

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

Das Bundesverfassungsgericht hat mit seinem Beschluss vom 21. Juli 2010 - 1 BvR 420/90 - festgestellt, dass die geltenden Regelungen zum Sorgerecht für nicht miteinander verheiratete Eltern nicht mit den Grundrechten aus Artikel 6 Abs. 2 Grundgesetz vereinbar sind.¹ Betroffen sind die §§ 1626a, 1672 Abs. 1 sowie 1680 Abs. 3 BGB. In seiner Begründung hatte das oberste Gericht ausgeführt, dass es zwar verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei, wenn die elterliche Sorge für ein nichtehelich geborenes Kind zunächst der Mutter allein übertragen und beiden Eltern die Möglichkeit eingeräumt wird, gemeinsam die Sorge für ihr Kind zu tragen. Allerdings sei es nicht hinzunehmen, dass der Vater regelmäßig von der Sorgetragung ausgeschlossen ist, wenn die Mutter ihre Zustimmung für die gemeinsame Sorge verweigert, ohne dass ihm die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung eingeräumt wird.

Mit dem Beschluss wurde als Übergangslösung die Antragsmöglichkeit für nicht sorgeberechtigte Väter eingeführt. Ungeachtet dessen war der Gesetzgeber aufgefordert, eine verfassungskonforme Regelung für das Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern vorzulegen.

Seit Anfang April 2012 liegt nunmehr ein erster Referentenentwurf für ein Gesetz zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern vor. Dieser Entwurf präferiert im wesentlichen die Regelungen, die im Rahmen des Koalitionsgipfels vom 04.03.2012 erarbeitet wurden.

Der Paritätische unterstützt grundsätzlich das Anliegen der Bundesregierung, das Sorgerecht für nicht miteinander verheiratete Eltern neu zu regeln und sich damit stärker als bisher an der Lebenswirklichkeit von Müttern und Vätern in Deutschland zu orientieren. Allerdings bewertet der Paritätische den vorgelegten Referentenentwurf für eine Reform des Sorgerechts kritisch. Der Entwurf bleibt nach Ansicht des Paritätischen nicht nur deutlich hinter den gebotenen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts vom Juli 2010 und der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte von Dezember 2009 zurück, sondern verzichtet in wesentlichen Teilen auf die gebotene positive Kindeswohlprüfung bei der Entscheidung zum Sorgerecht.

Im Einzelnen nimmt der Paritätische insbesondere zu den Artikeln Stellung, bei denen er konkreten Handlungsbedarf sieht.

¹ Damit ist das Gericht im Wesentlichen der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 03.12.2009 gefolgt, das die deutschen Regelungen für nicht vereinbar mit der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) erklärt hatte – insbesondere würde damit gegen das Diskriminierungsverbot gemäß Art. 14 EMRK in Verbindung mit Art. 8 EMRK, dem Recht auf Achtung des Familienlebens, verstoßen. Vgl. EGMR, Zaunegger gegen Deutschland, Nr. 22028/04, Urteil vom 03.12.2009.

1. Zu Artikel 1 – Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

a. § 1626a Abs. 1 Nr. 3 BGB-E

„(1) Sind die Eltern bei der Geburt nicht miteinander verheiratet, so steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu,

3. soweit ihnen das Familiengericht die elterliche Sorge gemeinsam überträgt.“

Aus der Formulierung des §1626a Abs. 1 Nr. 3 BGB-E wird nicht deutlich, was die Eingrenzung der Vorschrift durch „soweit“ beinhalten soll. In der Begründung, besonderer Teil, heißt es, dass die Einfügung des Wortes „soweit“ deutlich machen würde, dass das Gericht den Eltern auch nur Teilbereiche der elterlichen Sorge gemeinsam übertragen könne.² Hier versucht die Bundesregierung, Ausnahme und Regel innerhalb einer Aufzählung gesetzlich festzuschreiben. Dies ist nicht nur missverständlich, sondern führt auch dazu, dass die Wichtigkeit der Neuregelung unterlaufen wird. § 1626a Abs.1 BGB-E sollte zur Gleichstellung von verheirateten und nicht miteinander verheirateten Eltern führen und es Vätern ermöglichen, auch ohne Trauschein ein gleichberechtigtes Sorgerecht neben der Mutter zu erhalten. Die Möglichkeit, den Eltern auch nur für Teilbereiche die gemeinsame Sorge zu übertragen, sollte nach Ansicht des Paritätischen in einem gesonderten Absatz näher erläutert und geregelt werden.

b. § 1626a Abs. 2 S. 1 BGB

„(2) Das Familiengericht überträgt gemäß Absatz 1 Nummer 3 auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge beiden Eltern gemeinsam, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht.“

