integrität einer Person abzuwenden [...].²⁷*

b) Der „Hausbesuch“ (§ 8a Abs. 1 Satz 2 SGB VIII)

Michelle

Die zweijährige Michelle starb im August 2004 an einem Hirn-ödem. Trotz einer schweren Mandelentzündung ließen die Eltern sie an die 24 Stunden unbeaufsichtigt. Auch einen Arzt alarmierten sie nicht. Ihre Schwester Laura, mit Michelle im Zimmer eingesperrt, musste deren Sterben mit ansehen. Das auf die Familie aufmerksam gewordene Jugendamt hatte eine Sozialpädagogische Familienhilfe an zwei Tagen in der Woche installiert. Diese Fachkraft glaubte allen Beteuerungen der Mutter, einer gelernten Altenpflegerin, und überprüfte diese nie. „Ich war nie im Kinderzimmer“ gestand sie der Polizei, schließlich war die Mutter „so freundlich und kooperativ“; im Kinderzimmer waren die Wände voller Kotverschmierungen, der Boden voller Unrat und überall waren Fliegen.

taz nord, Mittwoch, 15. Februar 2006, S. 23.

Zu begrüßen ist, dass das BKiSchG den eigentlich schon in der letzten Legislaturperiode erreichten Kompromiss zum sog. Hausbesuch aufgreift.

§ 8a Abs. 1 Satz 2 SGB VIII

- fordert auch zu Fragen eines Hausbesuchs eine Entscheidungsfindung im Zusammenwirken mehrerer Fachkräfte,

²⁷ BT-Drucks. 17/5335; vgl. Begründung S. 17 zu den Grenzen der Verschwiegenheitspflicht.

- gilt nur für Fälle mit gewichtigen Anhaltspunkten für eine Gefährdung,
- beschränkt den Anwendungsbereich auf Kinder (i.S.d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 SGB VIII),
- enthält keinen Automatismus und keine starre Regelung,
- belässt den Fachkräften die Möglichkeit, nach fachlicher Abwägung vom Hausbesuch abzusehen,
- überlässt die Bestimmung des Zeitpunkts für einen Hausbesuchs der fachlichen Entscheidung,
- zwingt nicht zum unangemeldeten Hausbesuch, sondern belässt auch diese Modalität den Fachkräften,
- gilt nur für den öffentlichen Träger der Kinder- und Jugendhilfe,
- verschafft keinerlei Zutrittsrechte und stellt die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) in keiner Weise in Frage,
- wahrt die heikle Balance zwischen Elternrecht und Kindeswohl,
- erfüllt die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen eines staatlichen Informationsbeschaffungsrechts,
- führt eher zur Findung eines passgenauen Hilfsangebotes und
- führt zu mehr Handlungssicherheit der Fachkräfte.

Obwohl alle Experten aus Praxis und Wissenschaft schon seit langem im Hausbesuch einen wichtigen Standard sehen, hatte sich hier ein m.E. unnötiger Streit entwickelt, der durch die jetzige Formulierung *„hat das Jugendamt [...], sofern dies nach fachlicher Einschätzung erforderlich ist, sich dabei einen unmittelbaren Eindruck von dem Kind und von seiner persönlichen Umgebung zu verschaffen“* wohl als erledigt zu betrachten ist. Hoffentlich werden damit zukünftig auch Feststellungen wie die der Fachstelle Kinderschutz, Brandenburg der Vergangenheit angehören – es waren Todesfälle untersucht worden:

*„Offenbar erfolgte bei einigen Hausbesuchen auch keine Inaugenscheinnahme der Kinder, insbesondere der Säuglinge“.*²⁸

Es besteht seit der Schaffung des SGB VIII (1991) die inzwischen bewährte Tradition, auf die keiner mehr verzichten will, nämlich in verfassungsrechtlich aufgeladenen Regelungsbereichen die Regelungsdichte zu steigern, damit die schwierige Arbeit unter Beachtung der bewährten Standards und unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Ausgangslage gelingt. Beredte Beispiele sind hier die §§ 8a, 36, 37 SGB VIII. Man könnte diese gesetzgeberische Methode auch als eine Verpflichtung zur Verdichtung der Informationsgewinnung bezeichnen, damit Fehler vermieden werden und somit die Kindeswohlbewahrung unter Beachtung der

²⁸ Leitner/Troscheit, Fachstelle Kinderschutz im Land Brandenburg, Fälle gravierender Kindesmisshandlung und Kindesvernachlässigung mit Todesfolge, Juni 2008.

Eltern- und Kindesrechte, des Subsidiaritätsprinzips sowie des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gelingt („Legitimation durch Verfahren“²⁹).

Schon im Gesetzgebungsverfahren zum SGB VIII, aber auch während des Gesetzgebungsverfahrens zum „KICK“ wurden in verschiedenen Stellungnahmen Vorschläge zu differenzierteren gesetzlichen Regelungen immer wieder mit dem Argument abgelehnt, solche Vorgaben seien überflüssig, diese Fragen müssten der Fachlichkeit überlassen bleiben – nicht anders erging es zunächst den Vorschlägen zum „Hausbesuch“. Nun: Die zunächst abgelehnte gesetzliche Vorgabe zur *Hilfeplanung* (§ 36 Abs. 2 Sätze 2-4 SGB VIII) hat sich bewährt, ebenso die seinerzeit teilweise in Frage gestellte *Verpflichtung zum Zusammenwirken mehrerer Fachkräfte* (§ 36 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII). Zunächst stieß auch der § 8a SGB VIII auf große Skepsis („nichts Neues“, „jetzt müssen wir petzen“) und ist inzwischen nicht mehr wegzudenken. Das BKiSchG zeichnet sich dadurch aus, dass diese Erfahrungen und Grundsätze an mehreren Stellen Berücksichtigung fanden.

c) Hilfen an schwangere Frauen und werdende Väter (§ 16 Abs. 3 SGB VIII)

Es muss als ein Systembruch zwischen Art. 1 und Art. 2 BKiSchG angesehen werden, dass Beratung und Hilfe in Fragen des Aufbaus elterlicher Erziehungs- und Beziehungskompetenzen nicht als Rechtsanspruch, sondern als „Sollensleistung“ aufgenommen wurden. Dadurch hat Art. 1 BKiSchG keine Entsprechung durch die Verankerung eines Rechtsanspruchs in Art. 2 BKiSchG. Somit unterbleibt die gesetzgeberische Abstimmung zwischen der Makro- und der Mikroebene im BKiSchG, was voraussehbar zur Asynchronität führen wird; dies gilt auch dann, wenn „Soll-Leistungen“ nach h.M. objektiv-rechtliche Verpflichtungen i.S.v. „Sollen“ heißt i.d.R. „Müssen“ darstellen.

d) Bleibendes Strukturdefizit des § 42 SGB VIII

In § 42 SGB VIII hätte eine zeitliche Befristung des Aufenthalts insbesondere von Kleinkindern in der Inobhutnahme erfolgen müssen. So sehr sich z.B. für diese Altersstufen Bereitschaftspflegestellen bewährt haben, so unerträglich ist es, dass Kinder dieser Altersgruppe viel zu lange (in Einzelfällen bis zu zwei Jahre nach der Geburt) in rechtlich völlig ungesicherten Verhältnissen und keineswegs immer bei Pflegeeltern, sondern häufig auch in Heimen bleiben. Diese immer wieder anzutreffenden Entwicklungen sind aus der Perspektive des Kindes (Bindungen, kindliches Zeitempfinden³⁰), aber auch aus der Perspektive von Eltern wie Pflegeeltern nicht mehr hinnehmbar. Trotz guter Ansätze des SGB VIII mit dem Konzept der zeit- und zielgerichteten und geplanten Intervention³¹, ist es bislang nicht gelungen,

²⁹ Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 6. Auflage, Frankfurt am Main 2001.

³⁰ Grundlegend hierzu Heilmann, Kindliches Zeitempfinden und Verfahrensrecht, Neuwied 1998.

³¹ Hierzu grundlegend Salgo, Pflegekindschaft und Staatsintervention, Darmstadt 1987.

mit einer kontinuierlich sichernden Hilfeplanung („permanency planning“) den Entwicklungs- und Bindungsbedürfnissen gerade dieser Kinder gerecht werdende Rahmenbedingungen zu schaffen. Dramatisch wird diese Entwicklung zudem auch dadurch, dass aufgrund der zunehmenden Sensibilisierung der Fachkräfte mit § 8a SGB VIII mehr Kleinkinder zu Recht in Obhut genommen werden.³² Zudem besteht Veranlassung, die Einhaltung der Partizipationsrechte von Kindern und Jugendlichen in und während der Inobhutnahme anzumahnen und zu stärken. Da in dieser Konstellation Interessenkollisionen mit den personensorgeberechtigten Eltern häufig sind, stellt sich die Frage der Interessenvertretung bereits zu Beginn der Inobhutnahme und nicht nur für die Fälle, in denen die Familiengerichte eingeschaltet werden müssen und diese dann gem. § 158 FamFG Verfahrensbeistände bestellen.³³ Die Bundesrepublik als Vertragsstaat der UN-KRK steht in der Pflicht, für die hier betroffenen Minderjährigen einen „besonderen Schutz und Beistand“ sicherzustellen (Art. 20 Abs. 1 UN-KRK).

e) Kinderschutz in Einrichtungen (§ 45 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII)

Grundsätzlich ist die Sicherung der Rechte von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen zu begrüßen. Indes greift die Regelung zu kurz: Es muss sichergestellt sein, dass Kinder und Jugendliche zu Beginn ihres Aufenthaltes in Schriftform umfassend über ihre Rechte („Grundrechte in der Heimerziehung“) und Pflichten in der Einrichtung aufgeklärt werden. Eine Beschwerdemöglichkeit in der Einrichtung reicht nicht aus. Es muss ein niedrighschwelliger Zugang zu von der Einrichtung völlig unabhängigen Beschwerdeinstanzen jederzeit möglich sein, so wie dies etwa in der Kinder- und Jugendpsychiatrie der Universitätsklinik Ulm, Ärztlicher Direktor Professor Dr. *Fegert*, installiert ist. Hierüber müssen die Kinder und Jugendlichen zu Beginn ihres Aufenthaltes in der Einrichtung informiert werden. Mit der Gesetz gewordenen Fassung des § 45 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII wird auch nicht der Empfehlung im Abschlussbericht der Unabhängigen Beauftragten, Frau Dr. *Bergmann*, entsprochen:

„Zu begrüßen ist auch der Hinweis, dass Kinder und Jugendliche in Einrichtungen auf Hilfs- und Beschwerdeangebote aufmerksam gemacht werden müssen und als mögliche Anlaufstellen regionale externe Beratungs- und Beschwerdestellen oder Ombudspersonen³⁴ sowie zentrale überregionale Nottelefone vorgesehen

³² Laut Angaben des Statistischen Bundesamtes betrug die Anzahl der Inobhutnahmen im Jahr 1995 23.271 und im Jahr 2010 36.343; denselben Quellen zufolge stieg die Anzahl der gerichtlichen Maßnahmen wegen Gefährdung des Kindeswohls von 6.998 im Jahr 1991 auf 12.681 im Jahr 2010; vgl. auch *Myers/Pothmann*, Kinderschutz kommunal, ZKJ 2012, 20 ff.

³³ S. hierzu *Salgo/Zenz/Fegert*, Verfahrensbeistandschaft, Köln 2010.

³⁴ Vgl. hierzu insbes. *Urban-Stahl*, Ombuds- und Beschwerdestellen in der Jugendhilfe in Deutschland, Köln 2011.

werden sollten. Viele von Missbrauch in Institutionen Betroffene, die sich an die Unabhängige Beauftragte gewandt haben, wiesen darauf hin, dass sie sich in ihrem Fall externe Ansprechpersonen gewünscht hätten“.³⁵

Zudem wird die in einigen Bundesländern erfolgte Kommunalisierung der Heimaufsicht nicht nur im Hinblick auf ihre Effektivität, sondern auch im Hinblick auf Interessenkollisionen zu überprüfen sein.

Bereits Art. 20 Abs. 1 UN-KRK fordert für die hier angesprochene Gruppe von Kindern und Jugendlichen besondere Anstrengungen:

Ein Kind, das vorübergehend oder dauernd aus seiner familiären Umgebung herausgelöst wird oder dem der Verbleib in dieser Umgebung im eigenen Interesse nicht gestattet werden kann, hat Anspruch auf den besonderen Schutz und Beistand des Staates.

f) Zur erfolgreichen Verhinderung der Streichung der Sonderzuständigkeit in der Vollzeitpflege (§ 86 Abs. 6 SGB VIII und § 37 Abs. 2 und Abs. 2a SGB VIII)

Die mit § 86 Abs. 6 SGB VIII-E geplante Änderung (Streichung der Sonderzuständigkeit) konnte verhindert werden. Die empirische Validität für die geplante und schließlich verhinderte Änderung war ohnehin mehr als unsicher. Die vom Rechtausschuss des deutschen Bundestages angeforderte Stellungnahme von *Meysen*³⁶ bezieht sich auf „Wissenschaftliche Erkenntnisse“ in einem unter seiner Verantwortung erstellten Untersuchungsbericht des DIJUF von *Philipps*³⁷. Aus diesem Bericht ergibt sich keinerlei Notwendigkeit für eine Streichung von § 86 Abs. 6 SGB VIII, sondern das Gegenteil: „Grundsätzlich heißt es bei den Interviewten, die das Gesetz bereits seit der Einführung bzw. schon seit vielen Jahren kennen, dass sich die Regelung der örtlichen Zuständigkeit für die meisten Fälle in der Praxis bewährt habe“.³⁸ Es ließen sich aus diesen qualitativen Interviews über ein Dutzend gleichlautende Stellungnahmen anführen, die sich eindeutig und unmissverständlich für die Beibehaltung des § 86 Abs. 6 SGB VIII aussprachen. Wie sich aus diesen qualitativen Interviews eine Begründung für die gescheiterte Abschaffung des § 86 Abs. 6 SGB VIII ergeben sollte, wo doch das Gegenteil in den Aussagen der Interviews steht, bleibt ein Rätsel. Auch die größere Wahrscheinlichkeit eines Wohnortswechsels der hier

³⁵ Abschlussbericht der Unabhängigen Beauftragten zur Aufarbeitung des sexuellen Missbrauchs, S. 193.

³⁶ *Meysen*, HINWEISE, Stellungnahme des DIJUF zum RegE des BKiSchG, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Ausschussdrucksache 17(13)1161, S. 13 f.

³⁷ *Philipps*, Qualitative Interviews zu Schwierigkeiten mit der Klärung der örtlichen Zuständigkeit von Kostenerstattungsfällen in der Kinder- und Jugendhilfe, ohne Datum.

³⁸ Ebd., S. 21.

betroffenen Eltern wird in diesem Forschungsbericht bestätigt.³⁹ Deshalb geht auch der Regierungsentwurf zu Recht davon aus, dass die Notwendigkeit besteht, den Kinderschutz trotz Wohnorts- und Zuständigkeitswechsels („Jugendamts-Hopping“) mit § 8a Abs. 5 SGB VIII sicherzustellen.⁴⁰ Die gescheiterte Änderung hätte zu noch mehr Diskontinuitäten für die gem. §§ 33, 37 Abs. 1 SGB VIII „auf Dauer angelegte Lebensform“ in der Vollzeitpflege führen können. Während das SGB VIII von 1991 und zahlreiche in- und ausländische Reformen vom Bestreben bestimmt sind, für Pflegekinder, die nicht alsbald in ein nicht mehr gefährdendes Herkunftsmilieu zurückkehren können, möglichst kontinuierlich sichernde Lebensumstände (permanency planning) zu schaffen, hätte die geplante Änderung die Diskontinuität zum Programm erhoben.⁴¹ Primärer Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeit wäre nach Streichung der bisherigen Regelung der gewöhnliche Aufenthalt der Eltern bzw. des maßgeblichen Elternteils geworden. Wenn die Anknüpfung an diesen Aufenthaltsort der Herkunftsfamilie die Hilfekontinuität in der Vollzeitpflege gewährleisten würde, dann wäre der Reformvorschlag zu bevorzugen gewesen. Nur: Es ist aus der in- und ausländischen Pflegekinder- und Interventionsforschung bekannt, dass sich der gewöhnliche Aufenthalt der Eltern bzw. des maßgeblichen Elternteils von Kindern, die fremdplaziert werden mussten, häufig ändert. Mit jedem Wohnortwechsel der Eltern bzw. des maßgeblichen Elternteils hätte sich die Zuständigkeit des Jugendamtes ändern müssen; dies wäre für die Pflegekinder und für die Pflegeeltern, aber auch für die Mitarbeiter in der Kinder- und Jugendhilfe unzumutbar gewesen. Denn für die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe, für die Hilfeplanung, für deren Fortschreibung und Überprüfung, also für die zentrale Steuerung der Hilfen wäre wiederholt ein anderes, oft vom Lebensmittelpunkt des (Dauer-)Pflegekindes weit entferntes Jugendamt zuständig geworden. Und jedes Mal, d.h. nach jedem Aufenthaltswechsel der Eltern bzw. des maßgeblichen Elternteils, hätten sich die neu zuständig gewordenen Fachkräfte mit einem hohen Arbeitsaufwand in die komplexen Lebensgeschichten und Hilfeverläufe einarbeiten müssen. Selbst der an dieser Stelle zu Recht gescheiterte RegE erkannte offensichtlich diese bei einer Streichung der Sonderzuständigkeit naheliegenden Gefahren und suchte sie mit den Ergänzungen zu § 37 Abs. 2 und mit dem neuen Abs. 2a SGB VIII aufzufangen, die die ortsnahe Beratung und Unterstützung der Pflegeeltern sicherstellen sollen. Diese Ergänzungen zu § 37 SGB VIII sind zweifellos wichtig: Sie machen auch unter Beibehaltung der Zuständigkeitsänderung in § 86 Abs. 6 SGB VIII durchaus Sinn, weil so die ortsnahe Beratung und Unterstützung der Pflegeeltern und die kontinuierlich sichernde Wirkung der Hilfeplanung gewährleistet werden kann. Es ist deshalb zu begrüßen, dass der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages die geplante Streichung der Son-

³⁹ Ebd., S. 29, 30.

⁴⁰ RegE des BKiSchG, BT-Drucks. 17/6256, S. 38 f.

⁴¹ *Zenz/Salgo*, Kontinuitätssichernde Strukturen und Verfahren im Pflegekinderwesen, frühe Kindheit 04/10, S. 26.

derzuständigkeit zurückgewiesen und dennoch die vorgeschlagenen Änderungen des § 37 SGB VIII zur Annahme an das Plenum empfohlen hat:

„Die Aufhebung der Sonderzuständigkeit für Dauerpflegeverhältnisse wird insbesondere vor dem Hintergrund der im Bundestagsausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend am 26. September 2011 durchgeführten öffentlichen Anhörung und den hierzu vorgelegten schriftlichen Stellungnahmen zurückgenommen. Infolge der ursprünglich vorgesehenen Aufhebung der Sonderzuständigkeit für Dauerpflegeverhältnisse wäre der gewöhnliche Aufenthalt der Eltern bzw. des maßgeblichen Elternteils primärer Anknüpfungspunkt für die örtliche Zuständigkeit. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der mit der ursprünglich vorgesehenen Aufhebung der Sonderzuständigkeit für Dauerpflegeverhältnisse verbundene Abbau struktureller Diskontinuitäten in der Vollzeitpflege ein im Vergleich dazu deutlich größerer Umfang an Diskontinuitäten aufgrund Wohnortswechsels der Eltern gegenüberstehen und damit das Ziel der Hilfekontinuität konterkariert würde. Diese Frage gilt es, im Rahmen der vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend zur Überprüfung der Regelungen zur örtlichen Zuständigkeit und zur Kostenerstattung eingerichteten Bund-Länder-Arbeitsgruppe eingehend zu erörtern. Darüber hinaus sollte die Sicherstellung kontinuierlicher Lebensumstände für Pflegekinder in Dauerpflegeverhältnissen auch Gegenstand einer vertieften Befassung der in Artikel 4 geregelten Evaluation sein.“⁴²

Wiesner vermerkt jüngstens zu dieser Kontroverse um § 86 Abs. 6 SGB VIII: „Die Vorschrift durchbricht den Grundsatz, wonach ein Ortswechsel des Kindes oder des Jugendlichen, der durch die Gewährung einer Leistung bedingt ist, niemals zu einem Zuständigkeitswechsel führt. Sie trägt der psychosozialen Realität Rechnung, dass ein Kind oder ein Jugendlicher, das bzw. der längere Zeit mit anderen Personen zusammenlebt, die sich ihm liebevoll zuwenden, ein neues schützenswertes Eltern-Kind-Verhältnis begründen kann“.⁴³

Damit bleibt das ortsnahe Jugendamt weiterhin zuständig für die Grundentscheidungen der Hilfegewährung und somit für die zentralen Leistungsinhalte, die im Hilfeplan zu dokumentieren sind;⁴⁴ wiederholt wechselnde Zuständigkeiten von Jugendämtern werden so vermieden.

⁴² BT-Drucks. 17/7522, S. 38.

⁴³ *Wiesner*, SGB VIII, § 86 Rn. 33, München 2011.

