

Rainer Balloff

# Kinder vor dem Familiengericht

Praxishandbuch zum Schutz des Kindeswohls  
unter rechtlichen, psychologischen und  
pädagogischen Aspekten

4. Auflage



**Nomos**

Rainer Balloff

# Kinder vor dem Familiengericht

Praxishandbuch zum Schutz des Kindeswohls  
unter rechtlichen, psychologischen und  
pädagogischen Aspekten

4., aktualisierte und erweiterte Auflage



**Nomos**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-8213-0 (Print)

ISBN 978-3-7489-2618-4 (ePDF)

4., aktualisierte und erweiterte Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Was ist nach wie vor das Besondere an der Thematik „Kinder vor dem Familiengericht“? Warum sollten sich neben Fachleuten auch Eltern und andere Betreuungspersonen von Kindern und Jugendlichen, die nicht Professionelle sind, für diese schwierige Materie interessieren?

Jedes Jahr stehen in der Bundesrepublik vermutlich nach wie vor bei einem leichten Rückgang in den letzten Jahren knapp 200.000 Kinder vor den Familiengerichten zur Regelung des Sorge- und Umgangsrechts, weil sich die Eltern getrennt haben oder scheiden lassen oder weil ihnen vorgeworfen wird, in der Kindererziehung versagt zu haben (2020 waren es 143.000 Scheidungen mit 119.106 noch nicht volljährigen Kindern, 2019 149.010 Scheidungen mit 122.010 Kindern und Jugendlichen, die „nur“ von der Trennung und Scheidung ihrer Eltern betroffen waren).

- Hinzu kommen beispielsweise Trennungskinder aus nichtehelicher Lebensgemeinschaft;
- Kinder, deren Wohlergehen gefährdet ist und die Opfer von Misshandlungen, Vernachlässigungen oder sexuellem Missbrauch geworden sind,
- Kinder, deren Eltern um den Umgang streiten,
- Kinder, die in Pflegefamilien oder Kinderheimen untergebracht sind und
- Kinder, die gegebenenfalls in das Elternhaus zurückkehren sollen, aber auch
- Kinder, die adoptiert werden und
- Kinder, die unbegleitet als Flüchtlingskinder nach Deutschland kommen.

Den Familiengerichten wird normalerweise eine hohe gesellschaftliche Autorität beigemessen. Das Gericht, die Richterin, der Richter, der Gerichtssaal und die damit in Verbindung stehende Staatsgewalt gebieten Respekt. Ein Gerichtsverfahren ist auch für Erwachsene oft respekt- und furchteinflößend. Dort geht es um Schaden und Wiedergutmachung, um Streit und Strafe, um Täter und Opfer, um Beteiligte, die letztlich auch im Familiengerichtsverfahren nach wie vor Antragstellerin, Antragsteller und Antragsgegnerin, Antragsgegner sind, die dann bei schweren Konflikten sogar gegenseitig zu „Beschuldigten“ und „Angeklagten“ werden. Auch Erwachsene verbinden damit ungewohnte und beklemmende Situationen, die sie emotional oft nicht mehr kontrollieren können, was besonders ausgeprägt das Familiengerichtsverfahren betrifft.

Selbst wenn Kinder die Bedeutung und Tragweite einer Gerichtsverhandlung (Anhörung und Entscheidung) im Familiengericht angesichts ihres Alters oder Entwicklungsstandes noch nicht erfassen können, wird ihnen meist über das tatsächliche Geschehen und das besondere Verhalten, über die Stimmungen und Gefühle der Eltern und der anderen Erwachsenen eine bedrohliche und ängstigende Sachlage vermittelt.

Wie muss es dann Kindern ergehen, wenn ihre Eltern vor Gericht unerbittlich um das Sorgerecht oder das Umgangsrecht streiten oder wenn der Staat, vertreten durch die Richterin oder den Richter, meint, das Kind müsse aus der Familie entfernt und in einer Pflegefamilie, Wohngruppe, Erziehungsgruppe oder in einem Kinderheim untergebracht werden?

Weitaus mehr als Erwachsene, die sich beispielsweise zu ihrem Schutz eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt nehmen können und die auch sonst im Vergleich zu Kindern den besseren Überblick und die größere Sicherheit haben, laufen Kinder im Rechtsstreit der Erwachsenen und vor Gericht im Kampf um Recht und Gerechtigkeit Gefahr, zu Instrumenten und Objekten fremder Interessen zu werden. Dies, obwohl in der Familiengerichtsbarkeit

seit der Kindschaftsrechtsreform vom 1. Juli 1998 sowie der Neufassungen des Familienverfahrensrecht (FamFG) am 1. September 2009 und nun nach der Neufassung der Vorschriften für die Bestellung des Verfahrensbeistands, die am 1. Juli 2021 bemerkenswerter Weise im „Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder“ in Kraft getreten sind. Diese Interessenvertretung des Kindes durch einen Verfahrensbeistand (selbstverständlich gilt das auch für eine Verfahrensbeiständin, die im Gesetz allerdings nach wie vor Verfahrensbeistand heißt) wird nun in den Fällen einer Kindeswohlgefährdung, dem Ausschluss des Umgangsrechts und einer sog. Verbleibensanordnung des Kindes in der Pflegefamilie oder beim ehemaligen Ehegatten oder Lebenspartner des Ehegatten dem Familiengericht als obligatorische Maßnahme auferlegt.

Gleichwohl ist das Kind gerade in diesen Situationen auf das Verständnis, die Hilfe und Einfühlung der Erwachsenen angewiesen.

Auch an diese Erwachsenen, die Eltern sind und/oder die beruflich als Erzieherin, Lehrerin, Pädagogin, Sozialarbeiterin, Psychologin, Rechtsanwältin oder RichterIn mit Kindern in der besonderen Situation vor Gericht zu tun haben, wendet sich das fast völlig neu bearbeitete, ergänzte und auf den neuesten Stand gebrachte Buch auch in seiner 4. Auflage. Nach wie vor wird eine eher sparsame Anführung und Wiedergabe der Rechtsprechung gehandhabt, um auch einem Laien oder „Semiprofessionellen“ (z.B. Kinderärzte, Erzieher, Lehrer, Psychotherapeuten) in familienrechtlichen und familienrechtspsychologischen Fragen einen leichteren Zugang zum Inhalt zu ermöglichen. Ermutigt zu diesem Schritt hat mich auch weiterhin die Vielzahl von hervorragenden juristischen Kommentaren, Monografien, Lehrbüchern und Zeitschriften, in denen umfassend die aktuelle Rechtsprechung angegeben und diskutiert wird.

Ich werde in diesem Buch weiterhin nicht im Bürokratendeutsch von einer (sprachlich völlig überflüssigen und diskriminierenden) Kindesmutter, schlimmer noch von einer KM, einem nicht weniger diskriminierenden Kindesvater, KV (wann ist trotz aller medizinischer „Fortschritte“ eine Kindesmutter oder Kindesvater nicht die Mutter oder der Vater des Kindes auch nach einer Trennung oder Scheidung? Wieso mutieren Mütter und Väter vor allem nach einer Trennung sprachlich zu Kindesmüttern oder Kindesvätern?) oder Kindeseltern, und nur dann von Elternteilen sprechen, wenn es z.B. beim Zitieren unumgänglich ist: Mütter sind Mütter, Väter sind Väter und Elternteil wird nur erwähnt, wenn es sich um *einen* Elternteil handelt, sonst sind es selbstverständlich die Eltern des Kindes auch nach einer Elterntrennung und Scheidung. Aber auch die Großmutter mütterlicherseits oder der Großvater väterlicherseits wird in der vorliegenden Abhandlung nicht zur GMm (Gm) oder zum GVv (Gv).

Während des Schreibens dieses Buches habe ich weiterhin das weltweite Kinderelend nicht vergessen, was sich nach wie vor in Armutsländern, in der Kinderarbeit, in Kriegsländern, bei Migrantenfamilien, aber auch bei unbegleiteten Flüchtlingskindern zeigt und sich nun durch die Coronakrise nochmals dramatisch verschärft hat und mit Kriegsbeginn seit Anfang Februar 2022 unermessliches Elend für die Kinder in der Ukraine bringt: Ich weiß, dass ich alles in allem in Bezug auf Deutschland immer noch aus einer Oase berichte, in der durchaus Missstände auftreten, die aber auch oft aufgedeckt und abgestellt werden, trotz schrecklicher Missbrauchsfälle in kirchlichen Einrichtungen, im Internet oder in pädophilen Kreisen und sogar im Elternhaus.

Kinderrechte werden seit Jahrzehnten diskutiert und auch umgesetzt, wobei die Kinderrechtsbewegung in Deutschland einen besonders wichtigen und hohen Stellenwert hat. Bisher hat es

allerdings der Gesetzgeber immer noch nicht geschafft, die Kinderrechte angemessen und eindeutig im Grundgesetz zu integrieren. Auch 2021 wurde von der damaligen Bundesregierung die Integration von Kinderrechten im Grundgesetz abgesagt.

Allerdings ist 2021 z.B.

- das Adoptionshilfe-Gesetz in Kraft getreten,
- das Gesetz zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (KJSG),
- das Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder, mit einem Bündel von Maßnahmen, die zu höheren Strafandrohungen, späteren Verjährungsfristen, verlängerten Fristen bei der Aufnahme von Verurteilungen im Führungszeugnis in Kraft. Gefordert werden nun auch Qualifikationsanforderungen für Familienrichter und Familienrichterinnen, die schon für die Einstellungs Voraussetzungen gelten sollen. Derartige Qualitäts- und Ausbildungsanforderungen gelten jetzt auch für Verfahrensbeistände. Und die altersunabhängige Anhörung des Kindes im Familiengerichtsverfahren wird ganz sicher zu Veränderungen des Subjektstatus des Kindes führen. Das gilt auch für die darüber hinaus geforderte Aufgabe der Familienrichterin und des Familienrichters, sich einen persönlichen Eindruck von dem Kind zu verschaffen. Damit müssten nun auch Säuglinge und Kleinkinder oder Kinder mit Entwicklungsbesonderheiten vom Familiengericht persönlich wahrgenommen (z.B. im Rahmen von Interaktionsbeobachtungen) werden.
- Am 22. Mai 2021 trat das Gesetz zum Schutz von Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung in Kraft. Durch dieses Gesetz sind Operationen und Behandlungen an intergeschlechtlich geborenen Kindern grds. verboten, wenn sie nur der Angleichung an ein weibliches oder männliches Normgeschlecht dienen sollen.
- Am 1. Oktober 2021 ist die Stalking- oder Nachstellungs-Vorschrift im Strafgesetzbuch mit neuer Formulierung in Kraft getreten, die möglicherweise jetzt auch ältere Kinder, die beispielsweise Umgangskontakte verweigern, leichter und effektiver vor Nachstellungen im Trennungs- und Scheidungsfall der Eltern schützt.

Was ist weiterhin neu in dieser 4. Auflage? Das gesamte Buch wurde überarbeitet, ergänzt, aktualisiert und die 2021 in Kraft getretenen familienrechtlichen Gesetzesänderungen berücksichtigt.

Allerdings wurde beispielsweise das komplizierte und immer noch nicht zeitgemäße Abstammungsrecht – und hierzu auch die Sorgerechtsfragen homosexueller Eheleute – wiederum aufgegriffen, obwohl es keine grundlegende Änderung erfahren hat. Es ist immer noch nicht kindgerecht geklärt, was z.B. mit den Kindern von Ersatzmüttern (Leihmüttern) und Wunscheltern rechtlich am Kindeswohl verträglichsten zu geschehen hätte oder ob alle Kinderehen nichtig sein sollten.

Ungeklärt bleiben oft noch Fragen zum Wechselmodell sowie zur Betreuung, Versorgung und Bildung mit Kindern in Migrantenfamilien oder unbegleiteten Flüchtlingskinder, zur Problematik delinquenten Kinder und Jugendlicher, insbesondere in einschlägigen sog. Clan-Familien oder wie mit Eltern und Kindern von eigenen Eltern oder anderen bedeutsamen Betreuungspersonen gestalkten Kindern umgegangen werden sollte. Hierzu bietet die neue Nachstellungsverordnung, die am 1. Oktober 2021 in Kraft getreten ist, mehr beratende und rechtliche Handlungsmöglichkeiten an als vor der Gesetzesreform.

Die Corona-Zeit hat auch meinen Arbeitsstil erwischt. Zeitweise waren die Bibliotheken geschlossen, so dass nicht nur wegen der großen Anzahl der Gesetzesänderungen viel Arbeit in

die Neuauflage investiert werden musste, sondern ebenso etliche renommierte Autor\*innen in juristischen oder psychologischen Fachzeitschriften nicht berücksichtigt werden konnten, wenn diese für mich nicht erreichbar waren.

Ich danke meiner Lebensgefährtin Cornelia Hildebrandt, meinen Freunden und Arbeitskolleginnen, die mich bei dieser Arbeit unterstützt haben, und wiederum insbesondere, Herrn Dr. jur. Harald Vogel, und diesmal auch Frau Rechtsanwältin Dr. Natalie Ivanits für die juristische Begleitung und Unterstützung, sowie Frau Dipl.-Psych. Lea Arnold für die Herstellung der Abbildungen und Grafiken.

Berlin, den 01.03.2022

*Rainer Balloff*

# Inhaltsverzeichnis

I	Das Kind vor dem Familiengericht bei Trennung und Scheidung .....	17
	Einleitung .....	17
1	Trennung und Scheidung .....	22
1.1	Statistische Daten .....	22
1.2	Das Familiensystem .....	23
1.3	Trennung aus nichtehelicher Lebensgemeinschaft .....	39
1.3.1	Nichteheliche Lebensgemeinschaft .....	39
1.3.2	Eingetragene Lebenspartnerschaften .....	42
1.3.3	Ehescheidung .....	44
2	Vermittlung bei Trennung und Scheidung .....	48
2.1	Vermittlung im familiengerichtlichen Verfahren .....	48
2.2	Einvernehmenorientiertes Vorgehen .....	50
3	Das Trennungs- und Scheidungskind .....	59
4	Regelung der elterlichen Sorge .....	70
4.1	Der Kindeswohlbegriff im Kontext zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit .....	77
4.2	Familie und Scheidung .....	86
4.3	Kind und gleichgeschlechtliche Eltern .....	94
4.4	Kind und nichteheliche Gemeinschaft .....	101
4.5	Kind und Stieffamilie .....	108
4.6	Alleinerziehende mit und ohne Migrationshintergrund .....	119
4.7	Wechselmodell .....	121
4.8	Kind in hochkonflikthaften Elternkonstellationen .....	130
4.9	Kind im Rechtsstreit der Erwachsenen .....	136
4.10	Internationale Abkommen .....	138
4.10.1	Vermisste Kinder .....	140
4.10.2	Entführte Kinder .....	141
4.10.3	Das Kindeswohl: Rechtliche und psychologische Problematik und ihre Beurteilung im HKÜ-Verfahren .....	145
4.10.4	Zusammenfassung .....	147
4.11	Veränderungen des Familienbildes und des Abstammungsrechts .....	148
5	Kind und Institutionen .....	153
5.1	Verfahrensbeistand (Anwalt des Kindes) .....	153
5.1.1	Einführung .....	153
5.1.2	Bestellpraxis .....	156
5.1.3	Qualifikation des Verfahrensbeistands .....	157
5.1.4	Aufhebung der Bestellung des Verfahrensbeistands .....	158
5.1.5	Aufgaben des Verfahrensbeistands .....	159
5.1.6	Vergütung .....	163
5.1.7	Ausblick .....	164

5.2	Kind im Jugendamt .....	166
5.2.1	Das Jugendamt und die Arbeit mit dem Kind .....	173
5.2.2	Flüchtlingskinder mit Migrationshintergrund .....	175
5.3	Kind und Sachverständigengutachten .....	178
5.3.1	Begutachtung im Familiengerichtsverfahren .....	179
5.3.2	Begutachtung im Familiengerichtsverfahren – das Sachverständigenrecht .....	181
5.3.3	Die Beauftragungspraxis .....	185
5.3.4	Rolle und Funktion des Sachverständigen .....	186
5.3.5	Hinwirken auf Einvernehmen und Begutachtung .....	189
5.3.6	Ausblick und Perspektiven .....	206
5.3.7	Sogenannte Parteigutachten .....	207
5.3.8	Verfahrensbeistand und Sachverständiger .....	210
5.3.9	Der Sachverständige und die Arbeit mit dem Kind .....	211
6	Umgangsrecht .....	215
6.1	Umgang des Kindes mit den Eltern .....	221
6.2	Begleiteter Umgang und die Umgangspflegschaft .....	229
6.3	Umgang des Kindes mit weiteren Personen .....	234
6.4	Schlussfolgerungen bei Umgangsfragen .....	236
7	Sorge- und Umgangsrecht – Zusammenfassung .....	241
8	Wille des Kindes .....	245
9	Beschneidung des männlichen Kindes .....	257
10	Inter- und Transgeschlechtlichkeit des Kindes und Jugendlichen .....	260
11	Die Bindung des Kindes .....	265
11.1	Hochunsichere Bindung und Bindungsstörung .....	274
11.2	Kritik an der Bindungstheorie .....	276
12	Geschwister .....	279
13	Rechtsanwälte als Parteianwälte .....	281
14	Das Kind im Familiengericht .....	284
14.1	Anhörung des Kindes .....	284
14.1.1	Theoretische Grundlagen der Anhörung .....	285
14.1.2	Fallbeispiel .....	287
14.2	Grundlagen der Kommunikation mit dem Kind .....	290
14.3	Das Kind in Kooperation mit dem Familienrichter .....	300
II	Sorgerechteingriffe und Fremdplatzierung des Kindes .....	307
15	Unzureichende Versorgung des Kindes .....	307
15.1	Einleitung und Fallbeispiel .....	307
15.2	Eltern oder Paare, die gewalttätig sind .....	317
15.3	Auswirkungen von Partnerschaftsgewalt auf das Kind .....	319

15.4 Fremdplatzierung eines Kindes oder Jugendlichen .....	322
15.4.1 Garantenstellung .....	332
15.4.2 Psychische Erkrankung der Eltern .....	335
15.4.3 Suchterkrankung der Eltern .....	341
15.4.4 Kindeswohlgefährdung, Kindesmisshandlung und Vernachlässigung .....	348
15.4.5 Sexueller Missbrauch und Kinderpornografische Schriften .....	367
15.5 Fremdunterbringungen von Kindern .....	383
15.5.1 Unterbringung in einer Pflegefamilie .....	384
15.5.2 Dauerpflege in Ersatz- oder Ergänzungsfamilie .....	390
15.5.2 Rückführung des Kindes aus der Pflegefamilie .....	395
15.5.2 Unterbringung in einem Kinderheim .....	400
15.5.5 Freiheitsentziehende Unterbringung und freiheitsentziehende Maßnahmen .....	406
15.6 Kind, Elternhaus, Familie .....	414
15.7 Kind, Jugendamt und Familiengericht .....	416
15.8 Maßnahmen der Reintegration .....	419
III Adoption .....	423
16 Die Annahme als Kind (Adoption) .....	423
16.1 Grundlagen der Vermittlung .....	439
16.2 Familiäre und psychosoziale Hintergründe .....	440
16.2.1 Die Annehmenden .....	440
16.2.2 Die Abgebenden .....	442
16.2.3 Das Kind .....	444
16.3 Jugendamt und Adoptionsvermittlungsstellen .....	449
16.4 Familiengericht und Adoption .....	452
IV Migration .....	459
17 Migration und Kinderehen .....	459
18 Unbegleitete Flüchtlingskinder .....	462
V Kind im Recht .....	467
19 Die Stellung des Kindes im Recht – Zusammenfassung .....	467
Literatur .....	475
Register .....	509



# Abkürzungen

Adoptionshilfegesetz	Gesetz zur Verbesserung der Hilfen für Familien bei Adoption
ABR	Aufenthaltsbestimmungsrecht
AdVermiG	Adoptionsvermittlungsgesetz
AdWirkG	Adoptionswirkungsgesetz
ASD	Amt für sozialpädagogische Dienste
AufenthG	Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet – Aufenthaltsgesetz
BAFM	Bundesarbeitsgemeinschaft für Familien-Mediation e.V.
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BLNVerf	Verfassung von Berlin
BMFSFJ	Das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
eLP	eingetragene Lebenspartnerschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ESÜ	Europäisches Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechtsverhältnisses vom 25. Mai 1980
ESI	Erziehungstilinventar
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)
FF	Forum Familienrecht
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FPR	Familie, Partnerschaft, Recht
FIT	Familien-Identifikations-Test
FIT-KIT	Familien- und Kindergarten-Interaktions-Test
FRT	Family Relations Test
FuR	Familie und Recht
GewSchG	Gewaltschutzgesetz
GG	Grundgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HKÜ	Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen

IntFamRVG	Gesetz zur Aus- und Durchführung bestimmter Rechtsinstrumente auf dem Gebiet des internationalen Familienrechts
JAmt	Das Jugendamt – Zeitschrift für Jugendhilfe und Familienrecht
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JHA	Johannsen / Henrich / Althammer
JVEG	Justizvergütungs- und Entschädigungsgesetz
KG	Kammergericht
KKG	Gesetz zur Kooperation und Information im Kinderschutz
KindRG	Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz)
KJHG	Kinder- und Jugendhilfegesetz
KJSG	Gesetz zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendstärkengesetz)
LPaTG	Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften (Lebenspartnerschaftsgesetz)
MSBP	Münchhausen-by-proxy-Syndrom
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
NJZO	Neue Juristische Online-Zeitschrift
OLG	Oberlandesgericht
PAS	Parental-Alienation-Syndrome
PdR	Praxis der Rechtspsychologie
PEST	Projektiver Familienszenen-Test
PStG	Personenstandsgesetz
PTB	Posttraumatische Belastungsstörung
RKEG	Gesetz über die religiöse Kindererziehung
RPsych	Rechtspsychologie. Zeitschrift für Familienrecht, Strafrecht, Kriminologie und Soziale Arbeit
SchwHiAusbauG	Gesetz zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt" (SchwHiAusbauG)
SGB	Sozialgesetzbuch
SGB V	Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung
SGB VIII	Kinder- und Jugendhilfe
SGB IX	Sozialgesetzbuch – Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen

---

SGB X	Sozialgesetzbuch – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz
SOEP	Sozioökonomischer Panel
SorgeRG	Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge
StAG	Staatsangehörigkeitsgesetz (STAG)
StGB	Strafgesetzbuch
UhVorschG	Unterhaltsvorschussgesetz
UNKRK	UN-Kinderrechtskonvention Verordnung (EG) Verordnung (VO) der Europäischen Gemeinschaft
ZKJ	Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe
ZPO	Zivilprozessordnung



# I Das Kind vor dem Familiengericht bei Trennung und Scheidung

## Einleitung

Die gesellschaftlichen Entwicklungen und Wandlungsprozesse führen nach wie vor zu einer allorten leicht erkennbaren sozialen Ausdifferenzierung und Umstellung von Lebenssituationen sowie Lebensentwürfen, die auch erhebliche Auswirkungen in der Familiengerichtbarkeit haben (z.B. „Coronakrise, Klimaschutz, Migration, steigende Inflation und Wohnungsmieten, Ansteigen der Kinder- und Familienarmut, aber auch die „Ehe für alle“ – mit und ohne Kinder –, Ersatz-/Leihmütter und Wunscheltern, Verbot der Kinderehen, etc.).

