

---

## Warum wir das Kindeswohlprinzip abschaffen sollten

---

Autor: Markus Witt

Eines der grundlegenden Prinzipien des deutschen Kindschaftsrechts ist das in §1697a BGB verbriefte Kindeswohlprinzip. Das Gericht soll – unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten sowie den berechtigten Interessen der Beteiligten - die Entscheidungen treffen, die „dem Wohl des Kindes am besten entspricht“.

Was gut klingt und im ersten Moment kaum einen Widerspruch hervorruft – natürlich soll es den Kindern so gut wie möglich ergehen – erweist sich in der rechtlichen Praxis jedoch als völlig untauglicher, ja teils unerfüllbarer Maßstab, wie nachfolgend anhand mehrerer Beispiele verdeutlicht werden soll. Darum sollte man ihn abschaffen – nur was dann? Auch hierzu werden Vorschläge gemacht, welche praktikabler und durchaus bereits erprobt und bewährt sind.

### Inhalt

I Was ist das Wohl des Kindes?.....	2
II Das Kindeswohl als unmöglicher Entscheidungsmaßstab.....	2
• Schulwahl:.....	2
• Gesundheitsfürsorge: .....	2
• Umgangsregelung:.....	3
III Die richterliche Misere der Pflichterfüllung .....	3
IV Die Qualifizierung von Richtern zur Ermittlung der dem Kindeswohl „am besten“ entsprechenden Entscheidung .....	4
V Die verfassungsrechtliche Aufgabe des Staates .....	5
VI Streitverschärfung per Gesetz .....	6
VII Wie ein tauglicher Entscheidungsmaßstab aussehen könnte .....	6
Die negative Kindeswohlprüfung.....	6
Die Kindeswohlgefährdung.....	7
VIII Wie Eltern selbst Lösungen finden könnten.....	7
IX Fazit .....	9

## I Was ist das Wohl des Kindes?

Beginnen wir mit der Frage, was das Wohl des Kindes, oftmals auch Kindeswohl genannt, eigentlich ist. Zunächst ist es ein unbestimmter Rechtsbegriff, der je nach persönlicher Sicht definiert werden kann. Darum wird er unter wissenschaftstheoretischen Aspekten auch als „definitorische Katastrophe“<sup>1</sup> gesehen. Dettenborn & Walter führen dazu u.a. aus:

*„... jeder, der den Begriff Kindeswohl verwendet, wird seine Kompetenzen überschreiten. Der Jurist ist genötigt, über rechtliche und dadurch implizierte Wertaspekte hinaus auch psychologische Aspekte einzubeziehen. Da er nicht entsprechend ausgebildet ist, sind individuell erworbenes Fachwissen und eher zufällige Alltagskonzepte Grundlage seines Entscheidens. Der Psychologe oder Pädagoge muss in seinen Empfehlungen zwangsläufig Wertaspekte und rechtliche Regelungsanliegen einschließen und damit seine Fachkompetenz überschreiten.“*

Niemand weiß also, was tatsächlich das Wohl des Kindes ist und noch weniger, was dem Wohl des Kindes „am besten“ entspricht. Trotzdem muss qua Gesetz jede gerichtliche Entscheidung genau diesem Anspruch erfüllen.

## II Das Kindeswohl als unmöglicher Entscheidungsmaßstab

Anhand von drei alltäglichen Beispielen soll geprüft werden, ob und wie Gerichte dem an sie gestellten Anspruch gerecht werden können.

- **Schulwahl:** die Eltern sind sich nicht einig, das Gericht soll entscheiden. Beide Eltern tragen nachvollziehbare Gründe vor, weshalb das Kind auf die eine oder andere Schule gehen soll. Die Mutter präferiert die musisch orientierte Schule, da der Sohn bereits seit 2 Jahren begeistert Gitarre spielt. Der Vater bevorzugt die sportzentrierte

Schule, der Sohn ist seit 2 1/2 Jahren im Leichtathletikverein und hat dort schon mehrere Auszeichnungen erhalten. Wie also soll das Gericht entscheiden, was „am besten“ ist? Entscheidet es sich für den Vorschlag der Mutter so ist nicht sicher, ob der Junge auch morgen noch Interesse an der Musik hat oder er vielleicht eher enttäuscht ist, dass er seinen Sport nicht mehr so wie bisher ausüben kann, wenn er nach einem Jahr mitbekommt, was die Entscheidung für ihn bedeutet. Was wenn der Junge auf dem Weg zur Schule mit dem Fahrrad stürzt und sich die Hand bricht und nie mehr Gitarre spielen kann, aber die 100m noch in 10 Sekunden laufen könnte? Entscheidet das Gericht sich für den Vorschlag des Vaters, besteht die gleiche Unsicherheit. Was ist, wenn sich der Sohn schwer verletzt und den Sport nicht mehr ausüben kann? Oder er aber zum Spitzensportler aufsteigt und sich damit seinen Lebenstraum erfüllt?

