



Hochschule für
Wirtschaft und Recht Berlin
Berlin School of Economics and Law

**Gerichtliche Entscheidungen zum Wohle des Kindes:
Ermittlung, Verfahren und Rechtsprechung
bei Sorgerechts- und Umgangskonflikten**

Masterarbeit

zur Erlangung des akademischen Grades eines Master of Laws (LL.M.)
im Studiengang
Betreuung/Vormundschaft/Pflegschaft
an der
Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin

vorgelegt von Margarete Hucht

Erstgutachter: Dr. Rainer Balloff
Zweitgutachter: Prof. Dr. Jan Eickelberg, LL.M.
Eingereicht am: 31.01.2020

INHALTSVERZEICHNIS

Vorbemerkung	1
A. KINDESWOHL ALS RECHTSBEGRIFF	2
I. Auslegung im „Lichte des Grundgesetzes“	4
II. Rechtskonkretisierung im Einzelfall	4
III. „Im Schatten der Vergangenheit“ - Historische Perspektive	6
a. Kindeswohl als richterlicher Entscheidungsmaßstab, 1938	6
b. Kindeswohl als Maxime elterlichen Handelns, 1958	7
IV. Grundrechtspositionen des Kindes und der Eltern	8
a. Natürliches Elternrecht vs. staatliches Wächteramt	8
b. Kind als Rechtssubjekt im Kinderschutz	9
c. Kindeswohl als Eingriffslegitimation	9
aa. Prognose-Entscheidungen	11
bb. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	14
aaa. Unzulässigkeit der Anordnung einer Psychotherapie	15
bbb. Mediation und psychosoziale Beratung	16
ccc. Scheitern eines „begleiteten Umgangs“	16
cc. Sekundäre Kindeswohlgefährdung	17
dd. Lebensrisiko des Kindes	17
d. Wächterfunktion - Graubereich - Schlichterfunktion	18
V. Steuer- und Lenkungsfunktion des Art. 6 Abs. 2 GG im Verfahren	19
a. Grenzen und Schranken des Elternrechts	20
b. Heranwachsendes Kind, abschmelzendes Elternrecht	20
c. „Grundrechtsgeflecht“ und Kindeswohl, Prüfmaßstäbe	22
d. Trennung und Scheidung: (Un-)Teilbares Elternrecht	23
aa. Auswirkungen auf die elterliche Sorge	25
bb. Anordnung eines Wechselmodells	29
e. „Leitbild gemeinsamer elterlicher Sorge“ - Einordnung	32
B. KINDESWOHL IM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH	35
I. Erziehungsleitbilder von 1980	36
II. Übersicht: Positiver Kindeswohlstandard	37
a. § 1626 Abs. 2 BGB (= partizipative Erziehung)	37
b. § 1631a BGB (= Rücksicht auf Eignungen und Neigungen)	38
c. § 1626 Abs. 3 S.1, § 1684 Abs. 1 BGB (= Umgang mit beiden Eltern)	38
d. § 1684 Abs. 2 BGB (= Wohlverhaltensklausel)	39
f. § 1626 Abs. 3 S.2, § 1685 Abs. 1 u. 2 BGB (= sozial-familiäres Netzwerk)	40
g. § 1631 Abs. 2 BGB (= gewaltfreie Erziehung)	40
III. Prüfmaßstäbe für Entscheidungen bei Schlichterfunktion des Staates	40
a. Positive Kindeswohlprüfung - „im besten Sinne“	41

b. Kindeswohldienlichkeit - „ist dienlich“	41
c. Negative Kindeswohlprüfung - „widerspricht nicht“	41
IV. Prüfmaßstab für Entscheidungen bei Wächterfunktion des Staates	42
V. Kriterien des Kindeswohls: Psychologische Rechtsbegriffe	43
a. Rolle der Familienrechtspsychologie	43
b. Etablierte rechtspsychologische Kategorien	43
c. Methodische Hinweise und Diskurs	45
d. Kindeswohl als „Herstellungsprinzip“	46
aa. Bindung als Grundbedürfnis des Kindes	47
bb. Wille des Kindes	48
cc. Kontinuitätsgrundsatz	50
C. ERMITTLUNG UND VERFAHREN IN KINDSCHAFTSSACHEN	51
I. Kindeswohl-Prinzip und Grundrechtsschutz im Verfahren	51
a. Nicht-Öffentlichkeit	52
b. Keine förmliche Vernehmung des Kindes	52
c. Amtsermittlung	52
d. Freibeweis / Strengbeweis	53
II. Aufnahme des Verfahrens, mögliche Konstellationen	55
a. Amtsverfahren	55
b. Antragsverfahren	56
c. Umgangsverfahren - Einordnung	58
d. Abänderungsverfahren	59
III. Vorrang- und Beschleunigungsgebot	61
a. Früher erster Termin - Erörterung der Kindeswohlgefährdung	61
b. Einstweilige Anordnung	63
IV. Verfahrensbeistand - „Interessenvertretung des Kindes“	64
a. Aufgaben im Verfahren	65
b. Beschwerderechte / Verfassungsbeschwerde	67
V. Rechtliches Gehör	67
a. Persönliche Anhörung der Eltern	68
b. Persönliche Anhörung des Kindes	68
VI. (Doppel-)Rolle des Jugendamts	69
a. Mitwirkung als sozialpädagogische Fachbehörde	70
b. Verfahrensbeteiligung des Jugendamts	71
c. Exekutiv-Gewalt und „Vier-Augen-Prinzip“	72
VII. Hinwirken auf Einvernehmen	72
a. Außergerichtliche Konfliktklärung	72
b. Vergleich	73
D. SCHLUSSBETRACHTUNG	73
Literaturverzeichnis	75

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
DFGT	Deutscher Familiengerichtstag
dh	das heißt
eA	einstweilige Anordnung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FF	Forum Familienrecht - Fachzeitschrift
Fn	Fußnote
FPR	Familie, Partnerschaft, Recht - Fachzeitschrift
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
h.M.	herrschende Meinung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
iS / iSd / iSv	im Sinne / im Sinne des bzw. der / im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JAMt	Das Jugendamt – Zeitschrift für Jugendhilfe und Familienrecht
KindRG	Kindschaftsreformgesetz
KKG	Bundeskinderschutzgesetz
KRK	UN-Kinderrechtskonvention
LS	Leitsatz
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht - Fachzeitschrift
OLG	Oberlandesgericht
o.S.	ohne Seitenangabe
Rn	Randnummer
RPsych	Rechtspsychologie - Zeitschrift für Familienrecht, Strafrecht, Kriminologie und Soziale Arbeit
s.g.	so genannte/genannter
st. Respr.	ständige Rechtsprechung
ua	unter anderem / unter anderen
uU	unter Umständen
zB	zum Beispiel
ZfF	Zeitschrift für Familienforschung
ZKJ	Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe

Vorbemerkung

Wenn Minderjährige in ihrer Familie misshandelt, vernachlässigt oder gar getötet werden, zeigt der Finger der Empörung oft auf das Jugendamt.¹ Der zweite Protagonist des Kinderschutzes, die Familiengerichtsbarkeit, steht dagegen weniger im Fokus der Öffentlichkeit.

Dies war im Herbst 2017 anders. Im so genannten Staufener Missbrauchsfall waren eklatante Fehler in einem Kinderschutzverfahren ans Licht gekommen, die in den Verantwortungsbereich des Amtsgerichts Freiburg und des OLG Karlsruhe fielen.²

Über Jahre war ein Junge im Grundschulalter durch seine Mutter und deren Lebensgefährten auf schwerste Weise sexuell missbraucht worden und als Sexualobjekt über das Darknet weiteren Männern gegen Geld angeboten und von diesen ebenfalls missbraucht worden. Dem Gericht blieb dies in einem Kinderschutzverfahren über zwei Instanzen schlichtweg verborgen. So gelangte der Junge nach einer Inobhutnahme durch das Jugendamt zurück in den Haushalt der Mutter, wo weitere Taten stattfanden. Erst eine anonyme Anzeige führte zur Verhaftung der Mutter und des Lebensgefährten.³

In Folge dieses Justizskandals bekam ein lange virulentes Thema, - die als unzureichend beklagte Ausbildung von Familienrichter*innen⁴ - , neue Aktualität: Laut einer empirischen Erhebung fühlten sich im Zeitraum 2014 bis 2016 die wenigsten Familienrichter*innen auf ihr Aufgabengebiet vorbereitet; bei einem nicht unerheblichen Teil führte dies zu dem Wunsch, nicht in diesem Bereich eingesetzt zu werden.⁵ Einmal mehr wurden nun die Forderung einer besseren Ausbildung diskutiert⁶ und verpflichtende Fortbildungen gefordert⁷. Ein entsprechender Passus wurde in den Koalitionsvertrag der amtierenden Bundesregierung aufgenommen⁸, eine Reflexion der eigenen „Fehlerkultur“ durch die Familiengerichte angemahnt⁹.

¹ zB Breisgau, 2016, <https://www.faz.net/aktuell/fall-alessio-jugendamt-geht-strauffrei-aus-14359825.html> <Online-Abruf am 27.12. 2019>

² Schäder, NZFam 2019, 605; zur rechtlichen Aufarbeitung des Missbrauchsfalls in Staufen: Balloff, RPpsych 2018, 443ff. und Salgo, ZfF 2016, 191ff.

³ Zur Chronologie des Falls, siehe Abschlussbericht Staufen, 2018, 33f.

⁴ Das Gender-Sternchen verwende ich iS einer geschlechtergerechten Sprache im Text regelmäßig, aber aus Gründen der Lesbarkeit nicht konsequent.

⁵ Bindel-Kögel/Hoffmann/Schone , Verfahrensgestaltung des Familiengerichts, 2017, 232, 279f.

⁶ zB 22. DFGT, 28.6.- 1.7. 2017, https://www.dfgt.de/resources/2017_Arbeitskreis_22.pdf <Online-Abruf am 18.12. 2019>

⁷ Nach § 23b GVG darf ein Richter auf Probe im ersten Jahr nach seiner Ernennung Geschäfte des Familienrichters nicht wahrnehmen. Darüber hinausgehende gesetzliche Anforderungen an die Ernennung von Familienrichter*innen bestehen bislang nicht; vgl. BT-Drucks. 19/8568, 4, dazu Anhörung im Bundestag am 25.9. 2019, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2019/kw39-pa-recht-richter-653760> <Online-Abruf am 18.12. 2019>

⁸ „Wir befürworten Fortbildungen für Richterinnen und Richter insbesondere an Familiengerichten und streben verbindliche Regelungen in Abstimmung mit den Ländern an“, so im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 12.3. 2018, 133, https://www.bundestag.de/resource/blob/543200/9f9f21a92a618c77aa330f00ed21e308/kw49_koalition_koalitionsvertrag-data.pdf. <Online-Abruf am 3.12. 2019>, als zu unverbindlich kritisiert von Fegert/Kliemann, FF 2018, 223ff.; Scheiwe NZFam 2018, 312, 314 u. Fn 25.

⁹ Heilmann, FamRZ 2018, 1797ff.

Der „Fall Staufen“ stellte somit die Frage nach den besonderen juristischen Herausforderungen eines Kinderschutzverfahrens, also nach den Grundlagen einer richterlichen Entscheidung und danach, was Familienrichter*innen (eigentlich) wissen müssen.

Diese Frage greife ich in der vorliegenden Masterarbeit als Leitgedanken auf. Dabei befasse ich mich mit der Rolle des Gerichts a) bei Gefährdungen des Kindeswohls und b) in Verfahren aufgrund hochstrittiger Paarkonflikte.

Die Arbeit umfasst drei Blöcke: Im Teil A und B thematisiere ich die Anwendung grundrechtlicher und einfachrechtlicher Normen in Kindschaftssachen gemäß § 151 Nr. 1 u. 2 FamFG und arbeite die Unterschiede zwischen *Kinderschutzverfahren* sowie *Sorge- und Umgangsverfahren bei Hochstrittigkeit* heraus. Im Teil C stelle ich die Zusammenhänge zwischen den betroffenen Grundrechten, dem materiellem Recht des BGB und dem Verfahrensrecht des FamFG vertiefend dar. Wegen der vielfältigen Verknüpfungen der drei normativen Regelungsebenen im Kindschaftsrecht lässt sich diese Gliederung nicht immer trennscharf einhalten, so dass im Text, wenn dies sinnvoll ist, auch Querverweisungen in andere Abschnitte der Abhandlung zu finden sind.

A. KINDESWOHL ALS RECHTSBEGRIFF

Das Kindeswohl steht nach allgemeinem Verständnis für ein Rechtsgut, das sich auf die Lebensbedingungen von Kindern und Jugendlichen, auf ihr körperliches und seelisches Wohlergehen sowie auf ihre gesunde Entwicklung bezieht.¹⁰

Ganz anders verhält es sich im BGB, dem in Kindschaftssachen maßgeblichen materiellen Recht, sowie im FamFG. Hier wird der Kindeswohl-Begriff als eine Art *Platzhalter*¹¹ verwendet, was immer wieder die Frage aufgeworfen hat, ob dem Kindeswohl als Rechtsbegriff überhaupt ein normativer Gehalt zukommt.¹²

Durch § 1697a BGB wird das Kindeswohl zugleich zum *Leitprinzip* des gesamten materiellen Kindschaftsrechts. Diese Norm verpflichtet die Familiengerichte explizit auf eine Entscheidung, die unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten sowie der berechtigten Interessen der Beteiligten dem Wohl des Kindes am besten entspricht.¹³ Dies führt zu einer paradoxen Situation: Obwohl das Kindeswohl im Kindschaftsrecht als Leitprinzip omnipräsent ist, kommt es als „deskriptives Tatbestandsmerkmal“¹⁴ nicht vor.

Auch höheres Recht, das GG oder die EMRK, bestimmen den Kindeswohl-Begriff nicht positiv, denn sie verzichten ganz auf seine Verwendung. Das BVerfG wiederum erkennt im Kindeswohl die „oberste Richtschnur“¹⁵, nach der die Eltern die Pflege und Erziehung auszurichten

¹⁰ Schöne, Zur Definition des Begriffs Kindeswohlgefährdung, 2017, 17; idS auch Dettenborn/Walter, Familienrechtspsychologie, 2016, 70ff.

¹¹ So in § 156 Abs. 1 S. 1 und § 156 Abs. 2 FamFG, im BGB wird das Kindeswohl lediglich in § 1626 Abs. 3 BGB näher bestimmt.

¹² Coester, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983, 134.

¹³ MüKoBGB/Olzen BGB § 1697a Rn1; Parr, Kindeswohl, 2005, 162.

¹⁴ Staudinger/Coester (2016) BGB § 1666, Rn 66.

¹⁵ zB BVerfG v. 18. 5. 2009 - 1 BvR 142/09, BVerfGK 15, 509.

haben. Das Kindeswohl gewinnt in dieser Lesart Vorrang gegenüber den Wünschen, Bedürfnissen und Zielen der Eltern. Mit dem Kindeswohl verbindet das BVerfG den Auftrag an die Eltern, die Belange des Kindes treuhänderisch wahrzunehmen.¹⁶

Im Völkerrecht findet sich das Kindeswohl erstmals im Jahr 1989 in Art. 3 Abs. 1 der UN-Kinderrechtskonvention als „the best interests of the child“¹⁷ - hier werden unter Kindeswohl die *Kindesinteressen* verstanden. Die Originalformulierung der KRK knüpft demnach an der *Person des Kindes* an und setzt einen anderen Akzent als der deutsche Begriff des Kindeswohls, wenngleich dieser in der deutschen Übersetzung der KRK verwendet wird.¹⁸

Die kurze Bestandsaufnahme macht deutlich, dass sich das Kindeswohl den gewohnten Kategorien der Rechtsauslegung entzieht. Dies liegt daran, dass es als unbestimmter Rechtsbegriff eine *Generalklausel*¹⁹ ist, eine sehr allgemein formulierte Rechtsvorschrift also, die „dies und das“ bedeuten kann. IdS spiegelt das Kindeswohl Wertungen und den fachlichen Erkenntnisstand der jeweiligen Zeit.²⁰ Da die Auslegung des Kindeswohls an ebendiese Wertungen gebunden ist, besteht „die Gefahr eines Missbrauchs durch richterliche Willkür“²¹ - ein Vorteil kann wiederum in der „Elastizität und Flexibilität des Rechts“ gesehen werden. „Dies widerspricht jedoch den Forderungen nach Stabilität und Berechenbarkeit des Rechts“²², wie Parr feststellt.

Die methodischen Herausforderungen für die Auslegung des Kindeswohls sind daher spezielle. Ausgangspunkt für die Bestimmung des Rechtsbegriffs ist die in § 1666 Abs. 1 BGB normierte Kindeswohlgefährdung als negative Begrenzung des Kindeswohls.²³ Ausgehend von dieser Norm erkennt Coester im Kindeswohl den „Auftrag zur richterlichen Rechtskonkretisierung, d.h. zur schöpferischen Umsetzung des Gesetzeszwecks für den Einzelfall“²⁴. Unklar bleibt dabei zunächst, auf welche Weise die schöpferische, fallbezogene Normauslegung die Möglichkeit einer missbräuchlichen Normanwendung abwenden soll, bietet das „Schöpferische“ doch erst recht erhebliche Interpretationsspielräume.

¹⁶ Wapler, Das Kindeswohl: individuelle Rechtsverwirklichung im sozialen Kontext, 2017, 30.

¹⁷ Vgl. Schumann, Kindeswohl, 2008, 169, 170, Fn 3.

¹⁸ Wapler, Umsetzung und Anwendung der Kinderrechtskonvention in Deutschland / Rechtsgutachten für das BMFSFJ, 2017, 7.

¹⁹ Staudinger/Coester (2016) BGB § 1666 Rn 66.

²⁰ Staudinger/Coester (2016) BGB § 1666 Rn 66; Coester, Kindeswohlgefährdung, 2008, 19, 31.

²¹ Parr, Kindeswohl, 2005, 2; zum Kindeswohl als Generalklausel auch Wapler, Umsetzung und Anwendung der Kinderrechtskonvention in Deutschland / Rechtsgutachten für das BMFSFJ, 2017, 13.

²² Parr, Kindeswohl, 2005, 2 - mit Nachweisen.

²³ Vgl. Staudinger/Coester (2016) BGB § 1666 Rn 81; Heilmann/Cirullies, Praxiskommentar Kindschaftsrecht, § 1666 BGB, Rn 1, dort als „Ermächtigung“ iSd. Art. 6 Abs. 3 GG.

²⁴ Staudinger/Coester (2016) BGB § 1666 Rn 66; st. Respr. des BVerfG zu Generalklauseln: BVerfG v. 10.10. 1961 – 2 BvL 1/59 , BVerfGE 3, 225: „(...) daß nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts selbst die schöpferische Füllung weiter Lücken auf der Grundlage einer richtungweisenden Generalklausel eine herkömmliche und stets bewältigte richterliche Aufgabe ist.“

I. Auslegung im „Lichte des Grundgesetzes“

Familiengerichtliche Entscheidungen können „Schicksal spielen“ und Fehlentscheidungen für das Leben der verfahrensbeteiligten Kinder und Eltern durch staatliche Gewalt bedeuten. Kindschaftsrechtliche Familiensachen haben in dieser Perspektive immer eine verfassungsrechtliche Dimension. Sie fallen unter den Schutz der Familie.

Die verfassungsrechtliche Dimension von Art. 6 Abs. 2 u. 3 GG beeinflusst auch das Verfahrensrecht und seine Umsetzung im Kindschaftsrecht.²⁵ Das gerichtliche Verfahren muss in seiner Ausgestaltung dem Gebot effektiven Grundrechtsschutzes entsprechen.²⁶

Zugleich steht das familienrechtliche Verfahren „unter dem Dach“ der umfangreichen Grundrechtsdogmatik der mehr als 70-jährigen bundesdeutschen Verfassungsgeschichte. Die Präzisierung insbesondere des Art. 6 Abs. 2 GG, des s.g. Elternrechts, durch umfangreiche höchstrichterliche Rechtsprechung ist ein (gewaltiger) Resonanzraum für Sorgerechts- und Umgangsentscheidungen und muss entsprechend bei der (schöpferischen) richterlichen Rechtskonkretisierung „mitgedacht“ werden. Die Auslegung des Einzelfalls „im Lichte des Grundgesetzes“ verlangt von Familienrichter*innen in Verfahren zur elterlichen Sorge und zum Umgang, dass sie ab der ersten Instanz - also in den Amtsgerichten - Sachverhalte anhand grundrechtsdogmatischer Fragestellungen bewerten und entscheiden.

II. Rechtskonkretisierung im Einzelfall

Da das Kindeswohl inhaltlich stark von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls abhängig ist und objektive Merkmale nur sehr eingeschränkt bestimmt werden können, muss der Fokus der richterlichen Amtsermittlung gemäß § 26 FamFG darauf liegen, wie die Interessen der betroffenen Kinder erhoben, aktenkundig gemacht und ausgewertet werden. Der Ermittlungsprozess muss transparent durchgeführt und dokumentiert werden, sein Ergebnis nachvollziehbar dargestellt werden. Für die Betroffenen einer staatlichen Maßnahme muss erkennbar sein, auf welche Gründe das Gericht seine Entscheidung stützt (= Rechtsstaatsprinzip, vgl. Art. 20 Abs. 3 GG).²⁷ Insofern ist das Kindeswohlprinzip „nach inzwischen nahezu einhelliger Meinung in der deutschen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung im deutschen Recht unmittelbar anwendbar und daher so zu behandeln wie jedes andere Bundesgesetz auch“²⁸, konstatiert Wapler.

Im kindschaftsrechtlichen Verfahren ist es entsprechend die richterliche Aufgabe, in der Entscheidungsbegründung - konkret und auf den Einzelfall bezogen - darzulegen, warum einzelnen Belangen Vorrang gewährt wird, anderen aber nicht. Werden zB Kindesbelange als nachrangig bewertet, so muss dies sachlich begründet sein.²⁹ Der Objektivität von Kindeswohl-Entscheidungen sind unter diesen Umständen immer (enge) Grenzen gesetzt. Sie ist an die *Regel*

²⁵ BGH v. 26.10. 2011 – XII ZB 247/11, Rn 30, NJW 2012, 151, 153; Schmidt, FamRB 2016, 205.

²⁶ BGH v. 26.10. 2011 - XII ZB 247/11, Rn 30, NJW 2012, 151, 153; BVerfG v. 5.12. 2008 – 1 BvR 746/08, FamRZ 2009, 399.

²⁷ Wapler, Umsetzung und Anwendung der Kinderrechtskonvention in Deutschland / Rechtsgutachten für das BMFSFJ, 2017, 14.

²⁸ Wapler, Umsetzung und Anwendung der Kinderrechtskonvention in Deutschland / Rechtsgutachten für das BMFSFJ, 2017, 17 - mit Nachweisen.

²⁹ Wapler, Umsetzung und Anwendung der Kinderrechtskonvention in Deutschland / Rechtsgutachten für das BMFSFJ, 2017, 15.

von *Abwägung und Begründung* gebunden und kann nicht über diese hinausreichen.³⁰ Entsprechend hoch sind die Sorgfaltspflichten des Gerichts zu bewerten.

Methodisch herausfordernd ist ein kindschaftsrechtliches Sorge- oder Umgangsverfahren vor allem deshalb, weil das Gericht die Kategorien der Bewertung des Einzelfalls selbst (er-)schaffen muss. Coester ordnet der Konkretisierung des Kindeswohls im Einzelfall *drei aufeinander aufbauende Aufgabenblöcke* zu, die vor der Beschlussfassung durch das Familiengericht zu bewältigen sind. Diese sind:

1. Unverkürzte Erfassung des individuellen Sachverhalts,
2. Herausschälung eines maßgeblichen Tatbestands
3. Aufbau eines korrespondierenden Wertesystems für den jeweiligen Fall;

dies - so Ernst ergänzend - unter Hinzuziehung außerrechtlicher Maßstäbe zur Vervollständigung des Kindeswohl-Begriffs, hier insbesondere wissenschaftlicher Erkenntnisse, die im Einzelfall auch mittels Sachverständigengutachten nutzbar zu machen sind.³¹

Das Kindeswohl ist also zunächst eine *Black Box*. Das Gericht als unabhängige und überparteiliche Instanz muss einen Zugang zur Lebenssituation des Kindes und seiner Eltern erst finden. Dabei hat es die im Konflikt miteinander verstrickten Rechtspositionen zu analysieren und schließlich so zu ordnen, dass die Kernprobleme im Eltern-Kind-Verhältnis offengelegt und zugleich bestmöglich entschärft und befriedet werden können.³²

Die Konkretisierung im Einzelfall betrifft dabei zum einen die Frage der *Grundrechtspositionen der im Verfahren Beteiligten* (= des Kindes und der Erwachsenen), zum anderen das zentrale Regelungsanliegen des Familienrechts, den *Schutz von Kindern und Jugendlichen*. Als Schlüsselbegriff des Kinderschutzes muss der Kindeswohl-Begriff daher nach Dettenborn auch ein „Instrument zur Auslegung von Kindesinteressen“ sein, wozu es als unbestimmter Rechtsbegriff zunächst nicht brauchbar ist. Anwendbar idS ist der Kindeswohl-Begriff erst dann, wenn man seinem „interdisziplinären Charakter“ gerecht wird.³³ Für Jurist*innen bedeutet dies, dass sie ihre Fachkompetenz überschreiten müssen und neben rechtlichen auch psychologische, soziologische und ethische Aspekte ins Verfahren einbringen.³⁴

Diese Feststellung Dettenborns entspricht in der Berufspraxis von Familienrichter*innen dem Erwartungshorizont, dem sie sich stellen müssen. Der Hintergrund ist naheliegend: Familiengerichtliche Entscheidungen benötigen einen übergeordneten *Begründungszusammenhang*. Dieser kann aus der sorgfältigen Sachverhaltsanalyse (allein) nicht hergestellt werden. Sofern Richter*innen bei der Bewertung des Einzelfalls aber ein korrespondierendes Wertesystem erst erschaffen müssen, benötigen sie dafür - entsprechende - korrespondierende Kompetenzen. Zu-

³⁰ Vgl. Wapler, Umsetzung und Anwendung der Kinderrechtskonvention in Deutschland / Rechtsgutachten für das BMFSFJ, 2017, 15 u. 17.

³¹ Staudinger/Coester (2016) BGB § 1666, Rn 66, ergänzt durch Ernst, FamRB 2016, 361, 363.

³² Kritik an der aktuellen Rechtspraxis äußert Hammer, FamRZ 2018, 89, er hält die Frage „nach den grundsätzlichen rechtlichen Strukturen der Konfliktentscheidung“ für nicht ausreichend beantwortet.

³³ Dettenborn, FPR 2003, 293, 294.

³⁴ Dettenborn, FPR 2003, 293, 294; vgl. Dettenborn, Kindeswohl und Kindeswille, 2017, 9, dort mit dem Hinweis, dass die Überschreitung der Grenzen des jeweiligen Fachgebietes „kontrolliert und reflektiert“ geschehen solle; Scheiwe, NZFam 2018, 312, 316.

dem sind sie auf Kooperation angewiesen. Deshalb ist in kindschaftsrechtlichen Verfahren vor dem Familiengericht das Jugendamt anzuhören. Und zunehmend werden psychologische Gutachten auch bei der gerichtlichen Schlichtung von Elternkonflikten eingeholt.³⁵

Salgo hat einen Katalog an Fähigkeiten und Kenntnissen aufgestellt³⁶, die außerhalb des juristischen Ausbildungsbereichs liegen, aber unverzichtbar zur familienrichterlichen Grundausbildung gehören sollten. Zur Herstellung von kindschaftsrechtlichen Begründungszusammenhängen ist demnach fachliche Expertise ua in folgenden Bereichen notwendig:

- Methoden der Kindesanhörung³⁷;
- Auswahl geeigneter Gutachter und richtige Fragestellung;
- Umgang mit jugendamtlichen Stellungnahmen;
- Auswirkungen von häuslicher Gewalt auf Kinder;
- Folgen von Traumatisierungen;
- Bedeutung von Kontinuität, Bindung und Trennung im Kindesalter;
- Wirkung von Hochstrittigkeit der Eltern auf Kinder;
- Möglichkeiten und Grenzen von „Hilfen zur Erziehung“ nach dem SGB VIII sowie von Beratung und Mediation;
- Bewertung von Kindeswille und Kindeswohl.

III. „Im Schatten der Vergangenheit“ - Historische Perspektive

Das Kindeswohl-Prinzip in § 1697a BGB bindet die Familiengerichte, jedoch nicht den Gesetzgeber.³⁸ Im deutschen Recht ist das völkerrechtliche Kindeswohl-Prinzip aus Art. 3 Abs. 1 KRK bisher nicht übergreifend für alle Rechtsgebiete gesetzlich geregelt.³⁹ Für ein vertieftes Verständnis der Zurückhaltung bei der Bestimmung des Kindeswohls soll der rechtshistorische Hintergrund kurz dargestellt werden.

a. Kindeswohl als richterlicher Entscheidungsmaßstab, 1938

In der deutschen Rechtsgeschichte gewinnt das Kindeswohl als *Entscheidungsmaßstab im Elternkonflikt* erstmals im Ehegesetz von 1938 an Bedeutung.⁴⁰ Die Entstehung des Kindeswohls als Rechtsbegriff steht damit in unmittelbarer Verbindung mit Interessen der nationalsozialistischen, deutschen Diktatur. Für die Zuweisung der Personensorge im Falle der Scheidung waren

³⁵ Wapler, Das Kindeswohl: individuelle Rechtsverwirklichung im sozialen Kontext, 2017, 23.

³⁶ Salgo, ZfF 2016, 191, 202.

³⁷ Dazu BVerfG v. 5.11. 1980 -1 BvR 349/80, BVerfGE 55, 171: „Das Problem der kindgerechten Anhörung kann (...) letztlich nicht vom Gesetzgeber gelöst werden. Es ist vielmehr die schwere Aufgabe des Familienrichters, die Anhörung möglichst weitgehend entsprechend den individuellen Verhältnissen zu gestalten.“ Vgl. Balloff, FamRZ 2019, 938ff., dort mit Hinweisen für die Praxis.

³⁸ Wapler, Umsetzung und Anwendung der Kinderrechtskonvention in Deutschland / Rechtsgutachten für das BMFSFJ, 2017, 21.

³⁹ Wapler, Umsetzung und Anwendung der Kinderrechtskonvention in Deutschland / Rechtsgutachten für das BMFSFJ, 2017, 19 - dort auch der Hinweis, dass der Bund für eine solche Norm die Gesetzgebungskompetenz hätte, von ihr jedoch bislang keinen Gebrauch gemacht hat.

⁴⁰ Schumann, Kindeswohl, 2008, 169, 170f.

nach §§ 81, 82 EheG 1938⁴¹ nicht mehr die Scheidungsschuld oder Kriterien wie Alter und Geschlecht des Kindes maßgeblich.⁴² Vielmehr bekam das Vormundschaftsgericht die Aufgabe, die dem Kindeswohl am besten entsprechende Entscheidung zu treffen.⁴³

Nach Parr brachte diese gesetzliche Reform zwar eine Stärkung der Position des Kindes. Sie war jedoch durch Rassengesetzgebung und das eugenische Recht geprägt sowie von dem Gedanken beeinflusst, „gleichzeitig einen staatlichen Machtzuwachs über die Erziehungsgewalt der Kinder zu gewinnen“⁴⁴; dem stellte sich der Parlamentarische Rat bei der Erarbeitung des Grundgesetzes vom 23. Mai 1949 bewusst entgegen.

b. Kindeswohl als Maxime elterlichen Handelns, 1958

Die Mütter und Väter des Grundgesetzes verzichteten - als Antwort auf die Erfahrungen der NS-Diktatur - darauf, das Elternrecht in ein übergeordnetes staatliches Erziehungskonzept einzubinden. Damit grenzten sie sich auch von der Weimarer Reichsverfassung ab.⁴⁵ Betont wurde als Konsequenz aus den Erfahrungen der NS-Zeit vielmehr der Vorrang elterlicher vor staatlicher Verantwortung.⁴⁶ Elternautonomie und elterliches Erziehungsprimat wurden zum (Gegen-)Entwurf und grundlegend für das Aufwachsen von Kindern in der Bundesrepublik; anders als in der DDR, wo Kinder zu „aktiven Erbauern des Sozialismus“⁴⁷ herangezogen werden sollten.

Unter dem Dach des Grundgesetzes wurde in Westdeutschland allerdings erst wieder das am 1. Juli 1958 in Kraft getretene *Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts* zum Ausgangspunkt für eine neue Entwicklung im Verständnis des Kindeswohls. Das Gesetz sprach die elterliche Gewalt Vater und Mutter in § 1627 BGB 1958⁴⁸ gemeinsam zu und wies beide Eltern dazu an, diese im gegenseitigen Einvernehmen zum Wohle des Kindes auszuüben. Das Kindeswohl wurde erstmals zur *Maxime elterlichen Handelns* erhoben.⁴⁹

⁴¹ § 81 Abs. 1, § 82 Abs. 2 EheG 1938: „Ist die Ehe geschieden, so bestimmt das Vormundschaftsgericht, welchem Ehegatten die Sorge für die Person eines gemeinschaftlichen Kindes zustehen soll. Maßgebend ist, was nach Lage der Verhältnisse dem Wohl des Kindes am besten entspricht.“; „Das Vormundschaftsgericht kann den Verkehr näher regeln. Es kann ihn für eine bestimmte Zeit oder dauernd ausschließen, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes dient.“

⁴² Schumann, Kindeswohl, 2008, 169, 170f.

⁴³ Dazu ausführlich Parr, Kindeswohl, 2005, 66f.; rezipiert bei. Schumann, Kindeswohl, 2008, 169, 171; vgl. auch Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, 56.

⁴⁴ Parr, Kindeswohl, 2005, 66 u. 78.

⁴⁵ Art. 120 der Weimarer Reichsverfassung vom 11.8. 1919: „Die Erziehung des Nachwuchses zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit ist oberste Pflicht und natürliches Recht der Eltern, über deren Betätigung die staatliche Gemeinschaft wacht.“

⁴⁶ Schumann, Kindeswohl, 2008, 169, 175 - mit Nachweisen.

⁴⁷ Salgo, Rechtswissenschaften / Handbuch Erziehung, 2013, 235, 236.

⁴⁸ § 1627 BGB 1958: „Die Eltern haben die elterliche Gewalt in eigener Verantwortung und in gegenseitigem Einvernehmen zum Wohle des Kindes auszuüben. Bei Meinungsverschiedenheiten müssen sie versuchen, sich zu einigen.“

⁴⁹ Schumann, Kindeswohl, 2008, 169, 171f.

IV. Grundrechtspositionen des Kindes und der Eltern

Das Kind als Person, um die das Kindeswohl-Prinzip kreist, kommt im Grundgesetz zwar vor, allerdings nur in seinem Verhältnis zu den Eltern. Pflege und Erziehung der Kinder sind nach dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Das Kind nimmt hier die Rolle eines „Erziehungspfleglings“ in elterlicher Obhut ein. Seine Rolle als Subjekt des Rechts, das eigene Interessen hat und diese auch durchsetzen möchte, ist damit noch offen bzw. unbeschrieben. Anerkannt ist heute jedoch allgemein, dass das Kind - *als Mensch* - Träger aller Grundrechte ist.⁵⁰ Entsprechend hat der Staat auch gegenüber dem Kind für die Gewährung aller Grundrechte einzustehen.

Das Eltern-Kind-Verhältnis des GG kann sich somit nicht in der „Erziehungspflege“ des Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG erschöpfen, sondern muss in weiteren Dimensionen gedacht und nachvollzogen werden. Zu nennen sind hier die (Grund-)Rechtsbeziehungen von Eltern und Kind untereinander, wobei die Eltern auch als Eltern-*teile*, - idR als Vater und Mutter -, in einer (Rechts-)Beziehung zum Kind auftreten können. Hinzu kommen die jeweiligen Grundrechtsbeziehungen von Eltern und Kind zum Staat.

Es entstehen also *Dreiecks- oder sogar Vierecksverhältnisse* zwischen Grundrechtsträgern - das sind die Eltern bzw. Elternteil 1 und Elternteil 2 plus Kind/Kinder - und dem Staat. Zu Recht wird Art. 6 GG daher als ein „komplexes Grundrecht“⁵¹ bezeichnet, das im Kind-schaftsrecht in eben dieser Komplexität zum Tragen kommt.

a. Natürliches Elternrecht vs. staatliches Wächteramt

Gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ist das Elternrecht iSd Verfassung ein „natürliches Recht“, das den Eltern nicht vom Staate verliehen worden ist, sondern von diesem *als vorgegebenes Recht* anerkannt wird. Die Eltern können also grundsätzlich frei von staatlichen Einflüssen und Eingriffen nach eigenen Vorstellungen darüber entscheiden, wie sie die Pflege und Erziehung ihrer Kinder gestalten und ihren „Erziehungspflegling“ aufziehen.⁵²

Das Elternrecht ist dennoch kein Freiheitsrecht im Sinne einer Selbstbestimmung der Eltern, sondern es wird zum Schutze des Kindes gewährt. Dies beruht auf dem Gedanken, dass in aller Regel den Eltern das Wohl des Kindes mehr am Herzen liegt als irgendeiner anderen Person oder Institution.⁵³

In Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG sind elterliches Recht und elterliche Pflicht von vornherein unlöslich miteinander verbunden. Die Pflicht ist dabei nach der Grundrechtsdogmatik des BVerfG nicht eine das Recht *begrenzende* s.g. Schranke, sondern ein *wesensbestimmender* Bestandteil dieses „Elternrechts“, das insoweit treffender als „Elternverantwortung“ bezeichnet werden

⁵⁰ BVerfG v. 29.7. 1968 - 1 BvL 20/63, 1 BvL 31/66, 1 BvL 5/67, BVerfGE 24, 119; Peschel-Gutzeit, NZFam 2014, 433, 434.

⁵¹ Schumann, Gutachten, 2018, 13.

⁵² Vgl. BVerfG v. 9.2 1982 – 1 BvR 845/79, BVerfGE 59, 360.

⁵³ Vgl. BVerfG-K v. 29.11. 2012 – 1 BvR 335/12 Rn 21, BVerfGK 20, 135: „Das Elternrecht dient dem Schutz des Kindes und beruht auf dem Grundgedanken, dass in aller Regel Eltern das Wohl des Kindes mehr am Herzen liegt als irgendeiner anderen Person oder Institution.“

kann.⁵⁴ Elternverantwortung und Kindeswohl bilden idS keinen Gegensatz, sondern bedingen einander. Im kindschaftsrechtlichen Verfahren ist daher immer die Frage zu beantworten, wie und in welchem Umfang der Staat in das elterliche Erziehungsrecht (überhaupt) gestaltend eingreifen darf. Grundsätzlich gilt die widerlegbare Vermutung, dass sich Eltern bei der Wahrnehmung ihrer Elternverantwortung von Natur aus vom Kindeswohl leiten lassen.⁵⁵

b. Kind als Rechtssubjekt im Kinderschutz

Das Kind ist nach einer richtungsweisenden Grundsatzentscheidung des BVerfG vom 29. Juli 1968 zugleich ein Wesen mit eigener Menschenwürde und dem eigenen Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit.

Das BVerfG stellt in der Entscheidung klar: Eine Verfassung, welche die Würde des Menschen in den Mittelpunkt ihres Wertsystems stellt, kann bei der Ordnung zwischenmenschlicher Beziehungen grundsätzlich niemandem *Rechte an der Person eines anderen* einräumen, die nicht zugleich plichtgebunden sind und die *Menschenwürde* des anderen respektieren.⁵⁶

Das Kind als Grundrechtsträger hat daher selbst Anspruch auf den Schutz des Staates. Wenn Eltern bei der Wahrnehmung ihrer Elternverantwortung versagen, greift das Wächteramt des Staates nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Abs. 3 GG ein. Der Staat ist (dann) nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Pflege und Erziehung des Kindes sicherzustellen.⁵⁷

Im Licht der Verfassung bekommt das Kindeswohl nunmehr Kontur. Wenngleich das Kindeswohl „kein genuiner und originärer Rechtsbegriff“ ist, wie Jestaedt festhält, gewinnt es durch Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG rechtliche Gestalt und rechtlichen Gehalt. Das Kindeswohl stellt demnach „eine spezifische Adaption der Menschenwürde (...) angesichts der Sondersituation des Kindes“⁵⁸ dar. Nach Wapler umfasst der Kindeswohl-Begriff idS „das, was ein Kind braucht, um in seiner Würde geachtet zu sein und seine Persönlichkeit zu entfalten“; das Kindeswohl sei nicht mit den Grundrechten gleichzusetzen, sondern werde zur „Bedingung der Grundrechtsverwirklichung“ erklärt.⁵⁹

c. Kindeswohl als Eingriffslegitimation

Während Vater und Mutter Pflege und Erziehung ihrer Kinder idS einer *primären* (= natürlichen) Schutzfunktion für das Kind als ‚wesensbestimmenden Bestandteil‘⁶⁰ ihrer Elternschaft für das Kind ausüben, ist die dem Wächteramt entsprechende staatliche Schutzfunktion eine nachgeord-

⁵⁴ BVerfG v. 29.7. 1968 – 1 BvL 20/63, BVerfGE 24, 119.

