

Kindeswohl im Recht





unipress

Beiträge zu Grundfragen des Rechts

Band 29

Herausgegeben von
Stephan Meder

Marko Oldenburger

Kindeswohl im Recht

Begründung, Ausgestaltung und Verlust
der elterlichen Sorge

Mit 2 Abbildungen

V&R unipress

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

© 2018, V&R unipress GmbH, Robert-Bosch-Breite 6, D-37079 Göttingen
Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Umschlagabbildung: © Marko Oldenburger

Vandenhoeck & Ruprecht Verlage | www.vandenhoeck-ruprecht-verlage.com

ISSN 2198-5405

ISBN 978-3-8470-0922-1

Inhalt

Einleitung	11
Kapitel 1: Elternschaft	17
I. Mutterschaft	18
1. Transsexualität	19
2. Leihmutterschaft	19
a) Ausländische Bestätigung	20
b) Eintragung im Personenstandsregister	21
c) Eingeschränkte natürliche Mutterschaft	22
3. Co-Mutterschaft	24
II. Vaterschaft	24
1. Anfechtungsmöglichkeiten	25
2. Folgen für das Sorgerecht	26
3. Sozial-familiäre Beziehung	27
a) Nachrangigkeit der biologischen Abstammung	28
b) Vorrangige Kontinuität	28
c) Auflösung der sozial-familiären Gemeinschaft	30
Kapitel 2: Begründung des Sorgerechts	31
I. Verheiratete Eltern	31
II. Nicht verheiratete Eltern	32
1. Gemeinsame Sorgeerklärung	32
2. Gerichtliche Übertragung	33
3. Sorgerechtsreformgesetz 2013	33
a) Unterschiedliche Lebensumstände	35
b) Prima inter pares	36
III. Familiengerichtliche Verfahren	37
1. Zuständigkeit des Familiengerichts	38
2. Verfahrensarten	38
3. Beteiligte Akteure	39

a) Regelungen im FamFG	39
b) Unterschiedliche Blickwinkel	39
4. Besonderheiten im EU-Recht	40
a) HKÜ-Verfahren	41
b) Europäisches Familienrecht	41
5. Vereinfachtes Verfahren	42
6. Sorgenvollmacht	43
a) Sicht des Kindesvaters	43
b) Sicht der Kindesmutter	44
IV. Tragfähige soziale Beziehung	45
1. Grundlagen der Kommunikation	45
2. Ehestatut	46
3. Break-even-Point	47
a) Qualität der Kooperation	48
b) Bedeutung von Umgangsproblemen	48
c) Schwerwiegende Störungen	49
(1) Beleidigungen	50
(2) Hartnäckigkeit	50
(3) Besonderheiten von Patchwork-Familien	50
Kapitel 3: Ausgestaltung des Kindeswohls	53
I. Allgemeine Inhalte des Sorgerechts	53
1. Befugnisse des Ehegatten	54
2. Konflikt und Trennung	54
a) Maßnahmen des täglichen Lebens	55
b) Fragen von erheblicher Bedeutung	56
3. Gerichtliches Verfahren (§ 1628 BGB)	57
II. Besonderheiten beim Wechselmodell	58
1. Gewöhnlicher Aufenthalt	59
2. Alltagsangelegenheiten	60
III. Weitere Aspekte	61
1. Recht auf gewaltfreie Erziehung	61
2. Genehmigung der Unterbringung	62
a) Freiheitseinschränkende Maßnahmen	62
b) Altersgerechtheit	63
3. Beschneidungen	63
4. Rechte enger Bezugspersonen	64
5. Umgangsrechte	64

Kapitel 4: Schutz vor Gefährdungen des Kindeswohls	67
I. UN-Kinderrechtskonvention	67
1. Kindeswohl	68
2. Schutzverpflichtung	68
II. Kinderschutz im BGB von 1900 bis heute	70
1. BGB von 1900	71
2. Drittes Reich	72
a) Inhaltliche Vorgaben	72
b) Menschenrechtsverletzungen	73
3. Bonner Grundgesetz	73
4. Sorgerechtsgesetz von 1979	74
5. Kindschaftsrechtsreformgesetz von 1998	75
6. Abkehr vom Mittelschichtsblick	78
III. Systematisierungsversuche	79
1. Fortwirkung im aktuellen Recht	81
2. Gerichtliche Orientierungshilfe	82
3. Ampelsystem der Jugendämter	83
4. Inobhutnahme von Gefährder-Kindern	84
a) Religionsfreiheit	85
b) Schutz vor Gefährder-Eltern?	86
IV. Stellung des Jugendamtes	86
1. Funktion	87
2. Verfahrenskompetenzen	88
3. Öffentliche Wahrnehmung	90
4. Augenhöhe und Partnerschaft	90
5. Schutzaufsicht der Niederlande	92
6. Barnevernet in Norwegen	93
 Kapitel 5: Sorgerecht nach elterlicher Trennung (§ 1671 BGB)	 95
I. Zustimmung	95
II. Positive Erwartung zum Kindeswohl	96
1. Prüfungsmaßstab	96
2. Lebensmittelpunkt des Kindes	97
a) Old fashioned Residenzmodell?	98
b) Aufgabe eines funktionierenden Wechselmodells	100
c) Kindeswille im Konfliktfall	101
3. Tragfähige Beziehung	103
III. Kollision von Kindeswille und Elternrechten	104
1. Alter und Verstandesreife	105
2. Freier Wille und Motivationsbeiträge	106
3. Entscheidungshelfer	107