- **Gesundheitsfürsorge:** die Tochter leidet an einer schweren Autoimmun-Erkrankung. Der Vater möchte eine alternative Behandlungsmethode anwenden, welche statistisch gute Behandlungserfolge aufweist, allerdings meist weniger Nebenwirkungen als eine konventionelle Therapie hervorruft. Die Mutter möchte genau diese konventionelle Therapie anwenden, da die Quote der Behandlungserfolge noch höher liegt und sie mögliche Nebenwirkungen für vertretbar hält. Beide Behandlungsmethoden können jedoch keine Heilungs-Garantie geben, genau wie ungewiss ist, ob die Nebenwirkungen eintreten oder nicht. Wie das Gericht auch entscheiden wird, wie genau welche Therapie bei eben jenem Kind anschlagen wird oder ob das Kind durch eine der Therapien Schaden nimmt, kann niemand mit Sicherheit vorhersehen. Was ist

---

<sup>1</sup> Dettenborn & Walter, Familienrechtspsychologie, 3. Auflage, Kap. 2.5 Das Wohl des Kindes

also „am besten“ für das Kind“?

- **Umgangsregelung:** der Klassiker der gerichtlichen Entscheidungen. Ob ein oder zwei Tage mehr oder weniger, was dient dem Kindeswohl am besten? Beide Eltern sind uneingeschränkt erziehungsfähig und bereit, sich um ihr Kind zu kümmern, leben nah beieinander. Bisher hat sich die Mutter etwas mehr um die Kinder gekümmert.
  - Richtet man nun also den Blick zurück und schreibt dies in die Zukunft fort?
  - Oder betrachtet man, am Status quo von Kindern und Eltern, wie das Kind vermutlich gefördert werden wird, ohne zu wissen, ob und wie die Eltern dies in der Zukunft tatsächlich umsetzen werden?
  - Oder berücksichtigt man, dass sich auch die Bindungsverhältnisse von Kindern im Laufe der Zeit ändern und eine Trennung eine Neuausrichtung der Familie in zwei Haushalten bedeutet?
  - Was, wenn das Kind heute noch bei Papa bleiben will, weil die neue Freundin heute ganz toll ist aber morgen schon ganz doof?
  - Was, wenn die Mutter zwar heute die Betreuung des Kindes problemlos bewältigen kann, morgen aber einen anderen Job antreten muss und nur noch eingeschränkt zeitlich zur Verfügung steht?
  - Was, wenn die Äußerungen des Kindes vom Loyalitätskonflikt zwischen den Eltern geprägt sind? Vergrößert eine gerichtliche Entscheidung diesen noch oder nicht?
  - Wie werden die Eltern damit umgehen?
  - Was also ist „am besten“?

Hinzu kommt bei Schulwahl, Gesundheitsversorgung und allen Entscheidungen, die im Rahmen des §1628 BGB getroffen werden, ein weiteres Problem: das

Gericht kann einem Elternteil lediglich die Entscheidungsvollmacht in der jeweiligen Frage übertragen. Die sorgerechtliche Entscheidung selbst darf das Gericht nicht treffen<sup>2</sup>. Ob dieser Elternteil diese Entscheidung dann auch wie angekündigt umsetzt, liegt dann in seiner alleinigen Macht und Verantwortung, er kann also beispielsweise eine andere Schule wählen oder die medizinische Behandlung entgegen vorheriger Bekundungen völlig unterlassen.

### III Die richterliche Misere der Pflichterfüllung

Die vorstehenden Beispiele zeigen, dass es auch unter Abwägung aller zur Verfügung stehenden Informationen keine Entscheidung geben kann, die „am besten“ geeignet ist, da es vielfach Abwägungsentscheidungen sind, die gleich gut oder gleich schlecht auch mit einem Münzwurf entschieden werden könnten. Das Ergebnis wäre unterm Strich identisch.

