



DeutscherAnwaltVerein

Berlin, im Mai 2012

Stellungnahme Nr. 45/2012

abrufbar unter www.anwaltverein.de

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Familienrechtsausschuss

zum

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern

BMJ-Aktenzeichen: I A 2 – 3473/7-14-12 279/2012

Mitglieder des Familienrechtsausschusses:

Rechtsanwalt und Notar Wolfgang Schwackenberg, Oldenburg
(Vorsitzender und Berichterstatter)

Rechtsanwältin Eva Becker, Berlin

Rechtsanwalt Jörn Hauß, Duisburg

Rechtsanwalt und Notar Dr. K.-Peter Horndasch, Weyhe (Berichterstatter)

Rechtsanwältin und Notarin Ingeborg Rakete-Dombek, Berlin

zuständig in der DAV-Geschäftsführung:

Rechtsanwältin Christine Martin, Berlin

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz

Bundesministerium für Familien, Senioren, Jugend und Frauen

Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages

Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages

Arbeitsgruppen Recht der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien

Rechtspolitische Sprecher der Fraktionen des Deutschen Bundestages

Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland

Bundesnotarkammer, Berlin

Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin

Bundesverband der Freien Berufe

Deutscher Familiengerichtstag e.V.

Deutscher Juristinnenbund

Deutscher Notarverein e.V., Berlin

Deutscher Richterbund e.V., Berlin

ver.di - Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, Bundesfachgruppe Justiz

Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht

Vorstand des Deutschen Anwaltvereins

Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins, Berlin und Brüssel

Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins

Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins

Vorsitzende des Forums Junge Anwaltschaft im DAV

Familienrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins

Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Familienrecht des DAV

Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins, Berlin

Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl, Berlin

Redaktionen der NJW; FamRZ; FuR; FF; Juve; FPR, FamRB

Bundesgerichtshof, Bibliothek

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Der Entwurf eines „Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern“ setzt die Maßgaben positivrechtlich um, die dem Gesetzgeber durch die Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Bundesverfassungsgerichts vorgegeben wurden.

Es wird ausdrücklich begrüßt, dass für zukünftige Entscheidungen eine Gesetzesgrundlage geschaffen wird. Soweit hierdurch die Sorgerechtsituation von Kindern nicht miteinander verheirateter Eltern verbessert wird, findet der vorgelegte Entwurf die Zustimmung des DAV. Inhaltlich verbleibt der DAV bei der in seiner Stellungnahme Nr. 30/2012 vom 28.03.2012 vertretenen Auffassung.

Regelungen zum Sorgerecht sind allein aus der Sicht des Kindes und unter Berücksichtigung des Kindeswohls zu treffen.

Die gemeinsame elterliche Verantwortung sollte nicht abhängig sein vom Familienstand der leiblichen Eltern, da dieser als Kriterium für das Kindeswohl untauglich ist. Mit der rechtlichen Feststellung der Vaterschaft – sei es durch Anerkennung oder durch Vaterschaftsfeststellung – obliegt die Verantwortung für das Kind bei beiden Elternteilen gleichermaßen.

Vor der rechtlichen Vaterschaftsfeststellung steht die elterliche Sorge allein der Mutter zu, da das Kind ab seiner Geburt eine Person haben muss, die für das Kind rechtsverbindlich handeln kann.

Danach gebietet es das Kindeswohl, dass beide Elternteile die Verantwortung für das Kind gemeinsam tragen und damit die elterliche Sorge ausüben.

Dem steht nicht entgegen, dass bei nichtehelich geborenen Kindern eine Vielzahl von Konstellationen denkbar sind, auch solche, in denen die Eltern ohne jede feste Beziehung zueinander stehen (vgl. insofern Salzgeber in FamRZ 2011, 945 ff.). Die Art und Organisation des Zusammenlebens der Eltern erfordert nur dann eine differenzierende rechtliche Lösung der gemeinsamen Sorge, wenn die Elternbeziehung im Einzelfall eine gemeinsame Übernahme der Verantwortung nicht ermöglicht.

Auch der DAV verkennt nicht, dass im Einzelfall die Übernahme der Verantwortung für ein Kind von einem Elternteil abgelehnt wird. Er ist aber der Auffassung, dass diese Annahme nicht grundsätzlich bei nicht miteinander verheirateten Eltern zu bejahen und bei miteinander verheirateten Eltern zu verneinen ist.