Die hier nur beispielhaft erwähnten Veränderungen haben nicht nur Einfluss auf das Erziehungswissen und die Erziehungsziele, Erziehungsbedingungen, Erziehungspraktiken sowie auf den gesamten Erziehungsprozess selbst und den „Umgang“ mit Kindern und Jugendlichen, sondern auch auf das gesellschaftliche und familiale Bild vom jungen Menschen als Persönlichkeit mit eigenen Rechten.

Diese den gesellschaftlichen Überbau, also auch Rechtsnormen und hier vor allem Familienrechtsnormen, erfassenden Wandlungsprozesse haben nach wie vor nicht zu einem neuen, stabilen familialen Zustand und sicheren Kenntnisstand in den unterschiedlichsten Wissensschaftsbereichen, der Rechtsprechung oder den Gesetzen geführt was durch die Corona Pandemie noch einmal besonders deutlich wurde (die Literatur zur Coronakrise hat mittlerweile ein überwältigendes Angebot erreicht; hierzu eine kleine Auswahl: Opitz 2021, 767–769, zu sorgerechtlichen Aspekten der COVID-19-Impfung für Kinder und Jugendliche; Schmidt 2021a, 865–867, zu Fragen des Umgangs in Pandemiezeiten; Sachenbacher 2021, 917–923, zu Fragen bei Kinderschutzverfahren unter Pandemiebedingungen).

Feststeht wohl, dass nicht nur für Eltern, sondern vor allem für Kinder und Jugendliche die Corona-Pandemie mit vielen Lockdowns zu erheblichen seelischen Belastungen geführt haben, weil viele psychosozial und emotional wichtige Kontakte untereinander unterbrochen wurden. Das gilt für Kontakte mit Verwandten, Freunden, Freundinnen, Kameradinnen und Kameraden in der Kindertagesstätte, Schule oder Nachbarschaft.

Frau Prof. Sabine Walper teilte als Direktorin aus dem Deutschen Jugendinstitut (DJI) in München im Oktober 2021 mit, dass angesichts der Untersuchungen im DJI die Lockdown-Folgen bei vielen Kindern erhebliche psychische Belastungen, Erlebnisse von Niedergeschlagenheit, Einsamkeitsgefühlen und Depressionen verursacht haben. Bemerkenswerter Weise sind nicht nur diejenigen psychisch belastet worden, die bereits belastet waren, sondern eher extrovertierte Jugendliche, denen das Zusammensein mit anderen in dieser Zeit nun fehlte. Es sei auch ein erneutes Auseinanderdriften der „Bildungsschere“ zwischen arm und reich erfolgt, da z.B. arme Mehrkind-Familien nicht die finanziellen Ressourcen gehabt hätten, jedem Kind einen eigenen Computer für das Homeschooling zur Verfügung zu stellen.

Es ist somit angesichts dieser Krisen und Weiterentwicklungen ein fortlaufender Anpassungs- und Änderungsprozess erkennbar, der in der praxisorientierten Wissenschaft nach wie vor eher pragmatische und weniger theoriegeleitete Ausrichtungen aufweist – und vieles wissen wir aktuell nicht und vor allem nicht, was in den nächsten Jahren im Familienrecht sowie im Kinder- und Jugendhilferecht, in der Medizin, Psychologie und Pädagogik auf uns zukommen wird. Ich denke vor allem an die Weiterentwicklung der Fortpflanzungsmedizin, an das Abstam-

mungsrecht, die Ersatzmutterchaft und an die Wunscheltern in hetero- und homosexuellen Lebensgemeinschaften, und nach wie vor an unbegleitete Flüchtlingskinder, Migrantenfamilien auf der Flucht und bei der Ankunft, vor allem mit Kindern, oder auch an Kinder, die einer Kindeswohlgefährdung ausgesetzt sind und aus Gründen des Kinderschutzes fremduntergebracht werden müssen.

In Bezug auf Kinder und Jugendliche, die etwa durch familiäre Konflikte belastet und schlimmstenfalls sogar gefährdet werden, gilt, dass trotz vielfältiger neuer Erfahrungen, Erkenntnisse, empirischer Befunde und Ergänzungen in der Entwicklungspsychologie (z.B. Mietzel 2019), Familienpsychologie, Familienrechtspsychologie, Rechtspsychologie, Sozialpsychologie und Diagnostik sowie in der Jugendhilfe und Familiengerichtsbarkeit soziale Institutionen nach wie vor zu gewissen Reaktionsmustern neigen, die insbesondere Kinder zu Objekten fremder Interessenlagen machen, zumal Kinderrechte immer noch nicht explizit in der Verfassung der Bundesrepublik verankert sind<sup>1</sup> und dort weitergehende und stabilere Schutz- und Gestaltungsrechte für Kinder und Jugendliche entfalten könnten.

Am 7.6.2021 teilte die Bundesregierung mit, dass die Verankerung der Kinderrechte im Grundgesetz für diese Legislaturperiode gescheitert ist, da man sich nicht auf eine einheitliche Formulierung, einigen konnte, ob z.B. das Wohl des Kindes „vorrangig“ zu berücksichtigen ist, wie es u.a. in der UN-Kinderrechtskonvention steht oder nur „angemessen“.

Kommentar: Kinderrechte im Grundgesetz dürfen nicht hinter die UN-Kinderrechtskonvention (KRK) und hier vor allem hinter Art. 3 KRK zurückfallen: „Bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist“.

Das gilt auch für Art. 24 Abs. 2 GRC (Europäischen Grundrechtecharta): „Bei allen Kindern betreffenden Maßnahmen öffentlicher Stellen oder privater Einrichtungen muss das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein.“

Zunächst lautete der Vorschlag der damaligen Bundesregierung dem Art 6 GG einen Art. 6a GG mit folgendem Wortlaut:

„Jedes Kind hat das Recht auf Achtung, Schutz und Förderung seiner Grundrechte einschließlich seines Rechts auf Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit in der sozialen Gemeinschaft. Das Wohl des Kindes ist bei allem staatlichen Handeln, das es unmittelbar in seinen Rechten betrifft, angemessen zu berücksichtigen. Jedes Kind hat bei staatlichen Entscheidungen, die seine Rechte unmittelbar betreffen, einen Anspruch auf rechtliches Gehör.“

Immerhin wäre das Kindeswohl erstmals in der Verfassung ausdrücklich erwähnt worden, wohingegen beispielsweise kindgerechte Lebensbedingungen nicht zum Staatsziel in diesem Entwurf genannt wurden (Beate Kienemund 2020, NZFam, Heft 1, NZFam-Editorial).

Zu beachten wäre auch die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, wie z.B. im Beschluss vom 13.5.2020 (1 BvR 663/19, Rn. 5 u. 6): „Das Kind ist als ein Wesen

---

1 Beispielsweise sind Kinderrechte in der Berliner Verfassung bereits eingefügt worden und seit dem 20.2.2014 in Kraft: Artikel 13 [Gleichstellung nichtehelicher Kinder] Verfassung von Berlin (BLNVerf)

(1) Jedes Kind hat ein Recht auf Entwicklung und Entfaltung seiner Persönlichkeit, auf gewaltfreie Erziehung und auf den besonderen Schutz der Gemeinschaft vor Gewalt, Vernachlässigung und Ausbeutung. <sup>2</sup>Die staatliche Gemeinschaft achtet, schützt und fördert die Rechte des Kindes als eigenständiger Persönlichkeit und trägt Sorge für kindgerechte Lebensbedingungen.

mit eigener Menschenwürde und dem eigenen Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit unter den besonderen Schutz des Staates gestellt. Jede gerichtliche Lösung eines Konflikts zwischen Eltern, die sich auf die Zukunft des Kindes auswirkt, muss daher das Kind in seiner Individualität als Grundrechtsträger berücksichtigen (vgl. BVerfGE 55, 171, 179; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 7. Dezember 2017 – 1 BvR 1914/17 -, Rn. 27)<sup>4</sup>. Sorgerechtsentscheidungen müssen danach den Willen des Kindes einbeziehen. Die Grundrechte des Kindes gebieten, bei der gerichtlichen Sorgerechtsregelung den Willen des Kindes zu berücksichtigen, soweit das mit seinem Wohl vereinbar ist (grundlegend BVerfGE 55, 171, 182; vgl. zuletzt BVerfG, Beschluss v. 7.12. 2017 – 1 BvR 1914/17 -, Rn. 28 m.w.N.).

Folgende Inhalte sollten in einem neuen Anlauf mit bedacht werden und in den Formulierungen enthalten sein:

- Die Berücksichtigung des *Kindeswohls* als ein vorrangiger Gesichtspunkt bei allen Entscheidungen, die Kinder betreffen.
- Das Recht des Kindes auf Beteiligung, insbesondere die Berücksichtigung seiner Meinung entsprechend Alter und Reifegrad.
- Das Recht des Kindes auf Entwicklung, Entfaltung und Förderung des entwicklungspsychologisch notwendigen kognitiven und emotionalen Bedarfs.
- Das Recht des Kindes auf Schutz, Förderung sowie Schutz vor Armut und Zubilligung zu einem angemessenen Lebensstandard auch durch Bildung.
- Die Verpflichtung des Staates, für kindgerechte Lebensbedingungen für alle Kinder Sorge zu tragen, die in Deutschland wohnen und leben.

In den alten Mustern, ein Kind rechtlich eher als Objekt und nicht als einzigartiges Subjekt zu begreifen, dominiert beispielsweise trotz erneuter und vielfältiger gesetzlicher Reformbestrebungen in den letzten zwei bis drei Jahren<sup>2</sup> bei der Überprüfung des Kindeswohls oft weiterhin die Ermittlung gegenüber der dialogischen Erörterung, das Handeln gegenüber dem Verstehen, die Polarisierung gegenüber der Balancierung, die Devianz- und Konfliktorientierung gegenüber der Ressourcenorientierung, die Kontrolle gegenüber dem Vertrauen sowie die Separierung gegenüber der grundlegenden Verbesserung der Lebenssituation gefährdeter Kinder und dem intersubjektiven Knüpfen, Möglichmachen und Konstituieren neuer Zusammenhänge und Perspektiven.

Ein aktueller Beleg für diese zuletzt angeführten Annahmen zeigt die Coronakrise, die neben vielen Einschränkungen für alle Menschen, besonders ausgeprägt Kinder in Kindertagesstätten und Schulen betrafen: Kitas und Schulen wurden geschlossen. Für Schulkinder folgte mit jeder Schulschließung das staatlich angeordnete Homeschooling mit einer offenbar nicht bedachten Folgewirkung, dass Schulkinder im Homeschooling von einem kontinuierlichen und entwicklungspsychologisch enorm bedeutsamen direkten psychosozialen Kontakt mit anderen Kindern, Erzieher\*innen und Lehrkräften ferngehalten werden. Die Auswirkungen sind heute

2 Z.B. die SGB VIII-Reform als Vorhaben des Kinder- und Jugendstärkungsgesetzes (KJSG – Inkraftgetreten am 10.6.21 in den meisten Gesetzesänderungen im dort angeführten SGB VIII, KKG, SGB V, SGB IX, SGB X, BGB, FamFG, JGG, EGGVG), das ebenso umfangreiche Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder (am 1.6.21 in Kraft getreten, einige Änderungen treten erst am 1.1.2022, z.B. § 23 Abs. 3 GVG, § 158a FamFG und zum 1.7.2022 in Kraft, z.B. § 33, 34, 45, 46 BZRG), mit Regelungen und Änderungen im Straf-, Strafprozess- und Registerrecht, Änderungen der beruflichen Eingangsvoraussetzungen für Familienrichter, jetzt sogar zwingende Bestellung, Qualifikation und Aufgaben der Verfahrensbeistände, Persönliche Anhörung des Kindes und Verschaffung eines persönlichen Eindrucks des Familiengerichts, Stärkung auch der Kinderrechte in der Beschwerdeinstanz, Reform des Abstammungsrechts und des Adoptionsrechts).

bei vielen Kindern und Jugendlichen durch Isolierung, Rückzug, Depressionen oder durch Lernunlust oder sogar Lernverweigerung bekannt geworden.

Das tiefergehende Verständnis beispielsweise von psychologischer intersubjektiver Diagnostik und Intervention sowie von kind- und Kindeswohlorientierter Arbeit in der Jugendhilfe und in der familiengerichtlichen Tätigkeit sollte demgegenüber zur Schaffung und Beachtung eigener Rechte für Kinder und Jugendliche führen. Das Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG), das bereits am 1.7.1998 in Kraft getreten ist, hatte sich bereits damals folgende Ziele gesetzt:

- Die Rechte der Kinder sollen verbessert und das Kindeswohl auf bestmögliche Art und Weise gefördert werden.
- Ebenso sind die rechtlichen Unterschiede zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern abzubauen.
- Darüber hinaus sollen auch die Rechtspositionen der Eltern – soweit dies mit dem Kindeswohl vereinbar ist – gestärkt und vor unnötigen staatlichen Eingriffen geschützt werden.

Zu bedenken ist somit nicht nur aus juristischer, sondern ebenso aus rechtspsychologischer und familienpsychologischer Sicht, ob die Rechte und die Beteiligungs- und Mitwirkungsmöglichkeiten der Kinder und Jugendlichen im Rahmen der erfolgten Reformen und Gesetzesänderungen (z.B. durch das Inkrafttreten des FamFG am 1.9.2009 oder des Sachverständigenrechts am 15.10.2016) und deren Beteiligtsein im jugendbehördlichen Verfahren und in der Familiengerichtsbarkeit verbessert worden sind.

Wenn junge Menschen über 14 Jahre vor Gericht stehen, wird vermutlich zunächst eher an diejenigen Kinder gedacht, die in Strafverfahren als Opfer oder möglicherweise auch als „Täter“ (in der Kriminologie wird bei Kindern und Jugendlichen nicht von einem Täter gesprochen, sondern von einem Delinquenten) strafbarer Handlungen in die Ermittlungen der Strafjustiz geraten sind. Kinder werden jedoch nicht nur in ihren jeweiligen „Rollen“ als Täter oder Opfer von Straftaten als Zeugen vernommen.

Vielmehr waren 2020 119.106 (2019: 122.010) Kinder und Jugendliche in ein familiengerichtliches Verfahren involviert, indem sie von der Trennung und Scheidung ihrer Eltern betroffen waren, eine Zahl, die seit 2003 (170.256) mit einigen Schwankungen nach unten und oben mittlerweile im Jahr 2021 um ca. 60.000 Kinder und Jugendliche abgesunken ist (Statistisches Bundesamt Wiesbaden 2021 Fachserie 10 Reihe 2.2).

Diese Kinder werden bei Streit und anhaltenden Unvereinbarkeiten der Eltern häufig im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens der elterlichen Sorge oder des persönlichen Umgangs im Familiengericht angehört. Für das Jahr 2019 meldet das Statistische Bundesamt (Statistisches Bundesamt 2021, a.a.O.) neben diesen Zahlen von Scheidung betroffener Kinder auch 55.640 Umgangsverfahren vor den Amtsgerichten und 1.981 Beschwerdeverfahren vor den Oberlandesgerichten (Statistisches Bundesamt 2020, Fachserie 10 Reihe 2, 2, 18, 72), in denen ein Kind – nach der Neufassung des § 159 FamFG sogar altersunabhängig (Dutta/Jacoby/Schwab 2022/Bearbeiterin: Lack, § 159 FamFG, Rn. 2, 11) – so gut wie immer vor dem Familiengericht 1. und 2. Instanz angehört wird (vgl. § 159 FamFG).

Hinzu kommen – statistisch bisher nicht präzise erfasst – vermutlich jährlich zehntausende Kinder,

- deren Eltern verheiratet sind, sich zwar trennen, aber nicht scheiden lassen (hierzu gehören auch die Kinder aus gleichgeschlechtlicher Ehe),

- deren Eltern bzw. deren Elternteil und Stiefelternteil sich aus nichtehelicher Lebensgemeinschaft trennen,
- die in Pflegefamilien oder Kinderheimen nach einem Sorgerechtsentzug untergebracht worden sind,
- die in die Herkunftsfamilie zurückgeführt werden und
- deren „Eltern“ (leiblicher Elternteil und gleichgeschlechtlicher Stiefelternteil) nach dem Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz – LPartG) vom 16.2.2001 eine (homosexuelle) Gemeinschaft bildeten, die nun zerbrochen ist.

#### **Exkurs: Kinder in eingetragener Lebenspartnerschaft und gleichgeschlechtlicher Ehe**

Nach Eggen (2003, 33) hatten sich in den ersten zwölf Monaten nach Inkrafttreten des LPartG (16.2.2001 bis 16.2.2002) bereits 6.400 gleichgeschlechtliche Partnerschaften registrieren lassen bei im gleichen Zeitraum 395.853 geschlossenen Ehen.

Der Mikrozensus erfasste erstmalig im Jahr 2006 die eingetragene Lebenspartnerschaft (Rupp 2009, 281 f.). Für das Jahr 2006 weist der Mikrozensus rund 62.300 gleichgeschlechtliche Paare in Deutschland aus. Darunter befanden sich Schätzungen zufolge mindestens 5.000 Familien mit wenigstens 6.600 Kindern und ca. 13.000 Frauen- und Männerpaargemeinschaften, die in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft leben (Rupp, 2009, 282).

Begründung von Lebenspartnerschaft, die bis zum Jahr 2017 mit Beginn der „Ehe für alle“ am 1.10.2017 möglich war („Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts“: Statistisches Bundesamt – (Destatis, 2021 | Stand: 06.11.2021).

