



Deutscher
Familiengerichtstag e.V.

Kinderrechtekommission

Berichterstatter:

Prof. Dr. Barbara Veit

Dr. Thomas Meysen

Stellungnahme

21. März 2024

zu den Eckpunkten des BMJ für eine Reform des Kindschaftsrechts

Die Kinderrechtekommission begrüßt es, dass das BMJ mit der Vorlage der Eckpunkte einen ersten Schritt getan hat, um dem vielfältigen Reformbedarf im Kindschaftsrecht zu begegnen. Das Recht der elterlichen Sorge und des Umgangsrechts beruht in seinen Grundstrukturen noch auf der Kindschaftsrechtsreform von 1998, eine Anpassung an die geänderte Lebenswirklichkeit vieler Familien und der gesellschaftlichen Entwicklungen tut not und ist wiederholt gefordert worden. Die im Eckpunktepapier (nachfolgend abgekürzt EP) genannten Ziele sind hochgesteckt und deuten auf eine große Reform des Kindschaftsrechts hin. Das Papier bleibt aber an vielen Stellen unklar, zum Teil auch widersprüchlich, wichtige Weichenstellungen (Aufgabe der Trennung von Sorge- und Umgangsrecht, verfahrensrechtliche Folgeregelungen) wurden nicht vorgenommen; Aufgaben, die derzeit das Gericht wahrnimmt, sollen auf das Jugendamt verlagert werden, dem dafür die Kompetenzen und Ressourcen fehlen. Umgekehrt wird wiederholt ein Regelungsbedarf angenommen, den die Kinderrechtekommission nicht zu erkennen vermag.

I. Mehr Gestaltungsmöglichkeiten von Eltern in Bezug auf das elterliche Sorgerecht

1. Elternschaftsvereinbarungen

Mit einer Elternschaftsvereinbarung soll bereits vor der Zeugung eines Kindes durch Vereinbarung bestimmt werden können, welche Person neben der Geburtsmutter mit der Geburt des Kindes die zweite Elternstelle innehaben soll. Als solche kommen neben dem leiblichen Elternteil auch der/die Partner/in der Geburtsmutter, aber auch Dritte in Betracht. Die Vereinbarung soll nicht nur direkt zur rechtlichen Elternschaft dieser Person (EP Abstammung S. 6), sondern ohne weitere Schritte auch zur gemeinsamen Sorge der

rechtlichen Eltern führen (EP S. 5). Da diese Vereinbarung Vorrang vor anderen abstammungsrechtlichen Zuordnungstatbeständen haben soll (EP Abstammung S. 7), wird damit sorgerechtlich ein neuer Begründungstatbestand außerhalb von Ehe, Sorgeerklärungen und gerichtlicher Zuweisung geschaffen. So wie das neue Rechtsinstitut abstammungsrechtlich zu begrüßen ist (s. dazu Stellungnahme zum Abstammungsrecht), so schlüssig sind auch die sorgerechtlichen Folgewirkungen. Wenn die Eltern im Vorfeld der Zeugung Einvernehmen darüber erzielen, dass sie gemeinsam rechtliche Eltern werden wollen, dann kann davon ausgegangen werden, dass sie auch die Sorgeverantwortung für das Kind ab Geburt übernehmen wollen.

Wird aber mit der Elternschaftsvereinbarung ein neuer Begründungstatbestand für die gemeinsame Sorge kraft Gesetzes geschaffen, so muss auch § 1626a BGB in weitergehendem Umfang als angedacht geändert werden, um den Widerspruch zu vermeiden, dass nicht miteinander verheiratete Eltern vorkonzeptionell auf einfacherem Weg als nach der Zeugung in die gemeinsame Sorge gelangen können, da nach § 1626a BGB noch eine Eheschließung oder die Abgabe von Sorgeerklärungen (künftig nur noch einer Erklärung des zweiten rechtlichen Elternteils, näher dazu unter VI.) vonnöten ist.

2. Ausweitung der Gestaltungsmöglichkeiten zum Wechsel der Sorgeverantwortung

a) Stärkung der Elternautonomie

Nach dem Eckpunktepapier (EP S. 5) sollen die Eltern sowohl einen Wechsel von der gemeinsamen Sorge in die Alleinsorge als auch von der Alleinsorge in die gemeinsame Sorge zwar unter Einbeziehung des Jugendamtes, aber ohne gerichtliche Beteiligung, bis zur Grenze der Kindeswohlgefährdung vereinbaren können. Demgegenüber soll ein Wechsel von der Alleinsorge des einen zur Alleinsorge des anderen Elternteils nicht autonom, sondern – wie bisher – mit gerichtlicher Beteiligung (§§ 1671 Abs. 2, 1696 - Abs. 1 BGB), wohl aber unter erleichterten Voraussetzungen, möglich sein.

Dieser Vorstoß wird ausdrücklich begrüßt, bringt er doch zum Ausdruck, dass die Verantwortung für das Kind nicht nur in einer intakten, sondern auch in einer Trennungsfamilie „zuvörderst“ in den Händen der Eltern liegt. Die Umsetzung dieser Verantwortung muss den Eltern rechtlich ermöglicht werden¹, damit sie sich um des Kindes willen, dessen Entwicklung kein vorhersehbarer und berechenbarer Prozess ist, flexibel auf veränderte Lebensbedingungen und -umstände einlassen können².

¹ Staudinger/Coester § 1671 Rn. 13; Schwab DNotZ 1998, 437, 443, 455; Zimmermann DNotZ 1998, 404, 423 f.

² Schwab DNotZ 1998, 437, 446; Staudinger/Coester § 1696 Rn. 48.

Dabei beschränkt sich die Autonomie der Eltern nicht auf die Ausübung des Sorgerechts, sondern erfasst auch die Inhaberschaft dieses Rechts, wie der Gesetzgeber bei der Begründung der gemeinsamen Sorge von nicht miteinander verheirateten Eltern bereits anerkannt hat (§ 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB). Wenn nun auch der Wechsel von der gemeinsamen Sorge in die Alleinsorge grundsätzlich der gerichtlichen Kontrolle entzogen wird, liegt darin eine folgerichtige Fortführung des bereits in § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB enthaltenen Ansatzes, wonach das Gericht unterhalb der Schwelle von § 1666 BGB keine sachliche Kompetenz zur Überprüfung dieser Vereinbarung hat³. Entsprechendes muss dann für einen Wechsel von der Allein- in die gemeinsame Sorge gelten (zum Fall, dass die Alleinsorge auf einer gerichtlichen Entscheidung beruht, näher unter XI.2.).

b) Einbindung des Jugendamtes

Schwierigkeiten bereitet dagegen der Vorschlag, das Jugendamt in den Vertragsschluss einzubeziehen.

Dabei bleibt schon unklar, zu welchem Zweck diese Einbeziehung erfolgen soll. Geht es um Beratung nach § 17 Abs. 2 SGB VIII, um Beurkundung der Sorgevereinbarung nach § 59 SGB VIII oder soll das Jugendamt kontrollieren, ob die Eltern ihre Elternautonomie kindeswohlgerichtet wahrnehmen? Letzteres würde bedeuten, dass das Jugendamt den Abschluss einer freiwilligen Sorgevereinbarung entweder wie gewichtige Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung behandeln müsste. Inhaltlich erscheint dies nicht gerechtfertigt und die zeitlichen sowie fachlichen Ressourcen könnten nicht für dringliche Kinderschutzaufgaben eingesetzt werden. Oder es würden dem Jugendamt Kontrollaufgaben über die elterliche Erziehungsgestaltung unterhalb der Kindeswohlgefährdung eingeräumt. Dies kann und darf nicht die Aufgabe des Jugendamtes sein, da dieses ansonsten ein elterliches Einvernehmen in weitergehendem Umfang kontrollieren könnte, als dies de lege lata das Gericht kann. Grundsätzlich hat der Staat einem elterlichen Konsens über die Bestimmung und Verwirklichung des Kindeswohls oder die Funktions- teilung zwischen den Eltern nichts entgegenzusetzen und zwar unabhängig davon, ob es um intakte oder Trennungsfamilien, eheliche oder nichteheliche Familien geht.

Die Einbindung des Jugendamtes als Berater und Unterstützer der Eltern beim Abfassen einer Sorgevereinbarung ist bereits in § 17 Abs. 2 SGB VIII vorgesehen. Diese Aufgabe wird derzeit überwiegend von Erziehungsberatungsstellen erfüllt. Würde den Eltern vor Abschluss einer Elternvereinbarung eine Beratungspflicht aufgegeben, würde der Trennungs-, Scheidungs- und Paarberatung eine legitimierende Funktion zukommen, was eine grundlegende Veränderung der Beratung nach § 17 Abs. 2 SGB VIII bedeuten würde, die bisher fachlich in keiner Weise diskutiert wurde. Es würde sich um zusätzliche

³ Grüneberg/Götz § 1671 Rn. 10.

