

Nichteheliche Kinder und das Sorgerecht des Vaters – Entwicklungslinien und Ausblick

Diplomarbeit

an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege (FH),

Fortbildungszentrum des Freistaates Sachsen

Fachbereich Rechtspflege

vorgelegt von Anne Schmiedel

aus Bautzen

Meißen, den 23.05.2022

Inhaltsverzeichnis

A.	Vorwort.....	1
I.	Wesen der elterlichen Sorge.....	1
1.	Definition und Begriff der elterlichen Sorge	1
2.	Träger der elterlichen Sorge.....	2
3.	Gegenstand und Inhalt der elterlichen Sorge.....	3
II.	Problemstellung und Untersuchungsgegenstand	4
B.	Entwicklungslinien des Sorgerechts von Vätern nichtehelicher Kinder	5
I.	Entstehungsgeschichte und Entwicklungen bis 1997	5
1.	Anfänge.....	5
2.	Sorgerechtsgesetz (SorgeRG) vom 18.07.1979	7
II.	Leitgedanken der Kindschaftsrechtsreform von 1997	8
1.	Ausgangspunkt: Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 07.05.1991	8
2.	Reaktion des Gesetzgebers	9
3.	Kritische Würdigung	10
III.	Rechtsentwicklungen in jüngerer Zeit.....	13
1.	Ausgangspunkt - Entscheidungen zur Verfassungsmäßigkeit der deutschen Rechtslage.....	13
a)	Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Fall Zaunegger.....	13
b)	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 21.07.2010.....	15
2.	Reaktion des Gesetzgebers	16
3.	Kritische Würdigung	20

C. Ausblick.....	21
I. Bewertung der bisherigen Entwicklungen	21
1. Rechtsvergleichender Überblick im Hinblick auf Europa.....	21
2. Aktuelle Zahlen und Entwicklungen innerhalb Deutschlands	24
II. Überblick über gegenwärtige Überlegungen zu Reformansätzen.....	26
1. Allgemeines	26
2. „große Lösung“ – gemeinsame elterliche Sorge ex lege mit Etablierung der Vaterschaft ohne Hinzutreten weiterer Voraussetzungen	27
3. Alternativkonzepte - gemeinsame elterliche Sorge unter Hinzuziehung weiterer Voraussetzungen.....	29
III. Auswertung und Diskussion	30
1. Zielvorgaben des Reformvorhabens.....	30
2. Abwägungsargumentation.....	31
a) Argumente die gegen eine ex-lege-Regelung sprechen.....	31
b) Argumente die für eine ex-lege-Regelung sprechen	34
3. Auswertung der Abwägungsargumente und abschließende Bewertung zum Reformbedarf.....	37
D. Schlusswort.....	40

A. Vorwort

I. Wesen der elterlichen Sorge

1. Definition und Begriff der elterlichen Sorge

Was bedeutet elterliche Sorge? Der Begriff der elterlichen Sorge wird in § 1626 Absatz 1 BGB legal definiert und umfasst die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen.¹ Das Kind unterliegt, solange es minderjährig ist (§ 2 BGB), demnach der elterlichen Sorge. Die in § 1626 Absatz 1 BGB zivilrechtlich geregelte elterliche Sorge findet ihren Ursprung in dem staatlich garantierten Elternrecht des Art. 6 Absatz 2 Satz 1 GG. Dort heißt es:

„Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht.“

Bereits die Definition verdeutlicht, dass das Sorgerecht ein Pflichtrecht ist, welches den Eltern nicht um ihrer selbst, sondern zum Wohle des Kindes entwickelt wurde.² Nicht die Rechte der Eltern stehen im Mittelpunkt, sondern die zu erfüllenden Pflichten zum Wohle des Kindes. Es handelt sich *„um ein von den Eltern ausgeübtes Recht im Interesse des Kindes“*, dass als verfassungsrechtlich geschütztes Fürsorge- und Wohlsorgeverhältnis gemäß § 1627 BGB grundlegend am Kindeswohl zu orientierten ist³, sodass bei einem Elternkonflikt, der zu einer Kindeswohlgefährdung führt, das Kindeswohl damit dem Staat in Ausübung seines Wächteramtes aus Artikel 6 Absatz 2 Satz 2 GG als Eingriffslegitimation in das Elternrecht dient.⁴

Der Begriff der „elterlichen Sorge“ wurde erstmals durch das Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder (NEhElG) vom 19.08.1969, in Kraft seit dem 01.07.1970⁵, eingeführt. Zur Vermeidung von Missverständnissen, die Beziehung der Eltern zu ihrem Kind basiere allein auf einseitigen Befehlen, ohne weitere Rücksprache und zur Stärkung des Gedankens als Pflichtrecht, wurde der

¹ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird bei Personenbezeichnungen und personenbezogenen Hauptwörtern in dieser Arbeit das generische Maskulinum verwendet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung grundsätzlich für alle Geschlechter. Die verkürzte Sprachform hat redaktionelle Gründe und beinhaltet keine Wertung.

² Vgl. Staudinger/*Lettmaier*, BGB, § 1626 Rn. 118.

³ Schleicher/Nothhafft, Elterliche Sorge Teil 2: Was bedeutet und umfasst elterliche Sorge eigentlich? abrufbar unter: <https://www.familienhandbuch.de/familienleben/recht/ehe-familie/ElterlicheSorgeBedeutung.php> (Abrufdatum: 20.03.2022).

⁴ Vgl. Schumann, Gutachten B zum 72. DJT 2018, B 14.

⁵ BGBl. 1969 I 1243.

vormals gebräuchliche Begriff der „elterlichen Gewalt“ durch die neue Bezeichnung der „elterlichen Sorge“ ersetzt.⁶

Als international gebräuchlicher Begriff hat sich die Bezeichnung der „elterlichen Verantwortung“ oder „Elternverantwortung“, auch „parental responsibility“, durchgesetzt. Diese findet bereits in der EuEheVO⁷ und in der KSÜ⁸ Anwendung und wird insbesondere durch psychosoziale Berufsgruppen künftig anstelle des Begriffs der „elterlichen Sorge“ auch für das deutsche Recht empfohlen, da der Begriff der „Elternverantwortung“ den durch Art. 6 Absatz 2 Satz 1 GG verpflichtenden Charakter sowie die Komplexität der elterlichen Rechtsposition gegenüber dem Kind noch deutlicher hervorhebt.⁹

2. Träger der elterlichen Sorge

Träger der elterlichen Sorge können nach dem Wortlaut des § 1626 Absatz 1 BGB grundsätzlich nur die Eltern des minderjährigen Kindes im Rechtssinne sein, eine biologische oder soziale Elternschaft ist nicht entscheidend.¹⁰ Die rechtliche Elternschaft kann auf den Grundlagen des im BGB geregelten Abstammungsrechts nach §§ 1591 ff. BGB oder durch Adoption §§ 1741ff., 1754, 1770 BGB etabliert werden und muss feststehen.

Nach dem Abstammungsrecht ist Mutter eines Kindes gemäß § 1591 BGB „*die Frau, die es geboren hat*“. Mit dieser gesetzlichen Festlegung scheidet damit jede andere Frau, die nicht die gebärende Frau im tatsächlichen Sinne ist und in irgendeiner Art und Weise an der Zeugung des Kindes beteiligt war, als Mutter im Rechtssinne aus.¹¹

Die rechtliche Vaterschaft kann nach den Voraussetzungen des § 1592 BGB auf unterschiedlichen Wegen etabliert werden. Gemäß § 1592 Nr. 1 BGB ist Vater „*der*

⁶ BT-Drucks 8/2788, 36, 43 f.

⁷ Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27.11.2003 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.

⁸ 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.

⁹ Vgl. Hammer, FamRZ 2021, 905-917, 916; Ernst, DRiZ 2018, 302-305, 303; Coester, FamRZ 2012, 1337-1344, 1344.

¹⁰ Vgl. Staudinger/Lettmaier, BGB, § 1626 Rn. 128.

¹¹ Vgl. Staudinger/Rauscher, BGB, § 1591 Rn 8ff.

Mann, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist“. Vater ist gemäß §§ 1592 Nr. 2, 1594 ff. BGB außerdem auch der Mann, der mit Zustimmung der Mutter die Vaterschaft förmlich, unbedingt und unbefristet anerkannt hat. Soweit eine Vaterschaft des Kindes unter den Voraussetzungen der Nr.1 oder 2 nicht besteht, kann diese außerdem gemäß §§ 1592 Nr. 3, 1600d Absatz 1 BGB, § 182 Absatz 1 Satz 1 FamFG gerichtlich festgestellt werden.

3. Gegenstand und Inhalt der elterlichen Sorge

Die elterliche Sorge umfasst gemäß § 1626 Absatz 1 Satz 2 BGB die tatsächliche Personen- und Vermögenssorge sowie gemäß § 1629 Absatz 1 BGB die umfassende gesetzliche Vertretungsmacht des minderjährigen Kindes in persönlichen und/oder vermögensrechtlichen Angelegenheiten.

Die Personensorge bezieht sich insbesondere auf die Erhaltung, Förderung und Entwicklung des Kindes *„zu einer selbstbestimmten, eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit“* (§ 1 Abs. 1 SGB VIII). Sie verleiht den Eltern die Pflicht und das Recht für das persönliche und leibliche Wohl des Kindes zu sorgen. Gemäß §§ 1631 Abs. 1, 2, 1632 BGB umfasst diese insbesondere das Recht zur Pflege, Erziehung, Beaufsichtigung, Aufenthaltsbestimmung sowie den Anspruch auf Herausgabe des Kindes und das Umgangsrecht. Dieser Katalog ist, wie bereits das Wort „insbesondere“ verdeutlicht, nicht abschließend durch den Gesetzgeber geregelt. Weitere, nicht ausdrücklich geregelte, aber die Person des Kindes betreffende Angelegenheiten der Personensorge können unter anderem sein: Vergabe des Vornamens, Einwilligung in ärztliche Behandlungen und/oder Operationen, Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen, Wahl/Nichtwahl der Religion und so weiter.¹²

Die Vermögenssorge berechtigt, verpflichtet aber auch den Sorgeberechtigten zur Verwaltung, Erhaltung und Vermehrung des Kindesvermögens. Sie ist stets am Kindeswohl zu orientieren¹³ und umfasst insbesondere alle tatsächlichen und rechtlichen Maßnahmen das Vermögen betreffend, wie beispielsweise das Recht,

¹² Vgl. Schleicher/Nothhafft, Elterliche Sorge Teil 2: Was bedeutet und umfasst elterliche Sorge eigentlich?, abrufbar unter: <https://www.familienhandbuch.de/familie-leben/recht/ehe-familie/ElterlicheSorgeBedeutung.php> (Abrufdatum: 20.03.2022).

¹³ Vgl. Staudinger/*Lettmaier*, BGB, § 1626 Rn. 118.

die zum Kindesvermögen gehörenden Sachen in Besitz zu nehmen (vgl. § 1698 Absatz 1 BGB arg. e contr.).¹⁴

Unter der gesetzlichen Vertretung gemäß § 1629 Absatz 1 BGB versteht man die Befugnis des Sorgeberechtigten, im Namen des Kindes Verpflichtungen durch Abgabe beziehungsweise Empfangnahme von Willenserklärungen für oder gegen das minderjährige Kind mit außenstehenden Dritten zu begründen oder über Gegenstände des Vermögens zu verfügen. Nicht nur rechtsgeschäftliche Handlungen umfassen die gesetzliche Vertretung, sondern sämtliche Rechtshandlungen, die die Änderung, Aufnahme oder Aufhebung von Rechtsbeziehungen mit Dritten betreffen. In diesem Zusammenhang sind für einige besondere Rechtsgeschäfte Genehmigungserfordernisse, wie beispielsweise §§ 1644, 1821, 1822 BGB durch die Eltern zu beachten.¹⁵

II. Problemstellung und Untersuchungsgegenstand

Das Familienrecht ist ein besonders dynamisches Rechtsgebiet. Da das gesellschaftliche Bild der Familie und die damit verbundenen Konflikte, Pflichten und Aufgaben einem steten Wandel unterworfen sind, weist es einen besonders hohen Bedarf an Anpassung auf. Aus diesem Grunde hat sich das Reformbemühen seit Inkrafttreten der letzten großen Kindschaftsrechtsreform aus dem Jahre 1998 keinesfalls erledigt.¹⁶ Immer wieder hat die Politik und Justiz in Ausübung des durch Art. 6 Absatz 2 Satz 2 GG auferlegten Wächteramtes sicherzustellen und zu prüfen, dass die Sorgeausübung durch die Eltern vordergründig am Wohle des Kindes Orientierung findet.¹⁷

Das derzeit geltende Recht sieht bei der Geburt eines Kindes, zu deren Zeitpunkt die Eltern nicht miteinander verheiratet sind, immer noch gemäß § 1626a Absatz 3 BGB vor, dass zunächst der Mutter kraft Gesetzes das alleinige Sorgerecht zusteht. Möchte auch der Vater am Sorgerecht teilhaben, so muss durch übereinstimmendes Handeln der Eltern oder durch Herbeiführung einer gerichtlichen Sorgerechtsentscheidung dieses aktiv herbeigeführt werden.

¹⁴ Vgl. Staudinger/*Lettmaier*, BGB, § 1626 Rn. 190.

¹⁵ Vorstehender Absatz vgl. Staudinger/*Lettmaier*, BGB, § 1626 Rn. 183ff., 192.

¹⁶ Vorstehende zwei Sätze vgl. Staudinger/*Lettmaier*, BGB, § 1626 Rn. 42.

¹⁷ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 -, BVerfGE 127, 132-165, Rn. 37 (juris).

Solange verbleibt es bei der originären Alleinsorge der Mutter.¹⁸ Warum aber ist die Eignung des nichtehelichen Vaters zur Sorgetragung aktiv herbeizuführen, die der Mutter jedoch nicht?

Da die letzte große Reform des Kindschaftsrechtsgesetzes von 1997 bereits über 20 Jahre zurück liegt, stellt sich die Frage, ob das Festhalten des deutschen Gesetzgebers, insbesondere an der Unterscheidung der Voraussetzungen für die Erlangung des gemeinsamen Sorgerechts bei ehelich und nichtehelich geborenen Kindern noch immer zeitgemäß ist oder an veränderte Lebenswirklichkeiten anzupassen wäre. Um der Vielfalt der heutigen Gesellschaftsformen und den vorhandenen, ganz unterschiedlichen Familienkonstellationen hinreichend gerecht zu werden, werden erneute umfassende Reformen, besonders aufgrund der gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Entwicklungen weiterhin für erforderlich gehalten.¹⁹ So steht häufig der Vorschlag im Raum die nach Artikel 6 Absatz 1 Satz 1 GG eingeräumte Sorgerechtsverantwortung beider Elternteile diesen grundsätzlich gemeinsam zuzugestehen, unabhängig davon ob diese bei der Geburt des Kindes miteinander verheiratet sind oder nicht.²⁰

In der vorliegenden Arbeit werden die wesentlichen Entwicklungslinien des deutschen Sorgerechts im Hinblick auf nichtehelich geborene Kinder anhand eines kurzen historischen Rückblicks sowie die aufgeworfenen Fragen und vorgeschlagenen Reformansätze für die Zukunft näher untersucht und diskutiert. Ziel soll dabei sein, einen möglichen Reformbedarf hinsichtlich des Kindschaftsbeziehungsweise Sorgerechts bei nichtehelichen Kindern genauer zu erörtern.

B. Entwicklungslinien des Sorgerechts von Vätern nichtehelicher Kinder

I. Entstehungsgeschichte und Entwicklungen bis 1997

1. Anfänge

Die Regelungen zur elterlichen Sorge von nicht miteinander verheirateten Eltern haben bereits eine wechselhafte Historie.

¹⁸ Vgl. Staudinger/Coester, BGB, § 1626a, Rn.6.

¹⁹ Vgl. Hammer FamRZ 2021, 905-917, 905; Schumann, Gutachten B zum 72. DJT 2018.

²⁰ Bspw. Thesenpapier der Arbeitsgruppe „Sorge- und Umgangsrecht, insbesondere bei gemeinsamer Betreuung nach Trennung und Scheidung“ im BMJV, FamRZ 2019, 1986-1988, 1987; BT-Drucks 19/29741.