⁵⁵ Schumann, Kindeswohl, 2008, 169, 177.

⁵⁶ BVerfGE 24, 119 Rn 58; noch deutlicher BVerfG v. 1.4. 2008 - 1 BvR 1620/04 = FPR 2008, 238: „Denn das Kind ist nicht Gegenstand elterlicher Rechtsausübung, es ist Rechtssubjekt und Grundrechtsträger, dem die Eltern schulden, ihr Handeln an seinem Wohl auszurichten.“

⁵⁷ BVerfGE 24, 119 Rn 58.

⁵⁸ Jestaedt, M., Kindeswohl und Elternprimat - Das Konzept des Grundgesetzes. Thesenpapier, Evangelische Akademie Boll 2005, <https://www.ev-akademie-boll.de/fileadmin/res/otg/651205-Jestaedt.pdf> <Online-Abruf am 18.12. 2019>; vgl. Jestaedt, Das Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern, 2012, 13, 27; Staudinger/Coester (2016) BGB § 1666 Rn 3.

⁵⁹ Wapler, Das Kindeswohl: individuelle Rechtsverwirklichung im sozialen Kontext, 2017, 19.

⁶⁰ BVerfGE 24, 119.

nete und unterstützende bzw. eine *subsidiäre*.⁶¹ Erst im Gefahrenfall hat das Kind ein Schutzrecht aus Art. 2 Abs. 1 u. 2 GG, das der Staat für das Kind *gegenüber* den Eltern wahrnehmen muss. Einfachrechtlich ist die staatliche Schutzfunktion für das Kind in §§ 1666, 1666a BGB normiert.

Gemäß dem Vorrang elterlicher *vor* staatlicher Verantwortung bleibt das Wohl des Kindes dem pflichtgebundenen Elternrecht aber gleichsam *innewohnend* - und zwar idS, dass die Elternverantwortung *von Natur aus* auf das Wohl des Kindes ausgerichtet ist.⁶² Eine Trennung des Kindes von seinen Eltern gegen deren Willen stellt entsprechend den stärksten Eingriff in das Elterngrundrecht dar. Art. 6 Abs. 3 GG erlaubt dies nur, wenn die Eltern versagen oder wenn das Kind aus anderen Gründen zu verwahrlosen droht.

Dabei berechtigt nicht jedes Versagen oder jede Nachlässigkeit der Eltern den Staat, auf der Grundlage des ihm nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG zukommenden Wächteramts die Eltern von der Pflege und Erziehung ihres Kindes auszuschalten oder diese Aufgabe selbst zu übernehmen.⁶³ Wann und in welchem Ausmaß die Schutzfunktion für das Kind von den Eltern ganz oder in Teilen auf das staatliche Wächteramt übergeht und gegenüber dem Kind als Träger subjektiver Rechte greift, hängt (allerdings) nicht vom Grad der Verantwortungslosigkeit der Eltern ab, sondern grundrechtsdogmatisch von den *Auswirkungen des elterlichen Verhaltens auf das Wohl des Kindes*.⁶⁴

Die „entscheidende“ Grenze zwischen einem Graubereich elterlicher Erziehung und konkreter Kindeswohlgefährdung richtet sich nach dem Maßstab, den der BGH seit 1956 vorgibt. Die Entziehung des Sorgerechts setzt demnach „eine gegenwärtige, und zwar in einem solchen Maße vorhandene Gefahr voraus, dass sich bei der weiteren Entwicklung der Dinge eine erhebliche Schädigung des geistigen oder leiblichen Wohls des Kindes mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt“⁶⁵. Ergänzend gibt „traditionell“ auch das BVerfG einen strengen materiellen Maßstab vor.⁶⁶ Der Staat kann einen Entzug der elterlichen Sorge nur dann legitimieren, wenn das elterliche Fehlverhalten ein solches Ausmaß erreicht, dass das Kind bei den Eltern in seinem körperlichen, geistigen oder seelischen Wohl nachhaltig gefährdet wäre. Die Annahme einer nachhaltigen Gefährdung des Kindes setzt voraus, dass bereits ein Schaden des Kindes eingetreten ist oder sich eine erhebliche Schädigung mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt.⁶⁷

⁶¹ Staudinger/Coester BGB § 1666 Rn 1; Schumann, Gutachten, 2018, 13.

⁶² BVerfG v. 9.2. 1982 - 1 BvR 845/79, BVerfGE 59,360; vgl. Schumann, Kindeswohl 2008, 169, 177.

⁶³ BVerfG v. 19.11. 2014 – 1 BvR 1178/14 Rn 23.

⁶⁴ BVerfG v. 19.11. 2014 – 1 BvR 1178/14.

⁶⁵ BGH v. 14.7. 1956 - IV ZB 32/56, FamRZ 1956, 350 = NJW 1956, 1434.

⁶⁶ Britz, FamRZ, 2015, 793, 794 u. Fn 4.

⁶⁷ BVerfG v. 19.11. 2014 – 1 BvR 1178/14, NJW 2015, 223.

aa. Prognose-Entscheidungen

Wenn eine Schädigung des Kindes als Tatbestand festgestellt wird oder aber ein Tatbestand bekannt wird, der eine erhebliche und/oder nachhaltige Schädigung des geistigen oder leiblichen Wohls des Kindes mit ziemlicher Sicherheit vorhersehen lässt⁶⁸, dann kann (oder muss) das Kind oder der/die Jugendliche unter den Umständen des Einzelfalls und nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gemäß §§ 1666 1666a BGB⁶⁹ von der Familie getrennt werden. Dann - und nur dann - ist der Staat durch Art. 6 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Abs. 3 GG zum Eingriff in das Elternrecht legitimiert. Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt für die Entziehung der Sorge sind vor allem die Grundrechte des Kindes aus Art. 2 Abs. 1 GG (= freie Entfaltung der Persönlichkeit) und aus Art. 2 Abs. 2 GG (= körperliche Unversehrtheit).⁷⁰

Die Gerichte haben in diesen Fällen Prognose-Entscheidungen zu treffen, was besondere rechtliche Herausforderungen mit sich bringt. Im Abschlussbericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe zum Staufener Missbrauchsfall heißt es dazu.,„Die Prognose über die Kindeswohlgefährdung ist oftmals schwierig zu treffen und birgt stets das Risiko einer Fehleinschätzung in sich.“⁷¹

Präzisierungen, die das BVerfG in jüngerer Zeit bezüglich der Auslegung des § 1666 BGB vorgenommen hat, wurden in der Literatur intensiv diskutiert⁷², haben aber auch für Verunsicherung⁷³ gesorgt oder gar zur Verbreitung von Legenden⁷⁴ beigetragen. Ausgelöst wurde die Debatte, weil das BVerfG allein im Jahr 2014 in acht Entscheidungen einen familiengerichtlich angeordneten Sorgerechtsentzug aufgrund von Fehlern oder nicht hinreichender Begründung aufgehoben hatte.⁷⁵ Klargestellt wurde durch die Kontrollen des BVerfGs insbesondere:

- Eine Übertragung des Sorgerechts auf das Jugendamt muss *geeignet* sein, die Gefahr zu beseitigen; dazu müssen wirksame sowie zumutbare jugendamtliche Maßnahmen auf absehbare Zeit tatsächlich zur Verfügung stehen.

- Auch nachteilige Folgen, die (erst) durch die familiengerichtlich angeordneten Maßnahmen entstehen können, sind *angemessen* zu berücksichtigen.

- Eine Trennung allein aufgrund einer in der Vergangenheit liegenden Gefährdungslage, die nicht mehr fortbesteht, ist unzulässig, weil sie nicht (mehr) *erforderlich* ist..

⁶⁸ Vgl. zB BVerfG v. 13.7. 2017 – 1 BvR 1202/17, NZFam 2017, 795; BVerfG v. 19.11. 2014 – 1 BvR 1178/14, NZFam 2015, 86; BVerfG v. 27.8. 2014 - 1 BvR 1822/14, FamRZ 2014, 1772; BVerfG v. 14.6. 2014 – 1 BvR 725/14, NJW 2014, 2936.

⁶⁹ Wobei die in § 1666 Abs. 3 BGB genannten „milderen Mittel“ auf Rechtsfolgenseite nicht erschöpfend sind und Beispielcharakter haben, vgl. Ernst, FPR 2011, 195, 197.

⁷⁰ Britz, NZFam 2016, 1113, 1114.

⁷¹ Abschlussbericht Staufen, 2018, 8f.

⁷² Vgl. ua JAmt, 2015, 286ff.: Die Zeitschrift dokumentiert den Workshop „Anforderungen an familiengerichtliche Entscheidungen im Kinderschutz“ v. 20.3. 2015 in Heidelberg, https://www.dijuf.de/files/downloads/2015/JAmt_H.6_2015.pdf <Online-Abruf am 28.12. 2019>

⁷³ So Gärditz, FF 2015, 341.

⁷⁴ Britz, FF 2018, 3, 6: „Obwohl die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts ihre Entscheidungen in der Regel nicht in der Sache kommentieren, sahen wir uns sogar veranlasst, explizit der durchaus gefährlichen Legende entgegenzutreten, in Kinderschutzverfahren dürfe es nach Karlsruher Maßgaben ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht zur, sei es auch nur vorläufigen, Fremdunterbringung kommen.“

⁷⁵ Staudinger/Coester (2016) BGB § 1666, Rn 304a.

- Maßnahmen der Jugendämter müssen von Verfassung wegen auf eine Rückkehr der Kinder zu ihren Eltern hinwirken (vgl. § 37 Abs. 1 S. 2 SGB VIII).⁷⁶

Seit 2019 wird außerdem ein neuer dogmatischer Prüfmaßstab des BGH zur Prüfung eines - auch teilweisen - Sorgerechtsentzugs diskutiert.⁷⁷ Dieser rückt die *Wahrscheinlichkeit eines potenziell eintretenden Tatbestands* bei der Ermittlung einer geeigneten, angemessenen und verhältnismäßigen Rechtsfolge in den Vordergrund. Demnach sollen der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts und die Schwere des staatlichen Eingriffs in das Elternrecht in ein Verhältnis gesetzt und abgewogen werden. In dem Beschluss vom 6. Februar 2019 heißt es dazu: „Die Differenzierung der Wahrscheinlichkeitsgrade auf der Tatbestandsebene und der Rechtsfolgenseite ist geboten, um dem Staat einerseits ein – gegebenenfalls nur niederschwelliges – Eingreifen zu ermöglichen, andererseits aber im Rahmen der Verhältnismäßigkeit eine Korrekturmöglichkeit zur Verfügung zu stellen, mittels derer ein übermäßiges Verhalten des Staates vermieden werden kann, und zwar letztlich auch zum Wohle des Kindes.“⁷⁸.

In dem zugrundeliegenden Fall waren einer alleinsorgeberechtigten Mutter für ihre zehnjährige Tochter das Recht zur Aufenthaltsbestimmung und das Recht zur Antragstellung nach dem SGB VIII entzogen worden: Die Mutter lebte mit einem neuen Lebenspartner zusammen, der wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern zu einer Bewährungsstrafe verurteilt worden war. Per Skype hatte dieser Mann einige Jahre lang Mädchen im Internet nachgestellt und sie dort aufgefordert, ihm Nacktbilder zu schicken. Im Rahmen einer Schutzvereinbarung hatte der Verurteilte gegenüber dem Jugendamt erklärt, aus der Wohnung mit der Mutter ausziehen. Gleichwohl war das Mädchen vom Jugendamt in Obhut genommen worden. Das Missbrauchsrisiko für das Kind war von einem Sachverständigen mit 30 % angegeben worden; das Rückfallrisiko für den Lebensgefährten mit 10 bis 15 % unter günstigen Rahmenbedingungen und mit weniger als 50 % unter ‚ernsteren‘ oder ‚sehr ernsten‘ Schwierigkeiten.

Der BGH hob den angefochtenen Beschluss des OLG Karlsruhe auf. Dabei betonte er, dass bei Maßnahmen nach § 1666 BGB eine konkrete Gefährdung vorliegen müsse.⁷⁹ Eine nur abstrakte Gefährdung genüge nicht, um ein Kind von der Familie zu trennen, schließlich müsse der drohende Schaden für das Kind erheblich sein.⁸⁰ Eine von einem Sachverständigen festgestellte Rückfall-Wahrscheinlichkeit mache eine individuelle Untersuchung und Beurteilung nicht entbehrlich.⁸¹

Die Entscheidung zeigt, welche Probleme den Familiengerichten das Abwägen mit Risiko-Wahrscheinlichkeiten macht. Grundsätzlich ist zu fragen, wann und unter welchen Umständen es geboten sein kann, über nachhaltige körperliche und/oder seelische Schädigungen von Kindern (= minderjährigen Rechtssubjekten) mit mathematischen Wahrscheinlichkeiten zu „spekulieren“ bzw. ob und inwiefern die Rolle von Sachverständigen dabei unzulässig strapa-

⁷⁶ Gärditz, FF 2015, 341, 343f. - mit Nachweisen in Fn 33-41.

⁷⁷ zB Schäder, NZFam 2019, 605ff.

⁷⁸ BGH v. 6.2.2019 – XII ZB 408/18 4. Leitsatz u. Rn 35, NZFam 2019, 342.

⁷⁹ BGH v. 6.2.2019 – XII ZB 408/18 Rn 18.

⁸⁰ BGH v. 6.2.2019 – XII ZB 408/18 Rn 19.

⁸¹ BGH v. 6.2.2019 – XII ZB 408/18 Rn 37.

ziert wird. Völlig zu Recht mahnt der BGH daher die *präzise Begründung* eines staatlichen Eingriffs - ausgehend von den *tatsächlichen Verhältnissen* - an.⁸²

Der BGH verzichtet jedoch darauf zu diskutieren, ob ein kindschaftsrechtlicher Sachverhalt, der die Grundrechte *aller* Beteiligten berücksichtigen muss, überhaupt auf einen *Wahrscheinlichkeits*-Tatbestand und die daraus resultierende Rechtsfolge reduziert werden kann. Festzuhalten ist, dass der Prüfmaßstab des BGH nicht dem Modell der mehrdimensionalen Rechtskonkretisierung (nach Coester; vgl. Abschnitt A. II.) entspricht, sondern den Entscheidungsweg formaler Logik wählt („Wenn A, dann B“). Dies birgt das Risiko, dass einzelne Grundrechtspositionen - insbesondere die des Kindes - entweder übersehen werden oder nicht das ihnen zustehende Gewicht in der richterlichen Abwägung bekommen. So war es auch bei dem vom Bundesgerichtshof zur Revision angenommenen Fall, denn das in Obhut genommene Mädchen litt unter der Trennung von der Mutter.⁸³

Noch problematischer ist bei dem Prüfansatz des BGH die Relativierung der *tatsächlichen und aktuellen Gefährdungssituation*. Der neue Prüfmaßstab führt eben „nicht zu einer Erweiterung des Handlungsspielraums der Familiengerichte“, wie Schäder zutreffend feststellt, sondern läuft Gefahr, Schadensaspekte zu übersehen, weil er auf Tatbestandsebene nicht das Schadensausmaß in den Blick nimmt, „sondern die Prüfung ausschließlich auf den Aspekt der Schadenseintrittswahrscheinlichkeit fokussiert“.⁸⁴ Trotz einer Argumentation, die den Nachweis einer konkreten Gefährdung in den Mittelpunkt rückt, erhebt der Bundesgerichtshof hier (selbst) einen auf Wahrscheinlichkeitsgraden fußenden Prüfmaßstab zur Dogmatik, was im Widerspruch zur Anforderung einer konkreten Schadensbeschreibung steht.

Die Anforderung des BVerfGs an die Gerichte, in Kindschaftssachen nach § 1666 BGB die Art und das Ausmaß zu erwartender Schädigungen⁸⁵ konkret zu benennen, hatte Kindler in einem ähnlichen Zusammenhang bereits 2015 als „problematisch“ und „brisant“ kritisiert.⁸⁶ Noch brisanter dürfte es demnach sein, wenn Wahrscheinlichkeitsgrade zu erwartender Schädigungen von Familienrichter*innen benannt werden sollen, wie es nach dem Prüfansatz des BGH zumindest nicht ausgeschlossen ist. Denn solche Anforderungen blenden einen zentralen und - immer notwendigen - Aspekt der familiengerichtlichen Entscheidung in Kindschaftssachen aus: die Reflexion der Möglichkeiten und Grenzen der verwendeten Methodik sowie der wissenschaftlichen Begründung.⁸⁷ Die Rechtswissenschaft muss sich hier also damit auseinandersetzen, dass sie eine normative Disziplin ist - und keine empirische.⁸⁸

⁸² Zur verfassungsmäßigen Beauftragung und „Verwertung“ von Sachverständigengutachten: BVerfG v. 27.4. 2017 – 1 BvR 563/17; BVerfG v. 19.11. 2014 – 1 BvR 1178/14, NJW 2015, 223; ausführlich Splitt, FF 2018, 51ff.; Bergmann, FamRB 2016, 364ff.; Ernst, FamRB 2016, 361ff.; Balloff/Walter, NZFam 2015, 580ff.; Arbeitsgruppe der Familiensenate des OLG Celle, FamRZ 2015, 814 ff.

⁸³ BGH v. 6.2. 2019 – XII ZB 408/18 Rn 39.

⁸⁴ Schäder, NZFam 2019, 605, 608.

⁸⁵ Mit Bezug auf BVerfG v. 28.2. 2012 - 1 BvR 3116/11, FamRZ 2012, 1127.

⁸⁶ Kindler, JAmt 2015, 297, 298.

⁸⁷ Vgl. Kindler, JAmt 2015, 297, 298.

⁸⁸ Scheiwe, NZFam 2018, 312, 313.

Kindler kritisiert, dass solche Prognose-Anforderungen „im ungünstigsten Fall (...) zu Situationen [führen], in denen Sachverständige und Fachkräfte ihre eigenen Wissenschaften nicht mehr ernst nehmen und unter der Oberfläche einer scheinbar verfassungskonformen Kinderschutzpraxis Scheinwelten entstehen“⁸⁹. Er fordert eine Koordination der verfassungskonformen Rechtsprechung mit der Forschungsförderung bzw. dem Wissenschaftssystem, da sich sonst „ein von Realitäten im Kinderschutz abgehobenes Richterrecht“⁹⁰ etablieren könnte. Der Forschungsstand zu Trennungsfolgen bei Kindern sei nicht belastbar. Außerdem stelle die Qualität der Betreuung *nach* einer Herausnahme eines Kindes aus der Familie gegenwärtig den stärksten bekannten Prädiktor dar. Genau diese Information liege zum Zeitpunkt einer gerichtlichen Entscheidung aber regelmäßig nicht vor.⁹¹

Eine ähnliche Kritik formulieren auch Dettenborn/Walter. Das juristische System folgt ihrer Ansicht nach einer „rigiden Ja-Nein-Logik“, während selbst die „empirisch gut abgesicherten Aussagen in der Psychologie“ (auch nur) auf Wahrscheinlichkeiten beruhen.⁹² Übersehen werde oft, dass in der Psychologie das Kindeswohl nicht definiert sei, betont Fichtner.⁹³ Sehr klar stellt auch Hammer fest: „Gerichte sollten der Versuchung widerstehen, ‚hinreichende‘ und ‚ziemliche‘ Wahrscheinlichkeit im Sinne einer mathematischen Wahrscheinlichkeit durch Prozentangaben bestimmen zu wollen, (...). Derartige Prozentangaben können Gerichte von Sachverständigen nicht verlangen, und sie können von Sachverständigen seriöserweise, d.h. auf wissenschaftlichen Befunden basierend, auch nicht geliefert werden.“⁹⁴

Dass dem Mädchen aller Wahrscheinlichkeit nach kein ‚erheblicher Schaden‘ drohte, geht in dem Fall, der dem BGH zur Revision vorlag, (tatsächlich) nahezu augenscheinlich aus dem Sachverhalt selbst hervor.

bb. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Soll das Sorgerecht entzogen und ein Kind fremduntergebracht werden, so dürfen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, § 1666a BGB, keine milderen Mittel erkennbar sein, mit denen der Gefahr *ebenso wirksam* begegnet werden könnte.⁹⁵ Unterhalb dieses Maßstabes nimmt der Staat bei Gefahr für das Wohl des Kindes die Rolle eines *Unterstützers der Familie* ein, dessen Leistungen darauf gerichtet sein müssen, die Eltern durch Hilfsangebote zur Verantwortungsübernahme (wieder) zu befähigen, § 1666 Abs. 1 u. 3 Nr. 1 u. 2 BGB.⁹⁶ Art und Aus-

⁸⁹ Kindler, JAmt 2015, 297, 298.

⁹⁰ Kindler, JAmt 2015, 297, 299.

⁹¹ Kindler, JAmt 2015, 297, 298; von der Unmöglichkeit, den Wahrscheinlichkeitsgrad eines Schadeneintritts mit Prozentzahlen zu bemessen, geht auch Schäder, NZFam 2019, 605, 609 aus - dort Verweis ua auf Dettenborn/Walter, Familienrechtspsychologie, 2016, 76ff.

⁹² Dettenborn/Walter, Familienrechtspsychologie, 2016, 20.

⁹³ Fichtner, NZFam 2015, 588, 592.

⁹⁴ Hammer, FamRZ 2019, 598, 605.

⁹⁵ BVerfG v. 17.3. 2014 - 1 BvR 2695/13, FamRZ 2014, 1177; Weber, NZFam 2019, 54, 57: „Der Entzug der elterlichen Sorge ist stets ultima ratio. Im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist daher zu prüfen, ob auch durch den Entzug nur eines Teilbereichs der elterlichen Sorge ein kindeswohlkonformer Zustand erreicht werden kann.“

⁹⁶ zB BVerfG-v. 28.2. 2012 - 1 BvR 3116/11, FamRZ 2012, 1127.

maß des staatlichen Eingriffs richten sich dabei nach dem *Grund des Versagens der Eltern* und danach, *was im Interesse des Kindes geboten ist*.⁹⁷

Die Familiengerichte werden also erst eingeschaltet und ihre Schutzpflicht setzt im Wesentlichen dann ein, wenn das Wohl des Kindes a) in Gefahr ist und b) die Eltern (zudem) nicht in der Lage oder nicht bereit sind, die Gefahr abzuwenden, - sei es, weil sie notwendige und erfolgversprechende staatliche Hilfen zur Erziehung nicht beantragen, derartige Hilfen nicht fruchten oder Hilfen von vornherein völlig aussichtslos erscheinen.⁹⁸ Wenn unter dieser doppelten Tatbestandsvoraussetzung gemäß § 1666 Abs. 1 BGB kein anderer Weg zur Abwendung der Gefahr bleibt, muss das Familiengericht die Sorge entziehen und das Kind in einer Pflegestelle unterbringen.⁹⁹ Die dann relevanten Prüfmaßstäbe (BGH, BVerfG) wurden bereits vorgestellt.

Hat das Gericht eine „mildere“ Maßnahme nach § 1666 Abs. 3 Nr. 1 bis 5 BGB verhängt, so soll es nach § 166 Abs. 2 u. 3 FamFG seine Entscheidung in einem angemessenen Zeitabstand, in der Regel nach drei Monaten, überprüfen. Eine Überprüfung der Einhaltung der Gebote kann etwa in der Form stattfinden, dass das Amtsgericht das Jugendamt oder die örtliche Polizeibehörde darum ersucht, eine Kontrolle in der betroffenen Familie ohne Ankündigung durchzuführen.

Allerdings gibt es keinen gesetzlichen Auftrag, der das Jugendamt dazu verpflichten würde. Eine Kontroll- und Überwachungstätigkeit in Bezug auf gerichtliche Maßnahmen darf das Jugendamt nur auf der Grundlage und im Rahmen seines allgemeinen Schutzauftrages nach § 1 Abs. 3 Nr. 3, § 8a SGB VIII entfalten.

Im Hinblick auf den Kinderschutz entstehen so Schutzlücken. Die Möglichkeiten und Grenzen solcher Überprüfungen sollten bereits im gerichtlichen Verfahren erörtert werden, heißt es dazu im Abschlussbericht zum Staufener Fall.¹⁰⁰ „Bei derart geteilten Verantwortlichkeiten ist insbesondere auf die Sicherstellung der Informationsflüsse zu achten“, betont Hammer.¹⁰¹

aaa. Unzulässigkeit der Anordnung einer Psychotherapie

Nicht zulässig ist zur (Wieder-)Herstellung einer adäquaten Wahrnehmung der Elternverantwortung die gerichtliche Anordnung einer Psychotherapie. Eine solche Anordnung berührt den höchstpersönlichen, durch Art. 2 i.V. mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Lebensbereich der/des Betroffenen. Der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht würde dem Gesetzesvorbehalt und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unterliegen.¹⁰²

Erwartet wird aber von Eltern, die wegen einer Kinderschutzgefährdung mit dem Jugendamt „in Kontakt“ kommen, dass sie leistungsrechtliche Ansprüche - das sind idR Hilfen zur Erziehung gemäß § 27 SGB VIII - zur Abwendung der Gefahr für das Kind, § 1666 Abs. 1 BGB, auch tatsächlich wahrnehmen bzw. beantragen. Die staatliche Exekutive ist (dann) zur

⁹⁷ FamRZ 2016, BVerfG v. 28.2. 2012 – 1 BvR 3116/11, FamRZ 2012, 1127.

⁹⁸ Britz, NZFam 2016, 1113, 1114.

⁹⁹ Schäder, NZFam 2019, 605.

¹⁰⁰ Abschlussbericht Staufener, 2018, 27.

¹⁰¹ Hammer, FamRZ 2019, 598, 605.

¹⁰² BVerfG v. 1.12. 2010 – 1 BvR 1572/10, NJW 2011, 1661.

Hilfe verpflichtet.¹⁰³ Falls das Jugendamt die Hilfe dennoch nicht gewährt, sind die Personensorge-Berechtigten gehalten, die Hilfen vor dem Verwaltungsgericht einzuklagen, § 21 FamFG.¹⁰⁴

bbb. Mediation und psychosoziale Beratung

Bei familiengerichtlichen Erziehungskonflikten können a) ein kostenfreies Gespräch über Mediation oder über eine sonstige Möglichkeit der außergerichtlichen Konfliktbeilegung - vgl. § 156 Abs. 1 S. 3 FamFG - oder b) eine Beratung bei einer Beratungsstelle oder einem Träger der Kinder- und Jugendhilfe - vgl. § 156 Abs. 1 S. 4 FamFG - auch angeordnet werden.

Dies ist schwer verständlich, da diese Maßnahmen - je nach Methode und Vorgehensweise - ebenso in das Persönlichkeitsrecht eingreifen. Außerdem steht dabei das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten Eltern, § 5 SGB VIII, in Frage. Die Eltern können zudem erheblich unter Druck gesetzt werden. Denn nach § 81 Abs. 2 Nr. 5 FamFG soll das Gericht die Kosten des Verfahrens einem/einer Beteiligten ganz oder teilweise auferlegen, wenn er/sie einer solchen Anordnung ohne genügende Entschuldigung nicht nachgekommen ist.¹⁰⁵

ccc. Scheitern eines „begleiteten Umgangs“

Eine rechtliche Problemlage entsteht, wenn sich für den begleiteten Umgang nach § 1684 Abs. 4 S. 3 u. 4 als „mildere Maßnahme“ zur Abwendung eines Umgangausschlusses, § 1684 Abs. 4 S. 1 u. 2 BGB, kein „mitwirkungsbereiter Dritter“ im Jugendamt findet, weil die dort verantwortlichen Personen die (Hilfs-)Maßnahme zur Aufrechterhaltung der Teilfamilie in eigener Entscheidungskompetenz (vgl. § 27 Abs. 1 SGB VIII) für nicht geeignet und notwendig halten.

Dann dürfte eine Aussetzung des Umgangsverfahrens nach § 21 FamFG, - um dem s.g. Umgangselternteil¹⁰⁶ die Möglichkeit zu eröffnen, auf dem Verwaltungsgerichtswege den Anspruch auf Bewilligung begleiteter Umgangskontakte durchzusetzen -, mit dem in Kindschaftsachen geltenden Beschleunigungsgrundsatz, § 155 FamFG, nicht in Einklang zu bringen sein.¹⁰⁷ Zudem ist nach § 18 Abs. 3 S. 3 SGB VIII für die Hilfe nur der Elternteil antragsberechtigt, in dessen Obhut sich das Kind befindet. Dieser Elternteil hat aber ohnehin regelmäßig „Umgang“ mit dem Kind. Als Inhaber*in oder Mitinhaber*in (bei gemeinsamer elterlicher Sorge) des Rechts zur Umgangsbestimmung müsste auch dieser Elternteil einen entsprechenden Antrag bei dem zuständigen Jugendamt stellen bzw. dort sein Einverständnis erklären.¹⁰⁸

Diese Konstellation zeigt, dass die Umsetzung „milderer Maßnahmen“, deren Anordnung einen Umgangausschluss abwenden soll, scheitern kann. Zwar muss das Gericht bei einer Kindeswohlgefährdung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sorgfältig abwägen und

¹⁰³ Britz, NZFam 2016, 1113, 1114.

¹⁰⁴ Für eine Anordnungscompetenz des Familiengerichts gegenüber dem Jugendamt bezüglich der Gewährung von Hilfen argumentiert Fröschle, FamRZ 2016, 1905ff.

¹⁰⁵ Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, 294.

¹⁰⁶ Dazu auch die Abschnitte A. V. d. aa. und C. VI.

¹⁰⁷ Staudinger/Dürbeck (2019) BGB § 1684, Rn 340; aA BVerfG v. 29.7. 2015 – 1 BvR 1468/15 Rn 6, NJW 2015, 3563 - mit Verweis auf Eilrechtsschutz.

¹⁰⁸ Staudinger/Dürbeck (2019) BGB § 1684 Rn 340.

gemäß § 26 FamFG ggf. (zunächst) Hilfen zur Aufrechterhaltung der Elternschaft anordnen¹⁰⁹, denn hier steht der (völlige) Verlust des Sorgerechts eines Elternteils im Raum. Ohne Mitwirkung des Jugendamts geht diese Entscheidung jedoch ins Leere. Die Begegnung zwischen Elternteil und Kind im geschützten Rahmen des begleiteten Umgangs kann nicht stattfinden.

cc. Sekundäre Kindeswohlgefährdung

In einem von Amts wegen durchgeführten Kinderschutz-Verfahren nach §§ 1666, 1666a BGB sind - wie schon angedeutet - auch gegenläufige Aspekte des Kinderschutzes zu reflektieren und zu berücksichtigen. Das sind solche, die als *sekundäre Kindeswohlgefährdung* bezeichnet werden und deren Folgen sich von den Auswirkungen der primären Kindeswohlgefährdung nach Auffassung von Familienrechtspsychologen nicht unterscheiden.¹¹⁰ Es ist also auch die Frage zu beantworten, in welchem Ausmaß das betroffene Kind *durch* die Trennung von seinen Eltern belastet werden könnte, etwa dadurch, dass Professionelle die Kindeswohlgefährdung falsch oder zu einseitig beurteilen und deshalb ungünstige oder sogar schädigende Interventionen erfolgen.¹¹¹

Britz merkt dazu an, dass sich Eltern- und Kindesgrundrecht „nicht auf simple Weise“ gegenüberstehen. Denn auch das Kind hat im Grunde ein – verfassungsrechtlich geschütztes – Interesse, bei seinen Eltern aufwachsen und leben zu können und von ihnen erzogen zu werden¹¹², das beachtet werden muss.

dd. Lebensrisiko des Kindes

Dem Erziehungsrecht der Eltern kommt grundsätzlich Vorrang vor den staatlichen Schutzpflichten gegenüber Heranwachsenden zu. Dies bewahrt Kinder und Jugendliche vor einer unberechtigten Trennung von den Eltern. Der Staat darf entsprechend seine eigenen Vorstellungen von einer gelungenen Kindererziehung nicht an die Stelle der elterlichen Vorstellungen setzen.¹¹³

So gehört es nicht zum staatlichen Wächteramt, für eine nach den Fähigkeiten des Kindes bestmögliche Förderung zu sorgen. Die Eltern und deren soziale, kulturelle und wirtschaftliche Verhältnisse gehören nach st. Respr. des BVerfGs zum Schicksal und Lebensrisiko eines Kindes.¹¹⁴ Dabei wird die Möglichkeit in Kauf genommen, dass das Kind durch den Entschluss der Eltern wirkliche oder vermeintliche Nachteile erleidet.¹¹⁵

109 BVerfG v. 24.3. 2014 – 1 BvR 160/14, Rn 51: „Dass das Familiengericht bei der Entscheidung nach § 1666 BGB nicht rechtlich an die Einschätzung des Jugendamts zur Eignung weiterer Hilfsmaßnahmen gebunden ist, schließt freilich nicht aus, dass es bei der ihm aufgegebenen Ermittlung der für und gegen einen Sorgerechtsentzug sprechenden Tatsachen auch die Aussagen der seitens des Jugendamts mit dem Sachverhalt befassten Fachkräfte heranzieht. (...) Das Gericht hat diese Aussagen (...) zu analysieren, mit anderen Informationen abzugleichen und in den größeren sachlichen Kontext zu stellen, um so etwa besondere Spannungsverhältnisse berücksichtigen zu können.“

¹¹⁰ Dettenborn, FPR 2003, 293, 295; Schäder, NZFam 2019, 605; vgl. Britz, FamRZ 2015, 793, 795.

¹¹¹ Vgl. Dettenborn, FPR 2003, 293, 294.

¹¹² Britz, NZFam 2016, 1113, 1115.

¹¹³ Britz, FamRZ 2015, 793, 797.

¹¹⁴ BVerfG v. 20.1. 2010 - 1 BVR 374/09, FamRZ 2010, 713 = NJW 2010, 2333.

¹¹⁵ BVerfG v. 17.2. 1982 - 1 BvR 188/80, FamRZ 1982, 567 = NJW 1982, 1379.

d. Wächterfunktion - Graubereich - Schlichterfunktion

Wegen des Primats der elterlichen Erziehung sind staatliche Interventionen nur zulässig, wenn dem Kind in seiner Entwicklung ein konkreter Schaden droht, §§ 1666, 1666a BGB. Als beachtlich gelten in der gegenwärtigen Rechtspraxis dabei insbesondere die Grundversorgung des Kindes mit Nahrung und Kleidung, seine körperliche und seelische Gesundheit sowie ein Mindestmaß an Anregung und Entfaltungsmöglichkeiten. Die Jugendämter und Gerichte sollen bei der Einschätzung von Gefahren die Pluralität an Erziehungszielen und -methoden sowie allgemein die Vielfalt an familiären Lebensweisen grundsätzlich anerkennen. Ungeachtet der zu tolerierenden Spannweite von Erziehungsstilen müssen sie aber Minderjährige (dennoch) vor erheblichen/nachhaltigen und explizit darzulegenden Gefahren in der Familie schützen. Dies impliziert die Notwendigkeit, einen *Graubereich* vermeintlich „schlechter Erziehung“ zu akzeptieren.¹¹⁶

Eine (rechtliche) Herausforderung besteht darin, Kindern im Korridor des relativen Kindeswohls, also in ebenjenem Graubereich, der nach h.M. einen verfassungsrechtlichen Eingriff nicht legitimiert, Hilfe und Schutz zukommen zu lassen, da Kinder auch unterhalb der Schwelle zur staatlichen Gefahrenabwehr prekären und schutzrelevanten familiären Verhältnissen ausgesetzt sind. Hier sollen die Angebote des § 27 SGB VIII (= Hilfen zur Erziehung) greifen. Diejenige Person oder diejenigen Personen, die für das Kind die elterliche Sorge rechtlich wahrnehmen, haben bei der Erziehung eines Kindes oder eines Jugendlichen deshalb Anspruch auf Hilfe, wenn eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet und die Hilfe für seine Entwicklung geeignet und notwendig ist, § 27 Abs. 1 SGB VIII.

Diese „leistungsrechtliche Lösung“¹¹⁷ des Gesetzgebers weist gewisse Schwierigkeiten auf, die teils schon dargestellt wurden, da sie eine gut aufeinander abgestimmte Kooperation von Jugendamt und Familiengericht voraussetzt (vgl. Abschnitte A. IV. c. bb. ccc. und C. III. a.)

Der Staat greift aber auch gestaltend in elterliche Konflikte ein, ohne dass dafür eine Kindeswohlgefährdung vorliegen muss. Dies ist nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich, idR dann, wenn sich ein Elternteil an das Familiengericht wendet, um eine familienrechtliche Entscheidung zu erwirken. Für einen auf diese Weise ergehenden *beziehungs-(an)ordnenden* Eingriff des Familiengerichts (zB zum Sorge- oder Umgangsrecht) muss es demnach eine andere Eingriffslegitimation geben.

Die grundrechtlichen Zusammenhänge sollen hier kurz erläutert werden: Die unterschiedlichen Dimensionen der Eingriffsbefugnis des Staates entsprechen - grob schematisch - den beiden Zweigen des familiengerichtlichen Verfahrens.¹¹⁸ Zu unterscheiden ist zwischen a) Interventionen, die sich auf eine Familie beziehen, in der eine *Kindeswohlgefährdung* sichtbar wird- und b) Interventionen, die sich auf eine *Trennungs- und Scheidungsfamilie* beziehen. Bei familiengerichtlichen Kindeswohl-Entscheidungen in Folge von Trennung und Scheidung bleibt das Wächteramt (zumeist) außen vor, weil in dieser Fallkonstellation die Schwelle der Kindeswohlgefährdung idR nicht erreicht wird.

¹¹⁶ Wapler, Das Kindeswohl: individuelle Rechtsverwirklichung im sozialen Kontext, 2017, 20f.

¹¹⁷ Britz, NZFam 2016, 1113, 114.

¹¹⁸ Das geltende Verfahrensrecht stellt diesbezüglich kein kohärentes System dar; ausführlich dazu Osthold, FamRZ 2017, 1643ff. - vgl. Abschnitt C. II.

Osthold unterscheidet zwischen der *Wächterfunktion* des Staates, Art. 6 Abs. 2 S. 2 u. Abs. 3 GG, und der verfassungsmäßigen Funktion des Familiengerichts als *Schlichter im Elternkonflikt*. Die Legitimation zum beziehungsanordnenden Eingriff beruht, wenn der Staat als Schlichter auftritt, auf einer privatautonom Entscheidung der Parteien, ein gerichtliches Verfahren zu führen. Der Staat kann in diesen Verfahren keine *eigene* Sachentscheidung treffen¹¹⁹, sondern bleibt an den Antrag gebunden¹²⁰, auf den hin das Verfahren eröffnet wurde.

