

## AUFSÄTZE

*Frauke Brosius-Gersdorf*

## Biologische, genetische, rechtliche und soziale Elternschaft. Herausforderungen für das Recht durch Fragmentierung und Pluralisierung von Elternschaft

### I Diskrepanz zwischen Familienrecht und Familienwirklichkeit: Herkömmliches Familienbild versus Fragmentierung und Pluralisierung von Elternschaft

Kaum eine Lebensform hat in den vergangenen Jahrzehnten einen so starken Wandel erfahren wie die Familie. Neben die herkömmliche Familie als Gemeinschaft aus zwei Elternteilen und Kind(ern), die biologisch-genetisch und rechtlich miteinander verbunden sind, sind weitere Familienformen getreten, die durch Fragmentierung und Multiplizierung der Elternschaft geprägt sind<sup>1</sup>.

Zu einer Fragmentierung von Elternschaft kann es namentlich durch die moderne Reproduktionsmedizin kommen. Wird ein Kind mithilfe einer (in Deutschland gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG unzulässigen) Eizellspende gezeugt, fallen die biologische Mutterschaft (Frau, die das Kind zur Welt bringt) und die genetische Mutterschaft (Eizellspenderin) auseinander. Bei der Zeugung eines Kindes durch heterologe Insemination (s. §§ 8b Abs. 2, 14 Abs. 3 S. 1 TPG, § 6 Abs. 2 TPG-GewV) können der biologisch-genetische Vater (Samenspender), der rechtliche Vater (z. B. Ehemann der Mutter, s. § 1592 Nr. 2 BGB; Vater kraft Vaterschaftsanerkennung, s. § 1592 Nr. 2 BGB) und der soziale Vater (Mann, der tatsächlich Pflege- und Erziehungsverantwortung für das Kind übernimmt) verschiedene Personen sein. Bedingt durch das Auseinanderfallen von biologischer, genetischer, rechtlicher und sozialer Elternschaft können Situationen auftreten, in denen mehr als zwei Elternteile Pflege- und Erziehungsverantwortung für ein Kind übernehmen wollen, sodass es zu Mehreltern-Kind-Verhältnissen kommt (Pluralisierung der Elternschaft). Bei einer Samenspende kann neben der Kindesmutter und ihrem Ehemann oder ihrem Partner bzw. ihrer (Lebens-) Partnerin auch der Samenspender aktiv an der Erziehung des Kindes teilhaben wollen, sodass eine Elternschaft zu dritt entsteht<sup>2</sup>. Bei einer Eizellspende kann neben der biologischen Mutter, die das Kind zur Welt bringt, und dem Vater des Kindes auch die Eizellspenderin als genetische Mutter Pflege- und Erziehungsverantwortung übernehmen.

Entsprechende Mehreltern-Kind-Verhältnisse können auftreten, wenn sich die leiblichen Eltern eines Kindes trennen und neue Partnerschaften eingehen. Eine Vielzahl der Kinder in Deutschland lebt bereits heute in Patchwork- oder Regenbogenfamilien, in denen heterosexuelle (Patchwork-

1 Vgl. *Feldhaus/Huinink*, Multiple Elternschaften in Deutschland – eine Analyse zur Vielfalt von Elternschaft in Folgepartnerschaften, in: Schwab/Vaskovicz (Hrsg.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog, 2011, S. 77 (78); *Peuckert*, Familienformen im sozialen Wandel, 8. Aufl. 2012, S. 381 f.

2 Vgl. bezogen auf geplante gleichgeschlechtliche Familien *Buschner*, NZFam 2015, 1103 (1107).

familie<sup>3</sup>) oder homosexuelle (Regenbogenfamilie<sup>4</sup>) Paare mit Kindern zusammenleben, die nur von einem Partner abstammen<sup>5</sup>. In solchen familiären Situationen wird das Kind häufig nicht nur von einem leiblichen Elternteil oder beiden leiblichen Elternteilen, sondern zumindest zeitweise auch von den neuen Partnern der Eltern miterzogen, die als soziale Eltern<sup>6</sup> tatsächlich Pflege- und Erziehungsverantwortung für das Kind übernehmen, obwohl sie weder die leiblichen noch die rechtlichen Eltern des Kindes sind<sup>7</sup>.

