



Stellungnahme

4. Juni 2012

zum Referentenentwurf (RefE) eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts vom 28.3.2012

Übersicht

- I. Ausgangsbefund
- II. Das Grundkonzept, §§ 1626 a, 1671 Abs. 2, 3 BGB-E; 155 a FamFG-E
 1. Elterneinigkeit
 2. Elternstreit
 3. Vereinfachtes Verfahren, § 155 a FamFG-E
 4. Zusammenfassende Bewertung des Grundansatzes
- III. Folgeänderungen
 1. §§ 1678, 1680 BGB-E
 2. § 1671 BGB-E
 3. § 1696 BGB-E
 4. Rolle des Jugendamts
- IV. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

I. Ausgangsbefund

Der Entwurf präsentiert nicht nur ein neues Grundkonzept für das Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern (im folgenden: "ne Eltern"), insbesondere in §§ 1626 a, 1671 Abs. 2 BGB-E und 155 a FamFG-E, sondern sieht auch mehrere, zum Teil bedeutsame Änderungen im Umfeld dieser Vorschriften vor (insb. §§ 1678, 1680, 1671 Abs. 3 und 1696 BGB-E). Die neuen Regelungen beseitigen weitgehend die vom EGMR und BVerfG sowie in der wissenschaftlichen Literatur gerügten Mängel des geltenden Rechts; die materiell-rechtlichen Änderungen halten sich auch grundsätzlich im von beiden Gerichten angedeuteten rechtspolitischen Regelungsspielraum. Allerdings sollte der RefE im Grundkonzept wie auch z.T. bei Einzelregelungen noch einmal überdacht und geändert werden. Die folgende Stellungnahme konzentriert sich im Wesentlichen auf die änderungsbedürftigen Punkte, gemäß der Devise: "Nichts ist so gut, dass es nicht noch verbessert werden könnte."

II. Das Grundkonzept, §§ 1626 a, 1671 Abs. 2, 3 BGB-E; 155 a FamFG-E

Die Pressemitteilung der Bundesjustizministerin vom 2.4.2012 verheißt ein "einfaches und unbürokratisches Verfahren für unproblematische Fälle" - hieran sowie an der Sachgerechtigkeit der einzelnen Regelungen ist der RefE zu messen.

1. Elterneinigkeit

Zu den "*unproblematischen Fällen*" gehört in erster Linie die elterliche Einigkeit über das gemeinsame Sorgerecht. Hierfür sieht allerdings schon das geltende Recht in § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB ein relativ einfaches Verfahren vor (obwohl die bürokratische Komponente bei Sorgeerklärungen laut Erfahrungsberichten junger Paare nicht unterschätzt werden sollte und der bekannten "Behördenscheu" vieler dieser Paare auch nach dem RefE nicht Rechnung getragen wird; vgl. noch unten 4.).

2. Elternstreit

Zu den "*problematischen Fällen*" gehören grundsätzlich alle, in denen es an einer elterlichen Einigkeit über das gemeinsame Sorgerecht fehlt. Die hierfür vorgesehene Grundregel in § 1626 a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB-E (Antragsrecht eines Elternteils auf gemeinsames Sorgerecht; Stattgabe durch das Familiengericht nach nur negativer Kindeswohlkontrolle) entspricht den verfassungsrechtlichen Vorgaben (beiderseitiges Elternrecht, Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG). Die Unterfütterung dieser Regelung durch das Postulat eines "*neuen Leitbildes*" elterlicher Sorgegemeinschaft (Begr. RefE S. 11,18) sollte aber noch einmal überdacht werden: Die Auswirkungen eines solchen Leitbildes auf andere Regelungszusammenhänge sind noch nicht ausgelotet (zu § 1671 Abs. 2 S. 2 BGB lehnt der BGH beispielsweise ein entsprechendes Leitbild ab [FamRZ 1999, 1646,

1647; 2008, 592 Rn. 10]) - soll für den neuen § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB-E jetzt anderes gelten?). Oder soll das neue "Leitbild" möglicherweise nur den im Lichte von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG sowie der Rechtsvergleichung eher ängstlich-zurückhaltenden Charakter des neuen Regelungskonzepts kompensieren? (vgl. noch unten 4.).

