

Der Begriff Kindeswohl¹

Claudia Marquardt, Fachanwältin für Familienrecht, Köln

1. Einleitung

„Der Rechtsbegriff Kindeswohl prägt in Deutschland schon seit über einhundert Jahren sowohl die Gesetzgebung als auch die Rechtsprechung im Kinderschutzbereich“². Für Juristen handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff³, der durch die folgenden Kriterien definiert wird⁴:

1. Bindungen des Kindes
2. Wille des Kindes
3. Betreuungs- und Erziehungskontinuität
4. Förderungsmöglichkeiten der betreuenden Person
5. Schnelle Entscheidung⁵

Diese Kriterien werden auch von Psychologen und Kinderpsychiatern anerkannt⁶.

Die Offenheit des Begriffs Kindeswohl birgt die große Gefahr, dass die an einer Entscheidung für ein Kind beteiligten Berufsgruppen selber festlegen, was ihrer Meinung nach Kindeswohl bedeutet, ohne sich, wie es notwendig wäre, an den genannten wissenschaftlich überprüfbaren Kriterien zu orientieren. **Aber gerade im Bereich Kindesrecht muss man, um zu einer guten Entscheidung zu gelangen, genau so strukturiert und sauber arbeiten, wie in anderen Rechtsgebieten auch.**

Strukturiertes und rechtlich korrektes Arbeiten sind ebenso unabdingbar wie Kenntnisse der wissenschaftlichen Forschung zur Entwicklung von Kindern.

Die fehlende Aus- und Fortbildungen der am Kinderschutz beteiligten Berufsgruppen hat nicht selten fatale Auswirkungen auf die von den Entscheidungen betroffenen Kinder⁷. Fegert kritisiert zu Recht, dass die Aus- und Fortbildung der mit Familienrecht befassten Juristen sich vorwiegend mit finanziellen Fragen befasst und nicht einmal

¹ Diesen Aufsatz widme ich meiner treuen Freundin Ricarda Wilhelm

² Zitelmann in Verfahrensbeistandschaft, Rdnr. 49:1

³ Palandt/Diederichsen, Rdnr. 9 zu § 1666 BGB,

⁴

⁵ Bundesgerichtshof FamRZ 2010,1060,1062, FamRZ 85, 169; Palandt/Diederichsen, Rdnr. 26-30 zu § 1671 BGB; Remschmidt, S.409ff; Lempp, S. 109 ff; Coester/Staudinger, Rdnr. 173ff zu § 1671 BGB

⁶ Remschmidt, S. 409ff; Lempp, S. 109 ff;

⁷ Marquardt/ Lossen, Sexuell missbrauchte Kinder in Gerichtsverfahren

entwicklungspsychologisches Grundwissen vermittelt⁸. Umso wichtiger ist es, anhand der vorgegebenen Kriterien strukturiert vorzugehen.

1. Bindungen

Kinder sind biologisch so programmiert, dass sie von Geburt an mit einem starken Bedürfnis nach Bindung ausgestattet sind. Bindung sichert sowohl die seelische wie die körperliche Entwicklung eines Kindes. Im ersten Lebensjahr entwickeln Kinder eine oder mehrere Bindungen an die Personen, die mit ihnen zusammenleben, sie versorgen und pflegen.⁹

Die Bindung an die Personen, die das Kind betreuen, ist sein Überleben so grundlegend wie etwa „die Luft zum Atmen, Ernährung und Schlaf. Die emotionale Entwicklung sichert geradezu das Überleben des Säuglings ...“¹⁰ Haben Kinder nicht die Möglichkeit, Bindungen zu entwickeln, so entstehen mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit schwerwiegende körperliche und seelische Schäden. Die Folgen von Deprivation sind kaum kompensierbar¹¹.

Seit dem 2. Weltkrieg werden die Bindungen von Kindern erforscht¹². Weltweit beschäftigt sich die Forschung mit diesem Thema. Die einstmals prospektiv untersuchten Kinder haben inzwischen längst das Rentenalter erreicht. Es entspricht deshalb gut abgesichertem Forschungsstand, dass Bindung einer der wichtigsten Faktoren für die gesunde Persönlichkeitsentwicklung eines Kindes bis ins hohe Alter hinein ist¹³.

In ihrem Gutachten für den 54. Deutschen Juristentag schrieb Gisela Zenz schon 1982:

„Die Eltern-Kind-Bindung kommt im täglichen Zusammenleben, aus der täglichen Befriedigung der kindlichen Bedürfnisse nach Nahrung, Pflege, körperlichem und psychischem Kontakt zustande. Auf Seiten des neugeborenen Kindes besteht die Bereitschaft, die elementare Eltern-Kind-Bindung zu jedem Menschen herzustellen, der Elternfunktionen in dem hier umschriebenen Sinne übernimmt. Das Kind ist in keiner Weise auf seine leiblichen Eltern fixiert. Daran gibt es heute unter den diversen mit menschlicher Entwicklung befassten Wissenschaften keinen Zweifel mehr.“

„Die Trennung der Eltern-Kind- Beziehung stellt (also) nach übereinstimmender Auffassung aller beteiligten

⁸ Fegert, Kindeswohl-Definitionsdomäne der Juristen oder der Psychologen? S.43

⁹ Ziegenhain, Verfahrensbeistandschaft, S.162

¹⁰ Brisch, Bindung und Umgang, S.89

¹¹ Ziegenhain, Verfahrensbeistandschaft, Rdnr 664ff; Brisch, Bindung und Umgang, S. 100.

