

Verband alleinerziehender Mütter und Väter, Bundesverband e. V. (VAMV)

Zur Einführung einer negativen Kindeswohlprüfung im Sorgerecht auf der Grundlage eines neuen Leitbildes

Stellungnahme zum Referentenentwurf der Bundesregierung vom 28.03.2012 für ein Gesetz zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern (Auszug)

Keine wissenschaftlichen Grundlagen

§ 1626a Absatz 2 S.1 BGB-E legt fest: „Das Familiengericht überträgt [...] auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge [...] auf beide Eltern gemeinsam, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht.“

Der Entwurf etabliert nach den Ausführungen der Entwurfsbegründung ein neues Leitbild, welches beinhaltet, dass möglichst eine gemeinsame Sorgerechtsübertragung erfolgen soll (Ref.-Entw., S. 11). Dazu möchte „die Reform dort, wo es dem Kindeswohl nicht widerspricht, eine gemeinsame elterliche Sorge erreichen.“ (a.a.O.) Eine wissenschaftliche Begründung für dieses Ziel bleibt die Bundesregierung schuldig. Zwar wird in der Begründung das Bundesverfassungsgericht aus seiner Entscheidung von 2003 zitiert, wonach „sozialwissenschaftliche Untersuchungen bestätigen, dass die gemeinsame elterliche Sorge grundsätzlich den Bedürfnissen des Kindes nach Beziehungen zu beiden Elternteilen entspricht und ihm verdeutlicht, dass beide Eltern gleichermaßen bereit sind, für das Kind Verantwortung zu tragen.“ (BVerfG v. 29.01.03, 1 BvL 20/99)

Das ist eine Aussage, der sich der VAMV ebenfalls anschließt. Sie ist jedoch nur gültig, wenn beide Eltern kooperationsfähig und kooperationsbereit sind. Dies hat auch das Bundesverfassungsgericht in seiner von der Begründung zitierten Entscheidung weiter ausgeführt. In der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts heißt es nämlich anschließend: „Allerdings weisen Studien auch darauf hin, dass bei mangelnder Kooperationsbereitschaft und einem hohen Konfliktpotential zwischen den Eltern schwere Belastungen für das Kind entstehen können, sodass gegen eine gemeinsame Sorge erhebliche Bedenken anzumelden sind.“ (a.a.O.) Und weiter führt das Bundesverfassungsgericht aus: „Nach Wallerstein/Lewis/Blakeslee (Scheidungsfolgen – Die Kinder tragen die Last. Eine Langzeitstudie über 25 Jahre, 2002, S. 228 f.) ist für das Wohl des Kindes im Falle der Tren-

nung seiner Eltern nicht so sehr von Bedeutung, ob die Eltern das gemeinsame Sorgerecht haben oder einem allein die Sorge zusteht. Entscheidend seien vielmehr die Qualität der Eltern-Kind-Beziehung und die Kooperationsbereitschaft zwischen den Eltern.“ (a.a.O.)

Auch der Bundesgerichtshof urteilte im Jahr 2007 unter Berufung auf wissenschaftliche Quellen: „Für die allgemein gehaltene Aussage, dass eine gemeinsame elterliche Sorge nach der Trennung der Eltern dem Kindeswohl prinzipiell förderlicher sei als die Alleinsorge eines Elternteils, besteht in der kinderpsychologischen und familiensoziologischen Forschung auch weiterhin keine empirisch gesicherte Grundlage.“¹ Dies wurde aktuell auch wieder von dem vom Gesetzgeber selbst in Auftrag gegebenen Forschungsprojekt zum Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern festgestellt: „Im Hinblick auf die Verhaltensentwicklung der Kinder ist zu konstatieren, dass sich das Sorgerecht der Eltern als unbedeutend erweist. Wesentlich enger sind die Zusammenhänge zwischen kindlicher Entwicklung (als Indikator des Kindeswohls) und dem Erziehungsverhalten der Eltern, vor allem auch deren Zusammenarbeit in der Betreuung und Erziehung der Kinder.“² So formulieren die Autor/innen des Endberichts eines der wichtigsten Ergebnisse der standardisierten Elternbefragungen.

