

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Bundestags am 28.11.2012 zu dem

Gesetzesentwurf der Bundesregierung **„Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern“**, BT-Drs. 17/11048

und den Anträgen

der Fraktion der SPD **„Neuregelung der elterlichen Sorge bei nicht verheirateten Eltern“**, BT-Drs. 17/8601,

der Abgeordneten Wunderlich, Dehm, Dittrich, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE **„Neuregelung des Sorgerechts für nicht miteinander verheiratete Eltern“**, BT-Drs.: 17/9402,

der Abgeordneten Dörner, Hönlinger, Lazar, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN **„Gemeinsames elterliches Sorgerecht für nicht miteinander verheirateter Eltern“**, BT-Drs.: 17/3219.

I. Zusammenfassung

Der Verband Unterhalt und Familienrecht e.V. ist der Auffassung, dass es geboten ist, nicht erst in zehn Jahren, sondern bereits jetzt eine gemeinsame Sorge kraft Gesetzes ab Feststehen der rechtlichen Vaterschaft zu etablieren. Diese Position wird bekanntlich auch von renommierten Fachleuten und Verbänden vertreten (siehe nur: Prof. Willutzki, Coester, Löhnig, DAV). Der Verband hat seine Auffassung schon vor den Entscheidungen des EGMR vom 03.12.2009 und des BVerfG vom 21.07.2010 eingehend in der Broschüre „Gemeinsame elterliche Sorge für nichteheliche Kinder, Impuls für Reform des Kindschaftsrechts“, 2009, dargelegt.

Der Verband ISUV begrüßt, dass der Gesetzesentwurf der Bundesregierung das Leitbild der gemeinsamen elterlichen Sorge zugrunde legt. Es bestehen allerdings gegen das modifizierte Antragsmodell in rechtspolitischer, gesellschaftspolitischer, rechtsvergleichender und verfassungsrechtlicher Hinsicht Bedenken. Diese Bedenken bestehen auch gegenüber den Anträgen der anderen Parteien. ISUV verkennt aber nicht, dass der Gesetzentwurf sich auch an politischer Durchsetzbarkeit messen lassen muss.

Ergänzend zu den Ausführungen der Verbandsbroschüre wird in diesem Zusammenhang Folgendes ausgeführt:

II. Recht des Kindes auf Verantwortungsübernahme durch beide Eltern ab Geburt

Nach Auffassung des ISUV verstößt der vorgelegte Entwurf gegen das Recht von nicht in einer Ehe geborenen Kindern und ihren Vätern aus Art. 6 II GG und benachteiligt sie entgegen Art. 6 V, 3 I, II GG.

Dafür ist maßgeblich, dass nach der Entscheidung des BVerfG vom 01.04.2008 - 1 BvR 1620/04 - jedes Kind ein verfassungsrechtlich geschütztes Recht auf Pflege und Erziehung durch beide Eltern hat, denen Art. 6 II GG eine entsprechende Pflicht gegenüber dem Kind auferlegt. Das verfassungsrechtlich geschützte Elternrecht aus Art. 6 II GG steht Müttern und Vätern unterschiedslos zu.

ISUV betont: Auch das nicht in einer Ehe geborene Kind hat ein unverletzliches Recht auf Verantwortungsübernahme durch beide Eltern unabhängig von seiner Lebenssituation vor und nach der Geburt. Dieses Recht hat der Staat zu schützen, indem er es konsequent umsetzt. Eine Ungleichbehandlung von unehelichen Kindern und ihren Eltern im Verhältnis zu ehelich geborenen Kindern und deren Eltern ist mit dem Kindeswohl nicht begründbar, zumal auch verheiratete Eltern vor oder nach der Geburt getrennt leben können (ebenso die Stellungnahme des Familienrechtsausschusses des DAV, Nr. 30/2012 aus März 2012). Deshalb kann der Gesetzentwurf die Ablehnung einer gemeinsamen elterlichen Verantwortung ab Feststehen der Vaterschaft nicht mit unterschiedlichen Lebensverhältnissen von ehelichen und nicht ehelichen Kindern rechtfertigen.

Das von dem Gesetzentwurf befürwortete modifizierte Antragsmodell stellt auch einen Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Kinder und ihrer Väter dar, weil es den tatsächli-

chen Regelfall der überwiegenden Mehrheit der Kinder, dass nämlich die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl entspricht, zur Ausnahme macht.

