



**Stellungnahme des Verbandes alleinerziehender Mütter und Väter,
Bundesverband e. V. (VAMV)
zum
Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander
verheirateter Eltern (Drs. 17/11048)**

I. Vorbemerkung

Mit seiner Entscheidung vom 21. Juli 2010 gab das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber den Auftrag, eine gesetzliche Regelung zu schaffen, die nicht mit der Mutter verheirateten Vätern auch ohne die Zustimmung der Mutter einen Zugang zur elterlichen Sorge ermöglicht. Diesen Auftrag will der Gesetzgeber mit dem vorliegenden Entwurf erfüllen.

Entscheidung für ein Antragsmodell richtig

Der VAMV begrüßt es, dass der Gesetzgeber grundsätzlich zu einer Antragslösung gefunden hat, die zur Begründung der gemeinsamen Sorge bei Uneinigkeit der Eltern einen Antrag des Vaters bei Gericht erfordert und bis zu dieser gerichtlichen Entscheidung die Alleinsorge der Mutter vorsieht. Der Gesetzgeber trägt damit dem Umstand Rechnung, dass Kinder nicht miteinander verheirateter Eltern in sehr unterschiedliche Lebensverhältnisse geboren werden, denen ein Automatismus nicht gerecht werden kann; das hat auch der im Auftrag des BMJ erstellte Endbericht „Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern“ gezeigt.¹ Zudem stellt eine Antragslösung die notwendige Rechtssicherheit und Handlungsfähigkeit eines Elternteils nach Geburt für das Kind her, nach § 1591 BGB ist das die Mutter.

Vereinfachtes Verfahren Rückschritt fürs Kindschaftsrecht

Der VAMV lehnt die verfahrensrechtlichen Änderungen ab. Insbesondere

- ein schriftliches Verfahren ohne Anhörung der Eltern und des Jugendamtes,
- das Aufheben des Amtsermittlungsgrundsatzes,
- der Verzicht auf eine Einzelfallprüfung,
- Rechtsfolgen, die aus einem Schweigen resultieren und auf Vermutungen basieren,
- die Einführung eines gesetzlichen Leitbildes
- sowie eine Frist zur Stellungnahme, die in den gesetzlichen Mutterschutz fällt

werden der hohen Bedeutung, die jeglicher Entscheidung zum Sorgerecht zukommt, nicht gerecht und stehen dem Geist des Kindschaftsrechts diametral entgegen. Denn der wesentliche und seit 1998 bewährte Grundsatz kindschaftsrechtlicher Verfahren, das Kindeswohl zum Entscheidungsmaßstab zu machen, wird aufgegeben und ist somit ein

¹ Vorgezogener Endbericht des im Auftrag des BMJ durchgeführten Forschungsprojektes „Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern“ München 2010 (Endbericht): „Eine generelle Zuweisung des gemeinsamen Sorgerechts für getrennt lebende Elternpaare oder Eltern, die keine gemeinsame Partnerschaft haben, erscheint demgegenüber weniger empfehlenswert.“, S. 353

Rückschritt für das gesamte Kindschaftsrecht. Das vereinfachte Verfahren stellt nicht sicher, dass eine gerichtliche Entscheidung getroffen wird, die dem Wohl des Kindes entspricht. Eine positive Kindeswohlprüfung, eine fundierte Einzelfallentscheidung sind im regulären familienrechtlichen Verfahren unerlässlich. Mit § 155 FamFG besteht bereits die Möglichkeit eines beschleunigten Verfahrens; es ist nicht ersichtlich, warum dieses nicht zur Anwendung kommen soll.

Verfahren muss Konfliktkonstellationen gerecht werden

Müssen Eltern vor Gericht klären, wer das Sorgerecht bekommt – die Mutter, der Vater oder beide –, sind Konflikte im Spiel. Ein gemeinsames Sorgerecht funktioniert jedoch nur dann gut, wenn die Eltern fähig sind, gemeinsam tragfähige Entscheidungen für das Kind zu treffen. Das setzt Kommunikation und Kooperation voraus. Gerade bei Streitfällen um das Sorgerecht ist deshalb zu prüfen, ob ein gemeinsam ausgeübtes Sorgerecht zum Wohle des Kindes wäre oder ob es besser ist, wenn es die Mutter oder der Vater allein ausübt. Das neue Leitbild, nach dem die gemeinsame Sorge das Beste ist, stößt bei diesen Konstellationen an seine Grenzen. Hier muss das Gericht den Einzelfall beleuchten und die Eltern persönlich anhören. Entscheidet das Gericht ausschließlich nach Aktenlage ohne die Eltern zu Gesicht zu bekommen, geht der Streit eher in die nächste Instanz, als dass er geschlichtet wird. Das neue Verfahren muss in der Praxis strittigen Konstellationen gerecht werden, das ist noch nicht der Fall.

