



DV 14/12 AF II
8. Mai 2012

Stellungnahme des Deutschen Vereins zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern¹

In der nachfolgenden Stellungnahme begrüßt der Deutsche Verein, dass nunmehr eine gesetzliche Regelung geschaffen werden soll, die sorgewilligen Vätern, die nicht mit der Mutter verheiratet sind, einen Zugang zur gemeinsamen Sorge eröffnet, der das Kindeswohl in den Mittelpunkt stellt, ohne ihnen dabei große Hürden in den Weg zu legen. Er lehnt aber die in dem Entwurf vorgesehene Einführung eines „vereinfachten“ familiengerichtlichen Verfahrens, in dem der Amtsermittlungsgrundsatz erheblich eingeschränkt wird, ab. Bei der Prüfung, ob die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl widerspricht, sollte weder auf die Mitwirkung des Jugendamts im familiengerichtlichen Verfahren noch auf die persönliche Anhörung der Eltern verzichtet werden. Darüber hinaus spricht sich der Deutsche Verein dafür aus, dass das Familiengericht sämtliche Entscheidungen, die die elterliche Sorge für ein Kind verändern, unmittelbar und unverzüglich dem Jugendamt mitteilt, bei dem das Sorgeregister geführt wird.

¹ Verantwortliche Referentin im Deutschen Verein ist Dorette Nickel. Die Stellungnahme wurde in der Geschäftsstelle erarbeitet und am 8. Mai 2012 vom Präsidium des Deutschen Vereins verabschiedet.

Vorbemerkung

Das Bundesministerium der Justiz hat nunmehr den schon lange erwarteten Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern vorgelegt.²

Mit der Kindschaftsrechtsreform von 1998 hatte der Gesetzgeber nicht miteinander verheirateten Eltern erstmals die Möglichkeit eröffnet, die elterliche Sorge für ihr Kind gemeinsam zu tragen. Voraussetzung hierfür war allerdings, dass dies von beiden Eltern übereinstimmend erklärt wurde. Andernfalls behielt die Mutter das alleinige Sorgerecht (vgl. § 1626a BGB). Hatte die Mutter allein das Sorgerecht inne, setzte eine Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge auf den Vater durch familiengerichtliche Entscheidung die Zustimmung der Mutter voraus (vgl. § 1672 Abs. 1 BGB). Unabhängig von der Zustimmung der Mutter kam eine Übertragung des Sorgerechts auf den Vater daher nur ausnahmsweise, nämlich im Fall einer Kindeswohlgefährdung in Betracht (§§ 1680 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 1666 BGB).

Nach den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte³ im Jahr 2009 und des Bundesverfassungsgerichts⁴ vom Juli 2010 konnte das Recht der elterlichen Sorge in dieser Form nicht aufrecht erhalten bleiben. Beide Gerichte halten es für mit den Rechten der Väter nichtehelicher Kinder unvereinbar, wenn diese das Sorgerecht für ihre Kinder regelmäßig nur mit Zustimmung der Mutter erhalten können. Das Bundesverfassungsgericht hat die Unvereinbarkeit der §§ 1626a Abs. 1 Nr. 1 und 1672 Abs. 1 BGB mit Art. 6 Abs. 2 des Grundgesetzes festgestellt und den Gesetzgeber zu einer Neuregelung aufgefordert. Bis zum Inkrafttreten einer gesetzlichen Neuregelung hat es zudem angeordnet, dass die Familiengerichte den Eltern auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge gemeinsam übertragen, soweit zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl entspricht bzw. dem Vater die elterliche Sorge allein übertragen, soweit eine gemeinsame elterliche Sorge nicht in Betracht kommt und zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl am ehesten entspricht. Eine Frist zur gesetzlichen Neuregelung hat das

² Der Entwurf ist zu finden auf der Homepage des BMJ unter Recht – Bürgerliches Recht – Kindschaftsrecht – Pressemitteilung: Durch neues Sorgerecht unverheirateter Eltern einfache und unbürokratische Verfahren fördern (Link am Ende der Seite).

³ EGMR, Urteil vom 3. Dezember 2009, Rechtssache Z. gegen Deutschland (Individualbeschwerde Nr. 22028/04).

⁴ BVerfG, Beschluss vom 21. Juli 2010, 1 BvR 420/09.

