

48/03 ✓

17. Dez. 03

19. Dez. 03

B M J

IA 2 - 3473/7 - 12 105/2003

Berlin, den 16. Dezember 2003

Hausruf: 9112

(F:\abt_1\g1115\referat\schol\SorgeR-
Forsch\gdb_dez03-vorlage.doc)

Referat: IA 2
Referatsleiter: RD Dr. Schomburg

Betr.: Dienstbesprechung bei Frau Ministerin zum Thema „Elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern“ am ~~17. Dezember~~ 2003

12. Januar 2004

hier: Gesprächsvorbereitung

Bezug: Verfügung des Büros der Ministerin (Frau RDn Dr. Hubig) vom 28. November 2003

Über

Frau UALn IA *16.12.03*
Herrn AL I *16.12.03*
das Kabinettsreferat *[Signature]*
Herrn Staatssekretär *18.12.*

Frau Ministerin *21.12.*

mit der Bitte um Kenntnisnahme vorgelegt.

Herr Parlamentarischer Staatssekretär hat Abdruck erhalten. ✓

Wie besprochen

f.d.A.

Ans 26.1.

I. Vermerk:

Zur Vorbereitung der o.g. Dienstbesprechung werden anliegend Papiere zu folgenden Themen vorgelegt:

- Soll zum Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern ein Forschungsvorhaben durchgeführt oder der Entwurf für eine Neuregelung vorgelegt werden?
- Pflicht der Eltern, sich über Konfliktlösungsmöglichkeiten zu informieren.

II. Über Herrn AL I 21/12
Frau UALn I A 10/12 22/12

Wv. in Referat I A 2

AS Kind	IA 2
He 2.16.12.	Allo 16.12.

Soll zum Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern ein Forschungsvorhaben durchgeführt oder der Entwurf für eine Neuregelung vorgelegt werden?

Das Bundesverfassungsgericht hat die gesetzliche Regelung des Rechts der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern (§§ 1626a ff. BGB) in seinem Urteil vom 29. Januar 2003 für im Wesentlichen verfassungskonform erklärt. Es hat jedoch dem Gesetzgeber neben der Schaffung einer Übergangsregelung für sog. „Alt-Fälle“ aufgegeben, die tatsächliche Entwicklung zu beobachten und zu prüfen, ob seine Annahmen auch vor der Wirklichkeit Bestand haben. BMJ steht gegenwärtig vor der Frage, ob es den Auftrag des Bundesverfassungsgerichts zur Beobachtung der tatsächlichen Entwicklung erfüllt (Prof. Ullrich Grundlage des Referats I A 2 vom August 2003) oder ob Vätern nichtehelicher Kinder ohne weitere Forschung über § 1626a BGB hinaus Zugang zur gemeinsamen elterlichen Sorge eröffnet werden soll.

Neben einer möglichen Änderung des § 1626a BGB muss auch eine Änderung des § 1672 Abs. 2 BGB in Betracht gezogen werden: Nach geltender Rechtslage kann der Vater des nichtehelichen Kindes auch die Alleinsorge – von den Fällen der Kindeswohlgefährdung abgesehen – nicht gegen den Willen der Mutter erlangen.

1. Argumente für eine Neuregelung ohne vorausgehende Forschung

- Der Auftrag des Bundesverfassungsgerichts, die weitere tatsächliche Entwicklung zu beobachten, gilt nur für den Fall, dass der Gesetzgeber am bisherigen Regelungskonzept festhält, das die gemeinsame elterliche Sorge nicht verheirateter Eltern an übereinstimmende Sorgeerklärungen knüpft. Der Gesetzgeber ist nicht gehindert, dem Elternrecht des Vaters und dem Recht des nichtehelichen Kindes auf beide Eltern schon von sich aus stärkeres Gewicht beizumessen, indem er unter bestimmten Voraussetzungen eine gemeinsame Sorge und eine Alleinsorge des Vaters auch gegen den Willen der Mutter zulässt.
- Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, § 1626a BGB für im Wesentlichen verfassungskonform zu erklären, und die gegenwärtige Regelung des § 1672 BGB sind in der Rechtswissenschaft auf nicht unerhebliche Kritik gestoßen (Burmeister, Finger, Dieter Henrich, Heumann Humphrey, Jonas). Hauptkritikpunkt: Das konkrete Kindeswohl und die Eignung der Eltern bleibt unterhalb

der Schwelle der Kindeswohlgefährdung unberücksichtigt, wenn die Mutter „nicht will“.