Jahr	männlich	weiblich	Insgesamt
2014	3.558	3.554	7.112
2015	3.602	3.799	7.401
2016	3.727	4.006	7.733
2017	2.762	3.156	5.918

Das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend teilte im Familienreport 2014 (2014, 14) mit, dass 2013 in 7.000 gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften Kinder und Jugendliche lebten. Genauerer Zahlenmaterial, z.B. in Bezug auf die Anzahl der Kinder in Lebenspartnerschaften, liegt nach wie vor nicht vor. Es kann deshalb nach den vorliegenden Schätzzahlen davon ausgegangen werden, dass seit 2014 bereits ca. 7.000 bis 10.000 Kinder und Jugendliche mit steigender Tendenz in eingetragenen Lebenspartnerschaften aufwachsen.

Laut dem Mikrozensus 2018, der auf freiwilligen Angaben basiert, lebten 2018 knapp 15.000 Mädchen und Jungen unter 18 Jahren in gleichgeschlechtlichen Paarfamilien, 5.000 bei gleichgeschlechtlichen Ehepaaren und 10.000 bei eingetragenen Lebensgemeinschaften. (Kinder bei alleinerziehenden bzw. nicht verpartnerten/verheirateten (Lesben, Schwule, Bisexuelle, trans- und intergeschlechtliche Menschen [LSBT]I sind hier nicht mitgerechnet – abgerufen am 27.12.2021: Wie viele Kinder gibt es mit gleichgeschlechtlichen Eltern bzw. in Regenbogenfamilien? – lsvd.de).

Bereits vor der neuesten Gesetzesänderung am 7.7.2017 war eine Sukzessivadoption der Stiefmutter des Kindes in Lebenspartnerschaft möglich, wenn z.B. das Kind mit Hilfe eines anonymen Samenspenders gezeugt wurde (OLG Karlsruhe, Beschluss v. 7.2.2014 – Az. 6 UF 274/13, BeckRS 2014, 06112).

Bedenken gegen die Ehe für alle aus verfassungsrechtlicher Sicht, sind offenbar unbegründet. Auch das Bundesverfassungsgericht hat offensichtlich die Lebensgemeinschaft zwischen Mann und Frau nicht im Kontext einer Ausgrenzung gleichgeschlechtlicher Paare angesehen. Wird dieser zuletzt genannten Rechtsauffassung gefolgt, muss das immer noch ausstehende zeitgemäße Abstammungsrecht umfassend an die neuen Familienformen und die neuen medizinisch-technischen Zeugungsmöglichkeiten angepasst werden.

Beispielsweise müssen auch sog. Wunscheltern die gleiche Elternverantwortung mit der daraus resultierenden Verantwortungsverpflichtung zugebilligt werden wie natürlichen Eltern, gleichgültig, ob die Wunscheltern in verschieden- oder gleichgeschlechtlicher, ehelicher oder nichtehelicher Gemeinschaft leben. Das würde zu der dringend erforderlichen Stattsicherheit des Kindes und Stabilität seiner Lebensverhältnisse führen.

Mit dem Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.7.2017 können gleichgeschlechtliche Paare seit dem 1.10.2017 die Ehe eingehen. Das Recht zur Eheschließung beinhaltet auch das Recht, ein Kind zu adoptieren. Nach der Gesetzesänderung können homosexuelle Paare gemeinschaftlich ein nicht leibliches Kind annehmen (siehe hierzu auch BVerfG, Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, FPR 2013, 278–286; NJW 2013, 847).

In Deutschland prüft das Bundesverfassungsgericht seit 2021 nach Vorlagebeschlüssen des OLG Celle (FamRZ 2021, 862 und des KG (FamRZ 2021, 854), ob in einer lesbischen Ehe die Ehefrau der gebärenden Mutter mit der Geburt des Kindes das elterliche Sorgerecht bekommt, wie nach § 1592 BGB der Ehemann der Frau, die das Kind in dieser Ehe geboren hat.

Reuß (2021, 824–829) betont in diesem Zusammenhang zu Recht „dass das gegenwärtige Recht mit Blick auf § 1592 Nr. 1 und 2 BGB mit Art. 3 I, III S. 1 GG und 6 II S. 1 GG unvereinbar ist und der Anpassung bedarf, da der Partnerin der Geburtmutter ein abstammungsrechtlicher Weg in die Elternposition versagt bleibt.“. Dieser Mangel gelte insbesondere dann, „wenn die Partnerin der Geburtmutter die genetische Mutter des Kindes ist“, und zwar unabhängig davon, dass eine Eizellenspende nach deutschem Recht gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 EschG (Embryonenschutzgesetz) untersagt ist. Bisher kommt für die Partnerin der Gebärenden nur eine Adoption dieses Kindes in Frage, die allerdings zu einer Kindeswohlprüfung führt und zeit- und kostenintensiv ist.

## 1 Trennung und Scheidung

### 1.1 Statistische Daten

Im Jahr 2019 lebten laut Mikrozensus 17,5 Millionen Ehepaare und 3,3 Millionen Lebensgemeinschaften in Deutschland, insgesamt 20,8 Millionen Paare mit 19,1 Millionen Kindern, Jugendlichen und jungen Erwachsenen (z.B. lebten noch 28 % der 25-jährigen m Haushalt der Eltern), davon 13,5 Millionen Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren. Gemischtgeschlechtlich waren 2019 17.493.000 Ehepaare und 3.166.00 gemischtgeschlechtliche Lebensgemeinschaften. Gleichgeschlechtliche Ehepaare umfassten 52.000 Paargemeinschaften sowie 90.000 gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften (Hochgürtel/Sommer 2021, 51 f., 58 f.).

Rund 2,6 Millionen Menschen waren 2019 als Mütter oder Väter alleinerziehend.

Verheiratete Paare mit gemeinsamen Kindern bilden nach wie vor in Deutschland die häufigste Familienform. Stief- oder Patchworkfamilien und nichteheliche Lebensgemeinschaften stellen Familienformen dar, in denen unterschiedliche biologische und soziale Elternschaftsformen existieren. Stief- und Patchworkfamilien (statistische Erhebungen im Statistischen Bundesamt Wiesbaden liegen nicht vor), die 10 bis 14 % aller Familien ausmachen sollen und in denen ca. 11 % der Kinder unter 18 Jahren leben, werden bisher in der amtlichen Statistik nur lückenhaft angeführt.

2019 wurde 258.835 Kinder außerhalb einer Ehe geboren, das sind ca. ein Drittel aller Lebendgeburten in dieser Zeit (Schmidt 2021b, 390–394, 390).

Seit 1996 ist die Anzahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften bis 2016 um gut eine Million gestiegen. Damals lebten und wirtschafteten 1,8 Millionen gemischtgeschlechtliche Paare ohne Trauschein gemeinsam in einem Haushalt. Auch der Anteil der nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Kindern war damals mit 28 % geringer als heute. (Brosius-Gersdorf 2016a, 145–150, 146).

Von der Ehescheidung waren 2020 119.106 Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren betroffen. Das heißt, dass 2020, wie schon 2015 und den Folgejahren so gut wie jede 2,5te Ehe geschieden wurde.

Zu bedenken ist, dass Ehen auch durch den Tod eines Ehepartners aufgelöst werden und Ehen ebenso aus der Statistik verschwinden, wenn Eheleute auswandern. Hinzu kommen die Trennungen aus nichtehelicher heterosexueller Gemeinschaft, die statistisch nicht, sondern allenfalls über eine Mikrozensushebung empirisch erfasst werden.

*Tabelle 1: Eheschließungen, Ehescheidungen und die hiervon betroffene Kinder unter 18 Jahren*

	1995	2000	2005	2012	2015	2020
Eheschließungen	431.000	418.550	388.451	387.423	400.115	373.319
Ehescheidungen	169.000	194.408	201.693	179.147	163.336	143.801
Betroffene Kinder	142.292	148.192	156.389	143.022	131.749	119.106
Lebendgeborene	765.221	766.999	685.795	673.544	737.575	773.144

## 1.2 Das Familiensystem

Nach allgemeinem Verständnis und eher aus soziologischer Sicht kann die Familie als Lebens- und umfassende Beziehungsgemeinschaft zwischen einem Elternteil, Eltern und Kind begriffen werden, die in ständiger „Wechselwirkung mit gesellschaftlichen Rahmenbedingungen und normativen Leitbildern steht (Buschner/ Bergold 2017, 143–172). Maßgeblich ist weder, ob die Eltern eine Ehe oder eine nichteheliche Lebenspartnerschaft führen, noch, ob die Kinder eigene Kinder der Eltern oder Adoptiv-, Stief-, Pflegekinder oder Kinder von Wunscheltern sind, die von einer sog. Ersatzmutter (eher diskriminierend Leihmutter) geboren wurden. Ferner spielt es keine Rolle, ob die Kinder minderjährig sind oder nicht, oder ob sie aus einer hetero- oder

homosexuellen Partnerschaft oder Ehe der Eltern oder aus mehreren elterlichen Gemeinschaften dieser Art hervorgegangen oder von diesen aufgenommen worden sind.

Familie – heute besonders häufig durch Begriffe und Zustände wie multiple Elternschaften (Eggen 2018, 181–207) oder Pluralisierung der Familienformen beschrieben – beinhaltet allerdings nach wie vor eine auf Dauer angelegte Verbindung in einem intimen Beziehungssystem (Schneewind 2012, 106; ders. 2021, 24).

Schneewind beachtet jedoch auch in seinem neusten und ansonsten sehr umfassenden Werk aus 2021 nicht die Personen in der „Ehe für alle“, sondern thematisiert nur die Mutter-Vater-Kind Familie mit mindestens einer erziehenden, betreuenden und versorgenden Person in einem gemeinsamen Haushalt mit mindestens einem eigenen, aufgenommenen oder adoptierten Kind, obwohl er einmal in seinem Werk aus 2021 Familien als „biologisch, sozial oder rechtlich miteinander verbundene Einheiten von Personen“ definiert, die nicht als heterosexuelle Gemeinschaften bezeichnet werden, sondern als Einheiten „in welcher Zusammensetzung auch immer (2021, 34).

Von Nave-Herz (2018, 1062) werden im Zusammenhang des Familienbegriffs mit ausdrücklichem Bezug auf den derzeit diskutierten wissenschaftstheoretischen Rahmen nur zwei gemeinsame Merkmale genannt, die die Familie kennzeichnen sollen: „die Generationsdifferenzierung (Eltern bzw. Vater oder Mutter und Kind/er) und das Solidaritätsprinzip“ (a.a.O., 1062). Zu ergänzen wäre, dass es mittlerweile auch gleichgeschlechtliche Väter- und Mütterfamilien gibt.

Zunächst kann Familie als primäre Gruppe mit Kind(ern) angesehen werden, die mehr Personen beinhaltet als die heterosexuellen Eheleute, die eingetragenen Lebenspartner, ab 1.10.2017 die gleichgeschlechtlichen Eheleute oder die nicht verheirateten Lebenspartnerinnen oder Lebenspartner. Die Institution der Familie umfasst also Personen, die Eltern sind bzw. Erziehungspersonen, die Elternaufgaben mit leiblichen und/oder nicht leiblichen Kindern wahrnehmen. Einfacher ausgedrückt: Bei einer privaten (in Abgrenzung zu professionellen Gruppierungen) und durch eine Generationendifferenzierung gekennzeichneten Gruppe von Menschen, bei denen Kinder wohnen und leben, handelt es sich um eine Familie.

Familie wird auch in der Familienpsychologie nach dem Prinzip des gemeinschaftlichen Lebensvollzugs und der Generationsbeziehung definiert, wobei Elemente wie

- Abgrenzung,
- Privatheit,
- Nähe, Emotionalität, Intimität und
- Dauerhaftigkeit

wichtige Merkmale dieser Gemeinschaftsform sind (so schon Lüscher 2001, 19, Schneewind 1999, 99f.).

Gleichgültig, ob man darüber hinaus Familie als eine auf Emotionalität und Intimität spezialisierte Lebensgemeinschaft ansieht oder als gesellschaftliche Institution, die grundlegende Bedürfnisse befriedigt, das Zusammenleben regelt und soziale Identität verleiht, ist die Familie für jedes Mitglied eine fundamentale Erfahrung.

Aufgrund ihrer bio-psycho-sozialen Dreifachnatur und der nach wie vor vorherrschenden weiblichen und männlichen Rollenmuster werden normalerweise in der Familie – kulturell durchaus veränderbar – unterschiedliche Aufgaben von Frauen und Männern wahrgenommen (beispielsweise in Bezug auf Beruf, Haushalt, Kindererziehung). Dabei bestehen zwischen den

Mitgliedern üblicherweise ein spezielles Kooperationsabkommen und eine Solidaritätsbeziehung, die auch durch die Differenzierung der Generationen (Großeltern, Eltern, Kinder) und Geschlechter gekennzeichnet ist.

Die ehelich und nichtehelich verbundene Familie wird im mitteleuropäischen Kulturkreis auch als Zwei-Generationen-, Kern- oder Kleinfamilie definiert und das gilt nun seit 1.10.2017 auch für Familien mit gleichgeschlechtlicher Elternschaft.

Die erwachsenen Personen leben normalerweise in einer Einheit gewollter, „vertraglich“ ausgemachter und bei Ehen oder eingetragenen Lebenspartnerschaften auch staatlich und möglicherweise ebenso kirchlich festgelegter Beziehungen miteinander. Der gesamte Verband ist in aller Regel in einer Lebens- und Hausgemeinschaft zusammengeschlossen. Dabei tragen insbesondere die biologischen oder faktischen Eltern, die mindestens ein Kind betreuen und versorgen, für ihr Leben und das Leben der anderen Mitglieder gemeinsam die Verantwortung.

Nach dieser Definition löst sich die Familie im Sinne dyadischer und triadischer Beziehungen einer zunächst gesetzlich oder „vertraglich“ gesicherten interpersonalen Personengebundenheit nach der Trennung oder Scheidung auf, wenn beispielsweise

- die gemeinsame Lebens- und Wohnform,
- die im Haushalt übliche gemeinsame Kindererziehung,
- die von den Eltern miteinander gemeinsam erlebte Sexualität,
- die aufeinander bezogenen Beziehungen,
- die gemeinsame (elterliche) Verantwortung und
- die gefühlsmäßigen Verbindungen

von den Erwachsenen aufgekündigt werden.

Selbst wenn alle ehemaligen Mitglieder der früheren Familie weiterhin miteinander in Kontakt stehen und somit auch untereinander interagieren, kommunizieren und weiterhin Funktionen sowie Rollen wahrzunehmen haben, unterliegen andere oben schon erwähnte Gemeinsamkeiten und die Bewältigung alltäglicher gemeinsamer kooperativer Erziehungs-, Betreuungs- und Versorgungsaufgaben erheblichen Veränderungen. Aber auch durch Betreuungs- und Versorgungsaufgaben der Kinder, „Geldverpflichtungen“, meist Unterhaltszahlungen, bleiben ökonomische Verbindungen bestehen und in veränderter Form auch die emotionalen und psychosozialen Beziehungen und Bindungen der Erwachsenen und Kinder untereinander (Balloff 1998).

Gelingen positive und qualitativ neue Formen des Miteinanders, wird nach der Trennung oder Scheidung durchaus ein stabiler „reorganisierter“ psychosozialer Familien-Verband entstehen, in dem jedes Mitglied der ehemaligen und grundlegend anders organisierten Familie in diesem Familiensystem einen bedeutsamen Stellenwert einnimmt. In diesem Fall werden sich auch für die Kinder neue familiäre Lebensformen beim Vater, bei den beiden nun getrennten Vätern, und bei der Mutter oder bei beiden getrennten Müttern entwickeln, die keineswegs defizitär sein müssen, sondern meist sogar neue positive Entwicklungen ermöglichen.

Grundsätzlich erbrachte die neuere Scheidungsforschung für heterosexuelle Ehepartner, dass sich generelle Nachteile der Kinder nach einer Elterntrennung im Vergleich zu Kernfamilien nicht ausmachen lassen. Vielmehr stellt vor allem ein konfliktbelastetes Milieu (z.B. Unvereinbarkeiten und Gewalt) in Kernfamilien einen ungünstigen Entwicklungskontext dar, der durch das Aufwachsen in einer Trennungsfamilie gemildert werden kann, wenn die alten Partnerschaftskonflikte nach einer Trennung nicht in eine hochkonfliktvolle Konstellation

einmünden (Hetherington/Kelly 2003; Proksch 2002; Wallerstein/Lewis/Blakeslee 2002; Walper/Fichtner/Normann 2011, 7–16; Fichtner 2012, 46; Spindler 2012, 426 f.).

Wichtiger als die eher theoretische Frage des Weiterbestehens oder die Auflösung der Familie nach Trennung und Scheidung der Eltern ist jedoch, dass die Erhaltung einer positiven Kind-Eltern-Beziehung des Kindes mit beiden Eltern in aller Regel dem Wohlergehen des Kindes dient. Das setzt voraus, dass die Eltern in der Lage sind, ihre nachpartnerschaftlichen Konflikte zu zähmen, miteinander respektvoll zu kooperieren und gemeinsam getragene elterlich angestrebte Vereinbarungen mit dem verständigen Kind besprochen und sodann festgelegt werden.

Hat das Kind zu beiden Eltern weiterhin regelmäßige und vielfältige Kontakte, bewegt es sich in einem neuartigen psychosozialen Verband, der zwei neue „Kernfamilien“ umfasst, die „Vaterfamilie“ und die „Mutterfamilie“, gleichgültig, ob das Kind eine Umgangsregelung in Anspruch nimmt oder von einem Elternteil zum anderen wechselt, also so oder so zwei Zuhause hat.

Für das Kind und auch für die Eltern bilden sich nach der Trennung oder Scheidung meist zwei Familienkerne innerhalb des nach wie vor bestehenden Mehrgenerationenverbandes – die Vater- und Mutterfamilie –, die sich je nach Lebensplanung der Eltern auch zur Stieffamilie in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft oder durch Wiederverheiratung zu einer neuen ehelichen Lebensgemeinschaft mit einem Stiefelternteil fortsetzen können.

Diese Fortsetzungsfamilien können aus dem leiblichen Elternteil mit Kind(ern), neuem Partner, neuer Partnerin und möglicherweise deren Kind(ern) zusammengesetzt sein, wobei durchaus auch weitere, gemeinsame Kinder hinzukommen können.

Nach wie vor erfüllt die Familie jedoch auch heute noch wichtige emotionale Funktionen: Geborgenheit und psychosoziale Einbindung in einem privaten Netzwerk haben in den Familien sogar in den zurückliegenden Jahrzehnten an Bedeutung gewonnen.

Darüber hinaus gaben 1998 68 % der Bevölkerung an, dass ihnen die Familie ein Gefühl von Sicherheit vermittelt, im Jahr 2017 erklärten dies sogar 79 % (Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend 2017, 8).

Für Kinder, die nach einer Trennung oder Ehescheidung der Eltern den Kontakt zu einem Elternteil verloren haben, wurde in den 1970er-Jahren der Begriff „Scheidungsweisen“ geprägt, der allerdings mit der Annahme einer Abtrennung oder „Wegscheidung“ eines Elternteils vom Kind nur die scheidungsbedingte defizitäre Seite betonte, nicht aber Möglichkeiten, nach denen beide Eltern dem Kind präsent bleiben, es gemeinsam betreuen, versorgen und erziehen und dementsprechend weiterhin positive Entwicklungsverläufe von Kindern eintreten und denen es in der überwiegenden Mehrzahl gelingt, die Trennung und Scheidung ihrer Eltern ohne anhaltende Beeinträchtigungen zu bewältigen (Fegert 1999; Hetherington/Kelly 2003; Proksch 2002; Wallerstein/Lewis/Blakeslee 2002; Jungbauer 2014, Kap. 10.4; Figdor 2012, 59 ff.; Sünderhauf 2013, 217; Bergau 2014; Fichtner 2015).