Die Entkoppelung von biologischer, genetischer, rechtlicher und sozialer Elternschaft<sup>8</sup> führt mit- hin zunehmend zu multipler Elternschaft, wobei Elternschaft verstärkt als temporäres Phänomen auftritt<sup>9</sup>. In der Folge entwickeln viele Kinder im Laufe ihres Lebens enge Beziehungen zu nicht- elterlichen Personen, die zumindest zeitweilig Pflege- und Erziehungsverantwortung übernehmen.

Diese Fragmentierung und Pluralisierung von Elternschaft und die entsprechenden faktischen Sorgeverhältnisse spiegelt das geltende Familienrecht bislang kaum wider<sup>10</sup>. Das Familienrecht beruht auf der Grundannahme, dass die rechtlichen Eltern eines Kindes die biologischen und zu- gleich genetischen Eltern sind und dass Elternschaft insgesamt auf maximal zwei Personen (leib- liche Mutter und leiblicher Vater) begrenzt ist. Rechtliche Mutter eines Kindes ist die Frau, die das Kind geboren hat (§ 1591 BGB); dass die biologische und die genetische Mutterschaft zusam- menfallen, wird unterstellt. Als Vater im Rechtssinne gilt der zum Zeitpunkt der Geburt des Kin- des mit der biologischen Mutter verheiratete (Ehe-)Mann (§ 1592 Nr. 1 BGB), bei dem vermu- tet wird, dass er das Kind gezeugt hat. Ein nicht mit der Kindesmutter verheirateter Mann kann die rechtliche Vaterschaft (nur) durch Vaterschaftsanerkennung (§ 1592 Nr. 2 BGB) oder Vater-

