

Empfehlungen des Deutschen Vereins für eine Reform des Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrechts

Die Empfehlungen (DV 4/20) wurden am 24. November 2020 vom Präsidium des Deutschen Vereins verabschiedet.



Deutscher Verein

für öffentliche und
private Fürsorge e.V.

Inhalt

Vorbemerkungen	3
1. Grundsätzliche Leitgedanken	4
2. Reformbedarf im Sorgerecht	6
Ausgangspunkt: gemeinsame elterliche Sorge	6
Beginn und Ende elterlicher Sorge	7
Elterlicher Umgang als Ausübung der elterlichen Sorge?	10
„Kleines Sorgerecht“	11
3. Reformbedarf im Umgangsrecht	12
Ausgangspunkt	12
Wahl und Umsetzung des Betreuungsmodells	12
Berücksichtigung des Kindeswillens/Beteiligung des Kindes	14
Reformbedarf beim „Wechselmodell“?	15
Umgangsausschluss, begleiteter Umgang	16
Umgang mit Dritten	17
4. Reformbedarf im Unterhaltsrecht (insbesondere zu Modellen erweiterter Betreuung)	18
Status Quo	19
Düsseldorfer Tabelle als Orientierungspunkt unterhaltsrechtlicher Berücksichtigung erweiterter Betreuungsmodelle?	19
Beiderseitige Barunterhaltspflicht	21
Wechselmehrkosten, insbesondere Wohnkosten	21
Anrechnung des Kindergeldes	23
Vertretungsbefugnis in Bezug auf den Kindesunterhalt	24
5. Wechselwirkungen mit anderen Rechtsgebieten	24
6. Umfassende und ergebnisoffene Beratung anlässlich Trennung/Scheidung	26
Strukturen der Kinder- und Jugendhilfe	26
Voraussetzungen, Ziele und Methoden der Beratung	27
Partizipation von Kindern und Jugendlichen	30
Präventive Angebote nach § 16 SGB VIII	30

Vorbemerkungen

Der Deutsche Verein hat bereits in verschiedenen Zusammenhängen darauf hingewiesen, dass das geltende Recht gesellschaftliche Entwicklungen aufgreifen und abbilden und dabei möglichst alle Lebenslagen und Lebensentwürfe der Menschen angemessen berücksichtigen muss. Wenn das Recht an vielen Stellen nach wie vor am traditionellen Familienbild von „(verheirateten) Vater, Mutter, Kind(ern)“ mit übereinstimmender genetischer, rechtlicher und sozialer Elternschaft anknüpft, stellt sich die Frage, ob dies der Vielfalt von Familie hinreichend gerecht wird. Gleiches gilt im Hinblick auf die gelebte Vielfalt an Familien- und Betreuungsmodellen nach Trennung und Scheidung. Einerseits werden hier seit langem Reformbedarfe angemahnt¹ und das Festhalten am klassischen Modell „ein Elternteil betreut, ein Elternteil bezahlt“ kritisch diskutiert sowie eine stärkere Unterstützung von Eltern und Kindern im Trennungs-/Scheidungsfall insbesondere auch bei gemeinsamer Betreuung und Erziehung eingefordert. Andererseits lebt ein Großteil der Kinder nach wie vor im Residenzmodell und viele Eltern sind mit der eigenen Betreuungsregelung zufrieden.² Auch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) hat zur Erörterung bestehender Reformbedarfe zwei Arbeitsgruppen eingesetzt. Während die AG zum Unterhaltsrecht bereits in 2017 ihre Arbeit abschließen konnte, fand die AG „Sorge- und Umgangsrecht, insbesondere bei gemeinsamer Betreuung nach Trennung und Scheidung“ („AG Sorge- und Umgangsrecht“) erst im September 2019 ihren Abschluss und veröffentlichte als Arbeitsergebnis 50 Thesen.³ Das BMJV hat nunmehr einen auf der Grundlage der Ergebnisse dieser beiden Arbeitsgruppen basierenden Gesamtentwurf für eine Reform des Kindschafts- und Unterhaltsrechts angekündigt.

Um dieses Vorhaben zu begleiten, hat der Deutsche Verein mit den vorliegenden Empfehlungen Anforderungen an eine entsprechende Reform formuliert. Dabei werden aus Sicht des Deutschen Vereins bestehende Reformbedarfe im Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrecht, aber auch anderen Rechtsgebieten aufgezeigt, ohne sich allein auf die Diskussionen rund um das „Wechselmodell“ zu beschränken. Vielmehr sollen insbesondere auch die schwierige finanzielle Situation von Trennungsfamilien – unabhängig vom Betreuungsmodell – zum Gegenstand gesellschaftlicher und politischer Diskussion gemacht und Verbesserungen für alle Trennungsfamilien angestoßen werden. Gleichzeitig darf nicht darüber hinweggesehen werden, dass immer mehr Elternteile ihre Kinder allein und ohne Hilfe des anderen Elternteils erziehen.⁴ Eine Reform des Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrechts muss daher auch weiterhin den besonderen Bedürfnissen von Alleinerziehenden Rechnung tragen. Schließlich soll der Blick auch auf weitere Reformbedarfe etwa im Bereich sozialer Elternschaft gelenkt werden.

Ihre Ansprechpartnerin
im Deutschen Verein:
Dr. Romy Ahner.

1 Vgl. bspw. die Diskussionen im Rahmen der Familiengerichtstage (<https://www.dfgt.de/>) und im Rahmen insbesondere des 71. und 72. Deutschen Juristentages (<https://djt.de/djt-e-v/der-verein/publikationen/>).

2 Siehe hierzu die Ausführungen unter Gliederungspunkt „Reformbedarf beim Wechselmodell?“.

3 https://www.bmjb.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/102919_Thesen_AG_SorgeUndUmgangsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2

4 Im Jahr 2017 lebten insgesamt 2,6 Millionen Menschen als alleinerziehende Mütter oder Väter, von denen 59 % minderjährige Kinder hatten. 17 % der minderjährigen Kinder in Deutschland wurden 2017 bei einem alleinerziehenden Elternteil groß. Alleinerziehende machen damit 19 % aller Familien aus. DESTATIS: Familie, Lebensformen und Kinder, Auszug aus dem Datenreport 2018.

1. Grundsätzliche Leitgedanken

Die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen, familiäre Selbstverständlichkeiten und damit auch die Lebensrealitäten von Frauen und Männern haben sich in den vergangenen Jahrzehnten verändert. Das findet seinen Niederschlag in den Wünschen und Vorstellungen von familiärem Zusammenleben, geschlechterbezogenen Rollenbildern, Verantwortungsübernahmen im Rahmen der Familie sowie im Umfang der Erwerbstätigkeit. Während die Zahl der Alleinerziehenden und der nicht ehelichen Lebensgemeinschaften gestiegen und die Zahl der Ehepaare mit Kindern kontinuierlich gesunken ist, lebt nach wie vor der Großteil der minderjährigen Kinder (74 %) mit seinen verheirateten Eltern in einem gemeinsamen Haushalt.⁵ Zudem ist ein „zentraler Trend hin zu mehr gelebten und gewünschten Partnerschaftlichkeit“⁶ zu verzeichnen: Mütter wünschen sich vielfach eine Ausweitung der Erwerbstätigkeit, Väter mehr Zeit für die Familie.⁷ Der Wunsch nach einer partnerschaftlichen Aufteilung von Haus- und Familienarbeit ist unter Eltern mit kleinen Kindern besonders groß.⁸ Eltern wollen im Regelfall die Verantwortung für ihr Kind und ihre Familie gemeinsam tragen. Dieser Wunsch nach mehr Partnerschaftlichkeit setzt sich auch im Fall von Trennung/Scheidung fort.⁹

Ausgehend von diesen Wünschen ist jedoch festzustellen, dass im Bereich der Aufgabenverteilung von Erwerbstätigkeit und Kinderbetreuung Wunsch und Wirklichkeit vielfach stark auseinanderfallen.¹⁰ Für die Umsetzung der Wünsche der Eltern nach einer partnerschaftlich(er)en Aufteilung von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit sind letztlich auch entsprechende rechtliche, wirtschaftliche und institutionelle Rahmenbedingungen notwendig. Diese knüpfen wie ausgeführt nach wie vor vielfach am traditionellen Familienbild an. Der Deutsche Verein weist an dieser Stelle daher deutlich darauf hin, dass unzureichende Unterstützungsangebote, entgegenstehende Sozial- und Steuergesetze und hohe gesellschaftliche Herausforderungen¹¹ für alle Familienformen durch eine Reform allein des Kindschafts- und Unterhaltsrechts und ggf. einer dortigen Stärkung der Pflicht zur Kooperation oder einer stärkeren Betonung von paritätischer Betreuung nicht ausgeglichen werden können. Von der in Aussicht gestellten Reform erwartet der Deutsche Verein daher, dass die künftigen gesetzlichen Rahmenbedingungen die

5 DESTATIS: Familie, Lebensformen und Kinder, Auszug aus dem Datenreport 2018.

6 BMFSFJ: Familienreport 2017 – Leistungen, Wirkungen, Trends, August 2017, S. 8, <https://www.bmfsfj.de/blob/119524/f51728a14e3c91c3d8ea657bb01bbab0/familienreport-2017-data.pdf>

7 Familienreport 2017 (Fußn. 6), S. 9.

8 Familienreport 2017 (Fußn. 6), S. 64 ff.

9 Mütter und Väter möchten vermehrt beide und in vielen Fällen gemeinsam für das Kind sorgen. Die aktuelle Aufteilung der Betreuung bewerten 36 % der Trennungseltern als ideal und 44 % als akzeptabel, aber hinter den eigenen Wunschvorstellungen zurückbleibend. Einerseits fände etwa die Hälfte der Trennungseltern (51 %) für den eigenen Fall eine Aufteilung ideal, bei der beide Elternteile etwa die Hälfte der Betreuung übernehmen. Andererseits schließt etwa die Hälfte der Trennungseltern (52 %) die Nutzung eines Wechselmodells, in dem beide Elternteile große Teile der Betreuung der Kinder übernehmen, für sich aus (Allensbach: Getrennt gemeinsam erziehen, 2017, S. 14, 15, 25).

10 Familienreport 2017 (Fußn. 6), S. 9; der sog. Gender Care Gap, der den prozentualen Unterschied der durchschnittlichen täglichen Zeitverwendung von Frauen und Männern für unbezahlte Sorgearbeit ausweist, betrug 2012/2013 52,4 %. In Paarhaushalten mit Kindern betrug der Gender Care Gap – vor allem aufgrund der Kinderbetreuung – 83,3 %. Vgl. Zweiter Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, 2017, S. 96 ff., BT-Drucks. 18/12840; zu den Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die Verteilung von Sorge und Erwerbstätigkeit siehe WSI Policy Brief Nr. 40 (05/2020).

11 Damit sind bspw. die gestiegenen Anforderungen an elterliche Erziehungs- und Bildungskompetenzen bei gleichzeitig hohen Erwartungen hinsichtlich der Vereinbarkeit von Familie und Beruf bzw. hohen beruflichen Anforderungen sowohl für Mütter als auch für Väter gemeint. Vgl. hierzu bspw. Henry-Huthmacher, C./Borchard, Michael (Hrsg.): Eltern unter Druck, Stuttgart 2008.

von den Eltern gewünschte gemeinsam getragene Verantwortung unter Berücksichtigung des Kindeswohls sowohl während der Partnerschaft als auch nach einer Trennung unterstützen und ermöglichen.

Nach Ansicht des Deutschen Vereins dient ein gemeinsam getragenes Verständnis von Elternschaft, welches dem Respekt vor dem anderen Elternteil und der Fähigkeit zur Kooperation im Hinblick auf die Pflege und Erziehung des Kindes eine hohe Priorität einräumt, im besonderen Maße dem Kindeswohl und dem guten Aufwachsen von Kindern. Vielen Eltern gelingt es auch nach ihrer Trennung, nach diesen Grundsätzen zu leben. Dabei ist eine Trennung für alle Beteiligten eine in vielerlei Hinsicht belastende Situation. In dieser kommt es in erster Linie darauf an, das Kindeswohl und das gute Aufwachsen des Kindes zum Maßstab zu nehmen und die den Eltern gemeinsam obliegende Verantwortung hierfür zu realisieren. In diesem Sinne ist zu prüfen, inwieweit etwa auch neue Begrifflichkeiten dazu beitragen können, dass das Sorge- und Umgangsrecht bspw. nicht mehr als Anspruch am bzw. auf das Kind verstanden wird, sondern als eine gemeinsame Verantwortung gegenüber dem Wohl des Kindes. Der Deutsche Verein ist der Auffassung, dass Familien, denen diese Partnerschaftlichkeit und verantwortungsvoll ausgeübte Elternschaft auch nach einer Trennung gelingt, davon profitieren und dies insbesondere im Sinne der betroffenen Kinder ist.

Bei den anstehenden Diskussionen ist auch auf die Fälle zu schauen, in denen aus unterschiedlichen Gründen die gemeinsame Wahrnehmung der elterlichen Verantwortung nicht im Sinne des Kindeswohls ist oder nicht verwirklicht werden kann. Hierfür sind dann andere Lösungen zu finden. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Situation von Gewalt betroffener Frauen¹² und deren Kinder. Die Lebenswirklichkeiten getrennt lebender Eltern und die Erkenntnisse zur Scheidungskinderforschung¹³, die auch die Nachteile erzwungener Kontakte beschreiben, Ergebnisse der Evaluation des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)¹⁴ sowie die Istanbul-Konvention sind in die Reformüberlegungen einzustellen. Hier ist zudem ein konsequent(er)es Umsetzen der Erkenntnisse durch Familiengerichtspraxis und Jugendamtsarbeit zu fordern. Insbesondere Regelungen zum Umgangsrecht dürfen nicht mit Anordnungen zum Gewaltschutz kollidieren.¹⁵ Es sollte geprüft werden, inwieweit Einschränkungen der Vermutung der Kindeswohl dienlichkeit des Umgangs bzw. der Ausübung des gemeinsamen Sorgerechts zum Beispiel in Fällen häuslicher Gewalt ausdrücklich in das Gesetz aufzunehmen sind.

12 In der Regel sind Frauen von Gewalt im hier interessierenden familiären Zusammenhang betroffen. Bundeskriminalamt: Partnerschaftsgewalt. Kriminalstatistische Auswertung - Berichtsjahr 2019, November 2020, https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/Partnerschaftsgewalt/Partnerschaftsgewalt_2019.html;jsessionid=31EF7BA6844DBF9ADCBB996A988F7191.live2301?nn=63476

13 Wallerstein, Judith S./Lewis, Julia M., Blakeslee, Sandra (2002): Scheidungsfolgen – die Kinder tragen die Last. Eine Langzeitstudie über 25 Jahre, Münster. Diese Studie ergab, dass ein erzwungener Kontakt zu starker Ablehnung des anderen Elternteils beigetragen hat.

