Bevormundung oder Elternautonomie?

Vereinbarung in Kindschaftssachen[1]

Dr. Cornelia Holldorf, VPräsAG, Berlin

1. Herleitung aus Art. 6 II GG

Der von dem Veranstalter provozierend formulierte Titel des Vortrages leitet sich unmittelbar aus Art. 6 Abs. 2 GG her: „Pflege und Erziehung der Kinder Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die ihnen zuvörderst obliegende Pflicht." (Satz 1) Das **Erziehungsprimat** der Eltern schlägt sich dann also in ihrem verfassungsrechtlichen Recht auf Abschluss einer Vereinbarung nieder. Gleichzeitig heißt es in Satz 2 jedoch weiter „Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft." Das staatliche Wächteramt schränkt die Freiheit der Eltern ein und wirkt als Bevormundung. Sie ist notwendig, weil Rechtsgüter von Verfassungsrang eines Dritten, nämlich des Kindes zur Verhandlung stehen. Die gesellschaftlich-normative Erwartung an die Eltern, die Angelegenheiten der elterlichen Sorge eigenverantwortlich und gemeinsam zu regeln, entspringt also der Wahrnehmung ihres Erziehungsrechtes. Da dieses Erziehungsrecht jedoch treuhänderisch, das heißt allein im Interesse der Entwicklung der Persönlichkeitsrechte des Kindes übertragen ist,[2] liegt hierin zugleich die Ermächtigungsgrundlage des Staates, zum Wohle des Kindes den Anspruch an die Eltern zu formulieren und auch durchzusetzen.

2. Dichotomie oder Kontinuum?

Elternautonomie und Bevormundung stehen also nicht als Gegensätze einander gegenüber, sondern bilden ein Kontinuum auf der Skala des Kindeswohles. Das Elternrecht ist also kein individuelles Abwehrrecht gegen den Staat oder gar gegen die Einmischung durch den anderen Elternteil, sondern eine Verantwortung für einen Dritten im Interesse dessen Verfassungsrechte.

Jede Auseinandersetzung hierüber verliert ihre Bedeutung und gewinnt eine gänzlich neue Sichtweise, wenn man statt von dem „Recht der elterlichen Sorge" von der

[1] Stand des Skriptes 9. November 2012. Es gilt das gesprochene Wort.
[2] BVerfG, Beschluss vom 1. April 2008, 1 BvR 1620/04

„Verantwortung zur elterlichen Sorge“ spricht. Die staatlich ausgesprochene Pflicht, die Elternverantwortung wahrzunehmen, ist keine Bevormundung, sondern Pflichtenüberwachung.

3. gesetzliche Konstruktion

Als Relikt aus Zeiten, da das Verständnis vom Kind als Träger eigener subjektiver Verfassungsrechte noch unterentwickelt war, ist die elterliche Sorge im BGB geregelt und als Recht formuliert. Die staatliche Einmischung ist jedoch – möglicherweise eher aus dem Wunsch nach Rechtssicherheit - jedenfalls insoweit angelegt, als Regelungen über das Recht der elterlichen Sorge und den Umgang nur durch eine gerichtliche Entscheidung getroffen werden können.

Das Verfahren auf Regelung der elterlichen Sorge bedarf (abgesehen von den Amtsverfahren nach § 1666 BGB) eines Antrages. Für das Verfahren auf Regelung des Umgangs nach § 1684 BGB ist umstritten, ob es sich um ein Antrags- oder ein Amtsverfahren handelt.

Vereinbarungen bedürfen der gerichtlichen Genehmigung.

4. Die gerichtliche Mitwirkung als Wirksamkeitsvoraussetzung

Erst die gerichtliche Genehmigung also verschafft der Vereinbarung zur rechtlichen Wirksamkeit, § 156 Abs. 2 FamFG. Erst durch den genehmigenden Beschluss verbunden mit einer Kostenentscheidung wird das familiengerichtliche Verfahren überhaupt beendet. Er ist die Grundlage auch der Vollstreckung.

