

Abteilung Familienrecht

Professorin Dr. Anne Röthel, Hamburg*

Das Recht der Elternverantwortung

Konzeption, Organisation, Strukturierung

I. Gegenstand und Anliegen des Gutachtens

Die Abteilung Familienrecht wird auf dem 72. DJT auf der Basis des Gutachtens von *Eva Schumann* über das Thema verhandeln „Gemeinsam getragene Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung. Reformbedarf im Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrecht?“. ¹ Das Kindschaftsrecht war schon häufig auf der Tagesordnung des Juristentags. Der 44. DJT 1962 hatte über die Rechtsstellung nichtehelicher Kinder beraten, im Jahr 1982 ging es um die Rechtsstellung der Pflegekinder, auf dem 54. DJT 1986 wurden die Rechtsfragen „künstlicher Befruchtung“ diskutiert, beim 59. DJT 1992 ging es insgesamt um Reformbedarf im Kindschaftsrecht, und der 71. DJT 2016 verhandelte mit dem Abstammungsrecht über die Elternzuordnung. In diesem Jahr steht die Ausgestaltung der elterlichen Sorge getrennt lebender Eltern im Vordergrund. Der Untersuchungsgegenstand ist damit – im Vergleich zu den Themen des 58. DJT 1992 oder des 71. DJT 2016 – enger gezogen. Auch gibt es nicht den einen rechtspolitischen Anlass. Thema und Gutachten sind in erster Linie als ordnende Strukturierung eines Rechtsgebiets zu verstehen, das seit 1900 zahlreiche Wellen tiefgreifender, grundsätzlicher Umorientierungen hinter sich gebracht hat und zu einem unübersichtlichen und verworrenem Rechtsgebiet geworden ist. Unzählige Reformen haben immer wieder neue Fäden in die bestehenden Muster hineingewoben, um geänderte Praktiken, verändertes Wissen und neue Rechte abzubilden. Es gilt also, sich der zentralen Ideen und Institutionen, der Leitbilder und großen Linien zu vergewissern, damit das Kindschaftsrecht langfristig auch im Detail wieder zu Konsistenz und Kohärenz finden kann.

Das Gutachten zielt nicht auf eine Neukonzeption in der Architektur des Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrechts, sondern liest sich eher wie eine mit Realitätssinn geleistete Aufarbeitung der familienrechtlichen Agenda des Berliner Gesetzgebers. *Schumann* bewegt sich vorsichtig im Bereich des praktisch Realisierbaren und politisch Machbaren. Rechtsprechung und Gesetzgebung werden für die angebotene Unterhaltsformel, die Berechnungsbeispiele und die ausformulierten Regelungsvorschläge dankbar sein. Das Gutachten ist entschieden praxisnah. Es geht *Schumann* nicht um Paradigmenwechsel und Zukunftsmusik, sondern darum, bereits eingeschlagene Wege weiter zu denken, begonnene Reformprozesse fortzuführen, jüngere Rechtsprechungsbestände zu kodifizieren, punktuelle Regelungslücken zu schließen und die im Verlauf der Zeit entstandenen Unebenheiten wieder zu glätten.

* Verf. ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht der Bucerus Law School, Hochschule für Rechtswissenschaft, Hamburg.

¹ *Schumann*, Gemeinsam getragene Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung. Reformbedarf im Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrecht?, Gutachten B zum 72. DJT 2018.

Gestützt auf verfassungsrechtliche, rechtsvergleichende und rechtstatsächliche Grundlagen² identifiziert *Schumann* auf folgenden Feldern Reformbedarf: bei der Ausgestaltung der gemeinsamen Sorge, bei der Lösung von Elternkonflikten, im Verhältnis von Kindeswohl und Kindeswille und beim Kindesunterhalt. Ihre zentralen Anliegen sind, dass das Leitbild der gemeinsamen Sorge gestärkt (unten II.),³ die geteilte Betreuung geregelt (unten III.),⁴ die Elternautonomie gefördert⁵ und zugleich der Kindeswille stärker berücksichtigt wird⁶ (unten IV.).

II. Konzeption der Elternverantwortung: Sorge

1. Befund

Die kindschaftsrechtliche Großerzählung geht dahin, dass das Eltern-Kind-Verhältnis nicht mehr elterntzentriert, eheorientiert und patriarchal, sondern vielmehr kindesorientiert, eheunabhängig und partnerschaftlicher gedacht wird. Aus der dem Vater allein zugewiesenen „elterlichen Gewalt“ wurde mit dem SorgeRG 1979 die „elterliche Sorge“, inzwischen wird die Bezeichnung als „Elternverantwortung“⁷ favorisiert, und in der Zukunft mag sich die Elternstellung zur „Funktionsträgerschaft“ weiter versachlichen.⁸ Schon die veränderten Begriffe spiegeln grundlegende Veränderungen in den rechtlichen Anschauungen über die Elternrolle wider. Aus der Anerkennung von Rechtsmacht („Gewalt“) wurde ein fremdnütziges Fürsorgeverhältnis („Sorge“), und heute gilt es, die Dauerhaftigkeit der mit Elternschaft einhergehenden Bindungen („Verantwortung“) und damit verknüpfte Erwartungen der Rechtsordnung („Funktionsträger“) herauszustellen. Zugleich haben sich die Vorstellungen über die Inhaberschaft geändert: Was zunächst ein Privileg des verheirateten Vaters (§ 1627 BGB a. F.), später der nicht verheirateten Mutter (§ 1705 BGB a. F.) war, wird inzwischen

² *Schumann* (Fn. 1), B 11–30.

³ *Schumann* (Fn. 1), Thesen 1 und 2.

⁴ *Schumann* (Fn. 1), Thesen 5, 7–9, 15–17.

⁵ *Schumann* (Fn. 1), Thesen 6, 8, 10.

⁶ *Schumann* (Fn. 1), These 14.

⁷ Der Begriff der Elternverantwortung wurde zuerst für das verfassungsrechtliche Verständnis des Elternrechts geprägt; siehe etwa *BVerfGE* 56, 363, 382. Der Gesetzgeber des KindRG hat sich indes bewusst für die Beibehaltung der „elterlichen Sorge“ und gegen die Umbenennung in „Elternverantwortung“ entschieden; siehe BT-Drucks. 13/4899, S. 58. Bei *Schumann* (Fn. 1) wird Elternverantwortung unspezifisch, d. h. nicht anstelle der *elterlichen* Sorge, sondern als Oberbegriff für die aus der Elternstellung folgenden Pflichten verwendet. – Die internationale Rechtsentwicklung favorisiert schon länger den Begriff der Elternverantwortung („parental responsibilities“); siehe nur VO (EG) Nr. 2201/2003 (ABl. EU 2003 L 338/1); sowie *Boele-Woelki/Braat/Curry-Sumner* (Hrsg.), *European Family Law in Action*, Vol. III: Parental Responsibilities, 2005; und *Boele-Woelki* u. a. (Hrsg.), *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, 2007.

⁸ Dieser Bezeichnung im Zusammenhang mit Elternstellung und elterlicher Sorge bin ich das erste Mal begegnet bei *Dutta* JZ 2016, 845, 846.

mit dem Leitbild der gemeinsamen Sorge grundsätzlich als gemeinsame Aufgabe der Eltern angesehen.⁹

Diese Entwicklung von der väterlichen Gewalt zur gemeinsamen elterlichen Sorge lässt sich als Verwirklichung unterschiedlicher Anliegen deuten. Je nachdem, wie kindes- oder elternorientiert das Kindschaftsrecht im Einzelnen gedacht wird und wie sehr die Familie eher als privater Raum oder als sozialpolitische Aufgabe erscheint, lässt sich der Weg zur gemeinsamen Sorge mit dem Kindeswohl, mit der Gleichberechtigung von Müttern und Vätern, mit dem Abbau von Diskriminierungen nichtehelicher Kinder oder schließlich als Ausdruck familiärer Selbstentscheidung unter Zurückweisung staatlicher Kontrollansprüche erklären. Grundsätzliche Kritik an der gemeinsamen Sorge getrennt lebender, geschiedener oder nicht verheirateter Eltern („Weg ... in die Eindimensionalität“¹⁰, „juristisches Konstrukt“¹¹) wird heute jedenfalls kaum noch laut.¹²

2. Vorschläge der Gutachterin

Schumann teilt diese positive Beurteilung der gemeinsamen Sorge und tritt für eine weitere Begünstigung ein. Dazu schlägt sie erstens vor, die Hürden für eine einvernehmliche Abwahl der gesetzlichen Sorgerechtsgemeinschaft geschiedener Eltern zu erhöhen. Zusätzlich zur Zustimmung des anderen Elternteils und dem Nicht-Widerspruch eines Kindes, das das 14. Lebensjahr vollendet hat, sollen „triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe hierfür vorliegen“ (§ 1671 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB-E).¹³ Zweitens tritt sie dafür ein, die Wiederbegründung elterlicher Sorgerechtsgemeinschaft zu erleichtern. Den Eltern sollte die Sorge schon dann gemeinsam übertragen werden, wenn sie dies einvernehmlich beantragen und „die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht“ (§ 1696 Satz 1 BGB-E),¹⁴ und nicht erst, „wenn dies aus triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen angezeigt ist“ (§ 1696 Abs. 1 Satz 1 BGB). Schließlich plädiert sie dafür, auch den nicht miteinander verheirateten Eltern die elterliche Sorge ex lege gemeinsam zuzusprechen, „wenn der Vater zum Zeitpunkt der Wirksamkeit der Anerkennung der Vaterschaft mit der Mutter und dem Kind einen gemeinsamen Wohnsitz hat“ (§ 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB-E).¹⁵

