

djbZ

Zeitschrift des
Deutschen
Juristinnenbundes

4/2014

17. Jahrgang, Seite 143-196

Herausgeber: Deutscher Juristinnenbund e. V.**Präsidium: Ramona Pisal**, Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht, Brandenburg a.d.H. (Präsidentin); **Margarete Hofmann**, Direktorin in der EU-Kommission Brüssel; **Eva Schübel**, Bundesanwältin beim BGH, Karlsruhe (Vizepräsidentinnen); **Dr. Karin E.M. Kopp**, LL.M. (Berkeley), Regierungsrätin, Finanzamt München (Schatzmeisterin); **Schriftleitung: Anke Gimbal**, Rechtsassessorin, Geschäftsführerin Deutscher Juristinnenbund, Berlin.

Elterliche Verantwortung: Entwicklung elterlicher Sorge und Umgang in Europa und Deutschland

Seminar am 12./13. September 2014, Gustav-Stresemann-Institut (GSI), BonnGefördert vom
Bundesministerium für
Familie, Senioren,
Frauen und Jugend**Brigitte Meyer-Wehage**

Vorsitzende der Kommission Zivil, Familien- und Erbrecht, Recht anderer Lebensgemeinschaften/Direktorin des Amtsgerichts, Brake

Sabine Overkämping

Vorsitzende der Kommission Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht/Referatsleiterin, Ministerium für Justiz und Gleichstellung Sachsen-Anhalt, Magdeburg

Nachdem sich der 40. Kongress des Deutschen Juristinnenbundes e.V. (djb) vom 26. bis 29. September 2013 in Leipzig mit den finanziellen Aspekten im Zusammenhang von Trennung und Scheidung beschäftigt hat, ist dem Seminar in Bonn am 12./13. September 2014 die Ergänzung und Fortführung mit Blick auf den primär nicht vermögensrechtlichen Bereich von Ehe und Lebenspartnerschaft, nämlich die Personensorge für die gemeinsamen Kinder, vorbehalten gewesen.

Der Begriff der elterlichen Verantwortung ist dem Bürgerlichen Gesetzbuch fremd – im Gegensatz zur europäischen Rechtssetzung (vgl. u.a. Artikel 8 der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 – Brüssel IIa-VO). Es gilt daher kritisch zu hinterfragen, ob nicht mit Blick auf binationale Ehen und Lebenspartnerschaften, die aufgrund der Erweiterung der Mitgliedstaaten zunehmen, ein „Umdenken“ in der Sorge für und Betreuung der gemeinsamen Kinder notwendig ist. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat den deutschen Gesetzgeber zudem

wiederholt gemahnt, die Rechte – zugegebenermaßen der Väter – zu stärken.

Die Familie unterliegt Umbrüchen im sozialen und beruflichen Kontext der Eltern, die häufig Flexibilität in der Betreuung und Erziehung der Kinder erfordern. Die gelebte Elternschaft ist im Wandel begriffen, nach alternativen Betreuungsmöglichkeiten wird gesucht, sei es aus finanziellen oder persönlichen Gründen.

Hat Deutschland im Kontext von Sorge und Umgang mit gemeinsamen Kindern einen – gesetzgeberischen – Nachholbedarf oder sind alternative Betreuungsformen, wie z.B. das Wechselmodell – in Abgrenzung zum überwiegend gelebten Residenzmodell –, wenig praxisrelevant, da nur etwas für „Besserverdiener“?

Können wir aus Ländern wie Frankreich, deren gesetzliche Regelungen z.B. die Anordnungen einer hälftigen oder anteiligen geringeren Betreuung durch die Eltern zulassen, lernen?

Nicht zu vergessen ist schließlich, dass die gelebte Arbeitnehmerfreizügigkeit und der gesellschaftliche Wandel immer häufiger grenzüberschreitende gerichtliche Auseinandersetzungen der Eltern untereinander mit sich bringen, die die Entführung von Kindern zum Gegenstand haben.

Zum Umdenken mit Blick auf die gemeinsame Sorge nicht miteinander Verheirateter hat uns der EGMR unter anderem mit seiner Entscheidung im Individualbeschwerdeverfahren Zaunegger vom 3. Dezember 2009 angehalten. Die deutsche Richterin am EGMR, Prof. Dr. Dr. h.c. Angelika Nußberger M.A., brachte uns in ihrem Festvortrag am Freitagabend, 12. September 2014, ihr Gericht in Straßburg nahe und zeigte die Entwicklung der Rechtsprechung zur Diskriminierung im Familienrecht (Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK) als lebendi-

ges Instrument auf. Sie hat den Blick in Richtung „Europa“ nachhaltig geschärft und die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs anschaulich und zugleich beeindruckend vermittelt.