Der Gesetzesentwurf des Bundesministeriums der Justiz folgt dem selbstgewählten Leitbild, *„dass möglichst eine gemeinsame Sorgetragung erfolgen soll, wo es dem Kindeswohl nicht widerspricht“*.³ Dieses Leitbild ist auch unter dem Schlagwort „negative Kindeswohlprüfung“ bekannt und findet sich in der Regelung des § 1626a Abs. 2 BGB -E wieder. Der Entwurf führt hierzu aus, dass es einer positiven Feststellung des Kindeswohls nicht bedürfe, denn das Bundesverfassungsgericht habe sich innerhalb einer Entscheidung der Erkenntnis angeschlossen, dass die gemeinsame elterliche Sorge grundsätzlich den Bedürfnissen des Kindes nach Beziehungen zu beiden Elternteilen entspricht.⁴ Der Paritätische vertritt die Auffassung, dass eine solche Pauschalisierung weder dem Einzelfall noch dem Kindeswohl gerecht werden kann. Die Bundesregierung übersieht, dass in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, innerhalb desselben Absatzes weiter argumentiert wird: *„Allerdings weisen Studien auch darauf hin, dass bei mangelnder Kooperationsbereitschaft und einem hohen Konfliktpotential zwischen den Eltern schwere Belastungen für das Kind*

² Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern, S. 17.

³ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern, S. 12.

⁴ Ebenda; mit Verweis auf BVerfG, 1 BvL 20/99 vom 29.1.2003, Absatz-Nr. (14), http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20030129_1bvl002099.html.

*entstehen können, sodass gegen eine gemeinsame Sorge erhebliche Bedenken anzumelden sind.*⁵

Die Bemühungen, das selbst auferlegte Leitbild innerhalb der geplanten gesetzlichen Neuregelung möglichst prominent einzubinden, werden im vorgelegten Gesetzesentwurf mehr als deutlich. Die Begründung, warum das Kindeswohl nicht positiv festgestellt werden muss, ist an vielen Stellen einseitig und widersprüchlich. So heißt es im Entwurf, dass im Rahmen der negativen Kindeswohlprüfung das Gericht auch häufig zu entscheiden haben werde, ob die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl widerspricht, weil die Eltern nicht über die erforderliche Kooperationswilligkeit, bzw. –fähigkeit verfügten.⁶ Dies entspricht einer positiven Feststellung des Kindeswohls. Es ist daher nicht ersichtlich, was gegen die bisherige Rechtslage und Rechtspraxis spricht, sich am Kindeswohl zu orientieren und auf dessen Schutz zu achten.

Kritisch sieht der Paritätische ebenso, dass der Gesetzesentwurf an die Übertragung der elterlichen Sorge keine expliziten sonstigen Voraussetzungen knüpft.⁷ Dabei ist aber gerade die Berücksichtigung aller relevanten Umstände Voraussetzung dafür, dem Kindeswohl ausreichend Beachtung zu schenken.⁸ Der Gesetzesentwurf orientiert sich erkennbar an Ausführungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, der in seiner Entscheidung des Falles Zaunegger ./.. Deutschland deutlich gemacht hat, dass sowohl das Bundesverfassungsgericht als auch der Gesetzgeber mit der Annahme zu weit gegangen seien, „*dass das gemeinsame Sorgerecht gegen den Willen der Mutter eines nichtehelichen Kindes prima facie als dem Kindeswohl nicht dienlich angesehen wird.*“⁹ Auf der Basis dieser Entscheidung versucht die Bundesregierung mit ihrer Vorlage nunmehr eine Lösung zu finden, die möglichst weit von der früheren Regelung entfernt ist. Dabei übersieht die Bundesregierung, dass der Europäische Gerichtshof mit seinem Urteil vom 05.10.2010 deutlich gemacht hat, dass es nicht gegen die EMRK verstoße, wenn „*das Sorgerecht grundsätzlich ausschließlich der Mutter zuerkannt wird und ein leiblicher Vater nur aufgrund einer Gerichtsentscheidung über ein Sorgerecht verfügt. Ein solches Erfordernis ermöglicht es nämlich dem zuständigen nationalen Gericht, eine Entscheidung über die Sorge für das Kind und die Rechte auf persönlichen Umgang mit ihm unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände wie der von dem vorlegenden Gericht genannten zu treffen, darunter insbesondere die Umstände betreffend die Geburt des Kindes, die Art der Beziehung zwischen den Eltern, die zwischen jedem Elternteil und dem Kind bestehende Beziehung sowie die Fähigkeit jedes Elternteils, die Aufgabe der Sorge zu übernehmen. Durch die Berücksichtigung dieser Umstände wird das Kindeswohl gemäß Art. 24 Abs. 2 der Charta*¹⁰ geschützt.“¹¹

5 BVerfG, 1 BvL 20/99 vom 29.1.2003, Absatz-Nr. (14), http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20030129_1bvl002099.html.