3. Von der gemeinsamen Sorge zur beiderseitigen Sorge

Behält man im Blick, wie schnell sich in der Vergangenheit die vielen grundsätzlichen und praktischen Bedenken an der gemeinsamen Sorge – zunächst für die gemeinsame Trennungssorge und zuletzt für die gemeinsame Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern – verflüchtigt haben, lässt sich den abgewogenen Vorschlägen von *Schumann* für eine vorsichtige weitere Begünstigung gemeinsamer Sorge wenig entgegenhalten. Eher stellt sich die Frage, warum die gemein-

same Sorge nicht noch konsequenter im Recht angelegt wird.¹⁶

a) Erfahrungen mit der gemeinsamen Trennungssorge

War der Gesetzgeber des KindRG im Jahr 1996 noch unsicher darüber, „welche Form der elterlichen Sorge in Zukunft statistisch das Übergewicht haben wird“,¹⁷ und zögerte deshalb, der gemeinsamen Sorge geschiedener Eltern den Vorzug vor der Alleinsorge zu geben,¹⁸ wird inzwischen geschätzt, dass 96 % der geschiedenen Eltern ihre gemeinsame Sorge fortführen.¹⁹ Auch für nichtehelich geborene Kinder entscheiden sich die Eltern in der großen Mehrzahl der Fälle für eine gemeinsame Sorge.²⁰ Dabei wird vermutet, dass ein erheblicher Teil der nicht miteinander verheirateten Eltern, die keine Sorgeerklärungen abgeben, dies nicht aus kindeswohlbezogenen Erwägungen tun, sondern aufgrund „fehlenden Sorgerechtswissens“.²¹ Obwohl der Gesetzgeber des KindRG noch gemeint hatte, keine Festlegung dahingehend treffen zu können, dass „die gemeinsame Sorge der Regelfall, die Alleinsorge eines Elternteils dagegen die Ausnahme“ sei,²² ist die gemeinsame Sorge inzwischen von einem gesetzlichen Leitbild²³ zum gesellschaftlich breit verankerten Normalfall geworden. Das KindRG hat insoweit, wie vom Gesetzgeber erhofft, zu einer „längerfristigen Bewusstseinsänderung“ geführt.²⁴

b) Vorzüge beiderseitiger Sorge

Hier könnte das Recht seine starke edukatorische Wirksamkeit weiter ausspielen. Es ist nachweisbar, dass das Sorgerecht maßgeblichen Einfluss auf die tatsächliche *Sorgebereitschaft* hat und dass die Neigung insbesondere der Väter, den Kontakt zu ihren Kindern unabhängig von der Elternbeziehung aufrechtzuerhalten, auch davon abhängt, ob sie sorgeberechtigt sind.²⁵ Legt man weiter zugrunde, dass dem Kindeswohl im Zweifel der Kontakt mit beiden Elternteilen entspricht,²⁶ und dass die gemeinsame Sorge auch bei nicht

¹⁶ In diese Richtung auch *Dethloff* (Fn. 12), § 13 Rn. 32; *Muscheler*, in: *Festschrift für Frank*, 2008, S. 463, 470 f.; *Löhnig*, in: *Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit* (Hrsg.), *Reformbedarf im nichtehelichen Eltern-Kind-Verhältnis*, 2011, S. 29, 34 ff. Die Perspektive eines „statusunabhängigen Kindschaftsrechts“ hat *Schumann* dort auch schon eingenommen (*dies.*, [a. a. O.], S. 3, 5 ff.), verbunden mit der Feststellung, dass eine solche „Neukonzeption des Kindschaftsrechts ... freilich eine in weiter Ferne liegende Vision“ bleibe.

¹⁷ BT-Drucks. 13/4899, S. 61.

¹⁸ BT-Drucks. 13/4899, S. 63.

¹⁹ *Schumann* (Fn. 1), B 9 m. w. N. Zum Vergleich: Vor Inkrafttreten des KindRG wurde gemeinsame Sorge nur in schätzungsweise 1–2 % der Fälle angeordnet; siehe *Schwenzler*, 59. DJT 1992, A 66 unter Hinweis auf *Limbach*, *Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern in der Rechtspraxis*, 1989, S. 18 f.

²⁰ So das Ergebnis einer Befragung in den Jahren 2009/2010 nach *Langmeyer*, *Sorgerecht, Coparenting und Kindeswohl*, 2015, S. 76. Danach gaben 57,8 % der antwortenden Frauen und 71,3 % der antwortenden Männer an, gemeinsam sorgeberechtigt zu sein; ähnlich die Berechnungen von *Schumann* (Fn. 1), B 20 für das Jahr 2016.

²¹ So *Dethloff* (Fn. 12), § 13 Rn. 28 unter Hinweis auf die Studie von *Jurczyk/Walper*, *Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern*, 2012; zu den Ergebnissen der Studie auch *Walper/Langmeyer*, in: *Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit* (Fn. 16), S. 37 ff.

²² BT-Drucks. 13/4899, S. 61.

²³ So noch *BGHZ* 211, 22, 26 (Rn. 11); sowie BT-Drucks. 17/11048, S. 17.

²⁴ BT-Drucks. 13/4899, S. 63.

²⁵ Dies betont auch *Schumann* (Fn. 1), B 21 f. m. w. N.; siehe i. Ü. schon BT-Drucks. 13/4899, S. 62: Der Verlust der elterlichen Sorge wirke häufig „demotivierend“; ähnlich die Annahme von *BVerfGE* 107, 150, 173, dass die gemeinsame Sorge zur „Verstetigung der Eltern-Kind-Beziehung“ beitragen könne.

²⁶ Siehe nur *BVerfGE* 84, 168, 182 f.; 107, 150, 155 ff.; zu den Funktionen gleichberechtigter Teilhabe der Eltern auch schon *Limbach* (Fn. 19), S. 78

⁹ Nachzeichnung bei *Meckling*, *Die gemeinsame Trennungssorge*, 2009, S. 24–105.

¹⁰ So noch *Diederichsen*, in: *Festschrift für Rolland*, 1999, S. 87 ff.

¹¹ *Schwab*, in: *Festschrift für Gaul*, 1997, S. 717, 722; gleichsinnig *Bosch FamRZ* 1991, 1125, 1126 f.

¹² Siehe nur *Dethloff* *Familienrecht*, 31. Aufl. 2015, § 13 Rn. 25: „Die elterliche Sorge steht grundsätzlich beiden Eltern zu.“

¹³ *Schumann* (Fn. 1), B 32 f.

¹⁴ *Schumann* (Fn. 1), B 37 ff.

¹⁵ *Schumann* (Fn. 1), B 33 ff.

miteinander verheirateten Eltern in schätzungsweise mehr als 90 % der Fälle nicht als konflikthaft wahrgenommen wird,²⁷ so sprechen viele Gründe dafür, die Sorge voraussetzungsloser an die Elternstellung zu knüpfen und noch grundsätzlicher von Bestehen und Status einer Elternbeziehung zu lösen, als dies nach geltendem Recht und auch nach den Vorschlägen des Gutachtens der Fall ist. Schließlich könnte ein Sorgerecht, das seinerseits auf die Verwendung von diskriminatorischen Stereotypen wie zum Beispiel „den nicht sorgerelevanten Vater“ verzichtet,²⁸ einen Beitrag dazu leisten, Restbestände gesellschaftlicher diskriminatorischer Rollenbilder abzuschwächen.

c) Konzeptionelle Veränderungen

Dies wäre der Weg zu einer Neukonzeption der elterlichen Sorge. Bislang wird elterliche Sorge aufgrund ihrer historisch starken Verwurzelung in der ehelichen Abstammung unausgesprochen als etwas Einheitliches und Gemeinsames gedacht.²⁹ Dem geltenden Recht liegt die Vorstellung zugrunde, dass es eine einzige Sorge gibt, die entweder gemeinsam oder von einem Elternteil, gegebenenfalls infolge „Übertragung“ (§ 1671 BGB), allein getragen wird. Mit einer weiteren Entflechtung der Sorge von Art und Status der Elternbeziehung würde sich die Sorge wandeln zu jeweils selbständigen, voneinander unabhängigen Aufgaben und Befugnissen des oder der Elternteile. Wegen der gewohnten Verknüpfung von gemeinsamer Sorge und gemeinsamer Ehe mag diese dualistischere Konzeption der elterlichen Sorge für das deutsche Recht noch Züge von Fremdheit tragen. Dass dies keine abwegige Perspektivierung der elterlichen Sorge darstellt, lehrt der Blick auf ausländische Rechtsordnungen. Das englische Recht weist die elterliche Sorge („parental responsibility“) seit dem Children Act 1989 als weithin verselbständigte und unabhängige Aufgabe dem oder den Elternteilen zu.³⁰ Diese Entwicklungsrichtung steht auch hinter der französischen Kindschaftsreform des Jahres 2002³¹ und entspricht den Empfehlungen der Commission on European Family Law aus dem Jahr 2007.³²