Zu berücksichtigen ist allerdings, wie schon angedeutet, dass die Schlichterfunktion in eine Wächterfunktion umschlagen kann. Dies ist dann der Fall, wenn der Elternkonflikt so weit eskaliert, dass das Wohl des Kindes gefährdet ist. Erreicht der Elternkonflikt ein extremes Ausmaß, kann auch im hochstrittigen Paarkonflikt die Eingriffsschwelle und damit eine staatliche Schutzpflicht gegenüber dem Kind erreicht werden. Das Gericht hat dann in einem Sorgerechtsverfahren gemäß seiner Amtsermittlungspflicht aus § 26 FamFG auch nach §§ 1666, 1666a BGB zu ermitteln. Zu differenzieren ist hier - nach Osthold - zwischen einer *echten* und einer *unechten Schlichtungskonstellation*.¹²¹ Führt der Elternkonflikt zu einer Kindeswohlgefährdung iSd § 1666 BGB (= unechte Schlichtungskonstellation), so handelt der Staat ab diesem Moment als Wächter gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG, wobei das Kindeswohl als Eingriffslegitimation in das Elternrecht dient. Liegt hingegen eine echte Schlichtungskonstellation vor (= Elternkonflikt unterhalb der Kindeswohlgefährdungsschwelle), so darf der Staat nur die widerstreitenden Interessen zugunsten eines Elternteils entscheiden.¹²²

Nach Schumann muss in gerichtlich ausgetragenen Paarkonflikten um das Kind eine relative Kindeswohlentscheidung gemäß § 1697a BGB ergehen, ggf. unter Berücksichtigung von Spezialnormen. Das bedeutet, dass die Entscheidung des Gerichts zur Schlichtung des Konflikts innerhalb des „Eltern-Eltern-Verhältnisses“ und im Hinblick auf das Kindeswohl die *relativ beste* Lösung darstellen muss.

Der Eingriff in das Elternrecht desjenigen Elternteils, der zwangsläufig durch die Entscheidung zurückgesetzt wird, sei in diesen Fällen durch das Elternrecht des anderen Elternteils gerechtfertigt (= verfassungsimmanente Schranke). Dass eine solche relative Kindeswohlentscheidung in echten Schlichtungskonstellationen auch für das Kind nicht immer die optimale Lösung darstellt, müsse hingenommen werden, da unterhalb der Kindeswohlgefährdungsschwelle regelmäßig keine weitere Eingriffslegitimation des Staates besteht.¹²³

V. Steuer- und Lenkungsfunktion des Art. 6 Abs. 2 GG im Verfahren

Das Verhältnis des Elternrechts zur Grundrechtsposition des Kindes wird also durch die mehrdimensionale Struktur des Elternrechts geprägt. Weil das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG sowohl Rechte als auch Pflichten postuliert und gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG unter der Mitwirkung des staatlichen Wächteramts steht, gestaltet und steuert es verschiedene Rechtsverhältnisse, die in einem familiengerichtlich zu entscheidenden Konfliktfall zu beachten sind.

¹¹⁹ BVerfG v. 4.12. 2002 - 1 BvR 1870/02, NJW 2003, 1031.

¹²⁰ Osthold, FamRZ 2017, 1643, 1644.

¹²¹ Osthold, FamRZ 2017, 1643, 1646.

¹²² Schumann, Gutachten, 2018, 14.

¹²³ Schumann, Gutachten, 2018, 14f.

Im kindschaftsrechtlichen Verfahren besteht idR ein zwischenmenschlicher Konflikt innerhalb des Eltern-Kind-Verhältnisses: Dies ist entweder ein Konflikt zwischen Eltern und Kind *in Bezug auf den Staat* (Inobhutnahme/Fremdplatzierung) oder ein Konflikt zwischen Eltern und Staat *in Bezug auf das Kind* (Entscheidungen nach dem Kindeswohl in Folge von Trennung und Scheidung).

Typisch ist, dass die grundrechtlichen Positionen oft *nur teilweise* kollidieren. Dies hängt mit der Besonderheit des Elternrechts als Recht innerhalb familiärer Nahverhältnisse zusammen. Denn das Elternrecht, dem das Kindesrecht (zunächst noch) innewohnt, umfasst im „gelebten Leben“ nicht nur Rechte und Pflichten, sondern insbesondere vielfältige und bisweilen widersprüchliche Emotionen, Bindungsbedürfnisse und Bindungswünsche.

Laut Britz enthalten die Kindesgrundrechte in der verfassungsrechtlichen Perspektive „gegenläufige Anforderungen, von denen die eine regelmäßig parallel zum Elternrecht läuft, wohingegen die andere in entgegengesetzte Richtung weist“. ¹²⁴ Diese Verstrickungen sind - de lege artis sowie (nicht zuletzt) mit psychologischem Feingefühl ¹²⁵ - in Ausgleich zu bringen.

a. Grenzen und Schranken des Elternrechts

Die Grenzen des pflichtgebundenen Elternrechts iS einer Elternverantwortung ergeben sich innerhalb und außerhalb des Grundrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG wie folgt:

- Erstens aus dem staatlichen Wächteramt in Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG und den Grundrechten des Kindes aus Art. 2 Abs. 1 u. 2 GG (= keine Schranke),
- zweitens im Elternkonflikt aus dem Elternrecht des jeweils anderen Elternteils gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG (= verfassungsimmanente Schranke ¹²⁶),
- drittens aus der wachsenden Selbständigkeit des Kindes. ¹²⁷

Die dreifache Differenzierung der Begrenzung des Elternrechts strukturiert (auch) die Eingriffsmöglichkeit des Staates in komplexer und bisweilen mehrdeutiger Weise. ¹²⁸ Immer gilt, dass der rechtmäßige Eingriff des Familiengerichts in das jeweilige familiäre Beziehungsgefüge eben nicht auf der Hand liegt, sondern jeweils im Rahmen einer *Kindeswohlprüfung* erst zu ermitteln ist.

b. Heranwachsendes Kind, abschmelzendes Elternrecht

Das Grundgesetz gewährt den Eltern das besonders geschützte Elternrecht als „Grundrecht und Grundpflicht“ ¹²⁹ (allein) deshalb, weil das Kind die Erziehung und Fürsorge der Eltern braucht. Daraus folgt, dass die Eltern nur in dem Zeitfenster sowie in dem Umfang und Ausmaß für und

¹²⁴ Britz, JAmt, 2015, 286.

¹²⁵ Auch der Sachverständige kann idS gemäß § 163 Abs. 2 FamFG als weisungsgebundene Hilfsperson des Gerichts, § 404a ZPO, auf die Herstellung des Einvernehmens zwischen den Beteiligten hinwirken, vgl. Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, 181ff., ebenso der Verfahrensbeistand, vgl. Abschnitt C. IV.

¹²⁶ Vgl. Schumann, Gutachten, 2018, 14 - dort Verweis auf BVerfG v. 29.10. 1998 - 2 BvR 1206-98, BVerfGE 99, 145.

¹²⁷ Vgl. Schumann, Gutachten, 2018, 14.

¹²⁸ Vgl. Britz, JAmt, 2015, 286ff.

¹²⁹ Peschel-Gutzeit, FPR 2008, 471, 472.

anstelle ihrer Kinder entscheiden dürfen, als diese (noch) nicht zur Selbstbestimmung in der Lage sind¹³⁰. Da das Kind Grundrechtsträger ist, kann es „nicht nur Objekt elterlicher Fremdbestimmung“¹³¹ sein.

Das BVerfG hat dazu den Gedanken des „abschmelzenden Elternrechts“ entwickelt.¹³² Dem entspricht es, dass mit abnehmender Pflege- und Erziehungsbedürftigkeit sowie mit zunehmender Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes die im Elternrecht wurzelnden Rechtsbefugnisse zurückgedrängt werden, bis sie schließlich mit der Volljährigkeit des Kindes erlöschen.¹³³

Inwiefern Kinder und Jugendliche ihre Grundrechte (selbst) ausüben können, hängt nach heutigem Verständnis vom Stand ihrer emotionalen und intellektuellen Entwicklung ab. Je älter und beurteilungsfähiger ein Kind wird, desto mehr sind seine persönlichen Sichtweisen und Wünsche zu berücksichtigen.¹³⁴ Die Grundrechte von Kindern und Jugendlichen können dann in einem Spannungsverhältnis zu den Grundrechten ihrer Eltern stehen.¹³⁵ Dies muss im Verfahren berücksichtigt werden. Bemängelt wird in der Literatur, es fehle an einem ‚stimmigen Konzept‘, das diesen Gedanken angemessen ins Verfahren einbringt.¹³⁶ Ein solches Konzept müsste die Selbstbestimmung des Kindes in den Grenzen seiner zu schützenden Bindungen und Beziehungen zur Geltung bringen. Derzeit geschieht dies insbesondere durch zwei Verfahrensgrundsätze: a) die Anhörung des Kindes nach § 159 FamFG und b) die Interessenvertretung des Kindes durch einen Verfahrensbeistand nach § 158 FamFG.

Widersprüchlich sind die Verfahrensrechte des mindestens 14-jährigen Kindes ausgestaltet. Der Gesetzgeber gesteht den Jugendlichen dieses Alters nur eine „punktuelle Verfahrensfähigkeit“ zu. So hat ein Teenager ab 14 Jahren zwar über § 164 FamFG ein eigenes, vom Willen seines gesetzlichen Vertreters unabhängiges Beschwerderecht. Andererseits sollen aber in der ersten Instanz die in § 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG festgelegten Einschränkungen gelten, wonach Jugendliche ab 14 Jahren *als nur beschränkt Geschäftsfähige* nicht verfahrensfähig sein können.¹³⁷

Um dem Kindeswillen größere Bedeutung beizumessen, regt Schumann ein eigenes (Antrags-)Recht des mindestens 14 Jahre alten Kindes an. Es soll das Familiengericht in allen Fällen eines Konflikts mit den Eltern über eine höchstpersönliche Angelegenheit von erheblicher Bedeutung anrufen können.¹³⁸

Grundsätzlich muss das Gericht in jedem persönlichen Kontakt mit dem Kind beachten,

¹³⁰ Peschel-Gutzeit, FPR 2008, 471, 473.

¹³¹ Erman/Döll BGB § 1626 Rn 3; zur Kontroverse um die s.g. Grundrechtsmündigkeit ausführlich Staudinger/Peschel-Gutzeit (2015) BGB § 1626 Rn 12ff.

¹³² Schumann, Gutachten, 2018, 15.

¹³³ BVerfG v. 9.2. 1982 - 1 BvR 845/79 Rn 77.

¹³⁴ Peschel-Gutzeit, FPR 2008, 471, 473.

¹³⁵ Vgl. Peschel-Gutzeit, FPR 2008, 471, 472.

¹³⁶ Schumann, Gutachten, 2018, 15; Wapler, Das Kindeswohl: individuelle Rechtsverwirklichung im sozialen Kontext, 2017, 36, fordert in diesem Zusammenhang eine Konzeption ‚der relationalen Autonomie der Eltern-Kind-Beziehung‘.

¹³⁷ Schürmann, FamFR 2009, 153, 156.

¹³⁸ Keuter, FamRZ 2018, 1125, 1130.

dass dieses Kind - je nach Lebensalter und individueller Situation - mit seinen auf Freiheit und Selbstbestimmung fußenden Rechten mal überfordert sein kann, während es in einer anderen Lage ungerecht erschiene, dem betreffenden Mädchen oder Jungen Freiheit und Selbstbestimmung allein aufgrund seines Lebensalters nicht zuzutrauen und damit vorzuenthalten.¹³⁹

Im eingangs zitierten Fall Staufen war allerdings weder eine Anhörung des Jungen noch die Bestellung eines Verfahrensbeistandes überhaupt nur erwogen worden, was eine Missachtung der Kindergrundrechte durch das Gericht und (daher) einen schweren Verfahrensfehler darstellt.¹⁴⁰

c. „Grundrechtsgeflecht“ und Kindeswohl, Prüfmaßstäbe

Hat das Gericht in einem Sorge- und Umgangsstreit zu entscheiden, so muss sich das Elternrecht auf Pflege und Erziehung des Kindes aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG in einem ‚vergleichsweise komplexen Grundrechtsgeflecht‘¹⁴¹ behaupten. Diese Formulierung, die auf Britz zurückgeht, korrespondiert mit der häufig verwendeten Vorstellung vom Kindeswohl als „Dreh- und Angelpunkt“¹⁴² der kindschaftsrechtlichen Entscheidung. Die Grundrechte des Elternteils 1, des Elternteils 2 und des Kindes bzw. Jugendlichen sind innerhalb dieses Geflechts *um das Kindeswohls herum* so anzuordnen und gleichsam in Ordnung zu bringen, dass eine Konkordanz¹⁴³ zwischen den Grundrechtspositionen entsteht.

Beachtlich bei der Prüfung des Kindeswohls in den verschiedenen Konstellationen sind die s.g. Prüfmaßstäbe des BGB, mit denen der Gesetzgeber - im Interesse des Kindes und der Eltern - in Konfliktsituationen einen Ausgleich zwischen dem/den pflichtgebundenen Elternrecht(en) und der Grundrechtsposition des Kindes ermöglicht.¹⁴⁴

Es gibt vier Prüfmaßstäbe, die in Abschnitt B. II. und III. vorgestellt werden. Dabei handelt es sich um abstrakt-generelle Vorgaben, die festlegen, mit welchem Gewicht das Kindeswohl bzw. die Grundrechtsposition des Kindes in die Entscheidung einfließen soll („entspricht am besten“, „ist dienlich“, „widerspricht nicht“, „ist angemessen, geeignet und erforderlich“).

Da in der Rechtspraxis ein idealtypischer bzw. einvernehmlicher Interessenausgleich angesichts eines meist hohen Konfliktniveaus der vor Gericht streitenden Elternpaare nicht immer möglich ist, macht der Gesetzgeber Vorgaben, nach welcher „Richtschnur“ jeweils iS des Kindeswohl zu entscheiden ist. Zur Wirklichkeit kindschaftsrechtlicher Sachverhalte gehört es dabei auch, dass Gefährdungslagen und eskalierte Konflikte zum Wohle des Kindes bisweilen (nur) durch *harte Schnitte* reguliert werden können. Dies ist dann der Fall, wenn eine Fremdunterbringung des Kindes durchzusetzen ist oder wenn in einem hochstrittigen Sorgeverfahren nur einem Elternteil die Sorge zugewiesen werden kann und dies die beiden Eltern zwangsläufig in eine Wettbewerbssituation bringt, bei der schon kleine Unterschiede der Erziehungsqualität -

¹³⁹ Wapler, Das Kindeswohl: individuelle Rechtsverwirklichung im sozialen Kontext, 2017, 33.

¹⁴⁰ Salgo, ZKJ 2018, 168, 168f.; Balloff, RPsych 2018, 443, 447.

¹⁴¹ Britz, JAmt 2015, 286.

¹⁴² Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, 75; Dettenborn/Walter, Familienrechtspsychologie, 2016, 70.

¹⁴³ Britz, FF 2015, 387, 391.

¹⁴⁴ Vgl. Zorn, Das Recht der elterlichen Sorge, 2016, Rn 303.

oder bestimmte günstige Bedingungen am Wohnort eines Elternteils den Ausschlag in die eine oder andere Richtung geben können.¹⁴⁵ Regelmäßig sind dann auch der Wille des Kindes¹⁴⁶ und Kontinuität seiner bisherigen Lebensbedingungen zu berücksichtigen.¹⁴⁷

Denn bei einer Entscheidung über die Zuweisung der Alleinsorge gilt der Prüfmaßstab des § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB. Dieser verlangt für die Ausübung der Alleinsorge, dass die Übertragung auf denjenigen Elternteil erfolgen soll, von dem zu erwarten ist, dass seine Sorge „dem Wohl des Kindes *am besten* entspricht“. Für diese Anforderung an eine kinschaftsrechtliche Subsumtion (= „entspricht am besten“) hat sich der Begriff der positiven Kindeswohlprüfung herausgebildet. Würde in einem solchen Fall von dem anderen Elternteil Verfassungsbeschwerde wegen der unverhältnismäßigen Trennung vom Kind erhoben und mit Bezug auf Art. 6 Abs. 3 GG begründet werden, könnte dies nicht zum Erfolg führen. Denn das Gericht tritt in dieser Konstellation als „Streit-Entscheider“ zwischen den Eltern iS des Kindeswohls auf.¹⁴⁸ Da der Eingriff in das elterliche Grundrecht nicht durch den Staat veranlasst ist und hier der Dispositionsmaxime unterliegt, tritt die Bedeutung des Elternrechts als Abwehrrecht¹⁴⁹ zurück.

d. Trennung und Scheidung: (Un-)Teilbares Elternrecht

Komplex sind Elternrecht bzw. Elternverantwortung ferner, weil sie *teilbar* sind und sowohl dem einen als auch dem anderen Elternteil zustehen.

Lebt das Kind nicht mit beiden Eltern in einer Hausgemeinschaft zusammen, tragen aber beide Eltern tatsächlich Verantwortung für das Kind, hat dieses Kind zwei Familien, die beide von Art 6 Abs. 1 GG geschützt sind, die mit der Mutter und die mit dem Vater.¹⁵⁰ Denn nach st. Respr. des BVerfGs ist Familie die umfassende Gemeinschaft von Eltern und Kindern, in der den Eltern vor allem Recht und Pflicht zur Pflege und Erziehung der Kinder erwachsen.¹⁵¹ Dies trifft auch auf Trennungsfamilien zu.

¹⁴⁵ BVerfG v. 5.11.1980 - 1 BvR 349/80: „Es entspricht dem Wohl des Kindes, daß nach dem Förderungsprinzip derjenige Elternteil die elterliche Sorge erhalten soll, bei dem das Kind vermutlich die meiste Unterstützung für den Aufbau seiner Persönlichkeit erwarten kann“; OLG Brandenburg v. 16.4. 2008 - 9 UF 191/07; vgl. Abschnitt B. IV. d.

¹⁴⁶ BVerfG v. 27.6. 2008 - 1 BvR 311/08, Rn. 40: „Der Wille des Kindes spielt bei ausreichender Verstandesreife gerade dann eine wichtige Rolle, wenn beide Eltern über annähernd gleiche Erziehungseignung verfügen.“

¹⁴⁷ BVerfG v. 7.12. 2017 - 1 BvR 1914/17, FamRZ 2018, 266, bei der Entscheidung ging es um die Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge für ein transsexuelles Kind.

¹⁴⁸ Vgl. zB BVerfG v. 4.8. 2015 - 1 BvR 1388/15, Rn 9: „Hingegen legt das Bundesverfassungsgericht diesen strengen Prüfungsmaßstab in ständiger Rechtsprechung nicht auch in solchen Fällen an, in denen die Fachgerichte (...) nach der Trennung der Eltern auf Antrag eines Elternteils darüber zu entscheiden haben, wer von beiden die elterliche Sorge wahrnimmt. Fehlt es an einem diesbezüglichen Einvernehmen der Eltern, bleibt es in erster Linie den Familiengerichten vorbehalten, zu beurteilen, inwieweit die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf einen Elternteil dem Wohl des Kindes am besten entsprechen“; ausführlich dazu Britz, FF 2015, 387ff.

¹⁴⁹ Vgl. Maunz/Dürig/Badura GG Art. 6 Rn 97.

¹⁵⁰ Schumann, Gutachten, 2018, 11f. - mit Bezug auf BVerfG v. 12.10. 2010 - 1 BvL 14/09 Rn 59, BVerfGE 127, 263; st. Respr. seit BVerfG v. 8.6. 1977 - 1 BvR 265/75, BVerfGE 10, 59.

¹⁵¹ BVerfG v. 29.7. 1959 - 1 BvR 205/58 = NJW 1959, 1483; vgl. Schumann, Gutachten, 2018, 11.

Eine Gestaltungsmöglichkeit für die Verteilung von Sorgerechten in der „doppelten Trennungsfamilie“ ist mit der Grundsatzentscheidung des BVerfGs vom 3. November 1982¹⁵² eröffnet worden. Die Karlsruher Richter schlossen in dem Urteil das *nacheheliche gemeinsame Sorgerecht* dann nicht mehr aus, wenn Vater und Mutter nach der Scheidung beabsichtigten, ihre Elternverantwortung zum Wohle des Kindes zusammen zu tragen.

Die Entscheidung war geprägt von der „traditionellen, meist defizitorientierten Trennungs- und Scheidungsforschung“¹⁵³ und erhob die „intakte Familie“ zum Ideal, das auch nach der Scheidung weiterhin gelten sollte. Das BVerfG nahm ausdrücklich Bezug auf die Sozial- und Humanwissenschaften und stellte fest, dass die Dauerhaftigkeit familiärer Sozialbeziehungen eine entscheidende Grundlage für eine stabile und gesunde psychosoziale Entwicklung des heranwachsenden Menschen sei. Vater und Mutter sei es aufgrund der Pflichtbindung des Elternrechts auch im Trennungsfall auferlegt, die regelmäßig mit ihrer Trennung für die Entwicklung des Kindes verbundene Schädigung nach Möglichkeit zu mildern.¹⁵⁴ Die möglichst einvernehmliche Erziehung (auch) im Trennungsfall sollte die gefühlsmäßigen Bindungen des Kindes an Mutter und Vater schützen.¹⁵⁵

Dieser Grundgedanke prägt das Kindschaftsrecht als ‚Leitgedanke‘.¹⁵⁶ Lösen Eltern ihre Beziehung miteinander auf, sind sie im Rahmen ihrer Elternverantwortung weiterhin gehalten, besondere Anstrengungen zu unternehmen, eine einvernehmliche Lösung ihres Konflikts zu erreichen¹⁵⁷ (vgl. § 1684 Abs. 2 BGB, Wohlverhaltensklausel, Abschnitt B. II. d).

Das Aufheben bzw. Aufgeben der ursprünglichen Familieneinheit bedeutet demnach „neue Festlegungen von Verbindlichkeiten und Verantwortung dem jeweils anderen Elternteil und dem Kind gegenüber“; diese Pflicht zur „Neuorientierung der Familie“ wird im Kern von einem konservativen Gedanken getragen, wie Balloff feststellt.¹⁵⁸

Die *Wiederherstellung der Trennungs- und Scheidungsfamilie* ist einer Reorganisation entwickelte sich zum ‚ideologischen Leitbild‘¹⁵⁹. Zugleich öffnete die Entscheidung von 1982 den Weg hin zu einer gleichberechtigten Betreuung des Kindes durch die ‚Trennungspartner‘, deren rechtliche Weiterentwicklung zu einem s.g. paritätischen Wechselmodell im Zentrum aktueller Reformbestrebungen steht.¹⁶⁰

Ausgehend von der Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 1982 sind auch die - sehr weit gehenden - Ermittlungsaufgaben der Richter*innen im kindschaftsrechtlichen Verfahren nachzuvollziehen. Das Familiengericht ist angehalten im höchstpersönlichen privaten Lebensbe-

¹⁵² BVerfG v. 3.11. 1982 - 1 BvL 25/80, 1 BvL 38/80, 1 BvL 40/80, 1 BvL 12/81, BVerfGE 61, 358; NJW 1983, 101.

¹⁵³ Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, 66.

¹⁵⁴ BVerfG v. 3.11. 1982 - 1 BvL 25/80, 1 BvL 38/80, 1 BvL 40/80, 1 BvL 12/81. Der Beschluss nimmt Bezug auf BT-Drucks. 8/2788, 61.

¹⁵⁵ BVerfG v. 3.11. 1982 - 1 BvL 25/80, 1 BvL 38/80, 1 BvL 40/80, 1 BvL 12/81.

¹⁵⁶ Vgl. dazu die Diskussion um ein „Leitbild gemeinsamer elterlicher Sorge“, Abschnitt A. V. e.

¹⁵⁷ Burschel, NZFam 2019, 987, 988f.

¹⁵⁸ Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, 25.

¹⁵⁹ Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, 27.

¹⁶⁰ Gut zusammengefasst bei Gottschalk/Heilmann, ZKJ 2017, 181f.; Burschel, NZFam 2019, 987ff.

reich erforschen, wie *bindungstolerant* oder wie *kooperationsfähig* Mutter und Vater jeweils sind und welchen Einfluss ihr Verhalten auf das Wohlergehen des Kindes hat. Im Zusammenhang mit dem (Kinderwohl-)Kriterium der Bindungstoleranz¹⁶¹ wird zB regelmäßig von Familiengerichten geprüft, inwiefern es den beiden Elternteilen jeweils gelingt, die „Paarebene“ von der „Elternebene“ zu trennen.¹⁶² Erwartet wird - iS der Pflichtgebundenheit des Elternrechts -, dass Trennungseltern in der Lage sind, zwischen ihrem *Paarkonflikt* und dem als notwendig erachteten *Beziehungs- bzw. Bindungserhalt des Kindes* zum jeweils anderen Elternteil zu unterscheiden und ihren eigenen Konflikt mit Blick auf das Kind zurückzustellen.¹⁶³

Inwiefern sie dazu in der Lage sind, wird uU auch im Rahmen einer psychologischen Begutachtung untersucht. Die Teilnahme unterliegt dabei dem Grundsatz der Freiwilligkeit.¹⁶⁴ Die Anwesenheit von Dritten bei der Exploration der Eltern, etwa des Rechtsanwalts oder einer Vertrauensperson, ist auf Wunsch des betroffenen Elternteils zu akzeptieren.¹⁶⁵ Die angewandten Testverfahren dürfen nur solche Daten erheben, die für die Beantwortung der gerichtlichen Fragestellung relevant sind. Werden zB klinisch-psychologische Fragebögen, Persönlichkeitstests oder Intelligenztests ohne jeden Hinweis auf psychische Auffälligkeiten der Eltern und/oder des Kindes eingesetzt, ist dies nicht zulässig.¹⁶⁶

aa. Auswirkungen auf die elterliche Sorge

Da der generelle Ausschluss einer s.g. nahehelichen gemeinsamen Sorge einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG darstellte, musste das BVerfG im Jahr 1982 die gesetzliche Möglichkeit einer gemeinsamen Sorge nach der Scheidung eröffnen. Eine Schlichtung widerstreitender Interessen durch den Staat sollte sich dann erübrigen, wenn beide Elternteile voll erziehungsfähig waren und keine Gründe bekannt wurden, die im Interesse des Kindeswohls die Übertragung der Sorge auf einen Elternteil angezeigt erscheinen ließen.¹⁶⁷ Nach § 1671 Abs. 3 S. 1 BGB 1982 sollte von einem übereinstimmenden Vorschlag der Eltern nur abgewichen werden, wenn dies a) zum Wohle des Kindes erforderlich war (dann iS der übli-

¹⁶¹ Zum Begriff der Bindungstoleranz: Temizyürek, ZKJ 2014, 228 u. Fn 4. Demnach tauchte der Begriff erstmals in einem Beschluss des OLG Celle von 1993 auf Grundlage eines psychologischen Sachverständigengutachtens auf; OLG Celle v. 25.10. 1993 – 19 UF 208/93, FamRZ 1994, 924.

¹⁶² Vgl. Salgo, Ludwig: Anmerkung zu BVerfG Beschluss v. 13.12. 2012 - 1 BvR 1766/12, FamRZ 2013, 531, 532.

¹⁶³ Der Begriff der Bindungstoleranz formuliert eine Erwartungshaltung an die Eltern *innerhalb* ihres Konflikts: Bei der Gewährung von Umgang des Kindes mit dem/der Trennungspartner*in sollen sie sich loyal zeigen. Mit Blick auf das Kind deutlich gelungener ist der Begriff der **Bindungsfürsorge**, den Temizyürek, ZKJ 2014, 228, 230, vorschlägt. Bindungsfürsorgliche Eltern wertschätzen demnach eine Person als bedeutsamen Menschen für ihr Kind. Der nur innerhalb der Rechtsprechung verwendete Begriff der Bindungstoleranz stimmt nicht mit dem psychologischen Bindungsbegriff überein, vgl. dazu Abschnitt B. IV. d. aa.; zur Anwendung in der Rechtsprechung vgl. BVerfG v. 18.5. 2009 - 1 BvR 142/09, FamRZ 2009, 1389ff.

¹⁶⁴ Arbeitsgruppe Familienrechtliche Gutachten 2015, 4.

¹⁶⁵ Lack/Hammesfahr, Psychologische Gutachten im Familienrecht, 2019, Rn 261.

¹⁶⁶ Lack/Hammesfahr, Psychologische Gutachten im Familienrecht, 2019, Rn 256.

¹⁶⁷ Vgl. BT-Drucks. 13/1661, o.S., <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/13/016/1301661.asc> <Online-Abruf am 15.1. 2020>

chen Eingriffsschwelle des § 1666 BGB) oder wenn b) ein Kind gemäß § 1671 Abs 3 S.2 BGB 1982 das vierzehnte Lebensjahr vollendet hatte und einen abweichenden Vorschlag machte. Dann hatte das Gericht nach § 1671 Abs. 2 S.1 BGB 1982 eine Regelung zu treffen, die dem Wohl des Kindes am besten entspricht. Weitere Regelungen waren nicht vorgesehen.¹⁶⁸

Erst 16 Jahre später wurde mit der Kindschaftsreform vom 1.7. 1998 ein „Modell gemeinsamer rechtlich abgesicherter elterlicher Verantwortung und Entscheidungskompetenz“¹⁶⁹ nach Trennung und Scheidung normiert. Dieses Modell orientierte sich am *Residenzmodell*, was bedeutete, dass der Aufenthalt des Kindes einem Elternteil zuzuweisen war. Die Anknüpfung der neuen Sorge-Regelungen am Residenzmodell war pragmatischer Natur, weil das Wechselmodell in der Lebensrealität eher selten war und der Gesetzgeber dem überwiegend erziehenden Trennungspartner Konflikte ersparen wollte.¹⁷⁰ Im Gesetzgebungsverfahren zum Kindschaftsreformgesetz von 1998 betonte der Gesetzgeber seine Neutralität gegenüber der einen oder anderen Form der nahehelichen Sorge für das Kind (allein bzw. gemeinsam). Das Gesetz sei keine Entscheidung für oder gegen die gemeinsame Sorge, weil sich die „Thesen zur gemeinsamen elterlichen Sorge“ im Laufe der Zeit immer wieder verändert hätten.¹⁷¹

Rechtssystematisch erfolgte die Bestimmung des Aufenthalts des Kindes über die Befugnis der Eltern, den Umgang des eigenen Kindes zu bestimmen, die Teil der elterlichen Sorge ist, § 1626 Abs. 1, § 1632 Abs. 2 BGB. Demnach sind die Eltern auch nach der Trennung angehalten zu bestimmen, mit wem ihr Kind Umgang haben soll.¹⁷²

Diese Festlegung des Umgangs bzw. - damit zwangsläufig verknüpft - des kindlichen Aufenthalts führte (und führt bis heute) zu einer unterschiedlichen Verteilung von (Sorge-)Rechten nach der Trennung oder Scheidung. Denn das *Sorgerecht und das Umgangsrecht als absolute Rechte* beschränken sich gegenseitig dann, wenn sie zwischen den Trennungseltern vergeben werden, „insbesondere schränkt das Umgangsrecht des einen das Sorgerecht des anderen Elternteils ein“, so Grisebach.¹⁷³ Dies liegt daran, dass das Umgangsrecht (als Teil der Personensorge) eigentlich von den Eltern im Drittinteresse des Kindes ausgeübt wird.¹⁷⁴

Der eine Elternteil wird somit zum s.g. Umgangselternteil, der andere Elternteil bekommt das Aufenthaltsbestimmungsrecht für das Kind und wird zugleich Inhaber*in der s.g.

¹⁶⁸ Vgl. Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, 31.

¹⁶⁹ Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, 31.

¹⁷⁰ BT-Drucks 13/4899, 62f.

¹⁷¹ BT-Drucks. 13/4899, 63: „Wollte der Gesetzgeber eine Präferenz zugunsten der einen oder anderen Form der elterlichen Sorge festlegen, so müßten Erkenntnisse vorhanden sein, daß die gemeinsame Sorge oder die Alleinsorge eines Elternteils nach Scheidung dem Kindeswohl prinzipiell besser dient - unabhängig davon, ob den Eltern ein tragfähiges Maß an Einvernehmen besteht oder nicht. Solche Erkenntnisse sind jedoch nicht vorhanden; insbesondere lassen sie sich auch nicht aus den Ergebnissen kinderpsychologischer und familiensoziologischer Forschung gewinnen.“

¹⁷² BGH v. 6.7. 2016 – XII ZB 47/15, Rn 45, NJW-RR 2016, 1089: „Auch die Bestimmung des Umgangs mit den Eltern fällt unter die Personensorge. Steht die Personensorge den Eltern zu, so treffen sie die Umgangsbestimmung gemeinsam.“

¹⁷³ Grisebach in: Krenzler/Borth, Anwalts-Handbuch, Rn 88.

¹⁷⁴ Grisebach in: Krenzler/Borth, Anwalts-Handbuch, Rn 88; Lack/Hammesfahr, Psychologische Gutachten im Familienrecht, 2019, Rn 578.

„tatsächlichen Sorge“. Er/sie gilt als Elternteil, der überwiegend betreut und im herkömmlichen Sinn „alleinerziehend“ ist¹⁷⁵, während der Umgangselternteil das Kind zB am Wochenende bei sich hat. Gebräuchlich für die Unterscheidung von „Aufenthalts- und Umgangselternteil“¹⁷⁶ sind und waren auch Formulierungen wie ‚obhütender Elternteil‘, Elternteil mit ‚tatsächlicher Fürsorge‘ sowie - umgangssprachlich - ‚Zahlvater‘¹⁷⁷ und ‚Wochenend-Papa‘¹⁷⁸.

Diese Begriffe aus der Alltagssprache verweisen auf eine „gewichtige Ausnahme“, die den geltenden Grundsatz der Gesamtvertretung der Eltern, § 1627 S.1, § 1629 Abs. 1 S.2 BGB, beim Unterhalt für das Kind in § 1629 Abs. 2 S.2 BGB ausschließt.¹⁷⁹ Steht die elterliche Sorge für ein Kind den Eltern gemeinsam zu, so kann der Elternteil, in dessen Obhut sich das Kind befindet, Unterhaltsansprüche des Kindes gegen den anderen Elternteil geltend machen. Ungeachtet dessen kann der ‚obhütende‘ Elternteil - wegen der ihm zugewiesenen Aufenthaltsbestimmung - zB mit dem Kind umziehen oder gar das Land verlassen.¹⁸⁰

Das Konzept der Trennungssorge nach dem Residenzmodell (von 1998) macht Sorge-Regelungen - wegen der zwischen den Trennungspartnern asymmetrisch zugewiesenen Rechte (vgl. §§ 1687, 1687a, 1629 BGB) im Alltag kompliziert und auf der menschlichen Ebene herausfordernd. „Dadurch eröffnen sich vielfältige ‚Kampfarenen‘“, schreibt Hammer. Um den Status der „Alleinsorge“ und das „Wechselmodell“ werde oft wie um eine Trophäe gestritten.¹⁸¹ Denn mit der Trennung der Eltern ändert sich nicht nur der (ständige) Aufenthalt des Kindes, sondern auch die Qualität der jeweiligen elterlichen Handlungsbefugnisse, weil nunmehr § 1687 und § 1687a BGB die Unterscheidung von wichtigen und weniger wichtigen Belangen des Kindes fordern. Nur in den Angelegenheiten, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist, verbleibt es bei der gemeinsamen Entscheidungsbefugnis und -verpflichtung, § 1687 Abs. 1 S. 1 BGB; bei Meinungsverschiedenheiten kann das Familiengericht auf Antrag eines Elternteils die Entscheidung einem Elternteil übertragen, § 1628 BGB S. 1 2.HS BGB.¹⁸²

In allen *Angelegenheiten des täglichen Lebens* entscheidet der Elternteil allein, bei dem sich das Kind *berechtigt aufhält*, § 1687 Abs. 1 S. 2 BGB. Solange sich das Kind mit Einwilligung dieses Elternteils oder auf Grund einer gerichtlichen Entscheidung bei dem anderen Elternteil aufhält - das ist idR gemäß § 1684 BGB der „nur“ umgangsberechtigte Elternteil -, hat dieser die Befugnis zur alleinigen Entscheidung in *Angelegenheiten der tatsächlichen Betreuung*. Bei Gefahr im Verzug hat dieser Elternteil außerdem ein *Notvertretungsrecht* gemäß § 1687 Abs. 1 S. 5 BGB i.V.m. 1629 Abs. 1 S. 4 BGB. Beide Trennungseltern haben grundsätzlich alles

¹⁷⁵ Hammer, FamRZ 2018, 229.

¹⁷⁶ Altrogge in: Rahm/Künkel, Handbuch Familien- und Familienverfahrensrecht, Rn 31.

¹⁷⁷ zB „Ich bin der Zahlvater – und es kotzt mich an“, Die Welt, 7.5. 2015: <https://www.welt.de/vermischtes/article140550363/Ich-bin-der-Zahlvater-und-es-kotzt-mich-an.html> <Online-Abruf am 7.1. 2020>

¹⁷⁸ zB „Papa, warum wohnen Mama und du nicht mehr zusammen?“, jetzt, 3.10. 2019: <https://www.jetzt.de/kinderkriegen-kolumne/ein-leben-als-wochenend-papa> <Online-Abruf am 7.1. 2020>

¹⁷⁹ Zorn, Das Recht der elterlichen Sorge, 2016, Rn 575.

¹⁸⁰ Zur Umgangsvereitelung durch Umzug ins Ausland zB Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, 202.

¹⁸¹ Hammer, FamRZ 2018, 229, 230.

¹⁸² Vgl. Grisebach in: Krenzler/Borth, Anwaltshandbuch Familienrecht, Rn 98.

zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum jeweils anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Erziehung erschwert, § 1687 Abs. 1 S. 5 BGB und § 1684 Abs. 2 S. 1 BGB.¹⁸³

Eltern, die nicht mehr zusammenleben, wird insofern „ein erhöhtes Maß an Konfliktkompetenz zugemutet“, wie Grisebach feststellt. „Ist ein Konsens nicht möglich, endet die Elternautonomie.“ Das Familiengericht ist dann nach § 1671 BGB zur Prüfung und Entscheidung berufen, ob die Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge und die Begründung der Alleinsorge dem Kindeswohl am besten entspricht, § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB.¹⁸⁴

Unbenommen bleibt es den Eltern, die gemeinsame Sorge gemäß § 1626 Abs. 1 BGB nach Trennung oder Scheidung beizubehalten und Unterhaltsregelungen außergerichtlich *im Konsens* zu vereinbaren. Diese Eltern müssen sich damit helfen, dass sie die Entscheidungsbefugnis für Angelegenheiten des täglichen Lebens an den Aufenthalt knüpfen und diese Befugnisse daher immer auf den Elternteil übergehen, der das Kind gerade betreut bzw. bei dem das Kind gerade wohnt.¹⁸⁵ Entscheidungen in Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung müssen wie beim Residenzmodell gemeinsam getroffen werden.¹⁸⁶ Sind die Eltern zu einer solchen Kooperation nicht bereit oder in der Lage, besteht die Gefahr, dass sie sich in vielen Angelegenheiten zu Lasten des Kindes blockieren und das Kind durch ihre Auseinandersetzungen (weiterhin und dann dauerhaft) psychischen Stress-Situationen aussetzen.

Neben einer hinreichenden Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit sollten für ein gelingendes paritätisches Wechselmodell weitere Voraussetzungen erfüllt sein; dazu zählen,

- dass das Kind das Pendeln zwischen zwei Lebenswelten akzeptiert,
- dass eine örtliche Nähe der elterlichen Haushalte und die Erreichbarkeit von Schule oder Kindergarten gegeben ist,
- aber auch finanzielle Möglichkeiten (das Trennungspaar muss sich die „doppelte Haushaltsführung“ des Kindes leisten können)
- sowie berufliche Flexibilität.¹⁸⁷

Bei Säuglingen und Kleinkindern kommt das paritätische Wechselmodell aber kaum in Betracht. Denn solange sich das Kind in der Phase des Bindungsaufbaus und der Bindungsstabilisierung befindet, kann man dem Kind keinen regelmäßigen Wechsel der Bezugsperson und der räumlichen Umgebung zumuten.¹⁸⁸ Nicht untypisch ist es, dass Kinder - wenn sie älter werden und mit zunehmender Bedeutung der Peergroup - selbst über ihren Aufenthalt entscheiden möchten.¹⁸⁹

¹⁸³ Zur Unterscheidung im Alltag und zur Möglichkeit der Vollmacht-Erteilung an den/die Inhaber*in des nur s.g. kleinen Sorgerechts gemäß § 1687 Abs. 1 S. 2 BGB: Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, 31ff.

¹⁸⁴ Grisebach in: Krenzler/Borth, Anwaltshandbuch Familienrecht, Rn 99.

¹⁸⁵ Hennemann, NJW 2017, 1787, 1788.

¹⁸⁶ Staudinger/Salgo (2019) BGB § 1687, Rn15.