⁴⁴ § 37 Abs. 2a: „Die Art und Weise der Zusammenarbeit sowie die damit im Einzelfall verbundenen Ziele sind im Hilfeplan zu dokumentieren. Bei Hilfen nach den §§ 33, 35a Absatz 2 Num-

Verschiedene Stellungnahmen (u.a. der Jugendministerkonferenz, einer Arbeitsgruppe aus dem BMJ, des Deutschen Jugendinstituts, von *Zenz/Salgo*) haben in jüngster Zeit Vorschläge zur Qualifizierung und Kontinuitätssicherung der Pflegekinderhilfe in die fachpolitische Debatte eingebracht und einen kindzentrierten Ansatz befürwortet. Es wäre ein falsches Signal gewesen, diesen Bestrebungen durch die vorgeschlagene und zu Recht gescheiterte Regelung – mit einem elternzentrierten Ansatz – vorzugreifen und die hohe Mobilität von Herkunftsfamilien zum Anknüpfungspunkt für die zentrale Planungszuständigkeit zu machen. Damit würde das Konzept des SGB VIII partiell preisgegeben, wonach mit einer *geplanten, zeit- und zielgerichteten Intervention*⁴⁵ unter Berücksichtigung des kindlichen Zeitempfindens die Hilfekontinuität in der Vollzeitpflege zu sichern ist. Die gescheiterte für Diskontinuitäten höchst anfällige Regelung der Jugendamtszuständigkeit wäre weder mit der grundlegenden Zielsetzung des SGB VIII zum Pflegekinderrecht noch mit der aktuellen Reformdiskussion vereinbar. Wenn man daher meint, die bislang unbestreitbar immer wieder vernachlässigte Hilfe für Herkunftsfamilien nach der Inpflegegabe eines Kindes durch Zuständigkeitsregelungen besser sichern zu können – statt dafür bessere Konzepte und Ressourcen bereitzustellen –, ist allenfalls ein Versuch zu rechtfertigen, der als „am wenigsten schädliche Alternative“ im Blick auf das Wohl des Dauer-Pflegekindes gelten kann: Das wäre die fort-dauernde Zuständigkeit des Jugendamtes, das zum Zeitpunkt der Begründung der Vollzeitpflege zuständig war, in der Regel also des Jugendamtes am gewöhnlichen Aufenthaltsort der Eltern bzw. des maßgeblichen Elternteils zu Beginn der Maßnahme. Verändern die Eltern ihren Aufenthaltsort nicht, so ist die Hilfekontinuität für Eltern *und* Kinder gewährleistet. Verändern sie ihren Aufenthalt, so bleiben Wissen und Vorerfahrungen des vermittelnden Jugendamtes für eine effiziente weitere Unterstützung der Eltern verfügbar. Denn: Dieses Jugendamt kennt Eltern und Kinder und ihren Hilfebedarf am besten – meist sind ja ambulante Hilfen der Fremdplatzierung vorausgegangen. Durch dieses vermittelnde Jugendamt wurde die erforderliche sozialpädagogische Diagnostik und darauf aufbauend die Hilfeplanung durchgeführt, überprüft und fortgeschrieben. Es ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, nicht am Wissen und an den (Vor-)Erfahrungen dieses Jugendamtes anzuknüpfen. Derzeit spricht am meisten für die vorläufige Beibehaltung der aktuell geltenden Zuständigkeitsregelung in § 86 Abs. 6 SGB VIII, wie sie das BKiSchG vorgenommen hat, die vorzeitige Festlegungen – und den damit verbundenen erheblichen bürokratischen Aufwand – vermeidet und Raum lässt für stimmige Neuregelungen im Rahmen einer umfassenden Reform: „Dauerpflege-

mer 3 und 41 zählen dazu auch der vereinbarte Umfang der Beratung der Pflegeperson sowie die Höhe der laufenden Leistungen zum Unterhalt des Kindes oder Jugendlichen. Eine Abweichung von den dort getroffenen Feststellungen ist nur bei einer Änderung des Hilfebedarfs und entsprechender Änderung des Hilfeplans zulässig.“

⁴⁵ Vgl. grundlegend *Salgo*, Pflegekindschaft und Staatsintervention, Darmstadt 1987.

verhältnisse verdienen verbesserten rechtlichen und staatlichen Schutz“.⁴⁶ Auch der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages will im Rahmen der Umsetzung der Evaluationsklausel des Art. 4 BKiSchG „die Sicherstellung kontinuierlicher Lebensumstände für Pflegekinder in Dauerpflegeverhältnissen“ zum Gegenstand der gesetzlich eingeforderten Wirkungsforschung machen.

„Die Untersuchungsergebnisse sollen insbesondere auch Aussagen dazu treffen, ob das Ziel der Hilfekontinuität mit den in § 37 Absatz 2 und 2a SGB VIII (Artikel 2 Nummer 9) vorgenommenen Änderungen bzw. Ergänzungen zur Sicherstellung ortsnaher Beratung und Unterstützung der Pflegepersonen und zur Zulässigkeit der Hilfeplanänderung bei Zuständigkeitswechsel erreicht wird oder weiterer gesetzlicher Änderungsbedarf besteht“.⁴⁷

g) Forschung und Evaluation (§ 99 Abs. 6 und 6b SGB VIII sowie Art. 4 BKiSchG)

Die vorgesehene Erweiterung der Erhebungsmerkmale in der Kinder- und Jugendhilfestatistik um wichtige Angaben ist zu begrüßen. Da das aber nicht ausreicht, griff der Rechtsausschuss den Vorschlag⁴⁸ zu einer Evaluationsklausel auf:

„Die Bundesregierung hat die Wirkungen dieses Gesetzes unter Beteiligung der Länder zu untersuchen und dem Deutschen Bundestag bis zum 31. Dezember 2015 über die Ergebnisse dieser Untersuchung zu berichten“.⁴⁹

Eine gründliche Evaluation der Wirkungen dieses Gesetzes unter Einbeziehung der Erfahrungen mit dem KICK und den Landesgesetzen in den Bereichen der Gesundheit und der Schule wären dringend erforderlich. Mit der Aufnahme einer solchen Evaluationsklausel im Bundeskinderschutzgesetz will der Bundesgesetzgeber die Wirkungen seines Gesetzes zeitnah überprüft sehen, um darüber befinden zu können, ob ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht. Eine verantwortliche Sozialpolitik müsste – so könnte man meinen – über die Wirkungen ihrer wichtigsten Steuerungsinstrumente, nämlich über die Wirkungen der Gesetzgebung, Bescheid wissen (wollen). In anderen Ländern wird mit der Reformgesetzgebung zugleich über die jeweilige Implementationsforschung entschieden, was auch die Bereitstellung der hierfür erforderlichen Mittel umfasst. Dem war in Deutschland – mit Ausnahme der sog. Hartz-IV-Gesetzgebung – nicht so;

⁴⁶ DJI/DIJUF, Handbuch Pflegekinderhilfe, München 2011, S. 864.

⁴⁷ Beschlussempfehlung des RA, BT-Drucks. 17/7522, S. 38.

⁴⁸ Von *Salgo*, Stellungnahme zum RegE des BKiSchG, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Ausschussdrucksache 17(13)116j, S. 16.

⁴⁹ Beschlussempfehlung des RA, BT-Drucks. 17/7522, S. 38.

Deutschland ist, was sog. *social-legal studies* anbetrifft, ein Entwicklungsland, d.h. auf diesen Feldern entwicklungsbedürftig – und hoffentlich entwicklungsfähig; es müsste auch über die notwendigen Ressourcen, um Sozialpolitik zu effektivieren, verfügen. Die vom Rechtsausschuss eingefügte Evaluationsklausel ist vorbehaltlos zu begrüßen; sie stellt natürlich zugleich eine Herausforderung an das zuständige Ministerium dar.

3 Resümee

- Das Bundeskinderschutzgesetz könnte eine deutliche Verbesserung der Lage gegenüber der Ist-Situation mit sich bringen.
- Die Gefahr einer Überregulierung fachlicher Vorgehensweisen wird vermieden.
- Erstmals werden „Frühe Hilfen“ zu einem gesetzlichen Tatbestand.
- Erstmals werden in einem Bundesgesetz Wege zur Überwindung der Versäulung der Hilfe- und Unterstützungssysteme aufgezeigt.
- Endlich werden die Daten zum Prozess der Gefährdungseinschätzung gem. § 8a SGB VIII statistisch erhoben.
- Die in § 4 Abs. 1 KKG genannten Berufsgruppen und alle Personen, die beruflich in Kontakt mit Kindern oder Jugendlichen stehen (§ 8b Abs. 1 SGB VIII), haben zur Einschätzung der Kindeswohlgefährdung gegenüber dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe einen Rechtsanspruch auf Beratung durch eine insoweit erfahrene Fachkraft.
- Die Regelung zum Hausbesuch ist differenziert und nicht mechanisch; sie belässt der Fachlichkeit den notwendigen Spielraum – manchmal müssen, wie auch die Erfahrungen mit § 8a SGB VIII lehren, Selbstverständlichkeiten ins Gesetz.
- Es ist zu begrüßen, dass der Deutsche Bundestag die geplante Streichung der Sonderzuständigkeit in § 86 Abs. 6 SGB VIII zurückgewiesen und dennoch die Änderungen des § 37 SGB VIII beschlossen hat.
- Die Verpflichtung zur Vorlage von erweiterten Führungszeugnissen scheint geeignet, um einschlägig vorbestrafte Personen aus dem Tätigkeitsfeld fernzuhalten, unabhängig davon, ob sie haupt- oder nebenberuflich oder ehrenamtlich tätig sind, auch wenn ein Fernhalten von Personen mit pädosexueller Veranlagung aus den Arbeitsfeldern damit nicht umfassend sichergestellt werden kann.
- Die Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Schutzauftrages könnte durch die Sensibilisierung und Qualifizierung der mit Kindern und Jugendlichen befassten Personengruppen gelingen.
- Die Evaluationsklausel in Art. 4 BKiSchG ist vorbehaltlos zu begrüßen; sie stellt zugleich eine Herausforderung an das zuständige Ministerium dar.

Gegenüber den Einstellungen und Haltungen, wie sie zu Zeiten des sog. Osnabrücker Falles⁵⁰ bis in die Leitungen einzelner Landesjugendämter verbreitet waren, hat sich viel verändert. Gleichzeitig muss man konstatieren, dass wir 10-15 Jahre verloren haben durch Ignoranz gegenüber Lebenswirklichkeiten. Die in Deutschland vor allem historisch bedingte Tendenz zur Überhöhung der Elternrechte scheint einer differenzierten Wahrnehmung der verfassungsrechtlich gleichermaßen geschützten Rechte des Kindes und einer realistischen Wahrnehmung der verfassungsrechtlich vorgegebenen Schutzpflichten des Staates zu Gunsten von Kindern zu weichen. Kinderschutz gelingt am besten mit den Eltern, die Kinder- und Jugendhilfe – wie auch die Gesundheitshilfe – erreicht das Kind am besten über die Eltern, aber manchmal gelingt dies eben nicht; und dann muss der Staat erst recht seine Schutzpflichten wahrnehmen, notfalls auch ohne oder gar gegen Eltern. Zudem: Schon angesichts der demographischen Entwicklung in Deutschland können wir uns misslingende Sozialisation gar nicht leisten; sie ist nicht nur individuell für die Betroffenen, sondern auch für Staat und Gesellschaft zu teuer – „kein Kind darf verloren gehen“.

⁵⁰ *Bringenat*, Tod eines Kindes, Baden-Baden 1997.

Kindschaftsrechtliches Verfahren – Problemfelder des neuen FamFG

„Brennpunkte“ des familiengerichtlichen Verfahrens in Kindschaftssachen

Christoph Althammer

1	Beteiligung und Verfahrensvertretung in Kindschaftssachen	208
1.1	Der erweiterte Kreis der Verfahrensbeteiligten nach neuer Rechtslage.....	208
1.2	Verfahrensfähigkeit.....	209
2	Einstweilige Anordnung	215

Das vor etwa zwei Jahren in Kraft getretene FamFG ist ersichtlich um eine am Kindeswohl orientierte Lösung elterlicher Konflikte bemüht. Trotz der mit diesem Gesetz verbundenen Reformerfolge existieren weiter keine praktischen Ideallösungen,¹ sondern lediglich verbesserte Instrumentarien, die dem Richter ein flexibles Handeln im Einzelfall ermöglichen sollen. Einige anwendungsorientierte Probleme des neuen Kindschaftsverfahrens (§§ 155 f. FamFG) zeichnen sich nun mit immer größerer Deutlichkeit ab. Die folgenden Überlegungen konzentrieren sich dabei auf Fragen der Verfahrensbeteiligung und das Verhältnis von einstweiligem Rechtsschutz und Hauptsache.

1 Beteiligung und Verfahrensvertretung in Kindschaftssachen

1.1 Der erweiterte Kreis der Verfahrensbeteiligten nach neuer Rechtslage

Die Problematik der Beteiligung hat durch § 7 FamFG eine verhältnismäßig klare Regelung erfahren, die sich im Gegensatz zur Rechtslage vor dem 1. September 2009 an formellen Kriterien orientiert.² Andererseits sind durch den weit formulierten Katalog auch erst neue Fragen für die familiengerichtliche Praxis aufgeworfen worden. Kinder und Jugendliche galten vor Inkrafttreten des FamFG zwar als materiell Beteiligte, wenn ihre Rechte durch familiengerichtliche Entscheidungen unmittelbar betroffen werden konnten. Im Verfahren stand ihnen jedoch, sofern sie nicht selbst Antragsteller waren, nur ein Anhörungsrecht zu (§ 50b FGG).³ Das FamFG hat dagegen auch ihre formelle Verfahrensbeteiligung ermöglicht, was insbesondere in Sorge- und Umgangsrechtsverfahren von praktischer Bedeutung ist.⁴ In Kindschaftssachen nach § 151 Nr. 1-3 FamFG ist damit neben den Eltern auch das in seinen Rechten unmittelbar betroffene Kind regelmäßig „Mussbeteiligter“ nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG.⁵ Sollte das Kind oder der Jugendliche selbst Antragsteller sein, erfolgt die Beteiligung bereits zwingend kraft Gesetzes nach § 7 Abs. 1 FamFG.⁶ Freilich war dieser Reformschritt bezogen auf Kindschaftssa-

¹ D. Hornikel, Impulsreferat, Projekt Elternkonsens (Cochemer Praxis), 2. Landeskongress v. 20.09.2010, Arbeitsgruppe 1: Das FGG-Reformgesetz: Auswirkungen und Chancen für das Projekt Elternkonsens, S. 1 ff., vgl. <http://tinyurl.com/impulsreferat-hornikel>.

² Näher *Johannsen/Henrich/Althammer*, Familienrecht, 5. Aufl., 2010, § 7 FamFG Rn. 2.

³ Stellungnahme des Deutschen Instituts für Familienrecht und Jugendhilfe e.V. (DIJuF) v. 28.10.2009, S. 2, zu finden unter: <http://tinyurl.com/dijuf-28-10-2009>.

⁴ Stellungnahme des Deutschen Instituts für Familienrecht und Jugendhilfe e.V. (Fn. 3), S. 1, 2; *Rüntz/Viefbues* FamRZ 2010, 1289.

⁵ Vgl. nun auch BGH NJW 2011, 3454 ff.

⁶ Entscheidend ist hier der formelle Akt der Verfahrenseinleitung, BT-Drucks. 16/6308, S. 178. Muss-Beteiligte sind auf Antrag auch das Jugendamt (§ 162 Abs. 2 FamFG), bei Bestellung der Verfahrensbeistand (§ 158 Abs. 3 S. 2 FamFG). Kann-Beteiligter ist etwa die Pflegeperson (§ 161 Abs. 1 S. 1 FamFG) oder ein Ehegatte bzw. Lebenspartner im Fall von § 1682 BGB. Vgl.

chen keine Notwendigkeit. Erinnert sei vielmehr an die Feststellung des BVerfG aus dem Jahre 2003, wonach der verfassungsrechtliche Schutz des elterlichen Sorgerechts vor dem Hintergrund der Möglichkeit der Bestellung eines Verfahrenspflegers (§ 50 FGG) eine formelle Verfahrensbeteiligung des Kindes nicht erfordert.⁷ Denn mit der Einführung des Instituts des Verfahrenspflegers im Zuge des KindRG 1997 wollte der Gesetzgeber verhindern, dass das Kind zum „bloßen Verfahrensobjekt“ degradiert wird, womit er seinen Schutzpflichten nachgekommen ist. Die verfassungsrechtlich nicht geforderte formelle Beteiligung von Kindern und Jugendlichen durch das FamFG entspricht gleichwohl den Grundsätzen der Fairness und der formellen Verfahrensgerechtigkeit. Durch das FamFG hat sich somit, insbesondere wenn auch das Jugendamt und ein Verfahrensbeistand hinzugezogen werden, die Zahl der formell Beteiligten in Kindschaftsverfahren erhöht, wodurch die richterliche Verfahrensführung erschwert werden kann.

1.2 Verfahrensfähigkeit

Bedingt durch die neue „Beteiligtenvielfalt“ treten in der gerichtlichen Praxis häufig Probleme der Verfahrensfähigkeit auf. Denn das Kind bzw. der Jugendliche können sich, sofern nicht ausnahmsweise bei einer über 14-jährigen Person die Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG erfüllt sind, im Verfahren nicht selbst vertreten. Die Interessen des Verfahrensunfähigen nehmen primär die Eltern, ein Vormund oder auch ein Ergänzungspfleger (§ 1909 BGB) wahr (§ 9 Abs. 2 FamFG), während der Verfahrensbeistand wegen § 158 Abs. 4 S. 6 FamFG nicht als gesetzlicher Vertreter in Betracht kommt.⁸ Durch die neue Gesetzeslage ist Streit darüber entstanden, inwieweit dem nicht verfahrensfähigen Minderjährigen bei gleichzeitiger Beteiligung seiner gesetzlichen Vertreter aufgrund eines möglichen Interessenkonflikts zwingend ein Ergänzungspfleger bzw. ein Verfahrensbeistand oder sogar beides zu bestellen ist.⁹ Einige Familiengerichte haben sich frühzeitig in Sorgerechtsstreitigkeiten (§ 1671 BGB) und in Umgangsverfahren dafür entschieden, das Jugendamt zum Ergänzungspfleger zu bestellen.¹⁰ Insbesondere das OLG Oldenburg sieht für Angelegenheiten, welche die Entziehung oder auch nur die Einschränkung der elterlichen Sorge betreffen, einen ernsthaften Interessenkonflikt als gegeben, wenn neben dem Kind auch beide

auch *Schael* FamRZ 2009, 265. Unabhängig von der Frage der Verfahrensbeteiligung sind Kinder nach § 159 FamFG anzuhören.

⁷ BVerfG NJW 2003, 3544.

⁸ *Johannsen/Henrich/Althammer* (Fn. 2), § 7 FamFG Rn. 8.

⁹ *Rüntz/Viefbues* FamRZ 2010, 1289.

¹⁰ Vgl. dazu auch die Stellungnahme des Deutschen Instituts für Familienrecht und Jugendhilfe e.V. (Fn. 3), S. 1 f.

Eltern am Verfahren beteiligt sind.¹¹ Die gesetzlichen Vertreter seien dann nach § 1796 Abs. 2 iVm § 1629 Abs. 2 S. 3 BGB an ihrer Vertretungsbefugnis gehindert, und die Hinzuziehung eines Ergänzungspflegers (§ 1909 BGB) werde erforderlich, wenngleich dies nicht für das Verfahren zur Bestellung des Ergänzungspflegers selbst gelten soll. Das OLG Stuttgart¹² und das OLG Koblenz¹³ haben alsbald widersprochen und eine „Lanze“ für das Institut der Verfahrensbeistandschaft „gebrochen“, das als milderes Mittel genüge, um etwaigen Interessenkonflikten effektiv zu begegnen.¹⁴ Auch viele Stimmen in der Literatur haben sich vehement gegen die Vorgehensweise des OLG Oldenburg ausgesprochen.¹⁵

Ein beschränkter Entzug des elterlichen Sorgerechts lässt sich keinesfalls auf § 1795 Abs. 1 Nr. 3 BGB stützen, da die Regelung nur echte Streitverfahren betrifft, in denen sich die Beteiligten als Streitgegner gegenüber stehen,¹⁶ was in Kindschaftssachen nicht der Fall ist. Ein Entzug der Vertretungsbefugnis kann allenfalls auf §§ 1629 Abs. 2 S. 3 iVm 1796 Abs. 2 BGB gegründet werden, wenn dieser Eingriff in die elterliche Sorge zur Auflösung einer erheblichen Interessenkollision, die zulasten des Minderjährigen gehen würde, erforderlich ist.¹⁷ Dabei sind die Tatbestandsvoraussetzungen von § 1796 Abs. 2 BGB und § 158 Abs. 2

¹¹ OLG Oldenburg FPR 2011, 342, 343: Streiten Eltern im Kindschaftsverfahren um das Sorgerecht, offenbare dieser Streit nicht immer und ausnahmslos einen erheblichen Interessengegensatz. Wenn aber um den Aufenthalt des Kindes gestritten werde und die Wohnorte der Eltern weit voneinander entfernt seien, könnten sich die für das Wohl des Kindes bedeutsamen Umstände vom Interesse eines Elternteils, zukünftig gemeinsam mit dem Kind in einem völlig neuen Umfeld einen eigenständigen Lebensmittelpunkt zu begründen, erheblich unterscheiden. Insoweit bestehe die konkrete Gefahr eines erheblichen Interessengegensatzes. Vgl. auch, wenn gleich nicht in die Person des Kindes betreffenden Angelegenheiten, OLG Oldenburg NJW 2010, 1888; OLG Dresden NJW-RR 2010, 1588; OLG Stuttgart NJW-RR 2010, 222; OLG Bremen NJW-RR 2011, 154. Ebenso in der Literatur: *Jacoby*, in: Bork/Jacoby/Schwab, 1. Aufl., FamFG, 2009, § 9 Rn. 12; *Zorn*, in: Bork/Jacoby/Schwab, aaO, § 158 Rn. 21; *Wagner*, in: Bassenge/Roth, FamFG, 12. Aufl., 2009, § 158 Rn. 19; Stellungnahme des Deutschen Instituts für Familienrecht und Jugendhilfe e.V. (Fn. 3), S. 4 ff.; *Schael* FamRZ 2009, 265, 269; *Schürmann* FamFR 2009, 153; *Götz* NJW 2010, 897, 898.