Die elterliche Gewalt als geschichtlicher Vorläufer der heute bekannten elterlichen Sorge stand der Mutter unehelich geborener Kinder nach dem BGB von 1900 gemäß § 1707 Satz 1 BGB eine lange Zeit nicht zu. Die Mutter hatte lediglich das Recht und die Pflicht, für das Kind zu sorgen. Zur Vertretung des Kindes war sie jedoch nicht berechtigt. In Angelegenheiten des Vertretungsrechtes erhielt das Kind daher nach §§ 1707 Satz 3, 1773 BGB in der Fassung von 1900 einen Vormund. Erst mit dem ab 01.01.1962 in Kraft getretenen Gesetz zur Vereinheitlichung und Änderung familienrechtlicher Vorschriften (FamRÄndG) vom 11.08.1961²¹ wurde der Mutter gemäß § 1707 Absatz 2 BGB a.F. erstmalig die Möglichkeit eröffnet, die Übertragung der elterlichen Gewalt beim Vormundschaftsgericht unter der Voraussetzung ihrer Volljährigkeit zu beantragen. Mit der Neuregelung durch das Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder (NEhelG) vom 19.08.1969, mit Wirkung ab 01.07.1970²², erhielt die Mutter gemäß § 1705 Satz 1 BGB a.F. erstmals kraft Gesetzes die elterliche Gewalt über das Kind. Im Verhältnis zwischen dem nichtehelichen Kind und seiner Mutter gemäß § 1705 Satz 2 BGB a.F. sind nunmehr auch die Vorschriften des fünften Titels anzuwenden.²³ Durch § 1706 BGB a.F. wurde dieses übertragene Recht jedoch insoweit eingeschränkt, als das für die aus Sicht des Gesetzgebers besonders rechtlich relevanten Angelegenheiten wie die Feststellung der Vaterschaft, die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen sowie die Regelungen zum Erb- und Pflichtteilsrecht eine gesetzliche Amtspflegschaft angeordnet werden soll.

Die rechtliche Anerkennung der Vaterschaft unehelicher Kinder war bis zur Einführung des Nichteilichengesetzes im Jahr 1970 ausgeschlossen. In § 1989 Absatz 2 BGB a.F. hieß es: „*Ein uneheliches Kind und dessen Vater gelten nicht als verwandt*“. Konsequenterweise schloss das BGB von 1900 daher den Vater eines unehelich geborenen Kindes gänzlich von der Mitsorge seines Kindes aus.

²¹ BGBl. 1961 I 1221.

²² BGBl. 1969 I 1243.

²³ Vgl. Staudinger/Lettmaier, BGB, § 1626 Rn. 32.

2. Sorgerechtsgesetz (SorgeRG) vom 18.07.1979

Reformansatz und Auftrag des Gesetzes zur Neuregelung der elterlichen Sorge vom 18.07.1979, das ab 01.01.1980 in Kraft trat²⁴, war hauptsächlich die Stärkung der Rechtsposition des minderjährigen Kindes innerhalb der Familie.²⁵ Die Sorgerechtsreform brachte grundlegende Veränderungen für die die elterliche Gewalt regelnden Vorschriften durch Einführung des neuen Begriffs der elterlichen Sorge.²⁶

Weiterhin blieb es dabei, dass der Mutter, die bei Geburt des Kindes nicht mit dem Vater verheiratet war, nach § 1705 BGB a.F. allein die elterliche Sorge zustand.

Die Mitsorge des nicht mit der Mutter verheirateten Vaters blieb auch weiterhin generell ausgeschlossen. Dieser hatte bis zur Kindschaftsrechtsreform im Jahr 1997 keine Möglichkeit, an der Sorge für sein Kind in irgendeiner Form teilzunehmen und beteiligt zu werden. Das zu dieser Zeit geltende Verbot eines gemeinsamen Sorgerechts unverheirateter Eltern ließ selbst in Ausnahmefällen oder mit übereinstimmendem Willen beider Eltern ein gemeinsames Sorgerecht unverheirateter Eltern nicht zu.²⁷ Dies bestätigte unter anderem das Bundesverfassungsgericht mit seiner Entscheidung vom 24.03.1981, in der das Verbot in Kenntnis des Art. 6 Absatz 2 Satz 2 GG, der bereits damals schon von einem natürlichen Recht der Eltern sprach, als verfassungsgemäß angesehen wurde.²⁸ Dem Vater verblieb daher oftmals lediglich die Möglichkeit, das eigene uneheliche Kind nach § 1741 Absatz 3 Satz 2 BGB in der Fassung vom 01.01.1977 zu adoptieren oder einen Antrag auf Ehelicherklärung unter den Voraussetzungen der §§ 1723 ff. BGB a.F. zu stellen.²⁹

Eine Veränderung der Rechtslage für Mütter und Väter nichtehelich geborener Kinder brachte insoweit erst die Kindschaftsrechtsreform von 1997.

²⁴ BGBl. 1979 I 1061.

²⁵ Vgl. Staudinger/*Lettmaier*, BGB, § 1626 Rn. 37; BT-Drucks 8/2788, 33.

²⁶ Dazu A. I. 1.

²⁷ Vgl. Frank, StAZ 2013, 269-275, 271.

²⁸ Vgl. BVerfG, Urteil vom 24.03.1981 – 1 BvR 1516/78 -, BVerfGE 56, 363-395.

²⁹ Vgl. BVerfG, Urteil vom 24.03.1981 – 1 BvR 1516/78 -, BVerfGE 56, 363-395, Rn. 12 (juris).

II. Leitgedanken der Kindschaftsrechtsreform von 1997

1. Ausgangspunkt: Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 07.05.1991

Das Bundesverfassungsgericht nahm mit seiner Entscheidung vom 07.05.1991³⁰ erstmals erheblichen Einfluss auf die Regelungen des deutschen Gesetzgebers zur elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, insbesondere im Hinblick auf die Stellung des Vaters.³¹ Im Leitsatz dieser Entscheidung hieß es unter anderem:

„1. Es verstößt gegen Art. 6 Abs. 2 GG, daß die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge durch den Vater und die Mutter eines nichtehelichen Kindes nach dessen Ehelicherklärung selbst dann von Gesetzes wegen ausgeschlossen ist, wenn die Eltern mit dem Kind zusammenleben, beide bereit und in der Lage sind, die elterliche Verantwortung gemeinsam zu übernehmen, und dies dem Kindeswohl entspricht.“³²

Damit erklärte das Bundesverfassungsgericht den grundsätzlichen Ausschluss des nicht mit der Mutter des gemeinsamen Kindes verheirateten Vaters von der gemeinsamen elterlichen Sorgerechtsausübung mit Artikel 6 Absatz 2 GG für unvereinbar. Das in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft aufwachsende Kind hat ein erhebliches Interesse daran, emotionale Bindungen in beide Richtungen, also zur Mutter und zum Vater, rechtlich abzusichern.³³

Die weiteren Modalitäten zur Ausgestaltung der gesetzlichen Regelungen des Sorgerechtsinstitutes sowie die Anpassung der deutschen Rechtslage an das Grundgesetz überließ das Bundesverfassungsgericht jedoch dem deutschen Gesetzgeber.

³⁰ BVerfG, Beschluss vom 07.05.1991 – 1 BvL 32/88 -, BVerfGE 84, 168-187.

³¹ Vgl. Lack, FamRZ 2014, 1337-1347, 1337.

³² BVerfG, Beschluss vom 07.05.1991 – 1 BvL 32/88 -, BVerfGE 84, 168-187, Leitsatz Ziff.1 (juris).

³³ BVerfG, Beschluss vom 07.05.1991 – 1 BvL 32/88 -, BVerfGE 84, 168-187 Rn. 43 (juris).

2. Reaktion des Gesetzgebers

Als Reaktion auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 07.05.1991, die ausdrücklich zu einer Neuregelung aufforderte, folgte das Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts vom 16.12.1997 (Kindschaftsrechtsreformgesetz), welches zum 01.07.1998 in Kraft trat.³⁴

Es stellt das Kernstück der Reformgesetze im Hinblick auf das Kindschaftsrecht dar, welches im Übrigen das bis heute geltende Sorgerecht maßgebend formte. Leitgedanke der Reform war einerseits die Stärkung der Rechte des Kindes zum Schutz des Kindeswohls und andererseits die Minimierung der andauernden rechtlichen Unterschiede zwischen ehelichen und unehelichen Kindern.³⁵ Das BGB von 1900 sah nämlich bis zur Einführung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes von 1998 eine gemeinsame elterliche Sorge nur für verheiratete Eltern vor.

Mit diesem Gesetz wurden unter anderem die Paragraphen §§ 1626a – 1626e BGB a.F. gänzlich neu geschaffen und eingefügt. Diese Vorschriften sollen nunmehr Sonderregelungen für das Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern schaffen. Gleichzeitig wird damit verstärkt zum Ausdruck gebracht, dass die gemeinsame Verantwortung der Eltern aus § 1626 Absatz 1 BGB a.F. gerade eben nur für die eheliche Familie gilt und mit §§ 1626a ff. BGB a.F. Sonderregelungen für den abweichenden Fall getroffen werden.³⁶

Eine der umfassendsten Neuregelungen, die das Kindschaftsrechtsreformgesetz einführte, ermöglichte es Eltern nichtehelicher Kinder erstmalig das gemeinsame Sorgerecht zu erlangen, ohne einander zu heiraten oder gar zusammenzuleben. Mit dieser Regelung wurden die fortwährenden Unterschiede im Bereich der elterlichen Sorge ehelicher und nichtehelicher Kinder weiter angeglichen.

Die Lösung, die der Gesetzgeber mit den §§ 1626a ff. BGB a.F. schuf, war deutlich formuliert. Soweit Eltern zum Zeitpunkt der Geburt des gemeinsamen Kindes nicht miteinander verheiratet sind, kann das gemeinsame Sorgerecht für das nichteheliche Kind nach § 1626a Absatz 1 Nr. 1 BGB a.F. durch Abgabe sogenannter übereinstimmender Sorgeerklärungen oder Nr. 2 durch nachträgliche

³⁴ BGBl. 1997 I 2942.

³⁵ Vgl. BT-Drucks 13/4899, 1.

³⁶ Vgl. Staudinger/Coester, BGB, § 1626a Rn.1.

Heirat erfolgen.³⁷ Durch das Erfordernis der übereinstimmenden Erklärungen, insbesondere der Zustimmung der Mutter, wurde sichergestellt, dass die gemeinsame Sorge nicht gegen den Willen eines der Elternteile entstehen kann. Laut Gesetzesbegründung würde eine erzwungene gemeinsame Sorge in einer Vielzahl von Fällen wohl dazu führen, dass die Eltern die bestehenden Konflikte und Probleme „auf dem Rücken des Kindes“ austragen würden und damit zu einer Kindeswohlbeeinträchtigung beitragen.³⁸

Überdies soll das bereits erlangte gemeinsame Sorgerecht der Eltern nunmehr grundsätzlich, abweichend von § 1671 Absatz 4 Satz 1 BGB a.F., in dem es hieß: „Die elterliche Sorge ist einem Elternteil allein zu übertragen“, auch bei Trennung und Scheidung fortbestehen. Es soll lediglich nur noch dann zu einem gerichtlichen Verfahren auf Übertragung der Alleinsorge kommen, wenn ein Elternteil ein solches nach § 1671 BGB a.F. beantragt.³⁹

Soweit es im Ergebnis bei der Alleinsorge der Mutter gemäß § 1626a Absatz 2 BGB a.F. verblieb, wurde ihr erstmalig ein uneingeschränktes elterliches Sorgerecht für das Kind zugestanden. Die bestehenden Einschränkungen, speziell die Pflegerbestellung nach § 1706 BGB a.F. in wichtigen rechtlichen Angelegenheiten, wurde in diesem Zusammenhang abgeschafft.

3. Kritische Würdigung

Nach der neuen gesetzlichen Regelung verblieb es jedoch bei einer übergeordneten Stellung der Mutter. Der Vater konnte nur mit dem übereinstimmenden Willen der Mutter Mitinhaber der elterlichen Sorge werden. Da die Entscheidungskompetenz weiterhin in den Händen der Kindesmutter lag, wurde der Vater, wenn die Mutter nicht gewillt war, grundsätzlich auch nicht an der elterlichen Sorge beteiligt.⁴⁰ Auf diese Weise verfügte die Mutter über ein weitreichendes Vetorecht, dass nach dem Willen des Gesetzgebers ohne weitere gerichtliche Überprüfung Bestand haben sollte.⁴¹ Der Vater konnte ausnahmsweise dann gegen den Willen der Mutter das Sorgerecht für das Kind

³⁷ Vgl. BT-Drucks 13/4899, 58f.

³⁸ Vorstehende zwei Sätze vgl. BT-Drucks 13/4899, 59.

³⁹ Vgl. BT-Drucks 13/4899, 60f.

⁴⁰ Vgl. Großmann, FamRZ-Buch 6, Neues Kindschaftsrecht, S. 88.

⁴¹ Vgl. Huber/Antomo, FamRZ 2012, 1257-1265, 1257; Frank, StAZ 2013, 269-275, 272.

erhalten, soweit ihr wegen Gefährdung des Kindeswohls gemäß §§ 1680 Absatz 3, 2 Satz 2, 1666 BGB die Sorge entzogen wurde, die Sorge dauernd gemäß § 1678 Absatz 2 BGB ruht oder die Mutter stirbt, §§ 1680 Absatz 2 Satz 2, 1681 BGB.⁴² Da dies jedoch nicht den Regelfall darstellen wird, verbleibt es bei einem entgegenstehenden Willen der Mutter zunächst gemäß § 1626a Absatz 2 BGB a.F. bei deren Alleinsorge.

Nach Artikel 6 Absatz 2 GG obliegt die Pflege und Erziehung der Kinder dem natürlichen Recht der Eltern. Damit ist eben nicht nur die Mutter, sondern gerade auch der Vater des gemeinsamen Kindes gemeint. Anders als Väter von ehelichen Kindern, die im Umkehrschluss zur Regelung des § 1626a BGB kraft Gesetzes mit der Mutter das gemeinsame Sorgerecht erlangen, können Väter nichtehelich geborener Kindes das gemeinsame Sorgerecht gegen den Willen der Mutter, außerhalb der Angelegenheiten einer Kindeswohlgefährdung, nicht - auch nicht im Einzelfall - erlangen.

Doch wie kann der Gesetzgeber eine Regelung anerkennen, die das nach dem Grundgesetz zugewiesene natürliche Recht beider Elternteile zur elterlichen Sorge ausschließlich vom „guten Willen“ der Mutter abhängig macht?

Bereits im Jahr 2003 beschäftigte sich das Bundesverfassungsgericht mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit der Regelungen rund um den neu eingeführten §§ 1626a ff. BGB zur gemeinsamen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern. In seiner Entscheidung vom 29.01.2003 lautet es unter anderem:

„1. Das Kindeswohl verlangt, dass das Kind ab seiner Geburt eine Person hat, die für das Kind rechtsverbindlich handeln kann. Angesichts der Unterschiedlichkeit der Lebensverhältnisse, in die nichteheliche Kinder hineingeboren werden, ist es verfassungsgemäß, das nichteheliche Kind bei seiner Geburt sorgerechtlich grundsätzlich der Mutter zuzuordnen.

