

Bundesarbeitsgemeinschaft Landesjugendämter
Postfach 2964 | 55019 Mainz

Bundesministerium der Justiz
11015 Berlin

per E-Mail

**LANDESJUGENDAMT
RHEINLAND-PFALZ**
Geschäftsführung
Rheinallee 97 – 101
55118 Mainz
Telefon: (06131) 967-162
Fax: (06131) 967-12 162
E-Mail: bagljae@lsjv.rlp.de
Internet: www.bagljae.de

Mainz, 16.05.2012

Unser Zeichen
B 00 31 – 05/2012

Ihre Nachricht vom
2. April 2012
I A 2 – 3473/7-14-12
279/2012

Ansprechpartner/-in
Birgit Berning

Telefon / Fax
06131-967-311
06131-967-12311

Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern

Sehr geehrte Frau Dr. Goerdeler,

für die Möglichkeit zum Referentenentwurf des oben genannten Gesetzes Stellung zu nehmen, möchte ich mich zunächst bedanken. Der Gesetzentwurf dient auch der Umsetzung der Vereinbarungen zur Reform des Sorgerechts im Koalitionsausschuss vom 4. März 2012 (S.13).

Seitens der **Bundesarbeitsgemeinschaft (BAG) Landesjugendämter** wird begrüßt, dass der Gesetzgeber damit dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 folgt und angesichts der Verfassungswidrigkeit der §§ 1626a Abs.1 Nr.1 und 1672 Abs.1 BGB Neuregelungen zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern schafft. Da die Neuregelungen den Kern der elterlichen Sorge und das Kindeswohl betreffen, ist dieser Gesetzentwurf für die BAG Landesjugendämter und die Jugendämter von zentraler Bedeutung. Beide Punkte sind evident für das Tätigwerden der Träger der öffentlichen aber auch der freien Jugendhilfe. Angesichts der vielfältigen gesellschaftlichen Implikationen handelt es sich zudem um eine hochsensible und gesellschafts- und familienpolitisch bedeutsame Rechtsmaterie, sodass besonders hohe Anforderungen an den Gesetzgeber gestellt sind. Eine **Balance** zwischen der gleichberechtigten und gemeinsamen Elternschaft bzw. der Entscheidung für die jeweilige (Teil-)Elternschaft auf der einen Seite und dem Kindeswohl auf der anderen Seite bei nicht miteinander verheirateten Eltern im Rahmen einer Sorgerechtsregelung herzustellen, ist eine besondere Herausforderung.

Um bestehende Bedenken an der Gesetzesvorlage bestmöglich transparent zu machen soll zunächst eine kurze Darstellung zum Hintergrund der Reform gegeben werden, um dann die grundsätzlichen Linien des Gesetzentwurfs nachzuzeichnen und um alsdann auf einzelne Regelungen im Detail einzugehen.

I. Hintergrund der Reform

Nicht **miteinander verheirateten Eltern** wurde erstmals im Zuge der Kindschaftsrechtsreform 1998 die Möglichkeit eröffnet, die elterliche Sorge für ihr Kind gemeinsam zu tragen. Nach der derzeitigen Regelung kommt es zur **gemeinsamen Sorge**, wenn die nicht miteinander verheirateten Eltern (§ 1626a Abs.1 Nr.1-2 BGB) erklären, die gemeinsame Sorge übernehmen zu wollen (Sorgeerklärung, z.B. nach § 59 Abs.1 Nr.8 SGB VIII) oder einander heiraten. Im Übrigen hat nach § 1626a Abs.2 BGB die Mutter die elterliche Sorge. Ohne die Zustimmung der Mutter ist eine gemeinsame Sorge demnach nicht möglich.

Bei **bestehender gemeinsamer Sorge** und nicht nur vorübergehendem Getrenntleben der Eltern ist dem Antrag des Vaters auf **Übertragung der Alleinsorge/von Teilen** der elterlichen Sorge stattzugeben, wenn die Mutter zustimmt (§ 1671 Abs.2 Nr. 1 BGB), es sei denn, dass das Kind, sofern es das 14. Lebensjahr vollendet hat, der Übertragung widerspricht **oder**, wenn zu erwarten ist, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragssteller dem Wohl des Kindes am besten entspricht (positive Kindeswohlprüfung).

Bei elterlicher (Allein-)Sorge der Mutter nach § 1626a Abs.2 BGB und Getrenntleben der Eltern war es nach § 1672 Abs.1 BGB für den Vater nur möglich, die Übertragung der Alleinsorge oder von Teilen der elterlichen Sorge zu erlangen, wenn die Mutter zustimmte **und** die Übertragung dem Wohl des Kindes diene (positive Kindeswohlprüfung).

Ohne die Zustimmung der Mutter konnte demnach eine gemeinsame Sorge nicht erlangt werden, ebenso wenig wie eine Übertragung von Teilen der elterlichen Sorge oder der Alleinsorge auf den Vater möglich war, wenn die Mutter im Fall der alleinigen Sorge nicht zustimmte (Ausnahme: Sonderfälle wie §§ 1678, 1680, 1681 BGB; Kindeswohlgefährdung § 1666 BGB). Infolgedessen war in diesen Fällen das (gemeinsame wie alleinige) Sorgerecht des nicht mit der Mutter verheirateten Vaters vom Willen der Mutter abhängig. Eine gerichtliche Überprüfung fand nicht statt. Die Mutter befand sich deshalb in einer dem Vater überlegenen rechtlichen Ausgangsposition, was sowohl in den einschlägigen Fachkreisen als auch bei den Betroffenen lange für beträchtlichen Zündstoff sorgte und Gegenstand kontrovers geführter Diskussionen war.

Noch im Jahre 2003 hatte das **Bundesverfassungsgericht** (Entscheidung vom **29.01.2003** – 1 BvL 20/99, 1 BvR 933/01, BVerfGE 107, 150 ff; juris) die Vorschrift des § 1626a BGB als im Wesentlichen mit der Verfassung konform angesehen. So hätte der Gesetzgeber davon ausgehen dürfen, dass eine gegen den Willen eines Elternteils erzwungene gemeinsame Sorge regelmäßig mit mehr Nachteilen als Vorteilen für das Kind verbunden sei (vgl. Rn62 bei juris). Auch hätte der Gesetzgeber

davon ausgehen dürfen, dass in Fällen in denen die Mutter trotz Zusammenlebens mit dem Vater und dem Kind keine Sorgeerklärung abgeben wolle, dies nur ausnahmsweise erfolgen werde und sie sich einer gemeinsamen Sorge nur verweigern werde, wenn sie dafür schwerwiegende Gründe hätte, die vom Kindeswohl getragen seien (vgl. 4. Zu Ls 3, S.2, juris). Das Bundesverfassungsgericht hatte dem Gesetzgeber aber auch aufgegeben, die mit diesen Annahmen verbundenen Prognosen zu überprüfen.

Später stellte der **Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)** mit seiner Kammerentscheidung „**Zaunegger gegen Deutschland**“ vom 03.12.2009 - Nr. 22028/04 - fest, dass die Regelung des § 1626a Abs.2 BGB eine Benachteiligung unverheirateter Väter gegenüber Müttern und verheirateten Vätern darstellte. Es läge eine Verletzung von Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) i. V. m. Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) vor. Der Gerichtshof bemängelte, dass der Beschwerdeführer mit der Ablehnung des Antrags auf gerichtliche Übertragung des gemeinsamen Sorgerechts - ohne weitere Überprüfung, ob dadurch die Interessen des Kindes gefährdet würden -, anders behandelt worden sei, als die Mutter und ein Vater mit ehelichem Kind. Das bestehende deutsche Recht ermögliche es den Gerichten nicht, zu prüfen, ob in dem vorliegenden Einzelfall eine gemeinsame Sorge dem Kindeswohl widersprechen würde, oder der Zuspruch der gemeinsamen Sorge (für den Vater) sogar im Kindeswohlinteresse liege. Es gehe prima facie davon aus, dass die gemeinsame Sorge gegen den Willen der Mutter bei nichtehelichen Kindern dem Kindeswohl widerspreche.

