

Stellungnahme

des Verbandes Unterhalt und Familienrecht e. V.

zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern

I. Zusammenfassung

Der Verband Unterhalt und Familienrecht e. V. begrüßt, dass die Bundesregierung nach den Entscheidungen des EGMR vom 03.12.2009 (Zaunegger/Deutschland) und des BVerfG vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 – nunmehr einen Referentenentwurf zur Neuregelung der Ausübung der Elternverantwortung für nicht in einer Ehe geborene Kinder vorlegt.

Auch wenn der Entwurf zutreffend das Leitbild der gemeinsamen elterlichen Sorge zugrunde legt, bestehen gegen das entworfene modifizierte Antragsmodell in rechtspolitischer, gesellschaftspolitischer, rechtsvergleichender und verfassungsrechtlicher Hinsicht durchgreifende Bedenken.

Der Verband ist demgegenüber die Auffassung, dass es geboten ist, nicht erst in zehn Jahren, sondern bereits jetzt eine gemeinsame Sorge kraft Gesetzes ab Feststehen der rechtlichen Vaterschaft zu etablieren. Diese Position wird auch von renommierten Fachleuten und Verbänden vertreten (siehe nur: Prof. Willutzki, Coester, Löhnig, DAV). Der Verband hat seine Auffassung eingehend in der Broschüre „Gemeinsame elterliche Sorge für nichteheliche Kinder, Impuls für Reform des Kindschaftsrechts“, 2009, dargelegt. Ergänzend wird in diesem Zusammenhang folgendes ausgeführt:

II. Recht des Kindes auf Verantwortungsübernahme durch beiden Eltern ab Geburt

Nach Auffassung des Verbandes verstößt der vorgelegte Entwurf gegen das Recht von nicht in einer Ehe geborenen Kindern und ihren Vätern aus Art. 6 II GG und diskriminiert sie entgegen Art. 6 V, 3 I, II GG.

Dafür ist maßgeblich, dass nach der Entscheidung des BVerfG vom 01.04.2008 - 1 BvR 1620/04 - jedes Kind ein verfassungsrechtlich geschütztes Recht auf Pflege und Erziehung durch beide Eltern hat, denen Art. 6 II GG eine entsprechende Pflicht gegenüber dem Kind auferlegt. Das verfassungsrechtlich geschützte Elternrecht aus Art. 6 II GG steht Müttern und Vätern unterschiedslos zu.

Das nicht in einer Ehe geborene Kind hat ein Recht auf Verantwortungsübernahme durch beide Eltern unabhängig von seiner Lebenssituation vor und nach der Geburt. Eine Ungleichbehandlung von diesen Kindern und ihren Vätern im Verhältnis zu ehelich geborenen Kindern und deren Vätern ist aus dem Kindeswohl heraus nicht begründbar, zumal auch verheiratete Eltern vor oder nach der Geburt getrennt leben können (ebenso die Stellungnahme des Familienrechtsausschusses des DAV, Nr. 30/2012 aus März 2012). Soweit ersichtlich hat bisher noch niemand vertreten, dass verheirateten Vätern in einer solchen Lebenssituation seit Geburt des Kindes kraft Gesetzes die gemeinsame Sorge aberkannt werden müsse. Deshalb kann der Referentenentwurf die Ablehnung einer gemeinsamen elterlichen Verantwortung ab Feststehen der Vaterschaft nicht mit unterschiedlichen Lebensverhältnissen von ehelichen und nicht ehelichen Kindern rechtfertigen.

Das von dem Referentenentwurf befürwortete modifizierte Antragsmodell stellt auch einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Kinder und ihrer Väter dar, weil es zum Schaden der ganz überwiegenden Mehrheit der Kinder den tatsächlichen Regelfall der Kindeswohlentsprechung der gemeinsamen elterlichen Sorge ab Feststehen der Vaterschaft zur Ausnahme macht:

Mittlerweile werden 30 % aller Kinder nicht in einer Ehe geboren. Im Jahre 2008 haben etwa 50 % aller Eltern gemeinsame Sorgeerklärungen abgegeben (Referentenentwurf, S. 10/11). Das vom BMJ in Auftrag gegebene Forschungsvorhaben „Gemeinsame Sorge nicht miteinander verheiratete Eltern“ hat ergeben, dass in vielen Fällen eine gemeinsame Sorgetragung von Müttern aus Gründen verweigert wird, die keinerlei Bezug zum Kindeswohl haben (Referentenentwurf, S. 11). Darüber hinaus gibt es eine durchaus

signifikante Fallgruppe von Eltern, die wegen ihrer Harmonie und genereller Behördenscheu jegliche „offiziellen“ Maßnahmen nach Geburt des Kindes für überflüssig halten oder schlicht unterlassen. Diese Eltern erreicht der Entwurf zum Schaden ihrer Kinder mit dem Antragsmodell nicht.