2. Die durch § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB den Eltern eines nichtehelichen Kindes eröffnete Möglichkeit zur gemeinsamen Sorgetragung beruht auf einem Regelungskonzept für die elterliche Sorge, das unter Kindeswohlgesichtspunkten den Konsens der Eltern über die gemeinsame Sorgetragung zu deren Voraussetzung macht. Es liegen derzeit keine Anhaltspunkte dafür vor, dass damit dem Elternrecht des Vaters eines

⁴² Vgl. BVerfG, Urteil vom 29.01.2003 – 1 BvL 20/99 -, BVerfGE 107, 150-186, Rn. 14 (juris).

nichtehelichen Kindes aus Art. 6 Abs. 2 GG nicht ausreichend Rechnung getragen wird.“⁴³

Im Ergebnis erkannte das Bundesverfassungsgericht die Regelungen des § 1626a BGB als (noch) verfassungsgemäß an. Begründend wurde ausgeführt, dass anders als bei Eltern ehelicher Kinder der Gesetzgeber eben nicht generell davon ausgehen kann, dass nichteheliche Lebensgemeinschaften in häuslicher Gemeinschaft leben und für das Kind gemeinsam Verantwortung übernehmen wollen und können.⁴⁴ Da angesichts der unterschiedlichen Lebensverhältnisse, in die ein uneheliches Kind hineingeboren werde, zum Wohle des Kindes ab Geburt zwingend eine Person vorhanden sein sollte, die für dieses rechtsverbindlich handeln könne, erscheint eine sorgerechtliche Zuordnung allein an die Mutter als gerechtfertigt.⁴⁵ Insbesondere hatte der Gesetzgeber in den Fällen, in denen die Mutter trotz häuslicher Gemeinschaft mit dem Kindesvater ihre Einwilligung verweigere, davon auszugehen, dass diese nur dann in Ausnahmefällen ihre Zustimmung zur gemeinsamen Sorge nicht abgeben würde, „*wenn sie dafür schwerwiegende Gründe hat, die von der Wahrung des Kindeswohls getragen werden*“ und sie die Möglichkeit der Verweigerung eben gerade nicht aufgrund ihrer Machtposition gegenüber dem Vater missbrauche.⁴⁶ Dass der Zugang des Vaters eines nichtehelichen Kindes zur gemeinsamen elterlichen Sorge von der Mitwirkung und dem Willen der Mutter abhängt, wäre verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, da der Gesetzgeber mit § 1626a Nr. 1 BGB den nicht miteinander verheirateten Eltern bereits die Möglichkeit geschaffen hat, durch übereinstimmende Sorgeerklärungen auch rechtlich gemeinsam die Sorge zu tragen.⁴⁷ Soweit sich jedoch herausstellen sollte, dass es auch bei einem Zusammenleben der Eltern mit dem Kind aus einer Vielzahl an Gründen, die nicht vom Kindeswohl getragen werden, nicht zu einer gemeinsamen Sorgetragung nach § 1626a Absatz 1 Nr. 1 BGB kommt, würde die Annahme des Gesetzgebers nicht (mehr) zutreffen und § 1626a Absatz 1 Nr. 1 BGB würde sich mit Artikel 6 Absatz 2 GG als unvereinbar erweisen.⁴⁸ Der Gesetzgeber sei daher

⁴³ BVerfG, Urteil vom 29.01.2003 – 1 BvL 20/99 -, BVerfGE 107, 150-186, Leitsatz Ziff. 1 und 2 (juris).

⁴⁴ Vgl. BVerfG, Urteil vom 29.01.2003 - 1 BvL 20/99 -, BVerfGE 107, 150-186, Rn. 49 (juris).

⁴⁵ Vgl. BVerfG, Urteil vom 29.01.2003 - 1 BvL 20/99 -, BVerfGE 107, 150-186, Rn. 47, 53 (juris).

⁴⁶ BVerfG, Urteil vom 29.01.2003 - 1 BvL 20/99 -, BVerfGE 107, 150-186, Rn. 71 (juris).

⁴⁷ Vgl. BVerfG, Urteil vom 29.01.2003 - 1 BvL 20/99 -, BVerfGE 107, 150-186, Rn. 55 (juris).

⁴⁸ Vgl. BVerfG, Urteil vom 29.01.2003 - 1 BvL 20/99 -, BVerfGE 107, 150-186, Rn. 75 (juris).

verpflichtet, die tatsächlichen Entwicklungen zu beobachten und zu prüfen, ob die oben genannte Annahme auch vor der Wirklichkeit Bestand habe.⁴⁹

Dass der deutsche Gesetzgeber eher zögerlich eine Regelung, die durch das Bundesverfassungsgericht für noch verfassungsgemäß bezeichnet wurde, zu novellieren versuchte, wurde durch das Verstreichenlassen weiterer Jahre deutlich.

III. Rechtsentwicklungen in jüngerer Zeit

1. Ausgangspunkt - Entscheidungen zur Verfassungsmäßigkeit der deutschen Rechtslage

a) Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Fall Zaunegger

Mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit der Regelungen zu § 1626a BGB a.F. befasste sich im Jahr 2009 auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) im Fall Zaunegger gegen Deutschland. In seiner Entscheidung vom 03.12.2009 (Individualbeschwerde Nr. 22028/04)⁵⁰ hielt das zu dieser Zeit geltende deutsche Sorgerecht der Prüfung durch den EGMR nicht stand, da dieses den nicht mit der Kindesmutter verheirateten Vater in seinem Recht auf Achtung des Familienlebens diskriminiere und daher eine Verletzung der Artikel 14 i.V. mit Artikel 8 EMRK⁵¹ vorliege.⁵² Im Leitsatz des Urteils erklärte eine Kammer der Fünften Sektion des EGMR unter anderem:

„1. Deutschland diskriminiert Väter außerehelich geborener Kinder beim Zugang zur (gemeinsamen) elterlichen Sorge.“

In seiner Entscheidung kritisiert der Gerichtshof nicht grundsätzlich die Möglichkeit, den Vater von der gemeinsamen Sorge auszuschließen. Insofern erkennt dieser an, dass es angesichts ganz unterschiedlicher Lebenssituationen, in die ein nichteheliches Kind hinein geboren werden kann, gerechtfertigt sein

⁴⁹ Vgl. BVerfG, Urteil vom 29.01.2003 – 1 BvL 20/99 -, BVerfGE 107, 150-186, Leitsatz Ziff. 4, Rn. 77 (juris).

⁵⁰ Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (Fünfte Sektion), Urteil vom 03.12.2009, Individualbeschwerde Nr. 22028/04, Rechtssache Zaunegger v. Germany (juris).

⁵¹ Europäische Menschenrechtskonvention.

⁵² EGMR vom 03.12.2009 (Fn. 50), Leitsatz Ziff. 5.

könne, die elterliche Sorge zum Schutz des Kindeswohls zunächst der Mutter allein zuzuweisen, damit dem Kind bei Geburt bereits ein gesetzlicher Vertreter zugeordnet werden kann.⁵³ Es könne außerdem triftige Gründe dafür geben, dem nicht mit der Mutter verheirateten Vater die Mitsorge zu verweigern. Besonders dann, wenn Konflikte und mangelnde Kommunikationsbereitschaft der Eltern zu einer Kindeswohlgefährdung führen könnten. Hingegen hält es der EGMR für keineswegs bewiesen, dass insbesondere die Beziehung zwischen Vätern und den unehelich geborenen Kindern durch eine solche Haltung gekennzeichnet wäre.⁵⁴ Soweit jedoch keine derartigen Gründe vorliegen, hat der Vater eines unehelichen Kindes von vornherein keine Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung der gemeinsame Sorge zum Kindeswohl oder einer Ersetzung der möglicherweise willkürlich erklärten Weigerung der Mutter der Zustimmung zur gemeinsamen Sorge bei Gericht.⁵⁵

Indem es dem Vater eines nichtehelich geborenen Kindes jedoch kraft Gesetzes von Anfang an verwehrt bleibt, eine gerichtliche Überprüfung der ursprünglichen Übertragung des alleinigen Sorgerechts auf die Mutter durchführen zu lassen, läge eine Verletzung der Artikel 14 i.V. mit Artikel 8 EMRK vor. Der grundsätzliche Ausschluss stünde mit dem verfolgten Ziel, nämlich dem Schutz des Kindeswohls, nicht in einem angemessenen Verhältnis, sodass die Ungleichbehandlung von Vätern außerehelich geborener Kinder im Vergleich zu Müttern und geschiedenen Vätern nicht durch das Kindeswohl gerechtfertigt werden kann.⁵⁶ Insbesondere könne der Gesetzgeber nicht per se davon ausgehen, dass die Mutter, soweit sie ihre Zustimmung zur gemeinsame Sorge verweigere, dafür schwerwiegende, ausschließlich zum Wohle des Kindes getragene Gründe habe und das gemeinsame Sorgerecht gegen den Willen der Mutter dem Anschein nach dem Kindeswohl widerspreche.⁵⁷

Mit der Entscheidung des Gerichtshofes stand bereits faktisch fest, dass der deutsche Gesetzgeber das geltende Recht zu reformieren hatte.

⁵³ EGMR vom 03.12.2009 (Fn. 50), Rn. 55 (juris).

⁵⁴ Vorstehende drei Sätze EGMR vom 03.12.2009 (Fn. 50), Rn. 56 (juris).

⁵⁵ EGMR vom 03.12.2009 (Fn. 50), Rn. 57 (juris).

⁵⁶ Vorstehende zwei Sätze EGMR vom 03.12.2009 (Fn. 50), Rn. 63, Leitsatz Ziff. 5 (juris).

⁵⁷ EGMR vom 03.12.2009 (Fn. 50), Rn. 58, 59 (juris).

b) Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 21.07.2010

Gut ein halbes Jahr nach der Entscheidung des EGMR schloss sich auch der Bundesgerichtshof mit seiner Entscheidung vom 21.07.2010⁵⁸ dem Votum des EGMR an und erklärte die deutsche Rechtslage unter anderem in § 1626a Absatz 1 Nr. 1 BGB mit dem Elternrecht aus Artikel 6 Absatz 2 GG für unvereinbar. Danach *„verletzt [es] das Elternrecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes aus Artikel 6 Absatz 2 GG, dass er ohne Zustimmung der Mutter generell von der Sorgetragung für sein Kind ausgeschlossen ist und nicht gerichtlich überprüfen lassen kann, ob aus Gründen des Kindeswohls angezeigt ist, ihm zusammen mit der Mutter die Sorge für sein Kind einzuräumen [...]“*⁵⁹

Nach der Begründung des Bundesgerichtshofes diene das Erfordernis der Zustimmung der Mutter zwar dem legitimen Ziel der Vermeidung einer Kindeswohlgefährdung durch fehlende Kooperationsbereitschaft oder -fähigkeit, jedoch bestünden Zweifel an der Erforderlichkeit, da der Eingriff in das väterliche Elternrecht mangels der Möglichkeit einer gerichtlichen Einzelfallprüfung unverhältnismäßig sei.⁶⁰ Auf der Grundlage neuer empirischer Erkenntnisse bestätigt sich die ursprüngliche Annahme des Gesetzgebers, *„dass die Zustimmungsverweigerung von Müttern in aller Regel auf einem sich nachhaltig auf das Kind auswirkenden elterlichen Konflikt basiert und von Gründen getragen ist, die nicht Eigeninteressen der Mutter verfolgen, sondern der Wahrung des Kindeswohls dienen“* nicht.⁶¹ Im Ergebnis einer Befragung von Müttern stellte sich heraus, dass neben Kindeswohlerwägungen häufig auch persönliche Interessen zur Ablehnung einer gemeinsamen Sorge mit dem Vater führen und davon auszugehen ist, dass eine Vielzahl an Müttern allein deshalb die gemeinsame Sorge verweigern, weil sie das ihnen zustehende originäre Alleinsorgerecht mit dem Kindsvater eben nicht teilen wollen.⁶²

Für das Bundesverfassungsgericht ist deshalb kein Grund ersichtlich, weshalb der Gesetzgeber, genau wie im Falle des Getrenntlebens bei Übertragung der Alleinsorge gemäß § 1671 BGB bereits eine gerichtliche Kindeswohlprüfung

⁵⁸ BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 -, BVerfGE 127, 132-165.

⁵⁹ BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 -, BVerfGE 127, 132-165, Leitsatz Ziffer 1 (juris).

⁶⁰ BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 -, BVerfGE 127, 132-165, Rn. 49, 54 (juris).

⁶¹ BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 -, BVerfGE 127, 132-165, Rn. 36 (juris).

⁶² BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 -, BVerfGE 127, 132-165, Rn. 61, 62.

vorgesehen ist, auch nicht bei der Regelung zum Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern vorrangig darauf abstellt, ob die gemeinsame Sorge trotz fehlendem Konsens der Eltern dem Kindeswohl entspräche.⁶³

Aufgrund der übereinstimmenden Entscheidungen des EGMR und des Bundesverfassungsgerichts wurde eine Neuregelung des § 1626a BGB wegen des Verstoßes gegen die Artikel 8, 14 EMRK und Artikel 6 Absatz 2 GG zwingend erforderlich. Bis zum Inkrafttreten einer entsprechenden Gesetzesänderung ordnete das Bundesverfassungsgericht daher bereits vorläufig an, „*dass das Familiengericht den Eltern auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge gemeinsam überträgt, soweit zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl entspricht*“.⁶⁴ Insofern sollte dieser (positive) Prüfungsmaßstab sicherstellen, dass die Belange des Kindes im Hinblick auf das Kindeswohl ausreichend berücksichtigt werden und gleichzeitig die Voraussetzungen zum Zugang zur gemeinsamen Sorge nicht zu hoch angesetzt sind.⁶⁵

2. Reaktion des Gesetzgebers

Als Antwort auf die vorangestellten Entscheidungen, die den deutschen Gesetzgeber faktisch zu einer Reform des bisher geltenden Rechts zwangen, folgte das Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern (NEheSorgeRG) vom 16.04.2013, in Kraft getreten am 19.05.2013.⁶⁶

Der EGMR sowie das Bundesverfassungsgericht gaben kein ausdrückliches Regelungsmodell vor. Innerhalb der Diskussion zur Neuregelung des § 1626a BGB war man sich jedoch einig, dass die bereits vorhandenen Möglichkeiten der Erlangung der elterlichen Sorge unverheirateter Eltern weiterhin Bestand haben sollten, insbesondere durch Abgabe übereinstimmender Sorgeerklärungen ohne gerichtliche Kontrolle.⁶⁷

⁶³ BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 -, BVerfGE 127, 132-165, Rn. 57, 58 (juris).

⁶⁴ BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 -, BVerfGE 127, 132-165, Leitsatz Ziff. 2 (juris).

⁶⁵ BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 -, BVerfGE 127, 132-165, Rn. 75 (juris).

⁶⁶ BGBl. 2013 I 795.

⁶⁷ Vgl. BT-Drucks 17/11048, 12.

Durch die Entscheidungen des EGMR und des Bundesverfassungsgerichts wurde dem Gesetzgeber aufgetragen eine Regelung zu schaffen, die es dem Vater eines unehelichen Kindes erlaubt gegen den Willen der Mutter beziehungsweise auch ohne ihre Zustimmung Mitinhaber der elterlichen Sorge zu werden. Da unehelich geborene Kinder in vielfältige Lebenssituationen hineingeboren werden können, musste der Gesetzgeber im Rahmen der Gesetzesnovellierung im besonderen Maße darauf achten, dass die Neuregelung eine Vielzahl ganz unterschiedlicher Falllagen und Härtefälle abzudecken hat. Dabei war insbesondere zwischen dem Modell „*originäre Alleinsorge der Mutter mit Korrekturmöglichkeiten*“ und dem Modell „*originäres gemeinsames Sorgerecht mit Korrekturmöglichkeiten*“ abzuwägen.⁶⁸ Im Wesentlichen wurden daher folgende Lösungsmodelle diskutiert:

1. Das gemeinsame Sorgerecht entsteht kraft Gesetzes ab Geburt beziehungsweise Anerkennung der Vaterschaft ohne Hinzutreten weiterer Voraussetzungen oder unter Hinzutreten weiterer Voraussetzungen, wie beispielsweise die häusliche Gemeinschaft der Eltern oder das Anerkenntnis der Unterhaltspflicht durch den Vater („große Lösung“ oder „Widerspruchsmodell“).
2. Das gemeinsame Sorgerecht entsteht durch gerichtliche Entscheidung auf Antrag des Vaters (oder der Mutter), orientiert am Wohl des Kindes („kleine Lösung“ oder „Antraglösung“).
3. Das gemeinsame Sorgerecht entsteht, soweit die Mutter auf die Sorgeerklärung des Vaters hin keinen Widerspruch innerhalb einer Frist von acht Wochen einlegt. Widerspricht die Mutter der Sorgeerklärung, dann soll der Vater die Möglichkeit erhalten einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung beim Familiengericht zu stellen.⁶⁹

Um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Lebensverhältnisse, in die uneheliche Kinder hineingeboren werden, ganz unterschiedlich aussehen, das Kind jedoch grundsätzlich beide Eltern in seiner Entwicklung benötigt, hat sich der Gesetzgeber nach langen rechtspolitischen Diskussionen im Ergebnis für das Antragsmodell (Modell Nr. 2) entschieden. Die durch den Gesetzgeber gewählte Lösung soll dem antragsstellenden Vater durch „*erhebliche verfahrensrechtliche Erleichterungen*“ zu einem früheren Zeitpunkt die Teilhabe an der gemeinsamen

⁶⁸ Vgl. Coester, NJW 2010, 482-485, 483.

