

Berlin, 16. Mai 2012

● **Stellungnahme der eaf**

zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht mit einander verheirateter Eltern

Referentenwurf des Bundesministeriums der Justiz (Stand 28.3.2012)

Die eaf begrüßt, dass nun ein Gesetzentwurf vorliegt, der dem nicht mit der Kindsmutter verheirateten Vater ermöglicht, gerichtlich überprüfen zu lassen, ob ihm die elterliche (Mit-)Sorge (oder ein Teilbereich der elterlichen Sorge) eingeräumt werden kann, auch wenn die Mutter nicht zustimmt. Dies ist nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG – 21. Juli 2010) und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EuGH – 3. Dezember 2009) auch längst überfällig – angesichts der Tatsache, dass viele Väter gegen ihren Willen (wegen fehlender Zustimmung der Mutter) bis zum Urteil des BVerfG vom Sorgerecht beim nichtehelichen Kind bislang ausgeschlossen waren, auch wenn keine Kindeswohlrelevanten Gründe vorlagen.

Schon 2003 betonte das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 29. Januar zu Recht, dass die gemeinsame elterliche Sorge grundsätzlich den Bedürfnissen des Kindes nach Beziehungen zu beiden Elternteilen entspricht. Wenn auch unter Beibehaltung der Hinderung des Vaters am Rechtsweg zum gemeinsamen Sorgerecht, wenn die Mutter nicht zustimmt – hatte das BVerfG damals dem Gesetzgeber auferlegt, die gesellschaftlichen Entwicklungen zu beobachten.

Dies hat Bedeutung erlangt, da seitdem immer mehr nicht mit der Kindesmutter zusammenlebende Väter ihre Vaterrolle auch praktisch und umfänglicher ausüben oder ausüben wollen und in den letzten Jahren immer mehr gesetzliche und gesellschaftliche Bestrebungen darauf abzielen, Väter verstärkt in die aktiv gelebte Verantwortung für ihre Kinder einzubinden.

Insofern ist es sehr zu unterstützen, wenn neue gesetzliche Regelungen dazu beitragen, dass sich das **Leitbild der gemeinsamen elterlichen Sorge** etabliert und festigt. Allerdings ist im jeweiligen konkreten strittigen Einzelfall immer die Vorgabe zu beachten, dass dies dem Kindeswohl nicht widerspricht (*negative Kindeswohlprüfung*).

So ist es sachgerecht, dass nun – anders als es die Übergangsregelung des Bundesverfassungsgericht vorsieht – dem Gesetzentwurf zufolge nicht mehr zu überprüfen ist, ob die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl entspricht, d. h. keine positive Feststellung mehr nötig ist – dies ist konsequent angesichts des Bestrebens, Väter mehr in die elterliche Sorge einzubinden unter dem Leitbild der gemeinsamen elterlichen Verantwortung. Das Argument der Vorbildfunktion der Eltern, die mit der

● Christel Riemann-Hanewinkel
Präsidentin

● Dr. Insa Schöningh
Bundesgeschäftsführerin

Auguststraße 80
10117 Berlin
Telefon: 030 | 28 39 54 00
Telefax: 030 | 28 39 54 50
info@eaf-bund.de | www.eaf-bund.de

STELLUNGNAHME

geteilten elterlichen Sorge ein Modell der gemeinschaftlichen Verantwortungsübernahme leben, teilt die eaf. Dabei muss – so das Bundesverfassungsgericht im Juli 2010 – stets das Wohl des Kindes als Maßstab dienen.

Der Gesetzentwurf versucht, die in der Diskussion befindlichen Antrags- und Widerspruchsmodele zu verknüpfen und einen Ausgleich zwischen den Interessen von Müttern und Vätern einerseits und dem Kindeswohl andererseits zu schaffen.

Die eaf hält es für richtig, dass es bei der aktuellen Gesetzeslage bleibt, wonach die Mutter zunächst mit Geburt des Kindes das alleinige Sorgerecht innehat und das gemeinsame Sorgerecht nicht automatisch per Gesetz nach Vaterschaftsanerkennung eintritt. Damit werden die praktischen Lebensgegebenheiten, in denen sich die Mutter und das neugeborene Kind befinden, angemessen gesehen. Angesichts der gegenwärtigen gesellschaftlichen Lebenswirklichkeit und den Bedingungen für das aktive Wahrnehmen von Betreuungs- und Erziehungsaufgaben erscheint ein gemeinsames Sorgerecht von Anfang an nicht als die optimale Rechtsform.

