

Kindeswohl: Verkehrtes Recht

Zusammenfassung: Die Einrichtungen des Rechtsstaats, deren Aufgabe darin besteht, für das Wohlergehen von Kindern und Jugendlichen Sorge zu tragen, legitimieren sich durch das Prinzip des Kindeswohls, das auf den Ideen der kindlichen Selbstbestimmung und der Entwicklung zu einer autonomen Persönlichkeit basiert. Familiengerichtliche Verfahren und Interventionen der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe bringen indessen häufig kontraproduktive Wirkungen hervor, durch die sich die Intention jenes normativen Prinzips in ihr Gegenteil verkehrt. Unter Berücksichtigung von Fällen des sexuellen Missbrauchs an Kindern und der Missachtung der sexuellen Selbstbestimmung von Jugendlichen analysiert der Beitrag solche Verkehren mithilfe des Konzepts der ‚normativen Paradoxien‘. Drei Typen solcher Paradoxien werden unterschieden: Unterminierungs-, Subsumptions- und Verzerrungsparadoxie.

Schlagworte: Kindeswohl, normative Paradoxien, Unterminierungsparadoxie, Subsumptionsparadoxie, Verzerrungsparadoxie

1. Einleitung

Alle Entscheidungen im Familienrecht, die unmittelbare Auswirkungen auf Kinder haben, orientieren sich nach dem Willen des Gesetzgebers am Kindeswohl; dasselbe gilt für Interventionen und Maßnahmen nach dem Kinder- und Jugendhilferecht.¹ Auch für weitere Rechtsgebiete, etwa das Sozial-, Medizin- oder Staatsangehörigkeitsrecht, besitzt das Rechtsgut des Kindeswohls einige Relevanz. Um die Zielrichtung der rechtsstaatlichen Orientierung am Kindeswohl zu verstehen, muss man sich vergegenwärtigen, dass sich darin eine lange historische Entwicklung widerspiegelt, in der sich die Ideale einer Erziehung zur Autonomie und der Achtung der kindlichen Selbstbestimmung herausgebildet und dann Eingang ins Recht gefunden haben. Die kindliche Autonomie oder Selbstbestimmung als erzieherisches Leitprinzip beherrscht die Rechtsnormen, mithilfe derer Kinder und Jugendliche betreffende Belange geregelt werden (vgl. § 1626 Abs. 2 BGB; §§ 1 und 8 SGB VIII; §§ 157–159 FamFG; Wapler, 2015, S. 254–261).

Den einschlägigen Gesetzestexten ist es auf zwei Ebenen um den Schutz und die Förderung der kindlichen Autonomie zu tun: Sie haben, erstens, die Entwicklung des Kindes zu einer autonomen Persönlichkeit im Blick und daher die Gewährleistung von Sozialisationsbedingungen, die eine solche Entwicklung ermöglichen. Gleichzeitig zie-

1 Dieser Beitrag ist im Kontext des Forschungsprojekts „Normative Paradoxien des Kindeswohls“ entstanden, das ich gemeinsam mit Sarah Mühlbacher am Institut für Sozialforschung in Frankfurt am Main durchführe. Ich danke der VolkswagenStiftung für die Förderung im Rahmen des Forschungsverbunds „Verhandlungsformen normativer Paradoxien“.

len sie, zweitens, auf die Anerkennung der bereits bestehenden Fähigkeit des Kindes zur Selbstbestimmung bei Entscheidungen, die nachhaltig auf seine aktuelle und künftige Lebenssituation einwirken. Kinder genießen vor dem Auge des Gesetzgebers also den Status vollwertiger Akteure eigenen Rechts und gelten ihm nicht nur als künftige Erwachsene, denen heute jegliche Selbstbestimmung zugunsten eines künftigen Zustands verwehrt werden könnte (vgl. Art. 2 GG; BVerfGE 24, 119 von 1968).

Zugleich sieht der Gesetzgeber nicht einfach naiv von dem ab, was Bernfeld (1925/1967) die „Entwicklungstatsache“ genannt hat. Vielmehr liegt den einschlägigen Gesetzestexten die Annahme zugrunde, dass die Sozialisation zur Autonomie und die Achtung der Selbstbestimmung des Kindes unter Bedingungen der kindlichen Abhängigkeit von nicht beliebig austauschbaren Bezugspersonen stattfinden – Bedingungen, die wiederum eine besondere Vulnerabilität und Schutzbedürftigkeit des Kindes mit sich bringen (vgl. Art. 6 Abs. 2–3 GG; § 1626 Abs. 1 BGB). Die im Begriff der ‚elterlichen Sorge‘ implizierte Abhängigkeit, Verletzlichkeit und Schutzbedürftigkeit des Kindes verortet das Bürgerliche Gesetzbuch in dessen ‚Bindungen‘ zu seinen Bezugspersonen. Der Gesetzgeber sieht eine gelingende Sozialisation in Abhängigkeit von den Bindungen des Kindes und erwartet von diesen starke Effekte auf die werdende Persönlichkeit und ihr zukünftiges Leben (vgl. § 1626 Abs. 3 BGB). Jene Bindungen bilden demnach die Voraussetzung für die Herausbildung und den aktiven Gebrauch der kindlichen Fähigkeit zur Selbstbestimmung. Die Gesetzestexte folgen, mit anderen Worten, keinem solipsistischen, sondern einem intersubjektivistischen Verständnis der Entwicklung und Verwirklichung von Autonomie (vgl. für weitere Differenzierungen zur Autonomieorientierung des Kindschafts-, Familien- und Jugendhilferechts Sutterlüty, 2017, S. 198–211; Sutterlüty & Mühlbacher, 2017).