5. Vollstreckung und ihre Grenzen

Entscheidungen über die **elterliche Sorge** sind Gestaltungsbeschlüsse. Sie greifen unmittelbar in die Gestaltung der Rechtsverhältnisse ein und daher aus sich heraus nicht vollstreckbar.

Vollstreckt wird dagegen der sich aus der Personensorge ableitende Herausgabeanspruch nach § 1632 BGB. Obwohl diese dem Sachenrecht entlehnte Konstruktion als mit der Menschenwürde des Kindes unhaltbar angesehen wird,[3] ist die Formulierung bisher noch nicht geändert worden.

Die Vollstreckung erfolgt gemäß den §§ 88 ff. FamFG. Gewaltanwendung gegenüber dem Dritten oder dem Kind bedürfen einer besonderen Verfügung des Gerichts,

[3] Palandt-Diederichsen, BGB, § 1632 Rn. 2.

§ 90, woraus sich unmittelbar ergibt, dass sie auch gegenüber dem Kind grundsätzlich zulässig ist, jedoch nur wenn die Durchsetzung dem Kindeswohl entspricht und mildere Mittel nicht möglich sind, § 90 Abs. 2 Satz 2 FamFG.

Im Rahmen eines **Umgangstitels** ist das in der gerichtlichen Entscheidung bzw. dem gerichtlich gebilligten Vergleich beschriebene konkrete Tun vollstreckbar. Eine Anwendung unmittelbaren Zwangs gegenüber dem Kind ist nicht zulässig, § 90 Abs. 2 Satz 1 FamFG.

Maßstab von Art und Umfang der Vollstreckung ist stets das Kindeswohl. Ungeachtet der gesetzlichen Differenzierung stellt sich daher die Frage, wie die Anwendung von staatlicher Gewalt gegenüber dem Kind zur Durchsetzung der treuhänderisch in seinem Interesse wahrgenommenen Rechte überhaupt zulässig sein kann. Es bleibt die Zwangsvollstreckung durch Ordnungsgeld und –haft, welche beiden Instrumente bei einem nachhaltig umgangsverweiternden Elternteil wirkungslos sind.

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass Entscheidungen der elterlichen Sorge und des Umgangs in letzter Konsequenz nicht zwangsweise durchsetzbar sind. Die Regelungen sind also nur dann nachhaltig, wenn sie der Vollstreckung nicht bedürfen, weil sie von den Eltern getragen werden.

6. Was ist verhandelbar?

Wie bereits erwähnt, sind elterliche Sorge und Umfang vorbehaltlich einer gerichtlichen Genehmigung frei verhandelbar. Die freie Verhandelbarkeit wird in § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB ausdrücklich betont.

Viel interessanter jedoch ist die Verhandlungen innerhalb der Rechtsinstitute. Hier ist der Disponibilität durch die Eltern keine ganzen gesetzt. Vereinbarungen zur Ausfülllung der Rechtsinstitute bedürfen insbesondere keiner gerichtlichen Genehmigung. Während also die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes eines gerichtlichen Verfahrens und mindestens der Genehmigung einer Vereinbarung durch das Gericht bedarf, sind die Eltern darin, sich gemeinsam über den Lebensmittelpunkt des Kindes zu verständigen frei. Noch mehr Gestaltungsmöglichkeiten ergeben sich, wenn Vollmachten erteilt werden.

Da die Rechtsinstitute wie elterliche Sorge und Umgang lediglich juristische Konstruktionen sind, mit denen die Eltern in ihrem Alltag nichts anfangen können, besteht die Aufgabe darin, gemeinsam mit den Eltern eine Lebenswirklichkeit zu

verabreden, die von ihnen getragen werden kann. Mit der Auflösung der Rechtsbegriffe hat insbesondere die Mediation bereits früher angefangen.

7. Qualität der Vereinbarung

Die Qualität einer Elternvereinbarung misst sich daran, wie sehr sie von beiden Seiten getragen werden kann. Solche nachhaltigen Vereinbarungen können nicht in einem einzigen gerichtlichen Termin erzwungen werden. Vielmehr setzt der nachhaltige Einigungsprozess eine langwierige und professionell unterstützte Entwicklung voraus. Hier gewinnen Mediation und Beratung besondere Bedeutung. Daher auch die Möglichkeit der Einbeziehung in das gerichtliche Verfahren in § 156 FamFG.

