

Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer

**zu dem Entwurf eines Berichts des Europarates über Grundsätze bezüglich der Feststellung und der rechtlichen Folgen der Abstammung
(Stand: 24. November 2000)**

erarbeitet vom

Ausschuss Familienrecht der Bundesrechtsanwaltskammer

Vorsitzende: RAInuNin Ingeborg **Rakete-Dombek**, Berlin, Berichterstatlerin

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Bundesnotarkammer
Deutscher Anwaltverein e. V.
Deutscher Richterbund
Deutscher Juristinnenbund
Deutscher Familiengerichtstag e. V.
Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht
Redaktionen der NJW, FamRZ, FuR, FPR

Juli 2001

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt die Absicht des Europarates, seinen Staaten Leitlinien zur Entwicklung und Anpassung ihrer Rechtsordnungen auf dem Gebiet der Fragen der rechtlichen Abstammung und der elterlichen Verantwortung an die Hand zu geben, da eine Vereinheitlichung in jedem Falle die Rechtsstellung der Kinder verbessert.

Der vorliegende Entwurf des CJ-FA entspricht bis auf wenige Punkte der in der Bundesrepublik bereits geltenden Rechtslage.

Eine wesentliche Problematik, die jedoch auch in dem erläuternden Schreiben des Bundesministeriums für Justiz vom 13. März 2001 übergangen wird, ist hierbei folgende:

Grundsatz 19 Ziff. 2, statuiert, dass – auch wenn nur ein Elternteil die elterliche Verantwortung von Rechts wegen ausübt – der andere Elternteil die Möglichkeit haben muss, die elterliche Verantwortung zu erwerben, unter der Voraussetzung, dass dies nicht dem Wohl des Kindes widerspricht. Hierbei soll die fehlende Einwilligung oder der Einspruch des die elterliche Verantwortung ausübenden Elternteils kein Hindernis darstellen.

In Ziff. 66 zu Grundsatz 23 über die elterliche Verantwortung wird klarstellend darauf hingewiesen, dass die elterliche Verantwortung unabhängig davon, ob ein Kind ehelich oder unehelich geboren wird, gemeinsam ausgeübt werden soll, da dies dem Wohl des Kindes diene.

Dies entspricht nicht der geltenden Rechtslage in der Bundesrepublik.

Die elterliche Verantwortung für ein Kind nicht miteinander verheirateter Eltern steht mit der Geburt der Mutter alleine zu. Ohne Zustimmung der alleinsorgeberechtigten Mutter kann – auch wenn dies dem Kindeswohl dienen würde – die Elternverantwortung nicht auf beide Eltern gemeinsam übertragen werden. Die gemeinsame Sorgeerklärung gem. § 1626 a BGB setzt insoweit das Einverständnis beider Eltern voraus.

Eine Begründung der gemeinsamen elterlichen Sorge gem. § 1672 Abs. 2 BGB setzt voraus, dass zunächst gem. § 1672 Abs. 1 BGB mit Zustimmung der Mutter die elterliche Sorge allein auf den Vater übertragen wurde.

Die Übertragung der elterlichen Sorge allein auf den Vater und ohne Zustimmung der Mutter ist nur in den Fällen der §§ 1680 Abs. 3, Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 1666 BGB nach geltendem Recht möglich.

Diese Einschränkung der Rechte des Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern, die dazu führen könnte, dass der evtl. eindeutig besser geeignete Vater die elterliche Verantwortung übernimmt, ohne dass die Zustimmung der alleinsorgeberechtigten Mutter hierfür Voraussetzung wäre, ist in der Literatur bereits heftig kritisiert worden und derzeit Gegenstand von Verfassungsbeschwerden.

Der Bundesgerichtshof hat noch am 04.04.2001 (XII ZB 3/00) entschieden, dass die Regelung des § 1626 a BGB, nach der das gemeinsame Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern die Abgabe übereinstimmender Sorgeerklärungen voraussetzt, mit dem Grundgesetz vereinbar sei.

Es sei eine sachgerechte Regelung, dass die Mutter eine starke rechtliche Stellung erhalte, wonach ihr das Sorgerecht nur unter den Voraussetzungen des § 1666 BGB entzogen werden könne. Hierdurch sei u. a. gewährleistet, dass mit der Prüfung des Merkmals „missbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge“ auch geprüft werden könne, ob und inwieweit die Mutter das Elternrecht des Vaters angemessen zur Geltung bringe.