Bundesverfassungsgericht mit Verweis auf die sich zum Zeitpunkt seiner Entscheidung bereits in der Planung befindliche Sorgerechtsreform nicht gesetzt.

Dass dem Vater eines Kindes, der mit der Mutter nicht verheiratet ist, auch unabhängig von ihrer Zustimmung ein Zugang zur elterlichen Sorge eröffnet werden muss, wurde schon vor den gerichtlichen Entscheidungen vielfach angemahnt und steht seit den gerichtlichen Entscheidungen außer Frage. Wie der Zugang des Vaters zum Sorgerecht konkret ausgestaltet werden soll, ist jedoch hoch umstritten. Nachdem der im letzten Jahr von Seiten der Bundesjustizministerin veröffentlichte „Kompromissvorschlag“ zu keiner Einigung führte, hat sich die Koalition Anfang März dieses Jahres auf die Grundzüge einer Neuregelung des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern verständigt. Dem nunmehr vorgelegten Referentenentwurf lässt sich allerdings entnehmen, dass selbst innerhalb der Koalition noch nicht alle Fragen der konkreten Ausgestaltung der neuen Regelung geklärt sind. So lässt der Entwurf die Frage offen, wem die Mitteilungspflicht familiengerichtlicher Entscheidungen im Bereich der elterlichen Sorge an das Jugendamt, bei dem das Sorgeregister geführt wird, obliegen soll. Der Deutsche Verein begrüßt, dass das Bundesjustizministerium nunmehr ein Lösungsmodell ausgearbeitet hat, hält aber – insbesondere was die verfahrensrechtliche Ausgestaltung anbelangt – erhebliche Nachbesserungen für geboten.

Die vorliegende Stellungnahme beschränkt sich auf die Beurteilung der wesentlichen Neuerungen, die der Entwurf vorsieht.

1. Änderung des § 1626a BGB

Bislang sieht § 1626a Abs. 1 BGB die Begründung der gemeinsamen Sorge durch übereinstimmende Sorgeerklärung der Eltern oder durch ihre Heirat vor. Künftig soll dies auch durch familiengerichtliche Übertragung möglich sein. Der neue Absatz 2 regelt die Voraussetzungen für diese Übertragung näher. Danach ist der Antrag eines Elternteils – Mutter oder Vater – erforderlich. Das Familiengericht überträgt die elterliche Sorge antragsgemäß oder einen Teil der elterlichen Sorge beiden Eltern gemeinsam, „wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht.“ Diese sogenannte negative Kindeswohlprüfung verlangt demnach weder den Nachweis einer

Kindeswohlentsprechung⁵ oder gar -dienlichkeit, sondern lässt es ausreichen, dass keine Gründe ersichtlich sind, die eine Beeinträchtigung des Kindeswohls bei gemeinsamer Sorge der Eltern befürchten lassen.

Angesichts der unterschiedlichen Beziehungskonstellationen nicht miteinander verheirateter Eltern ist es nachvollziehbar, dass der Entwurf die Begründung der elterlichen Sorge von einem Antrag des Vaters abhängig machen will und nicht unabhängig von seiner Willensbekundung als Folge der Anerkennung der Vaterschaft vorsieht, schon um gänzlich desinteressierten Vätern die Mitentscheidungsbefugnis nicht aufzudrängen. Auch die Entscheidung für eine negative Kindeswohlprüfung, um dem sorgewilligen Vater den Nachweis des in der Praxis schwer zu führenden Nachweises einer Kindeswohlentsprechung oder gar -dienlichkeit seiner Mitentscheidungsbefugnis zu ersparen, stellt eine angemessene Lösung dar. Damit wird dem Vater ein niedrighschwelliger Zugang zur gemeinsamen Sorge eröffnet. Die Übertragung der Mitsorge von weiteren Voraussetzungen, etwa dem Nachweis einer tragfähigen Bindung zwischen Vater und Kind, Unterhaltszahlungen oder regelmäßigem Umgang mit dem Kind abhängig machen zu wollen – wie in der Fachwelt vereinzelt gefordert –, würde Vätern, die zur Verantwortungsübernahme für ihr Kind bereit sind, unnötig hohe Hürden in den Weg stellen, insbesondere wenn sie den Zugang zur gemeinsamen Sorge bereits kurz nach der Geburt anstreben.

