

Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern

I) Die angemessene Regelung der elterlichen Sorge für ein Kind nicht miteinander verheirateter Eltern ist eine gesetzgeberische Aufgabe von großer gesellschaftlicher Bedeutung. Nichteheleiche Kinder sind keine gesellschaftliche Randgruppe mehr; mehr als ein Drittel aller Kinder (mit zunehmender Tendenz) in der Bundesrepublik werden außerehelich geboren, in den neuen Bundesländern nähert sich die Zahl der Zweidrittelgrenze. Zwar hat die in der Kindschaftsrechtsreform eröffnete Möglichkeit der gemeinsamen Sorge aufgrund von Sorgeerklärungen beider Eltern dazugeführt, dass 2009 bereits gut die Hälfte der nicht miteinander verheirateten Eltern das gemeinsame Sorgerecht gewählt haben, auch hier mit steigender Tendenz. Doch nach bisher geltendem Recht hing die Beteiligung des Vaters an der gemeinsamen Sorge stets von der Zustimmung der Mutter ab, die auch nicht aus Kindeswohlgründen durch eine gerichtliche Entscheidung ersetzt werden konnte. In dieser Gesetzeslage sah der EUGH in seiner Entscheidung vom 3.12.2009 einen Verstoß gegen die EMRK. Ihm folgte das Bundesverfassungsgericht in Abkehr von seiner weltfremden Entscheidung aus dem Jahr 2003 mit seiner Entscheidung vom 21.7.2010, mit der er die Regelung des § 1626a Abs. 2 BGB als unvereinbar mit Art. 6 Abs. 2 GG erklärte und mit einer Übergangslösung dem Vater die Möglichkeit einer gerichtlichen Entscheidung zu seinen Gunsten eröffnete.

Entgegen ersten Ankündigungen einer raschen Umsetzung der Forderung des EUGBMR und des BVerfG hat sich der Gesetzgeber trotz massiven Mahnungen der Fachwelt bis zur Vorlage des Regierungsentwurfs zur Reform der Sorgeregelung ungewöhnlich lange Zeit gelassen. Die Ursache dieses zögerlichen Handelns liegt auf der Hand und dürfte unstrittig sein: Die unterschiedlichen Familienleitbilder der Regierungsparteien CDU/CSU einerseits und FDP andererseits ließen eine rasche Umsetzung der Reform mit einer überzeugenden Lösung nicht zu. Mehrfache Vorstöße der Bundesjustizministerin waren zum Scheitern verurteilt.

Dieser Regierungsentwurf ist nun zusammen mit den Anträgen der Bundestagsfraktionen der SPD, Bündnis 90/Die Grünen und Die Linke Gegenstand der heutigen Anhörung.

Gegenstand meiner Stellungnahme ist vorrangig die geplante Neuregelung mit grundsätzlicher Bedeutung in den §§ 1626a, 1671 BGB und § 155a SGB VIII; wegen der weiteren Folgeregelungen darf ich auf die in der Anlage beigefügte Stellungnahme der Kinderrechtskommission des Deutschen Familiengerichtstages verweisen, der ich mich inhaltlich in vollem Umfang anschließen möchte.

II) Der Regierungsentwurf verdient große Anerkennung für das in der Begründung propagierte neue Leitbild der gemeinsamen elterlichen Sorge ungeachtet des Status der Eltern, seien sie miteinander verheiratet oder nicht. Das ist ein echter Fortschritt.

Denn zu einer derartigen programmatischen Aussage war der Gesetzgeber bei der Kindschaftsrechtsreform 1998 noch nicht einmal für sich trennende miteinander verheiratete Eltern bereit. Obwohl die neue gesetzliche Regelung vom Fortbestand der gemeinsamen elterlichen Sorge trotz dauerhafter Trennung und Scheidung ausging, solange kein Elternteil die Alleinsorge beanspruchte, machte der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausdrücklich klar, dass die gemeinsame Sorge mit dieser Regelung keineswegs zum Regelfall gemacht werde, sondern nur eine der denkbaren Alternativen sei. Das liest sich in dem nun vorliegenden Gesetzesentwurf erfreulicherweise ganz anders.

Doch von einem echten realen Fortschritt könnte man nur dann sprechen, wenn der Gesetzgeber das neue Leitbild nicht nur programmiert, sondern auch Gesetzeswirklichkeit hätte werden lassen. Indes, die ideologischen Hemmschwellen waren hierfür zu hoch.