a) Weiche Faktoren	108
b) Äußere Tatsachen	109
4. Richterliche Filter	110
Kapitel 6: Abänderung von Entscheidungen (§ 1696 BGB)	113
I. Nicht miteinander verheiratete Eltern	114
II. Besonders triftige Gründe des Kindeswohls	114
1. Status quo ante?	115
a) Ermittlung des Sachverhalts	115
b) Fehlende Überprüfbarkeit	116
2. Fallgruppen	117
3. Eltern- und Kindeswünsche	117
a) Reduzierte Versagungsschwelle	118
b) Tatsächliche Verbesserungen	119
4. Grundrechtsschutz	119
a) Umgang	119
b) Erziehungskontinuität	120
5. Anwendung durch das Familiengericht	121
6. Probleme der Überzeugungsbildung	122
a) Richterliche Inhaltskontrolle	122
b) Ungeklärte Bedürfnislage	122
III. Beachtlichkeit des Kindeswillens	123
Kapitel 7: Kriterien des Kindeswohls	125
I. Bewertungskriterien	125
II. Bedürfnislage	126
1. Geplante Gesetzesnovelle	127
2. Kindeswille	130
3. Kein Vorrang der persönlichen Betreuung	131
4. Umzug ins Ausland	132
a) Abbruch der Beziehung	133
b) Umgang als kindliches Bedürfnis	134
c) Bedeutungslosigkeit des Umgangs in Sorgerechtsverfahren	135
5. Eltern- und Kindesinteressen	137
III. Gesetzliches Kindeswohlprinzip (§ 1697a BGB)	138
1. Positive Bestimmbarkeit von basic needs?	139
a) Ergebnisse des Innocenti Report 2016	141
b) Resilienzforschung	142
2. Handlungsmöglichkeiten der Kinder- und Jugendhilfe	143
3. Staatliche Neutralität	144
a) Ineffizienter Schutzauftrag	144

b) Meta-juristische Forderungen	145
4. Grenzbestimmungen	146
a) Kind als Grundrechtsträger	147
b) Ausreichende Kompetenz	148
Kapitel 8: Verfahren in Kindschaftssachen	149
I. Familiengericht	149
1. Iura novit curia?	151
2. Eigene Überzeugung	152
3. Vorgaben des BVerfG	153
4. Ermittlung und Dokumentation des Sachverhalts	154
a) Innere Überzeugung	154
b) Deskription	156
(1) Selektivität	156
(2) Homogenisierung	157
5. Fehlende Qualifikation	158
a) Gesetzliche Anforderungen	158
b) Koalitionsvertrag 2018	159
II. Verfahrensbevollmächtigte	160
1. Ausgangslage des Mandats	161
2. Interessenwahrnehmung	161
3. Wirkung der Vertretung	162
a) Sachargumente auf Augenhöhe	163
b) Fehlende Expertise	163
4. Co-Mandant Kind	165
5. Berufsordnung	165
a) Fachanwaltsordnung	165
b) Patenanzwaltsordnung	166
c) Qualitätsverbesserung	166
III. Jugendamt	167
1. Besonderheiten bei Inobhutnahmen	167
2. Funktion im Verfahren	168
3. Kontrollmitteilung	169
4. Jugendamt und Justiz	170
a) Verantwortungslose Gewaltenteilung	170
b) Kontrollkompetenzen	171
c) Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 27.07.2017	172
d) Gründe des Schutzversagens	172
e) Strafrechtliche Verantwortlichkeit	174
f) Installation einer Kontrollinstanz	174
(1) Hausbesuche	175

(2) Gerichtliche Anordnung	176
IV. Verfahrensbeistand	177
1. Qualifikationen	178
a) Qualitative Standards	179
b) Ermittlung des Willens	180
2. Gerichtlicher Auftrag	180
a) Geeignetheit	181
b) Rolle im Verfahren	182
3. Entlastung des Gerichts	183
4. Kommunikative Kompetenz	184
5. Erweiterte Verantwortungsgemeinschaft	185
6. Probleme der Zusammenarbeit	185
V. Sachverständige	186
1. Ausgangslage	186
2. Ausbau von Kompetenzen	187
3. Kritische Überprüfung durch das Gericht	188
4. Deskriptive Anforderungen	189
5. Praxisbeispiel	190
VI. Verfahrensgerechtigkeit	193
Zusammenfassung	195
Literaturverzeichnis	203
Anlagen	211

Einleitung

Kinder leiten ihre Lebensstellung von ihren Eltern ab. Sie werden in deren Leben hineingeboren, wachsen in deren Lebensverhältnissen auf und werden nach ihren Vorstellungen erzogen. Bei dieser von den Eltern abgeleiteten Lebensstellung des Kindes sind immer auch die individuellen Bedürfnisse des Kindes zu berücksichtigen. Diese Bedürfnisse sind komplex. Eltern müssen sich derer bewusst werden und entsprechend ausreichende Ressourcen zur Verfügung stellen. *Wie* sie das tun, entzieht sich weitestgehend staatlichen Vorgaben. Entscheidend ist, *dass* sie die Grundbedürfnisse ihres Kindes befriedigen und so dessen Wohl sicherstellen. Dabei kann es vorkommen, dass Eltern- und Kinderrechte kollidieren oder der staatliche Kinderschutz auftrag es erforderlich macht, in die (grundrechtlich geschützte) familiäre Lebenswelt einzugreifen. Nur, wenn dort Grenzen überschritten werden, die zu einer besorgniserregenden Gefährdung des Kindes Anlass geben, ist der Staat berechtigt, aber auch verpflichtet, im Rahmen des ihm übertragenen Wächteramtes einzugreifen. Dazu wurden die Jugendämter im Rahmen des Kinder- und Jugendhilferechts des SGB VIII im Jahr 1991 mit neuen Aufgaben und Kompetenzen ausgestattet,¹ beispielsweise erzieherische Hilfsmaßnahmen, Kontrollmitteilungen an das Familiengericht oder Inobhutnahmen. Da durch solche Maßnahmen in elterliche Grundrechte – und gegebenenfalls auch in diejenigen des Kindes – eingegriffen werden kann, bedarf es dafür immer einer besonderen familiengerichtlichen Legitimation.

