

Berlin, 13. September 2010

ENTWURF ZUR ÄNDERUNG VON § 1626 A BGB

Geschäftsstelle / Office:
Anklamer Straße 38
D-10115 Berlin
fon: ++49 – (0)30 – 443270-0
fax: ++49 – (0)30 – 443270-22
geschaefsstelle@djb.de
<http://www.djb.de>

§ 1626 a BGB

Differenzierte Widerspruchslösung

(1) Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht ihnen die elterliche Sorge dann gemeinsam zu, wenn

a. der Vater erklärt, dass er die elterliche Verantwortung übernehmen will und

b. die Mutter erklärt, dem nicht zu widersprechen.

(2) Liegen die Voraussetzungen des Absatzes 1 nicht vor, so hat das Familiengericht auf Antrag eines Elternteils die gemeinsame Sorge anzuordnen, wenn es dem Kindeswohl nicht widerspricht.

(3) Im Übrigen hat die Mutter die elterliche Sorge.

Begründung

EGMR-Urteil vom 3. Dezember 2009

Mit Urteil vom 3. Dezember 2009 hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) zu Art. 8 I, Art. 14 EMRK und § 1626a II BGB entschieden, dass Deutschland die nicht mit der Mutter verheirateten Väter beim Zugang zur gemeinsamen Sorge für gemeinsame Kinder diskriminiere. Das Gericht weist insoweit darauf hin, dass es keine objektive Rechtfertigung dafür gebe, dass das Sorgerecht des nicht mit der Mutter verheirateten Vaters einer gerichtlichen Einzelfallprüfung nicht zugänglich ist; EGMR, FamRZ 2010, S. 103 ff.

Dem lag folgender Fall zugrunde: Der 1964 geborene Beschwerdeführer ist Vater eines außerhalb einer Ehe im Jahre 1995 geborenen Kindes. Die Eltern lebten von 1993 bis zur Trennung im August 1998 zusammen. Bis Januar 2001 wohnte das Kind bei dem Vater, die Mutter wohnte in einer anderen im gleichen Haus befindlichen Wohnung. Im Januar 2001 zog die Mutter dann mit dem Kind aus. Der Vater pflegte mit dem Kind einen umfangreichen Umgang, er sah es Mittwochnachmittag bis Donnerstagmorgen und Sonntag ab 10 Uhr bis Montagmorgen, sowie die hälftigen Ferien, insgesamt etwa vier Monate im Jahr.

BVerfG-Beschluss vom 21. Juli 2010

Daraufhin hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 21. Juli 2010 § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB und § 1672 Abs. 1 BGB für unvereinbar mit Art. 6 Abs. 2 GG erklärt. Es hat festgelegt, dass bis zum Inkrafttreten einer gesetzlichen Neuregelung § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB mit der Maßgabe anzuwenden ist, 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.

Bis zum Inkrafttreten einer gesetzlichen Neuregelung ist § 1672 Abs. 1 BGB mit der Maßgabe anzuwenden, 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.

Es ist aber keine Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit einer Regelung ergangen, wonach dem nicht mit der Mutter verheirateten Vater nicht automatisch mit der Geburt des Kindes die Mitsorge übertragen wird. Das Gericht führt vielmehr unter Rn. 35 ausdrücklich aus „Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber das elterliche Sorgerecht für ein nichteheliches Kind zunächst allein seiner Mutter übertragen hat (vgl. BVerfGE 107, 150 <169>). Ebenfalls steht mit der Verfassung in Einklang, dass dem Vater eines nichtehelichen Kindes nicht zugleich mit der wirksamen Anerkennung seiner Vaterschaft gemeinsam mit der Mutter das Sorgerecht eingeräumt ist. Eine solche Regelung wäre zwar möglich, sie ist aber verfassungsrechtlich nicht geboten.“

Gründe für eine Ablehnung der gemeinsamen Sorge

Eine Umfrage des Bundesministeriums der Justiz (BMJ) zur gemeinsamen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern aus dem Jahre 2006, an der sich 440 Jugendämter und 109 Rechtsanwält(inn)e(n) beteiligt haben, erbrachte das Ergebnis, dass nach Schätzung der befragten Jugendämter und Rechtsanwält(inn)e(n) etwa 25 bis 75 Prozent aller Eltern nichtehelicher Kinder zusammenleben oder zumindest längere Zeit (mindestens ein Jahr) zusammengelebt haben, ohne eine gemeinsame Sorge begründet zu haben (vgl. BT-Drucks 16/10047, S. 9, 12). Die Teilnehmer(innen) der Umfrage wurden befragt, welche Motive von den Müttern für die Ablehnung der gemeinsamen Sorge angegeben worden sind. Es wurden acht mögliche Motive zur Auswahl gestellt, die zum Teil kindeswohlorientiert und zum Teil kindeswohlfremd waren; eine Mehrfachnennung war möglich. Am häufigsten nannten die Teilnehmenden die Motive „Die Mutter möchte die Alleinsorge behalten, um allein entscheiden zu können“, und „Die Mutter möchte nichts mehr mit dem Vater zu tun haben und lehnt daher jeden Kontakt auch in Angelegenheiten des Kindes ab“. Diese beiden Motive wurden von etwa 80 Prozent aller Jugendämter genannt. Mit etwa 70 Prozent nannten die Jugendämter die Motive „Es kommt häufig zu Konflikten der Eltern, eine friedliche Verständigung ist nicht möglich“, und „Eine Beziehung zwischen den Eltern hat nie bestanden, war lose oder ist beendet“; Rechtsanwält(inn)e(n) nannten die beiden letzteren Motive nur zu etwa 50 Prozent (vgl. BT-Drucks 16/10047, S. 12).

