Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2012

Macht im Zivilrecht

Berliner Tagung
5.–8. September 2012

Für die Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler e. V.
herausgegeben von

Matti Hauer
Lena Rudkowski
Paul Gooren
Melanie Lahr
Jana Oestreich
Moritz Renner
Sabine Schmidt
Alexander Schreiber

BOORBERG

Die Rechte des biologischen Vaters – Verschiebung der Machtverhältnisse in der Familie?

Constanze Janda

Inhalt

I. **Der biologische Vater im BGB** 324
1. Rechtshistorischer Hintergrund 324
2. Tatbestände der Vaterschaft nach § 1592 BGB 326
   a) Anerkennung der Vaterschaft durch den biologischen Vater 326
   b) Anfechtung der rechtlichen Vaterschaft durch den biologischen Vater 327
3. Das Sorgerecht des leiblichen Vaters, § 1626a BGB 328
4. Das Umgangsrecht des leiblichen Vaters, § 1685 BGB 329

II. **Grund- und menschenrechtliche Dimensionen des Familienlebens** 330
1. Völkerrechtliche Vorgaben mit familienrechtlichem Bezug . . . 330
2. Familienrechtliche Gewährleistungen des Grundgesetzes 331
   a) Das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG 332
   b) Der biologische Vater als Träger des Elternrechts 332
   c) Besondere Gleichstellungsgebote mit familienrechtlichem Bezug 333

III. **Neuordnung der elterlichen Sorge unverheirateter Eltern** 334
1. Das Konsensmodell in der Rechtsprechung 334
2. Der Entwurf zur Neuordnung der gemeinsamen Sorge 336
3. Gemeinsame Sorge gegen den Willen eines Elternteils? 337
   a) Objektive Erfordernisse des Kindeswohls 338
   b) Die Antragslösung und das Misstrauen gegen den Vater . . 341
   c) Der Streit um die gemeinsame Sorge und seine Auswirkungen auf das Wohl des Kindes 343

IV. **Neuordnung der Machtverhältnisse in der Familie?** 345

Das Familienrecht befindet sich im Umbruch. Diesem ist ein Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse und Konventionen vorangegangen, im Zuge dessen Väter verstärkt Bereitschaft zeigen, sich aktiv an der Pflege und Erziehung ihrer Kinder zu beteiligen. Die Rolle der Mutter als einzige oder wichtigste dem Kindeswohl dienliche Bezugsperson wird in Frage gestellt. Über die gesamtgesellschaftlichen Bezüge hinaus spiegelt der Streit um die

Sorge für das Kind das individuelle innerfamiliäre Rollengefüge wider. Nicht selten wird das Kind im Machtkampf zwischen den Eltern instrumentalisiert, um die erlittenen Zurückweisungen aus der gescheiterten Beziehung in der Auseinandersetzung um rechtliche Positionen zu kompensieren. Die im BGB niedergelegte Rechtslage zur Rechtsstellung des biologischen Vaters ist derzeit teilweise suspendiert. Mehrere Entscheidungen des BVerfG, insbesondere aber des EGMR, zwingen den Gesetzgeber zu einer Neuregelung.

I. Der biologische Vater im BGB

Mutter eines Kindes ist nach § 1591 BGB die Frau, die es geboren hat. Das BGB folgt damit einer biologischen Zuschreibung – unabhängig von der genetischen Abstammung des Kindes von dieser Frau.[1] Anders als die durch Schwangerschaft und Geburt dokumentierte Mutterschaft, steht die Vaterschaft weitaus weniger sicher fest. Es bedarf daher rechtlicher Regelungen, die einem Mann eindeutig die rechtliche Verantwortung für ein Kind zuweisen.[2] Die „bürgerliche Familie", bestehend aus einem Ehepaar und den aus der Ehe hervorgegangenen Kindern, verliert insofern ihre (rechts)tatsächliche Bedeutung, werden doch immer mehr Kinder in nichteheliche Lebensgemeinschaften hineingeboren. Die Elternschaft zergliedert sich dadurch in unterschiedliche Aspekte – die biologische, rechtliche und soziale Elternschaft. Während Erstere auf der Abstammung basiert, bezieht sich Letztere auf die tatsächliche Übernahme von Verantwortung und Sorge für ein Kind. Die rechtliche Elternschaft bezeichnet dagegen die Zuordnung der im BGB niedergelegten Rechte und Pflichten von Eltern. Die verschiedenen Arten der Elternschaft werden nicht (mehr) notwendig von identischen Personen ausgeübt.[3]

1. Rechtshistorischer Hintergrund

Bei Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches war ein Vater mit seinem – damals so genannten: unehelichen – Kind nicht verwandt, § 1589 Abs. 2 BGB a. F. Sofern mit den damaligen medizinisch-technischen Möglichkeiten die Vaterschaft zweifelsfrei festgestellt werden konnte, war er zur Leistung von Unterhalt verpflichtet, bis das Kind das 16. Lebensjahr vollendet hatte, § 1708 BGB a. F. Darüber hinaus trafen ihn keinerlei Verpflichtungen, ja nicht einmal das Recht zur Sorge für oder zum Umgang mit dem Kind.

1 Biologische und genetische Mutterschaft fallen bei der in Deutschland verbotenen Leihmutterschaft auseinander, dazu auch *L. Vaskovics* in G. Burkhart, Zukunft der Familie, 2009, S. 273; *M. Wellenhofer* in MünchKomm, § 1591 BGB, Rn. 9.

2 Vgl. nur *K. Plett* in M. Koreuber/U. Mager, Recht und Geschlecht, S. 111; *J. Gernhuber/D. Coester-Waltjen*, Familienrecht, 2006, S. 580 f.

3 *L. Vaskovics* in G. Burkhart, Zukunft der Familie, 2009, S. 269.

Das Gesetz gab das Modell des Zahlvaters für außerehelich geborene Kinder vor.[4] Die seinerzeit so genannte „elterliche Gewalt" stand nicht etwa der Mutter zu. Diese war lediglich zur Personensorge berechtigt, während die Vermögenssorge, namentlich die Vertretung des Kindes, einem Amtsvormund oblag, § 1707 BGB a. F.[5]

Erst nachdem das BVerfG[6] die mangelnde Umsetzung des Gleichstellungsgebots für nichteheliche Kinder aus Art. 6 Abs. 5 GG gerügt hatte, sah sich der Gesetzgeber zu einer Neuregelung veranlasst. Mit dem Nichtehelichengesetz[7] wurde Anfang der 1970er Jahre die rechtliche Verwandtschaft zwischen Vater und Kind etabliert. Die elterliche Sorge war zwar weiterhin von einem amtlich bestellten Pfleger auszuüben, wurde aber der Mutter zugewiesen, §§ 1705, 1706 BGB a. F. Mit Einverständnis der Mutter war dem Vater die Möglichkeit zum Umgang mit dem Kind eingeräumt. Stellte das Vormundschaftsgericht fest, dass der Umgang mit dem Vater dem Kindeswohl dient, konnte dieses anstelle der Mutter das Einverständnis zum Umgang erteilen.[8] Weitere zehn Jahre später wurde mit dem Sorgerechtsänderungsgesetz[9] dem unverheirateten Vater ein vom Willen der Mutter unabhängiges Recht zum persönlichen Umgang mit seinem Kind eingeräumt, § 1634 BGB a. F. Die Kindschaftsrechtsreform 1998[10] unternahm schließlich eine Neuordnung der rechtlichen Beziehungen in Lebensgemeinschaften mit Kindern, mit der die Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder erzielt werden sollte. Zum einen ordnete der Gesetzgeber, angestoßen durch ein Urteil des BVerfG, welches die Rechte geschiedener Eltern aus Art. 6 Abs. 2 GG durch die ausschließlich mögliche Alleinsorge eines Elternteils verletzt sah,[11] den Fortbestand der gemeinsamen Sorge bei der Trennung verheirateter Eltern an. Auch unverheiratete Eltern konnten nunmehr die gemeinsame Sorge erlangen, allerdings nur unter der in § 1626a BGB verankerten Voraussetzung, dass beide Eltern einvernehmlich eine entsprechende Sorgeerklärung abgeben. Auch diese Neuregelung beruhte auf einem Urteil des BVerfG, welches festgestellt hatte, dass auch dem nichtehe-

4 *L.-M. Peschel-Gutzeit*, Streit 2010, 147; *J. Gernhuber/D. Coester-Waltjen*, Familienrecht, 2006, S. 564; allgemein zur historischen Entwicklung *K. Plett* in M. Koreuber/U. Mager, Recht und Geschlecht, S. 113 ff; *K. Kostka*, Im Interesse des Kindes, 2004, S. 7 ff; *K. Klein*, Der Fall Görgülü, 2010, S. 404 ff.

5 *U. Lembke*, JURA 2011, 937, 938 sieht darin eine Sanktion für den nach damaligen Maßstäben „unsittlichen Lebenswandel" der unverheirateten Mutter.

6 BVerfGE 25, 167, 191 f.

7 Gesetz über die rechtliche Stellung des nichtehelichen Kindes vom 19.8.1969, BGBl. I 1243.

8 *L.-M. Peschel-Gutzeit*, Streit 2010, 147, 148 f; *L. Vaskovics/H. Rost/M. Rupp*, Lebenslage nichtehelicher Kinder, 1997, S. 26.

9 Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge vom 18.7.1979, BGBl. I 1601.

10 Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts vom 16.12.1997, BGBl. I 2942.