- 3 Zu dem Begriff der Patchworkfamilie *Gückel*, Bevölkerungsforschung Aktuell 03/12, S. 16; ein anderes Begriffsver- ständnis findet sich bei *Sarres*, FuR 2011, 611.
- 4 Zu dem Begriff der Regenbogenfamilie *Buschner*, NZFam 2015, 1103.
- 5 Zu dieser Entwicklung *Peuckert*, Familienformen im sozialen Wandel, 8. Aufl. 2012, S. 331 f., 343; *Gückel*, Bevöl- kerungsforschung Aktuell 03/12, S. 16, wonach im Jahr 2012 rund 14% aller Familien Patchwork- oder Regenbo- genfamilien waren. Die Zahl der Regenbogenfamilien ist dabei vergleichsweise gering, s. *Drischmann*, Das Sorge- recht in Stieffamilien, 2007, S. 23; *Wellenhofer*, Familienrecht, 3. Aufl. 2014, § 26 Rn. 11; eingehend zu der Zahl und der Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften *Rupp/Bergold*, in: Rupp (Hrsg.), Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften, 2009, S. 281 ff. Zu der größeren Zahl der Patchwork- und Regenbogenfamilien in Ostdeutschland als in Westdeutschland *Bundesministerium für Fa- milie, Senioren, Frauen und Jugend*, Familienreport 2012. Leistungen, Wirkungen, Trends, 2012, S. 20; *Kreyenfeld*, Demografische Forschung Aus erster Hand Nr. 4/2011 (Jg. 8), S. 3.
- 6 Zu dem Verständnis des Begriffs sozialer Eltern als Personen, die tatsächlich Pflege- und Erziehungsverantwortung für ein Kind übernehmen, das weder von ihnen abstammt noch ihnen rechtlich zugeordnet ist, *Buschner*, NZFam 2015, 1103; *Campbell*, NJW-Spezial 2011, 644.
- 7 Vgl. *Löhnig*, Früher hatten Eltern viele Kinder – heute haben Kinder viele Eltern. Zum Wandel des Familienbildes unserer Rechtsordnung, 2015, S. 11; *Peuckert*, Familienformen im sozialen Wandel, 8. Aufl. 2012, S. 331 f., 343; vgl. auch *Muscheler*, FamRZ 2004, 913. Der Anteil der in gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften lebenden Kin- der ist dabei vergleichsweise gering, s. *Drischmann*, Das Sorgerecht in Stieffamilien, 2007, S. 23; *Wellenhofer*, Fa- milienrecht, 3. Aufl. 2014, § 26 Rn. 11. Zu der Zahl und der Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften eingehend *Buschner*, NZFam 2015, 1103 (1103 ff.); *Rupp/Bergold*, in: Rupp (Hrsg.), Die Le- benssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften, 2009, S. 281 ff.
- 8 Zum Befund vgl. *Feldhaus/Huinink*, Multiple Elternschaften in Deutschland – eine Analyse zur Vielfalt von Eltern- schaft in Folgepartnerschaften, in: Schwab/Vaskovicz (Hrsg.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Fami- lienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog, 2011, S. 77 (78); *Peuckert*, Familienformen im sozialen Wandel, 8. Aufl. 2012, S. 381 f.
- 9 *Vaskovics*, Segmentierung und Multiplikation von Elternschaft. Konzept zur Analyse von Elternschafts- und Eltern- konstellationen, in: Schwab/Vaskovics (Hrsg.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft, 2011, S. 11 (20 ff.).
- 10 Kritisch gegenüber der Untätigkeit des Gesetzgebers auch *Löhnig*, Früher hatten Eltern viele Kinder – heute haben Kinder viele Eltern. Zum Wandel des Familienbildes unserer Rechtsordnung, 2015, S. 11 f.

schaftsfeststellung (§ 1592 Nr. 3 BGB) erlangen<sup>11</sup>. Mit der rechtlichen Elternschaft verbunden ist die elterliche Sorge für das Kind (§ 1626 Abs. 1 BGB), die grundsätzlich beiden Elternteilen gemeinsam zusteht (§§ 1626 1626a BGB) und zugleich auf sie begrenzt ist (s. § 1626 Abs. 3 BGB).

Weitere, soziale Eltern, die neben den leiblichen Eltern Pflege- und Erziehungsverantwortung für das Kind übernehmen, kommen in dem Familienmodell des Zivilrechts kaum vor. Eine Multiplizierung der elterlichen Sorge ist dem deutschen Familienrecht im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen grundsätzlich fremd<sup>12</sup>. Eine gewisse Ausnahme bilden die Vorschriften über Stiefeltern, die mit einem leiblichen Elternteil des Kindes verheiratet sind oder in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft leben. Zugunsten der Stiefeltern eines Kindes hat der Gesetzgeber ein kleines Sorgerecht (s. § 1687b BGB, § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG),<sup>13</sup> die Möglichkeit der Stiefkindadoption (§ 1741 Abs. 2 S. 3 BGB, § 9 Abs. 7 LPartG), der Einbenennung (§ 1618 S. 1 BGB, § 9 Abs. 5 LPartG) und der Verbleibensanordnung (§§ 1682, 1688 Abs. 4 BGB)<sup>14</sup> vorgesehen. Anderen sozialen Eltern, die Pflege- und Erziehungsverantwortung für ein Kind übernehmen, ohne dass sie mit einem leiblichen Elternteil verheiratet sind oder in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft leben, sind dagegen keine entsprechenden Rechte eingeräumt. Sie genießen weder Sorgerechtsbefugnisse noch können sie das Kind ihres Partners adoptieren<sup>15</sup>, einbenennen<sup>16</sup> oder eine Verbleibensanordnung bewirken<sup>17</sup>. Engen Bezugspersonen, die tatsächlich Verantwortung für ein Kind tragen oder getragen haben, steht gem. § 1685 Abs. 2 BGB lediglich ein Umgangsrecht zu<sup>18</sup>.