Unter Aufgabe seiner noch im Urteil vom 29.01.2003 (siehe oben) vertretenen Rechtsauffassung zur grundsätzlichen Verfassungsmäßigkeit des § 1626a BGB hat das **BVerfG** schließlich mit Beschluss vom **21.07.2010** – 1 BvR 420/09, BVerfGE 127, 132 ff., juris) die bisherige Regelung (§§ 1626a Abs.1 Nr.1; 1672 Abs.1 BGB), wonach Väter nichtehelicher Kinder ohne Zustimmung der Mutter generell vom Sorgerecht für ihr Kind ausgeschlossen wurden, als nicht mit dem in Art. 6 Abs.2 GG verankerten Elternrecht des Vaters vereinbar angesehen. Das BVerfG (Rn41ff, juris) hat sich dagegen ausgesprochen, Vätern nichtehelicher Kinder generell mit wirksamer Anerkennung der Vaterschaft kraft Gesetzes das Sorgerecht für das Kind gemeinsam mit der Mutter zuzuerkennen, auch wenn dies mit der Verfassung vereinbar sei, sofern diese Regelung "mit der Möglichkeit verbunden werde, gerichtlich überprüfen zu lassen, ob die gesetzlich begründete gemeinsame Sorge der Eltern dem Kindeswohl im Einzelfall tatsächlich entspricht." Es sei aber aus **tragfähigen Gründen** von einer solchen Lösung abzusehen. Die elterliche Übereinstimmung über die Anerkennung der Vaterschaft lasse nicht unbedingt darauf schließen, dass die Eltern bereit und in der Lage seien, die Sorge für das Kind unter hinreichender Berücksichtigung des Kindeswohls gemeinsam auszuüben. Denn es könne vorkommen, dass beide Elternteile trotz rechtlicher Anerkennung der Vaterschaft einander ablehnten, was einer gedeihlichen gemeinsamen Sorge im Interesse des Kindes unzutraglich sein könne. Nach der vom BVerfG vorgeschlagenen Übergangslösung wird auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder ein Teil der elterlichen Sorge gemeinsam übertragen, soweit zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl entspricht (vgl. Rn75 des Urteils, setzt persönliche Anhörung der Eltern und eine jedenfalls positive Kindeswohlprüfung voraus; da durch das BVerfG auch eine Anlehnung an § 1672

Abs.1 BGB erfolgte, formuliert das OLG Braunschweig in seinem Beschluss vom 09.03.2012 – 2 UF 174/11 „wenn die Übertragung dem Wohl des Kindes dient.“ S. 1, juris). Der gewählte Prüfungsmaßstab hinsichtlich des Kindeswohls soll laut BVerfG sicherstellen (Rn75, juris), „**dass die Belange des Kindes maßgebliche Berücksichtigung finden, jedoch die Zugangsvoraussetzungen zur gemeinsamen Sorge nicht zu hoch angesetzt werden.**“ Das OLG Schleswig hat mit Beschluss vom 22.12.2011 - 10 UF 171/11 die Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge abgelehnt, weil zwischen den Kindeseltern eine tragfähige soziale Beziehung zur Übernahme gemeinsamer elterlicher Verantwortung nicht erkennbar gewesen ist. Das Elternrecht finde seine Grenze am Kindeswohl (vgl. <http://www.schleswig-holstein.de/OLG/DE/Service/Presse/Pressemeldungen/201204sorgerecht.html>).

Insgesamt ist festzustellen, dass sich der Novellierungsbedarf aus einer Ungleichgewichtigkeit der elternrechtlichen Positionen (Art. 6 Abs. 2 GG) der Mutter einerseits und des Vaters andererseits bei nichtehelichen Kindern - auch im Verhältnis zu ehelichen Kindern - ergeben hat, die sich in §§ 1626a, 1672 Abs.1 BGB widerspiegelte. Da das **Elternrecht** immer ein „**Recht im Interesse des Kindes ist**“ (BVerfG 18.06.1986 – 1 BvR 857/85, juris, Rn50) ist eine Rechtslage - bei nicht gemeinsamer elterlicher Sorge - zu schaffen, nach der

- eine Überprüfung der Rechtspositionen der Grundrechtsträger (Eltern) unter Berücksichtigung des Kindeswohls - hier durch gerichtliche Überprüfung - möglich ist,
- die Elternrechte im Lichte praktischer Konkordanz zu sehen sind (das eine Elternrecht darf das andere nicht ohne sachlichen Grund überwiegen, wie dies nach jetziger Regelung in Bezug auf die Mutter der Fall ist) und
- die (Grund-)Rechte des Kindes (Menschengrundrechte, Persönlichkeitsrecht) auf ein gedeihliches Aufwachsen im Sinne des Kindeswohls als korrigierender Maßstab heranzuziehen sind (gespeist aus den Grundrechten, den Rechten im Sinne der Europäischen Konvention für Menschenrechte und jetzt der UN-Kinderrechtskonvention).
- Zwischen diesen **(drei Grund-)Rechtspositionen** ist eine Balance herzustellen, die - angesichts der dienenden Funktion der Elternrechte - eindeutig prägend am Kindeswohl auszurichten ist. Das Kindesinteresse ist per definitionem in das Elternrecht eingefügt (BVerfG, siehe oben, juris, Rn50). Sofern sich also seine Rechtspositionen verschlechtern könnten, wird grundsätzlich eine positive Kindeswohlprüfung vorzunehmen sein (laut BVerfG müssen die Belange des Kindes auch bei der Herstellung der gemeinsamen Sorge „maßgebliche“ Berücksichtigung finden, siehe weiter oben). Dies kommt auch in den dargestellten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und der Entscheidung des EGMR deutlich zum Ausdruck. Eine Neuregelung darf damit nicht zuvörderst die Grundrechtspositionen der Eltern im Blick haben.

II. Leitlinien des Gesetzentwurfs mit Bezug auf die Sorgerechtsregelungen

Unter Bezug auf den Koalitionsausschuss wird im Anschreiben zum Gesetzentwurf vom 2. April 2012 (S.2) auf einige Grundsätze der Neuregelungen des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern hingewiesen, z.B.:

- Mit Geburt hat die Mutter - wie bisher - zunächst das alleinige Sorgerecht (vgl. § 1626a Abs.3 BGB-RefE)
- Der Vater kann wählen, ob er das Sorgerecht direkt beim Familiengericht beantragt oder (zunächst) beim Jugendamt eine Sorgeerklärung abgibt.
- Das Familiengericht überträgt die elterliche Sorge beiden Eltern gemeinsam, wenn sie dem Kindeswohl nicht widerspricht (negative Kindeswohlprüfung, Beweislastumkehr). Schweigt der andere Elternteil oder trägt er keine potenziell kindeswohlrelevanten Gründe vor und sind solche Gründe auch sonst nicht ersichtlich, besteht eine **gesetzliche Vermutung**, dass die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht. Das Gericht entscheidet dann in einem vereinfachten Verfahren (schriftliches Verfahren ohne Anhörung des Jugendamtes und ohne persönliche Anhörung der Eltern, vgl. § 1626 Abs.2 BGB-RefE; § 155a FamFG-RefE.) Die Frist für die Mutter zur Stellungnahme endet frühestens 6 Wochen nach der Geburt.

Sowie:

- Bei gemeinsamer elterlicher Sorge und nicht nur vorübergehendem Getrenntleben kann jeder Elternteil beantragen, dass ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge allein überträgt. Dem Antrag ist stattzugeben, sofern der andere Elternteil **zustimmt**, es sei denn, das Kind widerspricht (ab vollendetem 14. Lebensjahr), vgl. § 1671 Abs.1 Nr.1 BGB-RefE/§1671 Abs.2 Nr.1 BGB (keine Kindeswohlprüfung) **oder** zu erwarten ist, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragsteller dem Wohl des Kindes am besten entspricht (vgl. § 1671 Abs.1 Nr.2 BGB-RefE, positive Kindeswohlprüfung).
- Leben die Eltern nicht nur vorübergehend getrennt und steht die elterliche Sorge nach § 1626a Abs.3 der Mutter (allein) zu, so kann der Vater beantragen, dass ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge allein überträgt. Dem Antrag ist stattzugeben, sofern der andere Elternteil **zustimmt**, es sei denn, das Kind widerspricht (ab vollendetem 14. Lebensjahr), vgl. § 1671 Abs. 2 Nr.1 BGB-RefE (keine Kindeswohlprüfung, anders: § 1672 Abs.1 BGB) **oder** eine gemeinsame Sorge nicht in Betracht kommt und zu erwarten ist, dass die Übertragung auf den Vater dem Wohl des Kindes am besten entspricht (vgl. § 1671 Abs.2 Nr.2 BGB-RefE, positive Kindeswohlprüfung, Vorrang gemeinsame Sorge).
- Der Vater kann zukünftig darauf verzichten, die Übertragung der Sorge zu beantragen. Dem nicht an seinem Kind interessierten Vater soll dadurch ermöglicht werden, umfassend auf seine Möglichkeiten zur Erlangung der Sorge zu verzichten und damit eine zügige Annahme des Kindes zu gewährleisten (bezüglich einer Änderung des § 1747 Abs.3 BGB-RefE, vgl. S.26 RefE).