11 BVerfGE 61, 358, 372 ff.

lichen Vater die Elternrechte aus Art. 6 Abs. 2 GG zustehen. Dessen Ausschluss von der elterlichen Sorge sei damit nicht vereinbar.[12]

2. Tatbestände der Vaterschaft nach § 1592 BGB

In § 1592 BGB ist die Vaterschaft kraft Abstammung nur ein und überdies ein nachrangiger Grund für die Zuweisung der Vaterschaft. An erster Stelle steht die Vaterschaft kraft Ehe: Unabhängig von den biologischen Verwandtschaftsverhältnissen ist der Mann Vater eines Kindes, der zur Zeit der Geburt mit der Mutter verheiratet ist, § 1592 Nr. 1 BGB. Diese Norm ermöglicht eine sichere, klare und eindeutige Zuordnung der Vaterschaft und ist von der Annahme getragen, dass die Abstammung des Kindes vom Ehemann einigermaßen wahrscheinlich ist.[13] Ferner besteht die Möglichkeit der Vaterschaft kraft Anerkennung nach §§ 1592 Nr. 2, 1594 ff BGB. Die Anerkennung beinhaltet das rechtsverbindliche Bekenntnis zu einem Kind. Typischerweise wird die Erklärung nur abgegeben, wenn sich der Anerkennende der Abstammung des Kindes sicher ist. Sie ist aber keine Voraussetzung für die Erklärung der Anerkennung. Daher können auch bei diesem Tatbestand die biologische und die soziale Vaterschaft auseinanderfallen.[14] Lediglich die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft nach §§ 1592 Nr. 3, 1600d BGB erfordert den Nachweis der genetischen Abstammung. Gelingt dieser, wird der biologische auch zum rechtlichen Vater.

a) Anerkennung der Vaterschaft durch den biologischen Vater

Will der leibliche Vater nach § 1594 BGB seine Vaterschaft anerkennen, bedarf er gemäß § 1595 Abs. 1 BGB der Zustimmung der Mutter. Das erst 1998 in das Gesetz aufgenommene Zustimmungserfordernis[15] wird teilweise heftig kritisiert, da es die Ansicht manifestiere, dass das Kind Besitz der Mutter sei.[16] Die Regelung beruht jedoch darauf, dass sich Mutter und Kind keinen Vater aufzwingen lassen müssen, zumal der Nachweis der Abstammung keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Vaterschaft kraft Anerkennung ist. Verweigert die Mutter die Zustimmung, ist der leibliche Vater keinesfalls rechtlos, steht ihm doch die Möglichkeit der gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung nach Maßgabe des § 1600d BGB offen.

---

12 BVerfGE 84, 168, 179 ff; 92, 158, 177 ff.

13 *J. Gernhuber/D. Coester-Waltjen*, Familienrecht, 2006, S. 590; *D. Schwab*, Familienrecht, 2011, Rn. 522.

14 *L. Vaskovics* in G. Burkhart, Zukunft der Familie, 2009, S. 274; *M. Wellenhofer* in MünchKomm, § 1592 BGB, Rn. 14; *T. Rauscher* in Staudinger, § 1592 BGB, Rn. 53.

15 Nach § 1600c BGB a. F. setzte die Anerkennung der Vaterschaft lediglich die Zustimmung des Kindes voraus, welches dabei durch einen amtlich bestellten Pfleger vertreten wurde. Die Mutter war nicht zu beteiligen, da ihr insofern keine elterliche Gewalt zustand, *B. Schwarz*, Die Verteilung der elterlichen Sorge, 2011, S. 42.

16 *T. Rauscher* in Staudinger, BGB, § 1595, Rn. 5.

Dies gilt jedoch nur, solange das Kind nicht bereits einem anderen Mann als Vater rechtlich zugeordnet ist. Die in § 1592 BGB enthaltenen Vaterschaftstatbestände sind vom Prinzip der Statusbeständigkeit[17] geprägt. Sie können in zeitlicher und personeller Hinsicht nur eingeschränkt überprüft und aufgehoben werden, um das Kind nicht der Gefahr der Vaterlosigkeit auszusetzen.

Zugleich schließen sich die Tatbestände gegenseitig aus, um eine eindeutige rechtliche Zuordnung des Kindes zu gewährleisten. Ist ein Kind in eine Ehe hineingeboren oder hat ein anderer Mann die Vaterschaft anerkannt, kann der leibliche Vater zunächst nicht rechtswirksam geltend machen, dass das Kind von ihm abstammt. Seine Anerkennungserklärung ist nach § 1594 Abs. 2 BGB schwebend unwirksam, bis die bestehende rechtliche Vaterschaft beendet ist.[18] Eine Ausnahme besteht nur, wenn das Kind nach Anhängigkeit eines Scheidungsantrags, aber vor Rechtskraft der Scheidung geboren wird: Der biologische Vater hat dann die Möglichkeit, bis spätestens ein Jahr nach Rechtskraft des Scheidungsurteils, also auch schon vor dessen Ergehen, seine Vaterschaft anzuerkennen, § 1599 Abs. 2 BGB. Der Gesetzgeber trägt damit dem Umstand Rechnung, dass die Zeugung des Kindes durch den Ehemann in einer zerrütteten Ehe vergleichsweise unwahrscheinlich ist.[19] Jedoch ist auch hier der biologische Vater nicht autonom, sondern bedarf zusätzlich zur Einwilligung der Mutter in die Anerkennung auch der des Noch-Ehemannes, § 1599 Abs. 2 S. 2 BGB.

b) Anfechtung der rechtlichen Vaterschaft durch den biologischen Vater

Über die Anerkennung der Vaterschaft im Scheidungsverfahren hinaus ist dem biologischen Vater die Beseitigung der rechtlichen Vaterschaft eines anderen Mannes nur eingeschränkt möglich. Zwar gelten die Zuordnungstatbestände der Ehelichkeit oder der Anerkennung nach § 1599 Abs. 1 BGB nicht, sobald im familiengerichtlichen Anfechtungsverfahren festgestellt worden ist, dass das Kind nicht vom Ehemann oder vom Anerkennenden abstammt. Die Anfechtung bietet also die Möglichkeit, den „Gegenbeweis" zur Vaterschaft kraft Ehe anzutreten.[20] Nach § 1600 Abs. 1 BGB ist neben der Mutter, dem Kind und dem Scheinvater – also dem Mann, dessen Vaterschaft entgegen der tatsächlichen Abstammungsverhältnisse aus § 1592 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB begründet ist – auch der Mann anfechtungsberechtigt,

17 *J. Gernhuber/D. Coester-Waltjen*, Familienrecht, 2006, S. 581.

18 *M. Wellenhofer* in MünchKomm, § 1594 BGB, Rn. 29; *T. Rauscher* in Staudinger, § 1594 BGB, Rn. 35.

19 *T. Rauscher* in Staudinger, § 1599 BGB, Rn. 109; *M Wellenhofer* in MünchKomm, § 1599, Rn. 55 mit Nachweisen zur Kritik an dieser Regelung.

20 *K. Plett* in M. Koreuber/U. Mager, Recht und Geschlecht, S. 111.

der eidesstattlich versichert, während der Empfängniszeit der Mutter beigewohnt zu haben.

Die Anfechtungsberechtigung des (potenziellen) leiblichen Vaters ist erst 2004 – wiederum angestoßen durch ein Urteil des BVerfG[21] – in das BGB aufgenommen worden. Bis dahin hatte der Gesetzgeber die Anfechtung der Vaterschaft „von außen" abgelehnt, um die Entwicklung des Kindes in der bestehenden sozialen Familie nicht zu stören.[22] Die Vorbehalte hat der Gesetzgeber nicht gänzlich aufgegeben und lässt die Anfechtung durch den leiblichen Vater nach § 1600 Abs. 2 BGB daher nur unter der Voraussetzung zu, dass zwischen dem Kind und seinem rechtlichen Vater keine sozial-familiäre Beziehung besteht.[23] Eine sozial-familiäre Beziehung ist nach § 1600 Abs. 4 BGB dadurch geprägt, dass der rechtliche Vater auch tatsächlich für das Kind sorgt. Darauf deuten neben der häuslichen Gemeinschaft auch Umgangskontakte, Unterhaltszahlungen sowie Geschenke zu Geburtstagen oder anderen Feiertagen hin.[24] Allerdings – und dies ist wohl eine Reminiszenz an überkommene Rollenbilder – stützt auch der Umstand der Ehe mit der Mutter „in der Regel" die Annahme einer sozial-familiären Beziehung. Die Vermutung kann freilich widerlegt werden. Der Gesetzgeber anerkennt, dass die kraft Ehe begründete Vaterschaft nicht per se zu einer intakten Vater-Kind-Beziehung führt, entfernt sich also von der formellen Anknüpfung zugunsten der tatsächlichen Bewertung der familiären Verhältnisse.[25] Der Anfechtende muss aber substantiiert Umstände vortragen, die gegen die sozial-familiäre Beziehung des Ehemanns zum Kind sprechen.[26] Erfolgreich ist die Anfechtung zudem nur bei nachgewiesener biologischer Vaterschaft des Anfechtenden.[27]

3. Das Sorgerecht des leiblichen Vaters, § 1626a BGB

Ist die biologische Vaterschaft rechtsverbindlich anerkannt oder festgestellt, führt dies nicht per se dazu, dass der Vater in gleichem Maße wie die Mutter Verantwortung für das Kind übernehmen kann. Die Abstammung als solche begründet lediglich die Verpflichtung zum Unterhalt nach § 1601 BGB. Sind die Eltern nicht verheiratet, weist § 1626 Abs. 2 BGB die Sorge für das körperliche und seelische Wohl des Kindes sowie sein Vermögen (§ 1626 Abs. 1 BGB) grundsätzliche der Mutter zu. Diese kann ihr Sorgerecht nach

21 BVerfGE 108, 82, 99ff.

22 BT-Drs. 13/4899 S. 58.

23 Dies darzulegen, obliegt dem Anfechtenden, BGH, NJW 2008, 2985, 2687f; *H. v. Els*, FPR 2011, 380, 381.

24 *H. v. Els*, FPR 2011, 380, 381.

25 *B. Schwarz*, Die Verteilung der elterlichen Sorge, 2011, S. 45.

26 BGHZ 170, 171; BGH, NJW 2008, 2985, 2987.

27 *L. Vaskovics* in G. Burkhart, Zukunft der Familie, 2009, S. 286; *M. Wellenhofer* in MünchKomm, § 1600 BGB, Rn. 15; *T. Rauscher* in Staudinger, § 1666 BGB, Rn. 37.

§ 1626a Abs. 1 BGB durch Sorgeerklärung (Nr. 1) oder durch die Eheschließung (Nr. 2) mit dem Vater teilen. Als originärer Inhaber der elterlichen Sorge kommt der unverheiratete Vater im Gesetz nicht vor.[28] Dieser restriktive Ansatz hat eine Ursache in der Ausgestaltung der gemeinsamen Sorge: Sie beinhaltet die Verpflichtung der Eltern, Einvernehmen über die Pflege und Erziehung des Kindes zu erzielen, § 1627 BGB. Besteht ein unlösbarer Konflikt über grundlegende Entscheidungen, die für die weitere Entwicklung des Kindes von fundamentaler Bedeutung sind, kann das Familiengericht nach § 1628 BGB auf Antrag dem Elternteil die Alleinentscheidungsbefugnis für diesen Einzelfall zuweisen, der bei seiner Entscheidung dem Kindeswohl am besten entspricht.

