

# KLEINWEGENER & DRIBUSCH

## Rechtsanwälte

---

RAe Kleinwegener & Dribusch • Postfach 2026 • 32710 Detmold

An den  
Deutschen Bundestag  
Rechtsausschuss  
z. Hd. Fr. Schreiber  
Platz der Republik 1  
**11011 Berlin**

**JÖRG KLEINWEGENER**  
Fachanwalt für Familienrecht

**BERNHARD DRIBUSCH**  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

**GABRIELE HEUMANN**  
Rechtsanwältin, Notarin

Moltkestraße 4  
**32756 Detmold, 20.11.2012**

☎: 0 52 31 / 76 08 – 0

☒: 0 52 31 / 76 08 76

E-Mail: info@kdanwalt.de

Betreff: Deutscher Bundestag  
Unser Aktenzeichen: 2-174/2012-0 / KL - bitte stets angeben -  
Es betreut Sie: RA Kleinwegener  
**Ihr Zeichen: PA 6 – 5410.2.2**  
**Anhörung am 28.11.2012**

Sehr geehrte Frau Schreiber,

ich nehme wie folgt Stellung:

Elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Kindeseltern

I.

Das BVerfG hatte mit Beschluss vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 (FamRZ 2010, 1403 ff) –  
erkannt:

*Es verletzt das Elternrecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes aus Artikel 6 II GG, dass er ohne Zustimmung der Mutter generell von der Sorgetragung für sein Kind ausgeschlossen ist und nicht gerichtlich überprüfen lassen kann,, ob es aus Gründen des Kindeswohls angezeigt ist, ihn zusammen mit der Mutter die Sorge für sein Kind einzuräumen oder ihm anstelle der Mutter die Alleinsorge für das Kind zu übertragen.*

Nach Auffassung des BVerfG sind § 1626 a I Nr. 1 BGB und § 1672 I BGB mit Artikel 6 II GG unvereinbar.

Der Gesetzgeber greife unverhältnismäßig in das Elternrecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes ein, wenn er den Vater generell von der Sorgetragung für sein Kind ausschließt. Das BVerfG geht davon aus, dass das Kindeswohl es verlange, dass mit der Geburt des Kindes es eine Person benötigt, die für das Kind rechtsverbindlich handeln kann. Es sei deshalb erst einmal legitim, wenn das nichteheliche Kind bei seiner Geburt grundsätzlich der Mutter und nicht den beiden gemeinsam zugewiesen wird (der Begriff „zuweisen“ ist nach Auffassung des Berichterstatters schon eine Zumutung).

Das Elternrecht des Vaters sei jedoch dadurch verletzt, dass ihm der Zugang zur Sorgetragung über sein Kind bei Weigerung der Mutter, hierzu die Zustimmung zu erteilen, generell verwehrt ist.

Als Lösung bietet das BVerfG (Rn 75) an: „Es soll vom bisherigen Regelungskonzept des Gesetzgebers ausgegangen werden, wonach die Begründung der gemeinsamen Sorge von Eltern nichtehelicher Kinder von der Abgabe gemeinsamer Sorgeerklärung abhängig gemacht wird. Ergänzend zu dieser Regelung des § 1626 a I Nr. BGB wird deshalb bis zum Inkrafttreten einer gesetzlichen Regelung vorläufig angeordnet, dass das Familiengericht den Eltern auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge gemeinsam überträgt, soweit zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl entspricht.“

Der gewählte Prüfungsmaßstab hinsichtlich des Kindeswohls soll sicherstellen, dass die Belange des Kindes maßgebliche Berücksichtigung finden, jedoch die Zugangsvoraussetzungen zur gemeinsamen Sorge nicht zu hoch angesetzt werden“.

## II.

Zu der vorstehenden Problematik haben Stellung genommen *Luthin*, FamRZ 2010, 1410 ff; *Rakete-Dombek*, FF 2011, 1; *Schwomberg*, FuR 2011, 126; *Horndasch*, mit Vortrag der Jahresarbeitstagung Familienrecht des DAI in Köln, sowie *Huber/Möll*, FamRZ 2011, 765 ff.

## III.

Lösungsmöglichkeiten sind folgende:

1. Bei nichtehelichen Kindern gilt automatisch die gemeinsame elterliche Sorge, wie sie also bei verheirateten Eltern auch gilt.
2. Es gilt das so genannte Antragsmodell: Nur auf Antrag des Kindesvaters soll auf gemeinsame elterliche Sorge erkannt werden.
3. Es gilt die gemeinsame elterliche Sorge jedoch mit der Maßgabe, dass die Kindesmutter binnen einer bestimmten Frist widersprechen kann.