Im Übrigen ist dem jahrzehntelangen Trend bis weit in die achtziger Jahre des 20. Jahrhunderts, nach einer Scheidung nur einem Elternteil die elterliche Sorge zuzusprechen, durch die gesetzliche Regelung im Rahmen der Kindschaftsrechtsreform (1.7.1998) endlich mit der zentralen Scheidungsvorschrift des § 1671 BGB Einhalt geboten worden. Seitdem ist einem

Antrag<sup>3</sup>, ausschließlich einem Elternteil die elterliche Sorge zuzusprechen, nur dann stattzugeben, wenn der andere Elternteil zustimmt – es sei denn, das mindestens 14 Jahre alte Kind widerspricht der Übertragung, oder es ist zu erwarten, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf einen Elternteil dem Wohl des Kindes am besten entsprechen (§ 1671 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB)<sup>4</sup>. Unabhängig von einer Sorgerechtsregelung steht dem Kind (als Recht des Kindes formuliert) und den ehelichen wie auch nichtehelichen Eltern von Gesetzes wegen ein pflichtgebundenes Umgangsrecht zu (§ 1684 BGB – Eltern haben die Pflicht und das Recht zum Umgang).

Im Rahmen der wissenschaftlichen Diskussion ist längst eine Abkehr von der Überzeugung erkennbar, dass mit der Trennung und Scheidung die Beziehungen zwischen Eltern und Kind beendet sind (so schon Amato/Keith 1991, 43–58; Fthenakis/Niesel/Kunze 1982; Balloff 2013b; Figdor 2007, 113 ff.; 2012, 66; Prenzlów 2013, Rn. 267 ff., 2. Auflage aus 2016).

Aktuell ist nicht nur unter dem Eindruck der System- und Familiensystemtheorie evident, dass der Abbruch der Kontakte des Kindes mit den ehemals in einer Familie zusammenlebenden Personen in der Regel eher ein erhebliches Belastungserleben und Entwicklungsrisiko des Kindes beinhaltet, so dass aus systemischer, familientherapeutischer, familienpsychologischer, rechtspsychologischer und familienrechtspsychologischer Sicht grds. von der Zielvorstellung des weiteren Zusammenhalts der Eltern in Kooperation miteinander und in gemeinsamer Elternverantwortung mit dem Kind ausgegangen wird (Doherty/McDaniel 2012, 97; Jungbauer 2009, 117 ff.).

Nach einer Trennung und/oder Scheidung der Eltern bleibt so gut wie immer zwischen allen Familienangehörigen des oft mehrere Generationen umfassenden Familiensystems ein psychosozial-familiärer Verband mit vielfältigen Beziehungen bestehen.

Diese Vorstellung führte zu der mittlerweile nahezu unbestrittenen Annahme, dass sich mit der Trennung und Scheidung der Eltern die (Kern-)Familie zwar verändert, nicht aber auflöst, und auch die Mehrgenerationenfamilie dem Kind normalerweise erhalten bleibt.

Fthenakis (1995a; 2002, 223) betonte erstmals schon vor mehr als 25 Jahren, dass sich die Familie im Rahmen eines meist länger anhaltenden Trennungsprozesses reorganisiert. Im

3 Ohne Antrag der Eltern besteht auch im Trennungs- und Scheidungsfall die gemeinsame elterliche Sorge fort.

4 § 1671 BGB Übertragung der Alleinsorge bei Getrenntleben der Eltern

(1) Leben Eltern nicht nur vorübergehend getrennt und steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu, so kann jeder Elternteil beantragen, dass ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge allein überträgt. Dem Antrag ist stattzugeben, soweit

1. der andere Elternteil zustimmt, es sei denn, das Kind hat das 14. Lebensjahr vollendet und widerspricht der Übertragung, oder

2. zu erwarten ist, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragsteller dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

(2) Leben Eltern nicht nur vorübergehend getrennt und steht die elterliche Sorge nach § 1626a Abs. 3 BGB der Mutter zu, so kann der Vater beantragen, dass ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge allein überträgt. Dem Antrag ist stattzugeben, soweit

1. die Mutter zustimmt, es sei denn, die Übertragung widerspricht dem Wohl des Kindes oder das Kind hat das 14. Lebensjahr vollendet und widerspricht der Übertragung, oder

2. eine gemeinsame Sorge nicht in Betracht kommt und zu erwarten ist, dass die Übertragung auf den Vater dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

(3) Ruht die elterliche Sorge der Mutter nach § 1751 Abs. 1 S. 1 BGB, so gilt der Antrag des Vaters auf Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach § 1626a Abs. 2 BGB als Antrag nach Abs. 2. Dem Antrag ist stattzugeben, soweit die Übertragung der elterlichen Sorge auf den Vater dem Wohl des Kindes nicht widerspricht. (4) Den Anträgen nach den Absätzen 1 und 2 ist nicht stattzugeben, soweit die elterliche Sorge auf Grund anderer Vorschriften abweichend geregelt werden muss.

*Vorschrift in Kraft getreten am 19.5.2013.*



Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass

1. Eltern und Personen, die langfristig Elternaufgaben übernommen haben, auch nach einer Trennung oder Scheidung für das betreffende Kind weiterhin die bedeutendsten Bezugspersonen bleiben,
2. das Familiensystem nach einer Trennung und Scheidung auf wechselseitigen und rückbezüglichen Interaktionen und Kommunikationen beruht, in dem jedes Mitglied dieses Systems neue Aufgaben und Rollen einzunehmen hat, und sich nicht auflöst, während
3. die konkrete Familie, also eine durch die Generationsdifferenzierung gekennzeichnete Lebensseinheit, die Varianten intimer Beziehungssysteme sind, die vor der Trennung der Eltern eine familienpezifische Dauerhaftigkeit, Nähe und Intimität, Privatheit und Abgrenzung aufwies (Schneewind 2021), nunmehr nach einer Trennung des Elternpaares in dieser ursprünglich „verabredeten“, also vertraglich festgelegten Form nicht mehr besteht,
4. das Aufheben bzw. Aufgeben der ursprünglichen Familieneinheit nach einer Elterntrennung, neue Festlegungen von Verbindlichkeiten und Verantwortung der Eltern und dem jeweils anderen Elternteil und dem Kind auferlegt.

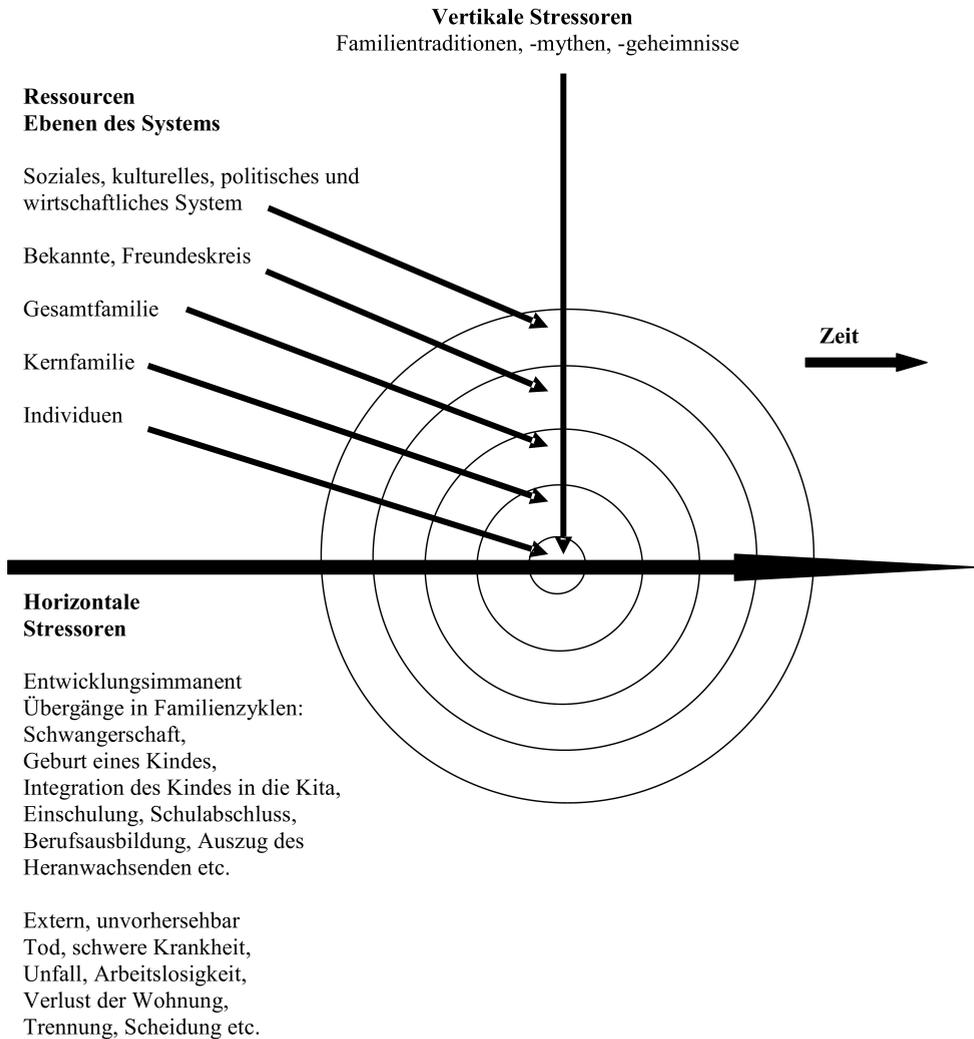
Von den Eltern, Mitarbeitern im Jugendamt, Mediatoren, Scheidungsberatern, Rechtsanwälten, Sachverständigen, Verfahrensbeiständen und dem Familiengericht ist somit in Bezug auf die Neuorientierung des Familiensystems zu erwarten, die Erwachsenen (meist die Eltern) und vor allem die Kinder darin zu unterstützen, ihre Beziehungen untereinander neu zu ordnen und zu gestalten, um dem Kind die bisher gelebten Beziehungen und vor allem die Bindungen zu den elterlichen Bezugspersonen zu erhalten.

Ferner sollte die gemeinsame elterliche Verantwortung insbesondere nach einer Trennung oder Scheidung zum Wohle des Kindes schnell wiederhergestellt und gestärkt werden, damit die elterlichen Bezugspersonen das Kind weiterhin betreuen, versorgen und begleiten können (vgl. auch die Hinweise in den gesetzlichen Regelungen des Familienrechts, die hier als pädagogische Gestaltungsaufträge besonders herausgestellt werden sollen: z. B. §§ 1626, 1627, 1631 Abs. 1 und insbesondere Abs. 2 BGB).

Das nach Elterntrennungen und/oder Scheidungen auch heute noch geltende Reorganisationsmodell geht davon aus, dass nach einer Trennung oder Scheidung das Familiensystem weiter existiert, jedoch einem Entwicklungsprozess mit z.T. völlig neuen Perspektiven unterliegt (Castellanos 2021, Rn. 467). Deshalb wird eine Familie nach Trennung und Scheidung der Eltern im Kontext von Familienentwicklungsprozessen als ein Ergebnis von vielen denkbaren familialen Übergängen (Transitionen) und Herausbildung von Varianten intimer Beziehungssysteme angesehen (so schon Fthenakis 2002, 228; Cierpka 1996, 209 ff.; 2009, zum Thema Transitionen; Schneewind 2012, 106; Dettenborn/Walter 2016, 21, zum Thema Varianten intimer Beziehungssysteme).

Tabelle 3: Familienentwicklungsübergänge (nach Carter/Mc Goldrick 1989)

**Auf die Familie einwirkende Anforderungsbereiche (Carter, B. & McGoldrick, M. (1989). Ressourcen, vertikale und horizontale Stressoren in Familienentwicklungsübergängen (Transitionen).**



Als Weiterentwicklung des Transitionsmodells ist das Modell der „familialen Transition nach einer Trennung und Scheidung im Netzwerk“ zu betonen. Die Erweiterung des Reorganisations- und Transitionsmodells um den Aspekt eines Netzwerkansatzes (Transitionsmodell im privaten und professionellen Netzwerk) hat den Vorteil, dass nunmehr alle bedeutsamen Bezugspersonen für das Kind mitberücksichtigt werden, auch wenn diese nicht zur Familie gehören, sondern beispielsweise zur Nachbarschaft oder zum Bekannten- sowie Freundeskreis. Mit dieser psychologischen Annahme stimmt auch die gesetzliche Regelung in § 1626 Abs. 3 BGB überein: „Zum Wohl des Kindes gehört in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen.“

Gleiches gilt für den Umgang mit anderen Personen, zu denen das Kind Bindungen besitzt, wenn ihre Aufrechterhaltung für seine Entwicklung förderlich ist.“

Dieser Ansatz berücksichtigt darüber hinaus auch die für das Kind bedeutsamen Personen in der Schule, Kindertagesstätte, im Hort, in Freizeiteinrichtungen oder auch die Tagesmutter, so wie es die Rechtsprechung zur Frage der Kontinuität von Lebensbeziehungen des Kindes nach einer Trennung und Scheidung der Eltern in Bezug auf die sog. Umgebungskontinuität schon längst erkannt und thematisiert hat. Hat das Kind eine gleich starke Beziehung zu beiden Eltern und unterscheiden sich die Eltern nicht in ihrer Erziehungseignung, ist der Kontinuität der Umgebung, in der das Kind lebt, entscheidendes Gewicht beizumessen (OLG Hamm, Beschluss v. 3.2.2009 – 1 UF 206/08, FamRZ 2009, 1757, BeckRS 2009, 27375; AG Hamburg, Beschluss v. 22.12.2016 – Az.: 281 F 404/16, BeckRS 2016, 120840).

Das Gesetz (§ 1626 Abs. 3 BGB) spricht allerdings nicht von Beziehungen, sondern von „Bindungen“, obwohl nur Beziehungen gemeint sein können (Walter 2013, 177), da ein Kind aus bindungstheoretischer Sicht lediglich mit den Personen Bindungen haben kann, von denen es über einen langen Zeitraum, meist von Geburt an, im Alltag begleitet, betreut und versorgt wurde, und das sind in aller Regel die Eltern in der Zweigenerationen-Kern-Familie, aber heutzutage nur noch sehr selten die älteren Geschwister, Großeltern, Tanten, Onkel oder Cousinsen.

Kritisch anzumerken ist jedoch, dass das Reorganisationsmodell im Kern auch ein konservatives (bewahrendes) Element in sich birgt, wenn beispielsweise von der grundsätzlichen Unauflösbarkeit der Familie ausgegangen wird (Doherty/McDaniel 2012, 97; Jungbauer 2009, 119). Ebenso belegen Begriffe wie Trennungs-, Scheidungs- oder Nachscheidungsfamilie den Zustand fortbestehender Familienkonstellationen. Häufig berichten Eltern in diesem Zusammenhang (z.B. Jahre nach einer früheren Beratung, Mediation oder Begutachtung), dass, obwohl die rechtlich wirksame Trennung und Scheidung bereits vor Jahren erfolgten, eine tatsächliche Paar- und Elterntrennung erst mit der Verselbstständigung und dem Auszug des Kindes in eine eigene Wohnung eingetreten ist.

Ob auch das Wechselmodell mit dazu beiträgt, dass u.U. eine *emotionale* Paar- und Elterntrennung schwieriger wird, wenn ein „Paarteil“ die Trennung ablehnt und die Partnerschaft weiterführen möchte, ist bisher empirisch nicht belegt worden, obwohl Einzelfälle dieser Art in der Zusammenarbeit mit Trennungsparen bekannt sind. Ein auf Kooperation und Kommunikation praktiziertes Wechselmodell stellt jedoch höhere Anforderungen an die gemeinsame elterliche Verantwortung als beispielsweise ein nur vierzehntägiger Wochenendumgang des Kindes bei dem nicht den Lebensmittelpunkt des Kindes anbietenden Elternteil. Interessanterweise wird diese Überlegung auch von der neueren empirischen Sozialforschung noch nicht hinreichend aufgegriffen. Dort stehen bisher spezifische Merkmale der Eltern und Kinder und vor allem die Kindeswohl dienlichkeit des Wechselmodells im Zentrum der Studien (Steinbach/Augustijn/Helms/Schneider 2021, 735–740, 729), während Walper (2016, 116) in ihrer umfassenden Analyse der bisherigen Erkenntnisse zum Wechselmodell zu Recht auch fragt, ob möglicherweise noch bestehende Konflikte der Eltern durch ein gerichtlich erzwungenes Wechselmodell verschärft werden könnten.

Möglicherweise trägt das Reorganisationsmodell auch nicht mehr den kulturellen und gesellschaftlichen Leitvorstellungen postmoderner und sozialer Familien in hoch entwickelten Industrienationen nach rascher Verfügbarkeit, Flexibilität und Mobilität der Menschen Rechnung.

Mit dieser Aussage wird nicht verkannt, dass die Bestimmung der abstammungsrechtlich genetischen Familie über ihre Funktionen (Reproduktion, Sozialisation, Produktion) durchaus die Gefahr in sich birgt, nicht nur diese Variante von Familie von den gesellschaftlichen Anforderungen her zu begreifen und dementsprechend auch zu instrumentalisieren (Lüscher 2001, 19).

Da das ideologische Leitbild Reorganisation (auch Wiederherstellung oder Reinstitutionalisierung genannt) der Trennungs- und Scheidungsfamilie mit der Aufrechterhaltung von Generationenbeziehungen in Zusammenhang steht, ist ebenso eine eher traditionelle Orientierung an der Kleinfamilie erkennbar. Dennoch beinhaltet ein – gewollt oder ungewollt – theoretischer Schwerpunkt des Reorganisationsmodells auch die Bestandswahrung und Fortschreibung der Zwei-Generationen-Familie, was möglicherweise der Pluralität von partnerschaftlichen Lebensformen mit Kindern im Sinne multipler Elternschaft und den rasanten Entwicklungen und Ergebnissen der modernen Fortpflanzungsmedizin entgegensteht.

Mit Hilfe dieser vermutlich eher herkömmlichen Vorstellungen wird – in der Tradition des Reorganisationsmodells stehend – unter einer Familie vordringlich das (biologisch heterosexuelle) Elternpaar mit gemeinsamen unselbstständigen Kindern verstanden, auch wenn die Eltern nach einer Trennung oder Scheidung schon längst in zwei getrennten Haushalten leben und neue Partnerschaften eingegangen sind, in denen Kinder zu den bereits geborenen Kindern hinzukommen oder weitere bisher fremde Kinder aufgenommen werden.

Damit wird mittlerweile der sich in der gesamten mitteleuropäischen Kultur und auch in der bundesrepublikanischen Gesellschaft schon längst abzeichnenden Entwicklung alternativer und der Erstehe folgender familiärer Lebensformen zu wenig Rechnung getragen (Pfundmair 2017, 47–66). Diese neuen „pluralen und multiplen“ Familienformen lassen sich seit einigen Jahrzehnten durch die Zunahme von so genannten Fortsetzungsfamilien dokumentieren: Familien also, die in der „Ehe für alle“ begründet werden oder die mit Hilfe der Fortpflanzungsmedizin oder durch Wiederverheiratungen oder Neugründungen nichtehelicher Lebensgemeinschaften mit einem leiblichen Elternteil entstehen.

Nichteheliche hetero- und homosexuelle Lebensgemeinschaften ohne Kinder und mit Kindern, alleinerziehende Mütter und Väter, Stieffamilien, Pflege- und Adoptionsfamilien und Kinder bei Wunscheltern nach Austragen des Kindes von einer Ersatzmutter belegen die große Vielfalt familiärer Lebensformen der Postmoderne, auch wenn sie im Einzelfall durchaus eine statistische Minderheit und oft nur ein Durchgangsstadium darstellen mögen.

Wird diese Vielfalt tatsächlicher Zusammenlebensformen berücksichtigt und soll „Familie“ definiert werden, ist, wie bereits angeführt, leicht feststellbar, dass sich eine eindeutige Begriffsklärung weder aus dem Alltagswissen noch aus der Wissenschaft ergibt (Nave-Herz 2018, 1057–1062, weist beispielsweise auf insgesamt 17 unterschiedliche Kern-Familienformen hin (a.a.O., 1061).

Die seit dem 3.11.1982 vom Bundesverfassungsgericht zugelassene Möglichkeit, die gemeinsame elterliche Sorge auch weiterhin nach Trennung und Scheidung auszuüben, hat sich zu einem faktischen Regelfall entwickelt (Schwarz 2011, 111), auch wenn die Juristen früher gern betonten, dass § 1671 BGB keinen Regelfall vorsieht (Völker/Clausius 2016, § 1 Rn. 191, mit ausführlichen Hinweisen auf die höchstrichterliche Rechtsprechung).