Die elterliche Sorge in letzter Konsequenz unabhängig von Art und Status der Elternbeziehung allein an die Elternstellung zu knüpfen, hätte allerdings zur Folge, dass zunächst nicht danach gefragt wird, ob mit einer Kooperation der Eltern bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben gerechnet

werden kann. In der erwartbaren Kooperationsfähigkeit und Kooperationsbereitschaft wird allerdings heute der tragende Grund dafür gesehen, dass die gemeinsame elterliche Sorge an einen gemeinsamen Beziehungsstatus (Ehe) oder elterliches Einvernehmen (Sorgeerklärungen) geknüpft ist.³³ Doch bleibt die Frage, ob sich an die je nach Elternkonstellation unterschiedlich sichere Kooperationsbereitschaft und Kooperationsfähigkeit bereits die Entscheidung über das „Ob“ der Sorgezuweisung knüpfen soll, oder ob dies nicht schonender auf der Ebene der Ausübung der elterlichen Sorge, also in Bezug auf das „Wie“ der elterlichen Sorge geschehen sollte. Was bislang in grober Typisierung mit der Anknüpfung an die unterschiedliche rechtliche Qualität der Elternbeziehungen geleistet wird, wäre dann in Abhängigkeit von der Gestaltung der tatsächlichen Betreuung (von einem oder durch beide Elternteile oder wechselnd) und der betroffenen Frage (Alltagsentscheidung, Entscheidung in erheblichen Angelegenheiten) zu bestimmen.³⁴ Der stärkeren Verselbständigung der elterlichen Sorge als beiderseitige Elternverantwortung würde es insbesondere entsprechen, den Kreis der allein entscheidbaren Fragen in der Tendenz eher noch weiter zu ziehen.

III. Organisation der Elternverantwortung: Betreuung

1. Befund

Mit der schrittweisen Begünstigung gemeinsamer Sorge durch das KindRG und das NEheSorgeRG hat die Unterscheidung zwischen Inhaberschaft und Ausübung der elterlichen Sorge an Bedeutung gewonnen. Dabei ging das Recht bislang davon aus, dass gemeinsame Sorge gerade nicht zwangsläufig auch beiderseitige (geteilte) Betreuung bedeuten muss. Der Ausgangspunkt war und ist vielmehr, dass sich das Kind bei einem Elternteil gewöhnlich aufhält (§ 1687 Abs. 1 Satz 2 BGB), sich bei einem Elternteil in Obhut befindet (§ 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB) und von einem Elternteil betreut wird (§ 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB). Das dispositive Angebot für Entscheidungs- und Vertretungsbefugnisse und vor allem für den Barunterhalt des Kindes adressiert derzeit nur eine einzige Form der Lebensführung von gemeinsam sorgeberechtigten Eltern: das sogenannte Residenzmodell.³⁵ Abweichende Betreuungsarrangements, die auf eine beiderseitige Betreuung zielen (sogenannte Wechselmodelle), sind damit zwar nicht ausgeschlossen und können – wie der *BGH* inzwischen entschieden hat³⁶ – auch gegen den Willen eines Elternteils angeordnet werden. Aus der Sicht der Praxis besteht jedoch nach wie vor Unsicherheit darüber, unter welchen Voraussetzungen eine beiderseitige Betreuung angeordnet werden kann und wie sich dies auf den Barunterhaltsanspruch auswirkt. Die Entscheidungen des *BGH* sind eher als „Notlösung“ denn als langfristige Bewältigung rezipiert

und zuletzt *Heiderhoff* JZ 2013, 82, 83 ff. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein relationales, systemisches Verständnis des Kindeswohls zugrunde gelegt wird, das nicht auf Beibehaltung eines status quo gerichtet ist oder auf eine „klare“ Vorrangstellung eines Elternteils abzielt, sondern sich eher als Suchrichtung versteht; dafür *Jopt* FamRZ 1987, 875 ff.; *Fibenakis*, 5. DFGT, Brühler Schriften zum Familienrecht, 1984, S. 33, 44 ff.; *Suess/Schwabe-Höllein/Scheuerer* Praxis der Kinderpsychologie und Kinderpsychiatrie 36 (1987), 22 ff.; *Suess/Scheuerer-Englisch/Grossmann* FPR 1999, 148 ff.

²⁷ *Walper/Langmeyer* (Fn. 21), S. 37, 59.

²⁸ Genauso *Löhnig* (Fn. 16), S. 35.

²⁹ Siehe schon *Ramm* JZ 1996, 987, 989; das geltende Recht konzipiert die elterliche Sorge unscharf als „Gesamtverantwortung“.

³⁰ Children Act 1989 sec. 2 (7) und (8); dazu *Herring*, Family Law, 6. Aufl. 2013, S. 426. Darauf haben schon *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 58 Rn. 1 hingewiesen. Dagegen zählt *Muscheler*, Familienrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 590 die „Dualität“ der elterlichen Sorge bereits zu den Prinzipien des geltenden Rechts.

³¹ Mit Art. 372 ff. Code Civil ist die gemeinsame Sorge der Eltern zum generellen Prinzip erhoben worden; näher *Courbe/Gouttenoire*, Droit de la famille, 7. Aufl. 2017, Rn. 1468 ff. Zu weiteren ausländischen Regelungsvorbildern *Dethloff*, in: *Coester-Waltjen/Lipp/Schumann* (Fn. 16), S. 9, 13 ff.

³² Siehe *Boele-Woelki* u. a. (Fn. 7), Principle 3:8 („Persons, whose legal parentage has been established, should have parental responsibility for the child“) und Principle 3:11. („Parents having parental responsibilities should have an equal right and duty to exercise such responsibilities and whenever possible they should exercise them jointly“).

³³ Siehe nur *Schwenzer* (Fn. 19), A 70: Basis der gemeinsamen Sorge sei der „übereinstimmende Wille der Eltern zur gemeinsamen Elternverantwortung“; sowie *BVerfGE* 84, 168, 180 ff.; 92, 158, 177; 107, 150, 169 ff., 173 ff.

³⁴ Zu ausländischen Regelungsmodellen *Dethloff* (Fn. 31), S. 9, 23 ff.; für eine Beibehaltung der Unterscheidung zwischen Alltagsangelegenheiten und Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung *Hammer* FamRZ 2018, 229, 232 f.; positiv urteilen auch *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Fn. 30), § 58 Rn. 7: „praxisnah und praktikabel“; skeptisch dagegen *Schwab* (Fn. 11), S. 722, 726: „Illusion“ und auch *Schumann* (Fn. 1), B 44.

³⁵ Siehe nur *BGH* NJW 2015, 331, 333: „Die gesetzliche Regelung betrifft den Fall des so genannten Residenzmodells und der damit verbundenen herkömmlichen Aufteilung von Erwerbstätigkeit und Kinderbetreuung.“

³⁶ *BGHZ* 214, 31 ff.

worden.³⁷ Tatsächlich dürfte hier aus der Sicht der Praxis derzeit der drängendste Regelungsbedarf im Zusammenhang mit dem Sorge- und Unterhaltsrecht liegen.³⁸

2. Vorschläge der Gutachterin

Schumann teilt diese Einschätzung eines Regelungsbedarfs für „geteilte Betreuung“. Unter dieser Bezeichnung fasst sie in Abgrenzung zu der bisher unter „Wechselmodell“ geführten Diskussion sämtliche Betreuungsarrangements zusammen, bei denen jeder Elternteil einen Betreuungsanteil von mindestens 30 % übernimmt.³⁹ Versteht man die Elternverantwortung allerdings – wie hier vorgeschlagen – als eine dualistischere, beiderseitige Aufgabe der Eltern, wäre es vorzugswürdig, anstelle von geteilter Betreuung von beiderseitiger Betreuung zu sprechen.

