

## DER SCHUTZ MINDERJÄHRIGER IM DEUTSCHEN KINDSCHAFTSRECHT

Prof. Dr. Michael COESTER\*

### I. RECHTSGRUNDLAGEN

#### 1. VERFASSUNGSRECHT

Art. 6 Abs. 2 und 3 der deutschen Verfassung bestimmt:

*"Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.*

*Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur aufgrund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen."*

Die Vorschrift geht von der natürlich Betreuungsbedürftigkeit neugeborener Menschen aus und weist die Verantwortung für die Kinder primär den Eltern zu. Zwar ist auch die staatliche Gemeinschaft an der jungen Generation interessiert, ein unmittelbarer Zugriff auf die Kindeserziehung wird jedoch nicht eröffnet: Die subsidiäre staatliche Verantwortung beschränkt sich im Regelfall auf die Überwachung elterlicher Erziehungstätigkeit, nur bei Versagen der Eltern darf unmittelbar eingegriffen werden. Art. 6 Abs. 2, 3 der Verfassung richtete sich gezielt gegen die Übergriffe des totalitären Staates in die Familie und wollte den familiären Privatraum grundrechtlich absichern<sup>1</sup>.

1) Zur Entstehungsgeschichte von Art. 6 Abs. 2, 3 GG vgl. Bonner Kommentar - *Jestaedt* (74, Lieferung Dezember 1995, Art. 6 Abs. 2 und 3, Rz. 3 ff.)

\*) Münih Üniversitesi Öğretim Üyesi

Inhaltlich enthält Art. 6 Abs. 2 eine doppelte Aussage: Im Verhältnis Kind-Eltern wird diesen die umfassende rechtliche Verantwortung für das Wohlergehen des Kindes zugewiesen, und im Verhältnis Eltern-Staat wird den Eltern ein Freiraum zur Erfüllung dieser Aufgabe garantiert, der staatliches Hineinregieren in die Familie für den Normalfall ausschließt.

Trotz der so konstituierten Elternautonomie enthält die Verfassung aber doch gewisse Aussagen darüber, was unter verantwortungsvoller "Pflege und Erziehung" zu verstehen ist. Das Kind ist mit seiner Geburt Rechtssubjekt und seinerseits Träger aller grundrechtlichen Gewährleistungen; Ziel der elterlichen Sorge muß deshalb sein, die Grundrechte des Kindes - da es dies noch nicht selbst kann - zu schützen. Hierzu gehört der spezifische Anspruch von Kindern, sich in Richtung auf das Menschenbild der Verfassung hin entwickeln zu können: Hin zu einer Persönlichkeit, die in freier Selbstbestimmung und Selbstverantwortung ihr Leben gestaltet. Die elterliche Sorge ist den Eltern nicht nur ihrer selbst willen oder als Selbstzweck eingeräumt, sondern als zweckgebundene, auf die Wahrung und Verwirklichung der Kindesinteressen gerichtete Verantwortung. Demgemäß wird das Elternrecht der Verfassung als "Pflichtrecht" definiert, d.h. als Rechtsposition, die den Eltern im Verhältnis zum Kind nur deshalb und insoweit eingeräumt ist, damit sie anstelle des Kindes dessen Interessen verwirklichen können - eine Rechtsmacht nur zur Erfüllung von Pflichten gegenüber dem Kind, ohne jede eigenützige Komponente.

Obwohl das Elternrecht der Verfassung demnach vom Ziel und der Funktion her strikt gebunden ist, erlangen die Eltern faktisch doch große Bewegungsfreiheit dadurch, daß der *Inhalt* der Interessen eines konkreten Kindes nicht objektiv feststeht, sondern der Interpretation und Konkretisierung bedarf. Die Autonomie der Eltern wirkt sich vor allem darin aus, daß *sie* es sind, denen der Primat zur Definition der Kindesinteressen zusteht - sie sind also zwar strikt verpflichtet, den Kindesinteressen zu dienen, *was* aber die Kindesinteressen sind, wird innerhalb eines breiten Ermessensspielraums von den Eltern selbst bestimmt. Erst an den Vertretbarkeitsgrenzen elterlichen Kindeswohlverständnisses setzt die staatliche Kontrolle ein, im Sinne der subsidiären Wächterfunktion des Staates gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 2 der Verfassung. Hieraus folgt, daß es nicht Sache der staatlichen Gemeinschaft sein kann, für die optimale Einhaltung der Entwicklungsbedingungen eines Kindes zu sorgen. Die Wahl der einen oder anderen Ausbildung, der einen oder anderen Erziehungsmethode mag mehr oder weniger gut sein - erscheint die elterliche Entscheidung im Lichte der gesellschaftlichen Auffassungen als noch vertretbar, so fehlt es schon an objektiven Kriterien, anhand derer man eine andere Entscheidung als "noch besser" staatlicherseits vorschreiben könnte. Darüber hinaus wäre der Schaden einer staatlichen Intervention in den Familienbereich in diesen Fällen größer als der Nutzen, da die Kindesinteressen regelmäßig am besten *durch* die Eltern, aber nicht gegen sie verwirklicht werden können: Staatliche Erziehung hat sich stets und überall als unterlegen gegenüber der familiären Erziehung erwiesen. Pointiert gesagt steht das deut-