14 Ekert, S./Heiderhoff, B.: Die Evaluierung der FGG-Reform – Abschlussbericht zum Forschungsvorhaben. Herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Berlin 2018, S. 320.

15 Art. 31 Istanbul-Konvention. Diese Aussage findet sich auch im aktuellen Koalitionsvertrag, ohne dass bisher entsprechende gesetzgeberische Maßnahmen zur Durchsetzung bzw. Unterstützung dieses Aspekts eingeleitet worden sind.

Mit der Ratifizierung der Istanbul-Konvention hat Deutschland sich verpflichtet, Maßnahmen umzusetzen, die geschlechtsspezifische Gewalt verhindern. Regelungen zum Umgangsrecht dürfen somit nicht mit den Anforderungen zum Gewaltschutz kollidieren (Art. 31 der Istanbul-Konvention). Die Istanbul-Konvention verlangt bei gesetzgeberischen und sonstigen Maßnahmen die gebührende Berücksichtigung von Rechten und Bedürfnissen von Kindern als Zeug/innen häuslicher Gewalt. Bei den Reformbestrebungen muss der Gewaltschutz daher ausreichend berücksichtigt werden und die Bedarfe dieser besonders gefährdeten Personen und deren Kinder müssen in gesetzliche Änderungsvorschläge mit einbezogen werden.

Der Deutsche Verein weist an dieser Stelle darauf hin, dass häusliche Gewalt ein gesamtgesellschaftliches Problem ist, das sich durch alle Schichten und Milieus zieht. In der überwiegenden Zahl der Fälle ist dabei von der Konstellation einer von Gewalt betroffenen Frau und ihren Kindern sowie einem gewalttätigen ehelichen oder nichtehelichen Partner bzw. Ex-Partner auszugehen. Gewalt durch den Partner gehört für viele Frauen und damit auch für deren Kinder zum Alltag.¹⁶ Letztere sind bei häuslicher Gewalt gegen ihre Mutter immer mitbetroffen, sei es, dass sie selbst Gewalt erleben oder diese beobachten. In jedem Fall bedeutet dies für Kinder eine schwere Belastung bis hin zu einer Schädigung.¹⁷

Aufgrund der Komplexität dieses Themenfeldes wird im Rahmen dieses Papiers auf sich in dieser Fallgruppe ergebende abweichende Anforderungen und Reformbedarfe nur an einzelnen Stellen kurz hingewiesen, da der Deutsche Verein sich mit diesem wichtigen Thema im Rahmen eines eigenständigen Papiers befassen wird.

Diese grundlegenden Erwägungen vorausgeschickt sind im Folgenden die aus Sicht des Deutschen Vereins bestehenden Reformbedarfe und diesbezügliche Anforderungen in den einzelnen Rechtsgebieten aufgeführt.

2. Reformbedarf im Sorgerecht

Ausgangspunkt: gemeinsame elterliche Sorge

Die aktuelle Rechtslage definiert die elterliche Sorge als Recht und Pflicht der Eltern (Art. 6 Abs. 2 GG, § 1626 Abs. 1 BGB), die sie in eigener Verantwortung und in gegenseitigem Einvernehmen zum Wohle des Kindes auszuüben haben (§ 1627 Satz 1 BGB). Dabei obliegt ihnen bei Meinungsverschiedenheiten ein Einigungsgebot (§ 1627 Satz 2 BGB). Ebenso sind die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem verantwortungsbewussten Handeln zu berücksichtigen sowie Fragen der elterlichen Sorge – entsprechend dem Entwicklungsstand des Kindes – mit diesem zu besprechen und Einvernehmen anzustreben (§ 1626 Abs. 2 BGB). Nicht miteinander verheirateten Elternteilen steht die elterliche Sorge gemeinsam zu, wenn sie eine übereinstimmende Sorgeerklärung abgeben, einander heiraten oder das Familiengericht ihnen die gemeinsame Sor-

¹⁶ BMFSFJ, FAMFG: Arbeitshilfe zum neu gestalteten Verfahren bei Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) bei Vorliegen häuslicher Gewalt.

¹⁷ BMFSFJ, FAMFG: Arbeitshilfe zum neu gestalteten Verfahren bei Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) bei Vorliegen häuslicher Gewalt.

ge überträgt (§ 1626a Abs. 1 BGB). Letzteres ist nur zu versagen, wenn die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl widerspricht (§ 1626a Abs. 2 BGB). Auch Trennung und Scheidung haben nicht per se Auswirkungen auf die gemeinsame Sorge der Eltern (vgl. § 1671 BGB). Nach dem sog. Wohlverhaltensgebot des § 1684 Abs. 2 BGB haben Eltern schließlich alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum jeweils anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Erziehung erschwert.

Den Ansatz bzw. die Grundannahme, dass die gemeinsame Sorge und die Pflege der Beziehung zu beiden Elternteilen in der Regel dem Wohl des Kindes entsprechen,¹⁸ unterstützt auch der Deutsche Verein. Für den Großteil der Kinder wird die elterliche Sorge gemeinsam ausgeübt – sei es, weil sie in eine Ehe geboren werden¹⁹ oder die nicht miteinander verheirateten Eltern die übereinstimmende Sorgeerklärung abgeben bzw. zu einem späteren Zeitpunkt heiraten.²⁰

Die gemeinsame Ausübung der Elternverantwortung setzt eine tragfähige soziale Beziehung zwischen den Eltern voraus, erfordert ein Mindestmaß an Übereinstimmung und hat sich am Kindeswohl auszurichten.²¹ Wesentliche Grundvoraussetzungen sind damit die Einigungs-, Konsens- und Kooperationsfähigkeit der Eltern.²² Insbesondere bei starken und andauernden Elternkonflikten oder häuslicher Gewalt bedarf es nach Ansicht des Deutschen Vereins daher Einschränkungen bzw. Korrekturen dieser Grundannahme. Die Begründung bzw. Aufrechterhaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge kann in diesen Fällen gerade im Hinblick auf das Kindeswohl nicht oberste Priorität haben.

Nach Ansicht des Deutschen Vereins liegen die Reformbedarfe im Hinblick auf die Situation getrennt lebender Eltern nicht primär in Fragen der elterlichen Sorge. Soweit die vom BMJV eingesetzte AG „Sorge- und Umgangsrecht“ eine Pflicht der Eltern zur Einigung vorschlägt (These 7), die über das ohnehin schon bestehende Einigungsgebot des § 1627 Satz 2 BGB hinausgeht, begegnet der Deutsche Verein dem eher skeptisch. Denn eine Einigung der Eltern lässt sich im Konfliktfall nicht (gerichtlich) verordnen oder gar durchsetzen. Wichtig sind an dieser Stelle nach Ansicht des Deutschen Vereins die Möglichkeit, auf entsprechend qualifizierte Unterstützungsangebote zurückgreifen zu können bzw. die Möglichkeit, bei fehlender Einigung eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen.

18 Vgl. bspw. BGH, Beschluss vom 15. Juni 2016, XII ZB 419/15, Rdnr. 11.

19 Ca. zwei Drittel aller 2018 und 2019 geborenen Kinder, vgl. Destatis: Geburten. Daten der Lebendgeborenen, Totgeborenen, Gestorbenen und der Gestorbenen im 1. Lebensjahr, Stand: 12. August 2019, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Geburten/Tabellen/Lebendgeborene-gestorbene.html>

20 Im Verhältnis der Anzahl in den Jahren 2017 und 2018 geborenen Kinder beträgt der Anteil der in diesen Jahren abgegebenen Sorgeerklärungen ca. 73 %, vgl. DESTATIS: Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe/ Pflugschaften, Vormundschaften, Beistandschaften, Pflegeerlaubnis, Sorgerechtsentzug, Sorgeerklärungen.

21 BVerfG, Urteil vom 29. Januar 2003, 1 BvL 20/99, 1 BvR 933/01, Rdnr. 47; Urteil vom 18. Dezember 2003, 1 BvR 1140/03; vgl. BVerfG, Urteil vom 21. Juni 2010, 1 BvR 420/09, 50 ff., BGH, Beschluss vom 15. Juni 2016, XII ZB 419/15, Rdnr. 23.

22 Vgl. Rücker, S./Petermann, F., in: Volbert, R. u.a.: Empirische Grundlagen der familienrechtlichen Begutachtung, Göttingen 2019, S. 13 ff.

Beginn und Ende elterlicher Sorge

Die Thesen der AG „Sorge- und Umgangsrecht“ greifen u.a. die Frage nach Beginn und Ende elterlicher Sorge auf. Dabei wird vorgeschlagen, die gemeinsame elterliche Sorge direkt und automatisch mit der Etablierung der rechtlichen Elternschaft zu verknüpfen. Das Sorgerecht würde – entsprechend der Begründungstatbestände der rechtlichen Elternschaft (§§ 1591, 1592 BGB) – automatisch auch dann beiden Elternteilen zustehen, wenn die Vaterschaft anerkannt oder wenn sie gerichtlich festgestellt wird. Im Vergleich zum Status Quo entfielen damit insbesondere das Erfordernis der übereinstimmenden Sorgeerklärung.²³ In dieser Notwendigkeit eines aktiven Handelns für nicht verheiratete Eltern wird im Vergleich zur automatischen gemeinsamen Sorge bei verheirateten Eltern stellenweise eine Benachteiligung bzw. Ungleichbehandlung gesehen.

Bereits im Rahmen des Reformprozesses 2012/2013²⁴ bewertete der Deutsche Verein es angesichts der Vielfalt möglicher Beziehungskonstellationen durchaus als nachvollziehbar, dass die Begründung der elterlichen Sorge von einem Antrag abhängig gemacht wird und nicht unabhängig von einer entsprechenden Willensbekundung als Folge der Anerkennung der Vaterschaft vorgesehen ist.²⁵ Im Fall der Vaterschaftsanerkennung kann innerhalb des gleichen Termins beim Jugendamt auch die Sorgeerklärung abgegeben werden. Damit ist der praktische Mehraufwand durchaus überschaubar, auch wenn ein solcher für die Beteiligten und die Verwaltung vorhanden ist. Im Falle der aufgrund fehlenden Einvernehmens mit der Mutter bestehenden Notwendigkeit eines gerichtlichen Verfahrens nach § 1626a Abs. 1 Nr. 3 BGB ist der Aufwand an sich höher zu bewerten, wobei die damals ebenfalls eingeführten, vom Deutschen Verein kritisierten Einschränkungen dieses familiengerichtlichen Verfahrens (§ 155a FamFG) für den Vater eine Erleichterung darstellen.²⁶

Das dringliche Anmahnen einer Neuregelung und der Vorschlag eines automatischen Sorgerechts bezüglich nicht ehelicher Kinder kann nach Ansicht des Deutschen Vereins aktuell – auch unter Berücksichtigung der Entwicklungen der letzten Jahre – nicht überzeugen. Wenn der Status Quo im Rahmen der gemeinsamen Sorgeerklärung auf das Einvernehmen der Eltern abstellt, ist dies durchaus konsequent im Hinblick darauf, dass die gemeinsame Ausübung der Elternverantwortung eine tragfähige Beziehung zwischen den Eltern und ein Mindestmaß an

23 Das BVerfG hält eine solche Regelung für möglich, aber verfassungsrechtlich nicht geboten. Es bewertete vielmehr die Gründe für die gesetzgeberische Entscheidung gegen eine solche Lösung für „tragfähig“, „verfassungsrechtlich gerechtfertigt und nicht zu beanstanden“. Eine automatische Begründung der elterlichen Sorge bereits mit Anerkennung der Vaterschaft müsste mit der Möglichkeit verbunden sein, gerichtlich überprüfen zu lassen, ob die gesetzlich begründete gemeinsame Sorge der Eltern dem Kindeswohl im Einzelfall tatsächlich entspricht; BVerfG, Urteil vom 21. Juni 2010, 1 BvR 420/09, 41 ff.

24 Mit dieser Reform wurde zusätzlich zur übereinstimmenden Sorgeerklärung durch die Elternteile eine weitere Möglichkeit der Erlangung der gemeinsamen Sorge bei nicht verheirateten Eltern eingeführt. Die elterliche Sorge ist seitdem auf entsprechenden Antrag des rechtlichen Vaters durch das Familiengericht auf beide Elternteile zu übertragen, sofern dies dem Kindeswohl nicht widerspricht, § 1626a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB.

25 Stellungnahme des Deutschen Vereins zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern vom 8. Mai 2012, www.deutscher-verein.de.

26 Zur Kritik an der Einschränkung des Amtsermittlungsgrundsatzes im Rahmen des § 1626a Abs. 2 Satz 2 BGB: Stellungnahme des Deutschen Vereins zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern vom 8. Mai 2012, www.deutscher-verein.de. Die negative Kindeswohlprüfung im Falle des gerichtlichen Verfahrens zur Erlangung der gemeinsamen Sorge wurde seinerseits vom Deutschen Verein begrüßt, um dem Vater einen niedrigschwelligen Zugang zur gemeinsamen elterlichen Sorge zu eröffnen.

Übereinstimmung voraussetzt.(s.o.)²⁷ Ebenso erscheint in Fällen, in denen sich die Eltern nicht über die gemeinsame Sorge einig sind, eine gerichtliche Überprüfung, ob die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht, durchaus sachgerecht. Seit der Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern 2013 ist die Zahl nicht verheirateter (werdender) Eltern, die eine gemeinsame Sorgeerklärung abgeben, kontinuierlich gestiegen.²⁸ Dies legt die Schlussfolgerung nahe, dass in der verbleibenden Anzahl von Fällen, in denen Eltern keine gemeinsame Sorgeerklärung abgeben, viele Konstellationen vorhanden sind, in denen die Ausübung der gemeinsamen Sorge konfliktbehaftet und nicht per se kindeswohldienlich ist.²⁹ Auch angesichts der – entgegen ursprünglicher Annahmen – geringen Fallzahlen an gerichtlichen Entscheidungen zur Begründung der gemeinsamen elterlichen Sorge³⁰ stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit der Änderung des Status Quo. Die Evaluierung des Gesetzes zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern hat 2018 keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf festgestellt.³¹

Mit einem Automatismus der gemeinsamen elterlichen Sorge, wie aktuell diskutiert, würde man der Vaterschaftsanerkennung eine notwendige Rechtsfolge zuweisen, die nicht in allen Fällen gewünscht und angemessen sein muss. Weder kann aus der Bereitschaft des Vaters zur Anerkennung der Vaterschaft eines nicht ehelichen Kindes generell darauf geschlossen werden, dass er auch gewillt ist, zusammen mit der Mutter Sorge für das Kind zu tragen; noch lässt die elterliche Übereinstimmung hinsichtlich der Vaterschaftsanerkennung in jedem Fall darauf schließen, dass die Eltern willens und in der Lage sind, die elterliche Sorge in kindeswohldienlicher Weise gemeinsam auszuüben.³² Vielmehr sind durchaus zahlreiche Fallkonstellationen denkbar, in denen ein solcher Automatismus – insbesondere in Verbindung mit der ebenfalls vorgeschlagenen Einigungspflicht der Eltern (s.o.) – eher unangemessen wäre. Dies gilt insbesondere für Fälle gewalttätiger oder auch unwilliger Väter, mit denen dann automatisch die gemeinsame Sorge begründet würde. In diesen Fällen obläge es der Mutter, vor dem Familiengericht das Verfahren zur Aufhebung der Sorge zu betreiben, was in den benannten Beispielfällen mit verschiedenen Schwierigkeiten behaftet sein könnte.³³ Die automatische Verknüpfung von rechtlicher Vaterschaft und elterlicher Sorge könnte Mütter (und auch Väter³⁴) in bestimmten Fallkonstellationen zudem veran-

27 S.a. BVerfG, Urteil vom 29. Januar 2003, 1 BvL 20/99: Die durch § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB den Eltern eines nichtehelichen Kindes eröffnete Möglichkeit zur gemeinsamen Sorge beruht auf einem Regelungskonzept, das unter Kindeswohlgesichtspunkten den Konsens der Eltern über die gemeinsame Sorgetragung zu deren Voraussetzung macht (zweiter Leitsatz des Urteils sowie Rdnr. 58).