Dieser rechtliche Befund und das in der Praxis ausgemachte Bedürfnis nach einer stärkeren rechtlichen Absicherung der Beziehungen zwischen sozialen Eltern und Kindern<sup>19</sup> wirft die Frage nach der Notwendigkeit einer Reform des Familienrechts auf. Die Erörterung dieser Frage setzt zunächst eine Vergewisserung über die sorgerechtlichen Befugnisse sozialer Eltern im Familienrecht voraus (s. II.). Anschließend wird gezeigt, dass der Gesetzgeber das für Stiefeltern eines Kindes geregelte kleine Sorgerecht (§ 1687b BGB, § 9 LPartG) aus verfassungsrechtlichen Gründen auf andere soziale Eltern erstrecken muss (s. III.). Ob der Gesetzgeber sozialen Eltern über das kleine

11 Kritisch gegenüber dieser Rechtsstellung des nichtehelichen Vaters u. a. *Löhnig*, FamRZ 2010, 338 (340 f.); *Holldorf*, ZKJ 2010, 26 (27); *Wapler*, RW 2014, 57 (70 ff.).

12 Zu der englischen Rechtsordnung, die seit dem Children Act 1989 ermöglicht, die elterliche Sorge durch Gerichtsentscheidung auf nichtelterliche, dritte Personen zu übertragen, wenn sie seit längerer Zeit tatsächlich für ein Kind sorgen und dies dem Wohl des Kindes dient, eingehend *Scheiwe*, in: Hilbig-Lugani/Jakob/Mäsch u. a. (Hrsg.), *Zwischenbilanz – Festschrift für Coester-Waltjen*, 2015, S. 205 (207 ff.).

13 Näher Ziff. II.

14 Zu den Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Verbleibensanordnung des Familiengerichts, die unter anderem eine Art alleiniges kleines Sorgerecht verleiht, *Drischmann*, Das Sorgerecht in Stieffamilien, 2007, S. 256, die von einer „kleine(n) Alleinsorge“ spricht; vgl. auch *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 67 Rn. 12.

15 Zur Beschränkung der Stiefkindadoption gem. § 1741 Abs. 2 S. 3 BGB, § 9 Abs. 7 LPartG auf Ehegatten und Lebenspartner der Kindeseltern *Dethloff*, in: Scherpe/Yassari (Hrsg.), Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, 2005, S. 137 (148); *Wellenhofer*, Familienrecht, 3. Aufl. 2014, § 26 Rn. 13.

16 Zu dem Recht zur Einbenennung eines Kindes nur für Stiefeltern *Drischmann*, Das Sorgerecht in Stieffamilien, 2007, S. 248.

17 Zur Beschränkung der Verbleibensanordnung gem. §§ 1682, 1688 Abs. 4 BGB auf Ehegatten und Lebenspartner der Kindeseltern *Muscheler*, FamRZ 2004, 913 (921); *Dethloff*, in: Scherpe/Yassari (Hrsg.), Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, 2005, S. 137 (147); anderer Ansicht wohl *Drischmann*, Das Sorgerecht in Stieffamilien, 2007, S. 254 f.

18 Zu den nach § 1685 Abs. 2 BGB umgangsberechtigten Personen gehören neben dem (auch geschiedenen) Ehegatten und dem (auch früheren) Lebenspartner eines Elternteils der (frühere) Partner, der nicht mit einem Elternteil verheiratet war oder in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft gelebt hat, s. dazu *Rauscher*, in: von Staudinger (Hrsg.), BGB, Kommentar, Buch 4, Stand: 2014, § 1685 Rn. 9c bis e; *Grziwotz*, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, 5. Aufl. 2014, § 27 Rn. 15.