Zielsetzung des Gesetzentwurfs ist es, dem Vater die Möglichkeit einzuräumen, die Mitsorge auch dann zu erlangen, wenn die Mutter keine Erklärung (Zustimmung) abgibt, die elterliche Sorge gemeinsam mit ihm übernehmen zu wollen (S.1 des RefE). Weiter muss der Vater auch ohne Zustimmung der Mutter gerichtlich überprüfen lassen können, ob ihm die elterliche Sorge oder ein Teil der elterlichen Sorge allein zu übertragen ist (S.1 des RefE). Dies entspricht der dargestellten Rechtsprechung und der Berücksichtigung der Elternrechte.

Die **Ausgestaltung der Fallkonstellationen** im Gesetzentwurf erfolgt aber mit einer oft nicht mehr vorgesehenen Kindeswohlprüfung oder mit einer negativen Kindeswohlprüfung im Sinne einer Beweislastumkehr (also ohne positive oder maßgebliche Kindeswohlprüfung). Die Änderung der Sorgerechtsverhältnisse kann damit - in ausgeweiteter Form - ohne positive Überprüfung des Kindeswohls erfolgen und führt letztlich zum Abbau von Kinderrechten. Dies gilt auch bei der Zustimmung eines Elternteils zur Übertragung der Allein- oder Teilsorge auf den anderen Elternteil (was allerdings dem jetzigen § 1671 Abs.2 Nr.1 BGB entspricht, bei der Veränderung der gemeinsamen Sorge, z.B. zur Alleinsorge). Die Eltern können hier - ohne sich am Kindeswohl zu orientieren - eine Entscheidung treffen und die Sorgerechtsverhältnisse ändern. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2010 zu Recht kritisiert, dass die Nichtzustimmung der Mutter am Kindeswohl überprüft werden müsse. Genauso kann eine Zustimmung zur Sorgeübertragung aus völlig sachfremden, nicht am Kindeswohl orientierten Gründen erfolgen. Die Regelung des § 1671 Abs.2 Nr.1 BGB mag hier unter dem Gesichtspunkt gerechtfertigt (gewesen) sein, dass der Gesetzgeber bislang nur die Fälle vor Augen hatte, bei denen eine gemeinsame Sorge unter den bis jetzt gegebenen Maßgaben zustande gekommen und gelebt worden war (Eltern sind/waren verheiratet oder der Vater hat eine Sorgeerklärung in Übereinstimmung mit der Mutter abgegeben, beide werden dann sehr aktiv die elterliche Sorge wahrgenommen haben und die Bedürfnisse des Kindes kennen). Die Annahme, dass in solchen Fällen der Verzicht auf die elterliche Sorge immer nur aus Kindeswohlgesichtspunkten erfolgen würde, erscheint insbesondere bei der Erweiterung der mit der gemeinsamen Sorge erfassten Lebenssachverhalte sehr zweifelhaft. Insofern besteht kein Unterschied zur Situation, bei der die Mutter ihre Zustimmung zur gemeinsamen Sorge aus nicht am Kindeswohl orientierten Gründen verweigert hat. Wenn man einerseits Entscheidungen zur „gemeinsamen Sorge“ aus Kindeswohlgründen erleichtern will, ist es nicht mehr zeitgemäß, den Abbau der gemeinsamen Sorge allein - auch in weiteren denkbaren Fällen - von der Zustimmung des anderen Elternteils abhängig zu machen. Der Kindeswohlansatz würde hier völlig außer Acht bleiben, die Interessen der Eltern könnten ohne weiteres im Vordergrund stehen. Dies gilt sowohl für die Regelung des § 1671 Abs.2 Nr.1 BGB als auch für die beabsichtigte, entsprechende Regelung des § 1671 Abs.1 Nr.1 BGB-RefE. Es gilt aber auch für die beabsichtigte Regelung des § 1671 Abs.2 Nr.1 BGB-RefE nach der bei vorheriger Alleinsorge der Mutter nach § 1626a Abs.3 BGB-RefE es hinreicht, wenn diese der (neuen) Allein-(Teil-)sorge des Vaters zustimmt. Hier besteht sogar die Gefahr, dass die „Ersatzmutterchaft“ im Sinne des § 13a AdVermiG massiv unterstützt werden könnte. Letztlich laufen alle Regelungen, die darauf abzielen, Sorgerechtsänderungen nur von der **Zustimmung eines Elternteils** abhängig zu machen, darauf hinaus, dass hier Rechtsänderungen zu Lasten des Kindes erfolgen können.

Dies gilt insbesondere, wenn von einer gemeinsamen Sorge ohne weiteres die Alleinsorge herbeigeführt werden soll oder das Kind von einer Alleinsorge direkt in die Alleinsorge des anderen Elternteils gelangt. Die veränderte Rechtsprechung und Kritik an den bestehenden Gesetzen resultierte gerade daraus, dass das Kindeswohl keine hinreichende Berücksichtigung gefunden hatte, weil auch die Sorge des betroffenen Vaters dem Kindeswohl dienlich sein konnte. Der Maßstab muss also primär das Kindeswohl sein.

Unabhängig davon begrüßt die BAG Landesjugendämter, dass der Gesetzentwurf vorsieht, der Mutter des nichtehelichen Kindes zunächst die Alleinsorge zu überlassen und den Vater zur berechtigten Geltendmachung seiner Rechte und als Zeichen der Entscheidung für die Übernahme von elterlichen Pflichten auf eine Antragstellung zu verweisen. Dies entspricht nach Auffassung der BAG Landesjugendämter - angesichts der Vielfältigkeit der Lebensverhältnisse unter denen nichtehelich geborene Kinder aufwachsen - dem derzeit mit dem Kindeswohl am Besten zu vereinbarenden Modell. Dies, obgleich auch andere Lösungen denkbar sind. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2010 nachvollziehbar gute Gründe für genau diese Lösung aufgezeigt (siehe oben). Maßgebliche Zielsetzung des Gesetzgebers muss daher aus Sicht der BAG Landesjugendämter sein, dass die Eltern unabhängig von ihrem Elternrechtstatus (gemeinsame Sorge, alleinige Sorge, Teilsorge) jederzeit eine (gerichtliche) Überprüfung der bestehenden Sorgerechtsverhältnisse veranlassen können, die sich letztlich positiv am Maßstab des Kindeswohls zu orientieren hat. Dem Kindeswohl widerspricht, wenn die Eltern nach dem Gesetzentwurf beliebig (z.B. durch Unterlassen im vereinfachten Verfahren oder durch Zustimmung bei Alleinsorge der Mutter) die bestehenden Sorgerechtsverhältnisse auch zulasten des Kindes verändern können sollen, ohne dass eine maßgebliche, positive Überprüfung des Kindeswohls erfolgt. Insoweit erscheint es auch erforderlich, dass das Jugendamt im Fall von Änderungen der Sorgerechtsverhältnisse jeweils nach § 162 FamFG weiterhin gehört wird.

Der Gesetzentwurf ist damit zulasten des Kindes nicht ausbalanciert.

III. Eingehen auf die Gesetzesvorschriften im Einzelnen

Artikel 1 – Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Zu § 1626a BGB-RefE

Bislang kommt es zur gemeinsamen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern (§ 1626a BGB), wenn sie erklären, die gemeinsame Sorge gemeinsam übernehmen zu wollen (Sorgeerklärung, z.B. nach § 59 Abs. 1 Nr. 8 SGB VIII) oder einander heiraten. Jetzt soll hinzukommen, "soweit ihnen das Familiengericht die elterliche Sorge gemeinsam überträgt" (**§ 1626a Abs. 1 Nr. 3 BGB-RefE**). Dies entspricht bereits der Übergangslösung durch das Bundesverfassungsgericht und wird daher begrüßt.

Nach dem Gesetzentwurf soll die gemeinsame (Teil-)Sorge auf Antrag eines Elternteils (setzt bereits bestehende Vaterschaft voraus) übertragen werden, wenn die Übertragung dem Kindeswohl **nicht widerspricht (negative Kindeswohlprüfung)**.

