

RECHTSPOLITIK

Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e. V. (DIJuF)

Hinweise vom 5.2.2025 zum Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz „Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts – Modernisierung von Sorgerecht, Umgangsrecht und Adoptionsrecht“ (Kindschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – KiMoG) (Stand: 9.12.2024)

Das Bundesministerium der Justiz (BMJ) hat im Dezember 2024 einen vom DIJuF begrüßten „Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts – Modernisierung von Sorgerecht, Umgangsrecht und Adoptionsrecht“ (Kindschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – KiMoG) als Diskussionsentwurf vorgelegt.

Hierzu hat das Institut Hinweise veröffentlicht, in denen es die Rechtsbereiche Rechte des Kindes, gemeinsame Sorgeverantwortung nicht verheirateter Eltern, Schutz des gewaltbetroffenen Elternteils sowie Kodifizierung des Pflegekindschaftsrechts in den Fokus nimmt.

Die letzte umfassende Reform des Kindschaftsrechts erfolgte 1998 durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz (BGBl. 1997 I, 2942).

I. Vorbemerkung

Das Institut begrüßt den vorliegenden Entwurf zu einer Modernisierung des Kindschaftsrechts ausdrücklich. Er bringt wesentliche Verbesserungen betreffend

- Rechte des Kindes;
- gemeinsame Sorgeverantwortung nicht verheirateter Eltern;
- Schutz des gewaltbetroffenen Elternteils;
- Kodifizierung des Pflegekindschaftsrechts.

In seinen Hinweisen konzentriert sich das Institut auf diese Rechtsbereiche.

II. Neustrukturierung des Kindschaftsrechts

Der Entwurf schlägt eine grundlegende Neustrukturierung des Kindschaftsrechts vor. Diese Neustrukturierung ist an sich sehr eingängig, allerdings können durch die Verschiebung bestimmter besonders praxisrelevanter Vorschriften, die in der Wahrnehmung eng mit der Norm an sich verknüpft sind (zB „§ 1666er-Verfahren“), die Anwendung und Recherche erschwert werden. Dies gilt insbesondere für die Arbeit in den Familiengerichten, aber auch in angrenzenden Anwendungsbereichen (wie etwa in den Jugendämtern).

Außerdem legt der Entwurf eine veränderte Regelungstechnik zugrunde, die sehr viel ausführlicher formuliert und den Gesetzestext um Konkretisierungen, Beispiele und Leitbilder erweitert. Vorteil dieser Technik ist sicherlich, dass dem Gesetz mehr Orientierungspunkte für die Entscheidung zu entnehmen sind. Auf der anderen Seite besteht die Gefahr, dass der wesentliche Regelungsgehalt untergeht und das Gesetz insgesamt unübersichtlicher wird.

Das DIJuF regt an, diese beiden „formalen“ Grundentscheidungen noch einmal intensiv mit der Praxis zu diskutieren.

III. Stärkung der Rechte von Kindern

Das Institut begrüßt das Ziel des Diskussionsentwurfs, die Rechte der betroffenen Kinder zu stärken. Gerade im Zusammenhang mit der vorgesehenen Stärkung der Elternautonomie durch eine rechtssichere Gestaltung der elterlichen Umgangs- und Sorgeinteressen hatte das Institut bereits in seinen Hinweisen zum Eckpunktepapier vom 15.2.2024 empfohlen, zu berücksichtigen, dass das Kindschaftsrecht in erster Linie dem Wohl des Kindes dient und daher zeitgleich mit einer grundsätzlich zu befürwortenden Stärkung der Elternautonomie auch die Rechte der betroffenen Kinder zu stärken sind. Die Rechte der Kinder sieht das Institut durch die im Diskussionsentwurf vorgesehenen Regelungen zur Voranstellung des Kindeswohlgrundsatzes, zur Stärkung der Selbstbestimmung von Kindern ab 14 Jahren sowie zur Verankerung eines eigenen Umgangsanspruchs von Kindern nun als deutlich gestärkt an.

1. Positive Konkretisierung des Kindeswohls (§ 1626 BGB-E)

In der Strukturierung der kindschaftsrechtlichen Regelungen überzeugt es, den Kindeswohlgrundsatz, an dem sich familiengerichtliche Entscheidungen zu orientieren haben (bislang § 1697a BGB), voranzustellen. Im Hinblick auf die vorgesehene Regelung von einzelnen Kindeswohlkriterien sollten jedoch folgende Überlegungen Berücksichtigung finden:

a) Risiken einer gesetzlichen Definition

Das Kindeswohl stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar, der im jeweiligen Einzelfall ausgefüllt werden kann und muss.¹ Ob durch die gesetzliche Verankerung von bestimmten Kindeswohlkriterien die Rechtsanwendung vereinfacht und die Rechtsstellung des Kindes tatsächlich verbessert wird, erscheint ungewiss: Folge könnte auch eine allzu schematische Prüfungsweise sein, die eine tatsächlich einzelfallorientierte Gesamtbetrachtung aus dem Blick verliert. Zum anderen besteht die Gefahr, dass nicht ausdrücklich geregelte, wesentliche Aspekte unberücksichtigt bleiben. Schließlich bliebe auch trotz einer gesetzlichen Regelung die Gewichtung der einzelnen Aspekte untereinander unklar.

