

1 Einleitung

Laura und Ramush waren vier und fünf Jahre alt, als sich ihre Eltern trennten. Die Mutter hatte den Vater nach langjähriger häuslicher Gewalt verlassen und Zuflucht in einem Frauenhaus gesucht. Die Gewalt hatte sie dem Familiengericht vorgetragen. Auch Sophie, die älteste Tochter, hatte vor Gericht die im Elternhaus erlebte Gewalt geschildert. Eine Umgangsregelung wurde dennoch installiert. Im vierzehntäglichen Turnus sollten die Kinder den Vater besuchen. Beim ersten Umgangswochenende fuhr der Vater mit den Kindern im Auto gegen einen Baum. Zurückgelassen hatte er einen Abschiedsbrief. Seine Frau habe ihn verlassen und dafür solle sie ewig leiden. Laura und Ramush verstarben noch am Unfallort¹.

Dieser Fall ist nicht repräsentativ für Trennungsfamilien. Allein der Umstand, dass es in einzelnen Fällen jedoch zu derartigen Verläufen kommt, ist Grund genug, um das Problem genauer zu betrachten und grundlegend neu zu erörtern. Wenn Medien von Gewalt nach Trennungen in spektakulären Einzelfällen berichten, wird häufig in sensationsorientierten Darstellungen oder sentimentalen Reportagen das Geschehen als „Familiendrama“ bagatellisiert. Dadurch wird der Eindruck erweckt, dass der Vorfall zwar dramatisch und bedauerlich, aber eben auch „schicksalhaft“ und nicht zu verhindern gewesen sei. Vorausgegangen sind diesen Fällen häufig Sorge- und Umgangsregelungen, die durch das Familiengericht erlassen wurden. Die Familie ist kein rechtsfreier Raum, in dem sich die Mitglieder gegenseitig hilflos ausgeliefert sind. Vor allem, wenn das Kindeswohl in Gefahr ist, greift der Staat explizit in die Privatsphäre der Familie ein. Auch wenn die Interessen einzelner Familienmitglieder dauerhaft konfliktieren, kann diesem Umstand oft nur durch rechtliche Regulierungen begegnet werden. Wenn Kinder trotz oder wegen rechtlicher Regelungen Formen der Gewalt ausgesetzt sind, entspricht dies eindeutig erkennbar nicht dem Wohl des Kindes. Regelungen, die auf Fehleinschätzungen basieren, können schwerwiegende

¹ Die Presse berichtete über den Fall, u. a. Tag24 am 19.09.2016.

Folgen nach sich ziehen, wie der Fall von Ramush und Laura zeigt. Die entscheidende Frage lautet nun: Sind falsche Einschätzungen im Hinblick auf Risiken und Täterabsichten zwar schlimme, aber unvermeidliche Fehler, die nicht in allen Einzelfällen mit absoluter Sicherheit auszuschließen sind und zum unumgänglichen Risiko gehören? Oder gibt es generelle Mängel in den normativen Voraussetzungen? Im Rahmen dieser Arbeit wird es darum gehen, die Auslegungen des Begriffs Kindeswohl in rechtlichen Sorge- und Umgangsregelungen zu betrachten und Defizite aufzuzeigen, die Kindeswohlgefährdungen und Fehlentscheidungen möglicherweise begünstigen.

In Konstellationen mit Kindern ist das normative Ziel familienrechtlicher Entscheidungen die bestmögliche Realisierung des Kindeswohls. Sollen die positiven Zielvorstellungen des Kindeswohls zum Ausdruck kommen, so ist eine individuelle Auslegung notwendig, die sensibel auf den Einzelfall reagieren kann. In einem der Standardkommentare zum BGB heißt es:

„Der Kindeswohlbegriff ist auch nach der Intention des Gesetzes kein deskriptives Tatbestandsmerkmal, sondern Herzstück der Generalklausel des § 1666. (...) Wie in anderen Generalklauseln auch, steckt im Kindeswohlbegriff (...) der Auftrag zur richterlichen Rechtskonkretisierung, d. h. zur schöpferischen Umsetzung des Gesetzeszwecks für den Einzelfall.“ (Coester in: Staudinger 2010, Kommentar zu § 1666 BGB, 64)

Es dürfte keine Uneinigkeit darüber bestehen, dass es dennoch eine normative Orientierung geben muss, an welche die Entscheidungen, die in Bezug auf Kinder getroffen werden, zu binden sind. Doch welche Kriterien sind entscheidend für die normative Bestimmung vom Wohl eines Kindes? Und an welcher Idealvorstellung vom Kindeswohl wird sich dabei orientiert?