Beratungsaufgaben in erheblichem Ausmaß handeln, was die Frage nach dem Ressourceneinsatz aufwirft.

Sollte darüber hinaus angedacht werden, dem Jugendamt auch die Dokumentation dieser Vereinbarung zu übertragen (näher dazu unter c)), müsste sichergestellt werden, dass die Beratung und die Beurkundung/Dokumentation nicht von ein und derselben Stelle im Jugendamt wahrgenommen werden.

c) Form der Vereinbarung

Die Sorgevereinbarungen der Eltern müssten auch der öffentlichen Beurkundung unterliegen. Insoweit kann nichts Anderes gelten als für Sorgeerklärungen und Zustimmungen (§ 1626d BGB). Nur so könnte eine Belehrung der Eltern über die Folgen ihrer Erklärungen und die Seriosität ihrer Erklärungen sichergestellt werden. Zudem könnten die Eltern dann ihre Sorgekompetenz sicher im Verhältnis zu Dritten (z.B. Schule, Arzt, Behörden) nachweisen. Hierfür besteht in der Rechtspraxis ein erheblicher Bedarf, wie allein die jüngsten Forderungen des DFGT zur Formalisierung von Sorgerechtsvollmachten zeigen⁴. Soweit allerdings diese Dokumentationsaufgabe dem Jugendamt zugewiesen und insoweit § 59 SGB VIII erweitert werden sollte, bleibt zu bedenken, dass der beurkundenden Stelle nur Prüf- und Belehrungspflichten obliegen, die auch ein Notar hat (§ 17 BeurkG). Eine Kontrolle, ob die Sorgevereinbarung der Eltern auch dem Kindeswohl dient, würde den notariellen Aufgaben widersprechen und kann daher nicht Aufgabe der Beurkundungsstelle sein.

II. „Kleines Sorgerecht“

Die Kommission spricht sich gegen die Aufnahme einer Regelung aus, wonach Eltern über § 1687b BGB hinaus, durch Vereinbarung bis zu zwei weiteren Personen sorgerechtliche Befugnisse einräumen können (EP S. 5 f.). Die damit erstrebte sorgerechtliche Mehrelternschaft steht nicht nur in Widerspruch zum abstammungsrechtlichen Ansatz, das Zwei-Eltern-Prinzip zu erhalten (EP Abstammung S. 6). Vielmehr können Eltern schon de lege lata Dritte im Rahmen ihrer Autonomie in die Sorgeverantwortung einbinden und jederzeit wieder entlassen. Ein Bedarf für eine gesetzliche Verankerung dieses Grundsatzes besteht deshalb nicht.

Die Kommission spricht sich auch gegen die Einbindung eines solchen Grundsatzes in § 1687b BGB aus, da dies mit einer Verschlechterung der Rechtsstellung des Stiefeltern-teils gegenüber dem geltenden Recht einherginge. Während das geltende Recht dem Stiefelternanteil eine Mitentscheidungsbefugnis einräumt, die vom rechtlichen Elternteil zwar

⁴ Frank, 24. DFGT – Empfehlungen des Vorstands des DFGT Ziffer A.IV.1., FamRZ 2023, 1937.

durch Verweigerung des Einvernehmens torpediert, aber nicht beliebig eingeschränkt oder gar ausgeschlossen werden kann (§ 1687b Abs. 3 BGB), würde seine Kompetenz künftig vollständig vom Willen der sorgeberechtigten Eltern abhängen, da zur Begründung eine schriftliche Vereinbarung zwischen ihm und den sorgeberechtigten Eltern notwendig wäre, welche jederzeit einseitig von den Eltern wieder beseitigt werden könnte (EP S. 6). Dieser Rückschritt in der Rechtsstellung eines Stiefelternteils muss auf jeden Fall vermieden werden.

Allein unterstützenswert erscheint der Vorschlag, den Kreis der übertragungsberechtigten Personen vom bislang alleinsorgeberechtigten Elternteil auf alle sorgeberechtigten Eltern zu erweitern (EP S. 6), weil damit dem Umstand Rechnung getragen wird, dass immer häufiger rechtliche Eltern nach dem Scheitern ihrer Partnerschaft die elterliche Sorge gemeinsam ausüben. Ebenso überzeugt es, das kleine Sorgerecht nicht mehr auf Ehegatten des sorgeberechtigten Elternteils zu begrenzen, da das Entstehen einer Eltern-Kind-Beziehung zum Stiefelternteil nicht davon abhängt, ob dieser mit dem rechtlichen Elternteil verheiratet ist oder nicht⁵. Allerdings erschöpft sich hierin auch der Änderungsbedarf in § 1687b BGB. Die weiter angedachte Änderung, das kleine Sorgerecht nur „in der Regel“ auf die Alltagssorge zu begrenzen, ist dagegen schon deshalb abzulehnen, weil sie die Möglichkeit eröffnen würde, dem Stiefelternteil, die Befugnis zur Mitentscheidung in erheblichen Angelegenheiten zu geben (EP S. 6). Die damit verbundene Besserstellung des Stiefelternteils, mag sie auch auf Ausnahmefälle begrenzt sein (welche, bleibt unklar), gegenüber dem nicht sorgeberechtigten rechtlichen Elternteil, dem neben seinem Umgangsrecht nur das Recht zur tatsächlichen Sorge zusteht (§ 1687a BGB), kann aber für diesen nicht nur psychisch belastend oder gar kränkend sein⁶ und sich auf sein Verhältnis zum Kind auswirken⁷. Vielmehr wäre sie auch verfassungsrechtlich mit Blick auf Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 3 Abs. 2 GG bedenklich.

III. Vollstreckbare Vereinbarungen über das Umgangsrecht zwischen den Eltern

1. Privatautonome Schaffung eines Vollstreckungstitels

Die Kinderrechtskommission lehnt den Vorschlag ab, dass Eltern künftig ohne gerichtliche Billigung eine vollstreckungsfähige Umgangsvereinbarung abschließen können (EP S. 7). De lege lata besteht eine solche Möglichkeit nur, wenn die einvernehmliche Regelung der Eltern nach § 156 Abs. 2 FamFG als Vergleich aufgenommen und vom Gericht gebilligt wird (§ 86 Abs. 1 Nr. 2 FamFG). Dabei sollte es bleiben.

⁵ Helms Gutachten F zum 71. DJT, F 62, 101; Löhnig FPR 2008, 157, 158 f.; Staudinger/Salgo § 1687b Rn. 8.

⁶ Schwab FamRZ 2001, 385, 394.

⁷ Auf dieses Problem weist Salzgeber, Familienpsychologische Gutachten, 7. Aufl. 2020, Rn. 1233 hin.

Zwar kommen als Vollstreckungstitel nicht nur gerichtliche Beschlüsse (§ 86 Abs. 1 Nr. 1 FamFG) und gerichtlich gebilligte Vergleiche (§ 86 Abs. 1 Nr. 2 FamFG), sondern auch vollstreckbare Urkunden iSv § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO in Betracht, allerdings nur, soweit die Beteiligten über den Gegenstand des Verfahrens verfügen können (§ 86 Abs. 1 Nr. 3 FamFG). Dies würde voraussetzen, dass das Umgangsverfahren in ein Antragsverfahren umgestaltet wird. Dahingehende Forderungen sind zwar wiederholt erhoben worden⁸, dem Eckpunktepapier ist aber nicht zu entnehmen, dass an der Amtswegigkeit des Umgangsverfahrens etwas geändert werden soll. Die Kinderrechtskommission sieht insoweit auch noch erheblichen Diskussionsbedarf.

Hinzu kommt, dass es nur selten gelingen dürfte, ohne juristische (nicht sozialpädagogische) Beratung einen ausreichend bestimmten und damit tatsächlich vollstreckungsfähigen Vollstreckungstitel zu schaffen. Eine weitere Hürde dürfte die Gestaltung des Hinweises auf die Ordnungsmittel nach § 89 Abs. 2 FamFG bereiten. Angesichts der Fülle an obergerichtlichen Entscheidungen zu Inhalt und Umfang des Hinweises auf Ordnungsmittel nach § 89 Abs. 2 FamFG in gerichtlichen Umgangsbeschlüssen⁹ steht zu erwarten, dass Eltern mit der Gestaltung eines solchen Hinweises, selbst bei Mitwirkung des Jugendamtes, Schwierigkeiten haben werden.

Nicht vorstellbar erscheint, dass die Beurkundungsbeamtinnen und -beamten im Jugendamt im Rahmen ihren notariellen Aufgaben vollstreckungsfähige Umgangsvereinbarungen beurkunden. Es kann nicht Aufgabe der überwiegend Diplomverwaltungswirtinnen und -verwaltungswirte in den Beurkundungsstellen im Jugendamt sein, in ihrer notariellen Funktion die Kindeswohl dienlichkeit der Umgangsvereinbarung zu prüfen und die Vollstreckungsfähigkeit der Vereinbarung sicherzustellen.