Darüber hinaus ergab das Forschungsvorhaben, dass außerehelich geborene Kinder ganz überwiegend (80 %) in die Gemeinschaft ihrer Eltern hinein geboren werden. Im Jahre 1993 waren es nach der Untersuchung Vaskovics u. a., Lebenslage nichtehelicher Kinder 1997, S. 205, bereits 50 %. Nach überwiegender Auffassung und dem Vorschlag des Endberichts entspricht eine gemeinsame Sorge jedenfalls für diese familiäre Lebenslage dem Kindeswohl am besten. Wenn Eltern mit ihrem Kind zusammenleben, üben sie tatsächlich ihre Verantwortung gemeinsam aus, unabhängig davon, wie sie die Erziehungsarbeit untereinander aufteilen. Es bedarf deshalb einer rechtlichen Absicherung der tatsächlich gemeinsam wahrgenommenen Elternverantwortung.

Vor dem Hintergrund dieser Erkenntnisse entspricht in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl am besten, sodass auch verfassungsrechtlich eine gemeinsame Sorge kraft Gesetzes ab Feststehen der Vaterschaft vorzusehen ist.

Deshalb ist es Kindeswohlwidrig und familienfeindlich, wenn der Gesetzgeber Väter zur Erlangung der gemeinsamen Sorge im Regelfall zur Durchführung eines streitfördernden Gerichtsverfahren zwingt, obwohl nur in Ausnahmefällen (siehe auch Salzgeber/Fichtner, FamRZ 2011, 945, 950) eine gemeinsame Sorge dem Kindeswohl widerspricht.

Der Grundrechtseingriff kann deshalb auch nicht durch das vom Referentenentwurf vorgeschlagene beschleunigte Verfahren des § 155 a FamFG – E kompensiert werden, wie unten noch näher ausgeführt wird.

Dem vom Entwurf favorisierten materiell-rechtlichen Leitbild der gemeinsamen Sorge und den verfassungsrechtlichen Anforderungen kann aber nur dadurch effektiv Rechnung getragen werden, dass die gemeinsame Sorge automatisch ab Feststehen der Vaterschaft entsteht, während das Antragsmodell den Vater auch weiterhin gegenüber der Mutter diskriminiert, da es zum Ausdruck bringt, dass die gemeinsame Sorge dem Vater nicht naturgegeben verliehen

ist, wie es Art. 6 II GG vorsieht, sondern nur begründet werden kann, wenn er sich dazu im Einzelfall nach den materiell-rechtlichen Anforderungen als geeignet erweist.

Der automatischen gemeinsamen Sorge steht auch nicht entgegen, dass diese Regelung auch Väter erfassen kann, die sorgeunwillig sind. Denn das Kind hat verfassungsrechtlich einen Anspruch auf Sorge durch beiden Eltern, der eine diesbezügliche elterliche Pflicht entspricht. Die gemeinsame Sorge kraft Gesetzes stärkt darüber hinaus vielmehr die Verantwortung der Väter, aktiviert am ehesten ihre Ressourcen, fördert weiterhin Bewusstseinsveränderungen hinsichtlich der Situation von außerehelich geborenen Kindern und wirkt dem Verlust des Vaters bei Kindern in Patchwork-Familien entgegen. Wenn die gemeinsame Sorge im Einzelfall dem Wohl des Kindes widerspricht, kann sie auf Antrag der Mutter aufgehoben werden. Eine solche Antragsstellung sollte auch schon vor Geburt des Kindes möglich sein. Auch der Entwurf will grundsätzlich zunächst sorgeunwillige Väter in die Verantwortung einbeziehen, da er der Mutter ein Recht auf Beantragung der gemeinsamen elterlichen Sorge gewährt (Referentenentwurf, S. 17). Dieses reicht aber im Kindesinteresse ersichtlich nicht aus, zumal das Kind selbst kein Antragsrecht hat. Für eine gemeinsame Sorge kraft Gesetzes sprechen schließlich die Erfahrungen mit der Neuregelung des § 1671 BGB durch die Kindschaftsreform 1998, die innerhalb kürzester Zeit dazu führte, dass die gemeinsame Sorge nach Trennung und Scheidung – im Regelfall auch ohne streitige Verfahren - auch zum tatsächlichen Regelfall wurde, da sie von den Eltern als Leitbild akzeptiert wurde. Vor diesem Hintergrund ist auch nicht zu erwarten, dass eine gemeinsame Sorge kraft Gesetzes ab Feststehen der Vaterschaft zu einer Vielzahl von streitigen, durch Mütter eingeleiteten Verfahren führt. Insoweit ist auch auf entsprechende Erfahrungen im europäischen Ausland zu verweisen (vgl. nur: Willutzki, ZKJ 2011, 174).