Trägt der andere Elternteil keine Gründe vor, die der Übertragung der gemeinsamen elterlichen (Teil-)Sorge entgegenstehen können, und sind solche Gründe auch sonst nicht ersichtlich, **wird vermutet**, dass die gemeinsame elterliche (Teil-)Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht (vgl. **§ 1626a Abs. 2 BGB-RefE**). Dies bedeutet, dass es nicht mehr zur Ermittlung (de facto kommt es damit zur Beschränkung des gerichtlichen Ermittlungsgrundsatzes nach § 26 FamFG) beziehungsweise zur Feststellung des Kindeswohls (im Sinne einer positiven Kindeswohlprüfung beziehungsweise in dem Sinne, dass die Belange des (konkreten) Kindes maßgebliche Berücksichtigung fänden) bei einer Sorgerechtsänderung kommt. Es reicht, angesichts der gesetzlichen Vermutung, dass nichts dagegen spricht. Dies wird der Vielfältigkeit der Verhältnisse von Kindern in nichtehelichen Verhältnissen nicht gerecht. Die Beweislast dafür, dass die **Änderung des Sorgerechts** nicht dem Kindeswohl entspricht, trifft gewissermaßen den anderen Elternteil, er muss die gesetzliche Vermutung entkräften. Das Kind wird im Zweifel seine Rechte noch nicht wahrnehmen (können). Nach der Gesetzesbegründung ist zu verlangen, dass ganz konkret dargetan werde, inwiefern eine gemeinsame Sorge sich nachteilig auf das Kind auswirken würde (S.18 des Gesetzentwurfs). Da im Verfahren nach § 155a FamFG-RefE, der für § 1626a Abs.2 BGB einschlägig ist, keine persönliche Anhörung der Eltern erforderlich ist, kann die Mutter ganz schnell die alleinige Sorge verlieren oder der Vater die gemeinsame Sorge bekommen (bei Antragstellung durch die Mutter). Der de facto Abbau der Amtsermittlung (Vermutung, wenn sonst keine Gründe ersichtlich sind - als Leitlinie für das Gericht) führt letztlich zur Einschränkung von Kinderrechten, weil die Regelung für das Kind von Nachteil sein kann. Das Kind hat einen Anspruch darauf, dass festgestellt wird, dass die neue Regelung seinem Wohl entspricht/dient. Diese Feststellung kann sich darauf stützen, dass die gemeinsame Sorge grundsätzlich im Sinne des Kindeswohls ist. Sie kann aber nicht durch eine Vermutung und eine einschränkende Ermittlung getroffen werden, da von einer Änderung die maßgeblichen Interessen des Kindes immer betroffen werden.

Der Gesetzentwurf geht bei seiner Konstruktion davon aus, dass die Mutter, die fundierte Kindeswohlgetragene Gründe gegen das gemeinsame Sorgerecht habe, diese auch vorbringe, während beim Schweigen der Mutter im Allgemeinen davon ausgegangen werden dürfe, dass auch aus ihrer Sicht keine Bedenken gegen ein gemeinsames Sorgerecht bestünden. Einerseits trägt die gesetzliche Vermutung zwar dazu bei, dass unproblematische Fälle ohne umfassende gerichtliche Prüfung geklärt werden könnten. Andererseits birgt die Restriktion des sonst in Kindschaftssachen geltenden Amtsermittlungsgrundsatzes nach § 26 FamFG ein nicht zu unterschätzendes Konfliktpotential. Ebenso wird es Fälle geben, in denen die gemeinsame Sorge gerade nicht dem Kindeswohl entspricht. Dem Familiengericht wird es allein auf dem Fundament des Beteiligtenvortrags sowie unter Zugrundelegung von ihm auf sonstige Weise bereits bekannten Tatsachen ermöglicht, das gemeinsame Sorgerecht zuzusprechen. Bei der so zum Regelfall mutierenden Ausklammerung einer umfassenderen Kindeswohlorientierten gerichtlichen Kontrolle besteht die potentielle Gefahr, das Kindeswohl zu rapide und lapidar zu bejahen und den diesbezüglichen Einschätzungsvorgang zum Schematismus mit unter Umständen einschneidenden Konsequenzen verkommen zu lassen. Zwar ist eine gesetzliche Vermutung nicht irreversibel und unausrottbar, wenn man die Möglichkeit ihrer Widerlegung durch den in § 292 ZPO verankerten Beweis des Gegenteils bedenkt. Dennoch ist das Argument,

eine Mutter, die etwas gegen das gemeinsame Sorgerecht hat, wird es auch offenbaren und wenn sie nichts sagt, wird sie schon einverstanden sein, nicht schlagkräftig. Gilt nach dem zivilrechtlichen Verständnis Schweigen doch in der Regel nicht als Zustimmung, sondern vielmehr als Ablehnung. Wer schweigt, setzt keinen Erklärungstatbestand. Wenn der Gesetzgeber hier eine Ausnahme von der Regel zu normieren gedenkt, indem er das Schweigen der Mutter als Zustimmung wertet, verkennt er, dass nicht jeder Sachverhalt so einfach gelagert ist. Insbesondere in Jugendhilfefällen, fällt es den Eltern schwer, dem idealen Elternbild zu entsprechen und z.B. sogleich und angemessen zu reagieren. Sie geben damit aber keinen Willen kund und vertreten damit auch nicht die besten Interessen ihres Kindes. Auch kann es Fälle geben, in denen die Mutter aus durchaus berechtigten Gründen schweigt, dabei aber nicht das Kindeswohl vor Augen hat. Man denke nur an die - durchaus nicht selten vorkommenden - Fälle einer Vergewaltigung in der Beziehung, die den Vater später nicht davor zurückschrecken lässt, auf das Sorgerecht zu pochen. Hier wird es oft so liegen, dass die Mutter nicht aus Gleichgültigkeit oder Billigung nichts sagt, sondern nur deshalb keine Einwände erhebt, weil sie schon mit der Wahrnehmung eigener Rechte überfordert ist, geschweige denn sich gegen eine gesetzliche Vermutung für die Rechte des Kindes einsetzen kann. Kommt es dann aber gegen ihren klaren, wenn auch nicht geäußerten, Willen zu einer gemeinsamen Sorge, ist zu erwarten, dass diese Fälle in der Regel ohnehin weitere Verfahren veranlassen. Eine Befriedung ist gerade nicht zu erwarten, die Eltern werden sich nicht aufgrund bloßer Einsicht wie ideale Eltern verhalten. Der Schaden für das Kind wäre vorprogrammiert.

Insgesamt sollte es bei einer **positiven Kindeswohlprüfung** belassen werden, beziehungsweise ist diese vorzuziehen. Dem widerspricht nicht, dass sie von dem Gedanken geprägt sein wird, dass das gemeinsame Sorgerecht, vom grundsätzlichen Ansatz her, dem Kindeswohl entspricht.

Die **gesetzliche Vermutung** ist darüber hinaus kontraproduktiv für das Kindeswohl. Mit einer gesetzlichen Vermutung ohne weitere Voraussetzungen stiehlt sich der Gesetzgeber viel zu leicht aus der Verantwortung, zumal die anderen Konstellationen, in denen er mit einer derartigen Vermutung hantiert, z. B. §§ 125, 891 f., 1006, 1362, 1610 a, 2365 BGB, viel weniger einschneidend sind. Geht es dort doch „nur“ um Vermutungen der Richtigkeit und Vollständigkeit von Urkunden, des Grundbuchs, des Besitzes und des Eigentums, um eine Deckungsvermutung bei schadensbedingten Mehraufwendungen sowie eine Vermutung der Richtigkeit des Erbscheins. Im Übrigen gilt Schweigen im allgemeinen Rechtsverkehr (anders im Handelsrecht nach § 346 BGB) nicht als Zustimmung oder als Einverständnis, sondern als rechtliches Nullum. Die Ausübung der gemeinsamen Sorge setzt darüber hinaus eine gewisse Kooperationsbereitschaft voraus und es geht um hochsensible, emotionale Konstellationen. Für diese gilt, dass jeder „dort abgeholt werden muss, wo er steht“. Wenn die Mutter nur aus formalen Gründen in eine Situation entgegen ihrem Willen gelangt, wird bei ihr keine Mitwirkungsbereitschaft erzeugt, sondern Widerstand. Insofern sollte es dem Gericht obliegen, im Überprüfungsprozess Annäherungen zu erzeugen und Veränderungsprozesse bei der Übernahme der gemeinsamen Sorge zu begleiten. Dabei darf auch das Jugendamt nicht ausgeschlossen werden. Nur so kann auch nachhaltig auf eine gemeinsame Elternschaft im Sinne des Kindeswohls zu-

mindest hingewirkt werden und so kann der Vielfältigkeit der Lebensverhältnisse im Einzelfall zugunsten des Kindes entsprochen werden.