2010 wurden 33 % aller Kinder nicht in einer Ehe geboren, 1995 waren es 15 Prozent. Beachtenswert ist insbesondere, dass bei den Erstgeborenen der Anteil der nichtverheirateten Eltern mit 43 Prozent besonders hoch ist. Das vom BMJ in Auftrag gegebene Forschungsvorhaben „Gemeinsame Sorge nicht miteinander verheiratete Eltern“ hat ergeben, dass in vielen Fällen eine gemeinsame Sorgetragung von Müttern aus Gründen verweigert wird, die keinen Bezug zum Kindeswohl haben. Darüber hinaus gibt es eine durchaus signifikante Fallgruppe von Eltern, die wegen ihrer Harmonie und genereller Behördenscheu jegliche „offiziellen“ Maßnahmen nach Geburt des Kindes für überflüssig halten oder schlicht unterlassen. Diese Eltern erreicht der Entwurf zum Schaden ihrer Kinder mit dem Antragsmodell nicht.

Darüber hinaus ergab das Forschungsvorhaben, dass außerehelich geborene Kinder ganz überwiegend (80 %) in die Gemeinschaft ihrer Eltern hinein geboren werden. Im Jahre 1993 waren es nach der Untersuchung Vaskovics u. a., Lebenslage nichtehelicher Kinder 1997, S. 205, bereits 50 %. Nach überwiegender Auffassung und dem Vorschlag des Endberichts entspricht eine gemeinsame Sorge jedenfalls für diese familiäre Lebenslage dem Kindeswohl am besten. Wenn Eltern mit ihrem Kind zusammenleben, üben sie tatsächlich ihre Verantwortung gemeinsam aus, unabhängig davon, wie sie die Erziehungsarbeit untereinander aufteilen. Daher ist eine automatische rechtliche Absicherung der tatsächlich gemeinsam wahrgenommenen Elternverantwortung angemessen und notwendig in schwierigen Lebenslagen, wie beispielsweise Verhinderung der Mutter auf Grund von Krankheit.

Vor dem Hintergrund dieser Erkenntnisse entspricht in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl am besten, sodass auch verfassungsrechtlich eine gemeinsame Sorge kraft Gesetzes ab Feststehen der Vaterschaft geboten ist (ebenso: Coester, FamRZ 2012, 1337, 1342 ff.).

Deshalb fördert es nicht das Kindeswohl, geschweige denn den familiären Frieden, wenn der Gesetzgeber Eltern zur Abgabe von Sorgeerklärungen und im Übrigen Väter zur Durchführung eines streitfördernden Gerichtsverfahren zwingt, obwohl nur in Ausnahmefällen (siehe auch Salzgeber/Fichtner, FamRZ 2011, 945, 950) eine gemeinsame Sorge dem Kindeswohl widerspricht.

Dem vom Entwurf favorisierten materiell-rechtlichen Leitbild der gemeinsamen Sorge und den verfassungsrechtlichen Anforderungen kann aber nur dadurch effektiv Rechnung ge-

tragen werden, dass die gemeinsame Sorge automatisch ab Feststehen der Vaterschaft entsteht. Das Antragsmodell benachteiligt den Vater auch weiterhin gegenüber der Mutter, da es zum Ausdruck bringt, dass die gemeinsame Sorge dem Vater nicht naturgegeben verliehen ist, wie es Art. 6 II GG vorsieht, sondern nur begründet werden kann, wenn er sich dazu im Einzelfall nach den materiell-rechtlichen Anforderungen als geeignet erweist.

Der automatischen gemeinsamen Sorge steht auch nicht entgegen, dass diese Regelung auch Väter erfassen kann, die sorgenunwillig sind. Denn das Kind hat verfassungsrechtlich einen Anspruch auf Sorge durch beide Eltern. Es besteht eine gemeinsame elterliche Pflicht zur Verantwortung. Die gemeinsame Sorge kraft Gesetzes stärkt darüber hinaus die Verantwortung der Väter, aktiviert am ehesten ihre Ressourcen, fördert weiterhin Bewusstseinsveränderungen hinsichtlich der Situation von außerehelich geborenen Kindern und wirkt dem Verlust des Vaters bei Kindern in Patchwork-Familien entgegen.

ISUV verkennt nicht: Wenn die gemeinsame Sorge im Einzelfall dem Wohl des Kindes widerspricht, kann sie auf Antrag der Mutter aufgehoben werden. Eine solche Antragsstellung muss auch schon vor Geburt des Kindes möglich sein. Auch der Gesetzentwurf will grundsätzlich zunächst sorgenunwillige Väter in die Verantwortung einbeziehen, da er der Mutter ein Recht auf Beantragung der gemeinsamen elterlichen Sorge gewährt. In diesem Zusammenhang ist über ein Antragsrecht des Kindes nachzudenken.