8. Rolle der Mediation

Vergleiche wurden vor Gericht schon immer erarbeitet. Die frühere Erfahrung hat jedoch gezeigt, dass diese Vergleiche nicht haltbar waren, da sie nur einem Momentausschnitt Rechnung trugen. Das FamFG bietet nunmehr in Fortentwicklung des so genannten Cochemer Models die Möglichkeit, in das gerichtliche Verfahren Mediations-oder Beratungs Prozesse zu integrieren. Nur solche Einigungen, die in einen länger andauernden, professionell begleiteten und durch strukturierte Rahmenbedingungen wie Schweigepflicht abgesicherten Prozess erarbeitet wurden, können nachhaltig sein. Da das gerichtliche Verfahren diese Rahmenbedingungen jedenfalls nicht sichern kann, liegt auf der Hand, dass die Einigung in einem ausgelagertem Prozess erfolgen muss. Hier drängen sich Mediation und Beratung als geeignete Interventionsformen auf § 156 FamFG.

9. Verfahrensrechtliche Mitwirkung des Gerichts

Durch das FamFG wurde die gerichtliche Verantwortung, schon durch das Verfahrensrecht elterlichen Einigungen den Boden zu bereiten, ausformuliert: Das Vorrang- und Beschleunigungsgebot in § 155 FamFG sowie das Hinwirken auf Einvernehmen in § 156 FamFG, unterstützt durch die Mitwirkung des Sachverständigen, § 163 FamFG sind herausragende Beispiele.

Damit hat sich die Rolle des Gerichts entscheidend verändert: Weg von einer eher notariellen, die Elternvereinbarung nur beurkundenden Funktion hat es nunmehr die Verpflichtung, auf den Entwicklungsprozess der Eltern Einfluss zu nehmen, ihm Raum zu geben und gleichzeitig den Rahmen zu sichern. Der Wechsel im

Selbstverständnis weg vom Entscheider hin zu einem Prozessbegleiter stellt eine enorme Herausforderung dar. Der Veränderungsprozess wird jedoch dadurch erschwert, dass die notwendigen Fertigkeiten (Gesprächsführung, Mediation, Selbstreflexion etc.) weder erlernt sind noch zur Verfügung gestellt werden.

Eine besonders entwickelte Ausformung der verfahrensrechtlichen Rolle des Gerichts zur Stärkung der Elternverantwortung hat sich das sog. beschleunigte Familienverfahren zum Ziel gesetzt.[4] Sie ist eine Weiterentwicklung des sog. Cochemer Modells und baut ebenso wie dieses auf einer strukturierten und interdisziplinären Zusammenarbeit der Professionen auf.

10. Freiwilligkeit oder Zwang?

Wie viel Freiwilligkeit (Autonomie) benötigt eine Elternvereinbarung? Widerspricht der Zwang des Gerichts zur Einigung dem Prinzip der Freiwilligkeit? Dies ist eine Frage, die in der Mediation äußerst kontrovers diskutiert wird. Sie wird philosophisch, wenn man sich die Frage stellt, wie frei der Wille des Menschen überhaupt gebildet wird. Die Freiwilligkeit der Eltern stößt an ihre Grenzen dort, wo sie nicht mehr ausschließlichem Eigeninteresse, sondern im überwiegendem verfassungsrechtlichen Interesse des Kindes handeln. Außerdem gibt der gerichtliche Kontext den Anstoß zur Überwindung der Widerstände gegen die Vereinbarung. Dieser Ansatz ist nur dann vertretbar, wenn er von der Überzeugung getragen ist, dass der durch das Gericht angestoßener Entwicklungsprozess in die Eltern in den Stand versetzt, eine am Ende dann doch autonome Vereinbarung zu treffen. Diese Erwartungen hat sich in der Praxis bestätigt.