- Die Mehrzahl der Interessenverbände plädiert dafür, bei einer Weigerung der Mutter jedenfalls eine gerichtliche Überprüfungsöglichkeit vorzusehen (z.B.: Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht, DIJuF u.a.).
- Die deutsche Regelung ist anders als die der meisten anderen europäischen Ländern. In einigen Ländern steht die elterliche Sorge den Eltern mit der Geburt des Kindes gemeinsam zu. Die Länder, die die gemeinsame elterliche Sorge wie Deutschland an Sorgeerklärungen bzw. eine Elternvereinbarung knüpfen, sehen daneben zumeist vor, dass die gemeinsame Sorge – nach Kindeswohlprüfung – auch vom Gericht angeordnet werden kann (Finnland, Schweden, Vereinigtes Königreich, Irland und Luxemburg). Regelungen, die der deutschen entsprechen, gibt es nur (noch) in Österreich und – hinsichtlich der Begründung der gemeinsamen Sorge – auch in Dänemark.
- Nachdem sie beim BVerfG nicht erfolgreich waren, hört man aus Kreisen der Väterorganisationen, dass nach geeigneten Fällen für eine Beschwerde beim EGMR gesucht wird. Eine jetzt eingeleitete Gesetzesänderung würde dem Risiko einer Verurteilung in einem solchen Verfahren und dem damit verbundene Vertrauensverlust im Ausland („wieder einmal“ ...) vorbeugen.
- Würde § 1626a BGB sogleich geändert, entfielen die für eine Forschung aufzuwendenden Kosten und die Gefahr, dass die Studie keine hinreichend klaren Ergebnisse hervorbringen wird (s. unten unter 2., 5. Anstrich).

2. Argumente für die Durchführung einer Forschung und damit gegen eine (sofortige) Neuregelung

- Die Vorschrift des § 1626a BGB ist bei ihrer Einführung mit der Kindschaftsrechtsreform 1998 eingehend erörtert worden. Die stärkere rechtliche Stellung der Mutter wurde bewusst gewählt, um Auseinandersetzungen der Eltern über die Ausübung der Sorge im Interesse des Kindes zu vermeiden (Bericht des Rechtsausschusses).

- § 1626a BGB in der heute geltenden Fassung beruht auf einem Entwurf der Bundesregierung. Einwendungen gegenüber dieser Vorschrift ist BMJ bisher mit einem Hinweis auf die gesetzgeberischen Überlegungen entgegen getreten. Im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht hat BMJ die Auffassung vertreten, die Vorschrift sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, jedoch beabsichtige BMJ die weitere tatsächliche Entwicklung zu beobachten und schließe Gesetzesänderungen nach längerer Erfahrung mit dem neuen Recht nicht aus. Mit einer Gesetzesänderung, die sich nicht auf neue tatsächliche Erkenntnisse stützen könnte, würde BMJ diese Linie verlassen.

- Legte BMJ bereits jetzt einen Entwurf zur Änderung von § 1626a BGB vor, würde dies insbesondere von denjenigen Verbänden (VAMV, Paritätischer Wohlfahrtsverband und teilweise auch Dt. Juristinnenbund) und Bürgerinnen kritisiert werden, die sich bisher mit BMJ für die geltende Regelung ausgesprochen haben. Zu erwartende Kritik: Gesetzesänderung „ohne Not“, da die Regelung vom BVerfG nicht beanstandet wurde.

- Die Position der Länder gegenüber einer Öffnung insbesondere des § 1626a BGB würde nach hiesiger Einschätzung eher skeptisch sein, weil damit zusätzliche Sorgeverfahren auf die Familiengerichte zukämen. Bei einer im Jahr 2000 durchgeführten Befragung der Länder zu den ersten Erfahrungen mit der Kindschaftsrechtsreform haben sich nur BW, Niedersachsen und Sachsen für eine Änderung des § 1626a BGB ausgesprochen.