Aus Sicht des Kindeswohls, so die Schlussfolgerung aus den wissenschaftlichen Erkenntnissen, ist es also nicht erforderlich, dass eine gemeinsame Sorge der Eltern in rechtlicher Form existiert. Im Gegenteil warnen die Verfasser/innen des Endberichts: „Insofern sollte das gemeinsame Sorgerecht nicht mit überhöhten Erwartungen überfrachtet werden“, denn „die bessere Kooperation der Eltern ist eher ein Grund für die Abgabe einer Sorgeerklärung, als ein Resultat derselben.“ (a.a.O., S. 352) Gegen das neue Leitbild spricht auch, dass die Quote der Fälle, in denen nach einer gewissen Zeit nach der Scheidung die

1 BGH Beschluss vom 12.12.2007 – XII ZB 158/05 – RNR.10 mit Nachweisen zum Forschungsstand.

2 Vorgezogener Endbericht des im Auftrag des BMJ durchgeführten Forschungsprojektes „Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander

ander verheirateter Eltern“ (Endbericht) (10.1 Die standardisierten Elternbefragungen), S. 34.

Übertragung der Alleinsorge gerichtlich geregelt werden muss, steigt.³

Die Zielgruppe der Regelung

Die Grundlage eines Antrags auf Übertragung der gemeinsamen Sorge auf beide Eltern ist die Tatsache, dass ein Elternteil die gemeinsame Sorge nicht mit dem anderen Elternteil gemeinsam ausüben möchte. Unabhängig von den Gründen für diese Haltung liegt damit ein Konfliktfall vor, für den die neue gesetzliche Regelung eine adäquate Lösung bieten muss.

Die Trennlinie verläuft also nicht zwischen Kindern von miteinander verheirateten Eltern und Kindern von nicht miteinander verheirateten Eltern, sondern zwischen Kindern mit Eltern, die in der Lage sind, miteinander zu kooperieren und solchen, die nicht kooperationsfähig sind. Denn die einen Eltern haben in Form von Heirat oder übereinstimmender Sorgeerklärung eine rechtliche Erklärung dahingehend abgegeben, dass sie die Sorge für ihre Kinder gemeinsam ausüben möchten, und bei den anderen Eltern möchte mindestens einer der beiden Elternteile die Sorge nicht gemeinsam mit dem anderen Elternteil ausüben.

Die betroffene Gruppe, für die die neue gesetzliche Regelung gefunden werden muss, ist wesentlich kleiner, als gemeinhin angenommen wird. Es handelt sich um maximal 9,2 %⁴ aller Familien mit Kindern unter 18 Jahren. Das bedeutet, dass bereits in über 90 % aller Fälle Eltern durch Heirat oder gemeinsame Sorgeerklärung in der Lage sind, in gegenseitigem Einvernehmen die gemeinsame Sorge für ihre Kinder herzustellen. Sollte Unwissenheit der Grund für die Nichtabgabe einer gemeinsamen Sorgeerklärung sein, kann dieser mit verstärkter Beratung und Aufklärung begegnet werden; eine rechtliche Änderung ist hier nicht erforderlich. In allen übrigen Fällen liegt ein Elternkonflikt vor. Die Gründe und Konstellationen bei der Uneinigkeit von Eltern über den Sinn einer gemeinsamen Sorge sind hier vielfältig und reichen von gewaltbelasteten Beziehungen, über Elternschaft ohne vorangegangene gelebte Beziehung bis hin zu weitreichenden Unterschieden in der Ansicht über Kindererziehung, geschlechterspezifische Rollenverteilungen sowie religiösen Unverträglichkeiten. Nicht zuletzt trennen sich Paare aufgrund von Konflikten auf der Elternebene und umgekehrt

können Paarkonflikte zu einer reduzierten elterlichen Kooperation führen.

Die Annahme, dass ausgerechnet für Kinder aus diesen problematischen Elternkonstellationen die gemeinsame Sorge die geeignetste rechtliche Sorgelform ist, widerspricht allen wissenschaftlichen Erkenntnissen. Ausgerechnet hier jedoch möchte der Gesetzgeber nach eigenem Bekunden möglichst eine gemeinsame Sorge erreichen und unter Verzicht auf eine positive Kindeswohlprüfung die ideologisch motivierte gesetzliche Vermutung aufstellen, dass die gemeinsame Sorge im Zweifel für das Kindeswohl das bessere Modell sei.

Die Ideologie des neuen Leitbildes

Zur Begründung seines Leitbildes zitiert der Gesetzgeber Ausführungen des Kammergerichts Berlin darüber, was für Kinder wichtig sei: „Es entspricht dem Kindeswohl, wenn ein Kind in dem Bewusstsein lebt, dass beide Eltern für es Verantwortung tragen, und wenn es seine Eltern in wichtigen Entscheidungen für sein Leben als gleichberechtigt erlebt.“ (Reg.-Entw., S. 18) Das ist auch nach Ansicht des VAMV grundsätzlich richtig. Beides wird jedoch nicht durch die Übertragung der gemeinsamen Sorge auf die Eltern bewirkt.