sche Recht also auf dem Standpunkt: Die positive Verwirklichung des Kindeswohls ist weitgehend ausschließlich Sache der Eltern, die subsidiäre staatliche Verantwortung kann nur Fehlentwicklungen und Schädigungen abfangen, die Person der Eltern und ihre sozio-ökonomischen Verhältnisse gehören grundsätzlich zum Schicksal und Lebensrisiko eines Kindes<sup>2</sup>.

Allerdings wird dieser verfassungsrechtliche Befund ergänzt durch die Pflicht der staatlichen Gemeinschaft, nicht nur als "Wächter" über das Kindeswohl mögliche Schädigungen abzuwehren, sondern darüber hinaus derjenigen Institution, die erfahrungsgemäß die Lebensbedingungen von Kindern am besten gewährleistet, nämlich der *Familie* weitestmöglich Hilfe und Unterstützung bei der Erfüllung dieser Sozialisationsaufgabe zukommen zu lassen. Diese positive Förderungs- und Hilfspflicht des Staates ergibt sich sowohl aus Art. 6 Abs. 1 der Verfassung (Förderung der Familiengemeinschaft) wie auch aus den Grundrechten sind, sowie schließlich aus dem Sozialstaatsprinzip der Verfassung (Art. 20 Abs. 1).

Wie sind diese verfassungsrechtlichen Vorgaben nun vom Gesetzgeber umgesetzt?

## 2. Einfaches Gesetzesrecht

Die Wächterfunktion des Staates gemäß Art. 6 Abs. 2 S.2 der Verfassung ist vor allem durch die Generalklausel des § 1666 BGB konkretisiert, wonach das zuständige Gericht verpflichtet ist, bei Gefährdungen des Kindeswohls einzugreifen und alle zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen<sup>3</sup>. Um diese Generalklausel sind eine Reihe von Spezialvorschriften gruppiert, die den Kinderschutz in speziellen Situationen zum Inhalt haben (§ 1631a BGB: Berufswahl; § 1631b: Heimunterbringung; § 1632 IV BGB: Konflikt zwischen Pflegeeltern und biologischen Eltern; § 1634 II BGB: Umgangsstreitigkeiten zwischen getrennt lebenden Eltern; § 1671 V BGB: Kindesgefährdung bei Scheidung). Diese Spezialvorschriften fügen dem grundsätzlichen Schutzansatz des § 1666 BGB kaum Wesentliches hinzu; die weitere Erörterung wird sich deshalb auf die Generalklausel konzentrieren.

Entsprechend der verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Staates, nicht nur Schaden abzuwehren, sondern die Familienerziehung positiv zu stützen und zu fördern, hat der deutsche Gesetzgeber seit 1992 ein neustrukturiertes Leistungs- und Hilfssystem etabliert, das als sozialrechtliches Angebot an Eltern und Kinder konzipiert ist und durch

2) BVerfGE 24, 119, 144 f.; 34, 165, 184; 60, 79, 94; NJW 1986, 3129, 3131; *Staudinger/Coester* § 1666 Rz. 67.

3) Nach noch geltendem Recht ist das Vormundschaftsgericht zuständig; nach dem Regierungsentwurf einer Kindschaftsrechtsreform vom 28.02.1996 soll diese Funktion künftig vom Familiengericht wahrgenommen werden.

ergänzende Hilfen Problemen in der Familienerziehung vorbeugen oder bei entstandenen Problemen den Eltern helfend zur Seite treten will (Kinder- und Jugendhilfegesetz = KJHG)<sup>4</sup>.

## II. Die Generalklausel § 1666 BGB: Struktur<sup>5</sup>

### 1. Tatbestand

Dem Wortlaut nach enthält § 1666 BGB drei Tatbestandselemente: Kindeswohgefährdung, alternativ vier Gefährdungsursachen sowie fehlende Gefahrabwendung durch die Eltern. Der Wortreichtum der Vorschrift kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich nicht um deskriptives Recht handelt, unter das Sachverhalte lediglich zu subsumieren wären; vielmehr handelt es sich um eine *Generalklausel*, die dem Richter die verantwortliche Entscheidung zuschiebt, ob die von der Verfassung primär den Eltern zugewiesene Verantwortung für das Kind versagt hat und nunmehr der Staat aufgrund seines Wächteramtes verpflichtet ist, zum Schutze des Kindes einzuschreiten.

Zentrales Tatbestandsmerkmal ist die *Kindesgefährdung*, d.h. eine gegenwärtige, konkrete Gefahr für das Kind, die voraussichtlich zu einer erheblichen Schädigung führen wird<sup>6</sup>. Sonstige Voraussetzungen sind *nicht* gefordert, auch wenn dies zum Teil behauptet oder vom Gesetzeswortlaut suggeriert wird.