⁶⁹ Vgl. BT-Drucks 17/11048, 14; Huber/Antomo, FamRZ 2012, 1257-1265, 1259; Finger/Daschenko, FuR 2013, 558-563, 559.

Sorge verschaffen und durch geringe Komplexität bürokratische Regelungselemente vermeiden.⁷⁰ Danach soll der antragsstellende nichteheliche Vater die Teilhabe an der elterlichen Sorge durch ein vereinfachtes Verfahren, dass durch den neueingeführten § 155a FamFG verfahrensrechtlich geregelt wird, besonders schnell und unkompliziert erhalten.

Nach der Neuregelung lautet § 1626a BGB, dessen Inhalt im Übrigen bis zum heutigen Tage gilt, wie folgt:

„(1) Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu,

1. wenn sie erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen (Sorgeerklärungen),

2. wenn sie einander heiraten oder

3. soweit ihnen das Familiengericht die elterliche Sorge gemeinsam überträgt.

(2) Das Familiengericht überträgt gemäß Absatz 1 Nummer 3 auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge beiden Eltern gemeinsam, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht. 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.

(3) Im Übrigen hat die Mutter die elterliche Sorge.“

Das nach § 1626a Absatz 1 Nr. 3 BGB vor dem Familiengericht neu eingeführte Verfahren zur Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge wurde als Antragsverfahren ausgestaltet. Durch die Formulierung „Elternteil“ in Absatz zwei der Neuregelung wird klargestellt, dass beide Elternteile zukünftig einen Antrag auf Übertragung stellen können. Dem Vater steht nunmehr offen, zunächst eine Sorgeerklärung beim Jugendamt in der Hoffnung abzugeben, dass die Mutter ihre Zustimmung erteilt oder einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu stellen. Entsprechend kann jedoch auch die Mutter durch ihren eigenen Antrag den

⁷⁰ BT-Drucks 17/11048, 14.

„vordergründig sorgeunwilligen“ Vater in die gemeinsame Sorge drängen.⁷¹ Da jedoch die Wahrnehmung der elterlichen Sorge als verantwortungsvolles Pflichtrecht von niemandem erzwungen werden kann, hat das Gericht im Rahmen der Kindeswohlprüfung immer anhand des Einzelfalles eine sachgerechte Entscheidung zu treffen.⁷²

Das Familiengericht überträgt den Eltern die gemeinsame elterliche Sorge dann, wenn diese dem Wohle des Kindes nicht widerspricht. Der Gesetzgeber entschied sich, anders als im Rahmen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 21.07.2010 geschaffenen Übergangsregelung, für die niedrighschwelligere negative Kindeswohlprüfung, wie sie bereits in § 1680 Absatz 2 Satz 1 BGB vorgesehen ist. Es ist nicht positiv festzustellen, dass die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl dient, sondern es genügt, dass die Mitsorge des Vaters lediglich diesem nicht widerspricht. Diese Regelung trage dem Leitbild des Entwurfs Rechnung, nach dem die Eltern grundsätzlich das gemeinsame Sorgerecht erhalten sollen, soweit keine triftigen Gründe vorliegen, die dagegen sprechen würden.⁷³ Die gemeinsame Sorge nicht verheirateter Eltern soll aus Sicht des Gesetzgebers also zum Regelfall werden, speziell auch dann, wenn es an einem Konsens der Eltern fehlt. Nach der Überzeugung des Gesetzgebers entspricht „*die gemeinsame elterliche Sorge grundsätzlich den Bedürfnissen des Kindes nach Beziehungen zu beiden Elternteilen*“, insbesondere dann, wenn das Kind mit dem Bewusstsein lebt, dass beide Eltern willentlich Verantwortung tragen und an wichtigen Entscheidungen gleichberechtigt teilhaben.⁷⁴ Es kann daher bei Verweigerung der Mutter einer gemeinsamen Sorge nicht davon ausgegangen werden, eine solche würde dem Kindeswohl widersprechen, denn dann hätte die Mutter weiterhin die Kompetenz darüber zu entscheiden, ob es zu einer gemeinsamen Sorge kommt oder nicht.⁷⁵ Im Gegensatz, gemäß § 1626a Absatz 2 Satz 2 BGB soll widerlegbar vermutet werden, dass die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht, wenn der andere Elternteil keine der gemeinsamen Sorge entgegenstehenden, verfahrensrelevanten Gründe vorträgt beziehungsweise gar keine Stellungnahme abgibt und solche Gründe dem Gericht nicht anderweitig bekannt sind. Diese gesetzliche, materiell-rechtliche Vermutung, deren verfahrensrechtliches Pendant in § 155a Absatz 3 FamFG geregelt ist,

⁷¹ BT-Drucks 17/11048, 16.

⁷² BT-Drucks 17/11048, 16.

⁷³ BT-Drucks 17/11048, 12, 17.

⁷⁴ BT-Drucks 17/11048, 17.

⁷⁵ BT-Drucks 17/11048, 17.

schränkt den Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 26 FamFG ein, sodass das Familiengericht allein auf Grundlage des Beteiligtenvortrages und etwaig anderweitig bekannt gewordener Tatsachen ohne eigene Ermittlungen die gemeinsame Sorge übertragen soll.⁷⁶

3. Kritische Würdigung

Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 2003, die den Regelungsgehalt des § 1626a BGB a.F. „in der Regel“⁷⁷ als (noch) verfassungsgemäß bezeichnete und angesichts des Umstandes, dass bereits im Jahr 2010 circa ein Drittel aller Kinder außerehelich geboren sind⁷⁸, war es nur eine Frage der Zeit, bis dieser verfassungsmäßig fragwürdige Umstand aufgeklärt werden sollte.⁷⁹

Nachdem zunächst der EGMR mit seinem Urteil aus dem Jahr 2009 die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 29.01.2003 ausdrücklich für unzutreffend erklärte und die deutschen Regelungen des Sorgerechts beanstandete, folgte ihm kurze Zeit später auch der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 21.07.2010, der auch in Deutschland neue Impulse in der bereits lang geführten Reformdiskussion entfachte.

Die Entscheidungen des EGMR und des BVerfG haben daher nicht überrascht. Insbesondere zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung des § 1626a BGB wurden bereits ausgiebige rechtspolitische Diskussionen geführt. Im Ergebnis kommt es für die Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Regelung eben nicht darauf an, ob die Bestimmung „in der Regel“, d.h. für den Großteil der Fälle, mit dem Grundgesetz vereinbar ist, sondern ob der Betroffene, also der Vater eines unehelichen Kindes ungerecht, wenn auch nur im Ausnahmefall, im Verhältnis zur Mutter behandelt wird.⁸⁰ „Nichts rechtfertigt es, von der zweifellosen Existenz

⁷⁶ BT-Drucks 17/11048, 18.

⁷⁷ BVerfG, Urteil vom 29.01.2003 – 1 BvL 20/99 -, BVerfGE 107, 150-186, Leitsatz Ziff. 3, Rn. 70 (juris).

⁷⁸ Ehelich beziehungsweise nichtehelich Lebendgeborene und Nichtehelichenquote in Deutschland (1872-2019), abrufbar unter: <https://www.bib.bund.de/Permalink.html?id=1217794> (Abrufdatum: 20.05.2022).

⁷⁹ Vgl. Dürbeck, ZKJ 2013, 330-335, 330.

⁸⁰ Vgl. Frank, StAZ 2013, 269-275, 273.

*desinteressierter und ungeeigneter nichtehelicher Väter auf die Allgemeinheit der Väter zu schließen.*⁸¹

Die Neueinführung des vereinfachten und beschleunigten Verfahrens in § 155a FamFG sorgte für außerordentlich viel Diskussionsstoff und wurde in der Literatur teilweise stark kritisiert.⁸² Soweit die Kindesmutter nach Antrag des Vaters keine dem Gericht kindeswohlrelevanten Gründe gegen ein gemeinsames Sorgerecht vorträgt, so „soll“ das Familiengericht nach dem neu eingeführten § 155a Absatz 3 FamFG im beschleunigten schriftlichen Verfahren entscheiden. Beschleunigung erfährt das Verfahren durch den Wegfall der persönlichen Anhörungen der Eltern sowie des Jugendamtes. Solange also die gesetzliche Vermutung des neu eingeführten § 1626a Absatz 2 BGB greift, wird der besonders im Familienrecht wichtige Amtsermittlungsgrundsatz nach § 26 FamFG weitestgehend ausgehebelt.⁸³

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Entscheidung des Gesetzgebers für das Antragsmodell nebst negativer Kindeswohlprüfung die Rechte nicht verheirateter Väter weiter gestärkt hat. Jedoch wird im weiteren Verlauf zu prüfen sein, ob eine vorhandene Chance zur Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Väter dennoch nicht wahrgenommen wurde.⁸⁴

C. Ausblick

I. Bewertung der bisherigen Entwicklungen

1. Rechtsvergleichender Überblick im Hinblick auf Europa

Bevor näher auf die aktuellen Entwicklungen in Deutschland eingegangen wird, lohnt ein Vergleich mit anderen europäischen Staaten und Rechtsordnungen die Rechtslage betreffend.

⁸¹ Coester, NJW 2010, 482-485, 483.

⁸² Vgl. auch Coester, FamRZ 2012, 1337-1344, 1342: *„Insgesamt wird deutlich, dass der vermeintliche Königsweg ein Holzweg ist.“*; Huber/Antomo, FamRZ 2012, 1257-1265, 1263f.: *„Bedenklich“*; Finger/Daschenko, FuR 2013, 558-563, 561: *„letztlich ist die Bestimmung wohl immer noch verfehlt“*; Dürbeck, ZKJ 2013, 330-335: *„einen bedauerlichen Fremdkörper in das familiengerichtliche Verfahren eingefügt“*.

⁸³ Vgl. BT-Drucks 17/11048, 18.

⁸⁴ Vgl. Dürbeck, ZKJ 2013, 330-335, 335.

Mitte des 20. Jahrhunderts, dem „Goldenen Zeitalter von Ehe und Familie“, war die Heirat vor der Geburt eines gemeinsamen Kindes in Europa noch die Norm. Gemessen an dem Anteil außerehelich geborener Kinder zeigen die letzten Jahrzehnte dahingehend jedoch einen erheblichen Aufwärtstrend. In einer Studie des Max-Planck-Institutes für demografische Forschung⁸⁵ wurde in vielen europäischen Ländern festgestellt, dass insbesondere seit den 60er Jahren der Anteil nichtehelicher Geburten gemessen an der Gesamtzahl aller Geburten stetig gestiegen ist - Tendenz weiter steigend. Lediglich Osteuropa stellt dabei eine Ausnahme zu den sonst steigenden Entwicklungen dar. Hier zeigt sich ein entgegengesetzter Trend, denn dort werden zunehmend mehr Kinder in eheliche Verhältnisse hineingeboren.⁸⁶

Vergleicht man anhand einer Eurostat Statistik den europäischen Gesamtanteil an außerehelich geborenen Kindern im Jahr 2000 in Höhe von 25,4 % und dem im Jahr 2019, so stellt man fest, dass dieser mit 42,7 % bereits fast um das Doppelte angestiegen ist.⁸⁷ Aktuelles Spitzenreiterland, in dem weit mehr Kinder außerhalb als innerhalb einer Ehe geboren werden, ist Island mit einem Anteil von 69,4 % (Stand 2019). Auch in anderen europäischen Ländern überwiegen bereits die nichtehelichen Geburten, so etwa in unseren Nachbarländern Frankreich mit 61,0 %, Dänemark mit 54,1 % und den Niederlanden mit 52,4 %, aber auch beispielsweise in Bulgarien mit 58,4 %, Norwegen mit 57,6 %, Schweden mit 54,5 % und Estland mit 53,7 %.⁸⁸

Die Länder mit den niedrigsten Anteilen an nichtehelichen Geburten wie Griechenland und Nord-Mazedonien mit 12,4 %, Zypern mit 21,2 % sowie Kroatien mit 21,5 % sind mehrheitlich religiös geprägt. Ein eindrucksvolles Beispiel wie sehr die Religion und gesellschaftlich sittliche Haltungen insbesondere im Hinblick auf das Bild der Familie eine Rolle spielen kann, wird anhand der Türkei sehr deutlich, deren Anteil an außerehelich geborenen Kindern gerade einmal 2,8 % (Stand 2019) beträgt.⁸⁹

⁸⁵ Vgl. Max-Planck-Gesellschaft, Familie ohne Trauschein, abrufbar unter: <https://www.mpg.de/10449696/uneheliche-kinder-europa> (Abrufdatum: 24.03.2022).

⁸⁶ Vgl. a.a.O.

⁸⁷ Vgl. Statistik Eurostat: Live births outside marriage, selected years 1960-2019, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Live_births_outside_marriage_selected_years_1960-2019_\(share_of_total_live_births,_%25\)_May_2021.png#file](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Live_births_outside_marriage_selected_years_1960-2019_(share_of_total_live_births,_%25)_May_2021.png#file) (Abrufdatum: 24.03.2022).

⁸⁸ Vgl. a.a.O.

⁸⁹ Vgl. a.a.O.

Die Statistik zeigt auf, dass sich die Anteile an nichtehelich geborenen Kindern innerhalb Europas teilweise stark unterscheiden. Warum die oben genannten Zahlen außerehelich geborener Kinder so divergieren, kann unter anderem an den gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Entwicklungen innerhalb der Länder liegen. Weitere Faktoren, wie die Betrachtung des traditionellen Familienbildes, die rechtliche und wirtschaftliche Autonomie der Frauen sowie die medizinische Versorgung können einen entscheidenden Einfluss auf diese Entwicklung haben. Aufgrund ganz unterschiedlicher (juristischer) Ausprägungen der Ehe in den verschiedenen Ländern Europas und insbesondere der dort vorherrschenden Religion ist ein Vergleich der theoretischen Zahlen basierend auf Statistiken und den daraus entwickelten Konzepten für die Praxis nicht immer möglich. Unter Berücksichtigung der tatsächlichen Geschehnisse in der Welt und der Abhängigkeit gesetzlicher Regelungen von der Lebenswirklichkeit existieren in Europa daher auch ganz unterschiedliche Lösungsansätze im Hinblick auf die Frage der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern.⁹⁰

Unter Voraussetzung der rechtlichen Feststellung der Vaterschaft sehen bereits alle 27 Mitgliedstaaten der Europäischen Union die Möglichkeit zur Erlangung eines gemeinsamen Sorgerechts von Vätern, die bei Geburt eines Kindes nicht mit der Mutter verheiratet sind, vor.⁹¹ Davon erlangen bereits in der Mehrzahl der EU-Mitgliedsstaaten die Eltern bei Geburt eines Kindes, egal ob verheiratet oder unverheiratet, kraft Gesetzes das gemeinsame Sorgerecht und werden damit verheirateten Eltern in weiten Teilen oder vollständig gleichgestellt.⁹² In unserem Nachbarland Frankreich erwirbt der Vater beispielsweise bereits mit Etablierung der Vaterschaft durch Anerkennung kraft Gesetzes automatisch die Teilhabe an der elterlichen Sorge, sofern die Vaterschaft innerhalb einer Jahresfrist nach der Geburt des Kindes anerkannt wurde (Artikel 372 Absatz 2 CC).⁹³ Weitere EU-Mitgliedsstaaten, die neben Frankreich die elterliche Sorge kraft Gesetzes entstehen lassen, sind unter anderem: Polen nach Artikel 93 § 1 poln. FVGB,⁹⁴

⁹⁰ Vorstehender Absatz vgl. Max-Planck-Gesellschaft, Familie ohne Trauschein, abrufbar unter: <https://www.mpg.de/10449696/uehelicke-kinder-europa> (Abrufdatum: 24.03.2022); Frank, StAZ 2013, 269-275, 270.

⁹¹ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 -, BVerfGE 127, 132-165, Rn.23 (juris).

⁹² Vgl. a.a.O.

⁹³ Code civile.

⁹⁴ Familien- und Vormundschaftsgesetzbuch.

