

Rechtspolitisches Forum

Legal Policy Forum

51

Barbara Veit

Kinderschutz quo vadis -
vom staatlichen Wächteramt
zur Kinderpolizei?

Das Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier hat die wissenschaftliche Forschung und Beratung auf Gebieten der Rechtspolitik sowie die systematische Erfassung wesentlicher rechtspolitischer Themen im In- und Ausland zur Aufgabe. Es wurde im Januar 2000 gegründet.

Das *Rechtspolitische Forum* veröffentlicht Ansätze und Ergebnisse national wie international orientierter rechtspolitischer Forschung und mag als Quelle für weitere Anregungen und Entwicklungen auf diesem Gebiet dienen. Die in den Beiträgen enthaltenen Darstellungen und Ansichten sind solche des Verfassers und entsprechen nicht notwendig Ansichten des Instituts für Rechtspolitik.

Fälle von Kindesmisshandlung schrecken immer wieder die Öffentlichkeit wach und haben den Ruf nach einem früheren Tätigwerden des Staates immer lauter werden lassen. Der Beitrag geht der Frage nach, ab wann und mit welchen Mitteln sich der Staat im Interesse des Kindesschutzes in die Familie hineinbewegen kann und darf. Damit soll ein kleiner Beitrag zur Schnittstelle zwischen Elternprimat und staatlicher Verantwortung für den Kindesschutz auf den zwei Ebenen Kinder- und Jugendhilfe einerseits sowie Familiengericht andererseits geleistet werden.

Barbara Veit, Jahrgang 1958, Studium der Rechtswissenschaften in Trier von 1977-1984, Promotion 1989, Habilitation 1995, ist seit 1996 an der Georg-August-Universität Göttingen Professorin für das Fach Bürgerliches Recht mit besonderem Schwerpunkt im Familienrecht, seit 2008 Direktorin des Instituts für Privat- und Prozessrecht an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen, Mitglied der Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstags.

KINDESSCHUTZ QUO VADIS – VOM STAATLICHEN WÄCHTERAMT ZUR KINDERPOLIZEI?

PROF. DR. BARBARA VEIT

I. Einleitung, Problemstellung

Fälle von Kindesmisshandlungen und erheblicher Delinquenz von Kindern und Jugendlichen¹ schrecken immer wieder die Öffentlichkeit auf. Genannt seien hier nur die Namen einiger Kinder, die infolge Misshandlung gestorben sind: 2004 Dennis aus Cottbus, 2005 Jessica aus Hamburg, 2006 Kevin und Benjamin Pascal aus Bremen, Leon Sebastian aus Sömmerda, 2007 Lea Sophie aus Schwerin, alle im Alter zwischen 10 Monaten und 6 Jahren verhungert oder verdurstet. Vor allem der Fall Kevin hat die Öffentlichkeit aufgeschreckt, weil der von der bremischen Bürgerschaft eingesetzte parlamentarische Untersuchungsausschuss Defizite bei fast allen Verantwortlichen festgestellt hat², von Mitarbeitern auf der Behördenebene, insbesondere dem eigens für den Fall eingesetzten Casemanager und dem Amtsvormund beim Jugendamt³, bis hin zu Verantwortlichen im Gesundheitssystem⁴. Zu spätes Herantreten an das Familiengericht als Ursache für den Todesfall! Umgekehrt hatte das Jugendamt im Fall Benjamin Pascal

1 *Bundeskriminalamt* (Hrsg.), *Polizeiliche Kriminalstatistik Bundesrepublik Deutschland, Berichtsjahr 2008*, S. 72 ff., 86 ff., 97 ff.

2 Fazit des Ausschusses: „Zusammenfassend muss festgestellt werden, dass sich trotz des Engagements Einzelner zu viele Beteiligte darauf verlassen haben, dass der formal zuständige Casemanager etwas unternehmen werde. Sie hätten kritischer und beharrlicher sein müssen. Zahlreiche wichtige Informationen sind sternförmig bei einem Untätigen zusammengelaufen, der nicht kontrolliert wurde. So blieb es bei der fatalen Entscheidung, das Kind in der Obhut seines vermeintlichen Vaters zu lassen“ (LT-Drucks. 16/1381, S. 114).

3 LT-Drucks. 16/1381, S. 47 ff.

4 LT-Drucks. 16/1381, S. 94 ff.; Überblick über weitere Verantwortliche bei *Backer*, JAmt 2007, 281, 282 f.

insgesamt sechs Mal das zuständige Familiengericht um Einschränkung der elterlichen Sorge ersucht, vergeblich⁵.

Diese Fälle ließen den Ruf nach früherem Tätigwerden des Staates immer lauter werden – die Lösungsvorschläge reichen von stärkerer Kontrolle der Eltern durch den Staat bis hin zu besseren und transparenteren Angeboten an frühen Hilfen⁶. Der Ruf nach Prävention als Mittel zum besseren Kinderschutz? Ab wann darf/muss sich der Staat im Interesse des Kinderschutzes in die Familie hineinbewegen oder gar als Polizei im Interesse der Kinder, von mir „Kinderpolizei“ genannt, auftreten? Um diese Frage zu beantworten, soll zunächst kurz erläutert werden, was „Kinderschutz“ bedeutet und wer hierfür verantwortlich ist (unter II.). Danach werden die gesetzgeberischen Aktivitäten zum Kinderschutz im Kinder- und Jugendhilfe- sowie Kindschaftsrecht skizziert (unter III.), um hierauf aufbauend das System des staatlichen Kinderschutzes zu erläutern (unter IV.). Dieses System wirft zahlreiche verfassungsrechtliche Fragen auf, denen nach einer Erläuterung der verfassungsrechtlichen Vorgaben des Kinderschutzes (unter V.) nachgegangen werden soll (unter VI.)⁷. Abschließend werden kaleidoskopisch noch ausstehende Verbesserungen des Kinderschutzes betrachtet (unter VII.).

II. Der Begriff des Kinderschutzes und die Verantwortlichen

Kinderschutz im engeren juristischen Sinn lässt sich definieren als Schutz des Kindes vor Gefahren für Leib und Seele. Die primären Kindeschützer sind die leiblichen Eltern⁸. Nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ist die Pflege und Erziehung der Kinder ihr natürliches Recht

5 *Salgo*, in: Ziegenhain/Fegert, Kindeswohlgefährdung und Vernachlässigung, 2008, S. 9, 14.

6 Im März 2007 wurde ein Nationales Zentrum für Frühe Hilfen in der Trägerschaft des Deutschen Jugendinstituts und der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung gegründet, das die Praxis dabei unterstützen soll, familiäre Belastungen früher zu erkennen und bedarfsgerechte Unterstützungsangebote anzubieten.

7 Auf die Vereinbarkeit mit Art. 8 EMRK (Achtung des Familienlebens) kann hier aus Platzgründen nicht näher eingegangen werden.

8 *Langenfeld/Wiesner*, in: DIJuF, Verantwortlich handeln – Schutz und Hilfe bei Kindeswohlgefährdung, Saarbrücker Memorandum, 2004, S. 45, 48 ff.

und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Zur Pflege und Erziehung eines Kindes gehört aber auch der Schutz des Kindes vor Gefahren für Leib und Seele. Als weiterer Kindeschützer kommt „die staatliche Gemeinschaft“ in Betracht, die nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG darüber „wacht“, ob die Eltern ihrer Elternverantwortung nachkommen. Teil dieser staatlichen Gemeinschaft⁹ sind die Jugendämter als Träger der öffentlichen Jugendhilfe (§ 69 Abs. 1, Abs. 3 SGB VIII) und die Familiengerichte, denen grundsätzlich Eingriffe in die elterliche Erziehungsverantwortung vorbehalten sind. Darüber hinaus ist die Polizei dem Kinderschutz verpflichtet; ihr Auftrag ist allerdings auf die Verhütung und Verfolgung von Straftaten begrenzt¹⁰; das Gleiche gilt für die Strafjustiz¹¹. Wichtige sozialpädagogische Aufgaben haben auch Lehrer und Erzieher¹²; der Kinderschutz der Ärzte und anderer Akteure im Gesundheitswesen reicht von der Begleitung Schwangerer bis hin zur Behandlung von Krankheiten. So unterschiedlich wie die Akteure sind auch die Blickwinkel, aus denen heraus Kinderschutz betrieben wird. Die nachfolgenden Ausführungen sind auf den familienrechtlichen Kinderschutz durch die beiden Akteure Familiengericht und Kinder- und Jugendhilfe begrenzt.

III. Überblick über die verschiedenen gesetzgeberischen Aktivitäten zum Kinderschutz seit 2005

1. Die Änderungen im Kinder- und Jugendhilferecht

Kinder und Jugendliche vor Gefahren zu schützen, ist eines der zentralen Anliegen des Kinder- und Jugendhilferechts, wie es im

⁹ Der Begriff „staatliche Gemeinschaft“ wird überwiegend mit dem Begriff „Staat“ gleichgesetzt, Bonner Kommentar/*Jestaedt*, 74. Lfg. 1995, Art. 6 Abs. 2 und 3 GG Rn. 180 m.w.N.; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Robbers*, 5. Aufl. 2005, Art. 6 Abs. 2 Rn. 240 spricht von der „gesamte[n] Staatlichkeit“, „mehrere[n] Stellen“.

¹⁰ *Wiesner*, ZKJ 2008, 143, 144; *Becker*, ZKJ 2008, 185; *Müller*, FPR 2009, 581.

¹¹ http://www.fachstelle-kinderschutz.de/cms/upload/Publikationen/Broschueren/Band_1_aktuell.pdf, S. 34 ff.

¹² http://www.fachstelle-kinderschutz.de/cms/upload/Publikationen/Broschueren/Band_1_aktuell.pdf, S. 20 ff.

SGB VIII geregelt ist¹³ (§ 1 Abs. 3 Nr. 3 SGB VIII¹⁴). Es handelt sich dabei neben Beratung und Unterstützung um das dritte Element des Auftrags der Kinder- und Jugendhilfe¹⁵, wahrgenommen in erster Linie durch die Jugendämter (§ 3 Abs. 2 SGB VIII)¹⁶. Dieser Schutzauftrag findet sich seit 1.10.2005 in § 8a SGB VIII¹⁷. Danach hat das Jugendamt bei gewichtigen Anhaltspunkten für eine Kindeswohlgefährdung das Gefährdungsrisiko abzuschätzen, dabei andere Fachkräfte (Abs. 1 S. 1 zweiter HS) und die Eltern sowie das Kind einzubeziehen (Abs. 1 S. 2) und, falls erforderlich, das Familiengericht anzurufen (Abs. 3).

2. *Die Änderungen des Kindschaftsrechts* (§ 1666 BGB, §§ 157, 166 FamFG)

Verbessert wurden in der Folge auch die rechtlichen Möglichkeiten des Familiengerichts, bei drohender oder bestehender Gefährdung einzugreifen¹⁸. Mit dem Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls (in der

13 Das Kinder- und Jugendhilferecht im materiellen Sinn reicht weiter und umfasst auch das AdVermittG (vgl. § 51 SGB VIII) sowie das JugSchG (s. § 14 SGB VIII) (Münder/Meysen/Trenczek/Münder, Frankfurter Kommentar SGB VIII, 6. Aufl. 2009, Einl. Rn. 23)

14 Art. 1 des Kinder- und Jugendhilfegesetzes von 1990 ist das SGB VIII (BGBl. I, S. 1163).

15 Wiesner/Wiesner SGB VIII, 3. Aufl. 2006, § 1 Rn. 38; Hampe-Grosser, FPR 2009, 564, 565.

16 Dieser Gesamtauftrag ist damit äußerst ambivalent: Während im früheren Jugendwohlfahrtsgesetz der Eingriff in die elterliche Sorge bei Kindeswohlgefährdung sowie organisationsrechtliche Fragen im Vordergrund standen (Münder/Meysen/Trenczek/Münder [Fn. 13], § 1 Rn. 40), vollzieht das SGB VIII 1991 einen Perspektivenwechsel hin zu einem Gesetz, in dem es um Förderung und präventiven Schutz von Kindern und Jugendlichen durch Unterstützung und Stärkung der Elternverantwortung auf Wunsch oder im Einvernehmen mit den sorgeberechtigten Eltern geht (Wiesner/Wiesner [Fn. 15], Einl. Rn. 61).