#### IV.

Die Probleme, die sich im Alltag zwischen miteinander verheirateten Eltern, mit getrenntlebenden Eltern, mit nicht miteinander verheirateten Eltern bei gemeinsamer elterlicher Sorge auftun, sind identisch. Die rechtliche Verbindung zwischen den Kindeseltern ist, wenn sie sich miteinander verstehen und Absprachen im Interesse des Kindeswohls treffen können, völlig unerheblich. Erst in dem Moment, wo sie nicht miteinander reden können oder miteinander reden wollen, kommt es zu diesem Problem. Zugegebenermaßen ist das gesetzliche Instrumentarium hier etwas „dürftig“. Gleichwohl besteht nach wie vor die „Ersetzungsbefugnis“, wenn ein (so Rakete-Dombek) „Vaterexemplar“, welches sich einbringen will, dann gegen ein „Mutterexemplar“ prozessiert.

Wenn man „normale“ Kommunikations-Streitigkeiten zwischen den Eltern einmal außer Acht lässt bzw. dahingehend relativiert, dass der Rechtszustand zwischen den Kindeseltern unerheblich ist bei Auftreten von Problemen, dann würde es sich nach diesseitigem Dafürhalten anbieten, nichteheliche Kinder bzw. Kindern von Eltern, die nicht miteinander verheiratet sind, den Kindern gleichzustellen, deren Eltern miteinander verheiratet sind. Der Begriff der „Ehe“ tritt dann zwar in den Hintergrund. Den Begriff der „Ehe“ definiert der EUGH nach diesseitiger Auffassung jedoch anders. Der EUGH geht von der „Familie“ aus. Dies bedeutet nicht, dass die Kindeseltern verheiratet sind bzw. in der Familie eine Ehe geschlossen worden ist. Nimmt man dies als Oberbegriff und argumentiert aus dem Kindeswohl heraus, welches Anspruch darauf hat, dass zwei Elternteile sich um dieses Kind kümmern und zwei Elternteile eine gemeinsame Entscheidung über das Kindeswohl zu treffen haben, dann wäre das der zutreffende Ausgangspunkt. Man würde dann auch wohl konsequenterweise den Begriff des Kindeswohls weiterführen und die Gedanken, die zur Kindschaftsrechtsreform mit Wirkung vom 01.07.1998 geführt haben, fortführen.

Zu bedenken ist auch Folgendes: Wenn die Eltern eines Kindes nicht miteinander verheiratet sind und jetzt die elterliche Sorge die Kindesmutter alleine erhält kraft Gesetzes, dann ändert sich dies doch in dem Moment, wo sich die Kindeseltern verheiraten. Wo ist denn da der Unterschied? Wenn die Kindeseltern sich um das Sorgerecht, weil sie nicht miteinander verheiratet sind, streiten und der Kindesvater die gemeinsame Sorge einfordert und die Kindeseltern dann heiraten, erhalten sie die gemeinsame Sorge.

#### V.

Die Widerspruchslösung unterstellt eine gemeinsame elterliche Sorge vor Geburt bzw. mit Geburt des Kindes. Binnen einer noch zu bestimmenden Frist soll dann jedoch die Mutter die Möglichkeit haben, gegen die gemeinsame Sorge Widerspruch einzulegen. Dies findet sich sehr oft in der Praxis wieder: Es erscheint die Mutter mit der gemeinsamen elterlichen Sorge und erklärt, sie sei im Zeitpunkt der Abgabe dieser Erklärung noch so aufgewühlt gewesen und sie sei auch nicht richtig aufgeklärt worden. Sie wisse gar nicht, was sie unterschrieben habe. Die rechtliche Tragweite sei ihr gar nicht bekannt. Zudem habe sich der Kindesvater dann auch von ihr abgewandt. Dies ist eine relativ einfache und praxisnahe Lösung, die jedoch die oben genannten Gründe des Kindeswohls außer Acht lässt.

#### VI.

Die weitere Form ist die Antragslösung. Danach hätte dann der leibliche Vater einen entsprechenden Antrag beim zuständigen Familiengericht zu stellen. Gründe des Kindeswohls, der Elternverantwortung und der Erziehungsgeeignetheit würden dann ggfls. gutachterlich überprüft werden.

#### VII.

Die beiden letztgenannten Modelle sind mit erheblichen verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten verbunden; Verfahren dieser Art kosten einen nicht unerheblichen Betrag, wenn Sachverständigengutachten eingeholt werden können.

Zu bevorzugen ist nach Auffassung des Verfassers deshalb die erstgenannte Lösung, also der *Automatismus*. Denn insoweit bleibt es ja jedem Elternteil unbenommen, die Alleinsorge

für den Fall zu beantragen, in welchem Kommunikationsunfähigkeit, Kindeswohlgefährdung und Erziehungsungeeignetheit vorliegen. Auch die nach diesseitigem Dafürhalten verfassungsmäßig nicht gebotene Ungleichbehandlung und Ungleichstellung des Kindes von miteinander verheirateten Eltern und nicht miteinander verheirateten Eltern würde dann aufgehoben. Zuzugeben ist jedoch, dass dann der verfassungsrechtliche Aspekt, nämlich die Benachteiligung des nichtehelichen Vaters, in den Hintergrund treten würde.