In diesem Beitrag sollen nun die paradoxalen, vielfach als tragisch empfundenen Auswirkungen des rechtlich institutionalisierten Autonomieprinzips untersucht werden. Es geht um die Analyse von kontraproduktiven Effekten, die dem autonomiezentrierten Kindeswohlkonzept zuwiderlaufen und dessen Intention ins Gegenteil verkehren. Der Anspruch, die Selbstbestimmung des Kindes zu schützen und zu befördern, zeitigt in der Rechtspraxis nämlich häufig gegenläufige Wirkungen und konstituiert mitunter eine sekundäre, erst durch das Recht induzierte Gefährdung des Kindeswohls. Das soll nun unter Rekurs auf das analytische Konzept der „normativen Paradoxien“ (Honneth & Sutterlüty, 2011) demonstriert werden.

Wenn familiengerichtliche Verfahren und Interventionen der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe, die sich durch das Prinzip eines autonomiezentrierten Kindeswohls legitimieren und sich in ihrer Praxis daran orientieren, fortwährend Ergebnisse produzieren, die dieses normative Prinzip konterkarieren, haben wir es mit einer solchen Paradoxie zu tun. Was als eine normative Errungenschaft galt und noch gilt, erzeugt dann nicht intendierte und – gemessen am zugrunde liegenden Prinzip – unerwünschte Effekte (Merton, 1936/1972, S. 170). Hier sollen nun die Dynamiken und Mechanismen näher beleuchtet werden, die dafür verantwortlich sind, dass der Rechtsstaat in seinem Versuch, das Kindeswohl zu schützen und zu befördern, bisweilen das Ziel verfehlt oder mitunter das Gegenteil des Beabsichtigten bewirkt. Dabei werden drei Quellen derarti-

ger Verkehrungseffekte ermittelt und auf dieser Grundlage drei Typen normativer Paradoxien des Kindeswohls unterschieden. Mit Blick auf den Themenschwerpunkt dieses Heftes kommt der Beitrag im Zuge dessen immer wieder auf Gewalt gegen Kinder sowie auf sexuellen Missbrauch zu sprechen.²

2. Unterminierungsparadoxie

Ein erster Grund dafür, dass sich die Bemühungen, dem Kindeswohl mit den Mitteln des Rechts zur Verwirklichung zu verhelfen, in ihr Gegenteil verkehren können, beruht auf der überragenden Stellung dieses Rechtsguts. Just deswegen haben Eltern nämlich stets die Möglichkeit, in ihren Konflikten untereinander auf das Kindeswohl zu rekurrieren, um gerichtliche Entscheidungen zu ihren Gunsten zu erwirken. Dadurch werden die Kinder leicht zum Spielball strategischer Interaktion zwischen den – etwa um Sorge- und Umgangsrechte – streitenden Eltern. Wird die kommunikative Verständigung in der Familie auf diese Weise dauerhaft außer Kraft gesetzt, unterminiert dies die familialen Sozialisationsbedingungen, die dem Wohl des Kindes und seiner Entwicklung zu einer autonomen Persönlichkeit förderlich sind. Daher kann man hier von einer *Unterminierungsparadoxie* sprechen.

Mehrere empirische Studien haben auf das Problem eines bloß instrumentellen Rekurses auf das Wohl des Kindes vor Gericht aufmerksam gemacht. So dokumentiert eine englische Untersuchung von Trinder, Jenks und Firth (2010), dass das Wohl des Kindes in der Auseinandersetzung zwischen Eltern in erster Linie aus Gründen der Taktik und Strategie ins Spiel kommt: „The dominance of the welfare discourse is such that there are probably no other argumentative resources that might be drawn upon“ (S. 247). Eine derartige diskursive Situation lädt förmlich zur strategischen Nutzung von Argumenten ein, die sich auf das Kindeswohl beziehen. Münder, Mutke und Schone (2000) berichten in einer deutschen Untersuchung von Streitigkeiten um Sorgerechte oder Umgangsregelungen der folgenden Art: „Die Kindesmutter wirft dem Vater Kindesmisshandlung und der Kindesvater wirft der Mutter Vernachlässigung vor“ (S. 64).

2 Zur Klarstellung sei hier angemerkt, dass sich körperliche Gewalt und sexueller Missbrauch als paradigmatische Verletzungen des Autonomieprinzips verstehen lassen. Gegenüber einer Position, die Gewaltfreiheit als zweites Prinzip der rechtlichen Kindeswohlorientierung betrachtet, vertritt der Verfasser die Ansicht, dass sich das Gewalttabu als restriktiver Aspekt des Autonomieprinzips begreifen lässt: als ein an Dritte adressiertes Verbot zum Schutz der persönlichen Autonomie eines Subjekts bzw. Kindes. Denn physische Gewalt gilt uns als die wohl extremste Form des illegitimen Eindringens in den persönlichen Schutzraum eines Anderen. Gewaltanwendung negiert die basalste Ebene der Selbstbestimmung, nämlich die der Verfügung über den eigenen Körper. Das gilt in ähnlicher Weise für sexuellen Missbrauch, und zwar auch dann, wenn keine unmittelbare physische Gewalt im Spiel ist. Denn solange ein Kind über Sex unwissend ist und dessen Bedeutung und Implikationen nicht einzuschätzen vermag, wird man nicht annehmen dürfen, dass es zu sexuellen Aktivitäten im engeren Sinne seine Zustimmung geben kann. Solange dies nicht der Fall ist, verletzen Erwachsene, die mit dem Kind Sex haben, *eo ipso* dessen Selbstbestimmung.

Nach allem, was wir an empirischen Evidenzen besitzen, rufen Rechtsstreitigkeiten zwischen Eltern oder zwischen Pflegeeltern und leiblichen Eltern bei den Kindern regelmäßig gravierende Loyalitätskonflikte hervor. Häufig werden diese Konflikte noch dadurch verstärkt, dass die Kinder von den elterlichen Parteien unter einen Koalitionsdruck gesetzt werden. Weiterhin finden sich in der einschlägigen Literatur zahllose Berichte, denen zufolge erbittert ausgefochtene elterliche Konflikte bei den Kindern Trennungsängste und andere psychische Belastungen heraufbeschwören (überblicksartig dazu Shaffer, 2007, S. 305–309; Scheiwe, 2013, S. 227–228). Wenn die Anrufung des Kindeswohls im Gerichtssaal die elterlichen Konflikte weiter schürt und die bestehenden Gräben vertieft, geht damit das Potential einher, die Bindungen des Kindes zu zersetzen, die für sein aktuelles Wohlergehen und zur Herausbildung einer autonomen Persönlichkeit gleichermaßen wichtig sind.