17 Eingefügt durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe (Kinder- und Jugendhilfeweiterentwicklungsgesetz – KICK), BGBl. I 2005, 2729.

18 Arbeitsgruppenpapier v. 17.11.2006, S. 3, <http://www.bmj.bund.de/files/-/1515/Abschlussbericht%20Kindeswohl.pdf>.

Fachwelt KiWoMaG genannt)¹⁹ sowie dem FamFG²⁰ wurden vier Änderungen des Kindschaftsrechts eingeführt²¹:

Erstens wurde der Tatbestand des § 1666 BGB verschlankt. Diese Vorschrift enthält die Zentralvorschrift des zivilrechtlichen Kindeschutzes und bildet die unmittelbare Umsetzung des staatlichen Wächteramtes nach Art. 6 Abs. 2 GG²².

Zweitens wurde § 1666 BGB um einen Absatz 3 ergänzt, in dem die Bandbreite der gerichtlichen Maßnahmen zur Abwehr einer Kindeswohlgefährdung aufgelistet ist²³.

Drittens wurde auf verfahrensrechtlicher Ebene eine Möglichkeit geschaffen, mit der das Familiengericht für den Fall, dass es von der Anordnung einer konkreten Maßnahme abgesehen hat²⁴, seine Entscheidung nochmals in dem Fall überprüfen kann (§ 1696 Abs. 3 BGB a.F. [§ 166 Abs. 3 FamFG]).

Und viertens wurde im Verfahrensrecht ein so genanntes Erörterungsgespräch eingeführt (§ 50 f FGG [§ 157 FamFG])²⁵.

19 V. 4.7.2008 (BGBl. I, S. 1188), in Kraft seit 12.7.2008. Zum Sprachgebrauch *Oberloskamp*, in: Lipp/Schumann/Veit (Hrsg.), Kinderschutz bei Kindeswohlgefährdung – neue Mittel und Wege?, 6. Göttinger Workshop zum Familienrecht, 2007, S. 45, 51.

20 V. 17.12.2008 (BGBl. I, S. 2586), in Kraft seit dem 1.9.2009.

21 Außer Betracht bleibt im nachfolgenden das für alle Kindschaftssachen grundlegende Vorrang- und Beschleunigungsgebot (§ 50 e FGG [§ 155 FamFG]), weil es zusätzliche eigene Probleme birgt. Im Übrigen sollen die verfahrensrechtlichen Änderungen nachfolgend nur in der Fassung des FamFG betrachtet werden.

22 Staudinger/*Coester*, Neubearbeitung 2009, § 1666 Rn. 1.

23 BR-Drucks. 550/07, S. 17.

24 Bisher gab es nur die Möglichkeit, eine bereits erlassene Maßnahme nochmals einer Überprüfung zu unterwerfen und aufzuheben, wenn eine Gefahr für das Kindeswohl nicht mehr bestand (s. §§ 1696 Abs. 2 und 3 BGB a.F.). Die neue Kontrollmöglichkeit wurde geschaffen, nachdem die Arbeitsgruppe (Fn. 18) zum Ergebnis gelangt war, dass die Jugendämter sich bei Ablehnung einer Maßnahme in der Regel zurückhalten, das Familiengericht erneut anzurufen; zudem endet der Druck auf die Eltern wegen Beendigung des Verfahrens und im ungünstigsten Fall fühlten sich die Eltern durch die gerichtliche Entscheidung bestätigt und würden keine Notwendigkeit erkennen, mit dem Jugendamt zu kooperieren (BR-Drucks. 550/07, S. 8).

25 Nach früherem Recht konnte das Gericht, wenn es ein Verfahren nach § 1666 BGB eingeleitet hatte, die Eltern nur persönlich anhören, um mit ihnen zu

3. Praktische Folgen der Neuregelungen

Infolge dieser Neuregelungen, v.a. des § 8a SGB VIII, hat die Zahl der Anzeigen der Kinder- und Jugendhilfe an das Familiengericht zugenommen; in den meisten Fällen sind es ohnehin die Jugendämter, die das Familiengericht über Kindesmisshandlungen unterrichten²⁶. Nach Angaben des Statistischen Bundesamtes stieg die Zahl der Anrufungen 2007 gegenüber dem Vorjahr um 18,5 % auf 2.000 Fälle und um 30 % gegenüber 2005²⁷. Zeitgleich ist auf der Ebene des Familiengerichts die Zahl der Sorgerechtsentziehungen im Jahr 2007 auf 10.800 Fälle angestiegen, was eine Steigerung gegenüber 2006 um 12,5 % und um 23 % gegenüber 2005 bedeutet²⁸. Nach den jüngsten Mitteilungen des Statistischen Bundesamtes vom 17.7.2009 hat sich die Zahl der Sorgerechtsentziehungen im Jahre 2008 gegenüber dem Jahr 2007 um nahezu weitere 8 % erhöht²⁹.

Diese Zahlen belegen allerdings noch keine Zunahme von Kindesmisshandlungen; vielmehr ist deren Zahl nicht annähernd präzise zu ermitteln³⁰. Die Schätzungen differieren zwischen 48.000

erörtern, wie einer möglichen Gefährdung des Kindeswohls begegnet werden kann. Dieses Gespräch diene der Sachverhaltsaufklärung; es wurde aber nicht dazu genutzt, um auf die Eltern dahingehend einzuwirken, die notwendigen öffentlichen Hilfen auch in Anspruch zu nehmen; BR-Drucks. 550/07, S. 8). Mit dem KiWoMaG wurde nun auch diese Schutzlücke geschlossen.

26 S. Abschlussbericht v. 14.7.2009, S. 13, http://www.bmj.bund.de/files/-/3908/Abschlussbericht_Kindeswohl_Juli2009.pdf.

27 Pressemitteilung des Statistischen Bundesamtes Nr. 261 v. 18.7.2008, http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Presse/pm/2008/07/PD08__261__225,templateId=renderPrint.psml.

28 Pressemitteilung des Statistischen Bundesamtes Nr. 261 v. 18.7.2008, http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Presse/pm/2008/07/PD08__261__225,templateId=renderPrint.psml.

29 http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Presse/pm/2009/07/PD09__269__225,templateId=renderPrint.psml.

30 Eindeutig feststellen lässt sich nur die Zahl der Tötungsdelikte, die seit den 90er Jahren rückläufig ist, wogegen es in der polizeilichen Kriminalstatistik zu einem Anstieg der registrierten Körperverletzungen gekommen ist (*Neubacher*, ZRP 2008, 192); kritisch zum Fehlen empirischer Langzeitstudien *Schumann*, in: Behrends/Schumann (Hrsg.), *Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Bd. 3, Gesetzgebung, Menschenbild und Sozialmodell im Familien- und Sozialrecht*, 2008, S. 169, 182.

und 480.000 Kindern im Alter bis 6 Jahren, die in gefährdenden Situationen aufwachsen; klarer zu ermitteln ist dagegen die Zahl der Hilfen zur Erziehung für Kinder unter 6 Jahren und ihre Familien, die von ca. 79.000 im Jahr 1992 auf ca. 123.600 im Jahr 2004 angestiegen ist³¹. Im Jahr 2008 haben mehr als eine halbe Million Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene in Deutschland eine erzieherische Hilfe in Anspruch genommen; jeder zehnte junge Mensch war dabei außerhalb des Elternhauses untergebracht³². In dieser Inanspruchnahme von Hilfen liegt zwar noch keine Situation von Kindeswohlgefährdung; wohl aber hat das Problembewusstsein auf allen Seiten, auch der betroffenen Familien, zugenommen³³. Zugleich ist die Anzeigebereitschaft in der Gesellschaft gestiegen, was nicht zuletzt auf eine abnehmende Toleranz gegenüber Gewalt in Familie und Schule zurückzuführen ist³⁴.

IV. Das System des staatlichen Kinderschutzes nach den Neuregelungen

Mit den genannten Regeln wurden sowohl auf der Ebene der Kinder- und Jugendhilfe als auch des Familiengerichts Instrumente geschaffen, die es dem Staat erlauben, früher als bisher auf An-

31 *Bundesjugendkuratorium*, JAmt 2008, 72. Das Bundesjugendkuratorium ist ein von der Bundesregierung eingesetztes Gremium, das diese in grundsätzlichen Fragen der Kinder- und Jugendpolitik berät. Dem Kuratorium gehören 15 Sachverständige aus Wissenschaft, Politik, Verwaltung und Verbänden an (JAmt 2009, 426).

32 Pressemitteilung des *Statistischen Bundesamtes* v. 22.10.2009, ZKJ 2009, 469.

33 *Bundesjugendkuratorium*, JAmt 2008, 72; zur Lage der Erziehungsberatung *Menne*, JAmt 2009, 531 ff.

34 *Bussmann*, Report über die Auswirkungen des Gesetzes zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung, 2005, S. 15 (Studie vom Bundesjustizministerium und des BMFSFJ in Auftrag gegeben – Interviews mit 3000 Eltern im Jahre 2001); *Neubacher*, ZRP 2008, 193 führt die gesunkene Toleranz auf das Gesetz zur Ächtung von Gewalt in der Erziehung (2000) zurück, das zu einem Einstellungswandel geführt hat. Nach dem Report über die Auswirkungen des Gesetzes zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung sind inzwischen eine Tracht Prügel oder Schläge nur noch seltene Erziehungsmethoden; gestiegen sind die Erziehungsmaßnahmen: Fernseh- und Ausgehverbot, Taschengeldkürzungen, aber auch das „Niederbrüllen“ des Kindes (S. 19).

zeichen einer Kindeswohlgefährdung zu reagieren. Dieses System des modernen Kinderschutzes soll nachfolgend etwas genauer betrachtet werden, um die Schwierigkeiten und Unsicherheiten der beteiligten Professionen im Umgang mit Fällen von Kindeswohlgefährdung zu verdeutlichen.

1. Der Kinderschutz durch das Jugendamt

a) Förderangebote und Hilfen bei Erziehungsdefiziten

Soweit kein Betreuungs- und Erziehungsdefizit der Eltern vorliegt, haben die Familien mit der Kinder- und Jugendhilfe nur insoweit zu tun, als sie die allgemeinen Förderangebote – wie etwa Jugendfreizeiten als Angebot der Jugendarbeit (§ 11 Abs. 3 Nr. 5 SGB VIII) – annehmen. Enger wird die Verbindung zum Jugendamt dagegen, „wenn eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht mehr gewährleistet ist“ (§ 27 Abs. 1 SGB VIII). In diesem Fall muss das Jugendamt konkrete Hilfeangebote im Einzelfall machen, wie z. B. Erziehungsberatung (§ 28 SGB VIII) oder sozialpädagogische Familienhilfe zur Wahrnehmung von Erziehungsaufgaben (§ 31 SGB VIII).

Wann ist nun aber eine dem Wohl des Kindes entsprechende Erziehung nicht mehr gewährleistet?