¹⁸⁷ Gottschalk/Heilmann, ZKJ 2017, 181, 183, nennen hier *de lege ferenda* die Möglichkeit eines Vergleichs für Sorge-Regelungen als Erweiterung des § 156 Abs. 2 FamFG sowie Änderungen im Melderecht, Sozialrecht und Unterhaltsrecht.

¹⁸⁸ Hennemann, NJW 2017, 1787, 1789; Salzgeber, NZFam 2014, 921, 924.

¹⁸⁹ Salzgeber, NZFam 2014, 921, 923.

bb. Anordnung eines Wechselmodells

Trotz einer oft gegenteiligen Realität¹⁹⁰ wurde das Recht der elterlichen Sorge bisher nicht als ein Recht der ‚geteilten Betreuung im Alltag‘¹⁹¹ mit gleichen Rechten und Pflichten für beide Trennungselternteile gesetzlich ausgestaltet. Schumann geht daher von der Verfassungswidrigkeit der geltenden Trennungssorge aus. Nacht ihrer Ansicht dürfte der Gesetzgeber seinen Gestaltungsauftrag verletzen, wenn er „überhaupt kein normatives Angebot für die geteilte Betreuung“¹⁹² zur Verfügung stellt. Ebenso äußerte sich die Kinderrechtekommission des DFGT im Jahr 2014.¹⁹³ Im Bundestag brachte die FDP-Fraktion am 14.3. 2018 einen - noch darüber hinausgehenden - Entschließungsantrag ein, das Wechselmodell als Regelfall der Kinderbetreuung einzuführen.¹⁹⁴

Dem steht die Rechtsauffassung des BVerfG entgegen, das fürchtet, Aspekte des Kindeswohls und der Einzelfallgerechtigkeit könnten aus dem Blick geraten.¹⁹⁵ In einem Nichtannahmebeschluss vom 24.6. 2015 stellt es klar: „Dem Gesetzgeber obliegt es, den einzelnen Elternteilen bestimmte Rechte und Pflichten zuzuordnen, wenn die Voraussetzungen für eine gemeinsame Ausübung der Elternverantwortung fehlen. (...) Der Gesetzgeber ist nicht gehalten, die Anordnung paritätischer Betreuung als Regelfall vorzusehen und abweichende gerichtliche Regelungen als Ausnahme auszugestalten.“¹⁹⁶

An dieser Entscheidung hielt das BVerfG auch im Jahr 2018 fest¹⁹⁷, während der BGH am 1.7. 2017 die familiengerichtliche Anordnung eines Wechselmodells nicht mehr ausgeschlossen hat, sofern es sich dabei um eine auf paritätische Betreuung ausgerichtete *Umgangsregelung* handelt. Der BGH stellt in dem Beschluss fest: „Auch die Ablehnung des Wechselmodells durch einen Elternteil hindert eine solche Regelung für sich genommen noch nicht. Entscheidender Maßstab der Regelung ist vielmehr das im konkreten Einzelfall festzustellende Kindeswohl.“¹⁹⁸ Fragen der rechtlichen Ausgestaltung eines „Wechselmodells als Umgangsgestaltung“ ließ der BGH offen. Unklar bleibt somit ua (auch) nach dieser Entscheidung,

¹⁹⁰ Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, 30f.; Hammer, FamRZ 2018, 229. Beide beziehen sich auf Zahlen des Statistischen Bundesamts für 2013, wonach es bei 96 % aller Scheidungen bei der gemeinsamen elterlichen Sorge der Eltern bleibt.

¹⁹¹ Vgl. Hammer, FamRZ 2018, 229, 231 u. Schumann, Gutachten, 2018, 10.

¹⁹² Schumann, Gutachten, 2018, 16.

¹⁹³ Kinderrechtekommission des DFGT, FamRZ 2014, 1157, 1167: „Der Gesetzgeber verletzt seine aus Art. 6 Abs. 2. S. 2 GG folgende Pflicht zur familienrechtlichen Ausgestaltung des elterlichen Erziehungsvorrangs, wenn er die in §§ 1671, 1684 BGB eröffneten Autonomieräume nicht instrumental und inhaltlich angemessen ausstattet.“

¹⁹⁴ BT-Drucks. 19/1175; dazu gegenläufiger Entschließungsantrag der Fraktion „Die Linke“, BT-Drucks. 19/1172. Vgl. Staudinger /Dürbeck (2019) BGB § 1684 Rn 252.

¹⁹⁵ Britz, FF 2015, 387, 390. „Unabhängig davon, ob die Regelung der paritätischen Betreuung gegen den Willen eines Elternteils – so sie denn möglich ist – als Frage der elterlichen Sorge oder als Umgangsregelung eingeordnet würde, kann über eine paritätische Betreuung des Kindes im konkreten Fall nur nach der jeweiligen Lage des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Kindeswohls und unter Beachtung der berechtigten Interessen der Eltern sachgerecht entschieden werden.“

¹⁹⁶ BVerfG v. 24.6. 2015 – 1 BvR 486/14; BVerfG v. 22.1. 2018 – 1 BvR 2626/17, FamRZ 2018, 593.

¹⁹⁷ BVerfG v. 22.1. 2018 – 1 BvR 2616/17.

¹⁹⁸ BGH v. 1.2. 2017 – XII ZB 601/15 1.LS, NZFam 2017, 206.

ob a) die gerichtliche Anordnungsmöglichkeit eines Wechselmodells auch dann besteht, wenn die Trennungseltern nicht die gemeinsame elterliche Sorge ausüben, ob b) auch die Anordnung in einem sorgerechtlichen Verfahren möglich sein soll oder jedenfalls dann, wenn die Eltern nicht die gemeinsame elterliche Sorge haben, und wie c) die Widersprüche zwischen der sorgerechtlichen Situation und der Umgangsregelung aufgelöst werden können.¹⁹⁹

Dass die Anordnung eines Wechselmodells gegen die Ablehnung eines Elternteils nicht immer mit dem Kindeswohl überein gehen muss und entsprechend dann nicht in Frage kommt, macht der BGH ebenso deutlich wie das BVerfG.²⁰⁰ Vorauszusetzen für die Anordnung eines Wechselmodells sei eine bestehende Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit der Eltern. Es entspreche nicht dem Kindeswohl, ein Wechselmodell zu dem Zweck anzuordnen, eine Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit erst herbeizuführen.²⁰¹ Bei einem erheblich konfliktbelasteten Verhältnis der Eltern liege ein paritätische Wechselmodell zudem idR nicht im wohlverstandenen Interesse des Kindes.²⁰²

Wenn bislang noch kein Wechselmodell angeordnet gewesen ist und ein Elternteil die Einführung des Wechselmodells ablehnt, bleibt es somit fraglich, wie ein angeordnetes Wechselmodell „praktisch zum Vorteil des Kindes“²⁰³ gelebt werden kann. Die mangelnde Kohärenz der BGH-Entscheidung mit dem materiellen Recht (und seiner verfestigten Anwendung) macht Hennemann anhand folgender Punkte deutlich:

a) Einrichtung nach § 1697a BGB:

Wenn nichts anderes bestimmt ist, kommt ein Wechselmodell nach geltendem Recht nur dann in Betracht, wenn es mit dem Kindeswohl § 1697a BGB vereinbar ist (= entspricht dem Kindeswohl „am besten“). Zudem sind Bewertungskriterien des Gerichts immer dann, - wenn eine Regelung für Aufenthalt und Sorge zu treffen ist -, die Erziehungseignung der Eltern, die Bindungen des Kindes, die Prinzipien der Förderung und der Kontinuität sowie der Kindeswillen, die auch der BGH anführt.²⁰⁴ Dies sind (aber) Kriterien, die regelmäßig bei der Entscheidung von Konflikten um Aufenthalt und Sorge Anwendung finden und nicht für eine Umgangsregelung.²⁰⁵

b) Abänderung nach § 1696 Abs. 1 S. 1 BGB:

Abänderungen sind bei Sorge-Entscheidungen nur gemäß § 1696 Abs. 1 S. 1 BGB aus triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen möglich. Nach der BGH-Entscheidung käme die Abänderung einer geltenden Sorge-Regelung auch durch eine erstmalige Regelung des Umgangs in Frage, was - nach Hennemann - nicht überzeugt, weil die Kindeswohlprüfung zur Umgangsregelung nicht mit der Kindeswohlprüfung bei einer Sorgerechtsentscheidung überein-

¹⁹⁹ Gottschalk/Heilmann, ZKJ 2017, 181, 182.

²⁰⁰ BGH v. 1.2. 2017 - XII ZB 601/15, 1.LS - begründet ua mit Bezug auf Britz FF 2015, 387, 388 f.

²⁰¹ BGH v. 1.2. 2017 - XII ZB 601/15, 2.LS.

²⁰² BGH v. 1.2. 2017 - XII ZB 601/15, 3.LS.

²⁰³ Hennemann, NJW 2017, 1787, 1789.

²⁰⁴ BGH v. 1.2. 2017 - XII ZB 601/15, Rn 25.

²⁰⁵ Vgl. Hennemann, NJW 2017, 1787, 1788; vgl. Abschnitt Abschnitt B IV.

stimmt, sondern weniger umfangreich ausfällt.²⁰⁶ Der BGH löst diese „Klippe“, indem er die Entscheidung im Einzelfall dem Kindeswohlprinzip nach § 1697a BGB unter Berücksichtigung der Grundrechtspositionen der Eltern unterstellt.²⁰⁷

c) Grundrechtliche Verankerung des Umgangsrechts:

Bei der Prüfung der Einrichtung einer Umgangsregelung spielt der Kindeswille eine Rolle, aber weder ist das Prinzip der Kontinuität noch das Prinzip der Förderung maßgeblich. Bindungen des Kindes können durch einen Umgang zB auch erst aufgebaut werden und müssen nicht vorhanden sein. Bei mangelnder Erziehungseignung können zur Abwendung von Gefahren für das Kindeswohl Einschränkungen oder ein Ausschluss des Umgangs gemäß § 1684 Abs. 4 S. 1 BGB in Betracht kommen. Letztlich besteht die Möglichkeit, gemäß § 1684 Abs. 3 S. 3 BGB bei Verstoß gegen die Wohlverhaltenspflicht eine/n Umgangspfleger*in einzusetzen. Da das Umgangsrecht grundrechtlich verankert ist, muss es auch unter „widrigen Bedingungen“ gewährt werden, unterliegt aber der Pflichtbindung.²⁰⁸ Die Erziehungseignung ist nicht besonders zu prüfen.²⁰⁹

d) Grundsatz der Kontinuität zum Schutz des Kindes:

Fand bislang die Betreuung des Kindes überwiegend durch einen Elternteil statt, so ist es nicht angezeigt, aus Anlass der Trennung der Eltern ein neues Betreuungsmodell einzuführen und damit das Kind - zumindest teilweise - aus der gewohnten Umgebung herauszuholen und dem anderen Elternteil zuzuweisen. Das Kind ist bereits aufgrund der Trennung der Eltern verunsichert. Wird zugleich die bislang bestehende Betreuung grundlegend verändert, ist damit regelmäßig eine weitere, vermeidbare Verunsicherung des Kindes verbunden.²¹⁰

e) Vergleich gemäß § 156 Abs. 2 FamFG nicht möglich:

Verständigen sich Eltern im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung erstmals auf einen Umgang in Form des Wechselmodells, kann nach der Entscheidung des BGH dieser Umgang gemäß § 156 Abs. 2 FamFG durch Beschluss gerichtlich genehmigt werden. Dies wäre bei einer Einordnung des Wechselmodells als Sorgerechtsregelung ausgeschlossen, da die Eltern über das Sorgerecht nicht disponieren können.²¹¹ Regelmäßig wird in Umgangsver-

²⁰⁶ Hennemann, NJW 2017, 1787, 1788.

²⁰⁷ BGHv. 1.2. 2017 – XII ZB 601/15, Rn 24. Der BGH nimmt Bezug auf BVerfG v. 24.6. 2015 – 1 BvR 486/14 Rn 21; Britz FF 2015, 387, 388f.

²⁰⁸ Staudinger/Dürbeck (2019) BGB § 1684 Rn 30, mit Bezug auf BGHv. 21.10. 1964 – IV ZB 338/64, BGHZ 42, 364: „Das (...) Umgangsrecht ist jedoch kein Recht an der Person des Kindes, sondern ein pflichtgebundenes Recht. Die Belange des Kindes seien jedoch durch die Möglichkeit, den Umgang zu regeln, ihn auszuschließen oder zu beschränken, ausreichend gewahrt.“

²⁰⁹ Hennemann, NJW 2017, 1787, 1788.

²¹⁰ Hennemann, NJW 2017, 1787, 1789.

²¹¹ Bei Umgangsregelungen kann gemäß § 156 Abs. 2 FamFG Einvernehmen im Form eines gerichtlich gebilligten Vergleichs hergestellt werden, wenn die Regelung „dem Kindeswohl nicht widerspricht“; vgl. Prütting/Helms, FamFG § 156 Rn 8; Hammer, FamRZ 2011, 1268; Ernst, NZFam, 2015, 804ff. - Die Umsetzung von Einvernehmen bei Regelungen zur elterlichen Sorge richtet sich nach § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB.

fahren hingegen davon ausgegangen, dass eine einvernehmliche Regelung des Umgangs dem Kindeswohl nicht widerspricht und die Vereinbarung daher gerichtlich zu genehmigen ist. Bei einer Verständigung der Eltern auf das Wechselmodell - in Form einer Umgangsregelung - bedarf es aber einer genauen Prüfung, ob das Wechselmodell dem Kindeswohl nicht widerspricht. Die besonderen Belastungen für das Kind sind hier unbedingt zu prüfen, betont Hennemann.²¹²

Zusammenfassend stellt Hennemann fest, dass insbesondere für Eltern, die eine gerichtliche Entscheidung mangels Einvernehmen benötigen, das Wechselmodell weiterhin nicht der Regelfall der Betreuung der Kinder sein wird.²¹³ Der „sachliche Grund“ für mögliche Ungleichbehandlungen der Elternteile bei Sorgerechtsentscheidungen nach § 1671 BGB oder Umgangsregelungen nach § 1684 BGB ist dann das Kindeswohl.²¹⁴

e. „Leitbild gemeinsamer elterlicher Sorge“ - Einordnung

Wenngleich das BVerfG, wie bereits dargestellt, das „Leitbild der Erziehung“²¹⁵ den Eltern überlässt, so geht es doch prinzipiell davon aus, dass die gemeinsame elterliche Sorge den Bedürfnissen des Kindes nach Beziehungen zu beiden Eltern am besten entspricht.²¹⁶

So heißt es (auch) in der Entscheidung zur elterlichen Sorge des nicht-ehelichen Vaters vom 9. April 2003: „Wenn Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG zuvörderst den Eltern die Verantwortung für das Kind überlässt, beruht dies auf der Erwägung, dass sie in gemeinsamer Ausübung dieser Verantwortung in aller Regel die Interessen ihres Kindes am besten wahrnehmen.“²¹⁷

Zum großen Streit entwickelte sich in Folge - und bis heute - allerdings die Frage, ob sich die gemeinsame Sorge in Trennungsfamilien *grundsätzlich* positiv auf das Kind auswirke. In diesem Zusammenhang wird insbesondere darüber gestritten, ob und inwieweit die gerichtliche Anordnung eines Wechselmodells gegen den Willen eines Elternteils dem Kindeswohl förderlich ist oder nicht.²¹⁸ Das Kindeswohl wird dabei zum Zankapfel in einer Auseinandersetzung, die primär auf den Interessenausgleich von Vaterrecht und Mutterrecht innerhalb des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG zielt.²¹⁹

²¹² Hennemann, NJW 2017, 1787, 1789.

²¹³ Hennemann, NJW 2017, 1787, 1789.

²¹⁴ BVerfG v. 24.6. 2015 - 1 BvR 486/14 Rn 24.

²¹⁵ Jestaedt, Das Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung, 2012, 13, 22.

²¹⁶ Vgl. Abschnitt A. V. d.

²¹⁷ BVerfG v. 9.4. 2003 – 1 BvR 1493/96 Rn 62, BVerfGE 108, 82. - Die Entscheidung verlangte, dass dem leiblichen, aber nicht rechtlichen (= biologischen) Vater verfahrensrechtlich die Möglichkeit zu eröffnen sei, die rechtliche Vaterposition zu erlangen, wenn dem der Schutz einer familiären Beziehung zwischen dem Kind und seinen rechtlichen Eltern nicht entgegenstehe.

²¹⁸ Der Streit in der Fachliteratur, dem im Rahmen dieser Arbeit nicht nachgegangen werden kann, wird gut zusammengefasst von Hammer, FamRZ 2016, 2122, 2123 - mit Nachweisen.

²¹⁹ Vgl. Salzgeber, NZFam 2014, 921, 926: „Der Aspekt der Gleichwertigkeit ist elternzentriert und hat nur indirekt Bezug zum Kindeswohl. Gleichwertigkeit, gleiche Augenhöhe oder Gleichgewicht zwischen den Eltern in Bezug auf die Übernahme von Verantwortung für das Kind besteht auch im Zusammenleben nicht in jedem Fall. Selbst wenn Eltern unterschiedliche lange Betreuung für das Kind leisten oder Entscheidungen für das Kind nicht gleichwertig treffen, schmälert dies nicht die Gleichwertigkeit.“

So hebt Schumann ein „Leitbild der gemeinsamen Trennungssorge und der Elternautonomie getrennt lebender Eltern“²²⁰ in ihrer Studie mit dem Titel „Gemeinsam getragene Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung - Reformbedarf im Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrecht?“ (2018) ausdrücklich hervor.²²¹ Das Verfassungsrecht enthalte – wie sie betont – das Leitbild der Elternautonomie und der einvernehmlichen Ausgestaltung der elterlichen Verantwortung, begrenzt durch das Kindeswohl und das staatliche Wächteramt.²²²

Dazu ist zunächst festzustellen, dass das BVerfG den Leitbild-Begriff nicht verwendet. Dieser stammt vielmehr aus dem Gesetzgebungsverfahren zur Neufassung der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern gemäß § 1626a Abs. 2 BGB i.V.m. § 155a FamFG. Dieses Gesetz aus dem Jahr 2013 sieht ein verkürztes Prüfverfahren vor, nach dem der *leibliche, nicht-eheliche Vater* die Mitsorge oder in bestimmten Fällen auch die Alleinsorge für sein Kind erlangen kann.²²³ Mit (s)einem „Leitbild“ untermauerte und propagierte der Gesetzgeber eine Bewusstseinsänderung (der Gesellschaft) dahingehend, dass bei nicht-ehelichen Kindern nicht grundsätzlich der Mutter die Alleinsorge zuzusprechen war, sondern dass auch der leibliche Vater eine Möglichkeit bekommen müsste, die Sorge für das Kind zu erlangen.²²⁴

Die Umsetzung des § 1626a Abs. 2 BGB war in der Fachwelt umstritten.²²⁵ Umstritten war vor allem die Möglichkeit, eine negative Kindeswohlprüfung mit einem schriftlichen Verfahren gemäß § 155a FamFG durchführen zu können. Denn § 1626a Abs. 2 S. 2 BGB stellte die gesetzliche Vermutung auf, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl dann *nicht widerspricht*, wenn der andere Elternteil keine Gründe vorträgt, die der Übertragung der gemeinsamen Sorge entgegenstehen können und solche Gründe nicht ersichtlich seien.²²⁶

Diese aus Sicht des Kindes paternalistische Regelung, die die Anhörung des Kindes als verfahrensrechtlichen Grundsatz in Frage stellte, war in der Lage, für Verwirrung in der Rechtsprechung zu sorgen.²²⁷ Denn sie machte nicht deutlich, dass die Zuordnung eines (neuen) Sorgerechtigten zum Kind der materiellrechtlichen Prüfung vorbehalten bleiben muss²²⁸, da sonst

²²⁰ Schumann, Gutachten, 2018, 9.

²²¹ Den Leitbild-Begriff verwendet auch Kinderrechtskommission des DFGT, FamRZ 2014, 1157ff. - dort mit der ungenauen Aussage, der Gesetzgeber habe 1998 mit dem KindRG das Residenzmodell zum Leitbild genommen; ebenso: Beschluss der Justizministerinnen und Justizminister auf der Frühjahrskonferenz v. 21./22.6. 2017, <http://bitly.com/2ibp06V> <Online-Abruf am 24.1. 2020>; aA Hammer, FamRZ 2015, 1433, 1436.

²²² Vgl. Scheiwe, NZFam 2018, 830, 832.

²²³ BT-Drucks. 17/11048, 17: „Das Familiengericht überträgt den Eltern die elterliche Sorge gemeinsam, wenn dies dem Kindeswohl nicht widerspricht. Anders als nach der Übergangsregelung des BVerfG im Beschluss vom 21. Juli 2010 ist keine positive Feststellung erforderlich, dass die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl entspricht. Liegen keine Gründe vor, die gegen die gemeinsame elterliche Sorge sprechen, sollen grundsätzlich beide Eltern gemeinsam sie tragen. Dies ist das Leitbild des Entwurfs.“

²²⁴ BT-Drucks. 17/11048, 21.

²²⁵ Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern vom 16. April 2013, in Kraft seit 19. Mai 2013.

²²⁶ Vgl. Zorn, Das Recht der elterlichen Sorge, 2016, Rn 203.

²²⁷ Etzold/Löhnig, NZFam 2016, 769ff.

²²⁸ Zorn, Das Recht der elterlichen Sorge, 2016, Rn 203.

die Rechtsposition des Kindes keine Berücksichtigung findet. Eine Klarstellung erfolgte durch den BGH am 15. Juni 2016.²²⁹

Zugleich hatte der Gesetzgeber damit innerhalb von zwei Jahrzehnten eine argumentative Wende um 180 Grad in Bezug auf die Bestimmung des Kindeswohls in Trennungsfamilien vollzogen. Sollte nun im Jahr 2012 - im Zuge der in Deutschland sehr verspäteten Durchsetzung des Vaterrechts auf Pflege und Erziehung seines (nicht-ehelichen) Kindes²³⁰ - die Vater-Mutter-Kind-Familie auch in Fällen von Trennungen oder nie gelebten Beziehungen zum „Leitbild“ werden, so drückte sich darin ein (völlig) neues Verständnis des Kindes und seiner Bedürfnisse aus. Noch 1996 war im Vorfeld der Kindschaftsreform über das Erziehungs- und Lebensmodell zweier Teilfamilien das glatte Gegenteil behauptet worden, „daß [nämlich] eine erzwungene Gemeinsamkeit der Sorge für Kinder, deren Eltern nicht miteinander verheiratet sind, in einer Vielzahl von Fällen dazu führen würde, daß die Eltern ihre Streitigkeiten auf dem Rücken des Kindes austragen und damit das Kindeswohl beeinträchtigen würden.“²³¹

Diese Ausführungen zeigen, dass Leitbilder in kindschaftsrechtlichen Gesetzgebungsprozessen zwar eine zentrale Rolle spielen können, dass sie aber keineswegs mit Rechtsbegriffen verwechselt werden dürfen. „Leitbild“ ist vielmehr ein vielbenutzter Begriff aus der sozialwissenschaftlichen Diskussion“, schreibt Scheiwe. Das Familienrecht enthalte zahlreiche implizite und explizite Leitbilder und Rollenerwartungen.²³² Diese Leitbilder sind als Treiber eines gesellschaftlichen Wandels zu verstehen. Sie haben vornehmlich rhetorischen oder proklamatorischen Charakter und stehen im Zusammenhang mit der Durchsetzung bzw. dem Ausgleich von Interessen.

Deutlich wird darüberhinaus, dass das Kindeswohl als Rechtsbegriff nicht nur die drei von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG betroffene Grundrechtspositionen (Elternteil 1, Elternteil 2, Kind) relational **als Maßstab** bestimmt, sondern dass das Kindeswohl sich außerdem gegenüber Interessengegensätzen zwischen Elternteil 1 und Elternteil 2 relational **als Rechtsposition des Kindes** behaupten muss. Die Rechtsposition des Kindes muss dazu materiell- und verfahrensrechtlich Beachtung finden.

Keineswegs darf ein s.g. Leitbild gemeinsamer elterlicher Sorge also „überspielen“ oder „verdecken“, dass der Konflikt zwischen Elternteil 1 und Elternteil 2 sehr wohl kindeswohlgefährdende Ausmaße annehmen kann. Denn Elternrecht 1 und Elternrecht 2 können kollidieren, anders als das Elternrecht und das Kindesgrundrecht.²³³ Das geteilte (oder doppelte) Elternrecht - als Rechts des Vaters und als Recht der Mutter - findet seine Grenze nicht nur im „staatlichen Wächteramt“, sondern Elternrecht 1 und Elternrecht 2 finden ihre jeweilige Schranke ebenso in den Grundrechten des anderen Elternteils, zB im Persönlichkeitsrecht oder im Recht auf körperliche Unversehrtheit des Trennungspartners, Art. 2 GG. Ein Leitbild sollte daher weder die Schutzpflichten des Staates gegenüber dem Kind noch die verfassungsimmanente Schranke zwi-

²²⁹ BGH v. 15.6. 2016 - XII ZB 419/15 - dort zur Anhörung des Kindes Rn 31ff.

²³⁰ Dazu ausführlich Zorn, Das Recht der elterlichen Sorge, 2016, Rn 198ff.

²³¹ BT-Drucks. 13/4899, 59.

²³² Scheiwe, NZFam 2018, 830, 831.

²³³ Zorn, Das Recht der elterlichen Sorge, 2016, Rn 303. - Hintergrund ist die naturrechtliche Konzeption des Elternrechts in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG.

schen Elternrecht 1 und Elternrecht 2 (sprachlich) überdecken. Bei Grundrechtsverletzungen, die sich Eltern - zB in Kontexten häuslicher Gewalt - zufügen, ist dies zu berücksichtigen, denn diese haben regelmäßig Auswirkungen auf das Kind, was auch in die Konzeption des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG abgebildet wird. Da das Recht des Kindes auf Erziehung und Pflege beiden Elternrechten gleichsam *innewohnt*, kann es davon nicht unbeschadet bleiben.

Es empfiehlt sich daher unter den folgenden Voraussetzungen die Möglichkeit der gerichtlichen Anordnung der geteilten Betreuung auszuschließen: a) wenn die Eltern nicht die Fähigkeit zur Kooperation und Kommunikation haben, insbesondere bei hochkonflikthaften Beziehungen zwischen den Eltern, b) in Fällen, in denen es zur Gewaltanwendung oder Misshandlung eines Elternteils oder des Kindes kam oder diese drohen, und c) gegen den erklärten Willen eines ein-sichtsfähigen Kindes; der Wille eines jüngeren Kindes ist bei der Kindeswohlprüfung angemessen zu berücksichtigen.²³⁴

Auch eine Einschränkung des Umgangsrechts ist dann veranlasst, wenn der Schutz des Kindes dies erfordert, weil ein Elternteil Gewalt gegen den anderen anwendet.²³⁵ Ein Umgangs-ausschluss, § 1684 Abs. 4 S. 1 u. 2 BGB, der idR einem Sorgerechtsentzug gleichkommt, ist uU also auch bei mittelbarer Kindeswohlgefährdung gerechtfertigt, zB dann, wenn Leib und Leben eines Elternteils (aber nicht unmittelbar eines Kindes) durch die Umgangsregelung bedroht sind.²³⁶ Schwere Belastungen bis hin zu Traumatisierungen des Kindes durch Gewalt der Eltern untereinander dürfen im Zuge der berechtigten Durchsetzung des Vaterrechts auf Pflege und Erziehung nicht übersehen werden.²³⁷

B. KINDESWOHL IM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH

Die kindschaftsrechtlich relevanten Normen im BGB unterscheiden sich im Hinblick auf Adres-sat, Zielsetzung und Wirkungsweise.

Einige Vorschriften setzen inhaltliche Akzente und haben einen Leitbild-Charakter. Sie richten sich in erster Linie an Eltern. Im Verfahren werden sie in der Zusammenschau mit (al-len) anderen relevanten Kindeswohlkriterien ausgelegt. Für diese Normen hat sich der Begriff des positiven Kindeswohlstandards etabliert.²³⁸

Andere Regeln wenden sich mit Prüfmaßstäben ausschließlich an Gerichte. Ihre Ziel-richtung ist es, in Schlichtungskonstellationen eine Entscheidung herbeizuführen. Der s.g. Maß-stab für die Kindeswohlprüfung macht normative Vorgaben für die Abwägung der Grundrechts-positionen.

²³⁴ Scheiwe, NZFam 2018, 830, 834.

²³⁵ BVerfG v. 13.12.2012 - 1 BvR 1766/12.

²³⁶ Staudinger/Dürbeck (2019) BGB § 1684, Rn. 319; Staudinger/Thomas Rauscher (2014) BGB § 1684 Rn 328; Vogel, FF 2017, 434, 435f.

²³⁷ Vgl. Salgo, FamRZ 2013, 531; ausführlich aus bindungspsychologischer Sicht: Brisch, Bindung und Umgang, 2008, 89ff.

²³⁸ Schumann, Kindeswohl, 2008, 169, 169, Fn 1. Dort Quellenhinweise zur Geschichte der Begriffe des „positiven“ und „negativen Kindeswohlstandards“, die demnach durch Coester, Das Kindes-wohl als Rechtsbegriff, 1983, 171 und Gernhuber, FamRZ 1973, 229, 232 f. geprägt wurden.

Wieder andere Vorschriften nähern sich dem Kindeswohl vom negativen Kindeswohlstandard her. Sie richten sich ebenfalls an Gerichte, indem sie die Ausübung des Wächteramts in den Fällen präzisieren, in denen Kinderschutz-Aspekte relevant werden.

a. Erziehungsleitbilder von 1980

Mit dem 1980 in der Bundesrepublik Deutschland in Kraft getretenen *Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge vom 18.7.1979* wurden die Vorgaben für eine am Kindeswohl orientierte Erziehung im BGB konkretisiert und optimiert. Insbesondere leitete die Umwandlung der „elterlichen Gewalt“ in die „elterliche Sorge“ (vgl. § 1626 Abs. 1 BGB 1980) einen bis heute wirkenden gesellschaftlichen und kulturellen Wandel ein. Das Rechtsverhältnis der Eltern zum Kind wird seitdem nicht mehr als „Herrschaftsrecht“, sondern als ein partnerschaftliches und respektvolles verstanden.²³⁹

Ausdruck fand dieses Verständnis in neuen Normen. Zu nennen sind § 1626 Abs. 2 BGB 1980 (= paritätische Erziehung), § 1626 Abs. 3 BGB 1980 (= Umgang mit beiden Eltern und Personen, zu denen das Kind Bindungen hat), § 1631a BGB 1980 (= Rücksicht auf Eignung und Neigung bei der Berufswahl), § 1631 Abs. 2 BGB 1980 (= Verbot entwürdigender Erziehungsmaßnahmen) sowie § 1684 Abs. 1 u. 2 BGB 1980 (= Umgang mit beiden Eltern und s.g. Wohlverhaltensklausel der Umgangsregelung) sowie § 1685 Abs. 1 u. 2 BGB 1980 (= Umgangsrecht der Großeltern, Geschwister und Personen des sozial-familiären Netzwerkes).²⁴⁰

Diese neuen Normen bildeten eine Kanon positiver Erziehungsleitbilder²⁴¹, der durch das *Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung* vom 2.11. 2000 (in Kraft seit 8.11.2000) ergänzt wurde und das Züchtigungsrecht abschaffte. Vorgeschrieben war und ist und nun die gewaltfreie Erziehung in § 1631 Abs. 2 BGB. Der Gesetzgebungsprozess folgte der durch das BVerfG vorgegebenen Auffassung, dass das Kind als Träger der Grundrechte ein Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, auf körperliche Unversehrtheit und auf Achtung seiner Menschenwürde hat.²⁴²

Die Erziehungsleitbilder definierten und umschrieben die tatsächliche elterliche Sorge (im Gegensatz zur bereits umfassend im BGB geregelten Vermögenssorge). Kerngedanke war, dass „der junge Mensch“ bis zum Eintritt in das Erwachsenenalter zu einer eigenverantwortlichen und selbständigen Persönlichkeit heranwachsen sollte. Dies sei nur möglich, wenn sich seine Selbstachtung und sein Selbstwertgefühl in der Kindheit und Jugend entwickeln konnten.²⁴³

Allerdings stellte sich schon bei der Einbringung ins BGB die Frage nach dem Umgang mit Verstößen gegen das neue „gesetzliche Leitbild von der Eltern-Kind-Beziehung“, handelte es sich doch auch nach Überzeugung des Gesetzgebers um ein eher programmatisches Regel-

²³⁹ BT-Drucks. 8/2788, 36.

²⁴⁰ Vgl. Schumann, Kindeswohl, 2008, 169, 172. - Die derzeit gültigen Fassungen der Normen werden in Abschnitt B. II. vorgestellt.

²⁴¹ Schumann, Kindeswohl, 2008, 169, 170, spricht von „Erziehungsleitbildern mit Appellfunktion“.

²⁴² Schumann, Kindeswohl, 2008, 169, 170.

²⁴³ BT-Drucks. 8/2788, 35; dieser Gedanke wurde als § 1 Abs. 1 ins SGB VIII übernommen: „Jeder junge Mensch hat ein Recht auf Förderung seiner Entwicklung und auf Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit.“ *Gültig seit 3.10. 1990 in den neuen Bundesländern auf dem Gebiet der ehemaligen DDR, seit dem 1.1. 1991 in den alten Bundesländern.*

werk „ohne Sanktionsbewehrung“.²⁴⁴ Die Frage nach dem normativen Charakter blieb offen. Dem Gesetzgeber war es bedeutsam genug, Impulse für eine gedeihliche Erziehung zu setzen und den Kanon der positiven Erziehungsleitbilder²⁴⁵ fest im BGB zu verankern. Dabei wollte er nicht zuletzt schwere Körperstrafen, die „noch zu sehr als selbstverständlich angesehen“ wurden²⁴⁶, aus dem Alltag der Familien verbannen. Tatsächlich hatte § 1631 Abs. 2 BGB aber nicht nur den Charakter eines bloßen Appells, sondern erreichte i.V.m. § 1666 Abs. 1 BGB echte Verbotsnormqualität.²⁴⁷

Vereinzelt wurde die Verfassungsmäßigkeit dieser Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge in Frage gestellt, da der Staat aufgrund der elterlichen Erziehungspriorität keine Erziehungsmethode vorschreiben dürfe.²⁴⁸ Solche Einwände wurden mit Verweis auf das Menschenbild des Grundgesetzes verworfen.²⁴⁹ Nach allgemeiner Ansicht folgte die normative Festlegung des Erziehungsstils nur den Vorgaben, die zuvor schon höchstrichterlich als Erziehungsziele anerkannt worden waren.²⁵⁰ Die Bemühungen des Gesetzgebers, einfachrechtliche Kinderrechte im BGB festzuschreiben, hatten somit klärenden Charakter, welche Art der Erziehung als verfassungskonform zu verstehen war.

II. Übersicht: Positiver Kindeswohlstandard

In einer kurzen Übersicht soll nun dargestellt werden, mit welchen Vorstellungen der Gesetzgeber seit 1980 *gute Erziehung* iS der grundrechtlichen Werteordnung verbindet.

a. § 1626 Abs. 2 BGB (= partizipative Erziehung)

Nach § 1626 Abs. 2 BGB haben die Eltern bei der Pflege und Erziehung die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem verantwortungsbewusstem Handeln zu berücksichtigen. Sie besprechen daher mit dem Kind Fragen der elterlichen Sorge, soweit es nach dessen Entwicklungsstand angezeigt ist; dabei streben sie Einvernehmen an. Das Kind soll so an die ab Volljährigkeit gegebene vollständige Selbstverantwortung herangeführt werden.²⁵¹

Durch diese Norm wird das Kind aktiv in den Erziehungsprozess eingebunden.²⁵² Sie verpflichtet Eltern, ihre Kinder iSd *abschmelzenden Elternrechts* stärker in Entscheidungen einzubeziehen. Zwar ist ein solches partizipatives Elternverhalten nicht isoliert einklagbar, doch

²⁴⁴ BT-Drucks. 8/2788, 35.

²⁴⁵ Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, 25, spricht von „pädagogischen Getaltungsaufträgen“ des Gesetzgebers an die Eltern.

²⁴⁶ BT-Drucks. 8/2788, 35.

²⁴⁷ Parr, Kindeswohl, 2005, 121.

²⁴⁸ Schmitt Glaeser, Das elterliche Erziehungsziel in staatlicher Reglementierung, 1980, 12ff.

²⁴⁹ BT-Drucks. 8/2788, insbesondere 33ff.: „Die Anerkennung der Elternverantwortung und der damit verbundenen Rechte findet daher ihre Rechtfertigung darin, daß das Kind des Schutzes und der Hilfe bedarf, um sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft zu entwickeln, wie sie dem Menschenbilde des Grundgesetzes entspricht.“

²⁵⁰ Erman, Döll BGB § 1626 Rn 24.

²⁵¹ Zorn, Das Recht der elterlichen Sorge, 2016, Rn 305.

²⁵² Parr, Kindeswohl, 2005, 120.

entfaltet dieses Leitbild in Verfahren um die elterliche Sorge, den Umgang oder um eine Kindeswohlgefährdung eine rechtlich relevante Wirkung²⁵³, denn die Norm verbietet einen rein auf Gehorsam ausgerichteten autoritären Erziehungsstil.²⁵⁴

b. § 1631a BGB (= Rücksicht auf Eignungen und Neigungen des Kindes)

In Angelegenheiten der Ausbildung und des Berufs nehmen Eltern insbesondere auf Eignung und Neigung des Kindes Rücksicht. Bestehen Zweifel, soll der Rat eines Lehrers oder einer anderen geeigneten Person eingeholt werden.

Durch diese Norm werden die seit den 1960er Jahren zunehmend im Fokus stehenden Mitsprache-Rechte des Kindes und Jugendlichen bekräftigt. Dem Gesetzgeber ging es darum, Anschluss an die gesellschaftliche Entwicklung zu finden und damit die freie Entfaltung der Persönlichkeit des Kindes zu sichern.²⁵⁵ Zorn weist darauf hin, dass die Entscheidung über Ausbildung und Beruf eines Kindes auch durch die „Grenzen der elterlichen Leistungsfähigkeit“²⁵⁶ beeinflusst werden kann, da Eltern die grundsätzliche Pflicht zukommt, den Ausbildungsbedarf des Kindes zu decken. Nach § 1610 Abs. 2 BGB umfasst der Unterhalt den gesamten Lebensbedarf, einschließlich der Kosten einer angemessenen Vorbildung zu einem Beruf.

c. § 1626 Abs. 3 S. 1, § 1684 Abs. 1 BGB (= Umgang mit beiden Eltern)

Zum Wohl des Kindes gehört gemäß § 1626 Abs. 3 S. 1 BGB in der Regel der Umgang mit beiden Eltern. Die Norm erklärt den Umgang mit beiden Eltern zum *Tatbestandsmerkmal* des Kindeswohls. Allerdings ist das jedem Elternteil zustehende Umgangsrecht kein Recht an der Person des Kindes, sondern eine Pflichtrecht *gegenüber* dem Kind.²⁵⁷ So lautet § 1684 Abs. 1 BGB: Das Kind hat das Recht auf Umgang mit jedem Elternteil; jeder Elternteil ist zum Umgang mit dem Kind verpflichtet und berechtigt.

Als Norm, die den Umgang *beider* Eltern mit Sohn oder Tochter zum Kindeswohl-Kriterium erklärt, entfaltet § 1626 Abs. 3 S. 1 BGB ihren Gehalt typischerweise nach Trennung und Scheidung. In Konstellationen, in denen die Familie in zwei Teilfamilien zerfällt, gibt wiederum § 1684 Abs. 1 2.TS BGB der Pflichtbindung des Umgangsrechts Ausdruck („zum Umgang mit dem Kind verpflichtet und berechtigt“). Diese Pflichtbindung besteht insbesondere auch im Elternkonflikt und verlangt von jedem Elternteil, dem Trennungspartner in Bezug auf das gemeinsame Kind loyal gegenüberzutreten und das Umgangsrecht zum Wohle des Kindes zu gewähren. Der Zweck des Umgangs wird dabei allgemein dahingehend definiert, dass der nicht betreuende Elternteil sich vom Wohlergehen des Kindes überzeugen kann, die bestehenden Bindungen zwischen dem nicht betreuenden Elternteil und dem Kind gepflegt werden können und dem beiderseitigen Liebesbedürfnis Rechnung getragen wird.²⁵⁸

²⁵³ Wapler, Umsetzung und Anwendung der Kinderrechtskonvention in Deutschland / Rechtsgutachten für das BMFSFJ, 2017, 58.