Ungeklärt ist nicht zuletzt, in welchem Verhältnis dieser Umgangstitel zu dem aus § 156 Abs. 2 FamFG steht und unter welchen Voraussetzungen er durch eine gerichtliche Entscheidung abgeändert werden kann. Da anders als beim gerichtlich gebilligten Vergleich das Gericht an der Erstellung der vollstreckbaren Urkunde nicht mitgewirkt und die Vereinbarung auch noch keiner Negativkontrolle unterworfen hat, scheidet eine Erweiterung der Änderungsschwelle von § 1696 Abs. 1 BGB auf die vollstreckbare Umgangsvereinbarung aus (zu § 1696 Abs. 1 BGB näher unter XI.2.).

2. Beteiligung des Kindes

Gänzlich ungeklärt ist auch die Beteiligung des Kindes, die bei Umgangsvereinbarungen der Eltern umso nötiger ist, als diese unmittelbar auch das Recht des Kindes auf Umgang

⁸ Schumann Gutachten zum 72. DJT 2018, B 73 ff.; Beschluss C.10. des DJT, FamRZ 2018, 1732, 1733.

⁹ Nachw. bei Prütting/Helms/Hammer § 89 FamFG Rn. 30 ff.

nach § 1684 Abs. 1 BGB betreffen und damit Vereinbarungen zugunsten/zulasten des Kindes sind. Zwar sieht das Eckpunktepapier Zustimmungsrechte des über 14jährigen Kindes vor (EP S. 12); dennoch wird damit keine altersunabhängige Beteiligung der Kinder am Zustandekommen einer solchen Vereinbarung sichergestellt, abgesehen davon, dass das Papier sich nicht dazu verhält, wie die Anhörung des Kindes beim Zustandekommen einer solchen Vereinbarung sichergestellt werden könnte. Dies wäre aber umso notwendiger, als Kinder, deren Eltern einen Umgangstitel außerhalb des gerichtlichen Verfahrens schaffen, ansonsten schlechter stünden, als bei Schaffung eines gerichtlichen Umgangstitels.

3. Beteiligung des Jugendamtes

Bedenken bestehen auch gegenüber der Einbindung des Jugendamtes vor dem Abschluss der Umgangsvereinbarung (EP S. 7). Zwar könnte auf diese Weise sichergestellt werden, dass ein Vollstreckungstitel erst nach einer Kindeswohlprüfung geschaffen und vermieden wird, dass diese Prüfung ins Vollstreckungsverfahren verlagert wird, wo sie regelmäßig nicht stattfindet¹⁰. Jedoch fehlen dem Jugendamt Fachkompetenz und Ressourcen, um eine kindeswohldienliche Rechtsgestaltung durch die Eltern in jedem Einzelfall zu gewährleisten; diese Aufgabe kann, wie dargelegt (oben I.2.b.), auch nicht durch die Urkundsperson beim Jugendamt geleistet werden, wenn § 59 SGB VIII um Umgangsvereinbarungen erweitert würde. Mit einer regelhaften Beteiligung des Kindes, die dringend vonnöten ist (s. oben unter III.2.), würde darüber hinaus ein gänzlich neues Aufgabenfeld geschaffen, für das weder Mittel noch Kompetenz in den Jugendämtern vorhanden sind.

IV. Vereinbarungen von Eltern über das Umgangsrecht des Kindes mit Dritten

Die Kommission spricht sich auch gegen den Vorschlag aus, Regelungen zu Form, Inhalt, Vertragspartnern und Auflösung von Umgangsvereinbarungen der Eltern mit Dritten zu schaffen (EP S. 7 f.). Es fehlt schon jeglicher Regelungsbedarf, da Vereinbarungen, wie sie in den Beispielen 1 und 2 enthalten sind (EP S. 7 f.), bereits derzeit getroffen und von beiden Seiten jederzeit wieder aufgekündigt werden können.

Die Kommission sieht auch keinen Bedarf für die Schaffung einer gesetzlichen Vermutung, dass ein in der Vergangenheit aufgrund einer solchen Vereinbarung ausgeübter Umgang auch dem Wohl des Kindes dient (EP S. 8). Zwar könnte damit die Position der umgangsberechtigten Dritten verstärkt und dem Umstand Rechnung getragen werden, dass etwa Großeltern vielfältige Aufgaben in einer Familie übernehmen (s. Beispiel 2 [EP S. 8]). Während nach geltendem Recht dem Erziehungsrecht der Eltern im Rahmen der

¹⁰ BGH FamRZ 2015, 2147 Rn. 30; BGH FamRZ 2014, 732 Rn. 26; Ausnahme: BVerfG FamRZ 2008, 845 Rn. 81 ff.

Kindeswohlprüfung nach §§ 1685 Abs. 3 S. 1, 1684 Abs. 3 BGB ein relativer Vorrang zukommt¹¹ und der Dritte die Feststellungslast dafür trägt, dass der Umgang dem Kindeswohl dient¹², würde sich mit der angestrebte Neuregelung diese Last zuungunsten der Eltern verschieben. Jedoch würde auch eine solche Vermutungsregel das Gericht nicht von der Notwendigkeit entbinden, die Kindeswohldienlichkeit der Umgänge zu prüfen, die in der Vergangenheit zwischen dem Dritten und dem Kind stattgefunden haben, um zu ermitteln, ob der nun vom Dritten gegen den Willen der Eltern gerichtlich eingeforderte Umgang mit dem Kind dem Kindeswohl dient (§ 1685 Abs. 1 BGB).

Die Vermutungsregelung birgt zudem das Risiko, dass Konflikte zwischen den umgangsberechtigten Dritten und Eltern, sei es, dass der Dritte, etwa die Großmutter, zum verstärkenden Teil im Konflikt zwischen den Eltern wird, oder sich beide Eltern gegen den Umgang des Dritten mit dem Kind aussprechen, erheblich verstärkt würden. Angesichts der damit einhergehenden Gefahren für das Kind lehnt die Kommission diesen Vorschlag vollumfänglich ab.

V. Erklärung über den Verzicht auf das Umgangsrecht

1. Disponibilität des Umgangsrechts

Die Kommission spricht sich auch gegen den Vorschlag aus, dass künftig gesetzlich zum Umgang Berechtigte generell auf ihr Umgangsrecht sollen verzichten können, ohne dass davon das Umgangsrecht des Kindes berührt wird (EP S. 8 f.). Eine solche Möglichkeit ist allenfalls für wenige Ausnahmefälle denkbar.

Ein solcher Verzicht auf das gesetzliche Umgangsrecht wäre verfassungswidrig, ist doch das Pflichtrecht der Eltern auf Umgang unverzichtbar, da in der Umgangsverpflichtung nach den §§ 1626 Abs. 3, 1684 BGB die fortbestehende Elternverantwortung zum Ausdruck kommt¹³. Dies hindert zwar nicht den Abschluss einer änderbaren Nichtausübungsvereinbarung¹⁴. Ein (vorübergehender) Verzicht auf die Ausübung eines Umgangsrechts kann sogar dem Kindeswohl entsprechen, wie schon die Möglichkeit des gerichtlichen Ausschlusses des Umgangsrechts zeigt (§ 1684 Abs. 4 BGB)¹⁵. Etwas Anderes muss aber dann gelten, wenn dieser Verzicht unabänderlich sein soll, da darin faktisch ein Verzicht auf das Umgangsrecht als Stammrecht liegt. Die wandelbaren Verhältnisse des Kindes erfordern es, dass der Ausübungsverzicht änderbar bleibt

¹¹ VerfG Brandenburg 30.11.2018 – 19/18, juris Rn. 10.

¹² Staudinger/Dürbeck § 1685 Rn. 36.

¹³ BVerfGE 121, 69, 95; Staudinger/Dürbeck § 1684 Rn. 62; Hammer, Elternvereinbarungen S. 63, 42.

¹⁴ BGH NJW 1984, 1951, 1952, juris Rn. 15.

¹⁵ BGH NJW 1984, 1951, 1952, juris Rn. 16.