28 Im Jahr 2018 wurden 194.597 übereinstimmende Sorgeerklärungen abgegeben und in 1.109 die gemeinsame Sorge im gerichtlichen Verfahren angeordnet; vgl. DESTATIS: Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe/Pflegschaften, Vormundschaften, Beistandschaften, Pflegeerlaubnis, Sorgerechtsentzug, Sorgeerklärungen.

29 Vgl. hierzu VAMV: Einschätzung des am 29. Oktober 2019 veröffentlichten Thesenpapiers der Arbeitsgruppe „Sorge- und Umgangsrecht, insbesondere bei gemeinsamer Betreuung nach Trennung und Scheidung“ des BMJV, S. 5, https://www.vamv.de/fileadmin/user_upload/bund/dokumente/Stellungnahmen/Einschaetzung_VAMV_zu_Thesen_der_AG_Sorge-_und_Umgangsrecht.pdf

30 Meyer-Wehage, B.: Sorgerecht, Wechselmodell, Mehrelternschaft – Auswirkungen pluralisierter Familienformen auf die familiengerichtliche Praxis, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 1/2020.

31 Bericht über die Evaluierung des Gesetzes zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, BT-Drucks. 19/1450; so gaben die Richter/innen überwiegend an, dass sich die Regelung des § 1626a BGB bewährt habe. Die Regelung des § 155a FamFG hingegen wurde mehrheitlich kritisch gesehen.

32 Vgl. BVerfG, Urteil vom 21. Juni 2010, 1 BvR 420/09, 43.

33 Hierzu auch BVerfG, Urteil vom 21. Juni 2010, 1 BvR 420/09, 45.

34 Vgl. hierzu BVerfG, Urteil vom 21. Juni 2010, 1 BvR 420/09, 45.

lassen, von einer Vaterschaftsfeststellung abzusehen. Das hätte wiederum nachteilige Folgen für Unterhaltsansprüche/Ansprüche auf Unterhaltsvorschuss, Erbschaftsansprüche und Ansprüche auf Waisenrente des Kindes, da diese die Feststellung oder Anerkennung der Vaterschaft voraussetzen. Insgesamt vermag daher die mit dem Automatismus verbundene Erleichterung gegenüber dem Status Quo die mit dem Automatismus einhergehenden Bedenken nicht aufwiegen.

Der Deutsche Verein sieht Vorschläge, ein automatisches gemeinsames Sorgerecht in Fällen eines gemeinsamen Wohnsitzes von Eltern und Kind(ern) oder bei Vorliegen einer „gefestigten“ Beziehung der Eltern vorzusehen, kritisch.³⁵ Der Nachteil solcher vermittelnder Lösungen besteht darin, dass die „automatische“ Sorge dann neben der Etablierung der rechtlichen Elternschaft an weitere Voraussetzungen gebunden ist. Zudem bleibt unklar, wer in welchem Umfang die jeweiligen Voraussetzungen zu prüfen hat. Meldebescheinigungen sollten in keinem Fall ausreichen. In jedem Fall sollten alle Regelungen, die einen (ggf. modifizierten) Automatismus einführen, auf einer gesicherten Befundlage dahingehend aufbauen, in welchen Konstellationen nicht verheiratete Eltern von der Begründung einer gemeinsamen Sorge absehen.

Elterlicher Umgang als Ausübung der elterlichen Sorge?

Die AG „Sorge- und Umgangsrecht“ schlägt im Rahmen ihrer Thesen weiter vor, zwischen dem Status und der Ausübung der elterlichen Sorge zu differenzieren. Die Inhaberschaft/der Status selbst soll nicht mehr entzogen werden können. Elternkonflikte sollen einheitlich und ausschließlich auf der Ausübungsebene entschieden werden. Dabei soll eine Einschränkung der Sorgeausübung „bis auf Null“ möglich sein. Auch hier stellt sich für den Deutschen Verein aktuell die Frage nach dem Sinn/dem Vorteil einer solchen „leeren Hülle“ des Sorgerechtsstatus‘.

Auch wird vorgeschlagen, elterlichen Umgang zukünftig als einen Teil der Ausübung elterlicher Sorge zu verstehen und zu behandeln. Gerade im Hinblick auf Modelle erweiterten Umgangs ist es nach Ansicht des Deutschen Vereins durchaus nachvollziehbar, die jetzige sprachliche Gleichsetzung des umgangsberechtigten Elternteils mit weiteren umgangsberechtigten und eine Einordnung als „Besuchselternteil“ zumindest in Fällen erweiterter Mitbetreuung als unangemessen zu kritisieren. Inwieweit tatsächlich eine inhaltliche Änderung notwendig ist oder gegebenenfalls mittels einer neuen Begrifflichkeit die besondere Bedeutung elterlichen Umgangs hervorzuheben ist, muss diskutiert werden. Insbesondere bei nahezu gleichwertiger Aufteilung von Betreuung und Verantwortung ist eine Einteilung in betreuenden und umgangsberechtigten Elternteil kaum zu leisten. Vor einer Aufgabe bisheriger, einigermaßen etablierter Begrifflichkeiten und Elemente des Sorge- und Umgangsrechts sollte jedoch in jedem Fall sichergestellt sein, dass diese in eine stimmige Neuordnung überführt werden. Dabei ist auch hier zu berücksichtigen, dass vom Umgangsrecht aktuell sehr unterschiedliche Fallgestaltungen umfasst werden. Die Einordnung des elterlichen Umgangs als Teil der Ausübung elterlicher Sorge passt zudem nicht in allen Fallkonstellationen. Insbe-

³⁵ Das alleinige Abstellen auf das Zusammenleben zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes hielt das BVerfG 2003 ohne einen entsprechenden ausdrücklichen Willen der Eltern zur Verantwortungsübernahme für nicht ausreichend, vgl. BVerfG, Urteil vom 29. Januar 2003, 1 BvL 20/99, Rdnrn. 55, 59.

sondere bei außerhalb des Elternhauses (teil)stationär untergebrachten Kindern werden einige Fragen aufgeworfen.

Bis auf die Verdeutlichung der Wertigkeit des elterlichen Umgangs bzw. der elterlichen Mitbetreuung lassen sich derzeit aus Sicht des Deutschen Vereins die Vorteile dieser in den Thesen vorgeschlagenen Neuregelung nicht erkennen. Im Falle der Neuregelung des elterlichen Umgangsrechts als Ausübung des Sorgerechts wäre insbesondere intensiv zu diskutieren und sauber zu gestalten, inwieweit dies bspw. Auswirkungen auf das familiengerichtliche Verfahren haben soll.

„Kleines Sorgerecht“

Will man die Familienrealitäten besser berücksichtigen, muss konkret auch die Situation sozialer Eltern in den Blick genommen werden. Vielfach übernehmen die neuen Partner/innen nach einer Trennung/Scheidung der Eltern (elterliche) Pflichten und Verantwortung und werden zu einer weiteren engen Bezugsperson im Alltag der Kinder. Während dieser tatsächlich ausgeübten Rolle des sozialen Elternteils im Alltag des Kindes nahezu keine gesetzlichen Rechte und Pflichten – insbesondere keine familienrechtliche Unterhaltspflicht – gegenüberstehen, bestimmt das Sozialrecht über die Regelungen der Bedarfsgemeinschaft – unabhängig vom tatsächlichen Einstandswillen – eine fiktive Unterhaltspflicht für den/die neue/n Partner/in und deren/dessen Kinder.³⁶ Hierdurch können große Belastungen für (werdende) Patchworkfamilien entstehen. Spezifische familienrechtliche Regelungen sind aktuell nur punktuell vorhanden. Insbesondere ist hier das sog. „kleine Sorgerecht“ für den Stiefelternteil (§ 1687b BGB) zu nennen. Dieses wird jedoch als zu eng kritisiert, weil es einerseits an die Ehe und andererseits an das alleinige Sorgerecht des anderen Elternteils anknüpft. Unmittelbar lebenspraktische Bedeutung erzielt dieses Instrument zudem wohl auch deswegen nicht, weil die Mitwirkung auf „Entscheidungen des täglichen Lebens“ beschränkt und vom Einvernehmen des Ehegatten abhängig ist.³⁷ Schwierig wird es für soziale Elternteile zudem im Falle einer Trennung/Scheidung, da ihnen in diesem Zusammenhang kaum Rechte zugeschrieben werden. Das kleine Sorgerecht entfällt nach § 1687b Abs. 4 BGB und eine Verbleibensanordnung, die bei einer Kindeswohlgefährdung getroffen werden kann, setzt erneut die Ehe des Stiefelternteils mit dem betreuenden Elternteil voraus.³⁸ Aus Sicht des Deutschen Vereins sollte die stärkere rechtliche Ausgestaltung der sozialen Elternschaft geprüft und bei der geplanten umfassenden Reform mit aufgegriffen werden.³⁹ Dabei sollten insbesondere die Bindungen des Kindes an den sozialen Elternteil und die kindlichen Bedürfnisse stärker in den Vordergrund gestellt werden.

36 Eckpunktepapier des Deutschen Vereins zur Weiterentwicklung des Systems monetärer Unterstützungen von Familien und Kindern vom 11. Juni 2013, NDV 2013, 348–360.

37 Vgl. bspw. hierzu Helms, T.: Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag – Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, 2016, S. F 61 ff.

38 S.a. hierzu Helms, T.: Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag – Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, 2016, S. F63 f.

39 Vgl. hierzu Diskussionspapier des Deutschen Vereins zur Adoption vom 18. Mai 2014, Stellungnahme der Geschäftsstelle des Deutschen Vereins zum Diskusstentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz „Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Abstammungsrechts“ vom 12. März 2019, 3. Mai 2019; vgl. zudem Helms, T.: Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag – Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, 2016.

3. Reformbedarf im Umgangsrecht

Ausgangspunkt

Nach § 1626 Abs. 3 Satz 1 BGB gehört der Umgang zu beiden Elternteilen in der Regel zum Wohl des Kindes. Das Kind hat das Recht auf Umgang mit beiden Elternteilen, § 1684 Abs. 1 BGB.⁴⁰ Die Eltern haben nicht nur das Recht zum Umgang mit dem Kind, sondern auch die elterliche Pflicht, auf die nicht rechtswirksam verzichtet werden kann. Der Elternteil, bei dem das Kind wohnt, hat die Pflicht, dem Kind den Umgang mit dem anderen Elternteil zu ermöglichen. Die Eltern haben zudem alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum jeweils anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Erziehung erschwert (§ 1684 Abs. 2 BGB).

Wie der Umgang im konkreten Fall kindeswohldienlich ausgestaltet wird, ist allerdings eine individuell zu beantwortende Frage. Mit der gemeinsamen Sorge sind keine Vorgaben dahingehend verbunden, welches Betreuungsmodell im jeweiligen Einzelfall den Interessen der Beteiligten am besten Rechnung trägt. Dies impliziert, dass es kein Betreuungsmodell gibt, welches per se den Vorzug verdient, und dass verschiedene Modelle nicht gegeneinander ausgespielt werden dürfen. Im Bereich der Betreuung des Kindes nach Trennung/Scheidung sollte eine individuell passgenaue Lösung gefunden werden, bei der das Kindeswohl und die Kindesinteressen im Fokus stehen. Bei der Wahl des passenden Betreuungsmodells und auch bei dessen Realisierung sollten Eltern in dieser vielfach herausfordernden Situation durch eine qualifizierte, umfassende und ergebnisoffene Beratung (§§ 17, 18, 28 SGB VIII) unterstützt werden. In Fällen, in denen sich Eltern auch mit Hilfe von Beratung auf keine konstruktive Lösung für Umgang und Aufenthalt des Kindes einigen können, kann eine im familiengerichtlichen Verfahren unter Anhörung des Kindes durch eine/n unparteiische/n Richter/in getroffene Entscheidung für Klarheit und Orientierung sorgen.⁴¹

Die Grundannahme, dass Umgang und Kontakt zu beiden Elternteilen in der Regel kindeswohldienlich sind, muss klaren Einschränkungen bzw. Ausnahmen gegenübergestellt werden. Dies gilt insbesondere in Fällen hochstrittiger Elternschaft und häuslicher Gewalt.

Wahl und Umsetzung des Betreuungsmodells

Aufenthalt und Betreuung des Kindes sollten grundsätzlich durch die sorgeberechtigten Eltern individuell geregelt werden. Maßgeblicher Aspekt ist hier neben den tatsächlichen Möglichkeiten und Lebensumständen insbesondere das Wohl des Kindes. Dabei haben für das Wohlergehen des Kindes die Qualität der Beziehung zwischen dem Kind und dem nicht mit diesem zusammenlebenden Elternteil sowie das elterliche Konfliktniveau und die Kooperationsfähigkeit weitaus mehr Bedeutung als die Häufigkeit des Kontakts bzw. das konkrete Betreuungsmodell an sich.⁴² Die Kindesinteressen und die kindliche Entwicklung und die sich ändernden Bedürfnisse des Kindes sind angemessen zu berücksichtigen. Statt

⁴⁰ Allerdings ohne, dass dieses Recht gegen den Willen des nicht umgangswilligen Elternteils durchgesetzt werden kann.

⁴¹ §§ 1684 Abs. 3, 4 BGB, 151 Nr. 2 FamFG.

