

B M J

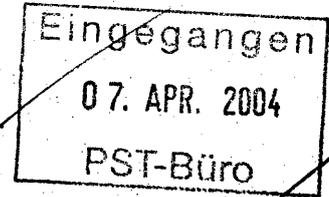
IA 2 - 3473/7 - 12 663/2004

Berlin, den 4. April 2004

Hausruf: 9145

(F:\abt\_1\g1115\hoefelmann-el\SorgeR-Änd-  
1626a-1672BGB\LJVn-Stn-0404.doc)

Referat: IA 2  
Referatsleiter: RD Dr. Schomburg  
Referentin: RinLG Dr. Höfelmann



Betr.: Elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern

hier: 1. Stellungnahmen der Landesjustizverwaltungen zum Änderungsbedarf von §§ 1626a, 1672 BGB  
2. Vorbereitung der JuMiKo (17. Juni 2004)

Bezug: Dienstbesprechung bei Frau Ministerin am 12. Januar 2004

Anlg.: 1. Problemaufriss zum o.g. Änderungsbedarf  
2. Vorlage vom 27. August 2003 (Kopie)

Über

Frau UALn IA *6/4*  
Herrn AL I *U La 6/4*  
das Kabinetttreferat *sel. ca*  
Herrn Staatssekretär *1. V. 16 214*

Frau Ministerin

mit der Bitte um Kenntnisnahme des Vermerks zu I. und Billigung des Schreibens zu II. vorgelegt.

Herr Parlamentarischer Staatssekretär hat Abdruck erhalten.

*n. Kass.  
20.4.04*

I. Vermerk:

1. Anlass der Vorlage:

In der Dienstbesprechung am 12. Januar 2004 zur Problematik, inwieweit gesetzlicher Änderungsbedarf bei den Vorschriften über die elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern besteht, hat Frau Ministerin entschieden, dass BMJ auf der JuMiKo am 17. Juni 2004 zu diesem Themenkreis berichten sollte und vorab die LJVen um Stellungnahme zu bitten sind. Letzteres soll mit dem Schreiben zu II. erfolgen.

2. Sachstand:

- 2.1. Das BVerfG hat in seinem Urteil vom 29. Januar 2003 zur elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern das Regelungsgefüge der §§ 1626a ff. BGB im Wesentlichen für verfassungskonform erklärt, jedoch dem Gesetzgeber aufgegeben, einerseits eine Übergangsregelung für „Altfälle“ zu schaffen, andererseits die tatsächliche Entwicklung zu beobachten, ob die gesetzlichen Annahmen, welche das derzeitige Regelungsgefüge als verfassungsgemäß erscheinen lassen, auch vor der Wirklichkeit Bestand haben.

Sowohl das Gesetzesvorhaben zur Übergangsregelung („Gesetz zur Umsetzung familienrechtlicher Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts“: seit 31. Dezember 2003 in Kraft) als auch das Beobachtungsgebot haben die Diskussion um den Änderungsbedarf des geltenden Rechts der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern wieder aufleben lassen (Stichwort: „Neufälle“). Beigefügter Problemaufriss beleuchtet den rechtlichen Hintergrund (§§ 1626a, 1672 BGB) (**Anlage 1**).

- 2.2. Um dem o.g. Beobachtungsgebot des BVerfG nachzukommen, wurde erwogen, Frau Prof. Maud Zitelmann, Universität Osnabrück, mit einer entsprechenden Untersuchung zu beauftragen. Frau Ministerin hat sich - insbesondere wegen der zeitlichen Dimension einer solchen Untersuchung und wegen des Risikos, die maßgeblichen gesetzlichen Annahmen mit einer Untersuchung nicht verifizieren oder falsifizieren zu können - derzeit dagegen entschieden (vgl. Vorlage vom 27. August 2003 nebst Anmerkungen, **Anlage 2**).