6 Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern, S. 18.

7 Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern, S. 15.

⁸ Vgl. II. Nr. 2, EuGH, Urteil vom 5. 10. 2010 - C-400/10 PPU (Lexetius.com/2010,6072)..

⁹ Vgl. EGMR, Zaunegger gegen Deutschland, Nr. 22028/04, Urteil vom 03.12.2009; http://www.bmj.de/SharedDocs/EGMR/DE/20091203_22028-04.html, Absatz-Nr. (46).

¹⁰ Charta = Charta der Grundrechte der Europäischen Union; Artikel 24 der Charta – Rechte des Kindes, Absatz 2: „*Bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher oder privater Einrichtungen muss das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein.*“

¹¹ EuGH, Urteil vom 5. 10. 2010 - C-400/10 PPU (Lexetius.com/2010,6072).

In der Begründung wird weiter ausgeführt, dass Kommunikationsschwierigkeiten zwischen den Eltern die Ablehnung der gemeinsamen Sorge nicht rechtfertigen können.¹² In der Konsequenz werden an den Vortrag der Mutter, den diese dem Gericht vorlegen muss, sehr hohe Anforderungen geknüpft. So stützt sich die Bundesregierung innerhalb ihrer Ausführungen auf Gerichtsurteile, die u.a. fordern, dass die Mutter „einen differenzierten Tatsachenvortrag“ vorbringen müsse, der „die Schwierigkeiten zwischen den Eltern anhand von Vorfällen dezidiert schildert“.¹³ Der Paritätische hält diese Anforderungen an den Vortrag der Mutter im Antragsverfahren für deutlich zu hoch angesetzt. Durch die Vorgabe, wie ausführlich und detailliert ihre Ausführungen zu erfolgen haben, besteht die Gefahr, dass Mütter in einer ohnehin zumeist schwierigen Situation überfordert werden. Es erscheint dem Paritätischen mehr als fraglich, dass das gemeinsame Sorgerecht entstehen soll, wenn ein Elternteil sich nicht an eine bestimmte Darstellungsweise hält. Insbesondere muss befürchtet werden, dass innerhalb des beschleunigten Verfahrens gewichtige Faktoren wie Herkunft, Sprachschwierigkeiten oder Bildungsniveau nicht berücksichtigt werden.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Begründung eine Vielzahl an unbestimmten Rechtsbegriffen enthält, die vielseitigen Auslegungen zugänglich sind, die zu unterschiedlicher Rechtsanwendung und folglich zu Ungleichbehandlungen bzw. Unsicherheiten führen können.

Aus Sicht des Paritätischen ist es ferner fraglich, ob die geplante Neufassung mit den Vorgaben der UN-Kinderrechtskonvention (KRK) vereinbar ist, insbesondere mit Art. 3 der Konvention, der das Wohl des Kindes regelt.¹⁴ So heißt es in Art. 3 Abs. 1 KRK, dass bei allen Maßnahmen, von denen ein Kind betroffen ist, das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen ist. Und dies, so wörtlich, auch von „*Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen*“.¹⁵ Diese Bestimmung bindet die öffentliche Gewalt in sämtlichen Lebensbereichen und Rechtsgebieten.¹⁶ Der Referentenentwurf verstößt mit der negativen Kindeswohlprüfung in gleich doppelter Hinsicht gegen die UN-Kinderrechtskonvention. Zum einen, indem er das Kindeswohl dem beschleunigten Verfahrensgang unterordnet und zum anderen, indem er den betroffenen Kindern ihre eigenen subjektiven Rechte aberkennt. Und das, obwohl der Staat gemäß Art. 2 Abs. 1 KRK zu deren Einhaltung verpflichtet ist¹⁷ und die Normen der UN-Kinderrechtskonvention geltendes Recht sind.¹⁸

¹² Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern, S. 19.

¹³ Ebenda; OLG München NJW 2000, 368 (369).

¹⁴ Art. 3 UN-Kinderrechtskonvention (KRK) – Wohl des Kindes:

„(1) Bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.

(2) Die Vertragsstaaten verpflichten sich, dem Kind unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten seiner Eltern, seines Vormunds oder anderer für das Kind gesetzlich verantwortlicher Personen den Schutz und die Fürsorge zu gewährleisten, die zu seinem Wohlergehen notwendig sind; zu diesem Zweck treffen sie alle geeigneten Gesetzgebungs- und Verwaltungsmaßnahmen.

(3) Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass die für die Fürsorge für das Kind oder dessen Schutz verantwortlichen Institutionen, Dienste und Einrichtungen den von den zuständigen Behörden festgelegten Normen entsprechen, insbesondere im Bereich der Sicherheit und der Gesundheit sowie hinsichtlich der Zahl und der fachlichen Eignung des Personals und des Bestehens einer ausreichenden Aufsicht.