Der Gesetzgeber beschreibt mit dem Begriff des „Kindeswohls“ die in Recht und Gesellschaft vorhandenen Vorstellungen darüber, was notwendig und förderlich für ein gesundes Aufwachsen eines Kindes ist³⁵. Diese Vorstellungen stehen allerdings nicht unverrückbar fest, sondern unterliegen einem laufenden Wandel, was sowohl die abstrakte Begriffsbestimmung als auch die Konkretisierung im Einzelfall erheblich erschwert; z. T. wird von einer „Leerformel“ oder „einer alles und deshalb nichts sagenden Generalklausel“ gesprochen³⁶. Eine Vielzahl außerjuristischer Elemente – wissenschaftliche Erkenntnisse über die Bedürfnisse von Kindern (z. B. aus der Verhaltensforschung, Psychologie, Soziologie) und gesellschaftliche Standards³⁷ – beeinflussen den Begriff ebenso

35 Coester, in: Lipp/Schumann/Veit (Fn. 19), S. 19, 22.

36 Diederichsen, FamRZ 1978, 461, 467 f.; ders., NJW 1998, 1977, 1991; krit. weiter Mnookin, FamRZ 1975, 1, 3; Jopt, ZfJ 1996, 203, 204.

37 Coester, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983, S. 419 ff.

wie eigene Wertvorstellungen des Entscheiders³⁸. Trotz dieser Unsicherheiten gibt es aber auch einige feste und zwar gesetzliche Konkretisierungen des Kindeswohlbegriffs: So wird in § 1 SGB VIII das Ziel jeder Erziehung deutlich benannt: die eigenverantwortliche und gemeinschaftsfähige Persönlichkeit³⁹; als Erziehungsleitlinien nennt das Gesetz u.a. die Kontinuität und Stabilität der Betreuungs- und Erziehungsverhältnisse (vgl. § 1632 Abs. 4 BGB) sowie die körperliche und seelische Integrität (vgl. § 1631 Abs. 2 BGB).

Wann ist nun aber eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht mehr gewährleistet? Zum Teil wird danach gefragt, ob die konkrete Lebenssituation durch Mangel oder soziale Benachteiligung gekennzeichnet ist, d. h. Mangel an Anregung, Kommunikation, pädagogischer Unterstützung, Ausbildungsmöglichkeiten usw.; Maßstab sei das, was in unserer Gesellschaft normal, d. h. üblich, sei⁴⁰. Bei diesem Ansatz wird allerdings verkannt, dass es *die* Normalsituation als solche nicht gibt, sondern vor dem Hintergrund der Pluralisierung der Lebenslagen und Individualisierung der Lebensführung ein breites Spektrum an Normalität zu akzeptieren ist⁴¹. Näher liegt vielmehr, nach den Faktoren zu fragen, die die Entwicklung des einzelnen Kindes belasten (Behinderungen, Wohnverhältnisse, mangelnde Fähigkeiten der Eltern⁴²) und dann zu prüfen, ob durch diese Mangelsituation ein Entwicklungsdefizit eingetreten ist, das seinerseits Folge des erzieherischen Handelns oder Nichthandelns der Eltern ist⁴³.

Ist diese Frage zu bejahen, so hat das Jugendamt dem Personensorgeberechtigten die geeignete und notwendige Hilfe zu gewäh-

38 Deutlich *Mnookin*, FamRZ 1975, 1, 4: „Manche schmutzigen Elternhäuser gefährden das Heranwachsen und das Wohlbefinden der Kinder ernsthaft; aber es ist schwer festzustellen, wie der Richter diese von denen unterscheidet, die lediglich die Empfindsamkeit des Fürsorgers gestört haben mögen“.

39 BVerfG FamRZ 2008, 1737, 1738; § 1 Abs. 1 SGB VIII.

40 Münder/Meysen/Trenzczek/Tammen/Trenzczek (Fn. 13), § 27 Rn. 7 m.w.N.

41 Wiesner/Wiesner (Fn. 15), § 27 Rn. 20.

42 Wiesner/Wiesner (Fn. 15), § 27 Rn. 21 f.

43 Wiesner/Wiesner (Fn. 15), § 27 Rn. 23.

ren⁴⁴, allerdings nur auf eine entsprechende Erklärung des Personensorgeberechtigten hin. Liegt zwar ein erzieherischer Bedarf, aber keine Bereitschaft zur Annahme der Hilfen vor, so kann den Eltern die Hilfe nicht aufgedrängt werden.

b) Gefährdungsabschätzung nach § 8a SGB VIII

Verschärft sich die beschriebene allgemeine Mangelsituation und werden dem Jugendamt „gewichtige Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung“ bekannt, so beginnt seine Pflicht nach § 8a SGB VIII, das Gefährdungsrisiko im Zusammenwirken mehrerer Fachkräfte abzuschätzen⁴⁵. Unklar ist allerdings, wann solche gewichtigen Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung vorliegen.

aa) Gewichtige Anhaltspunkte für die Gefährdung des Kindeswohls

Nach überwiegender Ansicht genügt, dass konkrete Hinweise auf oder ernst zu nehmende Vermutungen für eine Gefährdung vorliegen, die von einem „gewissen Gewicht“ sind⁴⁶. Nicht ausreichen soll dagegen, dass die Hinweise eine Gefährdung „entfernt möglich erscheinen“ lassen⁴⁷. Allerdings ist auch diese Begriffsbestimmung sehr vage und ersetzt einen unbestimmten Rechtsbegriff durch zwei andere einschließlich einer Prognoseentscheidung⁴⁸.

Konkreter sind dann schon die für die Praxis von verschiedenen Vereinen und Jugendämtern verfassten Empfehlungen, Kinder-

44 Str. ist, ob Eignung und Notwendigkeit Tatbestandsvoraussetzungen sind (so Münder/Meysen/Trenczek/Tammen/Trenczek (Fn. 13), § 27 Rn. 3 m.w.N.; a.A. Wiesner/Wiesner (Fn. 15), § 27 Rn. 25a.

45 Über Abs. 2 werden auch die kommunalen Einrichtungen und Dienste wie etwa Kindertageseinrichtungen oder Beratungsstellen von dieser Pflicht erfasst.

46 Wiesner/Wiesner (Fn. 15), § 8a Rn. 13; Münder/Meysen/Trenczek/Meysen (Fn. 13), § 8a Rn. 12.

47 Münder/Meysen/Trenczek/Meysen (Fn. 13), § 8a Rn. 12; a.A. Kunkel/Bringewat, LPG-SGB VIII, 3. Aufl. 2006, § 8a Rn. 19.

48 Wiesner/Wiesner (Fn. 15), § 8a Rn. 14.

schutzbögen und Standards zur Umsetzung des Schutzauftrags⁴⁹. So nennen etwa die Empfehlungen der Bundeskonferenz für Erziehungsberatung e.V. folgende gewichtige Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung: Kind sehr mager/sehr dick; Kind wirkt benommen, matt, sprunghaft, fehlt häufig in der Schule; die Erziehungsperson fehlt oder ist nur schwer ansprechbar; sie schlägt das Kind, beschimpft es häufig oder wiederholt; in der Familie zeigen sich ausgeprägte Bindungsstörungen oder Suchtprobleme⁵⁰. Solche Listen enthalten allerdings nur Indizien, so dass trotz Vorliegens einer oder mehrerer Anhaltspunkte noch keine Kindeswohlgefährdung drohen muss und umgekehrt. Sie bergen zudem Unsicherheit, da sie sehr stark divergieren; ihre Vereinheitlichung⁵¹ wird ebenso gefordert wie eine Überarbeitung der Listen unter Rezeption wissenschaftlicher Forschung zur Praxis der Jugendämter und zum Wert dieser Indizien⁵². Aber auch außerhalb dieser Listen bestehen erhebliche Meinungsverschiedenheiten über den Zeitpunkt, wann der Schutzauftrag des Jugendamtes greift: Genügt dafür schon die Trennung der Eltern⁵³ oder deren

49 Empfehlungen der Arbeitsgruppe der Großstadtjugendämter beim Deutschen Städtetag, NDV 2009, 263 ff.; Empfehlungen der Bundeskonferenz für Erziehungsberatung e.V., 2006, S. 36 ff., http://www.bke.de/content/application/shop.download/1154630348_kinderschutz_und_beratung.pdf; Empfehlungen des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge e.V. zur Festlegung fachlicher Verfahrensstandards in den Jugendämtern bei Gefährdung des Kindeswohls, http://www.deutscher-verein.de/05-empfehlungen/2009/pdf/Kinderschutz_Endfassung.pdf; Empfehlungen des bayerischen Landesjugendamtes, http://www.blja.bayern.de/themen/waechteramt/gewalt/Empfehlungen_8a.html. Zum sog. Stuttgarter Kinderschutzbogen, der als einer der ersten ein Verfahren im deutschsprachigen Raum für die Anwendung von Fachkräften vor Ort entwickelte, http://www.berlin.de/sen/jugend/kinder_und_jugendschutz.

50 Empfehlungen der Bundeskonferenz für Erziehungsberatung e.V., 2006, S. 38 f., http://www.bke.de/content/application/shop.download/1154630348_kinderschutz_und_beratung.pdf; s. auch Empfehlungen des bayerischen Landesjugendamtes, S. 2 f., http://www.blja.bayern.de/themen/waechteramt/gewalt/Empfehlungen_8a.html.

51 *Flemming*, FPR 2009, 568.

52 Insoweit zu Recht Münder/Meysen/Trenczek/Meysen (Fn. 13), § 8a Rn. 13.

53 Angedacht bei einem eskalierten Trennungskonflikt und problematischen Persönlichkeitstendenzen *Salzgeber/Fichtner*, ZKJ 2008, 287, 290.

Privatinsolvenz⁵⁴? Oder wie ist es zu werten, wenn Eltern sich weigern, an einer Früherkennungsuntersuchung nach der sog. Kinder-Richtlinie teilzunehmen. Liegt darin schon ein Indiz dafür, dass Eltern der ihnen obliegenden Erziehungsverantwortung nur unzureichend nachkommen⁵⁵?

bb) Gefährdungseinschätzung

Die Gefährdungsabschätzung selbst verlangt nun eine Abwägung und Bewertung der Situation des Kindes/des Jugendlichen, seines sozialen und familiären Umfelds sowie seiner Eigenkräfte und der seiner Eltern, um die Gefahr abzuwenden⁵⁶. Hierfür braucht das Jugendamt mehr Informationen als nur die „gewichtigen Anhaltspunkte“⁵⁷.

Um diese zu erlangen, muss das Jugendamt primär an die Eltern und das Kind oder den Jugendlichen herantreten, soweit hierdurch der wirksame Schutz des Kindes oder des Jugendlichen nicht in Frage gestellt wird (§ 8a Abs. 1 S. 2 SGB VIII). Häufigstes Mittel ist hierbei, insbesondere bei akuten Kindeswohlgefährdungen⁵⁸, der Hausbesuch⁵⁹.

Was passiert aber, wenn die Eltern die Wohnungstür nicht öffnen oder die Aussage gegenüber den Jugendamtsmitarbeitern verweigern? In diesem Fall stehen dem Jugendamt keine Zwangsmittel zur Verfügung⁶⁰; nur bei Gefahr im Verzug kann es die Polizei

54 S. *DIJuF*, JAmt 2008, 24.

55 VerfGH Rhld-Pf. LKRZ 2009, 295, 297: „Indiz dafür (...), dass Eltern der ihnen obliegenden Fürsorgepflicht nicht ausreichend nach(kommen)“; Begründung fehlt, es wird nur Bezug genommen auf eine Stellungnahme der Bundesregierung vom 21.11.2006 und 21.3.2007. Kritisch Münder/Meysen/Trenczek/Meysen (Fn. 13), § 8a Rn. 14.

56 S. *Kunkel*, ZKJ 2008, 52; *Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände Deutscher Städtetag*, JAmt 2009, 231 f.: maßgebende Kriterien: Gewährleistung des Kindeswohls, Problemaakzeptanz, Problemkongruenz, Hilfeakzeptanz.