19 S. nur *Dethloff*, ZKJ 2009, 141 (143 ff.); *Wellenhofer*, AnwBl 2008, 559 (564 f.); *Muscheler*, FamRZ 2004, 913 (920).

Sorgerecht hinaus (s. § 1687b Abs. 1 BGB, § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG) weitergehende sorgerechtliche Befugnisse übertragen darf, ist Gegenstand der Betrachtungen unter IV. Der Beitrag schließt mit einem kurzen Resümee (s. V.).

## II Status quo: Sorgerechtliche Befugnisse sozialer Eltern im Familienrecht (§ 1687b BGB, § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG)

Dem Ehegatten und dem Lebenspartner eines allein sorgeberechtigten Elternteils, die nicht leiblicher Elternteil des Kindes sind, steht im Einvernehmen mit dem sorgeberechtigten Elternteil die Befugnis zur Mitentscheidung in Angelegenheiten des täglichen Lebens des Kindes zu (kleines Sorgerecht, § 1687b Abs. 1 S. 1 BGB, § 9 Abs. 1 S. 1 LPartG). Eine Ausnahme gilt für Angelegenheiten, bei denen auch ein Vormund und entsprechend die leiblichen Eltern von der Vertretung ausgeschlossen sind (§ 1687b Abs. 1 S. 2 BGB bzw. § 9 Abs. 1 S. 2 LPartG i.V.m. §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 BGB). Die Entstehung des kleinen Sorgerechts setzt nach überwiegender Auffassung voraus, dass zwischen dem allein sorgeberechtigten Elternteil und seinem Ehegatten bzw. Lebenspartner sowie dem Kind eine häusliche Gemeinschaft besteht<sup>20</sup>. Bei Gefahr im Verzug sind die Stiefeltern abweichend von § 1687b Abs. 1 S. 1 BGB bzw. § 9 Abs. 1 S. 1 LPartG berechtigt, sämtliche Rechtshandlungen vorzunehmen, die zum Wohl des Kindes notwendig sind (§ 1687b Abs. 2 BGB, § 9 Abs. 2 LPartG), was auch die Befugnis zur Entscheidung in Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung umfasst<sup>21</sup>. Das Familiengericht kann das kleine Sorgerecht der Stiefeltern einschränken oder ausschließen, wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist (§ 1687b Abs. 3 BGB, § 9 Abs. 3 LPartG). Die sorgerechtlichen Befugnisse der Stiefeltern enden, wenn die Ehegatten bzw. Lebenspartner nicht nur vorübergehend getrennt leben (§ 1687b Abs. 4 BGB, § 9 Abs. 4 LPartG).

Die Reichweite des kleinen Sorgerechts gem. § 1687b BGB und § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG ist mehrfach beschränkt. *Erstens*: In den Genuss des kleinen Sorgerechts kommen allein Ehegatten und Lebenspartner der Eltern des Kindes (Stiefeltern)<sup>22</sup>. Andere Personen können sorgerechtliche Befugnisse für ein Kind nur durch rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung oder Gestattung seitens der sorgeberechtigten Eltern erhalten<sup>23</sup>. *Zweitens*: Der Anwendungsbereich der § 1687b BGB und § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG ist auf Konstellationen beschränkt, in denen das Sorgerecht für das Kind einem Elternteil allein zusteht und der andere Elternteil nicht sorgeberechtigt, sondern (allenfalls) umgangsberechtigt ist. Bei gemeinsam sorgeberechtigten Eltern sind § 1687b BGB und § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG nicht anwendbar<sup>24</sup>. Haben die leiblichen Eltern das gemeinsame Sorgerecht, was

20 S. etwa *Drischmann*, Das Sorgerecht in Stieffamilien, 2007, S. 143, die das Erfordernis der häuslichen Gemeinschaft aus § 1687b Abs. 4 BGB ableitet; hierzu auch *Veit*, FPR 2004, 67 (70).

