

HINWEISE

**des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht eV (DIJuF)
vom 23. November 2012**

**Virulenter gesetzlicher Regelungsbedarf wegen der Auswirkungen
des KSÜ auf die sog. Negativbescheinigung nach § 58a SGB VIII**

I. Problemaufriss

Das Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern vom 19.10.1996 (Haager Kinderschutzübereinkommen – KSÜ) beansprucht seit 01.01.2011 in Deutschland Geltung. Seitdem werden Jugendämter zunehmend vor die Frage gestellt, ob sie in Fällen mit Auslandsberührung (zB bei Geburt des Kindes oder vorherigem Aufenthalt im Ausland) nach § 58a SGB VIII eine sog. „Negativbescheinigung“ ausstellen müssen und dürfen, wenn die Mutter beantragt, bescheinigt zu bekommen, dass keine Sorgeerklärung abgegeben wurde.

Der Gesetzeswortlaut scheint dafür zu sprechen, dass das Jugendamt die Bescheinigung nach § 58a SGB VIII nur dann nicht erteilen darf, wenn in Deutschland Sorgeerklärungen nach § 1626a BGB abgegeben wurden oder nach Art. 224 § 2 bis 5 EGBGB ersetzt wurden.

Das würde aber zu problematischen Folgen führen, wenn tatsächlich im Ausland von Gesetzes wegen oder durch Elternvereinbarung die gemeinsame Sorge begründet wurde, denn diese gilt in Deutschland fort, ohne dass eine Anerkennung oder Feststellung erforderlich wäre (Art. 16 Abs. 3 KSÜ): Beantragt die Mutter nunmehr aus Unkenntnis der Rechtslage – in der Annahme, mit dem Wechsel des Aufenthalts gelte ausschließlich deutsches Recht – oder böswillig zur Vorspiegelung

einer vermeintlichen Alleinsorge eine „Negativbescheinigung“, würde ihr zwar objektiv nur bescheinigt, keine Sorgeerklärung nach deutschem Recht abgegeben zu haben. Der Rechtsverkehr könnte aber diese Bescheinigung tatsächlich als Ausweis ihrer Alleinsorge auffassen, obwohl diese tatsächlich nicht besteht.

Mehrere Dutzend Anfragen aus Jugendämtern beim Institut zu entsprechenden Anträgen auf Erteilung einer Negativbescheinigung in den letzten zwei Jahren deuten darauf hin, dass ein dringendes Bedürfnis der Praxis nach Klarheit besteht zu der Frage:

Darf bzw muss das Jugendamt im Fall der nicht auszuschließenden Möglichkeit einer im Ausland begründeten gemeinsamen Sorge – wegen deren dann unmittelbaren Fortgeltung auch in Deutschland – die Ausstellung der Negativbescheinigung verweigern?

Wenn das Jugendamt – dem Wortlaut des § 58a SGB VIII folgend – die Pflicht hätte, die Negativbescheinigung auch dann auszustellen, wenn die ggf im Ausland kraft Gesetzes eintretende oder einvernehmlich begründete gemeinsame elterliche Sorge ohne weiteres in Deutschland fortbesteht, so knüpft sich daran weitere Fragen an: Trifft das Jugendamt insoweit zumindest eine Prüfungspflicht? Darf es sich auf die Angaben der Eltern verlassen? Wie soll es mit bei Ausstellung eines Negativattests umgehen, mit dem das Jugendamt wissentlich einen Rechtschein erwecken würde?

Eine befriedigende Beantwortung der Fragen ist nur über eine Gesetzesänderung in § 58a SGB VIII zu erlangen.

II. Rechtslage bei grenzüberschreitenden Sorgerechtsfällen in Deutschland nach dem Inkrafttreten des Haager Kinderschutzübereinkommens (KSÜ)

Das KSÜ gilt seit 01.01.2011 in Deutschland. Inhaltlich regelt der bedeutsamste Teil des KSÜ das anwendbare Recht, ua hinsichtlich des Sorgerechts. Die Normen des KSÜ sind in Deutschland unmittelbar geltendes Recht. Sie sind direkt anwendbar und gegenüber dem EGBGB vorrangig (vgl zB *Wagner/Janzen* FPR 2011, 110, 112).