Zur notwendigen Differenzierung zwischen personenbezogenen und sonstigen Angelegenheiten (bspw.: Ergänzungspflegerbestellungen in Verfahren wegen Unterhalts und dessen Vollstreckung) bei Beurteilung dieser Rechtsprechung zu Recht *Salgo* FPR 2011, 314.

¹² OLG Stuttgart NJW-RR 2010, 222; zustimmend auch *Maurer* FamRZ 2010, 1044.

¹³ OLG Koblenz NJW 2011, 236: kein Ergänzungspfleger im Verfahren gem. § 1666 BGB, weil die Bestellung eines Verfahrensbeistandes ausreicht.

¹⁴ Differenzierend: Palandt/*Diederichsen*, BGB, 70. Aufl., 2011, § 1629 Rn. 24; ein Verfahrensbeistand sei dann als milderes Mittel nicht bestellbar, wenn das Kind Mussbeteiligter nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG ist. Für den Vorrang der Verfahrensbeistandschaft in personenbezogenen Angelegenheiten dagegen nun BGH NJW 2011, 3454 f.

¹⁵ *Kenter* NJW 2010, 1851 ff.; *Salgo* FPR 2011, 314; Empfehlungen des Arbeitskreises 11 des 18. Deutschen Familiengerichtstages, Nr. 4, Brühler Schriften zum Familienrecht, Bd. 16, S. 118 f.

¹⁶ Vgl. auch OLG Oldenburg NJW 2010, 1888; *Kenter* NJW 2010, 1851 f.

¹⁷ OLG Stuttgart NJW-RR 2010, 222; OLG Oldenburg FPR 2011, 343.

Nr. 1 FamFG zumindest auf den ersten Blick insoweit deckungsgleich,¹⁸ als in beiden Fällen ein erheblicher Interessengegensatz vorausgesetzt wird. Ein derartiger Konflikt kann vor allem bei einer gemeinsamen elterlichen Sorgeberechtigung auftreten, wenn ihre jeweiligen Einzelinteressen divergieren.

§ 1629 Abs. 3 BGB kann als unterhaltsrechtliche Ausnahmeregelung nicht entsprechend herangezogen werden, um die Konfliktlage zu entschärfen, da die Rechtslage nicht vergleichbar ist.¹⁹ Problematisch ist weiter, ob die für § 1796 BGB erforderliche konkrete Gefährdung des Kindesinteresses bereits mit der abstrakten Tatsache der Verfahrensbeteiligung beider oder eines Sorgeberechtigten begründet werden kann.²⁰ Dies ist richtigerweise zu verneinen, da die konkrete Gefährdung auch im Einzelfall verifiziert werden muss. Auch bloße widersprechende Verfahrensanträge der Eltern bei gemeinsamer Sorgeberechtigung können hierfür nicht genügen.²¹ Dies folgt m.E. auch aus einem Umkehrschluss zu § 1629 Abs. 2a BGB, da diese Norm den pauschalen Ausschluss der Eltern als gesetzliche Vertreter nur für Abstammungssachen iSv § 1598a BGB anordnet und andere vergleichbare Vorschriften nicht existieren.²² Ein Interessengegensatz liegt somit in Sorge- und Umgangsrechtsverfahren nur vor, wenn nachweisbar eines der Elterninteressen allein zu Lasten des Kindes durchgesetzt werden kann.²³

Ungeachtet dessen wird von den Befürwortern einer Ergänzungspflegschaft angemerkt, dass ein bestehender Interessenkonflikt nicht durch die Hinzuziehung eines Verfahrensbeistands ausgeräumt werden könne,²⁴ weil dieser kraft Gesetzes nicht als gesetzlicher Vertreter handle (§ 158 Abs. 4 S. 6 FamFG). Diese sehr formale Argumentation schließt jedoch nicht aus, dass der Verfahrensbeistand dazu beitragen kann, den Interessenkonflikt soweit zu entschärfen, dass die Eltern selbst weiter ihre gesetzliche Vertretungsbefugnis wahrnehmen können.²⁵ § 1796 Abs. 1 iVm 2 BGB beinhaltet überdies nur eine „Kannbestimmung“, verpflichtet jedoch nicht zum Entzug. Eingewandt wird zwar, was zutrifft, dass der Verfahrensbeistand für das Kind weder rechtsgeschäftliche Erklärungen abgeben noch entgegennehmen könne, da er anders als ein Verfahrensbevollmächtigter keine Zustellungsvollmacht besitze (vgl. dazu § 15 Abs. 2 FamFG, § 170 Abs. 1 ZPO).²⁶ Zudem könne er an-

¹⁸ Vgl. auch BGH NJW 2011, 3454 ff.

¹⁹ Vogel FamRZ 2010, 1873.

²⁰ So bedarf es für die Vaterschaftsanfechtung durch das Kind gegen den Sorgeberechtigten eines Ergänzungspflegers, OLG Brandenburg FamRZ 2010, 472.

²¹ Keuter NJW 2010, 1852.

²² Vogel FamRZ 2010, 1873.

²³ Palandt/Diederichsen (Fn. 14), § 1796 Rn. 2.

²⁴ Umgekehrt ist aber nach der Gesetzesbegründung, vgl. BT-Drucks. 16/6308, S. 238, vorgesehen, dass ein bestellter Ergänzungspfleger einen Verfahrensbeistand erübrigt.

²⁵ Vgl. nun auch BGH NJW 2011, 3454 f.

²⁶ Bei gemeinsamer elterlicher Sorge ist an sich nur eine gemeinsame Vertretung zulässig (§ 1629 Abs. 1 S. 2 BGB). Zustellungen können allerdings nach §§ 15 Abs. 2 FamFG, 170 Abs. 3 ZPO

ders als ein gesetzlicher Vertreter Beschwerde nur im Interesse des Kindes, nicht aber für das Kind einlegen. M.E. trifft diese Argumentation aber nicht den Kern des Problems: Entscheidend ist nicht, ob der Verfahrensbeistand als eine Art Ersatz des gesetzlichen Vertreters fungieren kann, sondern ob die Hinzuziehung des Verfahrensbeistands als Verfahrensbeteiligter soweit deeskalierend wirkt, dass den Eltern ihre Vertretungsbefugnis verbleiben kann. Auch wenn der Verfahrensbeistand selbst nicht empfangsbefugt iSv § 170 ZPO ist, kann er überprüfen, ob Erklärungen dem Minderjährigen über den vertretungsberechtigten Elternteil zugegangen sind. Andernfalls vermag er diesen über relevante Vorgänge selbst in Kenntnis zu setzen.²⁷ De lege ferenda wäre im Übrigen viel gewonnen, wenn auch der Verfahrensbeistand in den Kanon der empfangsbefugten Personen aufgenommen würde. Insgesamt gilt es, vor dem Hintergrund des kindschaftsrechtlichen Beschleunigungsgebots des § 155 FamFG nach einfachen verfahrensrechtlichen Lösungen zu streben.²⁸ Die Bestellung eines Ergänzungspflegers ist zeitaufwändig und lässt sich nicht immer sofort gewährleisten, da darüber der Rechtspfleger befindet, auch wenn der Richter die Sache an sich ziehen kann.²⁹ Die Bestellung eines Ergänzungspflegers würde zudem, folgte man der Judikatur des OLG Oldenburg, zu einem Massengeschäft werden.³⁰ Vorgeschlagen wird zwar, auf eine förmliche Verpflichtung des Ergänzungspflegers in persönlicher Anwesenheit durch eine pragmatische Auslegung von § 1789 BGB zu verzichten und auch die schriftliche Bestellung genügen zu lassen (analog §§ 1791a Abs. 2, 1791b Abs. 2 BGB).³¹ Systemgerecht erscheint diese „Notlösung“ aber keinesfalls.³² Auch hier zeigen sich wiederum die Vorteile eines Verfahrensbeistands, für den keine förmliche Bestellung notwendig ist. Aus der familiengerichtlichen Praxis wird davon berichtet, dass einige Familienrichter entweder die Bestellung des Ergänzungspflegers von vornherein an sich ziehen (§ 14 RPflG) oder bis zum ersten Termin (§ 155 Abs. 2 FamFG) lediglich einen Verfahrensbeistand verpflichten wollen, der dann im Termin zum Ergänzungspfleger bestimmt wird. Weiter verzögernd wirkt sich schließlich – anders als im Fall der Verfahrensbeistandschaft – die Beschwerdemöglichkeit der Sorgeberechtigten aus.³³

Allgemein wurde bis vor kurzem noch angenommen, dass die eben beschriebenen Streitfragen noch auf eine Klärung durch den BGH warten. Übersehen wurde

allein an den Obhutselternteil bewirkt werden. Ausführlich zu den Rechten und Pflichten des Verfahrensbeistands *Salgo* FPR 2011, 314, 317 ff.

²⁷ So zu Recht *Keuter* NJW 2010, 1853 f.

²⁸ *Rüntz/Viefbues* FamRZ 2010, 1289.

²⁹ Ausführlich zu den praktischen Schwierigkeiten *Keuter* NJW 2010, 1851, 1853.

³⁰ So *Keuter* NJW 2010, 1851, 1853; dazu auch *ders.* FamRZ 2010, 1955.

³¹ *Keuter* FamRZ 2010, 1955, 1956; dagegen: *Bestelmeyer* FamRZ 2011, 950 f.

³² *Bestelmeyer* FamRZ 2011, 950 f.

³³ *Götz* NJW 2010, 898.

dabei, dass eine Entscheidung des XII. Zivilsenats vom 14. Mai 2008 eine in diesem Zusammenhang verwertbare Aussage enthält.³⁴ Festgehalten wird dort, dass das Recht auf Umgang mit seinen Eltern dem Kind als höchstpersönliches Recht zusteht und nur von ihm selbst, vertreten durch den sorgeberechtigten Elternteil, geltend gemacht werden kann. Das Kind wäre in dieser Situation als Antragsteller auch formell verfahrensbeteiligt. Im Falle eines Interessenkonflikts zwischen Kind und Sorgeberechtigtem habe nach Ansicht des BGH ein Verfahrenspfleger „die Vertretung zu übernehmen“.³⁵ Auf eine theoretisch ebenso in Betracht kommende Ergänzungspflegschaft wurde vom Senat nicht eingegangen. Dafür bestand auch kein Anlass, denn bereits nach dem Willen des Gesetzgebers des KindRG sollte der damals neugeschaffene § 50 FGG „ohne ausdrückliche Entziehung der Vertretungsmacht [...] dem Kind unmittelbar einen Pfleger für das gerichtliche Verfahren“ zur Seite stellen.³⁶ Der Gesetzgeber hat sich damit frühzeitig in den die Person des Kindes betreffenden Angelegenheiten ausdrücklich gegen den teilweisen Entzug des elterlichen Sorgerechts ausgesprochen.³⁷ Diese Entziehung in Gestalt der Ergänzungspflegschaft reicht in ihrer Eingriffsintensität deutlich über die Wirkungen einer Verfahrenspflegschaft bzw. Verfahrensbeistandschaft hinaus, so dass nicht anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber des FamFG an diesem Rangverhältnis nach dem KindRG 1997 ohne ausdrückliche Klarstellung etwas ändern wollte. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich vielmehr, dass die „Beteiligungs- und Mitwirkungsrechte betroffener Kinder gerade durch Präzisierung der Funktionen des Verfahrenspflegers (künftig: Verfahrensbeistand)“ verstärkt werden sollten.³⁸ Im Ergebnis empfiehlt sich m.E. eine Stufenlösung, die bei Streitigkeiten um einfache Details der Ausübung des Umgangsrechts weder die Bestellung eines Ergänzungspflegers noch eines Verfahrensbeistands vorsieht und erst auf der nächsten Stufe die Hinzuziehung eines Verfahrensbeistands erfordert und lediglich im abso-

³⁴ BGH FamRZ 2008, 1334 m. Anm. *Luthin*.

³⁵ BGH FamRZ 2008, 1334 m. Anm. *Luthin*. Vgl. zum Umgangsrecht auch BVerfG FamRZ 2008, 845. Zur notwendigen Bestellung eines Ergänzungspflegers aber BVerfG FamRZ 2006, 1261.

³⁶ BT-Drucks. 13/4899, S. 129. Vgl. auch BR-Drucks. 180/96, S. 140: „Das geltende materielle Recht eröffnet die Möglichkeit, dem gesetzlichen Vertreter bei einem erheblichen Interessengegensatz nach § 1629 Abs. 2 S. 3, § 1796 Abs. 2 BGB durch gerichtliche Entscheidung die Vertretungsmacht zu entziehen und dem Kind nach § 1909 BGB einen Ergänzungspfleger zu bestellen. Von dieser Möglichkeit, die ein Tätigwerden des Vormundschaftsgerichts erforderlich macht, wird in der Praxis in Vermögenssorgeangelegenheiten Gebrauch gemacht, wenn es darum geht, die rechtsgeschäftliche Vertretung von Minderjährigen sicherzustellen. Soweit es um die Wahrung von Kindesinteressen in die Person des Kindes betreffenden Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit geht, erlaubt es die Neuregelung künftig, dass das mit der Sache befasste Gericht im Rahmen dieses Verfahrens ohne ausdrückliche Entziehung der Vertretungsmacht durch das Vormundschaftsgericht dem Kind unmittelbar einen Pfleger für das gerichtliche Verfahren bestellt.“ Ausführlich zur Gesetzgebungsgeschichte auch *Salgo* FPR 2011, 314, 316.

³⁷ So auch *Salgo* FPR 2011, 314 f.

³⁸ Vgl. etwa BT-Drucks. 16/6308, S. 164.

luten Ausnahmefall zum Ergänzungspfleger greift.³⁹ Der Interessenkonflikt kann somit nicht allein mit der Beteiligtenstellung der Eltern begründet werden.⁴⁰ Bei einer vorschnellen Bestellung von Ergänzungspflegern würde die Verfahrensbeistandschaft (§ 158 FamFG) vor allem auf Fälle beschränkt bleiben, in denen über 14-Jährige selbst verfahrensfähig sind, aber dennoch Unterstützung im Verfahren benötigen. Es käme damit nicht nur zu Eingriffen in das elterliche Sorgerecht, vielmehr müsste auch die Bedeutung der gerade geschaffenen Verfahrensbeistandschaft neu bewertet werden.⁴¹ Anders als bei § 158 Abs. 2 Nr. 1 FamFG sind die Hürden bei § 1796 Abs. 2 BGB für den damit verbundenen Sorgerechteingriff somit wesentlich höher anzusetzen und nur dann überwindbar, wenn eine Kindeswohlgefährdung nicht anders zu vermeiden ist.⁴²

Seit kurzem scheint nun die Rechtslage durch die begrüßenswerte Entscheidung des BGH vom 7. September 2011 für personenbezogene Angelegenheiten von Minderjährigen geklärt zu sein.⁴³ Danach ändert die formelle Verfahrensbeteiligung des Kindes im Verfahren zur Übertragung der elterlichen Sorge nichts daran, dass die erforderliche gesetzliche Vertretung ungeachtet ihrer eigenen Verfahrensbeteiligung von den sorgeberechtigten Eltern wahrzunehmen ist. Auch im Fall eines erheblichen Interessengegensatzes zwischen Eltern und Kind scheidet somit ein Entzug der Vertretungsbefugnis aus, wenn durch die Bestellung eines Verfahrensbeistands für eine wirksame Interessenvertretung des Kindes Sorge getragen werden könne.⁴⁴ Dies entspricht auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dem bei Eingriffen in das Elternrecht besondere Bedeutung zukommt. Die Einschaltung eines Verfahrensbeistands stellt im Verhältnis zur Entziehung der Vertretungsbefugnis eine mildere und auch gleich wirksame Maßnahme dar, um dem Interessenkonflikt wirksam zu begegnen. Die Wahrnehmung der Kindesinteressen in einem auf die Person bezogenen Kindschaftsverfahren ist originäre Aufgabe des Verfahrensbeistands.⁴⁵ Sinnvoll wäre es freilich, aus Klarstellungsgründen § 158 FamFG, ähnlich wie im Falle von § 173 FamFG, um eine Regelung zu ergänzen, nach der Handlungen des Verfahrensbeistands solchen der Sorgeberechtigten vorgehen.⁴⁶ Die Bestellung eines Verfahrensbeistands ist überdies nicht streng auf Verfahren, die unmittelbar die Personensorge betreffen, begrenzt, so-

³⁹ Ebenso *Rüntz/Viefhues* FamRZ 2010, 1289.

⁴⁰ Besonders problematisch würde sich die Notwendigkeit der Bestellung eines Ergänzungspflegers auswirken, sofern die Eltern sich im Eilverfahren um das Sorge- oder Umgangsrecht bemühen.

⁴¹ *Kenter* NJW 2010, 1851, 1854.

⁴² *Salgo* FPR 2011, 314 f.

⁴³ BGH NJW 2011, 3454 ff.

⁴⁴ BGH NJW 2011, 3454 ff.

⁴⁵ Die Einbeziehung minderjähriger Kinder als „Muss-Beteiligte“ durch das FamFG führt keinesfalls dazu, dass der Verfahrensbeistand aufgabenmäßig durch den Ergänzungspfleger ersetzt werden müsste, *Salgo* FPR 2011, 314 f.

⁴⁶ Stellungnahme des Deutschen Instituts für Familienrecht und Jugendhilfe e.V. (Fn. 3), S. 8.

weit es sich dabei nicht ausschließlich um reine Vermögensangelegenheiten handelt.⁴⁷

Die Rechtslage ist somit eine andere als etwa im Falle des § 41 Abs. 3 FamFG, der im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG anordnet, dass ein Beschluss, der die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts vorsieht, auch demjenigen bekannt zu geben ist, für den das Rechtsgeschäft genehmigt wird. Ist dies ein Minderjähriger, sind Eltern aufgrund eines konkreten Interessenkonflikts nach § 1796 Abs. 2 BGB an der Vertretung gehindert, so dass ein Ergänzungspfleger zu bestellen ist.⁴⁸ Ansonsten hätte dies zur Folge, dass die Bekanntgabe des Beschlusses über die Erteilung der Genehmigung und damit die Vermittlung des rechtlichen Gehörs für das Kind regelmäßig durch denjenigen erfolgen würde, auf dessen Antrag die Genehmigung erteilt wird.⁴⁹ Für rein vermögensrechtliche Angelegenheiten ist die Bestellung eines Ergänzungspflegers nicht zu vermeiden, weil die Hinzuziehung eines Verfahrensbeistands nach § 158 Abs. 1 FamFG ausgeschlossen ist.⁵⁰

2 Einstweilige Anordnung

Auch Fragen des einstweiligen Rechtsschutzes gewinnen in Kindschaftssachen häufig besondere rechtliche Brisanz. Kennzeichnend für das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach §§ 49 ff. FamFG ist – anders als unter der Geltung von § 620 ZPO a.F. – seine Selbständigkeit.⁵¹ Der familiengerichtliche einstweilige Rechtsschutz ist von der Last eines parallel durchzuführenden Hauptsacheverfahrens befreit worden.⁵² Der Gesetzgeber verbindet damit neben der Vermeidung von Verfahrenskosten auch die Erwartung, dass ein Großteil der Hauptsacheverfahren bereits im Vorhinein vermieden werden könnte, weil die einstweilige Regelung von den Beteiligten dauerhaft angenommen wird.⁵³ Der begrüßenswerte Reformschritt hat freilich auch neue Fragen aufgeworfen, etwa dahingehend, wie weit die Selbständigkeit tatsächlich reicht und in welchen Fällen eine Synchronisierung mit der Hauptsache weiter sinnvoll ist. Der Antragsteller verfügt im neuen Recht grundsätzlich über ein *ius variandi*, sein Begehren alterna-

⁴⁷ BT-Drucks. 13/4899, S. 130 f.; ebenso BGH NJW 2011, 3454 ff.

⁴⁸ KG NJW-RR 2010, 1088.

⁴⁹ BVerfGE 101, 397; KG NJW-RR 2010, 1088; OLG Celle Rpfleger 2011, 436; OLG Köln FamRZ 2011, 231; OLG Dresden FamRZ 2010, 1995: Eine gesetzliche Vertretung als konkrete Form der Interessenwahrung ist hier richtigerweise, obgleich nicht unbestritten, erforderlich.

⁵⁰ Nach KG FamRZ 2010, 1171 soll die Beteiligtenstellung des Kindes nach § 7 FamFG bei der Erbausschlagung zur Bestellung eines Ergänzungspflegers zwingen; *Sonnenfeld ZKJ* 2010, 271.

⁵¹ *Büte* FuR 2011, 9.

⁵² BT-Drucks. 16/6308, S. 199; *Bruns* FamFR 2009, 8.

⁵³ Die einstweilige Anordnung rechnet damit nach dessen Intention zu den konfliktvermeidenden Elementen des FamFG. Vgl. auch *Socha* FamRZ 2010, 947.

tiv oder kumulativ im Anordnungsverfahren und im Hauptsacheverfahren zu verfolgen.⁵⁴ In Kindschaftssachen besteht diese Wahlfreiheit freilich von vornherein nur in eingeschränktem Umfang. Denn meist wird es an einem Anordnungsgrund iSv § 49 FamFG fehlen⁵⁵, weil Kindschaftssachen dem Beschleunigungsgebot des § 155 Abs. 2 FamFG unterfallen und somit ohnehin innerhalb eines Monats zu entscheiden sind.⁵⁶ Ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden besteht somit nur dann, wenn nicht einmal der frühe Termin abgewartet werden kann.⁵⁷ Denkbar ist auch, dass wegen eines noch fehlenden Sachverständigengutachtens keine Entscheidung im frühen Termin erfolgen kann, gleichwohl aber eine familiengerichtliche Maßnahme dringend erforderlich ist.⁵⁸ Eine einstweilige Anordnung ist in Kindschaftssachen ansonsten, von der Situation der §§ 156 Abs. 3, 157 Abs. 3 FamFG abgesehen, nur dann von Bedeutung,⁵⁹ wenn die im Hauptsacheverfahren verbindliche Einmonatsfrist (§ 155 Abs. 2 FamFG) deutlich unterschritten würde.⁶⁰ Dies erscheint kaum denkbar, weil die Anhörungspflichten nach § 160 Abs. 3 FamFG nur ausnahmsweise verzichtbar sind und somit stets einen Termin erfordern, der regelmäßig nicht schneller stattfinden kann. Zudem würde eine so kurzfristig ergangene einstweilige Anordnung kaum eine akzeptable Lösung anbieten können und die Zerwürfnisse zwischen den Beteiligten eher vertiefen als eine Hauptsacheentscheidung. Auch bei für das Kind und die sonstigen Betroffenen besonders einschneidenden Maßnahmen kommt eine Regelung im Wege einstweiliger Anordnung selten in Betracht.⁶¹ So sind insbesondere an den Entzug des Sorgerechts im Wege der einstweiligen Anordnung im Hinblick auf §§ 1666, 1666a BGB und vor dem Hintergrund des Elternrechts, Art. 6 GG, hohe Anforderungen

⁵⁴ Ausführlich *Althammer* 5. Hannoveraner ZPO-Symposium, NJW-Sonderheft, 23 ff.; zur Verfahrensautonomie auch OLG Jena FamRZ 2011, 491 f.