Die gemeinsame Verantwortung beider Elternteile entspricht – im Grundsatz – dem Kindeswohl am besten. Von diesem Grundsatz muss daher bei der gesetzlichen Regelung des Sorgerechts ausgegangen werden.

Im Einzelfall mag dieser Grundsatz dem Kindeswohl zuwider laufen. Für diese Fälle ist im Gesetz aber bereits Vorsorge getroffen. Gelingt es den Eltern nicht, die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl gemäß auszuüben, so schafft § 1671 BGB die gesetzliche Grundlage dafür, dass das Gericht Korrekturen vornehmen kann. Es wäre aber verfehlt, bei Kindern nicht miteinander verheirateter Eltern diese Korrektur quasi zum Grundsatz zu erheben.

Dem DAV ist es wichtig, die Gleichstellung aller Kinder (Artikel 6 Abs. 5 GG) zu verwirklichen und die Rechte der Kinder von nicht miteinander verheirateten Eltern zu stärken. Die Wertung, die Vorschläge des DAV würden allein die Rechte der Väter stärken, greift daher zu kurz.

Soweit Entscheidungen über das Kindeswohl zu treffen sind, sollten diese – ohne bürokratische Hürden – vom Gericht nach fachkundiger Beratung getroffen werden. Dem Vorschlag des DAV folgend können die Bestimmungen der §§ 1626b bis 1626e BGB ersatzlos aufgehoben werden. Einer gemeinsamen Sorgeerklärung bedarf es nicht mehr. Hierdurch werden auch die Jugendämter von bürokratischen Aufgaben befreit.

Die Familiengerichte sollten nur dann eingeschaltet werden, wenn Konflikte der Eltern im Verhältnis zum Kind oder Konflikte zwischen den Eltern entstehen. Ob die Eltern miteinander verheiratet sind oder nicht, ist nicht relevant. Verfehlt ist es, diese Konflikte lediglich in einem „vereinfachten“ Verfahren formal zu lösen. Das Familiengericht hat sich vielmehr bei allen notwendigen Entscheidungen der Fachkompetenz der Jugendämter zu bedienen, die ehemals Beteiligte eines Kindschaftsverfahrens im Sinne des FamFG sind. Verfehlt ist es weiter, innerhalb dieser Verfahren mit kurzen Fristen und dem Gebot der Schriftlichkeit zu operieren.

Der DAV verbleibt daher bei seiner Forderung, dass

- mit der rechtlichen Feststellung der Vaterschaft des Kindes automatisch beiden Eltern das gemeinsame Sorgerecht zusteht.
- das gemeinsame Sorgerecht aufzuheben ist, wenn dies von einem Elternteil beantragt wird und Gründe des Kindeswohls eine Aufhebung der gemeinsamen Sorge notwendig machen,
- die Entscheidung über die Aufhebung der elterlichen Sorge und die Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge auf einen Elternteil vom Gericht nach Anhörung des Jugendamtes und nach weiterer Aufklärung des Sachverhaltes zu treffen ist.

Darüber hinaus regt der DAV an, darüber nachzudenken, ob die Bestimmung des § 1687 BGB im Rechtsverkehr des Kindes mit Behörden und sonstigen Einrichtungen nicht dahingehend erweitert werden soll, dass dritten Personen ein Vertrauensschutz insofern zustehen sollte, als sie auf das Alleinvertretungsrecht des betreuenden Elternteils vertrauen dürfen.

Zu den einzelnen Änderungsvorschlägen nehmen wir wie folgt Stellung:

1. Zu § 1626a BGB

In § 1626a Abs. 1 BGB bedarf es der Unterteilung in die drei Teilgruppen nicht. Stattdessen ist es ausreichend zu formulieren, dass den Eltern die elterliche Sorge gemeinsam zusteht, sobald die Vaterschaft anerkannt oder rechtskräftig festgestellt ist.