Die Pflicht zum Einvernehmen gilt gemäß § 1687 S. 1 BGB auch, wenn die Eltern getrennt leben, wenngleich beschränkt auf Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung für das Kind. Dies betrifft beispielsweise die Wahl des Wohnortes, der Schule oder die religiöse Erziehung. Lediglich die Angelegenheiten des täglichen Lebens, also solche, die häufig vorkommen und keine unabänderlichen Auswirkungen auf die weitere Entwicklung des Kindes haben, können nach § 1687 S. 2 BGB allein von dem Elternteil entschieden werden, bei dem sich das Kind gewöhnlich aufhält. Die gemeinsame Sorge verpflichtet getrennt lebende Eltern daher zu regelmäßiger Kommunikation, bei der sie im Interesse des Kindes die Schwierigkeiten in ihrer persönlichen Beziehung untereinander zurückstellen müssen. Dies kann sich in der Realität als ausgenommen problematisch erweisen, sind doch die in emotional angespannten Situationen getroffenen Entscheidungen nicht immer von Rationalität und Objektivität getragen.

Dass die gemeinsame Sorge bei unverheirateten Paaren konfliktfrei ausgeübt werden kann, scheint der Gesetzgeber zu bezweifeln. Zumindest hielt er bislang den Ausschluss der gemeinsamen Sorge gegen den Willen der Mutter für notwendig, um zu verhindern, dass die Eltern „Streitigkeiten auf dem Rücken des Kindes austragen" und damit das Kindeswohl gefährden.[29]

4. Das Umgangsrecht des leiblichen Vaters, § 1685 BGB

Ein weiterer wesentlicher Aspekt der Elternschaft ist der tatsächliche Umgang und Kontakt mit dem Kind. Daher statuiert § 1684 Abs. 1 BGB das Recht des Kindes auf Umgang mit seinen Eltern und eine damit korrespondierende Pflicht der Eltern. Dieses Recht wird durch die in § 1626 Abs. 3 BGB verankerte Vermutung getragen, dass der Umgang mit beiden Elternteilen dem Wohl des Kindes dient – und zwar unabhängig vom Fortbestand

28 *M. Coester*, FamRZ 2007, 1137, 1137.

29 Dazu die Begründung des Gesetzgebers BT-Drs. 13/4899, S. 58; vgl. auch BT-Drs. 13/8511, S. 66.

der elterlichen Beziehung untereinander, soll doch verhindert werden, dass sich das Kind im Trennungsfall von einem Elternteil entfremdet.

Das Umgangsrecht besteht unabhängig von der elterlichen Sorge, wenngleich beide im Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG wurzeln.[30] Jedoch sieht sich auch hier der biologische Vater Hindernissen ausgesetzt, will er den Umgang mit seinem Kind herbeiführen. Das Umgangsrecht der Eltern nach § 1684 BGB setzt voraus, dass die Elternschaft kraft rechtsverbindlicher Zuordnung feststeht. Ist der Umgangssuchende aber ausschließlich biologischer Vater, und steht ihm die Anerkennung seiner Vaterschaft nicht offen, weil die Mutter mit einem anderen Mann verheiratet ist oder dieser die Vaterschaft anerkannt hat, steht sein Umgangsrecht unter der Bedingung, dass er als Bezugsperson i. S. v. § 1685 BGB zu definieren ist. Dies setzt nach § 1685 Abs. 2 BGB voraus, dass er tatsächliche Verantwortung für das Kind trägt oder getragen hat, was beispielsweise durch das Leben in häuslicher Gemeinschaft belegt werden kann. Die geltende Rechtslage erlaubt damit in bestimmten Konstellationen auch den Ausschluss des leiblichen Vaters vom Umgang mit seinem Kind.

II. Grund- und menschenrechtliche Dimensionen des Familienlebens

Der biologische Vater sieht sich in der Ausgestaltung der rechtlichen Beziehungen zu seinem Kind verschiedenen Hindernissen ausgesetzt. Umgekehrt enthält das Familienrecht dem Kind den leiblichen Vater vor. Wie jedes Recht muss auch das Familienrecht gesellschaftliche Entwicklungen sinnvoll flankieren. Das derzeit geltende Kindschaftsrecht hat zwar die bei Inkrafttreten des BGB vorherrschenden Konventionen überwunden, nach denen ein nichtehelich geborenes Kind als illegitim galt und keines familienrechtlichen Schutzes bedurfte. Von einer Öffnung für neue Familienformen außerhalb der „bürgerlichen Ehe" ist das BGB jedoch noch weit entfernt. Die Erweiterung der Rechte von Familienmitgliedern außerhalb ehelicher Beziehungen erfolgte bislang nur zögerlich und punktuell; sie bedurfte zudem stets des äußeren Anstoßes durch die Rechtsprechung, die auf den grund- und menschenrechtlichen Schutz der Familie rekurrierte.

1. Völkerrechtliche Vorgaben mit familienrechtlichem Bezug

In der Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes (UN-KRK) sind die Kinderrechte umfassend und detailliert niedergelegt. In Art. 3 UN-KRK ist in einer Generalklausel zunächst das Kindeswohl als Leitmotiv für alle Kinder betreffenden Maßnahmen – seien sie gesetzgeberischer,

30 *T. Rauscher* in Staudinger, BGB, § 1684, Rn. 62; *H. Hennemann* in MünchKomm, § 1684 BGB, Rn. 2.

behördlicher oder gerichtlicher Natur – vorgegeben. Art. 18 UN-KRK betont die Verantwortlichkeit beider Eltern für die Entwicklung des Kindes; Art. 9 Abs. 3 UN-KRK statuiert ein Recht des Kindes auf persönliche Beziehungen und unmittelbaren Kontakt zu beiden Elternteilen und die damit korrespondierende Verpflichtung der Eltern, Umgang mit ihrem Kind zu pflegen.[31] Über die subjektiv-rechtliche Gewährleistung hinaus verpflichtet die Konvention die ratifizierenden Staaten, die tatsächliche Ausübung dieses Rechts, insbesondere im Fall der Trennung der Eltern, zu gewährleisten. Indes gibt die UN-KRK kein bestimmtes Sorgemodell vor, sie generalisiert also gerade nicht die gemeinsame elterliche Sorge als subjektives Recht des Kindes.[32] Zweifellos ist sie von der Annahme getragen, das Kindeswohl erfordere ein „Recht, beide Eltern zu haben".[33]

In der Diskussion um die Rechtsstellung des biologischen Vaters haben die in der EMRK niedergelegten Grundsätze weitaus mehr Aufmerksamkeit erfahren als die UN-KRK, was nicht zuletzt den Aufsehen erregenden Entscheidungen des EGMR zu verdanken ist. In der EMRK sind keine spezifischen Elternrechte statuiert. Art. 8 EMRK gewährleistet jedoch ganz allgemein die Achtung des Privat- und Familienlebens. Die familiäre Beziehung als solche ist bereits durch die Abstammung begründet.[34] Das „Familienleben" i. S. v. Art. 8 EMRK ist aber erst dann tangiert, wenn „enge persönliche Bindungen bestehen, insbesondere das nachweisbare Interesse des Vaters an dem Kind und das Bekenntnis zu ihm sowohl vor als auch nach der Geburt".[35] Es ist also nicht die Abstammung allein, sondern auch und vor allem die soziale Beziehung, die die Familie als solche schützenswert macht! In Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot aus Art. 14 EMRK ergibt sich aus Art. 8 EMRK ein Anspruch, dass bestimmte Lebens- und Familienformen – etwa Väter nichtehelich geborener Kinder gegenüber Vätern ehelich geborener Kinder – bei der gesetzlichen Ausgestaltung des Familienrechts nicht benachteiligt werden.

2. Familienrechtliche Gewährleistungen des Grundgesetzes

Auch das Grundgesetz ist von fundamentaler Bedeutung für die Ausgestaltung des Familienrechts. Mit Art. 6 GG ist die Familie umfassend unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung gestellt, wenngleich Gehalt und Tragweite dieser Gewährleistung offen sind. Daneben existieren besondere Gleichheitssätze in Art. 6 Abs. 5, Art. 3 Abs. 2 GG, welche im Kindschaftsrecht ebenfalls von Belang sind.

31 *A. Altrogge*, FPR 2008, 410, 410.

32 So aber offenbar *T. Richter*, FPR 2004, 484, 485.

33 *B. Schwarz*, Die Verteilung der elterlichen Sorge, 2011, S. 68 und 174.