¹⁵ Ebenda.

¹⁶ Hendrik Cremer, Die UN-Kinderrechtskonvention, S. 13.

¹⁷ Hendrik Cremer, Die UN-Kinderrechtskonvention, S. 8; Vgl. Art. 2 UN-Kinderrechtskonvention: „(1) Die Vertragsstaaten achten die in diesem Übereinkommen festgelegten Rechte und gewährleisten sie jedem ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Kind ohne jede Diskriminierung unabhängig von der Rasse, der Hautfarbe, dem Geschlecht, der Sprache, der Religion, der politischen und sonstigen Anschauung, der nationalen, ethnischen

Es entspricht nicht nur der UN-Kinderrechtskonvention, dass Kinder Träger eigener Rechte sind und folglich auch in gerichtlichen Verfahren gehört werden müssen. Vielmehr sieht das deutsche Rechtssystem vor, im familiengerichtlichen Verfahren gemäß § 158 FamFG einen Verfahrensbeistand zu bestellen, um die Interessen des Kindes zu vertreten. Für eine am Kindeswohl zu orientierende Entscheidung ist es von besonderer Bedeutung, dass die Interessen des Kindes in einer Weise in das Verfahren eingebracht werden, die ihrer grundrechtlichen Position hinreichend Rechnung trägt, insbesondere in den Fällen, in denen die Eltern wegen entgegenstehender Interessen dazu nicht in der Lage sind.¹⁹ Die Fallkonstellationen, die durch § 1626a BGB-E geregelt werden sollen, implizieren eine sich widersprechende Interessenlage. Das bedeutet, dass die Bestellung eines Verfahrensbeistandes hier grundsätzlich angezeigt wäre. Da minderjährige Kinder nicht formell Verfahrensbeteiligte sein können, ist der Verfahrensbeistand dazu berufen, diese Position anstelle des Kindes einzunehmen. Der Gesetzesentwurf verzichtet auf eine positive Feststellung des Kindeswohls und sieht in keiner Phase des Verfahrens vor, das Kind zu hören. Die Existenz der Rechtsfigur des Verfahrensbeistandes, die bereits vor 200 Jahren in Form eines Curators in das deutsche Recht eingeführt wurde²⁰, wird von der Bundesregierung schlicht und ergreifend ignoriert.

Nicht nur vor dem Hintergrund, dass der Gesetzesentwurf die Individualrechte der Kinder im Sorgerechtsverfahren künftig außer Acht lassen möchte, verschärft der Paritätische seine Kritik an der geplanten Neuregelung. Die Missachtung geltenden Rechts und nicht nachvollziehbare Abweichungen von sinnvollen und bewährten Rechtsgrundsätzen, decken die Schwächen im Entwurf der Bundesregierung auf. Die negative Kindeswohlprüfung soll als Leitbild etabliert werden und das auf Kosten der Kinderrechte. Der Paritätische widerspricht diesem Vorhaben ganz entschieden.

c. § 1626a Abs. 2 S. 2 BGB

„Trägt der andere Elternteil keine Gründe vor, die der Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen können und sind solche Gründe auch sonst nicht ersichtlich, wird vermutet, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht.“

Die Neufassung von § 1626a Abs. 2, S. 2 BGB enthält eine gesetzliche Vermutung, die den Amtsermittlungsgrundsatz, der gemäß § 26 FamFG im familiengerichtliche Verfahren gilt, einschränken soll. Bringt die Mutter keine Gründe vor, die dem Kindeswohl widersprechen oder äußert sie sich überhaupt nicht und sind dem Gericht auch sonst keine Gründe bekannt, greift die Vermutung der negativen Kindeswohlprüfung. Gegen diese geplante Neuregelung hat der Paritätische erhebliche Bedenken.

Erstens: Weil durch die Neufassung innerhalb einer Vorschrift des materiellen Familienrechts ein Verfahrensgrundsatz des FamFG eingeschränkt werden soll. Problematisch ist hierbei, dass die Einschränkung, nicht wie in § 127 FamFG ausdrücklich im Gesetz steht, sondern hineingelesen werden muss und der Referentenentwurf sich an dieser Stelle über

oder sozialen Herkunft, des Vermögens, einer Behinderung, der Geburt oder des sonstigen Status des Kindes, seiner Eltern oder seines Vormunds.

¹⁸ Hendrik Cremer, Die UN-Kinderrechtskonvention, S. 26.

¹⁹ Engelhardt in Keidel, FamFG, 17. Auflage 2011, § 158 FamFG, Rn. 1.