- Politisch leichter durchzusetzen wäre eine Gesetzesänderung, wenn zuvor eine Forschung durchgeführt würde. Ergibt diese, dass die vom BVerfG herausgestellte gesetzgeberische Annahme – Nichtabgabe von Sorgeerklärung durch die Mutter in der Regel von Kindeswohlgründen getragen – unzutreffend ist, ist der Gesetzgeber zum Handeln gezwungen. Es bleibt allerdings das auch von Frau Prof. Zitelmann nicht verheimlichte Risiko, dass sich die Annahme nicht mit hinreichender Eindeutigkeit verifizieren oder falsifizieren lässt, da innere Vorgänge auch mit modernen Befragungsmethoden nur schwer aufklärbar sind. Im letzten Fall hätte BMJ zumindest an der bisherigen Linie der Beobachtung der tatsächlichen Entwicklung festgehalten und könnte den gesetzgeberischen Handlungsbedarf damit begründen, dass sich die gesetzgeberische Annahme der Kindschaftsrechtsreform nicht bestätigen ließ.

Anmerkung: Frau Prof. Zitelmann hat auf Anfrage von RD Dr. Schomburg geprüft, ob eine Verkürzung der bisher veranschlagten Untersuchungsdauer von 5 Jahren möglich ist. Sie hält es für denkbar, auf die Zweitbeurteilung der Eltern zu verzichten und so nach 1 ½ Jahren erste Ergebnisse vorzulegen.

3. Ein „Mittelweg“ zwischen den beiden Lösungen, bei dem BMJ bei seiner Linie (Beobachtung der weiteren tatsächlichen Entwicklung) bleibt und gleichwohl Kosten einer Forschung vermieden werden, könnte wie folgt aussehen: BMJ führt keine Forschung durch und legt zunächst auch keinen Gesetzentwurf vor. Nach etwa einem Jahr werden die neue Statistik der Sorgeerklärungen (erste Ergebnisse für 2004) und die Erfahrungen der Länder mit der Übergangsregelung ausgewertet. Es wäre dann zwar weiterhin nicht möglich, etwas zu den nach dem BVerfG zu klärenden Motiven für die Verweigerung der Sorgeerklärung durch die Mütter zu sagen, jedoch könnte man einen Gesetzentwurf immerhin mit Zahlen zu den abgegebenen Sorgeerklärungen bezogen auf die Gesamtzahl der nichtehelichen Geburten unterlegen und könnte abschätzen, ob die neue „Altfallregelung“ (In-Kraft-Treten 31. Dezember 2003) für die Praxis handhabbar und auf die Neufälle übertragbar ist.

Pflicht der Eltern, sich über Konfliktlösungsmöglichkeiten zu informieren

Neben einer Änderung der §§ 1626a, 1672 Abs. 1 BGB empfiehlt sich die Prüfung, ob eine Bestimmung in das materielle Kindschaftsrecht aufzunehmen ist, mit der den Familiengerichten die Befugnis eingeräumt wird, die Eltern zu verpflichten, sich über Konfliktbewältigungsmöglichkeiten zu informieren. Dies können Informationsveranstaltungen insbesondere über eine Mediation, aber auch über eine Beratung, Vermittlung oder andere außergerichtliche Konfliktlösungsmethoden sein.

Damit würde der Gesetzgeber die Pflicht der Eltern konkretisieren, in sorge- und umgangsrechtlichen Streitigkeiten den gemeinsamen Kindern nach Möglichkeit ein diese belastendes gerichtliches Verfahren zu ersparen.

Die Bestimmung sollte als Befugnis des Richters, nicht als von den Parteien direkt einklagbare Verpflichtung ausgestaltet sein. Sie könnte ansonsten zu leicht als neue Waffe im Beziehungskampf missbraucht werden.

Die Verpflichtung könnte im Zusammenhang von §§ 1627, 1628 BGB im materiellen Kindschaftsrecht angesiedelt werden. Einzelheiten zum Standort und zum Kreis der Verfahren, in denen die Verpflichtung vom Gericht angeordnet werden kann, müssten noch geklärt werden.

Problematisch erschiene dagegen derzeit eine weitergehende Verpflichtung der Eltern, sich vor Beginn eines gerichtlichen Verfahrens an Mediations- und ähnlichen Verfahren zu beteiligen (was in zahlreichen US-Bundesstaaten und Australien als Prozessvoraussetzung für die Einleitung eines Scheidungsverfahrens vorgeschrieben ist).

Ausland:

Sowohl Art. 373-2-10 Abs. 2 des französischen Code Civil als auch die Gesetze einzelner kanadischer Provinzen sowie die familiengerichtliche Spruchpraxis von US-amerikanischen und kanadischen Bundesstaaten und der Familiengerichte Australiens sehen die Befugnis des Familienrichters vor, die Eltern zur Teilnahme an Informationsveranstaltungen der beschriebenen Art zu verpflichten.