²⁵⁴ Zorn, Das Recht der elterlichen Sorge, 2016, Rn 305.

²⁵⁵ Vgl. Staudinger/Salgo (2015) BGB 1631a Rn 1-4.

²⁵⁶ Zorn, Das Recht der elterlichen Sorge, 2016, Rn 336.

²⁵⁷ Staudinger/Dürbeck (2019) BGB § 1684 Rn 30.

²⁵⁸ BVerfG v. 15.6. 1971 - 1 BvR 192/70, BVerfGE 31, 194.

§ 1684 Abs. 1 1.TS BGB betont das *Recht des Kindes* auf Umgang mit jedem Elternteil. Dieses Recht wird dadurch eingeschränkt, dass das Kind keine (eigene) Möglichkeit hat, sein Umgangsrecht durchzusetzen. Das BVerfG hat dazu am 1. Juli 2008²⁵⁹ entschieden, dass der mit der Verpflichtung eines Elternteils zum Umgang mit seinem Kind verbundene Eingriff in das Grundrecht auf Schutz der Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG wegen der den Eltern durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG auferlegten Verantwortung für ihr Kind und dessen Recht auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern gerechtfertigt ist. Es sei einem Elternteil zumutbar, zum Umgang mit seinem Kind verpflichtet zu werden, wenn dies dem Kindeswohl diene. Ein Umgang, der vom Kind nur mit Zwangsmitteln gegen seinen Elternteil durchgesetzt werden kann, diene aber in der Regel nicht dem Kindeswohl. Damit hat das BVerfG - durchaus paradox - das Kindergrundrecht auf Umgang mit den Eltern *aus Kindeswohlgründen* ausgeschlossen.²⁶⁰

Zum Umgang des Kindes mit beiden Eltern als Tatbestandsmerkmal des Kindeswohls gemäß § 1626 Abs. 3 S. 1 BGB hat der BGH in dem (schon vorgestellten) Beschluss zur Möglichkeit der Anordnung eines Wechselmodells Stellung genommen. Darin ordnet er das Recht des Kindes auf Umgang in ein *umfassendes Konzept von Kindeswohlkriterien*²⁶¹ ein und stellt fest: „Bei § 1626 Abs. 3 S. 1 BGB handelt es sich um die gesetzliche Klarstellung eines einzelnen – wenn auch gewichtigen – Kindeswohlaspekts. Dass dadurch die Bedeutung der Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen unterstrichen wird, verleiht diesem Gesichtspunkt aber noch keinen generellen Vorrang gegenüber anderen Kindeswohlkriterien.“²⁶²

d. § 1684 Abs. 2 BGB (= Wohlverhaltensklausel)

Die Eltern haben alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum jeweils anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Erziehung erschwert. Entsprechendes gilt, wenn sich das Kind in der Obhut einer anderen Person befindet.

Dass auch Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge zu wechselseitigem loyalen Verhalten von Gesetzes wegen angehalten werden müssen (§ 1687 Abs. 1 S. 5 i.V.m. § 1684 Abs. 2 S. 1 BGB) zollt der Lebensrealität Rechnung.²⁶³ Die Wohlverhaltensklausel (er-)mahnt idS sowohl den umgangsberechtigten als auch den Umgang gewährenden Elternteil, den anderen Elternteil nicht in kleinlicher Weise zu kontrollieren oder Konflikte zu schüren.²⁶⁴

Wird diese Pflicht dauerhaft oder wiederholt erheblich verletzt, kann das Familiengericht eine Pflegschaft für die Durchführung des Umgangs anordnen, § 1684 Abs. 3 S. 2 BGB. Nach den Reformvorschlägen von Schumann soll es eine solche Umgangspflegschaft nur noch dann geben, wenn ein Elternteil einen entsprechenden Antrag stellt und die Pflegschaft dem Wohl des Kindes entspricht. Aus der spärlichen Kommentierung und fehlenden Rechtsprechung sei zu entnehmen, dass ohnehin kaum ein sinnvoller Anwendungsbereich bestehe. Die Um-

²⁵⁹ BVerfG v. 1 BvR 1620/04, NJW 2008, 1287.

²⁶⁰ Staudinger/Dürbeck (2019) BGB § 1684 Rn 31.

²⁶¹ Dazu Abschnitt B. V.

²⁶² BGH v. 1.2. 2017 - XII ZB 601/15, Rn 28, FamRZ 2017, 532, 535.

²⁶³ Staudinger/Salgo (2019) BGB § 1687 Rn 54.

²⁶⁴ Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, 203.

gangspflegschaft diene allein der Sanktionierung von Verletzungen der Wohlverhaltenspflicht, maßgeblich müsse aber das Kindeswohl sein.²⁶⁵

f. § 1626 Abs. 3 S. 2, § 1685 Abs. 1 u. 2 BGB (= sozial-familiäres Netzwerk)

Nach § 1626 Abs. 3 S. 2 BGB hat das Kind ein Recht auf Umgang mit *anderen Personen*, zu denen es Bindungen besitzt, wenn die Aufrechterhaltung der Beziehungen für seine Entwicklung förderlich ist. Das Umgangsrecht von Großeltern und Geschwistern wird in § 1685 Abs. 1 u. 2 BGB normiert.

Somit haben Bezugspersonen des Kindes, wenn diese für das Kind tatsächliche Verantwortung tragen oder getragen haben, ein Recht auf Umgang mit dem Kind, wenn dieser Kontakt dem Wohl des Kindes dient. Eine Übernahme tatsächlicher Verantwortung ist idR anzunehmen, wenn die Person mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt hat. Die Neufassung der Vorschrift vom 1.9. 2009 hat das Umgangsrecht auf Personen erweitert, mit denen das Kind nicht verwandt sein muss, aber eine s.g. sozial-familiäre Beziehung hat.²⁶⁶

Die Norm verlangt zudem, dass die (bisherigen) Lebensverhältnisse des Kindes bei einer gerichtlichen Entscheidung iSd Kontinuitätsgrundsatzes beachtet werden. Ebenso haben Großeltern und Geschwistern ein Recht auf Umgang mit dem Kind; gerade in der schwierigen Trennungsphase kann der Kontakt mit Personen, die für das „Trennungskind“ bedeutsam sind, ein stabilisierender Faktor sein.²⁶⁷

g. § 1631 Abs. 2 BGB (= gewaltfreie Erziehung)

Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung. Körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind unzulässig.

Das Kind hat seit dem 8.11. 2000 erstmals einen eigenen ausdrücklichen Anspruch auf gewaltfreie Erziehung, § 1631 Abs. 2 S. 1 BGB, - konkret darauf, von körperlichen Bestrafungen, seelischen Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen verschont zu werden, § 1631 Abs. 2 S. 1 BGB.²⁶⁸ Dabei handelt es sich „klar um eine Verbotsnorm“²⁶⁹ - in der Eltern-Kind-Beziehung ist die Menschenwürde zu achten.²⁷⁰

III. Prüfmaßstäbe für Entscheidungen bei Schlichterfunktion des Staates

Mit den folgenden Prüfmaßstäben legt der Gesetzgeber abstrakt-generell fest, welche Belange bei der richterlichen Entscheidung zum Kindeswohl stärker oder schwächer zu gewichten sind. Sie ordnen *Sorge- und Umgangsregelungen* an; der Staat tritt als Schlichter auf.²⁷¹

²⁶⁵ Keuter, FamRZ 2018, 1125, 1129f.

²⁶⁶ Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, 38.

²⁶⁷ Vgl. Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, 47.

²⁶⁸ Peschel-Gutzeit, FPR 2008, 471, 474.

²⁶⁹ Peschel-Gutzeit, FPR 2012, 195.

²⁷⁰ BT-Drucks. 14/1247, 5.

²⁷¹ Vgl. Zur Übersicht der Prüfmaßstäbe: Lack/Hammesfahr, Psychologische Gutachten im Familienrecht, 2019, Rn 438.

a. Positive Kindeswohlprüfung

Prüfmaßstab: Entscheidung *entspricht* dem Kindeswohl *im besten Sinne*;

Relevant bei der Übertragung der Alleinsorge bei Getrenntleben der Eltern, also in einer *vergleichenden Schlichtungskonstellation*, die nach geltendem Recht (vgl. Abschnitt A. V. d. aa.) nur eine Entscheidung zulässt (für Elternteil 1 oder für Elternteil 2).

Gilt für folgende Normen:

§ 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB (= Übertragung der Sorge oder von Teilen der Sorge auf einen Elternteil bei Getrenntleben der Eltern in Folge von Trennung oder Scheidung)

§ 1671 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB (= Übertragung der Sorge oder von Teilen der Sorge bei Getrenntleben der Eltern und erstmaligem Sorge-Antrag des nicht ehelichen leiblichen Vaters)

Soweit **kein eigener Maßstab** bestimmt wurde, ist der Sachverhalt gemäß **§ 1697a BGB** iS der positiven Kindeswohlprüfung auszulegen.

b. Kindeswohldienlichkeit

Prüfmaßstab: Entscheidung *dient* dem Kindeswohl

Relevant bei Fragen des Umgangs des Kindes im „Familien-Netzwerk“; die Entscheidung soll also positive Effekte für das Kind haben.

Gilt für folgende Normen:

§ 1685 Abs. 1 und 2 BGB (= Umgang des Kindes mit anderen Bezugspersonen)

§ 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB, § 1686a (= Recht des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters auf Umgang)

c. Negative Kindeswohlprüfung

Prüfmaßstab: Entscheidung *widerspricht* dem Kindeswohl *nicht*

Relevant ist dieser Prüfmaßstab bei erstmaliger Anordnung der gemeinsamen elterlichen Sorge, **§ 1626 a Abs. 2 BGB**, und bei der Aufhebung der bestehenden gemeinsamen elterlichen Sorge, **§ 1671 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 u. Abs. 3 BGB**. (Für die Übertragung der Sorge nach § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB gilt dann der positive Kindeswohlstandard, vgl. Abschnitt B. III. a.)

Der BGH hat den Prüfmaßstab am 15.6. 2016 wie folgt präzisiert:

Die gemeinsame Ausübung der Elternverantwortung setzt ein Mindestmaß an Übereinstimmung in wesentlichen Bereichen der elterlichen Sorge und insgesamt eine tragfähige soziale Beziehung zwischen den Eltern voraus. Sie daher nicht anzuordnen, wenn eine schwerwiegende und nachhaltige Störung auf der Kommunikationsebene der Eltern vorliegt, die befürchten lässt, dass den Eltern eine gemeinsame Entscheidungsfindung nicht möglich sein wird und das Kind folglich erheblich belastet würde, zwänge man die Eltern, die Sorge gemeinsam zu tragen. Die Gefahr einer erheblichen Belastung des Kindes kann sich im Einzelfall auch aus der Nachhaltigkeit und der Schwere des Elternkonflikts ergeben.

Eine vollständige Kommunikationsverweigerung der Eltern muss allerdings nicht gegeben sein. Die Kommunikation der Eltern ist bereits dann schwer und nachhaltig gestört, wenn sie zwar miteinander in Kontakt treten, hierbei aber regelmäßig nicht in der Lage sind, sich in

der gebotenen Weise sachlich über die Belange des Kindes auszutauschen und auf diesem Wege zu einer gemeinsamen Entscheidung zu gelangen. Dann ist zu prüfen, ob hierdurch eine erhebliche Belastung des Kindes zu befürchten ist.²⁷²

Gilt außerdem für folgende Normen:

§ 1678 Abs. 2 BGB (= Übertragung der Sorge auf einen Elternteil in Folge der tatsächlichen Verhinderung oder des Ruhens der Sorge für den anderen Elternteil)

§ 1680 Abs. 2 BGB (= Sorge-Übertragung auf den anderen Elternteil wegen Tod eines Elternteils oder Entziehung des Sorgerechts)

§ 1681 Abs. 2 BGB (= Todeserklärung eines Elternteils)

§ 1686 BGB (= Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes)

§ 1686a Abs. 1 Nr. 2 BGB (= Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters Recht auf Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes)

IV. Prüfmaßstab für Entscheidungen bei Wächterfunktion des Staates

Die aus dem Wächteramt erwachsende Eingriffsgewalt des Staates bei dysfunktionalem Elternverhalten setzt (zunächst) auf staatliche Hilfen und steht daher in engem Bezug zur Kinder- und Jugendhilfe des SGB VIII. Fragen des schuldhaften Handelns sind zivilrechtlich nicht zwingend von Bedeutung; rechtlich ausschlaggebend ist, ob eine Kindeswohlgefährdung im Raum steht, auf die das „staatliche Wächteramt“ unterstützend (= Jugendamt) und/oder einschreitend (= Familiengericht) reagieren muss.

Ebenso markiert der negative Kindeswohlstandard die Gefährdungsschwelle, die die Rückführung eines Kindes aus einer Pflegestelle oder von Pflegeeltern zurück in die Herkunftsfamilie ausschließen würde.²⁷³

Außerdem ist der negative Kindeswohlstandard im Umgangsrecht Prüfmaßstab für einen Umgangsausschluss. Nur ausnahmsweise, dh bei Voraussetzungen, die von üblicherweise auftretenden Schwierigkeiten deutlich abweichen, kann der Umgang eines Elternteils mit seinem Kind als dessen Wohl gefährdend ausgelegt werden. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn zwischen den Eltern massiver Hass besteht oder das Konfliktpotential der Eltern zu einer unverträglich hohen seelischen Belastung des Kindes führt.²⁷⁴ Im weiten „Graubereich“ der Erziehung und des Elternrechts muss das Familiengericht Umgangsregelungen zulassen.²⁷⁵

Gilt für folgende Normen:

§ 1632 Abs. 4 BGB (= Anordnung des Verbleibens bei der Pflegeperson)²⁷⁶

§§ 1666, 1666a BGB (= gerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls)

²⁷² BGH v. 15.6.2016 - XII ZB 419/15, Rn 23 bis 25; BT-Drucks. 17/11048.

²⁷³ BVerfG v. 22.5. 2014 - 1 BvR 2882/13; BVerfG v. 31.3. 2010 - 1 BvR 2910/09; ausführlich dazu Balloff, FPR 2013, 208ff.

²⁷⁴ Vogel, FF 2017, 434, 437.

²⁷⁵ Vgl. Abschnitt A. IV. d.

²⁷⁶ Die neu „gewachsenen“ Bindungen des Pflegekindes finden durch diese Norm seit dem 1.1. 1980 ausdrückliche Berücksichtigung, vgl. Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, 375ff.

§ 1682 BGB (= Verbleibensanordnung zugunsten von Bezugspersonen)

§ 1684 Abs. 4 S. 2 BGB (= Umgangsausschluss)

§ 1685 Abs. 3 BGB (= Umgangspflegschaft)

V. Kriterien des Kindeswohls: Psychologische Rechtsbegriffe

Der positive Kindeswohlstandard prägt auch Formen der Rechtsauslegung, die (noch) keinen Eingang in die Gesetzgebung gefunden haben.²⁷⁷ Angewendet werden Rechtsbegriffe, die bei der Auslegung des Kindeswohls im Einzelfall (= Subsumtion) hilfreich erscheinen.

Diese Rechtsbegriffe - zB die Bindungstoleranz - sind ihrer Herkunft nach nicht klar zuzuordnen. Sie sind teils lange in der Rechtsprechung etabliert, teils haben sie ihren Ursprung im psychologischen Kontext und/oder in Sachverständigengutachten.²⁷⁸ Die Rechtsprechung trägt zur Verfestigung bestimmter Kindeswohlkriterien bzw. Tatbestandsmerkmale bei.²⁷⁹ Genauere Untersuchungen dazu liegen aber nicht vor.

a. Rolle der Familienrechtspsychologie

Als Treiber dieser Entwicklung sieht sich der noch junge Wissenschaftszweig der Familienrechtspsychologie. Die Disziplin versteht sich als Teilbereich der Rechtspsychologie und hat Bezüge zur Entwicklungs- und Sozialpsychologie. Neben der Psychologie ist ihr Bezugspunkt die Gesetzgebung. Im Interesse des Staates trägt die Familienrechtspsychologie nach eigenem Verständnis dazu bei, dass die - „sinnvolle Entwicklung bzw. Reorganisation der Familie“ - erleichtert wird. Im Speziellen untersucht sie dabei familiäre Beziehungsgefüge mit ihren divergenten Bedürfnissen und ihrem Konfliktpotential. Dabei definiert sie die Grenzen, bis zu welchem Punkt die Familie bzw. die Konfliktparteien in der Lage sind, ihre Konflikte aus eigenen Kräften und autonom bewältigen zu können.²⁸⁰

b. Etablierte rechtspsychologische Kategorien

Die prägende Wirkung der Familienrechtspsychologie auf die Rechtsfortbildung erklärt sich aus der Notwendigkeit, kinschaftsrechtliche Sachverhalte „objektiv“ zu beschreiben und innerhalb eines Bezugssystems zu begründen. Rechtspsychologische Untersuchungsergebnisse und -begriffe strukturieren idS Begründungszusammenhänge. Die (rechts-)historisch gewachsenen „psychologischen Konzepte und Operationalisierungen“²⁸¹ haben die Funktion von Bausteinen²⁸² oder Gelenken, die bei der Rechtskonkretisierung des Kindeswohls um den „Dreh- und Angelpunkt von gerichtlichen Entscheidungen“²⁸³ wirken.

²⁷⁷ Dettenborn/Walter, Familienrechtspsychologie, 2016, 16: „(...) es wird auch de lege ferenda gearbeitet und dazu beigetragen, Recht zu entwickeln.“

²⁷⁸ Vgl. Fn 163 auf Textseite 25.

²⁷⁹ zB BGH v. 28.4. 2010 – XII ZB 81/09, BGHZ 185, 272; BVerfG v. 18.5. 2009 - 1 BvR 142/09; OLG Brandenburg v. 12.5.2015 - 10 UF 3/15.

²⁸⁰ Für den gesamten Abschnitt: Dettenborn/Walter, Familienrechtspsychologie, 2016, 16.

²⁸¹ Lack/Hammesfahr, Psychologische Gutachten im Familienrecht, 2019, Rn 353ff.

²⁸² Staudinger /Coester (2016) BGB § 1666, Rn 67; Schäder, FamRZ 2019, 1120, 1121f.

²⁸³ Dettenborn/Walter, Familienrechtspsychologie, 2016, 68.

Müssen Sorge- und Umgangsrechte nach einem staatlichen, durch das Wächteramt legitimierten Eingriff oder zwischen getrennt lebenden Eltern nach dem Prinzip des Kindeswohls, § 1697a BGB, neu geordnet werden, wird das Kindeswohl im Allgemeinen anhand folgender rechtspsychologischer Kategorien bzw. rechtlicher Tatbestandsmerkmale ermittelt und bewertet werden:

- Die **Bindungen** des Kindes und die Qualität dieser Bindungen; die Rechtsprechung nimmt insbesondere Bezug auf die durch den britischen Kinderarzt, Kinderpsychiater und Psychoanalytiker John Bowlby (1907-1990) begründete Bindungsforschung. Als übergeordnete Kindeswohlkriterien gelten ferner das Prinzip des uneingeschränkten Willkommenseins und das Prinzip der elterlichen Verantwortungsübernahme.²⁸⁴
- Die **Kontinuität** der sozialen Beziehungen des/der Minderjährigen, diese aber nicht nur in seiner Familie, sondern zB in Bezug auf Kita, Schule, Nachbarschaft, das gesamte für das Kind bedeutsame Lebensumfeld.
- Der **Kindeswille** - sowohl iS der vom Kind geäußerten Meinung als auch iS des s.g. wohlverstandenen Kindeswillens in der Interpretation durch Dritte.²⁸⁵
- Die **Erziehungseignung** der Eltern - dies insbesondere im Hinblick auf einen feinfühligem Umgang mit dem Kind und elterliche Förderkompetenz²⁸⁶, also in engem Zusammenhang mit der Bindung zum Kind bzw. Aspekten von Bindungsfähigkeit und Fürsorgeverhalten.²⁸⁷
- Die **Bindungstoleranz** der Eltern; gemeint ist die Fähigkeit zwischen dem Paarkonflikt und den Bindungen des Kindes zu beiden Eltern differenzieren zu können sowie kooperativ und loyal tragfähige Umgangslösungen des Kindes mit dem/der Trennungspartner*in zu ermöglichen.

Nach Auffassung des BGH stehen diese Kindeswohlkriterien als „gewichtige Gesichtspunkte“ nicht kumulativ nebeneinander. Jedes von ihnen kann im Einzelfall mehr oder weniger bedeutsam für die Beurteilung sein, was dem Kindeswohl entspricht.²⁸⁸ Zu berücksichtigen ist allerdings, dass unterhalb der Gefährdungsschwelle die Grundrechtsposition des Kindes, das Elternrecht 1 und das Elternrecht 2 soweit *wie möglich* in Übereinstimmung zu bringen sind.²⁸⁹ Nicht verfassungskonform sind Sanktionen der Eltern, die durch eine mangelnde Erziehungs-

²⁸⁴ Balloff, FF 2019, 224, 227.

²⁸⁵ Grundlegend dazu: Harry Dettenborn, Kindeswohl und Kindeswille - Psychologische und rechtliche Aspekte, München 2001 / Erstaufgabe - derzeit in 5. Auflage; Wapler, Umsetzung und Anwendung der Kinderrechtskonvention in Deutschland / Rechtsgutachten für das BMFSFJ, 2017, 52: „Der Wille des Kindes kann die Entscheidung beeinflussen, letztlich wägt das Gericht sie aber in einer Vielzahl anderer Aspekte ab, etwa mit der Erziehungsfähigkeit der Eltern und der bisherigen Betreuungssituation.“

²⁸⁶ Vg. Textseite 23.

²⁸⁷ Nach Ansicht des Arbeitskreises „Maßstab und Grenzen zur Beurteilung von Elternverhalten“ des 22. DFGT, 2017, handelt es sich bei der Erziehungsfähigkeit um ein „Konstrukt“, Teilbereiche seien zu erläutern, https://www.dfgt.de/resources/2017_Arbeitskreis_21.pdf <Online-Abruf am 20.1. 2020>; zur Kritik am Begriff als „Selektionsmerkmal“ Balloff, FF 2019, 224, 226, Fn 20; zu unterschiedlichen Erziehungsstilen: Dettenborn/Walter, Familienrechtspsychologie, 2016, 131.

²⁸⁸ BGH v. 16.6. 2016 - XII ZB 419/15, Rn 20, FamRZ 2016, 1439.

²⁸⁹ Staudinger/Dürbeck (2019) BGB § 1684, Rn 211.

eignung begründet werden sollen.²⁹⁰ Eine (vermeintlich) schlechtere Erziehungseignung von Vater oder Mutter gehört in den Graubereich zu tolerierender Lebensumstände des Kindes, die „neutral“ seinem Lebensrisiko zugeordnet werden müssen.²⁹¹

c. Methodische Hinweise und Diskurs

Die Ausleuchtung des Sachverhalts nach den Maßgaben eines (rechtspsychologischen) Korrespondenzsystems soll dafür sorgen, dass sowohl Ressourcen für das gedeihliche Aufwachsen von Kindern als auch das Ausmaß bestehender oder möglicherweise bestehender Belastungen von Kindern auf der Höhe wissenschaftlicher Erkenntnisse konkretisiert werden.²⁹²

Bei der Bewertung überschreitet der/die Jurist*in, weil er/sie nicht entsprechend ausgebildet ist, seine/ihre Kompetenzen - genauer: muss dies tun.²⁹³ Die relative Abhängigkeit der Rechtsprechung von Gutachter*innen ist jedoch (unbedingt) kritisch in die Entscheidung einzubeziehen.²⁹⁴

Die Familienrechtspsychologie bzw. die in diesem Feld tätigen Gutachter*innen oder auch die Richter*innen selbst reichern also den unbestimmten Rechtsbegriff Kindeswohl regelmäßig - ausgehend vom Sachverhalt - mit Kategorien an, die sie auf die genannten etablierten Rechtsbegriffe stützen.

Wapler sieht in diesem Zusammenhang die Gefahr einer „Expertokratie“ und warnt: „Die wandelbaren Expertenmeinungen zu erzieherischen Standards drohen (...) auf dem Umweg der richterlichen Entscheidung zu verbindlichen Vorgaben für die familiäre Erziehung zu werden.“²⁹⁵ Salgo fürchtet, die Familienrichter*innen könnten „mit Ideologien oder empirisch nicht haltbaren ‚Theorien‘ überrannt“²⁹⁶ werden. Dettenborn/Walter geben sich pragmatischer und verweisen auf die schlichte Notwendigkeit, den Kindeswohlbegriff interdisziplinär mit Inhalten anzureichern.²⁹⁷

Um zu vermeiden, dass bei der Ausleuchtung eines kindschaftsrechtlichen Sachverhalts „im Lichte des Grundgesetzes“ ideologische Vorurteile zur Anwendung kommen, hilft es a) die Ideologieanfälligkeit des Kindeswohl-Begriffs als ein Faktum (immer) mitzudenken, und b) die richterliche Argumentation auf mehreren Tatbestandsmerkmalen (also mehrdimensional) aufzubauen, so dass Fehleinschätzungen weniger ins Gewicht fallen.

Salgo hat zur Orientierung zudem eine Liste häufiger Fehlschlüsse bzw. Vorurteile zusammengestellt, die bisweilen als unumstößliche Grundsätze gehandelt werden, sich aber schon deshalb als falsch erweisen, weil sie einer schlichten *Wenn-Dann-Logik* folgen, die es bei kindschafts-

²⁹⁰ BVerfG v. 18.05. 2009 - 1 BvR 142/09, FamRZ 2009, 1389.

²⁹¹ Vgl. Abschnitt A. IV. c. dd. und d.

²⁹² Fichtner, NZFam 2015, 588, 592 - mit Bezug auf Coester, Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983.

²⁹³ Dettenborn/Walter, Familienrechtspsychologie, 2016, 70.

²⁹⁴ Dazu ausführlich Abschnitt C. I. d.

²⁹⁵ Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, 2016, 251.

²⁹⁶ Salgo, ZfF 2016, 191, 195.

²⁹⁷ Dettenborn/Walter, Familienrechtspsychologie, 2016, 70.

rechtlichen Entscheidungen nicht geben kann²⁹⁸, da regelmäßig eine komplexe Dynamik zwischen den betroffenen Grundrechten besteht und beachtet werden muss.

Als falsch müssen nach Salgo²⁹⁹ ua folgende Annahmen gelten:

- Das s.g. Parental Alienation Syndrom (PAS) sei ein überragendes Erklärungs- und Lösungsmodell bei Umgang verweigernden Kindern.³⁰⁰
- Ein Kind bräuchte immer zwei Eltern.
- Ein gesundes Kind hielte Bindungs- und Beziehungsabbrüche ohne langfristige Folgen aus.
- Umgang sei immer wichtig.
- Biologische Eltern seien immer die besten.
- Jede Familie sei besser als ein Heim.
- Das Miterleben häuslicher Gewalt schade Kindern nicht.
- Das Doppelresidenzmodell (= Wechselmodell) sei immer, auch und gerade bei Hochstrittigkeit, die beste Lösung.

c. Kindeswohl als „Herstellungsprinzip“

Nach heute vorherrschender Auffassung ist der Kindeswohl-Begriff in Schlichtungsverfahren ein „Herstellungsprinzip“ - dh er dient der Herstellung effektiver Elternschaft für das Kind. Es wird dabei nicht zwingend nach dem ‚besseren‘ Elternteil gesucht, sondern nach einer für alle erträglichen neuen gemeinsamen Basis.³⁰¹

Kindschaftsrechtliche Entscheidungen sollen demnach so ausfallen, dass das „Familiensystem“ nach der Trennung oder Scheidung (möglichst) weiter existiert. Zu ermitteln ist daher (unter Anwendung der Prüfmaßstäbe des BGB, vgl. Abschnitt B. III.), unter welchen Lebensbedingungen des Kindes dies „ausreichend“, „gut“ oder „am besten“ gewährleistet werden kann. In diesem Sinne ist es auch Aufgabe des Gerichts, umfassend zu erkunden, ob Chancen bestehen, dass die Eltern zu einer Kooperation zurückfinden können.³⁰²

²⁹⁸ Vgl. Dettenborn/Walter, Familienrechtspsychologie, 2016, 28: „Es wird z.B. nötig sein, das Denken in linearer Kausalität durch systematisches Denken in mehrdimensionalen Kausalitäten und in Wahrscheinlichkeiten anzureichern.“ Oder Salgo, ZfF 2016, 191, 197: „Die klassischen Ausgleichs- und Regelungsmechanismen zivilrechtlicher, insbesondere vermögensrechtlicher Konflikte versagen.“ Vgl. auch Abschnitte A. II. und A. IV. c. aa.

²⁹⁹ Salgo, ZfF 2016, 191, 195.

³⁰⁰ Staudinger/Dürbeck (2019) BGB § 1684 Rn 54: Das in den neunziger Jahren entwickelte Parental Alienation Syndrome (PAS) geht zurück auf den US-amerikanischen Kinderpsychiater Richard Alan Gardner und hatte auch in Deutschland Einfluss auf die Rechtsprechung. Das Kind wird als durch den betreuenden Elternteil „manipuliert“ gesehen. Liege ein Krankheitsbild in diesem Sinne vor, müsse das Gericht frühzeitig durch Zwangs- oder Ordnungsmittel bis hin zum Sorgerechtsentzug reagieren. Das Kind solle dann dem Elternteil zugewiesen werden, den es nach eigenem Bekunden ablehnt. Weitere Hintergründe und zur Verbreitung dieser „Theorie“ über die Websites von Väter-Organisationen, Bruch, FamRZ 2002, 1304ff. - Nach Auffassung des BVerfG gilt heute aber (auch) der s.g. manipulierte Wille als beachtenswert, wenn er den wirklichen Bindungen des Kindes entspricht, BVerfG 17.9.2016 - 1 BvR 1547/16.

³⁰¹ Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2016, 76

³⁰² Saarländisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 4.1. 2011 6 UF 132/10 - , juris. Dort findet sich zB eine umfangreiche Zusammenstellung von Prüfkriterien.

Als erwiesen gilt, dass fortbestehende elterliche Konflikte nach der Trennung zu erheblichen emotionalen Belastungen des Kindes führen, die sich in Verlustängsten, Wut, Trauer und Loyalitätskonflikten äußern. Der Streit der Eltern fordert dem Kind ein permanentes Bewältigungsverhalten ab, das eigentlich die Eltern leisten müssten, ua durch Erarbeitung einer funktionalen Elternkooperation.

Nachgewiesene Langzeitauswirkungen anhaltender elterlicher Konfliktverstrickung bzw. Hochkonflikthaftigkeit auf das Kind sind depressive, ängstliche und psychosomatische oder aggressiv ausagierende Auffälligkeiten sowie Probleme bei der Impulskontrolle, geringe kognitive Leistungsfähigkeit, verminderter Schulerfolg, Beeinträchtigung der sozialen Kompetenzen, des Selbstwertgefühls und des Selbstwirksamkeitserlebens sowie spätere Beziehungsschwierigkeiten. Nicht selten lasten hochkonflikthaft verstrickte Eltern die Symptombildungen des Kindes allerdings einseitig dem vermeintlichen „Fehlverhalten“ des jeweils anderen Elternteils an.³⁰³

aa. Bindungs als Grundbedürfnis des Kindes

Ausgehend von der Bindungsforschung nach John Bowlby geht es im familienrechtlichen Verfahren darum, welche Bindungen das Kind an die beiden Elternteile hat und welche Auswirkungen ein Verlust der Bindungsperson(en) aufgrund der Trennung für das Kind haben könnte. Die Bindungsforschung gilt als empirisch abgesichert.³⁰⁴ Sie integriert verhaltensbiologische, psychoanalytische, lernpsychologische und kognitive Ansätze, was ihren hohen Erklärwert für familienrechtspsychologische Fragestellungen ausmacht.³⁰⁵

Bindungen sind dabei nicht als (einfache) Beziehungen zu verstehen, sondern in einem existenziellen Sinn als „Lebenswurzeln des Kindes“³⁰⁶; als solche sind sie schützenswert. Kinder sind von Beginn ihres Lebens an darauf ausgerichtet, Bindungen zu anderen Menschen zu entwickeln. „Diese Bindung ist für das Überleben eines Menschen so grundlegend wie etwa die Luft zum Atmen, Ernährung, Schlaf“, schreibt der Bindungsforscher Karl Heinz Brisch.³⁰⁷

Nach Bowlby wird Bindung als ein inneres emotionales oder affektives Band zwischen einem Kind und seinen Eltern oder einer (Pflege-)Person, die es beständig betreut, verstanden. Dieses zwar unsichtbare, aber fühlbare Band verbindet diese zwei Menschen „über Raum und Zeit“ sehr spezifisch miteinander.³⁰⁸

Bei Babys werden Bindungen durch das elterliche Fürsorgeverhalten angelegt. Bereits Säuglinge bilden dabei eine Hierarchie in Bezug auf verschiedene Betreuungs- und Bezugspersonen aus. Sie favorisieren für Trost und Zuspruch den einen oder die andere. Auch Pflegepersonen können Bestandteil dieser Hierarchie werden.³⁰⁹ Sichere Bindungen ermöglichen es dem Kind, beim Übergang ins Kleinkindalter Freiräume für das eigene Erkunden der Welt (= Explo-

³⁰³ Lack/Hammesfahr, Psychologische Gutachten im Familienrecht, 2019, Rn 476.

³⁰⁴ Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, 246.

³⁰⁵ Dettenborn/Walter, Familienrechtspsychologie, 2016, 38.

³⁰⁶ Balloff, FF 2019, 224, 227.

³⁰⁷ Brisch, Bindung und Umgang, 2008, 89.

³⁰⁸ Brisch, Bindung und Umgang, 2008, 89.

³⁰⁹ Dettenborn/Walter, Familienrechtspsychologie, 2016, 43.

ration) zu nutzen.³¹⁰ Das Kind ist innerlich beruhigt, fühlt sich mit Mutter und/oder Vater auch in deren Abwesenheit verbunden³¹¹ und kann ausgehend von dieser Basis eigene Erfahrungen machen. Kinder, die Fürsorge nur unzuverlässig erfahren oder vernachlässigt werden, sind in ihrem Bindungssystem hingegen dauerhaft unter Stress, weil die Bindungsperson nicht anwesend ist oder weil die Erfahrungen mit der Bindungsperson für das Kind quälend und/oder nicht berechenbar sind.³¹²

Die Bindungshierarchie des Kindes gilt es zu würdigen. Allerdings sind Deutung und Fehldeutung kindlicher Bindung an den einen oder anderen Elternteil eine verhängnisvolle Fehlerquelle in der Bindungsdiagnostik, denn in Trennungssituationen können sich kindliche Verhaltensweisen verändern, weil das Kind zB in Loyalitätskonflikte gerät.³¹³ Ebenso können pathologische Bindungen bei Kindern, die Gewalt erlebt haben und traumatisiert sind, fehlgedeutet werden. Denn auch diese Kinder sind an ihre misshandelnden Eltern oder den misshandelnden Elternteil gebunden, da sie mangels anderer Bindungspersonen diese als einzige Bindungspersonen für Schutz und Sicherheit kennen. Wird dies bei der Gefährdungseinschätzung zB. nach einer Inobhutnahme übersehen, wird die gestörte Bindung verfestigt, im schlimmsten Fall kann das Kind ernsthaft in Gefahr geraten.³¹⁴

Auch durch Partnerschaftskonflikte gerät das kindliche Bindungssystem unter Stress. Im Idealfall können die Partner ihre Partnerschaftskonflikte lösen und die Elternebene bleibt weitgehend frei von Spannungen. Können die Partner ihre Konflikte nicht lösen, gerät das Kind „zwischen die Fronten“ und in eine für das Kind emotional unlösbare Situation. Es kann (wie die Eltern) depressiv oder auch aggressiv reagieren. IdR hat das Kind aber vor allem sehr viel Angst und kann beide Eltern im Umgang nicht mehr als sichere emotionale Basis nutzen.³¹⁵

bb. Wille des Kindes

Zur Erforschung seiner Bindungen und seines Willens muss gemäß § 159 Abs. 2 FamFG auch das Kind selbst befragt werden. Wird der Wille des Kindes missachtet, besteht das Risiko, dass das Kind seine Selbstwirksamkeitsüberzeugung, dh seine Überzeugung, Probleme aktiv lösen zu können, verliert. Hierdurch wird die Hilflosigkeit des Kindes und sein emotionales Stresserleben erhöht; zugleich wird ihm die Stressbewältigung erschwert, was psychosomatische Symptome sowie längerfristige psychische Erkrankungen des Kindes zur Folge haben kann.³¹⁶

Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass ein Kind unter den Belastungen einer elterlichen Trennung seinen Willen nicht wirklich frei zum Ausdruck bringen kann. So stellt sich - insbesondere bei Umgangsregelungen - die Frage, ab wann ein beachtlicher Kindeswille vor-

³¹⁰ Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, 245.

³¹¹ Aus den im Gefühl verankerten Bindungen des Kindes haben sich dann „innere Repräsentanzen“, auch „innere Arbeitsmodelle“ genannt, das „Gefüge der Seele“ gebildet - ausführlich dazu: Grossmann, Karin und Klaus E., Bindungen - das Gefüge psychischer Sicherheit, Stuttgart 2012.

³¹² Brisch, Bindung und Umgang, 2008, 89, 91.

³¹³ Dettenborn/Walter, Familienrechtspsychologie, 2016, 50ff.

³¹⁴ Dettenborn/Walter, Familienrechtspsychologie, 2016, 52.

³¹⁵ Brisch, Bindung und Umgang, 2008, 89, 107.

³¹⁶ Schäder, FamRZ 2019, 1120, 1121.

liegt, gegen den Umgangskontakte nicht mehr ohne Kindeswohlgefährdung durchgeführt werden können, oder – umgekehrt – bis wann Umgangskontakte trotz des entgegenstehenden Willens des Kindes realisierbar sind.³¹⁷ Dabei kann im Verfahren nicht völlig unkritisch auf den Kindeswillen geschaut werden. Denn dieser kann durch Überanpassung und Unterdrückung tatsächlich bestehender Bedürfnisse geprägt sein, insbesondere in Bezug auf Nähe- und Kontaktwünsche zum anderen Elternteil. Das Kind benötigt also im Kontakt mit dem Gericht das Gefühl sich nicht verleugnen zu müssen. Dies ist zugleich für seine Entwicklung wichtig, damit es lernt, Konflikte angemessen zu bewältigen, was wiederum seine Sozialkompetenzen und sein Selbstwertgefühl stärkt.³¹⁸

Bei der Ermittlung und Bewertung des Kindeswillens ist die Rechtsprechung nicht einheitlich. Schäder fasst als gängige Bewertungskriterien zusammen:

- Alter und Entwicklungsstand des Kindes,
- Vorliegen objektiv oder subjektiv beachtlicher oder verständlicher Beweggründe des Kindes,
- fehlende Beeinflussung des Kindeswillens,
- Übereinstimmung des (beeinflussten) Kindeswillens mit seinen Bindungen,
- die Frage, ob ein Umgang – ggf. mit erzieherischen Maßnahmen – gegen den Willen des Kindes durchgesetzt werden kann.³¹⁹

In der jüngeren Rechtsprechung hat sich (teils) die grundsätzliche Beachtlichkeit des Kindeswillens durchgesetzt, ungeachtet dessen, ob der geäußerte Wille des Kindes durch einen Elternteil beeinflusst ist oder beeinflusst zu sein scheint. Nach der Rechtsprechung des BVerfG darf der Wille des Kindes nur dann außer Acht gelassen werden, wenn die Äußerungen des Kindes den wirklichen/tatsächlichen Bindungsverhältnissen nicht entsprechen.³²⁰ Vor 20 Jahren, wie im Familienrecht möglich, waren unter dem Einfluss des s.g. Parental Alienation Syndroms (PAS) gegenteilige Auslegungen des Kindeswillens nicht unüblich in der Rechtsprechung. Unter der Maßgabe, den Willen des Kindes manipuliert zu haben, konnte ein Elternteil das Sorgerecht verlieren.³²¹ Die Folgen einer solchen Entscheidung für das Kind fanden keine Berücksichtigung. Noch heute findet sich das PAS in einigen Kommentaren als Kriterium zur Bestimmung des Kindeswillens.³²²

³¹⁷ Schäder, FamRZ 2019, 1120, 1121.