34 EGMR, NJW 2010, 501, 502 (Zaunegger).

35 Ebenda EGMR, NJW 2010, 501, 502 (Zaunegger).

a) Das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG

Pflege und Erziehung des Kindes sind ureigenes, natürliches Recht seiner Eltern und zugleich ihre oberste Pflicht. In Art. 6 Abs. 2 GG ist diesem Grundsatz Verfassungsrang eingeräumt. Die Ausübung des Elternrechts steht unter dem Vorbehalt des Schutzes des Kindes. Das Elternrecht besteht also nicht um der Eltern Willen, sondern im Interesse des Kindes: Die Rechte und Pflichten der Eltern sollen dem Kind zur freien Entfaltung seiner Persönlichkeit verhelfen.[36] Ausgangspunkt ist die Annahme, dass die Eltern ihre Entscheidungen stets am Wohl ihrer Kinder ausrichten. Das BVerfG bewertet die Eignung der Eltern höher als die anderer Personen oder gar Institutionen, so dass sich die Aufgabe des Staates auf ein „Wächteramt" beschränkt: Eingriffe in das Elternrecht sind nur zulässig, wenn die Eltern dieses in einer das Kindeswohl gefährdenden Art und Weise ausüben.[37] Der Staat interveniert also nicht in das Binnenrecht der Familie, solange die personen- und vermögensbezogenen Interessen des Kindes keiner Gefahr ausgesetzt sind.[38]

b) Der biologische Vater als Träger des Elternrechts

Auch der leibliche Vater bildet mit seinem Kind eine Familie. Diese steht nach Auffassung des BVerfG aber nur unter dem Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG, wenn zwischen Vater und Kind eine sozial-familiäre Beziehung besteht.[39] Der leibliche Vater muss daher ein grundsätzliches Interesse an der Erziehung des Kindes und der Sorge für seine Entwicklung aufbringen. Ausschlaggebend ist nicht allein die Dauer und Häufigkeit des Kontakts zwischen Vater und Kind, sondern die Qualität ihrer Beziehung, die durch eine „geistige und emotionale Auseinandersetzung" geprägt sein soll.[40] Die familiäre Bindung hat das BVerfG teilweise schon in der (Mit)Bestimmung des Namens des Kindes durch den Vater und der tatsächlichen Sorge für das Kind in dessen ersten Lebensmonaten gesehen.[41]

Dies wird kritisch gesehen, bilde doch erst die Bereitschaft zur Übernahme wesentlicher Pflege- und Betreuungsaufgaben in messbarem zeitlichen Umfang ein Indiz für den Willen zur Sorge um das Kind.[42] Indes ist

36 BVerfGE 61, 358, 371; *M. Coester*, FamRZ 2007, 1137, 1139; *J. Mohr/A. Wallrabenstein*, JURA 2004, 194, 195; *M. Zimmermann*, FamFR 2010, 413, 413; *U. Lembke*, JURA 2011, 937, 937; *C. Holldorf*, ZKJ 2011, 26, 27.

37 BVerfGE 61, 358, 371.

38 *K. Kostka*, FPR 2005, 89, 89.

39 BVerfGE 108, 82, 101 f.

40 BVerfG, NVwZ 2002, 849, 850. Dies entspricht auch den psychologischen und erziehungswissenschaftlichen Erkenntnissen, vgl. die Nachweise bei *K. Kostka*, Im Interesse des Kindes, 2004, S. 223.

41 BVerfGE 108, 82, 117.

42 *K. Kostka*, Im Interesse des Kindes, 2004, S. 213; *B. Schwarz*, Die Verteilung der elterlichen Sorge, 2011, S. 76.

dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Vater aufgrund der Trennung von der Mutter – möglicherweise schon vor Geburt des Kindes – regelmäßig gar nicht in der Lage ist, mit dem Kind eine häusliche Gemeinschaft zu bilden. Das Abstellen auf die Qualität der Vater-Kind-Beziehung ist daher das einzig denkbare Kriterium, um der faktischen Situation gerecht zu werden, und keinesfalls bloße Beliebigkeit! Die Qualität ist jedenfalls in den Fällen nicht hinreichend nachgewiesen, in denen der Vater keinerlei Kontakt zum Kind sucht und kein Interesse an dessen alltäglichen Belangen zeigt. Zu kritisieren ist allenfalls die überkommene Anknüpfung an die Ehe, die den verfassungsrechtlichen Familienbegriff noch immer prägt.[43] Warum soll der verheiratete Vater allein kraft des formalen Aktes der Ehe mit der Kindesmutter vom grundrechtlichen Schutz der Familie profitieren können, während sich der unverheiratete Vater diesen Schutz erst durch tatsächliche Zuwendung verdienen muss?

c) Besondere Gleichstellungsgebote mit familienrechtlichem Bezug

Art. 6 Abs. 5 GG gibt die Gleichstellung der nichtehelich geborenen mit den ehelich geborenen Kindern vor. Ihnen sollen die „gleichen Bedingungen für ihre geistige und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft" geschaffen werden. Das Familienrecht muss daher dafür Sorge tragen, dass Kinder unverheirateter Eltern in den gleichen Verhältnissen aufwachsen können wie die in eine Ehe hineingeborenen, sollen sie nicht in ihrem Gleichstellungsanspruch verletzt werden.[44]

Von Relevanz ist schließlich auch Art. 3 Abs. 2 GG, der die Gleichstellung der Geschlechter vorgibt. Gleichberechtigung wird insofern nur erreicht, wenn Mutter und Vater gemeinsam die Verantwortung für ihre Kinder übernehmen können.[45] Die Norm beinhaltet nicht etwa ein Gebot völliger Gleichstellung von Frauen und Männern, sondern ein Willkürverbot. Unterschiede zwischen den Geschlechtern sind daher auch im Familienrecht zulässig, wenn diese in „unveränderlichen Strukturen im elterlichen Verhalten" gründen.[46] Die Gleichstellung von Frauen und Männern darf überdies nicht den Blick auf das Gesamtsystem familienrechtlicher Regelungen verlieren. Unbedingt zu beachten ist, dass alle Rechte der Eltern als Eltern vor dem Hintergrund der Interessen ihres Kindes zu bewerten sind. Daher ist die volle Gleichstellung von Müttern und Vätern, etwa im Rahmen der elterlichen Sorge, stets auf ihre Vereinbarkeit mit dem Wohl des Kindes zu überprüfen. Der Gesetzgeber darf die gemeinsame Sorge im Interesse der Gleichberechtigung der Eltern also nicht generell anordnen, sondern ist

43 Dazu ausführlich *P. Badura* in Maunz/Dürig, Art. 6 GG, Rn. 61.

44 *M. Coester*, FamRZ 2007, 1137, 1139.

45 *K. Plett* in M. Koreuber/U. Mager, Recht und Geschlecht, S. 117.

46 *M. v. Renesse*, ZKJ 2011, 353, 354.

gezwungen, Ausnahmen zuzulassen, um den Geboten des Einzelfalls gerecht zu werden.[47]

III. Neuordnung der elterlichen Sorge unverheirateter Eltern

Vor diesem Hintergrund ist eine Neuordnung des Familienrechts geboten. Die Anknüpfung an die Ehe als Keimzelle der Familie ist durch die tatsächliche Entwicklung eingeholt, wenn nicht gar überholt: im Jahr 2010 wurden in der Bundesrepublik 33 % der Kinder in nichteheliche Lebensgemeinschaften hineingeboren; in den neuen Bundesländern lag der Anteil der nichtehelichen Erstgeborenen sogar bei 74 %.[48] Zwar stehen auch das Umgangsrecht des biologischen Vaters[49] oder dessen Recht zur Anfechtung einer bestehenden rechtlichen Vaterschaft[50] in der Diskussion. Wegen der auch im Alltag des Kindes so bedeutenden Frage der Berechtigung zur Ausübung der elterlichen Sorge, beschränkt sich die Darstellung im Folgenden auf diese Frage.

1. Das Konsensmodell in der Rechtsprechung

Noch im Jahr 2003 ist das in § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB verankerte Erfordernis der Zustimmung der Mutter zur Begründung der gemeinsamen Sorge durch das BVerfG unbeanstandet geblieben.[51] Wegen der Vielfalt der Lebensverhältnisse[52] sei die grundsätzliche Zuordnung des nichtehelich geborenen Kindes zur Mutter nicht verfassungswidrig. Der Eingriff in das Elternrecht des Vaters aus Art. 6 Abs. 2 GG sei durch Belange des Kindeswohls gerechtfertigt.

Das Gericht ging davon aus, dass sich unverheiratete Paare in der Regel über die gemeinsame Sorge einig werden, so dass das Konsensmodell die Elternrechte hinreichend wahre. Die gemeinsame Sorgeerklärung bilde den bewussten Willen der Eltern zur gemeinsamen Übernahme von Verantwortung, namentlich die Bereitschaft des Vaters für das Kind zu sorgen, ab.[53] Diese Bereitschaft sei bei unverheirateten Vätern nicht generell zu unterstellen. Eheleute hätten den gemeinsamen Willen dagegen bereits mit der Eheschließung zum Ausdruck gebracht und rechtlich dokumentiert. Die mit

47 *M. Coester*, FamRZ 2007, 1137, 1139; *J. Mohr/A. Wallrabenstein*, JURA 2004, 194, 195.

48 *Statistisches Bundesamt*, Geburten in Deutschland, 2012, S. 18 f Zu den veränderten Rahmenbedingungen auch *J. Mohr/A. Wallrabenstein*, JURA 2004, 194, 195; *C. Müller*, ZfJ 2004, 7, 10; *B. Schwarz*, Die Verteilung der elterlichen Sorge, 2011, S. 185.

49 EGMR, NJW 2004, 3397 (Görgülü); EGMR, NJW 2011, 3536 (Anayo); EGMR, FamRZ 2011, 1715 (Schneider); BVerfG, FamRZ 2006, 1661, 1662.

50 EGMR, Urt. v. 23.3.2012, Az. 45071/09 und 23338/09 (bislang nicht veröffentlicht).

51 BVerfGE 107, 150.

52 Dazu instruktiv *J. Salzgeber/J. Fichtner*, FamRZ 2011, 945, 948 f.

53 Zustimmend *M. Coester*, FamRZ 2007, 1137, 1142; *M. v. Renesse*, ZKJ 2011, 353, 354. *J. Mohr/A. Wallrabenstein*, JURA 2004, 194, 195 bezeichnen die Sorgeerklärung gar als „kindesbezogenes Ja-Wort".

dem Eheversprechen übernommene gemeinsame Verantwortung soll auch die Trennung und Scheidung überdauern.[54]

Das BVerfG gab dem Gesetzgeber aber die Beobachtung der tatsächlichen Lebensverhältnisse unverheirateter Paare auf. Erweise sich das Zustimmungserfordernis der Mutter als Hemmnis für die Ausübung der Elternrechte des Vaters, sei eine Neuregelung geboten. Die Annahme des Gesetzgebers, dass die Mutter regelmäßig von sachlichen, auf das Kindeswohl bezogenen Gründen motiviert sei, wenn sie die gemeinsame Sorge ablehnt,[55] sei also einer Prüfung zu unterziehen. Verweigerten Mütter überwiegend aus anderen als kindeswohlbezogenen Gründen die gemeinsame Sorge, schränke die bisherige gesetzliche Regelung das Elternrecht des Vaters unverhältnismäßig ein.[56]