Für eine gemeinsame Sorge kraft Gesetzes sprechen schließlich die Erfahrungen mit der Neuregelung des § 1671 BGB durch die Kindschaftsreform 1998, die innerhalb kürzester Zeit dazu führte, dass die gemeinsame Sorge nach Trennung und Scheidung – im Regelfall ohne streitige Verfahren - auch zum tatsächlichen Regelfall wurde, da sie von den Eltern als Leitbild akzeptiert wurde. Vor diesem Hintergrund ist auch nicht zu erwarten, dass eine gemeinsame Sorge kraft Gesetzes ab Feststehen der Vaterschaft zu einer Vielzahl von streitigen, durch Mütter eingeleiteten Verfahren führt. Insoweit ist auch auf entsprechende Erfahrungen im europäischen Ausland zu verweisen (vgl. nur: Willutzki, ZKJ 2011, 174).

III. Gemeinsame Sorge kraft Gesetzes in sonstigen Fallgestaltungen

1. Gemeinsame Sorge kraft Gesetzes bei Zusammenleben der Eltern

Nach Auffassung von ISUV ist eine automatische gemeinsame Sorge bei Zusammenleben der Eltern geboten. Es ist bereits dargelegt worden, dass es dem Wohl der Familie widerspricht, einem mit der Mutter und dem Kind zusammenlebenden Vater anzusinnen, in die-

ser Situation ein gerichtliches Verfahren einzuleiten, wenn die Mutter keine gemeinsame Sorge wünscht.

Anknüpfungspunkt für die Feststellung des Zusammenlebens ist zunächst die gemeinsame Meldeanschrift. Dass insoweit ausnahmsweise Manipulationen zu erwarten sind, steht dem nicht entgegen. Darüber hinaus hat die Mutter die Möglichkeit der Abänderung gemäß § 1671 BGB. Die frühere französische Regelung sah im Übrigen für den Streitfall zusätzlich die Möglichkeit der gerichtlichen Feststellung des Zusammenlebens in einem vereinfachten Verfahren vor.

2. Gemeinsame Sorge kraft einseitiger Sorgeerklärung des Vaters

Nach Auffassung von ISUV sollte in jedem Fall der Kompromissvorschlag der Kinderrechtekommission des DFGT, ZKJ 2011, 130 Berücksichtigung finden, wonach ab rechtlichem Feststehen der Vaterschaft die gemeinsame elterliche Sorge automatisch aufgrund einer Sorgeerklärung des Vaters eintritt. Dieser Vorschlag, ist - wenn schon keine gemeinsame Sorge kraft Gesetzes für alle Kinder politisch durchsetzbar ist - jedenfalls besser zur Wahrung des Kindeswohls geeignet als die vorgelegten Entwürfe.

IV. Gesetzentwurf

Der Gesetzentwurf setzt nach ISUV-Meinung das ihm zugrunde gelegte Leitbild der grundsätzlich gemeinsamen elterlichen Sorge durch das modifizierte Antragsmodell zu wenig effektiv um.

Ungeachtet des Umstandes, dass auf Grundlage des vom Entwurf befürworteten Antragsmodells das neue Leitbild zu begrüßen ist, bestehen jedoch weiterhin Bedenken hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Umsetzung gem. § 155 a FamFG - E.

a)

Die vom Entwurf vorgesehene Karenz – bzw. Schutzfrist für die Mutter gem. § 155 a II FamFG führt dazu, dass der Vater innerhalb dieses Zeitraums bis zur gerichtlichen Entscheidung generell ohne ausreichende Gründe von einer gemeinsamen Sorge ausgeschlossen wird, obwohl in diesem Zeitraum maßgebliche Entscheidungen anstehen können (zum Beispiel Namenswahl, Operationen). Für die Schonfrist der Mutter trägt der Gesetzentwurf allerdings keine hinreichende Begründung vor, die ein Zurückstehen des Kindes-

rechts und des Elternrechts des Vaters gem. Art. 6 II EMRK auf frühestmögliche Beteiligung des Vaters an der Elternverantwortung rechtfertigen könnte.

Der Verband ist der Auffassung, dass sich die Mutter logischer- und praktischerweise vor der Geburt über die Beteiligung des Vaters an der Sorge schlüssig werden muss. Zudem sind ihr da schon die prinzipiellen Vorgaben einer gemeinsamen elterlichen Sorge bekannt.