Ein verändertes innerfamiliäres Rollenverständnis und ein entsprechendes Rollenbild weiblicher und männlicher Elternschaft führen zu der gegenwärtigen Auffassung, dass eine gemeinsame Elternschaft auch nach der Trennung der Eltern zum Wohl des Kindes ist und ein anzustrebendes Ziel darstellt. Die Kontinuität einer vertrauten Beziehung kann für Kinder besonders nach der

einschneidenden Erfahrung einer Elterntrennung eine hohe Bedeutung haben. Der Verlust eines Elternteils kann sich hingegen massiv negativ auf die Entwicklung von Kindern auswirken. Umgang mit beiden Eltern markiert daher den Regelfall. Wenn es eine Regel gibt, muss es aber auch Ausnahmen von einer solchen geben. Werden diese zuverlässig erkannt? Umgangsverfahren berühren vielfältige Problematiken und Familiensituationen. Im Folgenden sollen die Fälle fokussiert werden, die der Ausnahme bedürfen.

Ausgangsthese der Untersuchungen ist, dass es nicht ausreicht, sich mit Detailfragen zu den Aspekten Sorge und/oder Umgang auseinander-zusetzen, sondern dass grundlegend geklärt werden muss, was unter Kindeswohl verstanden werden soll. Detailfragen drohen in der justiziellen Praxis unzulänglich beantwortet zu werden, wenn nicht eine grundlegende Bestimmung des Kindeswohls vorausgesetzt wird. Ob Defizite im Verständnis, in der Auslegung und in der Anwendung des Begriffs vom Kindeswohl bestehen, die empirischen Defizite im Bereich des Familienrechtes bedingen, soll analysiert und diskutiert werden.

Für die Untersuchungen werden gleichermaßen eine Begriffsanalyse sowie eine kritische Betrachtung des bestehenden Rechtssystems notwendig sein. Sowohl ethisch-normativ als auch diagnostisch soll der Begriff Kindeswohl innerhalb des Sorge- und Umgangsrechts analysiert werden, verbunden mit dem Ziel, Schutzlücken zu identifizieren und ggf. Missstände in den normativen Voraussetzungen sichtbar zu machen. Dies soll anhand von drei Hauptfragen erörtert werden:

1. Wie soll der Begriff Kindeswohl bestimmt und welche normativen Ideale sollen hierbei zum Ausdruck gebracht werden? Im Folgenden soll der Versuch unternommen werden, den im Recht verwendeten Begriff Kindeswohl moralphilosophisch zu analysieren und so zu seiner Begriffsbestimmung beizutragen. Es bedarf einer theoretischen Grundlage, die zur Orientierung in der aktuellen Situation des Sorge- und Umgangsrechts dienen kann.

2. Welche empirischen Bedingungen werden nicht hinreichend gewürdigt, um das Kindeswohl zu schützen? Eine abstrakte Theorie reicht nicht aus; vielmehr müssen zur Beantwortung dieser Frage konkrete Gegebenheiten untersucht werden. Deshalb wird in Explorationen mit Opfern häuslicher Gewalt über Umgangsrealisierungen ermittelt, welche Problemfelder sich diesbezüglich zeigen und was unternommen werden kann, um den Kinderschutz effektiver zu gewährleisten.
3. Wie werden die Kinder und ihre individuellen Interessen und Wünsche im rechtlichen Verfahren berücksichtigt? In welchem Zusammenhang stehen der Wille und das Wohl des Kindes? Partizipation von Kindern wird von Fachleuten immer wieder eingefordert. Wie wirken sich die normativen Voraussetzungen in der Praxis auf die Beteiligung von Kindern im Sorge- und Umgangsrecht aus?