Der EGMR[57] hat im Vetorecht[58] der Mutter eine nicht gerechtfertigte Schranke für die Ausübung des väterlichen Rechts auf Familien- und Privatleben aus Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 8 EMRK gesehen. Der EGMR argumentierte, dass Streit um die Ausübung der Sorge zwar dem Wohl des Kindes zuwiderlaufe, so dass im Einzelfall die alleinige Sorge eines Elternteils im Interesse des Kindes geboten sein kann. Indes dürfe der Gesetzgeber nicht unterstellen, dass die gemeinsame Sorge gegen den Willen der Mutter per se dem Kindeswohl abträglich sei. Zumindest müsse dem Vater der Weg offenstehen, die Ausübung der Sorge und die Interessen seines Kindes gerichtlich überprüfen zu lassen. Da diese Prüfungsmöglichkeit nach hergebrachter Gesetzeslage nur im Falle der Trennung gemeinsam sorgeberechtigter Eltern möglich sei, würden nichteheliche, nicht sorgeberechtigte Väter diskriminiert. Dieser Auffassung hat sich das BVerfG[59] schließlich angeschlossen und die Rechte des nichtehelichen Vaters aus Art. 6 Abs. 2 GG als verletzt anerkannt, wenn ihm der Zugang zur gemeinsamen elterlichen Sorge von vornherein unmöglich sei. Dem Gesetzgeber ist die Neuregelung aufgegeben worden. Bis diese erfolgt ist, gilt nach Vorgabe des BVerfG die so genannte Antragslösung: Danach steht der unverheirateten Mutter die originäre Alleinsorge zu. Dem Vater ist die Möglichkeit eingeräumt, die gemeinsame Sorge zu beantragen. Diese wird begründet, wenn das Familiengericht zum Ergebnis kommt, dass die gemeinsame Sorge dem Wohl des Kindes „am besten entspricht".[60]

---

54 *L. Salgo*, FPR 2012, 409, 409. Siehe auch *K. Kostka*, Im Interesse des Kindes, 2004, S. 281, der zufolge die gemeinsame Sorge getrennter Eltern durch das idealisierte Bild motiviert ist, die Mutter-Vater-Kind-Beziehung sei trotz Trennung der Eltern weiterhin intakt.

55 BT-Drs. 13/8511, S. 66.

56 Kritisch im Hinblick auf die Erhebbarkeit solcher Daten *M. Coester*, FamRZ 2007, 1137, 1138.

57 EGMR, NJW 2010, 501 (Zaunegger).

58 *C. Müller*, ZfJ 2004, 7, 8.

59 BVerfGE 127, 132.

60 BVerfGE 127, 132, 165.

2. Der Entwurf zur Neuordnung der gemeinsamen Sorge

Inzwischen werden verschiedene Möglichkeiten diskutiert, um der alleinigen „Entscheidungsmacht“[61] der Mutter über die elterliche Sorge zu begegnen und die Position des Vaters zu stärken. Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist weit. Da aber die tatsächlichen Beziehungen zwischen Kindern und ihren leiblichen Vätern sehr variieren,[62] kann der Gesetzgeber allenfalls einen Rahmen vorgeben, innerhalb dessen die Familien ihre Beziehungen zueinander selbst festlegen. Dieser Rahmen muss so weit sein, dass Familien sich tatsächlich autonom für ein bestimmtes Beziehungsmodell entscheiden können.[63] Die Herausforderung liegt darin, die grundrechtlich geschützten Rechte beider Eltern mit dem Persönlichkeitsrecht des Kindes und dem Anliegen der Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder zu vereinbaren.[64]

Zahlreiche Stimmen befürworten die vom BVerfG übergangsweise vorgegebene Antragslösung,[65] andere die so genannte Widerspruchslösung. Nach diesem Modell haben beide Eltern automatisch die gemeinsame Sorge für das Kind inne, und zwar unabhängig von ihrem Familienstand. Teilweise wird zusätzlich das Zusammenleben der Eltern oder aber ein Unterhaltsanerkenntnis durch den Vater gefordert. Die Mutter hat sodann die Möglichkeit des Widerspruchs, dem stattzugeben ist, wenn Kindeswohlgründe der gemeinsamen Sorge entgegenstehen.[66]

Im Juli 2012 hat das Bundesjustizministerium einen Gesetzesentwurf zur Neuordnung der elterlichen Sorge vorgelegt.[67] Darin ist die Antragslösung aufgegriffen worden. Beide Eltern[68] können einen Antrag auf Einräumung der gemeinsamen Sorge stellen, § 1626a Abs. 2 S. 1 BGB-E. Widerspricht der andere Elternteil, überprüft das Familiengericht, ob Gründe des Kindeswohls der gemeinsamen Sorge entgegenstehen. Anders als das BVerfG will der Gesetzgeber also eine negative Kindeswohlprüfung zur Voraussetzung der gemeinsamen Sorge machen. Persönliche Gründe, die lediglich die Interessen des widersprechenden Elternteils berühren, sind unbeachtlich. Werden relevante Gründe nicht innerhalb einer vom Familiengericht gesetzten

61 *M. Coester*, FamRZ 2007, 1137, 1139.

62 *L. Vaskovics/H. Rost/M. Rupp*, Lebenslage nichtehelicher Kinder, 1997, S. 136.

63 *F. Weisbrodt*, DAVorm 2000, 617, 620.

64 *E. Carl*, FPR 2005, 165, 165; *C. Holldorf*, ZKJ 2011, 26, 27.

65 Vgl. die Übersicht bei *M. Coester* in Staudinger, BGB, § 1616a, Rn. 8; *M. Löhnig*, FamRZ 2010, 338, 339; *S. Fink*, ZKJ 2011, 154, 157; *A. Schwonberg*, FuR 2011, 126, 131; *P. Huber/L. Möll*, FamRZ 2012, 769, 771; *K. Klein*, Der Fall Görgülü, 2010, S. 437 mit zahlreichen Nachweisen.

66 Dafür *T. Richter*, FPR 2004, 484, 485; *C. Müller*, ZfJ 2004, 7, 10; *E. Carl*, FPR 2005, 165, 166; *M. Zimmermann*, FamFR 2010, 413, 416; *C. Mandla*, JR 2011, 185, 186; *C. Holldorf*, ZKJ 2011, 26, 28. Zu den rechtlichen und rechtspolitischen Bedenken *M. Coester*, FamRZ 2007, 1137, 1140.

67 Abrufbar unter www.bmj.de.

68 Dies zu erwägen, hat das BVerfG dem Gesetzgeber aufgegeben, BVerfGE 127, 132, 162.

Frist vorgetragen – für die Mutter ist in § 155a Abs. 2 FamFG-E eine Schutzfrist von mindestens sechs Wochen nach der Entbindung vorgesehen – und sind sie auch sonst nicht ersichtlich, wird vermutet, dass die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht, § 1626a Abs. 2 S. 2 BGB-E. Sind die Voraussetzungen der Vermutungsregel erfüllt, bedarf die Entscheidung des Familiengerichts nach § 155a Abs. 3 S. 1 FamFG-E weder einer persönlichen Anhörung der Eltern noch der Anhörung des Jugendamts. Hatte der BGH im Zusammenhang mit der Übertragung der Alleinsorge bei Getrenntleben der gemeinsam sorgeberechtigten Eltern nach § 1671 BGB noch einen Vorrang der gemeinsamen vor der Alleinsorge abgelehnt,[69] hat sich der Gesetzgeber nunmehr die Auffassung zu eigen gemacht, dass die gemeinsame Sorge auch ohne Zustimmung beider Elternteile dem Kindeswohl entspricht. Die systemische Ausrichtung trägt auch einen Großteil der wissenschaftlichen Literatur:[70] Die Familie als System, als Einheit zwischen Eltern und Kind wird durch eine Trennung der Eltern nicht aufgehoben, sondern lediglich neu geordnet. Daher muss es auch das Familienrecht ermöglichen, das System Familie zu erhalten.[71] Dieses Ziel darf jedoch nicht um jeden Preis, insbesondere ungeachtet der Bedürfnisse des einzelnen Kindes, zu erreichen gesucht werden.[72]

3. Gemeinsame Sorge gegen den Willen eines Elternteils?

Der Entwurf des BMJ hat bereits Kritik nach sich gezogen, die teils auf die materielle Ausgestaltung, teils auf die verfahrensrechtliche Umsetzung Bezug nimmt. Bereits die Abkehr vom Konsensmodell stößt auf grundsätzliche Bedenken. Die Gegner argumentieren vor allem mit den Interessen des Kindes. Bei der Diskussion scheint es vor allem um eine Auseinandersetzung um Geschlechterrollen und damit verbundene Zuschreibungen zu gehen: Es tobt der Kampf der „Väterfront gegen die Mütterfront".[73] Tatsächlich ist die bisherige Rechtslage durch das unerschütterliche Vertrauen in die erzieherischen Fähigkeiten der Mutter geprägt. Die weit verbreitete Ablehnung der Widerspruchslösung, d. h. der automatischen gemeinsamen Sorge ab Geburt, speist sich aus biologischen Gründen: Bei der Geburt eines Kindes steht nur die Elternschaft der Mutter sicher fest. Dies rechtfertige damit die zunächst ausschließliche Zuordnung zu ihr – wenngleich die

69 BGH, NJW 2008, 994, 995.

70 Vgl. die Nachweise *S. Fink*, Die Verwirklichung des Kindeswohls im Sorgerecht für nicht verheiratete Eltern, 2004, S. 66; *T. Richter*, FPR 2004, 484, 485.

71 *F. Weisbrodt*, DAVorm 2000, 617, 617; *K. Kostka*, Im Interesse des Kindes, 2004, S. 126; kritisch *M. Breithaupt*, FPR 2004, 488, 488.

72 *K. Kostka*, FPR 2005, 89, 95; *B. Schwarz*, Die Verteilung der elterlichen Sorge, 2011, S. 214ff; aus Sicht der Scheidungsforschung *H. Kindler/J. Fichtner*, FPR 2008, 139, 142.

73 *L.-M. Peschel-Gutzeit*, NJW 2010, 2990, 2992. Vgl. auch *K. Klein*, Der Fall Görgülü, 2010, S. 427 mit Nachweisen aus den Medien.