⁵⁵ Ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden liegt vor, wenn ein Abwarten bis zur endgültigen Entscheidung nicht möglich ist, weil diese zu spät kommen würde, um die zu schützenden Interessen zu wahren, OLG Brandenburg FamRZ 2010, 1743. Vgl. auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 30. September 2010 – 16 WF 189/10, BeckRS 2010, 24645; Wegen des Vorrang- und Beschleunigungsgebotes, § 155 FamFG, liege bei Umgangs- und Sorgerechtsverfahren nur noch in Ausnahmefällen ein Anordnungsgrund vor. Anders dagegen noch der Gesetzgeber: Danach sei insbesondere in Umgangssachen eine einstweilige Anordnung erforderlich, um eine dem Kindeswohl abträgliche längere Unterbrechung der persönlichen Beziehung zu dem nicht betreuenden Elternteil zu vermeiden, vgl. BT-Drucks. 16/6308, S. 199.

⁵⁶ MünchKommZPO/*Heilmann*, 3. Aufl., 2010, Bd. 4: FamFG, § 155 Rn. 1 f.; *Schmid* FPR 2011, 5 f.

⁵⁷ *Schmid* FPR 2011, 8; *Viefbues* FamRZ 2011, 202; *Rüntz/Viefbues* FamRZ 2010, 1285.

⁵⁸ *Schmid* FPR 2011, 8.

⁵⁹ *Heistermann* FF 2009, 281 f.

⁶⁰ *Althammer* (Fn. 54) S. 25.

⁶¹ BayObLG FamRZ 1997, 387; KG FamRZ 2010, 1749.

zu stellen. Probleme bei der Umsetzung eines Umgangsrechts etwa rechtfertigen grundsätzlich nicht einen Sorgerechtsentzug im vorläufigen Verfahren.⁶²

Liegt eine einstweilige Anordnung bereits vor, so stellt sich häufig die Frage nach der Entbehrlichkeit eines Hauptsacheverfahrens. Das Rechtsschutzbedürfnis entfällt richtigerweise nicht deswegen, weil die einstweilige Anordnung inhaltlich bereits dem Hauptsacheantrag entspricht.⁶³ Die angestrebten Verfahrensergebnisse sind hier nur äußerlich gleichwertig. Das einstweilige Anordnungsverfahren kann aufgrund der eingeschränkten Prüfungsmöglichkeiten das Hauptsacheverfahren nicht ersetzen, obgleich es das Ergebnis des Hauptsacheverfahrens möglicherweise zu präjudizieren vermag.⁶⁴ Einer einstweiligen Anordnung kommt nämlich nicht dieselbe Bestandskraft wie einer im Hauptsacheverfahren ergangenen Entscheidung zu, wie § 54 FamFG zeigt. So kann eine im Hauptsacheverfahren getroffene Sorgerechtsregelung iSv § 1671 BGB nur bei Vorliegen der engen Voraussetzungen des § 1696 Abs. 1 BGB geändert werden. Erforderlich ist danach eine Kindeswohlgefährdung, während die einstweilige Anordnung vergleichsweise einfach abänderbar wäre.⁶⁵

Aus der Selbständigkeit folgt zudem, dass – entgegen der Ansicht einiger Untergerichte – Verfahrenskostenhilfe sowohl für das Anordnungs- als auch das Hauptsacheverfahren beantragt werden kann. Bei beiden handelt es sich zudem um verschiedene Angelegenheiten, für die der – in beiden Verfahren bestellte – Verfahrensbeistand gemäß § 158 Abs. 7 FamFG jeweils eine Vergütung beanspruchen kann. Eine Anrechnung findet nicht statt, wie der BGH jüngst klargestellt hat.⁶⁶ Nach der Gesetzesbegründung soll die neue Selbständigkeit der einstweiligen Anordnung keine Verringerung des Rechtsschutzes zur Folge haben, weil das Hauptsacheverfahren jederzeit nach § 52 Abs. 1 FamFG eingeleitet werden könne.⁶⁷ Dabei entscheidet in amtswegigen Verfahren das Gericht selbst über seine Einleitung.⁶⁸ Im Falle einer Kindeswohlgefährdung sollte – auch ohne Antrag eines Beteiligten – grundsätzlich ein Hauptsacheverfahren eingeleitet werden.⁶⁹ In Zweifelsfällen ist in amtswegigen Kindschaftssachen den Gerichten stets zu einer Überprüfung der Anordnung im Hauptsacheverfahren zu raten, selbst wenn die Beteiligten die Re-

⁶² So KG FamRZ 2010, 1749.

⁶³ OLG Nürnberg NJW 2011, 319 f.; OLG Jena FamRZ 2011, 491 f. Dass die Möglichkeit des Erlasses einer einstweiligen Anordnung das Rechtsschutzbedürfnis für ein Hauptsacheverfahren nicht entfallen lässt, hat bereits BGH FamRZ 1982, 788 klargestellt.

⁶⁴ Vgl. dazu auch OLG Jena, Beschluss v. 31.05.2010 – 1 UF 70/10, BeckRS 2010, 14326; BT-Drucks. 16/6308, S. 201; *Vorwerk* FPR 2009, 10.

⁶⁵ Mit Recht OLG Nürnberg NJW 2011, 319 f.

⁶⁶ BGH NJW 2011, 455

⁶⁷ BT-Drucks. 16/6308, S. 199.

⁶⁸ BT-Drucks. 16/6308, S. 201; *Giers* FGPrax 2009, 51.

⁶⁹ *Schmid* FPR 2011, 8; *Stockmann*, in: Kemper/Schreiber, Familienverfahrensrecht, 2. Aufl., 2011, § 52 FamFG Rn. 5.

gelung zunächst zu akzeptieren scheinen.⁷⁰ Auf Antrag eines Beteiligten ist das Hauptsacheverfahren nach § 52 Abs. 1 S. 1 FamFG sogar stets einzuleiten. Die Möglichkeit des Gerichts, nach S. 2 eine Wartefrist zu setzen, damit die Beteiligten nicht vorschnell in das Hauptsacheverfahren drängen, hat der 18. Deutsche Familiengerichtstag 2009 mit Blick auf das Beschleunigungsgebot des § 155 Abs. 1 FamFG zu Recht als problematisch angesehen. Seine Empfehlung geht dahin, § 52 Abs. 1 S. 2 FamFG für amtswegige Kindschaftssachen unangewendet zu lassen.⁷¹ Eine Wartefrist sollte somit insbesondere in Verfahren wegen Gefährdung des Kindeswohls (§ 1666 BGB) nicht festgesetzt werden. Verfahrensökonomische Argumente sind hier fehl am Platze.

§ 52 FamFG sorgt für einen zuständigkeitsrechtlichen Gleichlauf zwischen einstweiliger Anordnung und Hauptsacheverfahren.⁷² Das Gericht, welches eine einstweilige Anordnung erlassen hat, ist auch dafür zuständig, auf Antrag eines Beteiligten das Hauptsacheverfahren einzuleiten. Daran ändert etwa ein Aufenthaltswechsel des Kindes nichts. Entscheidendes argumentatives Gewicht wird dabei dem Wortlaut von § 52 Abs. 1 S. 1 FamFG zuerkannt.⁷³ Ein weiterer zuständigkeitsrechtlicher Gleichlauf mit der Hauptsache findet sich etwa in § 50 FamFG. Nach § 50 Abs. 1 S. 2 FamFG befindet bei anhängiger Hauptsache das jeweilige Gericht auch über die einstweilige Anordnung.⁷⁴ Dies gilt selbst dann, wenn dieses in Wahrheit örtlich oder sachlich unzuständig sein sollte,⁷⁵ sofern zwischen dem Gegenstand des Hauptsacheverfahrens und der einstweiligen Anordnung ein unmittelbarer Sachzusammenhang bestehen sollte.⁷⁶ Der Begriff der Hauptsache in § 50 Abs. 1 S. 2 FamFG umfasst dabei nur Hauptsacheverfahren mit demselben Verfahrensgegenstand wie das einstweilige Anordnungsverfahren.⁷⁷ Die rein thematische Nähe zwischen elterlicher Sorge und Umgangsrecht entspricht den Anforderungen nicht.⁷⁸ Verfahren auf Herausgabe des Kindes und auf Regelung des

⁷⁰ *Socha* FamRZ 2010, 948.

⁷¹ Vgl. die Empfehlungen des Vorstandes des 18. Deutschen Familiengerichtstags e.V., S. 4, abrufbar unter http://www.dfgt.de/DFGT_2009/Arbeitskreise/Empfehlungen_18DFGT.pdf; diese Sperrfrist gilt ohnehin nur in Amtsverfahren, vgl. OLG Bamberg, Beschluss v. 27.08.2010 – 2 WF 201/10, BeckRS 2011, 05015.

⁷² Vgl. etwa *Schwonberg*, in: Schulte-Bunert/Weinreich, 3. Aufl., 2011, § 52 Rn. 10.

⁷³ OLG München NJW-RR 2011, 661; OLG München BeckRS 2010, 31122. § 54 Abs. 3 FamFG könne insoweit kein Gegenschluss entnommen werden.

⁷⁴ Dafür genügt der Eingang des Hauptsacheantrags bei Gericht oder ein Gesuch auf Verfahrenskostenhilfe, ohne dass der Antrag zugestellt oder der Gerichtskostenvorschuss nach § 14 FamGKG bezahlt sein müsste.

⁷⁵ Bis zur Verweisung nach §§ 3, 4 FamFG oder § 281 ZPO bleibt das Hauptsachegericht zuständig.

⁷⁶ OLG Rostock FamRZ 2004, 476; *Schwonberg*, in: Schulte-Bunert/Weinreich (Fn. 72), § 50 Rn. 3.

⁷⁷ OLG Stuttgart FamRZ 2010, 1828.

⁷⁸ OLG Frankfurt FamRZ 1992, 579.

Umgangs mit dem Kind haben nicht denselben Verfahrensgegenstand wie ein Verfahren über die elterliche Sorge. Hingegen genügt eine Teilidentität, wie sie zwischen der einstweiligen Klärung des Aufenthaltsbestimmungsrechts des Kindes und der Regelung der elterlichen Sorge im Hauptsacheverfahren (§ 1671 BGB) anzunehmen ist.⁷⁹ Gerade in Kindschaftssachen wird die neue verfahrensselbständige Ausgestaltung der einstweiligen Anordnung noch für reichlich Diskussionsstoff sorgen.

⁷⁹ Vgl. auch *Althammer* (Fn. 54), S. 27 f.

Anmerkungen zum einstweiligen Rechtsschutz bei Kindschaftssachen im Verhältnis zum Hauptsacheverfahren und kritische Betrachtung des Beschleunigungsgrundsatzes

Klaus Schnitzler

1	Einleitung	222
2	Beschleunigungsgrundsatz	223
3	Einstweilige Anordnung in erster Instanz	224
4	Einstweilige Anordnung in zweiter Instanz	226
5	Konsequenzen	228

1 Einleitung

Das FamFG ist seit dem 1. September 2009, also seit knapp zwei Jahren, in Kraft. Wie bei jedem neuen Gesetz gibt es Anpassungsschwierigkeiten, die offen angesprochen werden sollten. Man könnte auch von Vollzugsdefiziten sprechen, die in erster Linie natürlich die Familienrichter, aber auch die Jugendämter und schließlich auch die Anwaltschaft betreffen.

Die neuen verfahrensrechtlichen Vorschriften müssen genauso wie das materielle Recht unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls und des Elternrechts gesehen werden. Richtschnur ist eine Kammerentscheidung des 1. Senats vom 21. Juni 2002. Der (redaktionelle) Leitsatz dieser nach wie vor aktuellen Entscheidung lautet:

Die verfassungsrechtliche Dimension von Artikel 6 Abs. II und III GG beeinflusst auch das Prozessrecht und seine Handhabung im Sorgerechtsverfahren. Das gerichtliche Verfahren muss in seiner Ausgestaltung dem Gebot effektiven Grundrechtsschutzes entsprechen, damit nicht die Gefahr einer Entwertung materieller Grundrechtspositionen entsteht. Dies gilt auch und gerade in kindschaftsrechtlichen Eilverfahren (hier: Entzug des Elternrechts).¹

Wenn der Eingriff in das Elternrecht ergeht, muss die beschleunigte Aufklärung des Sachverhaltes durch das Familiengericht erfolgen.

Viefbues hat in einem Beitrag für die FamRZ² den Wunsch der Praxis in der ersten Instanz widergegeben, Verfahrensrecht auf seine Bedeutung als pragmatisch anzuwendendes „Handwerkzeug“ zu beschränken, das dem Ziel dient, eine Entscheidung in der Sache zu ermöglichen, es aber keinesfalls zum *Selbstzweck* oder gar *Hauptthema* eines gerichtlichen Verfahrens aufzuwerten. Wenn man sich einige Entscheidungen von Oberlandesgerichten in den letzten Monaten anschaut, hat man so seine Zweifel, ob Verfahrensrecht in Teilbereichen eine angemessene Bedeutung beigemessen wird. Auch hierauf werden wir wohl im Zusammenhang mit der Entscheidung des OLG Oldenburg zu der gesetzlichen Vertretung des Kindes (Ergänzungspfleger?) neben dem Verfahrensbeistand noch kommen.

Dieser grundsätzlich *pragmatische Ansatz* lässt für die Bestellung eines Verfahrensbeistandes in einer nicht wichtigen Umgangsrechtsangelegenheit genauso wenig Raum wie die Bestellung eines Ergänzungspflegers. Wenn ein größerer *Interessensgegensatz* zwischen den Eltern besteht, der von den Eltern nicht aufgefangen werden kann, muss ein Verfahrensbeistand bestellt werden. In diesem Fall ist der Interes-

¹ BVerfG FamRZ 2002, 1021 ff. (Leitsatz der Redaktion).

² Rüntz/Viefbues FamRZ 2010, 1289.

sengegensatz der Eltern untereinander aufgefangen. Warum die gesetzliche Vertretung der Eltern ausgeschlossen sein soll, ist für mich nicht eindeutig.³

2 Beschleunigungsgrundsatz

§ 155 FamFG sieht in speziellen Kindschaftsverfahren die Notwendigkeit vor, dass schnell entschieden wird. Die *Verfahrensbeschleunigung* ist ein *wesentliches Element* des neuen FamFG. Zurückzuführen ist diese Entscheidung des Gesetzgebers auf die Kritik des Bundesverfassungsgerichts und des EGMR an der Dauer der kindschaftsrechtlichen Verfahren, insbesondere auf die Feststellungen von *Heilmann* zum kindlichen Zeitempfinden. Man hat dann Elemente des Cochemer Modells, was die Verfahrensbeschleunigung anbelangt, in den Gesetzestext hineingenommen, was grundsätzlich auch von mir begrüßt wird. Wir haben Beschleunigung im Übrigen ja auch in anderen Rechtsgebieten, z. B. beim Arbeitsgerichtsverfahren (Kündigungsschutzprozess) und auch neuerdings in Jugendstrafverfahren. Beschleunigung ist in einem grundsätzlich zögerlichen Apparat wie der Justiz nur schwer durchzusetzen (Richter: „*Das haben wir immer schon gemacht, wenn es darauf ankommt, haben wir schnell reagiert*“, was natürlich nur die halbe Wahrheit ist). Ein Monat ist die Maximalfrist.⁴ Bei Kindeswohlgefährdung ist ein noch früherer Termin notwendig. Im Übrigen wird das Beschleunigungsgebot durch ergänzende gesetzliche Regelungen wie §§ 157, 156 FamFG ergänzt.

Bei der Anwendung des Beschleunigungsgebots ist immer zu berücksichtigen, dass die Gestaltung des Verfahrens der Gefahr einer faktischen Präjudizierung Rechnung tragen muss. Alles was entschieden wird, trägt zur Verfestigung tatsächlicher Bindungs- und Beziehungsverhältnisse bei.

Beschleunigt sind folgende Kindschaftssachen durchzuführen, soweit

- der Aufenthalt des Kindes (§ 1631 Abs. 1, § 1671, § 1682 BGB),
- das Umgangsrecht (§§ 1684-1686 BGB),
- die Herausgabe des Kindes (§ 1632 Abs. 1 und 4 BGB),
- Verfahren wegen Gefährdung des Kindeswohls (§§ 1666, 1666a, 1631b, 1667, 1696 Abs. 2 BGB)

betroffen sind.

Beschleunigung beim Umgangsrecht ist nach herrschender Auffassung nur dann angesagt, wenn Umgangsverweigerung erfolgt. Geht es nur um die Abänderung

³ So auch inzwischen im Ergebnis BGH – XII ZB 12/11 v. 07.09.2011 – gegen OLG Oldenburg FPR 2011, 342.

⁴ Vgl. *Salgo* FF 2010, 359.

einer Umgangsvereinbarung mit geringerer Bedeutung – z. B. Änderung des Zeitraums oder Erweiterung des Zeitraums um eine halbe Stunde oder um einen weiteren Tag in der Woche, z. B. Mittwoch Nachmittag 3 Stunden –, ist ein Anlass für ein beschleunigtes Verfahren nicht gegeben.⁵

Grundsätzlich stehe ich persönlich der Beschleunigung positiv gegenüber; sie zwingt die Beteiligten in ein Verfahren hinein, was umgehend erledigt werden soll. Allerdings darf Beschleunigung auch kein Selbstzweck sein. Nach meinen Informationen, die sich im Wesentlichen auf die OLG-Bezirke Köln, Hamm und Düsseldorf beziehen, und nach Rücksprache mit vielen Richtern und Anwälten gibt es offenkundig ganz unterschiedliche Praktiken, wie man mit dem Beschleunigungsgebot umgeht. Dies ist auch nicht weiter verwunderlich; es hängt im Prinzip auch immer von den beteiligten Personen ab, wie engagiert ein derartiger Termin auch vorbereitet wird.

3 Einstweilige Anordnung in erster Instanz

Die Vorschriften für das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung finden sich zunächst im *Allgemeinen Teil*. § 51 Abs. 2 S. 1 FamFG verweist auf die allgemeinen Vorschriften der §§ 23 ff. FamFG.

Das FamFG hat im einstweiligen Rechtsschutz einen so genannten Systemwechsel gebracht. Es ist selbstständig und nicht mehr von dem Hauptsacheverfahren abhängig: „Diese verfahrensrechtliche Selbstständigkeit ist die Konsequenz aus der materiellen Unabhängigkeit des Anordnungsverfahrens vom Hauptsacheverfahren.“⁶

In Kindschaftsverfahren dürfte die mündliche Verhandlung üblicherweise die Regel sein. Der Verhandlungstermin ist vor allem deshalb sinnvoll, weil das Gericht ein betroffenes Kind regelmäßig persönlich anhören soll (§ 159 Abs. 1 und 2 FamFG). Nur aus schwerwiegenden Gründen darf es von der Anhörung absehen. Gegebenenfalls ist die Anhörung dann noch unverzüglich nachzuholen. Nach § 160 FamFG sind regelmäßig auch die Eltern anzuhören. Auch hier müsste bei einer einstweiligen Anordnung ohne mündliche Verhandlung die Anhörung der Eltern nachgeholt werden. Deshalb dürfte im Regelfall ein *Erörterungstermin* die *sinnvolle Variante* sein, um in jedem Fall die verschiedenen notwendigen Anhörungen, auch des Jugendamtes, gewährleisten zu können (§ 162 FamFG).

Die Entscheidung ohne die mündliche Verhandlung dürfte die absolute Ausnahme sein, nur dann, wenn die Entscheidung keinen Aufschub erlaubt und der Erörterungstermin die Sache verzögern würde.⁷

⁵ So auch *Büte* FuR 2010, 597; *Riintz/Viefbues* FamRZ 2010, 1289.

⁶ *Dose*, Einstweiliger Rechtsschutz in Familiensachen, 3. Aufl. 2009.

⁷ *Dose* a.a.O. Rn. 259.

Das Gericht ist im Übrigen auch dann sinnvollerweise aus eigenem Interesse daran interessiert, eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, da andernfalls ja der Termin zur mündlichen Verhandlung verlangt werden kann. Diese mündliche Verhandlung ist Voraussetzung für eine Entscheidung in der Beschwerdeinstanz (§ 54 Abs. 2 FamFG).