Beim Sorgerecht muss das Wohl des Kindes Maßstab bleiben, nicht eine formale Aufteilung der Rechte am Kind. Der Gesetzgeber muss nachbessern, sonst verlieren bei der Reform gerade die Kinder, die in eine konflikthafte Elternbeziehung hineingeboren werden.

II. Zu einzelnen Punkten des Entwurfs nimmt der VAMV wie folgt Stellung

Einführung einer negativen Kindeswohlprüfung auf der Grundlage eines neuen Leitbildes

§ 1626a Absatz 2 S.1 BGB-E legt fest: *Das Familiengericht überträgt (...) auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge (...) auf beide Eltern gemeinsam, wenn die Übertragung dem Kindeswohl **nicht widerspricht**.*

Der Entwurf etabliert nach den Ausführungen der Gesetzesbegründung ein **neues Leitbild**, welches beinhaltet, dass möglichst eine gemeinsame Sorgetragung erfolgen soll.² Dazu möchte „die Reform dort, wo es dem Kindeswohl **nicht widerspricht**, eine gemeinsame elterliche Sorge erreichen.“³

Mit 62 Prozent gibt der Großteil der nicht miteinander verheirateten Eltern bereits eine gemeinsame Sorgeerklärung ab⁴: Das ist eine positive Entwicklung. Die gemeinsame Sorgeerklärung ist eine bewusste Entscheidung dafür, gemeinsam Verantwortung für ein Kind übernehmen zu wollen, sich Rechte und Pflichten zu teilen und gemeinsam zu bewältigen. Die gemeinsame Sorgeerklärung ist – nur auf das Kind bezogen – das Äquivalent zu der bewussten Entscheidung für gegenseitige Verantwortungsübernahme – die sich auch auf Kinder bezieht –, die andere Paare durch eine Eheschließung bekunden.

² Gesetzentwurf des Bundesministeriums der Justiz vom 17.10.2012 (Gesetzentwurf), S.14

³ Gesetzentwurf a.a.O.

⁴ Endbericht, S. 345

Damit wird das Kindschaftsrecht der gesellschaftlichen Entwicklung gerecht, nach der mittlerweile jedes dritte Kind außerhalb einer Ehe geboren wird.

Dass eine gemeinsam gewollte und verantwortlich ausgeübte elterliche Sorge für ein Kind überwiegend mit positiven Auswirkungen verbunden ist, sollte nicht zu einem Trugschluss verleiten: Nämlich dass diese positiven Effekte auch für Kinder festzustellen sind, deren Eltern sich nicht auf die gemeinsame Sorge verständigen können, die also trotz Konflikten durch die Autorität des Staates in die formale Position der „Gemeinsamkeit“ gezwungen werden. Im Regelfall ist hier vom Gegenteil auszugehen.

Dauerhafte Konflikte haben negative Auswirkungen auf die Kinder

Der Gesetzentwurf rekurriert zur Begründung des neuen Leitbildes auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 2003, wonach „sozialwissenschaftliche Untersuchungen bestätigen, dass die gemeinsame elterliche Sorge grundsätzlich den Bedürfnissen des Kindes nach Beziehungen zu beiden Elternteilen entspricht und ihm verdeutlicht, dass beide Eltern gleichermaßen bereit sind, für das Kind Verantwortung zu tragen.“⁵

Dieser Aussage schließt sich der VAMV an. Sie ist jedoch nur gültig, wenn beide Eltern kooperationsfähig und kooperationsbereit sind. Dies hat auch das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, es schränkt im Weiteren ein: „Allerdings weisen Studien auch darauf hin, dass bei mangelnder Kooperationsbereitschaft und einem hohen Konfliktpotential zwischen den Eltern schwere Belastungen für das Kind entstehen können, sodass gegen eine gemeinsame Sorge erhebliche Bedenken anzumelden sind.“⁶ Und weiter führt das Bundesverfassungsgericht aus: „Nach Wallerstein/Lewis/Blakeslee (Scheidungsfolgen – Die Kinder tragen die Last. Eine Langzeitstudie über 25 Jahre, 2002, S. 228 f.) ist für das Wohl des Kindes im Falle der Trennung seiner Eltern nicht so sehr von Bedeutung, ob die Eltern das gemeinsame Sorgerecht haben oder einem allein die Sorge zusteht. Entscheidend seien vielmehr die Qualität der Eltern-Kind-Beziehung und die Kooperationsbereitschaft zwischen den Eltern.“⁷

Dies hat aktuell das Forschungsprojekt zum Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern bestätigt: „Im Hinblick auf die Verhaltensentwicklung der Kinder ist zu konstatieren, dass sich das Sorgerecht der Eltern als unbedeutend erweist. Wesentlich enger sind die Zusammenhänge zwischen kindlicher Entwicklung (als Indikator des Kindeswohls) und dem Erziehungsverhalten der Eltern, vor allem auch deren Zusammenarbeit in der Betreuung und Erziehung der Kinder.“⁸