Austragung und Geburt eines Kindes auch nicht per se die zuverlässige und kindeswohlgerechte Ausübung der Sorge durch die Mutter gewährleisten kann.[74] Will aber eine Mutter diese (noch) durch das BGB reflektierte biologische Verbundenheit ausleben, wird ihr häufig Machtmissbrauch vorgeworfen.[75]

a) Objektive Erfordernisse des Kindeswohls

Die Bindung kraft biologischer Abstammung darf indes nicht überbetont werden.[76] Bei der Entscheidung über die gemeinsame Sorge nimmt das Kindeswohl unter allen involvierten Interessen den höchsten Rang ein.[77] Wie dieser unbestimmte Rechtsbegriff auszulegen ist, der den „beherrschenden Leitgedanken des Kindschaftsrechts"[78] bildet, ist unklar. Seine Interpretation bedarf der Sorgfalt, hat sie doch fundamentale Auswirkungen auf Familienverbände und deren Zusammenwirken und bildet zugleich die Basis für staatliche Eingriffsbefugnisse im Rahmen des „Wächteramtes".[79]

aa) Eltern- und kindesbezogene Gründe

Das Familiengericht soll ausschließlich die kindeswohlbezogenen Gründe berücksichtigen, die gegen die gemeinsame Sorge sprechen. Die eigenen Interessen der Mutter und die objektiven Erfordernisse des Kindeswohls lassen sich indes kaum präzise voneinander abgrenzen. Einerseits ist es unwahrscheinlich, dass sich die Interessen der Eltern fundamental von den Interessen des Kindes unterscheiden: Regelmäßig kann angenommen werden, dass die elterlichen Interessen durch das Anliegen motiviert sind, das Beste für das Kind zu erreichen.[80] Wird ein Elternteil aber gezwungen, auch in schweren Konfliktsituationen Kontakt zum anderen Elternteil zu halten, kann sich dies erheblich auf die Qualität seiner Beziehung zum Kind auswirken, so dass das Kindeswohl durchaus tangiert sein kann.[81] Andererseits ist der Wille der Mutter aus Sicht der Vater-Kind-Beziehung der Wille einer nur mittelbar beteiligten Person, *vice versa*. Daher kann ihm nicht so weit-

74 *M. v. Renesse*, ZKJ 2011, 353, 354; *S. Fink*, ZKJ 2011, 154, 155; *A. Schwonberg*, FuR 2011, 126, 131; *C. Mandla*, JR 2011, 185, 186.

75 *M. Breithaupt*, FPR 2004, 488, 488; *B. Schwarz*, Die Verteilung der elterlichen Sorge, 2011, S. 175. „Fehltendenzen" sieht auch *S. Heilmann*, NJW 2012, 16, 22.

76 Eine solche Verlagerung des Fokus auf die Wertschätzung der biologischen Vaterschaft vor den bestehenden sozialen Beziehungen des Kindes konstatiert auch *K. Kostka*, Im Interesse des Kindes, 2004, S. 249.

77 *S. Flügge*, FPR 2008, 135, 138; *S. Heilmann*, NJW 2012, 16, 16; DAVorm 2000, 617, 622.

78 *S. Heilmann*, NJW 2012, 16, 16. Aus psychologischer Sicht *K. Kostka*, Im Interesse des Kindes, 2004, S. 107; *J. Salzgeber/J. Fichtner*, FamRZ 2011, 945, 946.

79 *S. Fink*, ZKJ 2011, 154, 154.

80 *E. Schumann* in Lipp/Schumann/Veit, Die Reform des familiengerichtlichen Verfahrens, 2009, S. 232.

81 Dies haben auch EGMR und BVerfG grundsätzlich anerkannt, *C. Hohmann-Dennhardt*, FF 2011, 181, 187.

reichende Bedeutung zukommen, dass er die Entstehung einer Rechtsbeziehung zwischen dem Kind und seinem anderen Elternteil verhindern kann.

Soweit darauf Bezug genommen wird, dass zivilrechtliche Rechtsverhältnisse allein durch Konsens, also nie gegen den Willen eines der Beteiligten begründet werden können,[82] mag dies zwar für die Rechtsbeziehungen zwischen Personen und Vermögen oder Sachen zutreffen. Ausgangspunkt der Argumentation im Kindschaftsrecht muss aber sein, dass nicht die Eltern bestimmte Rechte an ihrem Kind haben, sondern dass das Kind seinerseits autonomer Träger von Rechten ist.[83] Dass die Eltern im Einzelfall keine objektiven, d. h. „vom Kind her gedachten" Entscheidungen über die Sorge treffen, hängt damit zusammen, dass nur wenige Eltern in der Lage sind, die Ebene ihrer gescheiterten Beziehung zum Partner von der Ebene der gemeinsamen Elternschaft zu trennen.[84] Daher darf der unbestimmte Rechtsbegriff des Kindeswohls nicht aus der Perspektive der Eltern, sondern nur aus der Sicht des Kindes bestimmt werden.[85] Die Objektivierung des Kindeswohlbegriffs ist zugleich rechtlich problematisch: Bleiben die elterlichen Werte völlig außer Betracht, müssen vermeintlich objektive – i.e. durch Gesetzgeber, Gerichte oder Verwaltung definierte – Kategorien herhalten, so dass ein Eingriff in das Binnenrecht der Familie vorprogrammiert scheint.

bb) Positiver und negativer Kindeswohlstandard

In konfliktbelasteten Familien kann die Annahme, die Sorge beider Eltern sei das Beste für das Kind, jedenfalls nicht ungeprüft zur Grundlage einer Entscheidung über das Sorgerecht gemacht werden. Anstelle einer generellen Begründung der gemeinsamen Sorge ist eine ausgewogene Einzelfallentscheidung die einzig adäquate Form der Wahrnehmung des staatlichen Wächteramtes über das Kindeswohl.[86] Es ist also folgerichtig, dass der Gesetzgeber nunmehr – anstelle der Widerspruchslösung – die gerichtliche Überprüfung der gegen die gemeinsamen Sorge vorgetragenen Gründe ermöglicht und auf diese Weise eine objektive Instanz in den Sorgerechtsstreit einbezieht.

Der Begriff des Kindeswohls wird regelmäßig in zwei Dimensionen verwendet: Als „positiver Kindeswohlstandard" zielt er auf die optimale Verwirklichung der Interessen des Kindes, als „negativer Kindeswohlstandard"

82 *B. Schwarz*, Die Verteilung der elterlichen Sorge, 2011, S. 171 f.

83 *C. Hohmann-Dennhardt*, FF 2011, 181, 192; *C. Holldorf*, ZKJ 2011, 26, 27.

84 Vgl. auch *K. Kostka*, Im Interesse des Kindes, 2004, S. 184 ff; dazu auch *M. Coester*, FamRZ 2007, 1137, 1138.

85 *B. Schwarz*, Die Verteilung der elterlichen Sorge, 2011, S. 166 f; *K. Kostka*, Im Interesse des Kindes, 2004, S. 108; *M. Coester*, FamRZ 2007, 1137, 1138; *Deutscher Familiengerichtstag*, FPR 2012, 411, 412; *S. Flügge*, FPR 2008, 135, 138.

86 *Deutscher Familiengerichtstag*, FPR 2012, 411, 412; *C. Hohmann-Dennhardt*, FF 2011, 181, 191; *K. Kostka*, Im Interesse des Kindes, 2004, S. 108; *K. Kostka*, FPR 2005, 89, 94.

hingegen auf die Abwehr von Gefahren für das Kind.[87] Der Gesetzgeber hat in seinem Entwurf zur Neuregelung der Sorge unverheirateter Eltern davon Abstand genommen, den Gehalt des Kindeswohls positivrechtlich zu normieren. In der Begründung werden lediglich eine vom Vater ausgehende Suchtgefahr oder die Gefahr körperlicher Misshandlungen des Kindes als Gründe genannt, die der gemeinsamen Sorge entgegenstehen.[88] Der Gesetzgeber hat die Kindeswohlprüfung folglich als Negativ-Tatbestand konzipiert, der einer Feststellung der Gefährdung des Kindeswohls und damit dem Schutz des Kindes dient. Das BVerfG hatte dagegen in der übergangsweise geltenden Regelung vorgesehen, dass die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl (positiv) entspricht.[89] Auch in der Literatur wird die Etablierung materieller Kriterien zur Bewertung der Kindeswohlgerechtigkeit der gemeinsamen Sorge gefordert. Danach sollen sowohl die Beziehung der Eltern untereinander als auch das Engagement des Antragstellers für die gemeinsame Sorge berücksichtigt werden. Teilweise werden weitere Kriterien wie die Tragfähigkeit der Beziehung zwischen Vater und Kind oder die Unzumutbarkeit der gemeinsamen Ausübung des Sorgerechts vorgeschlagen.[90] Die Anhänger dieser Auffassung wollen aus dem unbestimmten Rechtsbegriff des Kindeswohls also positive Rechtsgestaltungen ableiten.

Die genannten Indizien deuten zwar auf ein grundsätzliches Interesse des Antragstellers am Kind hin.[91] Indes bieten sie andererseits Möglichkeiten der Manipulation, etwa indem die Mutter den die gemeinsame Sorge suchenden Vater von jedwedem Kontakt zum Kind ausschließt und somit bereits die Anbahnung einer tragfähigen Vater-Kind-Beziehung vermeidet.[92] Auch die Bindung der gemeinsamen Sorge an das Zusammenleben der Eltern ist nicht geboten, kann das Getrenntleben doch unterschiedliche Gründe haben, die keinen Bezug zur Qualität der Beziehungen sowohl der Eltern untereinander als auch gegenüber dem Kind aufweisen müssen.[93] Zudem wäre die positive Prüfung der Gefahr einer Einmischung in das Binnenrecht der Familie ausgesetzt: Lässt sich eine Gefährdung des Kindes-

87 *E. Schumann* in Lipp/Schumann/Veit, Die Reform des familiengerichtlichen Verfahrens, 2009, S. 230.

88 Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern, S. 18. Abrufbar unter www.bmj.de.

89 BVerfGE 107, 150, 155.

90 So der Entwurf des Verbands alleinerziehender Mütter und Väter, abgedruckt in Streit 2010, 152. Ähnlich auch die „Indizien für Elternharmonie" bei *M. Coester*, FamRZ 2007, 1137, 1141; *W. Keuter*, ZRP 2012, 171, 173 f; *J. Salzgeber/J. Fichtner*, FamRZ 2011, 945, 946 f.