Würde man sich ernsthaft am gesetzlichen Maßstab „am besten“ orientieren, müssten am Beispiel der Schulwahl z.B. schon aus Gründen der auf §26 FamFG erwachsenden Amtsermittlungspflicht umfangreiche Analysen des Kindes, wissenschaftlich fundierte Entscheidungshypothesen und detaillierte Untersuchungen der jeweiligen Schulen eingeholt werden – denn was wäre, wenn an einer der Schulen massive Drogenprobleme bestehen würden oder die Lehrer nicht ausreichend qualifiziert wären? Müsste man nicht sogar im Vorfeld gutachterlich klären, ob die konkreten Lehrer und Lernkonzepte auf genau dieses Kind auch in den nächsten Jahren besser geeignet wären als an der anderen Schule? Dieses Beispiel mag überspitzt klingen, soll aber verdeutlichen, dass für eine „am besten“ dem Kindeswohl dienende Entscheidung eigentlich alle zur Verfügung stehenden Mittel ausgenutzt werden müssten. Praktisch umsetzbar und sinnvoll ist dies, wie

<sup>2</sup> Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 19.08.2002, 1 BvR 1870/02, FamRZ 2003,511

auch im Absatz V später noch ausgeführt wird, nicht.

Trotzdem werden regelmäßig Entscheidungen getroffen mit der Begründung, dass dies nach richterlicher Einschätzung „dem Kindeswohl am besten entspricht“. Wie unter I ausgeführt, ist dies eigentlich eine Kompetenzüberschreitung des Gerichtes. Kein seriöser Sachverständiger wird feststellen können, dass ein Tag mehr oder weniger dem Kindeswohl „am besten“ entspricht. Gerichte sind hierzu aber per Gesetz verpflichtet.

Ihnen wird also eine de facto unlösbare Aufgabe übertragen die dazu führt, dass teilweise abenteuerliche Begründungen den Weg in Gerichtsentscheidungen finden. So entschied erst kürzlich das Kammergericht <sup>3</sup>, dass eine Umgangsregelung 7:7 Tage dem Kindeswohl aufgrund des Streites der Eltern widerspricht, eine Regelung 8:6 Tage aber dem Kindeswohl „am besten“ entspreche. Das OLG Hamm <sup>4</sup> berief sich darauf, dass bereits die Verlängerung des Umgangs um eine Übernachtung das Begreifen des Lebensmittelpunktes bei der Mutter für die Kinder infrage stellen würde. Dass es für diese „Lebensmittelpunkt“-Hypothese keine Grundlage gibt, stellte später das Hanseatische Oberlandesgericht <sup>5</sup> klar. Trotzdem diene zahlreichen Gerichten die „Lebensmittelpunkt-These“ als Erklärungsstruktur, um eine Entscheidung zu begründen, die dem Kindeswohl „am besten“ entspricht.

Solche weder mit gesundem Menschenverstand noch wissenschaftlich belegbaren Erkenntnissen nachvollziehbare Entscheidungen schaden dem Ansehen und dem Vertrauen in die Gerichte, da der Eindruck entsteht, Gerichte würden willkürlich entscheiden. Dieser Eindruck trifft vielfach auch zu – da Gerichte per Gesetz verpflichtet sind, eine unlösbare Aufgabe zu lösen. Das Gericht

MUSS entscheiden und dies begründen, es kann eine Entscheidung nicht verweigern. Auch einen Münzwurf darf das Gericht nicht als Entscheidungsmaßstab wählen. Es MUSS die „am besten“ geeignete Entscheidung treffen, ob es dafür qualifiziert ist oder nicht.

Es sollte daher gerade im Interesse der Richterschaft liegen, sich aus diesem Dilemma zu befreien und das Vertrauen in die Richterschaft und in gerichtliche Entscheidungen vor dem Familiengericht zu stärken.

#### IV Die Qualifizierung von Richtern zur Ermittlung der dem Kindeswohl „am besten“ entsprechenden Entscheidung

Stellen Sie sich vor, Sie stehen vor einer Herz-OP und der sie behandelnde Arzt hat noch nicht einmal eine Erste-Hilfe-Ausbildung gemacht, geschweige denn ein medizinisches Studium. Gestern hat er noch Heizungen installiert und vorgestern Brötchen gebacken. Mit Glück hat er sich eine medizinische Doku oder ein YouTube-Video zu Herz-OPs angesehen.

Zum einen würden Sie sich von einem solchen Arzt wohl kaum operieren lassen, zum anderen müsste dieser Arzt aus Eigenverantwortung die Behandlung ablehnen, denn die Konsequenzen seines Handelns wären unvertretbar und lebensbedrohlich.

Dieses Beispiel mag beim Lesen völlig übertrieben klingen, ist aber leider weiterhin traurige Realität.