Im Zentrum aller jugendamtlichen und familiengerichtlichen Entscheidungen und Maßnahmen steht dabei das Kindeswohl. Es besitzt im deutschen Recht eine Doppelfunktion. Wird das Kindeswohl als besonders gefährdet angesehen, dient es als Eingriffslegitimation (Kapitel 4), müssen Entscheidungen im Konflikt streitender Eltern getroffen werden, ist es Entscheidungsmaßstab (Kapitel 5 und 6). Justizielle Hilfen für Eltern in Trennungssituationen gemäß § 1671 BGB sind von den Familiengerichten daher genauso zu leisten wie die Erfüllung von

1 Gesetz zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts vom 26.06.1990, BGBl I, S. 1163.

Schutzmaßnahmen bei Kindeswohlgefährdungen im Rahmen von § 1666 BGB. In beiden Rollen ist das Kindeswohl zu beachten², um der Verwirklichung von Gerechtigkeit als Staatsauftrag³ gerecht zu werden. Die Aufgabe von Rechtsdogmatik hat sich damit gewandelt. Sie stellt nicht mehr nur bloß Entscheidungsmaximen im rechtsformalistischen methodenreinen Sinne zur Verfügung.⁴ Die immer wieder aufs Neue erforderliche Ausfüllung des offenen Rechtsbegriffs des Kindeswohls führt zu richterlichen Akten der Rechtsschöpfung.⁵ Jeweils sind dabei Kinder in ihrer (auch) von den Eltern abgeleiteten Lebensstellung betroffen. Wann beginnt diese unbestimmte, aber doch so bedeutsame und immer wieder hoch emotional und kontrovers diskutierte, elterliche Verantwortung (Kapitel 1 und 2), wann endet sie (Kapitel 4, 5 und 6), wie wird sie ausgeübt (Kapitel 3 und 7), was dürfen Eltern, was müssen sie für ihre Kinder tun, wann darf und muss der Staat eingreifen, um seinen Auftrag Kinderschutz zu erfüllen (Kapitel 4), welche Überprüfungs- und Kontrollmöglichkeiten haben Eltern und Kinder bei staatlichen Eingriffen (Kapitel 4 und 8), welche Hilfen stellt ihnen die Justiz zur Verfügung, wenn sich Eltern inhaltlich über Fragen der Erziehung oder des Lebensmittelpunktes ihrer Kinder nach Trennung nicht verständigen können (Kapitel 5, 6 und 8), welche Anforderungen werden an die Familiengerichte gestellt, und: Können Familienrichter/innen das überhaupt leisten (Kapitel 8)?

Bereits die Frage, wer überhaupt Elternteil eines Kindes ist, kann nicht einfach beantwortet werden: Ist Kindesmutter, auch bei einer im Ausland zulässigen Leihmutterschaft, die gebärende Frau? Oder doch die Frau, deren Eizelle befruchtet und von der Leihmutter ausgetragen wurde? Kann eine nach dem Transsexuellengesetz als Mann geltende Frau Mutter sein? Ist der Vater immer der mit der Mutter verheiratete Mann, auch, wenn das Kind gar nicht von ihm stammt (Kapitel 1)?

Der bei all dem maßgebliche und zu beachtende unbestimmte Rechtsbegriff des Kindeswohls reflektiert reale Lebensumstände. Reflexion bezeichnet diese Beziehung indes nicht vollständig, da die Assimilation des Lebens durch Dogmatik (und umgekehrt) immer eine wertende Betrachtung einbezieht, also Gewolltes und Gesolltes hervorbringt. Eine wertfreie Bestimmung des Kindeswohls wird es deshalb nicht geben können. Die Vielschichtigkeit dessen, was das Kindeswohl ist oder besser: sein soll, wird den Familienrichtern/innen jedoch von den verfahrensbeteiligten Akteuren immer wieder aufs Neue präsentiert.

2 Zur Bedeutung und Entwicklung des Kindeswohls im englischen Recht vgl. Oldenburger S. 220f.

3 Coester (1983) S. 143.

4 Dazu Weber (1972) S. 397, 469, 507ff.; Hesse (1985) S. 170 f; Henke (1976) S. 392f.

5 Die von Weber (1972), S. 512, noch als antiformal und als Rückschlag gegen die Herrschaft des Fachmenschtums und den Rationalismus kritisiert wurden.

Individuelle Wahrnehmungen und Wertungen von Eltern und ihrer bevollmächtigten Anwälte⁶ stehen den Einschätzungen und Empfehlungen von Jugendamt, Verfahrensbeistand und gegebenenfalls Sachverständiger/m gegenüber. Am Kindeswohl auszurichtende Entscheidungen verlangen deshalb von dem/der Richter/in, den Wirrwarr aufzulösen. Dazu sollen eigene Wertvorstellungen neutralisiert werden; der richterliche Blick soll ein solcher sein, der die individuellen familiären, milieubedingten, sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen, religiösen und weltanschaulichen Besonderheiten berücksichtigt – und als hinzunehmende Lebensumstände des Kindes akzeptiert. Nicht nur bei Entscheidungen in Kindschaftsangelegenheiten von in Deutschland lebenden Migranten ist dafür ein großes Fingerspitzengefühl erforderlich. Mit anderen Worten: Familienrichter/innen müssen aus ihrer Sicht durchaus merkwürdig anmutende Ausgestaltungen in der privaten Lebensführung akzeptieren, also auch, wenn sie von ihnen persönlich als unpassend empfunden werden oder von als allgemeingültig anerkannten Werten abweichen – jedenfalls solange sich nicht eine konkrete Gefährdung des Kindeswohls feststellen lässt. In diesem Sinne und auf diesem Weg soll von ihnen das Kindeswohl (grundlegend Kapitel 7) ermittelt und diesem gemäß entschieden werden.