Der frühe Termin ist natürlich für das Gericht eine Möglichkeit, das Verfahren auch schnell zu beenden. Hierzu bedarf es erheblicher organisatorischer Vorbereitungen, die nicht mit der linken Hand geregelt werden können. Es bedeutet auch, dass der Familienrichter/die Familienrichterin die beteiligten Personen kennt und sinnvollerweise auch mit ihnen vernetzt ist, d.h., dass man zumindest telefonisch oder per E-Mail mit dem Betreffenden sofort Kontakt aufnehmen kann. Die Ladung durch die Post oder private Briefzusteller sollte der letzte Gang sein, der erforderlich ist. Dem ist die Absprache eines Termins mit den beteiligten Anwälten und dem Jugendamt vorzuziehen. Möglichst früh sollte der Verfahrensbeistand bestellt werden, wenn dies notwendig ist (§ 158 FamFG). Die Kinder sind zu laden, und es ist genügend Zeit im Terminkalender für ein derartiges Verfahren freizuhalten, sinnvollerweise also der letzte Termin an einem Terminstag. Man sollte allerdings auch vorher nicht zu viele andere umfangreiche Termine in diesen Tag hineinpacken.⁸

Bis zu dem Termin sollte der Sachverhalt weitgehend im Groben abgeklärt sein. Es ist im Prinzip auch nichts dagegen zu sagen, dass ein Teilbereich aus dem so genannten Cochemer Modell umgesetzt worden ist. Allerdings sind die Bedingungen in Großstädten andere als in einem kleinen Bezirk wie in Cochem. Die weiteren Probleme der Anwendung des Cochemer Modells brauchen hier nicht erörtert zu werden.

Im Prinzip hängt es immer von den beteiligten Personen ab, inwieweit ein beschleunigtes Verfahren optimal durchgeführt werden kann. Ich habe Anfang dieses Jahres erlebt, wie so etwas perfekt schief laufen kann. Wichtig ist, dass der Sachverhalt aufgeklärt wird. Insofern ist grundsätzlich die beschleunigte Aufklärung des Sachverhalts (früher § 12 FGG, jetzt § 26 FamFG) das A und O der gerichtlichen Ermittlungen, der Durchführung des Amtsermittlungsgrundsatzes. Hierbei sollte das Jugendamt Hilfestellung leisten. Ob man das im Rahmen einer mündlichen Verhandlung immer optimal zustande bekommt, darf bezweifelt werden.

Wichtig ist auch die Unterscheidung zwischen Antrags- und Amtsverfahren. Wenn in einem Verfahren der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung auf Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts gestellt wird, kann das Gericht über diesen Antrag nicht hinausgehen und der Mutter das Aufenthaltsbestimmungsrecht übertragen und gleichzeitig auch die Gesundheitsfürsorge.

⁸ Rüntz/Vießkes FamRZ 2010, 1289.

Antragsverfahren sind insbesondere die Verfahren nach § 1671 Abs. 1 BGB. Die Entscheidung des Gerichts muss sich immer im Rahmen der gestellten Anträge halten, es sei denn, dass Kindeswohlgefährdungen weitere Maßnahmen des Gerichts von Amts wegen erfordern.

In Antragsverfahren, also z.B. nach § 1671 Abs. 1 BGB, hat das Gericht erst auf Antrag nach § 52 Abs. 2 FamFG anzuordnen, dass binnen einer höchstens dreimonatigen Frist der Antrag auf Einleitung des Hauptsacheverfahrens gestellt werden muss. Wird dieser Anordnung nicht Folge geleistet, ist die einstweilige Anordnung aufzuheben.⁹

Folgender Fall:

Eine Mutter von mehreren Kindern hat sich von ihrem Ehemann getrennt und will mit einem Kind, das noch nicht zur Schule geht (also unter 6 Jahren), und zwei weiteren Kindern aus anderen Beziehungen 300 km aus Nordrhein-Westfalen nach Hessen ziehen. Der Vater ist auch aus Gründen der dann fehlenden Kontaktmöglichkeit zu seinem Kind dagegen und ruft das Familiengericht an. Das Familiengericht terminiert umgehend innerhalb eines Monats, wie es das Gesetz vorschreibt.

Wenn man das richtig machen will, muss man meines Erachtens von Seiten des Gerichts den Termin schon vorab telefonisch mit den Anwälten, dem Jugendamt, ggf. auch dem Verfahrensbeistand, der sinnvollerweise dann auch kurzfristig bestellt wird, abstimmen. In dem Fall, den ich Anfang des Jahres erlebt habe, war das Jugendamt nicht vorbereitet und kam in die Sitzung ohne konkrete Kenntnis des neuen Aufenthalts der Ehefrau.

In diesem Fall ist ein Termin im Grunde genommen wenig hilfreich, wenn sich die Beteiligten nicht untereinander, notfalls auch telefonisch oder per E-Mail, absprechen. Ein derartiger Termin erfordert von allen beteiligten Professionen eine weitergehende Vorbereitung als ein normaler Verhandlungstermin, der in einer Unterhalts- oder Zugewinnausgleichssache ansteht.

Insofern sind mir Vollzugsdefizite aufgefallen, wie man das Gesetz tatsächlich anwenden muss, andernfalls wird der Sachverhalt unzureichend ausermittelt. Es kommt zu weiteren Terminen, die unnötig wären, und den Beteiligten ist in keiner Weise geholfen.

4 Einstweilige Anordnung in zweiter Instanz

Soweit die einstweilige Anordnung ohne mündliche Verhandlung ergangen ist, besteht kein Rechtsmittel. Hat das Familiengericht aufgrund mündlicher Verhandlung über die elterliche Sorge, die Kindesherausgabe oder die Verbleibensanord-

⁹ OLG Brandenburg FamRB 2010, 78.

nung entschieden, kann Beschwerde eingelegt werden, wobei eine Frist von zwei Wochen (§ 63 Abs. 2 Nr. 1 FamFG) maßgeblich ist.

Eine Entscheidung zum Umgangsrecht nach einstweiliger Anordnung und aufgrund einer mündlichen Verhandlung ist nicht beschwerdefähig.¹⁰

Außerdem ist auch die Anordnung einer Umgangspflegschaft nicht selbstständig anfechtbar.¹¹

Problematisch ist unter Umständen, ob es sich bei einer Entscheidung im einstweiligen Anordnungsverfahren um eine Endentscheidung handelt. Das OLG Hamm vertritt die Auffassung, dass dies nicht der Fall sei (§ 68 Abs. 1 Satz 2 FamFG).¹²

Das OLG Celle hat festgestellt, dass die Anordnung einer Umgangspflegschaft keinen gravierenden Eingriff in das Sorgerecht des betreuenden Elternteils darstellt. Es handelt sich um eine Wohlverhaltenspflicht, die der betreuende Elternteil zu erfüllen hat.

Auch die Ablehnung des Erlasses einer einstweiligen Anordnung ist beschwerdefähig.¹³ Richter/Richterinnen bei den Oberlandesgerichten in Köln und Hamm berichteten darüber, dass zunehmend der Amtsermittlungsgrundsatz durch die erste Instanz nicht wahrgenommen wird, d.h. es muss nachermittelt werden, um den Sachverhalt vernünftig aufzubereiten. Eine Aufhebung und Zurückverweisung kommt im einstweiligen Anordnungsverfahren nicht in Betracht. Die weitere Entwicklung des Falles wird natürlich durch den Zeitablauf im Beschwerdeverfahren so zu gestalten sein, dass auch die inzwischen eingetretenen Veränderungen berücksichtigt werden müssen, so dass sich der Sachverhalt häufig ganz anders darstellt als in erster Instanz.

Wenn es zu streitigen Sorgerechtsverfahren kommt, werden die Prozesse auf dem Rücken des Kindes ausgetragen, ohne Rücksicht auf Verluste. In vielen Fällen wird offenbar auch nicht das ausermittelt, was das Familiengericht tun könnte; und die mündlich oder schriftlich abgefassten Berichte des Jugendamtes bringen nicht das, was von ihnen zu fordern ist.

In vielen Fällen wird offenbar auch die einstweilige Anordnung benutzt, um das Hauptsacheverfahren zu ersetzen. Dies hat naturgemäß Gefahren, weil ein einstweiliges Anordnungsverfahren ein summarisches grobes Verfahren darstellt, in dem nicht alles geprüft werden kann wie in einem Hauptverfahren. Außerdem haben wir die Glaubhaftmachung, die teilweise auch von den Anwälten nicht op-

¹⁰ Vgl. OLG München FamRZ 2011, 574; OLG Köln FamRZ 2011, 574 und OLG Celle FamRZ 2011, 574.

¹¹ Vgl. OLG Celle FamRZ 2011, 574.

¹² Vgl. OLG Hamm FamRZ 2011, 234.

¹³ Vgl. außerdem OLG Zweibrücken FamRZ 2011, 497 und *Dose* a.a.O. Rn. 417.

timal umgesetzt wird. Man muss klar sagen, dass nach wie vor in vielen Verfahren eidesstattliche Versicherungen der Beteiligten vorgelegt werden, die das Papier nicht wert sind, auf dem sie stehen. Wenn in einer eidesstattlichen Versicherung steht: „Ich beziehe mich auf den gesamten Sachvortrag, der von meinem Rechtsanwalt vorgetragen worden ist“, ist dies nicht ausreichend.

Die Glaubhaftmachung ist überhaupt nicht wirksam. Insofern fehlt es an dem Sachvortrag, der glaubhaft gemacht ist. Man kann das natürlich ggf. nachholen durch präsenzte Zeugen oder durch die Partei selbst, aber das ist nicht Sinn und Zweck der Übung.

In vielen Fällen wird inzwischen die Entscheidung, die tatsächlich gefällt werden soll, auf die Senate beim Oberlandesgericht verlagert, die dann die Arbeit machen dürfen, die an sich die erste Instanz hätte machen sollen. Hierdurch tritt im Übrigen natürlich auch ein Zeitverlust ein, der vom Gesetz gar nicht gewollt ist.

So gut gemeint und auch in vielen Fällen sinnvoll die Beschleunigung ist, so kontraproduktiv ist eine mangelhafte Vorbereitung und Durchführung einer mündlichen Verhandlung in erster Instanz.

Fraglich ist auch, inwieweit das Rechtsschutzziel der einstweiligen Anordnung und Hauptsache identisch ist. Verfahrenskostenhilfe für das Hauptsacheverfahren zu erzielen, ist, wenn es sich um ein und dieselbe Sache handelt, nicht gerechtfertigt.¹⁴

Bezogen auf die Kindschaftssachen kann man nur sagen: Wenn die einstweilige Anordnung das Aufenthaltsbestimmungsrecht zum Gegenstand hat, kann das Hauptsacheverfahren ggf. die gesamte Übertragung der elterlichen Sorge betreffen, aber wohl kaum denselben Teilbereich.

Ob grundsätzlich der einstweiligen Anordnung der Vorrang vor einem Hauptsacheverfahren gebührt, ist fraglich. Das Hauptsacheverfahren kann genauso schnell sein wie die einstweilige Anordnung, wenn es sich um ein Verfahren aus dem Bereich des § 155 FamFG handelt. Das Hauptsacheverfahren endet in jedem Fall mit einer Endentscheidung, so dass die ganzen Fragen einer vorläufigen Regelung außen vor sind. Es findet eine vernünftige Beweisaufnahme statt. Man ist auf eidesstattliche Versicherungen und präsenzte Zeugen nicht angewiesen. Das Hauptsacheverfahren hat den Charme der umfassenden Ermittlung des Sachverhaltes, wobei Teilbereiche dann auch geregelt werden können.

5 Konsequenzen

- Organisatorische Verbesserungen in der Justiz,
- Schulung der Familienrichter,
- Vernetzung der verschiedenen Professionen, Arbeitskreise in Städten und Kreisen,

¹⁴ so wohl auch OLG Zweibrücken FamRB 2010, 43 (Gewaltschutz).

- Organisatorische Aufstockung des Jugendamtes,
- Fortsetzung der Ausbildungsanstrengungen der Anwaltschaft,
- Empirische Untersuchung über den tatsächlichen Ablauf der Verfahren, wobei die Zeit zur Reflektion häufig fehlen dürfte.

Es hängt ausschließlich an der Praxis, wie dieses FamFG zum Wohle der Beteiligten umgesetzt wird.

Rollenverteilung und Rechtsstellung von Kindern in familiengerichtlichen Verfahren

Heinrich Schürmann

1	Kinder als Beteiligte im Verfahren.....	232
2	Beteiligung, Verfahrensbeistand und gesetzliche Vertretung	235
3	Die Verfahrensfähigkeit Jugendlicher	242
4	Fazit	248

In den letzten Jahren hat sich der Trend verstärkt, die rechtliche Stellung von Kindern als eigene Persönlichkeiten in den Blick des Familienrechts zu nehmen. Für das Verfahrensrecht bedeutet dies, dass sich ihre Position zunehmend von der Objektrolle hin zu eigenständigen Verfahrenssubjekten entwickelt hat. Waren sie zunächst durch Anhörungsrechte (§ 50b FG) und die Figur des Verfahrenspflegers (§ 50 FG) als „materiell Beteiligte“ eingebunden, hat ihnen das FamFG die Rolle eines „formell Beteiligten“ zugedacht. Das Kind nimmt nunmehr wie seine Eltern selbst aktiv am Verfahren teil. Mit dieser verfahrensrechtlichen Entwicklung hält das materielle Familienrecht jedoch nicht Schritt – Kinder werden in der Regel weiterhin von ihren Eltern gemeinsam oder einem Elternteil vertreten. Hierbei können sich Konflikte ergeben, wenn Eltern und Kinder jeweils Beteiligte im selben Verfahren sind. Eltern handeln nicht unbedingt einvernehmlich und zum Besten ihres Kindes.¹ Dass bei den divergierenden Interessen das Kindeswohl die Richtschnur allen Handelns ist, lässt sich angesichts der den Kindschaftssachen eigenen Dynamik des Öfteren bezweifeln. Solche Beobachtungen führen zu der Frage nach den Wechselwirkungen zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht.

1 Kinder als Beteiligte im Verfahren

Es gehört zu den wesentlichen Neuerungen des FamFG, dem für die Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit beherrschenden Begriff der Beteiligten eine klarere Struktur zu geben. Die zentrale Vorschrift bildet § 7 FamFG, der in vier Absätzen bestimmt, wer jeweils zu den Beteiligten gehört. In Antragsverfahren ist der Antragsteller Beteiligter (§ 7 Abs. 1 FamFG). Sodann sind die Personen als Beteiligte hinzuziehen, deren Rechte durch das Verfahren unmittelbar betroffen sind bzw. deren Beteiligung durch das Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben ist (§ 7 Abs. 2 FamFG). Diese Gruppen werden als „*Muss-Beteiligte*“ gekennzeichnet. Darüber hinaus kann das Gericht von Amts wegen oder auf Antrag weitere Personen als Beteiligte hinzuziehen, soweit dies gesetzlich vorgesehen ist. Der Kreis dieser „*Kann-Beteiligten*“ ist weit gezogen und lässt kaum eine überschaubare Abgrenzung zu.

Entscheidend für beide Gruppen ist die verfahrensrechtliche Funktion des Beteiligtenbegriffs. Aus ihm folgt, wer zur Wahrnehmung sachlicher Interessen an einem Verfahren teilnimmt.² § 7 FamFG regelt abstrakt, wer im jeweiligen Verfahren formell zu beteiligen ist. Damit hat sich das Gesetz eng an die Systematik der ZPO angelehnt.³ Anders als im Zivilverfahren, in dem die Rollenverteilung durch

¹ BVerfG, Beschluss vom 29.10.1998 – 2 BvR 1206/98, FamRZ 1999, 85; BVerfG, Beschluss vom 18.06.1986 – 1 BvR 857/85, FamRZ 1986, 871.

² Keidel/Zimmermann, FamFG, 17. Aufl., § 7 Rn. 5.

³ BT-Drucks. 16/6308, S. 178: „Bei der Neugestaltung der Begrifflichkeit ist deshalb eine Lösung zu finden, die die Mitwirkungsfunktionen der Beteiligten bei größtmöglicher Einheitlichkeit des Beteiligtenbegriffs in Anlehn-

Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung vorgegeben ist, gibt es in den durch sehr unterschiedliche Lebenssituationen geprägten Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ebenso viele verschiedene Interessenlagen. Solche können mit dem Begehren eines Antragstellers übereinstimmen, ihm konträr entgegenstehen oder auf alternative Gestaltungen gerichtet sein. Daher ist die Beteiligtenstellung nicht unbedingt mit einer Gegnerstellung oder der unmittelbaren Wahrung eigener Rechte verbunden. Teilweise ähnelt sie der Stellung von Beigeladenen in verwaltungsgerichtlichen Verfahren (§ 65 VwGO, § 75 SGG, § 60 FGO). Vor diesem Hintergrund unterscheidet das FamFG nicht mehr zwischen den formell und materiell Beteiligten⁴ oder – so ein anderer Vorschlag – Haupt- und Nebenbeteiligten, sondern hat sich im Interesse der Rechtsklarheit ganz bewusst für die rein verfahrensrechtliche Betrachtung entschieden.⁵

Die generelle Anknüpfung an die formelle Rechtsstellung führt zu einer Angleichung der Verfahrensrechte aller Beteiligten – vom Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG, §§ 23 Abs. 2, 32 Abs. 1, 34, 44 FamFG)⁶, der Beteiligten(Partei-)öffentlichkeit des Verfahrens⁷ und der Bekanntgabe von Entscheidungen (§§ 40, 41 FamFG) bis hin zum Beschwerderecht bei unmittelbarer Beeinträchtigung eigener Rechte (§ 58 FamFG).⁸ Hiervon sind minderjährige Kinder – unabhängig ihrem Alter – nicht ausgenommen; für sie gelten unmittelbar dieselben Rechte und Pflichten. Dies mag nach der früheren Praxis ungewohnt erscheinen, ist aber die Konsequenz aus der formellen Beteiligung.

Das FamFG regelt an vielen Stellen katalogartig, wer in den jeweiligen Verfahren zu beteiligen ist (§§ 172, 188, 204, 219 FamFG⁹). Obwohl das Gesetz den Kindersachssachen eine besondere Bedeutung beimisst, sucht man in diesen die Praxis

nung an andere Verfahrensordnungen – insbesondere die ZPO – stärker als bisher von materiell-rechtlichen Elementen trennt und deutlicher an das formelle Recht anlehnt.⁴

⁴ So der bisherige Sprachgebrauch, vgl. Bassenge/Roth, FGG, 11. Aufl., Einleitung Rn. 21 ff.; vgl. zur verfahrensrechtlichen Stellung nach dem FamFG: OLG München, Beschluss vom 21.04.1978 – 26 UF 718/77, FamRZ 1978, 614.

⁵ BT-Drucks. 16/6308, S. 178; *Schöpflin*, in: Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, 3. Aufl. 2012, § 7 Rn. 3.

⁶ Weitere mit der Beteiligtenstellung verbundene Rechte und Pflichten sind: Anspruch auf Akteneinsicht (§ 13 FamFG), Bekanntgabe von Terminen und Fristbestimmungen (§ 15 FamFG), Mitwirkung an der Beweiserhebung (§§ 30 Abs. 3, 4, 37 FamFG; vgl. auch BayObLG, Beschluss vom 17.02.1995 – 1Z BR 50/94, NJW-RR 1996, 583), Adressat von gerichtlichen Hinweisen (§ 28 FamFG), Zustimmung bei Antragsrücknahme (§ 22 FamFG), Mitwirkungspflichten bei der Sachaufklärung (§ 27 FamFG), Pflicht zum persönlichen Erscheinen vor Gericht (§§ 33, 35 FamFG), Kostenpflicht (§ 81 FamFG).

⁷ Vgl. Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 357 Rn. 1; *Abramenko*, in: Prütting/Helms, FamFG, 2. Aufl., § 33 Rn. 11.

⁸ Zur Kritik s. *Böhm* FPR 2006, 401, 402 f.; positiv zum gesetzlichen Ansatz *Jacoby* FamRZ 2007, 1703, 1704; den Kreis der Beteiligten umreißt *Bruns* NJW 2009, 2797.

⁹ Die katalogartige Aufzählung ist nicht abschließend und engt den Anwendungsbereich des § 7 FamFG nicht ein, *Keidel/Zimmermann*, FamFG, § 7 Rn. 35.

regelmäßig beschäftigenden Verfahren vergebens nach vergleichbaren Vorschriften und näheren Bestimmungen zur verfahrensrechtlichen Einbindung des Kindes. Im Fokus der gesetzlichen Regelungen steht vielmehr der Elternkonflikt, der möglichst einvernehmlich unter Mitwirkung des Jugendamtes geregelt werden soll.¹⁰ § 156 FamFG spricht ganz allgemein von „den Beteiligten“, auf deren Einvernehmen hinzuwirken sei. Der Kreis dieser Beteiligten ist weit gezogen. Hierzu gehören die Eltern, da diese stets in ihren Rechten betroffen sind, der Verfahrensbeistand aufgrund gesetzlicher Anordnung (§ 158 FamFG), Pflegepersonen können hinzugezogen werden (§ 161 FamFG), und das Jugendamt ist auf Antrag am Verfahren zu beteiligen (§ 162 FamFG). Lediglich § 164 FamFG weist darauf hin, dass die über 14 Jahre alten Kinder selbst aktiv in das Verfahren eingreifen können. Ihnen sind die ihre Person betreffenden Entscheidungen selbst bekannt zu geben, wenn sie bei Erlass der Entscheidung das 14. Lebensjahr vollendet haben (§§ 60 S. 3, 164 FamFG). Im Übrigen verbleibt es bei der Anhörung (§§ 156 Abs. 3, 159 Abs. 1, 2 FamFG) oder Erörterung (§ 157 Abs. 1 FamFG). Die aktive Rolle ist dem Verfahrensbeistand zugedacht, der die Interessen des Kindes im Verfahren wahrnehmen soll. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers ist damit eine ausreichende Wahrnehmung der Kindesinteressen gewährleistet. Diese Einschätzung findet eine Stütze in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das – allerdings noch zum früheren Recht – die Bestellung eines Verfahrenspflegers als ausreichend für den Schutz der vom Elternkonflikt betroffenen Kinder angesehen hat.¹¹ Ob der nunmehr an die Stelle des Verfahrenspflegers getretene Verfahrensbeistand unter den veränderten Voraussetzungen des FamFG noch genügt, um eine ordnungsgemäße Einbindung des Kindes in das Verfahren zu gewährleisten, bleibt zu prüfen. Die Stellung von Kindern im Verfahren bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften. Aus der materiellen Betroffenheit folgt die verfahrensrechtliche Stellung als Verfahrensbeteiligter. Notwendig und ausreichend ist es, dass eine öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich geschützte Position durch das Verfahren berührt werden kann.¹² Wer nach bisherigem Recht zu den materiell Betroffenen gehörte, ist nach § 7 Abs. 2 Nr.1 FamFG formell zu beteiligen.¹³ Unter diesen Voraussetzungen ist es nicht zweifelhaft, dass Kinder in allen ihre Person betreffenden Ver-

¹⁰ Coester, in: Lipp/Schumann/Veit, Reform des familiengerichtlichen Verfahrens, S. 39, 55.