Die Übernahme tatsächlicher Sorgeverantwortung durch beide Eltern

Die tatsächliche Sorgeverantwortung wird im derzeitigen deutschen Recht auf den verschiedenen Rechtsgebieten des Unterhaltsrechts, des Umgangs- und des Sorgerechts abgehandelt. [...] Die erwünschte Verantwortungsübernahme beider Eltern, die zu erleben für das Wohl des Kindes so wichtig ist, kann durch das Rechtsinstitut der gemeinsamen Sorge nicht zwangsläufig herbeigeführt werden. So formuliert es auch die Begründung selbst: „Es wird nicht verkannt, dass die Wahrnehmung von Verantwortung nicht erzwungen werden kann.“ (Ref.-Entw., S. 17) Das ist bereits für das Umgangsrecht, auf das das Kind sogar einen materiellrechtlichen Anspruch hat, bekanntermaßen höchststrichlich entschieden.⁵ Zwar ist der Vater seinem Kind gegenüber zur Pflege und Erziehung verpflichtet, so zitiert der Entwurf (S. 10) das BVerfG, aber die entsprechende Entscheidung zum

3 „Allerdings erweist sich offensichtlich das gemeinsame Sorgerecht im Alltag geschiedener Paare häufig als schwierig: jedenfalls beantragen heute geschiedene Eltern deutlich häufiger nachträglich eine gerichtliche Klärung des Sorgerechts für die gemeinschaftlichen Kinder als noch vor 10 Jahren.“ (Statistisches Bundesamt (2011): Wie leben Kinder in Deutschland?, Wiesbaden, S. 10).

4 Eigene Berechnung des VAMV auf Grundlage von Daten aus dem Mikrozensus 2008 (BMFSFJ (2010): Familienreport 2010, S. 22) und Schätzungen, beruhend auf den Daten aus dem vorge-

zogenen Endbericht des im Auftrag des BMJ durchgeführten Forschungsprojektes „Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern“ und Schätzungen des BVerfG in Nr. 24 seines Beschlusses vom 21. Juli 2010 – 1 BvR 420/09 – aufgrund der amtlichen Statistiken für 2008.

5 BVerfG, Urteil vom 01.04.2008 – 1 BvR 1620/04 – Leitsatz 3: Ein Umgang mit dem Kind, der nur mit Zwangsmitteln gegen seinen umgangsunwilligen Elternteil durchgesetzt werden kann, dient in der Regel nicht dem Kindeswohl.

Sorgerecht wird nicht lange auf sich warten lassen, wenn das neue Gesetz pro forma der Mutter ebenfalls die Möglichkeit gibt, den Vater klageweise in die gemeinsame Sorge zu zwingen. Wir werden erleben, dass von dieser Verpflichtung des Vaters nichts übrig bleibt, wenn er sie einfach nicht übernehmen will. Die Übertragung des Entscheidungsrechts hingegen entfaltet sofortige rechtliche Wirkung, indem die Mutter ohne Unterschrift des Vaters in den wichtigen Angelegenheiten jede Handlungsfähigkeit verliert.

Denn das Sorgerecht, um dessen Übertragung es im vorliegenden Gesetzesentwurf geht, betrifft nicht die Sorgeverantwortung, die immer auch Sorgerepflichten impliziert, sondern beinhaltet lediglich ein reines Entscheidungsrecht in Angelegenheiten von besonderer Bedeutung. Die für verantwortliche Entscheidungen notwendige Pflichtenseite lässt sich weder nach der derzeitigen rechtlichen Situation, noch nach dem vorliegenden Entwurf rechtlich durchsetzen, sie bleibt vollkommen ausgeblendet. Entscheidungsbefugnis und tatsächliche Sorgeverantwortung fallen auseinander.

Gleichberechtigung der Eltern in den wesentlichen Entscheidungen

Was „das Erleben von Gleichberechtigung der Eltern in den wesentlichen Entscheidungen für sein Leben“ anbelangt, so kann auch dies für das Kind nicht durch die gemeinsame Sorge zwingend bewirkt werden. Vielmehr wird es unter Umständen erleben müssen, dass die Mutter von Entscheidungen des Vaters abhängig ist, dieser jedoch nicht in gleichem Maße von Entscheidungen der Mutter, denn das gemeinsame Sorgerecht bewirkt unterschiedliche Folgen für betreuende und nicht betreuende Elternteile.⁶