III. Gemeinsame Sorge kraft Gesetzes in sonstigen Fallgestaltungen

1. Gemeinsame Sorge kraft Gesetzes bei Zusammenleben der Eltern

Soweit der Gesetzgeber eine gemeinsame Sorge kraft Gesetzes für alle Kinder nicht mehrheitlich befürworten sollte, ist nach Auffassung des Verbandes in jedem Fall – auch unter verfassungsrechtlichen Aspekten – eine automatische gemeinsame Sorge bei Zusammenleben der Eltern geboten. Es ist bereits dargelegt worden, dass es unzumutbar und

familienfeindlich ist, einem mit der Mutter und dem Kind zusammenlebenden Vater anzusinnen, in dieser Situation ein gerichtliches Verfahren einzuleiten.

Die eher formalen Erwägungen des Entwurfes gegen diese Lösung können allerdings den schwerwiegenden Grundrechtseingriff in die Rechte der Kinder und ihrer Väter durch Vorenthaltung eines automatischen gemeinsamen Sorgerechts nicht rechtfertigen. Anknüpfungspunkt für die Feststellung des Zusammenlebens ist zunächst die gemeinsame Meldeanschrift. Dass insoweit ausnahmsweise Manipulationen zu erwarten sind, steht dem nicht entgegen. Darüber hinaus hat die Mutter die Möglichkeit der Abänderung gemäß § 1671 BGB. Die frühere französische Regelung sah im Übrigen für den Streitfall zusätzlich die Möglichkeit der gerichtlichen Feststellung des Zusammenlebens in einem vereinfachten Verfahren vor.

2. Gemeinsame Sorge kraft einseitiger Sorgeerklärung

Der Referentenentwurf setzt sich bedauerlicherweise nicht mit dem Kompromissvorschlag der Kinderrechtekommission des DFGT, ZKJ 2011, 130 auseinander, wonach ab rechtlichem Feststehen der Vaterschaft die gemeinsame elterliche Sorge automatisch aufgrund einer Sorgeerklärung eintritt. Dieser Vorschlag, auf dessen nähere Begründung Bezug genommen wird, ist - wenn man keine gemeinsame Sorge kraft Gesetzes für alle Kinder vorsehen wollte - jedenfalls deutlich besser zur Wahrung des Kindeswohls geeignet als der Referentenentwurf.

IV. Referentenentwurf

Der Referentenentwurf setzt demgegenüber das von ihm zugrunde gelegte Leitbild der grundsätzlich gemeinsamen elterlichen Sorge durch das modifizierte Antragsmodell ersichtlich nicht konsequent und effektiv um.

Ungeachtet des Umstandes, dass auf Grundlage des vom Entwurf befürworteten Antragsmodells das neue Leitbild zu begrüßen ist, bestehen jedoch erhebliche - auch verfassungsrechtliche - Bedenken hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Umsetzung gem. § 155 a FamFG - E.

a)

Die vom Entwurf vorgesehene Karenz – bzw. Schutzfrist für die Mutter gem. § 155 a II FamFG führt dazu, dass der Vater innerhalb dieses Zeitraums bis zur gerichtlichen Entscheidung generell ohne tragfähige Gründe von einer gemeinsamen Sorge ausgeschlossen wird, obwohl in diesem Zeitraum maßgebliche Entscheidungen anstehen können (zum Beispiel Namenswahl, Operationen). Für die Schonfrist der Mutter trägt der Referentenentwurf allerdings keine tragfähige Begründung vor, die ein Zurückstehen des Kindesrechts und des Elternrechts des Vaters auf frühestmögliche Beteiligung des Vaters an der Elternverantwortung rechtfertigen könnte.

Soweit der Mutter die Möglichkeit gegeben werden soll, sich über die Beteiligung des Vaters an der Sorge schlüssig zu werden, ist dem entgegen zuhalten, dass sie bis zur Geburt des Kindes dazu hinreichend Zeit hat, zumal der Entwurf vom Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge ausgeht.