21 Vgl. *Salgo*, in: von Staudinger (Hrsg.), BGB, Kommentar, Buch 4, Stand: 2014, § 1687b Rn. 16.

22 Vgl. nur *Salgo*, in: von Staudinger (Hrsg.), BGB, Kommentar, Buch 4, Stand: 2014, § 1687b Rn. 4, 8; *Schlüter*, BGB – Familienrecht, 14. Aufl. 2012, § 25 Rn. 360a.

23 *Salgo*, in: von Staudinger (Hrsg.), BGB, Kommentar, Buch 4, Stand: 2014, § 1687b Rn. 8; s. auch *Drischmann*, Das Sorgerecht in Stieffamilien, 2007, S. 114.

24 Kritisch gegenüber der Beschränkung der § 1687b BGB und § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG auf allein sorgeberechtigte Eltern *Löhnig*, Das Kind zwischen Herkunftsfamilie und neuer Familie eines Elternteils, in: Schwab/Vaskovicz (Hrsg.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog, 2011, S. 157 (165 f.); *Coester-Waltjen*, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.), Perspektiven des Familienrechts, Festschrift für Dieter Schwab, 2005, S. 761 (772); *Muscheler*, FamRZ 2004, 913 (919); *Salgo*, in: von Staudinger (Hrsg.), BGB, Kommentar, Buch 4, Stand: 2014, § 1687b Rn. 8; *Hennemann*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 8, 6. Aufl. 2012, § 1687b Rn. 2; *Veit*, FPR 2004, 67 (70).

gem. §§ 1626a, 1671 Abs. 1 BGB der gesetzliche Regelfall ist<sup>25</sup>, können Stiefeltern sorgerechtliche Befugnisse nur durch Erteilung einer Sorgerechtsvollmacht bzw. durch entsprechende Gestattung oder durch Stiefkindadoption (s. § 1741 Abs. 2 S. 3 BGB) erlangen<sup>26</sup>. *Drittens*: Sachlichinhaltlich sind die Sorgerechtsbefugnisse von Stiefeltern nach § 1687b BGB und § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG außer bei Gefahr im Verzug auf Angelegenheiten des täglichen Lebens beschränkt. „Angelegenheiten des täglichen Lebens“ i. S. d. § 1687b Abs. 1 S. 1 BGB und § 9 Abs. 1 S. 1 LPartG sind entsprechend § 1687 Abs. 1 S. 3 BGB<sup>27</sup> „in der Regel solche, die häufig vorkommen und die keine schwer abzuändernden Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes haben.“ Dies umfasst zum Beispiel „Fragen der täglichen Betreuung und Versorgung des Kindes, aber auch Alltagsfragen, die im schulischen Leben und in der Berufsausbildung des Kindes vorkommen“ sowie „Entscheidungen, die im Rahmen der gewöhnlichen medizinischen Versorgung des Kindes zu treffen sind“<sup>28</sup>. An Entscheidungen in Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung für das Kind (großes Sorgerecht) können Stiefeltern und andere nichtelterliche Personen nur durch rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung oder Gestattung seitens der sorgeberechtigten Eltern beteiligt werden<sup>29</sup>. *Viertens*: Nach überwiegender Auffassung wird mit dem kleinen Sorgerecht gem. § 1687b BGB bzw. § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG lediglich ein von dem (Allein-)Sorgerecht des Elternteils abgeleitetes akzessorisches Ausübungsrecht auf den Stiefelternteil übertragen, das jederzeit widerruflich ist und mit dem Ende der elterlichen Sorge des allein sorgeberechtigten Elternteils oder dessen Tod erlischt.