Indem allerdings die Neuregelungen zum einen vorsehen, dass der Vater wählen kann, ob er sich mit seinem Sorgerechtsantrag an das Jugendamt wendet oder an das Familiengericht; zum anderen im beschleunigten Verfahren ohne Anhörung von Jugendamt und Eltern über das Sorgerecht gerichtlich entschieden werden kann, ist sehr in Frage zu stellen, ob das Wohl des Kindes bei dieser Art der **Verfahrensgestaltung** angemessen berücksichtigt werden kann.

Bereits der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in seiner Entscheidung vom Dezember 2009 auf die Charta der Grundrechte der Europäischen Union verwiesen und betont, dass erst durch die Berücksichtigung insbesondere der Umstände „betreffend der 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 Aufgaben der Sorge zu übernehmen...das Kindeswohl gemäß Artikel 24 Abs. 2 der Charta geschützt (wird).“

Daher sollte es nicht von der „zufälligen“ Wahl des Vaters abhängen, ob das Jugendamt mit einbezogen wird. Da die Neuregelungen insbesondere gerade auf solche Fälle Anwendung finden werden, bei denen Eltern sich nicht einigen können und ggf. kaum oder sogar keinen Kontakt miteinander haben, hält die eaf eine Einbeziehung des Jugendamtes für unabdingbar. Zu beachten ist auch, dass die meisten nicht verheirateten Eltern eine einvernehmliche Lösung zum Sorgerecht haben, nur ein kleiner Anteil setzt sich strittig auseinander; hierbei liegen zudem keine einheitlichen Konstellationen vor.

Keinesfalls darf der Gesetzgeber von dem Idealbild ausgehen, dass alle getrennten Eltern bei der Fürsorge für ihre Kinder in der Regel konstruktiv mit einander umgehen können und in der Lage sind, abgewogene gemeinsame Entscheidungen zu treffen, denn sonst hätten sie z. B. bereits bei der standesamtlichen Eintragung des Kindes die gemeinsame elterliche Sorge erklärt. Bei den Eltern, auf die sich die Neuregelungen beziehen, sind vielmehr oft belastende Erfahrungen auf der Paar-Ebene und größere Kommunikationsschwierigkeiten zu unterstellen.

Das gemeinsame elterliche Sorgerecht als aufgezwungene rechtliche Gegebenheit kann dann oftmals für das Kindeswohl kontraproduktiv sein. Daher ist das Jugendamt als Beratungsinstanz zwingend im Verfahren vorzusehen.

Daher sollte entweder immer zuerst beim Jugendamt der Sorgerechtsantrag gestellt werden mit dem Ziel, das das Jugendamt mit beiden Eltern eine einvernehmliche Sorgerechtsregelung anstrebt – ohne Gerichtsverfahren, vielmehr mit dem Angebot von Beratung. Oder es sollte – falls es bei der vorgeschlagenen Wahlmöglichkeit des Vaters bleibt – das Gericht zwingend das Jugendamt im Termin einbinden und auch die Eltern zum Verfahren einladen und anhören müssen.

Erst dadurch ist gewährleistet, dass die für das Kindeswohl maßgeblichen Aspekte (s. o. EuGH) angemessene Berücksichtigung finden.

Vor diesem Hintergrund beurteilt die eaf die konkrete Ausgestaltung einiger geplanter Regelungen sehr kritisch. Insgesamt entsteht der Eindruck, dass der Entwurf – in dem Versuch, die als verfassungswidrig erkannte Benachteiligung des Vaters bei dem Zugang zum gemeinsamen Sorgerecht zu überwinden – , nun die Interessen der Mutter nicht mehr in ausreichendem Maße berücksichtigt und sie nunmehr in eine benachteiligte Position gerät. Hier muss noch eine Balance hergestellt werden.

Im Folgenden daher *Anmerkungen zu einzelnen Regelungen*:

Artikel 1 Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches

§ 1626 a BGB

Elterliche Sorge nicht mit einander verheirateter Eltern; Sorgeerklärung

Abs.2: Die Absicht des Entwurfs, bei **Schweigen des sorgeberechtigten Eltern-teils** die gesetzliche Vermutung greifen zu lassen, dass das gemeinsame Sorgerecht bei der gegebenen Elternkonstellation dem Kindeswohl entspricht, wird äußerst kritisch gesehen und abgelehnt:

Es stellt ein dem erklärten Ziel – zum Kindeswohl beizutragen – völlig unangemessenes Konstrukt dar, das allein der Entlastung der Familiengerichte (und Jugendämter) zu dienen scheint, nicht aber dem Wohl des Kindes. Die in der Begründung (S. 20) geäußerte Vermutung, dass eine Mutter die das Kindeswohl beeinträchtigenden Gründe auch tatsächlich immer vorbringt, ist wirklichkeitsfremd.