³¹⁸ Schäder, FamRZ 2019, 1120, 1121.

³¹⁹ Schäder, FamRZ 2019, 1120, 1121.

³²⁰ BVerfG 17.9. 2016 - 1 BvR 1547/16; Schäder, FamRZ 2019, 1120, 1122; so aber BGH v. 28.4. 2010 - XII ZB 81/09, Rn 31: „Der vom Kind geäußerte Wille hat bei kleineren Kindern vornehmlich Erkenntniswert hinsichtlich seiner persönlichen Bindungen (...), ist mit zunehmendem Alter jedoch auch als Ausdruck der Entwicklung des Kindes zu einer eigenständigen Persönlichkeit bedeutsam (§ 1626 II 2 BGB). Der Kindeswille ist nur insoweit zu berücksichtigen, als er dem Kindeswohl entspricht. Schließlich ist in tatsächlicher Hinsicht in Rechnung zu stellen, dass ein durch einen Elternteil maßgeblich beeinflusster Kindeswille nicht beachtlich ist.“

³²¹ Vgl. Fn. 300 auf Textseite 46; ältere Rechtsprechung: KG v. 30.5. 2000 - 17 UF 1413/99; AG Korbach, v. 12.11. 2002 - 7 F 79/02; OLG Koblenz v. 9.7. 2008 - 9 UF 104/08; kritisch: Peschel-Gutzeit, FPR 2003, 271ff., Balloff, FPR 2002, 240ff.

³²² zB BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck, 52. Edition, Stand: 1.11. 2019, Rn 18.

In der Familienrechtspsychologie behilft man sich zur Bestimmung der Beachtlichkeit des Kindeswillens mit vier Mindestanforderungen, wonach der Wille zielorientiert, stabil, intensiv und autonom sein muss.³²³ „Liegt ein beeinflusster Wille vor, ist es folglich besonders wichtig, sorgfältig zu ermitteln, ob er mit den inneren Bedürfnissen des Kindes korrespondiert. (...) Liegt aber ein beachtlicher, den Umgangselternteil ablehnender Kindeswille vor, kann nicht mehr von einer positiven Beziehung zwischen Umgangselternteil und Kind ausgegangen werden“, so Schäder.³²⁴

cc. Kontinuitätsgrundsatz

Der Grundsatz der Kontinuität bedeutet, dass stabile Lebensverhältnisse für ein Kind idR von großer Bedeutung sind. Dem Kind sind soweit wie möglich bisherige Umstände und Verhältnisse zu erhalten, die für seine Entwicklung wesentlich waren und sein können. Stabilität bedeutet dabei auch die Aufrechterhaltung der Betreuungsperson und des sozialen Umfeldes (Kindergarten, Schule, Freunde, Sportverein etc.).

Bei sonst gleichen Erziehungsfähigkeiten und gleich starken Bindungen wird die Sorge für die Zukunft allein dem Elternteil einzuräumen sein, der das Kind bereits längere Zeit vor der Trennung/Scheidung betreut hat, wenn es dort in geordneten Verhältnissen lebt sowie ausreichend und liebevoll versorgt wird, da sich dann der Übergang zum anderen Elternteil und die Umstellung auf eine andere Erziehungsart nicht unmittelbar aufdrängt.

Andererseits hat das Familiengericht zu verhindern, dass frühzeitig und ohne Not vollendete Tatsachen geschaffen werden. Bei einer Regelung der Sorge (oder von Teilen der elterlichen Sorge, insbesondere des Aufenthaltsbestimmungsrechts) durch eA besteht daher die Gefahr, dass bereits (früh) dauerhafte Verhältnisse für die Zukunft geschaffen werden, die sich dann kaum noch ändern lassen, weil ein nochmaliger Wechsel in der Zukunft dem Kind schlichtweg nicht zumutbar erscheint.³²⁵ Für die Rechtsprechung besteht hier die Gefahr der Präjudizierung.³²⁶

Hat ein Elternteil aber nach der Trennung eine Kontinuität durch Verweigerung/Behinderung der Beziehungen zum anderen Elternteil oder gar eigenmächtige Veränderung des Aufenthaltsortes des Kindes bei gemeinsamer Sorge faktisch geschaffen, genießt diese ertrotzte Kontinuität keinen Schutz, und das Verhalten ist im Rahmen der Beurteilung der Erziehungsfähigkeit zu würdigen. Dennoch hat dies nicht zur Folge, dass das Kind als Sanktion für den eigenmächtig handelnden Elternteil nunmehr zu dem anderen zu wechseln hat. Vielmehr ist wie sonst auch umfassend das Kindeswohl zu prüfen, so dass aus anderen Gründen weiterhin der dauernde Aufenthalt bei dem sich die Kontinuität ertrotzenden Elternteil sein kann.³²⁷

³²³ Dettenborn/Walter, Familienrechtspsychologie, 2016, 83 ff.; Schäder, FamRZ 2019, 1120, 1122; Balloff, FPR 2002, 240, 243.

³²⁴ Schäder, FamRZ 2019, 1120, 1123 u. 1125.

³²⁵ MüKoBGB/Hennemann BGB § 1671 Rn 70.

³²⁶ Ausführlich zu kindlichem Zeitempfinden und Beschleunigungsgebot: Salgo, FF, 2010, 352ff.; vgl. Abschnitt C. III.

³²⁷ MüKoBGB/Hennemann BGB § 1671 Rn 73.

C. ERMITTLUNG UND VERFAHREN IN KINDSCHAFTSSACHEN

Das Familiengericht hat in Kindschaftssachen die von Mutter, Vater, aber ggf. auch von anderen Beteiligten - zB Pflegeeltern oder Großeltern - beanspruchten (Macht-)Positionen, Wünsche, Ängste oder Unzulänglichkeiten in ihrem Bezug zum Kind zu analysieren und die damit verbundenen Konflikte „zum Wohle des Kindes“ einer einvernehmlichen Lösung der Beteiligten (vgl. § 155 Abs. 2 FamFG) zuzuführen oder selbst zu entscheiden, § 1697a BGB.

Der Zugang zum Sachverhalt ist im Verfahren typischerweise multiperspektivisch³²⁸, was insbesondere auch durch die Beteiligung des Jugendamts, § 162 Abs. 2 S. 1 FamFG, bzw. die Möglichkeit seiner Beteiligung, § 162 Abs. 2 S. 2 FamFG, deutlich wird. „Das moderne Familiengerichtsverfahren ist ein auf Koordination, Kooperation und Vernetzung beruhendes Gebilde“, resümiert Balloff. Damit entspricht diese Herangehensweise dem Konzept der „Intersubjektivität“, dh das Verfahren zeichnet sich durch ein psychologisches Grundverständnis aus, das alle Perspektiven berücksichtigt und darauf setzt, zwischen ihnen Einvernehmen herzustellen.³²⁹

I. Kindeswohl-Prinzip und Grundrechtsschutz im Verfahren

Das Familiengericht ermittelt im höchstpersönlichen - privaten - Bereich der Verfahrensbeteiligten. Dem Grundrechtsschutz kommt herausgehobene Bedeutung zu. Das Verfahrensrecht muss in seiner Ausgestaltung dem Gebot effektiven Grundrechtsschutzes entsprechen, weshalb insbesondere die zur Verfügung stehenden Aufklärungs- und Prüfungsmöglichkeiten ausgeschöpft werden müssen. Das Verfahrensrecht steht - wie das materielle Recht, vgl. § 1697a BGB - unter dem *Primat des Kindeswohls*, zu dessen Schutz der Staat im Rahmen seines Wächteramtes aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG verpflichtet ist, und muss ebenso den Elternrechten Rechnung tragen.³³⁰

Diesem Grundsatz folgend, trat mit dem FamFG am 1.9. 2009 ein Verfahrensrecht in Kraft, das nur noch in wenigen Vorschriften auf die ZPO verweist. Das FamFG wollte ua ein schnelleres Handeln und Entscheiden der Gerichte in Kindschaftssachen ermöglichen, um so den Kinderschutz zu stärken und auch dem kindlichen Zeitempfinden gerecht zu werden. Eine durch Verschleppung des Verfahrens verursachte Entfremdung zwischen dem Kind und seinen Eltern bzw. seinem Elternteil oder anderen Beteiligten sollte verhindert werden.³³¹

Der Gesetzgeber verfolgte mehrere Grundsätze: den *Beschleunigungsgrundsatz*, § 155 Abs. 1 FamFG sowie den Grundsatz im Verfahren möglichst *Einvernehmen* herzustellen. Zudem wurde das *Verfahren der eA als eigenständiges, (materiell) von der Hauptsache unabhängiges Verfahren* konzipiert³³², um zügig Rechtssicherheit zB für ein in Obhut genommenes Kind schaffen zu können. Nicht zuletzt sollte die *Zusammenarbeit von Jugendamt und Familiengericht* klarer umrissen werden, wofür der Gesetzgeber den Begriff der „Verantwortungsgemein-

³²⁸ Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, 258.

³²⁹ Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, 46.

³³⁰ BGH, Beschluss vom 26. Oktober 2011 – XII ZB 247/11, Rn.30 –, juris

³³¹ Vgl. Weber, NZFam 2017, 99, 100 - mit Verweis auf die grundlegende Dissertation von Stefan Heilmann, Kindliches Zeitempfinden und Verfahrensrecht, München 1998.

³³² Schnitzler, Göttingen, 2012, 224; die einstweilige Anordnung tritt demnach erst bei Wirksamwerden einer anderweitigen Regelung außer Kraft, wenn nicht das Gericht einen früheren Zeitpunkt bestimmt hat, in Antragsverfahren zudem bei Rücknahme, rechtkräftiger Abweisung oder Erledigung des Antrags in der Hauptsache, § 56 FamFG.

schaft“³³³ von Exekutive und Judikative im Kinderschutz wählte. Damit kam zum Ausdruck, dass das Familiengericht und das Jugendamt *zusammen* iS des „Herstellungsprinzips“ zur Reorganisation der Familie handeln sollten:

- das Familiengericht durch gerichtliche Entscheidungen zur Sorge und zum Umgang;
- das Jugendamt als sozialpädagogische Fachbehörde, die auf Ansprüche der Hilfe und Unterstützung nach dem SGB VIII hinweist und entsprechende Maßnahmen durchführt.

a. Nicht-Öffentlichkeit

Gemäß § 170 Abs. 1 S. 1 u. 2 GVG sind Verhandlungen, Erörterungen und Anhörungen in Familiensachen nicht öffentlich. Das Amtsgericht kann die Öffentlichkeit zulassen, jedoch nicht gegen den Willen eines/einer Beteiligten. Das Rechtsbeschwerdegericht kann die Öffentlichkeit zulassen, soweit nicht das Interesse eines/einer Beteiligten an der nicht öffentlichen Erörterung überwiegt, § 170 Abs. 2 GVG.

b. Keine förmliche Vernehmung des Kindes

§ 163a FamFG bestimmt, dass das Kind in Kindschaftssachen nicht förmlich vernommen werden darf. Dem Kind soll eine zusätzliche Belastung durch eine Befragung in Anwesenheit der Eltern und sonstiger Beteiligter erspart werden. Zur Aufklärung des Sachverhalts und zur Ermittlung des Kindeswohls muss das Kind (idR ab 3 Jahren) aber gemäß § 159 FamFG durch eine/n Richter*in angehört werden. Ein Sachverständiger kann das Kind zusätzlich im Auftrag des Gerichts - zB zur Glaubhaftigkeitsbegutachtung - untersuchen, § 163 FamFG.³³⁴

c. Amtsermittlung

Das Verfahren muss in seiner Ausgestaltung geeignet und angemessen sein, um der Durchsetzung der materiellen Grundrechtspositionen wirkungsvoll zu dienen.³³⁵ Dem Gericht obliegt die Verantwortung für die Vollständigkeit und Richtigkeit der entscheidungserheblichen Tatsachen.³³⁶ Die von Amts wegen einzuleitenden und durchzuführenden Ermittlungen, § 26 FamFG, sind vom Gericht so weit auszudehnen, wie es die Sachlage erfordert. Nicht erforderlich sind Ermittlungen „ins Blaue“ hinein.³³⁷ Das Gericht entscheidet nach pflichtgemäßem, teilweise gebundenem Ermessen³³⁸, wie es dem Amtsermittlungsgrundsatz gerecht wird.

Die Vorschriften §§ 28 bis 31 FamFG konkretisieren den nur 15 Worte umfassenden Grundsatz. So ist zu klären, ob sich das Familiengericht zur Beschaffung der für seine Entscheidung erheblichen Tatsachen mit formlosen Ermittlungen begnügen kann, § 29 FamFG, oder ob es eine förmliche Beweisaufnahme nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung durchführen

³³³ BT-Drucks. 16/6815, 1.

³³⁴ Prütting/Helms/Hammer FamFG § 163a Rn 2.

³³⁵ BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 05. Dezember 2008 – 1 BvR 746/08 –, juris

³³⁶ MüKoFamFG/Ulrici FamFG § 26 Rn 1.

³³⁷ zB Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Beschluss vom 3. April 2012 – 6 UF 10/12, Rn 13 –, juris - mit Bezug auf BGH, FamRZ 2011, 1047.

³³⁸ zB § 34 FamFG (= Anhörung eines Beteiligten) oder § 68 Abs. 3 S. 2 (= Absehen von Verfahrenshandlungen in der Beschwerdeinstanz).

muss, § 30 FamFG.³³⁹ Für besondere Fälle werden diese Grundsätze durch die Regelungen über die Glaubhaftmachung in § 31 FamFG modifiziert.³⁴⁰ Demnach kann derjenige, der eine tatsächliche Behauptung glaubhaft zu machen hat, sich dazu aller Beweismittel bedienen und auch zur Versicherung an Eides statt zugelassen werden, § 31 Abs. 1 FamFG.

Das Gericht entscheidet nach seiner freien, aus dem gesamten Inhalt des Verfahrens gewonnenen Überzeugung, § 37 Abs. 1 FamFG. Mit dem subjektiven Maßstab der freien richterlichen Beweiswürdigung wird anerkannt, dass es im Prozess die Ermittlung der objektiven Wahrheit nicht gibt.³⁴¹ Keineswegs darf diese Norm aber so verstanden werden, dass eine kindschaftsrechtliche Entscheidung auch *ohne* volle Wahrheitsüberzeugung getroffen werden könnte.³⁴²

Die Mitwirkungspflicht des Jugendamts als sozialpädagogischer Fachbehörde nach § 27 FamFG ändert nichts daran, dass die Steuerung des Verfahrens in der Hand des Gerichts liegt.

d. Freibeweis / Strengbeweis

Das Gericht entscheidet gemäß § 29 Abs. 1 FamFG von Amts wegen - und ohne Bindung an die Erklärungen der Beteiligten - darüber, inwieweit eine in das Verfahren eingeführte Tatsache beweisbedürftig ist. Der Freibeweis ist die Regel. Angesichts der oft notwendigen engen Zusammenarbeit mit dem Jugendamt und ggf. weiteren Personen im Sinne einer effektiven Sachaufklärung kann auch telefonisch ermittelt werden. Ebenso können und sollen, wenn sich das Gericht Hinweise auf entscheidungserhebliche Tatsachen davon verspricht, Auskünfte bei weiteren Behörden eingeholt werden.³⁴³

Wenn das Gericht im kindschaftsrechtlichen Verfahren zB die Gefährdungslage für das Kind im Haushalt der Eltern einschätzen muss, oder wenn es in einer Sorgerechtsentscheidung auf die Erziehungsfähigkeit der Eltern abstellen möchte, geschieht die förmliche Beweisaufnahme idR durch die Beauftragung eines rechtspsychologischen Gutachters. Eine förmliche Beweisaufnahme begründet sich dann gemäß § 30 Abs. 3 FamFG i.V.m. §§ 400, 404a ZPO dadurch, dass die Richtigkeit einer Tatsachenbehauptung (idR der Eltern oder des Kindes) festgestellt werden soll. Die Tatsache, deren Richtigkeit festgestellt werden soll, muss entscheidungserheblich sein und sie muss im Verfahren von einem Beteiligten ausdrücklich bestritten werden.³⁴⁴

Auch wenn die Fachgerichte nicht stets gehalten sind, ein Sachverständigengutachten einzuholen, müssen sie allerdings anderweitig über eine möglichst zuverlässige Entscheidungsgrundlage verfügen, wenn sie von der Beiziehung eines Sachverständigen absehen.³⁴⁵

Die Übernahme von außerrechtlichen Kindeswohlkriterien aus einem Gutachten in die Rechtsentscheidung - etwa die Qualität der Bindungen oder der wirkliche Wille des Kindes -

³³⁹ BT-Drucks. 16/6308, 186.

³⁴⁰ MüKoFamFG/Ulrici FamFG § 26 Rn 1.

³⁴¹ Prütting/Helms/Prütting FamFG § 37 Rn 4.

³⁴² Prütting/Helms/Prütting FamFG § 37 Rn 3.

³⁴³ Prütting/Helms/Prütting FamFG § 29 Rn 2.

³⁴⁴ Prütting/Helms/Prütting FamFG § 30 Rn 9.

³⁴⁵ Stattgebender Kammerbeschluss vom 10. September 2009 – 1 BvR 1248/09, Rn.18 –, juris.

unterliegen der verantwortlichen Kontrolle durch den/die Richter*in: Sie müssen – für sich gesehen – mit der allgemeinen Wertordnung des Rechts verträglich sein („Stimmigkeitskontrolle“); sie müssen auf ihre konkrete Bedeutung für das betroffene Kind hin überprüft, ggf. relativiert werden („Individualisierung“); sie bedürfen schließlich der Zusammenschau mit allen anderen Aspekten des Einzelfalls und der integrierenden Abwägung zur Formung eines Gesamtbilds „Kindeswohl“ für die zu treffende Entscheidung („Integration“).³⁴⁶

Das Familiengericht leitet durch die von ihm konkret zu formulierenden Beweisfragen die Tätigkeit des Sachverständigen und erstellt einen Katalog von inhaltlichen Anforderungen, mit denen sich der Sachverständige auseinandersetzen soll, § 404a ZPO. Die Ableitung psychologischer Fragen aus dem Beweisbeschluss gehört wiederum zu den Aufgaben des Gutachters.³⁴⁷ Das bedeutet auch, dass im Einzelfall Abweichungen davon durch den Sachverständigen erforderlich sind, ohne dass hiervon die Verwertbarkeit des Gutachtens beeinflusst wird. Abweichungen sollen vom Sachverständigen begründet werden.³⁴⁸

Kernbestandteil von Begutachtungen in familienrechtlichen Verfahren ist die Erfassung und Beurteilung der familiären Beziehungen und Bindungen, der Ressourcen und Risikofaktoren in der Familie, der erzieherischen Kompetenzen der Eltern sowie der individuellen Bedürfnisse, des Entwicklungsstands, ggf. der besonderen Belastungen des Kindes und des Kindeswillens.³⁴⁹ Zu den festzustellenden Tatsachen in einer Kindschaftssache gehören aber nicht nur gegenwärtige tatsächliche Umstände, sondern auch *prognostische tatsächliche Entwicklungen*.³⁵⁰

Die Schwierigkeit bei der Formulierung des Beweisthemas in Kindschaftssachen besteht nicht zuletzt darin, dass der/die Sachverständige aufgrund seiner besonderen Sachkunde regelmäßig in größerem Umfang *s.g. Anschlussstatsachen* aus eigener Anschauung (erst) selbst ermittelte und einzelne psychologische Fragen aus der gerichtlichen Beweisfrage ableitet.³⁵¹ Wünschenswert ist es daher, wenn der/die Sachverständige bei der Beantwortung der Beweisfrage in seinem/ihren psychologischen bzw. klinischen Bezugsrahmen bleibt. Die Subsumtion der festgestellten Tatsachen unter rechtliche Kategorien ist Aufgabe des/der Richter*in.³⁵² Denn Art. 92 GG (= Richtervorbehalt) garantiert verfassungsrechtlich, dass die Person, die subjektiv wertend über einen streitigen Sachverhalt entscheiden wird, ein/e Richter*in sein muss.³⁵³

Die Bestellung von Sachverständigen betrifft nach Schätzungen 5 bis 10 % aller kindschaftsrechtlichen Verfahren.³⁵⁴ Sie unterliegt seit langem der Kritik, die Bergmann wie folgt zusammenfasst: „Ein Verfahren mit erheblichem Grundrechtsbezug, in dem der Großteil auch

³⁴⁶ Staudinger/Coester, BGB, 2016, § 1666 Rz. 73; BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 19. November 2014 – 1 BvR 1178/14 –, juris

³⁴⁷ FamRB 2016, 364, 366.

³⁴⁸ Ernst, FamRB 2016, 361, 362; Arbeitsgruppe der Familiensenate des OLG Celle, FamRZ 2015, 1675, 1676f.

³⁴⁹ Lack/Hammesfahr, Psychologische Gutachten im Familienrecht, 2019, Rn 251.

³⁵⁰ Vgl. Abschnitt A. IV. c. aa.

³⁵¹ Ernst, FamRB 2016, 361, 362; Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, 170.

³⁵² Ernst, FamRB 2016, 361, 364.

³⁵³ Bergmann, FamRB 2016, 364, 365.

³⁵⁴ Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, 163.

der streitigen Tatsachenfeststellung weder im Gerichtssaal noch durch den Richter vorgenommen wird, entspricht nicht mehr dem Grundsatz eines fairen Verfahrens. Ein Verfahren aber, in dem Personen ohne klare fachliche Grundlage aufgrund unklarer Aufgabenübertragungen den rechtlichen Inhalt einer Grundrechtsprüfung prägen, wird durch die Betroffenen zu Recht als willkürlich empfunden.“³⁵⁵

Nach dem neuen Sachverständigenrecht (in Kraft seit 15.10. 2016) können die Parteien nach Ermessen des Gerichts gemäß § 30 FamFG i.V.m. § 404 Abs. 2 ZPO zur Person des Sachverständigen gehört werden. Weitere Pflichten des Sachverständigen regelt § 407a ZPO.³⁵⁶ Ein Sachverständiger kann zudem gemäß § 30 FamFG i.V.m. § 406 Abs. 1 ZPO u. § 42 Abs. 2 ZPO aus denselben Gründen abgelehnt werden wie ein Richter (= *Besorgnis der Befangenheit*).³⁵⁷

II. Aufnahme des Verfahrens, mögliche Konstellationen

Der Zeitpunkt der Verfahrensaufnahme ist derjenige, an dem das Gericht in eine sachliche Prüfung eintritt und Ermittlungen in der Sache aufnimmt.³⁵⁸

a. Amtsverfahren

Kindschaftsrechtliche Verfahren werden von Amts wegen und auf Antrag eingeleitet. Ein Amtsverfahren zeichnet sich dadurch aus, dass das Familiengericht berechtigt bzw. bei Verdacht einer Kindeswohlgefährdung sogar verpflichtet ist, ein Kindschaftsverfahren selbst einzuleiten.

Ein Amtsverfahren kann zB aufgrund der Anregung durch eine/n Dritte/n eingeleitet werden.³⁵⁹ Kinderärzte, Nachbarn, Bekannte oder Dritte, die zufällig Informationen erhalten haben, können sich an das Gericht wenden, damit das Gericht tätig wird.³⁶⁰ Derjenige, der die Anregung gibt, wird damit (allerdings) nicht zum „Antragsteller“³⁶¹ im Rechtssinne und erlangt nicht die Verfahrensstellung eines Antragstellers, insbesondere keine Beschwerdeberechtigung nach § 59 Abs. 2 FamFG.³⁶²

Die Möglichkeit der amtswegigen Einleitung des Verfahrens entzieht den Beteiligten die Dispositionsmöglichkeit über den Verfahrensgegenstand. Sie werden gegen ihren Willen Teil eines staatlichen Verfahrens, bei dem die persönliche Teilnahme an einem Termin erzwungen werden kann (vgl. § 33 Abs. 3 FamFG).³⁶³ Anders verhält es sich, wenn subjektive Rechte des Anregenden beeinträchtigt werden. Lehnt das Gericht zB nach Anregung eines Umgangsverfah-

³⁵⁵ Bergmann, FamRB 2016, 364, 366.

³⁵⁶ Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, 164.

³⁵⁷ OLG Frankfurt v. 28.11.2016 - 6 WF 200/16.

³⁵⁸ Prütting/Helms/Ahn-Roth FamFG § 24 Rn 4a.

³⁵⁹ BT-Drucks 16/6308, 186.

³⁶⁰ Prütting/Helms/Ahn-Roth FamFG § 24 Rn 3.; vgl. auch § 4 KKG i.V.m § 8a SGB VIII zu den Mitteilungsbefugnissen von Geheimnisträger*innen an das Jugendamt.

³⁶¹ Osthold, FamRZ 2017, 1643, 1643: „Da ein Amtsverfahren gemäß § 24 Abs. 1 FamFG auf Anregung eingeleitet werden kann, ist dessen Einleitung natürlich auch aufgrund eines Antrags möglich. Gleichwohl kommt dem Antrag in Amtsverfahren keine verfahrensbegründende Wirkung zu, da der Antrag lediglich den Anlass des Gerichts zur Einleitung des Verfahrens von Amts wegen bildet.“

³⁶² Prütting/Helms/Ahn-Roth FamFG § 24 Rn 4.

³⁶³ Osthold, FamRZ 2017, 1643, 1645.

rens die Einleitung eines Amtsverfahrens ab, § 24 Abs. 2 FamFG, und verletzt diese Ablehnung subjektive Rechte des/der Anregenden, weil er/sie eine umgangsberechtigte Person nach § 1685 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB ist, dann ist die Ablehnung mit der Beschwerde gemäß § 59 Abs. 1 FamFG angreifbar.³⁶⁴

Als Amtsverfahren gelten folgende Verfahren:

§ 1666 ff. BGB = Maßnahmen gegen die Eltern bei Gefährdung des Kindeswohls oder des Kindesvermögens,

§ 1680 Abs. 3 BGB = Übertragung der Alleinsorge auf den bisher nicht sorgeberechtigten Elternteil,

§§ 1684, 1685 BGB = Einleitung eines Umgangsverfahrens,

§ 1693 BGB = Maßnahmen bei Verhinderung der sorgeberechtigten Elternteile,

§ 1696 BGB = Abänderung gerichtlicher Entscheidungen oder gebilligter Vergleiche.³⁶⁵

b. Verfahrensgrundsätze in Amtsverfahren

In Umgangsverfahren nach §§ 1684, 1685 BGB sind *keine Erledigungserklärungen* möglich. Eine Antragsrücknahme nach § 22 Abs. 1 FamFG beendet in Amtsverfahren das Verfahren nicht. Ein Umgangsvergleich hat nur unter den Voraussetzungen des § 156 Abs. 2 FamFG verfahrensbeendende Wirkung, also wenn das Familiengericht diesen Vergleich billigt.

In Amtsverfahren muss das Gericht also eine Entscheidung treffen, es darf in einem Umgangsverfahren nach § 1684 Abs. 1 BGB nicht einfach den Umgangsantrag eines Elternteils zurückweisen. Eine Bindung an die „Anträge“ besteht für das Gericht in Amtsverfahren in keiner Weise, weshalb zB ein Antrag auf Regelung des Umgangs auch nicht spezifiziert werden muss. Gleiches gilt für die Beschwerde.

In Amtsverfahren kann eine eA daher auch ohne Antrag erlassen werden, es bedarf statt eines Anordnungsanspruchs lediglich eines Anordnungsgrunds, § 156 Abs. 3 FamFG. Im Rahmen der Beschwerdeinstanz ist schließlich zu beachten, dass in Amtsverfahren das Verbot der *reformatio in peius* (= Verschlechterung, Verböserung) nicht gilt.³⁶⁶

b. Antragsverfahren

In den „echten Schlichtungskonstellationen“³⁶⁷, in denen der Staat unterhalb der Schwelle der Kindeswohlgefährdung entscheidet, ist ein Antrag zwingend, da hier der Verfahrensgegenstand unter der Dispositionsmaxime der Parteien / Beteiligten steht bzw. - nach Osthold und Schumann - stehen sollte.³⁶⁸ In Antragsverfahren ist Begründung und Glaubhaftmachung durch den/die Antragsteller*in gemäß § 31 FamFG vorgeschrieben.³⁶⁹ Dies stellt jedoch keine echte Ein-

³⁶⁴ Prütting/Helms/Ahn-Roth FamFG § 24 Rn 11.

³⁶⁵ Osthold, FamRZ 2017, 1643, 1644.

³⁶⁶ Für den gesamten Abschnitt: Osthold, FamRZ 2017, 1643, 1645.

³⁶⁷ Schumann, Gutachten, 2018, 15.

³⁶⁸ Reformvorschläge von Schumann, die sich teils auf Osthold bezieht, zusammengefasst bei Keuter, FamRZ 2018, 1125ff., zu Umgangsverfahren als Antragsverfahren, 1128.

³⁶⁹ BT-Drucks. 16/6308, 185.

schränkung der gerichtlichen Pflicht zur selbständigen Ermittlung aller rechtserheblichen Tatsachen von Amts wegen dar, sondern eher eine Obliegenheit, die der Antragsteller im eigenen Interesse wahrnimmt.³⁷⁰

Antragsverfahren können durch die Beteiligten für erledigt erklärt und damit der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis entzogen werden, soweit die Erledigung tatsächlich eingetreten ist, was das Gericht zu prüfen hat, § 22 FamFG. Zugleich ist das Gericht, wenn es entscheidet, an den Antrag gebunden. Wird in einem Verfahren zB der Antrag auf Erlass einer eA auf Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts gestellt, kann das Gericht über diesen Antrag nicht hinausgehen und auch noch die Gesundheitsorge zuweisen.³⁷¹

In Antragsverfahren hat das Gericht (erst) *auf Antrag* eines Beteiligten, der eine eA erwirkt hat, anzuordnen, dass binnen einer höchstens dreimonatigen Frist der Antrag auf Einleitung des Hauptsacheverfahrens gestellt werden muss. Wird dieser Anordnung nicht Folge geleistet, ist die eA aufzuheben, § 52 Abs. 2 FamFG.

Als Antragsverfahren gelten ua diese Verfahren:

§ 1626a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB = Verfahren zur Begründung der gemeinsamen elterlichen Sorge bei nichtverheirateten Eltern,

§ 1628 BGB = Verfahren bei Streitigkeiten von erheblicher Bedeutung im Rahmen der gemeinsamen elterlichen Sorge,

§ 1630 Abs. 2 BGB = Übertragung von Angelegenheiten der elterlichen Sorge auf die Pflegeperson,

§ 1632 Abs. 3 BGB = Streitigkeiten über die Herausgabe des Kindes oder Streitigkeiten über den Umgang mit Dritten,

§ 1671 BGB = Übertragung der Alleinsorge oder von Teilen Sorge auf einen Elternteil,

§ 1686 BGB = Auskunftsansprüche zwischen den Elternteilen,

§ 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB = Umgangsrecht des nur biologischen, aber nicht rechtlichen Vaters,

§ 1686a Abs. 1 Nr. 2 BGB = das Auskunftsrecht des nur biologischen, aber nicht rechtlichen Vaters gegen die Mutter.³⁷²

Unklar, aber - nach Osthold - als Antragsverfahren einzuordnen:

§ 1687 Abs. 2 BGB = Regelung der Befugnisse des betreuenden oder umgangsberechtigten Elternteils,

§ 1687b Abs. 3 BGB = Regelung der Befugnisse des Ehegatten des alleinsorgeberechtigten Elternteils.³⁷³

³⁷⁰ Osthold, FamRZ 2017, 1643, Fn 5 - mit Nachweisen.

³⁷¹ Schnitzler, Anmerkungen zum einstweiligen Rechtsschutz bei Kindschaftssachen, 2012, 225.

³⁷² Osthold, FamRZ 2017, 1643, 1644.

³⁷³ Osthold, FamRZ 2017, 1643, 1645.

c. Umgangsverfahren, §§ 1684, 1685 BGB - Einordnung

Nach der Systematik von Amts- und Antragsverfahren erscheint es verfassungsrechtlich problematisch, dass ein Umgangsverfahren nach §§ 1684, 1685 BGB vom Staat jederzeit von Amts wegen eingeleitet werden kann. Ebenso kann bei Erstentscheidungen zur elterlichen Sorge und zum Umgangsrecht nach § 1696 Abs. 1 BGB ein Abänderungsverfahren von Amts wegen durch das Familiengericht eingeleitet werden. Allerdings existiert für Verfahren nach §§ 1684, 1685 BGB keine gesetzliche Vorschrift, die diese als Amtsverfahren qualifiziert.

Osthold erklärt die Behandlung von Umgangsverfahren als Amtsverfahren als rechts-historisches Relikt (vom Gesetzgeber „schlicht übersehen“), die als „systemwidrige Ungleichbehandlung“ gegenüber Sorgeverfahren kaum auffalle, da Umgangsverfahren in der Praxis wie Antragsverfahren behandelt würden.³⁷⁴ Entsprechend sind Entscheidungen, die aufgrund der Amtswegigkeit die Einleitung eines Umgangs- oder Abänderungsverfahrens ablehnen, anfechtbar, wenn die Person, die das Verfahren angeregt hat, in ihren subjektiven Rechten betroffen ist.³⁷⁵ Der Wortlaut des § 1684 Abs. 3 S. 1 BGB schließt ein Verständnis als Antragsverfahren nicht aus. Auch liege kein entgegenstehender Wille des Gesetzgebers vor. Damit seien die methodischen Voraussetzungen für eine verfassungskonforme Auslegung der Norm dahingehend, dass eine Verfahrenseinleitung ausschließlich auf Antrag erfolgen dürfe, erfüllt.³⁷⁶

Auch Schumann spricht sich für die Ausgestaltung des § 1684 Abs. 3 BGB sowie die Abänderung solcher Entscheidungen als reine Antragsverfahren aus. In seiner Funktion als Wächter dürfe der Staat von Amts wegen nur dort tätig werden, wo die Anordnung einer kindeschutzrechtlichen Maßnahme im Raum stehe, nicht aber bei Verfahren, bei denen es um die Schlichtung von Elternkonflikten gehe. Da ein gerichtlich angeordneter Umgang weder den Vorstellungen des umgangsberechtigten Elternteils noch denen des betreuenden Elternteils entspreche, sei er weder verfassungsgemäß noch sinnvoll vollstreckbar, argumentiert sie.³⁷⁷

Der Vorschlag überzeugt in systematischer Hinsicht. Für den Erfolg eines Umgangsverfahrens könnte die Ausgestaltung als Antragsverfahren zudem zielführend sein, da sie dem/der Antragssteller*in bereits vor Eröffnung eines Verfahrens Erklärung und Begründung abverlangt, wie und mit welchen mittel- und langfristigen Folgen und Erwartungen der Umgang mit dem Kind in Zukunft (und ggf. unter Beanspruchung von SGB-VIII-Leistungen) stattfinden soll. Dies erscheint in der Pflichtbindung des Umgangsrechts angemessen. Anträge sollten dann jedoch möglichst offen und flexibel gestellt werden, so dass sich die Beteiligten im Verfahren nicht an unrealistischen Forderungen abarbeiten müssen, an die das Gericht dann gebunden wäre, wenn keine einvernehmliche Lösung gefunden werden kann. Völlig offen stellt sich allerdings weiterhin dar, wie - reziprok - der/die Minderjährige sein/ihr Umgangsrecht aus § 1684 Abs. 1 1. TS BGB gegenüber dem umgangsberechtigten und - verpflichteten geltend machen kann.

³⁷⁴ Osthold, FamRZ 2017, 1643, 1647f., nach Osthold hat die staatliche Abänderungsmöglichkeit vorangegangener Sorgeentscheidungen ihre Wurzel in § 81 Abs. 5 EheG von 1938.

³⁷⁵ Staudinger/Dürbeck (2019) BGB § 1684 - mit Bezug ua auf BVerfG v. 17.9. 2016 - 1 BvR 1547/16, Rn 39.

³⁷⁶ Osthold, FamRZ 2017, 1643, 1648.

³⁷⁷ Keuter, FamRZ 2018, 1125, 1128, Fn 4 u. 42..

e. Abänderungsverfahren

Entscheidungen zum Sorge- oder Umgangsrecht sowie von gerichtlich gebilligten Vergleichen über den Umgang oder die Herausgabe des Kindes erwachsen nicht in materielle Rechtskraft.³⁷⁸ Sie können vielmehr nach § 1696 BGB an neue tatsächliche Verhältnisse angepasst werden, wobei sich die Abänderungsbefugnis aus der „Wahrung des Kindeswohls“ ergibt.³⁷⁹

Dabei gilt nach § 1696 Abs. 1 BGB, dass eine Sorgerechtsregelung (nur) dann abgeändert werden kann, wenn *triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe* vorliegen, die eine Änderung der ursprünglichen Regelung angezeigt erscheinen lassen. Bisher hat die Rechtsprechung als triftigen Abänderungsgrund (aber) auch Elternkonsens oder Kindeswille angesehen.³⁸⁰

Grundsätzlich liegen der Vorschrift zwei unterschiedliche Regelungsfragen zugrunde, was durch zwei unterschiedliche Änderungsmaßstäbe dokumentiert wird. § 1696 Abs. 1 BGB betrifft die Entscheidung von Regelungsfragen *auf Elternebene*, nämlich die Abgrenzung und Verteilung von Sorge- oder Umgangs Kompetenzen. Hingegen setzt § 1696 Abs. 2 BGB *gerichtliche Eingriffe in Elternrechte zum Schutze des Kindes* voraus und regelt die Beendigung solcher Maßnahmen. So verdeutlicht die Norm § 1696 Abs. 2 BGB, dass eine nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in einem Kinderschutzverfahren getroffene Maßnahme im Hinblick auf ihre Legitimation zu überprüfen ist. Die Maßnahme ist dann zwingend aufzuheben, wenn eine Gefahr für das Wohl des Kindes nicht mehr besteht oder die Erforderlichkeit der Maßnahme entfallen ist.³⁸¹ Während § 1696 BGB die materiell-rechtliche Befugnis und Verpflichtung des FamG zur Abänderung von kindschaftsrechtlichen Entscheidungen begründet und regelt, ergänzt § 166 FamFG diese Vorschrift um die entsprechende verfahrensrechtliche Befugnis und Pflicht.

Ein Abänderungsverfahren nach § 1696 Abs. 1 BGB erfolgt zwar von Amts wegen, idR aber als Anregung nach einem Antrag, § 24 FamFG, und zwar unabhängig davon, ob das Erstverfahren ein Antrags- oder Amtsverfahren war.³⁸² Da Änderungsanträge in diesem Fall rechtlich nur die Bedeutung von Anregungen haben, binden sie das Gericht nicht. Ob ein Änderungsverfahren eingeleitet wird, entscheidet das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen.³⁸³

Ein Abänderungsverfahren nach § 1696 Abs. 1 BGB beginnt immer in erster Instanz. Ist das Verfahren in der zweiten Instanz anhängig, kann daneben kein Verfahren nach § 1696 BGB eingeleitet werden. Voraussetzung der Abänderungsmöglichkeit nach § 1696 BGB ist es, dass die zugrunde liegende abzuändernde Regelung (formell) rechtskräftig ist bzw. - beim gerichtlich gebilligten Vergleich - wirksam geschlossen worden ist.³⁸⁴ Nach wohl herrschender, aber nach wie vor umstrittener Auffassung wird ein Vergleich nach § 156 Abs. 2 FamFG durch gerichtli-

³⁷⁸ BGH, Beschluss vom 28. Mai 1986 – IVb ZB 36/84 –, juris.

³⁷⁹ Staudinger/Coester (2019) BGB § 1696 Rn 1.

³⁸⁰ Keuter, FamRZ 2018, 1125, 1129; MüKoBGB/Lugani BGB § 1696 Rn 38-41.

³⁸¹ Staudinger/Coester (2019) BGB § 1696 Rn 2.