Wie die Berufung auf das Kindeswohl im Rechtsstreit sich gegen dieses wenden kann, lässt sich beispielhaft an einem Beschluss des Amtsgerichts Oranienburg aufzeigen, der schließlich von der übergeordneten Berufungsinstanz aufgehoben wurde (Brandenburgisches OLG, 24.03.2016, Az. 9 UF 132/15). Das Verfahren vor dem Amtsgericht hatten die sorgeberechtigten Eltern einer Fünfzehnjährigen angestrengt, die bereits seit geraumer Zeit eine Liebesbeziehung zu einem angeheirateten, über 30 Jahre älteren Onkel unterhielt. Die Eltern versuchten diese Beziehung zunächst zu kanalisieren und zu beschränken, dann mit allen Mitteln zu unterbinden, nachdem die Tochter gegen alle Widerstände an der Beziehung festhielt und sich mit ihrem Gefährten zeitweise ins Ausland absetzte, ohne den Aufenthaltsort mitzuteilen und die Schule noch regelmäßig zu besuchen. Eine Rückkehr in den elterlichen Haushalt lehnte sie ab. Mit Unterstützung des Jugendamts erwirkten die Eltern beim Amtsgericht ein Kontakt- und Näherungsverbot zwischen ihrer Tochter und deren Freund; parallel dazu erreichten sie – auf der Grundlage eines von einem verwandten Allgemeinmediziner erstellten Gefälligkeitsgutachtens – die freiheitsentziehende Unterbringung der Tochter in der Psychiatrie.

Die Eltern und das Jugendamt hatten vor dem Amtsgericht erklärt, die Beziehung der Jugendlichen gefährde deren Wohl, „weil sie zu einem Abbruch des regulären Schulbesuchs und überhaupt zum Abbruch jeglicher sonstiger sozialer Kontakte des Kindes geführt habe“ (Brandenburgisches OLG, 24.03.2016, Az. 9 UF 132/15, juris Rn. 4–5). Das Paar sei „fixiert aufeinander“ und es sei zu befürchten, dass der ältere Freund die Tochter „von sich abhängig mache und entsprechend manipuliert habe“. Die Tochter insistierte wiederum darauf, dass sie nicht „gesteuert“ werde und ganz „eigenen Wünschen“ folge; in dieser Auffassung wird sie schließlich von einem Verfahrensbeistand unterstützt (Brandenburgisches OLG, 24.03.2016, Az. 9 UF 132/15, juris Rn. 4–5).

Folgt man der Urteilsbegründung des Oberlandesgerichts, das auf Beschwerde der betroffenen Jugendlichen und ihres Freundes den Beschluss des Amtsgerichts aufgehoben hat, entstand die Gefährdung weniger durch die besagte Intimbeziehung als vielmehr durch das Verhalten der Eltern und den „eskalierten Konflikt“ mit der Tochter (Brandenburgisches OLG, 24.03.2016, Az. 9 UF 132/15, Rn. 47). Es diagnostizierte,

wenn man so will, einen paradoxalen Rekurs auf das Kindeswohl, zumal die Unterbindung der von den Eltern als „ungesund“ klassifizierten Beziehung seiner Einschätzung nach die selbstbestimmte Entwicklung der Tochter zu unterminieren drohte. Ohne die Beschwerde gegen das erstinstanzliche Urteil wäre diese Gefährdungslage perpetuiert worden. Höchst aufschlussreich hinsichtlich der eingangs erwähnten Autonomieorientierung des Kindeswohlkonzepts ist die Begründung des Oberlandesgerichts, das die im Verfahren mehrfach als frühreif und überdurchschnittlich intelligent titulierte Jugendliche zur „bewussten Eigenentscheidung“ fähig hält; als Ausdruck dieser Fähigkeit wertet das Gericht beispielsweise den Wunsch der Jugendlichen, nicht etwa bei dem (noch) verheirateten Freund, sondern im betreuten Einzelwohnen untergebracht zu werden und von dort selbstorganisiert die Schule zu besuchen.

Auf dieser Grundlage heißt es in der Urteilsbegründung: „Im Rahmen der Prüfung des § 1666 BGB ist nämlich das Leitbild der Erziehung zu einer eigenständigen und -verantwortlichen Persönlichkeit des Kindes zu berücksichtigen“ (Brandenburgisches OLG, 24.03.2016, Az. 9 UF 132/15, Rn. 25–27). Weiterhin ist dann die Rede davon, dass die Fähigkeit zur Selbstbestimmung und -verantwortung des Kindes von frühem Alter an von den Eltern zu achten und zu fördern sei, damit beim Kind ein „bewusstes Einüben“ in selbständige Entscheidungen stattfinden könne:

Auch durch Verhinderung dieses Einübungsprozesses oder durch grobe Missachtung der Eigenentscheidung des Heranwachsenden kann dessen seelisches und geistiges Wohl gefährdet sein. [...] Erziehung zur Mündigkeit erfordert in diesem Bereich einen Rückzug elterlichen Bestimmungsrechts zugunsten bloßer elterlicher Kontrolle kindlicher Selbstbestimmung. Deren Missachtung unter Ausnutzung formal bestehender Sorgemacht im Außenverhältnis ist geeignet, das psychosoziale Kindeswohl zu gefährden; elterliche – und nicht weniger gerichtliche – Beschränkungen bedürfen daher besonderer Rechtfertigung. (Brandenburgisches OLG, 24.03.2016, Az. 9 UF 132/15, Rn. 25–27)

Das Urteil des Brandenburgischen Oberlandesgerichts stellt hier unter Beweis, dass im Rechtssystem selbst ein Sensorium für die Unterminierungsparadoxie existiert (vgl. auch OLG Braunschweig, 09.03.2012, Az. 2 UF 174/11). Der erstinstanzliche Beschluss des Amtsgerichts Oranienburg zeigt aber auch, wie Familienkonflikte in Rechtsstreitigkeiten, in denen das Kindeswohl bemüht wird, solche Eskalationsstufen erreichen können, dass das Kindeswohl – hier im Sinne der sexuellen Selbstbestimmung einer Jugendlichen – erst recht und auf neue Weise bedroht wird.