Aus Sicht des Kindeswohls, so die Schlussfolgerung aus den wissenschaftlichen Erkenntnissen, ist es also nicht erforderlich, dass eine gemeinsame Sorge der Eltern **in rechtlicher Form** existiert. Im Gegenteil warnen die Verfasser/innen des Endberichts: „Insofern sollte das gemeinsame Sorgerecht nicht mit überhöhten Erwartungen überfrachtet werden“, denn „die bessere Kooperation der Eltern ist eher ein Grund für die Abgabe einer Sorgeerklärung, als ein Resultat derselben.“⁹

⁵ BVerfG Urteil vom 29. Januar 2003 – 1 BvL 20/99 und BvR 933/01 – RNr.14

⁶ BVerfG 2003 a.a.O.

⁷ BVerfG 2003 a.a.O.

⁸ Endbericht S. 346

⁹ Endbericht S. 352

Dass das neue Leitbild in der Praxis nicht trägt, zeigt auch die ansteigende Quote der Fälle, in denen nach einer gewissen Zeit nach der Scheidung die Übertragung der Alleinsorge gerichtlich geregelt werden muss.¹⁰

Die Zielgruppe der Regelung sind Konfliktkonstellationen

Die Grundlage eines Antrags auf Übertragung der gemeinsamen Sorge auf beide Eltern ist die Tatsache, dass ein Elternteil die gemeinsame Sorge nicht mit dem anderen Elternteil gemeinsam ausüben möchte. Damit liegt ein Konfliktfall vor, für den die neue gesetzliche Regelung eine adäquate Lösung bieten muss.

Dem VAMV ist wichtig deutlich zu machen: Die betroffene Gruppe, für die die neue gesetzliche Regelung gefunden werden muss, ist wesentlich kleiner, als gemeinhin angenommen. Bezogen auf alle Familien mit Kindern unter 18 Jahren handelt es sich um maximal 9,2 Prozent¹¹. Das bedeutet, dass bereits in über 90 Prozent aller Fälle Eltern durch Heirat oder gemeinsame Sorgeerklärung in der Lage sind, in gegenseitigem Einvernehmen die gemeinsame Sorge für ihre Kinder herzustellen. Bezogen auf nicht miteinander verheiratete Eltern sind es auch nur 10 Prozent, bei denen Konflikte im Spiel sind. Es geht überwiegend um Elternpaare, deren Partnerschaft auseinander gegangen ist, die nie eine Partnerschaft hatten oder in einem Living-Apart-Together-Arrangement leben.¹²

Die Annahme, dass ausgerechnet für Kinder aus diesen problematischen Elternkonstellationen die gemeinsame Sorge die geeignetste rechtliche Sorgeform ist, widerspricht allen wissenschaftlichen Erkenntnissen und den Erfahrungen des VAMV. Ausgerechnet auch hier möchte der Gesetzgeber nach eigenem Bekunden möglichst eine gemeinsame Sorge erreichen und unter Verzicht auf eine positive Kindeswohlprüfung die ideologisch motivierte, gesetzliche Vermutung aufstellen, dass die gemeinsame Sorge im Zweifel für das Kindeswohl das bessere Modell sei.

Die Ideologie des neuen Leitbildes

Zur Begründung seines Leitbildes zitiert der Gesetzgeber Ausführungen des Kammergerichts Berlin darüber, was für Kinder wichtig sei: „Es entspricht dem Kindeswohl, wenn ein Kind in dem Bewusstsein lebt, dass beide Eltern für es Verantwortung tragen, und wenn es seine Eltern in wichtigen Entscheidungen für sein Leben als gleichberechtigt erlebt.“¹³ Das ist auch nach Ansicht des VAMV grundsätzlich richtig. Beides wird jedoch nicht durch die regelmäßige Übertragung der gemeinsamen Sorge auf die Eltern bewirkt.

Die **tatsächliche Sorgeverantwortung** wird im derzeitigen deutschen Recht auf den verschiedenen Rechtsgebieten des Unterhaltsrechts, des Umgangs- und des Sorgerechts abgehandelt. So findet sich die Sicherung der finanziellen Lebensgrundlagen des Kindes im Unterhaltsrecht, die Möglichkeiten des Kontaktes und des Zusammenseins mit dem Kind im Umgangsrecht, welches unabhängig davon ist, welcher Elternteil das Sorgerecht innehat.