Italien nach Artikel 315ff. ital. CC,⁹⁵ Griechenland nach Artikel 1515 Absatz 1 griech. ZGB,⁹⁶ sowie Belgien nach Artikel 373, 374 belg. CC.⁹⁷

2. Aktuelle Zahlen und Entwicklungen innerhalb Deutschlands

Ausweislich einer Statistik des Bundesinstitutes für Bevölkerungsforschung liegt der Anteil außerehelich geborener Kinder in Deutschland seit 2000 stetig bei über 30 %⁹⁸, sodass bereits jedes dritte Kind aller in Deutschland lebend geborenen Kinder im Ergebnis außerhalb einer Ehe geboren wird.

Eine Besonderheit innerhalb Deutschlands lässt sich zwischen Ost- und Westdeutschland erkennen. Hier sind deutliche Unterschiede innerhalb des Anteils nichtehelich geborener Kinder auszumachen. Vergleicht man den Anteil nichtehelicher Geburten in Ostdeutschland und Westdeutschland, so fällt auf, dass der Osten mit circa 53 % (Stand 2019) einen etwa doppelt so hohen Anteil an nichtehelichen Geburten als der Westen mit circa 29 % (Stand 2019) aufweist.⁹⁹ Laut einem Vergleich des Max-Planck-Institutes für demografische Forschung liegen die Wurzeln des Ost-West-Unterschiedes bereits weit vor der Teilung Deutschlands in die BRD und die DDR.¹⁰⁰

Um den prozentualen Anteil der unverheirateten Eltern zu berechnen, die für ihr gemeinsames nichteheliches Kind Sorgerechtsklärungen abgegeben haben, ist zunächst die Anzahl der nichtehelich, lebend geborenen Kinder des entsprechenden Jahres zu ermitteln.¹⁰¹ Nach einer Statistik des Bundesinstitutes für Bevölkerungsforschung wurden im Berichtsjahr 2018 insgesamt 787.523 Kinder geboren, davon 520.627 (66,11 %) in eine bestehende Ehe und

⁹⁵ Codice civile.

⁹⁶ Zivilgesetzbuch.

⁹⁷ Code civil.

⁹⁸ Ehelich beziehungsweise nichtehelich Lebendgeborene und Nichtehelichenquote in Deutschland (1872-2019), abrufbar unter:

<https://www.bib.bund.de/Permalink.html?id=1217794> (Abrufdatum: 20.05.2022).

⁹⁹ Nichtehelichenquote für West- und Ostdeutschland (1946-2019), abrufbar unter:

<https://www.bib.bund.de/Permalink.html?id=1217620> (Abrufdatum: 20.05.2022).

¹⁰⁰ Vgl. Max-Planck-Institut für demografische Forschung, Nichteheliche Geburten:

Deutschland auf Dauer geteilt, abrufbar unter:

https://www.demogr.mpg.de/de/news_events_6123/news_pressemitteilungen_4630/presse/nichteheliche_geburten_deutschland_auf_dauer_geteilt_3771 (Abrufdatum: 24.03.2022).

¹⁰¹ Da insbesondere zu den registrierten Sorgeerklärungen derzeit nur aktuelle Daten für das Berichtsjahr 2018 veröffentlicht sind, wurde die eigene Berechnung auf Grundlage der für das Jahr 2018 statistisch erfassten Zahlen vorgenommen.

266.896 (33,89 %) außerhalb einer Ehe.¹⁰² Setzt man nun die Anzahl der im Jahr 2018 außerhalb einer Ehe lebend geborenen Kinder (266.896) in das Verhältnis zu den im Berichtsjahr 2018 registrierten Sorgeerklärungen, die zur Begründung des gemeinsamen Sorgerechts führten (198.917)¹⁰³, so ergibt sich eine Quote von 74,50 %¹⁰⁴. Im Vergleich zu den Gesamtgeburten im Berichtsjahr 2018 haben daher lediglich 8,63 % der Eltern keine gemeinsame elterliche Sorge etabliert. Durch das vorhandene statistische Material kann jedoch nicht exakt wiedergegeben werden, wie viele Eltern unehelicher Kinder tatsächlich freiwillig gemeinsame Sorgeerklärungen zu einem bestimmten Zeitpunkt abgegeben haben. Einerseits kann nicht grundsätzlich von den amtlichen Zahlen auf die Anzahl unehelicher Kinder geschlossen werden, da der Status des Kindes durch spätere Heirat der Eltern oder Adoption wandelbar ist.¹⁰⁵ Andererseits bleibt unberücksichtigt, dass Eltern gemäß § 1626b Absatz 2 BGB bereits schon vor der Geburt entsprechende Sorgeerklärungen abgeben können oder Erklärungen für ältere Kinder, die außerhalb des Berichtsjahres bereits geboren wurden, später vorgenommen haben.¹⁰⁶ Ebenfalls ist nicht bekannt, wie viele Eltern bereits zuvor gemeinsame Sorgeerklärungen nach § 1626a Absatz 1 Nr. 1 BGB abgegeben haben oder diese erst durch Eheschließung nach § 1626a Absatz 1 Nr. 2 BGB erwerben.¹⁰⁷ In diesen Fällen reduziert sich der prozentuale Anteil von unverheirateten Eltern entsprechend weiter.

¹⁰²Destatis, Daten der Lebendgeborenen, Totgeborenen, Gestorbenen und der Gestorbenen im 1. Lebensjahr, abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Geburten/Tabellen/lebendgeborene-gestorbene.html> (Abrufdatum: 29.04.2022).

¹⁰³ Destatis, Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe 2018, Tab. 3, S. 7: Es wurden 197.808 Sorgeerklärungen abgegeben und in 1.109 Fällen durch das Familiengericht entschieden, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Adoptionen/Publikationen/Downloads/pflege-vormund-beistandschaft-pflegerlaubnis-5225202187004.pdf?__blob=publicationFile (Abrufdatum: 22.04.2022).

¹⁰⁴ Nach der Berechnungsmethode v. Schumann, Gutachten B zum 72. DJT 2018, B 20.

¹⁰⁵ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 -, BVerfGE 127, 132-165, Rn. 24 (juris).

¹⁰⁶ Vgl. a.a.O.

¹⁰⁷ Vgl. Schumann, Gutachten B zum 72. DJT 2018, B 20, dort Fn. 70 m. w. N.

II. Überblick über gegenwärtige Überlegungen zu Reformansätzen

1. Allgemeines

Seit der letzten großen Kindschaftsrechtsreform in Deutschland von 1997, die nunmehr bereits über 20 Jahre zurückliegt, hat sich die Gesellschaft durch das Praktizieren moderner Familienkonstellationen dahingehend gewandelt, „dass das Eltern-Kind-Verhältnis nicht mehr elternzentriert, eheorientiert und patriarchal, sondern vielmehr kindesorientiert, eheunabhängig und partnerschaftlicher gedacht wird.“¹⁰⁸ Ein solcher Wandel lässt sich anhand der Zahlen gut verdeutlichen: 1997 lag die Nichteheleichenquote in Deutschland noch bei circa 15%¹⁰⁹. Wie bereits ausgeführt, wird mittlerweile in Deutschland durchschnittlich jedes dritte Kind aller lebendgeborenen Kinder außerhalb einer Ehe geboren.¹¹⁰ Anhand dieser Zahlen kann festgestellt werden, dass allein aufgrund der tatsächlichen Lebenswirklichkeiten nicht mehr von der Ehe als grundsätzliche Voraussetzung für die Gründung einer Familie ausgegangen werden kann.¹¹¹ Vielmehr entwickelt sich die heutige Gesellschaft zunehmend weg von dem langwährenden traditionellen Familienbild „keine Kinder vor der Ehe“ und hin zu einer modernen Gesellschaft, in der die eheliche Verbindung nicht Priorität der Menschen ist.

Bei nichtehelich geborenen Kindern ist eine Vielzahl von Lebenssituationen denkbar, in die ein solches Kind hineingeboren werden kann. Diese reichen von flüchtigen „One-Night-Stands“, aufgrund derer der Vater nicht feststeht oder eindeutig feststellbar ist bis zu langjährigen „eheähnlichen“ Lebenspartnerschaften, die den Weg des Ehelebens (noch) nicht einschlagen möchten. Innerhalb der Reformdiskussion muss demzufolge auch ein Blick auf die unterschiedlichen Beziehungs- und Familienkonstellationen nichtehelicher Eltern und deren Kinder geworfen werden.

Der Gesetzgeber sollte daher in besonderem Maße bestrebt sein, das Familienrecht, welches vor allem höchst sensible und emotionale Bereiche des Lebens regelt, an sich veränderte Gesellschaftsformen anzupassen und entsprechend weiterzuentwickeln. Aus diesem Grunde werden in Deutschland

¹⁰⁸ Röthel, JZ 2018, 803–810, 803.

¹⁰⁹ Ehelich beziehungsweise nichtehelich Lebendgeborene und Nichteheleichenquote in Deutschland (1872-2019), abrufbar unter: <https://www.bib.bund.de/Permalink.html?id=1217794> (Abrufdatum: 20.05.2022).

¹¹⁰ A.a.O.

¹¹¹ Vgl. Petzold, SchAZtg 2014, 169-177, 169.

bereits seit vielen Jahren politische Diskussionen im Hinblick auf den Reformbedarf des deutschen Sorgerechts, insbesondere zur Stärkung der Stellung des unehelichen Vaters geführt und verschiedene Reformansätze und Lösungskonzepte vorgeschlagen.

2. „große Lösung“ – gemeinsame elterliche Sorge ex lege mit Etablierung der Vaterschaft ohne Hinzutreten weiterer Voraussetzungen

Bereits im Zuge der Einführung des Gesetzes zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern (NEheSorgeRG) vom 16.04.2013¹¹² wurde eine ausführliche Debatte darüber geführt, ob eine ex-lege-Regelung („große Lösung“) für das deutsche Sorgerecht, also die Möglichkeit des Vaters bereits automatisch mit Etablierung der Vaterschaft eines unehelichen Kindes das gemeinsame Sorgerecht entstehen zu lassen, eingeführt werden sollte. Bereits in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 21.07.2010 wurde eine gesetzliche Regelung, die Vätern nichtehelicher Kinder generell mit wirksamer Anerkennung ihrer Vaterschaft nach §§ 1594ff. BGB kraft Gesetzes das gemeinsame Sorgerecht zu erkennen lässt, grundsätzlich als mit der Verfassung für vereinbar erklärt, soweit daneben eine Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung geschaffen wird, ob im Einzelfall eine gemeinsame Sorge tatsächlich dem Wohle des Kindes entspricht.¹¹³

Innerhalb der letzten Legislaturperiode wurden bereits einige wichtige Reformansätze im Hinblick auf das geltende Sorgerecht durch das Bundesministerium für Justiz- und Verbraucherschutz (BMJV) vorgeschlagen. Dazu wurde im Jahr 2018 eine Arbeitsgruppe bestehend aus erfahrenen Familienrechtlern eingesetzt, die sich unter anderem mit der Reformbedürftigkeit des Sorge- und Umgangsrechts befassen sollte. Nach circa eineinhalb Jahren wurde am 29.10.2019 der Abschlussbericht durch Veröffentlichung des Thesenpapiers der Arbeitsgruppe *„Sorge- und Umgangsrecht, insbesondere bei gemeinsamer Betreuung nach Trennung und Scheidung“* vorgestellt.¹¹⁴

¹¹² BGBl. 2013 I 795.

¹¹³ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 -, BVerfGE 127, 132-165, Rn. 35, 42 (juris).

¹¹⁴ Thesenpapier der Arbeitsgruppe *„Sorge- und Umgangsrecht, insbesondere bei gemeinsamer Betreuung nach Trennung und Scheidung“* im BMJV, FamRZ 2019, 1986-1988.

Besonderes Augenmerk soll in der vorgelegten Arbeit auf die darin enthaltene These 13 gelegt werden, welche lautet:

„Mit Etablierung der rechtlichen Elternschaft soll die elterliche Sorge den Eltern gemeinsam zustehen. Die Inhaberschaft der elterlichen Sorge als Teil der elterlichen Verantwortung nach Artikel 6 Absatz 2 GG soll nicht mehr davon abhängen, ob die Eltern bei der Geburt des Kindes miteinander verheiratet sind oder nicht.“¹¹⁵

Das Sorgerecht würde danach bereits mit Vaterschaftsanerkennung oder -feststellung automatisch beiden Elternteilen gemeinsam zustehen. Das Zustimmungserfordernis der Mutter soll in diesen Fällen entsprechend entfallen. Die Reformüberlegungen fußen unter anderem darauf, dass möglichst viele Eltern die gemeinsame Sorge für ein uneheliches Kind erlangen sollen. Realisiert werden kann dieses Vorhaben dann, wenn die gemeinsame Sorge Folge der Vaterschaftsanerkennung oder -feststellung ist.¹¹⁶

Die ehemalige Bundesjustizministerin Christine Lambrecht kündigte daraufhin einen Gesetzesentwurf an, der eine automatische gemeinsame Sorge zumindest nach Anerkennung der Vaterschaft vorsehen sollte.¹¹⁷ Laut Eva Becker, Mitglied der Arbeitsgruppe und Vorsitzende des geschäftsführenden Ausschusses der Arbeitsgemeinschaft Familienrecht im Deutschen Anwaltsverein, wäre dies zwar ein erster Schritt in die richtige Richtung, enthielte aber weiterhin das Zustimmungsbedürfnis der Mutter, der es im Falle einer Vaterschaftsanerkennung bedarf.¹¹⁸ Jedoch wurden die Erwartungen insbesondere der Mitglieder der Arbeitsgruppe im Ergebnis enttäuscht. Einen entsprechenden Gesetzesentwurf, der den Empfehlungen der Arbeitsgruppe folgte und ein automatisches Sorgerecht für unverheiratete Väter vorsah, gab es nicht.

¹¹⁵ Thesenpapier der Arbeitsgruppe „Sorge- und Umgangsrecht, insbesondere bei gemeinsamer Betreuung nach Trennung und Scheidung“ im BMJV, FamRZ 2019, 1986-1988, 1987.

¹¹⁶ E. Becker, Rechtsanwältin, persönliche Kommunikation vom 22.02.2022, Anlage 1.

¹¹⁷ Vgl. Deutscher Anwaltsverlag (Bonn), FF 2020, 470-471, 471; BT-Drucks 19/19651, 37; BT-Drucks 19/24274, 3.

¹¹⁸ E. Becker, Rechtsanwältin, persönliche Kommunikation vom 22.02.2022, Anlage 1.

3. Alternativkonzepte - gemeinsame elterliche Sorge unter Hinzuziehung weiterer Voraussetzungen

Anlässlich des 72. Deutschen Juristentages, verhandelt in Leipzig, wurden im Bereich des Familienrechts insbesondere die Fragen des Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrechts unter dem Aspekt der gemeinsamen Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung diskutiert. Das Gutachten hierzu wurde durch die Professorin Frau Dr. Eva Schumann verfasst und behandelt neben dem Leitbild der gemeinsamen Sorge und Elternautonomie auch die Rechtsbeziehungen getrennt lebender Eltern zum Kind anhand der zu diesem Zeitpunkt aktuellen Fallzahlen.¹¹⁹ Die vorgenommenen Berechnungen und Untersuchungsergebnisse mündeten in 18 Thesen. Der zweiten These zufolge soll die gemeinsame elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern im Interesse des Kindes gestärkt und eine vorsichtige weitere Begünstigung gemeinsamer Sorge vorgenommen werden. Danach soll dem Vater eines unehelichen Kindes die Teilhabe an der gemeinsamen elterlichen Sorge kraft Gesetzes zustehen, soweit er zum Zeitpunkt der Anerkennung der Vaterschaft mit der Mutter einen gemeinsamen Wohnsitz hat.¹²⁰

Unter dem Titel *„Mehr Fortschritt wagen: Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit“* plant die aktuelle Bundesregierung in ihrem Koalitionsvertrag aus dem Jahr 2021 weitreichende Reformen in einigen Teilen des Familienrechts.¹²¹ Die Rechte unverheirateter Väter sollen weiter gestärkt werden. Dazu soll die aktuelle Regelung des § 1626a BGB dahingehend neugefasst werden, dass unverheiratete Väter, die mit der Mutter des gemeinsamen Kindes einen gemeinsamen Wohnsitz haben, zukünftig die Möglichkeit haben sollen, durch einseitige Erklärung das gemeinsame Sorgerecht zu erlangen. Die Zustimmung der Mutter wäre in diesen Fällen nicht mehr erforderlich. Soweit die Mutter jedoch widerspricht, muss das Familiengericht unter besonderer Berücksichtigung des Kindeswohls, über die gemeinsame Sorge entscheiden.¹²²

Als ein Alternativkonzept steht neben dem automatischen ex-lege-Modell eine Regelung zur Diskussion, die es unehelichen Vätern ermöglichen soll durch

¹¹⁹ Schumann, Gutachten B zum 72. DJT 2018.