Man sollte annehmen, dass Familienrichter für ihre verantwortungsvolle Aufgabe, die dem Kindeswohl „am besten“ entsprechende Entscheidung zu treffen, angemessen qualifiziert werden. Dies ist bis heute jedoch nicht der Fall ist. Kindeswohl und selbst Familienrecht ist kein Bestandteil der richterlichen Ausbildung in Deutschland. Der

<sup>3</sup> KG, Beschluss vom 13.09.2017, 18 UF 15/17, mit ausführlicher Kommentierung unter <https://www.doppelresidenz.org/page/fachinformationen>

[/urteile.php?leptoken=9cfd1905814386369773cz1522565123](#)

<sup>4</sup> OLG Hamm, Beschluss vom 22.01.2014, 8 UF 82/13

<sup>5</sup> OLG Hamburg, Beschluss vom 17.12.2015, 2 UF 104/14

deutsche Richter ist Universaljurist, der vom Verkehrsvergehen über Feuchtigkeitsschäden am Bau bis hin zum Kindeswohl alles beurteilen soll. Doch während es für die Arbeits- oder Sozialgerichtsbarkeit zumindest eigene Fachgerichtsbarkeiten gibt, in der sich Richter im Laufe ihrer Tätigkeit spezialisieren können, gibt es dies für das Familienrecht nicht. Dies wird seit langem kritisiert, der Gesetzgeber hat hieran aber trotz mehrfacher eindringlicher Aufforderungen<sup>6789</sup> nichts geändert.

Insofern ist es wenig verwunderlich, dass immer wieder gravierende Fehlurteile im Familienrecht zu Tage treten. Was Kindeswohl ist, unterliegt vorrangig der persönlichen Einstellung des Richters und weniger einer fachlich fundierten Feststellung, zu der der Richter gar nicht oder im Ansatz nur in Form von freiwilligen Fortbildungen nur rudimentär befähigt ist.

Zwar werden Richter häufig durch Sachverständige und Verfahrensbeistände unterstützt. Diese sind allerdings wirtschaftlich von den Richtern, die sie bestellen, abhängig<sup>1011</sup> und ihre Qualifikation ebenfalls seit Jahrzehnten nicht ausreichend sichergestellt. Und die Entscheidung liegt letztendlich immer beim Familienrichter – die Entscheidung, was dem Kindeswohl „am besten“ entsprechen werde.

Abgesehen von den vorgenannten Feststellungen des im wesentlichen unmöglichen Entscheidungsmaßstabs wäre es dringende Aufgabe des Gesetzgebers, für eine

angemessene Qualifizierung von Familienrichtern zu sorgen. Nach aktuellem Stand würde ein Münzwurf vermutlich zuverlässigere Ergebnisse liefern als eine familiengerichtliche Entscheidung.

## V Die verfassungsrechtliche Aufgabe des Staates

Nun stellt sich zwangsläufig die Frage, was im kindschaftsrechtlichen Kontext eigentlich Aufgabe des Staates ist. Art. 6 (2) GG gibt hier Antwort: der Staat wacht über die Pflege und Erziehung der Kinder durch ihre Eltern und hat nur einzugreifen, wenn das Wohl der Kinder gefährdet ist.

Dieser staatliche Schutzauftrag, auch Wächteramt genannt, umfasst keine „Best-Variante“, sondern lediglich die Gefahrenabwehr. Hierzu führte das OLG Hamm<sup>12</sup> treffend aus, „*dass kein Kind Anspruch auf „Idealeltern“ und optimale Förderung hat und sich die staatlichen Eingriffe auf die Abwehr von Gefahren beschränken*“.

Hierüber geht das Kindeswohlprinzip aber deutlich hinaus. Dem Wortlaut nach könnte aus §1697a BGB sogar abgeleitet werden, dass Kinder bereits aufgrund von Kleinigkeiten aus der Familie genommen werden könnten, wenn eine dritte Person oder der Staat die Erziehung und Pflege des Kindes nach Ansicht des Gerichtes „am besten“ sicherstellen könnte. Kritiker werden zu Recht einwenden, dass dem der verfassungsrechtlich mit Recht sehr hohe

<sup>6</sup> Experten für Familienrichter-Ausbildung, <https://www.bundestag.de/presse/hib/659348-659348>

<sup>7</sup> Informationen und Stellungnahmen zur Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 25.09.2019, [https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06\\_Recht/anhoeerungen?url=L2F1c3NjaHVlc3NlL2EwNI9SZWNodC9hbmhvZXJ1bmdlbl9hcmNoaXYvZm9ydGJpbGR1bmc3cmVjaHRlci02NDE1NTY=&mod=mod559522](https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06_Recht/anhoeerungen?url=L2F1c3NjaHVlc3NlL2EwNI9SZWNodC9hbmhvZXJ1bmdlbl9hcmNoaXYvZm9ydGJpbGR1bmc3cmVjaHRlci02NDE1NTY=&mod=mod559522)