Eine (erste) Einschätzung, inwieweit sich Änderungen der §§ 1626a, 1672 BGB empfehlen, soll vielmehr mittels Abgleich der Rechtsentwicklung in den EU-Mitgliedstaaten und Positionierung der Bundesländer erfolgen. Zudem ist für September 2004 eine von der SPD-Fraktion betriebene Experten-Anhörung geplant (Gespräche mit der Abgeordneten Bätzing sind bereits erfolgt).

Darüber hinaus beabsichtigt BMJ, auf der JuMiKo am 17. Juni 2004 über diesen Punkt zu berichten (TOP: „Sonstiges“ als Berichtspunkt).

## II. Schreiben:

Landesjustizverwaltungen

Betr.: Elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern

hier: Bitte um Stellungnahme zur Frage eines Änderungsbedarfs <sup>zu</sup> ~~der~~ §§ 1626a, 1672 BGB

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 29. Januar 2003 zur elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern das Regelungsgefüge der §§ 1626a ff. BGB im Wesentlichen für verfassungskonform erklärt, jedoch dem Gesetzgeber aufgegeben, einerseits eine Übergangsregelung für „Altfälle“ zu schaffen, andererseits die tatsächliche Entwicklung zu beobachten, ob die gesetzlichen Annahmen, welche das derzeitige Regelungsgefüge als verfassungsgemäß erscheinen lassen, auch vor der Wirklichkeit Bestand haben.

Während der Gesetzgeber mit dem zum 31. Dezember 2003 in Kraft getretenen „Gesetz zur Umsetzung familienrechtlicher Entscheidungen“ dem Auftrag des Bundesverfassungsgerichts zur Einführung einer Übergangsregelung für „Altfälle“ nachgekommen ist, ist – nicht nur wegen des Beobachtungsgebots des Bundesverfassungsgerichts - auch generell die

Diskussion um den Änderungsbedarf des geltenden Rechts der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern wieder aufgelebt (Stichwort: „Neufälle“).

Rechtlicher Hintergrund ist folgender:

Mit den §§ 1626a ff. BGB, die im Rahmen der Kindschaftsrechtsreform von 1998 in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt worden sind, ist nicht miteinander verheirateten Eltern erstmals die Möglichkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge eingeräumt worden. Die Mutter hat jedoch insoweit eine stärkere Rechtstellung behalten, als sie Inhaberin der Alleinsorge bleibt, wenn sie keine Erklärung abgibt. Gegen ihren Willen kann – von Fällen der Kindeswohlgefährdung abgesehen – keine gemeinsame Sorge begründet werden. Wesentlicher Grund für diese Regelung war die Überlegung, dass nichteheliche Kinder nicht nur in intakten nichtehelichen Lebensgemeinschaften geboren werden, sondern nach wie vor auch im Rahmen flüchtiger und instabiler Beziehungen. Der Gesetzgeber hat vor diesem Hintergrund angenommen, dass unverheiratete Eltern nicht ohne weiteres die für die gemeinsame elterliche Sorge notwendige Übereinstimmung und Kooperationsgemeinschaft besitzen (vgl. Entwurf der Bundesregierung zum Kindschaftsrechtsreformgesetz, BT-Drucksache 13/4899, S. 58; Bericht und Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucksache 13/8511, S. 66). Er hat daher die gemeinsame Sorge davon abhängig gemacht, dass die Eltern ihre Übereinstimmung und Bereitschaft, in Angelegenheiten des Kindes zu kooperieren, durch die Abgabe übereinstimmender Sorgeerklärungen dokumentieren. Gegen die §§ 1626a ff. BGB wird vor allem angeführt, dass sie keine konkrete Kindeswohlprüfung ermöglichen, sondern die gemeinsame Sorge unabhängig von den Umständen des Einzelfalls von dem Einverständnis der Mutter abhängig machen.