3. Subsumptionsparadoxie

Ein zweiter Typus normativer Paradoxien hängt mit dem prinzipiellen Sachverhalt zusammen, dass gesetzliche Vorgaben nur auf die verallgemeinerbare Regulierung vorab typisierter Tatbestände abzielen können; schließlich muss der Rechtsstaat das Wohl al-

ler Kinder gleichermaßen schützen und dabei die Beteiligten nach denselben Maßstäben behandeln. Zu einer Quelle paradoxer Effekte wird dies dann, wenn ein Kind unter eine allgemeine Rechtsnorm subsumiert wird, ohne dem Einzelfall noch gerecht zu werden. Das ist mit dem Begriff der *Subsumptionsparadoxie* gemeint. Bei aller gerichtlichen Einzelfallprüfung besteht demnach immer die Gefahr, dass ein Kind per Richterschluss einer nicht intendierten, sekundären Gefährdung durch die Anwendung einer allgemeinen Rechtsnorm ausgesetzt wird.

In der Tat kennt das Recht allgemeine, objektivierte Annahmen dazu, wodurch das Wohl eines Kindes gefährdet oder beeinträchtigt wird. Solche verallgemeinerten, nicht schon auf das spezifische Kind bezogenen Annahmen dürften unverzichtbar sein. Zu diesem Schluss kommt selbst Eekelaar (1994), der für ein Rechtsmodell eintritt, welches einer dynamischen, das heißt schrittweisen und veränderungsoffenen Selbstbestimmung des je besonderen Kindes den größtmöglichen Raum zugesteht. Allgemeine, in Rechtsnormen, Grundsatzurteilen und Präzedenzfällen formulierte Annahmen zum Kindeswohl sind also nicht nur aus Gründen der Gleichbehandlung der Rechtssubjekte unumgänglich. Sie sind auch deswegen notwendig, weil Kindeswohlentscheidungen stets eine prospektive Komponente besitzen. Bei diesen Entscheidungen auf unser Wissen über allgemeine Richtwerte zum Zusammenhang von Sozialisationsbedingungen und künftiger Entwicklung zu verzichten, hieße nichts anderes, als Kinder mutwillig zu Probanden unnötiger Experimente zu machen.

Einige der im Recht verankerten Annahmen sind wenig kontrovers. So gilt schon seit längerer Zeit als gewiss, dass dauerhafte Bindungen an ganz bestimmte Bezugspersonen essentiell für das Kind auf seinem Weg zu einer autonomen Person sind (§ 1626 Abs. 3 BGB). Auch in der entwicklungspsychologischen und erziehungswissenschaftlichen Fachwelt dürfte weitestgehend die Auffassung vorherrschen, dass nur sicher gebundene Kinder die innere Stabilität aufweisen, um sich angstfrei auf eine selbständige Welt- und Selbsterkundung begeben zu können (klassisch Goldstein, Freud & Solnit, 1974, S. 33–60). Mit einer vielleicht noch stärkeren Gewissheit gehen wissenschaftliche Expertise, Recht und Rechtsprechung davon aus, dass Gewalt in der Familie und sexueller Missbrauch das Kind nicht nur unmittelbar belasten, sondern es mit hoher Wahrscheinlichkeit auch in seiner weiteren Selbstentfaltung beeinträchtigen (vgl. insb. §§ 1631 und 1666 BGB; §§ 176–180 StGB; zur Frage nach dem rechtlichen Schutzalter für sexuelle Handlungen mit Minderjährigen siehe Archard, 2015, S. 144–152).

Andere Annahmen des Rechts sind umstrittener. So gibt es innerhalb und außerhalb der Sphäre des Rechts viel Diskussion über die Annahme, dass die elterliche Sorge bei den biologischen Eltern in der Regel am besten aufgehoben ist. Sicherlich folgt das rechtsstaatliche Prinzip, die leiblichen Mütter und Väter nicht grundlos als Erziehungsberechtigte in Frage zu stellen, einer nachvollziehbaren Logik: Die leiblichen Eltern sollen sich nicht erst vor einer staatlichen Instanz für das Elternamt qualifizieren müssen, um ihre Kinder auch pflegen und erziehen zu dürfen. Das im Grundgesetz formulierte Erziehungsrecht der Eltern ist in diesem Sinne auch ein Abwehrrecht gegen staatlichen Zugriff (Art. 6 Abs. 2 GG). Wird aus der rechtsstaatlichen Zurückhaltung vor der Durchtrennung von Blutsbanden jedoch eine prinzipielle Präferenz für die biologischen

Eltern, so ist dies aus einer Kindeswohlperspektive problematisch. Eine solche Praxis benachteiligt die sozialen Eltern, etwa Dauerpflegeeltern, was sehr zum Schaden der betroffenen Kinder sein kann (vgl. Heilmann, 2014).