Dies gilt zum einen für das Erfordernis "elterlichen Verschuldens" an der Kindesgefährdung: Mit der Einführung des Tatbestandsmerkmals "Versagen der Eltern" im Jahre 1980 hat der Gesetzgeber ausdrücklich klargestellt, daß der Staat auch dann zum kindeschützenden Eingriff befugt ist, wenn die Eltern an der Gefährdung keine Schuld trifft (etwa wegen Abwesenheit oder Geisteskrankheit)<sup>7</sup>. Zwar wird behauptet,

4) Das KJHG ist gesetzestechnisch in das "Sozialgesetzbuch" (SGB) integriert; da es dort dessen 8. Buch darstellt, wird das KJHG häufig auch als "SGB VIII" zitiert. Zur Bedeutung des KJHG für das deutsche Familienrecht siehe Coester, Fam RZ 1991, 253 ff.

5) § 1666 I, II BGB lautet:

"Wird das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kinder durch mißbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge, durch Vernachlässigung des Kindes, durch unverschuldetes Versagen der Eltern oder durch das Verhalten eines Dritten gefährdet, so hat das Vormundschaftsgericht, wenn die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Das Gericht kann auch Maßnahmen mit Wirkung gegen einen Dritten treffen.

Das Gericht kann Erklärungen der Eltern oder eines Elternteils ersetzen."

Diese Vorschriften beziehen sich nur auf das *persönliche Wohl* des Kindes; die *Vermögenssorge* ist Gegenstand der §§ 1666 III, 1667, 1670 BGB (nach dem Regierungsentwurf einer Kindschaftsrechtsreform vom 28.02.1996 werden Personensorge und Vermögenssorge im Rahmen des künftigen § 1666 BGB zusammengefaßt). Im Rahmen dieses Vortrags werden Fragen der Vermögenssorge außer Acht gelassen.

6) BGH FamRZ 1956, 350; Staudinger/Coester § 1666 Rz. 64 ff.

7) Die Abkoppelung des Kindesschutzes von schuldhaftem Verhalten der Eltern ist grundsätzlich verfassungsgemäß, BVerfG NJW 1982, 1379, 1382.

daß auch heute noch die Merkmale "Mißbrauch" oder "Vernachlässigung" elterliche Schuld implizierten; die Gerichte wenden diese Tatbestandsvarianten jedoch zumeist nicht an, sondern begnügen sich - nach Feststellung einer Kindesgefährdung - in aller Regel mit der Bemerkung, daß "jedenfalls" ein unverschuldetes Versagen vorliege<sup>8</sup>.

Verzichtbar ist auch das überwiegend noch geforderte Element (objektiver) *elterlicher Pflichtwidrigkeit* als Ursache der Kindesgefährdung. Beim Kindesschutz geht es nicht um die Bestrafung elterlichen Fehlverhaltens, sondern um Schutz des Kindes; man kann nicht gefährdete Kinder nur deshalb schutzlos lassen, weil den Eltern keine Pflichtverletzung nachgewiesen werden kann<sup>9</sup>.

Überflüssig sind schließlich auch die vom Gesetz selber aufgezählten Tatbestandsvarianten "Mißbrauch", "Vernachlässigung" oder "Versagen der Eltern", üblicherweise zusammengefaßt in dem Oberbegriff "*Erziehungsunvermögen der Eltern*"<sup>10</sup>. Entscheidend ist allein das Faktum der Kindesgefährdung; mit seiner Feststellung ist bereits impliziert, daß die Eltern in ihrer Schutzfunktion für das Kind im Ergebnis, aus welchen Gründen auch immer, "versagt" haben. Die Bezugsetzung der Kindesgefährdung zu irgendwelchem kausalen Elternverhalten ist also überflüssig; das Kind ist nicht zu schützen, da sich seine Eltern in bestimmter Weise verhalten haben, sondern weil eine Gefährdung seiner Rechtsposition zu befürchten ist<sup>11</sup>. Dem entspricht, daß staatliche Kindesschutzmaßnahmen auch dann angeordnet werden können, wenn die Gefahr nicht von den Eltern selbst, sondern von einem Dritten ausgeht (§ 1666 II BGB).

Neben dem somit entscheidenden Merkmal der Kindesgefährdung enthält § 1666 I BGB aber noch eine zweite, wesentliche Aussage: Auch bei eingetretener Gefährdung darf das Gericht erst dann eingreifen, wenn es festgestellt hat, daß die Eltern auch jetzt nicht in der Lage oder gewillt sind, die eingetretene Gefährdung abzuwenden (*Gefahrabwendungsprimat der Eltern*). Mit diesem Erfordernis wird dem verfassungsrechtlichen Primat der Eltern zum Schutz des Kindes Rechnung getragen; eines Eingriffs bedarf es nicht, wenn die Eltern zur Beseitigung der Kindesgefährdung nach entsprechenden Hinweisen und dem Angebot staatlicher Hilfe bereit sind, die nötigen Gegenmaßnahmen zu treffen. Für einen unmittelbaren staatlichen Eingriff fehlt es dann an der verfassungsrechtlichen Legitimation.