Nach Art. 16 Abs. 1 KSÜ ist für die Zuweisung und das Erlöschen der elterlichen Verantwortung kraft Gesetzes das Recht des Staates maßgeblich, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Dies gilt nach Art. 16 Abs. 2 KSÜ auch für die Zuweisung der elterlichen Verantwortung durch Vereinbarung oder einseitiges Rechtsgeschäft, also durch eine Sorgerechtserklärung.

Wechselt das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt, gilt die elterliche Verantwortung nach dem Recht seines ursprünglichen gewöhnlichen Aufenthaltsorts nach Art. 16 Abs. 3 KSÜ fort. Nach den Vorschriften des KSÜ bleibt also ein im Ausland begründetes gemeinsames Sorgerecht im Inland bestehen, wenn das Kind in Deutschland einen neuen gewöhnlichen Aufenthalt begründet. Durch einen Wechsel des gewöhn-

lichen Aufenthaltes kommt es folglich nicht zu einem Verlust eines einmal erworbenen Sorgerechts.

Beispiel: In Frankreich üben auch unverheiratete Eltern kraft Gesetz die gemeinsame elterliche Sorge für ihr Kind aus, wenn die Vaterschaft anerkannt wird. Die gemeinsame elterliche Sorge bleibt bestehen, wenn das Kind etwa gemeinsam mit der Mutter in Deutschland ihren neuen gewöhnlichen Aufenthalt begründet.

III. Keine Bescheinigung nach Art. 40 KSÜ

Nach Art. 40 KSÜ können die Behörden des Vertragsstaats, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder in dem eine Schutzmaßnahme getroffen wurde, dem Träger der elterlichen Verantwortung oder jedem, dem der Schutz der Person oder des Vermögens des Kindes anvertraut wurde, auf dessen Antrag eine Bescheinigung über seine Berechtigung zum Handeln und die ihm übertragenen Befugnisse ausstellen. Die Richtigkeit der Bescheinigung wird nach Art. 40 Abs. 2 KSÜ bis zum Beweis des Gegenteils vermutet. In seiner Wirkung im Rechtsverkehr entspricht die Bescheinigung nach Art. 40 Abs. 2 KSÜ dem Negativattest nach § 58a SGB VIII.

Es ist den Vertragsstaaten allerdings freigestellt, ob sie eine Bescheinigung nach Art. 40 KSÜ ausstellen (siehe ausführlich hierzu Erläuternder Bericht von *Lagarde* zum KSÜ Rn 154).

Der deutsche Gesetzgeber hat von der Möglichkeit, eine Bescheinigung nach Art. 40 Abs. 2 KSÜ auszustellen, abgesehen. In der Gesetzesbegründung (BT-Drucksache 16/12063 S. 12) heißt es hierzu:

„Das deutsche Recht kennt eine vergleichbare Urkunde nicht. § 1791 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) sieht lediglich eine Bestallungsurkunde für den Vormund vor, der jedoch keine Richtigkeitsvermutung zukommt. Dementsprechend wäre eine Umsetzung des Artikels 40 des Haager Kinderschutzübereinkommens in Deutschland mit einigem Aufwand verbunden. Denn es wäre sicherzustellen, dass eine solche Bescheinigung die Rechtslage jederzeit zutreffend wiedergibt. Dieser Aufwand stünde voraussichtlich nicht im Verhältnis zu dem Nutzen, den eine solche Bescheinigung für die betroffenen Elternteile hätte. Der Entwurf schlägt daher vor, Artikel 40 des Haager Kinderschutzübereinkommens zunächst nicht umzusetzen.“