¹⁰ „Allerdings erweist sich offensichtlich das gemeinsame Sorgerecht im Alltag geschiedener Paare häufig als schwierig: jedenfalls beantragen heute geschiedene Eltern deutlich häufiger nachträglich eine gerichtliche Klärung des Sorgerechts für die gemeinschaftlichen Kinder als noch vor 10 Jahren.“ (Statistisches Bundesamt (2011): Wie leben Kinder in Deutschland?, Wiesbaden, S. 10)

¹¹ eigene Berechnung des VAMV auf Grundlage von Daten aus dem Mikrozensus 2008 (BMFSFJ (2010): Familienreport 2010, S. 22) und Schätzungen, beruhend auf den Daten aus dem vorgezogenen Endbericht des im Auftrag des BMJ durchgeführten Forschungsprojektes „Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern“ und Schätzungen des BVerfG in Nr. 24 seines Beschlusses vom 21. Juli 2010 – 1BvR 420/09 – aufgrund der amtlichen Statistiken für 2008

¹² Walper, Sabine: „Was braucht das Kind? Anforderungen an das Sorgerecht aus interdisziplinärer Sicht.“, in: Gemeinsame Sorge – geteilte Verantwortung? Rechte und Pflichten in der Alltagspraxis unterschiedlicher Familienformen, Dokumentation einer Fachtagung des Verbandes allerinerziehender Mütter und Väter, Berlin 2012, S. 32

¹³ Gesetzentwurf, S. 22

Das Sorgerecht, um dessen Übertragung es im vorliegenden Gesetzesentwurf geht, betrifft allerdings nicht die Sorgeverantwortung, die immer auch Sorgepflichten impliziert, sondern beinhaltet lediglich ein reines Entscheidungsrecht in Angelegenheiten von besonderer Bedeutung. Die für verantwortliche Entscheidungen notwendige Pflichtenseite lässt sich weder nach der derzeitigen rechtlichen Situation, noch nach dem vorliegenden Entwurf rechtlich durchsetzen, sie bleibt vollkommen ausgeblendet. Entscheidungsbefugnis und tatsächliche Sorgeverantwortung fallen auseinander.

Die erwünschte Verantwortungsübernahme beider Eltern, die zu erleben für das Wohl des Kindes so wichtig ist, kann durch das Rechtsinstitut der gemeinsamen Sorge nicht zwangsläufig herbeigeführt werden. So formuliert es der Gesetzesentwurf selbst: „Es wird nicht verkannt, dass die Wahrnehmung von Verantwortung nicht erzwungen werden kann.“¹⁴ Das ist bereits für das Umgangsrecht, auf das das Kind sogar einen materiellrechtlichen Anspruch hat, bekanntermaßen höchstrichterlich entschieden.¹⁵

Was „**das Erleben von Gleichberechtigung der Eltern** in den wesentlichen Entscheidungen für sein Leben“ anbelangt, so kann dieses für das Kind nicht durch die gemeinsame Sorge zwingend bewirkt werden. **Trotz rechtlicher Gleichstellung** ergibt sich **im Alltag eine Schiefelage** zuungunsten der betreuenden Elternteile.¹⁶ Denn der Elternteil, bei dem das Kind lebt, muss die gemeinsamen Beschlüsse in der Regel umsetzen und die Folgen im Alltag tragen.

Ein Beispiel: Die Mutter will mit dem Kind wegen einer neuen Arbeitsstelle umziehen. Da der Vater mit ihr zusammen das gemeinsame Sorgerecht und daher auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht für das Kind hat, kann sie ohne seine Zustimmung nicht umziehen. Werden sich die Eltern in diesem Punkt nicht einig, bleibt der Mutter nur, beim Familiengericht einen Antrag darauf zu stellen, dass ihr das Aufenthaltsbestimmungsrecht allein übertragen wird. Solange das Gericht nicht entschieden hat, ist die Mutter ohne die Erlaubnis des Vaters nicht handlungsfähig. Bis dahin wird die Arbeitsstelle in der Regel anderweitig vergeben sein.

Der umgangsberechtigte Vater dagegen kann umziehen, ohne die Mutter um Zustimmung bitten zu müssen – auch wenn beispielsweise der Umgang beeinträchtigt wird. Auch dies ist eine wesentliche Entscheidung für das Leben des Kindes, wenn es aufgrund des Wegzugs den Vater weniger häufig sieht und weitere Wegstrecken, womöglich unbegleitetes längeres Reisen in Kauf nehmen muss.