Eine weitere folgenreiche, im Bürgerlichen Gesetzbuch kodifizierte Annahme lautet: „Zum Wohl des Kindes gehört in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen“ (§ 1626 Abs. 3 BGB). Diese gesetzliche Vorgabe ist auch darauf ausgerichtet, die Väterrechte gegenüber früheren Regelungen zu stärken und eine geschlechtergerechtere Aufgabenteilung zwischen Müttern und Vätern zu fördern. Begründet wird sie indessen in Übereinstimmung mit der UN-Kinderrechtskonvention mit dem Kindeswohl (vgl. Art. 18 Abs. 1 UN-KRK). Durch ein solches Präjudiz wird das einzelne Kind leicht in das Prokrustesbett einer allgemeinen Rechtsnorm gepresst. In einer schottischen Studie hat Morrison (2015) anhand konkreter Fälle aufgedeckt, dass die Annahme, jedes Kind brauche beide Elternteile, zu einer gerichtlich erzwungenen Fortführung oder Wiederaufnahme von missbräuchlichen Beziehungen führen kann. Ähnlich alarmierende Befunde kommen aus Australien und England (vgl. Fehlberg, Smyth, Maclean & Roberts, 2011; Macdonald, 2017): Erhebt man die gemeinsame Sorge zur verbindlichen Richtschnur, kann dies Gewalt und sexuellen Missbrauch an Kindern begünstigen.

Eine ebenso einschneidende Setzung im deutschen Familienrecht besteht darin, dass ein Kind nur zwei Eltern haben kann (vgl. erneut § 1626 Abs. 3 BGB; BVerfGE 108, 82 von 2003). Das Recht schließt damit apodiktisch aus, dass eine dritte oder vierte Person, zu der das Kind eine starke Beziehung hat, das volle Sorgerecht braucht, um ihrer Verantwortung gegenüber dem Kind gerecht werden zu können. Jacobs (2007) hat an amerikanischen Fällen in überzeugender Weise gezeigt, dass die rechtliche Anerkennung mehrfacher Elternschaft die Kontinuität kindlicher Bindungen an Bezugspersonen zu bewahren hilft (ähnlich Coupet, 2012). An Mehr-Eltern-Konstellationen, in denen das auf Alltagsentscheidungen begrenzte „kleine Sorgerecht“ (§ 9 Abs. 1 LPartG und § 1687b Abs. 1–2 BGB) für faktisch Elternverantwortung wahrnehmende Familienmitglieder schwerlich ausreicht, herrscht sicher auch hierzulande kein Mangel. Überdies gilt es in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass isolierte Kleinfamilien die höchsten Risiken für sexuellen Missbrauch von Kindern aufweisen (jüngst erneut festgestellt in Unabhängige Kommission zur Aufarbeitung sexuellen Kindesmissbrauchs, 2017, S. 32). Ähnliches gilt für physische Gewalt gegen Kinder (Garbarino & Bradshaw, 2002, S. 904–905).

Die beschriebenen allgemeinen Annahmen im Recht zielen ihrer Intention und Rechtfertigung nach immer noch auf das Wohl jedes einzelnen Kindes sowie auf die Aufrechterhaltung von Sozialisationsbedingungen, die seine sukzessive Selbstbestimmung ermöglichen: Kein Kind soll vom Schutz und von der Förderung seines Wohls ausgeschlossen sein, während umgekehrt die Kenntnisse, die wir aus einer Vielzahl anderer Fälle besitzen, möglichst jedem einzelnen Kind zugutekommen sollen. Wie aus den vorangegangenen Ausführungen jedoch hervorgeht, besitzen einige der vom Recht gesetzten Grundannahmen hinsichtlich dessen, was der selbstbestimmten Entfaltung von Kindern generell dienlich oder abträglich ist, ein Potential zur schädlichen Subsumption des je spezifischen Kindes unter allgemeine Rechtsnormen. Dieses Subsumptionsproblem

wird sich kaum gänzlich aus der Welt schaffen, wohl aber abmildern lassen. Das kann auf zwei Wegen geschehen: zum einen durch die permanente Überprüfung und eine kontextsensitive Anwendung der rechtlichen Hintergrundannahmen zu kindeswohlverträglichen und -gefährdenden Sozialisationskontexten; zum anderen durch prozedurale Bestimmungen der Familiengerichtbarkeit und jugendamtlichen Hilfeplanung, die den Willen des Kindes nicht nur formell als relevant erklären, sondern dessen Artikulation auch durch entsprechende Arrangements unterstützen.

4. Verzerrungsparadoxie

Die dritte Quelle paradoxaler Effekte ergibt sich aus dem Umstand, dass die Inanspruchnahme des Rechts die Tendenz mit sich führt, einer vereinseitigten Auffassung des Rechtssubjekts und seiner Selbstbestimmung Vorschub zu leisten. Die vom Recht induzierte Paradoxie ist in diesem Falle das Produkt eines verzerrten, nämlich individualistisch verkürzten oder solipsistischen Autonomieverständnisses. Als Kurzformel bietet sich hier daher der Terminus der *Verzerrungsparadoxie* an.

Dabei ist zunächst daran zu erinnern, dass es beim Kindeswohl um Rechte und Rechtsansprüche geht, die im familiengerichtlichen Verfahren von allen Beteiligten auch gegeneinander geltend gemacht werden können; das gilt partiell auch für ältere Kinder (vgl. etwa § 1671 Abs. 1 BGB). Das Recht gibt den Akteuren ja gerade die Möglichkeit, ihre individuellen Rechtsansprüche ganz strategisch unter Aussetzung der Verständigungsorientierung gerichtlich durchzusetzen. Darin besteht sogar eine zentrale und unverzichtbare Funktion des Rechts. Man denke etwa nur an die Mutter, die sich mit allen rechtlichen Mitteln gegen das Sorgerecht ihres Mannes wendet, der ihre Kinder zuvor jahrelang misshandelt hat und nun mit Gewaltdrohungen auf die bevorstehende Separierung reagiert; oder an die Vierzehnjährige, die einer familialen Hölle des sexuellen Missbrauchs entkommen will und beim Jugendamt um eine Inobhutnahme ersucht. Gerade für die vulnerablen Akteure in solchen Konstellationen ist es von großer Bedeutung, aus der familialen Kommunikation mit einzelnen Familienmitgliedern auszutreten und die Durchsetzung ihrer Rechte mithilfe der Organe des Rechtsstaates auch gegen den Willen Dritter erzwingen zu können.