³⁸² Osthold, FamRZ 2017, 1643, 1648, nach Osthold hat die staatliche Abänderungsmöglichkeit vorangegangener Sorgeentscheidungen ihre Wurzel in § 81 Abs. 5 EheG von 1938.

³⁸³ Staudinger/Coester (2019) BGB § 1696, Rn135.

³⁸⁴ Völker/Clausius, in: Völker/Clausius, Das familienrechtliche Mandat - Sorge- und Umgangsrecht, § 3 Abänderungsverfahren nach § 166 FamFG, § 1696 BGB Rn 1.

chen Beschluss gebilligt, der (außer im Verfahren der eA, vgl. § 57 S. 1 FamFG) eine durch befristete Beschwerde anfechtbare Endentscheidung darstellt.³⁸⁵

Für Entscheidungen, die im Verfahren der eA ergangen sind, gilt die spezielle Regelung des § 54 FamFG. Mit einem Abänderungsbegehren nach § 54 FamFG können auch unverändert gebliebene Verhältnisse neu bewertet werden, da zuvor nur summarisch geprüft wurde.³⁸⁶

Das Prinzip der amtswegigen Einleitung durchbricht der Gesetzgeber nur für gerichtlich gebilligte Vergleiche nach § 156 Abs. 2 FamFG; jenseits des Vorliegens einer Kindeswohlgefährdung soll hier ein Verfahren nur auf Antrag eingeleitet werden.³⁸⁷

Wie Osthold hält auch Coester die amtswegige Einleitung von Abänderungsverfahren bestehender Entscheidungen und Vergleiche zum Sorge- und Umgangsrecht nach § 1696 Abs. 1 BGB („aus triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen“) für nicht mit der Elternautonomie vereinbar.³⁸⁸ Nach Coester ergibt sich vielmehr die Verpflichtung, das gemeinsame Sorgerecht beider Eltern auf Wunsch wiederherzustellen, aus der Notwendigkeit, einer *teleologischen Reduktion* des § 1696 Abs. 1 BGB auf Art 6 Abs. 2 GG.³⁸⁹ Dem ist zuzustimmen, dies allerdings (nur) unter der Bedingung, dass sich aus der Rechtsposition des Kindes bzw. im Hinblick auf das Kindeswohl materiellrechtlich keine Zweifel in der Sache ergeben. Ein reines Antragsverfahren - ohne materiellrechtliche (Kindeswohl-)Prüfung - ist nicht geboten, vielmehr wird auch das Kind gehört werden und - bei bestehendem Interessenkonflikt mit den Eltern - ein Verfahrensbeistand bestellt werden müssen, § 158 Abs. 2 FamFG. Aus dem Einvernehmen der Eltern kann kein Einvernehmen mit dem Kind abgeleitet werden.³⁹⁰

Schumann schlägt vor, dass die gemeinsame Sorge nach Trennung und Scheidung *im Regelfall* bestehen bleiben soll. In diesem Zusammenhang kritisiert sie den Widerspruch zwischen der nach § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB für die Eltern bestehenden Möglichkeit, die gemeinsame elterliche Sorge aufheben zu können, während den Eltern die Wiederbegründung nach § 1696 Abs. 1 BGB nur bei triftigen, das Kindeswohl nachhaltig berührenden Gründen möglich ist. Sie schlägt vor, künftig in § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB neben der Zustimmung des anderen Elternteils für eine Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge *ebenfalls triftige, das Kindeswohl nachhaltig berührende Gründe* zu verlangen. Schumann argumentiert mit den Rechten und Pflichten der Elternverantwortung sowie den weitreichenden Folgen einer einvernehmlichen Sorge-Regelung für den „Umgangselternteil“, die in ihrer Wirkung für diesen einem Sorgerechtsentzug nach § 1666 BGB gleichkomme.³⁹¹ Mit Bezug auf die Feststellungen in Abschnitt A. V. d. aa. stellt sich dieser Vorschlag schlüssig dar. Bei Streit über Unterhaltszahlungen könnte aus *triftigen, das Kindeswohl nachhaltig berührenden Gründen* das Gericht - per Antrag - angerufen werden.

³⁸⁵ Hammer, FamRZ 2016, 2122, 2125; Ernst, NZFam 2015, 804, 807 u. Fn 42.

³⁸⁶ Stockmann in: Rahm/Künkel, Handbuch Familien- und Familienverfahrensrecht Rn 588.

³⁸⁷ BT-Drucks. 16/6308, 346.

³⁸⁸ Staudinger/Coester (2019) BGB § 1696 Rn 6.

³⁸⁹ Staudinger/Coester (2019) BGB § 1696 Rn 6a.

³⁹⁰ Vgl. Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, 45; aA Obermann, NZFam 2015, 1129ff.

³⁹¹ Keuter, FamRZ 2018, 1125, 1126, Fn 4 u. 21.

IV. Vorrang- und Beschleunigungsgebot

Steht der Anfangsverdacht einer Kindeswohlgefährdung im Raum und hat das Jugendamt das betroffene Kind uU bereits in Obhut genommen, weil die Erziehungsberechtigten nicht bereit oder in der Lage waren, bei der Abschätzung des Gefährdungsrisikos mitzuwirken, so muss das Jugendamt das Familiengericht nach § 8a Abs. 2 oder § 42 Abs. 3 Nr. 2 SGB VIII anrufen. Das Gericht soll dann - spätestens einen Monat nach Beginn des Verfahrens - gemäß § 155 Abs. 2 i.V.m. § 157 FamFG³⁹² mit den Eltern und in geeigneten Fällen auch mit dem Kind besprechen, wie einer möglichen Gefährdung des Kindeswohls, insbesondere durch öffentliche Hilfen, begegnet werden kann, § 157 Abs. 1 FamFG.

a. Früher erster Termin - Erörterung der Kindeswohlgefährdung

Die Eltern befinden sich im Fall eines anberaumten Erörterungsgesprächs im Konflikt mit dem staatlichen „Wächteramt“. Es liegen gemäß § 8a Abs. 1 SGB VIII *gewichtige Anhaltspunkte* für die Gefährdung des Wohls eines Kindes oder Jugendlichen vor. Entsprechend muss das Gericht Ermittlungen durchführen, die ggf. einen Eingriff in das elterliche Sorge- und - etwa bei bestehender Fremdunterbringung - ggf. auch in das elterliche Umgangsrecht nach sich ziehen. Das Gericht hört in diesem Termin gemäß § 155 Abs. 2 S. 3 FamFG auch das Jugendamt an, welches (Muss-)Beteiligter in Verfahren nach § 1666 BGB ist, § 162 Abs. 2 S. 1 FamFG.

Neben Verfahren wegen Gefährdung des Kindeswohls (§§ 1666, 1666a, 1631b, 1667, 1696 Abs. 2 BGB) sind vorrangig und beschleunigt auch Kindschaftssachen durchzuführen, soweit der Aufenthalt des Kindes (§ 1631 Abs. 1, § 1671, § 1682 BGB), das Umgangsrecht (§§ 1684 bis 1686 BGB) und die Herausgabe des Kindes (§ 1632 Abs. 1 u. 4 BGB) betroffen sind. Bei Entscheidungen zum Umgangsrecht ist eine beschleunigte Durchführung nach h.M. dabei (nur) dann angezeigt, wenn der Umgang verweigert wird.³⁹³

Durch den Erörterungstermin wird (noch) kein förmliches Verfahren eingeleitet. In dem Gespräch soll hingegen besprochen und erklärt werden, welche Folgen die Nichtannahme notwendiger Hilfen für die betroffene Familie haben kann, § 157 Abs. 1 FamFG. Fehlt im Hinblick auf § 8a Abs. 2 S. 1 2.HS SGB VIII die Bereitschaft der Personensorge-Berechtigten Hilfen zur Erziehung nach § 27 SGB VIII zu beantragen oder sind sie nicht in der Lage, bei der Abschätzung des Gefährdungsrisikos mitzuwirken, so hat das Gericht ein Verfahren einzuleiten.³⁹⁴

Ob die Eingriffsschwelle des § 1666 BGB *gegenwärtig* erreicht ist, das heißt ob *aktuell* eine Gefahr für das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes vorliegt bzw. ob die Gefährdung des Kindes durch Hilfen oder andere Maßnahmen abgewendet werden kann, ist zunächst noch unklar.³⁹⁵ Entsprechend stehen die Gründe für einen möglichen Eingriff in die Elternautonomie im Zentrum der Vorprüfung.

³⁹² Regelfall ist die Verbindung von s.g. Frühen Termin gemäß § 155 Abs. 2 FamFG iSd Vorrang- und Beschleunigungsgebots mit dem „erzieherischem“ Erörterungstermin gemäß § 157 FamFG, vgl. Prütting/Helms/Hammer § 157 FamFG Rn 13ff. sowie. BT-Drucks. 16/6308, 415.

³⁹³ Schnitzler, Anmerkungen zum einstweiligen Rechtsschutz bei Kindschaftssachen, 2012, 223.

³⁹⁴ Prütting/Helms/Hammer FamFG § 157 Rn.11 - dort Ausführungen zur datenschutzrechtlichen Mitteilungsbefugnis des Jugendamts an das Gericht gemäß § 65 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 8a SGB VIII.

³⁹⁵ Prütting/Helms/Hammer FamFG § 157 Rn.8. - Vgl. Abschnitt A. IV. b. bb.

Ob die Voraussetzungen für einen Sorgerechtsentzug im Einzelfall vorliegen, hat das Gericht nach Anhörung der Beteiligten zu entscheiden. Hierbei können sich unterschiedliche Auffassungen des Gerichts und des Jugendamts ergeben, dies insbesondere zu der Frage, ob der Kindeswohlgefährdung durch erstmalige oder weitere öffentliche Hilfen begegnet werden kann.

War das s.g. Erörterungsgespräch der Kindeswohlgefährdung im Gesetzgebungsverfahren auf Vorschlag Bayerns zunächst als eine Art „Erziehungsgespräch“ für die Eltern geplant³⁹⁶, liegen die Herausforderungen dieses Termins heute (auch) darin, frühzeitig im Verfahren eine gute Kooperation der „Verantwortungsgemeinschaft“ aus Jugendamt und Familiengericht für den jeweiligen Fall zu installieren. Da von Seiten des Gerichts im Hinblick auf die Gewährung öffentlicher Hilfen *keine Weisungskompetenz gegenüber dem Jugendamt* besteht³⁹⁷, müssen in des Kinderschutzes tragfähige informelle Absprachen getroffen werden.³⁹⁸ Sinn und Zweck des Erörterungsgesprächs ist es, eine effektive Gefahrenabwehr zu gewährleisten und alle damit befassten Personen „an einen Tisch“ zu bringen, deshalb können auch Personen wie Polizeibeamte, Klassenlehrer*innen oder Schulsozialarbeiter*innen etc. zum Erörterungstermin geladen werden.³⁹⁹ Bei der Erörterung der Kindeswohlgefährdung in dem Frühen Termin, §§ 155 Abs. 2, 157 Abs. 1 FamFG, ist zu gewährleisten, dass allen Verfahrensbeteiligten sämtliche für das Gericht maßgeblichen Erkenntnisse bekannt sind; nur so wird der Anspruch der Beteiligten auf rechtliches Gehör gewahrt. In einem Protokoll sind die wesentlichen Vorgänge des Termins und der persönlichen Anhörung aufzunehmen § 28 Abs. 4 S. 1 u. 2 FamFG.⁴⁰⁰

Das Gericht hat nach § 157 Abs. 2 S. 1 FamFG sowie § 155 Abs. 3 S. 1, § 160 Abs. 1 S. 2 FamFG das persönliche Erscheinen der Eltern zu dem Termin anzuordnen, da das Gespräch nur zu einem sinnvollen Ergebnis führen kann, wenn die Eltern *selbst* teilnehmen und sich nicht anwaltlich vertreten lassen. Das persönliche Erscheinen der Eltern im Erörterungstermin kann nach Maßgabe des § 33 Abs. 3 FamFG erzwungen werden.⁴⁰¹ Das Gericht führt die Erörterung in Abwesenheit eines Elternteils durch, wenn dies zum Schutz eines Beteiligten oder aus anderen Gründen erforderlich ist, § 157 Abs. 2 S. 2 FamFG.

Nach § 157 Abs. 1 FamFG ist das Kind in geeigneten Fällen in die Erörterung einzubeziehen. Gedacht ist etwa an Fälle, in denen Drogenabhängigkeit oder wiederholte Straffälligkeit des Kindes bzw. Jugendlichen Anlass zu dem Verfahren gegeben haben. Unabhängig von seiner Einbeziehung in das Gespräch muss das Kind *anlässlich* des Erörterungstermins aber gemäß § 159 FamFG angehört werden, wenn die Voraussetzungen dafür bestehen.⁴⁰²

³⁹⁶ Coester, Verfahren in Kindschaftssachen, 2009, 39, 50; Schumann, FPR 2011, 203 u. Fn 7.

³⁹⁷ Zur fehlenden Anordnungscompetenz des Familiengerichts gegenüber dem Jugendamt: Staudinger/Dürbeck (2019) BGB § 1684, Rn.340; Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, 209f. u. 299; für eine Anordnungscompetenz spricht sich Fröschle, FamRZ 2016, 1905 ff. aus.

³⁹⁸ Abschlussbericht Staufen, 2018, 9; dazu auch Schnitzler, Anmerkungen zum einstweiligen Rechtsschutz bei Kindschaftssachen, 2012, 221, 226: „Ein derartiger Termin erfordert von allen beteiligten Professionen eine weitergehende Vorbereitung als ein normaler Verhandlungstermin, der in einer Unterhalts- oder Zugewinnausgleichssache ansteht.“

³⁹⁹ Prütting/Helms/Hammer FamFG § 157 Rn 22.

⁴⁰⁰ Abschlussbericht Staufen, 2018, 8.

⁴⁰¹ Prütting/Helms/Hammer FamFG § 157 Rn 18.

⁴⁰² Prütting/Helms/Hammer FamFG § 157 Rn 20.

Im pflichtgemäßen Ermessen des Familiengerichts liegt es, ob es ein Hauptsacheverfahren einleitet oder wegen besonderer Dringlichkeit sogleich (auch oder nur) ein Anordnungsverfahren nach §§ 49 ff. FamFG durchführt, etwa wenn das Jugendamt gemäß § 42 Abs. 3 Nr. 2 SGB VIII die Inobhutnahme des Kindes mitteilt.⁴⁰³

b. Einstweilige Anordnung

Im Amtsverfahren hat das Gericht von sich aus zu prüfen, ob eine eA - zB zur Abwendung einer Kindeswohlgefährdung nach §§ 1666, 1666a BGB - ergehen muss. Sofern bereits eine konkrete Gefährdung des Kindes besteht und lediglich ergänzende Ermittlungen erfolgen sollen, ist die Frage nach Erlass einer eA gemäß § 157 Abs. 3 FamFG zentraler Gegenstand des Frühen Termins bzw. Erörterungstermins, §§ 155 Abs. 2, 157 FamFG.⁴⁰⁴

Eine eA setzt nach § 49 Abs. 1 FamFG ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden voraus. Die Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens kommt entsprechend wegen des damit verbundenen Zeitbedarfs regelmäßig nicht in Betracht, *es sei denn, die Schwere des Eingriffs in Rechte der Beteiligten erfordert dies auch für eine eA.*

Beachtlich sind hier die vom BVerfG ab 2014 entwickelten verschärften Anforderungen für die Amtsermittlung in eA-Verfahren, die den Sorgerechtsentzug betreffen.⁴⁰⁵ Das BVerfG stellt in der Entscheidung vom 7.4. 2014 auf die *materiellrechtlich geforderte hohe Prognose-sicherheit* ab. Die Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung sind demnach *umso höher, je geringer der möglicherweise eintretende Schaden des Kindes wiegt und in je größerer zeitlicher Ferne der zu erwartende Schadenseintritt liegt*⁴⁰⁶; ein Sorgerechtsentzug soll demnach aufgrund summarischer Prüfung im eA-Verfahren zwar nicht ausgeschlossen sein, er unterliegt mit Blick auf das hier betroffene Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG aber besonderen verfassungsrechtlichen Anforderungen in Bezug auf die erforderliche Sachverhaltsaufklärung.⁴⁰⁷

So fehlt es regelmäßig an der gebotenen Dringlichkeit einer Maßnahme, wenn sich die drohenden Beeinträchtigungen erst über längere Zeiträume entwickeln und sich die Gefährdungslage im Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht derart verdichtet hat, dass ein sofortiges Einschreiten geboten wäre.⁴⁰⁸ Ohne weitergehende Sachverhaltsaufklärung können (bzw. müssen) die Gerichte eine Trennung des Kindes von seinen Eltern dann veranlassen, wenn die Gefahr wegen der Art der zu erwartenden Schädigung des Kindes und der zeitlichen Nähe des zu erwartenden Schadenseintritts ein sofortiges Einschreiten gebietet. Dies kommt etwa bei Hinweisen auf körperliche Misshandlungen, Missbrauch oder gravierende, gesundheitsgefährdende Formen der Vernachlässigung in Betracht.⁴⁰⁹

Ist eine eA erlassen worden, hat das Gericht auf Antrag eines Beteiligten das Hauptsacheverfahren einzuleiten, § 52 Abs. 1 S. 1 FamFG. Das Gericht kann mit Erlass der eA eine

⁴⁰³ Prütting/Helms/Hammer FamFG § 157 Rn 9.

⁴⁰⁴ Prütting/Helms/Hammer FamFG § 51 Rn 29.

⁴⁰⁵ Prütting/Helms/Dürbeck FamFG § 51 Rn 9.

⁴⁰⁶ BVerfG v. 7. 4. 2014 – 1 BvR 3121/13 Rn 23; vgl. Abschnitt A. IV. c. aa.

⁴⁰⁷ Prütting/Helms/Dürbeck FamFG § 49 Rn 12; BVerfG v. 7.4.2014 - 1 BvR 3121/13.

⁴⁰⁸ BVerfG v. 7. 4. 2014 – 1 BvR 3121/13 Rn 23.

⁴⁰⁹ BVerfG v. 7. 4. 2014 – 1 BvR 3121/13 Rn 24.

Frist bestimmen, vor deren Ablauf der Antrag unzulässig ist. Die Frist darf drei Monate nicht überschreiten, § 52 Abs. 1 S. 2 u. 3 FamFG.

Wenn aufgrund mündlicher Erörterung eine eA ergangen ist, so ist diese gemäß § 57 S. 2 Nr. 1 bis 5 FamFG in den Fällen anfechtbar, in denen das Gericht über die elterliche Sorge für ein Kind, über die Herausgabe des Kindes an den anderen Elternteil, über einen Antrag auf Verbleiben eines Kindes bei einer Pflege- oder Bezugsperson, über einen Antrag nach den §§ 1 u. 2 des Gewaltschutzgesetzes oder in einer Ehewohnungssache über einen Antrag auf Zuweisung der Wohnung entschieden hat.

Nach § 54 FamFG kann das Gericht die Entscheidung in der eA-Sache aufheben oder ändern. Ebenso kann das Gericht bzw. das Beschwerdegericht die Vollstreckung der eA aussetzen, §§ 55, 57 FamFG. Wenn eine Beschwerde ausgeschlossen ist, ist ggf. die Anhörungsrüge gemäß § 44 FamFG statthaft. Schließlich bleibt noch die Verfassungsbeschwerde.⁴¹⁰

IV. Verfahrensbeistand - „Interessenvertretung des Kindes“

Das Institut des Verfahrensbeistands ist verfassungsrechtlich verankert und ergibt sich aus den Schutzpflichten des Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG und Art. 1 Abs. 1 GG. Aufgabe des Verfahrensbeistandes ist es, die *Interessen des Kindes und dabei in erster Linie seinen Willen zu ermitteln*.⁴¹¹ Denn nicht nur materiellrechtlich, sondern auch verfahrensrechtlich ist eine hinreichende Berücksichtigung der grundrechtlichen Stellung des im Verfahren beteiligten Kindes zu garantieren.⁴¹²

Nach § 158 Abs. 1 FamFG hat das Gericht einem Kind oder einem Jugendlichen demnach einen persönlich und fachlich geeigneten Verfahrensbeistand zu bestellen, wenn dies in Kindschaftssachen, die die Person des/der Minderjährigen betreffen, *zur Wahrnehmung seiner/ihrer Interessen erforderlich ist*, § 158 Abs. 1 FamFG.⁴¹³ Die Auswahl der Person steht im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, entsprechend den Besonderheiten des Falls.⁴¹⁴

Ob ein Interessengegensatz zwischen Kind und Eltern besteht und somit das Kriterium der Erforderlichkeit erfüllt ist, - was bedeutet, dass das Gericht zur Bestellung eines Verfahrensbeistandes verpflichtet ist⁴¹⁵ -, wird sich in Schlichtungskonstellationen idR erst nach der Anhörung der Eltern und ersten Ermittlungen feststellen lassen. Regelhaft - also *ohne* Anfangsermittlungen - sieht der Gesetzgeber die Bestellung eines Verfahrensbeistands bei vier Verfahrenstypen vor, § 158 Abs. 2 Nr. 2 bis 5 FamFG.⁴¹⁶ Diese sind:

⁴¹⁰ Prütting/Helms/Dürbeck, FamFG § 57 Rn 2.

⁴¹¹ Ein Mandatsverhältnis besteht hier nicht. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers hat der Verfahrensbeistand vielmehr die Rechte des betroffenen Kindes wahrzunehmen, *ohne* an dessen Weisungen gebunden zu sein, vgl. BT-Drucks. 16/6308, 239.

⁴¹² Vgl. Abschnitt C. I.

⁴¹³ BT-Drucks 16/6308, 238.

⁴¹⁴ BT-Drucks 13/4899, 130: Geeignet sind demnach „beispielsweise auch Sozialarbeiter und Sozialpädagogen, Kinderpsychologen und unter Umständen engagierte Laien - das können etwa auch Verwandte sein (...). Soweit es schwerpunktmäßig auf die Sachkunde auf dem Gebiet des materiellen und des formellen Rechts ankommt, wird das Gericht einen Rechtsanwalt zu bestellen haben.“

⁴¹⁵ BT-Drucks. 16/6308, 238.

⁴¹⁶ Prütting/Helms, Hammer, FamFG, § 158 Rn 24.

- Verfahren nach den §§ 1666 und 1666a BGB, wenn die teilweise oder vollständige Entziehung der Personensorge in Betracht kommt, § 158 Abs. 2 Nr. 2 FamFG,
- wenn eine Trennung des Kindes von der Person erfolgen soll, in deren Obhut es sich befindet, § 158 Abs. 2 Nr. 3 FamFG,
- Verfahren, die die Herausgabe des Kindes oder eine Verbleibensanordnung zum Gegenstand haben, § 158 Abs. 2 Nr. 4 FamFG,
- odervvonn der Ausschluss oder eine wesentliche Beschränkung des Umgangsrechts in Betracht kommt, § 158 Abs. 2 Nr. 5 FamFG.

In Kindesschutzverfahren nach § 1666 BGB, bei streitigem Lebensmittelpunkt des Kindes (= Aufenthaltsbestimmungsrecht) und bei Verfahren über die Herausgabe des Kindes, § 1632 Abs. 3 u. 4 BGB, muss regelmäßig schon bei der Anberaumung und Vorbereitung des Frühen Termins gemäß § 155 Abs. 1 FamFG geklärt werden, ob ein Verfahrensbeistand zu bestellen ist. Dies gilt auch für die mündliche Erörterung einer eA.⁴¹⁷ Sieht das Gericht in den Regel-Beispielen des § 158 Abs. 2 Nr. 2 bis 5 FamFG von der Bestellung eines Verfahrensbeistands ab, ist dies in der Endentscheidung zu begründen, § 158 Abs. 3 S. 2 FamFG.⁴¹⁸

a. Aufgaben im Verfahren

Das Aufgabenprofil des Verfahrensbeistandes ist auf die Wahrnehmung der Interessen jüngerer Kinder zugeschnitten. Ältere Kinder - konkret: Jugendliche nach Vollendung des 14. Lebensjahres - können materielle Rechte gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2, § 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG als Beteiligte wahrnehmen.⁴¹⁹

Der Gesetzgeber stellt in § 158 Abs. 4 S. 6 FamFG klar, dass der Verfahrensbeistand kein rechtlicher Vertreter des Kindes ist. Er handelt vielmehr im eigenem Namen. Für das Kind kann er weder rechtliche Willenserklärungen wirksam abgeben noch solche wirksam annehmen.⁴²⁰ Als gerichtlich bestellter erwachsener Verfahrensbeteiligter agiert er vielmehr im Interesse des minderjährigen, in seinen subjektiven Rechten (materiell) betroffenen Verfahrensbeteiligten. In dieser besonderen Rolle kann der Verfahrensbeistand - anders als die/der Gutachter*in oder der/die Richter*in - nicht wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden.⁴²¹

Zentrale Aufgabe des Verfahrensbeistandes ist es, gemäß § 158 Abs. 4 S. 1 FamFG das Interesse des Kindes festzustellen, im gerichtlichen Verfahren zur Geltung zu bringen sowie das Kind über Gegenstand, Ablauf und möglichen Ausgang des Verfahrens zu informieren, § 158 Abs. 4 S. 2 FamFG.⁴²² Gemäß § 159 Abs. 4 S. 3 FamFG soll der Verfahrensbeistand bei der persönlichen Anhörung des Kindes anwesend sein.

⁴¹⁷ Prütting/Helms, Hammer, FamFG § 158 Rn 26.

⁴¹⁸ Dazu BT-Drucks. 16/6308, 238.

⁴¹⁹ Zu Einschränkungen der Verfahrensfähigkeit Schürmann, FamFR 2009, 153ff.

⁴²⁰ MüKoFamFG/Schumann, FamFG § 158 Rn 36.

⁴²¹ MüKoFamFG/Schumann, FamFG § 158 Rn 37; Balloff, Kinder vor dem Familiengericht, 2018, 162.

⁴²² Gemäß § 159 Abs. 4 S. 1 FamFG kommt diese Aufgabe auch dem Gericht zu: Das Kind soll über den Gegenstand, Ablauf und möglichen Ausgang des Verfahrens in einer geeigneten und seinem Alter entsprechenden Weise informiert werden, soweit nicht Nachteile für seine Entwicklung, Erziehung oder Gesundheit zu befürchten sind.

In seiner Berichterstattung gegenüber dem Gericht hat der Verfahrensbeistand sowohl den Willen des Kindes (= *subjektives Interesse*) als auch das Kindeswohl (= *objektives Interesse*) aus eigener Anschauung einzubringen. Der Verfahrensbeistand gibt also dem (subjektiven) Willen des Kindes im Verfahren Raum, ist aber ebenso angehalten Wertungen vorzunehmen, indem er den Willen des Kindes zu dessen Wohl in Beziehung setzt. Um diese Aufgabe transparent wahrzunehmen, muss der Verfahrensbeistand die subjektiven Äußerungen des Kindes und seine eigenen Wahrnehmungen jeweils als solche darstellen. „Das Gericht muss jedenfalls auch einen Eindruck von dem ungefilterten und unhinterfragten Willen des Kindes bekommen“, so Wapler.⁴²³

Im erweiterten Aufgabenkreis kann das Gericht dem Verfahrensbeistand die zusätzliche Aufgabe übertragen, Gespräche mit den Eltern und weiteren Bezugspersonen des Kindes zu führen, um am Zustandekommen einer einvernehmlichen Regelung über den Verfahrensgegenstand mitzuwirken. Das Gericht hat Art und Umfang der Beauftragung dann konkret festzulegen und die Beauftragung zu begründen, § 158 Abs. 4 S. 3 u. 4 FamFG.

Der Verfahrensbeistand ist gemäß § 158 Abs. 3 S. 2 FamFG (formeller) Verfahrensbeteiligter. Damit hat er das Recht zur *Akteneinsicht*, § 13 FamFG. Ihm ist außerdem Gelegenheit zur *Stellungnahme zur Beweisaufnahme* zu geben, § 30 Abs. 4 FamFG.⁴²⁴ Ihm ist *rechtliches Gehör* zu gewähren, insbesondere zum Ergebnis eines Sachverständigengutachtens, § 30 Abs. 4, § 37 Abs. 2 FamFG. Er kann *ein Besorgnis der Befangenheit* gegen den Richter oder den Sachverständigen einbringen, § 6 FamFG i.V.m. § 42 f. ZPO, § 30 Abs. 1 FamFG i.V.m. § 406 ZPO. Außerdem ist er berechtigt, *Beschleunigungsrüge und -beschwerde* nach §§ 155b, 155c FamFG einzubringen. Der Abschluss eines gerichtlich gebilligten *Vergleichs* gemäß § 156 Abs. 2 FamFG bedarf seiner Zustimmung.⁴²⁵ Verweigert der Verfahrensbeistand seine Zustimmung zu einem Vergleich und billigt das Gericht aufgrund einer abweichenden Beurteilung der Sach- und Rechtslage dennoch die einvernehmliche Regelung der Eltern, dann kann der Verfahrensbeistand gegen diesen Beschluss Beschwerde mit der Begründung einlegen, dass die einvernehmliche Regelung dem Kindeswohl widerspricht.⁴²⁶

Verfahrensbeistände arbeiten idR freiberuflich. Derzeit wird diskutiert, ob die Qualifikationsanforderungen für einen „geeigneten“ Verfahrensbeistand iSd § 158 FamFG gesetzlich geregelt werden sollten.⁴²⁷ Dazu ist anzumerken, dass eine Professionalisierung des „Berufsstandes“ mit einer auskömmlichen Vergütung einhergehen sollte.⁴²⁸ Die derzeit geringen Fallpauschalen für Verfahrensbeistände schwächen die Interessenvertretung des Kindes im Verfahren, weil die Ressourcen dieser Rolle knapp bemessen sind. Wird die Verfahrensbeistandschaft be-

⁴²³ Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, 2016, 547.

⁴²⁴ MüKoFamFG/Schumann FamFG § 158 Rn 37.

⁴²⁵ Prütting/Helms, Hammer FamFG § 158 Rn 38; Ernst, NZFam 2015, 804, 805.

⁴²⁶ MüKoFamFG/Schumann FamFG § 158 Rn 38.

⁴²⁷ zB 23. Deutscher Familiengerichtstag, 18.–21. September 2019, Abstimmungsergebnis des Arbeitskreises „Qualitätssicherung -auch für Verfahrensbeistände?“, https://www.dfgt.de/resources/2019_Arbeitskreis_21.pdf <Online-Abruf am 18.12. 2019>

⁴²⁸ Es besteht inzwischen keine Umsatzsteuerpflicht für Verfahrensbeistände mehr: BFH v. 17.7. 2019 – V R 27/17, FamRZ 2019, 1931.

rufsmäßig geführt, erhält der Beistand für die Wahrnehmung seiner Aufgaben in jedem Rechtszug jeweils eine einmalige Vergütung in Höhe von 350 Euro. Im Fall der Übertragung von Aufgaben, die auf Einvernehmen hinwirken sollen, erhöht sich die Vergütung auf 550 Euro, § 158 Abs. 7 S. 3 FamFG.

b. Beschwerderechte / Verfassungsbeschwerde

Wenngleich dies selten geschieht⁴²⁹, kann der Verfahrensbeistand als formeller Verfahrensbeteiligter gegen Entscheidungen des Familiengerichtes Rechtsmittel einlegen, § 158 Abs. 4 S. 5 FamFG. Möglich ist auch, dass der Verfahrensbeistand und das beschwerdeberechtigte Kind ab 14 Jahren nach § 60 FamFG unabhängig voneinander Rechtsmittel einlegen.⁴³⁰

In der Funktion als Beschwerdegericht tritt das OLG als Tatsacheninstanz voll an die Stelle des Familiengerichts; dieses hat keine Abhilfebefugnis bei Endentscheidungen, § 68 Abs. 1 S. 2 FamFG. Das OLG überprüft den gesamten Sachverhalt eigenverantwortlich neu und hat grundsätzlich in der Sache selbst zu entscheiden, § 69 Abs. 1 S. 1 FamFG. Das OLG ist dabei auf die Rechtsfragen beschränkt, die den Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens und der Beschwerde bilden. Andere Verfahrensgegenstände, die nicht Thema der Anfechtung waren, kann es nicht entscheiden, denn damit würde den Beteiligten eine Instanz genommen.⁴³¹ Eine Zurückverweisung an das Amtsgericht ist in bestimmten Ausnahmefällen statthaft, § 69 Abs. 1 S. 2 u. 3 FamFG.⁴³²

Gegen die Beschwerdeentscheidung des OLG ist die Rechtsbeschwerde zum BGH nur nach Zulassung durch das OLG statthaft, § 70 Abs. 1 u. 2 FamFG; eine Nichtzulassung ist nicht anfechtbar. „Angesichts der in der Praxis nur seltenen Zulassung einer Rechtsbeschwerde zum BGH kompensiert das BVerfG (...) faktisch auch den Ausfall des BGH als regelmäßige Kontrollinstanz in Sorgerechtsachen. So ist es nachvollziehbar, dass das BVerfG in kindesschutzrechtlichen Fällen de facto als eine Art ‚Superrevisionsinstanz‘ wahrgenommen und entsprechend häufig angerufen wird“, schreibt Coester zur Rolle des BVerfGs in Kindschaftssachen.⁴³³

V. Rechtliches Gehör

Das Familiengericht darf seiner Entscheidung nur solche Tatsachen und Beweisergebnisse zugrundelegen, zu denen sich der oder die Beteiligte, dessen/deren Rechte die Entscheidung beeinträchtigt, zuvor äußern konnte.

Die Anhörungsrechte und Anhörungspflichten hat der Gesetzgeber in § 37 Abs. 2 FamFG und im Speziellen in den §§ 33, 34 FamFG niedergelegt. Die Vorschriften sind (auch) vor dem Hintergrund zu verstehen, dass es im FamFG-Verfahren keine generelle Verpflichtung

⁴²⁹ Bisher hat nur eine Verfassungsbeschwerde durch einen Verfahrensbeistand zu Rechtsprechung durch das BVerfG geführt, vgl. BVerfG v. 31.3. 2010 – 1 BvR 2910/09. Es fehlt also im Rechtssystem an Bewusstsein und Erfahrung, dass auch ein Säugling, Kleinkind oder Schulkind die Durchsetzung seiner Grundrechte über drei Instanzen verfolgen kann.

⁴³⁰ MüKoFamFG/Schumann FamFG § 158 Rn 39.

⁴³¹ Staudinger/Coester (2016) BGB § 1666, Rn 302.

⁴³² MüKoFamFG/Heilmann § 155 FamFG Rn 44.

⁴³³ Staudinger/Coester (2016) BGB § 1666 Rn 302 u..304.

zur Übersendung schriftlicher Erklärungen und Beweisergebnisse an die Beteiligten gibt.⁴³⁴

Anspruch auf rechtliches Gehör haben zunächst die Beteiligten iSv § 7 Abs. 1 bis 3 FamFG. Allerdings können gemäß § 7 Abs. 6 FamFG gesetzliche Anhörungsrechte und -pflichten sowie Auskunftsrechte und -pflichten über den Bereich der Beteiligten hinausgehen.⁴³⁵

Wird der Anspruch eines Beteiligten auf rechtliches Gehör verletzt, so stellt dies grundsätzlich einen Verfahrensfehler dar. Dieser kann nach allgemeinen gesetzlichen Vorschriften mit einem statthaften Rechtsmittel oder Rechtsbehelf gerügt werden.⁴³⁶

a. Persönliche Anhörung der Eltern

Zweck der persönlichen, dh mündlichen Anhörung der Eltern sind neben der Gewährung rechtlichen Gehörs auch die Aufklärung des Sachverhalts iSd Amtsermittlung nach § 26 FamFG. Die Anhörung der Eltern dient somit vorrangig dem besseren Verständnis der Sachlage sowie der Gewinnung eines persönlichen Eindrucks der Eltern und ihres Konflikts.⁴³⁷ Denn die Eltern bzw. das elterliche Erziehungsverhalten sind „der zentrale Gegenstand gerichtlicher Verfahren im Kontext Kinderschutz“⁴³⁸, so Bindel-Kögel/Hoffmann/Schone.

Anzuhören sind die Eltern grundsätzlich in allen Verfahren, die die Person des Kindes betreffen. Dies gilt unabhängig davon, ob ihnen die elterliche Sorge zusteht.⁴³⁹ Die Verpflichtung zur (erneuten) persönlichen Anhörung besteht gemäß § 68 Abs. 3 S. 1 FamFG grundsätzlich auch im Beschwerdeverfahren.⁴⁴⁰

Die Gestaltung der persönlichen Anhörung steht im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts.⁴⁴¹ Gemäß § 28 Abs. 4 FamFG muss der wesentliche Inhalt der persönlichen Anhörung in einem Vermerk aufgenommen und den Verfahrensbeteiligten bekanntgegeben werden.⁴⁴²

b. Persönliche Anhörung des Kindes

Die Anhörung des Kindes nach § 159 FamFG gilt für alle Kindschaftssachen. Die deutsche Rechtsprechung legt diese Vorschrift idR so aus, dass *regelmäßig Kinder ab drei, spätestens vier Jahren* anzuhören sind.⁴⁴³ Die Anhörung dient dem rechtlichen Gehör des Kindes gemäß Art. 103 GG und ist Verfahrensgrundsatz mit Verfassungsrang. Sie würdigt ferner die Subjektstellung des Kindes als Träger eigener Grundrechte.⁴⁴⁴

Nach h.M. ist eine Anhörung des Kindes durch den/die Richter*in erforderlich. Denn die

⁴³⁴ BT-Drucks. 16/6308, 194.

⁴³⁵ Prütting/Helms/Prütting FamFG § 37 Rn 30.

⁴³⁶ Prütting/Helms/Prütting FamFG § 37 Rn 29.

⁴³⁷ Prütting/Helms/Hammer FamFG § 160 Rn 8.

⁴³⁸ Bindel-Kögel/Hoffmann/Schone, *Verfahrensgestaltung des Familiengerichts im Kontext des § 1666 BGB*, 2017, 232 u. 278.

⁴³⁹ Prütting/Helms/Hammer FamFG § 160 Rn 6.

⁴⁴⁰ Prütting/Helms/Hammer FamFG § 160 Rn 20.

⁴⁴¹ Prütting/Helms/Hammer FamFG § 160 Rn 9.

⁴⁴² Prütting/Helms/Hammer FamFG § 160 Rn 13.

⁴⁴³ Vgl. Lack/Hammesfahr, *Psychologische Gutachten im Familienrecht*, 2019, Rn 400 u. 275.

⁴⁴⁴ OLG Hamm, Beschluss vom 26. August 2014 – 11 UF 85/14 Rn 5 –, juris.

Anhörung dient iS der Amtsermittlung dazu, den Willen und die Beweggründe des Kindes durch dessen eigene Ausdrucksweisen in Erfahrung zu bringen. Relevant ist hier insbesondere auch, dass „Kindeswohl und Kindeswille“ zu den entscheidungserheblichen Tatsachen zählen. Eine Anhörung durch dritte Personen genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen regelmäßig nicht.⁴⁴⁵

Während die Anhörung von Kindern ab vollendetem 14. Lebensjahr gemäß § 159 Abs. 1 FamFG zwingend ist, sind jüngere Kinder - *nach dem Wortlaut der Norm* - dann persönlich anzuhören, wenn es für die Entscheidung auf Neigung, Bindung oder den Willen des Kindes ankommt oder die persönliche Anhörung aus anderen Gründen angezeigt ist, § 159 Abs. 2 FamFG.