¹¹ BVerfG, Beschluss vom 20.08.2003 – 1 BvR 1354/03, FamRZ 2004, 86: „Wegen seiner sich aus Art. 6 Abs. 2 Satz 2 und Art. 2 Abs. 1 GG ergebenden Schutzpflichten hat der Staat für sorgerechtlche Verfahren in materiell- und verfahrensrechtlicher Hinsicht normative Regelungen zu schaffen, die eine hinreichende Berücksichtigung der grundrechtlichen Stellung des betroffenen Kindes garantieren. [...] Mit der Einführung des Verfahrenspflegers („Anwalt des Kindes“) gemäß § 50 FGG, [...] ist der Gesetzgeber dieser Verpflichtung nachgekommen.“; vgl. zuvor zur Notwendigkeit der Vertretung durch einen Ergänzungspfleger BVerfG Beschluss vom 18.06.1986 – 1 BvR 857/85, FamRZ 1986, 871.

¹² BT-Drucks. 16/6308, S. 178.

¹³ Schaeel FamRZ 2009, 265, 266; Prütting, in: Prütting/Helms, FamFG, 2. Aufl., § 7 Rn. 24; Schöpflin, in: Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, 3. Aufl. 2012, § 7 Rn. 3; zur nach altem Recht fehlenden „Parteifähigkeit“ vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 01.09.2005 – 6 WF 298/05, KirchE 47, 310.

fahren formell Beteiligte sind.¹⁴ Soweit sich der Verfahrensgegenstand auf eigene Rechte des Kindes bezieht, treffen Kinder mit ihren Eltern (bzw. einem Elternteil) im Verfahren als weitere Beteiligte zusammen. Dabei sind Verfahren mit gleichlaufenden Interessen genauso denkbar wie Verfahren, in denen die Eltern die Rolle von Antragsteller und Antragsgegner (vgl. § 1671 BGB) einnehmen, oder auch Verfahren, in denen das Kind als Antragsteller einem Elternteil gegenübersteht. Dies bezieht sich auf alle Verfahren mit einem personenrechtlichen Einschlag, weil diese immer auch das elterliche Sorgerecht berühren und ggf. zu Änderungen des zwischen Eltern und Kind bestehenden Sorgeverhältnisses führen können:

- Regelungen der elterlichen Sorge (§§ 1671, 1672, 1680 BGB)
- Übertragung der Entscheidungsbefugnis (§ 1628 BGB)
- Vollständiger oder teilweiser Entzug der elterlichen Sorge (§ 1666 Abs. 1, 1666a BGB)
- Verbleibensanordnung zugunsten von Bezugspersonen (§ 1682 BGB)
- Herausgabe des Kindes (§ 1632 BGB)
- Umgang des Kindes mit den Eltern (§ 1684 BGB)
- Umgang des Kindes mit anderen Bezugspersonen (§ 1685 BGB)
- Namensänderung der Eltern (§ 1617c BGB)
- Einbenennung (§ 1618 BGB)
- Feststellung und Anfechtung der Vaterschaft (§§ 1600, 1600d BGB)
- Einwilligung in die genetische Untersuchung zur Klärung der Vaterschaft (§ 1598a BGB).

2 Beteiligung, Verfahrensbeistand und gesetzliche Vertretung

Minderjährigen Kindern fehlt in der Regel die Verfahrensfähigkeit – d.h. das Recht, selbst wirksame Verfahrenshandlungen vornehmen zu können. Ihre Rechtsstellung als in diesen Verfahren formell Beteiligte erfordert es, dass Kinder zur Wahrung ihrer Verfahrensrechte eines gesetzlichen Vertreters bedürfen (§ 9 Abs. 2 FamFG), soweit sie nicht selbst ausnahmsweise verfahrensfähig sind (§ 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG).¹⁵ Gesetzlicher Vertreter sind in der Regel die Eltern (§ 1626 Abs. 1 BGB). Bei getrennt lebenden Eltern kann die elterliche Sorge weiterhin beiden Eltern zustehen, allein auf einen Elternteil übertragen worden sein oder diesem nur ein Teil des Sorgerechts (speziell das Aufenthaltsbestimmungsrecht)

¹⁴ BGH, Beschluss vom 07.09.2011 – XII ZB 12/11, FamRZ 2011, 1788; OLG Oldenburg, Beschluss vom 28. 10.2010 – 14 UF 114/10, FPR 2011, 342; a.A. zur Beschwerdebefugnis OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.01.2011 – II-3 WF 148/10, FamRZ 2011, 1081: „*Mithin fehlt der Beschwerdeführerin in Ermangelung eines subjektiven Rechts auf Erziehung durch die Eltern die erforderliche Beschwerdebefugnis.*“ – bedenklich.

¹⁵ BGH, Beschluss vom 07.09.2011 – XII ZB 12/11, FamRZ 2011, 1788.

zugewiesen sein. Aus dieser Lage heraus sollen die ihrerseits selbst an diesen Verfahren beteiligten Eltern die elterliche Sorge wahrnehmen. Die an den Aufenthalt des Kindes anknüpfende Entscheidungsbefugnis hilft hier nicht weiter, da gerichtliche Verfahren durchweg nicht zu den dort genannten alltäglichen Angelegenheiten gehören. Lediglich in den Verfahren nach § 1598a BGB sind die Eltern kraft Gesetzes von der Vertretung ausgeschlossen (§ 1629 Abs. 2a BGB). Im Übrigen verbleibt es bei der gesetzlichen Vertretung, soweit diese den Eltern oder einem Elternteil nicht im Einzelfall wegen eines Interessengegensatzes vom Gericht entzogen worden ist (§§ 1629 Abs. 2 S. 3, 1796 BGB).

Dieser Befund führte mit dem Inkrafttreten des FamFG zu der Kontroverse über die gesetzliche Vertretung minderjähriger Kinder im Verfahren. Anlass hierfür war die Ausgestaltung von Funktion und Rechtsstellung des Verfahrensbeistandes. Dieser ersetzt die im früheren Recht verankerte Funktion des Verfahrenspflegers. Erhalten blieb die Verfahrenspflegschaft hingegen in den Betreuungs- und Unterbringungssachen (§§ 276, 317 FamFG).

Mit der neuen Bezeichnung als „Verfahrensbeistand“ bezweckt das Gesetz eine deutliche Absetzung von der Pflegschaft sowie eine klarere Kennzeichnung der Funktion im Verfahren.¹⁶ Der Verfahrensbeistand ist zwingend zu bestellen, sofern dies zur Wahrnehmung der kindlichen Interessen erforderlich ist (§ 158 Abs. 1 S. 1 FamFG) und die Kindesinteressen nicht auf andere Weise – insbesondere durch einen Rechtsanwalt oder anderen geeigneten Bevollmächtigten – angemessen vertreten werden (§ 158 Abs. 5 FamFG). Er hat die Aufgabe, die kindlichen Belange im Verfahren zu vertreten, ist aber darüber hinaus dem „objektiven“ Kindeswohl verpflichtet.¹⁷ Er ist jedoch nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes. Mit dieser Klarstellung in § 158 Abs. 4 S. 6 FamFG hat der Gesetzgeber eine Streitfrage zum früheren Recht entschieden. Die gesetzliche Regelung ist im Zusammenhang mit der Unanfechtbarkeit der Bestellung zu sehen. Nach Auffassung des Gesetzgebers – der Literatur und Rechtsprechung nahezu einhellig folgen – liegt in der Bestellung des Verfahrensbeistandes (oder ihrer Unterlassung) kein so schwer wiegender Eingriff in das Sorgerecht der Eltern, dass es einer isolierten Anfechtbarkeit bedürfe.¹⁸ Es soll sich um das mildere Mittel handeln.

Ansonsten hat der Verfahrensbeistand weitgehende Aufgaben und Befugnisse. Der Verfahrensbeistand

- kann als Verfahrensbeteiligter (§ 158 Abs. 3 S. 2 FamFG) selbst alle Verfahrensrechte wahrnehmen,
- hat das subjektive Interesse (Wille des Kindes) in das Verfahren einzubringen (§ 158 Abs. 4 S. 1 FamFG),

¹⁶ BT-Drucks. 16/6308, S. 238.

¹⁷ BT-Drucks. 16/6308, S. 239.

¹⁸ BT-Drucks. 16/6308, S. 239.

- soll über den geäußerten Willen hinaus auch objektiven Belangen (Kindeswohl) Geltung verschaffen,¹⁹
- hat das Kind in geeigneter Weise über Verfahrensgegenstand, Verfahrensablauf und Verfahrensergebnis zu informieren (§ 158 Abs. 4 S. 2 FamFG),
- soll ggf. Gespräche mit den Eltern und weiteren Bezugspersonen führen (§ 158 Abs. 4 S. 3 FamFG),
- soll am Zustandekommen einvernehmlicher Regelungen mitwirken (§ 158 Abs. 4 S. 3 FamFG),
- soll an persönlichen Anhörungen des Kindes teilnehmen (§ 159 Abs. 4 S. 3 FamFG),²⁰
- muss bei einem gerichtlich genehmigten Vergleich zustimmen (§ 156 Abs. 2 FamFG),²¹
- kann Rechtsmittel (nur) *im Interesse* des Kindes einlegen (§ 158 Abs. 4 S. 5 FamFG)²².

Um diese Aufgaben sachgerecht wahrnehmen zu können, muss sich der Verfahrensbeistand intensiv mit der Lebenssituation des Kindes und dessen Verhältnis zu Eltern und anderen Personen auseinandersetzen. Seine Bestellung führt zwar rechtlich zu keiner Einschränkung des Sorgerechts, bedeutet aber gleichwohl eine faktische Einflussnahme auf das Sorgerecht, zumal seine Stellungnahmen in konfliktreichen Verfahren ein erhebliches Gewicht haben. Diesen faktischen Folgen können sich die Eltern nicht entziehen. Sie haben auch keinen Einfluss auf die Auswahl sowie die Prüfung der Eignung für das konkrete Verfahren, was durchaus Raum für weitere Konflikte schafft. Ob der für den Gesetzgeber so wichtige Aspekt einer Unanfechtbarkeit der Bestellung angesichts dieser durchaus weitreichenden Folgen tatsächlich Bestand haben kann, wäre gesondert zu diskutieren. Ebenso bedeutsam sind die aus der fehlenden Vertretungsmacht für den Verfahrensbeistand folgenden Einschränkungen: Er kann keine Willenserklärungen für das Kind abgeben oder entgegennehmen, das Kind bei der Zustimmung zu vergleichweisen Regelungen (§ 156 Abs. 2 FamFG) nicht vertreten.²³ Zustellungen sind nicht an ihn, sondern den gesetzlichen Vertreter zu bewirken (§ 15 FamFG, § 170 Abs. 1 ZPO).²⁴ Rechtsmittel kann er nur im Interesse des Kindes, nicht aber

¹⁹ BT-Drucks. 16/6308, S. 239.

²⁰ Vgl. Stötzl/Prenzlow ZKJ 2011, 200, 202.

²¹ BGH, Beschluss vom 07.09.2011 – XII ZB 12/11, FamRZ 2011, 1788.

²² Stößer, in: Prütting/Helms, FamFG, 2. Aufl., § 158 Rn. 24; Keidel/Engelhardt, FamFG, 17. Aufl., § 158 Rn. 39; Zorn, in: Bork/Jacoby/Schwab, FamFG, § 158 Rn. 21.

²³ Zum Zustimmungserfordernis aller Beteiligten s. Zorn, in: Bork/Jacoby/Schwab FamFG § 156 Rn. 11.

²⁴ Keidel/Engelhardt, FamFG, 17. Aufl., § 158 Rn. 39.

für das Kind einlegen. Er ist folglich im Rubrum auch nicht als Vertreter aufzunehmen.²⁵

Da die Bestellung des Verfahrensbeistandes keine unmittelbaren rechtlichen Auswirkungen auf das bestehende Sorgerecht hat, sind die Eltern dazu berufen, das Kind im Verfahren zu vertreten.²⁶ Dies bedeutet aber, dass sie im Verfahren weiterhin all die Funktionen wahrzunehmen haben, die einem Verfahrensbeistand aufgrund der ihm nicht zustehenden Vertretungsmacht verschlossen sind. Je nach Verfahrenssituation können sich hieraus spannungsreiche Verhältnisse ergeben, wenn die am Verfahren beteiligten Eltern und Kinder unterschiedliche Ziele verfolgen.

Dieses Spannungsverhältnis verdeutlicht die Prüfung der Voraussetzungen für die Bestellung eines Verfahrensbeistandes. Nach § 158 Abs. 2 Nr. 1 FamFG ist die Bestellung eines Verfahrensbeistandes in der Regel erforderlich, „*wenn das Interesse des Kindes zu dem seiner gesetzlichen Vertreter in erheblichem Gegensatz steht*“. Dieses Tatbestandsmerkmal entspricht wortgleich den Voraussetzungen, unter denen das Gericht den Eltern für einzelne Angelegenheiten die Vertretung wegen eines erheblichen Interessengegensatzes entziehen kann (§ 1629 Abs. 2 S. 3 i.V.m. § 1796 Abs. 2 BGB). Dabei ist es nicht erforderlich, dass ein solcher Interessengegensatz tatsächlich besteht; vielmehr genügt bereits die Möglichkeit.²⁷

Aufgrund der Parallelität der Voraussetzungen hat das OLG Oldenburg bei einem konkret festgestellten Interessengegensatz die Bestellung eines Verfahrensbeistandes als nicht ausreichend angesehen, sondern die Bestellung eines Ergänzungspflegers für erforderlich erachtet.²⁸ Dieser Auslegung ist der BGH nicht gefolgt, sondern hat in Übereinstimmung mit der Intention des Gesetzgebers²⁹ und überwiegenden Auffassung in Literatur und Rechtsprechung³⁰ den Standpunkt eingenom-

²⁵ Schael FamRZ 2009, 265, 268; anders der Verfahrenspfleger: BGH, Beschluss vom 14.05.2008 – XII ZB 225/06, FamRZ 2008, 1334.

²⁶ BGH, Beschluss vom 07.09.2011 – XII ZB 12/11, FamRZ 2011, 1788.

²⁷ MünchKommBGB/Wagenitz, 5. Aufl. 2008, § 1796 Rn. 5; NK-BGB Familienrecht/Kaiser, 2. Aufl., § 1629 Rn. 77; Hoffmann, Gutachten des DIJuF vom 28.10.2009, abrufbar unter www.dijuf.de; a.A. Palandt/Diederichsen, BGB 71. Aufl., § 1796 Rn. 2 (konkrete Feststellung erforderlich).

²⁸ OLG Oldenburg, Beschluss vom 28.10.2010 – 14 UF 114/10, FPR 2011, 342; ebenso OLG Oldenburg, Beschluss vom 26.11.2009 – 14 UF 149/09, FamRZ 2010, 660; Schürmann FamFR 2009, 153; Götz NJW 2010, 897, 898; Hoffmann, Gutachten des DIJuF vom 28.10.2009 (Fn. 27); Zorn, in: Bork/Jacoby/Schwab, FamFG, § 158 Rn. 21; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 32. Aufl., § 158 FamFG Rn. 6; Prütting, in: Prütting/Helms, FamFG, 2. Aufl., § 9 Rn. 19.

²⁹ BT-Drucks. 16/6308, S. 240.

³⁰ Vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 26.10.2009 – 18 WF 229/09, FamRZ 2010, 1166; OLG Koblenz, Beschluss vom 03.08.2010 – 7 UF 513/10, NJW 2011, 236; Kenter NJW 2010, 1851, 1852; Smid FPR 2011, 5, 7; Salgo FPR 2011, 314.

men, dass die Bestellung eines Verfahrensbeistandes als geringerer Eingriff in die Elternrechte ausreiche, um die Kindesinteressen im Verfahren zu wahren.³¹ Der Beschluss setzt sich eingehend mit der im FamFG zugrunde gelegten Verfahrenssituation auseinander, beantwortet aber nicht die Frage, wie die gesetzliche Vertretung im Verfahren bei fortbestehender gemeinsamer Sorge und – wie vom OLG Oldenburg unangetroffen festgestellt – bei vollkommen zerstrittener Elternbeziehung gewährleistet werden soll. Vielmehr geht der BGH vom Vorrang des Verfahrensbeistandes aus und schließt hieraus auf eine einschränkende Auslegung des § 1796 BGB mit der Konsequenz, dass in Kindschaftsverfahren eine Entziehung der elterlichen Vertretungsbefugnis zu unterbleiben hat, wenn mit der Bestellung eines Verfahrensbeistandes eine wirksame Interessenvertretung des Kindes gewährleistet ist. Vorrangig wäre aber die materielle Rechtslage zu untersuchen, wie Beteiligte mit divergierenden Verfahrenszielen die gesetzliche Vertretung des Kindes realisieren können. Erst wenn die Vertretungsverhältnisse nach dem materiellen Recht geklärt sind, lässt sich feststellen, ob der vom Gesetzgeber eingeschlagene Weg über eine begrenzte Interessenvertretung durch den Verfahrensbeistand genügt, um den bestehenden Interessengegensatz zu beseitigen. Ein Vergleich mit der früheren Rechtslage ist hier nicht zielführend, weil das Kind als formell Beteiligter keine von seinen Eltern unterschiedliche Rechtsstellung hat. Diese erfordert durchgehend eine wirksame Vertretung im Verfahren. Die Probleme sind nicht nur theoretischer Natur, wenn man Verfahrenssituationen betrachtet, wie sie im Gerichtsalltag immer wieder auftauchen:

Praxisfall I:³²

Die unverheirateten Eltern haben sich getrennt. Es besteht eine gemeinsame Sorgeerklärung. Nachdem es zwischen den Eltern verschiedene Probleme gab und die Mutter gesundheitlich beeinträchtigt war, intervenierte der Vater beim Jugendamt. Es kam in der Folgezeit zu einer zunächst freiwilligen Unterbringung des damals einanhalb Jahre alten Kindes in einer Pflegefamilie: Nachdem sich die Verhältnisse bei der Mutter innerhalb einiger Wochen stabilisiert hatten, begehrte sie die Rückführung des Kindes. Diese wurde verweigert. In dem folgenden, langwierigen Verfahren zeichnete sich folgende Interessenlage ab: Die Mutter erstrebt die sofortige Rückführung des Kindes, der Vater verfolgt einen eigenen Antrag auf Übertragung der elterlichen Sorge, hat aber – in Übereinstimmung mit dem Jugendamt – keine Einwände gegen den Verbleib in der Pflegefamilie; die Pflegefamilie begehrt eine Verbleibensanordnung, und der Verfahrensbeistand spricht sich für eine behutsame Rückführung aus.

³¹ BGH, Beschluss vom 07.09.2011 – XII ZB 12/11, FamRZ 2011, 1788.

³² Alle Beispiele sind tatsächlichen Fällen nachgebildet.

Praxisfall II:

Bei fortbestehender gemeinsamer elterlicher Sorge leben die beiden jetzt zwölf Jahre alten Kinder seit der Trennung der Eltern im Haushalt der Mutter. Der Vater beantragt die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf sich, weil die Kinder nachdrücklich einen Wechsel in seinen Haushalt wünschen. Die Mutter spricht sich angesichts einer – sachverständig bestätigten – problematischen Persönlichkeitsstruktur des Vaters ebenso nachdrücklich gegen diesen Antrag aus. Die Kinder sind durch die Zurückweisung des Antrags persönlich enttäuscht und beharren auf ihrem im Verfahren durchgehend geäußerten Willen, zum Vater zu wechseln.

Hier ist nicht der Raum, diese nur in ihrer Grundstruktur skizzierten Beispiele im Detail zu diskutieren. Betrachtet man die Fälle jedoch unter dem Blickwinkel der Vertretung des Kindes im Verfahren, so ist festzustellen, dass im ersten Beispiel bei den hoch strittigen Beziehungen der übrigen Beteiligten untereinander eine wirksame Vertretung des Kindes im Verfahren nicht gewährleistet werden kann, mag auch ein Verfahrensbeistand dessen Belange interessengerecht artikulieren. Im zweiten Beispiel bleibt offen, wer die Kinder vertreten soll, wenn diese selbst ihr jedem Beteiligten zustehendes Beschwerderecht ausüben wollen.³³ Kann bei gegenläufigen Interessen noch eine wirksame Zustellung an einen Elternteil bewirkt werden (zur Passivvertretung s. § 1629 Abs. 1 S. 1 BGB; vgl. aber § 178 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 15 Abs. 2 FamFG)?³⁴ Es wirkt auch wenig überzeugend, wenn einerseits zur Durchsetzung des Umgangsrechts die Anordnung einer Pflegschaft – also die Entziehung der elterlichen Sorge – vorgesehen ist (§ 1684 Abs. 3 S. 3 BGB), in den diesen Konflikt regelnden Verfahren trotz gleicher tatsächlicher Verhältnisse unverändert eine gesetzliche Vertretung des Kindes durch den Elternteil zuzulassen.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Gesetzesbegründung zu § 1629 Abs. 2a BGB, der die Eltern von der Vertretung in den Verfahren nach § 1598a BGB (Einwilligung in genetische Untersuchung zur Feststellung der biologischen Abstammung) ausschließt. Die dort angeführten Gründe gelten in gleicher Weise in zahlreichen Verfahren – speziell zum Umgangs- und Sorgerecht:

³³ Vgl. BayObLG, Beschluss vom 27.03.1997 – 1Z BR 9/97, FamRZ 1997, 954: „*Ein über 14 Jahre altes Kind kann gegen die Ablehnung seiner Anregung, dem sorgeberechtigten Elternteil das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu entziehen, selbst Beschwerde einlegen*“; ebenso OLG Hamm, Beschluss vom 18.09.1973 – 15 W 144/73, MDR 1974, 45. Dass die Eltern und der Verfahrensbeistand jeweils aus eigenem Recht beschwerdebefugt sind, rechtfertigt es nicht, die unmittelbaren Beteiligtenrechte zu vernachlässigen.