Die Frage danach, was unter dem Begriff Kindeswohl verstanden und wie der Begriff im Sorge- und Umgangsrecht verwendet werden soll, ist von enormer praktischer Relevanz. Jedes Jahr sind 150 000 bis 200 000 minderjährige Kinder von der Trennung und Scheidung ihrer Eltern betroffen. Um die Umstände des jeweiligen Einzelfalls aufzugreifen, muss jedoch Bezug auf eine grundlegende Bestimmung des Kindeswohlbegriffs genommen werden. Das ist bisher nicht hinreichend erarbeitet. Die Regelvermutung der aktuellen justiziellen und politischen Praxis, dass Umgang mit beiden Eltern dem Kindeswohl dient, lässt sich mindestens in Fällen von häuslicher Gewalt infrage stellen. Überhaupt ist es äußerst fraglich, ob das individuell Beste eines bestimmten Kindes im Vorfeld erkannt werden kann. Es wird sich zeigen, so das Fazit dieser Untersuchung, dass eine positive Kindeswohlbestimmung mit einem individualistischen Kindeswohlbegriff, der sich aus ethischen Standards, wie den internationalen Menschenrechtskonventionen, speziell der UN-Kinderrechtskonvention, oder der nationalen Verfassung herleitet, nicht zu vereinbaren ist. Der Fall von Ramush und Laura zeigt dies auf drastische Weise.

Die folgenden Untersuchungen beginnen mit moralphilosophischen Überlegungen zum Kindeswohlbegriff (Kap. 2). Aus der philosophischen Perspektive soll die Frage diskutiert werden,

welche normativen Implikationen mit dem Kindeswohlbegriff gesetzt sind und an welche Bedingungen dementsprechend Feststellungen zu knüpfen sind, ob in gegebenen Konstellationen das Wohl des Kindes hinreichend berücksichtigt wird oder nicht. Ferner soll erörtert werden, wie eine diesen normativen Bedingungen genügende rechtliche Praxis zu gestalten wäre.

Eine Übersicht über die aktuelle Rechtslage gibt das dritte Kapitel. Aufgeführt werden die normativen Voraussetzungen, die für die Auslegungen des Kindeswohlbegriffs im Sorge- und Umgangsrecht maßgeblich sind. Diese werden unter Bezugnahme auf die rechts-philosophischen Theorien des zweiten Kapitels problemorientiert ausgewertet.

Das vierte Kapitel befasst sich mit den Einflüssen, die maßgeblich zum Leitbild im aktuellen Sorge- und Umgangsrecht geführt haben. Dazu zählen Erkenntnisse aus den empirischen Wissenschaften wie der Pädagogik oder der Psychologie, internationale Konventionen, aber auch gesellschaftliche Vorstellungen. Von zentraler Bedeutung sind hier die Gleichstellungsansprüche der Geschlechter.

Im fünften Kapitel werden Überlegungen zum Willen des Kindes und zu den allgemeinen Grundsätzen der Partizipation von Kindern im familienrechtlichen Verfahren dargelegt. Anhand von Beispielen aus der aktuellen Rechtsprechung sollen die vorangegangenen Überlegungen validiert werden.

Im Fokus des sechsten Kapitels steht der Opferschutz nach der Trennung aus einer Gewaltbeziehung. Fragen zu bestehenden Problemen im Sorge- und Umgangsrecht sollen erörtert und beantwortet werden. Interviews mit Gewaltbetroffenen über Wege zu aktuell realisierten Umgangsregelungen sowie deren Erfahrungen mit der Justiz und mit Sozialbehörden bilden hier die Basis für die Untersuchungen. Im siebten Kapitel werden die Ergebnisse dieser Arbeit aufgegriffen und auf deren Grundlagen Perspektiven für die Zukunft formuliert.