<sup>8</sup> Wenn Familienrichter keine Ahnung haben, Welt, 25.09.2019, <https://www.welt.de/politik/deutschland/article200960972/Justiz-Wenn-Familienrichter-keine-Ahnung-haben.html>

<sup>9</sup> Deutscher Familiengerichtstag fordert bessere Qualifikation, <https://www.presseportal.de/pm/51580/4594473>

<sup>10</sup> Beeinflussung von Gutachtern: „Die Strukturen sein teilweise regelrecht mafiös“, Legal Tribune online, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/studie-gutachten-gericht-beeinflussung-wirtschaftliche-abhaenigigkeit/>

<sup>11</sup> Gresser / Jordan 2014, Gerichtsgutachten – oft wird eine Tendenz vorgegeben, Deutsches Ärzteblatt Jg. 111, Heft 6, <https://www.aerzteblatt.de/pdf.asp?id=154014>

<sup>12</sup> OLG Hamm, Beschluss vom 12.07.2013, 2 UF 227/12

Maßstab des Art. 6 (3) GG entgegensteht – warum dann aber eine solch verfassungswidrigen Maßstab in §1697a BGB vorgeben?

## VI Streitverschärfung per Gesetz

Wenn Eltern, um eine gerichtliche Auseinandersetzung gewinnen zu können, beweisen müssen, dass ihr Vorschlag „am besten“ für das Kind ist, führt dies zwangsläufig zu einem Wettbewerb zwischen den Eltern, verbunden mit der Notwendigkeit, den Vorschlag des anderen Elternteils abzuwerten. Eine Akzeptanz auch des anderen Vorschlages, dass es also zwei gleich gute Vorschläge geben würde, ist vor dem Hintergrund der rechtlichen Rahmenbedingungen faktisch nicht möglich. Schon ein kleines Gegenargument des anderen Elternteils könnte zum Verlust des Verfahrens führen.

Getreu dem Motto „im Krieg und in der Liebe ist alles erlaubt“ wird der Feldzug gegen den anderen Elternteil unnachgiebig geführt um zu zeigen, dass man selbst den besten Vorschlag für das Kind unterbreitet habe. Immer umfangreicher werdende Schriftsätze mit den oftmals über Eltern und Verfahren hinweg immer wieder gleichen Vorwürfen und Anschuldigungen dürfte allen am familiengerichtlichen Verfahren Beteiligten ein bekanntes Phänomen sein. Es handelt sich um ein etabliertes und leider notwendiges Schema, um solche Verfahren zu führen. Dieser Streit muss geführt werden, um dem aktuellen Familienrecht genüge zu tun – der gesetzliche Entscheidungsmaßstab erfordert dies, wogegen Deeskalation und Einlenken häufig zum Verlust eines Verfahrens führen würde. Hochstrittigkeit ist somit häufig Folge gesetzlicher Rahmenbedingungen und der

Entscheidungsmaßstab des „Kindeswohls“ leistet hierbei einen schicksalhaften Beitrag.

Denn Streit ist genau das, was Kinder häufig am meisten in der Auseinandersetzung ihrer Eltern belastet. So gesehen ist der §1697a BGB an sich bereits ein Widerspruch in sich selbst, da er nicht dem Wohl des Kindes und damit seinem Bedürfnis nach Beilegung des elterlichen Streits dient. Er heizt diesen, auch in Kombination mit weiteren Fehlanreizen im Familienrecht<sup>13</sup>, häufig erst richtig an und verschärft die Situation. Das Wohl des Kindes wird letztendlich genau durch den Paragraphen beeinträchtigt, der es eigentlich schützen soll. Gleiches gilt übrigens auch für den „Streitparagraphen“ §1671, der ebenfalls am „Best-Maßstab“ anknüpft.

Es darf ernsthaft in Zweifel gezogen werden, dass sowohl die Regelungen des §1697a BGB als auch der §1671 BGB und der §1687 BGB in ihrer heutigen Form verfassungskonform sind<sup>14</sup>, da sie alle erhebliche Eingriffe in das verfassungsrechtlich geschützte Elternrecht ermöglichen, ohne das ein Elternteil versagt hätte oder das Kind in irgendeiner, einen solchen Eingriff rechtfertigenden, Weise beeinträchtigt wäre.

## VII Wie ein tauglicher Entscheidungsmaßstab aussehen könnte

Nachdem die „Best-Variante“, wie ausgeführt kein zielführender Entscheidungsmaßstab sein kann, ist die Frage: welchen Maßstab soll man nehmen? Hierzu sollen verschiedene Ansätze betrachtet werden.