⁴² Salzgeber, J., in: Volbert, R. u.a.: Empirische Grundlagen der familienrechtlichen Begutachtung, Göttingen 2019, S. 73 ff.

vorrangig die Durchsetzung von (elterlichen) Umgangsrechten gegenüber dem Kind in den Blick zu nehmen, ist vielmehr darauf zu achten, dass eine sich aus der Gesamtsituation bzw. der Lebenssituation des Kindes ergebende Überforderung des Kindes vermieden wird. Das bedeutet, dass in der ohnehin im Regelfall für das Kind schwierigen Trennungssituation der Eltern ein Ausgleich zwischen (einer zunehmenden Zahl an) Umgangsberechtigten, zunehmender Institutionalisierung der Kindheit⁴³ und den Interessen des Kindes gefunden werden muss. Bei der Wahl des Betreuungsmodells muss auch im Blick gehalten werden, dass der Wechsel des Kindes zwischen den Haushalten sich nicht negativ auf den Besuch von Kita und Schule auswirkt und ein fortlaufender Besuch sichergestellt ist. Gleichermaßen ist – altersabhängig sicher in unterschiedlichem Maße – auch der darüber hinausgehende Erhalt des sozialen Umfelds förderlich. Je nach Umfang der Betreuungsanteile müssen in den Haushalten der Eltern auch die entsprechenden räumlichen Voraussetzungen gegeben sein.

Weiter gilt es aus Sicht des Deutschen Vereins insbesondere auch darauf zu achten, dass der Übergang in die (neue) Betreuungssituation nach Trennung/Scheidung für das Kind angemessen gestaltet wird. Aus psychologischer Sicht sollte dem Kind in der Regel zunächst die vertraute Betreuungsregelung möglichst erhalten bleiben und Veränderungen behutsam vorgenommen werden. Die bisherige, d.h. vor Trennung/Scheidung erfolgte Aufteilung der Betreuung des Kindes muss dabei Berücksichtigung finden. Dies bedeutet nicht, dass an der einmal – und auch unter anderen Umständen – getroffenen Aufteilung von Betreuung und Verantwortung festgehalten werden muss. Die Gestaltung des Familienlebens vor Trennung/Scheidung ist jedoch dahingehend sensibel zu prüfen, wie (schnell) die neue Regelung dem Kind und auch den Eltern zugemutet werden kann. Dabei sollten u.a. das Alter, der Entwicklungsstand, das Bindungsverhalten und die Bedürfnisse des Kindes angemessen berücksichtigt werden. Der Kontinuitätsgrundsatz spricht dafür, im Sinne des Kindeswohls grundsätzlich (zunächst) weitgehend an den Lebens-, Betreuungs- und Erziehungsverhältnissen bei Trennung/Scheidung festzuhalten.⁴⁴

Bei der Wahl bzw. Umsetzung des Betreuungsmodells sollte aus Sicht des Deutschen Vereins zudem im Zeitverlauf eine gewisse Flexibilität gewährleistet sein. Damit ist nicht gemeint, eine Absprache zur Betreuung des Kindes als völlig unverbindlich zu verstehen. Allerdings ist es gerade auch im Hinblick auf die Interessen und das Wohl des Kindes notwendig, eventuelle Änderungen und Entwicklungen aufzugreifen, seien diese eher punktueller oder grundsätzlicherer Natur. So wird zu berücksichtigen sein, wenn und inwieweit sich die Einstellung des Kindes zum bzw. der Umgang des Kindes mit diesem Modell ändert oder sich trotz gemeinsamer Festlegung dieses Modell eine Umsetzung in der Praxis doch nicht realisieren lässt. Insoweit kann auch diskutiert werden, inwieweit innerhalb bestimmter Zeitintervalle eine Verständigung darüber einzuplanen ist, ob sich die getroffene Regelung für alle Beteiligten gut in die Praxis umsetzen lässt und ob ggf. Änderungen notwendig sind.

43 Zur Frage zunehmender Institutionalisierung der Kindheit vgl. Ausführungen in den Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Implementierung und Ausgestaltung multiprofessioneller Teams und multiprofessionellen Arbeitens in Kindertageseinrichtungen, 2016, www.deutscher-verein.de

44 Salzgeber, J., in: Volbert, R. u.a.: Empirische Grundlagen der familienrechtlichen Begutachtung, Göttingen 2019, S. 73 ff.

Berücksichtigung des Kindeswillens/Beteiligung des Kindes

Eine stärkere Berücksichtigung des Kindeswillens und Beteiligung des Kindes, wie sie etwa auch von der AG „Sorge- und Umgangsrecht“ gefordert wird, begrüßt der Deutsche Verein grundsätzlich. Sowohl im nationalen als auch im internationalen Kontext gewinnt das Recht des Kindes auf Meinungsäußerung insbesondere auch aus kinderrechtlicher Perspektive an Bedeutung.⁴⁵ Gerade bei einer Trennung der Eltern, die Kinder oft als schicksalhaft und unkontrollierbar erleben, sollten Kinder angemessenes Gehör erhalten, um ihre Anliegen und Wünsche einbringen zu können⁴⁶. Dies ist insbesondere auch zur Stärkung ihrer Selbstwirksamkeit und Persönlichkeitsentwicklung wichtig. Die stärkere Berücksichtigung des Kindeswillens sollte nach Ansicht des Deutschen Vereins dabei nicht nur im gerichtlichen Verfahren,⁴⁷ sondern auch im außergerichtlichen Bereich Ziel sein. Inwieweit es hierzu einer gesetzlichen Neuregelung bedarf und wie diese auszugestalten ist, sollte nach Ansicht des Deutschen Vereins sorgfältig diskutiert werden.

Die Ermittlung des Kindeswillens ist durchaus herausfordernd. Grundsätzlich sollten eine Überforderung des Kindes sowie Loyalitätskonflikte – bzw. deren Verstärkung – vermieden werden. Eine Verantwortungsübernahme bzw. eine (scheinbare) Übertragung der Verantwortung für eine sachgerechte Entscheidung auf das Kind ist unbedingt zu vermeiden. Es ist nicht Aufgabe des Kindes, eine Lösung vorzuschlagen oder sich aktiv zu entscheiden. Lehnt das Kind eine Regelung ab, muss diese Ablehnung jedoch Berücksichtigung finden. Um zu vermeiden, dass Kinder mehr Verantwortung übernehmen (müssen), als sie entwicklungsbedingt tragen können, und Erwachsene aus der Verantwortung für das Wohlergehen des Kindes entlassen werden, ist bei der Ermittlung des Kindeswillens daher mit äußerster Vorsicht und Einfühlungsvermögen und durch entsprechend qualifizierte Fachkräfte vorzugehen.⁴⁸

Kinder getrenntlebender Eltern befinden sich in der Regel in einem Loyalitätskonflikt zwischen ihren Eltern und sind – altersabhängig in unterschiedlichem Maße – manipulierbar. Vielfach werden Kinder im Konfliktfall mittelbar oder ganz direkt in die Streitigkeiten eingebunden. Ob im Rahmen richterlicher Anhörungen dann sicher festzustellen ist, ob das Kind seinen wirklichen Willen artikulieren kann oder der Loyalitätskonflikt überwiegt, kann durchaus hinterfragt werden.⁴⁹ Um die Ermittlung und angemessene Berücksichtigung des tatsächlichen Kindeswillens sicherzustellen, ist hier unbedingt auf eine entsprechende Qualifikation der beteiligten Fachkräfte,⁵⁰ auf eine sachgerechte Durchführung der Anhörung des

45 Vgl. die Neufassung der Brüssel IIa-Verordnung (Art. 21 Abs. 1 und Abs. 2 der VO [EU] 2019/1111) sowie bspw. Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – KJSG) vom 5. Oktober 2020 sowie die entsprechende Stellungnahme des Deutschen Vereins, www.deutscher-verein.de

46 Vgl. Walper, S./Langmeyer, A.: in Volbert, R. u.a.: Empirische Grundlagen der familienrechtlichen Begutachtung, Göttingen 2019, S. 13 ff.

47 Vgl. hierzu den Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder und die geplanten Änderungen des § 159 FamFG „Persönliche Anhörung des Kindes“ (https://www.bmjv.de/Shared-Docs/Artikel/DE/2020/083120_sexualisierte-Gewalt-gegen-Kinder.html) sowie die diesbezügliche Stellungnahme der Geschäftsstelle des Deutschen Vereins vom 14. September 2020, www.deutscher-verein.de.

48 Vgl. Walper, S./Langmeyer, A.: in Volbert, R. u.a.: Empirische Grundlagen der familienrechtlichen Begutachtung, Göttingen 2019, S. 13 ff.

49 S. hierzu Meyer-Wehage, B.: Sorgerecht, Wechselmodell, Mehrelternschaft – Auswirkungen pluralisierter Familienformen auf die familiengerichtliche Praxis, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 1/2020, S. 50 ff.

50 Vgl. hierzu den Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder und die ge-

Kindes sowie auf eine Sensibilisierung und entsprechende Begleitung der Eltern für diese hoch konflikthafte Situation des Kindes zu achten.

Im Laufe etwaiger Gerichtsverfahren sollen sich Kinder zudem häufig gegenüber einer Vielzahl von an sich fremden Personen äußern und öffnen. Hier wäre es aus Sicht des Deutschen Vereins sinnvoll, sich mögliche Verfahrensverläufe aus Kindersicht einmal anzuschauen und zu prüfen, inwieweit der direkte Einbezug aller Fachkräfte zwingend notwendig ist bzw. wie das gesamte Verfahren (als außergerichtlicher und gerichtlicher Lebenssachverhalt verstanden) im Sinne der Kinder optimiert werden könnte. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass jede Begutachtung für die Beteiligten eine zusätzliche Belastung bedeutet, sollte bspw. durchaus sorgfältig geprüft werden, ob die Einholung eines familiengerichtlichen Gutachtens zur Ermittlung des Kindeswillens in jedem Fall notwendig ist.⁵¹

Reformbedarf beim „Wechselmodell“?

Die Diskussion um eine Reform des Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrechts wird vielfach von dem Thema „Wechselmodell“ dominiert. Unter dem Begriff „Wechselmodell“ werden sehr unterschiedliche Betreuungsmodelle verstanden. Hier wäre eine eindeutige Definition hilfreich. In der Rechtsprechung wird von einem Wechselmodell bei annähernd hälftiger Betreuung und hälftiger tatsächlicher Verantwortungsübernahme ausgegangen. Nach bislang verfügbaren Daten werden Betreuungsmodelle mit einer Verteilung der Übernachtungen von 50 : 50 bis 60 : 40 in Deutschland nur selten, nämlich von rund 5 % der getrennt lebenden Eltern, realisiert.⁵² In ca. 74 % der Fälle leben die Kinder nach Trennung/Scheidung im Residenzmodell mit unterschiedlicher Ausgestaltung des Kontakts zum auswärtigen Elternteil.⁵³ Ca. 21 % der Kinder haben nach dieser Studie keinen Kontakt zum getrennt lebenden Vater. Bei einer Bemessung der Betreuungsanteile für das Vorliegen eines Wechselmodells kann es auch nach Ansicht des Deutschen Vereins nicht allein auf eine zeitliche Dimension ankommen. Vielmehr muss auch der Umfang tatsächlicher Verantwortungsübernahme eine Rolle spielen. Inwieweit diesbezüglich die Aufnahme einer offenen Aufzählung von Entscheidungskriterien in das Gesetz sinnvoll ist, ist zu diskutieren.

Nach Einschätzung des Deutschen Vereins liegt in der Praxis das maßgebliche Problemfeld erweiterten Umgangs und des Wechselmodells in der Gestaltung des Kindesunterhalts sowie des Steuer-, Sozial- und Sozialversicherungsrechts, den Rahmenbedingungen eines geschlechtersegregierten Arbeitsmarktes sowie der

planten Änderungen der § 23b GVG und § 158 FamFG, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2020/083120_sexualisierte-Gewalt-gegen-Kinder.html, sowie die diesbezügliche Stellungnahme der Geschäftsstelle des Deutschen Vereins vom 14. September 2020, www.deutscher-verein.de.

51 S. hierzu Meyer-Wehage, B.: Sorgerecht, Wechselmodell, Mehrelternschaft – Auswirkungen pluralisierter Familienformen auf die familiengerichtliche Praxis, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 1/2020, S. 50 ff.

52 Walper, S./Entleitner-Phleps, C./Langmeyer, A.N.: Betreuungsmodelle in Trennungsfamilien: Ein Fokus auf das Wechselmodell, Zeitschrift für Soziologie der Erziehung und Sozialisation, 2020, 40 (1), S. 62 ff., 73. Im Rahmen dieser Studie werden als Wechselmodell Betreuungsmodelle zwischen 50 : 50 bis 70 : 30 erfasst. Bei einer Begrenzung auf das Wechselmodell auf Modelle zwischen 50 : 50 bis 60 : 40 wird in 4 % der Trennungsfamilien ein Wechselmodell ausgeübt. Vgl. Walper, S.: Elterliche Sorge und Wohn- bzw. Betreuungsarrangements, in: Geisler, E. u.a.: Familien nach Trennung und Scheidung in Deutschland, Rostock 2018, S. 16 f.

53 Ebd.

Orientierung am modernisierten Ernährmodell⁵⁴ und weniger im Bereich des Sorge- und Umgangsrechts. Entsprechend der bisherigen Ausführungen ist daher im Rahmen einer umfassenden Reform des Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrechts darauf zu achten, dass die Vielfalt gelebter Familienmodelle und Familienformen in ihren tatsächlichen Lebensverhältnissen gut abgebildet werden und im Hinblick auf das Betreuungsmodell nach Trennung/Scheidung kein Leitbild vorgegeben wird. Der Anordnung eines paritätischen Wechselmodells entgegen dem Willen eines Elternteils steht der Deutsche Verein ablehnend gegenüber.

Umgangsausschluss, begleiteter Umgang

Im Rahmen einer umfassenden Reform des Kindschaftsrechts sollte nach Ansicht des Deutschen Vereins auch geprüft werden, ob bezüglich des § 1684 Abs. 4 BGB gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht. Aktuell ist insbesondere festzustellen, dass gewaltschützende Maßnahmen und Regelungen zum Umgang nicht aufeinander abgestimmt sind.⁵⁵ Nach § 1684 Abs. 4 BGB kann das Familiengericht das Umgangsrecht einschränken oder ausschließen. Die Vorschrift unterscheidet hinsichtlich der Anforderungen an Umgangsausschluss oder -beschränkung danach, ob der Umgang vorübergehend oder für längere Zeit ausgeschlossen werden soll. Eine vorübergehende Umgangsbeschränkung ist möglich, soweit dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist (§ 1684 Abs. 4 Satz 1 BGB). Eine Beschränkung des Umgangs für längere Zeit oder auf Dauer ist dagegen nur möglich, wenn andernfalls das Wohl des Kindes gefährdet wäre (§ 1684 Abs. 4 Satz 2 BGB). Die Hürde für einen (längerfristigen) Umgangsausschluss ist folglich hoch. Aus der Praxis wird zurückgemeldet, dass die Familiengerichte nur äußerst selten Umgangsausschlüsse aussprechen, insbesondere keine längerfristigen, sondern (stattdessen) eine Begleitung des Umgangs anordnen. Weiter wird aus der Praxis berichtet, dass in vielen Fällen dem Umgangsrecht des Vaters der Vorzug vor dem Gewaltschutz von Mutter und Kind gegeben wird und vorangegangene oder weiter wirkende Gewalt keine (ausreichende) Berücksichtigung findet. Dabei ist zu berücksichtigen, dass häusliche Gewalt immer eine Gefährdung des Kindeswohls bedeutet⁵⁶ und Verdachtsfälle regelmäßig einer Beurteilung des Kindeswohls unterliegen sollten. Hinzu kommt, dass der gewalterlebende Elternteil, in den ganz überwiegenden Fällen die Mutter, aus Angst und Scham häufig schweigt. Ein Umgang um jeden Preis ist daher zur Verhinderung von Sekundärtraumatisierungen des Kindes abzulehnen.