Diese Umfrage wird immer wieder als Beleg dafür verwandt, dass Mütter in großer Zahl kindeswohlfremde Gründe für ihre Ablehnung des gemeinsamen Sorgerechts haben. Eine

Aussage, die nach dem im Mai veröffentlichten Zwischenbericht einer repräsentativen Umfrage des BMJ nun nicht mehr zu halten ist.

Laut Zwischenbericht besteht heute schon für 62 Prozent der nichtehelich geborenen Kinder ein gemeinsames Sorgerecht durch Sorgeerklärungen oder durch eine nachfolgende Eheschließung der Eltern. Ca. 11 Prozent der nicht miteinander verheirateten Eltern führen keine Partnerschaft und haben keine partnerschaftliche Bindung. Nicht erfasst sind aber die Fälle, in denen die Partnerschaft später zerbricht.

Gründe, die gegen eine gemeinsame Sorge angegeben wurden, waren bei den Vätern in erster Linie: „Wusste ich nicht; haben wir doch; interessiert mich nicht; wollten doch heiraten.“

Die Mütter gaben in erster Linie an: „Lose oder beendete Beziehung; keine stabile Partnerschaft; Konflikte; gemeinsame Sorge nicht erwünscht.“ Es handelt sich also keineswegs um Kindeswohlferne Gründe. Die These, dass 80 Prozent der nicht mit dem Vater verheirateten Mütter Kindeswohlfeindliche Gründe anführen, warum sie die gemeinsame Sorge nicht wollen, ist jedenfalls nach diesem Zwischenbericht nicht zu halten. Die Untersuchung des BMJ von 2006 ist überholt und wird eindeutig durch den Zwischenbericht von Mai 2010 widerlegt.

Ein weiteres Ergebnis der Studie 2010 ist, dass alle Väter aus konfliktbelasteten Trennungen – unabhängig vom Status der elterlichen Sorge – mit der Möglichkeit ihres Einflusses auf die Kinder und die Kindererziehung nicht zufrieden waren.

Willen des Vaters, Verantwortung (=Pflichten) zu übernehmen

Eine automatische Mitsorge der Väter – ungeachtet des Interesses und des Willens des Vaters, sich an der Sorge zu beteiligen –, lehnt der djb ab. Der Vater soll bekunden, dass er die Mitsorge will. In diesem Zusammenhang weist der djb darauf hin, dass der Begriff elterliche Sorge nicht ausreichend verständlich macht, worum es bei der Sorge geht. Auf europäischer Ebene wird daher der Begriff elterliche Verantwortung benutzt, der deutlicher macht, dass es bei der elterlichen Sorge auch um Pflichten geht. Es wird angeregt, in Übereinstimmung mit der Regelung des Art. 8 der Brüssel-IIa VO und des Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern vom 19. Oktober 1996 (KSÜ) von elterlicher Verantwortung zu sprechen.

Es wird daher der Begriff der elterlichen Verantwortung im djb-Entwurf verwandt. Er macht deutlich, dass nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten – Verantwortung – verteilt werden.

Rechtsverbindliches Handeln für das Kind

Es ist unumgänglich für das Wohl des Kindes, dass beginnend mit seiner Geburt eine Person existiert, die rechtsverbindlich für es handeln kann, nämlich die Mutter des Kindes (§ 1626a Abs. 3 BGB). Der Vater kann einen Antrag auf Mitsorge stellen. Der Antrag sollte die Form des § 1626d BGB haben. Denn nur so kann eine Beratung des Vaters erfolgen, um diesem bewusst zu machen, welche Rechte und Pflichten mit der gemeinsamen Verantwortung für ein Kind verbunden sind.

Widerspruchsrecht der Mutter

Wenn der Vater durch seinen Antrag dokumentiert, dass er die elterliche Verantwortung für sein Kind übernehmen will, erhält er diese elterliche Verantwortung, wenn die Mutter dem nicht widerspricht. Dogmatisch lässt sich das Widerspruchsrecht der Mutter zum Antrag des Vaters damit begründen, dass es sich um nicht miteinander verheiratete Eltern handelt. Hier liegt der Unterschied zum Vater, der mit der Mutter in einer Ehe verbunden ist. Die Ehe ist eine Verbindung zwischen den Eltern, die ein „Füreinander-Einstehen“ bedeutet. Dies kann aber bei nicht miteinander verheirateten Eltern eben nicht vorausgesetzt werden.

Keine Fristen

Wenn die Mutter der gemeinsamen Sorge widerspricht, steht es dem Vater frei, einen Antrag beim Familiengericht zu stellen mit dem Ziel, die gemeinsame Sorge gerichtlich anordnen zu lassen. Der Vater hat hierdurch die Möglichkeit, über die elterliche Verantwortung per Gerichtsbeschluss entscheiden zu lassen. Er kann für sich entscheiden, ob er den Weg der Auseinandersetzung gehen will. Das Verlangen nach einer gemeinsamen elterlichen Verantwortung soll aber nicht fristgebunden sein. Denn es wäre für die Mutter schwierig, z.B. direkt nach einer Entbindung Fristen zu wahren.

Der djb hält es für zweckmäßig, dass auch die Mutter des Kindes das Gericht anrufen kann. Nach Ansicht des djb sind durchaus Fälle denkbar, in welchen auch die Mutter das Familiengericht zur Klärung anrufen möchte. Im Übrigen würde es sich um eine „Ungleichbehandlung“ handeln, wenn dieser Weg der Mutter verwehrt wäre. Ob das Verlangen im Einzelfall dann dem Kindeswohl entspricht, muss vom Familiengericht geprüft werden.