Im Einzelnen schlägt *Schumann* hierzu erstens vor, klarzustellen, dass bei geteilter Betreuung die Alleinentscheidungsbefugnis in Fragen der Alltagssorge jeweils mit dem Aufenthalt des Kindes wechselt (§ 1687 Abs. 1 Satz 2 BGB-E).⁴⁰ Darüber hinaus soll zweitens klargestellt werden, dass eine geteilte Betreuung genauso wie jede andere Form der Betreuung auf Antrag eines Elternteils gerichtlich angeordnet werden kann (§ 1628 Abs. 2 BGB-E).⁴¹ Auch in Bezug auf die materiell-rechtliche Schwelle nimmt *Schumann* die wesentlichen Gesichtspunkte der Rechtsprechung des *BGH* auf: Ein einseitig beantragtes Betreuungsmodell ist vom Familiengericht anzuordnen, „wenn dieses unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten sowie der Interessen der Eltern dem Wohl des Kindes am besten entspricht“ (§ 1628 Abs. 2 Satz 1 a.E. BGB-E).⁴² Während der *BGH* aber die mit geteilter Betreuung verbundenen Chancen für das Kind herausstellt,⁴³ liegt die Betonung bei *Schumann* eher darauf, dass geteilte Betreuung gerade nicht „von sich aus“ dem Kindeswohl am besten entspricht.⁴⁴

Für die Unterhaltsbemessung schlägt *Schumann* eine Berechnungsmethode vor, die sich bei paritätisch geteilter Be-

treuung an der Rechtsfortbildung des *BGH*⁴⁵ orientiert. Die wesentlichen Grundlinien lauten: Der Unterhaltsbedarf des Kindes bestimmt sich nach den Einkommens- und Vermögensverhältnissen beider Eltern zuzüglich von Wechselmehrbedarf und unter Berücksichtigung der jeweiligen Betreuungsanteile.⁴⁶ Eine echte Neuerung bedeutet dies bei asymmetrisch geteilter Betreuung, das heißt wenn sich die Eltern die Betreuung im Verhältnis von 30:70 oder 40:60 aufteilen. Hier hatte der *BGH* wegen § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB bislang zugrunde gelegt, dass der überwiegend betreuende Elternteil seine Barunterhaltungspflicht vollständig durch die Betreuung erfüllt.⁴⁷ In der Praxis wirkte sich dieses „Schwellenmodell“ zugunsten des überwiegend betreuenden Elternteils aus, zumeist der Mütter.⁴⁸ *Schumann* schlägt hier vor, dass ein Elternteil nur noch dann von der Barunterhaltungspflicht frei wird (= Regelungsgehalt des § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB), wenn er oder sie ein minderjähriges Kind „ganz überwiegend“ betreut (§ 1606 Abs. 3 Satz 3 BGB-E)⁴⁹ und denkt damit an eine Betreuung von mehr als 70 %.

3. Neuausrichtung des gesetzlichen Leitbilds

Schumann geht es darum, beiderseitige Betreuung künftig als eine vom Recht gesehene Form der Ausübung von Elternverantwortung anzulegen, sie unterhaltsrechtlich auszugestalten und die Voraussetzungen für ihre gerichtliche Anordnung in Weiterführung der vom *BGH* geleisteten Rechtsfortbildung zu kodifizieren. Indes spricht sie sich im Hinblick auf die Elternautonomie gegen die „Vorgabe eines Leitbildes“ aus.⁵⁰ Der Gesetzgeber sei zwar gehalten, ein „normatives Angebot“ auch für geteilte Betreuung zu schaffen, doch gebe die Verfassung auf die Frage, ob der Gesetzgeber ein bestimmtes Betreuungsmodell als Leitbild vorgeben sollte, mit der Elternautonomie (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) eine klare Antwort.⁵¹ Aber verlangt die Elternautonomie wirklich Leitbildneutralität? Und wäre das überhaupt möglich oder erstrebenswert? Beide Fragen lassen sich auch anders beantworten.

a) Leitbildneutralität kein Verfassungsgebot

Dies gilt zunächst für das angenommene Verfassungsgebot der Leitbildneutralität. Denn die verfassungsrechtliche Wahrnehmungsschwelle für unzuträgliche Zurücksetzungen von Autonomie, sei es der elterlichen Autonomie in der Gestaltung von Pflege und Erziehung, sei es der Autonomie

³⁷ Dies betont auch *Schumann* (Fn. 1), B 42, B 51.

³⁸ Siehe *Schumann* (Fn. 1), B 9 Fn. 3 m. w. N.; für eine Regelung insbesondere *Sünderhauf*, Wechselmodell: Psychologie, Recht, Praxis, 2013, S. 492 ff.; zurückhaltender die Empfehlungen der Kinderrechtekommission des DFGT FamRZ 2014, 1157, 1166 f., die sich u. a. gegen eine gerichtliche Anordnungsbefugnis aussprechen.

³⁹ *Schumann* (Fn. 1), B 10 f.

⁴⁰ *Schumann* (Fn. 1), B 46 ff.

⁴¹ *Schumann* (Fn. 1), B 63 f.

⁴² *Schumann* (Fn. 1), B 69.

⁴³ *BGHZ* 214, 31 Rn. 28 ff. Danach dient der Umgang mit beiden Elternteilen „grundsätzlich“ dem Kindeswohl (Rn. 28). Feste Altersgrenzen zieht der *BGH* nicht, sondern verweist darauf, „in welchem Umfang beide Elternteile schon zur Zeit des Zusammenlebens in die Betreuung des Kindes eingebunden waren“ (Rn. 29). Erforderlich sei nur eine „gewisse Nähe der elterlichen Haushalte und die Erreichbarkeit von Schule und Betreuungseinrichtungen“ sowie „entsprechende Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit der Eltern“ (Rn. 30), und selbst bei „Hochkonfliktfamilien“ könne ein Wechselmodell dem Kindeswohl am besten entsprechen, „um eine für das Kind möglichst wenig belastende Elterntrennung zu ermöglichen und insbesondere bei starker Bindung des Kindes zu beiden Elternteilen Kontinuität herzustellen, die dem Kind bei der Bewältigung der Elterntrennung helfen kann“ (Rn. 31).

⁴⁴ *Schumann* (Fn. 1), B 64 ff. und B 23 f. Dies betrifft insbesondere die Frage nach einem Mindestalter des Kindes. *Schumann* betont, dass nach derzeitigem Wissensstand bei einem Kleinkind bis ca. vier Jahre eine paritätisch geteilte Betreuung regelmäßig nicht dem Kindeswohl entspricht (B 64). – *Kindler/Walper* NZFam 2016, 820, 822 deuten den bisherigen Forschungsstand anders: „Eine Empfehlung an den Gesetzgeber, das Wechselmodell für jüngere Kinder grundsätzlich nicht zuzulassen, lässt sich aus den zitierten Befunden aber nicht ohne Weiteres ableiten.“

⁴⁵ Zur Unterhaltsbemessung bei paritätisch beiderseitiger Betreuung siehe nur *BGH* NJW 2017, 1676 ff.; *BGH* NJW 2015, 331 ff.; *BGH* NJW 2006, 2258 ff.

⁴⁶ *Schumann* (Fn. 1), B 98 ff. Hier können nur Grundlinien dargestellt und diskutiert werden. Weitere für die Praxis wichtige Fragen, die im Gutachten angesprochen werden, betreffen u. a. wie Kindergeld zu berücksichtigen und ggf. auszugleichen ist, ob und inwieweit eine Erwerbsobliegenheit bei tatsächlicher Betreuung besteht und schließlich die Geltendmachung der Ansprüche des Kindes auf Barunterhalt (B 98–107). Die Überlegungen *Schumanns* schließen mit einem Vorschlag für eine Unterhaltsformel zur Berechnung des Barunterhalts (B 107–109) und Berechnungsbeispielen (B 109–112).

⁴⁷ Siehe nur *BGH* NJW 2007, 1882 zu Betreuungsanteilen von 36 % zu 64 %; *BGH* NJW 2015, 331 zu Betreuungsanteilen von 43 % zu 57 %.

⁴⁸ Dies zeigt sich etwa an dem von *BGH* NJW 2015, 331 entschiedenen Sachverhalt; dazu generell die Beobachtung von *Dethloff/Kaesling* FamRZ 2018, 73, 77 f., die zugleich betonen, dass es gelte, den überwiegend betreuenden Elternteil im Interesse der Kinder nicht zu benachteiligen. Vielmehr sei der Kindesbedarf bei praktiziertem Wechselmodell erheblich höher anzusetzen, damit gewährleistet ist, dass die Bedürfnisse des Kindes angesichts der Mehrkosten infolge geteilter Betreuung auch wirklich gedeckt sind (78).

⁴⁹ *Schumann* (Fn. 1), B 102.

⁵⁰ *Schumann* (Fn. 1), B 41 ff.

⁵¹ *Schumann* (Fn. 1), B 42.

im Vertragsverkehr (Privatautonomie) oder der Autonomie des Patienten, liegt nicht schon dort, wo einem dispositiven Regelungsangebot eine Leitidee zugrunde liegt. Entscheidend ist vielmehr, ob überhaupt und mit wie viel Aufwand eine abweichende Gestaltung ins Rechtsleben gesetzt werden kann.⁵² Daher ist es verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn der Gesetzgeber ein Betreuungsmodell favorisiert und als Leitbild „ausflagt“, solange die Eltern ohne größere Hürden auch andere Betreuungsmodelle wählen und praktizieren können.

b) Wäre Leitbildneutralität erstrebenswert?