8) Rechtsprechungsnachweise bei *Staudinger/Coester* § 1666 Rz. 13.

9) *Zenz*, Kindesmißhandlung und Kindesrechte, 1979, S. 320 ff., 347; *Staudinger/Coester*, § 1666 Rz. 17-21; für die Gegenmeinung *MünchKomm-Hinz*, § 1666 BGB Rz. 20.

10) *Palandt/Diederichsen*, § 1666 BGB Rz. 4, 6; BayOblG FamRZ 1991, 1218, 1220.

11) Ausführlich *Staudinger/Coester*, § 1666 Rz. 22-24. Folgerichtig hat man auch beim Entwurf zu einem Kindschaftsrechtsreformgesetz vom 28.02.1996 erwogen, den Tatbestand des § 1666 BGB auf das allein maßgebliche Merkmal der "Kindesgefährdung" zu reduzieren - leider hat man sich hierzu nicht durchringen können.

## 2. Rechtsfolgen

Ist der Tatbestand des § 1666 BGB erfüllt, räumt das Gesetz dem Richter weitgehende Ermessensfreiheit ein; er hat alle "zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen". Durch die Ausrichtung auf "Gefahrabwendung" werden dem richterlichen Eingriff in der Sache allerdings Richtung und Konturen vorgegeben. Jedoch ist, bevor in das elterliche Sorgerecht eingegriffen werden darf, auch auf der Rechtsfolgenseite noch eine weitere Schranke zu beachten: Jeder Eingriff in das verfassungsrechtlich garantierte Elternrecht steht unter dem *Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit*, d.h. von mehreren das Kindesinteresse wahren den Wegen muß der das Elternrecht am wenigsten beeinträchtigende gewählt werden; der staatliche Eingriff muß überdies geeignet sein, die Kindersituation wirklich zu verbessern<sup>12</sup>. Dieser Grundsatz ist in § 1666a BGB für besonders schwerwiegende Eingriffe ausdrücklich normiert, er gilt aber auch für alle sonstigen richterlichen Maßnahmen. Aus ihm folgt vor allem, daß *vor* Beschränkungen des elterlichen Sorgerechts versucht werden muß, durch Maßnahmen der Jugendhilfe oder anderer Sozialinstitutionen das familiäre Problem zu lösen: Kommt es etwa in der Familie einer alleinerziehenden Mutter zur Vernachlässigung der Kinder und zu Entwicklungsstörungen, so dürfen die Kinder nicht aus dem Familienhaushalt herausgenommen werden, wenn die Probleme durch Einsatz einer Tagespflegeperson (§ 23 KJHG) oder eines Erziehungsbeistands (§ 30 KJHG) gelöst werden können. Der Grundsatz "Hilfe vor Eingriff" hat im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1, 2 GG verfassungsrechtliches Gewicht.

Darüber hinaus muß immer abgewogen werden, ob durch die staatliche Maßnahme nicht ihrerseits eine Schädigung des Kindes zu befürchten ist, die den Nutzen des staatlichen Eingriffs wieder aufwiegt: Ist beispielsweise das Kindeswohl durch elterliches Fehlverhalten gefährdet (Verweigerung des Schulbesuchs<sup>13</sup>, Isolierung des Kindes durch "overprotection"<sup>14</sup> oder aufgrund religiöser Überzeugungen<sup>15</sup>), so könnte eine Herausnahme des Kindes aus der Familie *diese* Gefährdung zwar beenden, würde wegen der Zerstörung der psychosozialen Eltern-Kind-Beziehung aber zu anderen, schweren Belastungen für das Kind führen. Nach § 1666 BGB ist der Staat nicht legitimiert, ein Übel durch ein anderes zu ersetzen; er darf nur eingreifen, wenn er wirklich Besseres zu bieten hat.

12) BVerfGE 24, 119, 145; 60, 79, 89; FamRZ 1989, 145, 146.

13) BayOBLG FamRZ 1983, 231.

14) BayObLG FamRZ 1987, 1080; AG Moers ZfJ 1986, 113.

15) Vgl. OLG Hamburg FamRZ 1985, 1284.

### III. Wesentliche Anwendungsfelder des § 1666 BGB

Der Anwendungsbereich des § 1666 BGB ist grundsätzlich allumfassend, hier können nur die wichtigsten Bereiche hervorgehoben werden.