Gleichwohl überzeugen aus unserer Sicht die Vorteile einer Konkretisierung des Kindeswohlbegriffs, weil er die amtsrichterliche und auch die jugendamtliche Praxis unterstützen

wird. Auch wenn die Jugendämter nicht durch das BGB gebunden sind, sollte ein Gleichlauf des Verständnisses der Begrifflichkeiten angestrebt werden (so wird nach ganz hM unter „Kindeswohlgefährdung“ in § 8a SGB VIII dasselbe wie in § 1666 BGB verstanden). Um die Anwendung für Nicht-Juristen (m/w/d*) zu erleichtern, könnte erwogen werden, die Bedeutung von „insbesondere“ zu umschreiben, also ausdrücklich klarzustellen, dass es sich bei den aufgezählten Aspekten nicht um einen abschließenden Katalog handelt.

b) Systematik von Kinderrechten, Kindeswohl und materiellen Rechtsansprüchen

Die Aufnahme bestimmter Kindeswohlkriterien erfordert zudem eine sehr genaue Unterscheidung zwischen Kindeswohlkriterien, durchsetzbaren Ansprüchen oder Rechten von Kindern und Kinderrechten im Verfassungs- bzw. kinderrechtlichen Sinne und eine entsprechend differenzierte Umsetzung in den gesetzlichen Regelungen. Diese Unterscheidung ist bereits in der geplanten Regelung in § 1626 BGB-E nicht ganz klar: So stellt etwa auch das als solches bezeichnete „Recht“ von Kindern auf gewaltfreie Erziehung – nach dem Diskussionspapier jetzt im Anschluss an die in Absatz 1 geregelten Kindeswohlkriterien in Absatz 2 vorgesehen – letztlich ein Erziehungsleitbild und damit eine Kindeswohlbestimmung dar.² Insofern stellt sich die Frage, was in der rechtlichen Bewertung der Unterschied zwischen Erziehungsleitbildern und den in Absatz 1 geregelten Kindeswohlkriterien sein soll und welche Auswirkungen sich aus der Nichtberücksichtigung jeweils ergeben. Im Zivilrecht sollte systematisch und begrifflich konsequent zwischen durchsetzbaren Ansprüchen von Kindern, gesetzlichen Erziehungsleitbildern bzw. Kindeswohl(-aspekten) unterschieden und von dem völker- und verfassungsrechtlichen Begriff der Kinderrechte abgegrenzt werden.

Unklar ist zudem in der vorgesehenen Neuregelung auch das Verhältnis zwischen der Formulierung einer Kindeswohlorientierung der Ausübung der elterlichen Sorge in § 1626 Abs. 1 S. 1 BGB-E und dem Grundsatz der (eigenverantwortlichen) Kindeswohlorientierung bei der Wahrnehmung der elterlichen Sorge gem. § 1627 Abs. 4 BGB-E. Es wird daher empfohlen, in § 1626 Abs. 1 BGB-E Satz 1 zu streichen und zudem das Recht auf Pflege und Erziehung unter Ausschluss von Gewalt, körperlichen Bestrafungen, seelischen Verletzungen und anderen entwürdigenden Maßnahmen als an die Erziehungsberechtigten gerichtetes Erziehungsleitbild in § 1627 BGB-E zu integrieren.

Dabei sollte auch die notwendige Harmonisierung mit dem Vormundschaftsrecht in den Blick genommen werden, wo in § 1788 BGB seit der Vormundschaftsrechtsreform „Rechte“ des Mündels geregelt sind. Es mag zwar als eine „Selbstverständ-

* Alle Geschlechter sind gemeint. Zugunsten der besseren Lesbarkeit wird den Veröffentlichungsvorgaben der Zeitschrift entspr. jew. in einem Beitrag durchgängig entweder nur die männliche oder nur die weibliche Form verwendet.

1 Wapler Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, 254, 261.

2 Wapler 255 ff. (Fn. 1).

lichkeit“ erscheinen, dass auch Kinder, die nicht Mündel sind, diese Rechte gegenüber ihren sorgeberechtigten Eltern haben. Mit Blick auf die notwendige Achtung der Subjektstellung aller Kinder und die Stimmigkeit des BGB in sich sollte auch im Kindschaftsrecht eine vergleichbare Formulierung erwogen werden, soweit sich aus der unterschiedlichen Stellung von Kindern gegenüber Vormund bzw. Pfleger und Eltern nicht unterschiedliche Behandlungen rechtfertigen.

c) Sortierung der Kindeswohlaspekte

Die vorgesehene Sortierung der Kindeswohlaspekte in § 1626 Abs. 1 BGB-E sollte nach unserer Einschätzung an einigen Stellen überdacht werden: Bspw. scheint die „angemessene Beaufsichtigung“ bei der Erziehung zu einer selbstbestimmten, eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit unter Nr. 3 nicht passend verortet, sondern eher als Bestandteil der Pflege und Versorgung (Nr. 1). Zudem ist die Abgrenzung zwischen dem Schutz der körperlichen, geistigen und seelischen Gesundheit in Nr. 3 und dem Schutz vor Gewalt in Nr. 4 unklar und sollte zusammengeführt werden.

d) Gesetzliche Konkretisierung der Kindeswohlgefährdung

Angedacht werden sollte, ob neben der positiven Konkretisierung von Kindeswohlkriterien auch eine gesetzliche Definition der Kindeswohlgefährdung in § 1663 BGB-E (bisher § 1666 BGB) anhand der vom BVerfG vorgegebenen Kriterien³ eingeführt werden sollte. Die Praxis zeigt hier, dass teilweise große Unsicherheiten und Unterschiede in der Anwendung bestehen. Klargestellt werden sollte dabei insbesondere:

- dass nicht das defizitäre Erziehungsverhalten der Eltern für sich genommen, sondern die im konkreten Einzelfall drohenden Auswirkungen auf das Kind (schwere Schädigung des körperlichen, geistigen oder seelischen Wohls) entscheidend sind;
- mit welcher Wahrscheinlichkeit diese befürchtete Schädigung drohen muss (Auseinandersetzung mit dem Inhalt der vom BVerfG geforderten ziemlichen Sicherheit des Schadenseintritts) und wie sich der Je-desto-Grundsatz (je schwerer die drohende Schädigung, desto geringer die Wahrscheinlichkeit) hier einordnen lässt.