57 Wiesner/Wiesner (Fn. 15), § 8a Rn. 16.

58 *Deutscher Städtetag*, JAmt 2009, 231, 232 f.; Münder/Meysen/Trenczek/Meysen (Fn. 13), § 8a Rn. 28.

59 Näher dazu *Ollmann*, ZfJ 2001, 1 ff. Zur Frage, ob ein Hausbesuch zur Gefahrenabwehr überhaupt rechtlich zulässig ist, näher VG Münster JAmt 2009, 264.

60 Wiesner/Wiesner (Fn. 15), § 8a Rn. 20.

hinzuziehen⁶¹. Vielmehr muss es die notwendigen Informationen über die Familie von dritten Personen (z. B. Lehrern, Nachbarn, Ärzten) einzuholen versuchen. Hierzu ist das Jugendamt auch nach § 62 Abs. 3 lit. d) SGB VIII befugt, wonach zur Erfüllung des Schutzauftrags nach § 8a SGB VIII dem Jugendamt die Erhebung von Sozialdaten ohne Mitwirkung des Betroffenen möglich ist⁶².

c) *Handlungsmöglichkeiten und -pflichten des Jugendamts zur Abwendung der Gefährdung*

Hat sich bei der Gefahrenabschätzung die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts in absehbarer Zeit bestätigt, so sieht das Gesetz unterschiedliche Handlungsmöglichkeiten und -pflichten des Jugendamtes vor:

(1) Hält das Jugendamt zur Abwendung der Gefährdung die Gewährung von Hilfen für geeignet und notwendig, so hat es diese den Eltern anzubieten (§ 8a Abs. 1 S. 3 SGB VIII). Nehmen die Eltern diese Hilfen an, so ist das Jugendamt verpflichtet, zusammen mit ihnen einen Hilfeplan zu erstellen⁶³.

(2) Lehnen die Eltern dagegen die Hilfe ab und gelangt das Jugendamt zur Einschätzung, dass eine Kindeswohlgefährdung vorliegt, so muss es das Familiengericht anrufen (§ 8a Abs. 3 S. 1 SGB VIII)⁶⁴. Diese Pflicht zur Anrufung des Familiengerichts besteht auch dann, wenn die Eltern schon bei der Sachverhaltsaufklärung nicht mitwirken und das Jugendamt auch auf andere Weise nicht in der Lage ist, eine Gefährdungseinschät-

61 Münder/Meysen/Trenczek/Meysen (Fn. 13), § 8a Rn. 53.

62 Für den Schutz der Sozialdaten gilt grundsätzlich das Sozialgeheimnis nach §§ 35 Abs. 1 SGB I, 61 Abs. 1 S. 1 SGB VIII. Zur zentralen Bedeutung des Schutzes personenbezogener Daten als Voraussetzung für die Wirksamkeit pädagogischer Hilfen *Deutscher Städtetag*, JAmt 2009, 231, 236.

63 Dieser Plan regelt u.a. die Art und den Zeitraum der Hilfe sowie Informations- und Handlungspflichten zur Abwehr von Kindeswohlgefährdungen (s. § 36 Abs. 2 S. 2 SGB VIII); näher Wiesner/Wiesner (Fn. 15), § 36 Rn. 58.

64 Lediglich dann, wenn eine dringende Gefahr für das Kindeswohl besteht und die Entscheidung des Gerichts nicht abgewartet werden kann, ist das Jugendamt verpflichtet, das Kind oder den Jugendlichen in Obhut zu nehmen (§§ 8a Abs. 3 S. 2, 42 SGB VIII).

zung vorzunehmen (§ 8a Abs. 3 S. 1 HS 2 SGB VIII)⁶⁵. Dieses Vorgehen impliziert allerdings die Gefahr, dass die Jugendämter vorschnell eine Weigerung der Eltern als gewichtigen Anhaltspunkt für eine Kindeswohlgefährdung interpretieren und sich durch diese Entscheidung den Weg zum Aufbau eines Vertrauensverhältnisses zu den Eltern verstellen⁶⁶. In jedem Einzelfall muss die Kinder- und Jugendhilfe also entscheiden, wie lange sie den Zugang zur Familie aufrecht erhalten und wann sie den Schutzanspruch des Kindes über die Entscheidung der Eltern stellen und das Familiengericht anrufen will. Jede Reaktion des Jugendamtes hat Auswirkungen auf die weitere Entwicklung des Kindes sowie das Familienleben.

2. Der Kinderschutz durch das Familiengericht

a) Das Erörterungsgespräch nach § 157 FamFG

Ruft das Jugendamt das Familiengericht an, so wird dieses ein Verfahren nach §§ 1666, 1666a BGB einleiten und ein Erörterungsgespräch nach § 157 FamFG führen. Das Gesetz verlangt für dieses Gespräch noch keine Kindeswohlgefährdung, sondern es genügt eine „mögliche Kindeswohlgefährdung“⁶⁷. Mit dem Gespräch sollen alle Beteiligten – Eltern, Jugendamt, ggf. das Kind – an einen Tisch gebracht und den Eltern der Ernst der Lage vor

⁶⁵ In diesem Fall gibt es zwar konkrete Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung, die Situation hat sich aber noch nicht zu einer konkreten Gefährdung verdichtet; hinzu kommt lediglich noch die fehlende Bereitschaft der Eltern zur Mitwirkung, die dann dazu führt, dass eine konkrete Gefährdung angenommen wird (*Deutscher Städtetag*, JAmt 2009, 231, 234 [Empfehlungen zur Festlegung fachlicher Verfahrensstandards in den Jugendämtern bei der Gefährdung des Kindeswohls]).

⁶⁶ Beispiel: VG Münster, JAmt 2009, 264 ff.

⁶⁷ Dennoch sagt das Gesetz, dass dieses Erörterungsgespräch im Verfahren nach §§ 1666, 1666a BGB geführt werden muss. Will man nicht den Zweck des Erörterungsgesprächs leerlaufen lassen, kann dies nur bedeuten, dass ein Verfahren nach §§ 1666, 1666a BGB schon eingeleitet werden muss, bevor die Voraussetzungen dieser Normen vorliegen (anders wohl Münder/Meysen/Trenczek/*Trenczek* (Fn. 13), § 50 Rn. 33). Für diese Sichtweise spricht, dass das Gericht ohnehin von Amts wegen die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchführen muss (§ 26 FamFG).

Augen geführt sowie darauf hingewirkt werden, dass sie notwendige Hilfen des Jugendamtes annehmen und mit dem Jugendamt kooperieren⁶⁸. Das Gericht soll sozusagen seine Autorität nutzen, um die Kooperation der Eltern mit dem Jugendamt zu befördern⁶⁹. Eine mögliche Kindeswohlgefährdung liegt dabei unterhalb der Kindeswohlgefährdung i.S.v. § 1666 BGB. Zur Konkretisierung des Begriffs bietet sich ein Rückgriff auf den der „gewichtige(n) Anhaltspunkte“ in § 8a SGB VIII an⁷⁰. Demnach muss eine Gefährdung weder aktuell noch gegenwärtig sein; vielmehr genügt, wie dargelegt, dass konkrete Hinweise auf oder ernst zu nehmende Vermutungen für eine Gefährdung vorliegen, die von einem „gewissen Gewicht“ sind⁷¹.

b) *Famliengerichtliche Kontrolle nach § 166 Abs. 3 FamFG*

Haben die Eltern sich im Erörterungsgespräch zur Annahme öffentlicher Hilfen zur Erziehung bereit erklärt oder hat die Sachverhaltsermittlung ergeben, dass die Schwelle der Kindeswohlgefährdung noch nicht erreicht ist, so wird das Gericht von Maßnahmen nach § 1666 BGB absehen. In diesen Fällen wird dem Gericht mit § 166 Abs. 3 FamFG drei Monate lang aus Kinderschutzgründen die Möglichkeit gegeben, noch einmal zu überprüfen, ob die getroffene Entscheidung sachgerecht war⁷².

68 BR-Drucks 550/07, S. 12.

69 Münder/Meysen/Trenczek/Meysen (Fn. 13), § 8a Rn. 54. Die Vorschrift ist als „Soll-Vorschrift“ konzipiert, ermöglicht es also, in offensichtlich unbegründeten Fällen von dieser Erörterung abzusehen (BR-Drucks. 550/07, S. 22).

70 Staudinger/Coester (Fn. 22), Rn. 82.

71 Wiesner/Wiesner (Fn. 15), § 8a Rn. 13; Münder/Meysen/Trenczek/Meysen (Fn. 13), § 8a Rn. 12.

72 BR-Drucks. 550/07, S. 18. Damit soll der Gefahr begegnet werden, dass es entgegen der Annahme des Gerichts nicht gelingt, eine bestehende Gefahr abzuwenden, weil die Eltern, entgegen ihrer Erklärung vor Gericht, die Hilfen beim Jugendamt doch nicht annehmen. Das Gleiche gilt, wenn zwar die Schwelle der Kindeswohlgefährdung nicht erreicht ist, aber eine Verschlechterung der Kindeswohlsituation zur Zeit der Entscheidung noch nicht auszuschließen war; auch hier wird die Kontrolle mit Kinderschutzaspekten gerechtfertigt (BR-Drucks. 550/07, S. 18).

c) *Maßnahmen nach § 1666 BGB*

aa) *Voraussetzungen*

(1) *Kindeswohlgefährdung*

Kann das Familiengericht im Erörterungstermin die Eltern dagegen nicht von der Notwendigkeit einer Kooperation mit dem Jugendamt überzeugen und ergeben die Sachverhaltsermittlungen, dass eine Kindeswohlgefährdung vorliegt, so hat es nach § 1666 BGB die notwendigen Maßnahmen zur Gefahrenabwehr zu treffen. Die Generalklausel der Kindeswohlgefährdung als Entscheidungsmaßstab für das richterliche Handeln⁷³ ist dabei ebenso schwer zu fassen wie der Begriff der „möglichen Gefährdung“ (§ 157 FamFG) und der „gewichtigen Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung“ (§ 8a SGB VIII).

Unter Kindeswohlgefährdung versteht man in Rechtsprechung und Literatur im Anschluss an eine Begriffsbestimmung des BGH aus dem Jahre 1956 eine „gegenwärtige, und zwar in solchem Maß vorhandene Gefahr, daß sich bei der weiteren Entwicklung der Dinge eine erhebliche Schädigung des geistigen, seelischen oder körperlichen Wohls des Kindes mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt“⁷⁴. Diese Begriffsbestimmung mag an die komplizierte Definition des Begriffs „Eisenbahn“ durch das RG im Jahre 1879 erinnern⁷⁵. Sie wird vielleicht verständlicher, wenn man sich die beiden wesentlichen Elemente verdeutlicht:

Es muss zum einen eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für eine Schädigung des Kindes bestehen⁷⁶; eine erst künftige, abstrakte Gefahr reicht nicht aus; vielmehr muss sie so gegenwärtig sein, dass sich mit ziemlicher Sicherheit ein Schaden abzeichnet⁷⁷.

⁷³ BVerfG FamRZ 2000, 1489.

⁷⁴ BGH FamRZ 1956, 350, 351; BGH FamRZ 2005, 344; OLG Hamm FamRZ 2009, 1752 m.w.N.; Palandt/Diederichsen, 69. Aufl. 2010, § 1666 Rn. 10.

⁷⁵ RGZ 1, 247, 252.

⁷⁶ Coester, in: Lipp/Schumann/Veit (Fn. 19), S. 19, 24.

⁷⁷ BVerfG NJW 1982, 1379, 1381; OLG Celle FamRZ 2003, 1490; Staudinger/Coester, (Fn. 22), § 1666 Rn. 81.