Ausnahmen von dem Grundsatz, dass das Umgangsrecht als Stammrecht nicht disponibel ist, gibt es derzeit nur bei der offenen Samenspende nach § 1600d Abs. 4 BGB. Weitere Ausnahmen sind allenfalls bei der privaten Samenspende und der Einwilligung in die Adoption denkbar; dagegen sprechen verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine weitere Ausweitung dieses Kreises, wie sie das Eckpunktepapier andenkelt („insbesondere“; EP S. 8)

2. Erhalt des Kindesrechts auf Umgang mit seinem genetischen Vater

Nicht zu überzeugen vermag auch der Ansatz, dass das Recht des Kindes auf Umgang mit seinem genetischen Vater (näher dazu unter IX.1.) von dem Verzicht nicht berührt werden soll (EP S. 9). Wenn der Verzicht nicht gegenüber dem Kind, sondern nur gegenüber den Eltern wirkt, mag dies zwar Ausdruck des Gedankens sein, dass nur auf die Ausübung, nicht aber auf das Stammrecht verzichtet werden kann. Dennoch läuft damit entweder der Verzicht des genetischen Elternteils oder das Recht des Kindes leer, da die Durchsetzung eines Umgangstitels gegen seinen leiblichen Elternteil, der auf den Umgang verzichtet hat, mit denselben Problemen behaftet ist wie die Durchsetzung eines Umgangstitels gegen einen umgangsunwilligen rechtlichen Elternteil.

VI. Stärkung der Rechte des nicht mit der Mutter verheirateten Vaters/der nicht mit der Mutter verheirateten Mitmutter

Die Kommission lehnt weiter den Vorschlag ab, die Rechte des nicht mit der Kindesmutter verheirateten Vaters dadurch zu stärken, dass bei gemeinsamem Wohnsitz der Eltern eine einseitige Erklärung des Mannes genügt, um das gemeinsame Sorgerecht zu erlangen (EP S. 9). Darin liegt kein rechtlicher Mehrwert gegenüber der geltenden Regelung, da bei Zusammenleben der Eltern die gemeinsame Sorge im Regelfall nicht an der Mitwirkung der Kindesmutter, sondern daran scheitert, dass der Bedarf für die Abgabe von Sorgeerklärungen nicht gesehen wird. Und im Fall der Trennung verhilft die Neuregelung dem Kindesvater nicht in die gemeinsame Sorge.

Zeitgemäßer wäre vielmehr, von einem gemeinsamen Sorgerecht ab dem Feststehen der Elternstellung des Kindesvaters/der Mitmutter auszugehen, und damit an die Entwicklung in anderen europäischen Staaten anzuschließen¹⁶. Zudem würde auf diese Weise das Verfahren nach § 155a FamFG entbehrlich, das angesichts seiner unterschiedlichen Anhörungspflichten wenig praktikabel ist und wie ein Fremdkörper im Kindschaftsverfahren erscheint¹⁷.

¹⁶ These 13 der Arbeitsgruppe Sorge- und Umgangsrecht.

¹⁷ Keuter FamRZ 2018, 1125, 1127.

Im Eckpunktepapier vermisst die Kommission auch eine Reform des derzeitigen Regel-Ausnahme-Verhältnisses in § 1626a BGB (Regelfall: Alleinsorge der Kindesmutter; Ausnahme: gemeinsame Sorge der nicht miteinander verheirateten Eltern), die überfällig ist. Wenn der größte Teil der nichtehelichen Eltern ihr gemeinsames Sorgerecht durch Sorgeerklärungen begründen und so der Elternvereinbarung nachkommen, spiegelt die gesetzliche Regelung nicht mehr das tatsächliche Regel-/Ausnahmeverhältnis wider¹⁸.

VII. Partnerschaftliche Betreuung nach Trennung

Die Kinderrechtekommission begrüßt dagegen den Vorstoß, die partnerschaftliche Betreuung nach der Trennung durch verschiedene Maßnahmen zu fördern (EP S. 9). Allerdings ist es bedauerlich, dass die Aufteilung der Elternverantwortung nach Sorge und Umgang beibehalten werden soll, obwohl sie einer Lebenswirklichkeit entspringt, die sich grundlegend von heutigen Verhältnissen unterscheidet. Deshalb gelingt es auch nicht, die Bruchstellen, die im Recht der gemeinsamen Sorge nach der Trennung durch die Rechtsprechung des BGH zum Wechselmodell deutlich geworden sind, mit den neuen Ansätzen überzeugend zu überwinden.

1. Anordnung des Wechselmodells im Umgangsverfahren

a) Anordnung des Wechselmodells

Die gesetzliche Klarstellung, dass das Familiengericht eine Betreuung durch beide Eltern im (symmetrischen oder asymmetrischen) Wechselmodell anordnen kann, wenn dies dem Kindeswohl dient, erscheint angesichts der vielfältigen Probleme, die in der Rechtspraxis mit der Umsetzung der Entscheidung des BGH von 2017¹⁹ zur paritätischen Betreuung verbunden waren, geboten. Damit wird klargestellt, dass das Wechselmodell auch gegen den Willen eines Elternteils angeordnet werden kann²⁰, ein Konsens über die geteilte Betreuung also nicht notwendig ist. Zu Recht wird hervorgehoben, dass zentraler Entscheidungsmaßstab das Kindeswohl ist (EP S. 9). Von besonderer Bedeutung ist vor allem die Kooperations- und Kommunikationsbereitschaft und -fähigkeit beider Eltern²¹. Zu begrüßen ist auch, dass das Eckpunktepapier das paritätische Wechselmodell nicht zum gesetzlichen Leitbild erklärt. Dies entspricht nicht nur der Sicht der Arbeitsgruppe „Sorge- und Umgangsrecht“²², sondern deckt sich mit den Erkenntnissen der jüngsten Studie „Kindeswohl und Umgangsrecht“, die im Auftrag des BMFSFJ erstellt wurde und

¹⁸ Krit. bereits Coester FamRZ 2012, 1337, 1342.

¹⁹ BGH FamRZ 2017, 532 ff.

²⁰ Anders u.a. OLG Frankfurt FamRZ 2022, 1532, 1534; OLG Hamburg NZFam 2021, 876, 878.

²¹ BGH FamRZ 2017, 532, Rn. 28, 30; BGH ZKJ 2020, 140, 142.

²² These 5.

festgestellt hat, dass mit Blick auf das Kindeswohl kein spezifisches Leitbild zur Verteilung der zeitlichen Anteile bei der Betreuung und Erziehung der Kinder bei Getrenntleben der Eltern ausgemacht werden kann²³.

b) Festlegung der Verfahrensart

Weniger überzeugend ist dagegen die beabsichtigte Klarstellung, dass diese Anordnung im Umgangsverfahren erfolgen soll, da dieser Ansatz zu kurz greift. Damit wird zwar ein langjähriger Konflikt in Rechtsprechung und Literatur darüber, ob eine solche Anordnung zum Sorge- oder Umgangsrecht gehört, beendet. Jedoch bleiben zahlreiche Fragen ungelöst. So bleibt schon offen, wie zu verfahren ist, wenn das Wechselmodell nicht mehr dem Kindeswohl dient und daher aufgelöst werden muss²⁴. Bedeutet die Festlegung der Verfahrensart, dass sowohl die Abänderung eines (einvernehmlich praktizierten oder gerichtlich angeordneten) Wechselmodells durch Änderung der Betreuungsanteile als auch die Beendigung des Wechselmodells und die Regelung einer Betreuung im Residenzmodell künftig als Umgangsentscheidung ergeht, selbst wenn eine Änderung des Lebensmittelpunkts des Kindes damit einher geht?²⁵

Zudem ändert allein die beabsichtigte Klarstellung noch nicht die verfahrensrechtliche Unterscheidung zwischen Sorge- und Umgangsverfahren. Da diese selbständig nebeneinander stehen, entfaltet die Entscheidung in dem einen Verfahren keine übergreifende Bindungswirkung für den anderen Verfahrensgegenstand²⁶. Daraus folgt, dass das Familiengericht in einem sorgerechtlichen Verfahren einem Elternteil das Aufenthaltsbestimmungsrecht zuweisen kann, ohne dass diese Entscheidung eine verfahrensrechtliche Bindungswirkung für das Umgangsverfahren entfalten würde, im Umgangsverfahren die paritätische Betreuung anordnen und diese in diesem Verfahren auch abändern kann²⁷. Auf diese Weise können die Entscheidungen in Widerspruch zueinander treten, so dass Wege gefunden werden müssen, um dies zu vermeiden. Alle derzeit in der Rechtspraxis beschrittenen Lösungswege bergen Probleme, die aus der Zweigleisigkeit der Verfahren resultieren²⁸. Die Kinderrechtskommission spricht sich deswegen dafür aus, die Dichotomie von Sorge- und Umgangsrecht bei mitsorgeberechtigten Eltern aufzugeben und die Konfliktlösung nicht mehr auf der Ebene der

²³ Forschungsgruppe PETRA, Befunde der Studie „Kindeswohl und Umgangsrecht“ – Wohlergehen von Kindern in Trennungsfamilien, 2023, 158.

²⁴ Auf diese Probleme weist Götz Editorial NJW-aktuell 5/2024 hin.

²⁵ BGH FamRZ 2022, 601, 602; OLG Saarbrücken FamRZ 2021, 39; OLG Dresden FamRZ 2021, 691, 692 f., OLG Frankfurt FamRZ 2021, 948, 949 ff.

²⁶ BGH FamRZ 2022, 601 Rn. 12; BGH FamRZ 2020, 255 Rn. 14.