Der Bedeutung des neuen Leitbildes hätte die „große Lösung“ für die Reform der elterlichen Sorge nicht mit einander verheirateter Eltern entsprochen, wonach beide Eltern bei feststehender Vaterschaft kraft Gesetzes gemeinsam sorgeberechtigt würden. Verfassungsrechtlich wäre dieser Schritt unbedenklich gewesen. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 21.7.2010 besagt ausdrücklich, dass sowohl die große Lösung wie ein Antrags- oder Widerspruchsmodell verfassungsrechtlich möglich sind. Doch wäre die große Lösung nach meiner Überzeugung dem Geist der Verfassung in der Ausgestaltung des Elternrechts deutlich besser gerecht geworden. Wie auch die Begründung des Regierungsentwurfs einräumt, hat das BVerfG wiederholt betont, dass auch dem Vater eines nichtehelichen Kindes das Grundrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG zusteht, der Vater seinem nichtehelichen Kind gegenüber zu Pflege und Erziehung verpflichtet ist und dieser Pflicht nachkommen muss (BVerfGE 121, 69, 92).

Mit diesem gemeinsamen Sorgerecht kraft Gesetzes ab feststehender Vaterschaft, die der Zielsetzung des Grundgesetzes in Art. 6 Abs. 2 GG am besten entspricht, würde die Bundesrepublik sich auch in guter Gesellschaft in Europa befinden, wie der Rechtsvergleich zeigt. Denn mit der „großen Lösung“ würde Deutschland eine Regelung zum Gesetz machen, die in der überwiegenden Mehrheit der Mitgliedstaaten der Europäischen Union geltendes Recht ist, und zwar mit zunehmender Tendenz.

Zum Teil wird in der politischen Diskussion hierzulande die Position vertreten, dass für die Beteiligung des Vaters an der gemeinsamen Sorge ein Zusammenleben der Eltern erforderlich sei. Ich denke nicht, dass der Gesetzgeber seine Entscheidung von einem Zusammenleben der Eltern abhängig machen sollte. Das Kindeswohl gebietet eine solche Regelung nicht. Anderenfalls wäre es unverständlich, dass der Gesetzgeber in der Kindschaftsrechtsreform das gemeinsame Sorgerecht durch übereinstimmende Sorgeerklärung der Eltern zugelassen hätte, ohne das Zusammenleben der Eltern zur Voraussetzung der gemeinsamen Sorgeerklärung zu machen. Zudem zeigt das ganz überwiegend gewählte Modell des Fortbestandes der

gemeinsamen Sorge nach Trennung und Scheidung, dass die Sicherung des Kindeswohls im Bewusstsein der Eltern nicht von ihrem Zusammenleben abhängig ist. Darüber hinaus hat auch der Gesetzgeber selbst bei der Diskussion um die Kindschaftsrechtsreform zu Recht darauf verwiesen, dass das Zusammenleben als Bedingung gemeinsamer Sorge bei nicht mit einander verheirateter Eltern all diejenigen außen vor lassen würde, die für ihre Partnerschaft das Modell des „Living apart together“ wählen, eine Lebensform, deren Zahl deutlich steigt.

Der Eintritt der gemeinsamen Sorge ohne Einverständnis der Mutter kraft Gesetzes hängt selbstverständlich stets davon ab, dass die rechtliche Vaterschaft feststeht, da die biologische Vaterschaft ohne rechtliche Verbindlichkeit auf keinen Fall ausreichend sein könnte, auch wenn man nicht sicher sein kann, dass der EUGHMR entsprechend der Tendenz seiner letzten Entscheidungen zum deutschen Kindschaftsrecht vielleicht auch das demnächst einmal anders beurteilt. Doch auch bei feststehender rechtlicher Vaterschaft wären verschiedene Varianten denkbar. Wie der Rechtsvergleich zeigt, lassen einige Staaten gemeinsame Sorge nur zu, wenn der Vater seine Vaterschaft ausdrücklich anerkannt hat, wobei insoweit auch noch eine Differenzierung möglich wäre, ob das Vaterschaftsanerkennnis pränatal oder postnatal abgegeben worden ist, da bei einem pränatalen Vaterschaftsanerkennnis auf eine größere Bereitschaft des Vaters zur Übernahme einer wirklichen Vaterrolle geschlossen werden könnte.

Die weitestgehende Lösung wäre, für den Eintritt der gemeinsamen Sorge kraft Gesetzes das Feststehen der rechtlichen Vaterschaft ausreichen zu lassen, auch wenn sie erst durch gerichtliche Feststellung und nicht durch ausdrückliches Anerkenntnis zustande gekommen ist.