IV. Das sog. „Negativattest“ nach § 58a SGB VIII

1. Derzeitige Rechtslage

Dass § 58a SGB VIII für Deutschland gleichwohl eine Form der Bescheinigung über die Abgabe von Sorgeerklärungen vorsieht, steht zu der Gesetzesbegründung in einem gewissen Widerspruch. § 58a SGB VIII berechtigt derzeit die Mutter eines Kindes, dessen Eltern nicht miteinander verheiratet sind, zu einer schriftlichen Auskunft des Jugendamtes, mit welcher sie im Falle des Fehlens einer Sorgeerklärung nach § 1626a Abs. 1 S. 1 BGB ihre Alleinsorge gegenüber Behörden, Gerichten und im sonstigen Rechtsverkehr **dokumentieren und nachweisen** kann (von dokumentieren spricht *Tillmanns*, in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2012, § 58a Rn 2; von „nachweisen“ spricht: *Proksch*, in: Münder/Meysen/Trenczek, FK-SGB VIII, 6. Aufl. 2009, § 58a Rn 2).

Mit der Auskunft nach § 58a SGB VIII wird **nachgewiesen**, dass zur Zeit der Auskunftserteilung keine registrierten Sorgeerklärungen vorlagen und daher zu diesem Zeitpunkt **keine gemeinsame Sorge der Eltern** aus diesem Rechtsgrund bestand.

In Anbetracht des der Geltung des KSÜ und der Änderungen der gemeinsamen elterlichen Sorge für unverheiratete Eltern in Deutschland (dazu sogleich) dürfte das Fehlen oder Vorhandensein von Sorgeerklärungen allerdings kein „taugliches Instrument“ mehr zum Nachweis der Alleinsorge sein (so bereits vor dem KSÜ und den geplanten Änderungen zum Recht der gemeinsamen Sorge für unverheiratete Paare *Proksch* § 58a Rn 2). Denn § 58a SGB VIII geht von dem Regelfall aus, dass der unverheirateten Mutter die Alleinsorge für ihr Kind zusteht (*Kunke*, in: LPK-SGB VIII, 4. Aufl. 2011, § 58a Rn 1). Dies trifft bereits heute aufgrund der Fälle mit Auslandsberührung nicht mehr zu. Dies gilt nach der geplanten Gesetzesänderung umso mehr. § 58a SGB VIII verliert dann in seiner jetzigen Form zunehmend seinen Sinn.

Zum Teil versuchen die Jugendämter (zB Landesjugendamt Berlin), die Auskunft im Rahmen des § 58a SGB VIII einzuschränken bzw zu relativieren, indem sie den Zusatz: „Sorgerechtliche Konsequenzen, die sich aus anderen Rechtsvorschriften (zB aus ausländischen Vorschriften) oder aus gerichtlichen Entscheidungen ergeben, werden durch diese Auskunft nicht berührt“ anfügen (vgl JAmt 2007, 137). Diese Auskunft wird zum einen den Zweck des § 58a SGB VIII nicht gerecht. Es kann zudem zu einer Irreführung des Rechtsverkehrs und zur faktischen Vereitelung der bestehenden gemeinsamen Sorge führen. Denn das in Deutschland unmittelbar anwendbare KSÜ regelt gerade, dass die ausländischen Rechtsvorschriften zur elterlichen Sorge in Deutschland weiter Bestand haben, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort aus dem Ausland nach Deutschland verlegt.

2. Gesetzentwurf zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern vom 10.08.2012

Nach dem Gesetzentwurf zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern vom 10.08.2012 (BT-Drucks. 17/11048) soll § 58a SGB VIII geändert werden. Künftig soll § 58a SGB VIII nicht nur wie bisher abgegebene Sorgeerklärungen bzw. ersetzte Sorgeerklärungen erfassen, sondern auch gerichtliche Entscheidungen zur gemeinsamen Sorge gem. § 1626a Abs. 2 BGB-Entwurf. In der Begründung (BT-Drucks. 17/11048 S. 36) heißt es hierzu, dass der „**Beweiswert** des Negativ-Attests nach Absatz 2 **gestärkt** werden (soll), mit dem die Mutter, die nicht mit dem Vater des Kindes verheiratet ist, ihre Alleinsorge im Rechtsverkehr dokumentieren kann“. Der Gesetzesentwurf ist nach Auffassung des Gesetzgebers vereinbar mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen, die die BRD abgeschlossen hat (BT-Drucks. 17/11048 S. 19).