Insofern sollte von einer auf formalen Regeln beruhenden Herstellung der gemeinsamen Sorge, Abstand genommen werden und die Entscheidung zur gemeinsamen Sorge weiterhin von einer grundsätzlich positiven Kindeswohlprüfung abhängig gemacht werden (Belange des (konkreten) Kindes müssen maßgebliche Berücksichtigung finden, weil in seine bestehenden Rechtspositionen eingegriffen wird). Auch die Regelung des § 162 FamFG ist aus Kindeswohlgründen weiter anzuwenden und die Anhörung der Eltern ist geboten. Bei einer zu formal ausgerichteten Entscheidung werden psychologisch betrachtet Widerstände (Reaktanz) erzeugt, die im Sinne des Kindeswohls kontraproduktiv sein werden. Letztlich bestimmen die Eltern über das Wohlbefinden des Kindes, es ist daher besser, wenn sie auch positiv von der Richtigkeit einer kindbezogenen Entscheidung überzeugt werden können und sich nicht über die eigene Untätigkeit und/oder Unwissenheit zu ärgern haben. Das Verfahren sollte daher primär daran orientiert werden, ob nachhaltige kindorientierte und die Elternteile überzeugende Entscheidungen getroffen werden können. Diese müssen gegebenenfalls innerhalb eines Veränderungsprozesses an die Wahrnehmung der gemeinsamen Sorge herangeführt werden.

Insgesamt wird vorgeschlagen, den vom BVerfG vorgezeichneten Weg bei der Änderung der Sorgerechtsverhältnisse beizubehalten. Auch bei der Herbeiführung einer gemeinsamen Sorge (sei es durch Antrag der Mutter oder des Vaters) bedarf es, angesichts der Vielfältigkeit der Lebensverhältnisse des Kindes nichtehelicher Eltern, einer Feststellung, dass die Änderung der Rechtsposition des Kindes, seinem Wohl entspricht. Insbesondere darf nicht auf gesetzliche Vermutungen zurückgegriffen werden, die in dem hochsensiblen Bereich der Partner- und Elternschaft zu maßgeblichen Konflikten zulasten des Kindes führen können. Es besteht keinerlei Anlass, von den Grundsätzen des allgemeinen Rechtsverkehrs abzuweichen, nach denen Schweigen nicht als Willenserklärung gewertet wird. Auch könnte das Schweigen des Elternteils aus eigennützigen Gründen erfolgen und dem Kindeswohl widersprechen (genauso wie die Nicht-Zustimmung der Mutter zur gemeinsamen Sorge nicht vom Kindeswohl getragen sein muss). Auf eine maßgebliche Kindeswohlprüfung - unter Einbeziehung des Jugendamtes und mit Anhörung der Eltern - sollte nicht verzichtet werden. Dabei kann berücksichtigt werden, dass eine gemeinsame Sorge in der Regel dem Kindeswohl entsprechen wird.

Zu § 1671 BGB-RefE

§ 1671 Abs.1 BGB-RefE (Übertragung der Alleinsorge bei Getrenntleben der Eltern) entspricht im Wesentlichen § 1671 Abs.1-2 BGB der geltenden Fassung. Eine Wandelung der gemeinsamen elterlichen Sorge hin zur Alleinsorge kann sich hiernach bereits **bei Zustimmung** (§ 1671 Abs.2 Nr.1 BGB; § 1671 Abs.1 Nr.1 BGB-RefE) des anderen Elternteils ergeben, obwohl die Zustimmung aus eigennützigen Motiven und entgegen dem Kindeswohl erteilt werden kann. Eine Kindeswohlprüfung findet hier nicht statt, was - wie bereits weiter oben ausgeführt - auch für die Altregelung überdenkenswert und nicht mehr zeitgemäß im Sinne des Kindeswohls erscheint (Tendenz zur gemeinsamen Sorge).

§ 1671 Abs.2 BGB-RefE regelt den Fall des Getrenntlebens bei elterlicher Alleinsorge der Mutter nach §1626 Abs.3 BGB-E. Er lehnt sich damit an § 1672 Abs.1 BGB an. Danach kann der Vater mit Zustimmung der Mutter beantragen, dass ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge allein überträgt. Dem Antrag ist stattzugeben, wenn die Übertragung dem Wohl des Kindes dient. Nunmehr ergibt sich hier - wie in § 1671 Abs.1 BGB-RefE - ein „Oder“-Tatbestand, so dass **allein die Zustimmung der Mutter** ohne jede Kindeswohlprüfung hinreicht. Die Regelung stellt eine deutliche Vereinfachung dar, sie birgt aber große Risiken zulasten des Kindeswohls. Insofern widerspricht sie auch der vorläufigen Regelung des BVerfG aus dem Jahre 2010 (vgl. Rn76), welches vorgab „dass das Familiengericht dem Vater auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge überträgt, soweit eine gemeinsame elterliche Sorge nicht in Betracht kommt und zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl am besten entspricht.“ Dies Lösung bezieht beide Eltern ein (Antrag eines Elternteils) und es ist zu prüfen, dass eine gemeinsame Sorge nicht in Betracht kommt. Es erfolgt eine gewisse Anlehnung an § 1671 BGB, obgleich die Fälle nicht vergleichbar sind.

Die Entscheidungsspielräume werden mit der geplanten Neuregelung im Hinblick auf die Sorgerechtsänderung zusätzlich zugunsten der Eltern erweitert, obwohl gerade keine Kindeswohlprüfung erfolgt. Genauso wie die Mutter vor der Rechtsprechung des BVerfG die Zustimmung aus Nichtkindeswohlgründen verweigern konnte, kann sie diese nunmehr aus Nichtkindeswohlgründen (z.B. bei einer „Ersatzmutterschaft“ im Sinne des § 13a AdVermiG, siehe oben) erteilen. Die Wandlung von der gemeinsamen Sorge zur Alleinsorge wäre völlig in das Belieben der Eltern gestellt, ohne jede Kindeswohlprüfung und dies obwohl eigentlich Leitgedanke des Gesetzes die Hinführung zur gemeinsamen Sorge und die Wahrung des Kindeswohls ist. Dies stellt eine Überdehnung der Elternrechte dar, insbesondere, wenn völlig kindfremde Motive eine Rolle spielen. Insofern sollte die Veränderung der gemeinsamen Sorge zur Alleinsorge und die Veränderung von einer Alleinsorge zur Alleinsorge (vgl. § 1671 Abs.2 Nr.1 BGB-RefE) nur möglich sein, wenn diese dem Kindeswohl dient bzw. am besten dient (weil grundsätzlich die gemeinsame Sorge als dem Kindeswohl dienlich angesehen wird).

Zu § 1696 Abs.1 Satz 2 BGB-RefE

Entsprechendes gilt für die Regelung des **§ 1696 Abs.1 Satz 2 BGB-RefE**. Bei einer Änderung von der Alleinsorge zur gemeinsamen Sorge erscheinen die Nachteile zwar nicht so gravierend, wenngleich der Gesetzgeber aus Kinderschutzgründen im Fall des § 1626a Abs.3 BGB-RefE nachvollziehbar von der Alleinsorge der Mutter ausgeht. Insofern muss dann aber auch die grundsätzlich erstrebenswerte gemeinsame Sorge so herbeigeführt werden, dass sie letztlich dem Kindeswohlinteresse dient und für den anderen Elternteil nicht zu sehr erschwert wird (vgl. hierzu oben zu § 1626a BGB-RefE). Ist sie dann aber etwa durch gerichtliche Entscheidung unter Berücksichtigung des Kindeswohls herbeigeführt worden, so würde § 1696 Abs.1 Satz 2 BGB-RefE dazu führen, dass eine gemeinsame Sorge bereits mit einer Zustimmung wieder beseitigt werden könnte. Die Aushebelung einer Überprüfung und der Kindeswohlprüfung entspricht gerade nicht dem Kindeswohl (vgl. bereits zu § 1671 Abs.1 Nr.1 BGB-Ref-E, aber auch zu § 1671 Abs.2 Nr.1 BGB). Insofern er-

scheint auch die Begründung im RefE befremdlich. Die Ausweitung des § 1671 BGB-RefE auf § 1696 Abs.1 BGB-RefE ist allein darauf gerichtet, nur mit der Zustimmung eines Elternteil (ohne Kindeswohlprüfung, abgesehen von den Rechten des Kindes ab 14 Jahren) die gemeinsame Sorge in eine Alleinsorge zu verwandeln. Gerade diese Wandlung wird (vgl. S. 25 RefE) damit begründet, dass mit der Gleichbehandlung (hier bei Abschaffung der gemeinsamen Sorge) der ehelichen und nichtehelichen Eltern die Überzeugung des Gesetzgebers zum Ausdruck komme, „auch die nicht verheirateten Eltern sollten die Sorge für ihr Kind grundsätzlich gemeinsam ausüben.“ Hier wird dann letztlich die Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Eltern in der Logik des Entwurfs zu Lasten der Kinder und entgegen der eigentlichen Überzeugung des Entwurfs hergestellt.