Die Argumentation des Bundesgerichtshofs übersieht hierbei, dass das Elternrecht des Vaters unter diesen Voraussetzungen nur dann Geltung erhält, wenn gleichzeitig ein Entzug der elterlichen Sorge der Mutter erfolgt. Zu einer gemeinsamen elterlichen Sorge, wie sie der vorliegende Entwurf bevorzugt, kommt es auch insoweit nicht.

Sollten also die Grundsätze beschlossen werden, müsste das geltende Recht insoweit eine Veränderung erfahren, da es den Grundsätzen aus Art. 19 und 23 nicht entspricht.

Die Bundesrechtsanwaltskammer regt an, die Begriffe „Befugnisse“ und „Pflichten“ in **Grundsatz 18** redaktionell auszutauschen. Es entspräche den grundlegenden Überlegungen zur elterlichen Verantwortung besser, wenn analog § 1626 Abs. 1 BGB die Formulierung gewählt würde:

„Die elterliche Verantwortung umfasst alle Pflichten und Befugnisse, das seelische und materielle Wohl der Kinder sicherzustellen, insbesondere „

Insoweit hat das Bundesverfassungsgericht in seiner grundlegenden Entscheidung vom 06. Februar 2001, 1 BvR 12/92, auf die besonderen Pflichten, die die elterliche Verantwortung gegenüber Kindern für Eltern mit sich bringt, wie folgt hingewiesen:

„Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG begründet für die Eltern gleichermaßen das Recht wie die Pflicht zur Pflege und Erziehung ihrer Kinder (vgl. BVerfGE 24, 119, 143 f.). Diese den Eltern zuvörderst zugewiesene Verantwortung hat dem Kindeswohl zu dienen, ist also ein Grundrecht im Interesse des Kindes (vgl. BVerfGE 59, 360, 382; 75, 201, 218). Das Recht der Eltern auf freie Gestaltung ihrer Sorge für das Kind verdient deshalb dort keinen Schutz, wo sich Eltern ihrer Verantwortung gegenüber dem Kind entziehen und eine Vernachlässigung des Kindes droht (vgl. BVerfGE 24, 119, 143 f.).“

Soweit **Grundsatz 10 Ziff. 2** bei Einwilligung des Vaters in eine assistierte Reproduktion diesem ein Anfechtungsrecht hinsichtlich der Abstammung des Kindes von ihm nur unter der Voraussetzung gewährt, dass ein Richter feststellt, dass das Kind nicht aufgrund der Behandlung, in die der Vater eingewilligt hat,

entstanden ist, besteht nach deutscher Rechtslage ebenfalls Ergänzungsbedarf. Eine entsprechende Regelung sieht jedoch der Entwurf eines Kinderrechteverbesserungsgesetzes bereits vor, das allerdings noch nicht das Gesetzgebungsverfahren durchlaufen hat.

Auf eine Formulierung erbrechtlicher Grundsätze wurde verzichtet (**Ziff. 85 f**). Auch insoweit würde der Entwurf eines Kinderrechteverbesserungsgesetzes die erbrechtliche Stellung des Kindes nichtverheirateter Eltern, das vor 1949 geboren wurde, jedoch erbrechtlich gleichstellen, sobald das Gesetz in Kraft tritt.

Grundsatz 24 Ziff. 2 stellt fest, dass bei einem Entzug der elterlichen Verantwortung eine regelmäßige Überprüfung dieser Entscheidung – offenbar von Amts wegen – erfolgen sollte. Ein Antrag soll nicht erforderlich sein.

Auch dies dürfte der hier geltenden Rechtslage nicht entsprechen, wonach die Abänderung und Überprüfung einer Maßnahme nach § 1666 BGB nur gemäß § 1696 BGB möglich ist. Das Verfahren gem. § 1696 BGB erfordert zwar keinen Antrag, zwingt das Gericht auf der anderen Seite aber auch nicht zu einer regelmäßigen Überprüfung einer bereits ergangenen Entscheidung darauf hin, ob eine Abänderung aus triftigen, das Kindeswohl berührenden Gründen von Amts wegen angezeigt ist. § 1696 BGB ist sogar durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz in seinen Voraussetzungen, eine Abänderung zu erlangen, verschärft worden, um den Eindruck zu beseitigen, es stünde im Belieben der Gerichte, ihre früheren Anordnungen zu korrigieren.

Nach **Grundsatz 24 Ziff. 2** wäre es daher erforderlich, die Notwendigkeit der Einführung eines Verfahrens zu untersuchen, das eine regelmäßige Überprüfung von Entscheidungen, die einen Sorgerechtsentzug beinhalten, vorsieht. Dies erscheint angesichts der mit einem derartigen Eingriff verbundenen Grundrechtseinschränkung für die betroffenen Eltern sachgerecht.