Ich plädiere dafür, dass der Gesetzgeber bei einer Neuregelung des Rechtsgebietes die letzte Variante wählen sollte und den Eintritt der gemeinsamen elterlichen Sorge auch bei Fehlen der Zustimmung der Mutter allein von der feststehenden Vaterschaft abhängig machen sollte. Warum sollte einem Vater, der zunächst vielleicht sogar nicht ganz unberechtigt Zweifel an seiner Vaterschaft hat, dann, wenn sie durch die gerichtliche Feststellung seiner Vaterschaft ausgeräumt sind, seine Vaterrolle annehmen und echte elterliche Verantwortung zu übernehmen bereit sein? Es wäre doch verfehlt, dem Kind diese Chance zu nehmen, nur weil sein Vater nicht sofort die Vaterschaft anerkannt hat.

Bei dieser Lösung geriete Deutschland auch nicht wieder in die Gefahr, sich nach mehr oder weniger kurzer Zeit mit seiner Ausgestaltung dieses Rechtsgebietes erneut im europäischen Vergleich in der Schlussgruppe wiederzufinden. Mit dem mutigen Schritt, die gemeinsame elterliche Sorge mit feststehender Vaterschaft eintreten zu lassen, befände sich die Bundesrepublik sofort in der Spitzengruppe der rechtlichen Entwicklung.

Für diese Lösung spricht auch die gesellschaftliche Entwicklung. Die Zahl nichtehelich geborener Kinder nimmt in Deutschland stetig zu, ihr Anteil an der

Gesamtzahl der Geburten hat sich seit 1990 verdoppelt und liegt zur Zeit bei 33%. Bei rund 80% dieser Kinder leben die Eltern bei der Geburt des Kindes zusammen, sodass kein Unterschied zur Lebenssituation ehelicher Kinder besteht. Denn auch bei ehelichen Kindern ist eine Trennung der Eltern vor oder kurz nach der Geburt aufgrund des bekannten Phänomens „Schock des ersten Kindes“ nicht auszuschließen.

Von einer gesellschaftlichen Diskriminierung nichtehelich geborener Kinder kann keine Rede mehr sein und spätestens mit der Kindschaftsrechtsreform von 1998 ist auch die verfassungsrechtlich gebotene Gleichstellung in nahezu allen Rechtsgebieten eben mit Ausnahme der Sorgerechtsregelung für diesen Personenkreis erreicht worden.

Außerdem kann doch wohl nicht mehr ernsthaft bestritten werden, dass das männliche Bewusstsein bei der Geburt des nichtehelichen Kindes sich deutlich verändert hat und zunehmend zur Annahme der echten Vaterrolle tendiert. Es darf auch davon ausgegangen werden, dass die Beteiligung des Vaters an der gemeinsamen Sorge von diesem frühen Zeitpunkt an zu einer Stärkung der familiären Bindungen zwischen Vater und Kind führen würde. Der Eintritt der elterlichen Sorge kraft Gesetzes stellt zugleich einen gesellschaftlichen Appell an den Vater dar, sich nicht auf eine Rolle als Zahlvater zu beschränken, sondern echte familiäre Verpflichtungen gegenüber seinem Kind zu übernehmen. Die Auswirkungen rechtlicher Vorgaben auf die Ausgestaltung menschlicher Beziehungen sollten nicht unterschätzt werden. Das haben nicht zuletzt die Ergebnisse der Untersuchungen von Proksch zur Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge bei Trennung und Scheidung ergeben.

Im Vorfeld der Kindschaftsrechtsreform sind damals erhebliche Zweifel an der Akzeptanz dieser Regelung in der Diskussion angemeldet worden. Doch hat die Beibehaltung der gemeinsamen Sorge in mehr als Dreiviertel der Scheidungsfälle mit steigender Tendenz die kühnsten Erwartungen übertroffen. Warum sollte eine ähnliche Entwicklung nicht auch bei nicht miteinander verheirateter Eltern erwartet werden können?

Für dieses Modell spricht außerdem, dass Deutschland mit seiner rechtlichen Ausgestaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge durch die Differenzierung für die Bereiche der Alltagssorge einerseits und die Fragen von erheblicher Bedeutung andererseits eine Lösung gefunden hat, die die Reibungsflächen zwischen getrennt lebenden nicht miteinander verheirateten Eltern reduziert.