Die Linsen des Rechts trüben jedoch den Blick auf die intersubjektive Konstitution der Autonomie. Das Recht und das Konzept des Individuums als Träger von Rechten fördern eine Kultur, die vergisst, dass Autonomie sich intersubjektiv konstituiert und auf sozialen Austausch angewiesen ist. Unser aller Wille und noch mehr der des Kindes, überhaupt schon die identitätsrelevanten Motive und Bezugspunkte der Selbstbestimmung bilden sich dialogisch und kommunikativ heraus (vgl. klassisch hierzu Mead, 1934/1973). Dem müsste ein Familienrecht, zumal eines mit einem autonomiezentrierten Konzept des Kindeswohls, sachlich und prozedural zu entsprechen versuchen. Stattdessen hebt das existierende Kindschafts- und Familienrecht die Interessen des Individuums hervor und grenzt diese gegen die Interessen anderer ab (Minow & Shanley, 1996, S. 22–26; Arneil, 2002, S. 86–93). Auf diese Weise treten das geltende Recht und

seine Anwendung in Spannung zur Genese und inneren Struktur der sich intersubjektiv konstituierenden Autonomie.

Gerade auf dem Feld des Familienrechts haben Autorinnen und Autoren schon länger auf das defizitäre, auf isolierte Interessen geeichte Verständnis hingewiesen, das rechtliche Regelungen familialer Beziehungen häufig beherrscht (bspw. Zenz, 1979, S. 70). Neuere Diagnosen im Bereich der Kindheitsforschung haben festgestellt, dass sich in den westlichen Gesellschaften ein Verständnis von Kindern und Kinderrechten etabliert hat, das solche Tendenzen noch verschärft. Unsere mit Kinderrechten verbundenen Vorstellungen haben, wie Tisdall und Punch resümieren, ein verallgemeinertes Bild des Individuums erzeugt, das losgelöst von Beziehungen der Reziprozität und wechselseitigen Verantwortung sowie von weiteren sozialen und kulturellen Einbettungen zu existieren scheint (Tisdall & Punch, 2012, S. 259).

Aus dieser individualistischen Ausrichtung des Familienrechts können auf zwei Ebenen negative Effekte für das Kindeswohl erwachsen, die es gerechtfertigt erscheinen lassen, hier von einer Verzerrungsparadoxie zu sprechen. Die erste Ebene betrifft die Deutungsmuster und Selbstverständnisse der Akteure, die an den einschlägigen Gerichtsverfahren beteiligt sind. Richterinnen, Anwälte und Verfahrensbeistände, Gerichtsgutachterinnen, Sozialarbeiter und Eltern können durch die rechtliche Stellung des Kindeswohlprinzips dazu verleitet werden, das Kind nur noch in Begriffen seiner Rechte und Interessen zu sehen. Sogar Kinder können sich, insbesondere vom in den Gesetzestexten häufig genannten Alter von 14 Jahren an, dazu ermutigt fühlen, sich selbst vornehmlich als Träger von Rechten zu begreifen, die gegen andere in Anschlag gebracht werden können. Wo das der Fall ist, kann es nicht ohne verhängnisvolle Konsequenzen für die Interaktion in der Familie, aber auch für Gerichtsprozesse und die richterliche Entscheidungsfindung bleiben (vgl. etwa Coester, 2009, S. 19–20).

Dies führt unmittelbar zur zweiten, damit zusammenhängenden Ebene, auf der die Verzerrungsparadoxie ihre negativen Wirkungen entfaltet. Sie liegt im Bereich der Rechtsentwicklung und der damit verbundenen Modellierung gerichtlicher Prozeduren. Wenn das Kindeswohlprinzip autonomiezentriert ist, müssen die rechtlichen Vorgehensweisen konsistent mit der sukzessiven Ausbildung und kommunikativen Einbettung der kindlichen Selbstbestimmung sein. Sie müssen berücksichtigen, dass es keinen ‚Kindeswillen‘ gibt, der völlig unabhängig von anderen existiert. Es bleibt jedoch zu prüfen, ob die zuletzt entwickelten Instrumente des deutschen Familienrechts diesem Umstand adäquate Beachtung schenken. Durch die Stärkung der rechtlichen Stellung des Verfahrensbeistands gegenüber dem früheren Verfahrenspfleger (§§ 157–158 FamFG) werden etwa die Interessen betont, die der „Anwalt des Kindes“ (Salgo, 1996) vertreten soll. Der damit verknüpfte, auf die individuellen Rechte und Interessen des Kindes gerichtete Zugang kann dazu verführen, in einen „naiven Positivismus“ (Mantle et al., 2007, S. 791–792) zu verfallen. Dieser besteht darin, einen gebrauchsfertigen, nur noch zu erfragenden Willen des Kindes bereits anzunehmen, wo ein solcher noch gar nicht vorhanden ist und wo ein kommunikativ orientiertes Verfahren zu seiner Herausbildung und Festigung selbst hätte beitragen können. Je mehr sich die herrschende Rechtskultur daran gewöhnt, das Kindeswohl berührende Fragen in Termini von individuellen Rech-

ten und Interessen zu behandeln, desto weniger wird sie geneigt sein, in der Weiterentwicklung des Rechts neue Verfahrenswege zu generieren, die der kommunikativen Struktur kindlicher Autonomie gerecht werden.