Auch lässt sich bezweifeln, ob Leitbildneutralität überhaupt erstrebenswert wäre. In anderen Zusammenhängen werden Leitbilder als Verkörperung übergreifender Gerechtigkeits- und Ordnungsvorstellungen mit unscharfer normativer Qualität und Deutungsoffenheit geschätzt.⁵³ Leitbilder leisten Orientierung und können zu Kohärenz beitragen, indem sie Bezugspunkte und Zielvorstellungen angeben. Dies gilt auch im Kindschaftsrecht. Hier sind Leitbilder zu einem selbstverständlich gewordenen Gestaltungsmittel des Gesetzgebers geworden, und inzwischen steht eigentlich eher im Gegenteil die Forderung nach weiterer Verfestigung und Verdeutlichung der Leitbilder im Raum.⁵⁴ Die entscheidende Frage ist daher auch nicht die Frage nach dem „ob“ eines gesetzlichen Leitbilds, sondern vielmehr die Frage danach, welches Modell der Gesetzgeber zum Leitbild erhebt.

Von einem *rechtlichen* Standpunkt aus lassen sich für ein gesetzliches Betreuungsleitbild im Sinne beiderseitiger Betreuung mehrere Gründe anführen: Es wäre ein weiterer Beitrag des Rechts dazu, gesellschaftlich verankerte Rollenstereotype („einer zahlt, eine betreut“)⁵⁵ zu brechen. Außerdem kann die beiderseitige Betreuung die Vorstellung einer gleichberechtigten Elternschaft beider Elternteile verwirklichen.⁵⁶ Schließlich wäre sie eine konsequente Weiterführung der familienpolitischen Marksteine durch die Einführung des Elterngeldes im Jahr 2006, die Unterhaltsreform des Jahres 2007 und die Ausgestaltung des Betreuungsgeldes im Jahr 2013.⁵⁷ In *praktischer* Hinsicht könnte schließlich auf ausländische Erfahrungen verwiesen werden, wonach sich höhere Betreuungsanteile der Väter positiv auf ihre Bereitschaft auswirken, Unterhalt zu zahlen.⁵⁸ Und auch die von *Schumann* nachgewiesene Entwicklungstendenz, wonach sich Eltern zunehmend für eine beiderseitige Betreuung entscheiden und sich die Mehrheit der Trennungskinder häufi-

gere Kontakte zum anderen Elternteil wünschen,⁵⁹ spricht dafür, nicht länger das Residenz-, Ernährer- und Hausfrauensmodell als einzige Form der Betreuungsorganisation gesetzlich abzubilden, sondern eine beiderseitige, egalitäre Betreuung zum gesetzlichen Ausgangspunkt zu erheben.

IV. Struktur der Elternverantwortung: Autonomie

Ähnliche Beobachtungen gelten für die Überlegungen von *Schumann* zum Eltern-Staat-Kind-Verhältnis. *Schumann* tritt für eine Förderung der Elternautonomie und für eine Stärkung der Stellung des verfahrensfähigen Kindes ein. Damit identifiziert die Gutachterin zwei grundsätzliche Reformanliegen, die über die vom DJT vorgegebene thematische Beschränkung – elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung – hinausweisen. Die folgenden Bemerkungen nehmen den von *Schumann* angedeuteten gedanklichen Faden auf und verstehen sich als eine vom Gutachten inspirierte Weiterführung.

1. Befund

Das Eltern-Kind-Verhältnis ist im geltenden Recht aufgegliedert in verschiedene Arten von Entscheidungsebenen, die entstehungsgeschichtlich bedingt unterschiedlich gefasst sind, abweichenden Mustern folgen und deren praktische Abgrenzung inzwischen schwer vorhersehbar geworden ist.⁶⁰ Dabei ist das Kräfteverhältnis von Kind, Eltern und Staat im geltenden Recht in mehrfacher Hinsicht anders, als es die Großzählung des Kindschaftsrechts nahelegt. Dies betrifft zunächst die Kindorientierung des Kindschaftsrechts. Denn die Interessen des Kindes treten nur mittelbar, über variierende Kindeswohl-Schutzschwellen⁶¹ in Erscheinung, nicht aber über ausdrückliche (Antrags-)Rechte des Kindes. Der Kindeswille soll zwar im Kindeswohl mitgedacht und mitgemeint sein,⁶² findet sich aber nur vereinzelt im BGB als expliziter Bezugspunkt. Genauso wenig kennt das geltende Recht ein ausdrückliches Bekenntnis zugunsten der elterlichen Selbstentscheidung. Im Gegenteil eröffnet das BGB zahlreiche gerichtliche Entscheidungsbefugnisse unterhalb der Schwelle der Kindeswohlgefährdung und unabhängig von einem Elternkonflikt (etwa §§ 1684 Abs. 3, 1687 Abs. 2, 1696 Abs. 1 BGB).⁶³ Auch ist nicht gesichert, in welcher

⁵² Daher wird für das Vertragsrecht weithin selbstverständlich angenommen, dass dispositive Regeln Leitbildfunktion haben können. Damit sind Vorschriften gemeint, die nicht nur auf Zweckmäßigkeitserwägungen zurückzuführen sind, sondern sich einem „Gerechtigkeitsgebot“ verdanken, also auf normativer Setzung beruhen; dazu *BGHZ* 72, 222, 227; 54, 106, 109 f. m. w. N. *BVerfGE* 58, 283, 294 unterscheidet weiter zwischen der Leitbild- und der Reservfunktion dispositiven Gesetzesrechts. Von der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit dispositiver Leitbildsetzung gehen auch *Cziupka*, *Dispositives Vertragsrecht*, 2010, S. 212 ff.; und *Möslein*, *Dispositives Recht*, 2011, S. 38 ff. aus.

⁵³ Hier folge ich der Begriffsbestimmung von *Johanna Braun*, *Leitbilder im Recht*, 2015, S. 27 ff.; siehe auch *Baer*, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, S. 223, 232 ff.: Leitbilder als „Erkenntnismittel“.

⁵⁴ Dies habe ich für das Recht des Kindes auf Selbstbestimmung („Eigenständigkeit“) bereits ausgeführt in: *Röthel/Heiderhoff* (Hrsg.), *Kinderrechte*, 2018 (im Erscheinen).

⁵⁵ *Scheiwe/Wersig* (Hrsg.), *Einer zahlt, eine betreut?*, 2010.

⁵⁶ So auch *Schumann* (Fn. 1), B 43.

⁵⁷ Nachzeichnung bei *Röthel*, in: *Duwe/Ruppert* (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Berliner Republik*, 2017, S. 579, 600 f.; kritisch zu dieser „Ökonomisierung der Familie“ *Schumann*, in: *Jb. der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen*, 2011, S. 443 ff.

⁵⁸ So *Dethloff/Kaesling FamRZ* 2018, 73, 78.

⁵⁹ Dazu *Schumann* (Fn. 1), B 23 m. w. N.

⁶⁰ Inhaltlich wird unterschieden zwischen Sorgerechtsentscheidungen (§§ 1626a, 1671 BGB), Entscheidungen über die Ausübung der Sorge (z. B. §§ 1666, 1687 BGB) und Umgangsentscheidungen (§ 1684 BGB); weiter lässt sich unterscheiden in Erstentscheidungen und Abänderungsentscheidungen (§ 1696 BGB), in Antrags- und Officialentscheidungen (siehe einerseits §§ 1628, 1671 BGB, andererseits §§ 1666, 1684 Abs. 3, 1687 Abs. 2 BGB), in Entscheidungen bei elterlichem Einvernehmen (z. B. §§ 1671 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 1687 Abs. 2 BGB) und in Entscheidungen bei einem Elternkonflikt (§§ 1628, 1671 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB).

⁶¹ Systematisch wird herkömmlich zwischen „positiven“ und „negativen“ Kindeswohlsschwellen unterschieden; die sprachlichen Fassungen variieren im BGB aber noch weiter zwischen Maßnahmen, die dem Kindeswohl dienen (etwa §§ 1686a Abs. 1 Satz 1, 1685 Abs. 1 BGB), die im Kindeswohl erforderlich sind (etwa § 1684 Abs. 1 Satz 1 BGB), die dem Kindeswohl nicht widersprechen (etwa §§ 1671 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, 1626a Abs. 2 BGB), die dem Wohl des Kindes am besten entsprechen (etwa § 1671 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB) und schließlich Entscheidungen, die „aus triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen angezeigt“ sind (§ 1696 Abs. 1 Satz 1 BGB).

⁶² Typisch die Wendung von *Schumann* (Fn. 1), B 83 f.: „Dem Kindeswillen ... kommt im Rahmen der Kindeswohlprüfung große Bedeutung zu.“

⁶³ Kritisch *Coester*, in: *Staudinger*, BGB, 2013, § 1696 Rn. 4 f.: „durchaus problematisch“.

Form und mit welcher Wirkung Eltern Vereinbarungen über Sorge und Umgang treffen können, um gerichtliches Entscheiden (zum Beispiel gemäß §§ 1628 Satz 1, 1671, 1684 Abs. 3, 1687 Abs. 1 Satz 1 BGB) zu vermeiden.