¹² Ziegenhain, Verfahrensbeistandschaft, Rdnr. 621; Brisch S. 90ff

¹³ Fegert, Die Auswirkungen traumatischer Erfahrungen in der Vorgeschichte von Pflegekindern, S.22,23

Disziplinen immer ein Risiko für die kindliche Entwicklung dar. Art und Ausmaß der Gefährdungen- auch darüber besteht seit langem Konsens - sind abhängig von konkreten Umständen des Einzelfalles, insbesondere von der Zahl der schon erlebten Trennungen bzw. der sonstigen Vorgeschichte der Eltern-Kind- Beziehung und der Hilfe bei ihrer Bewältigung¹⁴.

Bei der Frage nach dem Kindeswohl steht deshalb die Frage zu welcher Person das Kind Bindungen hat und wie die Qualität dieser Bindungen ist an erster Stelle.¹⁵ Denn **„ein häufiger Pflegestellenwechsel, d.h. die Potenzierung von Trennungserfahrungen, muss allerdings auch als ein hohes Risiko auf dem Weg in eine „Scheiterkarriere“ betrachtet werden**¹⁶. Es muss deshalb zum Beispiel als sehr kritisch gesehen werden, wenn Kinder zunächst in Bereitschaftspflegefamilien untergebracht werden, um sie später nachdem sie in diesen Familien wieder Bindungen erworben haben, erneut einem Trennungserlebnis auszusetzen¹⁷.

Die Beurteilung der Bindungen eines Kindes verlangt Fachwissen. Denn Bindungen zeigen sich abhängig vom Entwicklungsstand und von den Vorerfahrungen eines Kindes.

„Das Trennungsrisiko muss freilich immer in Relation zu solchen Risiken gesetzt werden, die bei Aufrechterhaltung der Eltern-Kind-Beziehung drohen, und kann vollständig zurücktreten, wenn Misshandlung, Vernachlässigung oder Missbrauch die schwerer wiegenden Gefährdungen des Kindeswohls darstellen“¹⁸.

Bei Misshandlung ist zu berücksichtigen, dass die neuere Forschung nachwies, dass das Miterleben von Gewalt ebenso gravierende Folgen hat, wie wenn das Kind selbst misshandelt wird.

„Anhaltende Kindesmisshandlung oder Vernachlässigung führt nicht nur häufig zu dauerhaften körperlichen Schädigungen, sondern regelmäßig auch zu schweren Beeinträchtigungen der Persönlichkeitsentwicklung und der sozialen Anpassung von Kindern, die später auch in Gewalttätigkeit münden kann, nicht zuletzt in die Misshandlung der eigenen Kinder“¹⁹. Deprivation, Vernachlässigung, seelische und körperliche Misshandlung haben lebenslange Auswirkungen auf die kognitive und körperliche Entwicklung eines Kindes²⁰. Am nachteiligsten scheinen sich aber emotionale

¹⁴ Grundlegend dazu Zenz, Verfahrensbeistandschaft, Rdnr. 998 ff

¹⁵ BGH FamRZ, 1061, 1063;

¹⁶ Fegert, Die Auswirkungen traumatischer Erfahrungen in der Vorgeschichte von Pflegekindern, S.22

¹⁷ Brisch, Bindung und Trauma, S.27

¹⁸ Zenz, Verfahrensbeistandschaft, Rdnr. 1004; Himpel/Hüther, S.120ff

¹⁹ Zenz, Verfahrensbeistandschaft, Rdnr. 796, m.w.N. ; Enzmann und Wetzel, Das Ausmaß häuslicher Gewalt und die Bedeutung innerfamiliärer Gewalt

²⁰ Brassard/Hardy, S.593, Fegert, Die Auswirkungen traumatischer Erfahrungen in der Vorgeschichte von Pflegekindern, 22

Misshandlung und Vernachlässigung auf die Entwicklung eines Kindes auswirken²¹.

2. Wille des Kindes

Lempp nennt den Willen des Kindes als zentrales Kriterium des Kindeswohls und misst ihm die allergrößte Bedeutung zu. Er schreibt dazu:

„Die Berücksichtigung des Willens oder wenigstens der emotionalen Tendenz eines Kindes ist aus zwei Gründen grundsätzlich geboten:

Weil es grundsätzlich der Menschenwürde entspricht, dass der Wille jedes Menschen, und damit auch der des Kindes, zur Kenntnis genommen wird (so auch dass Bundesverfassungsgericht BVerfG NJW 81, 217; BVerfG NJW 88, 125; die Verf.). Ob ihm entsprochen werden kann, ist damit noch nicht gesagt.

Die Kenntnisnahme des kindlichen Willens bzw. seiner emotionalen Tendenz ist von großer Bedeutung, weil der, der ein Kind erziehen will, in seiner psychischen Beziehung zu diesem Kind und damit in seiner erzieherischen Situation von diesem Willen entscheidend abhängig ist²².

Er widerspricht energisch der Auffassung, der Wille eines Kindes sei erst ab einem bestimmten Alter von Bedeutung: „Der Wille des Kindes ist grundsätzlich nicht vom Alter abhängig, allenfalls seine Äußerungsfähigkeit. Entgegen noch weit verbreiteter Meinung, aber entsprechend alltäglicher Erfahrung in jeder Familie, kann auch ein Kleinkind bereits einen eigenen Wille haben und diesen äußern. Und es wäre ein voreiliger törichter Schluss, der Wille eines kleineren Kindes sei von vornherein unvernünftig und unbeachtlich“²³.