Im Übrigen sollte klar sein, dass dann, wenn die gemeinsame elterliche Sorge wegen absoluter Interesselosigkeit des Vaters oder aber wegen mangelnder Kooperationsfähigkeit oder -bereitschaft der Eltern sich zu Lasten des Kindes auswirken würde, selbstverständlich die Möglichkeit besteht, wie im geltenden Recht auf dem Wege des § 1671 BGB die gemeinsame elterliche Sorge zu beenden und in die Alleinsorge der Mutter zu überführen. Bei einer solchen Ausgestaltung des

Rechtsgebietes wäre nach meiner Überzeugung das Wohl des Kindes am Besten gewahrt.

Der immer wieder geäußerten Befürchtung, die Einführung der gemeinsamen Sorge kraft Gesetzes nach rechtsverbindlich festgestellter Vaterschaft würde zu einem Anstieg gerichtlicher Auseinandersetzungen zwischen den Eltern führen, lässt sich mit den Erfahrungen aus dem Rechtsvergleich begegnen. So ist in Belgien Mitte der neunziger Jahre auf Druck aus Straßburg mit einer vergleichbaren Entscheidung des EUGHMR eine Neuregelung erfolgt, die die gemeinsame elterliche Sorge für nicht miteinander verheiratete Eltern zum Regelfall gemacht hat, nur in Extremfällen ist die Alleinsorge möglich. Erhebungen in Belgien haben nun gezeigt, dass entgegen ähnlichen Befürchtungen wie bei uns die Rechtsstreitigkeiten der Eltern über die elterliche Sorge vielmehr seither deutlich abgenommen haben, was doch zu Recht ebenfalls als Beleg für die bewusstseinsbildende Kraft des Rechts angesehen werden darf. In diesem Zusammenhang möchte ich meinen wiederholt geäußerten Appell erneuern, den Begriff „elterliche Sorge“ gemäß dem im europäischen Umfeld üblichen Sprachgebrauch durch den Begriff der „Elternverantwortung“ zu ersetzen, denn: „Auch Sprache prägt Bewusstsein!“

III.1) Sowohl der Regierungsentwurf als auch die differierenden Entwürfe der Fraktionen von SPD, Bündnis 90/Die Grünen und Die Linke haben sich nicht zu der von mir befürworteten „großen Lösung“ durchringen können. Der Vorstellung von einer „großen Lösung“ am nächsten kommt der Entschließungsentwurf der Fraktion Die Linke, der ein gemeinsames Sorgerecht kraft Gesetzes ab Anerkennung der Vaterschaft fordert, wenn der Vater eine Sorgeerklärung abgibt.

Dagegen hat sich der Regierungsentwurf für ein modifiziertes Antragsmodell entschieden. Die Mutter hat ab Geburt die Alleinsorge, über die bisherigen Alternativen (Sorgeerklärungen oder Heirat) hinaus kann auf Antrag jeden Elternteils das Familiengericht die gemeinsame Sorge ganz oder teilweise anordnen, wenn sie dem Kindeswohl nicht widerspricht. Nachdem die Bundesregierung dem Antragsmodell den Vorzug gegeben hat, ist positiv zu bewerten, dass der Regierungsentwurf sich bei der Beteiligung des Vaters an der elterlichen Sorge für die kleinste Hürde „nicht widerspricht“ entschieden hat. Bei der Übergangsregelung des Bundesverfassungsgerichts lag die Hürde noch höher, weil die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl entsprechen musste. Mit der Wahl der niedrigeren Hürde nähert der Vorschlag sich deshalb mehr dem im Entwurf propagierten neuen Leitbild.

Die Überwindung der niedriger gelegten Hürde soll nach dem Entwurf zudem noch durch eine neue gesetzliche Vermutung erleichtert werden. Wenn der andere Elternteil sich zu dem Antrag auf gemeinsame Sorge nicht äußert oder seine ablehnenden Gründe nicht Kindeswohlbezogen sind und solche Gründe für das Gericht auch sonst nicht ersichtlich sind, wird gesetzlich vermutet, dass die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht. Die Absicht, damit den Eintritt der gemeinsamen Sorge zu fördern, ist deutlich und nachvollziehbar. Doch die Umsetzung dieser löblichen Absicht führt zu einem inakzeptablen Ergebnis.

So positiv die herabgesetzte Hürde zu bewerten ist, so negativ fällt das Urteil über die gesetzliche Vermutung aus. Das überprüfte und festgestellte Kindeswohl muss stets oberster Maßstab sein. Auf die Überprüfung darf nur bei ausdrücklicher gleichgerichteter Erklärung beider Eltern verzichtet werden. Aus dem Schweigen eines Elternteils oder dem Fehlen kindeswohlbezogener Gründe in seiner Erklärung Schlüsse auf die Wahrung des Kindeswohls zu ziehen, ist ebenso gefährlich wie weltfremd. Kein verantwortungsbewusster Familienrichter dürfte sich mit einer solchen Sachlage zufriedengeben.