3. Vereinfachtes Verfahren, § 155 a FamFG-E

Besonderes Gewicht legt der RefE auf die besondere Fallgruppe der nur *scheinbar problematischen Fälle* und sieht für diese ein "**vereinfachtes Verfahren**" (Pressemitteilung der Bundesjustizministerin a.a.O.) vor (§§ 1626 a Abs. 2 S. 2 BGB-E mit 155 a FamFG-E). Zu dieser Sondergruppe gehören im Wesentlichen

- die gleichgültige, sich gar nicht äussernde Mutter;
- mütterliche Einwendungen gegen das gemeinsame Sorgerecht, die nicht aus dem Kindeswohl begründet sind.

Hier sieht der Entwurf nur eingeschränkte richterliche Ermittlungen vor (insbesondere keine Anhörung des Jugendamts und keine persönliche Anhörung der Eltern; § 155 a Abs. 2-4 FamFG-E) und unterlegt der gerichtlichen Entscheidung die materiellrechtliche Vermutung, dass das beantragte gemeinsame Sorgerecht dem Kindeswohl nicht widerspricht (§ 1626 a Abs. 2 S. 2 BGB; vgl. RefE S. 19). Dieses Verfahren unterliegt konzeptionellen und praktischen Bedenken.

a) Konzeptionelle Bedenken

Der Referentenentwurf verfolgt nicht den (in etlichen anderen Staaten umgesetzten und auch in Deutschland vorgeschlagenen) Ansatz einer gesetzlichen Regelzuweisung des gemeinsamen Sorgerechts auch bei ne Eltern, verbunden mit Korrekturmöglichkeit durch kindeswohlorientierte Einzelfallentscheidung, sondern eröffnet - bei fehlender Elterneinigkeit - den Zugang zur gemeinsamen Sorge nur durch gerichtliche Einzelfallentscheidung. Mit einer solchen Entscheidung übernimmt der Staat normalerweise die volle Wächterverantwortung gem. Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG gegenüber Kind und Eltern. Werden aus Beschleunigungsgründen die Eltern nicht persönlich angehört und der Sachverhalt folglich nur cursorisch geprüft, so wird der Staat seiner grundsätzlich reklamierten Verantwortung für den Einzelfall jedoch nicht gerecht, er übernimmt in Wahrheit nur eine prima-facie-Verantwortung. Das Verfahren ist der Sache nach als Mittelweg zwischen gerichtlicher Registrierung und verantwortlicher gerichtlicher Sachentscheidung konzipiert. Um sich den Vorteilen einer gesetzlichen Regelzuweisung der gemeinsamen Sorge anzunähern, werden wesentliche Qualitäten und Garantien der gerichtlichen Einzelfallprüfung aufgegeben. Hierzu gehören

- die vorrangige Nutzung des *Beratungspotenzials des Jugendamtes* (in der Rechtsprechung zur Verfahrenskostenhilfe werden elterliche Anträge an das Familiengericht, denen nicht eine Inanspruchnahme der jugendamtlichen Beratung vorausgegangen war, tendenziell für mutwillig erachtet);

- die - ungeachtet unterschiedlicher "Kindeswohlschwellen" bei der zu treffenden Entscheidung - *grundsätzlich umfassende Aufklärung* der familiären Situation und Kindesbedürfnisse;

- die persönliche Anhörung der Eltern nicht nur als Teil der vorgenannten Sachverhalts-ermittlungen, sondern auch als Ausprägung des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG.

Damit passt das "beschleunigte Verfahren" konzeptionell nicht in das System der kindschaftsrechtlichen Verfahren und erscheint als verfassungsrechtlich bedenklich (weitergehend Finke/Bitter ZKJ 2012,172,174: verfassungswidrig).

b) Praktische Bedenken

Desweiteren werden aber auch die angestrebte Vereinfachung und Beschleunigung in der Praxis ohnehin nicht erreicht werden:

aa) Schon *materiellrechtlich* erweist sich die scheinbar vereinfachende Regelung als komplizierter und streitträchtiger, als sie erscheint:

Was sind "kinderwohlbezogene Gründe" im Sinne § 1626 a Abs. 2 S. 2 BGB-E? Schon die ausführlichen Abgrenzungsbemühungen in der Begründung zum RefE (Seite 18 f.) deuten das hier zu erwartende Streitpotenzial an. Die sich vordergründig anbietende Parallele zwischen der bisherigen Entscheidungspraxis zu § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB (Thema: Auflösung bisher gemeinsamen Sorgerechts?) und § 1626 a Abs. 2 S. 2 BGB-E (Thema: erstmalige Begründung gemeinsamen Sorgerechts) birgt mindestens soviel Fehlerpotenzial wie Entlastung. Auf jeden Fall würde ein Beschwerdeverfahren wegen der angeblichen Kindeswohlbezogenheit der mütterlichen Einwendungen den angestrebten Beschleunigungseffekt zunichtemachen.