Der kindliche Wille ist weder unvernünftig, noch durch „vordergründige Verlockungen oder Bequemlichkeiten“ bestimmt. Denn „nach kinderpsychiatrischer Erfahrung“ lassen sich Kleinkinder nur dann von vordergründigen Annehmlichkeiten bestimmen, wenn keine emotionell eindeutige Tendenz vorhanden ist. Im Gegensatz dazu ist häufig die Erfahrung zu machen, dass die Kinder ihre eigentliche emotionelle Tendenz hinter Äußerlichkeiten zu verbergen versuchen, indem sie zum Beispiel ihre Vorliebe, zu einem Elternteil zu gehen statt zum anderen, damit begründen, dass es dort mehr Spielsachen gebe. Der erfahrene Explorator weiß, dass dieser Vorzug oft dafür steht, dass das Kind sich emotionell dorthin ausgerichtet hat. Dem Kind stehen ja viel weniger verbale Möglichkeiten zur Verfügung, Emotionen auszudrücken oder gar Gründe für seine emotionelle Tendenz zu nennen“.

²¹ Dornes, S.106ff; Egle, S.84ff; Ostler/Ziegenhain, S.79

²² Lempp, S.111

²³ Lempp, ebenda, S.111

Lempp, ebenda, 1983, S.111ff

Das Bundesverfassungsgericht und der Bundesgerichtshof sehen das auch so:

„Ein vom Kind aufgrund seines persönlichen Empfindens und seiner eigenen Meinung geäußertes Wille muss als Ausübung seines Rechtes auf Selbstbestimmung bei der gerichtlichen Entscheidung hinreichend Berücksichtigung finden. Hat der Kindeswille bei einem Kleinkind noch eher geringes Gewicht,...so kommt ihm mit zunehmenden Alter und Einsichtsfähigkeit des Kindes vermehrte Bedeutung zu. Nur dadurch dass der wachsenden Fähigkeit eines Kindes zu eigener Willensbildung und selbstständigen Handeln Rechnung getragen wird, kann auch das mit dem Elternrecht aus Art.6 Abs.2 GG verfolgte Ziel, dass ein Kind sich durch Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit entwickeln kann, erreicht werden²⁴.

Der Kindeswille ist aber nur insoweit zu berücksichtigen, als er dem Kindeswohl entspricht.“²⁵

Das größte Problem im jugendhilferechtlichen und im gerichtlichen Verfahren ist aber, dass Kindern oft zu wenig Möglichkeiten eingeräumt werden, ihre Wünsche zu äußern²⁶. Dafür müsste mehr Zeit und Raum zur Verfügung stehen.

Oft werden die Wünsche des betroffenen Kindes von den verantwortlichen Erwachsenen gar nicht in das jeweilige Verfahren eingebracht. Oder die Wünsche des Kindes werden verfälscht oder entstellt dargestellt. Es kommt auch immer wieder vor, dass Kinder von Richtern, Sozialarbeitern und Verfahrensbeiständen suggestiv befragt werden.

Nicht selten wird eingewandt, das Kind so zu jung, als dass sein Wille berücksichtigt werden könnte. Schließlich wird der Wille von Kindern auch durch absurde wissenschaftlich unhaltbare ideologische Konzepte wie PAS entwertet (dazu ausführlich Fegert²⁷).

„Gut entwickelte, bislang wenig beeinträchtigte Kinder“...haben deutlich bessere Chancen, im familiengerichtlichen Verfahren ihre Bindungen zu zeigen, ihren Willen zu äußern und das Verfahren durch ihre Wünsche zu beeinflussen „als Kinder, die massiv in ihrer Entwicklung beeinträchtigt wurden und unter unsicheren Bindungserfahrungen leiden“²⁸.

3.Betreuungs- und Erziehungskontinuität

²⁴ BVerfG FamRZ 2009, 1389,

²⁵; BVerfG FamRZ 2008, 1737 m.w.N.; BVerfG FamRZ 2009, 1389ff BGH FamRZ, 2010, 1061, 1063 und BGH FamRZ 2011, 796, 798.

²⁶ Marquardt/ Wilhelm, Kindeswohlgefährdung in der Pflegefamilie,

²⁷ Fegert, Verfahrensbeistand, Rdnr.596-604

²⁸ Fegert, Kindeswohl-Definitionsdomäne der Juristen oder der Psychologen? S.52ff

Dieses Kriterium spielt in der gerichtlichen Praxis eine große Rolle. Gemeint ist damit, dass sowohl die betreuende Person wie das gewohnte Umfeld (Kindergarten, Schule und Freunde) möglichst unverändert bleiben sollen. Denn „mit mehrfachem Wechsel der Unterbringung“ „steigt das Risiko von allgemeinen Entwicklungsschäden dramatisch“. „Die Bindungs- und Beziehungsfähigkeit“ wird „schwer beeinträchtigt oder gar zerstört.“²⁹ Der mehrfache Wechsel des Zuhauses und der unmittelbaren Bezugspersonen beeinträchtigen das Kindeswohl in erheblichem Maße (so das Bundesverfassungsgericht FamRZ 2010, 353).