²⁰ Ebenda (Das Preußischen Allgemeine Landrecht sah eine obligatorischen Bestellung eines Curators zur eigenständigen Interessenvertretung für das Kind im Scheidungsprozess vor).

höchstrichterlich entschiedene Anforderungen an den Amtsermittlungsgrundsatz im Familienrecht hinwegsetzt.²¹

Grundsätzlich gilt im Zivilrecht der Beibringungsgrundsatz, es sei denn, das Gesetz ordnet Amtsermittlung, wie in § 26 FamFG an. Eine solche Anordnung hat immer einen Grund, denn der Amtsermittlungsgrundsatz dient dazu, die Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns sicherzustellen.²² Das bedeutet, Entscheidungen im Kindschaftsrecht sollen gerade nicht nur vom Vortrag und dem Vorbringen der Eltern abhängen, sondern das Gericht hat eine gesetzliche Pflicht, sämtliche relevanten Tatsachen zu ermitteln. So heißt es in einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts: *„Aus der grundrechtlichen Gewährleistung des Elternrechts wie auch aus der Verpflichtung des Staates, über dessen Ausübung im Interesse des Kindeswohls zu wachen, ergeben sich auch Folgerungen für das Prozessrecht und seine Handhabung in Sorgerechtsverfahren. Eine dem Elternrecht genügende Entscheidung kann nur aufgrund der Abwägung aller Umstände des Einzelfalls getroffen werden. Zwar muss in Verfahren mit Amtsermittlungsgrundsatz dem erkennenden Gericht überlassen bleiben, welchen Weg es im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften für geeignet hält, um zu den für seine Entscheidung notwendigen Erkenntnissen zu gelangen. Das Verfahren muss aber grundsätzlich geeignet sein, eine möglichst zuverlässige Grundlage für eine am Kindeswohl orientierte Entscheidung zu erlangen.“*²³ Der Ansicht, dass das staatliche Wächteramt und das Elternrecht durch den Amtsermittlungsgrundsatz Einfluss auf das Verfahrensrecht haben, hat sich auch der Bundesgerichtshof angeschlossen. Um das Kindeswohl beurteilen zu können sei eine Entscheidung erforderlich, die alle Umstände des Einzelfalls abwägt.²⁴ Die im vorliegenden Entwurf erarbeitete gesetzliche Vermutung, die - auch aufgrund eines unterbliebenen Vortrags - davon ausgeht, dass keine Kindeswohlgefährdung vorliegt, hält diesen Ansprüchen an eine Entscheidung im Sorgerechtsverfahren nicht stand. Ebenso wenig rechtfertigen die Ausführungen, dass eine Mutter, die tatsächlich kindeswohlgefährdende Gründe gegen ein gemeinsames Sorgerecht hätte, diese auch vorbringen würde,²⁵ den Verzicht auf die Anhörung und die Einschränkung der Amtsermittlung. Zudem ignoriert der Referentenentwurf die Rechtswirklichkeit. Den Fällen, in denen das gemeinsame Sorgerecht durch ein Elternteil beantragt wird, ist eine mangelnde Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit der Eltern oft immanent. Häufig führen Blockadehaltungen bei einem Elternteil zum vollständigen Kontaktabbruch. Es ist daher denkbar, dass unterbliebene oder unvollständige Erklärungen aus einer solchen Verweigerungsposition resultieren. Gerade in diesen Fällen wäre eine positive Feststellung des Kindeswohls zwingend geboten. Denn nur, weil sich jemand nicht äußert, bedeutet dies nicht automatisch, dass das Kindeswohl nicht gefährdet ist.

Zweitens: Die Durchführung des Verfahrens gemäß § 1626a Abs. 2 FamFG kann dazu führen, dass das Grundrecht auf rechtliches Gehör verletzt wird. *„Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör“*, heißt es in Art. 103 Abs. 1 Grundgesetz. Das Gericht ist

²¹ Vgl. BVerfG, 1 BvR 1248/09 vom 10.9.2009, Absatz-Nr. (18), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20090910_1bvr124809.html; vgl. BVerfGE 55, 171 (182); vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 18. Dezember 1995 - 1 BvR 1208/92 -, juris; vgl. BVerfGE 79, 51 (62); BGH, XII 81/09 vom 28.04.2010, S. 1- 24 (13 f.).

²² AGJ (Hrsg.), Kinder- und Jugendhilferecht von A-Z, Grube, S. 13.

²³ BVerfG, 1 BvR 1248/09 vom 10.9.2009, Absatz-Nr. (18), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20090910_1bvr124809.html; vgl. BVerfGE 55, 171 (182); vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 18. Dezember 1995 - 1 BvR 1208/92 -, juris; vgl. BVerfGE 79, 51 (62).

²⁴ BGH, XII 81/09 vom 28.04.2010, S. 1- 24 (13 f.).