### III Art. 3 Abs. 1 GG: Gebot der Erstreckung des kleinen Sorgerechts gem. § 1687b BGB und § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG auf andere soziale Eltern

Der Gesetzgeber privilegiert Stiefeltern gegenüber anderen nichtelterlichen Personen im Sorgerecht. Das kleine Sorgerecht ist gem. § 1687b BGB bzw. § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG auf nichtelterliche Personen beschränkt, die mit einem Elternteil des Kindes verheiratet sind oder in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft leben. Nichtelterliche Personen, die mit einem leiblichen Elternteil des Kindes ohne Ehe oder Lebenspartnerschaft zusammenleben, kommt ein entsprechendes Sorgerecht nicht zu. Diese hinkende Rechtslage zugunsten von Stiefeltern und zulasten anderer nichtelterlicher Bezugspersonen des Kindes wirft verfassungsrechtliche Fragen der Gleichbehandlung auf.

Eine Gleichbehandlung von Stiefeltern und anderen nichtelterlichen Bezugspersonen des Kindes bei der Zuerkennung sorgerechtlicher Befugnisse erscheint nicht nur verfassungsrechtlich zulässig, sondern unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) sogar geboten. Zwar gilt sub specie des verfassungsrechtlichen Schutzes der Familie gem. Art. 6 Abs. 1 GG, dass nichtelterliche Personen, die mit einem Kind und dessen leiblichem Elternteil in häuslicher Gemeinschaft zusammenleben und tatsächlich Pflege- und Erziehungsverantwortung für das Kind tragen, nur dann eine Familie i. S. d. Art. 6 Abs. 1 GG bilden, wenn der Gesetzgeber die Familienbeziehung rechtlich anerkannt hat. Dementsprechend begründet die Lebens- und Er-

25 Vgl. Löhnig, FPR 2008, 157 (158).

26 Veit, FPR 2004, 67 (70); zu der Möglichkeit rechtsgeschäftlicher Einräumung von Sorgerechtsbefugnissen auch *Salgo*, in: von Staudinger (Hrsg.), BGB, Kommentar, Buch 4, Stand: 2014, § 1687b Rn. 8.

27 Zur Entsprechung der Begriffe „Angelegenheiten des täglichen Lebens“ in § 1687b Abs. 1 S. 1 BGB und § 9 Abs. 1 S. 1 LPartG sowie in § 1687 Abs. 1 S. 3 BGB s. BT-Drs. 14/3751, S. 39.

28 BT-Drs. 14/3751, S. 39. Zu weiteren Beispielen der Angelegenheiten des täglichen Lebens *Coester-Waltjen*, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.), Perspektiven des Familienrechts, Festschrift für Dieter Schwab, 2005, S. 761 (771) und *Kemper*, in: Bruns/Kemper (Hrsg.), Lebenspartnerschaftsrecht, Handkommentar, 2. Aufl. 2006, § 9 Rn. 10.

29 *Drischmann*, Das Sorgerecht in Stieffamilien, 2007, S. 190.



ziehungsgemeinschaft aus Kind, leiblichem Elternteil und dessen Ehe- oder Lebenspartner, die der Gesetzgeber durch Zuweisung von Sorgerechtsbefugnissen (s. § 1687b BGB, § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG) rechtlich anerkannt hat, eine durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Familie<sup>30</sup>. Die Gemeinschaft aus sozialen Eltern und Kind, die der Gesetzgeber rechtlich nicht (durch Zuweisung von Sorgerechtsbefugnissen) konkretisiert und anerkannt hat, stellt hingegen keine Familiengemeinschaft i. S. d. Art. 6 Abs. 1 GG dar. Ein Anspruch nichtelterlicher Personen auf Zuerkennung von Sorgerechtsbefugnissen für ein Kind ergibt sich aus Art. 6 Abs. 1 GG nicht<sup>31</sup>.