³⁴ Vgl. zur Unzulässigkeit einer Ersatzzustellung OLG Saarbrücken, Urteil vom 12.11.2009 – 8 U 518/08, DGVZ 2010, 83. Zur Bedeutung der Zustellung in Betreuungssachen s. BGH, Beschluss vom 04.05.2011 – XII ZB 632/10, FamRZ 2011, 1049.

„Der vorgeschlagene Vertretungsausschluss trägt dem Umstand Rechnung, dass die Eltern [...] stets auch in eigenen, möglicherweise von denen des Kindes abweichenden Interessen betroffen sind. Der Vertretungsausschluss soll Interessenkollisionen verhindern und gewährleisten, dass die Interessen des Kindes im Verfahren zur Geltung kommen. [...] Der Vertretungsausschluss [...] beschränkt sich auf das gerichtliche Verfahren. Einigen sich die Eltern außerhalb des gerichtlichen Verfahrens [...], so ist in der Regel von der Wahrung der Kindesinteressen auszugehen.“

Es zeigt sich, dass es zwischen der mit dem FamFG allen minderjährigen Kindern zugestandenen formellen Verfahrensposition als Beteiligte und der fortbestehenden Vertretung durch die Eltern Diskrepanzen gibt, denen das Gesetz mit dem Institut des Verfahrensbeistandes nur unvollkommen begegnet. Die aufgezeigten Konflikte wurden im Gesetzgebungsverfahren übergangen und sind auch durch die Rechtsprechung des BGH noch nicht befriedigend gelöst.³⁵ Dass sich der Weg über den in solchen Konstellationen eigentlich zur Vertretung berufenen Ergänzungspfleger nach der gegenwärtigen Rechtslage als zu aufwändig darstellt, ist eine Folge der gesetzlichen Konstruktion, aber kein Argument gegen eine Ausweitung der Vertretungsmacht des Beistandes oder Pflegers. Bei einer aufeinander abgestimmten Anpassung des materiellen und formellen Vertretungsrechts sollten sich hier keine besonderen Probleme ergeben. Denkbar wäre es auch, dem Verfahrensbeistand beschränkt auf das Verfahren eine mit dem Beistand gemäß § 1716 BGB vergleichbare Rechtsposition einzuräumen, die ihn befähigt, die verfahrensrechtliche Vertretung zu übernehmen.

Im Übrigen hat der Beschluss des BGH keineswegs alle Zweifelsfragen beseitigt. Der Verfahrensbeistand kann nur in einem gerichtlichen Verfahren tätig werden. Der gesetzlichen Vertretung und der Bestellung eines Ergänzungspflegers bedarf es jedoch immer in den Verfahren, in denen das Kind selbst als Antragsteller auftritt oder die Beteiligten in Statusverfahren gegenläufige Interessen vertreten. So ist das Kind Antragsteller in den auf Namensänderung gerichteten Angelegenheiten (§§ 1617b Abs. 2, 1617c Abs. 1, 1618 BGB). Auch die Wahrnehmung des Umgangsrechts kann es als höchstpersönliches Recht nur selber einfordern, so dass es in der Regel durch einen Verfahrenspfleger vertreten sein muss.³⁶ In Abstammungssachen gilt nach überwiegender Ansicht die Bestellung eines Verfahrensbeistandes nicht als ausreichend, so dass es auch dann der Beteiligung eines Ergänzungspflegers bedarf.³⁷

³⁵ Vgl. Stöjfer, in: Prütting/Helms, FamFG, 2. Aufl., § 151 Rn. 21.

³⁶ BGH, Beschluss vom 14.05.2008 – XII ZB 225/06, FamRZ 2008, 1334.

³⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.09.2010 – 7 UF 112/10, JAmt 2010, 505 (Rechtsbeschwerde ist eingelegt, BGH XII ZB 510/10); KG, Beschluss vom 21.09.2010 – 16 UF 60/10, Rpfleger 2011, 157; OLG Hamburg, Beschluss vom 04.06.2010 – 12 UF 224/09, FamRZ 2010, 1825;

3 Die Verfahrensfähigkeit Jugendlicher

Stehen bei jüngeren Kindern die sich aus der formellen Beteiligung ergebenden Folgen im Vordergrund der Betrachtung, ergeben sich weitere Neuerungen bei der Einbeziehung Jugendlicher in das Verfahren. Ihnen gesteht das Gesetz in einem begrenzten Rahmen eine eigene Verfahrensfähigkeit sowie ein sehr viel weitergehendes Beschwerderecht zu.

Die formelle Beteiligung regelt, welche Personen in ein Verfahren einzubeziehen sind; nach der Verfahrensfähigkeit richtet sich, wer selbst wirksame Verfahrenshandlungen vornehmen kann. Grundlage der Verfahrensfähigkeit ist in der Regel die Geschäftsfähigkeit (§ 9 Abs. 1 Nr. 1, 2 FamFG), von deren Bestehen das BGB im Grundsatz ausgeht.³⁸ Für Kinder gelten altersabhängige Einschränkungen – die Geschäftsunfähigkeit bis zur Vollendung des 7. Lebensjahres (§ 104 Nr. 1 BGB) und anschließend bis zum Eintritt der Volljährigkeit eine beschränkte Geschäftsfähigkeit (§ 106 BGB). Die uneingeschränkte Verfahrensfähigkeit wird (abgesehen vom Sonderfall der §§ 112, 113 BGB, § 9 Abs. 1 Nr. 2 FamFG) erst mit der Volljährigkeit erreicht. Abweichend von diesem Grundprinzip erweitert das Gesetz die Verfahrensfähigkeit in einem eingeschränkten Umfang auf die über 14 Jahre alten Kinder, soweit diese ein ihnen nach bürgerlichem Recht zustehendes Recht geltend machen (§ 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG).

Mit dieser erst anlässlich der Beratungen im Rechtsausschuss aufgenommenen Vorschrift will der Gesetzgeber einen Gleichlauf zwischen den im materiellen Recht bestehenden Widerspruchs- und Mitwirkungsrechten erreichen. Jugendlichen soll damit das Recht zugestanden werden, die ihnen nach dem BGB eröffneten Rechte auch ohne Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters wahrzunehmen – damit wird über das Verfahrensrecht die Geschäftsfähigkeit partiell vorverlagert. Die Vorschrift beschränkt sich nach der Vorstellung des Gesetzgebers auf die Mitwirkungs- und Widerspruchsrechte in „kindschaftsrechtlichen Verfahren“.³⁹ Die Grenzziehung ist allerdings umstritten.

Zum Kernbereich gehören fraglos die ausdrücklich genannten Mitwirkungsrechte:

- Namensrecht (§§ 1617a Abs. 2, 1617b Abs. 1 S. 2, 1617c Abs. 1, 1618, 1757 Abs. 2 BGB)
- Elterliche Sorge bei Getrenntleben (§ 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB)
- Einwilligung in die Adoption (§ 1746 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 BGB)

Vogel/FPR 2011, 353, 354; s. dazu ausführlich *Stöjfer*, in: Prütting/Helms, FamFG, 2. Aufl., § 172 Rn. 4 sowie *Schwonberg*, in: Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, 3. Aufl., § 172 Rn. 11 ff.; MünchKommZPO/*Coester-Waltjen/Hilbig*, § 172 FamFG Rn. 32 ff.; a.A. Keidel/*Engelhardt*, FamFG, 17. Aufl., § 172 Rn. 3; die Notwendigkeit der Bestellung eines Ergänzungspflegers verneint OLG Oldenburg, Urteil vom 12.05.2009 – 13 UF 19/09, FamRZ 2009, 1925 für den Fall der Behördenanfechtung.

³⁸ Palandt/*Ellenberger*, BGB, 72. Aufl., Einf. vor § 104 Rn. 2.

³⁹ BT-Drucks. 16/9733 S. 26, 288.

- Antrag auf Aufhebung der Adoption (§ 1762 BGB)
- Bestellung eines Vormunds (§ 1778 Abs. 1 Nr. 5 BGB)
- Entlassung eines Vormunds (§ 1887 BGB).

Die Abgrenzung zu weiteren Verfahren ist nicht eindeutig. Zum einen ist das Gesetz nicht auf Kindschaftssachen beschränkt – es spricht von Verfahren, welche *die Person* des Minderjährigen betreffen. Dazu gehören alle auf die Personensorge bezogenen Verfahren einschließlich Adoption, Unterbringung sowie Abstammungssachen. Andererseits spricht gegen eine so weitgehende Auslegung der durch mehrere Tatbestandsmerkmale begrenzte Anwendungsbereich. Nach dem Wortlaut müssen drei Voraussetzungen zusammentreffen: Neben der Vollendung des 14. Lebensjahres muss der Jugendliche in einem seine Person betreffenden Verfahren nicht nur ein Recht haben, sondern dieses auch geltend machen. Der Gesetzgeber wollte dem Jugendlichen die Verfahrensfähigkeit nicht „aufzwingen“. Sachlich bedeutet dies nichts anderes als eine Verfahrensfähigkeit, deren Bestand vom Willen eines Beteiligten abhängt.⁴⁰ Die Bereitschaft zur aktiven Teilnahme am Verfahren muss in irgendeiner Weise zum Ausdruck kommen. Tätigkeiten des gesetzlichen Vertreters oder bloße Untätigkeit sollen nicht genügen.⁴¹ Ist der Wille zur aktiven Mitwirkung Tatbestandsmerkmal, kann die im Laufe des Verfahrens erworbene Verfahrensfähigkeit wieder verloren gehen, wenn der Jugendliche seinen Entschluss später revidiert.⁴²

Es handelt sich um ein Novum im Verfahrensrecht, da nicht die Rechtsinhaberschaft, sondern die Geschäftsfähigkeit mit der Verfahrensfähigkeit korreliert.⁴³ Es bestand auch keine Notwendigkeit, aufgrund der im Gesetz verankerten Widerspruchsrechte eine eigene Verfahrensfähigkeit zu begründen, weil ein Widerspruch bereits dann beachtlich ist, wenn er anlässlich einer Anhörung vorgebracht wird. Ebenso ist es ein Novum, dass die Verfahrensfähigkeit vom subjektiven Willen eines Beteiligten abhängen soll und die Willensrichtung im Zweifel zunächst von Amts wegen festzustellen ist. Einmal getroffene Feststellungen müssen nicht einmal von Dauer sein. Eine solche punktuelle Verfahrensfähigkeit, die sich zudem nicht an sachlichen Kriterien festmachen lässt, ist nicht praktikabel und muss in einem gerichtlichen Verfahren zu Schwierigkeiten führen. Die verfahrensrechtliche Stellung eines Beteiligten verträgt keine Unklarheiten, wenn das Verfahren fehlerfrei geführt werden soll.

Es gibt gewichtige Gründe gegen eine enge Auslegung⁴⁴ sowie bei Beibehaltung der Vorschrift für eine Ausweitung auf alle Angelegenheiten mit einem personen-

⁴⁰ Heiter FamRZ 2009, 85, 86.

⁴¹ Prütting, in: Prütting/Helms, FamFG, 2. Aufl., § 9 Rn. 15.

⁴² Heiter FamRZ 2009, 85, 86; Prütting, in: Prütting/Helms, FamFG, 2. Aufl., § 9 Rn. 13.

⁴³ Heiter FamRZ 2009, 85, 86; Prütting, in: Prütting/Helms, FamFG, 2. Aufl., § 9 Rn. 13.

⁴⁴ Für eine tendenziell weite Auslegung sprechen sich aus: Schöpflin, in: Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, 3. Aufl., § 9 Rn. 7 f.; Jacoby, in: Bork/Jacoby/Schwab, FamFG, § 9 Rn. 8; Stellungnah-

rechtlichen Einschlag. Dies folgt aus der Wechselbeziehung zu § 60 FamFG. Diese Norm gesteht – wie schon zuvor § 59 FGG – Minderjährigen in den ihre Person betreffenden Angelegenheiten die persönliche Ausübung des Beschwerderechts ohne Mitwirkung ihres gesetzlichen Vertreters zu, sofern sie bei Erlass der Entscheidung (d.h. Verkündung oder Eingang des Beschlusses auf der Geschäftsstelle) das 14. Lebensjahr vollendet haben. Mit dieser Regelung korrespondiert § 164 FamFG, der eine persönliche Bekanntgabe des Beschlusses an das Kind vorschreibt. Die Vorschrift enthält keine der zuvor genannten Einschränkungen, sondern ist nach einhelliger Ansicht umfassend zu verstehen. Sie bezieht sich damit auf alle in § 151 Nr. 1-8 FamFG (Elterliche Sorge, Umgang, Vormundschaft usw.), § 169 Nr. 1-4 FamFG (Abstammungssachen) und § 186 Nr. 1-4 FamFG (Adoptionssachen) angeführten Verfahren.⁴⁵

Hier gibt es einen offensichtlichen Wertungswiderspruch im Gesetz. Einerseits sollen Jugendliche erstinstanzlich nur begrenzt in den sie betreffenden Angelegenheiten verfahrensfähig sein, andererseits gesteht ihnen das Gesetz in allen ihre Person betreffenden Verfahren ein umfangreiches Beschwerderecht zu. Dessen Ausübung setzt die Verfahrensfähigkeit voraus. Diese Verfahrensfähigkeit ist allein vom Alter abhängig, sie verlangt weder eine Mindestreife noch eine besondere Einsichtsfähigkeit in die Konsequenzen des Handelns.⁴⁶ Daher ist es wenig überzeugend, den Jugendlichen eine allgemeine Verfahrensfähigkeit nur für das Rechtsmittelverfahren zuzugestehen. Wer nach dem Gesetz befähigt ist, seine Rechte im Beschwerdeverfahren selbst wahrzunehmen⁴⁷, dessen persönliche Fähigkeiten können nicht geringer eingeschätzt werden, weil es sich um ein erstinstanzliches Verfahren handelt. Weitet § 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG die Verfahrensfähigkeit über den bisher strikt auf das Beschwerderecht beschränkten Anwendungsbereich hinaus aus, ist kein sachlicher Grund für die gesetzliche Differenzierung nach einzelnen Verfahren zu erkennen. Wenn eine so weitgehende erstinstanzliche Verfahrensfähigkeit nicht gewollt ist, wäre eine Rücknahme des § 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG mit einer Beschränkung der Verfahrensfähigkeit auf das Be-

me des DIJuF vom 8. Oktober 2009, www.dijuf.de; einschränkend *Schael* FamRZ 2009, 265, 267, der von einer Bindung an die Widerspruchsrechte ausgeht; für enge Auslegung *Heiter* FamRZ 2009, 85, 86; *Keidel/Meyer-Holz*, FamFG, 17. Aufl., § 60 Rn. 10.

⁴⁵ *Keidel/Meyer-Holz*, FamFG, 17. Aufl., § 60 Rn. 10; *Unger*, in: Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, 3. Aufl., § 60 Rn. 10; s. zum Anwendungsbereich von § 59 FGG Bumiller/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1974, § 59 FGG Anm. 3.

⁴⁶ *Abramenko*, in: Prütting/Helms, FamFG, 2. Aufl., § 60 Rn. 3; *Müther*, in: Bork/Jakoby/Schwab, FamFG, § 60 Rn. 9; a.A. *Keidel/Meyer-Holz*, FamFG, 17. Aufl., § 60 Rn. 17. Die abweichende Auslegung findet im Gesetzeswortlaut keine Grundlage und lässt unberücksichtigt, dass vergleichbare Voraussetzungen bei der Neufassung des § 1671 BGB aus dem Entwurf nicht in das Gesetz übernommen wurden (s. BT-Drucks. 8/111, S. 6; BT-Drucks. 8/2788, S. 11, 40).

⁴⁷ Dies berechtigt auch zur Einlegung der weiteren Beschwerde (BayObLG, Beschluss vom 19.11.1974 – BReg 1 Z 34/74, FamRZ 1975, 169) bzw. Rechtsbeschwerde (*Müther*, in: Bork/Jakoby/Schwab, FamFG, § 60 Rn. 10).

schwerderecht zweckmäßig. Soweit bekannt, ist die Vorschrift in der Praxis bislang ohne Bedeutung.

Gelten Jugendliche als verfahrensfähig, können sie alle Verfahrenshandlungen selbst wirksam vornehmen. Sie können eigene Anträge stellen, Rechtsmittel zurücknehmen oder auf diese verzichten.⁴⁸ Diese sehr weitgehende Befugnis schränkt die Befugnisse der gesetzlichen Vertreter ein. Sie können für den Minderjährigen keine seinem Willen widersprechenden Erklärungen abgeben. Hiervon unberührt bleibt das Recht, eigene Erklärungen abzugeben und Rechtsmittel im Interesse des Minderjährigen durchzuführen.

Aus der Verfahrensfähigkeit des Jugendlichen folgt auch die Befugnis, einen Rechtsanwalt oder eine andere Vertrauensperson mit der Vertretung zu beauftragen. Dieses Problem hatte die Rechtsprechung schon unter Geltung des § 59 FGG beschäftigt. Aus dem Grundsatz, dass auch geschäftsunfähige Personen in Verfahren zur Beurteilung ihres Geisteszustandes als prozessfähig gelten⁴⁹, hat die Rechtsprechung schon früh das Recht abgeleitet, einen Rechtsanwalt zur Durchführung des Beschwerdeverfahrens zu bevollmächtigen.⁵⁰ An dieser Rechtslage hat sich durch das neue Verfahrensrecht nichts geändert.⁵¹ Sie gilt gleichermaßen für die Fälle, in denen Jugendliche bereits erstinstanzlich verfahrensfähig sind (§ 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG).⁵² Das Kind kann hierdurch seine Eltern zwar nicht unmittelbar zur Kostenübernahme verpflichten. Die Pflicht zur Übernahme von Verfahrenskosten kann sich aber aus dem Unterhaltsanspruch des Kindes ergeben. Da dieses zudem berechtigt ist, Verfahrenskostenhilfe für seine anwaltliche Vertretung zu beantragen, gibt es u.U. auch eine mittelbare Kostenlast, wenn bei ausreichendem Einkommen ein Verfahrenskostenvorschuss – und sei es nur in Raten – zu leisten ist. Für beide Vorschriften gilt aber eine wichtige Einschränkung: Die Verfahrensfähigkeit setzt ein laufendes Verfahren voraus. Weder aus § 19 noch aus § 60 FamFG lässt sich die Befugnis herleiten, selbständig ein Verfahren einzuleiten. Insoweit besteht unverändert der Vorrang des materiellen Vertretungsrechts.⁵³ Dies ist berechtigt, soll doch die Bewältigung von Alltagskonflikten zwischen Eltern und pubertierenden Jugendlichen nicht zum Gegenstand einer gerichtlichen Auseinan-

⁴⁸ Keidel/*Meyer-Holz*, FamFG, 17. Aufl., § 60 Rn. 16, 19.

⁴⁹ BVerfG, Beschluss vom 10.02.1960 – 1 BvR 526/53, 1 BvR 29/58, BVerfGE 10, 302; BGH, Beschluss vom 22.03.1961 – IV ZB 308/60, NJW 1961, 1397; a.A. zuvor BGH, Beschluss vom 26.11.1954 – IV ZB 47/54, BGHZ 15, 262.

⁵⁰ BayObLG, Beschluss vom 18.09.1968 – BReg 1a Z 44/68, MDR 1969, 145; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.08.1999 – 25 Wx 21/99, FPR 1999, 355.

⁵¹ *Abramenko*, in: Prütting/Helms, FamFG, 2. Aufl., § 60 Rn. 61; Keidel/*Meyer-Holz*, FamFG, 17. Aufl., § 60 Rn. 18.

⁵² Keidel/*Zimmermann*, FamFG, 17. Aufl., § 9 Rn. 16; *Prütting*, in: Prütting/Helms, FamFG, 2. Aufl., § 9 Rn. 15a; *Heiter* FamRZ 2009, 85, 87.

⁵³ OLG Hamm, Beschluss vom 18.09.1973 – 15 W 144/73, OLGZ 1973, 446; BayObLG, Beschluss vom 19.11.1974 – BReg 1 Z 34/74, FamRZ 1975, 169; Keidel/*Zimmermann*, FamFG, 17. Aufl., § 9 Rn. 15; *Müther*, in: Bork/Jakoby/Schwab, FamFG, § 60 Rn. 2.

dersetzung werden. Die Beschränkung ist auch unbedenklich, weil Kinder – was gelegentlich vorkommt – initiativ werden können und dann von sich aus Kontakt zum Jugendamt oder Gericht aufnehmen können. Ergeben sich dabei ausreichende Anhaltspunkte für die Notwendigkeit weiterer Maßnahmen, ist das Gericht gehalten, von Amts wegen ein Verfahren einzuleiten.⁵⁴

Praxisfall III:

Die 15-jährige L lebt in einem Jugenddorf. Sie hat zu ihrer Pflegemutter ein enges Verhältnis entwickelt. Als diese aus persönlichen Gründen einen Umzug in einen anderen Ort plant, will L ebenfalls mit umziehen. Nach ihren Erfahrungen aus der Vergangenheit möchte sie keinen weiteren Beziehungsabbruch erleben. Die Pflegemutter ist einverstanden. Nachdem sich Jugendamt (Aufenthaltsbestimmungsrecht) und leibliche Eltern (Inhaber der elterlichen Sorge im Übrigen) gegen den Wohnortwechsel ausgesprochen haben, wendet sich L an eine Rechtsanwältin. Diese stellt beim Familiengericht einen Antrag auf Verbleib von L im Haushalt der Pflegemutter.