91 Auch *M. v. Renesse*, ZKJ 2011, 353, 355 fordert Indizien, die die „Glaubhaftigkeit des väterlichen Engagements" nahelegen; ebenso *M. Löhnig*, FamRZ 2010, 338, 340; *I. Rakete-Dombek*, RdJB 2011, 512, 515.

92 *E. Carl*, FPR 2005, 165, 166.

93 *M. Coester*, NJW 2010, 482, 484; *E. Carl*, FPR 2005, 165, 166; *P. Huber/L. Möll*, FamRZ 2012, 769, 771.

wohls noch vergleichsweise zweifelsfrei herleiten, was auch die umfassende Kasuistik zu § 1666 BGB beweist,[94] ist eine positive Definition des Kindeswohls schwierig, wenn nicht gar als allgemeingültige rechtsethische Vorgabe, nahezu unmöglich.[95] Denn es besteht die Gefahr, dass das Kindswohl nicht objektiv, d. h. ausgehend vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kindes, sondern geleitet durch die Wertvorstellungen der definierenden Institutionen bestimmt wird.[96] Zugleich verbietet der weitreichende verfassungsrechtliche Schutz der Familie in Art. 6 Abs. 2 GG die staatliche Vorgabe konkreter Familienmodelle oder Erziehungskonzepte. Die Schwelle für die Negativprüfung ist demgegenüber weitaus weniger einschneidend, würde damit lediglich eine dem Schutz des Kindes dienende Mindestschranke für die gemeinsame Sorge errichtet.

b) Die Antragslösung und das Misstrauen gegen den Vater

In der Antragslösung offenbart sich ein gewisses Misstrauen gegen die Motive und Fähigkeiten der unverheirateten Väter.[97] In den meisten Fällen geht die Beziehung der Eltern bereits kurz nach der Geburt auseinander; nur ca. 1/4 der nichtehelich geborenen Kinder lebt mit dem leiblichen Vater im gleichen Haushalt. Die Berechtigung des Anliegens, als Vater gemeinsam mit der Mutter für das Kind zu sorgen, wird daher teilweise pauschal in Abrede gestellt.[98] Zudem sei sicherzustellen, dass der Elternteil, bei dem sich das Kind nicht dauerhaft aufhält, seine Rechtsposition nicht zum Schaden des Kindes ausnutzen oder sich in die Beziehung des Kindes zu dem es betreuenden Elternteil hineindrängen kann.[99]

Diese Gefahr ist nicht ganz fernliegend: Die elterliche Sorge räumt dem nicht mit dem Kind zusammenlebenden Elternteil nach § 1687 BGB ein Mitentscheidungsrecht in allen fundamentalen Angelegenheiten ein. Die Sorge um die alltäglichen Angelegenheiten trägt dagegen allein der Elternteil – regelmäßig die Mutter –, bei dem das Kind lebt. Die gemeinsame Sorge

94 Vgl. die Nachweise bei *D. Olzen* in MünchKomm, BGB, § 1666, Rn. 57 ff; *M. Coester* in Staudinger, BGB, § 1666, Rn. 96 ff.

95 *B. Schwarz*, Die Verteilung der elterlichen Sorge, 2011, S. 91 f.

96 *K. Kostka*, Im Interesse des Kindes, 2004, S. 55 und 108; *S. Fink*, ZKJ 2011, 154, 155; *F. Jentsch-Klieve*, FPR 2010, 405, 407; *C. Holldorf*, ZKJ 2011, 26, 27; *B. Schwarz*, Die Verteilung der elterlichen Sorge, 2011, S. 166 f; *M. Coester*, FamRZ 2007, 1137, 1138; *Deutscher Familiengerichtstag*, FPR 2012, 411, 412; *S. Flügge*, FPR 2008, 135, 138.

97 *E. Carl*, FPR 2005, 165, 165 bezeichnet die Antragslösung, also die Alleinsorge der Mutter mit der im Hinblick auf das Kindeswohl überprüfbaren Antragsberechtigung des Vaters sehr treffend als „Misstrauensmodell", die Widerspruchslösung, d. h. die gemeinsame elterliche Sorge ab Geburt dagegen als „Vertrauensmodell".

98 *L.-M. Peschel-Gutzeit*, Streit 2010, 147, 150. Vgl. auch die Daten bei *L. Vaskovics/H. Rost/M. Rupp*, Lebenslage nichtehelicher Kinder, 1997, S. 81 und S. 107 sowie aus neuerer Zeit *L. Vaskovics* in G. Burkhart, Zukunft der Familie, 2009, S. 280 f.

99 *L.-M. Peschel-Gutzeit*, Streit 2010, 147, 151.

ohne Zusammenleben kann also eine Schieflage in der Rechte-und-Pflichten-Struktur zu Lasten des das Kind dauerhaft betreuenden Elternteils bewirken.[100] Dies kann im Einzelfall den Verdacht nähren, dass der Sorgeantrag des Vaters vor allem den Zweck verfolgt, sich eine Rechtsposition im Kampf mit der Mutter zu verschaffen, der weder Betreuungs- noch Unterhaltsleistungen zwingend gegenüberstehen müssen.[101]

Zwar trifft es zu, dass die gesetzliche Einräumung einer Rechtsposition allein noch keine Gewähr für deren Ausübung im Interesse des Kindes bietet.[102] Der Gesetzgeber ist jedoch zur Neutralität verpflichtet. Er darf den desinteressierten Vater nicht zum Grundmodell rechtlicher Regelungen machen.[103] Das Unbehagen, auf das sich der Machtkampf unter den Geschlechtern stützt, mag jedoch daher rühren, dass diese Neutralität bislang nur einseitig gilt. Denn der nicht mit der Mutter verheiratete Vater hat die Wahl, die alleinige Sorge (§ 1672 BGB) zu beantragen oder gar keine Verantwortung für das Kind zu übernehmen, indem er weder Vaterschaft noch Sorge anstrebt.[104] Die Mutter ist kraft ihrer biologischen Rolle hingegen stets in der Verantwortung für das Kind; ihr Desinteresse am Kind kann sich allenfalls im Rahmen von § 1666 BGB auswirken, wenn dieses zu einer Gefährdung des Kindeswohls führt.[105]

Erfreulicherweise hat sich der Gesetzgeber für eine Lösung entschieden, die es ermöglicht, auch dem biologischen Vater die Verantwortung für sein Kind zuzuweisen: Die gemeinsame Sorge kann nach § 1626a Abs. 2 BGB-E nicht nur auf Antrag des Vaters, sondern auch auf Antrag der Mutter begründet werden. Das Antragsrecht der Mutter gewährleistet damit, dass die gemeinsame Sorge nicht mehr allein im Belieben des Vaters steht. Teilweise wird im Antragsrecht der Mutter eine Bevorzugung der Mutter gesehen, die das ihr naturgemäß zustehende Recht großzügig teilen könnte.[106] Zudem wird vertreten, es könne sich zu Lasten des Kindes auswirken, wenn dem Vater eine gemeinsame Sorge aufgezwungen würde.[107] Zwar hat das BVerfG

100 *K. Kostka*, Im Interesse des Kindes, 2004, S. 292; *D. Kaiser*, FPR 2008, 143, 143; *M. v. Renesse*, ZKJ 2011, 353, 355; *M. Breithaupt*, FPR 2004, 488, 490 spricht vom „Sorgerecht ohne Sorge". *S. Flügge*, FPR 2008, 135, 136 diskutiert diese Schieflage unter dem Aspekt des Persönlichkeitsrechts des das Kind im Alltag betreuenden Elternteils.

101 *I. Rakete-Dombek*, RdJB 2011, 512, 515. Ablehnend *T. Richter*, FPR 2004, 484, 485.

102 *I. Rakete-Dombek*, RdJB 2011, 512, 512.

103 *M. Coester*, FamRZ 2007, 1137, 1141; *M. Löhnig*, FamRZ 2010, 338, 340; *C. Mandla*, JR 2011, 185, 187.

104 Auf diese Entscheidungsfreiheit des Vaters und seine Auswirkungen auf das Persönlichkeitsrecht der Mutter weist auch *S. Flügge*, FPR 2008, 135, 137 hin. Siehe auch *C. Holldorf*, ZKJ 2011, 26, 27.

105 BVerfGE 127, 132 (Rn. 66). *M. v. Renesse*, ZKJ 2011, 353, 354 spricht von „Nötigung zur Fürsorge".

106 So *W. Keuter*, ZRP 2012, 171, 172.

107 So *M. Coester*, FamRZ 2007, 1137, 1143; *W. Keuter*, ZRP 2012, 171, 173 f.

entschieden, dass der erzwungene Umgang mit dem Vater nach § 1684 BGB nicht dem Kindeswohl diene.[108] Die Argumentation ist jedoch in der Gesamtbetrachtung unschlüssig. Denn umgekehrt kann auch der Antrag des Vaters die gemeinsame Sorge der Mutter aufzwingen – mit allen Auswirkungen auf das Wohl des Kindes. Warum ein Eingriff in die Handlungsfreiheit des Vaters – in Form der völligen Freiheit von elterlicher Verantwortung – nicht zu rechtfertigen sei, der Eingriff in die Handlungsfreiheit der Mutter – in Form der Freiheit von alleiniger (!) rechtlicher Verantwortung – offenbar für völlig unproblematisch gehalten wird,[109] erschließt sich nicht. Die Lösung dieses Problems könnte nur in der Beibehaltung der Konsenslösung liegen, deren Überwindung aber gerade gesucht wird.

c) Der Streit um die gemeinsame Sorge und seine Auswirkungen auf das Wohl des Kindes

Die gemeinsame Sorge gegen den Willen eines Elternteils wird häufig mit dem Argument abgelehnt, bereits der fehlende Konsens, der im Antrag auf gerichtliche Klärung der Sorgeberechtigung gipfelt, deute darauf hin, dass es an der für das Wohl des Kindes erforderlichen Kooperationsfähigkeit der Eltern mangelt. Der grundsätzliche Konflikt unter den Eltern würde in die Ausübung der Sorge verlagert und damit auch die Beziehung des Kindes zur Mutter beeinträchtigen,[110] zumal Einvernehmen unter den Eltern schlechterdings nicht erzwungen werden kann.[111]

In zerrütteten Beziehungen, in denen die Kommunikation und Kooperationsbereitschaft unter den Eltern erheblich gestört ist, läuft die Einräumung der elterlichen Sorge unbestritten dem Kindeswohl zuwider.[112] Sie erwiese sich eher als Sanktion für den die gemeinsame Sorge verweigernden Elternteil denn als objektiv von den Interessen des Kindes geleitet.[113] In der familienpsychologischen und -soziologischen wie erziehungswissenschaftlichen Fachliteratur besteht indes keine Einigkeit, ob der fehlende Konsens über und der Streit um die Ausübung der elterlichen Sorge generell dem Kindes-

108 BVerfGE 121, 69, 95 f.

109 *W. Keuter*, ZRP 2012, 171, 172 f.