²⁷ OLG Dresden ZKJ 2021, 311, 312.

²⁸ BeckOK/Veit § 1684 Rn. 138 ff.

Inhaberschaft von Sorge- und Umgangsrecht zu suchen, sondern eine Ausübungsebene zu schaffen, auf der die Elternkonflikte auf Antrag gerichtlich entschieden werden²⁹.

2. Erweiterung des Beratungsanspruchs nach § 17 SGB VIII

Die Kommission lehnt den Vorschlag ab, das Wechselmodell ausdrücklich zum Gegenstand des Beratungsanspruchs nach § 17 SGB VIII zu machen (EP S. 10). Das Jugendamt hat die Eltern bereits nach geltender Rechtslage bei der Entwicklung eines einvernehmlichen Konzepts für die Wahrnehmung ihrer Elternverantwortung zu unterstützen (§ 17 Abs. 2 Hs. 1 SGB VIII). Hiervon erfasst wird auch die Unterstützung bei der Suche nach dem für die Familie passenden Betreuungsmodell und zwar unabhängig davon, ob es um das Residenz-, Nest- oder Wechselmodell geht. Es bedarf mithin keiner Erweiterung der Norm. Sie würde sogar die Gefahr bergen – und der Beispielsfall 2 (EP S. 10) zeigt dies deutlich –, dass von ihr ein Signal in Richtung „Wechselmodell als Regelfall“ ausgeht. Es würde den bisherigen Aufgaben des Jugendamtes grundlegend widersprechen, bei den Eltern auf die Wahl eines bestimmten Sorgemodells hinzuwirken. Aufgabe der Beratung nach §§ 17, 18 Abs. 3 SGB VIII ist, die Eltern dabei zu unterstützen, damit sie die Konflikte reduzieren und ihrer Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung wieder gerecht werden können³⁰.

3. Alleinentscheidungsbefugnis des betreuenden Elternteils (§ 1687 BGB)

Demgegenüber begrüßt die Kommission den Vorschlag, dass getrennt lebende Elternteile bei einem gemeinsamen Sorgerecht in Angelegenheiten des täglichen Lebens für den Zeitraum, in dem sich das Kind bei ihnen aufhält, allein entscheiden können und zwar unabhängig vom Betreuungsmodell (EP S. 10). Für die Betreuung im Wechselmodell kann auf diese Weise das Problem des geltenden Rechts behoben werden, ob § 1687 Abs. 1 S. 2 BGB, der auf das Residenzmodell zugeschnitten ist, für das Wechselmodell überhaupt passt oder insoweit nur § 1687 Abs. 1 S. 1, S. 4 und 5 BGB zur Anwendung kommen können. Unklar bleibt aber, ob die angedachte Neuregelung für das Residenzmodell zur Folge hat, dass das Alltagssorgerecht künftig auch dem Elternteil zustehen soll, dessen Anteil an der Betreuungszeit deutlich unter dem des anderen Elternteils liegt, oder ob es in diesem Fall weiter bei der Anwendung von § 1687 Abs. 1 S. 4 BGB bleiben soll. Ersterenfalls würde die Rechtsstellung des nur umgangsberechtigten Elternteils deutlich verbessert und es entfielen ein Bedarf für § 1687 Abs. 1 S. 4 BGB bei gemeinsamer Sorge.

²⁹ Hammer FamRZ 2021, 905, 915 f., Staudinger/Dürbeck § 1684 Rn. 56a; Ernst DRiZ 2018, 302, 304; Arbeitsgruppe Sorge- und Umgangsrecht These 16, 21 f.

³⁰ Wiesner/Wapler/Struck § 17 SGB VIII Rn. 36.

Die Begrenzung des Alltags Sorgerechts auf den tatsächlichen Betreuungszeitraum erzwingt auch eine Lösung des Problems, dass eine Alltagsangelegenheit zur Entscheidung ansteht, die Auswirkungen auf den Betreuungszeitraum des anderen Elternteils hat. Die vorgeschlagene Lösung, dass es diesem Fall auf die Zustimmung beider Eltern ankommt (EP S. 10), wird ausdrücklich begrüßt, da sie Ausdruck der Konsens- und Kooperationspflicht bei der gemeinsamen Sorge gerade im Wechselmodell ist. Damit kann allerdings noch nicht die Gefahr gebannt werden, dass der alltagssorgeberechtigte Elternteil Entscheidungen trifft, die die Erziehungsgrundsätze und Entscheidungen des anderen Elternteils konterkarieren.

4. Umgangspflegschaft

Die Kinderrechtekommission lehnt den Vorschlag ab, eine Umgangspflegschaft auf Wunsch beider Eltern zur Vermeidung von Hochkonfliktfällen einzuführen (EP S. 10), da zu viele Fragen offenbleiben. Zum einen irritiert bereits die Begriffswahl, da diese Pflegschaft keine iSv § 1684 Abs. 3 S. 3 BGB sein kann, da sie nicht angeordnet werden soll, um Verletzungen der Wohlverhaltenspflicht nach § 1684 Abs. 2 BGB zu sanktionieren, sondern solche zu vermeiden; zudem unterscheiden sich die Aufgaben dieses Pflegers von denen eines Umgangspflegers iSv § 1684 Abs. 3 S. 3 BGB, wenn er, wie das Beispiel 4 zeigt, helfen soll, Konflikte zwischen den Eltern zu entschärfen (EP S. 10).

Angesichts der Unschärfe der Aufgaben des neuen Pflegers birgt der Vorschlag zudem die Gefahr, dass das Gericht diesem überlässt, Art, Ort, Zeitpunkt und Häufigkeit des Umgangs mit den Eltern zu regeln, obwohl nach § 1684 Abs. 3 BGB das Gericht selbst eine hinreichend konkrete Umgangsregelung treffen muss. Nicht zuletzt bleiben das Verhältnis dieser Pflegschaft zu einer gerichtlichen Anordnung nach § 156 Abs. 1 S. 3 FamFG sowie die Finanzierung dieser Maßnahme unklar. So wird mit dem neuen Instrument die Möglichkeit eröffnet, auf Wunsch der Eltern eine Art Dauerberatung durch das Jugendamt einzuführen, wenn dieses, was aufgrund seiner Fachkompetenz naheliegt, die Aufgabe übernimmt. Hat dies zur Folge, dass es auch die Kosten der Beratung trägt, obwohl die Maßnahme auf einer Entscheidung des Gerichts beruht?

5. Umgangskosten

Die Kinderrechtekommission wendet sich gegen den Vorschlag, im Umgangsbeschluss auch über die Kosten der Ausübung mitentscheiden zu können (EP S. 11). Soweit der umgangsberechtigte Elternteil ausnahmsweise einen Anspruch gegen den anderen Elternteil auf Beteiligung an dem für das Holen und Bringen der Kinder erforderlichen Aufwand hat, um hierdurch einer faktischen Vereitelung des Umgangsrechts vorzubeugen, kann dieser, soweit er auf Zahlung von Geld gerichtet ist, nicht im

Umgangsverfahren zuerkannt werden, weil er vermögensrechtlicher Natur ist³¹. Es käme zu einer unzulässigen Vermischung einer Familienstreitsache (§ 112 Nr. 1 FamFG) und einer fG-Familiensache (§ 151 Nr. 2 FamFG). Zudem würde das häufig ohnehin konfliktbeladene Umgangsverfahren noch mit finanziellen Aspekten belastet und Vergleiche könnten rasch an der Finanzierungsfrage scheitern.

VIII. Schutz vor häuslicher Gewalt

1. Begriff der häuslichen Gewalt

Die Kinderrechtekommission begrüßt die Absicht, Kinder und gewaltbetroffene Elternteile besser vor Gewalt zu schützen und den Vorgaben der Istanbul-Konvention Rechnung zu tragen (EP S. 4). Allerdings müsste hierfür zunächst der Begriff der häuslichen Gewalt definiert werden. Die Übernahme der weiten Definition in Art. 3 lit. b Istanbul-Konvention hätte zur Folge, dass nicht nur alle Handlungen körperlicher, sexueller, psychischer, sondern auch wirtschaftlicher Gewalt erfasst würden. Diese ist im Rechtsdiskurs, anders als die anderen Gewaltformen, noch nicht ausreichend konturiert. Es bedarf daher eingehender rechtspolitischer Diskussion, welche Formen der wirtschaftlichen Gewalt erfasst und wann die Schwellen überschritten sind. Gesichert ist hingegen die Orientierung an der in § 1 GewSchG umschriebenen Gewalt.