### Die negative Kindeswohlprüfung

Dieser bereits im Rahmen des §1626a BGB niedergelegte Entscheidungsmaßstab stellt darauf ab, dass vom gesetzlichen Leitbild der

---

<sup>13</sup> Siehe auch „Kindeswohl fremde Anreize und Hochstrittigkeit auf doppelresidenz.org“  
<https://www.doppelresidenz.org/page/fachinformationen/kindeswohl-fremde-anreize-und-hochstrittigkeit.php>

<sup>14</sup> Hierzu auch Markus Witt (2018), Im Zweifel für die Doppelresidenz, veröffentlicht unter  
[www.doppelresidenz.org/media/doppelresidenz.org\\_offe](http://www.doppelresidenz.org/media/doppelresidenz.org_offe)

[ntlich\\_sichtbar/2018\\_witt\\_-\\_im\\_zweifel\\_fur\\_die\\_doppelresidenz\\_-\\_rechtlicher\\_vorrang\\_der\\_doppelresidenz\\_durch\\_den\\_bg\\_h.pdf](#)

gemeinsamen elterlichen Sorge auszugehen ist, sofern die vorliegenden Umstände dem Kindeswohl nicht widersprechen. Im Zusammenhang mit der Neuregelung des §1626a wird dieser Entscheidungsmaßstab von der weit überwiegenden Zahl der Richter als richtiges und gut handhabbares Mittel angesehen (63,9%) <sup>15</sup>. Von den lediglich 19,3% der Richter, die die negative Kindeswohlprüfung nicht als den richtigen Entscheidungsmaßstab ansehen, sprechen sich über 34% für ein gemeinsames Sorgerecht ab Geburt aus. 16% lehnen die negative Kindeswohlprüfung im Zusammenhang mit §1626a BGB ab, da sie in diesem Fall eine Belastung der Interaktion der Eltern durch das Verfahren sehen und 8% meinen, dieses Verfahren provoziere Gründe gegen die gemeinsame elterliche Sorge.

Insgesamt scheint die negative Kindeswohlprüfung nicht nur eine hohe Akzeptanz in der Richterschaft zu finden, sondern auch in der Praxis durchaus geeignet zu sein, auch wenn bei der Ausgestaltung der Erlangung der gemeinsamen Sorge nach §1626a BGB noch deeskalierender Nachbesserungsbedarf vorhanden zu sein scheint.

### Die Kindeswohlgefährdung

Im Rahmen des §1666 BGB wird regelmäßig in das Elternrecht eingegriffen, wenn das Wohl des Kindes gefährdet ist oder vorhersehbar gefährdet werden wird. Die Eingriffsschwelle liegt hierbei höher als bei der negativen Kindeswohlprüfung und dürfte nach Ansicht des Verfassers am ehesten der Wahrnehmung des staatlichen Wächteramtes entsprechen. Auch dieser Maßstab hat sich bewährt. Gerichte, Jugendämter, Verfahrensbeistände und Gutachter haben hier entsprechende Erfahrungen.

Auch ist dies ein halbwegs objektiverbarer Maßstab, da viele Umstände bekannt sind, die

ein Kind in seiner Entwicklung nachhaltig erheblich beeinträchtigen oder gefährden. Zudem hat das Bundesverfassungsgericht durch seine Entscheidungen den Rahmen, in dem sich die Familiengerichte zu bewegen haben, bereits mehrfach definiert und der Maßstab dürfte angesichts der auch meist auch für Laien erfassbaren, das Kind und dessen Wohlergehen gefährdenden Umstände, eine allgemein hohe, auch gesellschaftliche, Akzeptanz genießen.

Flankiert wird der Maßstab der Kindeswohlgefährdung teilweise durch gesetzliche Regelvermutungen positiver Kindeswohldienlichkeit als Orientierung für die Beteiligten.

So beispielsweise in §1626 BGB: „Zum Wohle des Kindes gehört in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen“. Eine Abweichung von dieser Regel ist nur möglich, „wenn andernfalls das Wohl des Kindes gefährdet wäre“, §1684 (4) BGB

Beide Maßstäbe sind erprobt und praxistauglich, sollten aber zum Zwecke der Deeskalation familiengerichtlicher Verfahren mit flankierenden Vorgaben des Gesetzgebers unterstützt werden, wie beispielsweise dem viel zu wenig beachteten §1627 BGB der von Eltern erwartet, dass sie versuchen müssen, sich zu einigen.