Der VAMV tritt seit Jahren für eine partnerschaftlichen Elternschaft ein. Aufgrund des Auseinanderfallens und der Schiefelage der Verteilung von Rechten und Pflichten bei getrennt lebenden Eltern ist das Sorgerecht seiner Ansicht nach jedoch nicht das einschlägige Gebiet für rechtliche Änderungen, um dieses Ziel zu erreichen. Denn Ungleiches gleich zu behandeln setzt eine Ungleichheit fort. Wichtiger ist, die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen so zu gestalten, dass eine paritätische Verteilung von Erwerbs- und Betreuungsarbeit zwischen Vätern und Müttern gesellschaftliche Wirklichkeit werden kann. Dies entspricht dem Wunsch vieler Eltern, Realität ist es den statistischen Erhebungen

¹⁴ Gesetzesentwurf, S. 21

¹⁵ BVerfG, Urteil vom 01.04.2008 - 1 BvR 1620/04 - Leitsatz 3: Ein Umgang mit dem Kind, der nur mit Zwangsmitteln gegen seinen umgangsunwilligen Elternteil durchgesetzt werden kann, dient in der Regel nicht dem Kindeswohl.

¹⁶ 90 Prozent der Alleinerziehenden sind Frauen, weshalb von Beispielfällen ausgegangen wird, in denen die Mutter der betreuende Elternteil ist, weil dies überwiegend der Realität entspricht (Statistisches Bundesamt (2010): Alleinerziehende in Deutschland, Wiesbaden, S. 14)

zufolge jedoch nicht.¹⁷ Der VAMV würde es daher sehr begrüßen, wenn der Gesetzgeber an den Stellschrauben des Arbeitsmarktes, der Lohngleichheit und der Vereinbarkeit von Familie, des Steuerrechts und der familienpolitischen Leistungen drehen würde; dies wäre der von Vätern gewünschten „echten Vaterrolle“¹⁸ nach Überzeugung des VAMV wesentlich zuträglicher.¹⁹

Positive Kindeswohlprüfung muss Maßstab bleiben

Das Bundesverfassungsgericht hatte in seiner Übergangsregelung bewusst den Maßstab der positiven Kindeswohlprüfung gewählt: Das Familiengericht solle den Eltern auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge gemeinsam übertragen, „soweit zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl entspricht“. Das Bundesverfassungsgericht begründet seinen gewählten Prüfungsmaßstab hinsichtlich des Kindeswohls damit, dieser solle „sicherstellen, dass die Belange des Kindes maßgeblich Berücksichtigung finden, jedoch die Zugangsvoraussetzungen zur gemeinsamen Sorge nicht zu hoch angesetzt werden“²⁰.

Auch der EuGH sieht den Sinn einer Antragsregelung, die er für vereinbar mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union erachtet, darin, „eine Entscheidung über die Sorge für das Kind unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu treffen, wie die Umstände der Geburt des Kindes, die Art der Beziehung zwischen den Eltern, die Beziehung zwischen Elternteil und Kind sowie die Fähigkeit jedes Elternteils, die Aufgabe der Sorge zu übernehmen.“²¹

Nach Ansicht des VAMV steht zu befürchten, dass die negative Kindeswohlprüfung dazu führen wird, dass die Belange des Kindes künftig nicht mehr die maßgebliche Berücksichtigung finden, die nur durch eine positive Kindeswohlprüfung sichergestellt werden kann. Deshalb spricht er sich gegen die Einführung dieses neuen Kindeswohlmaßstabs in sämtlichen vom Entwurf neugeregelten Vorschriften aus.

Einführung einer gesetzlichen Vermutung und eines vereinfachten Verfahrens

§ 1626 a Absatz 2 S. 2 BGB-E legt fest: Trägt der andere Elternteil keine Gründe vor, die der Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen können, und sind solche Gründe auch sonst nicht ersichtlich, wird vermutet, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht.

§ 155 a Absatz 3 FamFG-E legt fest: In den Fällen des § 1626 a Abs.2 S.2 BGB hat das Gericht im schriftlichen Verfahren und ohne persönliche Anhörung der Eltern zu entscheiden. § 162 ist nicht anzuwenden.

Mit dieser Vermutung setzt der Gesetzgeber den in Kindschaftssachen geltenden **Amtsermittlungsgrundsatz außer Kraft**. Er stellt einen Automatismus her, der aufgrund eines fehlenden Beteiligtenvortrags direkt zur Übertragung der gemeinsamen Sorge führt.

¹⁷ „In den Familien mit Kindern wird der weitaus größere Teil der Haus- und Erziehungsarbeit nach wie vor von den Müttern getan“ Institut für Demoskopie Allensbach: Monitor Familienleben 2010, S. 13

¹⁸ vgl. Gesetzentwurf, S.14; Allerdings ohne jeden statistischen oder wissenschaftlichen Beleg und ausgehend von der falschen Unterstellung, eine „echte Vaterrolle“ sei ohne rechtliche Mitsorge undenkbar; aus Kindessicht spielt die rechtliche Sorge jedoch, wie mehrfach mit wissenschaftlichen Nachweisen belegt, keine Rolle.