Ein bedeutender Nebeneffekt eines Zugangs zu Fragen des Kindeswohls, der die individuellen Rechte der Beteiligten akzentuiert, besteht darin, dass nur diejenigen in die Verfahren einbezogen werden, die Träger starker Rechte sind; das sind, neben den Kindern, vor allem ihre Eltern. Andere Personen, die für das Kind von Bedeutung sind, können nach geltender Rechtslage hingegen leicht vom gerichtlichen Geschehen und von einer gebührenden Berücksichtigung in den verhandelten Beziehungsarrangements ausgeschlossen werden – obwohl das deutsche Recht auf dem Papier ausdrücklich verspricht, nicht nur die Bindungen des Kindes zu seinen Eltern zu schützen (§ 1626 Abs. 3 BGB). Wie wir aus empirischen Studien wissen, zählen Kinder häufig Personen zu ihrer Familie, die nicht biologisch mit ihnen verwandt sind, und unterhalten Beziehungen zu ihnen, die von einer quasi-verwandtschaftlichen Affektivität und Solidarität geprägt sind (vgl. O'Brien, Alldred & Jones, 1996; Mason & Tipper, 2008). In Zeiten fragiler und unsteter Familienkonstellationen erwächst aus der Fixierung des Rechts auf die Eltern und die Sozialisation in der Kernfamilie ein großes Problem. Das Rechtssystem manövriert sich in eine Falle, wenn es zulässt, dass die eng umgrenzte Vorstellungswelt der triadischen Kleinfamilie auf Gesetzgebung und Rechtsprechung durchschlägt. Es übersieht dann, wie wichtig außerfamiliäre Beziehungen für die Autonomieentwicklung von Kindern und zumal von besonders vulnerablen Kindern sind (vgl. Gheaus, 2011; Archard, 2015, S. 238–245). Wenn sich das Kindeswohlprinzip im Zuge seiner rechtlich-institutionellen Umsetzung auf diese Weise vereinseitigt und verengt, untergräbt es die normative Basis, auf der es einmal beruht hat und der rechtlichen Intention nach immer noch beruht.

5. Epilog

Sollte nun ein anderes normatives Prinzip an die Stelle des autonomiebasierten Kindeswohls treten, wenn dieses in der Rechtspraxis doch fortwährend paradoxe Effekte erzeugt? Um darauf eine Antwort zu finden, braucht man sich nur ein paar Gegenfragen vorzulegen: Wer außer dem Subjekt selbst sollte über dessen Schicksal bestimmen dürfen? Was wäre ein legitimes Erziehungsziel, wenn nicht die Befähigung zur individuellen Selbstbestimmung? Woran sollte sich, wo dieses notwendig ist, advokatorisches Handeln erwachsener Bezugspersonen orientieren, wenn nicht daran, künftige Autonomiespielräume des Kindes nicht ohne Not zu verschließen? Die Rede von normativen Paradoxien im genannten Sinn setzt jedenfalls die gesellschaftliche und rechtliche Geltung des Autonomieprinzips voraus. Ohne diesen Maßstab wäre es unmöglich, wünschenswerte von kritikwürdigen Wirkungen der rechtlichen Kindeswohlorientierung zu unterscheiden.

Nicht die Ausrichtung des Kindeswohls am recht verstandenen Autonomieprinzip ist also das Problem; jedenfalls scheint sich in den involvierten Systemen keine alter-

native normative Leitidee abzuzeichnen. Die Rede vom ‚verkehrten Recht‘ ist, wie es bereits einige Bemerkungen in den vorstehenden Analysen angezeigt haben, einerseits so gemeint, dass die Intentionen rechtlicher Regelungen und Interventionen durch ihre Effekte verkehrt werden: Die Wirkungen widersprechen den Absichten. Andererseits ist das Recht in dem adjektivischen Sinne ‚verkehrt‘, dass es in Teilen von falschen oder zumindest fragwürdigen Vorannahmen hinsichtlich dessen ausgeht, welche sozialisatorischen Bedingungen dem Wohl von Kindern förderlich oder abträglich sind (vgl. ergänzend dazu Flick & Sutterlüty, 2017).

Den Verkehrungen des Rechts durch nicht intendierte Effekte seiner Anwendung kann man vornehmlich durch verbesserte Verfahrenswege in Familiengerichtbarkeit und Jugendhilfe begegnen, die der kindlichen Sicht den gebührenden Artikulationsraum verschaffen. Den verkehrten Hintergrundannahmen des Rechtssystems kann man nur durch eine Überwindung überkommener oder verfestigter Vorstellungen zu Familie und gelingendem Aufwachsen beikommen. Hier ist auch die sozialwissenschaftliche Forschung gefordert, denn die weitere Rechtsentwicklung ist darauf angewiesen, dass die vielen Lücken geschlossen werden, die unser Wissen über die sozialisatorischen Wirkungen verschiedenster Familien- und Care-Konstellationen immer noch aufweist. Die lange Gewalt- und Missbrauchsgeschichte der triadischen Kleinfamilie bietet unterdessen wenig, was uns davon abhalten sollte, die Sozialisationsqualitäten anderer familialer Modelle ernsthaft und mit verstärktem Elan zu prüfen.

Literatur

- Archard, D. (2015). *Children: Rights and Childhood* (3., rev. u. erw. Aufl.). London: Routledge.
- Arneil, B. (2002). Becoming versus Being: A critical analysis of the child in liberal theory. In D. Archard & C. M. Macleod (Hrsg.), *The Moral and Political Status of Children* (S. 70–94). Oxford: Oxford University Press.
- Bernfeld, S. (1925/1967). *Sisyphos oder die Grenzen der Erziehung*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Coester, M. (2009). Die Rechte des Kindes. In Deutscher Sozialrechtsverband e. V. (Hrsg.), *Kinder und Jugendliche im Sozialleistungssystem. Bundestagung des Deutschen Sozialrechtsverbandes e. V. 9./10. Oktober 2008 in Münster* (S. 7–28). Berlin: E. Schmidt.
- Coupet, S. M. (2012). Beyond „Eros“: Relative caregiving, „agape“ parentage, and the best interests of children. *American University Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 20(3), 611–621.
- Eekelaar, J. (1994). The Interests of the Child and the Child’s Wishes: The role of dynamic self-determination. *International Journal of Law and the Family*, 8(1), 42–61.
- Fehlberg, B., Smyth, B., Maclean, M., & Roberts, C. (2011). Legislating for Shared Time Parenting after Separation: A research review. *International Journal of Law, Policy and the Family*, 25(3), 318–337.
- Flick, S., & Sutterlüty, F. (2017). Der Streit ums Kindeswohl. Eine Einleitung. In F. Sutterlüty & S. Flick (Hrsg.), *Der Streit ums Kindeswohl* (S. 7–12). Weinheim/Basel: Beltz Juventa.
- Garbarino, J., & Bradshaw, C. P. (2002). Gewalt gegen Kinder. In W. Heitmeyer & J. Hagan (Hrsg.), *Internationales Handbuch der Gewaltforschung* (S. 899–920). Wiesbaden: Westdeutscher Verlag.
- Gheaus, A. (2011). Arguments for Nonparental Care for Children. *Social Theory and Practice*, 37(3), 483–509.