²⁵ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern, S. 20.

dazu verpflichtet, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör stellt ein Prozessgrundrecht dar und soll gewährleisten, dass die von den Fachgerichten zu treffende Entscheidung frei von solchen Verfahrensfehlern erfolgt, die aufgrund unterlassener Kenntnisnahme und Nichtberücksichtigung des Parteivortrags ergangen sind.²⁶ Bei der Ausgestaltung der Neuregelung liegt es im Bereich des Wahrscheinlichen, dass Entscheidungen gegen das Gebot auf rechtliches Gehör verstoßen werden.

Drittens: Der Entwurf übersieht, dass im Zivilrecht dem Schweigen im Sinne eines Nichtstuns in der Regel kein Erklärungswert beigemessen wird.²⁷

Die gesetzliche Vermutung ist nicht dazu geeignet, eine Entscheidung herbeizuführen, die dem Kindeswohl am besten entspricht, sondern sie würde dazu beitragen, dass das Kindeswohl in manchen Entscheidungen fahrlässig außer Acht gelassen würde.

d. § 1671 Absatz 2 Nr. 1 BGB-E

„(2) Leben Eltern nicht nur vorübergehend getrennt und steht die elterliche Sorge nach § 1626a Absatz 3 der Mutter zu, so kann der Vater beantragen, dass ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge allein überträgt. Dem Antrag ist stattzugeben, soweit

- 1. der andere Elternteil zustimmt, es sei denn, das Kind hat das vierzehnte Lebensjahr vollendet und widerspricht der Übertragung (...)**“

In der Begründung zum Referentenentwurf wird im Referentenentwurf angeführt, dass im Rahmen des § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB-E eine Kindeswohlprüfung nicht mehr erforderlich sei.²⁸ Insofern verweist der Paritätische auf seine bisherigen Ausführungen.

e. § 1671 Absatz 2 Nr. 2 BGB-E

„(2) Leben Eltern nicht nur vorübergehend getrennt und steht die elterliche Sorge nach § 1626a Absatz 3 der Mutter zu, so kann der Vater beantragen, dass ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge allein überträgt. Dem Antrag ist stattzugeben, soweit

- 2. eine gemeinsame Sorge nicht in Betracht kommt und zu erwarten ist, dass die Übertragung auf den Vater dem Wohl des Kindes am besten entspricht.**“

Die Fassung von § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB-E berücksichtigt die vom Bundesverfassungsgericht gemachten Vorgaben für eine Neuregelung der elterlichen Sorge bei nicht miteinander verheirateten Eltern. Die vom bisherigen Regelungsvorhaben abweichende rechtliche Ausgestaltung der Vorschrift wird damit begründet, dass in den Fällen des § 1672 Abs. 2 Nr. 2 BGB-E das Kind den bisherigen sorgeberechtigten Elternteil verlieren könne und es wichtig sei, in solchen Entscheidungen zu gewährleisten, dass der am besten geeignete Elternteil die Sorge für das Kind erhalte.²⁹

²⁶ BVerfG, 2 BvR 743/03 vom 8.4.2004, Absatz-Nr. (11), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20040408_2bvr074303.html

²⁷ Zu beachten ist ferner, dass selbst in Ausnahmefällen, in denen Schweigen eine Erklärungswirkung entfaltet, das Schweigen in der Regel als Ablehnung verstanden wird (vgl. Palandt, Ellenberger, v § 116 Rn. 9).

²⁸ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern, S. 21.

²⁹ Vgl. Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern, S. 22.

Zwar wird es vom Paritätischen begrüßt, dass der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 21. Juli 2010 (1 BvR 420/09) doch noch Berücksichtigung im vorgelegten Gesetzesentwurf gefunden hat. Jedoch ist es nicht nachvollziehbar, warum nur für die gemäß § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB-E relevanten Fälle die positive Kindeswohlprüfung angewendet werden soll. Die Entscheidungen, die aufgrund § 1626a BGB-E von den Gerichten zu treffen sind, haben für die betroffenen Kinder eine ähnliche Tragweite. Der Referentenentwurf macht an dieser Stelle deutlich, dass die geplanten Änderungen sowohl inkonsequent als auch inkonsistent sind.

2. Zu Artikel 2 – Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Die Einführung einer Verfahrensvorschrift, die Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge regelt, war notwendig und wird grundsätzlich begrüßt.

