

Berlin, im Mai 2003
Stellungnahme Nr. 20/2003

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Familienrechtsausschuss

zum

**Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Übergangsregelung zum
Kindschaftsrechtsreformgesetz für nicht verheiratete Eltern**

Mitglieder des Familienrechtsausschusses:

Rechtsanwältin Dr. Ingrid Groß (Vorsitzende und Berichterstatterin)
Rechtsanwalt Dr. Peter Finger
Rechtsanwältin Linde Kath-Zurhorst
Rechtsanwalt Thomas Kilger
Rechtsanwalt Klaus Schnitzler
Rechtsanwalt und Notar Wolfgang Schwackenberg

zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Angelika Rüstow

Verteiler:

- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- Vorsitzende des Familienausschusses im Deutschen Bundestag
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- CDU/CSU-Fraktion des Deutschen Bundestages, Arbeitsgruppe Recht
- Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Bundesministerium der Justiz
- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende des Forums Junge Anwaltschaft
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Familien- und Erbrecht des Deutschen Anwaltvereins
- Deutscher Richterbund
- Deutscher Juristinnenbund
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Deutscher Familiengerichtstag e.V.
- Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht
- Redaktionen der NJW; FamRZ; FuR; Familie, Partnerschaft und Recht

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der Berufsverband der deutschen Rechtsanwälte und repräsentiert die Mehrheit der 124.000 deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte in Deutschland. Er vertritt die Interessen der Deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Das Bundesverfassungsgericht hatte mit seiner Entscheidung vom 29.01.2003 § 1626 a BGB, wonach nicht miteinander verheirateten Eltern die elterliche Sorge gemeinsam zusteht, wenn sie erklären, die Sorge gemeinsam übernehmen zu wollen, im Wesentlichen für verfassungskonform erklärt. Für Eltern, die mit ihren nichtehelichen Kindern zusammengelebt, sich aber noch vor in Kraft treten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes am 1. Juli 1998 getrennt haben (sogenannte Alt-fälle) hat das Bundesverfassungsgericht aber eine Übergangsregelung gefordert und dem Gesetzgeber aufgegeben, bis zum 31. Dezember 2003 eine solche Regelung zu schaffen. Die geforderte Übergangsregelung soll mit dem geplanten Gesetz geschaffen werden.

Der Entwurf hält sich mit Recht so eng wie möglich an die Vorgaben des BVerfG.

(1)

Die Tatbestandsmerkmale „Trennung“ und „vor dem 01.07.98“ sind eindeutig. Das BVerfG spricht davon, dass die Fälle gemeint seien, in denen die Eltern „längere Zeit mit dem Kind zusammengelebt“ und „gemeinsam für das Kind gesorgt haben“. Im Entwurf wird aus diesen verfassungsgerichtlichen Vorgaben das Merkmal „....längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft gemeinsam die elterliche Verantwortung für ihr Kind getragen“.

Im heutigen Sprachgebrauch sind „Zusammenleben“ und „häusliche Gemeinschaft“ nicht unbedingt das gleiche. Das Schlagwort „living apart together“ kennzeichnet diese Entwicklung, die z.B. in der Rechtsprechung des BGH zu § 1579 Ziffer 7 BGB ihren Niederschlag in der Rechtsprechung bereits gefunden hat. Das BVerfG gebraucht zwar den Ausdruck „häusliche Gemeinschaft“ ebenfalls (C I 1 b), aber gerade nicht im Zusammenhang mit der Umschreibung der Tatbestände, die eine Übergangsregelung fordern.

Das BVerfG und der Entwurf versuchen einen Lebenssachverhalt zu beschreiben, der es wahrscheinlich erscheinen lässt, dass es zu einer Sorgeerklärung im Sinne des § 1626 a ff BGB gekommen wäre, wenn es diese Regelung vor der Trennung der Eltern schon gegeben hätte. Die vom Gericht geforderte nahe und dauerhafte Beziehung der Eltern kann aber durchaus auch anders gestaltet sein, etwa in der Weise, dass jeder Elternteil in seiner eigenen Wohnung lebt und die Freizeit gemeinsam gestaltet wird. Das schließt eine gemeinsame Sorge für das Kind keineswegs aus. Die Formulierung sollte überprüft werden.