Heute kann festgehalten werden, dass die Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge bereits 2015 mit ca. 96 % das bei Scheidung übliche Modell geworden ist (Statistisches Bundesamt, Wiesbaden, Pressemitteilung vom 12.5.2015: Bei 96 % der Scheidungsverfahren blieb

das Sorgerecht bei beiden Eltern, da weder Vater noch Mutter einen Antrag auf das alleinige Sorgerecht nach § 1671 Abs. 1 BGB gestellt hatten. In 2.808 Verfahren wurde hingegen das Sorgerecht vom Familiengericht übertragen, darunter in fast drei Vierteln der Verfahren (2.065) auf die Mutter. Nicht erfasst sind dabei Eheverfahren, in denen zunächst eine gerichtliche Sorgerechtsentscheidung beantragt, dieser Antrag dann aber vor der Entscheidung wieder zurückgezogen wurde).

Damit stellt die gemeinsame elterliche Sorge nach Trennung und Scheidung kein Sonderphänomen spezieller, besonders kooperationsgeneigter Eltern dar, sondern ein Modell mit grundsätzlicher Akzeptanz in weiten Bevölkerungsteilen.

Dabei ist das Rechtsinstitut der gemeinsamen elterlichen Sorge – ähnlich wie ein paritätisches Wechselmodell – für sich genommen weder eine gute noch eine schlechte Lösung, sondern ein faktisches und meist ein juristisches Arrangement, das gut oder auch schlecht funktionieren kann, wie zu Zeiten des Zusammenlebens auch. Allerdings wurde in der Literatur bisher kaum beachtet, dass die gemeinsame elterliche Sorge nach der Kindschaftsrechtsreform vom 1.7.1998 ein im Vergleich zu den Zeiten davor von 1982 bis 1998 eher abgespecktes Modell gemeinsamer rechtlich abgesicherter elterlicher Verantwortung und Entscheidungskompetenz beinhaltet.

Denn nun ist in § 1687 BGB u.a. geregelt, dass nur noch bei Entscheidungen in Angelegenheiten, deren Regelung für das Kind von *erheblicher Bedeutung* ist, gegenseitiges Einvernehmen vorliegen muss. Über *Angelegenheiten des täglichen Lebens*, die häufig vorkommen und keine schwer abzuändernden Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes haben, entscheidet der Elternteil, bei dem sich das Kind mit Einwilligung des anderen Elternteils oder aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung gewöhnlich aufhält. In diesem Zusammenhang ist auch die alleinige Entscheidungsbefugnis desjenigen Elternteils zu nennen, bei dem sich das Kind aufhält und die die Entscheidungen in *Angelegenheiten der tatsächlichen Betreuung* betrifft.

Zudem hat derjenige Elternteil, bei dem sich das Kind aufhält, ein *Notvertretungsrecht* (auch *Notentscheidungskompetenz* genannt) inne (§ 1687 Abs. 1 S. 5 BGB).

Welche sorgerechtlichen Kompetenzen allerdings Eltern nach der Entscheidung des BGH (BGH, Beschluss vom 1.2.2017 – XII ZB 601/15, ZKJ 207, 190–193; siehe hierzu die Erläuterungen von Gottschalk/Heilmann 2017, 181–183) im Rahmen einer paritätischen Wechselregelung haben, die auf einer Umgangsregelung nach § 1684 BGB beruhen soll, bleibt offen. Wechselt beispielsweise die in § 1687 Abs. 1 S. 2 BGB geregelte Alltagssorge mit dem Aufenthalt des Kindes? Oder ergeben sich die Entscheidungskompetenzen der Wechselmodelleltern allein aus § 1687 Abs. 1 S. 1 u. 4 BGB, also jeweils bei dem Elternteil, bei dem sich „das Kind gewöhnlich aufhält, was beim Wechselmodell gerade nicht der Fall ist“ (Gottschalk/Heilmann 2017, 182)?<sup>5</sup> Mittlerweile geht das OLG Frankfurt a. M. davon aus, dass die Anordnung eines paritätischen Wechselmodells als eine Regelung des Sorgerechts und nicht des Umgangsrechts

5 § 1687 BGB Ausübung der gemeinsamen Sorge bei Getrenntleben

(1) Leben Eltern, denen die elterliche Sorge gemeinsam zusteht, nicht nur vorübergehend getrennt, so ist bei Entscheidungen in Angelegenheiten, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist, ihr gegenseitiges Einvernehmen erforderlich. Der Elternteil, bei dem sich das Kind mit Einwilligung des anderen Elternteils oder auf Grund einer gerichtlichen Entscheidung gewöhnlich aufhält, hat die Befugnis zur alleinigen Entscheidung in Angelegenheiten des täglichen Lebens. Entscheidungen in Angelegenheiten des täglichen Lebens sind in der Regel solche, die häufig vorkommen und die keine schwer abzuändernden Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes haben. Solange sich das Kind mit Einwilligung dieses Elternteils oder auf Grund einer gerichtlichen Entscheidung bei dem anderen Elternteil aufhält, hat dieser die Befugnis zur alleinigen Entscheidung in Angelegenheiten der tatsächlichen Betreuung. § 1629 Abs. 1 S. 4 BGB und § 1684 Abs. 2 S. 1 BGB gelten entsprechend.

anzusehen ist, so dass die Anordnung oder Abänderung des Wechselmodells nur auf Antrag eines Elternteils nach § 1671 BGB erfolgen und nicht von Amtswegen getroffen werden kann (OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 4.2.2020 – 2 UF 301/19, NZFam 2020, 249–254). Zur Vereinheitlichung dieser konträren Rechtsauffassung sollte nun der Gesetzgeber eine eindeutige Regelung treffen.

*Tabelle 4: Regelungen nach §§ 1687, 1687a, 1687b BGB*

Im Einzelnen handelt es sich gemäß § 1687 BGB um folgende Anwendungsbereiche (Hoffmann 2018, § 2, Rn. 21–25; Völker/Clausius 2021, § 1 Rn. 116–118; Salzgeber 2020, Rn. 397–399; Heilmann 2020/Bearbeiterin: Gottschalk, § 1687 BGB, Rn. 1–23; Palandt 2021, § 1687 Rn. 4–11):

Sind Eltern gemeinsam sorgeberechtigt, kann der Elternteil, der das Kind betreut, Alltagsangelegenheiten allein entscheiden. Hingegen können Angelegenheiten, die für das Kind von erheblicher Bedeutung sind (wie z.B. Aufenthaltswechsel, Schulwechsel) grundsätzlich nur im Einvernehmen beider sorgeberechtigter Eltern vorgenommen werden. Können sich die Eltern nicht einigen, kann das Familiengericht auf Antrag eines Elternteils gemäß § 1671 BGB die gesamte elterliche Sorge oder Teile der elterlichen Sorge auf einen Elternteil allein übertragen. Nach § 1628 BGB kann das Familiengericht bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern in einzelnen Angelegenheiten, die für das Kind von erheblicher Bedeutung sind, auch diese einzelne Angelegenheit oder eine bestimmte Art von Angelegenheiten der elterlichen Sorge auf einen Elternteil übertragen. Diese gerichtliche Maßnahme bedeutet in der Regel im Verhältnis zur Sorgerechtsübertragung nach § 1671 BGB einen geringeren Eingriff in die elterliche Sorge des anderen Elternteils und ist somit ggf., vorrangig (Hoffmann 2018, § 2 Befugnis zur Personensorge, Rn. 23; Völker/Clausius 2021, § 1 Die elterliche Sorge, Rn. 116).

Beispiele für Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung für das Kind:

Abstammung, Staatsangehörigkeit und Aufenthalt	Klärung der Abstammung; Änderung der Staatsangehörigkeit; Grundsatzfragen des Aufenthaltes, Umzug und Wohnortwechsel, Auswanderung, Ferienaufenthalt im Ausland, langfristiger Schüleraustausch; Auswanderung des Kindes
Betreuung	Grundsatzfragen der tatsächlichen Betreuung (z.B. Wahl des Residenz-, Wechsel- oder Nestmodells); Wahl der Erziehungsgrundsätze, Wechsel des Kindes in eine Pflegefamilie, Kinderheim, Internat

(2) Das Familiengericht kann die Befugnisse nach Abs. 1 S. 2 und 4 einschränken oder ausschließen, wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist.

§ 1687a BGB Entscheidungsbefugnis des nicht sorgeberechtigten Elternteils

Für jeden Elternteil, der nicht Inhaber der elterlichen Sorge ist und bei dem sich das Kind mit Einwilligung des anderen Elternteils oder eines sonstigen Inhabers der Sorge oder auf Grund einer gerichtlichen Entscheidung aufhält, gilt § 1687 Abs. 1 S. 4 und 5 und Abs. 2 entsprechend.

§ 1687b BGB Sorgerechtliche Befugnisse des Ehegatten

Der Ehegatte eines allein sorgeberechtigten Elternteils, der nicht Elternteil des Kindes ist, hat im Einvernehmen mit dem sorgeberechtigten Elternteil die Befugnis zur Mitentscheidung in Angelegenheiten des täglichen Lebens des Kindes. § 1629 Abs. 2 S. 1 gilt entsprechend.

Bei Gefahr in Verzug ist der Ehegatte dazu berechtigt, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zum Wohl des Kindes notwendig sind; der sorgeberechtigte Elternteil ist unverzüglich zu unterrichten.

Das Familiengericht kann die Befugnisse nach Abs. 1 einschränken oder ausschließen, wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist.

(4) Die Befugnisse nach Abs. 1 bestehen nicht, wenn die Ehegatten nicht nur vorübergehend getrennt leben.

Schule	Zeitpunkt der Einschulung, Zurückstellung, Wahl der Schule, Schulart, Fächerkombinationen, Wiederholung der Schulklasse; ob, wann und gegebenenfalls welche weiterbildende Schule besucht werden soll, Umschulung, Schulwechsel; Besuch eines Internats
Kindertagesstätte	Besuch bzw. Nichtbesuch der Kita, Auswahl der Kita, Wechsel, Abmeldung, Anmeldung
Ausbildung	Schul- und Berufsausbildung, Schüleraustausch, Wahl der Lehre, Lehrstätte
Gesundheit	Corona-Notmaßnahmen, wie z.B. Entscheidungen über schulische Notbetreuungen; medizinische Eingriffe, sofern es sich nicht um einen Notfall handelt: Impfungen, Operationen, Beschneidung nach § 1631d BGB; kieferorthopädische Maßnahmen, Schutzimpfungen (auch in Pandemien); psychotherapeutische Behandlung des Kindes; psychiatrische Behandlungen und andere medizinische Behandlungen (bei Eilfällen aber §§ 1687 Abs. 1 S. 5, 1629 Abs. S. 4 BGB beachten, Überweisungen in eine Kinder- und Jugendpsychiatrische Einrichtung oder in ein Sanatorium; aktuell die Entscheidung eines Elternteils, ob das Kind während einer Pandemie unter häusliche Quarantäne stehen darf; Entscheidung für oder gegen die Nutzung einer Corona-Warn-App; Extremsportarten
Umgang	Umgang mit dem anderen Elternteil, Ort und Dimensionen des Umgangs, Entscheidungen, die darüber getroffen werden müssen, ob das Kind generell Umgang mit den in §§ 1685, 1626 Abs. 3 S. 2 BGB angeführten Personen haben soll; Umgang mit weiteren Bezugspersonen
Verträge mit sozialen Netzwerken (z.B. Facebook, WhatsApp) oder Casting-Agenturen	Beispielsweise auch Verwertungsrechte an Foto- und Filmaufnahmen des Kindes
Reisen	Gesundheitsgefahren, mit denen bestimmte Auslandsreisen typischerweise verbunden sind, z.B. Fernreisen (umstritten), vor allem bei Reisen in Krisengebiete, Flugreisen bei einer Pandemie; Entführungsgefahr
Status- und Namensfragen	Familien- und Vornamensgebung; Beantragung einer Änderung des Familiennamens des Kindes
Fragen der Religion	Grds. die durch die christliche Taufe begründete Religionszugehörigkeit, Teilnahme am Religionsunterricht und Schulgottesdienst; Austritt aus der Kirche; Grundentscheidung der Bekenntniswahl, begrenzt durch Religionsmündigkeit des Kindes mit 14 Jahren (Gesetz über die religiöse Kindererziehung – § 5 RKEG); Frage des Verzehrs von Schweinefleisch durch ein Kind muslimischer Eltern
Geltendmachung von Unterhalt	Geltendmachung von Unterhalt bzw. Sozialleistungen; Geltendmachung des Barunterhalts des Kindes beim paritätischen Wechselmodell
Vermögenssorge	Anlage und Verwendung von Kindesvermögen; alle genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäfte nach § 1643 BGB (z.B. Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft).
Geld	Z.B. Geltendmachung von Unterhalt
Vaterschaft	Anfechtung der Vaterschaft

Angelegenheiten des täglichen Lebens (Alltagsangelegenheiten) sind in Abgrenzung zu Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung Entscheidungen, die häufig vorkommen und keine schwer abzuändernden Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes haben. Vorausgesetzt

ist, dass das Kind bei dem betreffenden Elternteil, der die Alleinentscheidungsbefugnis in Angelegenheiten des täglichen Lebens innehat, aktuell dort seinen Daseinsmittelpunkt hat. Angelegenheiten des täglichen Lebens (§ 1687 Abs. 1 S. 2 BGB): Routineerlaubnisse (Besuche bei Freunden, Entschuldigung im Krankheitsfall, Klassenfahrten, Tagesausflüge, Vereinsmitgliedschaften, Routinebesuche beim Arzt, Vorsorgeuntersuchungen).

Diese Befugnis wird demjenigen Elternteil zugewilligt, bei dem sich das Kind, beispielsweise im Rahmen des Residenz- oder Wechselmodells, regelmäßig aufhält. Der „gewöhnliche Aufenthalt“ entspricht dem der „Obhut“ in § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB. Beim Wechselmodell und Nestmodell schlagen Völker/Clausius (2021, § 1 Die elterliche Sorge, Rn. 336) bereits 2011 eine analoge Anwendung des § 1687 Abs. 1 S. 2 BGB vor; zum Wechselmodell: Heilmann 2020/Bearbeiterin: Gottschalk, § 1687, Rn. 13).

Angesichts der erheblich ausgeweiteten Umgangskontakte sollte auch der (nur) umgangsberichtigte Elternteil, Angelegenheiten des täglichen Lebens in eigener Verantwortung regeln dürfen, wie es bereits seit Jahrzehnten bei Entscheidungen in Angelegenheiten der tatsächlichen Betreuung vorgesehen ist, zumal diese Angelegenheiten mit den Angelegenheiten des täglichen Lebens vergleichbar sind, obwohl sie keine Vertretungsmacht beinhalten, in Betreuungsfragen jedoch im Wesentlichen vergleichbar sind (so schon Völker/Clausius 2011, § 1 Die elterliche Sorge, Rn. 25: hier sprechen die Autor\*innen noch von „deckungsgleich“; dies. 2021, § 1 Die elterliche Sorge, Rn. 337: hier werden nun doch Unterschiede genannt, da jetzt die tatsächlichen Betreuung als „deutlich enger gefasst“ angesehen wird im Vergleich zu den Angelegenheiten des täglichen Lebens).

Die Pflicht zum so genannten Wohlverhalten nach § 1684 Abs. 2 S. 1 BGB gilt entsprechend auch für den Anwendungsbereich des § 1687 BGB und erlangt gerade bei der Ausübung des Alleinentscheidungsrechts in Angelegenheiten des täglichen Lebens oder der täglichen Betreuung eine zentrale Bedeutung.

Das Gericht kann nach § 1687 Abs. 2 BGB die Alleinentscheidungsbefugnis in Angelegenheiten des täglichen Lebens und der täglichen Betreuung einschränken, wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist, ohne dass die Eingriffsschwelle einer Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB erreicht sein muss.

Vordringliche Regelungsinhalte bei Angelegenheiten des täglichen Lebens:

Betreuung	Betreuung im Alltag
Alltagsangelegenheiten	Ernährung, Hygiene, wie z.B. Zähneputzen und Waschen, Kleidung, Bettruhe, Fernsehzeiten, ungefährliche Freizeitgestaltung, Abholbefugnis des Kindes von der Kindertagesstätte und Schule (bei alleiniger Sorge bestimmt der alleininsorgerechtere Elternteil und bei gemeinsamer Sorge der aktuell betreuende Elternteil, wer das Kind abholen darf)
Schule	Nachhilfeunterricht für das Kind in Anspruch nehmen, Entschuldigungen im Krankheitsfall, Besuch von Elternabenden, Teilnahme des Kindes an Sonderveranstaltungen (Tagesausflügen)
Gesundheit	Behandlung leichter Erkrankungen, Entscheidungen im Rahmen der gewöhnlichen medizinischen Versorgung des Kindes (s. auch § 1687 Abs. 1 S. 2 oder § 1687 Abs. 1 S. 4 BGB)
Religion	Teilnahme an Gottesdiensten, Einhaltung von institutionell vorgegebenen religiösen Geboten

Reisen	Urlaub eines Elternteils mit Kind; Urlaubsreisen innerhalb Europas (ins ferne Ausland umstritten)
Aufenthalt	Aufenthalt während des Umgangs
Kontakte	Kontakte des Kindes zu Nachbarn, Fernhalten eines unerwünschten Freundes
Vermögenssorge	Aufbewahrung von Geldgeschenken, Taschengeldfragen

Angelegenheiten der tatsächlichen Betreuung (1687 Abs. 4, 1687a BGB) beinhalten im Wesentlichen ebenso die Berechtigung, Angelegenheiten des täglichen Lebens vor allem bei typischen Betreuungsaufgaben des Kindes wahrzunehmen. Jedoch fehlt ohne Vollmacht des anderen Elternteils das Vertretungsrecht des Kindes in diesen Bereichen. Typischer Streitfall: mit dem Kind zum Friseur gehen und die Haare schneiden lassen. Diese Maßnahme ist schon bei Fragen der Alltagsorge umstritten und wird bei Angelegenheiten der tatsächlichen Betreuung abgelehnt – Völker/Clausius 2021, § 1 Die elterliche Sorge, Rn. 337).

Vordringliche Regelungsinhalte in Angelegenheiten der tatsächlichen Betreuung:

Gesundheit	Z.B. notwendige medizinische Versorgung oder ärztliche Behandlung bei plötzlich auftretenden Erkrankungen, ohne dass Lebensgefahr besteht – z.B. Erkältungen, leichte Magenverstimmungen (ansonsten Inanspruchnahme des Notvertretungsrechtes)
Spezielle Umgangskontakte mit Dritten	Kontakte mit Dritten; Ausgestaltung des Umgangs; z.B. Insbettgeh- und Schlafenszeiten, Ernährung, Freizeitaktivitäten, Fernsehzeiten, Programme und PC-Konsum, Handy-Kontakte und Handy-Konsum, Bekleidung des Kindes und die dabei einzuhaltende Hygiene
Zeitdimension	Bei längeren rechtmäßigen Aufenthalten des Kindes beim nicht den Lebensmittelpunkt anbietenden Elternteil erweitern sich die Zuständigkeiten dieses Elternteils entsprechend den Erfordernissen der Aufenthaltsdauer
Sprache	Welche Sprache wird gesprochen?

Die aus §§ 1687 Abs. 1, 1629 Abs. 1 S. 4 BGB folgende Alleinentscheidungsbefugnis eines jeden Elternteils beinhaltet, dass bei Gefahr in Verzug jeder Elternteil berechtigt ist, alle erforderlichen Rechtshandlungen vorzunehmen, die zum Wohl und Schutz des Kindes notwendig sind. Dieses Recht steht jedem Elternteil in allen in §§ 1687 Abs. 1, 1687a BGB erwähnten Bereichen zu, wenn der andere Elternteil mit zumutbaren Bemühungen nicht zu erreichen ist. Der andere Elternteil ist jedoch unverzüglich zu unterrichten.

Vordringliche Regelungsinhalte:

Gesundheit	Um eine zu befürchtende Gefährdung der Gesundheit abzuwenden, z.B. nach einem Unfall, einer akut auftretenden Infektion
Vermögen	Um eine zu befürchtende Gefährdung des Vermögens abzuwenden

Entscheidend für ein am Wohl des Kindes ausgerichtetes Elternverhalten ist, dass grundsätzlich

- keine elterlichen Unvereinbarkeiten auftreten,
- die betreffenden Eltern auch über Krisen hinweg (unabhängig vom Sorgerechtsstatus) an der gemeinsamen elterlichen Verantwortung festhalten und vor allem in erzieherischen Angelegenheiten miteinander kooperieren (vgl. §§ 1626 Abs. 2 u. 3, 1631 Abs. 2, 1684 Abs. 2, 1687 Abs. 1 S. 1 BGB),

- eine Unterstützung des jeweils anderen Elternteils in seiner Beziehung zum Kind erfolgt und somit die Kontakte des Kindes mit beiden Eltern aktiv gefördert werden (beispielsweise kann auch der Umgangsberechtigte die Beziehung zum anderen Elternteil erheblich negativ beeinflussen und damit das Kind irritieren und destabilisieren),
- eine flexible Teilung der elterlichen Verantwortung und eine Übereinstimmung bei typischen und ausgehandelten sowie festgelegten Regeln erfolgen.