Zu § 1747 Abs.3 Nr.2 BGB-RefE

Demnach kann der Vater durch öffentlich beurkundete Erklärung darauf (unwiderruflich) verzichten, die Übertragung der Sorge (die für ihn nun erleichtert möglich ist) nach §§ 1626a Abs.2, 1671 Abs.2 BGB-RefE zu beantragen. Diese Regelung wird und soll zu Erleichterungen bei Adoptionen führen. Die Begründung dafür ist nicht nachvollziehbar: „Damit werde es dem nicht an seinem Kind interessierten Vater ermöglicht, umfassend auf seine Möglichkeit zur Erlangung der Sorge zu verzichten und damit eine zügige Annahme des Kindes zu gewährleisten.“ (S.26 Ref-E) Sie entspricht zum einen nicht dem Kindeswohl zumal grundsätzlich – dies befreit nicht von der Überprüfung im Einzelfall - die gemeinsame Sorge bzw. die Sorgeübernahme durch einen Elternteil als kindeswohlförderlich angesehen wird. Die Erleichterung einer Adoption, weil ein Elternteil nicht interessiert ist, berücksichtigt die eigennützlichen Interessen des Elternteils, nicht aber die des Kindes. Sie widerspricht zudem dem erklärten Ziel des Gesetzentwurfs, Eltern mehr in die (gemeinsame) Verantwortung hineinzunehmen. Die Streichung des Verweises auf § 1750 Abs.1 Satz 2, Abs.4 Satz 1 BGB in § 1747 Abs. 3 BGB-RefE widerspricht den Kindeswohlinteressen und führt zu einer einseitigen Bevorzugung des Vaters (entsprechende Regelungen gelten nicht für die Mutter). Dies entspricht allerdings auch teilweise der geltenden Rechtslage, vgl. § 59 Abs.1 Nr.7 SGB VIII und erscheint nicht unproblematisch.

Zu sonstigen Änderungen des BGB (§§ 1678, 1680 BGB-RefE)

Weitere Anpassungen erfolgen etwa in den Vorschriften, die die Folgen der tatsächlichen Verhinderung oder des Ruhens der elterlichen Sorge (§ 1678 BGB-RefE) und den Tod eines Elternteils oder die Entziehung des Sorgerechts (§ 1680 BGB-RefE) betreffen. In § 1678 Abs2 BGB-RefE a. E. wird die positive Kindeswohlprüfung durch eine negative ersetzt mit der Folge, dass der andere Elternteil wesentlich leichter zur alleinigen elterlichen Sorge gelangt als bisher. Anders als de lege lata reicht in spe auch im kompletten Anwendungsbereich des § 1680 Abs.2 und Abs.3 BGB-RefE eine negative Kindeswohlprüfung aus: Sowohl bei Versterben des gemäß § 1671 BGB-RefE allein sorgeberechtigten Elternteils bzw. der nach § 1626a Abs.2 BGB-RefE allein sorgeberechtigten Mutter als auch in dem Fall, in dem einem gemeinsam sorgeberechtigten Elternteil bzw. der nach § 1626 a Abs.3 BGB-RefE allein sorgeberechtigten Mutter das Sorgerecht entzogen worden ist, findet eine Sorgerechtsübertragung durch das Familiengericht statt, wenn dies dem Wohl des Kindes nicht wi-

derspricht. Damit entfällt die bisherige Disparität, dass der sorgeunbeteiligte Vater eine wesentlich höhere Hürde zu überwinden hatte, weil eine Einräumung des Sorgerechts dem Wohl des Kindes dienen musste. Dies erscheint zweifelhaft, zumal mit dem neuen Gesetzentwurf die Erlangung der gemeinsamen Sorge deutlich erleichtert wird. Es liegt daher nahe, dass es nunmehr gute Gründe geben wird, warum der Vater bisher nicht (z.B. auf seinen Antrag hin) (mit-)sorgeberechtigt war. Die Rechtsposition des Kindes würde sich maßgeblich ändern, so dass eine jedenfalls maßgebliche Kindeswohlprüfung nach wie vor angezeigt erscheint (inklusive Anhörung des Jugendamtes).

Artikel 2 – Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Zu § 155a FamFG-RefE

Zunächst wird auf die kritischen Ausführungen zu § 1626a Abs. 2 BGB-RefE Bezug genommen. In den Fällen, in denen nach § 1626a BGB-RefE vermutet wird, dass die Übertragung der gemeinsamen (Teil-)Sorge dem Kindeswohl entspricht, soll nach § 155a Abs. 3 FamFG-RefE ein vereinfachtes Verfahren stattfinden. Das Gericht hat in diesem beschleunigten schriftlichen Verfahren ohne Anhörung des Jugendamtes und ohne persönliche Anhörung der Eltern zu entscheiden, hieran ist es gebunden. Unklar ist, wie das Gericht erkennen soll, ob andere Gründe ersichtlich sind. An dieser Stelle wird dem Gericht de facto jede Amtsermittlung genommen, denn es kommt auf das „Bekanntwerden bei Gericht an.“ § 29 FamFG wird zwar nicht für unanwendbar erklärt, tatsächlich beinhaltet das vereinfachte Verfahren aber eine Einschränkung, da die Ermittlung durch das „Bekanntwerden“ beschränkt wird. Eine aktive Ermittlung ist gerade nicht mehr gefordert. Betrachtet man die beiden genannten Vorschriften zusammen, so kann die Übertragung dem Kindeswohl in der Regel nur dann widersprechen, wenn der andere Elternteil entsprechende Gründe vorträgt. Äußert er sich - im schriftlichen Verfahren - nicht, hat das Gericht keine Möglichkeit, andere Gründe festzustellen, die einer gemeinsamen Übertragung entgegenstehen könnten. Folglich kann es zu einer Übertragung der gemeinsamen Sorge kommen, obwohl dies dem Kindeswohl widerspricht, weil das Gericht auch auf sonstige Weise keine Kenntnis von diesen Gründen erlangt. Dies ist mit der Intention des § 1626a Abs. 2 BGB-RefE, das Kindeswohl in den Vordergrund zu stellen, nicht zu vereinbaren und daher abzulehnen. Außerdem werden dadurch die Bemühungen des neuen Bundeskinder-schutzgesetzes (BKisSchG) konterkariert, zumal entgegen der Regelungen des allgemeinen Rechtsverkehrs das Schweigen der Mutter als Zustimmung gewertet wird und ihre Anhörung - sie wird die Bedürfnisse des Kindes durchaus eher persönlich als schriftlich äußern können -, ebenso wenig wie die des Jugendamtes erfolgt. Durch die komplette Ausschaltung des Jugendamtes werden die ihm zugunsten des Kindes eingeräumten Rechte i. S. d. § 162 FamFG; §§ 50 Abs.1 Satz 2 Nr. 1, 87b Abs.1 Satz 1, 86 SGB VIII vollkommen torpediert. Es ist nicht davon auszugehen, dass die intendierte Vereinfachung zu Ressourceneinsparungen beim Jugendamt führt, da es in mehr Konflikte involviert sein wird.