Um den Umgang mit elterlicher Verantwortung näher zu untersuchen, haben wir uns Expertise aus dem Nachbarland geholt. Dominique *Greff-Bohnert*, Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht in Paris, gab zum Auftakt der Fachtagung am Samstag, 13. September 2014, einen umfassenden Überblick über die Rechtslage in Frankreich. Lebhaft und für uns nachvollziehbar zeigte sie die französischen Rahmenbedingungen mit vielen konkreten Beispielen auf. So ist die gemeinsame elterliche Sorge in Frankreich der Regelfall und zwar unabhängig davon, ob die Eltern miteinander verheiratet sind oder nicht; selbst bei minderjährigen Eltern gilt nichts anderes. Die alleinige elterliche Sorge ist auch im Fall der Trennung oder Scheidung die Ausnahme. Alternative Betreuungsformen bereiten unseren Nachbarn offenbar keine (Rechts-)Probleme; sie sind nach geltendem Recht zulässig, wobei vermehrt von der gemeinsamen Betreuung nach der Trennung Gebrauch gemacht wird. Es ist ein Anstieg von ursprünglich acht Prozent auf nunmehr fast 15 Prozent zu verzeichnen. Das betroffene Kind kann sich direkt schriftlich an das Gericht wenden, allerdings gibt es – abweichend vom deutschen Verfahrensrecht – keine förmliche Beteiligung des Kindes im Zuge gerichtlicher Auseinandersetzungen, die seine Person betreffen. Frankreich kennt also das Wechselmodell und nennt es paritätische Betreuung. Das „Nestmodell“ – der Begriff ist in Frankreich nicht geläufig – ist eine Option und kann vom Gericht auf der Grundlage des geltenden Rechts angeordnet werden, wie *Greff-Bohnert* dem Publikum erläuterte.

Beeindruckend war zu erfahren, dass es – wiederum im Gegensatz zu nationalem (deutschen) Recht – keine Vielzahl von Verfahren gibt, sondern die Ausübung der elterlichen Sorge ebenso wie der Umgang und der zu leistende (Kindes-)Unterhalt in einem Verfahren „erledigt“ werden.

Ruth *Feldkemper-Bentrup*, Richterin am Oberlandesgericht und stellvertretende Vorsitzende des 11. Familiensenats des Oberlandesgerichts Hamm, der u.a. für internationale Kindersachssachen zuständig ist, stellte im Anschluss in einem kurzen Überblick zum nationalen Recht eine große Übereinstimmung mit dem in Frankreich geltenden Recht fest und legte sodann den Schwerpunkt auf eine gütliche Einigung. Eine gerichtsinterne Mediation hat sich im Gesetzgebungsverfahren zwar nicht durchsetzen lassen, wohl aber die Einführung des sogenannten Güterrichtermodells (§ 36 Abs. 5 FamFG – eingefügt durch Gesetz vom 21. Juli 2012 BGBl I S 1577). In Konfliktfällen, insbesondere in grenzüberschreitenden Sorgerechtsverfahren führt häufig nur eine Mediation zu vertretbaren Ergebnissen und der Befriedung der Beteiligten. Im nationalen Recht ist der Kostenaspekt indes für die Beteiligten, die häufig Verfahrenskostenhilfe in Anspruch nehmen (müssen), nicht zu vernachlässigen. Hervorzuheben ist, dass die Mediation zunehmend positiv beurteilt wird. Die Diskussion zeigte, dass die Vortragende damit einen Nerv getroffen hatte.

Nach der Mittagspause wandten wir uns ausführlich der praktischen Umsetzung der gemeinsamen Sorge zu.

Professor Dr. Hildegund *Sünderhauf-Kravets*, Evangelische Hochschule Nürnberg, zeigte die Entwicklung der elterlichen Verantwortung im europäischen Kontext unter besonderer Berücksichtigung von Genderaspekten auf. Hierzu gehörte auch das in Deutschland (heftig) umstrittene sogenannte Wechselmodell, zu dem die Referentin seit mehreren Jahren forscht. Sie bevorzugt allerdings in diesem Zusammenhang den Begriff der paritätischen Doppelresidenz. Prof. Dr. *Sünderhauf-Kravets* führte zunächst anhand von ausgewählten Beispielen rechtsvergleichend und unter besonderer Berücksichtigung von Trennung und Scheidung zur elterlichen Verantwortung in Europa und deren Entwicklung aus. Sodann widmete sie sich dem nationalen Recht und stellte neben den „Leitgedanken“ des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur elterlichen Sorge („Residenzmodell“) das Modell der paritätischen Doppelresidenz. Sie beschrieb die Vor- und Nachteile eines solchen paritätischen Doppelresidenzmodells und berichtete über den Stand der psychologischen Forschung.