Das Kindeswohl ist ein sehr hohes und besonders schützenswertes Gut; schweigt die Mutter, so kann dies vielfältige Gründe haben – neben einem sehr belasteten Verhältnis mit dem Vater, eine kräftemäßige Überforderung nach anstrengender Geburt und die damit verbundene zeitweilige Unfähigkeit, kurze Zeit nach der Geburt neben schon vorhandenen bürokratischen und praktischen Erfordernissen (Beantragung von Elterngeld und anderen Unterstützungen, Eingewöhnung in die Mutterrolle) sich noch mit Thematik des Sorgerechts auseinander zu setzen. Zudem ist die hierfür vorgesehene Frist deutlich zu kurz (s. S. 5).

Der **negativen Kindeswohlprüfung** (mit der Feststellung, dass die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht) wird grundsätzlich zugestimmt. Die Mutter erhält automatisch mit Geburt des Kindes das alleinige Sorgerecht ohne jede Kindeswohl-Prüfung, daher ist aus Gerechtigkeitsgründen auch beim Vater nicht der höhere Maßstab der positiven Kindeswohlprüfung – dass das Sorgerecht dem Kindeswohl entspricht – nicht angebracht.

Bei der negativen Kindeswohlprüfung ist es allerdings tatsächlich sehr wichtig, dass genau die erforderliche Kooperationswilligkeit und -fähigkeit sowie die Tragfähigkeit der sozialen Beziehung zwischen den Eltern und das unabdingbare Mindestmaß an Übereinstimmung seitens des Gerichts genau überprüft werden. Hier ist es besonders im Blick auf das Wohl des Kindes wichtig, darauf zu achten, dass Eltern, die zunächst nicht konstruktiv miteinander umgehen, in der Lage sind und ggf. – unter Hinzuziehung von fachkundiger Beratung – unterstützt werden, eine angemessene Art der Kommunikation zu finden.

Der strenge Ansatz in der Begründung zum Entwurf, dass auch manifeste Kommunikationsschwierigkeiten nicht per se eine Ablehnung der gemeinsamen elterlichen Sorge rechtfertigen, überzeugt nur bedingt und unter bestimmten Voraussetzungen: Zwar ist es richtig, dass Eltern – unabhängig von ihrem Status als Paar, Ehepaar oder Getrennt lebende – sich im Blick auf das Wohlergehen ihres gemeinsamen Kindes zwingend bemühen und ggf. lernen müssen, die streitige Paar-Ebene zu verlassen und auf der Eltern-Ebene konstruktiv miteinander zu interagieren. Insofern ist die Pflicht (der Mutter), reale Verständigungsprobleme zwischen den Eltern konkret und differenziert darzulegen, gerechtfertigt. Allerdings müssen massive Verständigungsprobleme dann auch Berücksichtigung finden, wenn sie einer tragfähigen Basis entgegenstehen, denn sie belasten nicht nur die Eltern, sondern haben immer auch Einfluss auf das Kind. Sind massive Verständigungsprobleme vorhanden, sind Eltern stets auf die Möglichkeiten der Beratung und ggf. Mediation hinzuweisen.

Es ist zu begrüßen, dass nun auch die **Mutter einen Antrag auf Übertragung der elterlichen Sorge auf beide Elternteile stellen kann** – dies kann latent bereite Väter „aus der Reserve“ locken. Allerdings werden dies wenige Fälle sein. Wichtig ist hier tatsächlich, dass bei der Einzelfall-Überprüfung der Blick darauf gerichtet wird, wie realistisch eine gelebte gemeinsame elterliche Sorge in ihrer realen Durchführung ist (s. o.). Allerdings werden dies wenige Fälle sein.

§ 1671 BGB Übertragung der Alleinsorge bei Getrenntleben der Eltern

Abs. 1: Die Möglichkeit **der Übertragung von Teilbereichen** der gemeinsamen elterlichen Sorge wird begrüßt – damit können problematischere Konstellationen „abgefedert“ werden und ungünstige belastende Auswirkungen auf das Kind vermieden werden.

Abs. 2: Diese Änderung – unter Aufhebung des Ausschlusses des Vaters vom Sorgerecht i. S. der aktuellen Regelung des § 1672 Abs. 1 (Erfordernis der Zustimmung der Mutter) – entspricht den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts und wird von der eaf begrüßt: Es ist richtig, dass die **Übertragung des alleinigen Sorgerechts**

auf den Vater, unter der strengen Voraussetzung, dass wichtige Kindeswohlgründe gegeben sind, **auch ohne Zustimmung der Mutter** möglich sein muss.