4.Förderungsmöglichkeit der betreuenden Person

Hier geht es um die Frage, welcher Elternteil dem Kind „vermutlich die meiste Unterstützung für den Aufbau seiner Persönlichkeit“ geben kann (BVerfG NJW 81, 217,218; BGH NJW 85, 1702f). Nicht Ausbildung, Bildung oder gar gesellschaftlicher Status spielen eine Rolle. **Vielmehr wird nach der Feinfühligkeit gegenüber den Bedürfnissen des Kindes und dem persönlichen Engagement eines Elternteiles für die Entwicklung seines Kindes gefragt. Es geht um die Bereitschaft und die Fähigkeit, Verantwortung für das Kind zu übernehmen und eigene Interessen gegenüber den Interessen des Kindes zurückzustellen.**

5. Schnelle Entscheidung

Kinder können mit ihrer Entwicklung nicht warten. Sie haben ein Bedürfnis nach stabilen Lebensverhältnissen und gesicherten Bindungen. Tatsächlich bleiben Kinder und Jugendliche oft viele Monate und Jahre in einem Zustand der Ungewissheit und Vorläufigkeit sowie unverbindlicher Beziehungen. Kurzzeitpflege und Bereitschaftspflege über 12 Monate oder sogar Jahre nehmen überhand! Es wird von den dafür Verantwortlichen einfach ignoriert, dass Kinder gerade im Kleinkind und Vorschulalter sehr rasch neue Bindungen an die Pflegeeltern entwickeln, deren erneuter Abbruch eine erneute seelische Schädigung des Kindes wahrscheinlich macht³⁰.

Mit dem neuen Verfahrensgesetz haben die Gesetzgeber das Vorrang und Beschleunigungsgebot eingeführt. Gemäß § 155 Abs.1 FamFG sind Kindschaftssachen, die den Aufenthalt des Kindes, das Umgangsrecht oder die Herausgabe des Kindes betreffen, vorrangig und beschleunigt vom Familiengericht zu bearbeiten. Gemäß § 155 Abs. 2 Satz 1 FamFG ist spätestens einen Monat nach Beginn des Verfahrens mündlich zu

²⁹ Zenz, Verfahrensbeistandschaft, Rdnr. 808

³⁰ Zitelmann, Rdnr. 1096

verhandeln. Dieser Termin darf nur aus zwingenden Gründen verschoben werden.

Für das Handeln des Jugendamtes gilt § 37 SGB VIII:

Ist das Kind in seiner Familie gefährdet, so sollen die Eltern durch Beratung und Hilfe unterstützt werden, wenn **innerhalb eines im Hinblick auf die Entwicklung des Kindes vertretbaren Zeitraums** damit zu rechnen ist, dass die Eltern wieder erziehungsfähig sind. Der „vertretbare Zeitraum“ ist umso kürzer, je kleiner das Kind ist.

„Ist eine nachhaltige Verbesserung der Erziehungsbedingungen in der Herkunftsfamilie innerhalb dieses Zeitraumes nicht erreichbar, so soll mit den beteiligten Personen eine andere, dem Wohl des Kindes ... förderliche auf Dauer angelegte Lebensperspektive erarbeitet werden“ (§ 37 Abs. 1, Satz 4 SGB VIII)³¹.

2. Die UN Kinderrechtskonvention

Unter Berufung auf die UN Kinderrechtskonvention nennt Fegert³² sechs Grundbedürfnisse von Kindern

- 1. Liebe, Akzeptanz und Zuwendung**
- 2. Stabile Bindungen**
- 3. Bedürfnis nach Ernährung und Versorgung**
- 4. Bedürfnis nach Gesundheit**
- 5. Bedürfnis nach Schutz vor Gefahren von materieller und sexueller Ausbeutung**
- 6. Bedürfnis nach Wissen, Bildung und Vermittlung hinreichender Erfahrung³³**

3. Rechtsnormen, die sich mit dem Kindeswohl befassen

Die folgenden gesetzlichen Vorschriften befassen sich mit dem Begriff Kindeswohl:

§ 1 Abs. 1 SGB VIII definiert auch das Kindeswohl. Die Formulierung stammt aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes³⁴:

Jeder junge Mensch hat ein Recht auf Förderung seiner Entwicklung und auf Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit.

³¹ Dazu ausführlich Ludwig Salgo, Zielorientierung und Hilfeplanung

³² Fegert, Die Auswirkungen traumatischer Erfahrungen in der Vorgeschichte von Pflegekindern, S.20ff

³³ Fegert, Kindeswohl, Definitionsdömäne der Juristen oder Psychologen? 33, 41ff

³⁴ Bundesverfassungsgericht FamRZ 2008, 1737

§ 159 Abs. 2 FamFG Persönliche Anhörung des Kindes

Hat das Kind das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet, ist es persönlich anzuhören, wenn die Neigungen, Bindungen oder der Wille des Kindes für die Entscheidung von Bedeutung sind...

§ 1626 Abs.3 BGB Elterliche Sorge, Grundsätze

Zum Wohle des Kindes gehört in der Regel 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“

§ 1627 BGB

Die Eltern haben die elterliche Sorge in eigener Verantwortung und in gegenseitigem Einvernehmen zum Wohle des Kindes auszuüben.....

§ 1629 Abs. 1 Satz 4

Bei Gefahr im Verzug ist jeder Elternteil dazu berechtigt, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zum Wohl des Kindes notwendig sind;....