Trotz rechtlicher Gleichstellung ergibt sich im Alltag eine Schieflage zuungunsten der betreuenden Elternteile, weil derjenige Elternteil, bei dem das Kind lebt, die gemeinsamen Beschlüsse in der Regel umsetzen und die Folgen im Alltag tragen muss. Ein Beispiel: Die Mutter will mit dem Kind wegen einer neuen Arbeitsstelle umziehen. Da der Vater mit ihr zusammen das gemeinsame Sorgerecht und daher auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht für das Kind hat, kann sie ohne seine Zustimmung nicht umziehen. Werden sich die Eltern in diesem Punkt nicht einig, bleibt der Mutter nur, beim Familiengericht einen Antrag darauf zu stellen, dass ihr das Aufenthaltsbestimmungsrecht allein übertragen wird. Solange das Gericht nicht entschieden hat, ist die Mutter ohne die Erlaubnis des Vaters nicht handlungsfähig.

Bis dahin wird die Arbeitsstelle in der Regel anderweitig vergeben sein. Der umgangsberechtigte Vater dagegen kann umziehen, ohne die Mutter um Zustimmung bitten zu müssen – auch wenn beispielsweise der Umgang beeinträchtigt wird. Auch dies ist eine wesentliche Entscheidung für das Leben des Kindes, wenn es aufgrund des Wegzugs den Vater weniger häufig sieht und weitere Wegstrecken, womöglich unbegleitetes längeres Reisen in Kauf nehmen muss. [...]

Der Maßstab für die Kindeswohlprüfung

Das Bundesverfassungsgericht hatte in seiner Übergangsregelung bewusst den Maßstab der positiven Kindeswohlprüfung gewählt: Das Familiengericht solle den Eltern auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge gemeinsam übertragen, „soweit zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl entspricht“. Das Bundesverfassungsgericht begründet seinen gewählten Prüfungsmaßstab hinsichtlich des Kindeswohls damit, dieser solle „sicherstellen, dass die Belange des Kindes maßgeblich Berücksichtigung finden, jedoch die Zugangsvoraussetzungen zur gemeinsamen Sorge nicht zu hoch angesetzt werden“ (BVerfG v. 21.07.10, 1 BvR 420/09 – Rnr. 75). Auch der EuGH sieht den Sinn einer Antragsregelung, die er für vereinbar mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union erachtet, darin, „eine Entscheidung über die Sorge für das Kind unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu treffen, wie die Umstände der Geburt des Kindes, die Art der Beziehung zwischen den Eltern, die Beziehung zwischen Elternteil und Kind sowie die Fähigkeit jedes Elternteils, die Aufgabe der Sorge zu übernehmen.“ (EuGH v. 05.10.2010 – C-400/10 – Rnr. 63)

Der Gesetzgeber ist hingegen der Ansicht, die Zugangsvoraussetzungen dürften schon deshalb nicht zu hoch angesetzt werden, weil ansonsten in der Praxis nur in Ausnahmefällen ein gemeinsames Sorgerecht erreicht werden könnte (Ref.-Entw., S. 19). Ein solches Ergebnis widerspräche seiner Idealvorstellung, auch in Konfliktfällen möglichst zur gemeinsamen Sorge zu kommen.

Nach Ansicht des VAMV steht zu befürchten, dass die negative Kindeswohlprüfung dazu führen wird, dass die Belange des Kindes künftig nicht mehr die maßgebliche Berücksichtigung finden, die durch eine positive Kindeswohlprüfung sichergestellt werden. Deshalb spricht er sich gegen die Einführung dieses neuen Kindeswohlmaßstabs in sämtlichen vom Entwurf neugeregelten Vorschriften aus.

6 90 % der Alleinerziehenden sind Frauen, weshalb von Beispielfällen ausgegangen wird, in denen die Mutter der betreuende Elternteil ist, weil dies überwiegend der Realität entspricht (Statisti-

sches Bundesamt (2010): Alleinerziehende in Deutschland, Wiesbaden, S. 14).