2. Vorschläge der Gutachterin

Für dieses unübersichtliche Geflecht aus Befugnissen und Entscheidungsmechanismen mit jeweils unterschiedlichen materiellen Anforderungen und Auslöseschwellen schlägt *Schumann* eine Strukturierung vor, die ihren Ausgangspunkt in der Unterscheidung zwischen der *Wächterfunktion* des Staates zum Schutz des Kindes vor Gefährdung des Kindeswohls und der *Schlichterfunktion* des Staates bei einem Elternkonflikt hat. Ihr wesentliches Anliegen ist die Verdeutlichung der Elternautonomie. Das Recht der Eltern, die Pflege und Erziehung nach ihren eigenen Vorstellungen zu gestalten, genieße im Kindesinteresse „Vorrang“ und bilde den „Ausgangspunkt“ im Verhältnis von Eltern, Kind und Staat.⁶⁴ Im Interesse der Elternautonomie sollen erstens Offizialverfahren, wie sie derzeit noch in Umgangs- und Abänderungsentscheidungen eröffnet sind, durchgehend zu Antragsverfahren werden.⁶⁵ Zweitens geht es *Schumann* darum, die Auslöseschwelle für gerichtliche Entscheidungen bei elterlichem Einvernehmen über die Ausübung von Sorge und Umgang einheitlich an die Gefährdung des Kindeswohls zu knüpfen (Wächteramt, Gefährdungsschwelle). Drittens sollen eigene Sachentscheidungen des Gerichts im Elternkonflikt unterhalb der Gefährdungsschwelle ausgeschlossen werden.⁶⁶

Zur Verdeutlichung des Selbstbestimmungsrechts des Kindes schlägt *Schumann* vor, dem Kind bei Meinungsverschiedenheiten „über eine höchstpersönliche Angelegenheit, die für das Kind von erheblicher Bedeutung ist“, ein Antragsrecht auf gerichtliche Entscheidung einzuräumen (§ 1633 BGB-E).⁶⁷ Die Einführung eines Klärungsverfahrens zu elterlichem Sorgehandeln mit einem expliziten Initiativrecht des verfahrensfähigen Kindes entspricht einer weithin geteilten Forderung der Familienrechtswissenschaft, die bereits auf diese Unvollständigkeit des geltenden Rechts im Hinblick auf die Rechtsstellung des Kindes hingewiesen hat.⁶⁸ Weithin unklar sind allerdings die Entscheidungsmaßstäbe. *Schumann* überlässt es dem Familiengericht, „nach sorgfältiger Abwägung der von den Eltern und dem Kind angeführten Gründe diejenige Maßnahme zu treffen,

mit der das Recht des Kindes auf eine selbstbestimmte Entscheidung angemessen umgesetzt werden kann“ (§ 1633 Satz 2 BGB-E).⁶⁹

3. Autonomie im Eltern-Kind-Verhältnis: Folgefragen

Im Eltern-Kind-Verhältnis auf Autonomie zu setzen, sei es die Elternautonomie im Verhältnis zum Staat zu betonen oder die Autonomie des Kindes und sein Selbstbestimmungsrecht herauszustellen, entspricht einem breiten Entwicklungstrend des Familienrechts. Inzwischen stehen Autonomie und Familienrecht vergleichsweise nah beieinander, und Autonomie vermittelt einen gemeinsamen Bezugspunkt für die gesamte Breite dessen, was wir heute als Familienrecht erfassen.⁷⁰ Vor diesem Hintergrund ist es plausibel, wenn *Schumann* Regelungen vorschlägt, um Elternvereinbarungen bei der Bewältigung von Trennung und Scheidung zu begünstigen und dem verfahrensfähigen Kind eine selbständige Antragsbefugnis zur Wahrung seiner Rechte im Verhältnis zu elterlichem Sorgehandeln einzuräumen. Doch ist Autonomie keine leicht fassbare Größe, weder im Verhältnis von fremden Dritten noch im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern.⁷¹ Nun gilt es, die mit dem Gutachten angedeutete Suchrichtung weiter zu verfolgen und den Gehalt von Autonomie im Eltern-Kind-Verhältnis näher aufzuklären.

a) Ist zwischen einem elternbezogenen und einem selbstbezogenen Kindeswillen zu unterscheiden?

Zur Präzisierung und Strukturierung der Entscheidungsmaßstäbe ist zu überlegen, ob – dem Vorschlag von *Coester* folgend – weiter unterschieden werden sollte zwischen dem Kindeswillen als Ausdruck der inneren Bindung des Kindes im Elternkonflikt über die Ausgestaltung von Sorge und Umgang (elternbezogener Kindeswille) und dem Kindeswillen als Ausdruck von Selbstbestimmung über eigene Rechtsgüter (selbstbezogener Kindeswille).⁷²

Versteht man die elterliche Sorge als eine Befugnis, die sich auch auf den Bereich erstreckt, in dem das Kind eigenständig ist, liegt es nahe, nicht zwischen einem elternbezogenen und einem selbstbezogenen Kindeswillen zu unterscheiden und dieselben Maßstäbe anzulegen. Dies entspricht dem Denken der sogenannten Harmonisierungsthese, wonach Kinderrechte und Elternrechte wegen der Fremdnützigkeit der elterlichen Sorge gar nicht konfliktieren könnten.⁷³ Das Gutachten nimmt hierzu zwar nicht ausdrücklich Stellung. Indem *Schumann* die Antragsbefugnis des verfahrensfähigen Kindes aber einheitlich für Sorge- und Umgangsentscheidungen sowie für Entscheidungen, die die Rechtsgüter des Kindes betreffen, entwirft, steht ihr Regelungsvorschlag jedenfalls insoweit der Harmonisierungsthese näher.⁷⁴ Stellt man sich die elterliche Sorge indes mehr im Sinne einer Gegenläufigkeit zur Eigenzuständigkeit des Kindes als eine Befugnis vor, die durch das Recht des Kindes auf Selbstbestimmung immanent begrenzt wird,⁷⁵ so liegt es na-

⁶⁴ *Schumann* (Fn. 1), B 13.

⁶⁵ Siehe allgemein *Schumann* (Fn. 1), B 57 ff.; zu Umgangsverfahren *Schumann* (Fn. 1), B 73 f.

⁶⁶ *Schumann* (Fn. 1), B 80.

⁶⁷ *Schumann* (Fn. 1), B 86 ff. Den Regelungsstandort erklärt *Schumann* damit, dass § 1633 BGB derzeit „unbesetzt“ ist (B 88). Sachnäher und herausgehobener wäre eine Regelung bei § 1626 BGB, weil die „Grundsätze“ der elterlichen Sorge berührt sind. Auch die weiteren Weichenstellungen der Vorschrift wären noch zu prüfen: Warum soll eine gerichtliche Entscheidung nur bei einer „erheblichen“ Angelegenheit eingeholt werden? Die an § 1628 BGB angelegte Wendung ist dort im Hinblick auf den Eingriff in die Elternautonomie erklärlich; in Bereichen, in denen das Kind eigenständig ist, müsste aber jede Angelegenheit „erheblich“ sein. Warum ist hier eine „sorgfältige“ Abwägung nötig, und warum sind dabei nur die Gründe zu berücksichtigen, die von dem Kind und den Eltern „angeführt“ werden? Zur Frage des Maßstabs („angemessene“ Umsetzung) noch näher im Text.

⁶⁸ Siehe nur *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Fn. 30), § 57 Rn. 84; *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 296 f.; zuletzt *Röthel* (Fn. 54). Eigene Ansprüche der Kinder bestehen nur hinsichtlich der Inobhutnahme (§ 42 SGB VIII) und auf Beratung (§ 8 Abs. 2, Abs. 3 SGB VIII), nicht aber auf Anstrengung eines Verfahrens gegen die Eltern unterhalb der Schwelle des § 1666 BGB.

⁶⁹ *Schumann* (Fn. 1), B 89.

⁷⁰ Näher *Röthel* JZ 2017, 116 ff.

⁷¹ Siehe zuletzt *Bumke/Röthel* (Hrsg.), Autonomie im Recht, 2017.

⁷² *Coester*, Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983, S. 261 f., 266 ff.

⁷³ So etwa *Lipp*, Freiheit und Fürsorge, 2002, S. 38 ff.; für eine Gegenseit *Reuter*, Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt, 1968, S. 58 ff.

⁷⁴ Siehe näher zu § 1633 BGB-E bei *Schumann* (Fn. 1), B 89.

⁷⁵ Diese Konzeption findet sich etwa bei *Amend-Traut/Bongartz* FamRZ 2016, 5, 8 f.: In dem Maße, in dem Eigenzuständigkeit des Kindes besteht, nimmt die Sorge der Eltern ab, „sodass ein Konflikt zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Kindes und dem elterlichen Recht der Personensorge im eigentlichen Sinne gar nicht vorliegen kann“; genauso etwa *Peschel-*

he, zu versuchen, möglichst präzise zu unterscheiden zwischen der Mitbestimmung über das familiäre Miteinander mit den Eltern (Umgang und Sorge) einerseits und der Selbstbestimmung über den eigenen Körper und der Entfaltung der eigenen Persönlichkeit andererseits.

b) Wann ist der Wille des Kindes hinreichend selbstbestimmt?