2. Stärkung der kindlichen Selbstbestimmung

a) Zustimmungserfordernisse und Beendigungsrechte für Elternvereinbarungen

Nach Einschätzung des Instituts trägt das vorgesehene Erfordernis der Zustimmung von Kindern ab 14 Jahren zu elterlichen Erklärungen und Vereinbarungen zum Sorge- oder Umgangsrecht (§ 1628 Abs. 4 BGB-E, § 1640 Abs. 2 BGB-E) zur Stärkung der Rechte von Kindern bei (zum sinnvollen Regelungsstandort s. Anregungen unter III. 1.).

Die teilweise geäußerte Kritik in Bezug auf die Zustimmung zu Umgangsvereinbarungen, dass sich durch die Zustimmungspflicht in der Praxis wenig verändern werde, da der Umgang

bereits jetzt nicht gegen den Willen des Kindes durchsetzbar sei,⁴ wird vom Institut nicht geteilt. Denn zum einen ist bereits in der Betonung der Subjektstellung ein Mehrwert in Bezug auf die Achtung des Kindeswillens zu sehen und zum anderen geht das ausdrückliche Erfordernis einer Zustimmung über die bislang nur von der Rechtsprechung angenommene fehlende Durchsetzungsmöglichkeit einer Umgangsregelung bei Verweigerung durch das Kind deutlich hinaus.

Für die Zustimmung des Kindes empfiehlt das Institut ergänzend, diese mit einer Beratung durch das Jugendamt nach §§ 17, 18 SGB VIII zu verknüpfen (zur Notwendigkeit, in § 17 SGB VIII einen Rechtsanspruch des Kindes oder Jugendlichen auf Beratung zu ergänzen, s.u.). Dadurch würde sichergestellt, dass das Kind vor der Entscheidung über die Zustimmung ebenso gut beraten ist wie seine Eltern, bei denen die Beurkundung von Vereinbarungen vom Nachweis einer Beratung durch das Jugendamt abhängig gemacht wird (§ 1641 Abs. 3 S. 2 BGB). (Zur Problematik einer „Zwangsberatung“ s.u.)

Neben den Zustimmungserfordernissen sind die eigenen Rechte zur Beendigung von Elternvereinbarungen über den Umgang mit dem anderen Elternteil (§ 1677 Abs. 2 BGB-E) sowie mit Dritten (§ 1685 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB-E) konsequente Weiterführungen der eigenen Einflussmöglichkeiten.

b) Eigene Antragsrechte

Auch die vorgesehenen eigenen Antragsrechte für gerichtliche Entscheidungen zur Übertragung der Alleinsorge auf einen Elternteil (§ 1632 Abs. 3 BGB-E) sowie auf Übertragung der gemeinsamen Sorge auf beide Elternteile (§ 1633 Abs. 3 BGB-E) stärken die Rechte von Kindern ab 14 Jahren. In Bezug auf die vorgesehenen Regelungen wird lediglich vorgeschlagen, jeweils auch die Voraussetzungen für die gerichtliche Entscheidung nach Antrag des 14-jährigen Kindes zu ergänzen oder im Hinblick auf die Voraussetzungen auf die Anträge eines Elternteils zu verweisen (für die Übertragung der Alleinsorge auf § 1632 Abs. 1 S. 2 BGB-E und für die Übertragung der gemeinsamen Sorge auf § 1633 Abs. 1 S. 2 BGB-E).

c) Zustimmung zur Auskunftserteilung (§ 1689 Abs. 2 BGB-E)

Auch das weitere vorgesehene Zustimmungserfordernis für die Auskunft zwischen Eltern über die persönlichen Verhältnisse des Kindes nach § 1689 Abs. 2 BGB-E stärkt die Selbstbestimmung von Kindern und ist insofern zu begrüßen. Anzumerken ist lediglich, dass die Rechtsprechung aktuell bei entgegenstehendem Willen des Kindes ab einem bestimmten Alter nur die Auskunft im Bereich höchstpersönlicher Angelegenheiten wie Gesundheitszustand und Interessen begrenzt, nicht aber die Auskunft über andere persönliche Verhältnisse.⁵ Insofern erfolgt de lege lata ein Ausgleich zwischen dem

3 Etwa BVerfG 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14.

4 Kreuter FamRZ 2024, 1833.

5 ZB OLG Köln 28.6.2016 – II-10 UF 21/15, 10 UF 21/15.

Willen des Kindes und dem elterlichen Informationsinteresse, der sich an der Persönlichkeitsrechtsrelevanz des Auskunftsinhalts bemisst. Die vorgesehene Regelung geht daher im Hinblick auf die Beachtlichkeit des Kindeswillens über die aktuelle Rechtsprechung noch hinaus. Verfassungsrechtlich gesehen müsste als Rechtfertigung für den damit verbundenen Eingriff in das Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) eine Auskunft gegen den Willen des Kindes auch außerhalb des Bereichs höchstpersönlicher Angelegenheiten stets als Verletzung des Kindeswohls angesehen werden. Dies sollte im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsprozesses in die Prüfungen einbezogen werden.

Zudem wird angeregt, eine entsprechende Regelung auch im Vormundschaftsrecht in § 1790 Abs. 4 BGB zu ergänzen und dadurch für betroffene Kinder, die unter Vormundschaft stehen, eine übereinstimmende Rechtslage zu erzeugen.

3. Umgangsrecht des Kindes mit Bezugspersonen

Als wesentlicher Bestandteil der Stärkung der Rechte der Kinder wird die Einführung eines eigenen Umgangsrechts des Kindes mit engen Bezugspersonen (§ 1684 BGB-E) angesehen.