Es sind auch Konstellationen denkbar, in denen der Umgang des Kindes mit den Eltern bzw. einem Elternteil wegen des Verdachts einer Kindeswohlgefährdung bzw. beim Vorliegen Kindeswohlgefährdung nach §§ 1666, 1666a BGB eingeschränkt oder ausgeschlossen werden muss, wie beispielsweise beim Vorliegen einer anhaltenden Hochkonflikthaftigkeit der Eltern, einer seelischen oder körperlichen Kindesmisshandlung, eines sexuellen Kindesmissbrauchs, bei einer Vernachlässigung des Kindes, einer Alkoholabhängigkeit, bei schwerer seelischer Erkrankung oder Gewalttätigkeit der Eltern etc.

Mit diesen mittlerweile von der Scheidungsforschung z.T. seit Jahrzehnten bestätigten Annahmen (siehe z.B. Goldstein/Freud/Solnit 1974; dies. 1982; Hetherington/Kelly 2003; Wallerstein/Lewis/Blakeslee 2002; Liebsch 2017, 190 f.; Staub 2018, 33–37; Lack/Hammesfahr 2019, Rn. 473–477) hat sich am 3.11.1982 das Bundesverfassungsgericht (BVerfG, Urt. v. 3.11.1982 – 1 BvL 25/80, 1 BvL 38/80, 1 BvL 40/80, 1 BvL 12/8, NJW 1983, 101–103) mit der richtungsweisenden Entscheidung zur Frage der Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach Trennung und Scheidung befasst, wonach Eltern bei der Zuspreehung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach damaliger Auffassung

- erziehungsfähig sein mussten,
- gewillt und in der Lage sein mussten, gemeinsame elterliche Verantwortung zu tragen,
- und keine Gründe vorliegen durften, die im Interesse des Kindeswohls die Übertragung des Sorgerechts auf einen Elternteil angezeigt erscheinen lassen.

Durch die Neufassung des § 1671 BGB gehören allerdings diese mehr als 30 Jahre alten Vorgaben – ohne Antrag eines Elternteils oder beider Eltern oder ohne Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB – nicht mehr zum Prüfkatalog jugendamtlichen, verfahrensbeiständigen, gutachtlichen und familienrichterlichen Handelns.

Einschränkend muss allerdings festgehalten werden, dass nach den Ergebnissen der Scheidungsforschung auch die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge bei nur geringem Konfliktpotential der Eltern Kummer und Belastungen der Kinder nicht in jedem Fall verhindern kann, da die Elterntrennung selbst fast immer für ein Kind ein belastendes und einschneidendes Lebensereignis darstellt (so schon Wallerstein/Blakeslee 1989; Furstenberg/Cherlin 1993; Fthenakis 1996; Wallerstein/Lewis/Blakeslee 2002; Hetherington/Kelly 2003; Figdor 2012; Walper/Langmeyer 2019, 15–50). Insbesondere anhaltende Elternkonflikte und Hochstrittigkeit bzw. Hochkonflikthaftigkeit werden als Risikofaktor für die Entwicklung der Kinder identifiziert (Walper/Langmeyer 2019, 21–24). Hierzu berichtete Fthenakis (1996, 57) schon in den neunziger Jahren, dass etwa ein Drittel der Kinder mittel- und langfristig eine Beeinträchtigung ihrer Entwicklung erfahren. Die langfristigen Folgen zeigen sich in einem erhöhten Risiko für psychische Erkrankungen, Problemen bei der Gestaltung von eigener Partnerschaft und Ehe, in delinquenten Verhaltensweisen und in einem erhöhten Selbstmordrisiko.

Möglicherweise stehen die damaligen Ergebnisse auch mit einem Trennungsverlust aus Bindung und der damals noch weit verbreiteten Vaterabwesenheit nach einer Trennung und Scheidung der Eltern im Zusammenhang.

Proksch (2002, 402) führte bereits 2002 in seinem Resümee in der damals umfassendsten rechtstatsächlichen Untersuchung zur Kindschaftsrechtsreform vom 1.7.1998 an, dass vor allem diejenigen Kinder psychosozial auffällig werden bzw. bleiben, deren Eltern Kontakte zueinander ablehnen bzw. feindselig gestalten.

Darüber hinaus ist schon lange als Ergebnis der gesamten nationalen und internationalen Scheidungsforschung bekannt, dass anhaltende Konflikte und Unvereinbarkeiten der Eltern vor, während und nach der Trennung und Scheidung, die ihnen keine gemeinsam getragenen Kompromisse oder Ergebnisse mehr ermöglichen, die Kinder äußerst beunruhigen und verunsichern und deren Entwicklung insbesondere im Leistungs- und Gefühlsbereich negativ beeinflussen (Staub/Felder 2004; Castellanos 2020, Rn. 446 ff.). Die Folgen können sich in Konzentrationsstörungen und Leistungsverweigerungen, insbesondere bei älteren Kindern durch Schulversagen, in psychosomatischen Störungen, in aggressiven und aufsässigen Verhaltensweisen und Trauer-, Schuld- und Angstgefühlen zeigen. Ebenso werden das Urvertrauen der Kinder und ihre Bindungs- sowie Beziehungsfähigkeit gestört (Figdor 1991, 1997, 70 ff., 2012, 45 ff.; Castellanos 2020, Rn. 457–462).

### 1.3 Trennung aus nichtehelicher Lebensgemeinschaft

#### 1.3.1 Nichteheliche Lebensgemeinschaft

2019 lebten in Deutschland 11,6 Millionen Familien mit 13,5 Millionen minderjährigen Kindern. Im Statistisches Jahrbuch 2021 (Destatis. 2. Bevölkerung, Familien, Lebensformen. Auszug aus dem Datenreport 2021, 5) werden für das Jahr 2019 942.000 nichteheliche Lebensgemeinschaften mit minderjährigen Kindern gemeldet, davon 591.000 mit einem Kind, 284.000 mit zwei Kindern und 67.000 mit 3 Kindern und mehr, so dass davon ausgegangen werden kann, dass 2019 mindestens 1.360.000 Kinder in diesen Familien lebten und wohnten.<sup>6</sup>

Nach einer Definition des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 1992, 87, 234 f.; BVerfG 2.9.2004 – 1 BvR 1962/04, NVwZ 2005, 1178) beinhaltet eine nichteheliche oder eheähnliche Lebensgemeinschaft eine Gemeinschaft zwischen Mann und Frau, die auf Dauer angelegt ist und sich durch eine innere Verbundenheit auszeichnet, die ein gegenseitiges Entstehen der Partner zum Inhalt hat und somit über eine Beziehung in einer Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgeht. Neben dieser Lebensgemeinschaft bestehen keine weiteren Lebensgemeinschaften.

<sup>6</sup> Bei 2,6 Millionen Alleinerziehende lebten 2019 2,2 Millionen minderjährige Kinder und 1,5 Millionen volljährige Kinder: Die Anzahl minderjähriger Kinder ist bei Alleinerziehenden deutlich niedriger als bei Ehepaaren: Die durchschnittliche Zahl der Kinder unter 18 Jahren lag in diesen Haushalten alleinerziehender Väter im Jahr 2019 bei 1,33. Bei alleinerziehenden Müttern lag der Wert bei 1,45. Zum Vergleich: Bei Ehepaaren mit ledigen Kindern unter 18 Jahren lag die durchschnittliche Zahl der Kinder unter 18 Jahren im Jahr 2019 bei 1,74 und bei Lebensgemeinschaften waren es 1,47. Werden die Haushalte von Alleinerziehenden betrachtet, in denen auch volljährige Kinder leben, steigt die Zahl der Alleinerziehenden-Haushalte von 1,5 auf 2,6 Millionen. Insgesamt lebte im Jahr 2019 fast jedes fünfte Kind in Haushalten von Alleinerziehenden.

Nach heutiger Rechtsauffassung kann eine nichteheliche Lebensgemeinschaft mit Kindern auch in einer homosexuellen Lebensgemeinschaft bestehen, was in der Formulierung der neuen Vorschrift nach § 1766a BGB<sup>7</sup> (in Kraft getreten am 31.3.2020) mit der Begriffswahl in Abs. 1: „Für zwei Personen, die in einer verfestigten Lebensgemeinschaft in einem gemeinsamen Haushalt leben...“ zum Ausdruck gebracht wird.

Das BVerfG hatte mit seiner Entscheidung vom 26.3.2019 den Weg gewiesen und die bis dahin geltende Regelung nach §§ 1754, 1755 BGB „als mit Art. 3 I GG unvereinbar angesehen, weil ein Kind nicht von seinem mit einem leiblichen Elternteil in nichtehelicher Lebensgemeinschaft lebenden Stiefelternteil adoptiert werden kann, ohne dass die verwandtschaftlichen Beziehungen auch zu dem betreuenden leiblichen Elternteil erlöschen.“ (Teklote 2020, 409)

Entscheidend zur Bestimmung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft soll nach juristischer Auffassung die Verfestigung der Beziehung sein, wobei die Verfestigung einer Beziehung maßgeblich von ihrer Dauerhaftigkeit abhängt. Hierzu wurden u.a. mit Inkrafttreten des § 1766a BGB folgende gesetzliche Vorgaben festgelegt:

- Die Dauer der Beziehung zum Partner, die seit mindestens vier Jahren in einem gemeinsamen Haushalt leben.
- Oder, dass aus dieser Verbindung bereits ein gemeinschaftliches Kind hervorgegangen ist.
- Ein negatives Ausschlusskriterium beinhaltet das Bestehen einer anderweitigen Ehe. Hier kann nur der Ehepartner das Kind allein annehmen, wozu die Einwilligung des Dritten in die Annahme nach § 1749 Abs. 1 S. 2 u. 3 u. Abs. 2 BGB entsprechend gilt.
- Eine Person, die in einer Paar- oder Lebensgemeinschaft lebt, zwischen denen nach § 1308 BGB ein Ehehindernis besteht, kann das Kind nicht adoptieren (Teklote 2020, 412).
- Eine Fremdkindadoption ist bisher nur durch eine sukzessive Adoption möglich (BVerfG Urt. v. 19. 2.2013 – 1 BvR 3247/09 -, FamRZ 2013, 521).

Mit Einführung des § 1766a BGB wurde auch das internationale Privatrecht nach Art. 22 EGBGB geändert: „Die Annahme als Kind im Inland unterliegt dem deutschen Recht. Im Übrigen unterliegt sie dem Recht des Staates, in dem der Anzunehmende zum Zeitpunkt der Annahme seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.“

Für nichteheliche Lebensgemeinschaften bestehen grundsätzlich keine bzw. nur wenige gesetzliche Regelungen (vgl. hierzu Wabnitz 2019, 161: Zeugnisverweigerungsrechte und Angehörigenstatus nach Verlobung; Bedarfsgemeinschaftsregelungen; sozialhilferechtliche Regelungen).

Schriftliche Absprachen, Festlegungen oder formalisierte Regelungen in Schriftform oder notarieller Beglaubigung sind jedoch möglich und in den meisten Fällen auch sinnvoll. Bereits mehrfach wurde angeregt und diskutiert, anknüpfend an europäische Vorbilder, eine gesetzliche Regelung für nichteheliche Lebensgemeinschaften zu finden (Münder 2013b).

---

7 § 1766a BGB Annahme von Kindern des nichtehelichen Partners

(1) Für zwei Personen, die in einer verfestigten Lebensgemeinschaft in einem gemeinsamen Haushalt leben, gelten die Vorschriften dieses Untertitels über die Annahme eines Kindes des anderen Ehegatten entsprechend.

(2) Eine verfestigte Lebensgemeinschaft im Sinne des Abs. 1 liegt in der Regel vor, wenn die Personen

1. seit mindestens vier Jahren oder
2. als Eltern eines gemeinschaftlichen Kindes mit diesem

eheähnlich zusammenleben. Sie liegt in der Regel nicht vor, wenn ein Partner mit einem Dritten verheiratet ist.

(3) Ist der Anzunehmende mit einem Dritten verheiratet, so kann er das Kind seines Partners nur allein annehmen. Die Einwilligung des Dritten in die Annahme ist erforderlich. § 1749 Abs. 1 S. 2 BGB und 3 und Abs. 2 gilt entsprechend.

Im Gegensatz zur Ehe erfolgt bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft (heterosexuellen bzw. homosexuellen, aber nicht eingetragenen homosexuellen Lebensgemeinschaft) kein rechtlich relevantes Getrenntleben. Vielmehr ist mit der Trennung die nichteheliche Gemeinschaft beendet. Es besteht keine Verpflichtung, zur Aufrechterhaltung der Verbindung bestimmte Fristen einzuhalten.

Ist die homosexuelle Lebensgemeinschaft jedoch eingetragen, gilt nach wie vor § 15 LPartG, so dass nur auf Antrag eines oder beider Lebenspartner die Gemeinschaft bereits nach einem Trennungsjahr durch richterliche Entscheidung aufgehoben werden kann (vergleichbar der Scheidung aus einer Ehe).

Die in einer eheähnlichen Gemeinschaft geborenen gemeinsamen Kinder sind Kinder nicht miteinander verheirateter Eltern. Nach Art. 1 Abs. 6 GG sind für die nichtehelichen Kinder durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie für die ehelichen Kindern.

Kinder in heterosexuellen nichtehelichen Gemeinschaften sind gemeinschaftliche Kinder oder Kinder aus vorangegangenen Partnerschaften. Bei gemeinschaftlichen Kindern ist zunächst die Vaterschaft zu klären (vgl. §§ 1594 ff. BGB durch den Vater oder im Rahmen einer gerichtlichen Feststellung nach § 1600d BGB). Danach kann nun der Vater nach einer Vaterschaftsanerkennung eine Sorgeerklärung auch gegen den erklärten Willen der Mutter abgeben (§§ 1626a ff. BGB iVm § 155a FamFG; Inkrafttreten am 19.5.2013).

Es folgt durch das Familiengericht nur eine negative Kindeswohlprüfung (darf dem Kindeswohl nicht widersprechen: § 1626a Abs. 2 S. 2 BGB) im so genannten beschleunigten Verfahren (§ 155 FamFG). Die Sorgerechtsübertragung auf den Vater darf mithin nicht dem Kindeswohl widersprechen. Eine Kindeswohldienlichkeit ist somit nicht gefordert. Die Mutter hat unmittelbar nach der Geburt des Kindes eine Widerspruchsfrist von sechs Wochen (§ 155a Abs. 2 FamFG).

Historisch betrachtet, war noch vor ca. 60 Jahren die Ausgestaltung des Umgangsrechts des nichtehelichen Vaters mit dem (auch seinem) Kind ohne Zustimmung der Mutter kaum möglich<sup>8</sup>.

Der Umgang des nichtehelichen Vaters mit seinem Kind wurde erstmals 1970 durch das Nichtehelichengesetz geregelt: Das Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder, kurz Nichtehelichengesetz, war ein Gesetz, das am 1.7.1970 in der Bundesrepublik in Kraft trat. Persönliche Beziehungen des Vaters zu seinem nichtehelichen Kind beschränkten sich auf ein Auskunftsrecht gegenüber der Mutter über die persönlichen Verhältnisse des Kindes und auf ein Umgangsrecht. Der Vater konnte den Umgang gegen den Willen der Mutter nur dann durchsetzen, wenn der Nachweis gelang, dass dieser Umgang dem Wohl des Kindes dient. Die Gleichstellung von nichtehelichen und ehelichen Kindern erfolgte erst durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz am 1.7.1998.

Zwar hatten die Vormundschaftsgerichte Ende 1960 damit begonnen, zum Wohle des Kindes dem Vater einen Umgang mit dem Kind zuzubilligen. So konnte der Vater mit einer positiven

<sup>8</sup> § 1711 BGB (a.F. vom 1.7.1970)

(1) Derjenige, dem die Sorge für die Person des Kindes zusteht, bestimmt, ob und in welchem Umfange dem Vater Gelegenheit gegeben werden soll, mit dem Kinde persönlich zu verkehren. Wenn ein persönlicher Umgang mit dem Vater dem Wohle des Kindes dient, kann das Vormundschaftsgericht entscheiden. Es kann seine Entscheidung jederzeit ändern.

Entscheidung dann rechnen, wenn sich nach langjährigem Zusammenleben in einer Familie ohne Ehe eine Vater-Kind-Beziehung herausgebildet hatte. Die Chancen des Vaters sanken trotz jahrelang gelebter Beziehung, wenn Spannungen zwischen den Eltern auftraten oder die Mutter einen anderen Mann heiratete und eine Integration des Kindes in die neue Familie stattfinden sollte. Hier griff das damals auch in der DDR sehr beliebte „Ruheargument“, nach dem sich beispielsweise zunächst die Lebenssituation der Mutter mit Kind in neuer Partnerschaft stabilisieren sollte, um erst dann einen Kontakt des leiblichen Vaters mit dem Kind zuzulassen.

Das Umgangsrecht des Kindes mit den Eltern entspricht nach dem heute geltenden Kind-schaftsrecht von Gesetzes wegen dem Kindeswohl (§ 1684 BGB) und hat nur bei nahen Bezugspersonen, die einen Umgang wünschen und beantragen, dem Kindeswohl zu dienen (§ 1685 BGB).

Nach § 1684 Abs. 1 S. 1 BGB hat das Kind ein Recht auf Umgang mit seinen Eltern. Jeder Elternteil ist zum Umgang mit dem Kind verpflichtet und berechtigt. Eine Einschränkung erfolgt nach § 1684 BGB nur bei einer Gefährdung des Kindeswohls. Ob dieses pflichtgebundene Recht der Eltern (Becker/Hornung 2021, 446–450 sprechen vom „Pflichtrecht des Umgangs“, 446) – erst die Pflicht, dann das Recht – gerichtlich durchsetzbar ist, ist nun seit Jahren durch das Bundesverfassungsgericht in der zeitgemäßen Ausprägung geklärt (BVerfG, Urt. v. 1.4.2008 – 1 BvR 1620/04, BeckRS 2008, 33606: „Die Pflicht der Eltern zur Pflege und Erziehung ihres Kindes korrespondiert mit dem Recht des Kindes hierauf. Die Verpflichtung eines Elternteils zum Umgang mit seinem Kind ist verfassungsrechtlich unbedenklich, soweit es dem Kindeswohl dient. Die Durchsetzung dieser Verpflichtung mit Zwangsmitteln ist jedoch regelmäßig nicht mehr dem Kindeswohl dienlich und damit verfassungswidrig.“)

Bezugspersonen, denen außer den Eltern das Umgangsrecht zustehen kann, sind nach § 1685 BGB die Großeltern und Geschwister, aber auch die Ehegatten oder früheren Ehegatten des Elternteils, sobald diese mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben. Die Fassung der Vorschrift vom 1.9. 2009 hat das Umgangsrecht auf alle Bezugspersonen des Kindes erweitert, mit denen eine *sozial-familiäre Beziehung* besteht, insbesondere dann, wenn die betreffende(n) Person(en) mit dem Kind längere Zeit in einer häuslichen Gemeinschaft zusammengelebt hat (bzw. zusammengelebt haben, wie z.B. Pflegeeltern, ehemaliger Lebenspartner eines Elternteils, etc.).

### 1.3.2 Eingetragene Lebenspartnerschaften

Von acht Millionen Familien mit minderjährigen Kindern in Deutschland sind ca. 10.000 Regenbogenfamilien (Lorenz 2021, 1081–1088), davon 4.000 gleichgeschlechtliche Ehepaare und 6.000 gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften mit minderjährigen Kindern (Deutscher Bundestag Drucksache 19/25590 19 v. 22.12.2020).