Einführung einer gesetzlichen Vermutung und eines vereinfachten Verfahrens

§ 1626 a Absatz 2 S. 2 BGB-E legt fest: „Trägt der andere Elternteil keine Gründe vor, die der Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen können, und sind solche Gründe auch sonst nicht ersichtlich, wird vermutet, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht.“

§ 155 a Absatz 3 FamFG-E legt fest: „In den Fällen des § 1626 a Abs.2 S.2 BGB hat das Gericht im schriftlichen Verfahren und ohne persönliche Anhörung der Eltern zu entscheiden. § 162 ist nicht anzuwenden.“

Mit dieser Vermutung setzt der Gesetzgeber nach eigenem Bekunden (a.a.O., S. 19) den in Kindersachssachen geltenden Amtsermittlungsgrundsatz außer Kraft. Er stellt einen Automatismus her, der aufgrund fehlenden Beteiligtenvortrags direkt zur Übertragung der gemeinsamen Sorge führt. Bringt die Mutter keine oder keine ausreichenden Gründe vor, die gegen die gemeinsame Sorge sprechen, darf das Gericht keinerlei eigenständige Beurteilung vornehmen, sondern spricht die gemeinsame Sorge zu. Der Gesetzgeber will diese Vermutung zusammen mit einem Schnellverfahren auf den Weg bringen, welches dazu führt, dass das Gericht die Antragsgegnerin im schlechtesten Fall weder sieht noch irgendeine Stellungnahme von ihr erhält, die Hinweise auf die tatsächliche familiäre Situation des Kindes geben könnte. Hier soll der/die Familienrichter/in keinerlei Gestaltungsmöglichkeit haben und zu einer Art Beurkundungsbeamten werden. Der einzige Fall, in dem der Gesetzgeber dem Gericht eine Möglichkeit zur Amtsermittlung einräumt, ist der, wenn dem Richter/der Richterin bereits Tatsachen bekannt sind, die der gemeinsamen Sorge entgegenstehen.

Wie das Gericht zu solchen Informationen kommen sollte, bleibt das Geheimnis des Gesetzgebers, denn mit dem Ausschluss des Jugendamtes aus dem Verfahren tritt genau die Stelle, die üblicherweise solche Informationen besitzen könnte, nicht in Kontakt mit dem Gericht. Es ist sehr unwahrscheinlich, dass die Eltern ausgerechnet dem/der zuständigen Richter/in aus einem vorangegangenen Verfahren bekannt sein sollten. Je jünger das Kind ist, desto geringer die Wahrscheinlichkeit, denn dem Familiengericht begegnen naturgemäß nur Verfahren in familienrechtlichen Angelegenheiten; über anhängige Strafverfahren beispielsweise dürfte es nicht informiert sein und wird – da ihm die Amtsermittlung verwehrt ist – davon auch keine Kenntnis erlangen.

Der Gesetzgeber begründet seine Vermutung mit der Annahme, dass eine Mutter, die tatsächlich kindeswohlgetragene Gründe gegen die gemeinsame

Sorge hat, diese auch vorbringt, während in einem Fall, in dem die Mutter schweigt, in der Regel angenommen werden kann, dass auch in ihren Augen eine gemeinsame Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht (a.a.O., S.20). Diese Annahme wird durch nichts gestützt. Schon durch die Einführung einer Karenzzeit für die Zeit nach der Geburt wird deutlich, dass auch der Gesetzgeber um Situationen weiß, in denen eine unterbliebene Stellungnahme keine wirksamen Schlüsse auf die tatsächliche Situation des Kindes und seiner Eltern zulässt.

Zu hohe Anforderungen an die Stellungnahme der Mutter

Zudem soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers nicht nur die unterlassene Stellungnahme automatisch zur Übertragung der gemeinsamen Sorge führen. Die Begründung für die Ablehnung der gemeinsamen Sorge soll schriftlich erfolgen und muss ausdrücklich sehr hohen Anforderungen genügen, um einen Zuspruch der elterlichen Sorge im Schnellverfahren zu vermeiden. So verlangt der Gesetzgeber

laut Begründung an dieser Stelle, das heißt bereits in der schriftlichen Stellungnahme, die die Mutter abzugeben hat, die Darlegung „einer schweren und nachhaltigen Störung auf der Kommunikationsebene, die befürchten lässt, dass den Eltern eine gemeinsame Entscheidungsfindung nicht möglich sein wird.“ (a.a.O., S. 19) Dazu wird ein differenzierter Tatsachenvortrag gefordert, der „die Schwierigkeiten zwischen den Eltern dezidiert schildert.“ (a.a.O.) Indem der Entwurf beispielhaft Argumente anführt, deren Vorbringen keine Relevanz für das Kindeswohl haben (a.a.O.), rückt er die Anforderungen in die Nähe eines für eine Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB erforderlichen Vortrags.