Eine zentrale Frage ist, unter welchen Voraussetzungen einem geäußerten Willen als Ausdruck der Selbstbestimmung des Kindes im Rechtsleben zur Anerkennung zu verhelfen ist. *Schumann* knüpft das vorgeschlagene Antragsrecht an die Vollendung des 14. Lebensjahres des Kindes⁷⁶ und spricht sich damit für eine Altersgrenze⁷⁷ aus. Auch wenn es *Schumann* nur um die Bestimmung des Antragsrechts und nicht um die Festlegung einer allgemeinen Altersgrenze für die Beachtlichkeit des Kindeswillens in eigenen Entscheidungen geht, ist die Sogwirkung solcher Altersgrenzen zu bedenken: Die Erfahrung lehrt, dass Altersgrenzen in der gerichtlichen Praxis leicht zu gesetzlichen Vermutungen avancieren, so dass unterhalb der Altersgrenze kaum noch Eigenzuständigkeit angenommen wird.⁷⁸

Langfristig ist es unumgänglich, die für die Anerkennung des Kindeswillens vorausgesetzten Fähigkeiten und Kenntnisse zu klären und gesetzlich zu verdeutlichen. In der Rechtsprechung haben sich dazu unterschiedliche Wendungen herausgebildet: Im Zusammenhang mit medizinischen Behandlungen wurde zunächst eine bestimmte „geistige und sittliche Reife“,⁷⁹ später „natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit“⁸⁰ oder schließlich nur noch „Urteilsfähigkeit“⁸¹ oder generell „Einsichtsfähigkeit“⁸² vorausgesetzt. In Sorge- und Umgangsentscheidungen soll es darauf ankommen, ob ein Wille „klar geäußert“,⁸³ „nachdrücklich“⁸⁴ oder „mehrmals erklärt“⁸⁵ ist. Außerdem sei erforderlich, dass er „nachvollziehbar“⁸⁶ oder Ausdruck „ernsthafter, subjektiv beach-

licher oder verständlicher Gründe“ ist⁸⁷ oder dafür „subjektiv verständliche Gründe vorgebracht werden“.⁸⁸ Schließlich finden sich Anklänge an die Rechtskategorie des „freien Willens“ des Erwachsenenschutzrechts (§ 1896 Abs. 1a BGB),⁸⁹ etwa wenn nach dem Gewicht eines „beeinflussten“ Willens⁹⁰ gefragt wird. In dieser grundsätzlichen Frage sollte ein gesetzlicher Ausgangspunkt gefunden werden. Die von *Schumann* vorgeschlagene Altersgrenze von 14 Jahren für das Antragsrecht ist insoweit nur ein weiteres Steinchen in dem großen, nach wie vor lückenhaften und weiter zu ergänzenden Mosaik zum Recht des Kindes auf Eigenzuständigkeit.

c) In welchen Angelegenheiten sollte das Kind allein entscheiden können?

Die zentrale Herausforderung wird schließlich weiter darin liegen, die Angelegenheiten zu identifizieren, bei denen der beachtliche Wille des Kindes eine weder im Hinblick auf die Belange der Eltern noch aus Gründen der Vernünftigkeit hinterfragbare *Alleinzuständigkeit* bedeutet, wie dies im geltenden Recht bislang nur für die Religionszugehörigkeit gesetzlich anerkannt ist (§ 5 RelKErzG). Sieht man in der Eigenzuständigkeit des Kindes bei der Bestimmung der Religionszugehörigkeit ein paradigmatisches Beispiel eines seit langem anerkannten Bereichs, in dem der selbstbestimmte Wille des Kindes ohne Weiteres von der Rechtsordnung anerkannt und im Rechtsleben verwirklicht wird, so zeichnet sich eine Suchrichtung ab, mit der sich ähnliche Fragenkreise identifizieren lassen. Das Alleinbestimmungsrecht des Kindes über die Religionszugehörigkeit lässt sich mit zwei Erwägungen begründen: Es handelt sich dabei um eine Entscheidung, die herkömmlich als höchstpersönlich angesehen wird,⁹¹ und es handelt sich um eine Entscheidung, die sich der Bewertung als vernünftig oder unvernünftig entzieht.

Dieselbe Struktur begegnet bei Entscheidungen über die Geschlechtszugehörigkeit und allgemein bei Entscheidungen über die eigene Identität und die Darstellung der eigenen Person.⁹² Unter der Voraussetzung der Selbstbestimmungsfähigkeit sollte auch die Bestimmung des äußerlichen körperlichen Erscheinungsbilds (kosmetische Behandlungen, Piercings und Tätowierungen, Frisur, Kleidung), soweit sie sich einer Bewertung als vernünftig oder unvernünftig ent-

Gutzeit NZFam 2014, 433, 434: Die wachsende Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes begrenzt die Erziehungsbefugnis der Eltern. – Mit Gegenläufigkeit verbindet sich auch die Vorstellung, dass den Eltern ihr Elternrecht als Gewährleistung von Elternautonomie zugleich um ihrer selbst willen eingeräumt ist und dass das Elternrecht nicht als ausschließlich fremdnütziges Recht zu denken ist; näher *Röthel* JZ 2017, 116, 118 ff.; und *Wapler* (Fn. 68), S. 112 ff.

⁷⁶ *Schumann* (Fn. 1), B 89.

⁷⁷ Solche Altersgrenzen werden insbesondere für ärztliche Behandlungen diskutiert; siehe einerseits (kritisch) *Rotärmel*, Einwilligung, Veto, Mitbestimmung, 2004, S. 143 ff.; *Spickhoff* FamRZ 2018, 412, 419; andererseits *Scheiwe* Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2009, 7, 9; *Taupitz*, 63. DJT 2000, A 60.

⁷⁸ Dies lässt sich an den Entscheidungen ablesen, in denen aus der Nicht-Volljährigkeit Rückschlüsse gezogen werden; siehe nur *BGHZ* 29, 33, 37; *BGH* NJW 1972, 335, 337; *OLG Brandenburg* FamRZ 2008, 1471, 1472.

⁷⁹ *BGHZ* 29, 33, 36 für die Einwilligung in eine medizinische Behandlung; genauso *BGH* NJW 1972, 335, 337; *OLG Hamm* NJW 1998, 3424, 3425.

⁸⁰ Vom *AG München* NJW 2012, 2452 bejaht im Fall einer 17-jährigen, die sich zu einer Tätowierung entschloss.

⁸¹ *BGH* NJW 2007, 217, 218.

⁸² Siehe statt vieler nur die Wendung des *OLG Frankfurt* FamRZ 2009, 990, wonach der Wille des Kindes „mit zunehmendem Alter und zunehmender Einsichtsfähigkeit“ an Bedeutung gewinnt, hier im Zusammenhang mit § 1666 BGB; genauso *OLG Hamm* FamRZ 2010, 1745; nur auf das Alter abstellend *OLG Brandenburg* FamRZ 2008, 1471; sowie *OLG Hamm* FamRZ 2016, 1940, 1941.

⁸³ Vgl. *OLG Bremen* NJW 2013, 2603.

⁸⁴ *OLG Saarbrücken* FamRZ 2016, 1858, 1859.

⁸⁵ *OLG Frankfurt* FamRZ 2009, 990; siehe auch *OLG Hamm* FamRZ 2015, 1909, 1910 zur Berücksichtigung eines „konstanten Kindeswillens“.

⁸⁶ *OLG Düsseldorf* FamRZ 2009, 1419.

⁸⁷ *OLG Saarbrücken* FamRZ 2011, 1409, 1410.

⁸⁸ *OLG Brandenburg* NJW-RR 2010, 301.

⁸⁹ *OLG Saarbrücken* FamRZ 2011, 1409, 1410.

⁹⁰ Es entspricht gefestigter Rechtspraxis, den Kindeswillen in diesen Fällen nicht zu beachten; siehe *BVerfG* FamRZ 2001, 1057; *OLG Frankfurt* FamRZ 2002, 1585, 1586. Generell für die Berücksichtigung auch des beeinflussten Willens *Peschel-Gutzeit* NZFam 2014, 433. In diese Richtung auch *OLG Hamm* FamRZ 2016, 1940, 1943: Selbst wenn der Wille beeinflusst sein sollte, wäre er zu beachten; für eine konsultative Berücksichtigung jedenfalls *Wapler* (Fn. 68), S. 446 f.