Die Autorin Lorenz (2021, 1081–1088, 1) hält zu Recht fest: „Regenbogenfamilien“ – Familien mit mindestens einem gleichgeschlechtlich orientierten, trans- oder intergeschlechtlichen Elternteil ... – unterscheiden sich in vielen Bereichen nicht wesentlich von Familien mit heterosexuellen Elternteilen.“

Laut Bundeszentrale für politische Bildung (20.10.2020) gibt es rund 9.500 gleichgeschlechtliche Paare mit mindestens einem Kind in Deutschland. Rund 14.000 Kinder leben in Regenbogenfamilien.

Am 1. August 2001 ist das Lebenspartnerschaftsgesetz in Kraft getreten. Das Bundesverfassungsgericht entschied bereits am 17.7.2002 (BVerfG, Urt. v. 17.7.2002 – 1 BvF 1/01, 1 BvF 2/01, JuS 2003, 84), dass die Einführung des Rechtsinstituts der eingetragenen Lebenspartnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare Art. 6 Abs. 1 GG nicht verletzt. „Dem Institut der Ehe drohen keine Einbußen durch ein Institut, das sich an Personen wendet, die miteinander keine Ehe eingehen können“ (JuS 2003, 85).

Am 1. Oktober 2017 trat das neue Gesetz „Ehe für alle“ (Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts) in Kraft. Nach dem 30.9.2017 können nicht mehr Lebenspartnerschaften, sondern Ehen zwischen zwei Personen gleichen Geschlechts begründet werden (§ 1 LPartG).

Im Jahr 2019 weist der Mikrozensus (Hochgürtel/Sommer: Statistisches Bundesamt, 2021, 54) rund 142.000 gleichgeschlechtliche Partnerschaften aus, die in einem Haushalt zusammenleben und gemeinsam wirtschaften. Ca. 52.000 dieser gleichgeschlechtlichen Paare waren in der sog. Ehe für alle verheiratet, und zwar (leicht) mehrheitlich in Ehen von Männern mit 45 %. 2019 lebten 15.000 gleichgeschlechtliche Paare mit 22.000 Kinder(ern) zusammen, davon 19.000 Kinder unter 18 Jahren.

In Bezug auf Kinder in der eingetragenen Lebensgemeinschaft gab es z.B. bis zum Inkrafttreten des neuen Ehegesetzes für homosexuelle Paare am 1.10.2017 keine gemeinsame Sorge der Lebenspartner, sondern nur das so genannte kleine Sorgerecht nach § 9 Abs. 1 LPartG. Diese Bestimmungen zum Sorgerecht hatte das BVerfG in seiner Entscheidung vom 17.7.2002 verfassungsrechtlich gebilligt (abgedruckt in: NJW 2002, 2543; FamRZ 2002, 1169). Nach wie vor konnten beide Lebenspartner in der eingetragenen Lebenspartnerschaft nicht zusammen ein Kind adoptieren, was nun ab 1.10.2017 mit Inkrafttreten der „Ehe für alle“ möglich wurde, sobald die Lebenspartner die Ehe geschlossen haben.

Somit ist davon auszugehen, dass in den verbleibenden eingetragenen Lebenspartnerschaften, die nicht in die Ehe wechseln

- in Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung der sorgeberechtigte Elternteil in gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaft allein entscheidet oder im Fall einer nun möglichen gemeinsamen Adoption des Kindes beide zusammen entscheiden,
- in Angelegenheiten des täglichen Lebens der im Augenblick die Verantwortung tragende Partner entscheidet und sonst einvernehmlich beide Partner entscheiden,
- alle Entscheidungen jedoch wie bei Eheleuten, wie schon seit 40 Jahren im Rahmen der großen Eherechtsreform gefordert und in den meisten Fällen auch üblich, im gegenseitigen Einvernehmen zum Wohle des Kindes getroffen werden sollen.
- bei Meinungsverschiedenheiten die Partner (jetzt als Eheleute) – wie heterosexuelle Eheleute auch – versuchen müssen, sich zu einigen oder im Fall einer Nichteinigung das Familiengericht anrufen, das die Befugnisse beschränken oder ausschließen kann,
- bei akuter Gefahr für das Kind der Lebenspartner berechtigt ist, ohne Absprache mit dem anderen Partner Entscheidungen zum Wohle des Kindes zu treffen. In Frage kommt beispielsweise die Vertretung des Kindes für eine medizinische Heilbehandlung nach einem Unglücksfall (Notvertretungsrecht). Der sorgeberechtigte Elternteil ist dann unverzüglich von dieser Maßnahme in Kenntnis zu setzen,
- bei einem nun verheirateten lesbischen Paar weiterhin eine Mit-Mutterschaft nur im Wege der Stiefkindadoption in Betracht kommt. Diese Gesetzeslücke und somit die Ungleichbe-

handlung mit dem Mann, der mit der Mutter verheiratet ist und mit der Geburt des Kindes in dieser Ehe das volle Sorgerecht erhält, hat der Gesetzgeber bisher noch nicht geschlossen. Die Regeln zum immer noch nicht aktualisierten Abstammungsrecht sind weiterhin dem Wortlaut nach auf Mann und Frau zugeschnitten – §§ 1591, 1592 BGB).

Das Lebenspartnersgesetz (LPartG) sieht gemäß § 15 LPartG als Voraussetzung für die Aufhebung der Lebenspartnerschaft ein Getrenntleben vor. Die Kriterien und Fristen hierfür sind aus dem Ehescheidungsrecht übernommen (vgl. § 15 Abs. 5 LPartG, § 1567 BGB).

Wie auch bei Eheleuten ist die willentliche und zielgerichtete Aufhebung der häuslichen bzw. der ehelichen Lebensgemeinschaft ausschlaggebend. Es muss demnach eine entsprechende und übereinstimmende Trennungserklärung wie bei Ehepartnern abgegeben werden, die eine willentlich dauerhafte Trennung beinhaltet.

Die eingetragene Lebenspartnerschaft endet durch deren familiengerichtlich (§ 661 ZPO) ausgesprochene Aufhebung nach § 15 Abs. 1 LPartG.

Von Oktober 2017 bis Ende 2019 haben insgesamt 26.300 gleichgeschlechtliche Paare ihre eingetragene Lebenspartnerschaft in eine Ehe umwandeln lassen, und 20.600 gleichgeschlechtliche Paare heirateten, ohne zuvor registrierte Lebenspartnerinnen oder Lebenspartner gewesen zu sein.

2019 wurden in Deutschland durch richterlichen Beschluss 1.326 eingetragene gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften aufgehoben. Rund 100 gleichgeschlechtliche Ehen wurden im Jahr 2019 geschieden (Statistisches Bundesamt: Pressemitteilung Nr. 268 vom 15.7.2020). Zum Vergleich: Im Jahr 2019 wurden in Deutschland durch richterlichen Beschluss etwa 149.000 Ehen geschieden.

### 1.3.3 Ehescheidung

Die nur im Rahmen einer anwaltlichen Vertretung (Anwaltszwang) mögliche Ehescheidung (Scheidungssachen: §§ 1564 bis 1568 BGB) bedeutet die Auflösung der Ehe nach Antrag eines oder beider Ehegatten durch gerichtliche Entscheidung (§ 1564 S. 1 BGB, § 121 Nr. 1 FamFG) des Familiengerichts mit Wirkungen für die Zukunft angesichts bestimmter Scheidungsgründe.

Die Ehe kann geschieden werden, wenn sie gescheitert ist, wenn also die Lebensgemeinschaft der Eheleute nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, dass die Eheleute diese wieder herstellen (sog. Zerrüttungsprinzip, § 1565 BGB). Das Zerrüttungsprinzip hat 1976 das bis dahin geltende Verschuldungsprinzip abgelöst. Unwiderlegbar ist die Ehe gescheitert,

- wenn die Ehegatten seit einem Jahr getrennt leben oder
- beide die Scheidung beantragen oder
- der Antragsgegner der Scheidung zustimmt oder
- die Ehegatten bereits seit drei Jahren getrennt leben (§ 1566 BGB).

Eine besondere Spezialität des deutschen Scheidungsverfahrens ist der Verbund von Scheidungs- und Folgesachen, der es dem Familiengericht grundsätzlich ermöglicht, aber nicht in allen Fällen zwingend auferlegt, über die Scheidung der Ehe und die wichtigsten Scheidungsfolgen in ein und demselben Verfahren zu beschließen (sog. Verbund nach § 137 FamFG: Ausnahme z.B. Kindschaftssachen als Folgesache, wenn das Familiengericht die Einbeziehung aus Kindeswohlgründen nicht für sachgerecht hält – § 137 Abs. 3 FamFG). Allein über den Versorgungsausgleich wird zwingend bei der Scheidung entschieden.

Hinsichtlich anderer Verfahrensgegenstände, wie Unterhalt, Zugewinn oder Sorge- bzw. Umgangsrecht gilt, dass der sonstige Eintritt des Verbundes vom verfahrensrechtlichen Verhalten der Beteiligten (früher Parteien) abhängt. Beantragt beispielsweise einer der Eheleute oder eine Regelung der elterlichen Sorge oder regt er ein Umgangsverfahren an, so werden Scheidungs-, Unterhalts-, Sorgerechts- und Umgangsverfahren miteinander verbunden, soweit Entscheidungen für den Fall der Scheidung zu treffen sind.

Wenn also ein Elternteil vor Schluss der mündlichen Verhandlung im Scheidungsverfahren ein Sorgerechts- oder Umgangsverfahren mit dem Ziel anhängig macht, ihm beispielsweise das Sorgerecht allein zu übertragen, kann hieraus ein Sorgerechtsverfahren, verbunden mit dem Scheidungsverfahren, erwachsen (§ 137 Abs. 3 FamFG), solange das Gericht die Einbeziehung aus Gründen des Kindeswohls für sachgerecht hält.

Die gemeinsame elterliche Sorge besteht nach der Elterntrennung oder Scheidung fort. Ein Elternteil oder beide Eltern können jedoch einen Antrag auf Übertragung der gesamten elterlichen Sorge oder von Teilen der elterlichen Sorge stellen (§§ 1671, 1628 BGB) oder auch anregen, dass das Umgangsrecht (§ 1684 BGB) geregelt wird.

Da es sich bei dem elterlichen Sorgerecht nach einer Trennung oder Scheidung weiterhin um ein gemeinsames pflichtgebundenes Recht der Eltern zum Schutze und im Interesse des Kindes handelt, ist faktisch nicht sichergestellt, dass die Pflichtbindung des Elternrechts immer – erst recht nicht nach einer Trennung der Eltern – eine hinreichende Gewähr für eine Harmonisierung von Elterninteressen und Kinderbedürfnissen bietet, z.B.:

1. in Erziehungsfragen – § 1631 Abs. 1, erster Halbsatz BGB,
2. zu Fragen des Aufenthaltes des Kindes – § 1631 Abs. 1, zweiter Halbsatz BGB,
3. zu Fragen des Umfangs der Befugnis zur alleinigen Entscheidung – § 1687 Abs. 2 BGB,
4. zu Fragen des Umgangs des Kindes mit den Eltern – § 1684 Abs. 3 u. 4 BGB,
5. zu Fragen der Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes – § 1686 S. 2 BGB,
6. zu Fragen der Vertretung des Kindes – § 1629 Abs. 2 u. 3 BGB,
7. bei Änderungen des Sorgerechts – § 1696 BGB.

#### **Exkurs: UN-Übereinkommen über die Rechte der Kinder**

In Artikel 18 Abs. 1 der Konvention über die Rechte der Kinder (UN-Übereinkommen über die Rechte der Kinder vom 20.11.1989 – UN-Kinderrechtskonvention), die am 15.7.2010 von der damaligen Bundesregierung ratifiziert wurde, mit dem Hinweis, dass sich die Vertragsstaaten nach besten Kräften zu bemühen haben, die Anerkennung des Grundsatzes sicherzustellen, dass beide Eltern gemeinsam für die Erziehung und Entwicklung des Kindes verantwortlich sind.

Dabei richtet sich die UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK) unter Betonung der gemeinsamen Verantwortung beider Eltern z.B. gegen traditionelle, weltweit noch vorhandene patriarchalische Rechtsordnungen, nach denen das Personensorgerecht ganz oder überwiegend dem Vater vorbehalten ist.

Die Vorbehaltserklärung hat die deutsche Bundesregierung erst am 15.7.2010 zurückgenommen, so dass seit dieser Zeit die Diskriminierung von Flüchtlingskindern nachhaltiger eingedämmt werden könnte und das Kindeswohl in Bezug auf alle Kinder und Jugendliche nach

Art. 3 UN-KRK *vorrangig* (Trenczek/Tammen/Behlert /von Boetticher 2018, S. 76 f.)<sup>9</sup> und nicht nur *angemessen* zu berücksichtigen ist, wie es die Bundesregierung 2021 zur Frage der Integration von Kinderrechten im Grundgesetz vorhatte.

Im April 2021 lautete der Gesetzesentwurf für die Aufnahme von Kinderrechten ins Grundgesetz in dieser viel kritisierten Fassung: „Die verfassungsmäßigen Rechte der Kinder einschließlich ihres Rechts auf Entwicklung zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten sind zu achten und zu schützen. Das Wohl des Kindes ist angemessen zu berücksichtigen. Der verfassungsrechtliche Anspruch von Kindern auf rechtliches Gehör ist zu wahren. Die Erstverantwortung der Eltern bleibt unberührt.“

Auch diese Formulierung wurde am 7.6.2021 verworfen, so dass nun Kindergrundrechte bis auf Weiteres – wieder einmal nicht – im Grundgesetz aufgenommen wurden.

In Deutschland wurde schon lange vor den letzten Familien-, Kindschaftsrechts- und Familienverfahrensrechtsreformen aus Art. 18 Abs. 1 S. 1 der UN-Kinderrechtskonvention der Schluss gezogen, künftig werde die elterliche Sorge auch bei geschiedenen Ehen, bei dauernd getrenntlebenden Eheleuten und bei nichtehelichen Kindern grundsätzlich stets beiden Eltern zustehen.

Ob der Automatismus der Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge ohne Antragstellung der Eltern nach § 1671 BGB, mit der Folge, dass das Kind im Jugendamt und Familiengericht kein Gehör mehr findet, gegen Art. 9 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 2 der UN-Kinderrechtskonvention verstößt, ist rechtlich noch immer nicht geklärt (Johannsen/Henrich 2020, Familienrecht, § 1671 BGB, Rn. 7). Deshalb wird seit Jahren u.a. gefordert, dass eine Umsetzung jeder einzelnen Vorschrift der UN-Kinderrechtskonvention die Aufnahme des Kindeswohlvorrangs in das Grundgesetz verlangt (vgl. hierzu beispielhaft Lütkes/Sedlmayr 2012, 187). Mit dieser Auffassung wird deutlich, dass ebenso Kinderrechte in das Grundgesetz gehören (Peschel-Gutzeit 2008, 472 f.; Hohmann-Dennhardt 2012, 185; Lütkes/Sedlmayr 2012, 187; Völker/Clausius 2021, § 1 Die elterliche Sorge, Rn. 8: „Ob Kinderrechte in der Verfassung verankert werden sollen, ist weiterhin umstritten, aber zu bejahen.“; a.A. Luthé 2014, 94).

Mit der Aufnahme von eigenständigen Kinderrechten in das Grundgesetz (z.B. in Art. 6 GG) würde ein Perspektivwechsel in Richtung mehr eigenständige Rechte für das Kind eingeleitet werden und alle Kinder würden Rechtspersönlichkeiten mit eigenen von der Verfassung geschützten Rechten sein.

Ein weiteres Ziel künftiger realitätsgerechter Grundgesetzänderung wäre die Klarstellung, dass Kinder heute die Förderung nicht nur ihrer Eltern, sondern auch die des Staates benötigen (z.B. Kindertagesstätten, Schulen). Kinder und deren Rechte müssen deshalb auch gestärkt werden, was die Wahrnehmung ihrer eigenen Rechte angeht (Künast 2008, 478; Peschel-Gutzeit 2008, 472 f.).

---

9 Artikel 18 [UN-Konvention über die Rechte der Kinder]

(1) Die Vertragsstaaten bemühen sich nach besten Kräften, die Anerkennung des Grundsatzes sicherzustellen, dass beide Elternteile gemeinsam für die Erziehung und Entwicklung des Kindes verantwortlich sind. Für die Erziehung und Entwicklung des Kindes sind in erster Linie die Eltern oder gegebenenfalls der Vormund verantwortlich. Dabei ist das Wohl des Kindes ihr Grundanliegen.

(2) Zur Gewährleistung und Förderung der in diesem Übereinkommen festgelegten Rechte unterstützen die Vertragsstaaten die Eltern und den Vormund in angemessener Weise bei der Erfüllung ihrer Aufgabe, das Kind zu erziehen, und sorgen für den Ausbau von Institutionen, Einrichtungen und Diensten für die Betreuung von Kindern.

(3) Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen, um sicherzustellen, dass Kinder berufstätiger Eltern das Recht haben, die für sie in Betracht kommenden Kinderbetreuungsdienste und -einrichtungen zu nutzen.

### Fortführung: Trennung und Scheidung aus Ehe

Auch im materiellen Familienrecht und Familiengerichtsverfahren sind trotz etlicher Verbesserungen (z.B. die Beteiligtenstellung des Kindes; Beachtung des Kindeswillens, altersunabhängige Anhörung des Kindes, Bestellung eines Verfahrensbeistands für das Kind) Kinderrechte nach wie vor unterrepräsentiert: Im Familienrecht, Familienverfahrensrecht, Familiengerichtsverfahren, Kinder- und Jugendhilferecht und im neuen Bundeskinderschutzgesetz<sup>10</sup> dominiert der fürsorgliche, helfende, unterstützende Aspekt. Eigene Rechte und Ansprüche des Kindes (z.B. Gestaltungs-, Mitsprache-, und Antragsrechte – Balloff 2012, 216; ders. 2021, 12–13) zur Bewältigung der konkreten Lebenssituation und schwieriger Lebensbedingungen stellen auch außerhalb des Gerichtsverfahrens die Ausnahme dar. Jedoch billigt die aktuelle Fassung des § 8 Abs. 3 SGB VIII dem Kind eine altersunabhängige Handlungsfähigkeit und einen Leistungsanspruch auf Beratung zu (Kunkel/KePERT/Pattar 2016/Bearbeiter: Kunkel/KePERT § 8 SGB VIII, Rn. 23), der über den materiell-rechtlichen Charakter hinaus auch verfassungsrechtliche Bedeutung hat.

Bei unüberwindbaren Interessengegensätzen zwischen Eltern und Kind sollte das Jugendamt oder ein Verfahrensbeistand im Familiengerichtsverfahren, z.B. im Falle einer Trennung und/oder Scheidung der Eltern sowie bei einer Kindeswohlgefährdung die Interessen des Kindes wahrnehmen, um sicherzustellen, dass das Kind im Fall einer (Pseudo-)Einigung der Eltern (z.B. bei einer Alkohol- und Drogenabhängigkeit der Eltern) oder trotz anhaltender Unvereinbarkeiten und Konflikte untereinander oder mit dem Kind auch dort gehört, beachtet und geschützt wird. Eine altersunabhängige Anhörung dieser Kinder im Familiengericht ist nach der Neufassung des § 159 FamFG in diesen Fällen obligatorisch.

Hier haben u.a. auch Kindertagesstätten und Schulen in schweren Konfliktfällen der Eltern untereinander oder mit dem Kind eine besondere Verantwortung wahrzunehmen und gegebenenfalls bei einer Kindeswohlgefährdung im Namen des Kindes nach § 4 Abs. 3 BKiSchG (Bundeskinderschutzgesetz) – übrigens bei Misshandlungen und schwerwiegenden Vernachlässigungen des Kindes auch ein Notwehrrecht für das Kind (§ 34 StGB Rechtfertigender Notstand) – Mitteilungen an das Jugendamt oder Familiengericht und notfalls im Akutfall sogar an die Polizei zu machen.