IV. Vereinfachtes gemeinsames Sorgerecht

Das Institut begrüßt die Erleichterung des Erwerbs der gemeinsamen elterlichen Sorge durch die Erweiterung der Möglichkeiten in § 1628 BGB-E, der einen Schritt weiter in Richtung Gleichstellung von nicht verheirateten mit verheirateten Eltern sowie von Kindern von nicht verheirateten und verheirateten Eltern macht.

1. Benennung konkretisierender Normen in § 1628 BGB-E

Für die Übersichtlichkeit der unterschiedlichen Möglichkeiten des Erwerbs der gemeinsamen elterlichen Sorge, die jeweils in weiteren Vorschriften konkretisiert und in ihren Wirksamkeitsvoraussetzungen benannt werden, wird empfohlen, die konkretisierenden Normen bereits bei den unterschiedlichen Alternativen in § 1628 BGB-E zu benennen. So könnte unter § 1628 Abs. 2 Nr. 1 BGB-E für die Widerspruchslösung auf § 1630 BGB-E, in Nr. 2 für die Sorgeerklärung auf § 1629 BGB-E, unter Nr. 3 für die Sorgerechtsvereinbarungen auf §§ 1640, 1641 BGB-E und unter Nr. 5 für die Übertragung der elterlichen Sorge durch das Gericht auf § 1633 BGB-E verwiesen werden. Die jeweiligen Wirksamkeitsvoraussetzungen für die jeweilige Begründung der gemeinsamen Sorge wären so deutlich leichter auffindbar.

2. Widerspruchslösung

In Bezug auf die in § 1628 Abs. 2 Nr. 1 BGB-E geplante Widerspruchslösung für das Entstehen der gemeinsamen elterlichen Sorge würde das Institut – mit Blick auf die immer weiter ansteigende Anzahl nicht verheirateter Eltern und vergleichbare Lösungen im europäischen Ausland – eine automatische gemeinsame elterliche Sorge (ohne vereinfachte Korrekturmöglichkeit) bevorzugen. Dem Umstand einer Nichtvereinbarkeit

einer gemeinsamen Sorge bei häuslicher Gewalt kann und wird durch den Ausschluss der gemeinsamen Sorge in § 1634 Abs. 2 BGB-E ausreichend Rechnung getragen. Gleichwohl stellt die vorgesehene Widerspruchslösung einen grundsätzlich gelungenen Kompromiss dar. Die Gleichbehandlung von Kindern nicht verheirateter Eltern sowie der Eltern selbst im Hinblick auf die Inhaberschaft elterlicher Sorge und der erforderliche Ausschluss gemeinsamer Sorge bei Gewalt, ggf. auch von Geburt an, sollten getrennt voneinander betrachtet und nicht gegeneinander „ausgespielt“ werden.

3. Sorgeerklärungen und Sorgevereinbarungen

a) Standorte

In Bezug auf den Erwerb der gemeinsamen elterlichen Sorge durch Sorgeerklärungen (§ 1628 Abs. 2 Nr. 2 BGB-E) sowie Sorgerechtsvereinbarungen (§ 1628 Abs. 2 Nr. 3 BGB-E) ergibt sich nach hiesiger Einschätzung eine Doppelung der Bindung an eine Zustimmung von Kindern ab Vollendung des 14. Lebensjahrs. Diese wird für beide Möglichkeiten des Sorgerechtserwerbs in § 1628 Abs. 4 BGB-E geregelt. Für Sorgerechtsvereinbarungen findet sich eine entsprechende Regelung jedoch noch einmal zusätzlich in § 1640 BGB-E, in dem die Wirksamkeitsvoraussetzungen von Elternvereinbarungen geregelt werden (s. § 1640 Abs. 2 BGB-E). Dagegen findet sich in § 1629 BGB-E, der die Wirksamkeitsvoraussetzungen von Sorgeerklärungen regelt, das Zustimmungserfordernis nicht noch einmal, sondern ergibt sich lediglich aus § 1628 Abs. 3 BGB-E. Im Interesse einer besseren Übersichtlichkeit und Klarheit der Regelung wird empfohlen, das Zustimmungserfordernis, das eine Wirksamkeitsvoraussetzung darstellt, nicht bereits in § 1628 BGB-E zu regeln, sondern stattdessen in § 1628 Abs. 2 Nr. 2 und 3 BGB-E jeweils auf die Regelungen mit den Wirksamkeitsvoraussetzungen zu verweisen (s.a. Empfehlung unter III. 1.) und in den jeweiligen Normen das Zustimmungserfordernis von Kindern ab 14 Jahren zu regeln. Für die Sorgeerklärungen bräuchte es dann eine entsprechende Ergänzung in § 1629 BGB-E.

b) Pflichtberatung

Bei einer Elternvereinbarung ist – anders als bei der Abgabe übereinstimmender Sorgeerklärungen oder vor der Entscheidung über einen Widerspruch gegen die automatische gemeinsame Sorge – eine vorherige Beratung gem. § 17 SGB VIII Bedingung für deren Wirksamkeit. Diesbezüglich erschließt sich uns nicht ohne Weiteres das gesteigerte Beratungsbedürfnis gegenüber Elternvereinbarungen und dem Entstehen der gemeinsamen elterlichen Sorge ohne Widerspruch. Gleichzeitig stellt sich allgemein die Frage, ob Pflichtberatungen in diesen Bereichen sinnvoll sind. Pflichtberatungen sind besonders anspruchsvoll; idR ist ein längerer Prozess erforderlich, damit diese erfolgreich sein können. Fraglich ist außerdem, ob eine solche Beratung das erklärte Ziel, Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung durch die Einrichtung gemeinsamer Sorge „abzuklopfen“, leisten kann. Aus unserer Sicht wäre daher auch vertretbar, auf die vorherige Pflichtberatung zu verzichten und ebenso wie bei der Abgabe übereinstimmender Sorgeerklärungen und den Folgen der Vaterschafts-

anerkennt in Bezug auf das automatische Entstehen der gemeinsamen Sorge die Belehrung vor der Beurkundung für ausreichend zu erachten. Ggf. könnte eine Hinweispflicht auf die Beratungsmöglichkeiten gem. §§ 17, 18 SGB VIII für die beurkundenden Stellen ergänzt werden.