Und zum anderen muss die zu erwartende Schädigung erheblich, d. h. nachhaltig und schwerwiegend, sein⁷⁸. So begründet etwa allein die Zugehörigkeit der Eltern zu den Zeugen Jehovas noch keine gegenwärtige Gesundheitsgefahr für das Kind⁷⁹; etwas anderes gilt dagegen bei einer Frühgeburt, bei der jederzeit eine Bluttransfusion notwendig werden kann⁸⁰.

(2) Gefährdungsursachen

Auf die Ursachen für die Kindeswohlgefährdung wird entgegen dem früheren Recht inzwischen nicht mehr abgestellt. Es wird also nicht mehr geprüft, ob die Kindeswohlgefährdung auf einer missbräuchlichen Ausübung der elterlichen Sorge, Vernachlässigung des Kindes oder einem unverschuldeten Versagen der Eltern beruht. Der Richtpunkt für das Handeln des Staates sei, so die Gesetzesbegründung, nicht das Fehlverhalten der Eltern, sondern die Gefährdung des Kindes⁸¹.

Dennoch bleiben die früheren Gefährdungsursachen weiter zur Bestimmung von Voraussetzungen und Rechtsfolgen bedeutsam. Die wichtigste Gefährdungsursache ist und bleibt die körperliche Misshandlung des Kindes. Fälle von gezielten Verletzungen des Kindes etwa zum Beweis der abgöttischen Liebe zum Lebensgefährten⁸² gehören ebenso hierher wie der regelmäßige Einsatz von körperlichen Züchtigungen als Erziehungsmittel⁸³. Eine zahlenmäßig zunehmende und mit Blick auf das KiWoMaG besonders wichtige Fallgruppe⁸⁴ stellt die Vernachlässigung von Kindern, etwa infolge mangelnder Einsicht in die eigene Erziehungsverant-

78 BVerfG FamRZ 1982, 567, 569; Palandt/*Diederichsen* (Fn. 74), § 1666 Rn. 10.

79 AG Meschede FamRZ 1997, 958.

80 OLG Celle NJW 1995, 792.

81 BR-Drucks. 550/07, S. 10. Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass diese Ursachen in der Praxis häufig nur schwer festzustellen und darzulegen seien. Dies sei etwa der Fall, wenn ein Kind erhebliche Verhaltensauffälligkeiten aufweise, aber unklar sei, auf welcher Ursache sie beruhten. Das Tatbestandsmerkmal des elterlichen Erziehungsversagens stelle eine „unnötig hohe Hürde für eine frühe Anrufung des Gerichts“ dar. Zudem sei das Erziehungsversagen irrelevant, wenn es zu einer Gefährdung komme (BR-Drucks. 550/07, S. 10).

82 OLG Hamm ZfJ 2005, 373 f.

83 S. OLG Brandenburg ZKJ 2009, 291, 292.

84 *Coester*, FPR 2009, 549, 551.

wortung⁸⁵ oder infolge von Überforderung⁸⁶ oder Unfähigkeit, auf die Bedürfnisse des Kindes einzugehen⁸⁷, dar.

(3) Wille/Fähigkeit der Eltern, die Gefahr abzuwenden

Das entscheidende Element bei der Frage, ob und welche Maßnahmen vom Gericht ergriffen werden, liegt in der Frage, ob die Eltern willens oder in der Lage sind, jetzt und für die Zukunft ihren Pflichten zu genügen und die eingetretene Gefährdung abzuwenden. Allein der Umstand, dass es bereits zu einer Kindeswohlgefährdung gekommen ist, führt noch nicht dazu, dass die Eltern „zur Folgenbeseitigung“ nicht fähig oder willig sind⁸⁸. Können und wollen sie die Gefahr abwenden, ist familiengerichtliches Handeln nicht erforderlich und damit auch nicht zulässig. Besondere Bedeutung kommt dabei der Bereitschaft der Eltern zu, öffentliche Hilfen nach dem SGB VIII anzunehmen. Es genügt allerdings nicht die passive oder gar widerwillige Akzeptanz von Hilfen etwa im Rahmen des Erörterungsgesprächs. Vielmehr muss zur Überzeugung des Gerichts feststehen, dass die Entschlossenheit der Eltern auf innerer Einsicht in die eigene Verantwortung beruht⁸⁹. Nur wenn dies der Fall ist, hat das Gericht von Maßnahmen nach § 1666 Abs. 3 BGB abzusehen.

bb) Zur Gefahrenabwehr erforderliche Maßnahmen

Wenn zumindest Zweifel an der Entschlossenheit der Eltern bleiben, hat das Gericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Dabei ist strikt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten⁹⁰, d. h. die Maßnahme muss geeignet und erforderlich zur Abwehr der Gefahr für das Kindeswohl sowie

85 OLG Stuttgart FamRZ 2002, 1279 f. (psychosozialer Minderwuchs des Kindes).

86 OLG Köln JAmt 2008, 45 ff.

87 OLG Brandenburg FamRZ 2009, 2100, 2101; FamRZ 2009, 994 f.

88 *Gernhuber*, Familienrecht, 3. Aufl. 1980, S. 735; *Staudinger/Coester* (Fn. 22), § 1666 Rn. 169.

89 *Staudinger/Coester* (Fn. 22), § 1666 Rn. 174.

90 BVerfG FamRZ 2009, 1472, 1473.

verhältnismäßig im engeren Sinn, also geboten, sein⁹¹. Der Staat muss nach Möglichkeit versuchen, durch helfende, unterstützende und auf Herstellung oder Wiederherstellung eines verantwortlichen Verhaltens der Eltern gerichtete Maßnahmen sein Ziel zu erreichen⁹². Besonderen Ausdruck findet dieser Gedanke in § 1666 Abs. 3 Nr. 1 BGB, wonach das Gericht den Eltern die Auflage erteilen kann, öffentliche Hilfen in Anspruch zu nehmen.

So kann das Gericht im Einzelfall die Eltern auffordern, die vom Jugendamt im Verfahren vorgeschlagenen Erziehungshilfen nach § 27 SGB VIII in Anspruch zu nehmen und mit dem Jugendamt zusammen zu arbeiten⁹³, für ihr Kind einen zur Verfügung stehenden Platz in der Kindertagesstätte anzunehmen⁹⁴, eine Drogentherapie, ein Antigewalttraining zu machen oder einen Kurs für Säuglingspflege zu belegen⁹⁵. Diese vom Gesetzgeber so genannten „niedrigschwellige(n)“ Maßnahmen⁹⁶ müssen allerdings vor allem zur Gefahrenabwehr geeignet sein. Berücksichtigt man, dass der familiengerichtlichen Maßnahme bereits das Hilfesystem des Jugendamts ebenso vorangegangen ist wie ein erfolgloses Erörterungsgespräch, so muss man die Eignung solcher Maßnahmen als Mittel zum Kinderschutz mit einem dicken Fragezeichen versehen⁹⁷. Zudem gibt es bis heute keine tragfähigen Ergebnisse zum Erfolg von verordneten Hilfen, laufen sie doch dem Freiwilligkeitskonzept der Hilfen zur Erziehung nach dem SGB VIII zuwider⁹⁸.

91 BVerfG FamRZ 1989, 145, 146; BayObLG FamRZ 1995, 501, 502.

92 Staudinger/*Coester* (Fn. 22), § 1666 Rn. 171.

93 OLG Brandenburg ZKJ 2009, 291 ff.

94 OLG Brandenburg ZKJ 2009, 291 ff.

95 *Ernst*, FPR 2008, 602, 604.

96 BR-Drucks. 550/07, S. 17.

97 Zweifel bei *Wiesner*, FPR 2008, 608, 612; krit. auch Staudinger/*Coester* (Fn. 22), § 1666 Rn. 218.

98 Krit. zu Recht *Köckeritz*, ZKJ 2009, 477, 480.

3. Die Schaffung eines Frühwarnsystems beim Kinderschutz

Insgesamt betrachtet wird mit den seit 2005 geschaffenen Neuregelungen also eine Art staatliches Frühwarnsystem geschaffen. Der Schutzauftrag des Jugendamts beginnt bereits bei gewichtigen Anhaltspunkten für eine Kindeswohlgefährdung; auf dieser Ebene setzt auch die Interventionsschwelle des Familiengerichts ein, um in einem Erörterungsgespräch den Sachverhalt aufzuklären und die Eltern zu einer Zusammenarbeit mit dem Jugendamt anzuhalten. Zugleich sollen sie gewarnt werden in dem Sinn, dass bei Verweigerung der Mitwirkung über weitere Maßnahmen nachgedacht werde⁹⁹. Kooperieren die Eltern bei möglicher Kindeswohlgefährdung, werden zwar keine Maßnahmen nach § 1666 BGB ergriffen; die Eltern bleiben aber unter der latenten Kontrolle des Staates. Kooperieren sie dagegen nicht, so wird das Gericht bei Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung nach § 1666 Abs. 3 BGB v.a. niedrigschwellige Maßnahmen gegenüber den Eltern aussprechen, um sie möglichst frühzeitig zu erreichen.

V. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben für den staatlichen Kinderschutz

Damit stellt sich die Frage, ob ein solches Frühwarnsystem mit dem vorrangigen Elternrecht nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG vereinbar ist. Nach Art. 6 Abs. 2 GG sind Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft. Die Eltern haben dabei das Recht, die Pflege und Erziehung ihrer Kinder nach eigenen Vorstellungen frei zu gestalten, und haben, vorbehaltlich des Art. 7 GG, Vorrang vor anderen Erziehungsträgern¹⁰⁰. Dieses Recht ist allerdings untrennbar mit einer Pflicht verbunden; die Pflicht ist nicht die Schranke des Rechts, sondern ein wesensbestimmender Bestandteil des Elternrechts. Deshalb spricht das BVerfG auch deutlicher von „Elternverantwortung“¹⁰¹. Die Anerkennung dieser Verantwortung folgt

99 Zur Warnfunktion des Erörterungsgesprächs *Fellenberg*, FPR 2008, 125, 127.

100 BVerfGE 24, 119, 143.

101 BVerfGE 24, 119, 143.

aus dem Gedanken, dass das Kind des Schutzes und der Hilfe bedarf, um sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit zu entfalten¹⁰². Die Pflicht, dem Kind Schutz und Hilfe angedeihen zu lassen, bezieht sich auf das Kind; das Elternrecht ist damit wesentlich ein Recht im Interesse des Kindes¹⁰³. Versagen die Eltern bei der Wahrnehmung ihrer Elternverantwortung, greift das Wächteramt des Staates. Dieser ist dann nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, die Pflege und Erziehung des Kindes sicherzustellen¹⁰⁴. In diesem Sinn bildet das Wohl des Kindes nicht nur den Maßstab für das Handeln der Eltern, sondern auch für den Auftrag des Staates¹⁰⁵.

Das bedeutet aber nicht, dass jedes Versagen oder jede Nachlässigkeit der Eltern den Staat berechtigt, die Eltern von der Pflege und Erziehung auszuschalten oder gar selbst diese Aufgabe zu übernehmen. Vielmehr muss er dem grundsätzlichen Vorrang der Eltern Rechnung tragen. Es gehört nicht zum staatlichen Wächteramt, gegen den Willen der Eltern für eine den Fähigkeiten des Kindes bestmögliche Förderung zu sorgen; vielmehr gehören die Eltern und deren gesellschaftliche und wirtschaftliche Verhältnisse grundsätzlich zum Schicksal und Lebensrisiko des Kindes¹⁰⁶. Dabei muss in Kauf genommen werden, dass Kinder durch den Entschluss der Eltern auch wirkliche oder vermeintliche Nachteile erleiden¹⁰⁷. Diese primäre Entscheidungszuständigkeit der Eltern beruht auf der Erwägung, dass Eltern in der Regel das Wohl ihres Kindes mehr am Herzen liegt als irgendeiner anderen Person oder Institution¹⁰⁸. Die Entscheidungsfreiheit der Eltern endet erst dort, wo sie für ein Handeln in Anspruch genommen wird, das selbst

102 BVerfGE 24, 119, 144.

103 BVerfG FamRZ 2008, 845, 849; BVerfG FamRZ 2009, 1389, 1390; die Pflicht obliegt den Eltern nach Ansicht d. BVerfG FamRZ 2009, 1389, 1390 sogar gegenüber dem Kind selbst. Zu dem daraus resultierenden Problem, ob das Kind einen Anspruch auf Erziehung gegen seine Eltern hat *Coester*, in: Kinder und Jugendliche im Sozialleistungssystem, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes, Bd. 58, 2009, S. 7, 13.