§ 1631 b Satz 2 BGB

Die Unterbringung ist zulässig, wenn sie zum Wohl des Kindes, insbesondere zur Abwendung einer erheblichen Selbst- oder Fremdgefährdung, erforderlich ist und der Gefahr nicht auf andere Weise, auch nicht durch andere öffentliche Hilfen, begegnet werden kann.

§ 1632 Abs. 4 BGB:

„Lebt das Kind seit längerer Zeit in Familienpflege und wollen die Eltern das Kind von der Pflegeperson wegnehmen, so kann das Familiengericht von Amts wegen oder auf Antrag der Pflegeperson anordnen, dass das Kind bei der Pflegeperson verbleibt, wenn und solange das Kindeswohl durch die Wegnahme gefährdet würde.“

§ 1666 Abs.1 BGB

“Wird das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes oder sein Vermögen gefährdet und sind die Eltern nicht gewillt oder in der Lage, die Gefahr abzuwenden, so hat das Familiengericht die Maßnahmen zu treffen, die zur Abwendung der Gefahr erforderlich sind.“

Ferner bestimmt § 1671 Abs. 2 BGB, dass dem Antrag eines Elternteils auf Übertragung der alleinigen Sorge stattzugeben ist,

„wenn zu erwarten ist, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragsteller dem Wohl des Kindes am besten entspricht.“

§ 1684 Abs.4 BGB

„Das Familiengericht kann das Umgangsrecht oder den Vollzug früherer Entscheidungen über das Umgangsrecht einschränken oder ausschließen, soweit dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist.“

§ 1696 Abs. 1 BGB:

Eine Entscheidung zum Sorge- oder Umgangsrecht oder ein gerichtlich gebilligter Vergleich ist zu ändern, wenn dies aus triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen angezeigt ist....

§ 1696 Abs. 2 BGB:

Eine Maßnahme nach den §§ 1666 bis 1667 oder einer anderen Vorschrift des Bürgerlichen Gesetzbuches, die nur ergriffen werden darf, wenn dies zur Abwendung einer Kindeswohlgefährdung oder zum Wohl des Kindes erforderlich ist (kindesschutzrechtliche Maßnahme), **ist aufzuheben, wenn eine Gefahr für das Wohl des Kindes nicht mehr besteht.....**

Unter der Überschrift „Kindeswohlprinzip“ bestimmt § 1697 a BGB

„Soweit nichts anderes bestimmt ist, trifft das Gericht in Verfahren, ... diejenige Entscheidung, die unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten sowie der berechtigten Interessen der Beteiligten dem Wohl des Kindes am besten entspricht.“

4. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Kindeswohl

„Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG garantiert den Eltern das Recht auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder. Die Erziehung des Kindes ist damit primär in die Verantwortung der Eltern gelegt, wobei dieses „natürliche Recht“ den Eltern nicht vom Staate verliehen worden ist, sondern von diesem als vorgegebenes Recht anerkannt wird. Die Eltern können grundsätzlich frei von staatlichen Eingriffen nach eigenen Vorstellungen darüber entscheiden, wie sie die Pflege und Erziehung ihrer Kinder gestalten und damit ihrer Elternverantwortung gerecht werden wollen (vgl. BVerfGE 60, 79 <88>). In der Beziehung zum Kind muss aber das Kindeswohl die oberste Richtschnur der elterlichen Pflege und Erziehung sein (vgl. BVerfGE 60, 79 <88> m.w.N.). Der Schutz des Elternrechts, das Vater und Mutter gleichermaßen zukommt, erstreckt sich auf die wesentlichen Elemente des Sorgerechts (vgl. BVerfGE 84, 168 <180>; 107, 150 <173>).

Soweit es um die Trennung des Kindes von seinen Eltern als dem stärksten Eingriff in das Elternrecht geht, ist dieser allein unter den Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 3 GG zulässig. Danach dürfen Kinder gegen den Willen des Sorgeberechtigten nur aufgrund eines Gesetzes

von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen (vgl. BVerfGE 72, 122 <137 f.>). Nicht jedes Versagen oder jede Nachlässigkeit der Eltern berechtigt den Staat auf der Grundlage seines ihm nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG zukommenden Wächteramtes, die Eltern von der Pflege und Erziehung ihres Kindes auszuschalten oder gar selbst diese Aufgabe zu übernehmen (vgl. BVerfGE 24, 119 <144 f.>; 60, 79 <91>). Das elterliche Fehlverhalten muss vielmehr ein solches Ausmaß erreichen, dass das Kind bei einem Verbleiben in der Familie in seinem körperlichen, geistigen oder seelischen Wohl nachhaltig gefährdet ist (vgl. BVerfGE 60, 79 <91>) (so das Bundesverfassungsgericht Beschluss vom 4.2.2011, 1BvR 303/11 Juris)

Seit der Entscheidung von 1968 (BVerfGE 24, 119 ff) hat das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung immer wieder bestätigt, dass im Konflikt zwischen dem Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 und dem Recht des Kindes auf eine gesunde Persönlichkeitsentwicklung aus Art. 2 Abs.1 in Verbindung mit Art. 1 Abs.1 GG das Wohl des Kindes immer den Richtpunkt bildet, so dass bei Interessenskonflikten zwischen dem Kind und seinen Eltern das Wohl des Kindes letztendlich bestimmend ist (zuletzt BVerfG FamRZ 2010, 865).