Da der Mehrwert von Sorgevereinbarungen gegenüber gemeinsamen Sorgeerklärungen in erster Linie in der Möglichkeit, Vereinbarungen über Teilsorgebereiche zu treffen, zu bestehen scheint, könnte alternativ diese Möglichkeit für Sorgeerklärungen geschaffen und damit die unterschiedliche Behandlung beider Instrumente im Hinblick auf die Beratung von vornherein vermieden werden.

c) Sorgevereinbarungen mit Dritten

Was Sorgevereinbarungen mit Dritten anbelangt, so ist in der gesetzlichen Regelung ein Mehrwert im Verhältnis zu bisher bereits möglichen Sorgerechtsvollmachten zu sehen. Denn infolge der voraussichtlich größeren Anerkennung im Außenverhältnis zu Dritten aufgrund der ausdrücklichen Regelung im Gesetz können positive Auswirkungen auf Patchwork- und Regenbogenfamilien erwartet werden.

V. Inhalt der Personensorge (§ 1643 Abs. 1 BGB-E)

Weitere gesetzliche Konkretisierungen finden sich im Entwurf auch im Hinblick auf die Teilbereiche der Personensorge. Die Bezeichnung der Teilbereiche der elterlichen Sorge wird insbesondere dann relevant, wenn Teilbereiche entzogen oder einem Elternteil zur Alleinsorge übertragen werden. Die Teilbereiche Gesundheitssorge, religiöse Erziehung, schulische Angelegenheiten und Inanspruchnahme von Sozialleistungen ausdrücklich aufzuführen, wird seitens des Instituts begrüßt, weil es die einheitliche Rechtsanwendung fördern wird.

1. „Erziehungsrecht“

Das Institut regt an, den ersten Satz wie folgt zu formulieren:

„Die Personensorge umfasst die Pflicht und das Recht, das Kind zu pflegen und zu erziehen, insbesondere

1. das Kind zu beaufsichtigen,
2. [...]“

Diese Formulierung entspräche Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG und würde zudem der immer noch vorkommenden familiengerichtlichen Praxis, den Eltern das Recht zur Erziehung zu entziehen, vorbeugen. Erziehung ist kein abgrenzbarer Teilbereich der elterlichen Sorge, sondern der übergreifende Inhalt.

2. Umgangsbestimmung

Das Institut regt an, in Nr. 3 klarzustellen, ob die Umgangsbestimmungsbefugnis auch die Umgangsbestimmung des oder personensorgeberechtigten Vormunds gegenüber den umgangsberechtigten (nicht mehr sorgeberechtigten) Eltern

bzw. die des allein sorgeberechtigten Elternteils gegenüber dem nicht sorgeberechtigten anderen Elternteil umfasst und sogar auch ein Umgangsausschluss bestimmt werden könnte, gegen den dann der Elternteil mit der Einleitung eines Umgangsverfahrens beim Familiengericht vorgehen müsste. Diese Konstellationen führen in der Praxis immer wieder zu Unsicherheiten.

3. Behördliche Angelegenheiten

Das Institut regt an, § 1643 Abs. 1 Nr. 4 BGB-E zu streichen. In den Rechtsanfragen an das Institut von Vormündern und Pflegern zeigen sich immer wieder Unsicherheiten in Bezug auf die Auslegung des Begriffs der „behördlichen Angelegenheiten“ (§ 1643 Abs. 1 Nr. 4 BGB-E). Das Institut vertritt schon seit Längerem die Auffassung, dass der Begriff „behördliche Angelegenheiten“ kein sachliches Aufgabenfeld bezeichnet, sondern „behördliche Angelegenheiten“ Bestandteile eines sachlichen Aufgabenfelds sind.⁶

4. Schulische Angelegenheiten

Bemerkenswert ist, dass bei den schulischen Angelegenheiten die Befugnis nur im „Unterstützen des Kindes“ und „Regeln der Angelegenheit“ (und nicht „Treffen“) beschrieben wird. Offensichtlich wird hier die altersentsprechende Mitentscheidungsbefugnis des Kindes mittelbar anerkannt. Diese Formulierung ließe sich ggf. auch auf die Gesundheitsfürsorge übertragen.

VI. Umgangsvereinbarungen

Was die gesetzliche Regelung von Umgangsvereinbarungen im BGB anbelangt, so könnte die Notwendigkeit einer Verrechtlichung bezweifelt werden, da Umgangsvereinbarungen ohnehin schon geschlossen werden können und auch nach der vorgesehenen Neuregelung nicht vollstreckbar sein sollen und jederzeit beendet werden können. Ein Mehrwert der Verrechtlichung ergibt sich allerdings nach Einschätzung des Instituts daraus, dass nach der vorgesehenen Regelung Kinder ab 14 Jahren ihre Zustimmung zu einer Umgangsvereinbarung ihrer Eltern erteilen müssen (§ 1640 Abs. 2 BGB-E) und zudem durch eigene Erklärung eine Vereinbarung jederzeit beenden können (§ 1677 Abs. 2 BGB-E). Die Selbstbestimmungsrechte junger Menschen werden hierdurch deutlich gestärkt (s. dazu die Ausführungen unter II. 2. a).

Begrüßt wird seitens des Instituts zudem, dass die Jugendämter anders als im Eckpunktepapier nicht mehr für die Beurkundung mit sofortiger Vollstreckbarkeit von Umgangsvereinbarungen zuständig sein sollen, wodurch sie im Hinblick auf ihre Aufgabe der Beratung und Unterstützung in eine potenzielle Rollenkollision geraten wären.