Gefährdungen oder gar schon Beeinträchtigungen des Kindeswohls müssen aufgrund von aus der jeweiligen verfahrensrelevanten Gemengelage zu kondensierenden konkreten Tatsachen vom Familiengericht positiv festgestellt werden, um erforderliche Schutzmaßnahmen anordnen zu können. Aufgrund der elterlichen Autonomie und der angeordneten staatlichen Neutralität in allen Erziehungsfragen fällt es indes regelmäßig schwer, festzustellen, ob im Einzelfall die Toleranzgrenze zum Kinderschutz überschritten ist. Nur dann kann und darf der Staat eingreifen und schützend tätig werden. Befindet sich das Kind allerdings noch innerhalb tolerabler Leitplanken von Lebensumständen, dürfen Eingriffe nicht erfolgen und von daher auch nicht gerichtlich legitimiert oder angeordnet werden.

Die von den Eltern subjektiv erlebten und anwaltlich zielorientiert gefiltert vorgetragenen Lebenssachverhalte liefern in den allermeisten Fällen für Gericht und Jugendamt ein äußerst heterogenes Bild. Aus dem so für den/die Tatrichter/in erfahrbaren rudimentären Fragment eines Lebenssachverhalts müssen schwerwiegende Entscheidungen getroffen werden. Von der höchstrichterlichen Rechtsprechung werden deshalb ganz besonders hohe Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung der Familienrichter/innen gestellt.

Ist einmal eine familiengerichtliche Beschlussentscheidung getroffen worden, gelangen zudem Überprüfungs- und Kontrollkompetenzen in Bezug auf dessen

6 Deren Qualität der Mandatsführung determiniert nicht nur unwesentlich, ob es tragfähige Kompromisse im Sinne des Kindeswohls oder streitige Entscheidungen gibt.

Wirkungen in den Blick. Sie stellen in der Praxis ein großes Problem dar. Aktuell wird dieses Defizit im Fall des Freiburger Missbrauchskandals öffentlich – und dementsprechend kritisiert.⁷ Hintergrund ist, dass Familiengerichte die Jugendämter nicht mittels Entscheidung zu Kontroll- und Überprüfungsmaßnahmen verpflichten können. Es besteht allenfalls die Option, um Informationen (Rückmeldungen) zu Hilfsmaßnahmen oder auflagentemgemäßem Verhalten der Eltern zu bitten. Quantität und Qualität von dafür erforderlichen Kontrollen sind indes nicht anordbar (in Form einer besonderen Kinderschutzbehörde ist das in den Niederlanden anders gelöst).⁸ Die Einhaltung der den Eltern mittels gerichtlichem Beschluss auferlegten Bedingungen zum Schutz des Kindes bleibt daher vielfach im Dunkeln. Es existieren keine verbindlichen Überprüfungs- und Kontrollinstanzen. Nachfragen und Bitten an das Jugendamt oder die Sorgeberechtigten, dem Gericht ein Update zur Entwicklung des Kindeswohls nach der getroffenen Entscheidung zu geben, sind alles, was das Familiengericht zur Überprüfung und gegebenenfalls Änderung oder Aufhebung der Entscheidung unternehmen kann. In der großen Zahl der Fälle informiert das häufig personell defizitär ausgestattete Jugendamt das Familiengericht nur, wenn angeordnete und weiterhin erforderliche Hilfsmaßnahmen abgelehnt werden und dadurch (erneut) eine Kindeswohlgefährdung besteht; Verbesserungen des Kindeswohls und damit verbunden Aufhebungen von gerichtlich angeordneten Maßnahmen beschäftigen die Gerichte selten – die Akten werden, wenn keine weiteren Informationen an das Gericht gelangen, weggelegt.

Von Seiten der Politik wurden allerdings im Lichte des nicht verhinderten Kindesmissbrauchs in Stufen verpflichtende Fortbildungen von Familienrichtern/innen zu den Themen Missbrauch und Gewalt gefordert, außerdem sollen die Beteiligten effizienter zusammenarbeiten.⁹ Konkrete Lösungen oder Lösungsvorschläge gibt es dazu noch nicht. Auch nicht im nach zähen Verhandlungen Anfang 2018 verfassten Koalitionsvertrag der Bundesregierung.

7 <http://www.sueddeutsche.de/panorama/missbrauchsfall-in-staufen-blick-in-die-hoelle-1.3949249>; <https://www.stern.de/panorama/stern-crime/missbrauchsfall-von-staufen-viele-wussten-es-niemand-handelte-7846580.html>; <https://www.suedkurier.de/nachrichten/baden-wuerttemberg/Wer-hat-versagt-Die-wichtigsten-Fragen-und-Antworten-zum-Missbrauchsfall-in-Staufen;art417930,9703512>; https://www.focus.de/panorama/welt/kind-wurde-an-freier-vermietet-behoerden-versagen-in-freiburg-gericht-schickt-jungen-in-missbrauchs-familie-zu-rueck_id_8303450.html; <http://www.sueddeutsche.de/panorama/freiburg-missbrauchsfall-jugendamt-1.3836911>; <http://www.sueddeutsche.de/panorama/kriminalitaet-kindesmissbrauch-im-breisgau-ein-kollektives-versagen-1.3833183>; <https://www.welt.de/vermishtes/article17255970/Missbrauch-in-Freiburg-Auf-die-eigene-Mutter-kam-kein-Richter.html>.

8 Dazu näher Kapitel 4 – IV. 5.

9 So die Forderung der Bundesjustizministerin Katarina Barley in <https://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.nach-missbrauchsfall-im-raum-freiburg-familienministerin-barley-for-dert-mehr-sachverstand-an-gerichten.00ee97c8-277c-4f8a-9fa2-7a54d5b95d34.html>; Heilmann (2018); auch Salgo (2018).