Die gerichtlichen Möglichkeiten einer Anordnung auch gegen den Willen eines Elternteils wurden – soweit veröffentlicht – dargestellt und abschließend Genderaspekte mit Blick u.a. auf die Erwerbsarbeit und Kindern als „Mittelpunkt elterlicher Verantwortung“ beleuchtet.

Sie sprach sich deutlich für eine entsprechende ausdrücklich normierte Anordnungsalternative in § 1671 BGB aus. Die Vorteile, die sie darin sieht, hat Prof. Dr. *Sünderhauf-Kravets* in ihrem Beitrag dargelegt. Allerdings unterstrich sie, dass die paritätische Doppelresidenz nicht eine Lösung für alle Fälle sei und selbst in Ländern, in denen dem Wechselmodell gesetzliche Priorität eingeräumt werden würde, eine einzelfallbezogene Kindeswohlprüfung unverzichtbar sei.

Das Bild wäre nicht vollständig gewesen, wenn wir nicht auch binationale Paare mit gemeinsamen Kindern in den Blick genommen hätten, die heute immer selbstverständlicher werden. Dr. Kerstin *Niethammer-Jürgens*, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Familienrecht mit Tätigkeitsschwerpunkt im internationalen Kindschaftsrecht in Potsdam, berichtete aus der anwaltlichen Beratungspraxis zu internationalen Entführungsfällen und deren (persönlichen wie materiellen) Hintergründen anschaulich und kenntnisreich. Etwa 70 Prozent aller Entführungsfälle gehen von den Kindesmüttern aus. Nicht selten sind häusliche Gewalt und Arbeitsmigration die Ursache für das Verbringen des gemeinsamen Kindes in einen Drittstaat ohne Einverständnis des anderen Elternteils. Dr. *Niethammer-Jürgens* sensibilisierte für das „Zusammenspiel“ der einschlägigen Rechtsgrundlagen, insbesondere des Haager Kinderschutzübereinkommens (KSÜ), des Haager Kindesentführungsübereinkommens (HKÜ) sowie der Brüssel IIa-VO in Verbindung mit dem Gesetz zur Ausführung und Durchführung bestimmter Rechtsinstrumente auf dem Gebiet des internationalen Familienrechts (IntFamRVG).

Am Ende ihres Vortrags meldete sie konkreten Handlungsbedarf an. In Europa müssten familienrechtliche Entscheidungen

gen dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens folgend ohne Weiteres anerkannt werden. Sie warb für eine Vereinheitlichung von Standards für Kindesanhörungen – mindestens europaweit, idealiter international. Sie bemängelte zudem, dass das HKÜ nur Rückführungsfragen regeln würde und Regelungen zu den in diesen Verfahren geschlossenen Vereinbarungen fehlen würden; gerade diese müssten belastbar sein.

In der Schlussdiskussion mit allen Referentinnen des Tages hatten wir vor, über weiteren gesetzlichen Handlungsbedarf zu diskutieren. Tatsächlich konzentrierten wir uns dann auf das Für und Wider zum Wechselmodell. Wer einen „Glaubenskrieg“ erwartet hatte, wurde allerdings enttäuscht. Die emotionale Diskussion zeichnete sich dadurch aus, dass die Befürworterinnen und Gegnerinnen sich verstehen wollten und sich deshalb zuhörten. Hier ist insbesondere der französischen Kollegin Dank zu sagen, die mit dem Einblick in die französische Praxis zu relativieren vermochte. Als ein Beispiel mag ihr Bericht einer Anordnung des sog. „Nestmodells“ dienen. Ein Paar mit acht Kindern trennte sich und nur ein Elternteil – konkret die Mutter – war in der Lage, eine entsprechend große Wohnung zu unterhalten. Gegen den Willen der Eltern entschied sie, dass das Nestmodell versucht werden sollte. Es scheint geklappt zu haben, denn sie wurde nicht erneut befasst.