Begleiteter Umgang nach § 1684 Abs. 4 BGB ist im Vergleich zum Umgangsausschluss im Hinblick auf den damit verbundenen Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte elterliche Umgangsrecht (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) grundsätzlich eine weniger einschneidende Maßnahme. Damit ist er aber nicht in allen Fällen

54 Gemeint ist die Kombination einer Vollzeit- mit einer Teilzeitbeschäftigung von Paaren. Vgl. hierzu Dingeldey, I.: Bilanz und Perspektiven eines aktivierenden Wohlfahrtsstaates, <https://www.bpb.de/apuz/201652/bilanz-und-perspektiven-des-aktivierenden-wohlfahrtsstaates?p=all>.

55 Z.B.: Nothhafft, S.: Sorge- und Umgangsrecht bei Gewalt in der Familie, aus: Haben die Gesetzesänderungen den Kinderschutz gestärkt? Kinder sind keine Inseln. Zur Synchronisierung des Gewaltschutzes im Familiensystem, 7. Kinderschutzforum Köln, in: Die Kinderschutzzentren (Hrsg.): Die Jugend(hilfe) von heute. Helfen mit Risiko, Köln 2009, S. 283–306

56 Kindler, H. (2005): Auswirkungen von häuslicher Gewalt auf die psychosoziale Entwicklung von Kindern, in: Familie, Partnerschaft und Recht, 11. Jg. Heft 1+2, S. 16–19; Kindler, H. u.a. (2004): Familiäre Gewalt und Umgang, in: FamRZ, 51. Jg. Heft 16, S. 1241–1251.

auch automatisch das geeignete Mittel und sollte nur dann in Betracht kommen, wenn dadurch die Kindeswohlgefährdung tatsächlich abgewendet wird. Die Anwesenheit eines Umgangsbegleiters/einer Umgangsbegleiterin kann das Kind zwar vor einem unmittelbaren Übergriff durch das Elternteil schützen. Allein aus dem Kontakt mit ihm können sich jedoch für das Kind erhebliche Belastungen ergeben. Nicht zuletzt sind bei Übergabe oder während des Umgangs die Möglichkeit für psychische und physische Übergriffe und Belastungen möglich. Gerade in Fällen häuslicher Gewalt – aber auch bei der Ausübung psychischen Drucks auf das Kind oder einem hohen Konfliktpotenzial der Eltern – stellt die Anordnung begleitenden Umgangs in vielen Fällen ein hohes Gefahrenpotenzial und ein Risiko für das Kindeswohl und den betroffenen Elternteil dar. Auch für Mütter oder Väter, die erheblich in ihrer Erziehungsfähigkeit eingeschränkt sind, stellt der auf Verselbstständigung ausgerichtete, zeitlich befristete begleitete Umgang nicht die passgenaue Hilfe dar. Sie erhoffen sich dadurch unbegleiteten Kontakt zu ihren Kindern. Die Hilfen im Rahmen des begleiteten Umgangs sind jedoch zu schwach, als dass bspw. die Gefahren einer Drogenabhängigkeit oder einer schwerwiegenden Persönlichkeitsstörung dadurch ausreichend gemindert werden könnten.

An diesen Stellen besteht aus Sicht des Deutschen Vereins jedenfalls Bedarf an der Überprüfung und Weiterentwicklung der Rechtsprechungspraxis. Wünschenswert wäre es, die Richterinnen und Richter auf diese Problematik durch entsprechende Schulungen aufmerksamer werden zu lassen.⁵⁷ Bei der Prüfung, inwieweit hier auch gesetzlicher Regelungsbedarf besteht, könnte diskutiert werden, ob die Voraussetzungen im Rahmen des § 1684 Abs. 4 BGB noch einmal genauer zu definieren sind. Es könnte zudem überlegt werden, im Sinne von nicht abschließenden Regelbeispielen gesetzlich zu formulieren, in welchen Fällen ein Umgangsausschluss in Betracht kommt. Eine Weiterentwicklung von Rechtsprechungspraxis und ggf. gesetzlicher Grundlage könnte sich bspw. am Sonderleitfaden zum Münchener Modell orientieren. Dieser formuliert ausdrücklich, dass vorläufiger begleiteter Umgang in Fällen von Kindeswohlgefährdender Sucht- oder psychischer Krankheit oder häuslicher Gewalt nur dann einem Umgangsausschluss vorzugswürdig ist, „wenn bei begleitetem Umgang Sicherheit für Opfer und Kind gewährleistet ist, keine Gefahr der Retraumatisierung von Kind oder Opfer droht, Verantwortung für das Täterverhalten übernommen wird, kein beachtlicher Kindeswille entgegensteht und positive Beziehungserfahrungen mit dem Umgangsberechtigten vorhanden sind.“⁵⁸ Ein wichtiger Aspekt bei der Diskussion möglicher Weiterentwicklungspotenziale sollte schließlich die Begleitung der Beteiligten durch Beratungsprozesse sein.

Umgang mit Dritten

§ 1685 BGB regelt den Umgang des Kindes mit anderen Bezugspersonen. Sofern der elterliche Umgang, wie in den Thesen der AG „Sorge- und Umgangsrecht“ vorgeschlagen, zukünftig als Teil der Ausübung der elterlichen Sorge verstanden

57 Vgl. hierzu den Entwurf eines Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2020/083120_sexualisierte-Gewalt-gegen-Kinder.html, sowie die diesbezügliche Stellungnahme der Geschäftsstelle des Deutschen Vereins vom 14. September 2020, www.deutscher-verein.de.

58 https://www.justiz.bayern.de/gerichte-und-behoerden/amtsgerichte/muenchen/verfahren_06.php

werden soll, muss geprüft werden, ob sich hieraus oder aus einer eventuellen neuen Begrifflichkeit Auswirkungen auf das Umgangsrecht Dritter ergeben.

4. Reformbedarf im Unterhaltsrecht (insbesondere zu Modellen erweiterter Betreuung)

Im Bereich des Unterhaltsrechts gibt es aus Sicht des Deutschen Vereins insbesondere im Hinblick auf eine erweiterte oder gar paritätische Betreuung durch beide Elternteile⁵⁹ Reformbedarf, um die nach Trennung/Scheidung in den Familien gelebte Vielfalt angemessen abzubilden. Nach Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH) ist bei paritätischer Betreuung des Kindes nicht von einer gänzlichen Befreiung von der Barunterhaltspflicht auszugehen.⁶⁰ Konkrete Vorschläge für neue Berechnungsmodelle⁶¹, die auch die Betreuungsanteile berücksichtigen, sind recht kompliziert. Schwierig wird es zudem, sobald ein Elternteil oder beide im Sozialleistungsbezug stehen.

Ziel einer Reform sollte nach Ansicht des Deutschen Vereins daher eine möglichst einfache, leicht anzuwendende Regelung sein, die diverse Modelle der Aufteilung von Betreuung und Verantwortung abbildet. Dabei stellt es aus Sicht des Deutschen Vereins ein wichtiges Anliegen dar, Interessenkonflikte zwischen Umgang und Unterhalt zu vermeiden. Grundsätzlich muss sich dabei die Unterhaltsregelung nach dem Betreuungsmodell ausrichten, das seinerseits am Kindeswohl ausgerichtet ist (s.o.). Eltern sollten nicht gezwungen sein, sehenden Auges ein für ihr Kind schlechteres Modell zu wählen, nur weil allein dieses einen hinreichenden Unterhalt sicherstellt. Bei der Ausgestaltung des Kindesunterhalts und der weiteren Rahmenbedingungen muss zudem im Blick gehalten werden, dass die Existenz des Kindes in beiden Haushalten abgesichert ist und die Lasten einer Trennung/Scheidung nicht einseitig verteilt werden.

Für die unterhaltsrechtliche Abbildung verschiedener Betreuungsmodelle ist eine Verständigung über deren Abgrenzung besonders wichtig. Dabei kann es bei der Einordnung der von den Eltern praktizierten Betreuungsregelungen nach Ansicht des Deutschen Vereins nicht allein auf die zeitliche Komponente ankommen. Vielmehr muss neben den reinen Zeitanteilen der durch die Elternteile abgedeckten Betreuung des Kindes auch eingestellt werden, inwieweit es tatsächlich zu einer Verantwortungsverteilung auf beide Schultern kommt.⁶² Im Sinne der im 3. Kapitel angeregten Flexibilität in der Ausübung und Anpassung der Betreuungsmodelle muss zudem gewährleistet sein, dass grundsätzliche Korrekturen beim Betreuungsmodell auch unterhaltsrechtlich nachvollzogen werden. Während punktuelle und geringfügige Änderungen bei der Umsetzung des vereinbarten Modells insofern unerheblich sind, muss sich die Unterhaltsregelung auch an den Wechsel des

59 Betreuung im hier verwendeten Sinn meint dabei mehr als die bloße Beaufsichtigung des Kindes, sondern vielmehr konkrete Verantwortungsübernahme, Pflege und Erziehung des Kindes.

60 BGH vom 11. Januar 2017, XII ZB 565/15.

61 Vgl. Schumann, E. (2018): Gutachten B zum 72. Deutschen Juristentag. Gemeinsam getragene Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung – Reformbedarf im Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrecht?, Leipzig.

62 Vgl. zur Abgrenzung Residenzmodell und Wechselmodell Salzgeber, J., in: Volbert, R. u.a.: Empirische Grundlagen der familienrechtlichen Begutachtung, Göttingen 2019, S. 73 ff. (87 f.).

Betreuungsmodells anpassen und die hinreichende finanzielle Absicherung des Kindes sicherstellen.

Status Quo

Im Rahmen der Unterhaltspflicht ist dem Kind nach §§ 1601 ff., 1606 Abs. 3 Satz 1, 1610 BGB der angemessene Unterhalt seitens der Eltern geschuldet. § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB sieht dabei vor, dass der das minderjährige Kind betreuende Elternteil seiner Unterhaltspflicht in der Regel durch die Pflege und Erziehung des Kindes nachkommt und bringt damit die grundsätzliche Gleichwertigkeit von Bar- und Betreuungsunterhalt zum Ausdruck. In den Leitlinien der Oberlandesgerichte zur Bestimmung des Barunterhaltsbedarfs ist auch die Düsseldorfer Tabelle⁶³ eingearbeitet. Der Kindesunterhalt soll die Teilhabe an den elterlichen Lebensverhältnissen abbilden. Ausgehend vom Mindestunterhalt, der sich für die zweite Altersstufe am sächlichen Existenzminimum des Kindes nach dem Existenzminimumbericht der Bundesregierung orientiert (§ 1612a Abs. 1 BGB), erhöht sich daher der Unterhaltsbedarf mit steigendem Einkommen des/der Barunterhaltspflichtigen. Der konkrete Betreuungsumfang des barunterhaltspflichtigen Elternteils spielt zunächst für die Bemessung des Kindesunterhalts nach der Düsseldorfer Tabelle keine Rolle. Aus der oben benannten Gleichwertigkeit von Bar- und Betreuungsunterhalt folgt, dass ein „üblicher Umgang“, d.h. in der Regel alle zwei Wochen am Wochenende und ggf. noch einen zusätzlichen Tag sowie die hälftigen Ferien, im Rahmen der Unterhaltsberechnung nicht zu einer Reduzierung des Barunterhalts führt. Die mit diesem „üblichen Umgang“ verbundenen Kosten (bspw. Fahrtkosten) hat aktuell i.d.R. der umgangsberechtigte Elternteil zu tragen. Die Berücksichtigung einer darüber hinausgehenden erheblichen Mitbetreuung des Kindes durch den barunterhaltspflichtigen Elternteil kann über eine Herabstufung in den Unterhaltsstufen der Düsseldorfer Tabelle erfolgen. (Nur) Im Falle des paritätischen Wechselmodells wird von einer beiderseitigen Barunterhaltspflicht ausgegangen. Hierfür wird der Unterhaltsbedarf nach Düsseldorfer Tabelle anhand des zusammengerechneten Einkommens ermittelt und dann entsprechend der Leistungsfähigkeit auf die Elternteile verteilt.⁶⁴

Düsseldorfer Tabelle als Orientierungspunkt unterhaltsrechtlicher Berücksichtigung erweiterter Betreuungsmodelle?

Für die Anknüpfung an die Bemessung des Kindesunterhalts auf Grundlage der Düsseldorfer Tabelle gibt es grundsätzlich gute Gründe. Dabei kann allerdings durchaus hinterfragt werden, inwieweit die Sätze der Düsseldorfer Tabelle für den Kindesunterhalt grundsätzlich ausreichend bemessen sind. Zum einen hat der Deutsche Verein bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass das sächliche Exis-

63 Die Düsseldorfer Tabelle beruht auf Koordinierungsgesprächen zwischen Richterinnen und Richtern der Familiensenate der Oberlandesgerichte Düsseldorf, Köln, Hamm, der Unterhaltskommission des Deutschen Familiengerichtstages e.V. sowie einer Umfrage bei den übrigen Oberlandesgerichten; https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer_Tabelle/index.php. Die einzelnen Oberlandesgerichte haben darauf aufbauend jeweils eigene Unterhaltsleitlinien, die teilweise Abweichungen in den Berechnungsmethoden aufweisen. Auch wenn diese Leitlinien vielfach gesetzsgleich verstanden und angewendet werden, sollen sie lediglich als Orientierungshilfe dienen und nicht die Einzelfallprüfung ersetzen.