1. Zum klassischen Bereich gehören *Gesundheitsgefährdungen* des Kindes, wobei dieser Begriff sowohl die körperliche wie auch die geistig-seelische Gesundheit umfaßt. So hat der Richter natürlich einzuschreiten bei Kindesmißhandlungen und sexuellem Mißbrauch von Kindern - das Problem liegt hier weniger auf rechtlicher Ebene, sondern bei der Ermittlung und dem Nachweis entsprechender Vorgänge<sup>16</sup>. Die Verfolgung wird auch dadurch erschwert, daß zwischen (angeblich) "gerechtfertigten Züchtigungen" und Kindesmißhandlungen unterschieden werden muß. Ein generelles Gewaltverbot gegenüber Kindern ist häufig gefordert worden, hat sich jedoch bislang nicht durchsetzen können<sup>17</sup>.

Gesundheitsgefährdungen können auch dadurch drohen, daß die Eltern eine objektiv gebotene ärztliche Behandlung verweigern - etwa aus religiösen Gründen<sup>18</sup>.

Die "seelische Gesundheit" kann beispielsweise gefährdet sein, wenn die Eltern dem Kind ein unsittliches Vorbild geben, etwa durch sexuelle Handlungen vor den Augen des Kindes oder durch offensichtliche Prostitution<sup>19</sup>. Ähnliches gilt, wenn die Eltern vor den Kindern gewalttätige Konflikte austragen<sup>20</sup> oder das Kind zu Terrorismus oder Anarchismus erziehen.

2. Häufig wird das Kindeswohl auch dadurch gefährdet daß die biologischen Eltern das Kind von anderen Pflegepersonen, bei denen es jahrelang aufgewachsen ist und zu denen es enge psychosoziale Bindungen entwickelt hat, abrupt herausverlangen: Dies kann sich für das Kind traumatisch auswirken und seine weitere Entwicklung entscheidend stören<sup>21</sup>.

3. Das Kindeswohl ist weiterhin dann gefährdet, wenn seine Entwicklungsmöglichkeiten einschneidend beschränkt werden - etwa wenn die Eltern das Kind vom Schulbesuch abhalten<sup>22</sup>, wenn die Eltern im Gefängnis inhaftiert sind und das Kind dort aufwachsen müßte<sup>23</sup> oder wenn die Eltern aufgrund ihrer eigenen geistigen Behinderung

16 Grundlegend Zenz, Kindesmißhandlung und Kindesrechte, 1979.

17 § 1631 II BGB verbietet allerdings "entwürdigende Erziehungsmaßnahmen". Nach einem gesetzlichen Reformentwurf soll die Vorschrift wie folgt geändert werden: "Körperliche und seelische Mißhandlungen sowie andere entwürdigende Erziehungsmaßnahmen sind unzulässig." (Mißhandlungsverbotsgesetz, BT-Drucks. 12/6343). Ein sachlicher Fortschritt wird durch diese Reform nicht erreicht.

18 OLG Hamm FamRZ 1968, 221; BayObLG FamRZ 1984, 929; FamRZ 1991, 214.

19 Vgl. OLG Stuttgart NJW 1985, 67; BayObLG FamRZ 1958, 97.

20 BayObLG, Der Amtsvormund 1981, 901; 1983, 381.

21 Vielfältige Nachweise bei Staudinger / Coester, § 1666 BGB Rz. 96.

22 BayObLG, FamRZ 1983, 231; FamRZ 1985, 635; FamRZ 1987, 1080.

23 Vgl. Staudinger / Coester, § 1666 Rz. 103.

dem Kind nicht die Anregung und Entfaltung bieten können, die von gesunden Eltern zu erwarten wäre. Allerdings ist gerade in diesen Fällen der Grundsatz "Hilfe vor Eingriff" besonders zu beachten: Es ist unzulässig, geistig behinderten Eltern routinemäßig ihre (gesunden) Kinder wegzunehmen; vielmehr haben die staatlichen Behörden alle Anstrengungen zu unternehmen, um es den Eltern zu ermöglichen, mit Hilfe anderer, professioneller Erziehungspersonen ihr Kind doch bei sich behalten zu können<sup>24</sup>.

4. Das Kindeswohl kann auch dadurch gefährdet sein, daß die Eltern den Kontakt des Kindes zu Personen vereiteln, zu denen es eine positive Beziehung hat - etwa zu Großeltern oder zu einem Stiefelternteil, mit dem das Kind längere Zeit in Familiengemeinschaft gelebt hat. Die Gerichte tendieren dazu, in solchen Fällen gemäß § 1666 BGB anzuordnen, daß der sorgeberechtigte Elternteil diesen Kontakt zu gewähren und zu fördern habe<sup>25</sup>. Allerdings ist fraglich, ob sich diese Anordnungen zum Wohle des Kindes auswirken: Regelmäßig besteht in diesen Fällen zwischen den erwachsenen Personen ein Konflikt, und der gerichtlich erzwungene Kontakt des Kindes mit Personen, die sein Elternteil ablehnt, dürfte dem Wohl des Kindes in der Praxis wohl kaum förderlich sein<sup>26</sup>.