### VIII Wie Eltern selbst Lösungen finden könnten

Die heute übliche Praxis, dass bei Streit der Eltern häufig nicht geprüft wird, welcher Elternteil sich um Deeskalation und Lösungen bemüht führt dazu, dass der Elternteil, der das Kind überwiegend bei sich hat, durch provozierten Streit auf dem Rücken der Kinder den anderen Elternteil aus der elterlichen Verantwortung drängen kann. Oftmals werden solche Verfahren mit dem dann unzutreffenden Label „hochstrittig“ belegt. Aus diesem Grund

<sup>15</sup> Bericht über die Evaluierung des Gesetzes zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, Dezember 2017, Evangelische Hochschule

ist es auch wenig verwunderlich, dass die Mediation im Familienrecht auf sehr niedrigem Niveau stagniert<sup>16</sup>. Der Streit ist für den Elternteil, bei dem sich das Kind überwiegend aufhält, aufgrund der gesetzlichen Rahmenbedingungen leider noch immer die bester Alternative.

*„So lange eine Partei glaubt, sich im konfrontativen Verfahren vor Gericht durchsetzen zu können, besteht kein Anlass Kompromisse zu suchen. Wenn eine Partei davon ausgehen kann, ihre Position im kinschaftsrechtlichen Verfahren durchzusetzen (auch hinsichtlich „Macht und Geld“), sind Chancen für Mediation gering“.*<sup>17</sup>

Eine Lösung könnte z.B. die Ergänzung des §1628 BGB um folgende Sätze sein<sup>18</sup>:

Satz 3 *„Bei der Frage, welchem Elternteil die Entscheidung übertragen wird, soll vorrangig geprüft werden, welcher Elternteil sich nachweislich und ernsthaft um eine außergerichtliche Lösung bemüht hat“.*

Satz 4: *„Verweigert ein Elternteil ohne schwerwiegenden Grund die Kommunikation und Kooperation, so stellt dies ein deutliches Indiz für eine eingeschränkte Erziehungseignung dieses Elternteils dar, welche bei der Entscheidungsfindung vorrangig zu berücksichtigen ist“.*

Durch diese gesetzgeberischen Klarstellungen müssten die Eltern nicht in den Wettbewerb eintreten, wer der „bessere“ Elternteil ist, sondern beide gemeinsam an einer Lösung arbeiten. Dies würde dann auch, falls die Eltern allein keine eigene Lösung finden, den Weg zu einer Mediation öffnen, da vom Gesetzgeber

erwartet wird, dass sich Eltern, *„notfalls unter Inanspruchnahme fachkundiger Hilfe von außen, um eine angemessene Kommunikation zu bemühen“* haben und von ihnen *„zu erwarten ist, dass sie Mühen und Anstrengungen auf sich nehmen, um im Bereich der elterlichen Sorge zu gemeinsamen Lösungen im Interesse des Kindes zu gelangen.“*<sup>19</sup>

In den meisten Fällen dürfte eine Mediation für Fragen, welche nach einer Trennung der Eltern aufkommen, die weitaus bessere Lösung sein als der Gerichtssaal. Selten sind es rechtlich zu klärende Probleme, häufig liegt der eigentliche Grund in der (Paar-)Beziehung den Eltern. Dies wird im gerichtlichen Verfahren nur selten erkannt und kann dort auch nicht hinreichend bearbeitet werden. Hierfür sind Richter auch nicht ausgebildet und der gerichtliche Rahmen eher ungeeignet. Im Gerichtssaal werden Entscheidungen getroffen und keine systemische oder therapeutische Arbeit geleistet. Außerdem geben die Eltern im gerichtlichen Verfahren die Verantwortung an den Richter ab. Es wird über sie entschieden, nicht von ihnen, was häufig keine gute Basis für eine zukünftige, kooperative Elternschaft ist.

Für langfristige Lösungen und die Beruhigung der Elternbeziehung braucht es aber ein qualifiziertes Beratungsumfeld, welches die persönlichen Befindlichkeiten der Eltern erkennt, thematisiert und möglichst löst, zumindest aber befriedet.

Verlassen die Eltern den Gerichtssaal mit einer Entscheidung, die dem Wohl des Kindes vermeintlich „am besten“ entspricht, dann geht einer als Gewinner und der andere als Verlierer hinaus. Genug Motivation, bei der nächsten Meinungsverschiedenheit, entweder zu

<sup>16</sup> Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des Mediationsgesetzes auf die Entwicklung der Mediation in Deutschland und über die Situation der Aus- und Fortbildung der Mediatoren, 2017

<sup>17</sup> Hildegund Sünderhauf, 2017, Von der Pflicht sich zu einigen, Vortrag im Rahmen des Zukunftsgesprächs des BMFSFJ „gut getrennt erziehen“ am 11.07.2017, <https://www.bmfsfj.de/blob/117774/6dfd0a17b7c2dbab8767ee84089cd898/suenderhauf-kravets-data.pdf>