¹²⁰ Schumann, Gutachten B zum 72. DJT 2018, B 112.

¹²¹ Koalitionsvertrag der SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, 102, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/04221173eef9a6720059cc353d759a2b/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1> (Abrufdatum: 12.04.2022).

¹²² Koalitionsvertrag der SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP (Fn.121), 102.

einseitige Sorgeerklärung gegenüber dem Jugendamt - möglicherweise innerhalb einer bestimmten Frist - das gemeinsame Sorgerecht ohne Zustimmung der Mutter oder Entscheidung des Familiengerichts originär zu erlangen.¹²³ Diese Erklärung wäre neben der Erklärung zur Vaterschaftsanerkennung abzugeben. Als vermittelnde Lösung wird außerdem vorgeschlagen, die Entstehung des gemeinsamen Sorgerechts beispielsweise an die Anerkennung der Unterhaltsverpflichtung durch den unehelichen Vater zu knüpfen.¹²⁴

III. Auswertung und Diskussion

1. Zielvorgaben des Reformvorhabens

Um die vorgeschlagenen Reformansätze zur unehelichen elterlichen Sorge zu bewerten und die möglichen Auswirkungen einer Gesetzesänderungen einer Kritik zu unterziehen, müssen zunächst die Leitgedanken einer möglichen Reform definiert werden. Ebenfalls bedarf es einer Abwägung und Auswertung der jeweiligen Argumente, ob es einer Reform des deutschen Sorgerechts bedarf oder nicht.

Durch eine weitere mögliche Reform müssen im Wesentlichen folgende Gesichtspunkte Angleichung erfahren: Die dem Vater aus Artikel 6 Absatz 2 GG zugestandenen elterlichen Grundrechte auf Teilhabe an der Sorge für das uneheliche Kind sind zu schützen und weiterhin zu stärken. Wünschenswert und dem Zeitgeist entsprechend ist eine vollständige Gleichstellung beider Elternteile unabhängig von einer ehelichen oder unehelichen Beziehung der Eltern zueinander. Jedoch darf man in diesem Zusammenhang nicht außer Acht lassen, dass die oberste Orientierungslinie des Gesetzgebers immer das Kindeswohl bleiben wird. Eine Gleichstellungspolitik von Frau und Mann, von Mutter und Vater, hat daher dem obersten Prinzip – dem Kindeswohlprinzip – dann zu weichen, wenn dieses nicht mehr garantiert werden kann. Alle zusätzlichen Voraussetzungen oder Einschränkungen des Elternrechts sind daher allein aus dem Kindeswohl zu rechtfertigen.¹²⁵ Schlussendlich muss also eine modernere

¹²³ Tendenziell ähnlich BT-Drucks 17/3219, 1; BT-Drucks 17/9402, 2; befürwortend: Kinderrechtskommission des Deutschen Familiengerichtstags, ZKJ 2011, 130-133; Kinderrechtskommission des Deutschen Familiengerichtstages e.V. und Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht e.V., ZKJ 2012, 263-266.

¹²⁴ Vgl. BT-Drucks 17/11048, 14.

¹²⁵ Vgl. Coester, NJW 2010, 482-485, 484.

Regelung geschaffen werden, die einerseits das dem Vater nach Artikel 6 Absatz 2 GG grundrechtlich geschützte Elternrecht sichert und weiter stärkt, andererseits jedoch dem Kindeswohlprinzip insbesondere in Ausnahmefällen ausreichend Rechnung trägt.

2. Abwägungsargumentation

a) Argumente die gegen eine ex-lege-Regelung sprechen

Das speziell die vorgeschlagene „große Lösung“ innerhalb der Literatur nicht nur auf Zuspruch stoßen würde, war aus den bereits ab 2009 geführten Debatten zu erahnen.

In seiner Entscheidung vom 27.10.2010 erklärte das Bundesverfassungsgericht das automatische Sorgerecht kraft Gesetzes generell mit wirksamer Anerkennung der Vaterschaft für mit der Verfassung vereinbar.¹²⁶ Gleichzeitig wurden jedoch Gründe benannt, warum dieses Lösungskonzept als nicht vorzugswürdig erscheine. Die Erklärung des Vaters zur Anerkennung der Vaterschaft enthält lediglich den Willen und die Bereitschaft des Erklärenden die Rechtsposition des rechtlichen Vaters einnehmen zu wollen.¹²⁷ Mit einer automatischen gemeinsamen Sorge würde man jedoch für die Vaterschaftsanerkennung eine weitreichende und zusätzliche Rechtsfolge einführen, die in einigen Fällen weder wünschenswert noch dem Kindeswohl entsprechen würde.¹²⁸ So könne aus der Anerkennungserklärung als solche nicht generell darauf geschlossen werden, dass die Eltern gemeinsam beziehungsweise der Vater gewillt und in der Lage ist die Sorge für das nichteheliche Kind, unter Berücksichtigung des Kindeswohls mit der Mutter gemeinsam auszuüben.¹²⁹ Auf Grundlage des Kindeswohlinteresses setzt die gemeinsame Sorge jedoch bei beiden Elternteilen eine entsprechende Verantwortungsbereitschaft sowie ein Mindestmaß an Übereinstimmung

¹²⁶ BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 -, BVerfGE 127, 132-165, Rn. 35, 42 (juris).

¹²⁷ BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 -, BVerfGE 127, 132-165, Rn. 43 (juris).

¹²⁸ Vgl. Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V. vom 24.11.2020, S. 9, abrufbar unter: https://www.deutscher-verein.de/de/uploads/empfehlungen-stellungnahmen/2020/dv-04-20_reform-sorgerecht.pdf (Abrufdatum: 19.04.2022).

¹²⁹ BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 -, BVerfGE 127, 132-165, Rn. 43 (juris).

voraus.¹³⁰ Eine solche Übereinstimmung kann der Gesetzgeber jedoch nur verheirateten Eltern aufgrund ihrer rechtlich bindenden Vereinigung unterstellen. Ein entsprechender Anknüpfungspunkt fehlt jedoch gerade bei unverheirateten Eltern, wodurch die rechtlichen Unterschiede der Entstehungsvoraussetzung zur gemeinsamen elterlichen Sorge von ehelich und unehelich geborenen Kindern begründet werden könnten.¹³¹ Gerade diese Lücke soll durch § 1626a Absatz 1 Nr. 1 BGB gefüllt werden, wonach dann gesetzlich vermutet werden kann, dass eine Einigkeit zwischen den Eltern vorhanden ist, wenn diese übereinstimmende Erklärungen abgeben und somit aktiv nach außen erklären, willig und bereit zu sein, die Rechte und Pflichten der Sorgeverantwortung wahrzunehmen.¹³²

Es ist nicht auszuschließen, dass der Vater trotz Vaterschaftsanerkennung die Kontaktaufnahme von Geburt an ausnahmslos verweigert und auch keinen Umgang mit dem Kind aus fehlendem Interesse an seiner Entwicklung pflegen möchte.¹³³ Besonders im Hinblick auf die Gruppe der desinteressierten Väter ist eine Übertragung des gemeinsamen Sorgerechts problematisch, da diese augenscheinlich gerade keine Sorgeverantwortung für das Kind tragen wollen. Aus Gründen des Kindeswohles ist bereits allgemein anerkannt, dass der Zwang eines Elternteils in die elterliche Sorge nicht zielführend ist.¹³⁴ Der Mutter steht in solchen Fällen als Antragsberechtigte jedoch die Möglichkeit offen, den Vater nach § 1626a Absatz 1 Nr. 3, Absatz 2 BGB in die gemeinsame Sorge hineinzudrängen.¹³⁵ Bei einer Bindung der Sorgetragung an die Vaterschaftsanerkennung könne außerdem die fehlende Bereitschaft des Vaters zur gemeinsamen Sorgetragung möglicherweise in der Folge dazu führen, dass Väter weniger freiwillig die Vaterschaft als solche anerkennen würden.¹³⁶ Da das Feststehen der rechtlichen Vaterschaft jedoch die Voraussetzungen für die Durchsetzung von Unterhalts- oder Erbschaftsansprüchen bildet, ist davon

¹³⁰ BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 -, BVerfGE 127, 132-165, Rn. 15 (juris).

¹³¹ BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 -, BVerfGE 127, 132-165, Rn. 16 (juris).

¹³² BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 -, BVerfGE 127, 132-165, Rn. 16, 51 (juris).

¹³³ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 -, BVerfGE 127, 132-165, Rn. 43.

¹³⁴ Vgl. BT-Drucks 17/11048, 16.

¹³⁵ Vgl. BT-Drucks 17/11048, 16; Petzold, SchAZtg 2014, 193 -199, 195.

¹³⁶ BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 -, BVerfGE 127, 132-165, Rn. 45 (juris).

auszugehen, dass in der Folge die Zahl an gerichtlich anhängigen Verfahren zur Feststellung der Vaterschaft nach § 1600d BGB ansteigen würde.¹³⁷

Aufgrund dessen, dass ein uneheliches Kind in ganz unterschiedliche Lebenssituationen hineingeboren werden kann, birgt die Einführung einer generell automatischen Sorgetragung die Gefahr, dass Ausnahme- und Härtefälle nicht ausreichend Beachtung finden und folglich eine Gefährdung des Kindeswohls riskiert wird. So würden selbst gewalttätige und/oder psychisch kranke Väter, die die Kindesmutter im Grenzfall sogar durch eine Vergewaltigung geschwängert, zur Abtreibung gezwungen oder sich während der Schwangerschaft abgewandt haben automatisch die gemeinsame Sorge mit der Mutter erlangen. Die Kindesmutter, oftmals das Opfer in solchen Ausnahmesituationen, ist dadurch jedoch unangemessen benachteiligt, da es anschließend an ihr liegt, die Aufhebung der gemeinsamen Sorge vor dem Familiengericht zu beantragen.¹³⁸

In Reaktion auf die Veröffentlichung des Thesenpapiers der durch das BMJV einberufenen Arbeitsgruppe *„Sorge- und Umgangsrecht, insbesondere bei gemeinsamer Betreuung nach Trennung und Scheidung“* bezog auch der Deutsche Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V.¹³⁹ sowie der Verband alleinerziehender Mütter und Väter (VAMV)¹⁴⁰ Stellung und lehnte die Einführung eines automatischen Sorgerechts für unverheiratete Väter zugunsten der Beibehaltung des derzeitigen Status Quo entschieden ab. So wäre bereits in der 2013 geführten Debatte das automatische Sorgerecht aus guten Gründen abgelehnt worden und seither eingetretene veränderte gesellschaftliche Entwicklungen oder anderslautende wissenschaftliche Erkenntnisse, die Anlass dazu geben diese Diskussion nochmals zu führen, seien nicht ersichtlich.¹⁴¹ Bereits 2018 wurde durch den Bericht zur Evaluierung des Gesetzes zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern *„kein unmittelbarer gesetzgeberischer Handlungsbedarf“* festgestellt.¹⁴²

¹³⁷ BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 -, BVerfGE 127, 132-165, Rn. 45 (juris).

¹³⁸ Vgl. Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V. vom 24.11.2020, S.9, abrufbar unter: https://www.deutscher-verein.de/de/uploads/empfehlungen-stellungnahmen/2020/dv-04-20_reform-sorgerecht.pdf (Abrufdatum: 19.04.2022).

¹³⁹ A.a.O.

¹⁴⁰ Verband alleinerziehender Mütter und Väter vom 21.02.2020, abrufbar unter: https://www.vamv.de/uploads/media/Einschaetzung_VAMV_zu_Thesen_der_AG_Sorge_und_Umgangsrecht.pdf (Abrufdatum: 19.04.2022).

¹⁴¹ Vgl. a.a.O., S. 4.

¹⁴² BT-Drucks 19/1450, 2.

Auch vermittelnde Lösungen, die das automatische Sorgerecht neben dem Etablieren der rechtlichen Elternschaft an weitere Voraussetzungen, wie den gemeinsamen Wohnsitz oder die Anerkennung der Unterhaltsverpflichtung als Zeichen der Kooperationsfähigkeit koppeln, werden teils kritisch betrachtet. Bereits das Bundesverfassungsgericht hielt das alleinige Abstellen auf das Zusammenleben zum Zeitpunkt der Geburt des gemeinsamen Kindes in seiner Entscheidung vom 29.01.2003 ohne eine ausdrücklich nach außen hin geäußerten Willensbekundung der Eltern für nicht ausreichend.¹⁴³ Auch die verlässliche Feststellung eines gemeinsamen Wohnsitzes könnte in der Praxis auf weitreichende Schwierigkeiten stoßen. So bleibt offen, wer und in welchem Umfang die weiteren Voraussetzungen zu prüfen hat. Sind Meldebescheinigungen bereits ausreichend? In diesem Zusammenhang eröffnet die Vorlage einer gemeinsamen Meldebestätigung, als alleinige Voraussetzung zur Etablierung der gemeinsamen Sorge, die Möglichkeit von Manipulationen und Versuchen, diese anderweitig - ohne einen tatsächlichen gemeinsamen Wohnsitz - zu erlangen.¹⁴⁴

Soweit das Entstehen der gemeinsamen Sorge von der Anerkennung einer Unterhaltsverpflichtung durch den Vater abhängig gemacht werden soll, bestehen begründete Zweifel dahingehend, dass die oftmals komplexen unterhaltsrechtlichen Streitfragen die Differenzen um das gemeinsame Sorgerecht weiter belasten würden.¹⁴⁵ So würde diese Verknüpfung insbesondere die Gruppe der Mütter, die durch den Vater des Kindes schwer misshandelt wurden, dazu zwingen mit dem Unterhaltsanspruch für ihr Kind immer auch gleichzeitig die gemeinsame Sorge als notwendige Rechtsfolge herbeiführen zu müssen.¹⁴⁶

b) Argumente die für eine ex-lege-Regelung sprechen

Aus den angeführten Berechnungen¹⁴⁷ lässt sich erkennen, dass bei nichtehelichen Kindern der Anteil von unverheirateten Eltern, die kein gemeinsames Sorgerecht haben, deutlich geringer ist, als der Anteil an unverheirateten Eltern, die durch übereinstimmende Sorgeerklärung oder

¹⁴³ BVerfG, Urteil vom 29.01.2003 – 1 BvL 20/99 -, BVerfGE 107, 150-186, Rn. 56, 65 (juris).

¹⁴⁴ Vgl. BT-Drucks 17/11048, 14.

¹⁴⁵ Vgl. BT-Drucks 17/11048, 14.

¹⁴⁶ Verband alleinerziehender Mütter und Väter vom 21.02.2020, S. 7, abrufbar unter: https://www.vamv.de/uploads/media/Einschaetzung_VAMV_zu_Thesen_der_AG_Sorge_und_Umgangsrecht.pdf (Abrufdatum: 19.04.2022).

¹⁴⁷ Dazu C. I. 2.