Der VAMV befürchtet, dass es viele Mütter gibt, die diesen Anforderungen ohne anwaltliche Hilfe nicht gewachsen sein werden. Anwaltliche Hilfe ist jedoch nicht in Sicht: Kindschaftssachen und damit auch Sorgerechtsstreitigkeiten (§§ 111, 151 FamFG) unterfallen gem. § 114 Abs. 1 FamFG i.V.m. § 112 FamFG erstinstanzlich nicht dem Anwaltszwang. Eine Beiordnung, die aufgrund der hohen Anforderungen eines differenzierten Tatsachenvortrags nach § 78 Abs. 2 FamFG wegen der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage geboten sein könnte, würde einen Antrag der Mutter voraussetzen. Dazu müsste sie jedoch bereits vor Abgabe der Stellungnahme über die hohen Anforderungen für eine erfolgreiche Stellungnahme informiert sein. Ohne eine mündliche Anhörung wird der Richter/die Richterin jedoch nichts über mögliche kindeswohlrelevante Gründe erfahren und kann auch nicht aufgrund einer offensichtlich schwierigen Sachlage einen diesbezüglichen richterlichen Hinweis geben. Auch das Jugendamt, welches im normalen Verfahren Kontakt mit der Mutter aufnimmt, ist im vereinfachten Verfahren nicht beteiligt und kann die Mutter also diesbezüglich nicht beraten.

Auch hier greift die Annahme des Gesetzgebers, dass eine Mutter, die tatsächlich kindeswohlgetragene Gründe gegen die gemeinsame Sorge hat, diese auch vorbringen werde, zu kurz. Ein Vortrag der Mutter ohne anwaltliche Unterstützung, der den hohen Anforderungen des Gesetzes nicht genügt, sagt nichts über die tatsächliche Situation des Kindes und das Verhältnis zwischen den Eltern aus; eine Vermutung kann, darf und sollte deswegen nach Ansicht des VAMV eine Kindeswohlprüfung nicht ersetzen. Es ist deshalb im Interesse des Kindeswohls geboten, den Amtsermittlungsgrundsatz nicht einzuschränken und den vorliegenden Gesetzesentwurf entsprechend abzuändern.

Verstoß gegen die UN-Kinderrechtskonvention

Bleibt der Gesetzgeber jedoch bei dem vorliegenden Entwurf, steht zu bedenken, dass dieser nach Ansicht des VAMV einer Überprüfung anhand der UN-Kinderrechtskonvention nicht standhalten wird. Nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention ist der Gesetzgeber gehalten, bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, das Kindeswohl als vorrangigen Gesichtspunkt zu berücksichtigen. Das bedeutet, dass dem Kindeswohl bei allen Entscheidungen eine besonders herausgehobene Bedeutung zukommen muss. Diese kann zwar im Einzelfall durch kollidierende Belange von höherem Rang überwunden werden, doch bedarf dieses Ergebnis stets besonderer und sorgfältiger Begründung. [...]

Karenzfrist für die Mutter

§ 155 a Absatz 2 Satz 2 FamFG-E legt fest: Die Frist der Mutter zur Stellungnahme endet frühestens 6 Wochen nach der Geburt des Kindes. Der VAMV hält es zwar generell für sinnvoll, eine Schutzfrist für die Mutter festzulegen, die sicherstellt, dass diese sich innerhalb eines bestimmten Zeitraums nach der Geburt zum Sorgeantrag des Vaters nicht äußern muss. Allerdings hält er eine Frist von 6 Wochen für viel zu kurz; angesichts der Tatsache, dass die gesetzliche Mutterschutzfrist 8 Wochen bzw. 12 Wochen bei Früh- und Mehrlingsgeburten beträgt, sollte diese Frist mindestens dem gesetzlichen Mutterschutz angeglichen werden. Diese Anmerkung gilt aber nur hilfsweise, denn im Zusammenhang mit einem Schnellverfahren lehnt der VAMV jede Frist ab, deren Ablauf zu einem Verfahren ohne Amtsermittlungsgrundsatz und ohne Anhörung der Eltern führt.

Verfahrensrechtliche Vereinfachungen

Die vom Gesetzgeber vorgesehenen verfahrensrechtlichen Vereinfachungen bestehen in der Aushebelung des Amtsermittlungsgrundsatzes und im Ausschluss des Jugendamtes vom gerichtlichen Verfahren sowie darin, die Anhörung der Eltern zu unterlassen. All dies soll dem Gericht ermöglichen, nur aufgrund des Beteiligtenvortrags im schriftlichen Verfahren zu entscheiden.