bb) Das vereinfachte *Verfahren* gem. § 155 a FamFG-E wird aber auch schon generell im Vergleich zum regulären Verfahren in Kindschaftssachen kaum Zeitgewinn bringen - eher im Gegenteil:

- Schon mit der *sechswöchigen Äußerungsfrist* für die Mutter nach Geburt des Kindes ist ein erheblicher Zeitverlust verbunden. Die Anlehnung an die arbeitsrechtliche Mutterschutzfrist ist zwar nachvollziehbar, stellen doch die ersten Wochen nach Geburt für eine Mutter, unabhängig vom jeweils vorherrschenden Frauenbild, eine besondere Belastungs- und Ausnahmesituation dar. Auf der anderen Seite muss aber doch berücksichtigt werden, dass schon in den ersten Wochen nach Geburt schon wesentliche und unrevidierbare Entscheidungen für das Kind zu treffen sind (z.B. ärztliche Behandlung, Namensgebung, Melde- und Versicherungspflichten; vgl. Fink/Bitter, ZKJ 2012, 172 ff., 173 f.). Auf Zeitgewinn sinnende Mütter werden (mit anwaltlicher Hilfe?) auch Wege finden, das Verfahren auch über die Sechswochenfrist hinaus zu verzögern (insbesondere durch Blockade der Vaterschaftsanerkennung, § 1595 Abs. 1 BGB). Im Übrigen wird es jeder streitbereiten Mutter leicht fallen, kindeswohlrelevante Argumente

gegen den väterlichen Antrag vorzubringen - was das Gericht ohnehin in das normale Kindschaftsverfahren zwingt.

- Besondere Probleme wirft aber die *Kindesanhörung* auf - nicht nur unter dem Beschleunigungsaspekt, sondern auch grundsätzlich in Bezug auf die Verfahrensrechte des Kindes:

Im beschleunigten Verfahren nach § 155 a FamFG-E entscheidet das Familiengericht zwar, wie bereits erörtert, ohne Anhörung des Jugendamtes und ohne persönliche Anhörung der Eltern. Die Begründung betont jedoch, dass die nach § 159 FamFG vorgeschriebene Kindesanhörung unberührt bleibe (S. 13,19). Dies erscheint für § 159 Abs. 1 FamFG weniger problematisch, wohl aber für Abs. 2: Nach den zu dieser Vorschrift entwickelten Grundsätzen der Rechtsprechung und Wissenschaft sind Kinder grundsätzlich ab dem 3. Lebensjahr anzuhören (vgl. MünchKomm-ZPO/Schumann § 159 FamFG Rn. 4 m.w.N.). Die Entwurfsverfasser haben offenbar im Wesentlichen neugeborene Kinder vor Augen gehabt; das muss aber - vor allem in der Übergangsphase, in der das neue Recht auch für die schon bisher geborenen Kinder gilt - keineswegs immer der Fall sein. Die persönliche Anhörung des Kindes würde aber das beschleunigte Verfahren in seinem Hauptanliegen weitgehend obsolet machen, zumal Kinder unter 14 Jahren regelmäßig vom Betreuungselternteil, also hier der Mutter begleitet werden müssten und diese damit, im Vergleich zu anderen Elternteil, einen "Einwirkungsvorteil" erhalten würde, sowohl mit Bezug auf das Kind wie auf das Gericht, dem sie –im Gegensatz zum Vater- immerhin persönlich vor Augen tritt.