Feststellung des Familiengerichts die gemeinsame Sorge erlangen. Ausgehend davon, dass bereits durchschnittlich circa 75 % - Tendenz weiter steigend - der nicht miteinander verheirateten Eltern gemeinsame Sorgeerklärungen abgeben, stellt sich daher die Frage, ob die Ausgestaltung der gemeinsamen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern davon abhängig gemacht werden kann, in welcher Position die Eltern bei Zeugung und/oder Empfängnis des gemeinsamen Kindes und den sich danach anschließenden Lebensumständen gegenüberstehen. Denn wie bereits aus den oben genannten Gründen¹⁴⁸ ersichtlich, ist die Ehe kein geeigneter Anknüpfungspunkt mehr für die Regelungen zum Sorgerecht in der heutigen Gesellschaft. Liebevolle, langandauernde und beständige Partnerschaften sind auch außerhalb einer ehelichen Verbindung möglich. Aufgrund der sehr schnelllebigen Zeit ist ebenfalls nicht auszuschließen, dass auch verheiratete Eltern bereits innerhalb der Schwangerschaft, zum Zeitpunkt der Geburt und kurz danach bereits in Trennung leben.¹⁴⁹ Auftretende schwerwiegende, unüberbrückbare Konflikte, die das Wohl des Kindes beeinträchtigen könnten, sind ebenso innerhalb einer bestehenden Ehe denkbar. Daraus folgt, dass nicht verheirateten Eltern gemeinsam beziehungsweise den unehelichen Vätern allein nicht von Anfang an eine geringere Kompetenz an Fürsorge und Bereitschaft zur gemeinsamen Pflege und Erziehung des Kindes zugemessen werden sollte, als Eheleuten.¹⁵⁰

Bereits 2013 sprach der Gesetzgeber von einem neuen Leitbild, „*dass möglichst eine gemeinsame Sorgetragung erfolgen soll.*“¹⁵¹ Insoweit erkannte der deutsche Gesetzgeber bereits an, dass die dem Kind vorgelebte gemeinsame Sorgeausübung der Eltern von großer Bedeutung für die Entwicklung des Kindes „*zu einer selbstbestimmten, eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit*“ (§ 1 Abs. 1 SGB VIII) ist und insofern die gemeinsame elterliche Verantwortung dem Kindeswohl im Grundsatz am meisten entspricht. Aus Kinderspektive ist es unerheblich, wie die Eltern zum Zeitpunkt der Zeugung oder der Empfängnis zueinanderstanden, ob diese verheiratet waren oder nicht, sodass auch in Sorgerechtsfragen eine Unterscheidung von ehelich und nichtehelich geborenen Kindern, wie es die Sondernorm des § 1626a BGB derzeit noch regelt, unerheblich sein sollte. Bei einer gesetzlichen Neuregelung des

¹⁴⁸ Dazu C. II. 1.

¹⁴⁹ Vgl. Deutscher Anwaltsverein, Stellungnahme vom 29.03.2012 zur gemeinsamen elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, S.4, abrufbar unter: <https://anwaltsverein.de/de/newsroom/id-2012-30> (Abrufdatum: 19.04.2022).

¹⁵⁰ Vorstehende zwei Sätze vgl. Petzold, SchAZtg 2014, 193 -199, 195.

¹⁵¹ BT-Drucks 17/11048, 12.

§ 1626a BGB wäre entsprechend dem Leitbild daher von diesem Grundsatz als Regelfall auszugehen.¹⁵² Sofern in Einzel- und Härtefällen dieser Grundsatz dem Kindeswohl nicht ausreichend gerecht werden sollte, weil der Vater beispielsweise seine elterliche Verantwortung nicht übernehmen will oder kann und eine Einigung der Eltern durch fehlende Kommunikations- und Kompromissbereitschaft nicht herbeigeführt werden kann, schließt die vorgeschlagene ex-lege-Regelung eine Korrekturmöglichkeit nicht aus, sodass dem jeweiligen Elternteil weiterhin die Möglichkeit verbleibt, auf Grundlage des § 1671 BGB eine Korrektur herbeizuführen.¹⁵³

Zur positiven Entwicklung des Kindes trägt im besonderen Maße auch der regelmäßige Kontakt und Umgang mit beiden Elternteilen gleichermaßen bei. So birgt ein Kontaktverlust des Kindes zu einem Elternteil, speziell zum Vater, die Gefahr einer Schädigung der Kindesentwicklung.¹⁵⁴ In diesem Zusammenhang wurde nachweislich festgestellt, dass die Inhaberschaft einer Sorgeberechtigung entscheidenden Einfluss auf die tatsächliche Sorgebereitschaft hat und besonders Väter eher dazu tendieren, den Umgang/Kontakt mit dem Kind unabhängig von der Beziehung zur Kindesmutter dann weiter zu pflegen, wenn sie entsprechend sorgeberechtigt sind. So haben getrenntlebende Elternteile bei gemeinsamer elterlicher Sorge deutlich häufiger Kontakt zu dem gemeinsamen Kind, als bei Alleinsorge des anderen Elternteils.¹⁵⁵ Im Ergebnis kann daher ein automatisches Sorgerecht ex lege dazu beitragen das Kindeswohl zu fördern, indem die Wahrscheinlichkeit des Kontaktabbruchs durch den nicht sorgeberechtigten Elternteil reduziert wird.¹⁵⁶

Das Hauptaugenmerk der vorgeschlagenen ex-lege-Regelung liegt augenscheinlich auf den zur Sorge geeigneten und interessierten jedoch passiven Vätern. Diese Gruppe an Vätern stellt aus Rücksicht zu Kind und Mutter die eigenen, grundrechtlich übertragenen Elternrechte hinter Streitigkeiten mit der Mutter und möglichen Auseinandersetzungen vor Gericht zurück. Durch eine ex-

¹⁵² Vgl. Deutscher Anwaltsverein, Stellungnahme vom 15.05.2012 zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern, S. 4, abrufbar unter: <https://anwaltsverein.de/de/newsroom/id-2012-45> (Abrufdatum: 19.04.2022).

¹⁵³ Vgl. a.a.O.

¹⁵⁴ Vgl. Heiderhoff, JZ 2013, 82-88, 83 m. w. N.; Petzold, SchAZtg 2014, 193 -199, 194f.

¹⁵⁵ Vgl. BVerfG, Urteil vom 29. Januar 2003 – 1 BvL 20/99 –, BVerfGE 107, 150-186, Rn. 60 (juris): „*die gemeinsame Sorge kann zur Verstärkung der Eltern-Kind-Beziehung beitragen*“; Röthel, JZ 2018, 803 -810, 804; Schumann, Gutachten B zum 72. DJT 2018, B 21.

¹⁵⁶ Vgl. Heiderhoff, JZ 2013, 82-88, 83f.; Petzold, SchAZtg 2014, 193-199, 194f.

lege-Regelung würden Väter, die aus der Motivation heraus handeln eine gerichtliche Eskalation zum Wohle des Kindes zu vermeiden, also durch ihr Handeln das Kindeswohl über eigene Interessen stellen, bereits von vornherein in die gemeinsame Sorge einbezogen werden.¹⁵⁷

Daneben ist nicht außer Acht zu lassen, dass durch einen Automatismus ohne Anknüpfung an weitere Voraussetzungen die Regelung des § 1626a Absatz 1 Nr. 3 BGB, wonach übereinstimmende Sorgeerklärungen zur Erlangung des gemeinsamen Sorgerechts abzugeben sind, entfallen würde. Der Wegfall des zusätzlichen Verwaltungsaufwandes und den erforderlichen Belehrungen in der Rechtspraxis könnte für die Beteiligten und die Behörden, insbesondere für das Jugendamt und das Gericht, eine enorme Erleichterung darstellen.

Der vermittelnden Lösung, die das Entstehen der gemeinsamen Sorge kraft Gesetzes an die weitere Voraussetzung des gemeinsamen Wohnsitzes der Eltern als Einschränkung der ex-lege-Regelung knüpft, kann außerdem entgegengehalten werden, dass Anhaltspunkte dafür, dass unverheiratete Eltern, die nicht zusammenleben weniger kooperationsfähig wären als Eltern mit einem gemeinsamen Wohnsitz, nicht vorliegen.¹⁵⁸ So kann bei nicht verheirateten Eltern, die beispielsweise aufgrund der örtlichen Distanz ihrer Arbeitsstätten eine Fernbeziehung führen und daher gezwungenermaßen keinen gemeinsamen Wohnsitz haben können, nicht grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass diese weniger geeignet sind das gemeinsame Sorgerecht auszuüben, als solche mit gemeinsamen Wohnsitz.

3. Auswertung der Abwägungsargumente und abschließende Bewertung zum Reformbedarf

Die geleistete Arbeit der durch das BMJV einberufenen Arbeitsgruppe zum Sorge- und Umgangsrecht sorgte innerhalb der geführten Debatten zu weiterem Diskussionsstoff und rückte den Reformbedarf wieder in den gesetzgeberischen Fokus. Im Ergebnis kann aus den erarbeiteten Thesen eine deutliche Stärkung der Rechte von nicht mit der Mutter verheirateten Vätern gesehen werden, die dem Grundgedanken des Artikel 6 Absatz 2 GG entsprechend Rechnung trägt.

¹⁵⁷ Vorstehender Absatz vgl. Heiderhoff, JZ 2013, 82-88, 86; Petzold, SchAZtg 2014, 193-199, 197.

¹⁵⁸ Vgl. Ernst, DRiZ 2018, 302-305, 303f.

Bedauerlicherweise wurden zu den vorgeschlagenen Thesen sowie dem Reformbedarf, den Reformzielen und deren Umsetzung keine detaillierten und weiterführenden Begründungen vorgetragen. Insbesondere zu den für die Praxis relevanten und häufig vorkommenden Härtefällen, in denen sich Eltern ohne Kommunikationsbereitschaft unversöhnlich gegenüberstehen, wurde kaum Stellung bezogen oder gar Alternativkonzepte vorgeschlagen. Eine Einschätzung und Auswertung des Reformvorschlages kann daher lediglich auf Grundlage der entwickelten Thesen sowie ausgewählten Stellungnahmen diesbezüglich vorgenommen werden.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist die den Eltern nach Artikel 6 Absatz 2 Satz 1 GG ohne Differenzierung gleichermaßen zugewiesene Sorgeverantwortung über das gemeinsame minderjährige Kind. Lediglich das Wohl des Kindes dient dem Staat in Ausübung seines Wächteramtes nach Artikel 6 Absatz 2 Satz 2 GG als Rechtfertigungs- und Legitimationsgrund einschränkender Maßnahmen. Allein das Kindeswohlprinzip als solches hat daher den Maßstab und Anknüpfungspunkt für die Frage des Sorgerechts zu bilden. Die gemeinsame elterliche Verantwortung sollte daher nicht (mehr) vom Familienstand der rechtlichen Eltern oder „*geschlechtsspezifischen Vermutungen*“¹⁵⁹ abhängig gemacht werden. Vielmehr gebietet das Kindeswohl die grundsätzliche Gewährleistung der beiderseitigen elterlichen Sorge, sodass im Regelfall sowohl Mutter als auch Vater gleichermaßen die elterliche Sorge auszuüben haben und Verantwortung gemeinsam tragen. Soweit dieser Grundsatz dem Kindeswohl jedoch nicht entspricht, ist das Kind vor nicht sorgegeeigneten Vätern als auch nicht sorgegeeigneten Müttern gleichermaßen zu schützen.¹⁶⁰

Nach den durchgeführten Berechnungen für das Berichtsjahr 2018 entschieden sich unverheiratete Eltern bereits bei rund drei Viertel der nichtehelich geborenen Kinder für die gemeinsame Sorge durch freiwillige Abgabe übereinstimmender Sorgeerklärungen beim Jugendamt. Aufgrund der Anpassung an veränderte Lebenswirklichkeiten stieg der Anteil an unverheirateten Eltern, die gemeinsame Sorgeerklärungen abgeben in den letzten Jahren kontinuierlich an. So lag im Jahr 2004 dieser Anteil noch bei rund 45%,¹⁶¹ im Jahr 2016 bereits bei rund 70 %.¹⁶² Für die 8,63 % der im Berichtsjahr 2018 geborenen Kinder, deren unverheiratete

¹⁵⁹ Coester, NJW 2010, 482-485, 484.

¹⁶⁰ Vgl. a.a.O.

¹⁶¹ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 -, BVerfGE 127, 132-165, Rn. 24 (juris).

¹⁶² Vgl. Schumann, Gutachten B zum 72. DJT 2018, B 20, dort Fn. 68.

Eltern kein gemeinsames Sorgerecht haben, wird für den Großteil davon vermutet, dass diese die Abgabe von Sorgeerklärungen nicht aus Kindeswohlbezogenen Gründen verweigern, sondern aufgrund fehlender Informationen oder Desinteresse gegenüber dem Thema „gemeinsames Sorgerecht“ und den daraus resultierenden Rechtsfolgen.¹⁶³ Diese Vermutung wird durch die stetig steigende Anzahl an abgegebenen Sorgeerklärungen gestützt, weil augenscheinlich immer bessere Aufklärung zu diesem Thema, wie etwa Beratungen der Jugendämter, geleistet wird.

Da immer mehr unverheiratete Eltern Sorgeerklärungen freiwillig abgeben, ist umso wahrscheinlicher, dass der Anteil an Eltern, die aus schwerwiegenden Gründen keine Erklärungen abgeben, desto geringer ist. Ein Automatismus, der das Entstehen der gemeinsamen Sorge an die Etablierung der rechtlichen Vaterschaft anknüpft, kann daher für die große Mehrheit der unverheirateten Eltern, die bereits jetzt konfliktfrei das gemeinsame Sorgerecht durch übereinstimmende Sorgeerklärungen herbeiführen,¹⁶⁴ bedenkenlos befürwortet werden. Für das zuständige Jugendamt und das Familiengericht würde eine solche automatische Sorge außerdem eine erhebliche Entlastung an Verwaltungsaufwand mit sich bringen.

Soweit sich der Gesetzgeber weiterhin vor der Einführung einer ex-lege-Regelung scheut, könnte zumindest eine Regelung, die dem nicht verheirateten, rechtlich bereits festgestellten Kindesvater die Möglichkeit eröffnet durch einseitige Sorgeerklärung gegenüber dem Jugendamt das gemeinsame Sorgerecht ohne Zutun der Mutter oder des Gerichts zu erlangen, die Rechte der unehelichen Väter maßgeblich stärken. Die Erklärung könnte ähnlich wie die Erklärung zur Vaterschaftsanerkennung ausgestaltet werden. Dem Kindeswohl entsprechend würde dem unverheirateten Vater gleichzeitig, im Gegensatz zu einer automatischen ex-lege-Regelung, vor dem Jugendamt, das in diesem Zuge über die Rechte und Pflichten bei gemeinsamer elterlicher Sorge zu belehren hat, tatsächlich und ausdrücklich eine Erklärung in Kenntnis der Rechtsfolgen abgeben. Eine solche Regelung würde dem Leitbild des Artikel 6 Absatz 2 Satz 1 GG ausreichend Rechnung tragen, da sich die interessierten und

¹⁶³ Vgl. Röthel, JZ 2018, 803 -810, 804 m. w. N.

¹⁶⁴ Vgl. Röthel, JZ 2018, 803 -810, 804f. m. w. N.

sorgewilligen Väter quasi selbst aus der Gesamtheit herausfiltern und ein unbürokratischer Anreiz zum eigenen Tätigwerden geschaffen wird.¹⁶⁵

Durch die im aktuellen Koalitionsvertrag vorgeschlagene Gesetzesnovellierung des Familienrechts sollen die Rechte des Vaters, der mit der Mutter einen gemeinsamen Wohnsitz hat, weiter gestärkt werden. Der Vorschlag lässt jedoch offen, wann die gemeinsame Sorge nach dem Widerspruch der Mutter tatsächlich zur Entstehung gelangen soll. Soweit der durch die Kindesmutter eingelegte Widerspruch auf die Erklärung des unehelichen Vaters dazu führt, dass die gemeinsame elterliche Sorge erst mit familiengerichtlicher Entscheidung entsteht, würde es faktisch dennoch bei einer stärkeren Position der Mutter verbleiben. Entsteht jedoch trotz des Widerspruchs der Mutter zunächst die gemeinsame elterliche Sorge bis zu einer endgültigen gerichtlichen Entscheidung, wäre bei einer solchen rechtlichen Ausgestaltung positiv festzustellen, dass die originäre gemeinsame Sorgetragung bereits durch einseitige Erklärung des Vaters unabhängig vom Willen der Mutter oder einer Entscheidung des Familiengerichts zunächst zur Entstehung gelangen könnte. Durch eine solche Reformierung des § 1626a BGB würde dem Vater erstmalig die Möglichkeit zugesprochen werden, die Mitsorge allein auf Grundlage seiner Willensbekundung, unabhängig etwaiger Zustimmungen oder Feststellungen durch das Gericht zu erlangen.

D. Schlusswort

Eine Reform des Sorgerechts entlang der geschilderten historischen Entwicklungslinien wird zur Stärkung der väterlichen Teilhabe am Sorgerecht des außerehelich geborenen Kindes für erforderlich gehalten.

Eine Gesetzesnovellierung ist nur dann erfolgversprechend, wenn sie eine umfassende Antwort auf die unterschiedlichsten Fallkonstellationen findet und den Schutz aller Beteiligten, besonders jedoch des Kindes, gewährleistet. Es müssen daher in besonderem Maße anpassungsfähige Regelungen geschaffen werden, die der Vielfalt an Lebens- und Familienverhältnissen unehelicher Eltern und ihren Kindern Rechnung tragen und Ausnahme- beziehungsweise Härtefälle ebenso wie den Regelfall abdecken.