Soweit von Art. 3 lit. b Istanbul-Konvention auch innerfamiliäre Gewalt gegen Kinder erfasst ist, reibt sich die vergangenheitsbezogene Orientierung der Istanbul-Konvention mit der entwicklungsbezogenen Orientierung beim Schutz vor physischer und psychischer Misshandlung, sexuellem Missbrauch und Vernachlässigung nach der VN-Kinderrechtskonvention sowie dem bisherigen Familienrecht. Die zukunftsbezogene Orientierung an Gefährdungen und Belastungen des Kindes sollte auch nach einer Reform bei Kindeswohlentscheidungen erhalten bleiben. Unbenommen bleibt die Vorgabe in Art. 31 Istanbul-Konvention, Frauen und Kinder bei Sorge- und Umgangsentscheidungen umfassend vor Gewalt zu schützen und die häusliche Gewalt zu berücksichtigen (Art. 1 Istanbul-Konvention).

Von dieser Weichenstellung hängen auch die gesetzlichen Neuregelungen zum Sorge- und Umgangsrecht im Detail ab. Insoweit begrüßt es die Kommission, dass im Eckpunktepapier bereits verschiedene Maßnahmen vorgeschlagen werden, um künftig einen besseren Schutz von Kind und betreuendem gewaltbetroffenem Elternteil zu gewährleisten (EP 11). Ob diese ausreichen oder weitere vonnöten ist, wird von der konkreten Ausgestaltung im Gesetzentwurf abhängen, so dass die Kommission von einer

³¹ OLG Frankfurt NZFam 2022, 304; Staudinger/Dürbeck § 1684 Rn. 94.

abschließenden Bewertung des Maßnahmenkatalogs im Einzelnen (EP S. 11) an dieser Stelle absieht.

2. Sorgerechtliche Folgen

Befürwortet wird die Verankerung eines Grundsatzes, dass bei häuslicher Gewalt regelmäßig ein gemeinsames Sorgerecht ausscheidet (EP S. 11). Da das Risiko häuslicher Gewalt während der Schwangerschaft deutlich erhöht ist und es in der Trennungs- und Scheidungsphase zu Gewalteskalationen kommen kann, kommt den Standorten der Regelung besondere Bedeutung zu. Bei der Verankerung in § 1626a BGB würde zu bedenken sein, wie eine Benachteiligung von gewaltbetroffenen Ehepartnern vermieden werden kann. Bei einer Verankerung in § 1671 BGB ist zu bedenken, dass das Gesetz dort normtechnisch vom Regelfall der gemeinsamen Sorge ausgeht. Jedoch wurde ein solcher Grundsatz bislang an keiner Stelle positiv festgeschrieben. Die geplante Reform sollte zum Anlass genommen werden, einerseits ein Leitbild der gemeinsamen Sorge nach der Trennung und andererseits ein Leitbild der alleinigen Sorge im Kontext von häuslicher Gewalt zu verankern³².

3. Umgangsrecht

Die beabsichtigte Klarstellung, dass das Familiengericht den Umgang beschränken oder ausschließen kann, wenn dies erforderlich ist, um eine konkrete Gefährdung des gewaltbetroffenen betreuenden Elternteils abzuwenden (EP S. 11), wird von der Kinderrechtskommission nachdrücklich unterstützt. Dies entspricht zwar zum Teil schon der bisherigen Rechtsprechung³³; jedoch ist eine flächendeckende Berücksichtigung der Vorgaben von Art. 31 Istanbul-Konvention noch nicht erkennbar. Für die Beschränkung bzw. den Ausschluss des Umgangsrechts bei Partnerschaftsgewalt spricht bereits der Umstand, dass das Wohl des Kindes durch die mit diesen Gewalttaten einhergehenden physischen und psychischen Folgewirkungen beim betreuenden Elternteil regelmäßig erheblich gefährdet wird³⁴. Das Leitbild in § 1626 Abs. 3 BGB, dass der Umgang mit beiden Eltern in der Regel dem Kindeswohl dient, ist durch ein weiteres Leitbild zu ergänzen, wonach in Kontexten von häuslicher Gewalt und Kindeswohlgefährdung Umgang nur stattfinden kann, wenn der Schutz der Kinder und der gewaltbetroffenen Elternteile gewährleistet ist.

³² Zu dieser Forderung Schumann 72. DJT, B 31 f.; Beschluss A.1.a.b. des DJT FamRZ 2018, 1732.

³³ OLG Brandenburg FamRZ 2022, 275; KG FamRZ 2021, 693.

³⁴ Staudinger/Dürbeck § 1684 Rn. 319.

4. Umgangspflegschaft

Die Eröffnung der Möglichkeit, zum Schutz des gewaltbetroffenen Elternteils eine Umgangspflegschaft anzuordnen, wird ebenfalls unterstützt. Das Eckpunktepapier folgt damit dem Ansatz, dass Adressat einer Maßnahme nach § 1684 Abs. 3 S. 3 BGB nicht nur der betreuende, sondern auch der umgangsberechtigte Elternteil sein kann³⁵ und erweitert den Anwendungsbereich auf Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit des gewaltbetroffenen Elternteils. Dementsprechend müssten auch die Aufgaben des Umgangspflegers für diesen Fall konkretisiert werden (etwa Begleitung der Übergabe, Vermeidung eines persönlichen Kontakts der Eltern). Allerdings wird sich im Einzelfall die Frage stellen, ob nicht die Anordnung einer Umgangsbegleitung nach § 1684 Abs. 4 S. 3 BGB einen größeren Schutz des gewaltbetroffenen Elternteils und des Kindes verspricht. Geklärt werden müsste auch hier die Frage der Finanzierung dieser Maßnahme.

5. Verfahrensrecht

Das Verfahrensrecht fokussiert bei Kindschaftssachen im Kontext von Trennung und Scheidung nach § 156 FamFG bislang nur auf ein Hinwirken auf Einvernehmen. Nicht geregelt ist bislang der notwendige Vorrang der Sachaufklärung als Regelfall im Kontext von häuslicher Gewalt und Gefährdung des Kindes. Ein Hinwirken auf Einvernehmen und die Inanspruchnahme einer gemeinsamen Beratung kommt in diesen Fällen nur in Betracht, wenn der gewaltbetroffene Elternteil dies ausdrücklich und aus freien Stücken wünscht. Die Verpflichtung zur Durchführung einer „Risikoanalyse“ nach Art. 51 Istanbul-Konvention entspricht der familienrichterlichen Amtsermittlung nach § 26 FamFG unter Mitwirkung des Jugendamts und sollte im Kontext von häuslicher Gewalt und Gefährdung des Kindes ebenfalls gesetzlich verankert werden. Der Beschleunigungsgrundsatz (§ 155 FamFG) kann, wie bei Verfahren wegen Kindeswohlgefährdung, ebenfalls nicht dem Hinwirken auf Einvernehmen dienen, sondern einer Sicherstellung des Schutzes bis zur weiteren Sachaufklärung³⁶.

IX. Stärkung der Kinderrechte

Die Kommission begrüßt den Vorstoß, die Rechte des Kindes zu verstärken. Allerdings gehen die Vorschläge zum Teil nicht weit genug, andere können hingegen nicht unterstützt werden. Auf jeden Fall müsste der Gefahr entgegen gewirkt werden, dass das Kind

³⁵ MüKoBGB/Hennemann § 1684 Rn. 66

³⁶ Götz Editorial NJW-aktuell 5/2024.

wie „ein metaphysischer Kleiderständer mit Rechten behängt (wird), sich aber nicht eigenständig entscheiden oder bewegen (kann)“³⁷.

1. Recht des Kindes auf Umgang mit Bezugspersonen und leiblichem Elternteil

Mit dem Vorschlag, ein Recht des Kindes auf Umgang mit seinen Großeltern, Geschwistern, mit anderen Bezugspersonen sowie dem leiblichen, nicht rechtlichen Elternteil zu verankern, würde zwar verdeutlicht, dass das Kind Subjekt und nicht Objekt des Umgangs ist und eine Forderung umgesetzt, die bereits bei Schaffung des KindRG 1998 erhoben wurde³⁸. Jedoch wäre mit einer solchen Regelung kein Mehrwert verbunden, da das Recht des Kindes nicht mit einer Pflicht der umgangsberechtigten Personen korrespondieren würde. Eine solche Pflicht ließe sich auch weder aus Art. 6 Abs. 1 noch Abs. 2 GG begründen. Allenfalls wäre die Festschreibung einer Pflicht der Eltern gegenüber dem Kind auf Gewährung des Umgangs mit den Bezugspersonen denkbar³⁹. Jedoch wäre mit einem solchen Vorstoß die Gefahr verbunden, dass der Streit zwischen den Erwachsenen in das Eltern-Kind-Verhältnis getragen würde⁴⁰, was dem Kindeswohl abträglich wäre. Solange aber die Kinderrechte nicht als durchsetzbare Rechte gefasst werden, bleiben sie nur ein, wenn auch wichtiges, Bewertungskriterium bei der gerichtlichen Prüfung, ob der Umgang der Bezugsperson mit dem Kind dem Kindeswohl dient. Ob damit allerdings die zum Teil hochkonflikthaften Auseinandersetzungen zwischen den Erwachsenen um den Umgang mit dem Kind gegenüber der geltenden Rechtslage entschärft werden können, erscheint mehr als zweifelhaft.