- Goldstein, J., Freud, A., & Solnit, A. J. (1974). *Jenseits des Kindeswohls*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Heilmann, S. (2014). Schützt das Grundgesetz die Kinder nicht? Eine Betrachtung der bisherigen Kammerrechtsprechung des BVerfG im Jahr 2014. *Neue Juristische Wochenschrift*, 67(40), 2904–2909.
- Honneth, A., & Sutterlüty, F. (2011). Normative Paradoxien der Gegenwart – eine Forschungsperspektive. *WestEnd. Neue Zeitschrift für Sozialforschung*, 8(1), 67–85.
- Jacobs, M. B. (2007). Why Just Two? Disaggregating traditional parental rights and responsibilities to recognize multiple parents. *Journal of Law and Family Studies*, 9(2), 309–339.
- Macdonald, G. S. (2017). Hearing Children's Voices? Including children's perspectives on their experiences of domestic violence in welfare reports prepared for the English courts in private family law proceedings. *Child Abuse and Neglect*, 65, 1–13.
- Mantle, G., Moules, T., Johnson, K., Leslie, J., Parsons, S., & Shaffer, R. (2007). Whose Wishes and Feelings? Children's autonomy and parental influence in family court enquiries. *British Journal of Social Work*, 37(5), 785–805.
- Mason, J., & Tipper, B. (2008). Being Related: How children define and create kinship. *Childhood*, 15(4), 441–460.
- Mead, G. H. (1934/1973). *Geist, Identität und Gesellschaft*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Merton, R. K. (1936/1972). Die unvorhergesehenen Folgen zielgerichteter sozialer Handlung. In H. P. Dreitzel (Hrsg.), *Sozialer Wandel. Zivilisation und Fortschritt als Kategorien der soziologischen Theorie* (S. 169–183). Neuwied/Berlin: Luchterhand.
- Minow, M., & Shanley, M. L. (1996). Relational Rights and Responsibilities: Revisioning the family in liberal political theory and law. *Hypatia*, 11(1), 4–29.
- Morrison, F. (2015). „All Over Now?“ The ongoing relational consequences of domestic abuse through children's contact arrangements. *Child Abuse Review*, 24(4), 274–284.
- Münder, J., Mutke, B., & Schone, R. (2000). *Kindeswohl zwischen Jugendhilfe und Justiz. Professionelles Handeln in Kindeswohlverfahren*. Münster: Votum.
- O'Brien, M., Alldred, P., & Jones, D. (1996). Children's Constructions of Family and Kinship. In J. Brannen & M. O'Brien (Hrsg.), *Children in Families: Research and policy* (S. 84–100). London: Falmer Press.
- Salgo, L. (1996). *Der Anwalt des Kindes. Die Vertretung von Kindern in zivilrechtlichen Kindeschutzverfahren. Eine vergleichende Studie*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Scheiwe, K. (2013). Das Kindeswohl als Grenzobjekt – die wechselhafte Karriere eines unbestimmten Rechtsbegriffs. In R. Hörster, S. Köngeter & B. Müller (Hrsg.), *Grenzobjekte. Soziale Welten und ihre Übergänge* (S. 209–231). Dordrecht: Springer.
- Shaffer, M. (2007). Joint Custody, Parental Conflict and Children's Adjustment to Divorce: What the social science literature does and does not tell us. *Canadian Family Law Quarterly*, 26(3), 285–313.
- Sutterlüty, F. (2017). Normative Paradoxes of Child Welfare Systems: An analysis with a focus on Germany. *International Journal of Children's Rights*, 25(1), 196–230.
- Sutterlüty, F., & Mühlbacher, S. (2017). Prekäre Autonomie – Kinderrechte zwischen Selbstbestimmung und Fürsorge. *Berliner Debatte Initial*, 28(2), 32–45.
- Tisdall, E. K. M., & Punch, S. (2012). Not so „New“? Looking critically at childhood studies. *Children's Geographies*, 10(3), 249–264.
- Trinder, L., Jenks, C., & Firth, A. (2010). Talking Children into Being in Absentia? Children as a strategic and contingent resource in family court dispute resolution. *Child and Family Law Quarterly*, 22(2), 234–257.
- Unabhängige Kommission zur Aufarbeitung sexuellen Kindesmissbrauchs (2017). *Geschichten, die zählen. Zwischenbericht*. Berlin: Unabhängige Kommission zur Aufarbeitung sexuellen Kindesmissbrauchs.

- Wapler, F. (2015). *Kinderrechte und Kindeswohl. Eine Untersuchung zum Status des Kindes im Öffentlichen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Zenz, G. (1979). *Kindesmißhandlung und Kindesrechte. Erfahrungswissen, Normstruktur und Entscheidungsrationalität*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.

Abstract: State institutions with the task of protecting the welfare of children and young people are legitimised by principles rooted in the ideas of children's self-determination and their development into autonomous individuals. But measured against these principles, family court proceedings and interventions by public child and youth services frequently produce effects that unintentionally pervert their intentions. Drawing on cases of sexual abuse and violations of sexual self-determination, this article analyses reversals of this kind by applying the concept of 'normative paradoxes'. Three types of such child welfare-related paradoxes will be identified.

Keywords: Child Welfare, Normative Paradoxes, Undermining Paradox, Subsumption Paradox, Distortion Paradox

Anschrift des Autors

Prof. Dr. Ferdinand Sutterlüty,
Institut für Sozialforschung an der Goethe-Universität Frankfurt,
Senckenberganlage 26, 60325 Frankfurt am Main, Deutschland
E-Mail: sutterluty@em.uni-frankfurt.de