¹⁶⁵ Vgl. Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstags, ZKJ 2011, 130-133: „positive Selbstauslese der Väter“.

Die oftmals emotionalen Diskussionen zeigen, dass einige der vorgeschlagenen Reformansätze und Lösungskonzepte nicht nur Bestätigung und Zuspruch erfahren. Aus den aufgezeigten Entwicklungen und den bereits vorgenommenen gesetzgeberischen Neuregelungen wird jedoch auch ersichtlich, dass eine weitgehendere Reform des Sorgerechts bisherige Auffassungen nicht vollständig durcheinanderbringen wird. Vielmehr lehrt ein Blick auf die Rechtsordnungen innerhalb Europas, dass bereits eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten vorhanden und durchaus praktikabel sind. Es geht nicht um eine vollständige Erneuerung des bisher geltenden Rechts, sondern um die Weiterentwicklung und Anpassung an veränderte Lebenswirklichkeiten, denn schließlich gehören Reformen zum Fortschritt der gesellschaftlichen Ordnung dazu.

Da die Grundstrukturen und Leitgedanken einer Reform, welche im Übrigen bereits in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁶⁶ Anklang finden, gelegt sind, ist das „Ob“ einer Reform der sorgerechtlichen Regelungen außer Frage gestellt. Das „Wann“ einer grundlegenden Reform bleibt jedoch weiterhin fraglich. So zeigt bereits der historische Rückblick, dass der deutsche Gesetzgeber Reformen innerhalb des sensiblen Systems des Familienrechts eher zurückhaltend vorgenommen hat. Denn wie bereits die ehemalige Bundesjustizministerin Frau Lambrecht verdeutlichte: „*Gründlichkeit geht hier vor Schnelligkeit*“,¹⁶⁷ geht der deutsche Gesetzgeber, wie bereits festgestellt, bei Änderungen der Regelungen zum Familien- beziehungsweise Sorgerecht eher zögerlich vor.

Es bleibt daher weiterhin abzuwarten, wann der Gesetzgeber auf die geführten Diskussionen, speziell auf die aktuellsten Reformvorschläge der amtierenden Regierung reagiert und inwieweit diese Vorhaben tatsächlich in der aktuellen Legislaturperiode umgesetzt werden.

Eine grundlegende und zeitnahe Reform ist allenfalls wünschenswert.

¹⁶⁶ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 -, BVerfGE 127, 132-165.

¹⁶⁷ Deutscher Anwaltsverlag (Bonn), FF 2020, 470-471, 470.

Anhang

Anlage 1: E-Mail Korrespondenz mit Rechtsanwältin Eva Becker

13.05.22, 16:51

Gmail - Anfrage Diplomarbeit Material



Anne Schmiedel <anne.schmiedel99@gmail.com>

Anfrage Diplomarbeit Material

Anne Schmiedel <anne.schmiedel99@gmail.com>
An: becker@junggeburth-becker.de

18. Februar 2022 um 16:34

Sehr geehrte Frau Becker,

ich habe Ende letzten Jahres mein Studium an der Fachhochschule in Meißen im Fachbereich "Rechtspflege" erfolgreich abgeschlossen. Nunmehr haben wir die Möglichkeit eine Diplomarbeit zu einem Thema unserer Wahl zu schreiben. Nach langer Suche habe ich mich für eine Thema aus dem Bereich des Familienrechts entschieden, dass lautet: „Nichteheliche Kinder und das Sorgerecht des Vaters - Entwicklungslinien und Ausblick“. Wie das Thema bereits ankündigt, möchte ich in meiner Diplomarbeit das Sorgerecht der Väter nichtehelicher Kinder genauer betrachten. Den Schwerpunkt möchte ich insbesondere auf vorhandene „Schwachstellen“ und die möglicherweise daraus resultierende Reformbedürftigkeit legen und darüber aus verschiedenen Blickwinkeln diskutieren.

Im Rahmen meiner Literaturrecherche bin ich unter Anderem auf das Thesenpapier der Arbeitsgruppe „Sorge- und Umgangsrecht, insbesondere bei gemeinsamer Betreuung nach Trennung und Scheidung“ gestoßen, an deren Entstehung und Ausarbeitung Sie maßgeblich beteiligt waren. Interessant für mich war in diesem Zusammenhang insbesondere die These 13, in deren den Eltern bereits mit Anerkennung der rechtlichen Elternschaft ein gemeinsames ("automatisches") gemeinsames Sorgerecht zuerkannt werden soll. Hierauf möchte ich in meiner Arbeit besonders eingehen. Aus diesem Grund frage ich höflichst an, ob etwaig der Arbeitsgruppe bzw. Ihnen als Mitglied dieser zur Verfügung stehende Literatur/Stellungnahmen oder möglicherweise sogar die Ausarbeitungen, aufgrund derer die vorgenannten Thesen erarbeitet werden konnten, mir in Auszügen zur Verfügung gestellt werden könnten, um als weitere Grundlage für eine entsprechende Diskussion dienen zu können. Für eine Zurverfügungstellung wäre ich äußerst dankbar.

Mit freundlichen Grüßen
Anne Schmiedel



Anne Schmiedel <anne.schmiedel99@gmail.com>

Anfrage Diplomarbeit Material

Eva Becker <becker@junggeburch-becker.de>
An: Anne Schmiedel <anne.schmiedel99@gmail.com>

22. Februar 2022 um 14:15

Sehr geehrte Frau Schmiedel,

ein bißchen Text sollte es zu meiner vorschnell versandten E-Mail schon noch geben 😊.

Also:

Wir haben in der Expertengruppe keine Dokumente zuvor oder währenddessen erarbeitet. Stattdessen haben alle Beteiligten aus ihrem Fachbereich Wissen und Vorarbeit eingebracht. Dazu finden Sie als Beispiel für den DAV im Anhang dessen Stellungnahme, die bereits aus dem Jahr 2012 (!) datiert und in der bereits die "automatische" Etablierung der elterlichen Sorge bei Anerkennung und gerichtlicher Feststellung der Vaterschaft vorgesehen ist.

An dieser Haltung des DAV hat sich seit dem nichts geändert.

In These 13 ist zudem nicht bloß die Anerkennung im Rechtssinne gemeint. Es heißt dort: Mit Etablierung der rechtlichen Elternschaft soll die elterliche Sorge den Eltern gemeinsam zustehen.

Die rechtliche Elternschaft kann auf verschiedenen Wegen etabliert werden. Gemeint ist hier, weil es das so noch nicht gibt, die Anerkennung und die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft.

Dieses Verständnis der These findet seinen Ausdruck auch hier: https://www.bmj.de/SharedDocs/Artikel/DE/2019/102919_AG_SorgeUndUmgangsrecht.html

wenn es heißt:

"Die elterliche Sorge soll den rechtlichen Eltern eines Kindes von Anfang an gemeinsam zustehen."

Die Reformüberlegungen fußen - neben vielen anderen Aspekten - auch darauf, dass möglichst viele Eltern in die gemeinsame Sorge für ein Kind gelangen, was nur dann realisiert wird, wenn die gemeinsame Sorge auch Folge einer Anerkennung und Vaterschaftsfeststellung ist. Die ehemalige Bundesjustizministerin hatte in der Folge dann einen Gesetzentwurf angekündigt, der zumindest nach Anerkennung die automatische Etablierung der gemeinsamen elterlichen Sorge vorsah. Das wäre ein erster Schritt, enthielte aber nach wie vor das Zustimmungsbedürfnis der Mutter, dessen es im Falle einer Anerkennung bedarf, wäre meines Erachtens also nicht hinreichend.

Ich hoffe Ihnen mit diesen Ausführungen ein bißchen weiter geholfen zu haben und wünsche der Arbeit einen guten Verlauf.

Mit freundlichen Grüßen

Eva Becker
Rechtsanwältin

-----Ursprüngliche Nachricht-----

Von: Eva Becker
Gesendet: Dienstag, 22. Februar 2022 13:27
An: Anne Schmiedel <anne.schmiedel99@gmail.com>
Betreff: AW: Anfrage Diplomarbeit Material

[Zitierter Text ausgeblendet]

 **DAV-SN2012-30KindschaftsR-ohne-Logo.pdf**
21K

Literaturverzeichnis

Arbeitsgruppe „Sorge- und Umgangsrecht, insbesondere bei gemeinsamer Betreuung nach Trennung und Scheidung“ im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV), Thesenpapier vom 29.10.2019, FamRZ 2019, 1986-1988.

Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung, Ehelich beziehungsweise nichtehelich Lebendgeborene und Nichtehelichenquote in Deutschland (1872-2019), abrufbar unter: <https://www.bib.bund.de/Permalink.html?id=1217794> (Abrufdatum: 20.05.2022).

Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung, Nichtehelichenquote für West- und Ostdeutschland (1946-2019), abrufbar unter: <https://www.bib.bund.de/Permalink.html?id=1217620> (Abrufdatum: 20.05.2022).

Coester, Michael, Sorgerechtliche Impulse aus Straßburg, NJW 2010, 482-485.

Coester, Michael, Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern, FamRZ 2012, 1337-1344.

Deutscher Anwaltsverein (Hrsg.), Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Familienrechtsausschuss zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern, BMJ-Aktenzeichen: I A 2 – 3473/7-14-12 279/2012, Stellungnahme Nr. 45/2012 vom 15.05.2012, abrufbar unter: <https://anwaltverein.de/de/newsroom/id-2012-45> (Abrufdatum: 19.04.2022).

Deutscher Anwaltsverein (Hrsg.), Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Familienrechtsausschuss zur gemeinsamen elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, Stellungnahme Nr. 30/2012 vom 29.03.2012, abrufbar unter: <https://anwaltverein.de/de/newsroom/id-2012-30> (Abrufdatum: 19.04.2022).

Deutscher Anwaltsverlag (Bonn), Interview mit Bundesjustizministerin Christine Lambrecht, FF (Forum Familienrecht) 2020, 470-471.

Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V., Vorstand: Michael Löher (Hrsg.), Empfehlungen des Deutschen Vereins für eine Reform des Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrechts vom 24.11.2020, abrufbar unter: https://www.deutscher-verein.de/de/uploads/empfehlungen-stellungnahmen/2020/dv-04-20_reform-sorgerecht.pdf (Abrufdatum: 19.04.2022).

Dürbeck, Werner, Das Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern aus Sicht der Praxis, ZKJ (Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe) 2013, 330-335.

Ernst, Rüdiger, Gemeinsame Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung, DRiZ (Deutsche Richterzeitung) 2018, 302-305.

Eurostat: Live births outside marriage, selected years 1960-2019 (share of total live births, %), Stand: 12.05.2021, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Live_births_outside_marriage,_selected_years,_1960-2019_\(share_of_total_live_births,_%25\)_May_2021.png#file](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Live_births_outside_marriage,_selected_years,_1960-2019_(share_of_total_live_births,_%25)_May_2021.png#file) (Abrufdatum: 24.03.2022).

Finger, Peter / Daschenko, Hanna, Zur Neuregelung des Sorge- und Umgangsrechts für nichteheliche Eltern/nichteheliche Kinder, FuR (Familie und Recht) 2013, 558-563.

Frank, Rainer, Neues zur elterlichen Sorge für nichteheliche Kinder, StAZ (Das Standesamt) 2013, 269-275.

Greßmann, Michael, FamRZ-Buch 6, Neues Kindschaftsrecht, Bielefeld, 1998.

Hammer, Stephan, Entwicklungslinien im Sorge- und Umgangsrecht bei Getrenntleben der Eltern, FamRZ 2021, 905-917.

Heiderhoff, Bettina, Gemeinsame Sorge unverheirateter Eltern – wird endlich alles gut?, JZ (Juristenzeitung) 2013, 82-88.

Huber, Peter / Antomo, Jennifer, Die Neuregelung der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, FamRZ 2012, 1257-1265.

Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstages (Hrsg.), Stellungnahme zur aktuellen Reformdiskussion „Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern“ (22. Februar 2011), ZKJ (Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe) 2011, 130-133.

Kinderrechtskommission des Deutschen Familiengerichtstages e.V. und Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht e.V. (Hrsg.), Stellungnahme zum Referentenentwurf (RefE) eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts vom 28.03.2012, ZKJ (Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe) 2012, 263-266.

Lack, Katrin, Ein Jahr Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, FamRZ 2014, 1337-1347.

Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V. (Hrsg.), Familie ohne Trauschein – Während uneheliche Geburten in Westeuropa Normalität werden, geht ihr Anteil in Osteuropa zurück, Stand: 20.04.2016, abrufbar unter: <https://www.mpg.de/10449696/uneheliche-kinder-europa> (Abrufdatum: 24.03.2022).

Max-Planck-Institut für demografische Forschung (Hrsg.), Nichteeliche Geburten: Deutschland auf Dauer geteilt, Stand: 24.07.2014, abrufbar unter: https://www.demogr.mpg.de/de/news_events_6123/news_pressemitteilungen_4630/presse/nichteeliche_geburten_deutschland_auf_dauer_geteilt_3771 (Abrufdatum: 24.03.2022).

Petzold, Julia, Die Sorgeberechtigung nichtehelicher Eltern, SchAZtg (Schiedsamszeitung) 2014, 169-177.

Petzold, Julia, Die Sorgeberechtigung nichtehelicher Eltern, Teil 2, SchAZtg (Schiedsamszeitung) 2014, 193-199.

Presse- und Informationsamt der Bundesregierung, Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, 2021, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/04221173eef9a6720059cc353d759a2b/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1> (Abrufdatum: 12.04.2022).

Röthel, Anne, Das Recht der Elternverantwortung – Konzeption, Organisation, Strukturierung, JZ (Juristenzeitung) 2018, 803 – 810.

Schleicher, Hans / Nothhafft, Susanne, Elterliche Sorge Teil 2: Was bedeutet und umfasst elterliche Sorge eigentlich?, Stand: 31.10.2016, abrufbar unter: <https://www.familienhandbuch.de/familie-leben/recht/ehe-familie/ElterlicheSorgeBedeutung.php> (Abrufdatum: 20.03.2022).

Schumann, Eva, Gemeinsam getragene Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung – Reformbedarf im Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrecht?, Gutachten B zum 72. Deutschen Juristentag, München 2018.

Statistisches Bundesamt (Destatis), Daten der Lebendgeborenen, Totgeborenen, Gestorbenen und der Gestorbenen im 1. Lebensjahr, Stand: 28.04.2022, abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Geburten/Tabellen/lebendgeborene-gestorbene.html> (Abrufdatum: 29.04.2022).

Statistisches Bundesamt (Destatis), Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe 2018, erschienen am 31.07.2019, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Adoptionen/Publikationen/Downloads/pflege-vormund-beistandschaft-pflegeerlaubnis-5225202187004.pdf?__blob=publicationFile (Abrufdatum: 22.04.2022).

Staudinger, Julius von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, BGB, Buch 4, Familienrecht,

- §§ 1589–1600d (Abstammung), Neubearbeitung 2011, Berlin;
- §§ 1626–1632, RKEG (Elterliche Sorge – Inhalt und Inhaberschaft), Neubearbeitung 2020, Berlin.

Verband alleinerziehender Mütter und Väter (Hrsg.), Einschätzung des am 29. Oktober 2019 veröffentlichten Thesenpapiers der Arbeitsgruppe „Sorge- und Umgangsrecht, insbesondere bei gemeinsamer Betreuung nach Trennung und Scheidung“ des BMJV vom 21.02.2020, abrufbar unter: https://www.vamv.de/uploads/media/Einschaetzung_VAMV_zu_Thesen_der_AG_Sorge-_und_Umgangsrecht.pdf (Abrufdatum: 19.04.2022).

Eidesstattliche Versicherung

Ich, Anne Schmiedel, versichere hiermit an Eides statt, dass ich die vorliegende Diplomarbeit selbstständig und ohne Benutzung anderer als der angegebenen Hilfsmittel angefertigt habe. Quellen oder indirekt übernommene Gedanken habe ich als solche kenntlich gemacht. Die Arbeit wurde bisher weder in gleicher noch ähnlicher Form einer anderen Prüfungsbehörde vorgelegt.

Die gedruckte und die digitalisierte Form der Diplomarbeit sind identisch.

Bautzen, den 23.05.2022



Anne Schmiedel