#### VIII.

Die vorgeschlagene Lösung bietet den Vorteil, dass Fristenproblematiken zu Lasten der Kindesmutter vermieden werden; es werden weiterhin vermieden Antragsverfahren des nichtehelichen Vaters und gerichtliche Verfahren. In diesen gerichtlichen Verfahren wären regelmäßig Sachverständigengutachten einzuholen, die nach Auffassung des Verfassers zwischen 5.000 € bis 8.000 € pro Verfahren zu Buche schlagen. Da rund 80 % aller Sorgerechtsverfahren mit Verfahrenskostenhilfe durchgeführt werden, könnte hier ein erhebliches Einsparungspotential zugunsten der Staatskasse erfolgen.

Hinsichtlich einer Übergangsregelung sollte die bisherige Möglichkeit beibehalten werden, auf entsprechenden Antrag durch das Familiengericht über die gemeinsame elterliche Sorge zu entscheiden. Mit Inkrafttreten einer neuen gesetzlichen Regelung sollte diese gesetzliche Regelung dann also auch nur für Kinder gelten, die mit bzw. nach Inkrafttreten des Gesetzes geboren werden. Für die „Altfälle“ sollte es bei der vom BVerfG angesprochenen Übergangsregelung bleiben.

Hinsichtlich der Regelung des § 1687 III wird Bezug genommen auf Titel IX (elterliche Gewalt) Artikel 376, Abs. 2 Belgisches Familiengesetz, der da heißt: *„Hinsichtlich gutgläubiger Dritter wird angenommen, dass jeder Elternteil mit dem Einverständnis des anderen handelt, wenn er alleine ein auf die Verwaltung des Vermögens des Kindes bezogenes Rechtsgeschäft tätigt, außer in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen.“*

#### IX.

Zu ändern bzw. zu streichen wären dann folgende Normen im BGB:

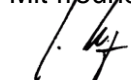
1. Die §§ 1626 a bis 1626 g BGB sind zu streichen.

2. § 1629 BGB ist aus Vereinfachungsgründen dahingehend umzuformulieren, dass die gesetzliche Prozessstandschaft entfällt.
3. § 1671 BGB bleibt ohne Änderung.
4. § 1672 BGB ist zu streichen.
5. § 1678 I BGB: Der Hinweis auf § 1626 a BGB ist zu streichen.
6. In § 1678 II BGB: Der Hinweis auf § 1626 a BGB ist zu streichen.
7. In § 1680 II und III BGB: Der Hinweis auf § 1626 a BGB ist zu streichen.
8. In § 1687 ist ein neuer Absatz III einzufügen: „Hinsichtlich gutgläubiger Dritter wird angenommen, dass jeder Elternteil mit dem Einverständnis des anderen handelt, wenn er alleine ein bezüglich des Kindes bezogenes Rechtsgeschäft tätigt.“

X.

Bei der von dem Verfasser vorgeschlagenen Regelung wären auch fiskalische Gesichtspunkte positiv zu berücksichtigen. Familienrechtliche Verfahren bzw. familiengerichtliche Verfahren würden vermieden. Der Verfasser ruft in Erinnerung, dass bei Anwaltsbeordnung pro Anwalt pro Partei ein Betrag von 570,00 € brutto anfällt für die gesamte Tätigkeit. Dies ist nicht viel. Was zu Buche schlägt sind vielmehr die Sachverständigenkosten, die sich zwischen 4.000,00 € bis 12.000,00 € pro Fall nach Erfahrung des Verfassers belaufen. Die bedürftige Partei, auch wenn sie keine Anwaltsbeordnung gemäß § 78 FamFG erhält, wird nicht in der Lage sein, hier den hälftigen Betrag zu zahlen. Auch diese Kosten könnten also eingespart werden. In Erinnerung wird dabei berufen die Bundestags-Drucksache 17/1216, wonach sich die Verfahrenskosten-/ Prozesskostenhilfe im Jahre 1998 auf 26.117.000,00 € beliefen. Im Jahre 2005 aber schon auf 36.100.000,00 €. Im OLG-Bezirk Hamm, wo der Verfasser tätig ist, werden rund 80 % aller familienrechtlichen Verfahren finanziert. Die Kindschaftssachen nehmen nach Auskunft des OLG Hamm und auch nach Auskunft des OLG Celle überhand. Diese Kosten könnte man sich damit dann ersparen.

Mit freundlichen Grüßen



Kleinwegener  
Rechtsanwalt