5. Zu Gefährdungen des Kindeswohls kann es schließlich auch kommen, wenn die Eltern die zunehmende Reife und Selbständigkeit heranwachsender Jugendlicher nicht genügend berücksichtigen, sondern ihre altersgemäße Entwicklung unterdrücken ("Adoleszenzkonflikte"). Die von der Verfassung als Leitbild aufgestellte Selbstbestimmungs- und Selbstverantwortungsfähigkeit der Staatsbürger entsteht nicht schlagartig mit Volljährigkeit, sondern muß während des Heranwachsens kontinuierlich gelernt und eingeübt werden. Verhindern die Eltern diesen Einübungsprozeß und gewähren auch dem älteren Kind keinerlei Entscheidungsfreiraum, so kann in Extremfällen ein gerichtliches Einschreiten erforderlich sein. Zu den typischen Konfliktfeldern in diesem Zusammenhang gehören Fragen der Ausbildungs- und Berufswahl<sup>27</sup>, der persönliche Umgang des Jugendlichen mit Dritten<sup>28</sup> oder etwa Eltern-Kind-Konflikte bezüglich ärztlicher Behandlung oder Operationen des Kindes, bis hin zum Schwangerschaftsabbruch bei der minderjährigen Tochter. Gegen den Willen eines einsichtsfähigen Kindes können die Eltern derartige ärztliche Eingriffe grundsätzlich nicht erzwingen; wollen die Eltern umgekehrt einen vom Kind gewünschten Eingriff verhindern, so kommt es auch hier darauf an, ob die Richter eine schon vorhandene Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Kin-

24 BVerfG NJW 1982, 1379; LG Berlin FamRZ 1988, 1308.

25 Rechtsprechungsnachweise bei *Staudinger/Peschell/Gutzeit*, § 1634 Rz. 108; *Staudinger/Coester*, § 1666 Rz. 109.

26 Fragwürdig deshalb auch der neue § 1685 BGB (ab 1.7. 1998) der den Groß- und Stiefeltern ein gesetzliches Umgangsrecht einräumen will.

27 Siehe dazu die Sondernorm des § 1631a BGB.

28 Vgl. dazu § 1632 II, III BGB.



des bezüglich des Eingriffs bejahen: In diesem Fall darf das Kind allein entscheiden. Allerdings neigen die Gerichte dazu, die Bejahung der Urteilsfähigkeit des Kindes davon abhängig zu machen, ob sie selbst den gewünschten Eingriff für sinnvoll halten oder nicht: Ist beispielsweise das Gericht gegen die von einer schwangeren Tochter gewünschte Abtreibung, so wird es diesen Wunsch für unvernünftig halten und die elterliche Verweigerung des Schwangerschaftsabbruchs bestätigen<sup>29</sup>; hält das Gericht hingegen eine vom Jugendlichen gewünschte psychiatrische Behandlung für sinnvoll, wird es das Kind für entscheidungsfähig erachten und das elterliche Verbot gemäß § 1666 BGB aufheben<sup>30</sup>.

6. All die vorgenannten Problembereiche begegnen mit besonderem Gepräge, wenn es zu Eltern-Kind-Konflikten bei in Deutschland lebenden Ausländerfamilien kommt. Typischerweise werden diese Konflikte akut zwischen heranwachsenden Mädchen, die in Deutschland geboren oder zumindest jahrelang aufgewachsen sind und den westlich-freiheitlichen Lebensstil ihrer Altersgenossinnen kennengelernt haben, und ihren Eltern, die aus religiösen oder kulturellen Gründen auf einer strikten Kontrolle des Lebenswandels der Tochter bestehen und ihr nicht die Entfaltungsmöglichkeiten gewähren, die in deutschen Familien üblich sind. Häufig kommt es zu Gewalthandlungen der Eltern gegen die Tochter oder zur Verweigerung von Schul- oder sonstiger Ausbildung, zu der die Tochter von ihrer Begabung her geeignet wäre.

Für derartige Fälle ist vorab kollisionsrechtlich festzustellen, daß Maßnahmen des Kindesschutzes für Kinder mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland grundsätzlich nach deutschem Recht erfolgen, auch wenn alle Familienmitglieder ausländische Staatsangehörigkeit haben und damit die interne Eltern-Kind-Beziehung ihrem Heimatrecht untersteht (Art. 1, 2 des Haager Minderjährigenschutzabkommens). Das Problem liegt allerdings in Wirklichkeit nicht in einem Konflikt zwischen deutschem Recht und dem Heimatrecht der Beteiligten: So ist insbesondere für die türkischen Familien in Deutschland festzustellen, daß die restriktive Erziehung heranwachsender Mädchen nicht aus dem türkischen Familienrecht folgt, sondern aus dem traditionellen Verständnis islamischer Religion. Religiöse oder kulturelle Überzeugungen innerhalb einer Familie sind aber Umstände, die im Rahmen der Generalklausel des § 1666 BGB ohne weiteres zu berücksichtigen sind, auch bei rein deutschen Familien.