Die von der gesetzlichen Vermutung ausgehende Gefahr für die Wahrung des Kindeswohls wird noch massiv vergrößert durch das zu ihrer Umsetzung im Entwurf vorgesehene Verfahren gemäß § 155a FamFG. Es widerspricht allen Grundsätzen, in einer für ein Kind so existenziellen Angelegenheit wie der elterlichen Sorge auf die Sachkunde des Jugendamtes und die persönliche Anhörung der Eltern zu verzichten. Ich bin mir sicher, wenn das Gesetz werden sollte, wird jeder Familienrichter, der diesen Namen verdient, auf sonstige Weise kindeswohlbezogene Gründe finden, die ein ordnungsgemäßes Verfahren unter Beteiligung der Eltern und des Jugendamtes ermöglichen. Die Reform sollte deshalb in jedem Fall auf die gesetzliche Vermutung in § 1626a Abs. 2 Satz 2 BGB und § 155a FamFG verzichten.

Gegen die Ausgestaltung des § 1671 BGB im Entwurf bestehen dagegen keine Bedenken.

III.2)Die verzögerte Vorlage des Regierungsentwurfs dürfte auf den unterschiedlichen Vorstellungen der Regierungsfractionen über ein Antragsmodell (CDU/CSU) oder eine Widerspruchslösung (FDP) beruhen. Im ersten Fall ist der Vater, im zweiten Fall die Mutter zur Anrufung des Gerichts gezwungen. Um beiden die undankbare Angreiferrolle zu ersparen, soll nach den Vorstellungen der SPD-Fraktion der Antrag an das Jugendamt gerichtet werden, das sich um eine Einigung der Eltern zu bemühen hat und bei deren Scheitern eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen soll. Unklar bleibt, ob das Jugendamt formeller Antragsteller werden soll, was dort sicher keine Begeisterung auslösen wird, ob der Antrag – in der Regel des Vaters – dann nur weitergeleitet wird, was im Ergebnis keinen Unterschied zum Regierungsentwurf machte, oder ob das Gericht ohne Antrag von amtswegen über das Sorgerecht entscheiden soll, was wiederum systemfremd wäre.

III.3)Zu begrüßen ist der in den verschiedenen Entwürfen durchgängig gewünschte Einsatz der Mediation zur Erarbeitung einvernehmlicher Lösungen für die allseits vorrangig angestrebte gemeinsame elterliche Sorge. Positiv zu bewerten ist auch die Absicht, die – in welcher Form auch immer – zustande gekommene gesetzliche Regelung nach einer gewissen Zeit auf ihre Praxistauglichkeit zu evaluieren.

Mein Fazit: Der Gesetzgeber ist aufgerufen, trotz unbestreitbarer Fortschritte in unterschiedlicher Form im Regierungsentwurf und den Entwürfen der Oppositionsfractionen für die elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern das Reformkonzept zu überprüfen und ernsthaft die „große Lösung“ zu erwägen, die

verfassungsrechtlich zulässig ist, dem Elternrecht des Grundgesetzes am besten entspricht und der Bundesrepublik Deutschland im Rechtsvergleich einen angemessenen Platz sichern würde. Bei diesen Erwägungen sollten auch folgende Tatsachen nicht unberücksichtigt bleiben: Mehr als 50% nicht miteinander verheirateter Eltern begründen durch gleichgerichtete Sorgeerklärungen ihre gemeinsame Sorge, bei den übrigen hält ein Teil eine rechtliche Regelung für überflüssig, weil man faktisch gemeinsam für die Kinder sorgt, andere wiederum sind einfach nicht informiert oder scheuen vor dem bürokratischen Aufwand zurück, obwohl sie einvernehmlich als Eltern handeln. Unstreitig ist es die deutlich kleinere Zahl der Eltern, bei denen sich zumindest einer gegen die gemeinsame Sorge wehrt. Der Gesetzgeber sollte sich deshalb fragen, ob es gerechtfertigt ist, mit einer neuen gesetzlichen Regelung für die deutlich überwiegende Zahl an einer gemeinsamen Sorge interessierter Eltern unnötige bürokratische Hürden beizubehalten (Sorgeerklärungen) oder aufzubauen (Antragsmodell), die mit einer gemeinsamen elterlichen Sorge kraft Gesetzes unschwer zu vermeiden wären.