104 BVerfGE 24, 119, 143 f.

105 BVerfG FamRZ 1987, 786, 789.

106 OLG Hamm FamRZ 2009, 1753, 1754; OLG Köln JAmt 2008, 45.

107 BVerfG FamRZ 2008, 492; BVerfG FamRZ 2006, 1593, 1594.

108 BVerfGE 59, 360, 376.

„bei weitester Anerkennung der Selbstverantwortlichkeit der Eltern“ nicht mehr als Pflege und Erziehung des Kindes gewertet werden kann¹⁰⁹. Der Staat hat keine konkurrierende Erziehungskompetenz, sondern darf erst auf den Plan treten, wenn die Eltern in ihrer Erziehungsaufgabe versagen und hieraus für das Kind eine Gefahr erwächst¹¹⁰. Art. 6 Abs. 2 GG gibt dem Staat also nur eine Missbrauchsaufsicht über die elterliche Erziehung. Die Umsetzung dieses Gedankens findet sich in § 1666 BGB¹¹¹. Die Eingriffsschwelle für den Staat stellt damit die Kindeswohlgefährdung dar.

VI. Die neuen gesetzgeberischen Instrumente zum Kinderschutz im Lichte der verfassungsrechtlichen Vorgaben

Es stellt sich nun die Frage, ob die neuen Instrumente zum Kinderschutz diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen.

1. Die Risikoabschätzung nach § 8a SGB VIII

Die Risikoabschätzung nach § 8a SGB VIII setzt nicht bei einer Kindeswohlgefährdung an; vielmehr genügen gewichtige Anhaltspunkte für eine solche Gefährdung. Zu diesem frühen Zeitpunkt sind die Eltern bereits zur Mitwirkung verpflichtet. Allerdings ist der damit verbundene Eingriff in das Elternrecht vom staatlichen Wächteramt gedeckt, da er der Sachverhaltsaufklärung und Informationsgewinnung dient und damit den Staat überhaupt erst in die Lage versetzt, Gefahren und Schädigungslagen zu diagnostizieren, um danach Schutzmaßnahmen ergreifen zu können. Diese Informationsbeschaffungseingriffe sind allerdings nur zulässig, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung vorliegen; unzulässig wären dagegen eine mitlaufende Erziehungskontrolle oder eine Befolgungskontrolle¹¹². Diese Gefahr besteht bei der Risikoabschätzung jedoch nicht, da sie erst in Betracht

¹⁰⁹ BVerfGE 24, 119, 143.

¹¹⁰ *Wiesner/Langenfeld* (Fn. 8), S. 58 sprechen vom akzessorischen Charakter des Wächteramtes.

¹¹¹ *Staudinger/Coester* (Fn. 22), § 1666 Rn. 3.

¹¹² *Jestaedt*, in: *Lipp/Schumann/Veit* (Fn. 19), S. 19, 22.

kommt, wenn hinreichende Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung vorliegen.

2. Das Erörterungsgespräch nach § 157 FamFG

Das Erörterungsgespräch nach § 157 FamFG setzt auf derselben Ebene an wie die Risikoabschätzung des Jugendamtes. Dennoch birgt es größere verfassungsrechtliche Probleme, weil die Eingriffe in die elterliche Sorge vielfältiger und schwerwiegender sind. Sie reichen von der Ladung zum Termin, die mit Ordnungsgeld durchsetzbar ist (§ 33 Abs. 3 FamFG)¹¹³, über die Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung und Gefahrenabschätzung im Termin bis hin zur Pflicht, mit dem Jugendamt zusammenzuarbeiten, da andernfalls das Damoklesschwert von Maßnahmen nach § 1666 Abs. 1, Abs. 3 BGB fällt. Gerade letztere Pflicht geht aber über eine reine Sachverhaltsaufklärung und Informationsgewinnung hinaus; sie nimmt den Eltern die Freiheit, ihr Kind nach ihren Vorstellungen, d. h. ohne Unterstützung des Jugendamtes, zu erziehen.

Der negative Standard der Kindeswohlgefährdung¹¹⁴ umschreibt aber die „Demarkationslinie“ zwischen dem elterlichen Erziehungsprimat und der staatlichen Sicherstellung von Pflege und Erziehung des Kindes¹¹⁵. Mit der Intervention nach § 157 FamFG schiebt sich nun das Gericht sozusagen in eine Ebene im Vorfeld der Kindeswohlgefährdung und damit in die Ebene des Standards des positiven Kindeswohls¹¹⁶. Infolgedessen besteht die Gefahr, dass der Staat – getarnt mit dem Mantel, die Erziehungskompetenz der Eltern stärken zu wollen – früher als bisher in die Familie hineinregiert¹¹⁷.

Die Bedenken werden zum Teil dadurch auszuräumen versucht, dass zwischen der Eingriffsschwelle nach § 1666 BGB und einer

113 Wapler, RdJB 2009, 21, 27; Meysen, NJW 2008, 2674, 2676.

114 Gernhuber, FamRZ 1973, 229, 231 ff.

115 Coester, in: Lipp/Schumann/Veit (Fn. 19), S. 19, 24; Staudinger/Coester (Fn. 22), § 1666 Rn. 81, ders., FPR 2009, 549, 550.

116 Es handelt sich dabei um den Bereich des positiven Kindeswohlstandards, dem ansonsten nur die Funktion eines Entscheidungsmaßstabs im reinen Elternkonflikt zukommt (Schumann, in: Behrends/Schumann [Fn. 30], S. 192).

117 Schwab, FamRZ 2007, 1, 7; s. auch Schumann, in: Behrends/Schumann (Fn. 30), S. 192.

ihr vorgelagerten Kontrollschwelle unterschieden wird; unterhalb der Ebene der Kindeswohlgefährdung gebe es eine Ebene der „Gefährdung light“ oder der „Gefahr der Gefahr“. Auf dieser Ebene seien aufklärende, kontrollierende und warnende Interventionen zulässig; es handele sich noch nicht um einen Eingriff und damit noch nicht um eine Maßnahme nach § 1666 Abs. 3 BGB¹¹⁸. Die Duldungspflicht der Eltern ergebe sich aus der inneren Pflichtbindung des verfassungsrechtlichen Elternrechts¹¹⁹.

Hiergegen ist aber einzuwenden, dass die Grenze zwischen Kontrolle und Eingriff fließend ist und auch Kontrolle bzw. Warnung einen Eingriff darstellen. Dies wird vor allem deutlich, wenn man berücksichtigt, dass dieses Gespräch eine dreimonatige Kontrolle durch das Familiengericht auslösen kann (§ 166 Abs. 3 FamFG) und zudem in diesem Stadium einstweilige Anordnungen erlassen werden können (§ 157 Abs. 3 FamFG). Unterscheiden müssen wird man hier zwischen einerseits der Pflicht, vor Gericht zu erscheinen und an der Gefahrenabschätzung mitzuwirken, und andererseits der Pflicht, mit dem Jugendamt zusammenzuarbeiten. Für die erstgenannten Pflichten gilt das zur Risikoabschätzung nach § 8a SGB VIII Gesagte. Eine andere Bewertung erfordert dagegen die letztgenannte Pflicht: Sie dient nicht der Aufklärung, sondern stellt einen Eingriff in das Elternrecht dar, ohne dass eine konkrete Gefahr für das Kindeswohl vorliegt¹²⁰, und ist deshalb verfassungsrechtlich bedenklich.

Hinzu kommt, dass alles andere als wissenschaftlich gesichert ist, ob das Erörterungsgespräch überhaupt geeignet ist, die mögliche Gefahr für das Kindeswohl abzuwenden. Folgt man neuesten Forschungsergebnissen, so liegt die Ursache für eine Kindeswohlgefährdung vielfach in der eigenen frühkindlichen traumatischen Schädigung eines oder beider Elternteile¹²¹. Ohne die Bearbeitung der eigenen Schädigung sind die Eltern aber nicht in der La-

118 *Coester*, in: Lipp/Schumann/Veit (Fn. 19), S. 36; Staudinger/*Coester* (Fn. 22), § 1666 Rn. 87.

119 *Coester*, in: Lipp/Schumann/Veit (Fn. 19), S. 36; Staudinger/*Coester* (Fn. 22), § 1666 Rn. 88; *Coester*, JAmT 2008, 1, 7.

120 Die vorhandene Tatsachenlage rechtfertigt also noch nicht die Prognose der hinreichenden Wahrscheinlichkeit einer Gefahr; zur Diskussion im Polizeirecht *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 14. Aufl. 2008, § 6 Rn. 18.

121 *S. Willutzki*, ZKJ 2008, 139, 142.

ge, die Gefahr für das Kindeswohl abzuwenden. In diesen Fällen wird auch durch die im Erörterungstermin erreichte Bereitschaft der Eltern, mit dem Jugendamt zusammenzuarbeiten, nicht die Gefahr für das Kindeswohl gebannt¹²².

3. Die Dreimonatskontrolle des § 166 Abs. 3 FamFG

Die Gefahr der Kontrolle der Elternerziehung unterhalb der Schwelle der Kindeswohlgefährdung wird noch dadurch verschärft, dass das Familiengericht bei Absehen von Maßnahmen nach § 1666 BGB die Entscheidung in einem angemessenen Zeitabstand überprüfen kann. Fallkonstellationen, in denen diese erneute Kontrollmöglichkeit greift, sind zum einen, dass die Eltern bereit sind, mit dem Jugendamt zusammenzuarbeiten, und zum anderen, wenn sich herausstellt, dass gar keine Kindeswohlgefährdung vorliegt. In beiden Fällen kann es sein, dass kein Anlass mehr für eine Kontrolle im Sinn einer möglichen Kindeswohlgefährdung besteht; und trotzdem bekommt das Gericht die Möglichkeit, sich erneut mit der Familie zu beschäftigen. Darin liegt aber eine „mitlaufende Erziehungskontrolle“, die mit Blick auf die Elternautonomie verfassungsrechtlich unzulässig ist¹²³. Die Bedenken werden auch nicht dadurch relativiert, dass der Gesetzgeber darauf verweist, es handele sich nur um eine einmalige Kontrolle und gerade keine Dauerkontrolle¹²⁴. Eine solche kommt nämlich dann in Betracht, wenn sich die Situation zur Zeit der Überprüfung gegenüber der Ausgangssituation weder verbessert noch verschlechtert hat¹²⁵.

4. Die Änderungen in § 1666 BGB

Auch die Änderungen, die § 1666 BGB erfahren hat, sind sowohl auf Tatbestandsebene als auch auf der Ebene der Rechtsfolge nicht unproblematisch.

¹²² Willutzki, ZKJ 2008, 139, 142.

¹²³ Veit, FPR 2008, 598, 601; Röchling, FamRZ 2007, 431, 433; Coester, in: Lipp/Schumann/Veit (Fn. 19), S. 38; Rosenboom/Rotax, ZRP 2008, 1, 2; Wapler, RdJB 2009, 21, 33.

¹²⁴ So der Rechtsausschuss BT-Drucks. 16/8914, S. 15.

¹²⁵ MünchKommZPO/Schumann, 3. Aufl. 2010, § 157 FamFG Rn. 12.