Die seit 01.07.98 geltende Regelung kennt das Merkmal der häuslichen Gemeinschaft nicht. Es wäre nicht glücklich für Alt- und Neufälle in einem so wichtigen Punkt unterschiedliche Kriterien aufzustellen. Wir sind auch der Meinung, dass das Merkmal „in häuslicher Gemeinschaft“ zu eng gefasst ist und den Anforderungen des BVerfG nicht gerecht wird. Es wird daher vorgeschlagen die Formulierung des Gerichts „längere Zeit zusammengelebt und gemeinsam für das Kind gesorgt“ wörtlich in das Gesetz zu übernehmen. Damit würde den heutigen gesellschaftlichen Verhältnissen besser Rechnung getragen und außerdem die Gefahr einer erneuten verfassungsgerichtlichen Beanstandung beseitigt.

(2)

Im Entwurf ist ein Antragsrecht nicht nur für den nichtehelichen Vater, sondern auch für die nichteheliche Mutter vorgesehen. Davon sollte abgesehen werden. Es ist zuzugeben, dass mit einem solchen beiderseitigen Antragsrecht der Gedanke „was wäre gewesen wenn die Eltern schon vor der Trennung die gemeinsame Sorge durch Sorgeerklärung hätten herbeiführen können“ konsequent weiter gedacht wird. In der Entscheidung des BVerfG heißt es (C 3) auch tatsächlich „Ihnen, insbesondere den Vätern, ist die Möglichkeit einzuräumen....“ Das Gericht fährt dann freilich im nächsten Satz fort „es verstößt gegen das Elternrecht des Vaters....“.

Diese Äußerungen des Gerichts sind u.E. nicht so zu verstehen, dass auch die nichteheliche Mutter, die sich nach längerem Zusammenleben vom Vater ihres Kindes getrennt hat, die Übernahme der gemeinsamen elterlichen Sorge gerichtlich erzwingen können soll.

Das BVerfG hat den seit dem 01.07.98 geltenden Zustand für verfassungsgemäß, den vorherigen für nicht verfassungsgemäß gehalten. Nach der seit dem 01.07.98 geltenden Rechtslage hat die nichteheliche Mutter keine Möglichkeit die Übernahme der Mitsorge durch den nichtehelichen Vater gerichtlich zu erzwingen.

Wäre die jetzige Regelung schon vor der Trennung der Paare, die die Altfälle ausmachen, Gesetz gewesen, hätte sie diese Möglichkeit auch nicht gehabt. Es ist nicht ersichtlich warum für die Altfälle Rechte begründet werden sollen, die für Neufälle nicht bestehen. Das gilt um so mehr als zwar die Mitverantwortung des Vaters gegen den Willen der Mutter rechtlich durchsetzbar ist, in dem die von der Mutter allein gesetzten mitwirkungsbedürftigen Rechtsakte ohne die Zustimmung des Vaters nicht wirksam sind. Wird dagegen eine gemeinsame elterliche Sorge angeordnet, obwohl der Vater sie gar nicht haben will, kann das bedeuten, dass jeder einzelne Mitwirkungsakt durch ein Gerichtsverfahren ersetzt werden muss, weil der Vater nicht freiwillig die Mitwirkung leistet.

(3)

Die Begründung des Entwurfs befasst sich ausführlich mit dem Problem welche Anforderungen an das Kindeswohl vom BVerfG verlangt werden. Der gewählte Begriff „dem Kindeswohl dient“ ist eine vergleichsweise geringe Anforderung, vor allem wenn sie mit § 1672 I 2 BGB verglichen wird, wo die Übertragung der ganzen oder eines Teils der elterlichen Sorge auf den Vater allein dem Kindeswohl „dienen“ muss, obwohl die Mutter zugestimmt hat, während in den Übergangsfällen die Übertragung gegen den Willen der Mutter erfolgen soll. Es ist aber zuzugeben, dass mit einer Formulierung „dem Kindeswohl am besten entspricht“ den Anforderungen des BVerfG nicht Rechnung getragen würde, so dass der gewählten Formulierung zugestimmt wird.

(4)

Der beabsichtigten Eingliederung in Art. 224 § 2 des EGBGB wird zugestimmt, auch der Wahl eines Zustimmungsverfahrens.