2 Normative Bedeutung und Implikationen des Kindeswohls

Viele ungelöste Fragen im Sorge- und Umgangsrecht gehen darauf zurück, dass nicht hinreichend geklärt ist, was dem Wohl von Kindern nach der Trennung am besten entspricht. Um über das Wohl von Kindern entscheiden zu können, muss deshalb zunächst geklärt werden, was mit Wohl überhaupt gemeint sein soll. Nur dann können akzeptable Entscheidungen in familienrechtlichen Verfahren gefunden werden. Eine Definition des Kindeswohls existiert im Recht nicht in expliziter Form. Dennoch soll sich bei Umgangs- und Sorgerechtsregelungen am Kindeswohl orientiert werden. Meinungsverschiedenheiten zwischen Eltern sind Sorge- und Umgangsverfahren immanent. Es kann auch zu Konflikten zwischen Eltern bzw. einem Elternteil und Behörden kommen. Verschiedene Vorstellungen in Bezug auf Lebensentwürfe oder kontroverse religiös-weltanschauliche Positionen führen zu unterschiedlichen Auffassungen darüber, was für Kinder gut ist und wie für diese entschieden werden soll. Es muss gefragt werden, welche Bedeutung der Begriff Kindeswohl bei einer derartigen Vielfalt von Interpretationsmöglichkeiten überhaupt haben kann.

Kindeswohl ist ein Kompositum aus „Kind“ und „Wohl“. Mit Kind ist eine Person gemeint, die noch nicht volljährig ist und sich in einer bestimmten Lebensphase befindet – der Kindheit, die in Deutschland mit der Geburt beginnt und mit dem 18. Lebensjahr endet. Kind ist einerseits ein Gegenbegriff zu dem Begriff Erwachsener, andererseits aber auch zu Eltern (Giesinger 2011). Der Begriff Wohl bietet aufgrund der Vieldeutigkeit zahlreiche Interpretationsmöglichkeiten. Wohl meint grundsätzlich etwas, was „gut“ für jemanden ist. Dieses Substantiv bezieht sich auf einen Zustand, in dem sich jemand sowohl physisch als auch psychisch in einer guten Verfassung befindet. Es präjudiziert keine deskriptive Festlegung, was gut ist. *Kindeswohl* ist ein Begriff für das, was für das *Kind* gut ist. Genauer sagt der Begriff zunächst nicht aus.

2.1 Der Diskurs um das Kindeswohl

Ursprünglich entstammt der Begriff Kindeswohl dem juristischen Bereich. Im traditionellen Rechtsverständnis vor der großen Kindschaftsrechtsreform von 1989 wurde der Begriff im Rahmen des Schutzes von Kindern nach § 1666 BGB als Abgrenzungsbegriff identifiziert (Schwarz 2011). Dieser dient als normativer Maßstab für Eingriffe in das Elternrecht, die dadurch legitimiert sind, dass das Wohl des Kindes gefährdet ist. Diskutiert wird der Kindeswohlbegriff vor allem im Kontext von Kinderrechten und deren Umsetzung. Grundlegend ist dafür die Verwendung des Begriffs in der UN-Kinderrechtskonvention, dem bedeutendsten Dokument für Kinderrechte. Rechte der Kinder auf Förderung, Schutz und Partizipation gelten als rechtsethisch erstrebenswert. Allgemein wird angenommen, dass die politische, rechtliche und moralische Berücksichtigung von Kindern in der Gesellschaft dem Interesse von Kindern entspricht. Was im Interesse von Kindern ist, dient gleichzeitig auch ihrem Wohl und wird meist synonym mit dem Begriff verwendet.

Das Interesse am Kindeswohl gewinnt in der Philosophie zunehmend an Aufmerksamkeit und wird in der Fachöffentlichkeit auch ungeachtet der rechtlichen Dimension diskutiert. Zuweilen ist der Begriff in der Medizinethik (Wiesemann, Dörries u. a. 2003) oder im Kontext von Wahlen (Tremmel 2014) zu finden. Diskutiert wird über den moralischen Status von Kindern (Schickhardt 2016), wie sich moralische Ansprüche von Kindern zu denen ihrer Eltern verhalten (Brighouse und Swift 2014), welche Elternpflichten sich ergeben (Betzler 2011) oder wie sich paternalistisches Handeln gegenüber Kindern begründen lässt (Giesinger 2005, 2006)². Insgesamt wird deutlich, dass sich vermehrt Vorstellungen darüber, was für Kinder gut ist, entwickeln, die eine kritische Auseinandersetzung mit den Rechten der Eltern im nationalen Recht einfordern (Bagattini und Macleod 2014).