⁹¹ Häufig wird die Sphäre der Eigenzuständigkeit des Kindes allein anhand des Kriteriums der Höchstpersönlichkeit von Entscheidungen umschrieben; siehe etwa *Reuter* AcP 192 (1992), 108, 118; ähnlich *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Fn. 30), § 57 Rn. 84, enger § 57 Rn. 86–88. – Doch umreißt der Gesichtspunkt der Höchstpersönlichkeit die Sphäre der Alleinzuständigkeit des Kindes solange unvollständig, als das Kind – in Verwirklichung der staatlichen Schutzpflicht (dazu *BVerfGE* 72, 155, 173) – nicht vor irreversiblen, gewichtigen, nachteiligen Eigenentscheidungen geschützt wird. Dies kann entweder dadurch geschehen, dass die Anforderungen an die Selbstbestimmungsfähigkeit sehr hoch angesetzt werden oder aber dadurch, dass den Eltern bei gewichtigen Entscheidungen eine Mitentscheidungsbefugnis eingeräumt wird.

⁹² Dazu *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 2007.

zieht,⁹³ der Alleinzuständigkeit des Kindes zugerechnet werden. Gleiches gilt für reproduktive Entscheidungen, sei es die Entscheidung, ein Kind bekommen zu wollen oder ein Kind nicht bekommen zu wollen.

Doch sind nicht alle Entscheidungen über den eigenen Körper der Alleinzuständigkeit zuzurechnen. Im Unterschied zu Fragen der Religion, der geschlechtlichen Identität und der reproduktiven Neigung sind beispielsweise Entscheidungen über indizierte medizinische Behandlungen einer Bewertung als vernünftig oder unvernünftig durchaus zugänglich. Je nach Zugänglichkeit zu objektivierbarer Bewertung, Höchstpersönlichkeit und Irreversibilität könnte dann weiter unterschieden werden zwischen Fragen, die zu einer Mitzuständigkeit des Sorgeberechtigten führen (Zustimmungserfordernis), und Fragen, bei denen dem Kind die Entscheidungsprärogative und dem Sorgeberechtigten lediglich ein Vetorecht zukommt.⁹⁴ In diese Richtung deutet *Schumann* in einer Fußnote an, dass sie für Entscheidungen über medizinische Behandlungen generell eine „Teilmündigkeit“ (Vetorecht des gesetzlichen Vertreters) nach dem Vorbild des österreichischen Rechts (§ 173 ABGB) bevorzugen würde.⁹⁵

d) Wie ist das Verhältnis von Kindeswille und Kindeswohl?

Schließlich empfiehlt es sich, das Verhältnis von Kindeswille und Kindeswohl zu verdeutlichen.⁹⁶ Denn auch wenn der Kindeswille inzwischen im Kindeswohl mitgedacht wird,⁹⁷ verkörpern Wohl und Wille doch ursprünglich Gegensätze. In diesem Sinne wird im Erwachsenenschutzrecht in § 1901 Abs. 2 und Abs. 3 BGB ausdrücklich zwischen dem objektiven Wohl des Betreuten und seinem Willen unterschieden und weiter differenziert zwischen bloßen Wünschen, dem Willen und dem Wohl (§§ 1901a Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, 1901b Abs. 2, 1901c BGB).⁹⁸ Dass das Kindschaftsrecht mit seinem

zentralen Bekenntnis zum Kindeswohlprinzip (§ 1697a BGB) nicht zwischen Wohl und Wille unterscheidet, enthält noch Spuren einer Zeit, als dem Kindeswillen überhaupt nur wenig Bedeutung zukam. Heute verführt dieser inhaltlich überwundene, daher unscharfe und bei unbefangener Betrachtung eigentlich widersprüchliche Ausgangspunkt dazu, die Ergründung des subjektiven Kindeswillens mit Erwägungen zum vernünftigen Kindesinteresse zu vermengen. Es sollte daher stärker zwischen Wohl und Wille unterschieden werden. Dies könnte auch die Art und Weise, wie gerichtliche Entscheidungen begründet werden, beeinflussen. Wenn der Wille des Kindes als etwas aufgefasst wird, das nicht „irgendwie“ im Wohl aufgehen kann, erhöht sich die Chance für eine ausdrücklichere Begründung dafür, warum das Wohl einen gegenläufigen Willen überwiegen soll.

V. Resümee

Das Gutachten hat im Wesentlichen drei Reformanliegen im Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrecht identifiziert: die weitere Begünstigung gemeinsamer Sorge, die Regelung geteilter Betreuung und die Stärkung der Autonomie von Eltern und Kindern. Diese Anliegen gründen sich auf kundige Analysen des geltenden Rechts; sie sind zugleich getragen von informierten Einblicken in ausländische Regelungserfahrungen und die Diskussionsstände der Familienforschung. Aus den abgewogenen Reformvorschlägen spricht zugleich das Bemühen, sich im Bereich des kurz- bis mittelfristig Realisierbaren zu bewegen.

Die von *Schumann* identifizierten Reformanliegen weisen jedoch weiter in die Zukunft und werfen grundsätzliche Fragen auf. Nimmt man die von *Schumann* angebotenen Webfäden auf, so legen ihre Befunde langfristig eine Neuausrichtung der elterlichen Sorge in Richtung beiderseitige Elternverantwortung nahe. Zu den Grundlinien einer solchen Neuausrichtung würde erstens die Vorstellung einer von Art und Status einer Elternbeziehung losgelösten, stets beiderseitigen, langfristig auch mehrseitigen⁹⁹ Verantwortung der Eltern gehören (oben II.3.). Entsprechend dieser *Konzeption* der Elternverantwortung als beiderseitige Verantwortung sollte auch die *Organisation* der Elternverantwortung stärker auf eine beiderseitige Aufgabenwahrnehmung hin orientiert werden (oben III.3.). Die zentrale Herausforderung wird allerdings – wie schon im geltenden Recht – darin bestehen, die rechtlichen „Außengrenzen“ der Elternverantwortung im Verhältnis zum Staat sowie zum Kind näher auszuprägen. Diese *Strukturierung* könnte ihren gemeinsamen Bezugspunkt im Begriff der Autonomie finden (zu den damit verbundenen Folgefragen oben IV.3.).

⁹³ Grenzbereiche werden berührt, wenn Entscheidungen über das körperliche Erscheinungsbild mit unabweisbaren Gesundheitsschäden verbunden sind; hieran ist etwa im Fall der Magersucht zu denken, die zwar auch Teil von Selbstdarstellung sein kann, aufgrund ihrer gesundheitlichen Auswirkungen aber genauso wie die Entscheidung über medizinische Heilbehandlungen dem Kreis der Mitentscheidungsbefugnis zuzurechnen ist (dazu sogleich bei Fn. 94).

⁹⁴ Ähnlich die von *Wapler* (Fn. 68), S. 534 ff. angewandte Unterscheidung zwischen Entscheidungen, bei denen die Mitwirkung des Kindes „dezisiv“ oder nur „konsultativ“ ist; im Ergebnis tritt sie bei medizinischen Behandlungen für ein Alleinentscheidungsrecht des selbstbestimmungsfähigen Kindes ein, das gesetzlich verdeutlicht werden sollte (S. 538). Für ein Vetorecht *Coester-Waltjen* MedR 2012, 552, 559; skeptisch *Spickhoff* FamRZ 2018, 412, 422 f.

⁹⁵ *Schumann* (Fn. 1), B 88 Fn. 427.

⁹⁶ Das Verhältnis von Kindeswohl und Kindeswille lässt sich auf drei Arten denken. Erstens kann man das Kindeswohl als reinen Gegenbegriff zum Kindeswillen verstehen. Zweitens kann man das Verhältnis von Kindeswohl und Kindeswille so verstehen, dass der Kindeswille ein Element des Kindeswohls ist. Diese Vorstellung hat sich inzwischen für das Kindschaftsrecht durchgesetzt (allgemein etwa *Dettenborn*, Kindeswohl und Kindeswille: psychologische und rechtliche Aspekte, 5. Aufl. 2017, S. 83 ff.). Denkbar ist aber auch drittens, einen absoluten interpretationsleitenden Vorrang des Kindeswillens vor dem Kindeswohl anzunehmen, wonach es kein Kindeswohl gegen den Kindeswillen geben kann.

⁹⁷ Vgl. *Coester* (Fn. 72), S. 255 ff.; und *Wapler* (Fn. 68), S. 263 ff.

⁹⁸ Dass es sich bei Kindeswohl und Kindeswille um jeweils anderes handelt, liegt auch der viel zitierten Wendung zugrunde von *BVerfGE* 55, 171, 182, wonach der Wille des Kindes „grundsätzlich zu berücksichtigen [ist], soweit dies mit seinem Wohl vereinbar ist“, angeführt etwa von *OLG Frankfurt* FamRZ 2009, 990; *OLG Hamm* FamRZ 2010, 1745 jeweils im

Hinblick auf §§ 1666, 1666a BGB; genauso *OLG Saarbrücken* FamRZ 2016/1858, 1859 zu § 1626a BGB; sowie *OLG Brandenburg* NJW-RR 2010, 301 zu § 1684 Abs. 4 Sätze 1, 2 BGB.

⁹⁹ Zu Konzepten originärer Mehr-Elternschaft *Röthel*, in: Festschrift für *Coester*, 2018, S. 129 ff.