Die sechswöchige Erklärungsfrist ab der Geburt des Kindes kann auch nicht mit den Zwecken des Mutterschutzes begründet werden, der zu einer Freistellung von der Arbeitsverpflichtung führt. Die Mutter ist als Sorgerechtsinhaberin spätestens jetzt verpflichtet, die fundamentalen Belange des Kindes schnell zu regeln. Zudem ist kein Grund erkennbar, warum die Regelung der elterlichen Sorge insoweit anders behandelt werden sollte als die sonstigen Verfahren gem. § 155 I FamFG. Auch die Mutter eines ehelichen Kindes, dessen Vater nach der Geburt einen Antrag auf Alleinsorge stellt, kann sich zu Recht nicht auf eine solche pauschalierende Frist stützen, die den effektiven Rechtsschutz und die Grundrechtsverwirklichung unverhältnismäßig einschränkt. Vielmehr reichen die allgemeinen Regelungen für Terminsverlegungen aus.

b)

Bedenken bestehen darüber hinaus im Hinblick auf das schriftliche Verfahren ohne Anhörung der Eltern und des Jugendamtes jedenfalls in den Fällen, in denen die Mutter dem gemeinsamen Sorgerecht widerspricht, aber das Gericht diese Einwände nicht als erheblich ansieht. Andererseits hat das BVerfG in seiner Entscheidung vom 21.07.2010 betont, dass die Zugangsvoraussetzungen zur gemeinsamen Sorge nicht zu hoch angesetzt werden dürfen und ein gemeinsames Sorgerecht kraft Gesetzes – also ohne eine Einzelfallprüfung des Kindeswohls – als verfassungskonform angesehen.

c)

Auch im europäischen Rechtsvergleich erweist sich der Gesetzentwurf als restriktiv. Nach einem Überblick in der Entscheidung des BVerfG vom 21.07.2010 (1 BvR 420/09) erhalten in der ganz überwiegenden Zahl von Ländern der Europäischen Union unverheiratete Eltern kraft Gesetzes die gemeinsame Sorge und werden damit verheirateten Eltern weitergehend oder vollständig gleichgestellt.

V. Ergebnis

1.

Die von ISUV befürwortete Regelung des gemeinsamen Sorgerechts kraft Gesetzes entspricht nicht nur eher dem gesellschaftlichen und grundrechtlichen Verständnis einer gemeinsamen elterlichen Verantwortung außerehelich geborener Kinder, sondern auch dem europäischen Standard. Diese Maßstäbe erfüllen der Gesetzentwurf und die Anträge der anderen Parteien nicht in ausreichendem Maße.

Nachdem der Gesetzgeber im Bereich des Nichtehelechts verzögert auf gesellschaftliche Entwicklungen reagiert hat und Reformen erst durch das BVerfG und zuletzt auch durch den EGMR angestoßen werden mussten, sollte nicht erneut eine Lösung geschaffen werden, die den schützenswerten Interessen der Kinder und ihrer Eltern nicht hinreichend Rechnung trägt. Vielmehr muss eine Lösung bedacht werden, die nicht in absehbarer Zeit wieder geändert werden muss. (Kinderrechtekommission des DFGT, ZKJ 2011, 130, 132).

2.

Der Verband schlägt deshalb folgende Änderungen zur Neuregelung der Begründung der gemeinsamen elterlichen Sorge vor:

In § 1626 I BGB sollte folgender neuer Satz 3 eingefügt werden:

Sie steht den Eltern gemeinsam zu, soweit das Familiengericht keine andere Entscheidung trifft.

Eine Abänderung der gemeinsamen elterlichen Sorge erfolgt dann gem. § 1671 BGB, die auch schon vor Geburt möglich sein sollte, soweit in diesem Zeitraum bereits die Voraussetzungen für eine gemeinsame Sorge bei Geburt vorliegen. Dies ist durch eine Ergänzung der bisherigen Fassung von § 1671 II BGB zu ermöglichen:

Das Familiengericht kann schon vor Geburt die elterliche Sorge oder einen Teil allein übertragen.

Schließlich ist auch der Begriff der elterlichen Sorge durch „elterliche Verantwortung“ zu ersetzen entsprechend dem im europäischen Umfeld gängigen Sprachgebrauch (Willutzki, ZKJ 2011, 174).

Wegen weiterer ergänzender Reformanregungen wird auf die Stellungnahmen der Kinderrechtkommission des DFGT, ZKJ 2011, 130, 132 f. verwiesen.

Josef Linsler

ISUV-Bundesvorsitzender