Bei Anwendung des § 1666 BGB auf einschlägige Konfliktfälle wird einerseits besonderer Respekt und Achtung vor der fremden Kultur und Religion gefordert, so daß die Gerichte nur eingreifen dürften, wenn das elterliche Verhalten die öffentliche Ordnung (*ordre public*) Deutschlands verletzt<sup>31</sup>. Auf der anderen Seite wird darauf hingewiesen, daß die Jugendlichen aufgrund ihres Aufwachsens in Deutschland dem fremden

29 LG München FamRZ 1979, 850; LG Köln FamRZ 1987, 207.

30 KG FamRZ 1972, 646; BayObLG FamRZ 1984, 933.

31 Vgl. Art. 6 EGBGB; LG Berlin FamRZ 1983, 943; FamRZ 1983, 947.

Kulturkreis nicht mehr (voll) angehören, sie seien gewissermaßen bi-kulturell. Deshalb dürfe man z.B. Töchter türkischer Eltern nicht schutzlos lassen, wenn sie durch eine orthodox-islamische Erziehung in ihren Entfaltungsmöglichkeiten wesentlich beschränkt würden. Wenn es in der Vergangenheit zu Gewalttätigkeiten oder gar zu Selbstmordversuchen der Tochter gekommen war, haben die Gerichte deshalb eingegriffen und die Tochter auf ihren Wunsch hin aus der Familie genommen<sup>32</sup>. Zugunsten der Eltern wird hingegen entschieden, wenn das Kind Konflikte oder elterliches Fehlverhalten nur behauptet, um sich in der Pubertät dem unerwünschten elterlichen Einfluß zu entziehen<sup>33</sup>.

Wie im Einzelfall auch immer entschieden wird, die Gerichte werden die Balance zwischen zwei Fehlhaltungen zu finden haben: Einerseits die schutzlose Überantwortung von Kindern an eine kulturell bedingt einengende Erziehung, obwohl die Kindern bisher andere Erziehung genossen haben oder aber dieser Kultur inzwischen entwachsen sind, andererseits vorschnelle, vermeintlich "rettende" Eingriffe in ausländische Familien, die die Entfremdung von Eltern und Kindern erst endgültig herbeiführen und damit die Familie zerstören<sup>34</sup>.

#### IV. Kindesentführungen

Wird das Kind *durch Dritte* entführt, so bedeutet dies einen Eingriff in das Sorgerecht der Eltern. Dieses gilt als absolut geschütztes Recht, so daß die Eltern deliktsrechtlich gegen die Entführer vorgehen können: Die Unterlassung der Entführung oder die Rückführung des Kindes verlangen, aber auch Schadensersatz für die Kosten, die durch die Ermittlung des Kindesaufenthalts und die Rückführung entstehen (§ 823 I BGB)<sup>35</sup>. Daneben bedeutet die Kindesentführung auch Straftat, aufgrund der der Entführer mit Geld - oder Freiheitsstrafe bestraft werden kann (§ 235 StGB).

Problematischer und praktisch häufiger sind Entführungen des Kindes *durch einen Elternteil*. Ist eine derartige Entführung geschehen, etwa im Rahmen eines Scheidungskonfliktes, so können hieraus negative Konsequenzen für den Entführer bei der späteren gerichtlichen Sorgerechtsregelung erwachsen: Da die mit einer Entführung verbundenen Umstände in aller Regel schädlich, wenn nicht traumatisch für das Kind sind, gehen die Gerichte davon aus, daß der Entführer sein Handeln nicht am Kindeswohl ausgerichtet und deshalb als Sorgeberechtigter nicht geeignet ist<sup>36</sup>. Allerdings stößt diese Sanktion auf Grenzen: Hat es der Entführer geschafft, daß das Kind seitdem lange Zeit

32 KG FamRZ 1985, 97 f.; BayObLG FamRZ 1985, 737; FamRZ 1993, 229.

33 LG Berlin FamRZ 1983, 947; BayObLG FamRZ 1984, 1259, FamRZ 1991, 1218.

34 Vgl. ausführlich *Staudinger/Coester*, § 1666 Rz. 120-129; *Coester*, Der Amtsvormund 1990, 847 ff.; siehe auch BayObLG FamRZ 1991, 1218.

35 Vgl. BGH NJW 1990, 2060; Erstattung der von den Eltern angewendeten Detektivkosten.

36 Umfassende Nachweise bei *Staudinger/Coester*, § 1671 Rz. 85.

bei ihm lebt, so können es die Kontinuitätsinteressen des Kindes gebieten, es nicht durch eine Sorgeentscheidung aus dem gewohnten Umfeld erneut herauszureißen - im Ergebnis kann es also geboten sein, im Interesse des Kindes von einer Sanktion gegen den Elternteil abzusehen. Daneben kann auch ein Elternteil den Straftatbestand des § 235 StGB verwirklichen, allerdings sind derartige Strafverfahren gegen Elternteile nicht bekannt geworden.