Verfassungsrechtliche Bedenken ergeben sich zum einen aus der Verschlinkung des Tatbestands. Die Kindeswohlgefährdung wird zum maßgeblichen Kriterium für einen Eingriff in das Elternrecht. Dadurch besteht die Gefahr, dass das Vorrecht der Eltern verletzt wird, da das frühere Tatbestandsmerkmal des Erziehungsversagens der Eltern insoweit dem Schutz der Eltern vor Übergriffen der Staatsgewalt diene. Dieser Schutz fällt dagegen weg, wenn man allein auf die Generalklausel der Kindeswohlgefährdung abstellt¹²⁶.

Die Klausel der Kindeswohlgefährdung ist zudem zu unbestimmt, um die Eigenständigkeit und spezifische Privatheitssphäre der Familie zu wahren¹²⁷. Zwar spielen die Gefährdungsursachen, wie dargelegt, bei Auslegung des Tatbestands weiter eine Rolle. Dennoch birgt der Normwortlaut Gefahren, die man schon 1979 artikuliert hat, als ein der heutigen Vorschrift paralleler Gesetzesvorschlag von der damaligen Bundesregierung gemacht worden war¹²⁸. Schon damals wurde die Gefahr einer Vorverlagerung der Eingriffschwelle in das elterliche Erziehungsrecht gesehen¹²⁹. Diese Gefahr zu bannen, mahnt auch die Entstehungsgeschichte von Art. 6 Abs. 2 GG: Dieser wendet sich ebenso wie Art. 6 Abs. 3 GG gegen die in der Zeit des Nationalsozialismus immer stärker geübte Praxis, an die Stelle des erzieherischen Einflusses der Eltern die staatliche Gemeinschaftserziehung treten zu lassen¹³⁰.

Mit der Neufassung der Vorschrift sollte nun aber, wie sich aus der Gesetzesbegründung ergibt, ein „frühzeitiges präventives Eingreifen des Staates“ gefördert werden¹³¹. Niedrigschwellige Maß-

126 *Diederichsen*, FamRZ 1978, 461, 467, 469.

127 *Diederichsen*, FamRZ 1978, 461, 467, 468.

128 BT-Drucks. 7/2060, S. 6. § 1666 Abs. 1 sollte danach folgende Fassung erhalten: „Wird das persönliche Wohl des Kindes gefährdet und sind die Eltern nicht gewillt oder in der Lage, die Gefahr abzuwenden, so hat das Vormundschaftsgericht die erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Es kann erforderliche Erklärungen der Eltern, eines Elternteils oder des Kindes ersetzen, wenn dies zur Abwendung einer Gefahr für die Person des Kindes notwendig ist“.

129 *Rechtsausschuss* BT-Drucks. 8/2788, S. 39; *Diederichsen*, FamRZ 1978, 461, 467, 469.

130 *V. Mangold*, Das Bonner Grundgesetz, 1953, Art. 6 Anm. 3.

131 BR-Drucks. 550/07, S. 8.

nahmen sollen den Hilfeprozess fördern¹³². Aber gerade diese bergen außer dem Kindeswohlbegriff selbst die Gefahr, dass die Eingriffsschwelle für den Staat vorverlagert wird, mag auch der Gesetzgeber das Gegenteil betonen¹³³.

Zum Teil wird ausdrücklich für eine Senkung der Eingriffsschwelle für „jedwede präventive familiengerichtliche Intervention“ plädiert¹³⁴. Diese Forderung läuft aber darauf hinaus, bereits bei möglichen Kindeswohlgefährdungen Eingriffe in die Sorgesubstanz zu ermöglichen, was verfassungsrechtlich auf dieselben Bedenken wie die Regelung des § 157 FamFG stößt. Ist § 1666 BGB in seiner jetzigen Fassung damit verfassungswidrig? Nein. Vielmehr werden die genannten Bedenken vom Gefährdungsbegriff selbst aufgefangen.

Dieser ist von den Wertungen und dem Erkenntnisstand der jeweiligen Zeit abhängig¹³⁵. Was eine bestimmte Zeit hinzunehmen bereit war, kann in einer späteren Zeit nicht mehr tolerabel sein. War noch in den 70er Jahren eine Erziehung unter Einsatz von Zuchtmitteln wie etwa einer Ohrfeige oder einem Klaps auf den Po kein Fall von § 1666 BGB, so sieht man dies seit Einführung des Rechts des Kindes auf gewaltfreie Erziehung im Jahre 2001 z. T. anders¹³⁶; die neuen Erziehungsleitbilder (§§ 1631 Abs. 2, 1626 Abs. 2 BGB) schieben damit letztlich auch die Gefährdungsschwelle des § 1666 BGB in Bezug auf körperliche Bestrafungen deutlich nach unten¹³⁷.

Die Verschiebung der staatlichen Toleranzgrenze bei Kindeswohlbeeinträchtigungen darf mit Blick auf den Elternvorrang aber nicht beliebig weit erfolgen. Eine absolute Grenze bildet der drohende

¹³² S. BR-Drucks. 550/07 S. 11.

¹³³ BR-Drucks 550/07, S. 16; BT-Drucks. 16/8914, S. 8, 10, 12.

¹³⁴ Röchling, FamRZ 2007, 431, 432; s. auch Rosenboom, Die familiengerichtliche Praxis in Hamburg bei Gefährdung des Kindeswohls durch Gewalt und Vernachlässigung nach §§ 1666, 1666a BGB, 2006, S. 194.

¹³⁵ Coester, FPR 2009, 549, 550.

¹³⁶ Jauernig/Berger, 13. Aufl. 2009, § 1666 Rn. 4.

¹³⁷ Staudinger/Coester (Fn. 22), § 1666 Rn. 98; ders., in: FS Schwab, 2005, S. 747, 758; ders., FPR 2009, 549, 550; Schumann, in: Behrends/Schumann (Fn. 30), S. 173; zur Bedeutung des Leitbilds von § 1626 Abs. 2 BGB für die Interpretation von § 1666 Klein, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, 1979, S. 37.

erhebliche Schaden¹³⁸. Variabel ist lediglich das Merkmal der Wahrscheinlichkeit des Schadens. Hierbei ist – ebenso wie im Polizeirecht – die Regel der umgekehrten Proportionalität zu beachten, d. h. je größer und gewichtiger der drohende Schaden ist, desto niedriger sind die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit der Gefährdung des Kindeswohls¹³⁹. So kann etwa die Verweigerung eines Schulbesuchs oder ein Dauerstreit in der Familie angesichts der drohenden Fernschäden für die gedeihliche altersgemäße Entwicklung des Kindes bereits eine gegenwärtige Gefahr begründen¹⁴⁰. Allerdings sind immer konkrete Verdachtsmomente notwendig; eine abstrakte Gefährdung reicht nicht¹⁴¹.

Es bleibt aber die Frage, ob in diese Betrachtung auch der Umfang des staatlichen Eingriffs einbezogen werden kann¹⁴². Kann man also sagen, dass die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadens umso geringer sind, je geringfügiger der staatliche Eingriff ist? Würde man diese Frage bejahen, müsste man auch die umgekehrte „Gleichung“ im Fall eines erheblichen staatlichen Eingriffs aufstellen können, was mit Blick auf den Kinderschutz aber nicht sein kann¹⁴³. Zudem führt dieser Ansatz zu einer Vermischung der Rechtsfolgenseite (Verhältnismäßigkeit des Eingriffs) mit der Tatbestandsebene. Vielmehr hängen Art und Ausmaß des staatlichen Eingriffs vom Grund des elterlichen Versagens und der daraus resultierenden Gefahr für das Wohl des Kindes ab¹⁴⁴. Niedrigschwellige Maßnahmen bieten sich damit also umso eher an, je geringer (i.S. von zeitlich entfernter) die Gefahr für das Kindeswohl ist. Die Gefahr, dass eine nur marginale Beeinträchtigung der elterlichen Kompetenz, etwa durch eine Weisung oder Auflage, als Rechtfertigung für eine staatliche Mitspra-

138 Staudinger/*Coester* (Fn. 22), § 1666 Rn. 91.

139 OLG Karlsruhe FamRZ 2009, 1599; zum Polizeirecht *Götz* (Fn. 120), § 6 Rn. 8.

140 BayObLG DAVorm 1981, 901 f.

141 OLG Karlsruhe FamRZ 2009, 1599.

142 Dafür *Coester*, in: Lipp/Schumann/Veit (Fn. 19), S. 32 ff.; Staudinger/*Coester* (Fn. 22), Rn. 91; *Ernst*, FPR 2008, 602, 605; aus dem Bereich des Polizeirechts BVerfGE 115, 320, 360 (Rn. 160); a.A. *Götz* (Fn. 120), § 6 Rn. 8.

143 So zu Recht Staudinger/*Coester* (Fn. 22), Rn. 92.

144 BVerfG FamRZ 2009, 1472, 1473.

che bei der Erziehung herangezogen wird¹⁴⁵, wird damit aber nicht vollständig gebannt. Daran vermag auch die feste Koordinate eines drohenden schweren Schadens für das Kind nichts zu ändern.

VII. Kinderschutz quo vadis?

Es bleibt die abschließende Frage, wo der Kinderschutz hinsteuert.

1. Entwurf eines Kinderschutzgesetzes

Nachdem in der Zwischenzeit in verschiedenen Bundesländern, so auch in Rheinland-Pfalz, Kinderschutzgesetze erlassen worden sind¹⁴⁶, hat im Januar 2009 die damalige Bundesregierung ein Gesetz zur Verbesserung des Kinderschutzes (Kinderschutzgesetz) vorgeschlagen, das u.a. bundeseinheitliche Regelungen zur Beratung und Weitergabe von Informationen bei Kindeswohlgefährdung durch Geheimnisträger, z. B. Ärzte (Art. 1 § 2), und andere Personen vorsah, die beruflich mit Ausbildung, Erziehung und Betreuung von Kindern betraut sind (z. B. Kindergärtner/innen, Lehrer) (Art. 1 § 3). Weiter sollte durch eine Ergänzung von § 8a SGB VIII eine Regelpflicht der Jugendämter zum Hausbesuch eingeführt werden (Art. 2 Nr.1)¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Zu Recht Staudinger/*Coester* (Fn. 22), Rn. 91; *ders.*, in: Lipp/Schumann/Veit (Fn. 19), S. 19, 34.

¹⁴⁶ Das LKSchG von Rhld-Pf. verfolgt das Ziel, lokale Netzwerke zur Förderung des Kindeswohls und zur Verbesserung des Kinderschutzes aufzubauen (Transparenz über die unterschiedlichen Hilfsangebote) und die Inanspruchnahme von Früherkennungsuntersuchungen (Schaffung einer zentralen Stelle) zu verbessern (s. § 1 Abs. 3 LKSchG v. 7.3.2008, GVBl. 2008, 52).

¹⁴⁷ Mit der Regelpflicht zum Hausbesuch war allerdings keine Befugnis zur Durchsuchung oder zu Eingriffen in das Grundrecht aus Art. 13 GG verbunden. Vielmehr setzt die Erfüllung der Regelpflicht die Bereitschaft des Wohnungsinhabers voraus, den Zutritt zu gewähren oder die Beteiligung der Polizei (§ 8a Abs. 4) zu akzeptieren (BR-Drucks. 59/09, S. 13). Ein weiterer Änderungsvorschlag betraf die Übermittlung relevanter Daten bei Zuständigkeitswechsel des Trägers der örtlichen Jugendhilfe, ein Problem, das vor allem bedeutsam wird, wenn sich Eltern der Beobachtung des Jugendamts durch Wegzug entziehen wollen (Art. 2 Nr. 3).