Bemerkenswerterweise ist eine ethische Debatte zum Thema Kindeswohl hinsichtlich Regelungen im Sorge- und Umgangs-

² In den letzten Jahren sind zahlreiche Veröffentlichungen zum Thema Kindeswohl erschienen. Es kann hier keine vollständige Analyse der philosophischen Sachdiskussion zum Kindeswohl aufgezeigt werden, da dies erheblich den Rahmen dieser Untersuchung sprengen würde.

recht bis jetzt weitgehend ausgeblieben. Aber auch in der empirischen Forschung der Bezugswissenschaften liegen aktuell in Deutschland kaum belastbare Daten vor³. In der gesellschaftlichen Öffentlichkeit hingegen erfreut sich das Thema großer Beliebtheit. Geschlechter- und Lobbygruppen mit verschiedenen privaten und politischen Interessen streiten sich darum, was das Kindeswohl ist – und die Meinungen darüber, was das Beste für Nachtrennungskinder ist, gehen weit auseinander. Sie gipfeln in populistischen Darstellungen über spektakuläre Einzelfälle bei häufig großer medialer Verbreitung. Der Umstand, dass sich die Rechtspolitik hiervon beeinflussen lässt, macht es umso problematischer, dass Forschungsergebnisse zu diesem Thema kaum vorhanden sind⁴. Es besteht aktuell ein großes Missverhältnis zwischen der Popularität dieses Themas und den bislang verfügbaren Arbeiten hierzu.

2.2 Theorie und Praxis rechtsphilosophischer Überlegungen

Das Kindeswohl ist ein zentraler Begriff im Familienrecht, der sowohl rechtliche, psychologische und soziologische als auch ethische Dimensionen umfasst. Ein interdisziplinärer Ansatz ermöglicht es, die unterschiedlichen Diskurse zu berücksichtigen. Im Mittelpunkt dieser Arbeit steht jedoch die philosophische Perspektive, basierend auf der Überlegung, dass durch sie wichtige Erkenntnisse für die Interpretation des Kindeswohlbegriffs gewonnen werden können. Es gilt begrifflich abzusichern, was unter Kindeswohl grundsätzlich zu verstehen ist.

Die philosophische Annäherung an den Begriff des Kindeswohls ist optimal geeignet, um die zugrunde liegenden ethischen, moralischen und normativen Fragen zu untersuchen, die mit der Bestimmung des Kindeswohls einhergehen. Durch die philosophische Reflexion kann ein kritischer Blick auf bestehende Praktiken und Normen geworfen und das Nachdenken über

³ Empirische Daten liegen bisher nur auf internationaler Ebene vor. Die vom Bundesministerium für Familie (BMFSF) in Auftrag gegebene Studie „Kindeswohl und Umgangsrecht“ erhebt aktuell erstmalig Daten zu Umgangskonstellationen in Trennungsfamilien. Ergebnisse liegen seit Herbst 2023 vor.

⁴ Salgo hat hierauf bereits 2008 hingewiesen.

langfristige Konsequenzen von Entscheidungen und politischen Maßnahmen gefördert werden. Wenngleich philosophische Überlegungen wichtige Einsichten und Anregungen vermitteln, können sie nicht direkt als verbindliche Rechtsnormen zur Anwendung kommen. Sie können jedoch einen nützlichen Beitrag zu der Überlegung leisten, was gesellschaftlich unter dem Begriff des Kindeswohls verstanden werden soll, und eine ethische Grundlage und Orientierung bieten. Darüber hinaus kann die Philosophie helfen, Konflikte zu lösen, die entstehen, wenn verschiedene Disziplinen unterschiedliche Ansichten darüber haben, was das Beste für das Kind ist.