2. Konturierung des Begriffs des Kindeswohls

Die Kinderrechtskommission ist skeptisch gegenüber dem Mehrwert einer gesetzlichen Konturierung des Kindeswohlbegriffs (EP S. 12). In den §§ 1626 Abs. 3 und 1697a BGB finden sich bereits Konkretisierungen dieses wertausfüllungsbedürftigen Begriffs. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung Kriterien (v.a. Bindungen des Kindes, Förder- und Kontinuitätsgrundsatz, Wille des Kindes, Kooperationsbereitschaft und -fähigkeit der Eltern) entwickelt, die wichtige Orientierungspunkte für die Entscheidung in Sorge- und Umgangsfragen geben. Deren gesetzliche Verankerung müsste sich notwendigerweise auf allgemeine Formulierungen beschränken, und der Katalog dürfte auch nur mögliche Interessen des Kindes bezeichnen und könnte nicht abschließend sein. Auf jeden Fall müsste der Gefahr begegnet werden, dass ein solcher Katalog vorschnell der konkreten

³⁷ Coester, in: Eichenhofer, Bundestagung des Deutschen Sozialrechtsverband, 2009, S. 7, 14.

³⁸ Bundesrat in: BT-Drucks 13/4899, 153.

³⁹ Dafür bereits Lipp FamRZ 1998, 65, 75; iE auch Zimmermann ZRP 2019, 40, 43.

⁴⁰ Staudinger/Dürbeck § 1685 Rn. 9.

Entscheidung zugrunde gelegt, u.U. sogar eine Rangordnung der Kriterien aus der Auflistung abgeleitet wird und damit die individuellen aus dem Blick geraten⁴¹.

Hilfreicher wäre es u.U., die Konkretisierung des Kindeswohlbegriffs in § 1626 Abs. 3 BGB und § 1697a BGB stärker miteinander in Einklang zu bringen und zu verdeutlichen, dass die in § 1697a Abs. 2 BGB enthaltenen Kriterien, die den besonderen Bedürfnissen von Dauerpflegekindern Rechnung tragen sollen, auch bei § 1626 Abs. 3 BGB zum Tragen kommen. Auf diese Weise würde verdeutlicht, dass der dort verankerte Regelfall bei fremd untergebrachten Kindern nicht gelten kann, sondern eine Prüfung in jedem Einzelfall erfordert, ob der Umgang des Kindes mit seiner Herkunftsfamilie dem Kindeswohl dient oder nicht⁴². Ebenso müsste eine Ausnahme vom Grundsatz des § 1626 Abs. 3 S. 1 und 2 BGB vom Umgang im Kontext häuslicher Gewalt aufgenommen werden.⁴³

3. Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung

Mit dem Vorschlag, einen Anspruch des Kindes gegen seine Eltern auf Information über seine Abstammung zu verankern (EP S. 12), würde die bisherige Rechtsprechung kodifiziert, die aus § 1618a BGB im Einzelfall einen Auskunftsanspruch des Kindes gegen seine Eltern abgeleitet hat⁴⁴. Ein Bedarf für eine solche Klarstellung besteht zwar nicht. Gleichwohl wäre eine solche Regelung Ausdruck eines veränderten und offenen Umgangs mit komplexen Familienbeziehungen und Fragen der Herkunft des Kindes und wird deshalb von der Kommission begrüßt.

4. Mitentscheidungsrecht in Sorge- und Umgangsrecht der Eltern

Die Kinderrechtskommission begrüßt auch den Vorstoß, verschiedene Mitentscheidungsbefugnisse für Kinder zu etablieren (EP S. 12). Forderungen in dieser Richtung wurden u.a. vom 72. DJT⁴⁵ sowie der Arbeitsgruppe „Sorge- und Umgangsrecht“⁴⁶ formuliert. Die Vorschläge bergen allerdings verschiedene systematische Brüche. So stellt sich schon die Frage, wieso das über 14jährige Kind zwar eine erneute Entscheidung über eine bereits getroffene Regelung des Umgangs-, nicht aber des Sorgerechts soll beantragen können; unklar bleibt auch der Standort für eine solche Regelung (§ 1684 BGB oder § 1696 BGB). Soweit darüber hinaus ein Widerspruchsrecht des über 14jährigen Kindes

⁴¹ Coester, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983, 468.

⁴² BeckOGK/Amend-Traut, 15.8.2022, § 1626 Rn. 191; Salgo FPR 2004, 419, 427.

⁴³ Deutscher Verein ZKJ 2022, 406.

⁴⁴ BVerfG NJW 1997, 1769; BGH FamRZ 2022, 633, 634.

⁴⁵ Beschluss Nr. 3b, 10a, 13b FamRZ 2018, 1732, 1733.

⁴⁶ Arbeitsgruppe These Nr. 37-40.

bei Begründung der gemeinsamen Sorge etabliert werden soll (EP S. 12), bleibt unklar, welche der in § 1626a Abs. 1 BGB genannten Fallgestaltungen davon erfasst werden sollen. Zudem fehlt in § 156 Abs. 2 FamFG ein Widerspruchsrecht des über 14jährigen Kindes vergleichbar dem in § 1671 BGB⁴⁷. Von diesen Brüchen abgesehen weisen die Vorschläge aber in die richtige Richtung, dem Kind bei der Schaffung privatautonomer Sorge- und Umgangsregelungen mehr Gehör zu verschaffen.

X. Umgangsrecht leiblicher Elternteile und Anwendung auf Adoption

Die Kommission unterstützt auch das Vorhaben, § 1686a BGB geschlechtsneutral zu fassen und zugleich auch leiblichen Eltern ein Umgangsrecht zu geben, die in die Freigabe des Kindes zur Adoption eingewilligt haben, soweit dies dem Wohl des Kindes dient und sie ein ernsthaftes Interesse am Kind gezeigt haben (EP S. 13). Auf diese Weise könnten Ungleichheiten des geltenden Rechts zwischen dem nur leiblichen Vater und den ehemals rechtlichen Eltern behoben werden, die in die Adoption eingewilligt haben und sich nicht auf § 1686a BGB, sondern nur auf § 1685 Abs. 2 BGB berufen können⁴⁸. Allerdings müsste das Verhältnis zwischen diesen beiden Umgangsrechten deutlich werden.

XI. Weitere Änderungen im Kindschaftsrecht

1. Schaffung eines Regelkatalogs

Die Kinderrechtekommission ist skeptisch, ob es gelingen kann, durch Schaffung eines Regelkatalogs zur Personensorge eine bessere Orientierung für die Gestaltung von Vereinbarungen, Erteilung von Vollmachten und Übertragung von Sorgebefugnissen im Bereich der Personensorge zu gewähren (EP S. 13), als sie das geltende Recht bietet. Auch dieser Katalog müsste sich auf abstrakte Kriterien beschränken, um sicherzustellen, dass eine unbestimmte Vielzahl an Lebenssachverhalten erfasst wird, dürfte nicht abschließend sein und müsste angesichts der Verankerung des Wechselmodells (dazu oben VIII.1.) auch Umgangsfragen umfassen.

2. Neufassung von § 1696 Abs. 1 BGB

a) Absenkung der Änderungsschwelle

Die Kinderrechtekommission warnt davor, die Änderungsschwelle von § 1696 Abs. 1 BGB generell „moderat“ abzusenken (EP S. 13). Mit dieser Norm wird dem Staat eine

⁴⁷ Dafür Arbeitsgruppe These Nr. 40.

⁴⁸ BGH FamRZ 2021, 1375 Rn. 41.

Möglichkeit gegeben, nach erstmaliger Befassung mit der Familie bei triftigen Gründen des Kindeswohls in ein zuvor gerichtlich geordnetes Eltern-Kind-Verhältnis einzugreifen. Obwohl die Elternautonomie auch Eltern in einem gerichtlich neu geordneten Verhältnis grundsätzlich in vollem Umfang zusteht⁴⁹, wird auf diese Weise unterhalb der Schwelle des § 1666 BGB trotz Elternkonsens in diese Autonomie eingegriffen, was sich nur aus der Notwendigkeit erklärt, den Bedürfnissen des Kindes nach stabilen und kontinuierlichen Lebens- und Erziehungsbedingungen⁵⁰ einerseits und der Dynamik seiner Entwicklung und seinen Bedürfnissen Rechnung zu tragen⁵¹. § 1696 Abs. 1 BGB legt damit aber nicht nur fest, unter welchen Voraussetzungen eine gerichtliche Entscheidung geändert werden muss, sondern auch, bis zu welcher Schwelle eine Änderung nicht möglich ist⁵². Diese Schwelle kann nicht – auch nicht „moderat“ – abgesenkt werden, will man vermeiden, dass das Damoklesschwert der Änderung noch stärker als ohnehin schon über der Trennungsfamilie hängt und dadurch der kindliche Entwicklungs- und Erziehungsprozess empfindlich gestört wird⁵³.