Um eine (erste) Einschätzung vornehmen zu können, inwieweit sich Änderungen der §§ 1626a, 1672 BGB empfehlen, ist das Bundesministerium der Justiz sehr an Stellungnahmen der Landesjustizverwaltungen interessiert. Eine vertiefte Praxisbefragung halten wir derzeit noch nicht für erforderlich und sie wäre hinsichtlich der Auswirkungen der am 31. Dezember 2003 in Kraft getretenen „Altfallregelung“ auch verfrüht.

Das Bundesministerium der Justiz beabsichtigt, zu der Gesamtproblematik auf der Justizministerkonferenz am 17. Juni 2004 zu berichten und würde dabei gerne auch eine Auswertung der Stellungnahmen vorstellen (unter TOP „Sonstiges“ als Berichtspunkt). Wegen dieser Zeitvorgabe wäre der Eingang Ihrer **Stellungnahmen zum 20. Mai 2004** wünschenswert.

Im Auftrag

Dis

(Dr. Höfelmann)

III. Abdruck unmittelbar an Hrn. RD Dr. Heitland

IV. WV über

Herrn AL I

Frau UALn I A

In Ref. I A 2

RA 1	IA 2
<i>i.V. Heitland</i>	<i>AL I</i> <i>2/4</i>

## **Empfehlen sich Änderungen des Rechts der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern?**

### **– Problemaufriss –**

Die Pflicht und das Recht, für ein minderjähriges Kind zu sorgen (elterliche Sorge), ordnet das Gesetz verheirateten Eltern grundsätzlich gemeinsam zu. Nicht miteinander verheirateten Eltern steht die elterliche Sorge nach den §§ 1626a ff. BGB dann gemeinsam zu, wenn sie vor einem Notar oder beim Jugendamt übereinstimmende Sorgeerklärungen abgeben. Eine Übertragung der elterlichen Sorge auf den nicht mit der Mutter verheirateten Vater allein ist nach § 1672 Abs. 1 BGB durch gerichtliche Entscheidung möglich, wenn die Mutter der Sorgerechtsübertragung zustimmt.

1. Mit den §§ 1626a ff. BGB, die im Rahmen der Kindschaftsrechtsreform von 1998 in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt worden sind, ist nicht miteinander verheirateten Eltern erstmals die Möglichkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge eingeräumt worden. Die Mutter hat jedoch insoweit eine stärkere Rechtstellung behalten, als sie Inhaberin der Alleinsorge bleibt, wenn sie keine Erklärung abgibt. Gegen ihren Willen kann – von Fällen der Kindeswohlgefährdung abgesehen – keine gemeinsame Sorge begründet werden. Wesentlicher Grund für diese Regelung war die Überlegung, dass nichteheliche Kinder nicht nur in intakten nichtehelichen Lebensgemeinschaften geboren werden, sondern nach wie vor auch im Rahmen flüchtiger und instabiler Beziehungen. Der Gesetzgeber hat vor diesem Hintergrund angenommen, dass unverheiratete Eltern nicht ohne weiteres die für die gemeinsame elterliche Sorge notwendige Übereinstimmung und Kooperationsgemeinschaft besitzen (vgl. Entwurf der Bundesregierung zum Kindschaftsrechtsreformgesetz, BT-Drucksache 13/4899, S. 58; Bericht und Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucksache 13/8511, S. 66). Er hat daher die gemeinsame Sorge davon abhängig gemacht, dass die Eltern ihre Übereinstimmung und Bereitschaft, in Angelegenheiten des Kindes zu kooperieren, durch die Abgabe übereinstimmender Sorgeerklärungen zu dokumentieren.