Jedoch sieht der Paritätische die inhaltlichen Ausgestaltungen kritisch.

a. § 155 a Abs. II FamFG

„(2) § 155 Absatz 1 ist entsprechend anwendbar. Die Frist der Mutter zur Stellungnahme endet frühestens 6 Wochen nach der Geburt des Kindes.“

Dass der Faktor Zeit im Kindschaftsrecht eine wichtige Rolle spielt, ist unbestritten. Folglich ist es nachvollziehbar, warum die Vorschrift des § 155 FamFG (Vorrang- und Beschleunigungsgebot) entsprechend angewendet werden soll. Zu bedenken ist jedoch, dass die Familiengerichte stark belastet sind und eine zusätzliche Verpflichtung über eine weitere Art von Verfahren beschleunigt entscheiden zu müssen, zum gegenteiligen Effekt führen könnte. Da lediglich § 155 Abs. 1 FamFG analog angewendet werden soll, drängt sich der Eindruck auf, den Verfassern des Referentenentwurfs war dieser Einwand durchaus bewusst. Dass ohne Anhörung der Beteiligten eine Entscheidung mit erheblichem Zeitvorteil gegenüber mündlichen Verhandlungen erfolgen kann, ist aus dem Gerichtsalltag bekannt. Hier soll jedoch zugunsten der Prozessökonomie eine umfängliche Bearbeitung der Einzelfälle unterbleiben. Die Erwägungen, dass den Vätern nicht zugemutet werden kann, lange auf ihr Sorgerecht verzichten zu müssen, scheinen vorgeschoben. Die Frist, innerhalb derer die Mutter sich äußern muss, ist bis auf den frühesten Ablaufzeitpunkt nicht weiter ausgestaltet. Hier hätte die Bunderegierung innerhalb der Begründung Maßstäbe, an die sich die Gerichte halten könnten, aufzuführen müssen. Einzuwenden ist zudem, dass die „Schutzfrist bzw. Karenzzeit“ der Mutter zu kurz ist. Es ist unverständlich, warum ein Fristablauf noch innerhalb der gesetzlich festgelegten Mutterschutzfrist von mindestens 8 Wochen möglich sein soll.³⁰

b. § 155 a Abs. III FamFG

„(3) In den Fällen des § 1626a Absatz 2 Satz 2 Bürgerlichen Gesetzbuchs hat das Gericht im schriftlichen Verfahren ohne Anhörung des Jugendamtes und ohne persönliche Anhörung der Eltern zu entscheiden. § 162 ist nicht anzuwenden. Das Gericht teilt dem Jugendamt seine Entscheidung formlos mit.“

³⁰ Vgl. § 6 MuSchG.

Wie bereits ausgeführt, stellt sich der Paritätische gegen die Annahme, dass eine Entscheidung dem Kindeswohl gerecht werden kann, wenn die beteiligten Personen, in diesem Fall sogar die Eltern eines Kindes, nicht angehört werden.³¹ Auch der Verzicht auf die Anhörung des Jugendamtes kann nicht nachvollzogen werden. Als am 01.01.2012 das Bundeskinderschutzgesetz eingeführt wurde, wurde die größere Einbindung des Jugendamtes als eine wesentliche Errungenschaft hervorgehoben. Im Gesetzesentwurf vom 22.06.2011 heißt es, dass durch das BKiSchG eine weitere Qualifizierung des Schutzauftrages der Jugendämter bei Kindeswohlgefährdung erzielt werde soll.³² Vor diesem Hintergrund ist es unverständlich, warum das Jugendamt aus einer Sorgerechtsstreitigkeit demonstrativ herausgehalten werden soll. Die negative Kindeswohlprüfung erweist sich als ungeeignet, um Entscheidungen zu vermeiden, die dem Kindeswohl nicht entsprechen. Gerade um dies zu verhindern, ist eine Einbeziehung der betroffenen Eltern und zuständigen Ämter notwendig. Die Annahme, dass der eingeschränkte Amtsermittlungsgrundsatz dem Richter die Entscheidung erleichtert, da er auch ohne Anhörung urteilen kann, läuft ins Leere. Es ist zu erwarten, dass die Gerichte, obwohl sie nach dem Wortlaut zu entscheiden „haben“, die Eltern und das Jugendamt anhören und die Muss- in eine Kann-Vorschrift umdeuten. Sowohl der Bundesgerichtshof als auch das Bundesverfassungsgericht haben deutlich hervorgehoben, dass sich das Kindeswohl nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles ermitteln lässt.³³ Und dieser Verpflichtung können die Familienrichter nur nachkommen, wenn sie Eltern und ggf. auch die Kinder anhören. Das Wohl des Kindes ist ein wertvolles Rechtsgut, über dessen Wahrung nicht anhand eines schriftlichen Vortrages entschieden werden kann. Um einen wirklichen Eindruck von der Situation erhalten zu können, ist es ratsam, die Beteiligten persönlich, auch im Umgang miteinander oder in der Interaktion, zu erleben. Sollte der Referentenentwurf die Zustimmung des Gesetzgebers finden, ist davon auszugehen, dass Elternteile zu deren Lasten die Sorgerechtsentscheidung im schriftlichen Verfahren ausgegangen ist, den Rechtsweg zum Bundesverfassungsgericht beschreiten werden.