Da das Kind in seinen Rechten und seiner Subjektstellung immer von einer Trennung und/oder Scheidung der Eltern oder der Eltern/Stiefeltern betroffen ist, muss von einer Verfahrenspflicht

<sup>10</sup> Am 1.1.2012 ist das Bundeskinderschutzgesetz in Kraft getreten. Das Gesetz steht für Verbesserungen im Kinderschutz in Deutschland. Zentrale Grundlagen sind:

- leicht zugängliche Hilfeangebote für Familien vor und nach der Geburt und in den ersten Lebensjahren des Kindes. Alle wichtigen Akteure im Kinderschutz – wie Jugendämter, Schulen, Gesundheitsämter, Krankenhäuser, Ärztinnen und Ärzte, Schwangerschaftsberatungsstellen und Polizei – werden in einem Kooperationsnetzwerk zusammengeführt,
- nachhaltige Stärkung des Einsatzes von Familienhebammen und der Netzwerke "Frühe Hilfen",
- Ausschluss einschlägig Vorbestrafter in der Zusammenarbeit mit Kindern in der Kinder- und Jugendhilfe.
- Verhinderung des "Jugendamts-Hopping": Das Gesetz will sicherstellen, dass bei Umzug der Familie das neu zuständige Jugendamt die notwendigen Informationen vom bisher zuständigen Jugendamt bekommt, die es braucht, um das Kind wirksam zu schützen.
- Befugnisnorm für Berufsheimnisträger zur Informationsweitergabe an das Jugendamt: Häufig ist eine Kindesgefährdung für Ärzte oder andere so genannte Berufsheimnisträger als erste erkennbar. Das Gesetz bietet erstmals eine klare Regelung, die einerseits die Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patient schützt, andererseits aber auch die Weitergabe wichtiger Informationen an das Jugendamt ermöglicht.
- Regelung zum Hausbesuch: Der Hausbesuch wird zur Pflicht – allerdings nur dann, wenn dadurch der wirksame Schutz des Kindes nicht in Frage gestellt ist und seine Durchführung nach fachlicher Einschätzung erforderlich ist.

des Familiengerichts zur Kindesanhörung auch bei Einvernehmen der Eltern ausgegangen werden, zumindest, wenn das Kind nach Alter und Entwicklungsstand in der Lage ist, sich eine eigene Meinung zu bilden (so jetzt auch der BGH bei der Anordnung/Ausübung des Wechselmodells: BGH, Beschluss vom 1.2.2017 – XII ZB 601/15 = NZFam 2017, 206–211; Ivanits 2016a, 7–12, 2016b; Lack/Hammesfahr 2019, Rn. 79; Münchener Kommentar zum FamFG 2018, § 156 FamFG, Rn. 18–20/Bearbeiterin Schumann: Auch der gerichtlich gebilligte Vergleich steht in seinen Wirkungen einer gerichtlichen Entscheidung gleich und stellt einen Vollstreckungstitel nach § 86 Abs. 1 Nr. 2 FamFG dar, so dass das Gericht das Kind regelmäßig auch bei Einvernehmen der Eltern vor Billigung des Vergleichs persönlich anzuhören hat, um den aus Art. 103 Abs. 1 GG abgeleiteten Anspruch des Kindes auf rechtliches Gehör zu gewährleisten. So auch: Johannsen/Henrich/Althammer, 2020/Bearbeiter: Döll, § 159 FamFG, Rn. 1, wohl eher bejahend; sehr differenziert, aber a.A. zu grundsätzlichen Fragen der Anhörung des Kindes bei Einvernehmen der Eltern: Obermann 2015, 1129–1134).

Auch die Regelung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach § 1671 BGB hat nach wie vor zum Inhalt, dass das Kindeswohl die Legitimationsgrundlage der staatlichen Intervention auch in diesem Fall ist, und zwar bei Uneinigkeit der Eltern, oft fern einer Kindeswohlgefährdung. Damit eröffnet das Wohl des Kindes dem Staat nicht nur die Möglichkeit, in die Autonomie der Familie und der Elternrechte einzugreifen, vielmehr wird nach dem Kindeswohlprinzip auch der Grad der Intensität einer Einmischung des Staates vorgegeben. Selbst im Fall einer Einigung der Eltern in allen relevanten Fragen scheidet das Familiengericht und nicht etwa ein Standesamt mit einem fachlich kompetenten Beratungsteam, in dem die Ehe geschlossen wurde.

Um im Fall einer Antragstellung der Eltern eine kindeswohlgerechte Entscheidung treffen zu können, ist das Familiengericht nach wie vor an die dem Kindeswohl zugeordneten Sorgerechtskriterien gebunden, die von der Wissenschaft (z.B. Rechtswissenschaft, Rechtspsychologie, Familienrechtspsychologie, Pädagogik) und Rechtsprechung entwickelt worden sind.

Entscheidend sind dabei vor allem die Belange des Kindeswohls, wie die Qualität der Beziehungen und Bindungen des Kindes, nicht etwa moralische Anrechte eines Elternteils auf das Kind. Alter und Geschlecht des Kindes begründen kein Vorrecht des einen oder anderen Elternteils, wie auch bei der Sorgerechtsverteilung Väter und Mütter gleiche Rechte haben. Einen Mutter- oder Vätervorrang gibt es grundsätzlich aus psychologischer Sicht nicht (mehr). Die Bedeutung des Vaters für eine gesunde Entwicklung des Kindes scheint mittlerweile in Deutschland unter wissenschaftlichen Aspekten nicht mehr umstritten zu sein (Balloff 2011, 349, mit weiteren Nachweisen; Castellanos 2021, Rn. 416 – 425; Müller 2011; Brüner 2016, obwohl es bei Platzierungs- und Umgangsfragen immer noch erhebliche Konflikte geben kann; Salzgeber 2020, Rn. 545–546).

## 2 Vermittlung bei Trennung und Scheidung

### 2.1 Vermittlung im familiengerichtlichen Verfahren

Die Rechte des Kindes zu stärken, ist am besten erreichbar, wenn sich die Erwachsenen – Eltern und die anderen am Sorge- oder Umgangsrechtsverfahren Beteiligten – verantwortungs- und respektvoll sowie einfühlsam und feinfühlig der Bedürfnisse, Wünsche und Vorstellungen der Kinder annehmen, deren Wünsche und Willen zur Kenntnis nehmen und für sie und mit

ihnen ein am Wohlergehen des Kindes ausgerichtetes Ergebnis anstreben und erreichen (Balloff 2013b, 307). Hinzuzufügen ist, dass die Sicherung des Kindeswohls primär die Elternpflicht umfasst (Balloff 2021, 10–20, 14).

Dieses Konzept der „Intersubjektivität“ und „Subjekthaftigkeit“ (vor allem auch des Kindes) entspricht heute mehr denn je einem psychologischen Grundverständnis im professionellen Umgang mit Menschen, über diese nach Möglichkeit nicht zu befinden und zu bestimmen. Vielmehr sollte mit den Eltern und deren Kinder, also in Zusammenarbeit mit ihnen Einvernehmen hergestellt und (siehe auch §§ 156, 158, 163 Abs. 2 FamFG), Gestaltungs- sowie Lösungsmöglichkeiten angesprochen, diskutiert und angestrebt werden (Balloff 2002; 2012; 2013a; Huber/Ulrich 2019, 358–381; Zumbach/Lübbelshausen/Volbert/Wetzels 2020, 102 ff.).

Diese psychologischen Erkenntnisse, die sich schon längst in rechtliche Vorgaben und Überzeugungen integriert haben, eher mit den Beteiligten ein Einvernehmen herzustellen und bestenfalls eine kindgerechte Ergebnis zu finden, als über diese eine Entscheidung zu treffen, und hierbei auch ein besonderes Augenmerk auf die Belange des Kindes zu richten, ist mittlerweile weit mehr als 20 Jahre eine juristisch abgesicherte fachliche Evidenz.

In § 156 Abs. 1 FamFG (in der Fassung vom 26.7.2012) ist festgelegt, dass das Familiengericht in Kindschaftssachen, die

- die elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung,
- den Aufenthalt des Kindes,
- das Umgangsrecht oder
- die Herausgabe des Kindes,

betreffen, in jeder Lage des Verfahrens auf ein Einvernehmen der Beteiligten hinwirken soll, wenn dies dem Kindeswohl nicht widerspricht.

Das Familiengericht „weist auf die Möglichkeiten der Beratung durch Beratungsstellen und -dienste der Träger der Jugendhilfe insbesondere zur Entwicklung eines einvernehmlichen Konzepts für die Wahrnehmung der elterlichen Sorge und elterlichen Verantwortung hin“ (§ 156 Abs. 1 S. 2 FamFG). Das Gericht kann auf eine Mediation (Krabbe/Thomsen 2017; Freitag/Richter 2019) und andere außergerichtliche Streitbelegungskonzepte hinweisen und sogar anordnen, dass die Eltern an einer Beratung nach Satz 2 teilnehmen (z.B. nach §§ 17, 18, 28 SGB VIII) (Meysen 2014, FamFG § 156, Rn. 4–17).

Diese schwierige Aufgabe einer Konfliktregulierung unter Beteiligung aller Familienangehörigen in der Trennungs- und Scheidungsfamilie wird nur gelingen, wenn sich Eltern, Rechtsanwälte, Verfahrensbeistand, Mitarbeiter im Jugendamt, gegebenenfalls auch der psychiatrische oder psychologische Sachverständige und die Familienrichter und Familienrichterinnen bemühen, auch mit dem Kind eine Klärung aller schwierigen Fragen herbeizuführen. So sollten sie beispielsweise den Aufenthalt und damit den Wohnsitz oder auch die beiden Wohnsitze des Kindes bestimmen oder die Kontakte zu dem Elternteil stabilisieren, bei dem sich das Kind bisher nicht überwiegend aufhält, und die Kontakte (Umgang nach § 1684 BGB) zu diesem und zu allen anderen bedeutsamen Personen des Kindes festlegen (§ 1626 Abs. 3 BGB), die im § 1685 BGB angeführt sind (beispielsweise leibliche Großeltern mütterlicher- und väterlicherseits, Geschwister – § 1685 Abs. 1 S. 2 BGB).

Gleiches gilt für enge Bezugspersonen des Kindes, wenn diese für das Kind tatsächliche Verantwortung tragen oder getragen haben (sozial-familiäre Beziehung), den Ehegatten oder früheren

Ehegatten sowie den Lebenspartner oder früheren Lebenspartner eines Elternteils, der mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Lebensgemeinschaft gelebt hat, und für Personen, bei denen das Kind längere Zeit in Familienpflege war (§ 1685 Abs. 2 S. 1 BGB).

## 2.2 Einvernehmenorientiertes Vorgehen

Aus der Erkenntnis, dass ungelöste Trennungs-, Scheidungs-, Sorge- und Umgangsrechtskonflikte außerordentlich bedeutsame Risikofaktoren für Kinder und letztlich auch für die Eltern darstellen, spezielle auf die Hochkonflikt-, Problem-, Trennungs- und Scheidungsfamilie zugeschnittene Beratungs- und Interventionsmodelle entwickelt (Hötker-Ponath 2011, 136 f.; Walper/Fichtner/Normann 2011; Bergau 2014; Fichtner 2015; Alle 2017).

Eine Mediation, Beratung, Familientherapie oder Psychotherapie mit dem Elternpaar (Bornstein/Bornstein 1993; Doherty/McDaniel 2012; Moll-Vogel 2013; Krabbe/Thomsen 2017), der Familie, mit einzelnen Personengruppen, die Subsysteme der Familie darstellen, oder mit der gesamten Familie kommt häufig erst dann zustande, wenn dysfunktionale Abläufe in der Interaktion und Kommunikation ein weiteres sinngebendes Beieinanderbleiben und Zusammensein im Paar- oder Familienverband erschweren oder unmöglich machen.

Die psychologische oder sozialpädagogische Beratung umfasst in ihrer ursprünglichsten Form Informationen und Klärungshilfe (Sickendiek/Nestmann 2003, 155), Erziehungsberatung (Körner/Hörmann 2000) und Familienberatung (Menne/Hundsals 2000; Buchholz-Graf/Vergho 2000; Menne/Schilling/Weber 1993; von Schlippe & Schweitzer 2016).

Die meisten Theorien der Familientherapie (Schweitzer-Rothers 2000; Doherty/McDaniel 2012) im Sinne familienorientierter Interventionen beinhalten zunächst gleichermaßen die Erklärung und Behebung oder Reduzierung psychischer, psychosomatischer oder psychosozialer Symptome, Störungen oder Dysfunktionen aller Art durch Bereitstellung von Wissen und Erweiterung der Handlungskompetenzen mit dem Ziel, vorhandene Ressourcen und Entwicklungspotentiale in unterschiedlichen Lebensbereichen und Lebensphasen nutzbar sowie neue Handlungsalternativen möglich zu machen. In der Familientherapie geht es also auch darum, zu erkennen, wie psychische Probleme und Beziehungsprobleme aus der Funktionsweise und Dynamik der Familiensysteme heraus entstehen (so schon Minuchin/Nichols 1993; Doherty/McDaniel 2012, 39). Seit den 1970er und 1980er Jahren gewannen Perspektiven der Kybernetik<sup>11</sup> und der Systemtheorie einen starken Einfluss auf alle Richtungen der Familientherapie, so dass in modernen Formen der Familientherapie die Familie immer auch als ein System verstanden wird, in dem Wechselwirkungen zwischen den Mitgliedern der Familie von großer Bedeutung sind.

Eine Differenzierung und Abgrenzung zwischen Familienberatung und Familientherapie ist durchaus möglich, indem der Beratungsbegriff zunächst in Bezug auf eine inhaltsbezogene und eine personenbezogene Beratung unterschieden wird, die sich in dem einen Fall schwerpunktmäßig auf die Sachebene bezieht und im anderen Fall auch die Gefühls- und Kränkungsebene miterfasst. Eine zeitgemäße psychologische Beratung und Erziehungsberatung sollten immer

---

11 Die Lehre von der Kybernetik ist hier gemeint als Wissenschaft von der Steuerung und Regelung komplexer Systeme.

auch ressourcenorientiert sein und somit als entwicklungsoptimierende und präventive Intervention angesehen werden.

Bezogen auf Ratsuchende bietet eine Erziehungsberatung somit Hilfe und Unterstützung in schwierigen Lebenssituationen an, begleitet Kinder bei ihren Entwicklungsschritten und unterstützt Familien in aktuellen Krisen.

Das Familiengericht kann anordnen, dass die Eltern an einer Beratung teilnehmen, die von den Beratungsstellen und Beratungsdiensten der Träger der Kinder- und Jugendhilfe angeboten werden (vgl. § 156 Abs. 1 S. 4 iVm S. 2 FamFG – Musielak/Borth/Grandel 2018, § 156 FamFG, Rn. 2). Diese Anordnung kann zwar als Zwischenentscheidung nicht mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden. Im Fall einer Weigerung der Eltern oder eines Elternteils kann jedoch nach § 81 Abs. 2 Nr. 5 eine Kostensanktion ausgesprochen werden, die allerdings nach dem Verursacherprinzip nur die Kosten umfasst, die durch die Weigerung entstanden sind (Meysen 2014, § 156 FamFG, Rn. 14; Reiners/Schmelter 2019, 66–71,68).

Dagegen kann eine Psychotherapie unter Einschluss auch der Familientherapie als diejenige Interventionsmaßnahme angesehen werden, die auf der Grundlage einer Diagnose eine akute Symptombehandlung und Symptomreduzierung beinhaltet, also eine Heilbehandlung, gleichgültig ob man von einer Patientin, einem Patienten, einer Inexpatientin, einem Inexpatienten oder dem „Patient Familie“ redet, unter Beachtung eines remedialen (wörtlich: zurück zur Mitte hin) und ebenfalls präventiven Ansatzes. Eine Familientherapie umfasst beispielsweise beim Vorliegen einer Schizophrenie oder Borderline-Störung auch die Behandlung dieser Störung mit Krankheitswert.

Das Mediationsgesetz ist am 26.7.2012 in Kraft getreten. Mediation ist, anders als eine Psychotherapie oder Familientherapie eine Methode, die Konflikte durch Verhandeln (Vermitteln), nicht aber durch Behandeln löst. Dabei unterscheidet sich die Mediation von allen anderen beratenden und therapeutischen Interventionen durch einen spezifischen Umgang mit den Ratsuchenden, der trotz Aufklärung und Wissensvermittlung nicht Beratung, das Erteilen von Ratschlägen oder eine Psychotherapie beinhaltet, sondern lediglich eine Vermittlung zwischen den Ratsuchenden anstrebt (vgl. etwa Balloff 1995; Balloff/Walter 1993; Haynes/Bastine/Link/Mecke 1993; Bundeskonferenz für Erziehungsberatung 1995; Paul/Zurmühl 2008; Krabbe/Thomsen 2017, die ausdrücklich für die Einbeziehung von Kindern und Jugendlichen plädieren; Ivanits 2016a, 7–12, diskutiert ausführlich die Beteiligungsrechte von Kindern im familiengerichtlichen Verfahren und in der Mediation).

Vermittlung in diesem Sinne umfasst somit zunächst

1. Sammlung von Informationen,
2. Sortieren und Ordnen dieser Informationen,
3. Definition der Problemfelder,
4. Erarbeiten sowie Ausprobieren von Alternativen.

Mediation beruht, vergleichbar dem Vorgehen in der Beratung und Therapie, grundsätzlich auf (Altmann/Müller 2003, 136–154, 141):

- Freiwilligkeit,
- Selbstbestimmung,
- Fairness,
- Flexibilität,

- Chancengleichheit,
- Zukunftsorientierung,
- Einvernehmlichkeit und der
- Achtung unterschiedlicher Interessen und Verantwortlichkeiten.

Die wichtigsten Grundsätze der Mediation sind nach den Vorgaben der Bundesarbeitsgemeinschaft für Familien-Mediation (1998) das Prinzip

- der Freiwilligkeit der Teilnahme,
- der Neutralität des Vermittlers,
- der Informiertheit der Ratsuchenden und
- der Vertraulichkeit.

So ähnlich thematisiert auch das MediationsG die Grundzüge der Mediation, ohne jedoch den Begriff der „Partei“ aufzugeben oder Kinder als denkbare Beteiligte anzuführen: „§ 1 (1) Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben“. Das hatte zur Folge, dass einige Vorschriften im Familienverfahrensrecht (FamFG) geändert wurden: z.B. Vorschlagsrecht des Familiengerichts, eine Mediation in Anspruch zu nehmen (§ 36a FamFG); verfahrenseinleitender Antrag nach § 23 Abs. 1 S. 2 FamFG; Vergleich § 36 Abs. 5 FamFG; Kostenpflicht nach § 81 Abs. 2 Nr. 5 FamFG; Vorrang und Beschleunigungsgebot nach § 155 Abs. 4 FamFG; Hinwirken auf Einvernehmen nach § 156 Abs. 1 S. 3 FamFG – Paul/Pape 2012, 464 ff.).

Das Prinzip der Freiwilligkeit stellt zwar bei allen auf Einvernehmen ausgerichteten Interventionen einen wichtigen Grundsatz dar. Dennoch haben Interventionen wie Beratung oder die Teilnahme an einer Informationsveranstaltung an einer Mediation, die vom Gericht angeordnet werden, insbesondere bei wenig beratungsgeneigten und hochstrittigen Eltern mehr Erfolg als strikt nach dem Prinzip der Freiwilligkeit zu verfahren (§ 156 Abs. 1 S. 3 u. 4 FamFG).

Der Gesetzgeber hat sich allerdings darauf beschränkt, den Eltern durch das Familiengericht letztlich nur ein kostenfreies Informationsgespräch über Mediation oder über eine sonstige Möglichkeit der außergerichtlichen Konfliktbeilegung bei einer vom Gericht benannten Person oder Stelle (§ 156 Abs. 1 S. 3 FamFG) und die Erziehungsberatung auferlegen zu können (§ 156 Abs. 1 S. 4 FamFG), nicht aber die Teilnahme an einer Mediation nach dem Informationsgespräch, was aus psychologischer Sicht nach wie vor nicht verständlich oder stichhaltig ist. Beide Interventionen sind nicht dafür konzipiert, wie bei einer Psychotherapie, in das Persönlichkeitsrecht der Beteiligten einzugreifen.

Die Mediation umfasst gleichermaßen eine zielorientierte und zeitlich begrenzte Intervention von wenigen Stunden innerhalb eines überschaubaren Zeitraumes von meist wenigen Wochen oder Monaten bei Konflikten und Krisen aller Art, geht also über den Bereich der Familienmediation weit hinaus (zu denken ist beispielsweise auch an eine Durchführung der Mediation in der Kindertagesstätte, der Schule, bei Mietstreitigkeiten, in der Wirtschaft, der Arbeitswelt, der Politik usw.).

Die Mediation bezieht nach Möglichkeit jeden vom Konflikt Betroffenen mit ein und umfasst sinnvollerweise eine durch den Mediationsprozess begleitete Probephase. So gesehen ähnelt die Mediation am ehesten einer streng fokussierten Beratung.