Auch der Umstand, dass für Sorge- und Umgangsverfahren unterschiedliche Maßstäbe gelten, kann keine Herabsetzung der Eingriffsschwelle rechtfertigen (anders wohl EP S.13). Dass die Änderungsschwelle für Modifikationen und Erweiterungen des Umgangsrechts niedriger liegt als bei Sorgerechtsentscheidungen, ist darin begründet, dass Umgangsregelungen grundsätzlich weniger in die Lebensverhältnisse des Kindes eingreifen als ein Platzierungswechsel⁵⁴. Zwar beeinflussen die Entscheidungsvoraussetzungen der Erstnorm das Verständnis der Änderungsschwelle in § 1696 BGB, um andernfalls eintretende Wertungswidersprüche zu vermeiden⁵⁵. Jedoch rechtfertigt dieser Umstand weder unterschiedliche Abänderungsschwellen für Sorge- und Umgangsverfahren noch eine Absenkung der derzeitigen Änderungsschwelle.

Allerdings müsste die Reform zum Anlass genommen werden, um den Wertungswiderspruch im geltenden Recht zu beseitigen, wonach das Gericht zwar an einen Elternkonsens über einen Wechsel von der gemeinsamen Sorge in die Alleinsorge gebunden ist (§ 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB), einem Wunsch der Eltern nach Wiederherstellung der gemeinsamen Sorge dagegen nur stattgegeben werden kann, wenn dies aus triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen angezeigt ist. Um diesen nur schwer mit der Elternautonomie aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG zu vereinbarenden

⁴⁹ BGHZ 3, 220, 227; zu den verfassungsrechtlichen Bedenken Staudinger/Coester § 1696 Rn. 5 f. mwN.

⁵⁰ OLG Bamberg FamRZ 2022, 1780, 1782; Grüneberg/Götz § 1696 Rn. 4.

⁵¹ S. BVerfG FamRZ 2015, 210, 211 f.

⁵² Staudinger/Coester § 1696 Rn. 67.

⁵³ Näher dazu Coester, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff S. 328 ff.

⁵⁴ Staudinger/Coester § 1696 Rn. 126.

⁵⁵ Staudinger/Coester § 1696 Rn. 79.

Widerspruch aufzulösen, müsste zumindest – aber auch nur für diesen Fall – die Änderungsschwelle auf eine Negativkontrolle gesenkt werden⁵⁶.

b) Voraussetzungen für die Einleitung eines Änderungsverfahrens

Die Kinderrechtekommission begrüßt dagegen das Vorhaben, sicherzustellen, dass das Änderungsverfahren nach § 1696 Abs. 1 BGB nicht voraussetzungslos eingeleitet wird (EP S. 13). Da es in diesen Verfahren, anders als denen nach § 1696 Abs. 2 BGB, nicht um Kinderschutz, sondern die Schlichtung von Elternkonflikten geht, könnte durch den Wechsel vom Amts- ins Antragsverfahren gewährleistet werden, dass das Kind vor der Belastung stetiger Gerichtsverfahren geschützt wird⁵⁷.

XII. Systematische Neufassung des Kindschaftsrechts

Das Vorhaben, das Kindschaftsrecht neu zu strukturieren (EP S. 13), entspricht bereits den Forderungen der Arbeitsgruppe „Sorge- und Umgangsrecht“⁵⁸ und wird, abgesehen von den Vorhaben, den Begriff des Kindeswohls (oben unter IX.2.) und die Personensorge zu konkretisieren (oben unter XI.1.), befürwortet. Eine solche Aufgabe ist von grundlegender Tragweite und es bleibt abzuwarten, inwieweit ein konkreter Gesetzesentwurf zu einer stärkeren Systematisierung der sorge- und umgangsrechtlichen Regelungen gelangen kann.

XIII. Modernisierung des Adoptionsrechts (im Übrigen):

1. Wegfall der Ehe als Voraussetzung für eine gemeinsame Fremdadoption

Die Absicht, die Fremdkindadoption künftig auch unverheirateten Paaren und Paaren in eingetragenen Lebenspartnerschaften zu ermöglichen, wird nachdrücklich begrüßt, wird damit doch eine Unwucht im geltenden Recht beseitigt, das zwar die Stiefkindadoption für verfestigte nichteheliche Gemeinschaften (§ 1766a BGB), aber keine gemeinsame Fremdkindadoption dieser Paare vorsieht. Wenn der Gesetzgeber mit dieser Norm zum Ausdruck bringt, dass die nichteheliche Gemeinschaft unter bestimmten Voraussetzungen der Ehe gleichzusetzen ist, gibt es verfassungsrechtlich und rechtspolitisch keinen Grund, die nichteheliche Gemeinschaft auf die Stiefkindadoption zu beschränken⁵⁹.

⁵⁶ So bereits DFGT FPR 2012, 411, 414; Beschluss des 72. DJT A.3.a. FamRZ 2018, 1732.

⁵⁷ Dies fordert auch Schumann Gutachten B 57; so auch Beschluss, 72. DJT, A.3. b., FamRZ 2018, 1732.

⁵⁸ These B.6.

⁵⁹ So schon die Kritik der KIRK (abrufbar unter www.dfgt.de dort unter „Stellungnahmen“); Helms FamRZ 2019, 1072, 1073; ders. FamRZ 2020, 645; Keuter NZFam 2020, 49, 52.

2. Einzeladoption durch einen Ehegatten

Der Vorstoß, bei Ehegatten ebenso wie bei Alleinstehenden die Einzeladoption zu ermöglichen, erscheint konsequent, da auf diese Weise erreicht würde, dass sowohl unverheiratete wie verheiratete Paare die Wahl zwischen einer gemeinsamen Fremdkindadoption und einer Einzeladoption hätten. Allerdings birgt dieser Ansatz eine Gefahr für das bestehende Konzept. Hinter dem Grundsatz der Fremdkindadoption von Ehegatten steht der Gedanke, dass das Kind in den Familienverband der Annehmenden eingegliedert und mit den anderen Kindern der Annehmenden gleichbehandelt wird. Um dieses Ziel zu erreichen, soll vermieden werden, dass das angenommene Kind nur das Kind des einen Ehegatten und das Stiefkind des anderen wird; vielmehr sollen beide die gleiche Bereitschaft haben, für das Kind als eigenes Kind zu sorgen⁶⁰. Die in § 1741 Abs. 2 S. 4 BGB genannten Ausnahmen von diesem Grundsatz betreffen lediglich die Fälle, in denen aus rechtlichen Gründen (Geschäftsunfähigkeit, fehlendes Mindestalter) keine wirksame Annahme seitens des anderen Ehegatten möglich ist.

Auch künftig muss es das Ziel der Annahme bleiben, dem Kind ein beständiges und ausgeglichenes Zuhause zu verschaffen. Daher sollte die Einzeladoption durch eine verheiratete Person die Ausnahme und auf wenige Fallgestaltungen beschränkt bleiben⁶¹.

3. Änderung von § 1758 BGB

Der Vorschlag, Kindern ab dem vollendeten 16. Lebensjahr ein Alleinentscheidungsrecht darüber zu geben, ob Tatsachen offenbart und ausgeforscht werden können, die im Zusammenhang mit der Adoption stehen, weicht in doppelter Hinsicht vom geltenden Recht ab: zum einen wird das Alter festgelegt, ab dem das Kind persönlich seine Zustimmung erteilen kann, und zum anderen wird die Zustimmung der Adoptiveltern für entbehrlich erachtet. Beide Vorhaben werden von der Kommission begrüßt, da sie Ausdruck einer Enttabuisierung der Adoption und eines offeneren Umgangs mit den komplexen Beziehungen nach Durchführung der Adoption ist.

§ 1758 BGB will ein ungestörtes Aufwachsen des Kindes in der Adoptivfamilie sicherstellen⁶². Dieser Schutz kann aber schon de lege lata nicht mehr gegen den Willen eines zumindest volljährigen Kindes greifen, da dem allgemeinen Geheimnis- und Persönlichkeitsschutz der Eltern nach den geltenden Datenschutzregeln ausreichend Rechnung getragen werden kann. Gegen eine Herabsetzung dieses Schutzes auf das 16.

⁶⁰ BT-Drucks 7/3061, 28.

⁶¹ Zu möglichen Fallgestaltungen näher Staudinger/Helms § 1741 Rn. 60 f.

⁶² Grüneberg/Götz § 1758 Rn. 1.

Lebensjahr des Kindes hat die Kommission keine Bedenken, zumal an diese Altersgrenze auch § 63 PStG anknüpft.