64 BGH vom 5. November 2014, XII ZB 599/13.

tenzminimum Bezugspunkt des Mindestunterhalts bereits der ersten Altersstufe sein sollte.⁶⁵ Außerdem ist die konkrete Umsetzung dieser Anbindung des Mindestunterhalts an das sächliche Existenzminimum zu kritisieren.⁶⁶ Zum anderen ist auch an der grundlegenden Bemessung des Existenzminimums, welches dann auf den Unterhalt durchschlägt, deutliche Kritik zu formulieren.⁶⁷ Schließlich ist auch das Problem der unterschiedlichen Anknüpfung von Mindestbedarf und Selbstbehalt des/der Unterhaltspflichtigen, welche zu einer unterschiedlichen Berücksichtigung steigender Bedarfe bei Kindern und Unterhaltsverpflichteten führt, noch nicht gelöst.⁶⁸

Vor diesem Hintergrund ist zu diskutieren, wie ein erweiterter Umgang bzw. eine paritätische Betreuung sachgerecht berücksichtigt werden können. Neben der Frage, ab welchem Umfang und wie die Betreuungsanteile zu berücksichtigen sind, geht es dabei auch um Fragen der Umgangs-/Trennungsmehrkosten, insbesondere der (erhöhten) Wohnkosten, Fahrtkosten, Kosten für doppelte Anschaffungen usw., die in den Bedarfssätzen der Düsseldorfer Tabelle noch nicht berücksichtigt sind. Bei der Gestaltung des Kindesunterhalts ist deshalb darauf zu achten, dass die Existenzgrundlage des Kindes in beiden Haushalten gesichert ist. Die Auswirkungen insbesondere für den einkommensschwächeren Elternteil sind sorgfältig zu prüfen. Dabei sollte klar sein, dass der Aufenthalt des Kindes in beiden Haushalten die Kosten erhöht und damit eine schlichte Aufteilung der für das Residenzmodell berechneten Bedarfe auf zwei Haushalte den tatsächlichen Bedarfen der Kinder nicht gerecht werden kann.

Der Deutsche Verein hält es grundsätzlich für sinnvoll, für die Unterhaltsberechnung Leitlinien und damit einen Orientierungsrahmen vorzugeben. Dies ermöglicht eine einheitliche Grundlage für die individuelle Unterhaltsberechnung und macht das Unterhaltsrecht auch außergerichtlich (insbesondere für die Anwendung durch die Eltern selbst und die Beratungspraxis) handhabbar. Inwieweit hierüber eine angemessene Abbildung der Vielfalt an Fallkonstellationen möglich ist, muss geprüft werden. Im Sinne einer einfachen, handhabbaren Regelung ist nach Ansicht des Deutschen Vereins eine gewisse Typisierung und ggf. auch Pauschalierung notwendig. Die aktuell diskutierten Vorschläge⁶⁹ können diesen Anforderungen noch nicht hinreichend gerecht werden. Eine Weiterführung der Diskussion um eine angemessene Regelung ist jedoch dringend angezeigt. Hierbei ist nach Ansicht des Deutschen Vereins eine interdisziplinäre Zusammenarbeit vonnöten.

65 Stellungnahme des Deutschen Vereins zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Unterhaltsrechts und Unterhaltsverfahrensrechts vom 16. Juni 2015, www.deutscher-verein.de.

66 Ebd. Diese Kritik wird im Zusammenspiel von Mindestunterhaltsverordnung und Existenzminimumbericht im Jahr 2021 verdeutlicht: 2021 würde der in der 2. Mindestunterhaltsverordnung festgelegte Mindestunterhalt das im 13. Existenzminimumbericht der Bundesregierung ausgewiesene sächliche Existenzminimum um 17,- € unterschreiten. Mit der 3. Mindestunterhaltsverordnung wurde hierauf reagiert und der Mindestunterhalt entsprechend angehoben.

67 Siehe zuletzt Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Weiterentwicklung des Systems monetärer Leistungen für Familien und Kinder vom 11. September 2019.

68 Stellungnahme des Deutschen Vereins zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Unterhaltsrechts und Unterhaltsverfahrensrechts vom 16. Juni 2015, www.deutscher-verein.de.

69 Vgl. bspw. Schumann, E. (2018): Gutachten B zum 72. Deutschen Juristentag. Gemeinsam getragene Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung – Reformbedarf im Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrecht?, Leipzig.

Beiderseitige Barunterhaltspflicht

Der BGH geht aktuell (nur) beim paritätischen Wechselmodell von einer beiderseitigen Barunterhaltspflicht aus. Dabei haften die Eltern anteilig entsprechend ihrer Einkommensverhältnisse.⁷⁰ Von einem paritätischen Wechselmodell ist – wie bereits ausgeführt – nach Ansicht des Deutschen Vereins nur zu sprechen, wenn Betreuung des Kindes (zeitlich) und Verantwortung (inhaltlich) für das Kind gleichmäßig verteilt werden.

Bei der Ausgestaltung einer beiderseitigen Barunterhaltspflicht ist nach Ansicht des Deutschen Vereins insbesondere zu diskutieren, wie sich eine im Rahmen des paritätischen Wechselmodells gleichwertige Betreuung durch beide Elternteile zu einer – gegenüber minderjährigen Kindern gesteigerten – Erwerbsobliegenheit beider Elternteile verhält und wie diese beiden eher gegensätzlichen Anforderungen an die Elternteile in Einklang zu bringen sind. Während in Fällen des Minderjährigenunterhalts im Residenzmodell bzw. des Volljährigenunterhalts die gesteigerte Erwerbsobliegenheit Eltern abgefordert wird, die ihre Unterhaltspflicht nicht (mehr) durch Betreuung erfüllen, sind Eltern im paritätischen Betreuungsmodell zumindest hälftig für die Betreuung der Kinder zuständig.

Ebenso muss auch in dieser Hinsicht berücksichtigt werden, wie die Betreuung des Kindes vor Trennung und Scheidung aufgeteilt war. Je nach dessen früheren Ausgestaltung wird es dem bis dahin überwiegend betreuenden – und damit in der Erwerbstätigkeit zurücksteckenden – Elternteil nur begrenzt möglich sein, einer (gesteigerten) Erwerbsobliegenheit unmittelbar mit Trennung/Scheidung und Einführung eines anderen Betreuungsmodells nachzukommen. Dies gilt umso mehr, je mehr die Verteilung der Betreuungsaufgaben nach Trennung von der Gestaltung vor Trennung abweicht. Diese strukturelle Benachteiligung des bis zur Trennung die Hauptlast der Betreuung der Kinder tragenden Elternteils muss nach Ansicht des Deutschen Vereins berücksichtigt werden.

Ob und ab welchem Zeitpunkt eine (gesteigerte) Erwerbsobliegenheit besteht, muss genau (und unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls) geprüft werden. Inwieweit dies durch die aktuelle Rechtsprechung schon hinreichend erfolgt,⁷¹ kann durchaus infrage gestellt werden. Ein Vorschlag für eine entsprechende Berücksichtigung struktureller Benachteiligung sieht die Implementierung eines Ausgleichsmechanismus‘ dahingehend vor, dass für den Elternteil, der aufgrund der Betreuung gemeinsamer Kinder beruflich zurückgesteckt hat, nach der Trennung eine befristete Freistellung von der Barunterhaltspflicht erfolgt.⁷² Eine andere Möglichkeit wäre es, das Kriterium der Zumutbarkeit der Erwerbstätigkeit zu modifizieren.

Wechselmehrkosten, insbesondere Wohnkosten

Ein wesentlicher Punkt bei der Unterhaltsberechnung ist die Frage, welche trennungsbedingten Kosten ab welchem Betreuungsumfang in die Unterhaltsberechnung einfließen müssen und wie dies konkret zu geschehen hat. Auch hierbei lässt

⁷⁰ BGH, 11. Januar 2017, XII ZB 565/15.

⁷¹ Vgl. hierzu bspw. BGH vom 11. Januar 2017, XII ZB 565/15.

⁷² Vgl. hierzu Positionspapier des VAMV „Solidarität nach Trennung – Eckpunkte des VAMV für eine Reform des Unterhaltsrechts“ vom 2. September 2019.

sich eine trennscharfe Unterteilung in paritätisches Wechselmodell und erweiterte Betreuungsmodelle nicht immer vornehmen. Dies wird am Beispiel der Wohnkosten besonders deutlich. Gerade im Bereich erweiterter Betreuung, die nah an ein paritätisches Wechselmodell heranreicht, wird der Wohnbedarf des Kindes in beiden Haushalten zu bejahen sein.

Den in der Düsseldorfer Tabelle ausgewiesenen Beträgen zum Unterhaltsbedarf liegt wie ausgeführt eine einseitige Barunterhaltspflicht und die überwiegende Betreuung des Kindes durch einen Elternteil, d.h. eine Zuordnung zu (nur) einem Haushalt, zugrunde. Dies bedeutet, dass in den Bedarfssätzen bspw. nur Kosten für den Wohnbedarf bei einem Elternteil berücksichtigt sind. In Abhängigkeit vom konkreten Betreuungsmodell fallen jedoch verschiedene Mehrkosten an, die im Rahmen des Unterhaltsbedarfs des Kindes zu berücksichtigen sind. Zwar wird bei einer beiderseitigen Barunterhaltspflicht der Barunterhaltsbedarf des Kindes nach den zusammengerechneten Einkommen der Eltern ermittelt und damit etwas höher bemessen. Inwieweit dies den Familien gerecht wird und die vom Betreuungsmodell abhängigen Mehrbedarfe ausreichend erfasst, darf durchaus hinterfragt werden. Da die Unterhaltsbedarfsbeträge sich nicht proportional erhöhen, bedeutet dies nicht, dass hiermit bspw. der doppelte Wohnbedarf des Kindes oder andere Mehrkosten umfasst sind. Dies muss bei der Ermittlung des tatsächlichen Unterhaltsbedarfs berücksichtigt werden.

Würde man die auf das Kind entfallenden Wohnkosten konkret ermitteln und dann im Rahmen der beiderseitigen Unterhaltspflicht verteilen,⁷³ führte dies bei ungleichen Einkommensverhältnissen jedoch dazu, dass der einkommensschwächere Elternteil ggf. (deutlich) höhere Wohnkosten des einkommensstärkeren Elternteils mitfinanziert.⁷⁴ Hier ist eine einfache und faire Lösung zu schaffen, wie diese unterschiedlichen Wohnkosten der Elternteile berücksichtigt werden. Im Sinne einer „Gleichbehandlung“ des Wohnbedarfs (und damit verbundener Wohnkosten) des Kindes bei beiden Elternteilen wäre eine pauschale Festlegung vorzugswürdig. Dabei ist außerhalb der Frage nach der anteiligen Heranziehung der Eltern zur Abdeckung der Mehrbedarfe auch zu prüfen, was im Falle über dieser Pauschale liegenden Kosten gelten soll. Gerade im Bereich der Wohnkosten sind solche Fälle aufgrund der hohen regionalen Spreizung naheliegend.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass aktuell der Wohnbedarf des unterhaltsberechtigten Kindes einerseits und die Wohnkosten des barunterhaltspflichtigen Elternteils andererseits unterschiedlich berücksichtigt werden. Erstere werden aufgrund der Verknüpfung mit dem Existenzminimum im Rahmen einer Pauschale (aktuell 104,-€⁷⁵ im Rahmen des Mindestbedarfs in der zweiten Altersgruppe) berücksichtigt. Letztere sind im Rahmen der Bemessung des Selbstbehalts abgebildet und sollen bei Überschreitung des eingestellten Betrages zu einer Erhöhung des Selbstbehaltes führen, sofern sie nicht unangemessen sind. Nach Ansicht des Deutschen Vereins sind hier Lösungen zu diskutieren, die der Berücksichtigung

73 BGH, Beschluss vom 11. Januar 2017, XII ZB 565/15.

74 Lies-Benachib, G.: Wechselmodell und Unterhalt. Zu Risiken und Nebenwirkungen fragen Sie Ihren ..., in: Familienpolitische Informationen der eaf 4/2017, S. 1 ff.

75 Bericht über die Höhe des steuerfrei zu stellenden Existenzminimums von Erwachsenen und Kindern für das Jahr 2020 (12. Existenzminimumbericht), https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/2018-10-31-12-existenzminimumbericht-anl.pdf?__blob=publicationFile&v=2

von Wohnkosten beim Bedarf des Kindes und dem Selbstbehalt des barunterhaltspflichtigen Elternteils ein einheitliches Konzept zugrunde legen.

Anrechnung des Kindergeldes

Hinsichtlich der Gestaltung der Anrechnung des Kindergeldes müssen insbesondere im Hinblick auf das paritätische Wechselmodell verschiedene Fragen geklärt werden: Soll es bei einer hälftigen Aufteilung an die Eltern bleiben? An wen soll das Kindergeld ausgezahlt werden? Wie ist es im Rahmen einer beiderseitigen Barunterhaltspflicht zu berücksichtigen?

Anspruchsberechtigt bezüglich des Kindergeldes sind nach § 62 Abs. 1 Satz 1 EStG grundsätzlich die Eltern. Ausgezahlt wird es in der Regel an dasjenige Elternteil, bei dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (§ 64 Abs. 1 EStG). Statt jeweils beiden Elternteilen die Hälfte zu zahlen, wird bei getrennt lebenden Elternteilen die dem barunterhaltspflichtigen Elternteil zustehende Kindergeldhälfte bei der Bemessung des Unterhaltsanspruchs des Kindes gegen den barunterhaltspflichtigen Elternteil berücksichtigt. D.h., das Kindergeld wird komplett an den betreuenden Elternteil ausgezahlt und dann die dem barunterhaltspflichtigen Elternteil zustehende Kindergeldhälfte vom Kindesunterhalt, den er für das Kind zahlen müsste, abgezogen (§ 1612b Abs. 1 Nr. 1 BGB). Der BGH betont, dass diese Anrechnungsregelung auf Fälle zugeschnitten ist, in denen (nur) einer der beiden Elternteile das minderjährige Kind betreut, während der andere zur Barunterhaltszahlung verpflichtet ist.⁷⁶ Allerdings werde der Zweck dieser Halbanrechnung des Kindergeldes, den betreuenden Elternteil mit der Hälfte des Kindergeldes bei der Erbringung der Betreuungsleistung zu unterstützen, auch bei der gleichwertigen Betreuung des Kindes durch beide Elternteile im Wechselmodell nicht verfehlt. Nach der Rechtsprechung des BGH ist daher die auf die Betreuung entfallende Hälfte des Kindergeldes zu gleichen Teilen zwischen den Eltern auszugleichen; die auf den Barunterhalt entfallende Hälfte des Kindergeldes ist hingegen nach der einkommensabhängigen Beteiligungsquote der Eltern am Barunterhalt aufzuteilen.⁷⁷ Aus Sicht des Deutschen Vereins kann diese Lösung, insbesondere die anteilige Aufteilung der einen Hälfte des Kindergeldes, die zu einer größeren Entlastung des besser verdienenden Elternteils führt, nicht überzeugen. Hierbei wird insbesondere unberücksichtigt gelassen, dass die (anteilige) Barunterhaltspflicht den einkommensschwächeren Elternteil relativ betrachtet stärker belastet. Gleiches gilt für den Aspekt, dass das Kindergeld, auch bei familienrechtlich vorgesehener Verwendung für den Barunterhalt des Kindes nach § 1612b BGB, grundsätzlich beiden Eltern (gleichermaßen) zusteht.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass gerade auch die Auszahlung des Kindergeldes Auswirkungen auf andere Sozialleistungen hat. Hier könnte bspw. diskutiert werden, inwieweit bei an das Kindergeld anknüpfenden Sozialleistungen statt auf die Auszahlung ggf. auf die Kindergeldberechtigung abgestellt werden kann.