Der Deutsche Verein hält allerdings die in dem Entwurf vorgesehene Kombination einer negativen Kindeswohlprüfung mit der in § 1626a Abs. 2 Satz 2 BGB-E vorgesehenen Einschränkung des Amtsermittlungsgrundsatzes für nicht tragbar. Nach dieser Vorschrift wird vermutet, „dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht“, wenn „der andere Elternteil keine Gründe vorträgt, die der Übertragung der gemeinsamen elterliche Sorge entgegenstehen können, und solche Gründe auch sonst nicht ersichtlich sind“. Eine gesetzliche Regelung, die bei der familiengerichtlichen Entscheidung darüber, ob die gemeinsame elterliche Sorge begründet werden soll oder es bei der Alleinsorge der Mutter bleibt, das Kindeswohl in den Mittelpunkt stellt, darf die Prüfung, ob es im Kindeswohl liegende Gründe gibt, die gegen die gemeinsame Sorge sprechen, nicht allein der Artikulationsfähigkeit der Mutter oder der (zufälligen)

⁵ So die Übergangsregelung des Bundesverfassungsgerichts, a.a.O.

anderweitigen Kenntnis des Familiengerichts überlassen. Das Familiengericht muss stattdessen von Gesetzes wegen dazu angehalten werden, die Kindeswohlrelevanten Gründe – wie in anderen sorgerechtlichen Angelegenheiten auch – vollumfänglich zu ermitteln und auf dieser Grundlage seine Entscheidung zu treffen.

Der Deutsche Verein hält daher bereits die vorgesehene gesetzliche Vermutensregelung für unangemessen. Zusammen mit der Schaffung eines neuen „vereinfachten“ familiengerichtlichen Verfahrens – auf das im Folgenden eingegangen wird – ist eine solche Regelung im Hinblick auf das Kindeswohl nicht zu verantworten. Der Deutsche Verein lehnt diese Regelung daher ab.

2. Neuregelung in § 155a FamFG

Nach § 155a Abs. 3 FamFG-E, der für das Verfahren nach § 1626a Abs. 2 BGB-E gelten soll, entscheidet das Gericht in den Fällen des § 1626a Abs. 2 Satz 2 BGB-E im schriftlichen Verfahren ohne Anhörung des Jugendamts und ohne persönliche Anhörung der Eltern. Das führt dazu, dass die oben dargelegte Vermutensregelung bereits greift, wenn sich den schriftlichen Äußerungen der Eltern keine tragfähigen Gründe für eine Kindeswohlbeeinträchtigung bei gemeinsamer elterlicher Sorge entnehmen lassen. Ob dem Jugendamt derartige Gründe bekannt sind, erfährt das Familiengericht nicht, da das Jugendamt in diesem schriftlichen Verfahren in keiner Form beteiligt wird. Allenfalls das Kind, das – wenn die Voraussetzung des § 159 FamFG vorliegen – persönlich anzuhören ist, kann dann noch Gründe vortragen, die der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen.

Der Deutsche Verein lehnt eine derartige Einschränkung des Amtsermittlungsgrundsatzes ab. Selbst wenn man die der Gesetzesbegründung zugrunde liegende Annahme nicht in Frage stellt, nach der „die gemeinsame elterliche Sorge grundsätzlich den Bedürfnissen des Kindes nach Beziehungen zu beiden Eltern entspricht und ihm verdeutlicht, dass beide Eltern gleichermaßen bereit sind, für das Kind Verantwortung zu tragen“,⁶ so geht es doch bei der negativen Kindeswohlprüfung darum zu ermitteln, ob nicht ausnahmsweise die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl

⁶ Referentenentwurf, S. 18, das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 107, 150 ff., 155) zitierend.

widerspricht. Es erscheint geradezu fahrlässig, wenn das Familiengericht nicht einmal dem Jugendamt möglicherweise bekannte Gründe, die der gemeinsamen Sorge entgegenstehen können, in Erfahrung bringt. Eine Mitwirkung des Jugendamts – wie sie in allen anderen Kindschaftssachen, die die Person des Kindes betreffen, gemäß § 162 FamFG zwingend vorgesehen ist – ist unerlässlich. Das gleiche gilt für die persönliche Anhörung der Mutter. Die vorgeschlagene Neuregelung überschätzt insofern die Fähigkeiten, sich in einer womöglich äußerst belastenden Lebenssituation und unter dem Druck des Ablaufs der Stellungnahmefrist adäquat schriftlich auszudrücken und die kindeswohlrelevanten Gründe vorzutragen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum § 160 Abs. 1 Satz 1 FamFG, nach dem das Gericht in Verfahren, die die Person des Kindes betreffen, die Eltern persönlich anhören soll, nicht auch für Verfahren zur Begründung der gemeinsamen Sorge der Eltern gelten sollte.