Dort ist lediglich vorgesehen, das Verhältnis der Kooperation von Familiengericht und Jugendamt zu optimieren. Wie das geschehen soll, bleibt offen und letztlich vage.¹⁰ Um das erforderliche *Wie* einer solchen Kooperationsverbesserung näher zu ergründen, müssen die maßgeblichen Ursachen der bestehenden Defizite aufgezeigt werden (dazu v.a. Kapitel 8.). Es ist davon auszugehen, dass jede gesetzliche Neuregelung zunächst kritisch auf die Unzulänglichkeiten der bisherigen Regelung schauen muss, um effektive Alternativen zur Verbesserung des Kinderschutzes formulieren zu können.¹¹ Und dabei ist es nicht nur das materielle Recht, sondern auch das gerichtliche Verfahren selbst, das für die Umsetzung eines wirksameren Kinderschutzes von großer Bedeutung ist. Der Fokus auf das Kindeswohl erfordert also auch eine besondere verfahrensrechtliche Perspektive. Anhand von Beispielen aus der familiengerichtlichen Praxis werden deshalb die einzelnen Akteure in ihrer Funktion und Rolle vorgestellt (Kapitel 8 – I.–V.). Dabei gelangen auch nicht immer öffentlich zugängliche Interaktionen und Strategien in den Blick. Sie zeigen, wie die Akteure die Entscheidung zu beeinflussen versuchen und welche Auswirkungen ihr Handeln auf das exponierte Kindeswohl hat.

Auch außerhalb von Verfahren bei Kindeswohlgefährdungen kommt es immer wieder zu streitigen Auseinandersetzungen vor den Familiengerichten und negativen Folgen für das Kindeswohl. Dabei ist häufig die Frage zu beantworten, ob aufgrund der Trennung der Eltern das Kind künftig bei der Mutter oder dem Vater leben soll. Ob die eine oder andere Option besser für das Kind ist, muss vom Familiengericht entschieden werden. Anders als bei Gefährdungslagen wird hier eine originär im Rahmen der Ausgestaltung des Sorgerechts den Eltern obliegende Entscheidung auf das Familiengericht übertragen. Es müssen Bindungen des Kindes, erzieherische Konzepte und Kompetenzen, kommunikative Fähigkeiten und vieles mehr festgestellt und in Anbetracht der darauf fußenden aktuellen Bedürfnislage prognostisch bewertet werden. Das Familiengericht hat damit die Perspektive eines idealtypisch kindeswohlorientiert handelnden Elternteils einzunehmen und zu entscheiden, was für das Kind in Anbetracht der bestehenden Optionen und aller damit in Verbindung stehenden Auswirkungen das Beste oder Günstigste ist. Die Verantwortung für eine jede solche Entscheidung, die der Staat den Familienrichtern/innen auferlegt, ist hoch. Ihre Entscheidungen ändern Lebenswelten und beeinflussen Lebensschicksale.

Sowohl für die Übernahme elterlicher Entscheidungsverantwortung als auch zur Feststellung und Anordnung von Maßnahmen des Kinderschutzes müssen

10 Koalitionsvertrag 2018, S. 21f.

11 Fegert/Kliemann beleuchten die Forderung nach Richterfortbildung im Familienrecht beispielsweise aus kinder- und jugendpsychiatrischer und psychotherapeutischer Sicht.

Familienrichter/innen allerdings ihren juristischen Fachblick verlassen und sich außerjuristischen Professionen wie Pädagogik, Entwicklungspsychologie, Entwicklungsphysiologie, Kindschaftswissenschaften u.s.w. zuwenden. Selbst Fachgutachten von Kinder- und Jugendpsychologen müssen von den Richtern/innen kritisch überprüft werden, wenn sie der eigenen Entscheidung zugrunde gelegt werden sollen. Dazu bedarf es der Überzeugung von der Richtigkeit der dortigen Feststellungen und darauf basierenden Empfehlungen. All das wird von den Familienrichtern/innen gefordert, indes weder in der universitären Ausbildung noch richterlichen Schulung ausreichend berücksichtigt. Auch die Verfahrensordnung sieht keine verbindlichen Regeln vor, wie sich in Ermangelung dazu fehlender Fachkunde beispielsweise durch obligatorische Hinzuziehung externer Fachprofessionen eine solche Überzeugung des/der Richter/innen bilden soll. Neben diesen Schwierigkeiten der Rechtsfindung haben Familiengerichte keine rechtlich verbindlichen Kontrollinstanzen und -möglichkeiten in Bezug auf beschlossene richterliche Auflagen zur Gewährleistung des staatlichen Kinderschutzauftrages. Wo steht das Kindeswohl demnach im geltenden Recht? Und: Ist das Kindeswohl (überhaupt noch) im Recht?

Kapitel 1: Elternschaft

Es gibt viele rechtliche Bereiche, in denen das Kindeswohl eine Rolle spielt. Keiner dieser Regelungskomplexe ist aber so bedeutsam wie das Familienrecht des BGB. Es regelt, unter welchen Voraussetzungen Eltern die gemeinsame Sorge für ihr Kind ausüben (dürfen), bei wem das Kind unter welchen Voraussetzungen nach einer Trennung lebt und auch, wann der Staat in die grundrechtlich geschützte elterliche Kompetenz eingreifen und beispielsweise Schutzmaßnahmen für das Kind bis hin zur Unterbringung in einer Pflegefamilie anordnen kann. Zentraler Bereich der Regelungen zum Kindeswohl im BGB ist das 4. Buch, 5. Titel, also die §§ 1626 ff. BGB.

Explizit genannt werden dort in § 1626 Abs. 1 Satz 2 BGB die Personen- und Vermögenssorge. Gemäß § 1626 Abs. 2 Satz 1 BGB haben die Eltern die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem verantwortungsbewusstem Handeln bei all ihren Entscheidungen zu berücksichtigen. Die Entwicklung der Fähigkeit, in der Gemeinschaft zusammen zu leben – ein wichtiger Aspekt des Kindeswohls – ist als ein Ziel auch in § 1 Abs. 3 SGB VIII definiert.¹² Daneben ist das in § 1697a BGB ausdrücklich als maßgeblich genannte Kindeswohl zu berücksichtigen, wenn sich Eltern trennen und einer von ihnen gemäß § 1671 BGB beantragt, ihr/ihm das Sorgerecht, auch in Teilen, allein zu übertragen. Der Staat wiederum ist berechtigt, aber auch verpflichtet, Gefährdungen des Kindeswohls zu verhindern. Ihm kommt ein Wächteramt zu. Dieses Wächteramt, abgeleitet aus Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG, ist in allen Verfahren des § 1666 BGB bei Gefährdungen des Kindeswohls zu berücksichtigen, die Eingriffsvoraussetzungen in geschützte Rechtspositionen sind von den Familiengerichten in jedem Fall kritisch zu überprüfen. Dabei geht es um die elterlichen Sorgerechte, grundgesetzlich geschützte Rechtspositionen von Kindern, weitestgehende staatliche Toleranz, Neutralität und Eingriffsabstinenz, aber auch um die Legitimation aktiven Schutzhandelns, wenn nötig.