⁷⁶ BGH. XII ZB 45/15.

⁷⁷ BGH. XII ZB 45/15.

Vertretungsbefugnis in Bezug auf den Kindesunterhalt

Weiteren Reformbedarf sieht der Deutsche Verein im Bereich der Regelungen der Vertretungsbefugnis der Eltern. Dies bezieht sich zunächst auf die Frage der Geltendmachung des Kindesunterhalts im Wechselmodell. § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB sieht vor, dass der Elternteil, in dessen Obhut sich das Kind befindet, Unterhaltsansprüche des Kindes gegen den anderen Elternteil geltend machen kann. Diese Alleinvertretungsbefugnis greift in Fällen des Wechselmodells und der beiderseitigen Barunterhaltspflicht nicht, da das Kind sich dann nicht nur in Obhut eines Elternteils befindet. Nach aktueller Rechtslage muss daher entweder die Übertragung der Entscheidungsbefugnis zur Geltendmachung des Kindesunterhalts (§ 1628 BGB) oder die Bestellung eines Ergänzungspflegers (§ 1909 BGB) beantragt werden. Hier wäre nach Ansicht des Deutschen Vereins eine einfache Möglichkeit vorzusehen, die es den Eltern auch in diesen Fällen ermöglicht, den Barunterhaltsanspruch des Kindes, der sich dann im Ergebnis auf die verbleibende Unterhaltsspitze richtet, gegenüber dem jeweils anderen Elternteil geltend zu machen.

Nach Ansicht des Deutschen Vereins sollte im Rahmen einer umfassenden Reform des Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrecht auch geprüft werden, ob eine Vertretungsbefugnis des überwiegend betreuenden Elternteils in Bezug auf den Abschluss von Rückübertragungsvereinbarungen mit bspw. Jobcentern oder Unterhaltsvorschusskassen in Fällen der gemeinsamen Sorge gesetzlich verankert werden soll. Der Deutsche Verein hat bereits mehrfach auf die unbefriedigende Synchronisation der Rückgriffe aus UVG und SGB II hingewiesen. Als eine Möglichkeit, dies zu verbessern, ist die einheitliche Geltendmachung von Rückgriffs- und Unterhaltsansprüchen durch den Beistand (§§ 1712 ff. BGB i.V.m. § 55 SGB VIII) empfohlen worden.⁷⁸ Hierzu ist die Rückübertragung der zunächst auf UV-Kasse und Jobcenter übergegangenen Ansprüche auf das durch den Beistand vertretene Kind notwendig. Nach aktueller Rechtsprechung ist eine solche Rückübertragung jedoch nicht durch das Vertretungsrecht nach § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB umfasst.⁷⁹ In Fällen der gemeinsamen Sorge bedeutet das, dass der betreuende Elternteil zwar den Kindesunterhalt geltend machen kann. Für eine Rückübertragung zunächst übergegangener Ansprüche wäre allerdings die Zustimmung des barunterhaltspflichtigen Elternteils notwendig oder die Alleinentscheidungsbefugnis gerichtlich zu beantragen (§ 1628 BGB). Auch hier sieht der Deutsche Verein Handlungsbedarf.

5. Wechselwirkungen mit anderen Rechtsgebieten

Die Situation von Familien nach Trennung und Scheidung wird nicht allein durch das Familienrecht und die Regelungen zu Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrecht beeinflusst. Trennungen sind – unabhängig von der Frage des Betreuungsmodells – stets sowohl mit kurz- als auch mittel- und langfristigen Kosten verbunden, welche die finanziellen Spielräume insbesondere sozial benachteiligter Familien (weiter) einengen. Steuer- und sozialrechtliche Regelungen haben dabei erheblichen Einfluss auf die Familienrealitäten und stehen in Wechselwirkung mit dem

⁷⁸ Empfehlungen des Deutschen Vereins zur Weiterentwicklung des Systems monetärer Leistungen für Familien und Kinder vom 11. September 2019.

⁷⁹ BGH vom 18. März 2020, XII ZB 213/19 in Bezug auf Rückübertragung i.S.v. § 33 Abs. 4 Satz 1 SGB II.

Familienrecht. Nach Ansicht des Deutschen Vereins sollten bestehende praktische und finanzielle Barrieren, die die Umsetzung einzelner Betreuungsmodelle erschweren, abgebaut und die verschiedenen Betreuungsformen im Sozial- und Steuerrecht nicht gegeneinander ausgespielt werden. Insbesondere der Umfang der Betreuung eines Kindes hat dabei i. d. R. unmittelbare Auswirkungen auf den Anspruch und den Umfang/die Höhe der sozial- und steuerrechtlichen Leistungen. Damit kann die Ausweitung des Umgangs und/oder der Betreuung für den überwiegend betreuenden Elternteil in einem Spannungsverhältnis stehen, weil mit zunehmender Betreuung durch den anderen (umgangsberechtigten) Elternteil die Höhe der existenzsichernden Leistungen in seiner Bedarfsgemeinschaft abnehmen oder vollständig entfallen kann, was zu spürbaren wirtschaftlichen Nachteilen für die betroffenen Elternteile führt. Eine umfassende Reform muss die Voraussetzungen schaffen, dass Familien individuell passende Lösungen ohne strukturell bedingte Benachteiligung eines Elternteils finden können.

Die einzige gesetzlich verankerte Regelung im Sozialrecht, die auch den Besonderheiten der Betreuung des Kindes durch beide Elternteile nach Trennung/Scheidung Rechnung trägt, findet sich aktuell im Wohngeldgesetz (WoGG). Nach § 5 Abs. 4 WoGG gilt ein Kind bei beiden Elternteilen als Haushaltsmitglied und ist damit bei der Wohngeldberechnung zu berücksichtigen, wenn es von ihnen zu annähernd gleichen Teilen betreut wird (Satz 1) und ebenso bei einer Aufteilung der Betreuung bis zu einem Verhältnis von mindestens einem Drittel zu zwei Dritteln je Kind (Satz 2). Mit dieser Regelung will der Gesetzgeber dauerhaft getrennt lebenden Eltern die abwechselnde Betreuung von Kindern hinsichtlich des bereitgehaltenen Wohnraums sichern.⁸⁰ Diese Regelung sollte nach Ansicht des Deutschen Vereins allerdings nicht ungeprüft in anderen Rechtsgebieten zur Begründung eines Leistungsausschlusses herangezogen werden. Es sollte vielmehr diskutiert werden, wie zukünftig der erziehungsbedingte Mehraufwand bei allen Eltern gedeckt und ihnen tatsächlich ein Existenzminimum gesichert werden kann, das nicht unter dem von Paaren ohne Kinder liegt.⁸¹ Je nach Ziel und Zweck der betreffenden Leistungen ist eine sinnvolle und innerhalb des Gesamtsystems schlüssige Regelung bezüglich der Gewährung der Leistung für beide Elternteile zu treffen. Diese sollte zusätzlich entstehende Bedarfe auffangen und gleichzeitig sicherstellen, dass Leistungen nur gekürzt werden, wenn auch tatsächlich Kosten entfallen. Dabei sollten Wertungen, die auf den konkreten Umfang der Betreuung abstellen, möglichst einheitlich getroffen werden. Sofern sich unterschiedliche Auswirkungen an die Einstufung einer (erweiterten) Mitbetreuung oder einem Wechselmodell knüpfen, ist eine Begriffsklärung „Wechselmodell“ und eine einheitliche Handhabung vonnöten.

Wenn auch eine ausführliche Darstellung und Diskussion der mit anderen Rechtsgebieten bestehenden Wechselwirkungen im Rahmen dieses Papiers nicht geleistet werden kann, soll mit aller Dringlichkeit darauf hingewiesen werden, dass die bessere Unterstützung von Trennungseltern nicht allein durch eine Reform des Kindschafts- und Unterhaltsrechts erreicht werden kann. Bei der im Rahmen einer grundlegenden Reform notwendigen Gesamtbetrachtung müssen daher insbe-

⁸⁰ BT-Drucks. 16/6543, S. 91.

⁸¹ In Bezug auf die Ermittlung der Regelbedarfe vgl. Stellungnahme des Deutschen Vereins zur Anhörung des Ausschusses für Arbeit und Soziales am 28. November 2016 zum Entwurf eines Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen u.a., S. 3.

sondere auch die Regelungen im Rahmen des UVG, des SGB II/XII, des BAföG, des EStG, des Melderechts und des Abstammungsrechts mit einbezogen und geprüft werden. Zudem könnte eine solche Reform Anlass sein, bereits lange kritisierte Schnittstellenprobleme anzugehen, um unbeabsichtigte Wechselwirkungen zu vermeiden.⁸² Gerade im Zusammenspiel von Unterhalt und altersabhängigen Sozialleistungen bestehen beispielsweise nach wie vor unterschiedliche Altersgruppen, wobei die Unterscheidung in der Festlegung der einzelnen Altersgruppen nicht ohne weiteres nachvollzogen werden kann.⁸³

6. Umfassende und ergebnisoffene Beratung anlässlich Trennung/Scheidung

Im Verlauf der bisherigen Ausführungen hat der Deutsche Verein mehrfach auf das Erfordernis einer Unterstützung und Beratung der Eltern hingewiesen. Unterstützungsangebote für Trennungsfamilien sollten mit Blick auf gute Entwicklungsbedingungen für Kinder und die Ressourcen der Elternteile sowohl auf einen Abbau von Konflikten als auch auf eine Stärkung der Erziehungskompetenzen abzielen.⁸⁴ In der vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) in Auftrag gegebenen Befragung von Trennungseltern durch das Allensbach Institut im Jahr 2017 geben 64 % der befragten Mütter und Väter an, der Staat sollte getrennt lebende Eltern mehr unterstützen. 41 % derjenigen Eltern, die mehr Unterstützung wünschen, denken dabei an „Psychologische Beratung und Unterstützung speziell für Trennungskinder“, 40 % wünschen sich „Beratung, wie man die Trennungssituation am einfachsten für das Kind macht“ und 27 % nennen „Beratung, wie man auch als getrenntes Paar das Kind gemeinsam erziehen kann“.⁸⁵ In den Erörterungen zur Reform des Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrechts hat folgerichtig die umfassende und ergebnisoffene Beratung von Eltern im Kontext der Trennung einen hohen Stellenwert.⁸⁶

Strukturen der Kinder- und Jugendhilfe

Die Beratung und Unterstützung von Familien in akuter Trennungssituation und in der Zeit nach der Trennung ist eine Kernaufgabe der Kinder- und Jugendhilfe. Die alleinige Verankerung der Beratung in §§ 17, 18 SGB VIII und die Fokussierung auf die Mediation als Methode, wie in den Thesen der AG „Sorge- und Umgangsrecht“ angelegt,⁸⁷ greift dabei allerdings zu kurz, auch wenn eine allgemeine Beratung nach §§ 17, 18 SGB VIII für viele Familien hilfreich sein kann. Der Deutsche Verein

82 Vgl. hierzu Fußn. 36 und 67.

83 Vgl. Ott, N./Schürmann, H./Werdning, M.: Schnittstellen im Sozial-, Steuer- und Unterhaltsrecht 2012 sowie Lenze, A.: Rechtsgutachten - Die Ermittlung der Bedarfe von Kindern - Probleme, Herausforderungen, Vorschläge, Mai 2019, <https://www.ms.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/wege-zu-einer-kindergrund-sicherung-172307.html>

84 Vgl. Walper S./Langmeyer, A.: in Volbert, R. u.a.: Empirische Grundlagen der familienrechtlichen Begutachtung, Göttingen 2019, S. 13 ff

85 Gemeinsam getrennt erziehen – Befragung von Trennungseltern durch das Institut für Demoskopie Allensbach im Auftrag des BMFSFJ, 2017.

86 Vgl. beispielhaft in Schumann, E. (2018): Gutachten B zum 72. Deutschen Juristentag. Gemeinsam getragene Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung – Reformbedarf im Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrecht?, Leipzig, S. B 113.

87 S. Fußn. 3.

weist an dieser Stelle zudem darauf hin, dass die Angebote der §§ 17, 18 SGB VIII sich in der Praxis oft auf die Beratung des überwiegend betreuenden Elternteils fokussieren. Im Rahmen einer grundlegenden Reform sollten daher auch der Kreis der Anspruchsberechtigten sowie die Beratungsinhalte der §§ 17 und 18 SGB VIII geprüft und ggf. erweitert bzw. angepasst werden, um eine umfassende Beratung zu gewährleisten und der gelebten Vielfalt von Familie gerecht zu werden.⁸⁸

Die Beratung von Eltern, Kindern, Jugendlichen und Familien ist bereits jetzt in der Kinder- und Jugendhilfe auch bei den ambulanten Hilfen zur Erziehung nach §§ 27 ff. SGB VIII⁸⁹ gesetzlich und in der Praxis verortet. Mit den Hilfen zur Erziehung bekommen diejenigen Familien Beratung und Unterstützung, bei denen nach § 27 SGB VIII die Erziehung zum Wohle des Kindes nicht gewährleistet ist, sei es durch die Trennung der Eltern mitbedingt oder dadurch verstärkt. Hier sollte ebenfalls angesetzt werden, um dem Bedarf der Eltern an Unterstützung und Beratung gerecht zu werden.⁹⁰

Die Beratung der Eltern ist derzeit zudem ein mögliches Element im familiengerichtlichen Verfahren. Die Mitwirkung nach § 50 SGB VIII, eine Aufgabe des Jugendamtes, und die Entscheidungsbefugnis des Familiengerichts können sich dabei sinnvoll ergänzen. Die Zugänge zur Beratung erfolgen durch Anregung oder Anordnung des Familiengerichts (§ 156 FamFG), durch Vermittlung des Jugendamtes im Rahmen der Mitwirkung oder auf Initiative der Eltern selber.