Es ist auch nicht ersichtlich, dass bei der familiengerichtlichen Entscheidung über die gemeinsamen Sorge auf Antrag eines Elternteils im Verhältnis zu Kindschaftssachen, die den Aufenthalt des Kindes, seine Herausgabe oder das Umgangsrecht betreffen, eine besondere Dringlichkeit besteht, die eine solche Beschränkung des Amtsermittlungsgrundsatzes rechtfertigen würde. Das für die genannten Kindschaftssachen geltende Vorrang- und Beschleunigungsgebot ist nach dem Gesetzentwurf ohnehin auch für das Verfahren nach § 1626a Abs. 2 BGB-E entsprechend heranzuziehen (§ 155a Abs. 2 FamFG-E i.V.m. § 155 Abs. 1 FamFG). Soweit ein dringendes Bedürfnis das sofortige Tätigwerden des Familiengerichts erfordert, besteht zudem die Möglichkeit, dass das Gericht in einem weiteren Verfahren durch einstweilige Anordnung eine vorläufige Maßnahme trifft (§§ 49 ff. FamFG).

In der Begründung zur Einführung des § 155 FamFG durch das FGG-Reformgesetz hat der Gesetzgeber ausgeführt, dass „der Grundsatz des Kindeswohls das Vorrang- und Beschleunigungsgebot prägt und zugleich begrenzt“. Durch die Vorschrift soll im Interesse des Kindeswohls eine Verkürzung der Verfahrensdauer in sorge- und umgangsrechtlichen Verfahren bewirkt werden. Das Beschleunigungsgebot dürfe aber nicht schematisch gehandhabt werden.⁷ Durch die übrigen auf Verfahren in Kindschaftssachen anzuwendenden Vorschriften hat der Gesetzgeber insofern eine

⁷ Vgl. BT-Drucks. 1606/6308, S. 235 f.

Regelung geschaffen, die dem Gericht im Einzelfall ausreichend Spielraum für eine am Kindeswohl orientierte Verfahrensgestaltung lässt. Dieser Spielraum sollte nach Ansicht des Deutschen Vereins nicht zugunsten einer weiteren Beschleunigung und zulasten einer umfassenden Ermittlung der für eine Entscheidung über die gemeinsame Sorge maßgeblichen Kindeswohlgesichtspunkte eingeschränkt werden.

3. Mitteilungspflicht an das Geburtsjugendamt – Sorgeregister

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass das Familiengericht seine Entscheidungen in den Verfahren nach § 1626a Abs. 2 BGB-E sowie die Abgabe von Sorgeerklärungen im Erörterungstermin dem Jugendamt im Nachhinein formlos mitteilt (§ 155a Abs. 3 und 5 FamFG-E). Zweck dieser Mitteilung ist die Eintragung in das Sorgeregister (vgl. § 58a SGB VIII). Dabei lässt der Entwurf offen, wer die Mitteilungspflicht gegenüber dem Geburtsjugendamt, bei dem das Register geführt wird, erfüllen soll, das Familiengericht oder die für seinen Bezirk zuständigen Jugendämter. Mitteilungen aus dem Sorgeregister sollen zudem künftig auch die Angabe enthalten, in welchen Bereichen die elterliche Sorge der Mutter entzogen, den Eltern gemeinsam oder dem Vater allein übertragen wurde (vgl. § 87c Abs. 6 Satz 4 SGB VIII-E).

Der Deutsche Verein begrüßt die darin zum Ausdruck kommende Bestrebung, das Sorgeregister umzugestalten, sodass daraus zuverlässiger hervorgeht, wer die elterliche Sorge für das Kind innehat.