⁶ Unklar noch DJUF-Rechtsgutachten JAmt 2017, 24; wie hier: BeckOGK/Hoffmann BGB, Stand: 1.4.2024, BGB § 1778 Rn. 121 sowie Hoffmann Personensorge, 4. Aufl. 2024, § 1 Rn. 27 und § 3 Rn. 26; bezogen auf rechtliche Betreuungen ausf. Krüger BtPrax 2018, 61.

VII. Schutz vor häuslicher Gewalt bei anderen gewaltbetroffenen Familienmitgliedern

Die im Diskussionsentwurf angedachten Regelungen, die den Schutz vor häuslicher Gewalt verbessern sollen, sind sämtlich zu begrüßen. Die „Einarbeitung“ der Istanbul-Konvention in das BGB ist ein wichtiger Schritt zur Sensibilisierung und Qualifizierung der Familiengerichte und der Jugendämter im Hinblick auf Fälle häuslicher Gewalt.

Ausdrücklich mitbeachtet werden sollten – neben dem gewaltbetroffenen Elternteil – andere Familienmitglieder, gegen die der umgangsberechtigte Elternteil Gewalt ausgeübt hat, bspw. ältere Geschwister⁷. Auch in solchen Fällen können sich zB Auswirkungen des Umgangs auf das Kind und die gewaltbetroffene Person ergeben, wie es sie der Entwurf für gewaltbetroffene Elternteile in § 1680 Abs. 4 Nr. 4 BGB-E vorsieht.

VIII. Pflegekindschaftsrecht

1. Übertragung von Pflichten aus dem SGB VIII

Inhaltlich überzeugt die ausdrückliche Regelung einer Sollpflicht von Eltern und Pflegeeltern zur Mitwirkung an der Perspektivklärung und zur Kooperation (§ 1691 Abs. 2 BGB-E) untereinander sowie die Wohlverhaltenspflicht (§ 1692 BGB-E) auch im BGB, da das Kindschaftsrecht den Inhalt des Sorge- und Erziehungsrechts von Eltern und Pflegepersonen regelt und diese adressiert. Denn die entsprechenden Regelungen im SGB VIII richten sich vorrangig an das Jugendamt sowie Träger und Pflegepersonen, die Leistungen nach dem SGB VIII erbringen. Dies ist hingegen bei Familienpflege nicht unbedingt der Fall, sodass eine ergänzende Klarstellung im BGB überzeugt – zumal Wohlverhaltenspflichten auch im Vormundschaftsrecht geregelt sind.

Als weniger sinnvoll erachtet das Institut lediglich die Strukturierung der Regelungen in §§ 1691 und 1692 BGB-E. Sinnvoller wäre eine gemeinsame Regelung der Sollpflichten von Eltern und Pflegeeltern in § 1692 BGB-E sowie eine Beschränkung von § 1691 BGB-E auf familiengerichtliche Entscheidungen und Berücksichtigungspflichten durch das Familiengericht.

2. Elterliche Sorge

In Bezug auf die Rechte und Pflichten einer Pflegeperson, die im Umfang einer Übertragung der elterlichen Sorge entstehen (§ 1693 Abs. 3 BGB-E) sollte die Reform zum Anlass genommen werden, die nach der hM zum aktuellen Recht (§ 1630 Abs. 3 BGB) erforderliche Zustimmung der Pflegeperson⁸ im Gesetzestext klarzustellen.

3. Entscheidungsbefugnisse von Pflegepersonen

Überdacht werden sollte, ob neben Fällen, in denen ein Kind für längere Zeit in Familienpflege (§ 1694 Abs. 1 BGB-E) oder im Rahmen einer Hilfe nach §§ 34, 35, 35a SGB VIII in einer Einrichtung lebt (§ 1694 Abs. 2 BGB-E) nicht auch Pflegepersonen und Betreuungspersonen, die ein Kind im Rahmen

der Inobhutnahme nach § 42 SGB VIII in Bereitschafts- oder Inobhutnahmeeinrichtungen betreuen, geregelt werden sollten. In Anbetracht der teilweise sehr langen Verweildauern in der Inobhutnahme kann hier ein ähnliches Interesse an Sorgerechtsentscheidungen in Angelegenheiten des täglichen Lebens bestehen. In die Prüfung einer möglichen Aufnahme der Inobhutnahme sollte einbezogen werden, wie das Verhältnis zwischen den öffentlich-rechtlichen Entscheidungskompetenzen des Jugendamts nach § 42 Abs. 2 S. 3 SGB VIII und den Sorgekompetenzen der Pflegeperson bei Gefahr im Verzug (§ 1636 Abs. 2 BGB-E) gestaltet werden soll.

4. Genehmigungspflicht für Pflegestellenwechsel

a) Verfassungsrechtliche Legitimation einer Genehmigungspflicht

Die vorgesehene Einführung einer familiengerichtlichen Genehmigungspflicht für Entscheidungen der Personensorgeberechtigten über einen Wechsel der Pflegestelle, in der ein Kind lebt, gehen über die gesetzliche Klarstellung, dass eine niedrigere Schwelle für Verbleibensanordnungen bei einem beabsichtigten Pflegestellenwechsel besteht,⁹ noch deutlich hinaus und beeinträchtigen die Personensorgeberechtigten (anders als in der Begr. des Diskussionsentwurfs auf S. 73 angenommen) stärker in ihren Rechten. Um im Fall eines von den personensorgeberechtigten Eltern beabsichtigten Pflegestellenwechsels den mit der Genehmigungspflicht verbundenen Eingriff in die elterliche Selbstbestimmung (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) zu rechtfertigen, müsste ein Pflegestellenwechsel regelmäßig mit einer Gefährdung des Kindeswohls iSv Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG verbunden sein. Dies dürfte allerdings angenommen werden und daher die Genehmigungspflicht verfassungsgemäß sein, da nach dem BVerfG „die Trennung von den unmittelbaren Bezugspersonen regelmäßig eine erhebliche psychische Belastung bedeutet“¹⁰.