In dieser Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht auch zum Schutz der Bindungen eines Kindes erneut Stellung genommen:

Wenn Kinder in einer Pflegefamilie aufwachsen, „so gebietet es das Kindeswohl, die neuen gewachsenen Bindungen des Kindes zu seinen Pflegepersonen zu berücksichtigen und das Kind aus seiner Pflegefamilie nur herauszunehmen, wenn die körperlichen, geistigen oder seelischen Beeinträchtigungen des Kindes als Folge der Trennung von seinen bisherigen Bezugspersonen unter Berücksichtigung des Recht auf Entwicklung zu einer gesunden Persönlichkeit noch hinnehmbar sind.

Denn „für ein Kind ist mit seiner Herausnahme aus der gewohnten Umwelt ein schwer bestimmbares Zukunftsrisiko verbunden.“(BVerfG FamRZ 2010, 865,866).

Grundsätzlich haben die Gerichte bei Entscheidungen, die die Zukunft eines Kindes betreffen, den Willen eines Kindes zu berücksichtigen, solange dies mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist. (BVerfG FamRZ 2008, 1737, 1738). **Mit zunehmendem Alter kommt dem Willen des Kindes Bedeutung für die gerichtliche Entscheidung zu.** BVerfG FamRZ 2008, 1737, 1738. **Außerdem ist der vom Kind kundgetane Wille auch als Ausdruck seiner Bindungen zu werten** (BVerfG FamRZ 2008, 1737).

5. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte

Die Europäische Menschenrechtskonvention befasst sich in keinem Artikel explizit mit den Rechten von Kindern. Dennoch hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte durch verschiedene Entscheidungen die Rechte von Kindern in den Mitgliedsstaaten

gefördert³⁵. Gestützt auf Art. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention, der Folter, unmenschliche und entwürdigende Behandlung oder Bestrafung verbietet, hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte Staaten verurteilt, die Kinder nicht vor körperlicher Bestrafung durch Eltern oder Schule, aber auch vor Vernachlässigung durch ihre Eltern schützten³⁶. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte stellt in ständiger Rechtsprechung fest:

Das Kindeswohl kann die Interessen der Eltern überwiegen. Insbesondere kann ein Elternteil aufgrund von Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention keine Maßnahmen verlangen, die die Gesundheit des Kindes und seine Entwicklung beeinträchtigen³⁷.

Allerdings verlangt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mit Recht bei Eingriffen in Elternrechte ebenso wie das Bundesverfassungsgericht ein faires Verfahren. Es müssen also alle prozessualen Vorschriften des Deutschen Rechts wie etwa die Anhörungsvorschriften eingehalten worden sein³⁸³⁹.

6. Zum Verfahren vor dem Familiengericht

Die Bedeutung der Grundrechte von Kindern wirkt sich auch auf die Gestaltung des familiengerichtlichen Verfahrens aus:

„Das gerichtliche Verfahren muss in seiner Ausgestaltung geeignet und angemessen sein, um eine möglichst zuverlässige Grundlage für eine am Kindeswohl orientierte Entscheidung zu erlangen“ (So das Bundesverfassungsgericht (BVerfG FamRZ 2010, 865,866 m.w.N) und der Bundesgerichtshof (FamRZ 2010, 1060, 1063, FamRZ 2011, 796, 798) in ständiger Rechtsprechung.).

Das Verfahren muss also korrekt nach den Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) ablaufen.

Bestellung eines Verfahrensbeistandes

Bei bestimmten Verfahren z.B. § 1632 Abs.4 BGB oder § 1666 BGB muss zwingend ein Verfahrensbeistand für das Kind bestellt werden (§ 158 FamFG).

Aufklärung des Sachverhaltes und Anhörungen

³⁵Übersicht über die Rechtsprechung bei Marquardt, Verbleib oder Rückkehr, S.80 m.w.N.

³⁶ Zum Beispiel: Z. And others vs. United Kingdom

³⁷ Haase vs. Germany; Görgülü vs. Germany; Kutzner vs. Germany,

³⁸ Haase vs. Germany,

³⁹

Das Gericht muss seiner **Pflicht zur Ermittlung und Aufklärung des Sachverhaltes** nachkommen (§ 26 FamFG). Die vorgeschriebenen **Anhörungen** müssen durchgeführt werden. Angehört werden müssen die **Eltern** gemäß § 160 FamFG, die **Pflegeeltern** gemäß § 161 Abs. 2 FamFG, das Jugendamt gemäß § 162 Abs. 1 Satz 1 FamFG.

Die persönliche Anhörung des Kindes ist ebenfalls zwingend vorgeschrieben. **Die Rechtsprechung verlangt die persönliche Anhörung des Kindes spätestens ab dem 3. Lebensjahr**⁴⁰. Das Kind ist in Gegenwart seines Verfahrensbeistandes anzuhören (159 Abs. 4 Satz 3 FamFG)⁴¹.

Das Kind muss von allen Richtern des Senates eines Oberlandesgerichtes angehört werden⁴². Denn es gehört zu den Aufgaben des Familiengerichtes sich von dem Kind und seinem geäußertem Willen einen persönlichen Eindruck zu machen⁴³. Den Kindern schadet die Anhörung durch das Gericht nicht. Im Gegenteil die meisten Kinder sind froh, dass sie nach ihrer Meinung befragt werden. Mallory begrüßt es auch, dass Kinder in der Anwesenheit aller Mitglieder eines Senates eines Oberlandesgerichtes angehört werden.