3. Zu Artikel 4 – Änderungen des Achten Buches Sozialgesetzbuch

a. § 18 Abs. 2 SGB VIII

Die angestrebte Änderung ist eher redaktioneller Art und ist aus Sicht des Paritätischen in dieser Form sinnvoll und angebracht.

b. § 51 Abs. 3 SGB VIII

„(3) Sind nicht miteinander verheiratete Eltern nicht gemeinsam sorgeberechtigt, so hat das Jugendamt den Vater bei der Wahrnehmung seiner Rechte nach § 1747 Absatz 1 und 3 des Bürgerlichen Gesetzbuches zu beraten“

Die Ergänzung in § 51 Abs. 3 SGB VIII ist aus Sicht des Paritätischen in der Sache angemessen, sollte aber aus Gründen der Systematik neben der Beratung im Hinblick auf die Rechte der Väter auch die mit der Sorgetragung verbundenen Pflichten beinhalten.

³¹ Siehe oben, S. 7, Fn. 18.

³² Vgl. Gesetzesentwurf der Bundesregierung - Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung eines aktiven Schutzes von Kindern und Jugendlichen (Bundeskinderschutzgesetz – BKiSchG), BT-Drs. 17/6256 vom 22.06.2011, S. 2.

³³ BVerfG, 1 BvR 1248/09 vom 10.9.2009, Absatz-Nr. (18), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20090910_1bvr124809.html; vgl. BVerfGE 55, 171 (182); vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 18. Dezember 1995 - 1 BvR 1208/92 -, juris; vgl. BVerfGE 79, 51 (62); BGH, XII 81/09 vom 28.04.2010, S. 1- 24 (13 f.).

Fazit

Der Paritätische fordert die Bundesregierung auf, den Gesetzesentwurf grundlegend zu überdenken und zu überarbeiten.

Der Paritätische spricht sich gegen die im Referentenentwurf erarbeitete Neuregelung aus und betont, dass aus seiner Sicht nur die vom Bundesverfassungsgericht vorgegebene Antragslösung die höchstrichterlichen Anforderungen an eine gesetzliche Regelung erfüllt. Prüfmaßstab aller Entscheidungen zum Sorgerecht muss immer das Kindeswohl sein. Dieser Grundsatz wird im vorgelegten Referentenentwurf missachtet und kann daher nicht die Zustimmung des Paritätischen erhalten.

Darüber hinaus gibt der Paritätische zu bedenken, dass mit der vom Bundesverfassungsgericht erarbeiteten Übergangslösung die Anforderungen für eine gesetzliche Neuregelung des gemeinsamen Sorgerechts für nicht miteinander verheiratete Eltern, die der EGMR und das BVerfG vorgelegt haben, bereits umgesetzt werden. Der Europäische Gerichtshof hat bereits festgestellt, dass eine Regelung, die einen Antrag des Vaters voraussetzt, nicht gegen das Diskriminierungsverbot der EMRK und auch nicht gegen das Kindeswohl gemäß Art. 24 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verstößt.³⁴ Es kann daher davon ausgegangen werden, dass das Antragsverfahren einer höchstrichterlichen Überprüfung standhalten wird.

Gestützt wird dieses Argument auch von der Rechtswirklichkeit in Deutschland. Die Antragslösung wird seit mehr als eineinhalb Jahren von den Gerichten angewendet. Das bedeutet, die Familiengerichte haben bereits Erfahrungen mit der Anwendung der Antragslösung gemacht und können sich, was diese Regelung anbelangt, sicher sein, dass sie – weil selbst vom Bundesverfassungsgericht entwickelt – den rechtlichen Vorgaben entspricht.

Für den Paritätischen ist es fraglich, warum die Bundesregierung keine Ausführungen zur bisherigen Rechtspraxis in den Gesetzesentwurf aufgenommen hat und aus welchem Grund die Untersuchung der gemachten Erfahrungen bei den Gerichten unterblieben ist. Die Bundesregierung hätte die Möglichkeit gehabt, die bisherige Übergangslösung in eine regelgesetzliche Form zu gießen und damit Rechtssicherheit zu schaffen. Diese große Chance hat sie mit dem vorgelegten Gesetzesentwurf nicht genutzt.

Berlin, 14.05.2012

Ansprechpartnerin:
Franziska Pabst
Referentin für Familienhilfe/-politik
und Frauen
Paritätischer Wohlfahrtsverband
Gesamtverband e.V.
Tel.: 030/24636-465
Fax: 030/24636-140
www.paritaet.org
faf@paritaet.org

³⁴ EuGH, Urteil vom 5. 10. 2010 - C-400/10 PPU (Lexetius.com/2010,6072).