b) Mehrwert einer Genehmigungspflicht gegenüber einer Verbleibensanordnung

Auch nach Einschätzung des Instituts spricht für den Mehrwert einer Genehmigungspflicht – ähnlich wie bei Entscheidungen über die freiheitsentziehende Unterbringung nach § 1631b BGB (§ 1644 BGB-E) – der größere Schutz betroffener Kinder gegenüber einer Verbleibensanordnung, die extra zum Schutz des Kindes angestrengt werden muss. Gleichwohl sollte nach Einschätzung des Instituts eingehender geprüft werden, ob die Regelung in der vorgesehenen Form für die betroffenen Kinder tatsächlich einen entscheidenden Mehrwert darstellt. Denn nach der vorgesehenen Regelung ist die Genehmigungspflicht an den Widerspruch der Pflegepersonen geknüpft und

7 Vgl. OLG Köln 29.9.2022 – II-14 UF 57/22.

8 S. etwa MüKo/Huber BGB, 9. Aufl. 2024, BGB § 1630 Rn. 23.

9 Das BVerfG hat hierfür bislang nicht wie sonst bei einer Verbleibensanordnung gefordert, dass durch die Herausnahme von den Pflegepersonen das Kindeswohl gefährdet wäre, sondern lediglich, dass nicht mit hinreichender Sicherheit eine Gefährdung des körperlichen, geistigen oder seelischen Wohls des Kindes ausgeschlossen werden kann (BVerfG 14.4.1987 – 1 BvR 332/86; 31.2.2010 – 1 BvR 2910/09).

10 BVerfG 31.2.2010 – 1 BvR 2910/09.

besteht somit nur, wenn diese widersprechen. Diese Bindung an einen Widerspruch könnte jedenfalls zu erheblichen Problemen bei der Umsetzung in der Praxis führen, weil der Widerspruch eine schwerer festzustellende Voraussetzung ist als bspw. das schlichte Vorhaben einer freiheitsentziehenden Unterbringung (oder eben wie hier eines Pflegestellenwechsels). Zwar würde die Alternative einer Genehmigungspflicht, die unabhängig von den Wünschen der Pflegepersonen besteht, zu dem absurden Ergebnis führen, dass Eltern für einen Wechsel aus einer Pflegefamilie, die das Kind nicht mehr betreuen möchte, eine Genehmigung bräuchte. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob nicht zumindest dem Interesse der betroffenen Kinder eine Verbleibensanordnung, die neben dem Antrag der jeweiligen Pflegeeltern auch von Amts wegen – etwa auf Anregung des Jugendamts (s. dazu auch unter VIII.) – erlassen werden kann, dem Schutz der betroffenen Kinder nicht tatsächlich sogar mehr gerecht wird als eine Genehmigungspflicht, die an den Widerspruch gebunden ist.

c) Voraussetzungen für die Genehmigung

Im Hinblick auf die beabsichtigten Voraussetzungen für die Genehmigungspflicht ist das Verhältnis zwischen den beiden Voraussetzungen in § 1697 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 BGB-E nicht ganz selbsterklärend, denn wenn ein Verbleib des Kindes das Kindeswohl eher gefährden würde als ein Wechsel (Nr. 2), dann dürfte der Wechsel automatisch auch zum Wohl des Kindes erforderlich sein (Nr. 1). Nach hiesiger Einschätzung dürfte es daher ausreichen, als Voraussetzung zu normieren, dass der Wechsel zum Wohl des Kindes erforderlich ist.

d) Mögliche Regelungslücken

Im Hinblick auf den (verfassungslegitimen) Zweck der Genehmigungspflicht, den Schutz der betroffenen Kinder vor nicht erforderlichen Trennungen von ihren unmittelbaren Bezugspersonen sicherzustellen, sollte erwogen werden, wie auch der Schutz von Kindern, die nicht in Pflegefamilien, sondern in Einrichtungen leben, vor nicht erforderlichen Einrichtungswechseln sichergestellt werden kann. Diskutiert werden könnte vor diesem Hintergrund auch eine Erweiterung der Regelung zur Verbleibensanordnung auf Bezugsbetreuern bzw. in einer Einrichtung gem. §§ 34, 35a Abs. 2 Nr. 4 SGB VIII.

Zwar besteht in einer Einrichtung idR kein vergleichbar familienähnliches Betreuungssetting (Schichtdienst, Personalfluktuations, wechselnde Bewohner) und mag die Rechtsstellung von Bezugsbetreuern nicht an die Pflegepersonen heranreichen und sie ggf. weniger schützenswert sein, aus Perspektive des Kindes und seinem Bedürfnis nach Beziehungskontinuität kann sich jedoch ein vergleichbares Interesse am Verbleib – etwa im Hinblick auf einen langjährigen Lebensmittelpunkt und Beziehungen zu anderen Kindern in der Gruppe – ergeben. Überlegt werden könnte hier im Hinblick auf die unterschiedliche Stellung von Bezugsbetreuern (deren Widerspruch noch zu noch größeren Umsetzungsschwierigkeiten in der Praxis führen könnte), wie die Regelung sinnvoll zu gestalten wäre und ob ggf. nur eine Verbleibensanordnung von Amts wegen anstelle einer

Genehmigungspflicht (bspw. auf Anregung eines Bezugsbetreuers oder des Jugendamts) geregelt werden sollte.