In der Begründung zur Einführung des § 155 FamFG durch das FGG-Reformgesetz hat der Gesetzgeber ausgeführt: „Der Grundsatz des Kindeswohls prägt und begrenzt zugleich das Beschleunigungsgebot“ (vgl. BT-Drs. 6308, S.236, vgl. auch Stellungnahme des Deutschen Vereins zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Kinder vom 26.04.2012, S.6f www.deutscher-verein.de). Durch § 155 FamFG wird (ausschließlich) im Interesse des Kindeswohls eine Verkürzung in sorge- und umgangsrechtlichen Verfahren bewirkt. Der Beschleunigungsgedanke dient damit dem Kindeswohl und kann nicht, zur Verhinderung einer umfassenden Ermittlung der für die Entscheidung über die gemeinsame Sorge maßgeblichen Kindeswohlgesichtspunkte herangezogen werden (so im Ergebnis auch der Deutsche Verein, S.7).

Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass § 159 FamFG-RefE von der Regelung des § 155a FamFG-RefE wohl unberührt bleibt, was dazu führen könnte, dass das Kind einbezogen werden muss, eine Anhörung der Eltern aber unterbleibt. Inwieweit die Regelung mit § 156 FamFG (Hinwirken auf Einvernehmen) vereinbar ist, sagt der Gesetzentwurf ebenfalls nicht. Die Regelung wird - wie zu § 1626a BGB-RefE ausgeführt - oft auch Konflikte und Widerstände hervorrufen. Etwaige verstärkte Konflikte werden - angesichts der formlosen Mitteilung gegenüber dem Jugendamt - auf die Ebene des Jugendamtes verlagert, ohne vorher zu einer einvernehmlichen Regelung beigetragen zu haben und das Jugendamt einzubeziehen. Von der „Verantwortungsgemeinschaft“ des FGG-Reformgesetzes ist hier nichts mehr zu sehen. Die Frist für die Mutter zur Stellungnahme wäre mit 6 Wochen (§ 155a Abs.2 Satz 2 FamFG-RefE) nach der Geburt als viel zu kurz anzusehen.

Insgesamt wird die Regelung aus Kindeswohlgründen abgelehnt.

Artikel 4 – Änderung des Achten Buches Sozialgesetzbuch

Zu § 58a SGB VIII-RefE (Auskunft über Alleinsorge aus dem Sorgeregister)

§ 58a SGB VIII regelt zurzeit die „Auskunft über Nichtabgabe und Nichtersetzung von Sorgeerklärungen“, sie bezieht sich damit weitestgehend auf die Registrierung der Sorgeerklärungen, die im Zuständigkeitsbereich eines Jugendamtes nach § 59 Abs.1 Nr.8 SGB VIII beurkundet wurden. Die Regelung dient dem sogenannten „Negativ-Attest“ zur Dokumentation des alleinigen Sorgerechts der Mutter im Rechtsverkehr. Um hier eine korrekte Auskunft geben zu können, werden auch Nichtersetzungen der Sorgeerklärung nach Art. 224 § 2 Abs.3 EGBG erfasst. Da Sorgeerklärungen in der Regel beim Jugendamt abgegeben werden, war es sinnvoll diese Aufgabe bei den Jugendämtern anzusiedeln. Des Weiteren ist geregelt, dass das Geburtsjugendamt für die Bündelung der Informationen ein **Register für die Sorgeerklärungen** führt, damit auch eine korrekte Auskunft erteilt werden kann (vgl. § 58a Abs.2. SGB VIII in Verbindung mit § 87c Abs.6 Satz 2 SGB VIII). Ein (umfassendes) **Sorgeregister** ist damit das Register für Sorgeerklärungen keinesfalls. Der Gesetzesentwurf geht jetzt davon aus, dass für weitere, auf gerichtlicher Entscheidung beruhende, Sorgerechtsänderungen (insbesondere im Zusammenhang mit § 1626a Abs.1 Nr.3; Abs.2 BGB-RefE, sowie bei (teilweiser) Übertragung des alleinigen Sorgerechts auf den Vater (im Rahmen des § 1671 Abs.2, 3 BGB-RefE), Eintragungen im „Sorgeregister“ beim

Jugendamt zu erfolgen hätten. Dieser Ansatz ist bereits fraglich, da von einem Sorgeregister ausgegangen wird, welches es bis dato gar nicht gibt. Auf dieser irrigen Annahme beruhend wird dann weiter die Frage gestellt, ob die Mitteilungspflichten den Jugendämtern oder den Familiengerichten obliegen sollen. Auch ist fraglich, welcher Regelungsstandort für die Bündelung der Mitteilungspflichten geeigneter ist (gemeint ist wohl, ob ein umfängliches Sorgeregister beim Geburtsjugendamt geführt werden soll). Der Gesetzentwurf trifft hier noch keine eindeutige Festlegung.

Zunächst ist vorwegzuschicken, dass eine derartige Registrierung bei einem Geburtsjugendamt einen enormen Aufwand darstellen würde. Jedes Jugendamt (knapp 600 in der Bundesrepublik, in NRW teilweise mit Einwohnerzahlen ab 20.000) müsste in seinem Register dann auch noch sämtliche Entscheidungen der Gerichte aufnehmen. Dies ist für die Jugendämter nicht leistbar und wäre auch in hohem Maße **konnexitätsrelevant**. Es müssten insoweit auch die **Mehrbelastungen der Jugendämter im Gesetzentwurf beziffert** und deren **Ausgleich dargelegt** werden, da hier letztlich Entscheidungen der Gerichte registertechnisch erfasst würden. Dies ist nicht Aufgabe der Jugendämter. Selbst wenn man dies so regeln würde, wäre aber eine etwaige Mitteilungspflicht ebenfalls nicht beim örtlich zuständigen Jugendamt zu verorten, weil dies schwerlich zur gewünschten Entlastung der Familiengerichte führen würde. Die Familiengerichte müssten die örtlichen Jugendämter informieren und diese wiederum die Geburtsjugendämter. Es ist nicht erkennbar, warum dann nicht sogleich von den Familiengerichten die Meldungen an die Geburtsjugendämter gerichtet werden könnten. Im Gesetzentwurf ist die Tendenz erkennbar, einseitig die Jugendämter mehr zu belasten als die Familiengerichte. Dabei wird ein hoher bürokratischer Aufwand betrieben, der bei den vielen geführten Registern (jedes Jugendamt) und den korrespondierenden Meldepflichten (des zuständigen Jugendamtes/des Familiengerichts an im Einzelfall jeweils unterschiedliche Geburtsjugendämter) zudem sehr fehleranfällig sein wird. Diese Fehler würden zu Lasten der betroffenen Kinder gehen, denn die erstrebte Klarheit über die Sorgerechtsverhältnisse wäre dadurch gefährdet.

Unabhängig davon steht die BAG Landesjugendämter einer **Sorgeregisterführung sehr positiv** gegenüber. Der Gesetzentwurf verfolgt damit das berechtigte und erforderliche Ziel eine umfassende Auskunft über die sorgerechtlichen Verhältnisse eines Kindes bzw. des Sorgerechts der Eltern erteilen zu können, zumal die Möglichkeiten der Änderungen zunehmen werden. Dabei muss sowohl berücksichtigt werden, dass sowohl die Jugendämter (Beurkundung der Sorgeerklärung) als auch die Gerichte durch neue Entscheidungsmöglichkeiten Änderungen herbeiführen und eine einheitliche, korrekte Auskunft erforderlich ist. Der Gesetzgeber hätte hier aber auch die Möglichkeit, dem Vorbild des neu eingerichteten „Zentralen Testamentsregisters“ (Berlin) zu folgen und ein **„Zentrales Sorgeregister“** einzurichten. An dieses wäre dann von der jeweiligen Stelle, entweder dem Familiengericht oder dem Jugendamt, die in seiner Zuständigkeit liegende Änderung mitzuteilen und zwar einheitlich an eine zentrale Stelle in der Bundesrepublik. Die dort entstehenden Lasten (Kosten) könnten entsprechend ihrer Veranlassung verteilt werden. Sonstige Mitteilungspflichten der Gerichte an die Jugendämter blieben davon unberührt. Die Änderung des § 99 Abs.6a SGB VIII-RefE wäre dann obsolet.

Insgesamt wird die Einrichtung eines Zentralen Sorgeregister vorgeschlagen.