12 Vgl. dazu Coester (1983) S. 183 ff.; OLG Karlsruhe FamRZ 1974, 661; Bayerisches Oberstes Landesgericht FamRZ 1983, 86.

Erstmals wird das Kindeswohl als Begriff in § 1626 Abs. 3 BGB angeführt: Zum Wohl des Kindes gehört danach in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen. Näher geregelt ist der Umgang mit den Eltern dann in § 1684 BGB. Umgangsrechte können aber auch in Bezug auf andere Personen bestehen (§ 1685 BGB). Zu ihnen muss das Kind jedoch zu bestimmten Bindungen besitzen, zum anderen ist es erforderlich, dass die Aufrechterhaltung oder Einrichtung solcher Umgänge für die Entwicklung des Kindes förderlich ist.¹³ Nun bestehen Umgangsrechte aber grundsätzlich unabhängig von der elterlichen Sorge. Auch, wenn ein Elternteil kein Sorgerecht innehat, kann oder muss ein Umgangsrecht eingeräumt und quantitativ konkretisiert werden.¹⁴ Es verwundert daher schon etwas, dass der Umgang im Recht der elterlichen Sorge des BGB zu Beginn dessen 5. Titels verwendet wird, um den Begriff des Kindeswohls einzuführen.

Bevor allerdings über die Ausgestaltung von Umgängen, Eingriffe in elterliche Sorgerechte und Schutzmaßnahmen für Kinder zu entscheiden ist, muss die Frage geklärt werden, wer überhaupt Elternteil des Kindes ist und wie sich diese Elternschaft auf das Sorgerecht auswirkt. Denn die Berechtigung zur Ausübung der elterlichen Sorge hängt maßgeblich von der Frage ab, wer Mutter und wer Vater des Kindes ist. Das scheint auf den ersten Blick einfach beantwortet werden zu können. Jedoch: In Anbetracht der fortschreitenden medizinischen Entwicklung und damit verbundenen Möglichkeiten künstlicher Befruchtung, Geschlechtsumwandlungen unter Einschluss und Berücksichtigung des Transsexuellengesetzes sowie im Ausland zulässiger Leihmutterschaften ergeben sich eine Vielzahl von Problemen.¹⁵

I. Mutterschaft

Gemäß § 1591 BGB ist die Mutter eines Kindes die Frau, die es geboren hat. Diese rechtliche Mutterschaft kann indes aufgrund aktueller Entwicklungen der Reproduktionsmedizin (dazu sogleich unter 2.), aber auch einer Geschlechtsänderung bzw. -anpassung nach dem Transsexuellengesetz (TSG), problematisch werden: Danach ist es möglich, dass eine zum Mann gewordene Frau ein Kind entbindet. Ist dann der Mann Mutter des Kindes?

13 Vgl. dazu BGH FamRZ 2017, 1668, mit Anmerkung Schürmann in juris-PR FamR 10/2018, Anm. 6.

14 Vgl. Jaeger in Johannsen/Henrich, § 1684 Rz. 2.

15 Vgl. dazu Campbell.

1. Transsexualität

Der Bundesgerichtshof hat durch Beschluss vom 06. September 2017 eine im Personenstandsregister als Mann eingetragene Person nicht zum Vater, sondern zur Mutter seines Kindes erklärt.¹⁶ Dabei hatte zunächst einmal unabhängig von der standesamtlichen Eintragung des Geschlechts im biologischen Sinne eine Frau ein Kind geboren. Zuvor war sie jedoch gerichtlich zum Mann erklärt worden, weil sie sich im falschen Körper befand. Gemäß § 10 TSG richten sich die Rechte dieses neuen Mannes nach dessen neuem eingetragenen Geschlecht. Im Hinblick auf die Bestimmung der Abstammung sieht der Bundesgerichtshof aber gleichwohl erhebliche Probleme. Es komme seiner Ansicht nach nicht so sehr auf die rechtliche Bewertung des Geschlechts und der Person an, sondern auf die biologische Abstammung. Und in dieser Hinsicht habe nur eine als Mann *geltende* Frau ein Kind geboren, sodass er nach Auffassung des Bundesgerichtshofs fraglos zur Mutter des Kindes geworden sei.¹⁷ Damit wurde höchst-richterlich geklärt, dass Geschlechtsänderungen nach dem Transsexuellengesetz bei späteren Geburten nicht dazu führen, dass ein Kind mutterlos geboren wird; Männer können so zur Mutter werden.

2. Leihmutterschaft

Ein Kind muss nach Auffassung des Bundesgerichtshofs also immer eine Mutter haben, auch, wenn es sich bei ihr im Rechtssinne um einen Mann handelt. Die Entbindung eines Kindes begründet per se immer die rechtliche Mutterschaft. Auf die genetische Abstammung des Kindes, also u. a. die Frage, von wem die befruchtete Eizelle stammt, kommt es für diese rechtliche Mutterschaft im Sinne von § 1591 BGB nicht an. Der Gesetzgeber akzeptiert, dass die ein Kind entbindende Frau nicht unbedingt dessen genetische Mutter ist. Es besteht folglich auch keine Möglichkeit, eine abweichende genetische Mutterschaft feststellen zu lassen; das dafür erforderliche Eltern-Kind-Verhältnis wird grundsätzlich abgelehnt.¹⁸ Nur die Niederkunft bestimmt den rechtlichen Status, wer Mutter des Kindes ist.¹⁹ Aufgrund der im Ausland mittlerweile etablierten legalen Leihmutterschaften kann es allerdings in Betracht kommen, neben einer natürlichen Mutterschaft qua Geburt auch eine genetische Mutterschaft anzunehmen. Das

16 BGH, Beschluss vom 06.09.2017, Az.: XII ZB 660/14.

17 BGH FamRZ 2017, 1855.

18 Friederici in Weinreich/Klein, § 1591 Rz. 12.

19 Einzige Ausnahme ist die Feststellung der genetischen Mutterschaft beim Verdacht, das Kind könne vertauscht worden sein, so OLG Bremen FamRZ 1995, 1291, unter Hinweis auf das seinerzeit in § 640 Abs. 2 Nr. 1 ZPO a. F. geregelte Statusverfahren.