Mangels effektiver Sanktionen und vor allem auch im Kindesinteresse richtet sich das Hauptaugenmerk deshalb auf die Frage, wie Kindesentführungen durch ein Elternteil *vorgebeugt* werden kann. Zunächst gibt es hier einen Streit über die Rechtsgrundlage, aufgrund derer die Gerichte vorgehen könnten. Da der nicht sorgeberechtigte Elternteil häufig sein Umgangsrecht mit dem Kind ausnutzt, um das Kind zu entführen, wird der Regelungsansatz häufig in § 1634 II 2 BGB gesehen, wonach das Familiengericht die Befugnis zum Umgang einschränken oder ausschließen kann, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist. Auf der anderen Seite sind Kindesentführungen durch einen Elternteil aber auch ohne Zusammenhang mit der Ausübung des Umgangsrechts denkbar, so daß zumindest auch Maßnahmen nach § 1666 BGB in Betracht kommen<sup>37</sup>. Man braucht sich nicht zwischen beiden Normen zu entscheiden, sondern kann je nach Zusammenhang und gewünschter Maßnahme die eine oder die andere wählen<sup>38</sup>.

Es bleibt zu fragen, welche Maßnahmen in Betracht kommen, um einer Entführungsfahr zu begegnen. Droht ein Mißbrauch des Umgangsrechts, so ordnen die Gerichte gelegentlich an, daß der nicht sorgeberechtigte Elternteil den Umgang mit dem Kind nur in Anwesenheit eines neutralen Dritten (etwa eines Mitarbeiters des Jugendamtes) wahrnehmen kann<sup>39</sup>. In kritischen Fällen kommt aber auch der gesamte Ausschluß des Umgangsrechts in Betracht. Besteht die Gefahr, daß der Elternteil das Kind ins Ausland entführt, so kann nach § 1634 II 2 oder § 1666 BGB das Verbot ausgesprochen werden, das Kind mit ins Ausland zu nehmen<sup>40</sup> - es mag allerdings bezweifelt werden, ob derartige Verbote effektiv sind. Darüber hinaus ist erwogen worden, dem ausländischen Elternteil gerichtlich aufzugeben, das in seinem Paß miteingetragene Kind dort löschen zu lassen, damit er es nicht ohne weiteres ins Ausland verbringen kann<sup>41</sup>. Des Weiteren verlangen manche Gerichte von dem ausländischen Elternteil, daß er -wenn er das Umgangsrecht mit dem Kind ausüben will- vorher seinen Reisepaß oder Personalaus-

37 OLG Köln FamRZ 1985, 1059, 1060.

38 Nach geltendem Recht gibt es dabei allerdings noch Schwierigkeiten hinsichtlich der Zuständigkeit des Gerichts: Für Umgangsregelungen ist das Familiengericht zuständig, für Maßnahmen nach § 1666 BGB das Vormundschaftsgericht. Nach dem Regierungsentwurf einer Kindschaftsreform vom 28.02.1996 soll dieser Zuständigkeitskonflikt überwunden werden, für beiderlei Maßnahmen wird das Familiengericht zuständig sein. Dieses neue Recht tritt am 1.7.1998 in Kraft.

39 Vgl. OLG Celle, FamRZ 1996, 364.

40 So OLG München FamRZ 1993, 94

41 Vgl. OLG Köln FamRZ 1985, 1059, 1060.

weis bei einer neutralen Stelle zu hinterlegen hat<sup>42</sup>. Bei beiden, auf den ausländischen Paß bezogenen Maßnahmen ist jedoch zweifelhaft, ob sie rechtlich wirklich zulässig sind: Der Paß eines Ausländers unterliegt der Hoheit des ausländischen Staates, deutsche Verwaltungsbehörden sind nicht berechtigt, über einen gültigen ausländischen Paß zu verfügen. Es wird deshalb in der Literatur die Auffassung vertreten, daß derartige Sicherungsmaßnahmen gegen Kindesentführungen nicht zulässig seien<sup>43</sup>. Durch derartige Maßnahmen könnten die Konflikte zwischen den Eltern nicht wirklich befriedet werden; eine effektive Eindämmung von grenzüberschreitenden Kindesentführungen sei nur durch die internationalen Kindesentführungsabkommen erreichbar.

Damit ist aber schon die Grenze der mir gestellten Thematik erreicht, über internationale Kindesentführungen werden andere Referenten berichten. Für das interne deutsche Recht bleibt festzuhalten, daß Kindesentführungen zwar negativ bewertet werden und versucht wird, sie zu verhindern, daß aber andererseits effektive Maßnahmen zum Ausschluß solcher Praktiken nicht zur Verfügung stehen.

42 So OLG Köln FAmRZ 1972, 572 und offenbar eine verbreitete Praxis.

43 Staudinger/Pesche/Gutzeit, § 1634 Rz. 303 m.w.N.