<sup>18</sup> Siehe auch Stellungnahme des Väteraufbruch für Kinder e.V. zum Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des Mediationsgesetzes auf die Entwicklung der Mediation in Deutschland und über die Situation der Aus- und Fortbildung der Mediatoren, <https://vaeteraufbruch.de/index.php?id=2376>

<sup>19</sup> BT Drucks 17/11048 Seite 17 zur Neuregelung des §1626a BGB



versuchen, das Verhältnis umzudrehen (Verlierer) oder aber sich erneut in seiner Überlegenheit über den anderen Elternteil bestätigen zu lassen (Gewinner). Wie die Eltern selbst Lösungen finden können, haben sie nicht gelernt, da über sie anhand eines im Wesentlichen willkürlichen „best“-Maßstabes entschieden wurde und sie selbst nicht an einer Lösung arbeiten mussten.

Diese Fähigkeiten, selbst zu einer Lösungsfindung zu kommen, kann aber eine Beratung oder Mediation vermitteln. Hier werden Eltern Mittel und Wege aufgezeigt, wie sie selbst Lösungen finden. Bei einer erfolgreichen Mediation verlassen drei Gewinner den Raum – Mutter, Vater und vor allem die Kinder, deren Eltern sich geeinigt haben und nicht weiter streiten müssen. Eine dem familiengerichtlichen Verfahren vorgeschaltete obligatorische Mediation sollte daher stärker in den Fokus des Gesetzgebers genommen werden, zumal es aus anderen Ländern bereits belegte, positive Erfahrungen gegeben hat<sup>20</sup>.

Hiervon würde auch das gesamte familienrechtliche System inkl. Jugendamt profitieren, da dadurch Kapazitäten frei werden würden, die für die Fälle aufgewandt werden könnten, in denen es nicht um einfache Meinungsverschiedenheiten zwischen Eltern geht, sondern um aktiven Kinderschutz.

## IX Fazit

Das Kindeswohlprinzip hat ausgedient. So gut der dahinterstehende Wille auch gewesen sein mag, im Ergebnis ist der Gesetzgeber nicht nur deutlich übers Ziel hinausgeschossen, er hat die Erfüllung des Auftrages praktisch unmöglich gemacht. Er hat damit einer oftmals notgedrungen willkürlich anmutenden Rechtsprechung Tür und Tor geöffnet und dem Ansehen der Justiz damit einen Bärendienst

erwiesen. Schlimmer noch, er hat eine Regelung geschaffen, welche Streit zwischen den Eltern provoziert und damit den Kindern weit mehr schadet als nutzt.

Wir brauchen zukünftig einen handhabbaren Entscheidungsmaßstab, welcher einerseits Richtern und Eltern einen klaren, verfassungskonformen Rahmen vorgibt, eine hohe Akzeptanz besitzt und andererseits die Eltern deutlich mehr als bisher zu einvernehmlichen Lösungen und deeskalativem Verhalten motiviert.

Im Bewusstsein solcher rechtlichen Rahmenbedingungen könnten vermutlich zahlreiche Gerichtsverfahren vermieden werden, da die Eltern wissen, dass sich Streiten für sie nicht auszahlt, sie sich also auch gleich miteinander einigen können – und sei es notfalls per Münzwurf, wenn zwei gute Vorschläge zur Diskussion stehen. Wenn überhaupt jemand die „besten“ Entscheidungen für Kinder treffen kann, dann sind es nicht Familienrichter – es sind die Eltern, die ihre Kinder mit all ihren individuellen Bedürfnissen und Besonderheiten kennen, lieben und sie in deren bisherigem Leben begleitet haben.

Gewinner wären vor allem die Kinder, die vom Streit der Eltern verschont werden würden. Das wäre dann die tatsächliche Umsetzung des Gedankens des Kindeswohlprinzips.

Aufgerufen zum Handeln ist der Gesetzgeber. Wenn jüngst aus dem Justizministerium zuerkannt wurde<sup>21</sup>, dass man zwar eine große Familienrechtsreform durchführen müsse, dafür aber momentan die Zeit fehle, dann liegt es am Justizministerium, umgehend einen transparenten und verbindlichen Zeitplan zur Umsetzung vorzulegen, damit die lange überfälligen Reformen nicht wieder über mehrere Legislaturperioden verschleppt werden.

<sup>20</sup> Ansgar Marx, ZKJ 9/2010 – Obligatorische Sorgerechtsmediation – Überlegungen nach kritischer Analyse des kalifornischen Modells

<sup>21</sup> <https://www.rnd.de/politik/sorgerecht-justizministerin-plant-teilreform-fur-mehrelternfamilien-SYQU2EMX7NBDDP72OICDJYIMQ.html>