Er schreibt:

*die Erfahrung lehrt zudem, dass die Senatsmitglieder aus der Kindesanhörung zuweilen nicht nur unterschiedliche Eindrücke mitnehmen, sondern auch ihr „Ohrenmerk“ -und Nachfragen - auf unterschiedliche Aspekte des Falles richten*⁴⁴.

Nur ausnahmsweise darf ein Kind in Abwesenheit seines Verfahrensbeistandes angehört werden⁴⁵.

Sachverständigengutachten

Vor Entscheidungen von großer Tragweite für das Kind oder seine Eltern muss um eine möglichst zuverlässige Grundlage für eine am Kindeswohl orientierte Entscheidung zu erlangen, ein kinderpsychologisches Sachverständigengutachten eingeholt werden⁴⁶. Vom Ergebnis dieses Sachverständigengutachtens darf das Gericht nur unter besonderen Umständen abweichen. (BVerfG FamRZ 01, 1285, 1286; BVerfG FamRZ 2009, 399, 400; BGH FamRZ 2010, 1061, 1063; BGH NJW 97, 1446). (Aber die Mitwirkung am Gutachten ist für jeden freiwillig. Sowohl das Kind, wie jeder Elternteil und natürlich auch jeder Pflegeelternanteil hat das Recht die Mitwirkung an der Begutachtung zu verweigern⁴⁷. Für das Kind gibt sein gesetzlicher Vertreter die Einwilligung. Das Kind selbst muss aber auch zustimmen. Denn es gibt kein Gesetz, dass die Mitwirkung vorschreibt).

⁴⁰ Keidel/Engelhardt, Rdnr.8 zu § 159 FamFG

⁴¹ BGH FamRZ 2010, 1060, 1064

⁴² BGH FamRZ 2011, 796, 800

⁴³ BGH FamRZ, 2011, 796, 800

⁴⁴ Mallory, Anmerkung zu BGH FamRZ 2010, 1060; 1065

⁴⁵ BGH ebenda

⁴⁶ BGH FamRZ 2010, 1060, 1063

⁴⁷ BVerfG FamRZ 2011, 179; BVerfG FamRZ 2004, 523; BGH NJW 2010, 1351

7. Warum gibt es Probleme bei der Umsetzung des Kindeswohls in der Praxis?

Wie schon zuvor erwähnt, ist das größte Problem in der Praxis das mangelnde Fachwissen der an der Umsetzung des Kindeswohls beteiligten Fachleute. Richter und Anwälte befassen sich in erster Linie mit finanziellen Fragen des Familienrechts. Selbst Fachanwälte und Fachanwältinnen für Familienrecht verfügen über keine solide Ausbildung betreffend Entwicklungspsychologie oder Kindeswohlgefährdungen. Nur wenige Juristen wissen, welche verheerenden Folgen Misshandlung und vor allem auch Vernachlässigung auf Kinder haben. Fachwissen ist also kaum vorhanden. Es wäre sehr sinnvoll, wenn an den Familiengerichten und Oberlandesgerichten der Großstädte Sonderzuständigkeiten für Verfahren, die sich mit Kindeswohlgefährdungen befassen eingerichtet würden. In Deutschland haben wir mit den Sonderzuständigkeiten bei Gerichten und Staatsanwaltschaften für Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung sehr gute Erfahrungen gemacht.

Aber auch in den Jugendämtern sind nicht alle Fachkräfte ausreichend ausgebildet. Viele Fachkräfte wissen nicht, wie wichtig der Aufbau und der Erhalt der Bindungen für ein Kind sind. In letzter Zeit haben zum Beispiel viele neue Träger die Betreuung von Pflegeeltern und Bereitschaftspflegeeltern übernommen, deren Mitarbeitern es an grundlegendem Fachwissen zum Thema Pflegekinder fehlt. Immer wieder trifft man auf „Fachleute“ die abenteuerliche Vorstellungen zu Bindungen haben.

Außerdem gibt es viel zu wenig Austausch von Fachwissen zwischen den am Kinderschutz beteiligten Professionen, wie Kinderpsychiatern, Kinderpsychologen, Jugendämtern, Anwälten, Polizei und Gerichten⁴⁸. Es gibt in Deutschland zu wenig gemeinsame Diskussionsforen in denen Fachwissen zum Kinderschutz zwischen den beteiligten Professionen ausgetauscht wird. Vor allem Richter und Richterinnen sind schwer zu einer Teilnahme am fachlichen Austausch zu bewegen. Es scheint so, als würden sich die am Kinderschutz beteiligten Berufsgruppen geradezu meiden.

Schließlich fällt es den am Kinderschutz beteiligten Professionen sehr schwer zu akzeptieren, dass es in unserer Gesellschaft Eltern gibt, die in ihrer Persönlichkeitsentwicklung so gravierend beeinträchtigt sind, dass sie ihren Kindern gravierende und leider auch andauernde Schäden zufügen. Hier wirkt ein sehr starkes gesellschaftliches Tabu. **Der Schutz der grundlegenden Bedürfnisse von Kindern ist eine Frage der Anerkennung und Durchsetzung von Menschenrechten und deshalb eine historische Aufgabe.**

(Dieser Aufsatz wurde in der Zeitschrift Paten, 2/2011, S. 5-11 veröffentlicht.)