Zu beachten ist allerdings, dass eine Stärkung des Beweiswerts des Negativattests fragwürdig ist, solange dieses nicht die Rechtslage nach dem auch in Deutschland geltenden KSÜ berücksichtigt. Es muss bei Auslandsverhalten die tatsächliche Sorgerechtsituation nach dem KSÜ in Verbindung mit dem Recht des Staates des vorherigen Aufenthaltsortes berücksichtigt werden. Andernfalls droht eine faktische Vereitelung des gemeinsamen Sorgerechtes und eine Täuschung des Rechtsverkehrs. Zudem ist zu bedenken, dass die Negativbescheinigung nach § 58a SGB VIII im Ausland bis zum Beweis des Gegenteils als Bescheinigung nach Art. 40 KSÜ gewertet werden könnte.

V. Fazit

Nach dem Inkrafttreten des KSÜ in Deutschland ist das Fehlen oder Vorhandensein von in Deutschland beurkundeten Sorgeerklärungen nach § 1626a BGB kein taugliches Indiz für die Alleinsorge eines Elternteils. Insoweit ist die Negativbescheinigung nach § 58a SGB VIII, die im Rechtsverkehr tatsächlich als Nachweis der alleinigen Sorge verstanden und genutzt wird, das „Abbild“ einer Rechtslage in Deutschland vor der Geltung des KSÜ (und vor dem Inkrafttreten des geplanten Gesetzesentwurfs). Tatsächlich reicht die Bescheinigungen nach § 58a SGB VIII zum Nachweis der Alleinsorge bei vielen öffentlichen und privaten Stellen (wie Passstelle, Elterngeldstelle, Schulen und Banken) aus, um die Alleinsorge nachzuweisen. Darin liegt gerade der Zweck der Bescheinigung nach § 58a SGB VIII.

Solange §58a SGB VIII nicht entsprechend angepasst, geändert oder gestrichen wird, können die damit einhergehenden Probleme keiner befriedigenden Lösung zugeführt werden. Zu bedenken ist auch, dass die Negativbescheinigung nach § 58a SGB VIII im ausländischen Rechtsverkehr als entsprechende Bescheinigung nach Art. 40 KSÜ aufgefasst werden könnte. Dass Bescheinigungen generell das Risiko des Missbrauchs in sich tragen und stets nur eine Momentaufnahme einer Rechtslage wi-

derspiegeln, darf nicht dazu veranlassen, eine Bescheinigung auszustellen, die bereits im Zeitpunkt der Ausstellung eine falsche Rechtslage nahelegt.

VI. Lösungsvorschlag

Es wird daher folgende Ergänzung des § 58a SGB VIII in der Fassung des in der Fassung des Entwurfs der Bundesregierung (BT-Drucksache 17/11048) vorgeschlagen:

An Absatz 2 werden folgende Absätze angefügt:

„(3) Die Bescheinigung wird nicht erteilt, wenn

1. das Kind im Ausland geboren wurde oder zuvor seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hatte und
2. nach den Feststellungen des Jugendamts in dem jeweiligen ausländischen Staat unter Voraussetzungen, die auch im Fall des Kindes oder Jugendlichen erfüllt sind, die gemeinsame Sorge von Gesetzes wegen eintritt, sofern nicht die Mutter nachweist, dass ihr die Alleinsorge durch gerichtliche oder behördliche Entscheidung übertragen wurde.