Kind wird dabei zwar von einer Leihmutter geboren, stammt genetisch aber von der Frau ab, deren befruchtete Eizelle ihr eingesetzt worden war; man spricht in diesen Fällen auch von einer sogenannten gespaltenen Mutterschaft.²⁰

a) Ausländische Bestätigung

Paare, denen eine Schwangerschaft unmöglich und eine Adoption zu mühselig (oder aus anderen Gründen ausgeschlossen) ist, suchen daher im Ausland nach Lösungen. In vielen Ländern sind Leihmutterschaften legal etabliert.²¹ In Florida beispielsweise besteht die Möglichkeit einer solchen legalen Leihmutterschaft, das heißt, einer Frau wird die befruchtete Eizelle einer anderen Frau zum Austragen des in vitro gezeugten Kindes eingesetzt. Hierfür zahlen die Eltern respektive die nicht gebärfähige Frau Summen zwischen 40.000,00 USD und 100.000,00 USD.²² Ohne andere richterliche Bestimmung wird die das Kind entbindende Frau (in Florida) zur Mutter. Vertraglich wird sie allerdings wirksam verpflichtet, das Kind unmittelbar nach der Geburt ihrer Vertragspartnerin zu übergeben.²³ Sie wird von allen Pflichten, aber auch Rechten, freigestellt. Es besteht somit für die Frau, von der die befruchtete Eizelle stammt, schon vor der Entbindung, aber auch noch 2 bis 3 Wochen danach, die rechtliche Möglichkeit, als Kindesmutter (vom Bundesstaat Florida) festgestellt zu werden. Das u. a. für die richterliche Bestätigung dieser besonderen Form der genetischen Mutterschaft der Frau, von der lediglich die befruchtete Eizelle stammte, erforderliche Abstammungsattest stellt ein (häufig anderes) Krankenhaus aus. Das ist in dieser Form u. a. auch in Kalifornien und Georgien möglich. Nach der Entbindung, aufgrund der vertraglichen Inhalte regelmäßig durch Kaiserschnitt, wird die Leihmutter zwar formal als Mutter vom Krankenhaus registriert, dieser Eintrag dann aber aufgrund der davon abweichenden offiziellen Feststellung der Mutterschaft mittels gerichtlichem Beschluss ersatzlos wieder gelöscht und durch den Namen der genetisch-rechtlichen Mutter ersetzt.²⁴ Denn die entbin-

20 Dazu Wellenhofer in MüKo BGB, § 1591 Rz. 11 ff. m.w.N.

21 Beispielsweise ist diese Form der Leihmutterschaft in Indien, Israel, Russland und einigen anderen Ländern auch im nicht altruistischen Sinn erlaubt; ein Überblick findet sich bei Wellenhofer in MüKo BGB, § 1591 Rz. 17 m.w.N.

22 Das erfolgt meistens in Form eines Trusts Management Agreement, in dem dann auch die konkreten Fälligkeiten der Teilzahlungen bestimmt werden, siehe das Beispiel als Anlage 1.

23 Als Anlage 2 ein Beispiel für ein Surrogate Parenting Agreement, welches die Besonderheit aufweist, dass der Leihmutter nicht die befruchtete Eizelle einer anderen Frau eingesetzt wird, sondern eine künstliche Befruchtung durch den Samen eines Mannes erfolgt; die Leihmutter überträgt dem Mann sogleich sämtliche elterlichen Rechte (einschl. des Sorgerechts) für das von ihr gegen Entgelt auszutragende Kind.

24 Beispielsweise durch die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung eines amerikanischen Gerichts zur Eltern- und insbesondere Mutterschaft, hier des Superior Court in

dende Mutter stellt nach Auffassung des Gesetzgebers in Florida nur eine Art Medium dar,²⁵ da sie lediglich die von einer anderen Frau stammende befruchtete Eizelle für diese austrage; sie werde daher nicht zur Mutter des Kindes, auch, weil eine entsprechende wirksame Vereinbarung darüber vorliege.

b) Eintragung im Personenstandsregister

In Ansehung von Art. 19 Abs. 1 EGBGB entfaltet eine ausländische Leihmuttergeburt in Deutschland allerdings keine unmittelbare rechtliche Wirkung.²⁶ Die Leihmutter würde nach deutschem Recht vielmehr fraglos selbst zur Mutter ihres Kindes. Das wiederum ist nach dem ausländischen Recht anders, denn die Leihmutter wird dort regelmäßig nicht zur rechtlichen Mutter, diesen Status erhält die genetische Mutter.²⁷ Problematisch wird dieser Umstand immer dann, wenn in Deutschland eine nachträgliche Anerkennung der im Ausland überwiegend richterlich dokumentierten genetischen Mutterschaft erfolgen soll. Der Wortlaut des § 1591 BGB spricht gegen eine Anerkennungsfähigkeit und Eintragung. Der deutsche Gesetzgeber hat in diesem Zusammenhang mittels des Embryonenschutzgesetzes klargestellt, dass jegliche Leihmutterschaft verboten ist: Die Insemination einer befruchteten Eizelle in die Gebärmutter einer anderen Frau darf von Ärzten in Deutschland nicht durchgeführt werden. Ob das Kind durch Samenspende oder durch künstliche Befruchtung gezeugt wurde, spielt darüber hinaus für die alleinige Mutterschaft der das Kind entbindenden Frau genau so wenig eine Rolle wie der Umstand, dass die befruchtete Eizelle nicht von ihr stammt. Auch, wie das Kind zur Welt kommt, also durch Kaiserschnitt oder natürliche Geburt, ist für die Anerkennung der Mutterschaft qua Geburt bedeutungslos.