Dieser Gesetzesvorschlag ist zu Recht auf harsche Kritik in der Fachwelt gestoßen: Die Möglichkeiten der Geheimnisweitergabe gingen über die des § 34 StGB hinaus und gefährdeten das Vertrauensverhältnis zwischen Geheimnisträger und Eltern¹⁴⁸. Es müsse mit einer steigenden Zahl unbestimmter Meldungen beim Jugendamt gerechnet werden, denen nicht zwingend ein Mehr an Kinderschutz gegenüberstehe¹⁴⁹. Die Regelverpflichtung zum Hausbesuch gehöre heute schon zu den Mitteln der Gefährdungseinschätzung, so dass es der Regelung gar nicht bedürfe. Sie gefährde zudem die Effizienz der Jugendhilfe¹⁵⁰.

Damit ist allerdings der Zwiespalt für Ärzte, Lehrer und Erzieher zwischen Schweigepflicht und Kinderschutz noch nicht behoben. Vielmehr ist ein neuer gesetzgeberischer Vorstoß nötig¹⁵¹, der im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP auch schon angekündigt worden ist¹⁵².

2. Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls – § 1666“¹⁵³

Weitere Herausforderungen warten auf die neue Bundesregierung aufgrund des seit September 2009 der Öffentlichkeit vorliegenden Abschlussberichts der Arbeitsgruppe „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls – § 1666“. Dieser schlägt einen ganzen Strauß an Maßnahmen zur Verbesserung des Kinderschutzes vor¹⁵⁴. So wird etwa gefordert, eine allge-

¹⁴⁸ Stellungnahme des *Deutschen Vereins*, ZKJ 2009, 249, 250; zu diesem Problem s. auch die Diskussion „Pro“ und „Contra“ von *Harderthauer* und *Duttge* in ZRP 2009, 159. Zu den Gefahren des Gesetzes für die anwaltliche Schweigepflicht *Kresse/Rabe*, NJW 2009, 1789 ff.

¹⁴⁹ Antrag des *Landes Rheinland-Pfalz*, BR-Drucks. 59/2/09, S. 2.

¹⁵⁰ *Meysen/Münder/Trenczek/Meysen* (Fn. 13), § 8a Rn. 5 m.w.N. Stellungnahme des *Deutschen Vereins*, ZKJ 2009, 249, 250 f.

¹⁵¹ *Coester*, FPR 2009, 549, 552.

¹⁵² <http://www.cdu.de/doc/pdfc/091026-koalitionsvertrag-cducsu-fdp.pdf>, S. 69.

¹⁵³ Nachweis s. Fn. 26; Auszüge aus dem Abschlussbericht finden sich unter ZKJ 2009, 452 ff.

¹⁵⁴ Dazu gehören auch notwendige Änderungen des Vormundschaftsrechts, zu denen nun seit einigen Wochen ein Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums vorliegt: http://www.dijuf.de/de/foren/vormundschaft/RefE_Aenderung_Vormundschaftsrecht_04_12_2009.pdf.

meine Fortbildungspflicht für Richter ausdrücklich gesetzlich zu normieren¹⁵⁵ sowie die interdisziplinäre Zusammenarbeit zwischen Familiengericht und Jugendamt etwa durch Bildung von Netzwerken zu befördern¹⁵⁶. Für eine Fortbildungspflicht spricht schon allein der Umstand, dass ein effektiver Kinderschutz nur gewährleistet werden kann, wenn Familienrichter auch über fachspezifische und interdisziplinäre Kenntnisse verfügen, die in der Juristenausbildung im Allgemeinen nicht vermittelt werden¹⁵⁷.

Weiter empfiehlt die Arbeitsgruppe, zur Sicherung von Gefahren für ungeborenes Leben den Hilfskatalog des SGB um ein Angebot zu erweitern, das sich ausdrücklich an Schwangere und werdende Eltern richtet. Auch dieser Vorschlag ist nachdrücklich zu unterstützen, da das Leistungsspektrum des SGB VIII an das Eltern-Kind-Verhältnis ab Geburt des Kindes anknüpft und insoweit eine Hilfelücke besteht^{158/159}.

155 Formulierungsvorschlag: „Richterinnen und Richter sind verpflichtet, sich fortzubilden“ (Abschlussbericht v. 14.7.2009 [Fn. 26], S. 23); diesen Vorschlag hatte die Arbeitsgruppe bereits 2006 gemacht (Arbeitsgruppenpapier v. 17.11.2006 [Fn. 18], S. 52 f.).

156 Vorgeschlagen werden verschiedene „Anreizsysteme“, wie etwa: Teilnahme an Fortbildungen als Kriterium in Beurteilungs- und Beförderungsrichtlinien, Bereitstellung der nötigen finanziellen und sachlichen Mittel, Anpassung von Peabßy (s. Abschlussbericht v. 14.7.2009 [Fn. 26], S. 24, 27 ff.).

157 Abschlussbericht v. 14.7.2009 (Fn. 26), S. 26.

158 Abschlussbericht v. 14.7.2009 (Fn. 26), S. 33. In der Praxis hat sich gezeigt, dass das Schwangerschaftskonfliktgesetz (v. 27.7.1992 [BGBl. I S. 1398], zuletzt geändert durch Gesetz v. 26.8.2009 [BGBl. I S. 2990]), in der Regel nicht genutzt wird.

159 Die Arbeitsgruppe hat von einer gesetzlichen Regelung zur Anwendung von § 1666 BGB auf das ungeborene Leben abgesehen (Abschlussbericht v. 14.7.2009 [Fn. 26], S. 32). Damit bleibt weiter die Frage umstritten, ob etwa der Richter im Rahmen von § 1666 BGB gegenüber einer alkoholabhängigen schwangeren Frau ein Alkoholverbot aussprechen kann, um gesundheitliche Schäden des Embryos zu vermeiden (dafür Rechtsgutachten *DIJuF*, JAmt 2008, 248, 250). Die Entscheidung dieser Frage hängt eng mit dem Problem zusammen, ob jede Schädigung oder gar Tötung eines Embryos eine Gefährdung i.S.v. § 1666 BGB darstellt oder nicht. Eine befriedigende Antwort auf diese Frage ist nur möglich, wenn man den strafrechtlichen Schutz von ungeborenem Leben in den Blick nimmt (näher Staudinger/*Coester* [Fn. 22], § 1666 Rn. 22 ff.). Die Arbeitsgruppe wollte offensichtlich die Diskussion um dieses Schutzkonzept nicht durch konkrete Gesetzesvorschläge im Bereich des zivil-

VIII. Schluss

Das vorstehende System des Kindesschutzes kann, unabhängig von rechtlichen Bedenken, nur gelingen, wenn Familiengericht und Jugendamt ihre Aufgaben in Form einer Verantwortungsgemeinschaft¹⁶⁰ wahrnehmen und für den Aufgabenzuwachs auch mit den notwendigen personellen und finanziellen Mitteln ausgestattet werden¹⁶¹. Kindesschutz kann – und das ist in der Fachwelt unbestritten – tatsächlich nur gelingen, wenn er so früh wie möglich einsetzt. Es müssen aber auch die Bedingungen dafür geschaffen werden, dass die Eltern, die oft selbst aus Hochrisikofamilien stammen, die dem Jugendamt über Generationen hinweg bekannt sind¹⁶², die zahlreichen Angebote früher Hilfen auch annehmen können¹⁶³. Notwendig ist m. E. dafür unter anderem ein Bewusstseinswandel in der Gesellschaft¹⁶⁴: Genauso selbstverständlich wie man bei Krankheit ärztliche Hilfe in Anspruch nimmt, sollte es gesellschaftlich akzeptiert werden, dass Eltern bei Überforderung

rechtlichen Rechtsschutzes des Embryos mittelbar wieder aufschneiden; für eine Neuregelung dagegen *Coester*, FPR 2009, 549, 550.

¹⁶⁰ Zu dieser grundlegenden Forderung BR-Drucks. 550/07, S. 4; diese wird insbesondere im Abschlussbericht v. 14.7.2009 (Fn. 26) nochmals betont (S. 6 ff.); näher zu dieser Verantwortungsgemeinschaft und dem Problem der Anordnungs-kompetenz der Familiengerichte gegenüber dem Jugendamt *Nothhafft*, FPR 2008, 613 ff.; *Meysen*, NJW 2008, 2673, 2674; für eine Anordnungs-kompetenz Palandt/*Diederichsen* (Fn. 74), vor § 1626 Rn. 19 m.w.N.

¹⁶¹ *Van Els*, FF 2009, 157, 159; *Willutzki*, ZKJ 2008, 139, 143; *Raack*, FPR 2008, 181, 184. Die finanziellen Auswirkungen des KiWoMaG werden auch von dem Gesetzgeber angesprochen (BR-Drucks. 550/07, S. 14 f.).

¹⁶² *Nowotny*, FPR 2009, 557, 558; *Hampe-Grosser*, FPR 2009, 565, 567.

¹⁶³ Die meisten Fälle von Kindesmisshandlung und -vernachlässigung haben eine lange Vorlaufzeit, in der Erziehungsdefizite und die daraus resultierenden Mangelsituationen für das Kind immer stärker zutage treten, aber oft nicht rechtzeitig wahrgenommen oder richtig eingeordnet werden. Ursache für diesen schleichenden Verlauf sind oft Störungen der frühen Bindung im Eltern-Kind-Verhältnis. Wie wissenschaftliche Untersuchungen inzwischen ergeben haben, lässt sich mithilfe von entwicklungspsychologisch fundierten Beratungsmodellen die Feinfühligkeit von Eltern signifikant erhöhen (Nachw. bei *Wiesner/Wiesner* [Fn. 15], § 8a Rn. 18); zur Notwendigkeit, in Kontakt mit den Eltern zu kommen und zu bleiben *Nowotny*, FPR 2009, 557 ff.

¹⁶⁴ Zur gesamtgesellschaftlichen Aufgabe des Kindesschutzes *Hampe-Grosser*, FPR 2009, 564, 567.

erzieherische Hilfen in Anspruch nehmen und das Jugendamt sein Image einer „Kinderklaubehörde“ oder einer „Kinderpolizei“ loswird. Schön wäre es, wenn noch viele Kinderbücher wie Pippi Langstrumpf geschrieben würden und der Autor bei Abgabe des Manuskripts an den Verlag nicht dieselbe Bitte äußern müsste wie Astrid Lindgren: „in der Hoffnung, dass Sie nicht das Jugendamt alarmieren“¹⁶⁵.

¹⁶⁵ *Lindgren* in einem Brief im April 1944 an den Verlag Bonnier, dem sie ihr Manuskript Pippi Langstrumpf anbot; *Schönfeld*, Astrid Lindgren in Selbstzeugnissen und Bilddokumenten, 2. Aufl. 2007, S. 76.

Impressum

Herausgeber

Prof. Dr. Bernd von Hoffmann, Prof. Dr. Gerhard Robbers

Unter Mitarbeit von

Bärbel Junk, Johannes Barrot und Claudia Lehnen

Redaktionelle Zuschriften

Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier,
Im Treff 24, 54296 Trier, Tel. +49 (0)651 / 201-3443
Homepage: <http://www.irp.uni-trier.de>,
Kontakt: sekretariat@irp.uni-trier.de.

Die Redaktion übernimmt für unverlangt eingesandte Manuskripte keine Haftung und kann diese nicht zurückschicken. Namentlich gezeichnete Beiträge geben nicht in jedem Fall die Meinung der Herausgeber/Redaktion wieder.

Bezugsbedingungen

Die Hefte erscheinen in unregelmäßigen Abständen mehrfach jährlich und können zum Stückpreis zuzüglich Porto im Abonnement oder als Einzelheft bei der Redaktion angefordert werden. Die zur Abwicklung des Abonnements erforderlichen Daten werden nach den Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes verwaltet.

© Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, 2010
ISSN 1616-8828