Angesichts der Tatsache, dass die daraufhin getroffene Sorgerechtsregelung im besten Falle 18 Jahre halten soll, ist es nach Ansicht des VAMV nicht einzusehen, weshalb die Anforderungen derart heruntergeschraubt werden müssen. Ein Erfordernis für

7 Lorz, Ralph Alexander (2010): Nach der Rücknahme der deutschen Vorbehaltserklärung: was bedeutet die uneingeschränkte Verwirklichung des Kindeswohlvorrrangs nach der UN-Kinder-

rechtskonvention im Deutschen Recht? National Coalition Berlin, S. 22.

besondere Eile ist nicht ersichtlich. Die Sorgeübertragung könnte problemlos im regulären beschleunigten Verfahren nach § 155 FamFG geregelt werden, worunter als vergleichbarer Fall beispielsweise die Regelung des Aufenthaltsbestimmungsrechts als Bestandteil der elterlichen Sorge fällt.

III. Fazit

Der VAMV kritisiert, dass das neue Leitbild des Gesetzgebers ideologischer Natur ist und nicht in ausreichendem Maße die Erkenntnisse der Wissenschaft zum Wohl des Kindes berücksichtigt.

Was der Gesetzgeber von den Müttern künftig fordern will, nämlich die dezidierte Darlegung von kindeswohlrelevanten Gründen für die von ihnen präferierte Lösung der Sorgerechtsfrage, kann der Gesetzgeber für seine eigene Lösung nicht vorbringen. Der Entwurf lebt von der Wunschvorstellung, dass der möglichst einfache Zugang beider Elternteile zum Entscheidungsrecht eine verantwortliche Ausübung sowie eine vermehrte Übernahme der Pflichten nach sich ziehen möge. Diese Grundannahme, dass die Zuteilung von Rechten ein verantwortliches Verhalten auslöst, kann der VAMV aufgrund der Erfahrung vieler Alleinerziehender nicht teilen. Auch eine wissenschaftliche Grundlage für diese Annahme fehlt vollständig.

Den betroffenen Kindern erweist der Gesetzgeber mit seinen neuen Regelungen einen Bärendienst, wenn er ausgerechnet in Streitfällen über die gemeinsame Ausübung des Sorgerechts ausdrücklich anstreben will, „dass möglichst eine gemeinsame Sorgetragung erfolgen soll.“ (Ref.-Entw., S. 11) Weder die Entscheidung des BVerfG vom 21.07.10 (a.a.O.) noch die des EGMR vom 03.12.09 (Individualbeschwerde Nr. 22028/04, Fall Zaunegger) erfordern die vom Entwurf vorgesehene starke Absenkung der Zugangsvoraussetzungen zur gemeinsamen Sorge im Konfliktfall. Der Gesetzgeber folgt hier einem ohne wissenschaftliche Bestätigung entwickelten Leitbild einer weitestgehenden Priorität der gemeinsamen Sorge. Im Bemühen, die Aussage des Bundesverfassungsgerichts, die Zugangsvoraussetzungen zur gemeinsamen Sorge nicht zu hoch anzusetzen, zu erfüllen, schießt der Gesetzgeber über das Ziel hinaus und ignoriert damit völlig die damit einhergehende, ebenfalls vom Bundesverfassungsgericht vorgegebene Einschränkung, dass die Belange des Kindes maßgeblich Berücksichtigung finden müssen.

Insgesamt entsteht der Eindruck, dass es dem Gesetzgeber überwiegend um eine „gerechte“ Aufteilung der „Rechte über das Kind“ beziehungsweise „am

Kind“ geht und weniger um das Wohl des Kindes selbst; diese Sichtweise ist ein Rückschritt für das gesamte Kindschaftsrecht.

Denn sowohl die Kindschaftsrechtsreform von 1998 als auch das neue FamFG setzen als zentrales Kernstück und Grundlage jedes kindschaftsrechtlichen Verfahrens die Kindeswohlprüfung voraus; diese kann nicht einfach durch eine gesetzliche Vermutung ersetzt werden, sondern die wichtigste Aufgabe des Familienrichters/der Familienrichterin besteht in der Beurteilung des jeweiligen Einzelfalls. Die vom Gesetzgeber vorgeschlagenen verfahrensrechtlichen Vereinfachungen treten alle bisherigen Bemühungen, das Wohl des Kindes in den Mittelpunkt des Verfahrens zu stellen, ohne Not mit Füßen.