110 *W. Keuter*, ZRP 2012, 171, 173; *H. Kindler/J. Fichtner*, FPR 2008, 139, 140 f; *L. Salgo*, FPR 2012, 409, 409 f; ähnlich BGH, NJW 2008, 994, 995. Ablehnend EGMR, NJW 2010, 501, 504 (Zaunegger).

111 *L. Salgo*, FPR 2008, 401, 404; *A. Schwonberg*, FuR 2011, 126, 132; ablehnend *C. Mandla*, JR 2011, 185, 189.

112 BVerfGE 92, 158, 178; 127, 132, 153 f; BVerfG, NJW 2003, 955, 956; BVerfG, FPR 2004, 260, 261; BGH, NJW 2008, 994, 995; *H. Kindler/J. Fichtner*, FPR 2008, 139, 140; *S. Heilmann*, NJW 2012, 16, 17; *C. Hohmann-Dennhardt*, FF 2011, 181, 191; vgl. auch *K. Kostka*, Im Interesse des Kindes, 2004, S. 174 ff zur psychologischen und pädagogischen Bewertung elterlicher Konflikte im Hinblick auf die Entwicklung des Kindes.

113 BGH, NJW 2008, 994, 995.

wohl schadet.[114] Die Empirie lässt darauf schließen, dass Auseinandersetzungen zwischen der sorgeberechtigten Mutter und dem leiblichen Vater vergleichsweise selten sind. In den meisten Fällen stehen Umgangsregelungen in Frage, während in grundlegenden Fragen zu Erziehung oder Ausbildung offenbar wenig Streit besteht.[115] Das Miterleben von Auseinandersetzungen unter den Eltern gefährdet das Kindeswohl nicht per se.[116] Die gemeinsame Sorge erfordert zudem keine Harmonie unter den Eltern, sondern lediglich ein Mindestmaß an Verständigung. Auch in intakten Eltern-Beziehungen sind Konflikte um die Erziehung weder außergewöhnlich noch bedenklich.[117] Sie können ausgeglichen werden durch die Kontinuität der Bezugspersonen, die Bindung zu Geschwistern oder anderen Personen; auch die Wünsche des Kindes sind zu berücksichtigen. Sind die Eltern also trotz ihrer Trennung kompromissbereit und in der Lage, miteinander zu kommunizieren, verfügen sie über hinreichende Bindungstoleranz und respektieren Kontakt wie emotionale Beziehung des Kindes zum anderen Elternteil, steht die „erzwungene" gemeinsame Sorge dem Kindeswohl nicht per se entgegen.[118]

Die Ausgestaltung des familiengerichtlichen Verfahrens muss aber vom Anliegen geleitet sein, die emotionale Belastung des Kindes durch das Verfahren selbst[119] zu minimieren. Vor diesem Hintergrund ist die Vermutungsregel des § 1626a Abs. 2 S. 2 BGB-E überaus kritisch zu bewerten. Trägt der Antragsgegner keine kindeswohlbezogenen Gründe vor, wird vermutet, dass die gemeinsame Sorge dem Wohl des Kindes entspricht. Dies verstößt nicht nur gegen die Prämisse, dass dem Schweigen im Rechtsverkehr grundsätzlich keine Bedeutung zukommt, sondern wird auch den Interessen des Kindes nicht gerecht, weil kein Raum für die Berücksichtigung der Motive der Mutter bleibt.[120] Das in § 155a BGB-E vorgesehene verkürzte Verfahren in

114 BGH, NJW 2008, 994, 995. Vgl. auch die umfassenden Nachweise bei *M. Coester* in Staudinger, BGB, § 1671, Rn. 112; *K. Kostka*, FPR 2005, 89, 91 f; *H. Kindler/J. Fichtner*, FPR 2008, 139, 139 ff.

115 Vgl. die Daten bei *L. Vaskovics/H. Rost/M. Rupp*, Lebenslage nichtehelicher Kinder, 1997, S. 137 f sowie bei *K. Kostka*, Im Interesse des Kindes, 2004, S. 186.

116 So die Stellungnahme des Vereins für Väter in BVerfGE 107, 150, 165.

117 *T. Richter*, FPR 2004, 484, 484; *M. Coester*, NJW 2010, 482, 484; *C. Holldorf*, ZKJ 2011, 26, 28; *P. Huber/L. Möll*, FamRZ 2012, 769, 771; *C. Müller*, ZfJ 2004, 7, 10.

118 BVerfGE 61, 358, 374; 92, 158, 178; 107, 150, 169; BGH, NJW 2008, 994, 996; *S. Heilmann*, NJW 2012, 16, 17; *K. Kostka*, Im Interesse des Kindes, 2004, S. 110; *L. Salgo*, FPR 2008, 401, 404; *K. Kostka*, FPR 2005, 89, 94; *B. Schwarz*, Die Verteilung der elterlichen Sorge, 2011, S. 201. *F. Weisbrodt*, DAVorm 2000, 617, 618 betont vor allem die emotionale Bindung des Kindes. Kritisch zum Konzept der Bindungstoleranz *S. Flügge*, FPR 2008, 135, 138.

119 *C. Hohmann-Dennhardt*, FF 2011, 181, 192.

120 Ihre Untätigkeit kann vielerlei Gründe haben, etwa ihre gesundheitliche Situation, fehlende Sprachkenntnisse, Einschüchterung; dazu eingehend *L. Salgo*, FPR 2012, 409, 410; *Deutscher Familiengerichtstag*, FPR 2012, 411, 412. Ebenfalls kritisch *W. Keuter*, FamRZ 2012, 825, 826.

diesen Fällen, also der Verzicht auf jede Beteiligung beider Eltern wie des Jugendamtes am Verfahren verstärkt die Unbilligkeit der Vermutung noch.[121] Damit mag zwar zweifellos eine schnelle Beendigung des Sorgerechtsstreits bewerkstelligt werden. Die Belastungen des Kindes aus dem Verfahren beruhen jedoch nicht allein auf dessen Dauer, sondern auch darauf, dass die Beteiligten die gefundenen Ergebnisse womöglich nicht akzeptieren. Angezeigt ist daher in jedem Fall eine Anhörung aller Beteiligten und deren Moderation unter Zuhilfenahme der Möglichkeiten des Kinder- und Jugendhilferechts. Denn gerade in kindschaftsrechtlichen Streitigkeiten muss es darauf ankommen, verlässliche Lösungen zu erzielen, die von Eltern und Kind gleichermaßen akzeptiert und umgesetzt werden. Das Interesse an der Beschleunigung muss hinter dem Interesse der Nachhaltigkeit zurückstehen.

IV. Neuordnung der Machtverhältnisse in der Familie?

Der Wandel der gesellschaftlichen Wertvorstellungen findet im Familienrecht einen beeindruckenden Niederschlag – reicht er doch von der völlig fehlenden rechtlichen Beziehung nichtehelich geborener Kinder zu ihren Eltern am Anfang des 20. Jahrhunderts zu einer grund- und menschenrechtlich fundierten Anerkennung der Familie in all ihren Erscheinungsformen.[122] Die Möglichkeit, die gemeinsame Sorge gegen den Willen eines Elternteils zu begründen, passt auch die sorgerechtlichen Regelungen an das geänderte Familienbild an. Dieses sieht beide Elternteile in der Verantwortung für die Pflege und Erziehung der Kinder und überantwortet diese Aufgabe nicht länger allein der Mutter. Dies lässt sich negativ als Bedeutungsverlust der Mutter bewerten – aber auch positiv als Bedeutungszuwachs des Vaters. Der wissenschaftliche Diskurs stellt, wie auch die Rechtsprechung von EGMR und BVerfG, die Rechte der Väter stark in den Vordergrund.[123] Nachdem jahre- und jahrzehntelang das Kindeswohl einseitig über die Mutter definiert worden ist, ist dieser Fall vom einen Extrem in das andere nicht der richtige Weg. Besser wäre es, sich von Rollenbildern und am Geschlecht orientierten Zuschreibungen zu lösen.[124] Es geht um die Ausübung der gemeinsamen Verantwortung für das Kind. Wenn es um die Verteilung von Macht in der Familie geht, darf damit allein die Durchsetzung seiner Interessen gemeint sein.

121 Kritisch zum generell angeordneten Beschleunigungsgebot in Kindschaftssachen *B. Schwarz*, Die Verteilung der elterlichen Sorge, 2011, S. 224 f; *S. Flügge*, FPR 2008, 135, 137 f; *W. Keuter*, FamRZ 2012, 825, 826.

122 *C. Hohmann-Dennhardt*, FF 2011, 181, 192.

123 Ähnlich *B. Schwarz*, Die Verteilung der elterlichen Sorge, 2011, S. 169; *C. Holldorf*, ZKJ 2011, 26, 27.

124 *M. Coester*, NJW 2010, 482, 484. Auch *F. Jentsch-Klieve*, FPR 2010, 405, 405 plädiert für eine „Ent-Moralisierung des Familienrechts".

Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2012

Macht im Zivilrecht

Berliner Tagung
5.–8. September 2012

Für die Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler e. V.
herausgegeben von

Matti Hauer
Lena Rudkowski
Paul Gooren
Melanie Lahr
Jana Oestreich
Moritz Renner
Sabine Schmidt
Alexander Schreiber

BOORBERG

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek | Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über www.dnb.de abrufbar.

ISBN 978-3-415-05142-3

© 2013 Richard Boorberg Verlag

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Thomas Schäfer, www.schaefer-buchsatz.de | Druck und Bindung: Laupp & Göbel, Talstraße 14, 72147 Nehren

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG | Scharrstraße 2 | 70563 Stuttgart
Stuttgart | München | Hannover | Berlin | Weimar | Dresden
www.boorberg.de