Praxisfall IV:

Der 16-jährige Sohn erscheint in Begleitung des Vaters eines Freundes auf der Rechtsantragsstelle des Amtsgerichts und stellt den Antrag, seinen Eltern das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu entziehen. Nach seinen Angaben gibt es schwere häusliche Konflikte, denen er künftig entgehen will.

Da die Kinder in beiden Fällen noch nicht verfahrensfähig waren, musste das Familiengericht die Anträge als Anregung auffassen, von Amts wegen tätig zu werden (§ 24 FamFG). Es wird auch zu prüfen haben, ob der Erlass einer einstweiligen Anordnung geboten ist. Da dem Kind keine Kosten aufzuerlegen sind, bedarf es für das Verfahren selbst keiner Verfahrenskostenhilfe (§ 81 Abs. 3 FamFG). Dies betrifft aber nicht die Übernahme der Kosten für die anwaltliche Vertretung. Hier kommt bei ausreichendem Einkommen der Eltern ein Antrag auf Verfahrenskostenvorschuss, ansonsten auf Verfahrenskostenhilfe in Betracht. Auch eine Bestellung eines Verfahrensbeistandes wäre zu diskutieren. Von dessen Bestellung kann wiederum abgesehen werden, wenn die Interessen durch einen beigeordneten Rechtsanwalt angemessen vertreten werden (§ 158 Abs. 5 FamFG).

Ist das Verfahren erst einmal eingeleitet – sei es auf Antrag oder von Amts wegen –, stehen dem verfahrensfähigen Jugendlichen alle Verfahrensrechte zu. Er kann diese ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters wahrnehmen. Dazu gehören

- das Recht, Verfahrenskostenhilfe zu beantragen,

⁵⁴ OLG Hamm, Beschluss vom 18.09.1973 – 15 W 144/73, OLGZ 1973, 446.

- die Erteilung einer Verfahrensvollmacht⁵⁵,
- das Recht auf Akteneinsicht,
- die Empfangszuständigkeit für alle Schriftstücke,
- die Ladung zu Terminen,
- das Anwesenheitsrecht in Terminen,
- die Zustimmung zu Vergleichen (§ 156 Abs. 2 FamFG),
- die Empfangszuständigkeit für Entscheidungen.

Hat ein anderer Beteiligter Beschwerde in einem Verfahren eingelegt, in dem der Jugendliche selbst verfahrensfähig ist, ist ihm persönlich die Beschwerdeschrift zuzustellen.⁵⁶ Dies gilt selbst dann, wenn erstinstanzlich ein Verfahrensbeistand bestellt ist, weil dieser nicht Vertreter des Kindes ist.

Die Wahrnehmung der Verfahrensrechte ist nicht unproblematisch. Nicht umsonst sieht das Gesetz vor, dass dem Jugendlichen nicht unbedingt die vollständigen Entscheidungsgründe bekannt gegeben werden müssen (§ 164 S. 2 FamFG). Bei der Übersendung einer Beschwerdeschrift oder anderen Schriftsätzen lässt sich dies nicht in gleicher Weise umsetzen.

Praxisfall V:

Das Jugendamt hat beantragt, der Mutter die elterliche Sorge für die beiden jetzt 14 und 15 Jahre alten Kinder zu entziehen, weil bei der fehlenden Erziehungseignung ein weiterer Verbleib der Kinder im Haushalt nicht zu verantworten sei. Die Kinder und der Verfahrensbeistand haben sich vehement gegen eine Aufrechterhaltung des Sorgerechts ausgesprochen. Das Amtsgericht entzieht der Mutter antragsgemäß die elterliche Sorge.

Die Mutter legt gegen diesen Beschluss Beschwerde ein. Der Verfahrensbeistand teilt dem Gericht mit, dass die Kinder den Abschluss des Verfahrens als entlastend erlebt haben und sich in ihrer Pflegefamilie zu Hause fühlen. Bereits die Kenntnis von dem Beschwerdeverfahren wäre geeignet alte Ängste zu schüren und sei dem Kindeswohl abträglich.

Die Einleitung des Beschwerdeverfahrens muss den Kindern in geeigneter Form bekannt gegeben werden. Bei vollständigem Entzug der elterlichen Sorge mag die Korrespondenz über den Vormund erfolgen. Wie verhält es sich aber bei einer auf das Aufenthaltsrecht beschränkten Regelung? Teilweise wird vertreten, dass in

⁵⁵ *Schöpflin*, in: Schulte-Bunert/Weinreich, 3. Aufl., FamFG, § 9 Rn. 9; *Heiter* FamRZ 2009, 85, 88; *Hoffmann* JAmt 2009, 413, 417.

⁵⁶ *Keidel/Meyer-Holz*, FamFG, 17. Aufl., § 60 Rn. 22, allerdings mit der – bedenklichen – Einschränkung, dass § 164 S. 2 FamFG eine nur teilweise Übermittlung der Beschwerdeschrift zulässt.

diesen Fällen § 164 S. 2 FamFG entsprechend anzuwenden sei und Schriftsätze nur auszugsweise übermittelt werden können. Trifft dies zu? Ist es im Rahmen des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) überhaupt statthaft, möglicherweise zentrale Teile der Rechtsmittelbegründung einem Beteiligten vorzuenthalten? Wer aber soll – namentlich in Beschwerdeverfahren, in denen der Jugendliche dem Gericht nicht bekannt ist – diese Auswahl treffen?

Vergleichbare Konflikte können bei der Wahrnehmung von Terminen entstehen.

Praxisfall VI:

Den inzwischen geschiedenen Eltern ist das Aufenthaltsbestimmungsrecht für ihre jetzt 15 Jahre alte Tochter entzogen worden. Diese lebt in einer Einrichtung für Jugendliche, möchte aber zurück in den Haushalt ihrer Mutter. Nachdem das Amtsgericht einen Antrag der Mutter auf Aufhebung des Beschlusses zurückgewiesen hatte, legt die Tochter über eine von ihr beauftragte Rechtsanwältin selbst Beschwerde ein. Im Termin sind die fortbestehenden Bedenken gegen die Erziehungsfähigkeit der Mutter zu erörtern.

Das Gesetz ermöglicht die Anhörung eines Beteiligten in Abwesenheit anderer Beteiligter, soweit dies zum Schutz des anzuhörenden Beteiligten oder aus anderen Gründen erforderlich ist (§§ 33 Abs. 1, 157 Abs. 2 FamFG). Diese Vorschriften lassen es angesichts ihres anerkannt weiten Anwendungsbereichs auch zu, Teile der mündlichen Verhandlung ohne Anwesenheit des Kindes durchzuführen.⁵⁷ Allerdings ist es dann geboten, die bei der Anhörung abwesenden Beteiligten vom Ergebnis dieser Anhörung bzw. Erörterung zu informieren und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben⁵⁸, soweit sie in dem Termin nicht durch einen Bevollmächtigten vertreten sind.

Diese Probleme bei der praktischen Umsetzung von Verfahren, in denen Jugendliche als selbst verfahrensfähig beteiligt sind, sprechen dafür, ihnen einen Rechtsanwalt für die verfahrensrechtliche Vertretung beizuordnen. Die Tätigkeit des Verfahrensbeistandes ist aufgrund seiner begrenzten rechtlichen Befugnisse nicht gleichwertig.

4 Fazit

Die formelle Beteiligung hat minderjährigen Kindern in allen sie selbst betreffenden Verfahren eine mit allen anderen Beteiligten vergleichbare Verfahrensposition

⁵⁷ Keidel/*Meyer-Holz*, FamFG, 17. Aufl., § 33 Rn. 14; *Abramenko*, in: Prütting/Helms, FamFG, 2. Aufl., § 33 Rn. 11; vgl. auch BGH, Beschluss vom 18.06.1986 – IVb ZB 105/84, FamRZ 1986, 895.

⁵⁸ BGH, Beschluss vom 18.06.1986 – IVb ZB 105/84, FamRZ 1986, 895.

verschafft. Diese werden nicht mehr nur angehört, sondern können selbst aktiv auf das Verfahren einwirken – sei es als Jugendlicher persönlich, sei es durch den gesetzlichen Vertreter. Ob dies immer den Interessen der Kinder entspricht oder in allen Fällen wünschenswert und zweckmäßig ist, lässt sich allerdings nicht eindeutig beantworten. Bei näherer Betrachtung bleibt das zuletzt nur noch punktuell veränderte Vertretungsrecht des BGB hinter den verfahrensrechtlichen Entwicklungen zurück. Es fehlt eine überzeugende Abstimmung zwischen der neuen Verfahrensstellung und den Befugnissen der anderen Beteiligten. Insbesondere die unverändert notwendige gesetzliche Vertretung bei nicht gleichgerichteten Interessen stellt die Beteiligten vor neue Probleme, die sich nicht mehr allein durch die Rechtsprechung bewältigen lassen. Es bleibt die Aufgabe des Gesetzgebers, diese Unebenheiten zu beseitigen.

Synopse zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts

ART. 1 UND 2 DES GESETZES ZUR ÄNDERUNG DES VORMUNDSCHAFTS- UND BETREUUNGSRECHTS¹

FASSUNG BIS 5.7.2011/4.7.2012	REFERENTENTWURF	REGIERUNGSENTWURF	STELLUNGNAHME BUNDES RAT	BESCHLUSSEMPFEHLUNG DES RECHTSAUSSCHUSSES ²
§ 1793 BGB. Aufgaben des Vormunds, Haftung des Mündels.				
(1) Der Vormund hat das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen, insbesondere den Mündel zu vertreten. § 1626 Abs. 2 gilt entsprechend. Ist der Mündel auf längere Dauer in den Haushalt des Vormunds aufgenommen, so gelten auch die §§ 1618a, 1619, 1604 entsprechend.				
(1a) Der Vormund hat mit dem Mündel persönlichen Kontakt zu halten.				
	Der persönliche Kontakt soll in der Regel einmal im Monat in der üblichen Umgebung des Mündels stattfinden.	Er soll den Mündel in der Regel einmal im Monat in dessen üblicher Umgebung aufsuchen, wenn nicht im Einzelfall andere Besuchsabstände oder ein anderer Ort erforderlich sind.	Die Ausgestaltung richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles, deren Beurteilung in der fachlichen Eigenverantwortung des Vormundes liegt. Dabei hat der Vormund insbesondere zu beurteilen, ob es erforderlich ist, den Mündel in dessen üblicher Umgebung aufzusuchen.	Er soll den Mündel in der Regel einmal im Monat in dessen üblicher Umgebung aufsuchen, es sei denn, im Einzelfall sind kürzere oder längere Besuchsabstände oder ein anderer Ort geboten.
(2) Für Verbindlichkeiten, die im Rahmen der Vertretungsmacht nach Absatz 1 gegenüber dem Mündel begründet werden, haftet der Mündel entsprechend § 1629a.				
§ 1800 BGB. Umfang der Personensorge.				
Das Recht und die Pflicht des Vormunds, für die Person des Mündels zu sorgen, bestimmen sich nach §§ 1631 bis 1633.				
	Der Vormund hat die Pflege und Erziehung des Mündels persönlich zu überwachen und zu fördern.	fördern und zu gewährleisten.		
§ 1837 BGB. Beratung und Aufsicht.				
(1) Das Familiengericht berät die Vormünder. Es wirkt dabei mit, sie in ihre Aufgaben einzuführen.				
(2) Das Familiengericht hat über die gesamte Tätigkeit des Vormunds und des Gegenvormunds die Aufsicht zu führen und gegen Pflichtwidrigkeiten durch geeignete Gebote und Verbote einzuschreiten.				
	Es hat insbesondere die Einhaltung der erforderlichen persönlichen Kontakte des Vormunds mit dem Mündel zu überwachen.	zu beaufsichtigen.		
Es kann dem Vormund und dem Gegenvormund aufgeben, eine Versicherung gegen Schäden, die sie dem Mündel zufügen können, einzugehen.				
(3) Das Familiengericht kann den Vormund und den Gegenvormund zur Befolgung seiner Anordnungen durch Festsetzung von Zwangsgeld anhalten. Gegen das Jugendamt oder einen Verein wird kein Zwangsgeld festgesetzt.				
(4) §§ 1666, 1666a und § 1696 gelten entsprechend.				

¹ BGBl. I 2011, 1306; Referentenentwurf vom 03.12.2009 und Regierungsentwurf (BT-Drucks. 17/3617 vom 04.11.2010), Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 13.04.2011 (BT-Drucks. 17/5512), Entschließung des Bundestages (Plenarprot. 17/105), Zustimmung des Bundesrates (BR-Drucks. 243/11). Inkrafttreten nach Art. 3 des Gesetzes: § 1837 BGB und § 55 SGB VIII am 05.07.2012, im Übrigen am Tag nach der Verkündung (06.07.2011).

² = Entschließung des Bundestages = Fassung ab 06.07.2011/05.07.2012.

FASSUNG BIS 5.7.2011/4.7.2012	REFERENTENTWURF	REGIERUNGSENTWURF	STELLUNGNAHME BUNDESRAT	BESCHLUSSEMPEFEHLUNG DES RECHTSAUSSCHUSSES?
§ 1840 BGB. Bericht und Rechnungslegung.				
(1) Der Vormund hat über die persönlichen Verhältnisse des Mündels dem Familiengericht mindestens einmal jährlich zu berichten.				
Der Bericht hat auch Angaben zu den persönlichen Kontakten des Vormunds				
mit zu dem Mündel zu enthalten.				
(2) Der Vormund hat über seine Vermögensverwaltung dem Familiengericht Rechnung zu legen.				
(3) Die Rechnung ist jährlich zu legen. Das Rechnungsjahr wird von dem Familiengericht bestimmt.				
(4) Ist die Verwaltung von geringem Umfang, so kann das Familiengericht, nachdem die Rechnung für das erste Jahr gelegt worden ist, anordnen, dass die Rechnung für längere, höchstens dreijährige Zeitabschnitte zu legen ist.				
§ 1908b BGB. Entlassung des Betreuers.				
(1) Das Betreuungsgericht hat den Betreuer zu entlassen, wenn seine Eignung, die Angelegenheiten des Betreuten zu besorgen, nicht mehr gewährleistet ist oder ein anderer wichtiger Grund für die Entlassung vorliegt. Ein wichtiger Grund liegt auch vor, wenn der Betreuer eine erforderliche Abrechnung vorsätzlich falsch erteilt				
oder den erforderlichen persönlichen Kontakt zum Betreuten nicht gehalten				
hat.				
Das Gericht soll den nach § 1897 Abs. 6 bestellten Betreuer entlassen, wenn der Betreute durch eine oder mehrere andere Personen außerhalb einer Berufsausübung betreut werden kann.				
(2) Der Betreuer kann seine Entlassung verlangen, wenn nach seiner Bestellung Umstände eintreten, auf Grund derer ihm die Betreuung nicht mehr zugemutet werden kann.				
(3) Das Gericht kann den Betreuer entlassen, wenn der Betreute eine gleich geeignete Person, die zur Übernahme bereit ist, als neuen Betreuer vorschlägt.				
(4) Der Vereinsbetreuer ist auch zu entlassen, wenn der Verein dies beantragt. Ist die Entlassung nicht zum Wohl des Betreuten erforderlich, so kann das Betreuungsgericht statt dessen mit Einverständnis des Betreuers aussprechen, dass dieser die Betreuung künftig als Privatperson weiterführt. Die Sätze 1 und 2 gelten für den Behördenbetreuer entsprechend.				
(5) Der Verein oder die Behörde ist zu entlassen, sobald der Betreute durch eine oder mehrere natürliche Personen hinreichend betreut werden kann.				

FASSUNG BIS 5.7.2011/4.7.2012	REFERENTENTWURF	REGIERUNGSENTWURF	STELLUNGNAHME BUNDESRAT	BESCHLUSSEMPFEHLUNG DES RECHTSAUSSCHUSSES ²
§ 55 SGB VIII. Beistandschaft, Amtspflegschaft und Amtsvormundschaft.				
(1) Das Jugendamt wird Beistand, Pfleger oder Vormund in den durch das Bürgerliche Gesetzbuch vorgesehenen Fällen (Beistandschaft, Amtspflegschaft, Amtsvormundschaft).				
(2) Das Jugendamt überträgt die Ausübung der Aufgaben des Beistands, des Amtspflegers oder des Amtsvormunds einzelnen seiner Beamten oder Angestellten.				
Vor der Übertragung				
				der Aufgaben des Amtspflegers oder des Amtsvormunds
soll das Jugendamt das Kind oder den Jugendlichen zur Auswahl des Beamten oder Angestellten mündlich anhören,		soweit dies nach Alter und Entwicklungsstand des Kindes oder Jugendlichen möglich ist.		
soweit dieses oder dieser sich hierzu äußern kann.				
		Eine ausnahmsweise vor der Übertragung unterbliebene Anhörung soll umgehend nachgeholt werden.		ist unverzüglich nachzuholen.
Ein vollzeitbeschäftigter Beamter oder Angestellter, der nur mit der Führung von Vormundschaften oder Pflegschaften betraut ist,		soll nur so viele Vormundschaften und Pflegschaften führen, dass diese unter besonderer Berücksichtigung des persönlichen Kontakts zu dem Mündel und der Wahrnehmung anderer Aufgaben verantwortlich ausgeübt werden können.		
soll höchstens 50 und bei gleichzeitiger Wahrnehmung anderer Aufgaben entsprechend weniger Vormundschaften oder Pflegschaften führen.		soll höchstens 50 und bei gleichzeitiger Wahrnehmung anderer Aufgaben entsprechend weniger Vormundschaften oder Pflegschaften führen.		
(3) Die Übertragung gehört zu den Angelegenheiten der laufenden Verwaltung. In dem durch die Übertragung umschriebenen Rahmen ist der Beamte oder Angestellte gesetzlicher Vertreter des Kindes oder des ³ Jugendlichen.				
		Er hat		Amtspfleger und Amtsvormund haben
		den persönlichen Kontakt zu diesem zu halten sowie dessen Pflege und Erziehung nach Maßgabe der §§ 1793 Absatz 1a und 1800		des § 1793 Absatz 1a und § 1800
		des Bürgerlichen Gesetzbuchs persönlich zu fördern und zu gewährleisten.		

³ Sowohl im Regierungsentwurf als auch in der Stellungnahme des Bundesrates und in der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Rechtsausschusses nicht mehr enthalten.

Autoren und Herausgeber

Prof. Dr. Matthias Jestaedt, Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie, Abteilung 3 (Rechtstheorie), Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, D-79085 Freiburg im Breisgau

Prof. Dr. Dr. h.c. Reinhard Wiesner, Albestr. 9, D-12159 Berlin

Dr. Daniela Goerdeler, Bundesministerium der Justiz, Mohrenstraße 37, D-10117 Berlin

Dr. Jens Scherpe, Gonville and Caius College, University of Cambridge, Trinity Street, CB2 1TA, Cambridge, U.K.

Prof. Dr. Michael Coester (em.), Juristische Fakultät der Universität München, Hilariastr. 7, D-82049 Pullach

Dr. Jörg Fichtner, Gesellschaft für wissenschaftliche Rechtspsychologie Salzgeber und Partner, Rablstraße 45, D-81669 München

Dr. Lore Maria Peschel-Gutzeit, Kärger, de Maizière & Partner, Kurfürstendamm 96, D-10709 Berlin

Dr. Thomas Meyer, Bundesministerium der Justiz, Mohrenstraße 37, D-10117 Berlin

Wolfgang Rüting, Jugendamt Kreis Warendorf, Waldenburger Straße 2, D-48231 Warendorf

Prof. Dr. Ludwig Salgo, Goethe Universität Frankfurt am Main, Senckenberganlage 31, D-60325 Frankfurt am Main

Dr. Thomas Meysen, Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V., Postfach 10 20 20, D-69010 Heidelberg

Prof. Dr. Dagmar Coester-Waltjen, Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen, Lehrstuhl für deutsches, europäisches und internationales Privat- und Prozessrecht, Platz der Göttinger Sieben 6, D-37073 Göttingen

Prof. Dr. Volker Lipp, Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Medizinrecht und Rechtsvergleichung, Platz der Göttinger Sieben 6, D-37073 Göttingen

Prof. Dr. Eva Schumann, Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen, Lehrstuhl für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht, Weender Landstr. 2, D-37073 Göttingen

Prof. Dr. Barbara Veit, Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Schwerpunkt Familienrecht, Platz der Göttinger Sieben 6, D-37073 Göttingen

Der vorliegende Band enthält die Referate des 2. Familienrechtlichen Forums Göttingen vom 2. Juli 2011, welches aktuelle Problemstellungen des Kindschaftsrechts zum Gegenstand hatte. Vor dem Hintergrund jüngst abgeschlossener und bevorstehender Gesetzesnovellen erörterten ausgewählte Experten aus Wissenschaft, Politik und Praxis verschiedene Problemschwerpunkte: Zum einen wurde die anstehende Novellierung des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern thematisiert und nach Lösungen für den Umgang mit dem Umgangsboykott gesucht. Dabei eröffnete die interdisziplinäre und rechtsvergleichende Annäherung an die aufgeworfenen Probleme neue Perspektiven. Zum anderen wurden die nur wenige Tage nach der Veranstaltung abgeschlossene Vormundschaftsrechtsreform sowie das inzwischen ebenfalls in Kraft getretene Bundeskinderschutzgesetz einer kritischen Würdigung unterzogen. Die Veranstaltung endete mit einer kritischen Zwischenbilanz zum kindschaftsrechtlichen Verfahren nach dem FamFG, das die Praxis vor zahlreiche Probleme stellt.

Band 12 der Reihe „Göttinger Juristische Schriften“

Die Reihe wird von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität herausgegeben und macht Veranstaltungen an der Fakultät einer interessierten Öffentlichkeit zugänglich.