Hiergegen vereinzelt erörterte Bedenken, dass dies die Mutter davon abhalten könnte, die Vaterschaft des Kindesvaters feststellen zu lassen, überzeugen nicht. Zum einen steht das Antragsrecht auch nach Aufhebung des § 1600e Abs. 1 Nr. 1 BGB a.F. sowohl dem genetischen Vater als auch der Mutter und dem Kind zu, zum anderen ist schwer vorstellbar, dass die Mutter nur zur Vermeidung einer gemeinsamen Sorge einen Vaterschaftsfeststellungsantrag vermeidet. Dies zumal dann, wenn sie – worauf einzugehen sein wird – die Möglichkeit hat, die Aufhebung der gemeinsamen Sorge zu beantragen, wenn die Beibehaltung dem Kindeswohl nicht entspricht.

Sie würde durch eine solche Entscheidung gleichzeitig auch auf die Durchsetzung von Kindesunterhalt verzichten, was angesichts der sozialen Lage alleinerziehender Mütter ebenfalls nur in wenigen vereinzelt Fällen denkbar ist.

§ 1626a Abs. 2 BGB ist nicht notwendig. Einer Entscheidung des Familiengerichtes darüber, die gemeinsame elterliche Sorge zu übertragen, bedarf es nicht.

§ 1626a Abs. 3 BGB des Entwurfes – § 1626a Abs. 2 BGB nach Vorstellung des DAV – verbleibt notwendig, weil bis zur rechtskräftigen Feststellung der Vaterschaft oder zu deren Anerkenntnis die elterliche Sorge bei der Mutter verbleiben muss.

§ 1626a BGB würde dann folgenden Wortlaut haben:

„§ 1626a**Elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern**

(1) Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu, sobald die Vaterschaft des Kindes anerkannt oder rechtskräftig festgestellt worden ist.

(2) Im Übrigen hat die Mutter die elterliche Sorge.“

Bei einer solchen Konzeption, die mit der Verfassung vereinbar ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010, Aktenzeichen 1 BvR 420/09, Abs.-Nr. 35 ff.), wird sowohl die Abgabe einer Sorgeerklärung entbehrlich als auch die Anrufung des Gerichtes, erst recht die Einführung eines „vereinfachten Verfahrens“.

Die §§ 1626b bis 1626e BGB können ersatzlos aufgehoben werden. Dies führt zu einer Entlastung der Jugendämter. Dies führt darüber hinaus aber auch zu einer Entlastung der Familiengerichte, weil sie nur in den Fällen angerufen werden, in denen die Grundannahme, dass die gemeinsame elterliche Sorge den Bedürfnissen des Kindes am besten entspricht, unrichtig ist.

2. Zu §§ 1671, 1672 BGB

2.1.

§ 1672 BGB ist aufzuheben; insofern wird dem Entwurf zugestimmt.

2.2.

Eine Unterteilung des § 1671 BGB, wie im Entwurf vorgesehen, ist nicht notwendig, wenn die gemeinsame elterliche Sorge mit der Anerkennung oder Feststellung der Vaterschaft automatisch dem Vater zusteht. In diesem Fall verbliebe es bei einer elterlichen Sorge der Mutter gem. § 1626a Abs. 2 BGB nur für den Fall, dass die Vaterschaft weder anerkannt noch rechtlich festgestellt ist.

3. Zu § 1751 Abs. 1 Satz 1 BGB

Einer Gesetzänderung bedarf es nicht.

4. Zu § 1678 BGB

In § 1678 Abs. 1 BGB muss es heißen:

„... Dies gilt nicht, wenn die elterliche Sorge dem Elternteil nach § 1671 allein zusteht.“

Einer Regelung im Sinne des § 1678 Abs. 2 BGB bedarf es nicht. Die elterliche Sorge kann nach dem obigen Vorschlag der Mutter nur dann zustehen, wenn die rechtliche Vaterschaft nicht festgestellt ist. Ruht in diesem Fall die elterliche Sorge der Mutter, so ist ein Vormund für das Kind zu bestimmen. Eine Übertragung auf den anderen Elternteil ist deshalb nicht möglich, weil dieser im Rechtssinne noch nicht festgestellt ist.

5. Zu § 1680 BGB

In § 1680 Abs. 2 BGB verbleibt allein die Übertragung gem. § 1671 BGB. § 1680 Abs. 2 Satz 2 BGB ist ersatzlos zu streichen. In Absatz 3 sind die redaktionellen Folgeregelungen einzuarbeiten. Entsprechende redaktionelle Änderungen sind ebenso in § 1696 BGB notwendig. Entsprechende ergänzende redaktionelle Änderungen sind auch in den §§ 1747, 1748 und 1751 BGB notwendig.