Die sechswöchige Frist seit der Geburt des Kindes kann auch nicht mit den Zwecken des Mutterschutzes begründet werden, der zu einer Freistellung von der Arbeitsverpflichtung führt. Die Mutter ist allerdings als Sorgerechtsinhaberin verpflichtet, die Belange des Kindes auch in diesem Zeitraum zu regeln. Zudem ist kein Grund erkennbar, warum die Regelung der elterlichen Sorge insoweit anders behandelt werden sollte als die sonstigen Verfahren gem. § 155 I FamFG. Auch die Mutter eines ehelichen Kindes, dessen Vater nach der Geburt einen Antrag auf Alleinsorge stellt, kann sich zu recht nicht auf eine solche pauschalierende Frist stützen, die den effektiven Rechtsschutz und die Grundrechtsverwirklichung unverhältnismäßig einschränkt. Vielmehr reichen die allgemeinen Regelungen für Terminsverlegungen aus.

b)

Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen darüber hinaus im Hinblick auf das schriftliche Verfahren ohne Anhörung der Eltern und des Jugendamtes jedenfalls in den Fällen, in denen die Mutter dem gemeinsamen Sorgerecht widerspricht, aber das Gericht diese Einwände nicht als erheblich ansieht.

Vor diesem Hintergrund kann sich der Referentenentwurf für seine Lösung im Spannungsverhältnis zwischen einer Antragslösung und automatischer Sorge kraft Gesetzes nicht auf die Besonderheiten des vereinfachten Verfahrens stützen.

c)

Auch im europäischen Rechtsvergleich erweist sich der Referentenentwurf als rückschrittlich. Nach einem Überblick in der Entscheidung des BVerfG vom 21.07.2010 – insoweit nicht konkret im Referentenentwurf, Bl. 11, wiedergegeben – erhalten in der ganz überwiegenden Zahl von Ländern der Europäischen Union unverheiratete Eltern kraft Gesetzes die gemeinsame Sorge und werden damit verheirateten Eltern weitergehend oder vollständig gleichgestellt.

V. Ergebnis

1.

Die vom Verband befürwortete Regelung des gemeinsamen Sorgerechts kraft Gesetzes entspricht nicht nur dem gesellschaftlichen und grundrechtlichen Verständnis einer gemeinsamen elterlichen Verantwortung ohne Diskriminierung außerehelich geborener Kinder, sondern auch dem europäischen Standard. Diese Maßstäbe erfüllt der Referentenentwurf ersichtlich nicht.

Nachdem der Gesetzgeber im Bereich des Nichtehelechts regelmäßig verzögert auf gesellschaftliche Entwicklungen reagiert hat und Reformen häufig erst durch das BVerfG und zuletzt auch durch den EGMR angestoßen wurden, sollte nicht erneut eine Lösung geschaffen werden, die den schützenswerten Interessen der Kinder und ihren Eltern nicht hinreichend Rechnung trägt und ohnehin in absehbarer Zeit wieder geändert werden müsste (Kinderrechtekommission des DFGT, ZKJ 2011, 130, 132).

2.

Der Verband schlägt deshalb folgende Änderungen zur Neuregelung der Begründung der gemeinsamen elterlichen Sorge vor:

In § 1626 I BGB sollte folgender neuer Satz 3 eingefügt werden:

Sie steht den Eltern gemeinsam zu, soweit das Familiengericht keine andere Entscheidung trifft.

Eine Abänderung der gemeinsamen elterlichen Sorge erfolgt dann gem. § 1671 BGB, die auch schon vor Geburt möglich sein sollte, soweit in diesem Zeitraum bereits die Voraussetzungen für eine gemeinsame Sorge bei Geburt vorliegen. Dies ist durch eine Ergänzung der bisherigen Fassung von § 1671 II BGB zu ermöglichen:

Das Familiengericht kann schon vor Geburt die elterliche Sorge oder einen Teil allein übertragen.

Schließlich ist auch der Begriff der elterlichen Sorge durch „elterliche Verantwortung“ zu ersetzen entsprechend dem im europäischen Umfeld gängigen Sprachgebrauch (Willutzki, ZKJ 2011, 174).

Wegen weiterer ergänzender Reformanregungen wird auf die Stellungnahme der Kinderrechtskommission des DFGT, ZKJ 2011, 130, 132 f. verwiesen.

Rechtsanwalt Georg Rixe
Fachanwalt für Familienrecht
Bundesbeauftragter für Verfassungsrecht

Kontakt:
ISUV-Geschäftsstelle
Sulzbacher Str. 31
90119 Nürnberg
Tel. 0911/550478
info@isuv.de
<http://www.isuv.de>