Der Entwurf nimmt für sich in Anspruch, im Spannungsfeld von Antragslösung und automatischer gemeinsamer Sorge kraft Gesetzes eine abgewogene Lösung gefunden zu haben, die dem Kindeswohl am besten Rechnung trägt (Reg.-Entw., S. 12). Diese Einschätzung kann der VAMV aus den dargelegten Gründen nicht teilen. Er tritt weiterhin für eine Antragslösung mit einem regelgerechten Verfahren und uneingeschränkter Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes in Verbindung mit einem Kriterienkatalog ein.⁸

Berlin, 16.05.2012, Sigrid Andersen

⁸ Formulierungsvorschlag des VAMV vom 04.11.2010, www.vamv.de und STREIT 4/10, 152-155.

die Förmlichkeiten und Hürden der §§ 1600 ff BGB entfällt aber der damit auch verbundene Schutz der bisher bestehenden und funktionierenden Familie. Die Vorbehalte, dass die Geltendmachung des neuen Umgangs- und Auskunftsrechtes mit dem Kindeswohl vereinbar sein muss, vermögen diesen nicht zu ersetzen. Sie gehen vielmehr ins Leere, denn in jedem Fall werden die kaum zu vermeidenden Verwerfungen in der bislang vertrauten Familie die betroffenen Kinder schwer belasten. [...]

Maria Lobeide, Berlin, 29.06.2012

Diakonie Bundesverband

Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMJ eines Gesetzes zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht verheirateten Vaters (Stand 11.05.2012) (Auszug)

Zur Neuregelung des Umgangs- und Auskunftsrechts, § 1686 a BGB, § 163a FamFG

Nach geltender Rechtsprechung ist bislang dem leiblichen, aber nicht rechtlichen Vater das Recht auf Kontakt zu dem Kind verwehrt, solange er nicht auch sozial-familiäre Beziehung zu dem Kind vorweisen kann. Diese Rechtslage hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in zwei Urteilen gerügt und Verstöße gegen Art. 8 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) festgestellt. Der vorliegende Gesetzentwurf soll dieser Rüge abhelfen.

Zu diesem Zweck soll ein neuer § 1686a BGB-E dem leiblichen Vater ein Recht auf Umgang und – bei berechtigtem Interesse – Auskunft über die persönlichen Verhältnisse seines Kindes einräumen. Beide Rechte stehen dabei in abgestufter Form unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl. So darf die Geltendmachung des Auskunftsrechtes dem Kindeswohl nicht widersprechen; der Umgang mit dem Kind hängt darüber hinaus davon ab, dass dieser dem Wohl des Kindes dient.

Um diese Rechte des leiblichen Vaters durchsetzen zu können, schlägt der Entwurf mit § 163a FamFG eine besondere Duldungspflicht vor, die zur Duldung von Untersuchungen zur Feststellung der Vaterschaft verpflichtet. [...]

De facto ermöglicht der Entwurf eine „kleine“ und rechtlich kaum abgesicherte Vaterschaftsanfechtung. Denn die Behauptung der „richtigen Vater“ zu sein, negiert bereits für sich genommen die Vaterschaft eines anderen Mannes. Mit dem Verzicht auf

Deutscher Juristinnenbund e.V. – Bundesverband

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern, Fassung vom 28. März 2012 (Auszug)

Negative Kindeswohlprüfung bei § 1680 BGB-E

Auch bei § 1680 BGB soll die negative Kindeswohlprüfung eingeführt werden und die bisherige positive Kindeswohlprüfung wird hier durch die Vermutung ersetzt, dass die Alleinsorge des nichtehelichen Vaters nach dem Tod der bis dahin alleinsorgeberechtigten Mutter dem Kindeswohl dient.

Die Situation eines Kindes nach dem Tode der bis dahin alleinsorgeberechtigten Mutter ist mit der üblichen Familienkonstellation des § 1626a BGB keinesfalls vergleichbar. Hier werden auch Fälle mit erfasst, in denen das Kind keinerlei oder kaum Kontakt zum nichtehelichen Vater hatte. Dieser erhält dann mit dem Tod der Mutter – auf seinen Antrag hin – die Alleinsorge, ohne dass überprüft wird, wie die Situation und auch die psychische Verfassung des Kindes ist.

Mit Erhalt der Alleinsorge – ohne Anhörung des Jugendamtes – kann der Vater den Wohnort des Kindes ändern, die Schulsituation, die Religionszugehörigkeit ohne Durchführung einer positiven Kindeswohlprüfung. Ein Kind ist durch den Tod des allein-erziehenden Elternteils mit Alleinsorge so in seiner Psyche betroffen, dass sich die Situation mit dem Normalfall eben nicht vergleichen lässt. Bei § 1680 BGB muss es jedenfalls bei dem Verfahren des § 155 FamFG verbleiben und das Gericht muss die Alleinsorge des Vaters als für das Kindeswohl dienlich positiv feststellen. [...]

*Berlin, den 18.05.2012,
Ramona Pisal / Dr. Angelika Nake*