Was einen beabsichtigten Pflegestellenwechsel durch den Vormund anbelangt, wird angeregt, diesen nicht ebenso wie einen Pflegestellenwechsel durch die Eltern in § 1697 BGB-E zu regeln, sondern eine ergänzende Regelung im Vormundschaftsrecht in § 1795 BGB aufzunehmen.

IX. Neuregelungen im Kinder- und Jugendhilferecht (SGB VIII)

1. Beratung durch das Jugendamt

Die Ergänzungen der Beratungsleistungen in §§ 17 und 18 SGB VIII-E im Hinblick auf die sorge- und umgangsrechtlichen Neuregelungen werden befürwortet.

a) Beratung zum Wechselmodell

Nach Ansicht des Instituts ist bereits auf Grundlage der jetzigen Fassung des § 17 SGB VIII eine Beratung zum Wechselmodell möglich (DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2015, 249; 2017, 289); eine gesetzliche Klarstellung (ggf. in § 18 SGB VIII) ist aber in jedem Fall zu befürworten.

Befürwortet wird auch, dass – anders als in den Eckpunkten angedacht – das Jugendamt mit den Eltern nicht mehr „erörtern soll, ob sie sich eine Betreuung im Wechselmodell vorstellen können,“ was im Hinblick auf die suggerierte Präferenz eines Betreuungsmodells mit dem Sinn und Zweck der Beratung nicht vereinbar wäre. Die nun vorgesehene Formulierung, nach der lediglich im Rahmen der Unterstützung der Eltern bei der Entwicklung eines einvernehmlichen Konzepts für die Wahrnehmung der elterlichen Sorge und der elterlichen Verantwortung auch eine Betreuung durch beide Elternteile zu wesentlichen oder gleichen Teilen angesprochen werden soll, wird diesem Ziel eher gerecht.

b) Beratung von Kindern und Jugendlichen zur elterlichen Sorge

Was die Änderungen des § 17 SGB VIII zur Beratung von Eltern in Fragen der Partnerschaft, Trennung und Scheidung anbelangt, so hält das Institut die Ergänzung eines eigenen Anspruchs von Kindern und Jugendlichen zur elterlichen Sorge für wichtig. Eine solche Regelung wird insbesondere im Zusammenhang mit der Zustimmungspflicht zu elterlichen Vereinbarungen über das Sorge- und Umgangsrecht (unabhängig von Trennung und Scheidung, bei der Kinder und Jugendliche an der Entwicklung eines Sorgekonzepts nach § 17 Abs. 2 SGB VIII-E beteiligt werden sollen) als bedeutend angesehen.

2. Beurkundung von Sorgevereinbarungen

Da auch die Vereinbarungen nach § 1641 BGB-E im Jugendamt beurkundet werden können (§ 59 Abs. 1 S. 1 Nr. 10 SGB VIII-E), sollte nach Einschätzung des Instituts in § 59 SGB VIII auch eine Befugnis zur Beurkundung von Sorgerechtsvollmachten sowohl an Eltern als auch an Dritte aufgenommen werden.

3. Inobhutnahme

Die vorgesehenen Änderungen in § 42 SGB VIII werden als sinnvoll erachtet.

Da der Diskussionsentwurf Änderungen in § 42 SGB VIII plant, könnte die Reform allerdings darüber hinausgehend zum Anlass genommen werden, ein weiteres wesentliches Praxisproblem bezüglich der Zusammenarbeit zwischen Jugendämtern und Familiengericht zu verbessern: Erfahrungen aus der Praxis zeigen, dass der Vorrang einer familiengerichtlichen Entscheidung vor einer Inobhutnahme bei Widerspruch der Eltern (§ 42 S. 1 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII: „wenn eine familiengerichtliche Entscheidung nicht rechtzeitig eingeholt werden kann“) häufig nicht beachtet wird, sei es, weil das Jugendamt das Familiengericht vor der Inobhutnahme gar nicht erst anruft oder weil trotz Anrufung das Familiengericht nicht rechtzeitig entscheidet, sondern sich auf die Sicherstellung des Schutzes durch eine Inobhutnahme verlässt.¹¹

Das DIJuF empfiehlt, im weiteren Reformprozess gesetzgeberische Möglichkeiten der Verbesserung dieser Praxisproblematik zu diskutieren. Denkbar wäre bspw. über eine gesetzliche Regelung, nach der ab dem Zeitpunkt der Anrufung ausschließlich das Familiengericht und nicht mehr das Jugend-

amt zur Sicherstellung des Schutzes zuständig wäre und eine Inobhutnahme nach § 42 SGB VIII nur zulässig wäre, wenn das Familiengericht nicht rechtzeitig „angerufen werden könnte“¹². Eine Alternative könnte die Regelung einer effektiven Kontrolle des Familiengerichts bei Nichtentscheidung durch Eröffnung einer Beschwerdemöglichkeit bei fehlender Sicherstellung des Schutzes durch das Familiengericht sein.¹³

4. Anregungen von familiengerichtlichen Verfahren durch das Jugendamt

Nach der Erfahrung des Instituts ist dem Jugendamt häufig nicht bewusst, dass es – neben seiner Anrufungspflicht bei Kindeswohlgefährdung (§ 8a Abs. 2 SGB VIII, § 42 Abs. 3 S. 2 SGB VIII) – auch die Möglichkeit hat, ein familiengerichtliches Verfahren anzuregen, wenn es dies für erforderlich hält, so etwa die Anregung einer Verbleibensanordnung bei einem beabsichtigten Pflegestellenwechsel (dazu s.o.) oder eines Umgangsausschlusses. Geprüft werden könnte daher die ausdrückliche Aufnahme der Anregungsmöglichkeit als Teil der Unterstützungsaufgabe des Jugendamts gem. § 50 SGB VIII.

¹¹ Lohse JAmt 2024, 386 (388).

¹² Lohse JAmt 2024, 386 (389).

¹³ Ernst JAmt 2024, 392 (399).