11. Die Verhandlung des Nichtverhandelbaren

Eine besondere Herausforderung für die Elternvereinbarung und die sie begleitenden Prozesse der Mediation oder Beratung stellt die Verhandlungen des an sich nicht Verhandelbaren da. Insbesondere, wenn es um Wertekonflikte geht, stellt sich die Frage, wie diese verhandelbar sein sollten. Sie sind es natürlich nicht. Dabei muss man jedoch nicht stehen bleiben. Viel mehr können sich die Eltern die Frage stellen, wann der Wertekonflikt überhaupt zum Tragen kommt und wie sie denn konkret mit jener Situation umgehen, also Regeln aufstellen, statt den Wertekonflikt an sich zu bearbeiten.

[4] Vgl. Müller-Magdeburg, S. 186 ff.

Eine ähnliche Situation stellt sich nun mehr da, da das Bundesverfassungsgericht Anträge nichtehelicher Vätern auf Herstellung der gemeinsamen elterlichen Sorge gestattet hat.[5] Gerade auch in diesen Konflikten empfiehlt sich die Mediation. Wie aber kann die gemeinsame elterliche Sorge verhandelt werden? Wie kann man in einen Aushandlungsprozess treten, wenn der eine etwas alleine hat, was der andere haben will? Auch hier geht es um die Auflösung der Rechtsbegriffe. Die Eltern können und müssen motiviert werden, zu fragen, was die Interessen und Bedürfnisse hinter der Position der alleinigen beziehungsweise gemeinsamen elterlichen Sorge ist. „Wie ganz konkret wollen Sie Ihr Leben als gemeinsame Eltern ausgestalten?“ Am Ende sollte es der Entscheidung über die gemeinsame elterliche Sorge nicht mehr bedürfen, weil die Eltern ein so differenziertes Logbuch entwickelt haben, dass sie für alle und jede Situationen Regeln aufgestellt haben, die sie selber und gemeinsam tragen. Wenn es der gemeinsamen elterlichen Sorge als einem Rechtsinstitut nicht mehr bedarf, dann endlich sind die Eltern frei, diese zu vereinbaren und eher ihm eine eigene, individuell symbolische Bedeutung zu geben.

12. Die Rolle des Kindes

Elterliche Sorge und Umgang bestehen nicht ihrer selbst willen, sondern ganz ausschließlich (elterliche Sorge) bis ganz überwiegend (Umgang) im Interesse des Kindes. Der Wille des Kindes spielt daher eine sehr große Rolle. Allerdings geht es nicht darum, den Konflikt der Eltern dem Kind überzuhelfen. Vielmehr liegt es in der Verantwortung der Eltern, die Situation zwischen einander und um das Kind herum so zum Positiven zu verändern, dass dem Kind eine größtmögliche Freiheit zur Willensbildung eröffnet wird.

Während die Stärkung der Subjektstellung des Kindes ein großes Anliegen des FamFG war, bleibt das materielle Rechte weit hinter diesem Anspruch zurück. So ist die Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge bei Einverständnis beider Eltern gemäß § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB für das Gericht selbst dann zwingend, wenn das (unter vierzehnjährige Kind) widerspricht.

[5] BVerfG, Beschluss vom 21.Juli 2010, 1 BvR 420/09.

13. Literaturanregungen

Cohnen, Marie-Luise/Cecchin, Gianfranco, Wie kann ich Ihnen helfen, mich wieder loszuwerden? Therapie und Beratung in Zwangskontexten, Carl-Auer-Verlag, Heidelberg 2007

Koerrenz, Ralf/Kriegel, Katharina, Mediationspflicht – über die Notwendigkeit einer Begleitung von Eltern in Trennung und Scheidung, Garamond Verlag, Jena 2006

Lack-Strecker, Jutta, Überlegungen zur „Freiwilligkeit“ in der obligatorischen Trennungs- und Scheidungsmediation, ZKJ 2010, 338

Müller-Magdeburg, Cornelia, Das beschleunigte Familienverfahren im Lichte des FamFG, ZKJ 2009, 186 ff.

Utz, Iris Fillié, Mediation bei hocheskalierten Elternkonflikten im Rahmen des „Münchner Modells“, perspektive mediation 2011, 121

Vogel, Renate, Angeordnete Mediation im Nachscheidungsbereich, perspektive mediation 2011, 113