§ 1680 Tod eines Elternteils oder Entziehung des Sorgerechts

Die Aufhebung der Differenzierung und damit der höheren Hürde für den Vater ist sachgerecht.

Artikel 2 Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen...

§ 155a FamF G

Verfahren zur Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge

Abs. 2: Die vorgesehene **Frist, die „frühestens 6 Wochen nach der Geburt“ endet**, ist zum einen mit der Formulierung „frühestens“ unbestimmt und dient damit nicht der erforderlichen Rechtsklarheit. Sollte die Frist „6 Wochen nach der Geburt enden“, so ist dies eindeutig zu kurz bemessen.

Gerade die ersten Wochen unmittelbar nach der Geburt sind besonders strapazierende, anstrengende und herausfordernde Zeiten; die Veränderungen – sei es körperlich / hormonell, seien es die alltäglichen und praktischen Lebensumstände mit dem neugeborenen Kind – sind derart herausragend aus üblichen Lebensumständen, dass hier deutlich mehr Zeit für eine Reaktion sein muss. Um auch der Mutter den zeitlichen Rahmen zu geben, in dem sie ihre Einstellung und Meinung zu der vom Vater gewünschten elterliche Sorge überprüfen kann, ist diese Frist mindestens auf den Zeitraum der Mutterschutzfrist von 8 Wochen nach der Entbindung (Regelfall) auszu dehnen.

Abs. 3: Entsprechend der obigen Argumentation ist das **abgekürzte Verfahren**, wonach „das Gericht im schriftlichen Verfahren **ohne Anhörung des Jugendamts** und **ohne persönliche Anhörung der Eltern** zu entscheiden“ hat, völlig **unangemessen**: Hier geht es um das Wohl des Kindes, das ebenfalls von einer funktionierenden Kommunikation zwischen den Eltern abhängt. Von dieser für die Ausübung eines gemeinsamen Sorgerechts unabdingbaren Grundlage hat sich das Gericht auf jeden Fall einen Eindruck zu verschaffen.

Es ist auch zu fragen, wieso gerade bei den Regelungen zur gemeinsamen Sorge andere Maßstäbe angesetzt werden als beispielweise für das Umgangsrecht, wo nach wie vor eine Anhörung der Eltern vorgesehen ist.

Das Argument in der Begründung zum Entwurf, dass er geringe Komplexität und die Vermeidung bürokratischer Regelungselemente als Vorzug aufweist, überzeugt nicht, denn dabei werden wesentliche und aus Sicht der eaf unerlässliche Möglichkeiten außer Acht gelassen werden. Durch die Beteiligung des Jugendamts zum Einen Bedenken bezüglich „amtsbekannter“ Fälle dem Gericht deutlich zu machen, zum Anderen aber auch Beratungsmöglichkeiten auszuschöpfen.

Es ist kein nachvollziehbares Sachargument erkennbar, welche Vorteile – gerade im Blick auf das Wohl des Kindes – ein schriftliches Verfahren haben soll.

Abs. 4: Das grundsätzliche **Beschleunigungs- und Vorranggebot** auch bei Sorgerechtsfällen nicht verheirateter Eltern wird insofern begrüßt, als sie eine kurze Frist für die Anberaumung eines Termins bei Bekanntwerden von Gründen, die der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegen stehen können, vorsieht.

Artikel 4 Änderung des SGB VIII

§ 51 Abs. 3 SGB VIII

Beratung und Belehrung in Verfahren zur Annahme als Kind

Hier ist zu fragen, ob nicht der bereits bei der alten Fassung gegebene Bezug auf den Vater – seine Beratung durch das Jugendamt bei der Wahrnehmung seiner Rechte – nicht auf die Mutter ausgedehnt werden sollte. Es ist kein Grund ersichtlich, warum im Blick auf die Gesamtsituation und auf die Überlegungen bezüglich eines gemeinsamen Sorgerechts dadurch nicht Vorteile entstehen könnten.

§ 58 a SGB VIII

Auskunft über Alleinsorge aus dem Sorgeregister

Die Einrichtung eines Sorgeregisters erscheint sinnvoll. So können sämtliche rechtliche Gegebenheiten und Entscheidungen im Kontext der Sorgerecht-Gestaltung einfach und an einer Stelle nachvollzogen werden. Dies trägt auch zur schnellen rechtlichen Klärung bei, was im Zusammenhang mit dem Kindeswohl grundsätzlich eine wichtige Maxime ist. Die Zuständigkeit des Jugendamtes am Geburtsort des Kindes ist ebenfalls sachgerecht, da dieser Ort eindeutig ermittelbar ist (im Gegensatz zu ggf. wechselnden Wohnorten von Kind und / oder Eltern).