(4) Sind die in Absatz 3 Nr. 2 genannten Voraussetzungen des ausländischen Rechts nicht erfüllt und sieht diese Rechtsordnung eine einvernehmliche Begründung der gemeinsamen Sorge vor, ist die erstmals beantragte Bescheinigung zu erteilen, wenn

1. die Mutter eine behördliche oder gerichtliche Auskunft des ausländischen Staates darüber vorlegt, dass Erklärungen der Eltern hierüber nicht registriert sind oder
2. eine Auskunft nach Nr. 1 nicht zu erlangen ist, eine Bestätigung des Vaters vorlegt, dass eine gemeinsame Sorge nicht begründet wurde oder
3. die Mutter an Eides statt versichert, dass sie trotz zumutbarer Bemühungen weder eine Auskunft nach Nr. 1 noch eine Bestätigung nach Nr. 2 erlangen konnte und auch tatsächlich keine Erklärung zur einvernehmlichen Begründung der gemeinsamen Sorge nach ausländischem Recht abgegeben habe. Das Jugendamt soll in diesem Fall den Vater anhören, wenn dies ohne erhebliche Verzögerung möglich ist, es sei denn, die Mutter widerspricht mit erheblichen Gründen.“

Begründung: Die Fortgeltung einer im Ausland begründeten gemeinsamen Sorge auch nach der Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes nach Deutschland (Art. 16 Abs. 2 und 3 des Haager Kinderschutzübereinkommens – KSÜ) erfordert Vorkehrungen gegen die Erteilung von Bescheinigungen, aus denen der Rechtsverkehr den Anschein einer tatsächlich nicht bestehenden Alleinsorge der Mutter ableiten könnte. Obwohl nach Absatz 2 nur bescheinigt wird, dass die Mutter ihre alleinige

Sorge nicht durch Sorgeerklärungen verloren hat, wird dies doch weithin als umfassender Ausweis für die unbeschränkte Vertretungsberechtigung der Mutter aufgefasst.

Deshalb schließt Absatz 3 eine solche Bescheinigung aus, wenn nach dem zuvor maßgebenden ausländischen Recht offensichtlich die gemeinsame Sorge von Gesetzes wegen eingetreten ist. Die ausländische Gesetzeslage kann das Jugendamt regelmäßig unschwer zB anhand von Fachliteratur, dem Internetportal der Europäischen Kommission oder auch Handreichungen der obersten Landesbehörden feststellen.

Der Mutter obliegt der Nachweis, dass ihr dennoch durch Einzelfallentscheidung die Alleinsorge übertragen wurde.

Ist die gemeinsame Sorge im Ausland nicht von Gesetzes wegen eingetreten, muss ausgeschlossen werden, dass die Mutter gleichwohl danach von der Möglichkeit ihrer einvernehmlichen Begründung Gebrauch gemacht hat. Jedenfalls beim erstmaligen Antrag auf eine Bescheinigung nach Absatz 2 sind diese deshalb nach Absatz 4 nur unter einschränkenden Voraussetzungen zu erteilen.

Sieht das ausländische Recht eine dem § 58a des Achten Buches Sozialgesetzbuch sinngemäß entsprechende Auskunft vor, ist diese von der Mutter beizubringen. Falls eine amtliche Bestätigung der Rechtslage aus dem Ausland nicht zu erlangen ist, genügt eine schriftliche Erklärung des anderen Elternteils.

Kann die Mutter weder das eine noch das andere beibringen, muss die Glaubhaftmachung dieser Voraussetzungen sowie der Tatsache, dass sie keine Erklärung zur Begründung der gemeinsamen Sorge im Ausland abgegeben habe, durch eidesstattliche Versicherung genügen. Eine Anhörung des Vaters hierzu wahrt dessen rechtliches Gehör und bietet eine erhöhte Gewähr für die Richtigkeit der von der Mutter abgegebenen Versicherung. Von der im Regelfall gebotenen Gelegenheit zur Stellungnahme ist allerdings abzusehen, wenn hierdurch eine erhebliche Verzögerung eintreten würde, zB bei unbekanntem Aufenthalt des Vaters. Dasselbe gilt bei von der Mutter glaubhaft gemachten erheblichen Gegengründen, etwa einem Geheimhaltungsinteresse für ihren gegenwärtigen Aufenthalt bei zu befürchtenden Gewalttätigkeiten.