¹⁹ Ähnliche Vorstellungen vertritt das Bundesforum Männer: Gleichstellungspolitische Standpunkte 2011, http://www.bundesforum-maenner.de/index.php?option=com_content&view=article&id=255:ggleichstellungspolitische-standpunkte-2011-&catid=34:aktuelles&Itemid=1

²⁰ BVerfG Beschluss vom 21.Juli 2010 – 1 BvR 420/09 – RNr.75

²¹ EuGH vom 05.10.2010 – C-400/10 – RNr.63

Bringt die Mutter keine oder auch keine ausreichenden Gründe vor, die gegen die gemeinsame Sorge sprechen, darf das Gericht keinerlei eigenständige Beurteilung vornehmen, sondern spricht die gemeinsame Sorge zu.

Der Gesetzgeber will diese Vermutung zusammen mit einem **schriftlichen Schnellverfahren** auf den Weg bringen, welches dazu führt, dass das Gericht die Antragsgegnerin im schlechtesten Fall weder sieht noch irgendeine Stellungnahme von ihr erhält, die Hinweise auf die tatsächliche familiäre Situation des Kindes geben könnte. Da auch das Jugendamt vom vereinfachten Verfahren ausgeschlossen sein soll, tritt genau die Stelle, die ebenfalls Aufschluss über die familiäre Situation geben könnte, nicht in Kontakt mit dem Gericht. Hier soll der/die Familienrichter/in keinerlei Gestaltungsmöglichkeit mehr haben und zu einer Art Beurkundungsbeamten werden.

Der Gesetzgeber begründet seine **Vermutung** mit der Annahme, dass eine Mutter, die tatsächlich Kindeswohlgetragene Gründe gegen die gemeinsame Sorge hat, diese auch vorbringt, während in einem Fall, in dem die Mutter schweigt, in der Regel angenommen werden kann, dass auch in ihren Augen eine gemeinsame Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht.²² Diese Annahme wird durch nichts gestützt und entzieht sich den Gesetzen der Logik. Schon durch die Einführung einer Karenzzeit für die Zeit nach der Geburt wird deutlich, dass auch der Gesetzgeber um Situationen weiß, in denen eine unterbliebene Stellungnahme keine wirksamen Schlüsse auf die tatsächliche Situation des Kindes und seiner Eltern zulässt.

Zu hohe Anforderungen an die Stellungnahme der Mutter

Zudem soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers nicht nur Schweigen automatisch zur Übertragung der gemeinsamen Sorge führen. Die schriftliche Begründung für die Ablehnung der gemeinsamen Sorge muss ausdrücklich sehr hohen Anforderungen genügen, um einen Zuspruch der gemeinsamen elterlichen Sorge im vereinfachten Schnellverfahren zu vermeiden. So verlangt der Gesetzgeber von der schriftlichen Stellungnahme der Mutter die Darlegung „einer schweren und nachhaltigen Störung auf der Kommunikationsebene, die befürchten lässt, dass den Eltern eine gemeinsame Entscheidungsfindung nicht möglich sein wird.“²³ Weiter heißt es im Gesetzentwurf „Stützt der sorgeberechtigte Elternteil seine Verweigerung der gemeinsamen Sorgetragung auf fehlende Kooperationsbereitschaft oder -fähigkeit, genügt es nicht, lediglich formelhafte Wendungen hierzu vorzutragen. Dem schriftlichen Vortrag müssen sich vielmehr konkrete Anhaltspunkte dafür entnehmen lassen, dass eine tragfähige Basis für eine gemeinsame elterliche Sorge nicht besteht und Bemühungen der Eltern um eine gelingende Kommunikation gescheitert sind.“²⁴ Es ist erstens nicht sachgerecht, die Bewertung von vorgetragene Gründe – „Verweigerung“ – bereits im Gesetz vorzugeben. Zweitens ist die Anforderung an die Mutter zu hoch, innerhalb kurzer Zeit schriftlich darzulegen, was ein Gericht im einem regulären Verfahren unter Berücksichtigung aller Umstände ermitteln würde. Drittens ist offen, wie der Richter/die Richterinnen gerade im Punkt Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit der Eltern zu einer begründeten Einschätzung kommen kann, ohne die Eltern zu Gesicht zu bekommen.