Es leuchtet deshalb ein, dass das "vereinfachte Verfahren" gemäß § 155 a FamFG-E und Kindesanhörung sinnvoll nicht miteinander vereinbar sind, letztere wirkt in diesem Verfahren als Fremdkörper. Auf die Kindesanhörung kann aber nicht verzichtet werden: Die persönliche Anhörung des Kindes ist Ausdruck seiner verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrechte, sie entspricht auch internationalem Recht (dazu im einzelnen Ivanits, ZKJ 2012,98 f.). Folgerichtig ist das Kind nach geltendem Recht grundsätzlich Verfahrensbeteiligter gemäß § 7 FamFG. Der RefE verweist deshalb zwar zu Recht darauf, dass die Beteiligungs- und Anhörungsrechte des Kindes auch im Verfahren nach § 155 a FamFG-E unberührt bleiben, unterminiert damit aber gleichzeitig das Beschleunigungsanliegen dieser Vorschrift.

c) Fazit zu § 155 a FamFG-E

Ist aus Rechtsgründen die Kindesanhörung für Kinder ab drei Jahren aber indisponibel, erweist sich das Verfahren nach § 155 a FamFG-E mit Bezug auf Kinder über 3 Jahre als praktisch obsolet. Dies ist allerdings letztlich kein Verlust, da das reguläre Kindschaftsverfahren die hinreichende zeitliche Straffung gewährleistet, ohne dass die sonst drohenden rechtlichen Qualitätsverluste und verfassungsrechtlichen Probleme in Kauf genommen werden müssten. Wir plädieren daher für eine *ersatzlose Streichung des §§ 155 a FamFG (und auch des § 1626 a Abs. 2 S. 2 BGB-E)*.

Sollte die Vorschrift demgegenüber jedoch nicht gestrichen werden, wird empfohlen, mit der Zustellung des väterlichen Antrages an die Mutter eine Belehrung über die Rechtsfolgen ihres Schweigens zu übersenden. Eine derartige Belehrung kennt das Gesetz etwa in § 91 a Abs. 1 S. 2 ZPO und § 276 Abs. 2 ZPO.

4. Zusammenfassende Bewertung des Grundansatzes

Neben der sachlichen Richtigkeit sind Vereinfachung, Beschleunigung und Transparenz Qualitätsmerkmale einer Reform - Merkmale, die offensichtlich auch der RefE zu verwirklichen versucht. Er erreicht dieses Ziel aber nicht, weil er offensichtlich einen Kompromiss im rechtspolitischen Parteienstreit zur Sorgerechtsfrage verfolgt. Die Verantwortung des Gesetzgebers besteht aber nicht darin, im Gesetz die Einzelströmungen der tagespolitischen Debatte nachzuzeichnen - geschuldet ist sachgerechte, effektive und unter Umständen auch wegweisende Rechtsgestaltung. Insoweit ist es bedauerlich, dass der RefE in der Diskussion vorgeschlagene Modelle nicht übernimmt, die nicht nur sachgerechter und effizienter wären, sondern auch international verbreitet und verfassungsrechtlich vorgezeichnet sind (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG: verfassungsrechtlich grundsätzlich gemeinsame Sorgeverantwortung von Mutter und Vater, unabhängig vom Bestand einer Ehe). Insoweit ist – neben dem automatischen gemeinsamen Sorgerecht kraft Gesetzes nach Vaterschaftsfeststellung - nochmals auf den Vorschlag der KIRK vom 22.2.2011 (ZKJ 2011, 130 ff.) zu verweisen: Gemeinsames Sorgerecht nach einseitiger Sorgeerklärung des (rechtlich festgestellten) Vaters (damit "positive Selbstaussage" der kindesinteressierten Väter); im Streitfall gerichtliche Korrektur nach den Maßstäben des §§ 1671 Abs. 1, 2 BGB. Eine solche Regelung könnte, auch wenn man vor elterlicher Sorgegemeinsamkeit schon nach Vaterschaftsfeststellung (ex-lege-Modell) zurückscheut, wirklich für sich reklamieren, unbürokratisch, sachlich treffsicher und dem Leitbild des Art. 6 Abs. 3 S. 1 GG weitestmöglich entsprechend zu sein.

III. Folgeänderungen

1. §§ 1678, 1680 BGB-E

Die Neufassung beider Vorschriften bringt grundsätzlich einen großen Fortschritt gegenüber dem bisherigen Recht und wird nachdrücklich begrüßt: Sie passt beide Regelungen nicht nur an das neue Konzept des § 1626 a BGB-E an, sondern setzt die korrigierende, verfassungskonforme Auslegung schon des geltenden Rechts durch das BVerfG um, soweit die Sorgerechtschancen des ne Vaters bei Ausfall der sorgeberechtigten Mutter betroffen sind (BVerfG FamRZ 2006, 385, 386; FamRZ 2008, 2185 Rn. 17, 21; vgl. Staudinger/Coester (2009) § 1678 Rn. 18, 19, 29, § 1680 Rn. 14, 21).