6. Zu § 155 a FamFG

Die Einführung eines vereinfachten Verfahrens ist abzulehnen.

6.1.

Gerichte allein deshalb zu belasten, weil eine dem Grundsatz des Kindeswohls entsprechende formelle Entscheidung getroffen werden soll, ist nicht angezeigt. Gerichte sollten vielmehr nur dann tätig werden, wenn es darum geht, einen Streit zwischen den Beteiligten zu entscheiden. Sie als reine „Verwaltungsbehörde“ in Anspruch zu nehmen, ist verfehlt.

6.2.

Vorgesehen ist ein Übergang vom „vereinfachten Verfahren“ zum Hauptverfahren, wenn der andere Elternteil keine Gründe vorträgt, die der Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen. Welche Gründe als ausreichend angesehen werden, ist weder dem Gesetzesvorschlag noch der Sache selbst zu entnehmen. Wie dezidiert sie vorzutragen sind, ist ebenfalls ungeklärt.

Der Übergang in das Hauptverfahren ist auch für den Fall vorgesehen, dass dem Gericht Gründe hierfür aus anderen Erkenntnissen „ersichtlich“ sind. Unklar ist, ob das Gericht eigene Ermittlungen anzustellen hat oder welche Bedeutung diesem Zusatz beizumessen ist.

6.3.

Die dem anderen Elternteil auferlegte Darlegung von Gründen, die einer gemeinsamen Sorge entgegenstehen, ist gemäß § 155a Abs. 2 FamFG innerhalb einer Frist von sechs Wochen vorzunehmen.

Diese Frist verkürzt die Rechte der Mutter. Im Einzelfall kann die Mutter bereits kurz nach der Geburt gehalten sein, innerhalb von sechs Wochen schriftlich vorzutragen, welche Gründe einer gemeinsamen Sorge entgegenstehen. Dies entspricht weder dem Interesse der Mutter noch dem des Kindes. Hinzu kommt, dass § 155a Abs. 3 FamFG Schriftlichkeit fordert und hiermit einen Wertungswiderspruch zu § 160 FamFG schafft, der das Ziel verfolgte, Schriftlichkeit in Kindschaftsverfahren soweit als möglich zu vermeiden.

6.4.

Unklar ist, welche verfahrensrechtlichen Folgen eine Fristversäumnis hat. Bleibt die Mutter mit einem nach Ablauf der Frist aber vor Erlass einer Entscheidung erhobenen erheblichen Einwand ausgeschlossen? Zu befürchten ist, dass allein die vorgesehene Frist einen Streit in die Beschwerdeinstanz verlagert und daher nicht nur Familiengerichte, sondern insbesondere auch das Beschwerdegericht unnötig belastet wird. Ferner sind die Beteiligten mit Kosten der Gerichte belastet, die vermeidbar sind.

6.5.

Verfehlt ist es, das Jugendamt – und damit eine kompetente Begleitung – explizit vom Verfahren auszuschließen. Darüber hinaus ist es gemäß § 158 FamFG geboten, einen Verfahrensbeistand zu bestellen.

§ 155 a FamFG ist insgesamt verfehlt:

Wenn man der Auffassung ist, dass die Errichtung der gemeinsamen elterlichen Sorge gerade für nicht miteinander verheirateter Eltern eine besondere, eigenständige Bedeutung hat, dann ist diesem Gesichtspunkt durch Gestaltung des Verfahrens Rechnung zu tragen. Hieraus folgt, dass das Verfahren mit allen in Kindschaftsverfahren zu beteiligenden Personen durchzuführen ist. Die vorgesehene Verfahrensweise lässt nicht erkennen, warum überhaupt die Anrufung des Gerichtes für notwendig erachtet wird.

7. Folgeregelungen

Die Folgeregelungen im SGB-VIII in § 18 Abs. 2, § 51 Abs. 3, § 58a, § 59 Abs. 1 Satz 1, § 65 Abs. 1 Satz 1 sowie § 87c Abs. 6 und § 99 Abs. 6a sollen nicht weiter kommentiert werden, da es sich hierbei um konsequente Folgeregelungen handelt.