²² Gesetzentwurf S. 24

²³ Gesetzentwurf, S. 23

²⁴ Gesetzentwurf, a.a.O

Gute Gründe gegen gemeinsame Sorge müssen vor Gericht Gehör finden

Indem der Entwurf beispielhaft Argumente anführt, deren Vorbringen keine Relevanz für das Kindeswohl haben²⁵, rückt er die Anforderungen in die Nähe eines für eine Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB erforderlichen Vortrags. Zudem heißt es: „Das vom Bundesministerium der Justiz in Auftrag gegebene Forschungsvorhaben ‚Gemeinsame Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern‘ [...] hat ergeben, dass in vielen Fällen eine gemeinsame Sorgetragung aus Gründen verweigert wird, die keinen Bezug zum Kindeswohl haben. Die Gründe sind sehr vielfältig. Nur selten werden klare Risikofaktoren für das Kindeswohl, wie z. B. Sucht- und Gewaltprobleme, genannt. Häufiger werden – vor allem von Elternteilen ohne Partnerschaft mit dem anderen Elternteil – potenziell kindeswohlrelevante Probleme in der Elternbeziehung ins Feld geführt.“²⁶

Diese Interpretation des Endberichts legt nahe, dass Probleme in der Elternbeziehung keine Auswirkungen auf das Kindeswohl hätten und greift somit zu kurz: Erstens sind die negativen Auswirkungen von dauerhaften Elternkonflikten auf deren Kinder hinlänglich bekannt und belegt. Zweitens hat der Endbericht deutlich herausgearbeitet, dass gerade bei getrennt lebenden Eltern der Tragfähigkeit der Partnerschaft als Garant für eine verlässliche Kooperationsbasis eine zentrale Bedeutung zukommt, das Kindeswohl ist somit nicht der einzig relevante Anknüpfungspunkt für die rechtliche Konstruktion der Sorge.²⁷ Das heißt, auch potenziell kindeswohlrelevante Gründe – kein Bestand/keine Tragfähigkeit der Partnerschaft, Konflikte in der Elternbeziehung – müssen bei der gerichtlichen Entscheidung über das Sorgerecht erörtert werden. Immerhin mehr als ein Drittel der befragten Eltern hat potenziell kindeswohlrelevante Probleme in der Elternbeziehung als Grund gegen die gemeinsame Sorge angegeben. Bei Eltern, die bei Geburt des Kindes keine Beziehung hatten, fallen diese Gründe mit 65 Prozent besonders stark ins Gewicht.

Wer nie in einer Partnerschaft gelebt hat, wer intensive Konflikte ohne friedliche Verständigung als Alltag erlebt, wer erhebliche Zweifel an der Verlässlichkeit des anderen hat, etwa weil die Elternschaft nicht gewünscht war, hat berechtigte Vorbehalte, die vor Gericht gehört und abgewogen werden müssen. Die Neuregelung ausschließlich an kindeswohlgefährdenden Belastungen wie Suchtproblemen oder Gewalt in der Partnerschaft auszurichten, ist zu kurz gegriffen und wird dem Kindeswohl nicht gerecht. Zudem ist aus der Traumaforschung bekannt, dass aufgrund von Verdrängungsmechanismen der Gesetzgeber nicht davon ausgehen kann, dass Gewalt, Missbrauch etc. in einer schriftlichen Stellungnahme auch immer benannt werden (können).

Angesichts der Tatsache, dass Männer als häufigsten Grund für eine unterbliebene gemeinsame Sorgerklärung fehlende Informationen angeben²⁸, sollte der Gesetzgeber auf Aufklärung setzen: Eine frühzeitige, neutrale und ergebnisoffene Beratung der Eltern über das Sorgerecht und ihre Handlungsoptionen ist hier der Weg zu einer bewussten gemeinsamen Entscheidung der Eltern.

Konflikte werden durch das geplante Verfahren weiter geschürt

Das gemeinsame Sorgerecht basiert auf dem Konsensprinzip. Der Gesetzentwurf erkennt zwar ein Mindestmaß an Verständigungsfähigkeit als Voraussetzung für die gemeinsame

²⁵ Gesetzentwurf, S. 23 f

²⁶ Gesetzentwurf, S. 14

²⁷ vgl. Endbericht S. 355

²⁸ vgl. Endbericht S. 160

Sorge an, blendet aber gleichzeitig mit dem vereinfachten Verfahren diesen Zusammenhang aus.

Der Entwurf setzt stattdessen auf das Ignorieren offensichtlicher Konflikte und verzichtet dadurch auf bewährte Mittel und Wege der Konfliktlösung im gerichtlichen Verfahren. Zudem zwingt die negative Kindeswohlprüfung die Mutter geradezu in den Rosenkrieg, muss sie doch stichhaltige Argumente gegen den Vater vorzubringen. Der Konflikt wird verschärft und das Gericht seiner friedensstiftenden Funktion enthoben. Das vereinfachte Verfahren führt geradewegs in die nächste Instanz, Folgeprozesse sind vorprogrammiert, wie auch die negativen Auswirkungen auf die Kinder, um die es geht.

Eine Vermutung kann, darf und sollte deswegen nach Ansicht des VAMV eine Kindeswohlprüfung nicht ersetzen. Es ist deshalb im Interesse des Kindeswohls geboten, den Amtsermittlungsgrundsatz nicht einzuschränken, kein schriftliches Schnellverfahren einzuführen und den vorliegenden Gesetzesentwurf entsprechend abzuändern.