Zu sonstige Änderungen des SGB VIII

Weitere Änderungen beziehen sich auf die Beratung nicht miteinander verheirateter Eltern in Bezug auf die Abgabe der Sorgeerklärung und die Möglichkeit der gerichtlichen Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge (§ 18 Abs.2 SGB VIII-RefE), die Beratung des nicht mit der Mutter verheirateten Vaters bei Wahrnehmung seiner Rechte nach § 1747 Abs.1, Abs.3 BGB-RefE durch das Jugendamt (§ 51 Abs.3 SGB VIII-RefE), die Beurkundung der Verzichtserklärung i. S. d. § 1747 Abs.3 Nr. 2 BGB-RefE (§ 59 Abs.1 Nr. 7 SGB VIII-RefE), die Weitergabe von Sozialdaten im Rahmen von § 8 a Abs.2 SGB VIII (§ 65 Abs.1 Nr. 2 SGB VIII-RefE), die eventuelle Ausdehnung der Mitteilungspflicht des Geburtsjugendamtes auf rechtskräftige gerichtliche Entscheidungen zur elterlichen Sorge an das Jugendamt, in dessen Bereich die Mutter ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, entsprechend des nach § 58a Abs.1 Nr. 3 SGB VIII-RefE erweiterten Auskunftgegenstandes (§ 87c Abs.6 SGB VIII-RefE) und die Kinder- und Jugendhilfestatistik (§ 99 Abs.6 a SGB VIII-RefE). **Mehrbelastungen** der Jugendämter sollten im Gesetzentwurf abgebildet werden, da diese **konnexitätsrelevant** sind.

IV. Zusammenfassung

Das Bestreben des Gesetzentwurfs, die Herstellung der gemeinsamen Sorge für nicht mit der Mutter verheiratete Väter unter Berücksichtigung der Grundrechtspositionen der Eltern zu stärken, weil dies auch dem Kind grundsätzlich zugute kommt, ist uneingeschränkt zu begrüßen. Insoweit setzt der Gesetzentwurf die Vorgaben der Rechtsprechung um. Begrüßt wird auch, dass mit der Geburt die Mutter zunächst das alleinige Sorgerecht - wie bisher - erhält. Der Vater kann mit einem Antrag die gemeinsame Sorge - bei Nicht-Zustimmung der Mutter - im Rahmen eines neu geregelten gerichtlichen Verfahrens herbeiführen. **Die Elternrechte sind dabei immer als „Rechte im Interesse des Kindes“ zu sehen.**

Die **Ausgestaltung des Gesetzentwurfs** im Ganzen **erscheint** allerdings unter Berücksichtigung der betroffenen Grundrechtsträger **und unter dem Primat des Kindeswohls nicht ausbalanciert**. Sie geht in der Tendenz zu Lasten des Kindes und des Kindeswohls.

Dies gilt zum einen, da das Schweigen eines Elternteils, in der Regel der allein sorgeberechtigten Mutter, in einem Verfahren zur Sorgerechtsänderung (hier hin zum gemeinsamen Sorgerecht), auf Gründen beruhen kann, die im wohlverstandenen Interesse des Kindes liegen. Das Schweigen oder das Unterlassen einer Handlung sollte insoweit nicht im Sinne einer gesetzlichen Vermutung für eine Zustimmung zur gemeinsamen Sorge bzw. für das Kindeswohl (im Sinne einer negativen Kindeswohlprüfung) gewertet werden. Schweigen ist im allgemeinen Rechtsverkehr ein rechtliches Nullum. Auf das gewohnte gerichtliche Verfahren (Anhörung der Eltern, Anhörung des Jugendamtes) sollte nicht verzichtet werden. Die Anhörung einer untätigen oder nicht-zustimmungswilligen Mutter dient dazu, sie gegebenenfalls an die gemeinsame Sorge heranzuführen oder die Gründe ihres Verhaltens im Kindeswohlinteresse aufzuklären. Es geht um die Herstellung des Einvernehmens im Sinne des § 156 FamFG und darum, nachhaltig ein positives Verhältnis der Eltern und des Kin-

des untereinander zu fördern. Eine andere Regelung würde verkennen, dass die Situationen in denen nichteheliche Kinder aufwachsen viel zu vielfältig sind und nicht zugunsten des Kindes rein formal geregelt werden können. **Es wird daher § 1626a Abs.2 BGB-RefE und § 155a FamFG-RefE aus Kindeswohlgründen abgelehnt.**

Als problematisch wird auch gesehen, dass unbeschadet des Ziels des Gesetzgebers gemeinsame Sorgeübernahmen zu fördern, die Möglichkeiten der **Änderung von der gemeinsamen Sorge hin zur alleinigen Sorge** eines Elternteils maßgeblich, ebenfalls ohne positive Kindeswohlprüfung bzw. ganz ohne Kindeswohlprüfung, mit dem Gesetzentwurf erheblich erweitert werden. Dies widerstrebt dem eigentlichen Ziel des Gesetzes und ist abzulehnen. So können die Eltern ganz andere als kindeswohlbezogene Gründe für ihre Entscheidung (z.B. bei der Zustimmung zur Alleinsorge des anderen Elternteils) haben. Insoweit wird auch die bestehende Regelung des § 1671 Abs.2 Nr.1 BGB im Lichte der bevorzugten Übernahme der Verantwortung durch beide Eltern inzwischen kritisch gesehen. Eine maßgebliche Kindeswohlprüfung bleibt erforderlich, um die Interessen des Kindes und seines Wohl etwaigen Eigeninteressen der Eltern gegenüberzustellen.

Eine zu starke Ausweitung der **negativen Kindeswohlprüfung** wird ebenfalls kritisch gesehen, insbesondere - wie dargelegt - für Fälle in denen von der Alleinsorge der Mutter gegen ihren Willen (ohne ihre Zustimmung) eine gemeinsame Sorge - noch auf der Grundlage einer Vermutung - hergestellt werden soll. Dies gilt aber z.B. auch für die Regelungen im Anwendungsbereich des § 1680 BGB-RefE, bei denen das Kind ohne eine positive Kindeswohlprüfung ohne weiteres dem anderem Elternteil, der bislang keine Verantwortung übernommen hat - und sich auch nicht nach den erleichterten neuen Regelungen um ein gemeinsames Sorgerecht bemüht hat - zur alleinigen elterlichen Sorge übergeben wird. Vorgeschlagen wird hier eine positive Kindeswohlprüfung, die berücksichtigt, dass es grundsätzlich im Kindesinteresse liegen wird, von beiden Eltern bzw. im Fall des § 1680 BGB-RefE von einem Elternteil betreut und versorgt zu werden. Dabei sollte das Gericht - unter Einbeziehung des Jugendamtes - nicht von der Aufgabe befreit werden, positive Feststellungen bezüglich des Kindeswohls zu treffen. Dies deshalb, weil nur so die „Belange des Kindes maßgebliche Berücksichtigung finden“ und in jedem Fall eine gewichtige Änderung seiner Rechtsverhältnisse erfolgt.

Insgesamt werden eine Vielzahl von Regelungen nicht als hinreichend kindeswohlorientiert angesehen, es erfolgt teilweise eine zu starke Betonung der Entscheidung durch die Eltern, so dass die Eltern- und „Kinder“-rechte nicht hinreichend „ausbalanciert“ erscheinen. Insoweit sollte auch die Verantwortungsabgabe von Eltern (vgl. § 1747 BGB-RefE) nicht vereinfacht/ausgeweitet werden. Das Kindeswohl sollte geprüft und die Eltern im Sinne ihrer gemeinsamen und eigenen elterlichen Verantwortung im Sinne ihres treuhänderischen Rechts und ihrer Pflicht gefordert werden.

Der Gesetzentwurf lässt offen, wie mit dem „**Sorgeregister**“ hinsichtlich der Mitteilungspflichten verfahren werden soll. Die BAG Landesjugendämter weist darauf hin, das bislang kein Sorgeregister beim Jugendamt gesetzlich verortet ist, sondern ein Register über Sorgeerklärungen geführt wird. Die Jugendämter - ebenso wie die Gerichte - sollten hier nicht mit neuen und sehr bürokratischen Aufgaben beauftragt und belastet werden. Andernfalls wäre dies für die Jugendämter in hohem Maße konnexitätsrelevant. Da ein Sorgeregister (aber nicht bei jedem einzelnen Jugendamt) be-

fürwortet wird, wird vorgeschlagen, nach dem Vorbild des Zentralen Testamentsregisters ein **Zentrales Sorgeregister** zu errichten, an das sowohl die Jugendämter als auch die Familiengerichte ihre Mitteilungen richten.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in cursive script that reads "Birgit Zeller".

Birgit Zeller
Vorsitzende