Nur aus schwerwiegenden Gründen darf das Gericht die persönliche Anhörung unterlassen, § 159 Abs. 3 FamFG. Schwerwiegende Gründe, die es geboten erscheinen lassen, von einer persönlichen Anhörung abzusehen, liegen regelmäßig nur dann vor, wenn das Kind durch die Anhörung aus seinem seelischen Gleichgewicht gebracht werden würde und eine Beeinträchtigung seines Gesundheitszustands zu besorgen ist, § 34 Abs. 2 FamFG, was dann zwingend in der Endentscheidung zu begründen ist.⁴⁴⁶ Ob eine Anhörung vom Kind als Belastung empfunden wird, hängt aber wohl auch davon ab, wie einfühlsam die Anhörung durchgeführt wird.⁴⁴⁷

Eine Anhörung des Kindes ist gemäß § 68 Abs. 3 S. 1 FamFG ebenso in der Beschwerdeinstanz erforderlich, da auch die Beschwerdeinstanz Tatsacheninstanz ist. Hiervon darf nach § 68 Abs. 3 S. 2 FamFG nur abgesehen werden, wenn von der nochmaligen Anhörung mit Sicherheit keine neuen Erkenntnisse zu erwarten sind. Mit dem persönlichen Eindruck vom Kind gewinnen Richter*innen aber regelmäßig eine neue Erkenntnis, die sie nicht durch die Aktenlage ersetzen können. Eine nochmalige Anhörung des Kindes ist daher erforderlich,

- wenn die erstinstanzliche Anhörung bereits längere Zeit zurückliegt,
- nicht unerhebliche neue Tatsachen vorgetragen sind oder sich solche aus einem neuen oder ergänzenden Sachverständigengutachten ergeben,
- das Beschwerdegericht von der Entscheidung des Amtsgerichts bzw. der Einschätzung des Verfahrensstands aufgrund eines anderen Eindrucks der Kindesinteressen abweichen will.

Hat das erstinstanzliche Gericht die Pflicht zur persönlichen Anhörung verletzt oder nach § 159 Abs. 3 FamFG von der Anhörung abgesehen, so ist sie durch das Beschwerdegericht nachzuholen, soweit nicht die Voraussetzungen davon abzusehen (weiterhin) vorliegen.⁴⁴⁸

VI. (Doppel-)Rolle des Jugendamts

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass das Familiengericht und das Jugendamt ihre jeweiligen Aufgaben im Sinne einer „Verantwortungsgemeinschaft“ für den effektiven Kinderschutz wahrnehmen. Dabei setzte er voraus, dass beide „das Bewusstsein für ihre jeweiligen Rollen schärfen“⁴⁴⁹. Bei der konkreten Umsetzung dieser Rollenschärfung ließ er Gericht und Behörde viel

⁴⁴⁵ OLG Hamm, Beschluss vom 26. August 2014 - 11 UF 85/14, Rn 6 -, juris.

⁴⁴⁶ Prütting/Helms/Hammer, FamFG § 159 Rn 10.

⁴⁴⁷ Prütting/Helms/Hammer, FamFG § 159 Rn 9.

⁴⁴⁸ Prütting/Helms/Hammer FamFG § 159 Rn13.

⁴⁴⁹ BT-Drucks. 16/6815, 1.

Spielraum.⁴⁵⁰ Das FamFG weist dem Jugendamt grundsätzlich zwei Rollen zu:

- die Beteiligung als „*Muss-Beteiligter*“ in Verfahren nach §§ 1666, 1666a BGB gemäß § 162 Abs. 2 S. 1 FamFG und
- die Beteiligung als „*Kann-Beteiligter*“ in anderen kindschaftsrechtlichen Verfahren auf *Antrag* gemäß § 162 Abs. 2 S. 2 FamFG.

In Verfahren, die die Person des Kindes betreffen, ist das Jugendamt von Terminen zu benachrichtigen und ihm sind alle Entscheidungen des Gerichts bekannt zu machen. Gegen einen Beschluss steht dem Jugendamt die Beschwerde zu, § 162 Abs. 3 FamFG.

a. Mitwirkung als sozialpädagogische Fachbehörde

Das Jugendamt wirkt am Verfahren nach §§ 1666, 1666a BGB über die entsprechenden Vorschriften des SGB VIII mit; diese sind § 2 Abs. 3 Nr. 6, § 50 Abs. 1, S. 1, S. 2 Nr. 1, Abs. 2, Abs. 3 SGB VIII. Die Behörde nimmt dabei im Rahmen ihrer Mitwirkung im kindschaftsrechtlichen Verfahren eine eigene gesetzliche Aufgabe wahr. Ohne Hilfsorgan des Gerichts zu sein, soll das Jugendamt die richterliche Tätigkeit des Familiengerichts und dessen Entscheidungsfindung insbesondere fachlich unterstützen.⁴⁵¹

Aufgrund seiner ihm gesetzlich zugewiesenen Rolle einer sozialpädagogischen Fachbehörde wird das Jugendamt vor dem Familiengericht grundsätzlich durch sozialpädagogische Fachkräfte des Allgemeinen Sozialen Dienstes vertreten.⁴⁵² Das Gericht hat in Verfahren, die die Person des Kindes betreffen, das Jugendamt anzuhören. Unterbleibt die Anhörung wegen Gefahr im Verzug, ist sie unverzüglich nachzuholen, § 162 Abs. 1 FamFG.

Die Unterstützungs- und Mitwirkungsaufgaben des Jugendamtes werden durch die Regelung in § 50 Abs. 2 SGB VIII inhaltlich konkretisiert. Nach § 50 Abs. 2 S. 1 SGB VIII unterrichtet das Jugendamt das Familiengericht insbesondere über angebotene und erbrachte Leistungen, bringt erzieherische und soziale Gesichtspunkte zur Entwicklung des Kindes oder des Jugendlichen ein und weist auf weitere Möglichkeiten der Hilfe hin. Art und Umfang der Hinweise und Mitteilungen nach § 50 Abs. 2 S. 1 SGB VIII sind dabei in das Ermessen des Jugendamtes gestellt.⁴⁵³

Nach § 50 Abs. 2 S. 2 SGB VIII informiert das Jugendamt das Familiengericht in Verfahren nach §§ 1666, 1666a BGB im Termin nach § 155 Abs. 2 FamFG über den Stand des Beratungsprozesses. Die gesetzliche Aufgabe des Jugendamtes, am familiengerichtlichen Verfahren mitzuwirken, ist nach § 50 Abs. 2 SGB VIII - korrespondierend mit § 162 Abs. 1 S. 1 FamFG - also *im Kern eine informatorische*, heißt es im Abschlussbericht zum Fall Staufen. Es wirkt dabei am familiengerichtlichen Verfahren in Erfüllung seines allgemeinen Auftrags, jungen Menschen und ihren Familien zu helfen, mit.⁴⁵⁴

⁴⁵⁰ Zu Kooperationsstrukturen und Befindlichkeiten: Bindel-Kögel/Hoffmann/Schone: Verfahrensgestaltung des Familiengerichts im Kontext des § 1666 BGB, 2017, 232ff.

⁴⁵¹ BT-Drucks. 11/5948, 86f.

⁴⁵² Für den gesamten Abschnitt: Abschlussbericht Staufen, 2018, 12.

⁴⁵³ BT-Drucks. 11/5948, 88.

⁴⁵⁴ Abschlussbericht Staufen 2018, 12.

b. Verfahrensbeteiligung des Jugendamts

In der Mehrzahl der Fälle wird das Jugendamt ein kindschaftsrechtliches Verfahren iSd Gefahrenabwehr nach § 42 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 SGB VIII, nach § 8a Abs. 2 S. 1 1.HS SGB VIII bzw. nach § 8a Abs. 2 S. 1 2.HS SGB VIII *selbst auslösen*. Dadurch erwirkt es konkludent seine Verfahrensbeteiligung. Die Hinzuziehung des Jugendamts von Amts wegen als s.g. Muss-Beteiligter gemäß § 162 Abs. 2 S. 1 FamFG bedarf keiner formellen Entscheidung.⁴⁵⁵

Das Gericht entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen über die Form der Anhörung des Jugendamts (= schriftlich, telefonisch oder mündlich in der Verhandlung), sofern nicht im Gesetz eine bestimmte Form der Anhörung vorgesehen ist.⁴⁵⁶ Informelle Absprachen vor dem Erörterungstermin sind iS des Kinderschutzes zielführend, effektiv und daher geboten. Sie ermöglichen einen Austausch, in welche Richtung die Eltern motiviert oder welche Konsequenzen ihnen gemäß §§ 157 Abs. 1, 162 Abs. 2 FamFG aufgezeigt werden sollen.⁴⁵⁷

Von familiengerichtlicher Seite wird erwartet, dass die Berichte des Jugendamts nicht nur frühzeitig - dh vor dem Erörterungstermin nach § 157 FamFG⁴⁵⁸ - vorliegen, sondern außerdem *zur richterlichen Subsumtion geeignet* sind. So sollen darin die Sachverhalte umfassend beschrieben, Gefährdungen konkret benannt und der bisherige Hilfeverlauf dargestellt werden. Das Gericht hat iS der Amtsermittlung gemäß §§ 26, 30 FamFG zudem ein Interesse daran, streitige Tatsachen, die für die Bewertung des Sachverhalts entscheidungserheblich sein können, frühzeitig zu klären (zB häusliche Gewalt, Alkohol- und Drogenkonsum, psychische Erkrankung). Auch dafür ist das Jugendamt - nicht der Sachverständige - Ansprechpartner der Wahl.⁴⁵⁹

Aus Sicht des Gerichts ist es daher hilfreich, wenn sich die Anrufungsschriften des Jugendamts an das Familiengericht (vgl. § 8a Abs. 2 SGB VIII) an den rechtlichen Prüfschritten nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁴⁶⁰ orientieren. Sprachlicher Sorgfalt kommt besonderes Gewicht zu. Das Jugendamt soll bereits eingetretene oder drohende Schäden für die Entwicklung des Kindes anschaulich benennen. Es soll mitteilen, ob die Eltern gewillt oder in der Lage sind, die Gefährdung abzuwenden. Und es soll darstellen, welche Maßnahme aus Sicht der Fachbehörde geeignet, erforderlich und angemessen sein könnte, um die Gefahr abzuwenden.⁴⁶¹ Für den Kinderschutz steht viel auf dem Spiel: Hält nämlich das Gericht – im Gegensatz zum Jugendamt – eine Maßnahme nach §§ 1666, 1666a BGB für nicht erforderlich, so bleibt das Kind ohne Schutz.⁴⁶²

⁴⁵⁵ Vgl. MüKoFamFG/Pabst FamFG § 7 Rn 26.

⁴⁵⁶ MüKoFamFG/Schumann FamFG § 162 Rn 8.

⁴⁵⁷ Lohse/Ernst/Katzenstein, JAmt 2019, 234, 238.

⁴⁵⁸ Abschlussbericht Staufen 2018, 30.

⁴⁵⁹ Vgl. 23. DFGT, 18.–21.9. 2019, Abstimmungsergebnis des Arbeitskreises „Kooperation von Jugendamt und Gericht beim Kinderschutz“, https://www.dfgt.de/resources/2019_Arbeitskreis_8.pdf <Online-Abruf am 22.12. 2019>; deutlich zurückhaltender stellt der Abschlussbericht Staufen, 2018, 13f., die aktive Teilnahme des Jugendamts am Erörterungsgespräch nach §157 FamFG als Option dar.

⁴⁶⁰ Vgl. Abschnitt A. IV. c. bb.

⁴⁶¹ Ernst/Lohse/Katzenstein, JAmt, 2019, 234, 237f.

⁴⁶² Wiesner, SGB VIII § 8a Rn 40.

c. Exekutiv-Gewalt und „Vier-Augen-Prinzip“

Eine Orientierung an „formalen“ Anforderungen des Gerichts und eine aktive Prozessgestaltung durch das Jugendamt sind iS des Kinderschutzes wünschenswert. Die Rolle des Jugendamts als sozialpädagogische Fachbehörde der Exekutive erfährt dabei eine Erweiterung um eine rechtliche/juristische Dimension. Diesbezüglich sind die Anforderungen an das Jugendamt nach dem SGB VIII und nach dem FamFG vom Gesetzgeber nicht kongruent ausgestaltet, heißt es im Abschlussbericht zum Fall Staufen.⁴⁶³ Es fehlt innerhalb der „Verantwortungsgemeinschaft“ am Bewusstsein, dass die Rolle des Jugendamts im Kinderschutz eine *doppelte* ist. Sie umfasst zweierlei: a) die zuverlässige Wahrnehmung der *Mitwirkungspflichten* auf Amtsebene beim Informationsaustausch und -abgleich mit dem Familiengericht sowie b) eine eigenständige und ggf. das Gericht korrigierende *Interessenvertretung des Kindes* durch die Exekutiv-Gewalt.

Die „Verantwortungsgemeinschaft“ von Jugendamt und Familiengericht lässt sich demnach auch als Vier-Augen-Prinzip innerhalb des „staatlichen Wächtersamts“ beschreiben. Das Jugendamt wird dieser Rolle gerecht, wenn es als Verfahrensbeteiligter prozessuale Rechte wahrnimmt, zB das Recht auf Akteneinsicht, das Antragsrecht und das Beschwerderecht.⁴⁶⁴

IX. Hinwirken auf Einvernehmen

Das Gericht soll 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, wenn dies dem Kindeswohl nicht widerspricht, § 156 Abs. 1 FamFG.

Die Verpflichtung des Gerichts zum generellen Hinwirken auf eine gütliche Einigung gemäß § 36 Abs. 1 S. 2 FamFG findet seine Erweiterung und Konkretisierung in § 36a FamFG.⁴⁶⁵ Die Besonderheit der Norm liegt darin, dass sie alle Formen außergerichtlicher Konfliktbeilegung noch ermöglichen will, obgleich bereits ein gerichtliches Verfahren eröffnet worden ist.⁴⁶⁶ Nicht befugt ist das Gericht, eine/n Mediator*in unmittelbar zu beauftragen.⁴⁶⁷

a. Außergerichtliche Konfliktklärung

Gemäß § 36a Abs. 1 S. 1 FamFG kann das Familiengericht den Beteiligten eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen. Grundsätzlich soll diese Regelung auch in Gewaltschutzverfahren Anwendung finden, wobei die schutzwürdigen Belange der von Gewalt betroffenen Person zu wahren sind, § 36a Abs. 1 S. 2. FamFG.⁴⁶⁸

⁴⁶³ Abschlussbericht Staufen, 2018, 13f.

⁴⁶⁴ Abschlussbericht Staufen, 2018, 13; allerdings geht das Jugendamt nur in etwa 5 Prozent aller amtsgerichtlichen Kindschaftssachen in die Beschwerde, vgl. DIJuF-Broschüre: Beschwerdemöglichkeiten des Jugendamts in Kindschaftsverfahren vor dem Familiengericht, Heidelberg 2017, 5, https://www.dijuf.de/files/downloads/2019/SFK%202_Brosch%C3%BCre_Beschwerdem%C3%B6glichkeiten.pdf <Online-Abruf am 10.1. 2020>

⁴⁶⁵ Prütting/Helms/Prütting FamFG § 36a Rn 2.

⁴⁶⁶ Prütting/Helms/Prütting FamFG § 36a Rn 1.

⁴⁶⁷ Prütting/Helms/Prütting FamFG § 36a Rn 4.

⁴⁶⁸ Die Regelung war im Gesetzgebungsverfahren umstritten, dazu Zorn, FamRZ 2012, 1265, 1269; vgl. BT-Drucks 16/6308, 193.

Wenn sich auf Vorschlag des Gerichts die Beteiligten für eine Mediation oder ein anderes Verfahren zur Konfliktbeilegung entscheiden, ist die Aussetzung des Verfahrens zwingend („wichtiger Grund“ gemäß § 21 Abs. 1 FamFG). Allerdings hat die Wahrnehmung einer Mediation gemäß § 36a Abs. 3 FamFG keinen Einfluss auf die Dispositionsbefugnis der Beteiligten bzw. Parteien. Daher können Entscheidungen des Familiengerichts auch während außergerichtlich stattfindender Gütegespräche ergehen.⁴⁶⁹

Die Kosten des Mediators sind im Rahmen der VKH mangels gesetzlicher Grundlage nicht erstattungsfähig, da sie nicht zu den in § 122 ZPO genannten Kosten gehören.⁴⁷⁰ Aktuelle Reformvorschläge sehen eine staatliche Mediationskostenhilfe vor.⁴⁷¹

Sofern die Beteiligten *keine* einvernehmliche Regelung getroffen haben, nimmt das Gericht nach § 155 Abs. 4 FamFG eine ausgesetzte Kindschaftssache, die den Aufenthalt des Kindes, das Umgangsrecht oder die Herausgabe des Kindes betrifft, idR nach drei Monaten wieder auf. Gleiches gilt für Verfahren wegen Gefährdung des Kindeswohls gemäß § 1666 BGB, die nach § 36a Abs. 2 FamFG ausgesetzt wurden.⁴⁷²

b. Vergleich

Eine in der „gerichtsnahen“ Mediation - oder auch zB in einer lösungsorientierten Begutachtung, § 163 Abs. 2 FamFG - erarbeitete einvernehmliche Lösung, der die Parteien zugestimmt haben, kann als Abschlussvereinbarung dokumentiert werden, § 2 Abs. 6 S. 3 MediationsG. Wenn das Gericht die Regelung billigt, ist eine einvernehmliche Regelung über die Gestaltung des Umgangs als Vergleich aufzunehmen, § 156 Abs. 2 FamFG; § 36 Abs. 2 S. 2 FamFG verweist bei der Niederschrift des Vergleichs auf die Zivilprozessordnung.⁴⁷³

D. SCHLUSSBETRACHTUNG

In meiner Arbeit konnte ich zeigen, wie der unbestimmte Rechtsbegriff des Kindeswohls auf den verschiedenen Regelungsebenen des GG, BGB und FamFG als Generalklausel „wirkt“ und sogar Rechtsgeschichte geschrieben hat.

Hervorzuheben sind hier die Präzisierungen der Grundrechtspositionen des Art. 6 Abs. 2 GG in den Auslegungen des Kindeswohls durch das BVerfG. Die Entscheidung des Jahres 1968, die das Kind als Grundrechtsträger anerkannte, hatte unmittelbar Einfluss auf Ausgestaltungen des einfachen Rechts in Erziehungsfragen (1980, BGB) sowie auf den effektiven Grundrechtsschutzes des Kindes im Verfahren. Präzisiert wurden seit den 1980er-Jahren auch die Grundrechtspositionen der Eltern als Grundrecht der Mutter und als Grundrecht des Vaters. Dieses „doppelte“ Elternrecht bildete sich in Regelungen zur elterlichen Sorge nach Trennung und Scheidung ab, die sich am Wohl des Kindes orientierten (1998, KindRG). Schließlich wurde die Asymmetrie der Grundrechtspositionen von Vater und Mutter beseitigt und der Weg für ein pa-

⁴⁶⁹ Zorn, FamRZ 2012, 1265, 1269.

⁴⁷⁰ Prütting/Helms/Prütting FamFG § 36a Rn 17.

⁴⁷¹ Keuter, FamRZ 2018, 1125, 1128.

⁴⁷² Zorn, FamRZ 2012, 1265, 1268.

⁴⁷³ Vgl. BT-Drucks. 16/6308, 193f.

ritätisch gelebtes Elternrecht frei. Seit dem Jahr 2013 hat der „nur“ leibliche Vater iS des Kindeswohls die Möglichkeit, durch § 1626a Abs. 2 BGB Zugang zur rechtlichen Elternschaft zu erlangen, wenn er keine Beziehung mit der Mutter gelebt hat oder lebt.

Das Kindeswohl hat in all diesen rechtlichen Auseinandersetzungen eine prominente Rolle gespielt und spielt sie weiter, weil es den Ausgleich der Interessen der von Art. 6 Abs. 2 GG betroffenen Positionen als „Maßstab“ steuert. In dieser Rolle ist es (allerdings) anfällig für ideologische Interpretationen der Sozial- und Humanwissenschaften, die auch von der Rechtsprechung aufgegriffen werden. Als Beispiel können die „Rechtskarriere“ des s.g. „Parental Alienation Syndrom“ genannt werden - ein Syndrom, das es nach heutiger Erkenntnis gar nicht gibt⁴⁷⁴, oder die wenig zielführenden Streitigkeiten darüber, ob die gemeinsame Sorge ein Kind besser aufwachsen lasse als die Alleinsorge. Um eine angemessene Bewertung der zu entscheidenden Sachverhalte sicherzustellen, muss die Rechtsprechung deshalb den methodischen Sollbruchstellen zwischen Judikative und Rechtspsychologie mehr Beachtung schenken. Dieser *interdisziplinäre Bruch* zwischen den Denksystemen wird bisher kaum reflektiert.

Das Kindeswohl wirkt aber nicht nur als Maßstab zwischen den elterlichen Grundrechtspositionen, es macht sich auch als „Kinderrecht“ bemerkbar, indem es die Rolle des Kindes als Rechtssubjekt immer deutlicher hervortreten lassen. Der junge Mensch bringt, dem Elternrecht nach und nach entwachsend, eigene Vorstellungen über sein Wohl ins Verfahren ein und bestimmt so über den Sachverhalt und seine Rechtsfolgen (idealerweise) mit.

Die komplexen rechtlichen Prozesse, die das Kindeswohl präzisiert und bestimmt haben bzw. die *durch* das Kindeswohl präzisiert und bestimmt wurden, tragen zu einer unübersichtlichen und teils widersprüchlichen Rechtslage bei, die immer wieder ober- und höchstrichterlich „angepasst“ werden muss. Kinderschutzverfahren können nicht geführt werden, ohne eine umfangreiche höchstrichterliche Judikatur zu beachten. Das lenkt Richter*innen vom (eentlichen) Sachverhalt ab und kann verunsichern. In der Kooperation von Jugendamt und Familiengericht fehlt es zudem an Verbindlichkeit (etwa durch Ausführungsvorschriften), so dass wertvolle Informationen nicht zuverlässig ausgetauscht werden. Konflikthaft verstrickte Trennungspaare wiederum können aus den Vorschriften des BGB nicht erkennen, welche Prüfverfahren ihre „Kindschaftssache“ durchlaufen wird. Das führt dazu, dass die Entscheidungen der emotional stark besetzten Familiengerichtsbarkeit als willkürlich erlebt werden.⁴⁷⁵ Zugleich ist die Akzeptanz (auch falscher) richterlicher Entscheidungen bei Jugendämtern und Verfahrensbeiständen hoch, worauf eine geringe Zahl an Rechtsmittel-Verfahren verweist.

Ein gesellschaftlicher Diskurs über „die Grenzen familiärer und erzieherischer Freiheit“⁴⁷⁶ sollte offen geführt werden. Dies kann gelingen, wenn gängige materiellrechtlich relevante Grundsätze der Auslegung des Kindeswohls - etwa die Bedeutung von Erziehungsfähigkeit, Bindungen und Kindeswillen - nicht (nur) hinter den geschlossenen Türen der Familiengerichte verhandelt werden. Mehr Transparenz ist also wünschenswert. Dann kann das Kindschafts- und Familienrecht mit seinen wichtigen Schutz- und Schlichtungsfunktionen die Akzeptanz erfahren, die es angesichts eines hohen Rechtsguts - des Kindeswohls - benötigt.

⁴⁷⁴ Fegert, ZKJ 2013, 190ff.

⁴⁷⁵ Salzgeber, FamRZ 2015, 2018, 2019.

⁴⁷⁶ Wapler, Das Kindeswohl: individuelle Rechtsverwirklichung im sozialen Kontext, 2017, 43.

Literaturverzeichnis

I. KOMMENTARE UND HANDBÜCHER

Erman, BGB, 15. Auflage 2017

Heilmann (Hg.), Praxiskommentar Kindschaftsrecht, 1. Auflage 2015

Krenzler/Borth (Hg.), Anwalts-Handbuch Familienrecht, 2. Auflage 2012

Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 88. EL August 2019

Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017

Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Auflage 2018

Prütting/Helms, FamFG, 4. Auflage 2018

Rahm/Küinkel: Handbuch Familien- und Familienverfahrensrecht, 79. Lieferung; Stand: 04/2019

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Neubearbeitung 2019 (und ältere Auflagen, in den Fußnoten vermerkt)

Völker/Clausius: Das familienrechtliche Mandat - Sorge- und Umgangsrecht in der Praxis, 7. Auflage 2016

Wiesner, SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe, 5. Auflage 2015

II. MONOGRAPHIEN UND LEHRBÜCHER

Balloff, Rainer: Kinder vor dem Familiengericht. Praxishandbuch zum Schutz des Kindeswohls unter rechtlichen, psychologischen und pädagogischen Aspekten, 3. Auflage, Baden-Baden 2018

Coester, Michael: Das Kindeswohl als Rechtsbegriff. Die richterliche Entscheidung über die elterliche Sorge beim Zerfall der Familiengemeinschaft, Frankfurt am Main 1983

Dettenborn, Harry; Walter, Eginhard: Familienrechtspsychologie, 3. Auflage, München 2016

Lack, Katrin; Hammesfahr, Anke: Psychologische Gutachten im Familienrecht, Köln 2019

Parr, Katharina: Das Kindeswohl in 100 Jahren BGB, Würzburg 2005

Wapler, Friederike: Kinderrechte und Kindeswohl. Eine Untersuchung zum Status des Kindes im Öffentlichen Recht, Tübingen 2015

Zorn, Dagmar: Das Recht der elterlichen Sorge. Voraussetzungen, Inhalt und Schranken, 3. Auflage, Berlin/Boston 2016.

III. AUFSÄTZE UND RECHTSGUTACHTEN

Abschlussbericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe zum Staufener Missbrauchsfall vom 6.9. 2018, <https://oberlandesgericht-karlsruhe.justiz-bw.de/pb/,Lde/Startseite/Medien/Abschlussbericht+der+gemeinsamen+Arbeitsgruppe+zum+Staufener+Missbrauchsfall/?LISTPAGE=4972353> <Online-Abruf am 30.11. 2019>

Arbeitsgruppe der Familiensenate des OLG Celle: Inhaltliche Anforderungen an Sachverständigengutachten in Kindschaftssachen. Empfehlungen einer Arbeitsgruppe von Richterinnen und Richtern der Familiensenate des OLG Celle , Stand: 1.8.2015, FamRZ 2015, 1675ff.

Arbeitsgruppe Familienrechtliche Gutachten 2015: Mindestanforderungen an die Qualität von Sachverständigengutachten im Kindschaftsrecht - Koordination: Kannegießer, Anja; Rotax, Horst-Reiner, https://www.rak-berlin.de/download/mitglieder_pdfs_skripten/Famrechtl_SV_Gutachten_Delerue_2015.pdf <Online-Abruf am 7.1. 2020>

Balloff, Rainer: Psychologische und psychiatrische Aspekte der Begutachtung im Kontext Gericht und Familie, FF 2019, 224ff.

Balloff, Rainer: Kommunikation mit dem Kind und Anhörung des Kindes im familiengerichtlichen Verfahren - Gestaltung, Durchführung, Themen, Ziele, FamRZ 2019, 938ff.

Balloff, Rainer: Der Fall in Staufeu - LG Freiburg: Az. 6 KLS 160 Js 30350/17: Strafrechtlich relevante Garantenstellung und Garantenpflicht nur des Jugendamtes? RPsych 2018, 443ff.

Balloff, Rainer; **Walter**, Eginhard: Alter und Entwicklungsstand des Kindes sowie Ausgestaltung des Umgangs, FF 2017, 98ff.

Balloff, Rainer; **Walter**, Eginhard: Anforderungen an familienrechtspsychologische Gutachten bei Kindeswohlgefährdungen nach § 1666 BGB, NZFam 2015, 580ff.

Balloff, Rainer: Kindeswohlgefährdungen durch Herausnahme des Kindes aus dem Elternhaus und bei Wegnahme aus der Pflegefamilie, FPR 2013, 208ff.

Balloff, Rainer: Kindeswille, Grundbedürfnisse des Kindes und Kindeswohl in Umgangsrechtsfragen, FPR 2002, 240ff.

Bergmann, Matthias: Der Beweisbeschluss im Kindschaftsverfahren: Schnittstelle zwischen Recht und Spekulation, FamRB 2016, 364ff.

Binder-Kögel, Gabriele; **Hoffmann**, Helena; **Schone**, Reinhold: Verfahrensgestaltung des Familiengerichts im Kontext des § 1666 BGB, in: Münder, Johannes (Hg.), Kindeswohl zwischen Jugendhilfe und Justiz. Zur Entwicklung von Entscheidungsgrundlagen und Verfahren zur Sicherung des Kindeswohls zwischen Jugendämtern und Familiengerichten, Weinheim 2017, 232ff.

Bovenschen, Ina; **Spangler**, Gottfried: Besondere Kenntnisse der am Kindschaftsverfahren Beteiligten über frühkindliche Bindungen, NZFam 2014, 900ff.

Brisch, Karl Heinz: Bindung und Umgang, in: Deutscher Familiengerichtstag (Hg.) „Siebzehnter Deutscher Familiengerichtstag vom 12. bis 15. September 2007 in Brühl“, Brühler Schriften zum Familienrecht, Band 15, Bielefeld 2008, 89ff.

Britz, Gabriele: Familienrechtsverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht / Interview mit der Richterin des Bundesverfassungsgerichts, FF 2018, 3ff.

Britz, Gabriele: Kinderschutz - aktuelle verfassungsrechtliche Leitlinien, NZFam 2016, 1113ff.

Britz, Gabriele: Kindesgrundrechte und Elterngrundrecht: Fremdunterbringung von Kindern in der verfassungsgerichtlichen Kontrolle, FamRZ 2015, 793ff

Britz, Gabriele: Ausgewählte Verfassungsfragen umgangs- und sorgerechtlicher Streitigkeiten beim Elternkonflikt nach Trennung, FF 2015, 387ff.

Britz, Gabriele: Anforderungen an familiengerichtliche Entscheidungen im Kinderschutz, JAmt 2015, 286ff.

Bruch, Carol: PAS. Parental Alienation Syndrome und Parental Alienation: Wie man sich in Sorgerechtsfällen irren kann, FamRZ 2002, 1304ff.

Burschel, Hans-Otto: Thesenpapier der Arbeitsgruppe zur Reform des Sorge- und Umgangsrechts, NZFam 2019, 987ff.

Coester, Michael: Verfahren in Kindschaftssachen, in: Lipp, Volker; Schumann, Eva; Veit, Barbara (Hg.), Reform des familiengerichtlichen Verfahrens, Band 6 in der Reihe „Göttinger Juristische Schriften“, Göttingen 2009, 39ff.

Dettenborn, Harry: Die Beurteilung der Kindeswohlgefährdung als Risikoentscheidung, FPR 2003, 293ff.

Ernst, Rüdiger; **Lohse**, Katharina; **Katzenstein**, Henriette: Profilierung des familiengerichtlichen Kinderschutzverfahrens. Hinweise für eine gute Praxis in Verfahren bei Kindeswohlgefährdung. JAmt, 2019, 234 ff.

Ernst, Rüdiger: Psychologische Sachverständigengutachten in Kindschaftssachen: Formulierung und Beantwortung der Beweisfrage(n), FamRB 2016, 361ff.

Ernst, Rüdiger: Der Umgangsvergleich, NZFam 2015, 804ff.

Etzold, Raphaela; **Löhnig**, Martin: Das Leitbild kindeswohlkonformer gemeinsamer elterlicher Sorge. Die Entscheidung des BGH vom 15.6.2016 im Kontext der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung, NZFam 2016, 769ff.

Fegert, Jörg: Endgültiges Aus für das Parental Alienation Syndrome im amerikanischen Klassifikationssystem DSM, ZKJ 2013, 190f.

Fegert, Jörg; **Kliemann**, Andrea: Fortbildungsverpflichtung für Familienrichterinnen und Familienrichter, FF 2018, 223ff.

Fichtner, Jörg: Das Kindeswohl im Bermudadreieck? NZFam 2015, 588ff.

Frösche, Tobias: Familiengericht u. Jugendamt, gekreuzte Rechtswege, FamRZ 2016, 1905 ff.

Gärditz, Klaus Ferdinand: Sorgerechtsentziehung in der Kammerrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, FF 2015, 341ff.

Gernhuber, Joachim: Kindeswohl und Kindeswille, FamRZ 1973, 229 ff.

Gottschalk, Yvonne; **Heilmann**, Stefan: Anordnung des paritätischen Wechselmodells gegen den Willen eines Elternteils? Zugleich Anmerkung zu dem Beschluss des BGH vom 1.7. 2017 - XII ZB 601/15, ZKJ 2017, 181ff.

Hammer, Stephan: Überlegungen zu einer grundlegenden Reform des Sorge- und Umgangsrechts, FamRZ 2018, 229ff.

Hammer, Stephan: §§ 1671, 1684 BGB : Kein Wechselmodell gegen den Willen eines Elternteils. Zugleich Anmerkungen zu OLG Thüringen vom 7.4. 2016, FamRZ 2016, 2122ff.

Hammer, Stephan: Rezension zu Fritz Rolf Osthold, Die rechtliche Behandlung von Elternkonflikten, FamRZ 2018, 89f.

Hammer, Stephan: Die gerichtliche Anordnung des Wechselmodells, FamRZ 2015, 1433ff.

Hammer, Stephan: Die gerichtliche Billigung von Vergleichen nach § 156 Abs. 2 FamFG, FamRZ 2011, 1268ff.

Heilmann, Stephan: Die Aufarbeitung des Missbrauchsfalles von Staufen. Ein Beitrag zur Fehlerkultur in der Familiengerichtsbarkeit, FamRZ 2018, 1797ff.

Hennemann, Heike: Das Wechselmodell als Umgangsregelung – eine überzeugende Lösung? NJW 2017, 1787ff.

Jestaedt, Matthias: Das Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern, in: Coester-Waltjen, Dagmar; Lipp, Volker; Schumann, Eva; Veit, Barbara (Hg.): Alles zum Wohle des Kindes? Band 12 in der Reihe „Göttinger Juristische Schriften“, Göttingen 2012, 13ff.

Keuter, Wolfgang: Reformbedarf im Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrecht? Ein Überblick zum kindschaftsrechtlichen Teil des DJTGutachtens 2018, FamRZ 2018, 1125ff.

Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstags: Das Wechselmodell im deutschen Familienrecht, FamRZ 2014, 1157ff.

Kindler, Heinz: Anforderungen an familiengerichtliche Entscheidungen aus Sicht des Kinderschutz, JAmt 2015, 297ff.

Obermann, Torsten: Kindesanhörung bei Einigung der Eltern? NZFam 2015, 1129ff.

Osthold, Fritz Rolf: Antrags- und Amtsverfahren in Kindschaftssachen nach dem FamFG, FamRZ 2017, 1643ff.

Peschel-Gutzeit, Lore Maria: Die Bedeutung des Kindeswillens, NZFam 2014, 433ff.

Peschel-Gutzeit, Lore Maria: Das Recht auf gewaltfreie Erziehung Was hat sich seit seiner Einführung im Jahre 2000 geändert? FPR 2012, 195ff.

Peschel-Gutzeit, Lore Maria: Zur Geschichte der Kinderrechte, FPR 2008, 471ff.

Peschel-Gutzeit: Das missverstandene PAS - Wie Sorgerechtsentzug und Geschwisterkoppelung das Wohl der Kinder gefährden, FPR 2003, 271ff.

Salgo, Ludwig: Der qualifizierte Familienrichter als tragende Säule im Kinderschutz. Anmerkungen zu den Entscheidungen des AG Freiburg vom 11.4. 2017 und des OLG Karlsruhe vom 27.7. 2017, ZKJ 2018, 168ff.

Salgo, Ludwig: Die Beziehung zwischen Familienrecht und Human-/Sozialwissenschaften am Beispiel des Kindschaftsrechts, ZfF 2016, 191ff.

Salgo, Ludwig: Rechtswissenschaften, in: Andresen, Sabine; Hummer-Kreisel, Christine; Fries, Stefan (Hg.), Erziehung - ein interdisziplinäres Handbuch, Berlin 2013, 235ff.

Salgo, Ludwig: Anmerkung zur Entscheidung des BVerfG, Beschluss vom 13.12. 2013, 1 BvR 1766/12. Zum Ausschluss von Umgangskontakten, wobei für den insoweit bestehenden Konflikt der Eltern ihre politische Gesinnung mit eine Rolle spielt, FamRZ 2013, 531f.

Salgo, Ludwig: Das Beschleunigungsgebot in Kindschaftssachen, FF 2010, 352ff.

Salzgeber, Joseph: Die Diskussion um die Einführung des Wechselmodells als Regelfall der Kindesbetreuung getrennt lebender Eltern aus Sicht der Psychologie, FamRZ 2015, 2018ff.

Salzgeber, Joseph: Das Wechselmodell, NZFam 2014, 921ff.

Schäder, Birgit: Die Bedeutung des Kindeswillens für umgangsrechtliche Maßnahmen bei Umgangsvereitelung durch den betreuenden Elternteil, FamRZ 2019, 1120ff.

Schäder, Birgit: Überprüfung von Fremdunterbringung nach der Rechtsprechung des BGH und des BVerfG, NZFam 2019, 605ff.

Scheiwe, Kirsten: Reformbedarfe bei der Regelung der gemeinsamen Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung. Überlegungen anlässlich des djt-Gutachtens von Eva Schumann, NZFam 2018, 830ff.

Scheiwe, Kirsten: Familie und Elternschaft in Recht und Soziologie - über den Nutzen der Soziologie für die Familienrechtswissenschaft, NZFam 2018, 312ff.

Schmitt Gläser, Walter: Das elterliche Erziehungsrecht in staatlicher Reglementierung. Ein verfassungsrechtliches Essay zum Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge (SorgeRNG) vom 18. Juli 1979, Bielefeld 1980.

Schmidt, Jürgen: Grenzen von Verfahrensrechten in Kindschaftssachen, FamRB 2016, 205ff.

Schnitzler, Klaus: Anmerkungen zum einstweiligen Rechtsschutz bei Kindschaftssachen im Verhältnis zum Hauptsacheverfahren und kritische Betrachtung des Beschleunigungsgrundsatzes, in:

- Coester-Waltjen, Dagmar; Lipp, Volker; Schumann, Eva; Veit, Barbara (Hg.), Alles zum Wohle des Kindes? Band 12 in der Reihe „Göttinger Juristische Schriften“, Göttingen 2012, 221ff.
- Schone**, Reinhold: Zur Definition des Begriffs Kindeswohlgefährdung, in: Münder, Johannes (Hg.), Kindeswohl zwischen Jugendhilfe und Justiz. Zur Entwicklung von Entscheidungsgrundlagen und Verfahren zur Sicherung des Kindeswohls zwischen Jugendämtern und Familiengerichten, Weinheim 2017, 16ff.
- Schürmann**, Heinrich: Stellung der Kinder im familiengerichtlichen Verfahren, FamFR 2009, 153ff.
- Schumann**, Eva: Gemeinsam getragene Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung, Reformbedarf im Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrecht? Gutachten B zum 72. Deutschen Juristentag, München 2018
- Schumann**, Eva: Das Erörterungsgespräch bei möglicher Kindeswohlgefährdung, FPR 2011, 203ff.
- Schumann**, Eva: Kindeswohl zwischen elterlicher und staatlicher Verantwortung, in: Behrends, Okko; Schumann, Eva (Hg.), Gesetzgebung, Menschenbild und Sozialmodell im Familien- und Sozialrecht, 14. Symposium der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“, Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Neue Folge, Bd. 3, Berlin 2008, 169ff.
- Splitt**, Alexander: Rechtsfragen im Zusammenhang mit familienpsychologischen Sachverständigen-gutachten, FF 2018, 51ff.
- Temizyürek**, Kemal: Das Stufenmodell der Bindungsfürsorge, ZKJ 2014, 228ff.
- Vogel**, Harald: Umgangsausschluss, FF 2017, 434ff.
- Wapler**, Friederike: Umsetzung und Anwendung der Kinderrechtskonvention in Deutschland. Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend vom 25.9. 2017, <https://www.bmfsfj.de/blob/120474/a14378149aa3a881242c5b1a6a2aa941/2017-gutachten-umsetzung-kinderrechtskonvention-data.pdf> <Online-Abruf am 28.12. 2019>
- Wapler**, Friederike: Das Kindeswohl: individuelle Rechtsverwirklichung im sozialen Kontext. Rechtliche und rechtsethische Betrachtungen zu einem schwierigen Verhältnis, in: Flick, Sabine ; Sutterlüty, Ferdinand, Der Streit ums Kindeswohl, Weinheim 2017, 14ff.
- Weber**, Martin: Die Entwicklung des Rechts der elterlichen Sorge seit Mitte 2016, NZFam 2019, 54ff.
- Weber**, Martin: Beschleunigung, Einvernehmensorientierung und interdisziplinäre Kooperation – Grundprinzipien des Verfahrens in Kindschaftssachen, NZFam 2017, 99ff.
- Zorn**, Dagmar: Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung. Änderungen der Familiensachen betreffenden FamFG-Vorschriften, FamRZ 2012, 1265ff.