Lediglich in § 1680 Abs. 3 BGB-E bedarf es der Korrektur eines *Redaktionsfehlers*: Laut RefE (S. 5 oben) soll in Abs. 3 die bisherige Angabe "§ 1626 a Abs. 2" ersetzt werden durch "§ 1626 a Abs. 3". Für den Fall eines Sorgerechtsentzugs verweist der neue Abs. 3 jedoch schon pauschal auf "die Absätze 1 und 2". Im verwiesenen Abs. 2 ist aber die Ausgangslage "§ 1626 a Abs. 3" bereits erfasst, so dass die gesonderte Erwähnung in Abs. 3 überflüssig ist.

2. § 1671 BGB-E

Die Neufassung dieser Vorschrift erscheint überwiegend gelungen. Dies gilt auch für die Integration des (neugefassten) derzeitigen § 1672 BGB in § 1671 Abs. 2 BGB-E, obwohl thematisch § 1626 a BGB näher gelegen hätte.

Inhaltlich entspricht § 1671 Abs. 2 BGB-E den diesbezüglichen Vorgaben des BVerfG (vgl. Urt. vom 31.7.2010 Rn. 63 ff.). Allerdings bleibt eine Fallgestaltung *unklar*: Hatte das Familiengericht bereits zuvor einen Antrag des ne Vaters auf gemeinsames Sorgerecht gem. § 1626 a BGB-E Abs. 2 S. 1 abgelehnt, steht der Mutter weiterhin das alleinige Sorgerecht "nach § 1626 a Abs. 3" BGB-E zu. Beantragt der Vater jetzt die Alleinsorge - ist dann nach § 1671 Abs. 2 BGB-E zu entscheiden oder nach § 1696 Abs. 1 BGB-E? Angesichts der einzelfallbezogenen Gerichtsentscheidung nach § 1626 a Abs. 2 BGB-E erscheint - bei fehlendem Elternkonsens - die Änderungsschwelle des § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB-E als zu niedrig, § 1696 Abs. 1 BGB-E dürfte angemessener sein (siehe auch noch nachfolgend 3.). So oder so sollte die Frage aber im Gesetz klargestellt werden.

Die Regelung des § 1671 Abs. 3 BGB-E ist sachlich (folge-) richtig; allerdings schiene ihre systematische Unterbringung in § 1678 BGB-E passender.

3. § 1696 BGB-E

a) Laut RefE (S. 5 oben) wird die Vorschrift teilweise modifiziert: Demnach können, wenn den Eltern nach § 1626 a Abs. 1 Nr. 3 mit Abs. 2 BGB-E die elterliche Sorge gemeinsam übertragen worden war, diese Entscheidungen unter den Voraussetzungen des §§ 1671 BGB-E geändert werden - es gilt also dieser Maßstab und nicht die allgemeine Änderungsregel des § 1696 BGB-E. Die Formulierung in § 1696 Abs. 1 S. 2 BGB-E ("können bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1671 geändert werden") erscheint allerdings unklar: Der Sache nach geht es um die Änderung von bisher gemeinsamem, durch gerichtliche Entscheidung gemäß § 1626 a Abs.1 Nr. 3 mit Abs.2 BGB-E begründeten Sorgerecht in Alleinsorge eines Elternteils. Das ist zentrales Thema von § 1671 Abs. 1 BGB-E; dort wird nicht danach unterschieden, *worauf* die bisherige gemeinsame Sorge beruht (Gesetz, Sorgeerklärungen oder Gerichtsentscheidung). Also fällt auch die in § 1696 Abs. 1 S. 2 BGB-E geregelte Situation ohne weiteres unter § 1671

Abs. 1 BGB-E - die neue Vorschrift hat nur klarstellenden Charakter. Der Normtext sollte deshalb besser lauten: "... können gemäß § 1671 Abs. 1 geändert werden". Sachlich ist diese Sonderregelung angemessen; der Vorrang des § 1671 BGB beim "Weg aus dem gemeinsamen Sorgerecht" entspricht schon bisher verbreiteter Auffassung (vgl. OLG Hamm FamRZ 2007, 757; Staudinger/Coester (2009) § 1671 Rn. 27 ff.; (2006) § 1696 Rn. 16 m.w.N.).

b) Damit ist das Problemspektrum des § 1696 BGB-E aber nur teilweise erfasst - die Norm deckt mit (im Übrigen) einheitlichem Standard ("triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe") eine Vielzahl höchst unterschiedlicher Änderungssituationen ab und ist insoweit mit den anderweitigen sorgerechtlichen Regelungen nicht hinreichend abgestimmt:

Die relativ hohe Änderungsschwelle des § 1696 BGB bezweckte ursprünglich den Schutz der Kontinuitätsinteressen des Kindes; sie ist deshalb nach wie vor gerechtfertigt, wenn eine Änderung die Sorgerechtszuständigkeit und insbesondere den tatsächlichen Aufenthalt des Kindes betrifft. § 1696 BGB hat sich aber inzwischen zu *der* pauschalen Änderungsnorm für sämtliche Sorgerechtsentscheidungen entwickelt, auf die die Änderungshürde des Gesetzes z.T. aber gar nicht mehr passt. Dies gilt zum einen für die Fälle, in denen die Eltern übereinstimmend eine Änderung beantragen (hier besteht ein Normwiderspruch zum Gewicht des *Elternkonsenses* in § 1671 und § 1626 Abs.1 Nr.1 BGB-E), und zum zweiten, wenn es um die Änderung der Alleinsorge eines Elternteils *in gemeinsames Sorgerecht* geht. Auch in diesem Fall soll nach dem Entwurf die "allgemeine Abänderungsregelung des § 1696 BGB" gelten (RefE S. 21). Insoweit besteht ein Wertungswiderspruch zu dem "neuen Leitbild" der elterlichen Sorgegemeinschaft (RefE S. 11, 18) sowie zum (vom BVerfG angedeuteten) Anspruch der Mutter auf Mitbeteiligung des Vaters an der elterlichen Sorgeverantwortung (Urt. v.21.7.2010 Rn. 69). Beruht die begehrte Änderung in gemeinsames Sorgerecht auf gemeinsamem Elternvorschlag, treffen beide vorgenannten Wertungswidersprüche kumulativ zusammen.

Die Problematik der pauschalen Änderungshürde des § 1696 BGB ist bisher schon kritisiert worden (Staudinger/Coester (2006) § 1696 Rn. 61,64 ff.), sie würde sich nach dem RefE in verschärftem Maße stellen. Man kann nicht ein neues Leitbild aufstellen, dessen Verwirklichung aber von einer hohen Änderungsschwelle abhängig machen. Anstatt die Änderungsschwelle der "triftigen, das Kindeswohl nachhaltig berührende Gründe" im Gesetz stehen zu lassen und nur von Fallgruppe zu Fallgruppe teleologisch zu modifizieren (wie etwa bei Umgangsrechtsentscheidungen, vgl. Staudinger/Rauscher (2006) § 1684 Rn. 265 f., 272 f. m.w.N.), sollte der Änderungsmaßstab im Gesetz selbst ausdifferenziert werden.

Einen ersten Schritt in diese Richtung machte der RefE selbst mit dem vorstehend besprochenen § 1696 Abs.1 S. 2 BGB-E (§ 1671 BGB-E als Spezialvorschrift für die

Beendigung gemeinsamen Sorgerechts). Es bedürfen aber jedenfalls zwei weitere Fallgruppen eines besonderen Änderungsstandards, weil die hohe Änderungsschwelle des § 1696 Abs. 1 BGB-E mit dem anderweitigen Gewicht eines Elternkonsenses und/oder mit dem rechtsethischen Vorrang elterlicher Sorgegemeinschaft nicht verträglich ist. Dies bedeutet für die Neufassung von § 1696 BGB-E im Einzelnen:

aa) Änderung von Alleinsorge in gemeinsames Sorgerecht

(1) Bei entsprechendem Elternkonsens

Für die beantragte Änderung streiten hier kumulativ der Vorrang des Elternkonsenses sowie das "Leitbild" gemeinsamer Sorgeverantwortung. Die allgemeine Änderungshürde des § 1696 Abs. 1 S. 1 BGB-E erweist sich als evident unangemessen. Andererseits geht es hier nicht um die konsensgetragene Änderung einer (notwendig typisierenden) gesetzlichen Ausgangslage, sondern um die Änderung einer auf gerichtlicher Einzelfallprüfung beruhenden Regelung. Es erscheint vertretbar, einer solchen Regelung eine höhere Bestandskraft beizumessen als einer generalisierenden gesetzlichen Regelung. Dies rechtfertigt eine gewisse, auf Abwehr von Kindeswohlwidrigkeit gerichtete Kontrolle (Negativkontrolle), nicht aber eine positive Kontrolle auf Kindeswohldienlichkeit oder gar auf "triftige, das Kindeswohl nachhaltig berührende Gründe". Insoweit wird vorgeschlagen, folgende Sonderregelung in § 1696 Abs. 1 BGB-E einzufügen:

"Beantragen die Eltern übereinstimmend oder ein Elternteil mit Zustimmung des anderen die Änderung einer bisherigen, die Alleinsorge eines Elternteils anordnenden Sorgerechtsentscheidung in gemeinsames Sorgerecht, so hat das Familiengericht die elterliche Sorge beiden Eltern gemeinsam zu übertragen, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht."

(2) Ohne Elternkonsens

Mangels elterlicher Einigkeit und angesichts des Umstands, dass auch hier die bestehende Sorgerechtslage auf richterlicher Einzelfallprüfung beruht, rechtfertigt das "neue Leitbild" des gemeinsamen Sorgerechts allein noch nicht eine abgesenkte Änderungsschwelle. Hier ist es zutreffend, es beim allgemeinen Änderungsmaßstab des § 1696 Abs.1 BGB-E zu belassen.

(bb) Änderung von gemeinsamer Sorge in Alleinsorge eines Elternteils

Für diese Fälle sollte der RefE generell klar Stellung beziehen: Entweder man weist sie *generell* dem § 1671 Abs. 1 BGB-E als *lex specialis* zu, der zwischen konsentierten und streitigen Fällen unterscheidet, oder - wenn dem Faktum Rechnung getragen werden soll, dass eine gerichtliche Einzelfallentscheidung abgeändert werden soll - man statuiert

im Rahmen des § 1696 Abs. 1 BGB-E eine *besondere Änderungsschwelle für den Fall, dass die Eltern sich über die begehrte Änderung einig sind*. Die mangelnde Berücksichtigung des Elternkonsenses im bisherigen § 1696 BGB ist rechtssystematisch ein grober Fehler, der im neuen Recht korrigiert werden sollte (vgl. Holzner, Die Änderung von Sorgerechtsentscheidungen gem. § 1696 Abs.1 BGB, 2004, S. 96 ff., 112f.). In Abwägung des Elternkonsenses einerseits, des Vorliegens einer gerichtlichen Einzelfallentscheidung andererseits erscheint der Übertragungsstandard als angemessene Lösung, der in § 1671 Abs. 1 Nr. 2 BGB-E für *nicht* konsensgetragene Änderungsanträge vorgesehen ist:

"Beantragt ein Elternteil mit Zustimmung des anderen, dass das Familiengericht das bisherige gemeinsame Sorgerecht einem Elternteil allein überträgt, so ist dem Antrag stattzugeben, wenn zu erwarten ist, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragsteller dem Wohl des Kindes am besten entspricht."

Alternativ könnte dem Elternkonsens noch größeres Gewicht beigemessen werden, wenn das Gesetz nur eine gerichtliche Negativkontrolle vorsehen würde (Regelstattgabe, sofern das Kindeswohl dem Antrag "nicht widerspricht"; vgl. Staudinger/Coester (2006) § 1696 Rn. 61 m.w.N.).

Im Interesse der inneren Wertungsstimmigkeit des gesetzlichen Sorgerechtssystems sowie auch im Lichte von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG erscheint eine Änderung des §§ 1696 Abs. 1 BGB im einen oder anderen Sinne aber jedenfalls zwingend geboten.

4. Rolle des Jugendamts

a) In § 18 Abs. 2 SGB VIII wird der Beratungsanspruch jedes Elternteils inhaltlich erweitert auf die "Möglichkeit der gerichtlichen Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge". In der Pressemitteilung der Bundesjustizministerin vom 2.4.2012 heißt es dazu: "Wenn die Mutter mit der gemeinsamen Sorge nicht einverstanden ist, kann der Vater künftig wählen, ob er zunächst zum Jugendamt geht, um doch eine Einigung zu erreichen. Auch der Weg zum Familiengericht steht jederzeit offen, egal ob der Gang zum Jugendamt erfolglos bleibt oder von vornherein unsinnig erscheint."

Offensichtlich ist dabei an eine Vermittlungsfunktion des Jugendamts gedacht, die sich aus § 18 Abs. 2 SGB VIII jedoch nicht ergibt. Soll sie aus § 17 Abs. 1 SGB VIII folgen, oder sollte sie klarstellend auch in § 18 Abs. 2 SGB VIII eingefügt werden?