In seinem Urteil vom 29. Januar 2003 hat das Bundesverfassungsgericht dieses Regelungskonzept für im wesentlichen verfassungskonform erklärt. Es hat jedoch dem Gesetzgeber neben der Schaffung einer Übergangsregelung für die sogenannten „Altfälle“ (mit dem Gesetz zur Umsetzung familienrechtlicher Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts am 31. Dezember 2003 in Kraft getreten) aufgegeben, die tatsächliche Entwicklung zu beo-

bachten und zu prüfen, ob die gesetzlichen Annahmen auch vor der Wirklichkeit Bestand haben. Zu diesen Annahmen gehört insbesondere, dass eine Mutter, die mit dem Vater und dem Kind zusammenlebt und gleichwohl keine Sorgeerklärung abgeben will, dafür schwerwiegende Gründe hat, die von der Wahrung des Kindeswohls getragen werden.

Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts muss der Gesetzgeber zumindest den verfassungsrechtlich gebotenen „Beobachtungsauftrag“ erfüllen. Mit Blick auf die vielfältige Kritik, die an der geltenden Regelung der §§ 1626a ff BGB geübt wird, sollte jedoch auch erörtert werden, ob rechtspolitisch überhaupt an dieser Regelung festgehalten werden soll. Gegen die §§ 1626a ff BGB wird vor allem angeführt, dass sie keine konkrete Kindeswohlprüfung ermöglichen, sondern die gemeinsame Sorge unabhängig von den Umständen des Einzelfalls von dem Einverständnis der Mutter abhängig machen. Diskutiert werden in diesem Zusammenhang insbesondere Fallkonstellationen, in denen die Mutter ihr Einverständnis verweigert, obwohl das Kind in der Vergangenheit Beziehungen auch zum Vater aufgebaut hat und Gründe, die gegen eine gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge sprechen – etwa eine mangelnde Kooperationsfähigkeit der Eltern – nicht vorliegen.

Gibt es gesetzliche Alternativen zum Regelungskonzept der §§ 1626a ff BGB? Ein Blick in die Rechtsordnungen des Auslands zeigt, dass die Staaten die gemeinsame elterliche Sorge nicht verheirateter Eltern unterschiedlich geregelt haben. Es lassen sich im wesentlichen drei alternative Regelungsmodelle unterscheiden:

- (1) Den Eltern steht die elterliche Sorge grundsätzlich gemeinsam zu. Eine (teilweise oder vollständige) Übertragung der elterlichen Sorge auf einen Elternteil ist durch gerichtliche Entscheidung möglich.
- (2) Den Eltern steht die elterliche Sorge gemeinsam zu, wenn sie in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammenleben. Eine (teilweise oder vollständige) Übertragung der elterlichen Sorge auf einen Elternteil ist durch gerichtliche Entscheidung möglich.
- (3) Die gemeinsame elterliche Sorge ist – wie in Deutschland – an übereinstimmende Erklärungen bzw. eine Elternvereinbarung geknüpft, kann jedoch außerdem durch gerichtliche Entscheidung nach Kindeswohlprüfung begründet werden.

2. Neben einer möglichen Änderung der §§ 1626a ff. BGB muss auch eine Änderung des § 1672 Abs. 1 BGB in Betracht gezogen werden. Ebenso wie für die Begründung der gemeinsamen Sorge ist danach auch für die Übertragung der Alleinsorge auf den Vater die

Zustimmung der Mutter erforderlich. Verweigert die Mutter ihre Zustimmung, findet auch hier keine konkrete Kindeswohlprüfung statt. Dies schützt das Mutter-Kind-Verhältnis vor dem Vater als möglichem Sorgerechtskonkurrenten, kann jedoch im Einzelfall – so die Kritiker – dazu führen, dass der Vater die elterliche Sorge auch dann nicht übernehmen kann, wenn er eine enge Beziehung zum Kind hat und erkennbar der besser geeignete Elternteil ist.

Die geplante Anhörung soll dazu dienen, die Frage des Änderungsbedarfs der Vorschriften für die elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern mit Expertinnen und Experten aus Wissenschaft und Praxis eingehend zu erörtern. Dabei sollen auch die verfassungsrechtlichen Vorgaben sowie Erfahrungen aus der Rechtsvergleichung einbezogen werden.