⁴⁸ /www.uniklinik-ulm.de/typo3temp/GB/ada35f691c.png

Literatur

Marla R. Brassard und David B. Hardy, Psychische Misshandlung, in: Das misshandelte Kind, Herausgeber: Helfer, Kempe, Krugmann, Frankfurt am Main, 2002

Karl Heinz Brisch, Bindung und Trauma, Schutz und Risikofaktoren für die Entwicklung von Kindern, in: Bindung und Trauma, Konsequenzen in der Arbeit für Pflegekinder, Herausgeberin: Stiftung zum Wohl des Pflegekindes, Idstein 2008

Karl Heinz Brisch, „Bindungen und Umgang“, Vortrag auf dem 17. Deutschen Familiengerichtstag, 2007, in: Brühler Schriften zum Familienrecht, Bielefeld 2008

Michael Coester, Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 4, Berlin 2009

Martin Dornes, Seelische Folgen traumatischer Erfahrungen in der Kindheit, in: Traumatische Erfahrungen in der Kindheit, Herausgeberin: Stiftung zum Wohl des Pflegekindes, Idstein 2004

Ulrich Tiber Egle, Frühe Stresserfahrungen in der Kindheit haben gesundheitliche Langzeitfolgen, in: Traumatische Erfahrungen in der Kindheit, Herausgeberin: Stiftung zum Wohl des Pflegekindes, Idstein 2004

Enzmann, Dirk; Wetzels, Peter: Das Ausmaß häuslicher Gewalt und die Bedeutung innerfamiliärer Gewalt für das Sozialverhalten von jungen Menschen aus kriminologischer Sicht, in: Familie, Partnerschaft und Recht 2001, S. 246 ff

Jörg Fegert, Die Auswirkungen traumatischer Erfahrungen in der Vorgeschichte von Pflegekindern, in: 1.Jahrbuch des Pflegekinderwesens, Schwerpunktthema: Traumatisierte Kinder, Herausgeberin: Stiftung zum Wohl des Pflegekindes, Idstein, 2006

Jörg Fegert, Kindeswohl - Definitionsdomäne der Juristen oder der Psychologen?
Vortrag auf dem 13. Deutschen Familiengerichtstag, 1999, Brühler Schriften zum Familienrecht, Bielefeld 2000

Jörg Fegert, Der Wille des Kindes in: Verfahrensbeistandschaft, Herausgeber: Salgo, Zenz, Fegert, Bauer, Weber, Zitelmann, 2. Auflage, Bielefeld 2010

Sunke Himpel und Gerald Hüther, Auswirkungen emotionaler Verunsicherungen und traumatischer Erfahrungen auf die Hirnentwicklung, in: 3.Jahrbuch des Pflegekinderwesens,

Herausgeberin: Stiftung zum Wohl des Pflegekinderwesens, Idstein, 2005

Keidel, FamFG, Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 16. Aufl. München, 2009

Reinhart Lempp, Gerichtliche Kinderpsychiatrie und Jugendpsychiatrie, Bern;1983

Volker Mallory, Anmerkung zu BGH FamRZ 2010, 1060, 1065-1067

Claudia Marquardt / Jutta Lossen, Sexuell missbrauchte Kinder in Gerichtsverfahren, Münster, 1999

Claudia Marquardt/Ricarda Wilhelm, Kindeswohlgefährdung in der Pflegefamilie: Verletzung der Kontrollpflicht durch das Jugendamt, in: Familie, Partnerschaft und Recht, 2004, S. 437 ff

Claudia Marquardt, Verbleib oder Rückkehr aus familienrechtlicher Sicht, in: 4. Jahrbuch des Pflegekinderwesens, Herausgeberin: Stiftung zum Wohl des Pflegekinderwesens, Idstein 2007

Claudia Marquardt, Pflegekinder und der familienrechtliche Schutz ihrer Bindungen an ihre Bereitschaftspflegefamilie, www.pan-ev.de

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Auflage, München 2011

Teresa Ostler/Ute Ziegenhain, Risikoeinschätzung bei (drohender) Kindeswohlgefährdung, in: Kindeswohlgefährdung und Vernachlässigung, Herausgeber: Fegert und Ziegenhain, München 2007

Helmut Remschmidt, Das Wohl des Kindes aus ärztlicher Sicht, in: Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie, 1978, 409 ff

Gisela Zenz, Die spezifische Bedeutung von Bindung und Trennung für das Kindeswohl, in: Verfahrensbeistandschaft, Herausgeber: Salgo, Zenz, Fegert, Bauer, Weber, Zitelmann, 2. Auflage, Bielefeld 2010

Gisela Zenz, Das Wohl der Kinder und Jugendlichen, in: Verfahrensbeistandschaft, Herausgeber: Salgo, Zenz, Fegert, Bauer, Weber, Zitelmann, 2. Auflage, Bielefeld 2010

Ludwig Salgo, Zielorientierung und Hilfeplanung nach dem SGB VIII, in: 2.Jahrbuch des Pflegekinderwesens, Herausgeberin: Stiftung „Zum Wohl des Pflegekinder“, Idstein 2005

Ute Ziegenhain, Das Wohl der Kinder und Jugendlichen, in: Verfahrensbeistandschaft, Herausgeber: Salgo, Zenz, Fegert, Bauer, Weber, Zitelmann, 2. Auflage, Köln 2010

Maud Zitelmann, Kindeswille und Kindeswohl, In: Verfahrensbeistandschaft
Herausgeber: Salgo, Zenz, Fegert, Bauer, Weber, Zitelmann, 2. Auflage Köln,2010