(Zur weitgehenden Ausblendung des jugendamtlichen Beratungs- und Vermittlungspotenzials im beschleunigten Verfahren siehe oben II.2.a)).

b) § 155 a Abs. 3 S. 2, Abs. 5 S. 2 FamFG-E

Sinn und Zweck der Mitteilung der Entscheidung an das Jugendamt erscheint unklar. Wenn es darum geht, dass die Information an das Jugendamt weitergegeben werden soll, welches das Sorgeregister führt, also das Geburtsjugendamt, sollte es Aufgabe des Familiengerichts sein, die Begründung der gemeinsamen elterlichen Sorge diesem

Jugendamt direkt mitzuteilen. Der in der Fußnote zum RefE angedeutete Konflikt zwischen BMJ und BMFSFJ rankt sich um die Frage, ob das Familiengericht die Recherche vornehmen soll, welches das registerführende Jugendamt ist, oder ob das Jugendamt am Ort des Familiengerichts diese Aufgabe übernehmen soll. Der Rechercheaufwand ist für das Jugendamt am Ort des Familiengerichts eher höher, da es mit einer in aller Regel bislang nicht bekannten Familie Kontakt aufnehmen müsste, um herauszufinden, wo das Kind geboren wurde. Das Familiengericht hingegen ist bereits in Kontakt mit der Familie und könnte so diese Information selbst erfragen.

Auch wäre jugendamtsintern mit organisatorischen Schwierigkeiten zu rechnen. Entscheidungen über das Sorgerecht gehen in aller Regel dem ASD zu. Dort sind aber die Kenntnisse über Anforderungen an die Führung des Sorgeregisters i.d.R. nicht geläufig. Die Anforderung, dass die Mitteilung der Entscheidung mit der Erwartung verbunden ist, das Register führende Jugendamt ausfindig zu machen und diesem die Informationen über die Begründung der gemeinsamen elterlichen Sorge weiterzuleiten, erschließt sich aus § 155 a FamFG-E jedenfalls nicht direkt. Die Kompetenzen und das Wissen über die entsprechenden Anforderungen liegen in den Sachgebieten Beistandschaft/Beurkundungsstelle, die mit den Beurkundungen befasst sind.

Es wird deshalb vorgeschlagen, die beiden Sätze zur Mitteilung der Entscheidung an das Jugendamt zu streichen und dem Familiengericht die Pflicht aufzuerlegen, Informationen an das Register führende Jugendamt weiterzuleiten, wie dies bereits jetzt in Art. 224 § 2 Abs. 5 EGBGB vorgesehen ist.

IV. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Das beschleunigte Verfahren nach § 155 a FamFG-E ist konzeptionell und verfahrensrechtlich bedenklich und auch praktisch nicht geeignet, den angestrebten Beschleunigungseffekt zu erreichen (II.). Es wird die ersatzlose Streichung dieser Vorschrift empfohlen.

2. Die Folgeänderungen in §§ 1678, 1680 BGB-E verbessern die geltende Rechtslage und sind zu begrüßen (III.1.).

3. § 1671 BGB-E erscheint im Wesentlichen als gelungen. Lediglich bei der Abänderung gemeinsamen Sorgerechts in Alleinsorge eines Elternteils ist das Verhältnis zu § 1696 BGB-E noch klärungsbedürftig (III.2., 3. a)).

4. § 1696 BGB-E unterwirft (wie schon die geltende Fassung) unterschiedliche Sachverhalte einer einheitlichen, hohen Änderungsschwelle und berücksichtigt weder elterlichen Konsens über eine Änderung noch das Änderungsziel (gemeinsame Sorge oder Alleinsorge). Damit widerspricht § 1696 BGB-E anderweitigen gesetzlichen

Wertungen zum Gewicht des Elternkonsenses wie auch dem "neuen Leitbild" elterlicher Sorgegemeinschaft. Die Vorschrift bedarf entsprechender Differenzierungen (III.3.b)).

5. Es ist zu erwägen, in § 18 Abs. 2 SGB VIII die jugendamtliche Beratungsfunktion um eine Vermittlungsfunktion zu ergänzen (III.4.a)).

6. Entscheidungen des Familiengerichts zum Sorgerecht sollten von diesem selbst dem das Register führende Jugendamt mitgeteilt werden (III.4.b)).