Fazit

Das deutsche Kindschaftsrecht ist im europäischen Kontext nicht von „vorgestern“. Mit Blick auf alternative – paritätische – Betreuungsmodelle und deren richterlicher Anordnung bedarf es jedoch ergänzender Überlegungen, da de lege lata die Zulässigkeit einer solchen Anordnung – wie mit nachvollziehbaren Gründen vertreten wird – zweifelhaft ist. Andererseits darf nicht verkannt werden, dass die Instanzrechtsprechung das geltende Recht für ausreichend erachtet, wenn auch mit unterschiedlicher Begründung. Ob gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, sollte daher nicht vorschnell beantwortet werden, zumal (notwendige) Folgeänderungen, wie z.B. die Vertretungsbefugnis eines Elternteils bei der Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen, mit in den Blick zu nehmen sind.

Am Ende des lebhaften Seminartages bestand Einigkeit, dass die tatsächliche Umsetzung der gemeinsamen Sorge lebbar sein muss, orientiert am allgemeinen Kindeswohl. Konkret kann dies auch durch ein Wechselmodell bzw. eine paritätische Doppelresidenz realisiert werden. Hierzu sollten die gesetzlichen Grundlagen geschaffen werden. Die Diskussion in Bonn hat uns Hoffnung gemacht, dass dies gelingen kann. Wie so oft in familienrechtlichen Streitfällen gibt es nicht die Lösung sondern immer nur eine für den konkreten Einzelfall.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Rechte von Frauen¹

Urteile können Rechtsgeschichte schreiben, auch Frauenrechtsgeschichte. Frauen haben über Jahrzehnte hin ihre Konflikte, ihre Sorgen und Nöte dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) unterbreitet. In wichtigen Fragen haben sie Gehör gefunden, manchmal aber sind sie auch unterlegen. Der historische Bogen spannt sich von dem Urteil *Marckx v. Belgien* aus dem Jahr 1978,² das dazu beigetragen hat, das Nichtehelehenrecht in Europa zu revolutionieren, über das Urteil *Opuz v. Türkei* aus dem Jahr 2009,³ das staatliche Untätigkeit gegen häusliche Gewalt gebrandmarkt hat, bis zu *S.A.S. v. Frankreich* aus dem Jahr 2014,⁴ in dem der Gerichtshof das Verbot der Vollverschleierung in der Öffentlichkeit für konventionskonform gehalten hat. In dem Urteil *Rantsev v. Russland und Zypern*⁵ werden Missbrauch und Zwangsprostitution offengelegt, in dem Urteil *Siliadin v. Frankreich*⁶ staatliche Schutzmaßnahmen gegen die Ausnutzung von illegalen Migrantinnen und damit gegen eine Form moderner Sklaverei für unzureichend befunden. Gegenwärtig anhängig vor Gericht ist die Frage, ob das Recht auf Privatleben auch das Recht umfasst, Kinder zuhause zu gebären, ob es ein Recht einer werdenden Mutter auf eine Hausgeburt gibt.⁷

Derartige Fälle werfen die Frage auf, ob die Rechte von Frauen eine Sonderstellung in der Rechtsprechung des EGMR einnehmen. Sind sie ein *Aliud* im Vergleich zu allgemeinen Menschenrechten?

Auf internationaler Ebene ist dies anerkannt; das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau⁸ baut auf der Vorstellung auf, dass die Rechte von Frauen sich von den Rechten von Männern unterscheiden und Frauen in besonderer Weise schutzbedürftig sind. Auf europäischer Ebene gibt es zu diesem Ansatz keine echte Parallele.

- 1 Der Aufsatz gibt ausschließlich die persönliche Meinung der Verfasserin wieder.
- 2 EGMR Urte. v. 13.6.1979, *Marckx v. Belgien*, Beschwerde-Nr. 6833/74, NJW 1979, 2449.
- 3 EGMR Urte. v. 9.6.2009, *Opuz v. Türkei*, Beschwerde-Nr. 33401/02.
- 4 EGMR Urte. v. 1.7.2014, *S.A.S. v. Frankreich*, Beschwerde-Nr. 43835/11.
- 5 EGMR Urte. v. 7.1.2010, *Rantsev v. Russland und Zypern*, Beschwerde-Nr. 25965/04, NJW 2010, 3003.
- 6 EGMR Urte. v. 26.7.2005, *Siliadin v. Frankreich*, Beschwerde-Nr. 73316/01, NJW 2007, 41.
- 7 EGMR *Dubská v. Tschechien*, Beschwerde-Nr. 28859/11.
- 8 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), in Kraft getreten am 3.9.1981, von Deutschland am 10.7.1054 ratifiziert.

Prof. Dr. Dr. h.c.
Angelika Nußberger
M.A.



Richterin am
Europäischen
Gerichtshof für
Menschenrechte,
Straßburg/Köln