Voraussetzungen, Ziele und Methoden der Beratung

Die Beratung von Eltern zur Bewältigung der Trennung und zur Etablierung eines neuen Alltags als getrennt lebende Familie hat das Ziel, mit den Eltern Vereinbarungen zu erarbeiten, die der neuen Situation gerecht werden und die Bedürfnisse der Kinder mit denen der Eltern in Einklang bringen. Dabei sollte das eingangs unter 1.) beschriebene Verständnis verantwortungsvoller Elternschaft, welches dem Respekt des anderen Elternteils und der Kooperation im Hinblick auf Pflege und Erziehung des Kindes eine hohe Priorität einräumt, im Fokus stehen. Die zeitnahe und ausreichende Verfügbarkeit von Beratung sichert die Intervention zu einem frühen Zeitpunkt und birgt die Chance, ungünstige Entwicklungen zu verhindern oder abzumildern. Inwieweit Eltern umfassende und zeitnahe Beratung in Anspruch nehmen können, ist eine Frage der Ressourcen, die nach Ansicht des Deutschen Vereins flächendeckend und bedarfsgerecht zur Verfügung stehen müssen. Hierzu sind die Beratungsangebote der Jugendämter und freien Träger entsprechend auszubauen und auf eine Qualitätssicherung zu achten.

In Fällen häuslicher und sexualisierter Gewalt sind insbesondere unabhängige Fachberatungsstellen einzubeziehen, die mit besonderer Expertise die gewaltbe-

88 Vgl. hierzu bspw. Reformvorschläge im Bereich Beistandschaft des Praxisbeirats Beistandschaft beim DfJ-JuF vom 30. November 2019, https://www.dijuf.de/files/downloads/2019/Praxisbeirat_Reformvorschlag%20A4ge_v_30.11.2019.pdf

89 Explizit im Text von § 28 SGB VIII: „Erziehungsberatungsstellen und andere Beratungsdienste und -einrichtungen sollen Kinder, Jugendliche, Eltern und andere Erziehungsberechtigte bei der Klärung und Bewältigung individueller und familienbezogener Probleme und der zugrunde liegenden Faktoren, bei der Lösung von Erziehungsfragen sowie bei Trennung und Scheidung unterstützen. Dabei sollen Fachkräfte verschiedener Fachrichtungen zusammenwirken, die mit unterschiedlichen methodischen Ansätzen vertraut sind.“

90 Die Thesen der AG „Sorge- und Umgangsrecht“ fokussieren hingegen vorrangig auf die §§ 17, 18 SGB VIII.

troffenen Personen und Kinder, aber auch die gewalttätigen Personen adressieren.

Beratung, die im Kontext familiengerichtlicher Auseinandersetzungen erfolgt, ist nicht immer freiwillig, d.h. sie kann angeordnet werden und/oder einen gewissen Einigungsdruck erzeugen. Die Nachhaltigkeit solcher unter Druck getroffenen, äußerlich einvernehmlichen Lösungen dürfte jedoch eher gering sein.⁹¹ Neben individuellen persönlichen Voraussetzungen hängt es auch vom angemessenen fachlichen Vorgehen ab, ob die Bereitschaft zur Konsensfindung und damit die Ergebnisoffenheit bei beiden Eltern hergestellt werden kann. Allerdings sind auch bei sach- und fachgerechtem Vorgehen nicht alle Probleme lösbar und nicht alle Beteiligten entwickeln ausreichende Motivation, die Konflikte zu überwinden. In diesen Fällen müssen die beteiligten Fachkräfte ebenso in der Lage sein, die Grenzen der Beratung im konkreten Fall (an-)zu erkennen. Dies bedeutet auch, dass in der Beratung ungleiche Kräfteverhältnisse der Beteiligten wahrgenommen werden und bei der Erarbeitung der Vereinbarungen Berücksichtigung finden müssen. Die Erfahrungen mit angeordneter und durch das Familiengericht angeregter Beratung zeigen jedoch, dass die hohe Verbindlichkeit der Beratung die Ergebnisorientierung bei den Eltern fördern kann.

Im Rahmen der Beratung darf es nicht darum gehen, eine gemeinsame Sorge und/oder bestimmte Betreuungsmodelle um jeden Preis und in jeder Fallgestaltung durchzusetzen und entsprechend Druck auf die Eltern auszuüben. Für das Wohl des Kindes im Falle der Trennung seiner Eltern ist weniger von Bedeutung, ob die Eltern das gemeinsame Sorgerecht haben oder einem allein die Sorge zusteht. Entscheidend sind vielmehr insbesondere die Qualität der Eltern-Kind-Beziehung und die Kooperationsbereitschaft zwischen den Eltern.⁹² Ähnliche Erkenntnisse sind auch hinsichtlich der Wahl des konkreten Betreuungsmodells festzustellen – auch das konkret gewählte Betreuungsmodell ist nicht per se ausschlaggebend für das Wohlbefinden der betroffenen Kinder.⁹³

Eltern in der Trennungsphase und danach brauchen Ermutigung, um zum Wohle der Kinder mit dem anderen Elternteil zu kooperieren und die Bedeutung der Kooperation für die Entwicklung des Kindes anzuerkennen. Zur Unterstützung und Befähigung der Eltern in dieser Hinsicht spielt eine umfassende und ergebnisoffene Beratung eine wichtige Rolle. Eventuelle destruktive Verhaltensmuster können und sollten in Beratungsangeboten bearbeitet werden.⁹⁴ Angebote zur Emotionsregulation können hier einen wichtigen Beitrag zur Deeskalation darstellen.

Beratung kann dabei nur so ergebnisoffen sein, wie die rechtlichen Rahmenbedingungen des Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrechts – aber auch die übrigen rechtlichen und strukturellen Rahmenbedingungen (s.o.) – es zulassen. Sie muss den Gesamtkontext stets im Auge behalten, d.h. sowohl die Verantwortung für die Belange des Kindes (Betreuung, Erziehung und Versorgung) als auch die wirt-

91 Ekert, S./Heiderhoff, B.: Die Evaluierung der FGG-Reform – Abschlussbericht zum Forschungsvorhaben. Herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Berlin 2018.

92 Wallerstein, Judith S./Lewis, Julia M., Blakeslee, Sandra (2002): Scheidungsfolgen – die Kinder tragen die Last. Eine Langzeitstudie über 25 Jahre, Münster; vgl. auch Vgl. Walper S./Langmeyer, A.: in Volbert, R. u.a.: Empirische Grundlagen der familienrechtlichen Begutachtung, Göttingen 2019, S. 13 ff.

93 Vgl. bspw. Rückert, S.: Wenn zwei sich trennen, leider der Dritte, in jugendhilfereport 4/2019, S. 9 ff.

94 Vgl. Walper S./Langmeyer, A.: in Volbert, R. u.a.: Empirische Grundlagen der familienrechtlichen Begutachtung, Göttingen 2019, S. 13 ff.

schaftliche Situation beider Eltern und des Kindes berücksichtigen. Durch die Gestaltung der Betreuung darf kein Ungleichgewicht oder gar eine einseitige Armutssituation entstehen, wenngleich in der Regel wirtschaftliche Einschränkungen für alle Beteiligten mit der Trennung einhergehen. Eine umfassende Reform des Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrechts muss – wie bereits ausgeführt – nach Ansicht des Deutschen Vereins die Voraussetzungen dafür schaffen, dass Familien ausgeglichene Lösungen ohne strukturell bedingte Benachteiligung eines Elternteils finden können.

Mediation als Methode ist nur für diejenigen Eltern geeignet, die die Voraussetzungen, u.a. Konsenswille, ungefähre Machtgleichheit, keine laufende gerichtliche Auseinandersetzung, erfüllen. Elemente hieraus können jedoch bei Bedarf in eine umfassendere Beratung und Unterstützung eingebettet werden.

Gute Erfahrungen gibt es mit der sogenannten gerichtsnahen Beratung, bei der eine enge Zusammenarbeit zwischen den beteiligten Institutionen (Familiengericht, Jugendamt und Beratungsstelle) strukturell gesichert ist.⁹⁵ Sowohl bei der Mitwirkung nach § 50 SGB VIII als auch bei der Beratung wird darauf geachtet, die Konflikte nicht zu verschärfen und die Ergebnisse abgestimmt für das Verfahren nutzbar zu machen und unter Beachtung der datenschutzrechtlichen Vorgaben, d.h. mit Einverständnis aller Beteiligten, zurück zu koppeln. Wenn notwendig, sollte auch der begleitete Umgang in den Beratungsprozess integriert sein. Der Deutsche Verein regt an, gute Konzepte von interdisziplinärer Zusammenarbeit und Beratungsarbeit mit dem Ziel einvernehmlicher Lösungen zu erarbeiten bzw. umzusetzen. Dies erfordert insbesondere ausreichende Ressourcen bei den Beteiligten. In diesen Konzepten ist zudem, wie bereits ausgeführt, immer mitzudenken und anzuerkennen, dass nicht in allen Fällen eine einvernehmliche Lösung möglich ist und eine gerichtliche Entscheidung in solchen Fällen eine gleichwertige Alternative darstellen kann.

Klarstellend weist der Deutsche Verein ausdrücklich darauf hin, dass Streitbeilegungsverfahren, einschließlich Mediation und Schlichtung, insbesondere in Fällen häuslicher und sexualisierter Gewalt nicht anzuwenden sind.⁹⁶

Die Forderung nach einer möglichst umfassenden, ergebnisoffenen Beratung und Betreuung der Eltern und Kinder und das Erstreben einer möglichst einvernehmlichen und außergerichtlichen, individuell angemessenen Streitbeilegung setzt angesichts oftmals komplexer Familiensituationen und -strukturen sowie komplexer rechtlicher Rahmenbedingungen und Regelungsgebiete hohe Anforderungen an die Qualifizierung der Fachkräfte der Beratung und bedeuten für diese eine hohe Verantwortung. Unabdingbar sind rechtliche Kenntnisse, die Fähigkeit zum Umgang mit der Psychodynamik von Trennungen, Kenntnisse hinsichtlich verschiedener Beziehungskonstellationen und in Entwicklungspsychologie und die Fähigkeit der Allparteilichkeit mit dem zentralen Blick auf das Kind. Der Deutsche Verein weist daher darauf hin, dass für das gerade im Zusammenhang mit Tren-

95 Vgl. bspw. Würzburger Leitfaden für Verfahren vor dem Familiengericht Würzburg, die den Aufenthalt (Aufenthaltsbestimmungsrecht) oder das Umgangsrecht des Kindes betreffen, https://diakonie-wuerzburg.de/assets/beratung-hilfeinkrisen/trennung_scheidung/W%C3%BCrzburger-Leitfaden_2017-04-04.pdf; <http://www.hannfampraxis.de>

96 Art. 48 Istanbul-Konvention; vgl. hierzu die unterschiedliche Ausgestaltung der §§ 36a und 156 FamFG.

nung/Scheidung wichtige Beratungsangebot entsprechende finanzielle und personelle Ressourcen notwendig sind.

Partizipation von Kindern und Jugendlichen

Einen besonderen Stellenwert hat schließlich der altersgemäße Einbezug von Kindern in die Beratung. Je nach Persönlichkeit und Entwicklungsstand wollen Kinder gehört werden und ihre Sichtweise mitteilen. Im Verlauf der Beratung kann es geboten sein, dass sich die Fachkraft ein eigenes Bild von der Perspektive des Kindes macht, statt sich auf die möglicherweise auch widersprüchlichen Aussagen der Eltern zu verlassen. Ein Einbezug der Kinder in die Beratung darf den Kindern nicht die Verantwortung für Entscheidungen aufladen. Das würde sie überfordern. Sie aus der Beratung ganz herauszuhalten, schränkt sie demgegenüber in ihrem Gefühl der Selbstwirksamkeit ein. Es braucht Zeit, um eine professionelle Beziehung zu dem Kind aufzubauen, und fachliches Geschick, die Balance zwischen Einbezug in die Beratung und Überforderung zu halten. Hierzu gehört, dass eine unparteiische Fachkraft bzw. eine Fachkraft, die die Interessen des Kindes vertritt, wie bspw. der/die Berater/in oder der Verfahrensbeistand, ihnen zunächst die Situation, das Verfahren und die nächsten Schritte erklärt.⁹⁷ Insoweit ist insbesondere von der Bestellung eines Verfahrensbeistandes nach § 158 FamFG stärker sowie frühzeitig im Verfahren Gebrauch zu machen – auch wenn bzw. gerade weil zu Beginn des Verfahrens oftmals noch nicht absehbar ist, ob und inwieweit die Bestellung des Verfahrensbeistandes zur Wahrnehmung der Interessen des minderjährigen Kindes erforderlich ist. Dringend erforderlich sind in diesem Zusammenhang auch gesetzlich festgelegte Qualifizierungsstandards für Verfahrensbeistände.⁹⁸

So wie das Zusammenwirken der Akteure im familiengerichtlichen Verfahren derzeit meist abläuft, erleben Kinder häufig belastende Mehrfachbefragungen, ohne dass ihnen das Gefühl vermittelt wird, dass sie tatsächlich beteiligt sind und ernst genommen werden. Die Perspektive der Kinder auf das familiengerichtliche Verfahren sollte daher im Zuge der Reform des Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrechts stärker Berücksichtigung finden.

Präventive Angebote nach § 16 SGB VIII

Der Deutsche Verein regt zudem an, Familienbildung und -beratung nach § 16 SGB VIII zu stärken, um auch präventiv Trennungskompetenz, Kommunikations- und Konfliktlösungskompetenzen von Eltern zu fördern. Ziel von Familienbildung und -beratung ist es in diesem Zusammenhang, stabile und auf das Kind gerichtete Elternschaft zu fördern und zu unterstützen. Dies kann einen wichtigen präventiven Beitrag dazu leisten, eine verantwortungsvolle Elternschaft zu stärken.

97 Im Gesetzentwurf zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder ist vorgesehen, den Aufgabenkatalog des Verfahrensbeistands um die Verpflichtung zu erweitern, ggf. einen Beschluss des Gerichts mit dem Kind zu erörtern, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Bekaempfung_sex_Gewalt_Kinder.html;jsessionid=4019F4DED74C6329EE784820B7C32A6F.2_cid334

98 Vgl. hierzu Gesetzentwurf zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder, wie zuvor.

Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V. – seit 140 Jahren das Forum des Sozialen

Der Deutsche Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V. ist das gemeinsame Forum von Kommunen und Wohlfahrtsorganisationen sowie ihrer Einrichtungen, der Bundesländer, der privatgewerblichen Anbieter sozialer Dienste und von den Vertretern der Wissenschaft für alle Bereiche der Sozialen Arbeit, der Sozialpolitik und des Sozialrechts. Er begleitet und gestaltet durch seine Expertise und Erfahrung die Entwicklungen u.a. der Kinder-, Jugend- und Familienpolitik, der Sozial- und Altenhilfe, der Grundsicherungssysteme, der Pflege und Rehabilitation. Der Deutsche Verein wird gefördert aus Mitteln des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend.

Impressum

Herausgeber:

Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V.

Michael Löher, Vorstand

Michaelkirchstr. 17/18

10179 Berlin

www.deutscher-verein.de

E-Mail info@deutscher-verein.de