Sowohl ethische Normen als auch rechtliche Vorschriften sind dynamisch und passen sich den Veränderungen in der Gesellschaft an. Neue gesellschaftliche Entwicklungen im Hinblick auf Familienformen, die sich auch aufgrund von Scheidungen und Trennungen ergeben, beeinflussen beide Bereiche und führen zu kontinuierlichen Diskussionen und Reformen. Aktuelle Debatten darüber, was für Kinder nach einer Elterntrennung gut ist, beleuchten die zahlreichen ungeklärten Fragen. Es bedarf daher einer grundlegenden Klärung der Frage, ob sich derzeit geltende Sorge- und Umgangsregelungen ethisch rechtfertigen lassen. Die praktische Philosophie kann sich dazu auf einer abstrakten Ebene dem Begriff des Kindeswohls nähern, seine normative Bedeutung herausarbeiten und aus einer externen Perspektive überprüfen (Wapler 2015).

Sowohl die Ethik als auch das Recht befassen sich mit Normen, Werten und Verhaltensregeln, die das menschliche Zusammenleben regulieren sollen. Beide Bereiche sind eng miteinander verbunden. Das Recht erhebt den Anspruch, prozessuale Regelungen auch ethisch als legitim abzusichern, indem es sich auf bestimmte Prinzipien und Werte stützt, die als moralisch gerechtfertigt anerkannt werden. Ethische Grundsätze finden sich in der deutschen Verfassung, dem Grundgesetz. In internationalen Konventionen werden ebenfalls ethische Werte des Zusammenlebens in Gesellschaften formuliert, die verbindlich für die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, wie den des Kindeswohls, sind. In dieser Hinsicht erhebt das Recht den Anspruch, prozessuale Regelungen auch ethisch als legitim abzusichern

(ebd.). Es strebt an, seine Vorschriften und Methoden auf einer moralischen Grundlage zu verankern, und demzufolge bietet Ethik in diesem Sinne die Rechtfertigung für rechtliche Normen. Im Folgenden sollen die vorhandenen rechtsethischen Normziele einer Gemeinschaft heraus-gestellt werden, die sich für individuelle Freiheit, Menschenrechte und Gleichberechtigung einsetzt.

2.3 Die Verantwortung der Erwachsenen für das Kindeswohl

Der Begriff Kindeswohl bezieht sich ausdrücklich auf Kinder. Ein „Erwachsenenwohl“ wird vom Recht explizit nicht vorgesehen. Die Idee Kindeswohl entspringt dem Gedanken, dass Kinder einen Anspruch auf besondere Fürsorge und Unterstützung haben. Kinder brauchen Schutz. Sie basiert auch darauf, dass Kinder ihr Wohl nicht vollständig selbst bestimmen können und darauf angewiesen sind, dass Erwachsene für ihr Wohl sorgen. Kinder, so die hier zugrunde liegende Annahme, wissen mitunter nicht, was gut für sie ist. Mit dem Begriff Wohl ist somit etwas gemeint, das unabhängig von dem geäußerten Willen und der Zustimmung des Kindes ist. Kindeswohl impliziert eine Autorisierung Erwachsener, die als Vertreter für Kinder entscheiden, und ist daher in seiner Konzeption von Grund auf paternalistisch konzipiert. (Giesinger 2011) Das Kindeswohl, als grundlegendes paternalistisches Konzept, hat sich in den letzten Jahren jedoch immer mehr in Richtung Partizipation geöffnet. Das Kind soll ebenso geschützt und als Rechtssubjekt betrachtet werden. Beide Intentionen, „das Kind als Schutzobjekt und als Rechtssubjekt, werden heute gleichermaßen vom Kindeswohlbegriff umfasst“ (Wapler 2015, S. 6).

Wenn das Wohl von Kindern nicht zuverlässig in ihrem eigenen Kompetenzbereich liegt, muss nicht nur über eine Berechtigung, für Kinder zu bestimmen, sondern auch über eine Pflicht, dies zu tun, diskutiert werden. Kinder sind darauf angewiesen, dass Erwachsene für ihr Wohl Verantwortung übernehmen und Entscheidungen für sie treffen. Schickhardt betont, dass es umso mehr die Aufgabe Dritter ist, das Wohl aus der Außenperspektive zu bestimmen, je weniger Kompetenz ein Kind für sein eigenes