Mit einer offiziellen Bestätigung, Mutter des Kindes zu sein, kann demgegenüber gleichwohl in Deutschland eine Eintragung im Personenstandsregister erfolgen: Obschon das Kind also im Ausland von einer Leihmutter entbunden wurde, kann die genetische *Zahl- oder Wunschmutter* nach deutschem Recht – trotz Verbots von Leihmutterschaften in Deutschland – zur Mutter i. S. v. § 1591 BGB werden.²⁸ Diese Form einer im Sinne von § 1591 BGB nicht natür-

Kalifornien/ USA, siehe AG Heidenheim, Beschluss vom 11. 04. 2017, Az.: 9 F 191/17; so auch OLG Düsseldorf FamRZ 2015, 1638; BGH FamRZ 2015, 240, mit Anmerkung Strohal in jurisPR FamR 6/2015, Anm. 5; kritisch dazu Frie.

25 Sie wird als *Carrier* bezeichnet.

26 Dazu Duden in jurisPK-BGB, Art 19 EGBGB Rz. 18 ff.

27 Vgl. dazu Duden S. 106 f.

28 Nach OLG Celle FamRZ 2017, 1496, genügt dafür bereits eine ausländische standesamtliche Eintragung; BGH FamRZ 2015, 240, mit Anmerkung Strohal in jurisPR-FamR 6/2015, Anm. 5; anders als OLG Celle a. a. O. in Bezug auf die Ukraine aber OLG München MDR 2018, 678, mit Anmerkung Löhnig in NZFam 2018, 38.

lichen Mutterschaft widerspricht dem deutschen Recht.²⁹ Auf die Tatsache, dass die Leihmutter eine fremde befruchtete Eizelle ausgetragen hat, kommt es nach deutschem Recht nicht an. Gleichwohl akzeptiert es die Rechtsprechung, dass bei einer Geburt im Ausland aufgrund offizieller richterlicher Bestätigung über die dortige (rechtliche) Mutterschaft eine Eintragung dieser Mutterschaft im deutschen Personenstandsregister möglich ist.³⁰ Der Bundesgerichtshof hat sich kürzlich explizit mit dieser Frage befasst und entschieden, dass eine Eintragung als Mutter auch bei ausländischer Niederkunft mittels Leihmutter grundsätzlich erfolgen könne. Ein wichtiges Argument dafür sei das Kindeswohl. Sollte eine Anerkennung in Deutschland nicht erfolgen, hätte das Kind gar keine Mutter, so der Bundesgerichtshof.³¹ Wie der Bundesgerichtshof herausgestellt hat, ist dafür allerdings sowohl die genetische Abstammung des Kindes von der Wunschmutter als auch ein dem *ordre public* entsprechendes ausländisches Feststellungsverfahren erforderlich.³² In Rechtsprechung und Literatur umstritten ist jedoch auch weiterhin, ob ausländische Bestätigungen überhaupt Entscheidungen i. S. v. § 108 FamFG sind, oder, ob sich die Eintragungsvoraussetzungen nach Art. 19 EGBGB richten.³³

c) Eingeschränkte natürliche Mutterschaft

Die Exklusivität einer biologischen Mutterschaft qua Entbindung gemäß § 1591 BGB wird damit aufgeweicht. Zwar wird die biologische Abstammung auf der einen Seite betont, wenn eine in rechtlicher Hinsicht zum Mann gewordene Frau zur Mutter *seines* Kindes wird. Auf der anderen Seite akzeptiert die Rechtsprechung die Eintragung einer Mutter ins Personenstandsregister, auch, wenn sie

29 Gegen eine Änderung von § 1591 BGB spricht sich Campbell aus.

30 AG Heidenheim, Beschluss vom 11.04.2017, Az.: 9 F 191/17, in Bezug auf ein mittels Leihmutterchaft in Kalifornien, USA, geborenes Kind; AG Konstanz FamRZ 2016, 248; OLG Düsseldorf FamRZ 2015, 1638; anders aber OLG Braunschweig FamRZ 2017, 972 (nicht rechtskräftig, die Rechtsbeschwerde ist beim BGH unter dem Az. XII ZB 224/17 anhängig).

31 BGH FamRZ 2015, 240; in Italien dagegen darf aufgrund des Verbotes von Leihmutterchaften ein durch eine Leihmutterchaft geborenes Kind von seinen Wunscheltern weggenommen und in ein Heim oder Pflegefamilie gebracht werden, entschied am 24.01.2017 die Große Kammer des EGMR zum Az.: 25358/12, das Kindeswohl habe gegenüber dem staatlichen Verbot und der damit bezweckten Verhinderung einer Kommerzialisierung solchen Vorgehens zurückzutreten, so der EGMR in zweiter Instanz, vgl. EGMR, Urteil vom 24.01.2017, Az.: 25358/12.

32 BGH FamRZ 2015, 240, mit Anmerkung Strohal in jurisPR-FamR 6/2015, Anm. 5.

33 Siehe dazu insbesondere den Abschlussbericht des Arbeitskreises für Abstammungsrecht aus 2017 unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/07042017_AK_Abstimmung_Abschlussbericht.pdf?jsessionid=4B9F5613F3457A3746E6402CA06268EC.1_cid297?__blob=publicationFile&v=4; Unger; Löhnig in NZFam 2018, 38; OLG Celle FamRZ 2017, 1496; BGH FamRZ 2015, 240; OLG München FamRZ 2018, 696; dazu auch BGH FamRZ 2017, 1687, mit Anmerkung Duden; Duden S. 29f.