Karenzfrist für die Mutter

§ 155 a Absatz 2 Satz 2 FamFG-E legt fest: Die Frist der Mutter zur Stellungnahme endet frühestens 6 Wochen nach der Geburt des Kindes.

Der VAMV hält es zwar generell für sinnvoll, eine Schutzfrist für die Mutter festzulegen, die sicherstellt, dass diese sich innerhalb eines bestimmten Zeitraums nach der Geburt zum Sorgeartrag des Vaters nicht äußern muss. Allerdings hält er eine Frist von 6 Wochen, die in den gesetzlichen Mutterschutz fällt, für zu kurz. Eine Frist darf frühestens nach Ablauf des Mutterschutzes beginnen. Diese Anmerkung gilt aber nur hilfsweise, denn im Zusammenhang mit einem Schnellverfahren lehnt der VAMV jede Frist ab, deren Ablauf zu einem Verfahren ohne Amtsermittlungsgrundsatz und ohne Anhörung der Eltern führt.

III. Fazit

Der VAMV lehnt ein rein schriftliches Verfahren entschieden ab. Es ist zu befürchten, dass nicht alle Eltern der Hürde gewachsen sind, juristisch relevant schriftlich auszuführen, warum die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl widerspricht. Das heißt aber nicht automatisch, dass es keine gewichtigen Gründe für die alleinige Sorge der Mutter gibt. Es muss wie bislang gewährleistet sein, dass das Gericht im konkreten Einzelfall ermitteln kann, welche Form des elterlichen Sorgerechts tatsächlich dem Kindeswohl am besten entspricht. Dazu ist eine persönliche Anhörung der Eltern und des Jugendamtes unerlässlich. Vermutungen dürfen keine Kindeswohlprüfung ersetzen, das Verpassen einer Frist darf nicht die richterliche Entscheidung vorgeben. Der Gesetzgeber muss den Amtsermittlungsgrundsatz aufrechterhalten. Auch die Frist von sechs Wochen für die Stellungnahme, die in den für alle Mütter geltenden Mutterschutz fällt, ist nicht akzeptabel, denn sie geht an der Lebensrealität von Müttern kurz nach einer Geburt vorbei.

Der VAMV kritisiert, dass das neue Leitbild des Gesetzgebers ideologischer Natur ist und nicht in ausreichendem Maße wissenschaftliche Erkenntnisse berücksichtigt. Der Entwurf zeugt von der Wunschvorstellung, dass der möglichst einfache Zugang beider Elternteile zum Entscheidungsrecht eine verantwortliche Ausübung sowie eine vermehrte Übernahme der Pflichten nach sich ziehen möge. Diese Grundannahme, dass die Zuteilung von Rechten ein verantwortliches Verhalten auslöst, kann der VAMV aufgrund der Erfahrung vieler

Alleinerziehender nicht teilen. Auch eine wissenschaftliche Grundlage für diese Annahme fehlt gänzlich.

Im Bemühen die Zugangsvoraussetzungen zur gemeinsamen Sorge nicht zu hoch anzusetzen, schießt der Gesetzgeber über das Ziel hinaus und ignoriert damit völlig die ebenfalls vom Bundesverfassungsgericht vorgegebene Einschränkung, dass die Belange des Kindes maßgeblich Berücksichtigung finden müssen. Den betroffenen Kindern erweist der Gesetzgeber mit seinen neuen Regelungen einen Bärendienst, wenn er ausgerechnet in Konfliktkonstellationen anstreben will, „dass möglichst eine gemeinsame Sorgetragung erfolgen soll.“²⁹

Insgesamt entsteht der Eindruck, dass es dem Gesetzgeber überwiegend um eine „gerechte“ Aufteilung der „Rechte am Kind“ geht und weniger um das Wohl des Kindes selbst. Diese Sichtweise ist ein Rückschritt für das gesamte Kindschaftsrecht. Denn sowohl die Kindschaftsrechtsreform von 1998 als auch das neue FamFG setzen als zentrales Kernstück und Grundlage jedes kindschaftsrechtlichen Verfahrens die Kindeswohlprüfung voraus; diese kann nicht einfach durch eine gesetzliche Vermutung ersetzt werden, sondern die wichtigste Aufgabe des Familienrichters/der Familienrichterin besteht in der Beurteilung des jeweiligen Einzelfalls. Die vom Gesetzgeber vorgeschlagenen verfahrensrechtlichen Vereinfachungen treten alle bisherigen Bemühungen, das Wohl des Kindes in den Mittelpunkt des Verfahrens zu stellen, ohne Not mit Füßen.

*Berlin, 23.11.2012
Verband alleinerziehender Mütter und Väter,
Bundesverband e.V.
Edith Schwab*

²⁹ Gesetzentwurf, S.14