Bislang ist die schriftliche Auskunft aus dem Sorgeregister, die es der Mutter im Rechtsverkehr ermöglichen soll, ihre alleinige elterliche Sorge nachzuweisen (sog. Negativattest), wenig geeignet, diesen Nachweis tatsächlich zu erbringen. Durch familiengerichtliche Einschränkungen oder Übertragungen der elterlichen Sorge eingetretene Änderungen werden derzeit in dem Register nicht erfasst. Eine Erweiterung der Mitteilungspflichten ist daher geboten, um den Zweck des Sorgeregisters zu erreichen. Soll die Auskunft aus dem Sorgeregister – wie es die geplante Neuordnung vorsieht – künftig auch Angaben über Sorgerechtsentzug und -übertragungen enthalten, so ist sicherzustellen, dass diese Informationen dem Geburtsjugendamt auch vorliegen. Insofern ist der Entwurf noch ergänzungsbedürftig.

Der Deutsche Verein spricht sich dafür aus, dass das Familiengericht jede sorgerechtliche Entscheidung, die es fällt, direkt dem Geburtsjugendamt mitteilt. Das Gleiche gilt für Sorgeerklärungen, die vor Gericht abgegeben und protokolliert werden, während das Jugendamt verpflichtet bleibt, dem Geburtsjugendamt diejenigen Sorgeerklärungen mitzuteilen, die es gemäß § 59 SGB VIII beurkundet hat. Dies entspricht auch der Regelung in § 1626d Abs. 2 BGB, wonach die beurkundenden Stellen – derzeit Jugendämter und Notare – die Abgabe von Sorgeerklärungen unverzüglich dem für den Geburtsort des Kindes zuständigen Jugendamt mitzuteilen haben.

Die Gründe, die für eine Mitteilung aller Sorgerechtsänderungen durch die für den Bezirk des Familiengerichts zuständigen Jugendämter an die Geburtsjugendämter angeführt werden,⁸ überzeugen nicht. Die Ermittlung des Geburtsorts des Kindes sollte den Familiengerichten innerhalb des Verfahrens leichter fallen, als dem für den Gerichtsbezirk zuständigen Jugendamt nach Abschluss des Verfahrens, zumal es nach der geplanten Neuregelung im „vereinfachten“ Verfahren nicht einmal mitgewirkt und daher mitunter über keinerlei Informationen über das Kind oder seine Familie verfügt, wenn es sie nicht vom Gericht erhält. Darüber hinaus sieht § 155a Abs. 1 Satz 2 FamFG-E bereits vor, dass im Antrag auf Übertragung der gemeinsamen Sorge das Geburtsdatum des Kindes anzugeben ist. Eine Erweiterung dieser Regelung um die Angabe des Geburtsortes dürfte die antragstellenden Personen nicht überfordern.

Ob die Familiengerichte in der Regel nur mit den Jugendämtern zu tun haben, die für den Gerichtsbezirk zuständig sind oder auch direkten Kontakt mit „fremden“ Jugendämtern pflegen, spielt für die Erfüllung der Mitteilungspflicht unmittelbar durch die Gerichte keine Rolle. Denn es steht außer Frage, dass die Familiengerichte in der Lage sind, ohne erheblichen Aufwand das Geburtsjugendamt zu ermitteln, sofern ihnen der Geburtsort des Kindes bekannt ist. Eine solche Mitteilungspflicht des Gerichts besteht bereits in Bezug auf die Ersetzung der Sorgeerklärung nach Art. 224 § 2 Abs. 5 EGBGB. Im Übrigen haben die Familiengerichte – wie sich bereits den Anordnungen über

⁸ Vgl. Anschreiben des Bundesministeriums der Justiz an die Fachkreise und Verbände vom 2. April 2012, S. 3 f.

Mitteilungen in Zivilsachen (MiZi)⁹ entnehmen lässt – eine Vielzahl von Mitteilungspflichten zu erfüllen, nicht nur gegenüber Jugendämtern, sondern u.a. auch gegenüber Standesämtern für Zwecke des Personenstandswesens oder gegenüber Meldebehörden. Eine Pflicht zur Mitteilung sorgerechtlicher Entscheidungen an das Jugendamt, welches das Sorgeregister führt, ließe sich ohne Weiteres ergänzen. Der Umweg über die Bezirksjugendämter würde hingegen zusätzlichen bürokratischen Aufwand verursachen, der nicht erforderlich ist.

⁹ Der 4. Abschnitt der MiZi regelt ausschließlich Mitteilungen in Familiensachen und Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. In Kindschaftssachen (XIII) bestehen diverse Pflichten der Familiengerichte, verschiedene Behörden über für diese relevante Entscheidungen zu unterrichten.