Räumt der Gesetzgeber nichtelterlichen Personen sorgerechtliche Befugnisse ein, muss er jedoch Personen mit gleichem Näheverhältnis zu dem Kind gem. Art. 3 Abs. 1 GG gleich behandeln. Stiefeltern und andere soziale Eltern, die tatsächlich Pflege- und Erziehungsverantwortung für ein Kind tragen sowie gleiche personelle und soziale Bindungen zum Kind haben, sind bei der Gewährung sorgerechtlicher Befugnisse und insofern bei der rechtlichen Anerkennung als Familie i. S. d. Art. 6 Abs. 1 GG gem. Art. 3 Abs. 1 GG gleich zu behandeln. Ob die Beziehung zwischen dem leiblichen Elternteil des Kindes und seinem Partner durch eine Ehe oder eingetragene Lebenspartnerschaft formalisiert ist oder ob der leibliche und der soziale Elternteil ohne eine Ehe bzw. Lebenspartnerschaft zusammenleben, ist für das Kindeswohl und entsprechend für die Wahrnehmung familiärer Verantwortung grundsätzlich unerheblich. Das Bestehen einer Ehe oder eingetragenen Lebenspartnerschaft zwischen dem leiblichen und dem sozialen Elternteil kann dem Gesetzgeber zwar als Anknüpfungspunkt für die Einräumung sorgerechtlicher Befugnisse zugunsten des Ehe- oder Lebenspartners dienen. Der Gesetzgeber ist aber unter Gleichheitsgesichtspunkten gehalten, anderen sozialen Eltern mit einer vergleichbaren sozial-familiären Beziehung zum Kind gleiche Befugnisse einzuräumen. Eine Privilegierung von Stiefeltern gegenüber anderen sozialen Eltern mit gleicher Nähebeziehung zum Kind ist sub specie des Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu rechtfertigen. Entsprechend lässt sich eine Besserstellung der Kinder von Stiefeltern gegenüber den Kindern anderer sozialer Eltern nicht legitimieren. Das Stiefeltern gem. § 1687b BGB und § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG eingeräumte kleine Sorgerecht muss daher von Verfassungs wegen auf andere nichtelterliche Personen erstreckt werden, die in einer vergleichbaren sozial-familiären Beziehung mit dem leiblichen Elternteil und seinem Kind leben<sup>32</sup>.

Problematisch ist allerdings, unter welchen Voraussetzungen zwischen sozialen Eltern, die nicht mit dem leiblichen Elternteil des Kindes verheiratet sind oder in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft leben, eine vergleichbare sozial-familiäre Beziehung zum Kind besteht wie zwischen dem Ehegatten oder Lebenspartner des Elternteils und dem Kind. Der Gesetzgeber ist gem. Art. 3 Abs. 1 GG zur Gleichbehandlung von Stiefeltern und anderen nichtelterlichen Personen nur ver-

30 Vgl. bezogen auf die sozial-familiäre Gemeinschaft von Kind, leiblichem Elternteil und eingetragenen Lebenspartner BVerfG 1 BvL 1/11 und 1 BvR 3247/09 vom 19.2.2013, Rn. 60 ff.

31 Vgl. bezogen auf die Sukzessivadoption eingetragener Lebenspartner BVerfG 1 BvL 1/11 und 1 BvR 3247/09 vom 19.2.2013, Rn. 70.

32 Für eine gesetzliche Erweiterung der § 1687b BGB und § 9 LPartG auf faktische Stiefeltern im Ergebnis auch *Sickert*, Die lebenspartnerschaftliche Familie, 2005, S. 74 f.; *Kemper*, FF 2001, 156 (161 f.); *Drischmann*, Das Sorgerecht in Stieffamilien, 2007, S. 331 ff.; anderer Ansicht *Löhnig/Gietl/Preisner*, Das Recht des Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern, 3. Aufl. 2010, S. 84. Aus denselben Gründen ist das Recht auf eine Verbleibensanordnung gem. §§ 1682, 1688 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 BGB über Stiefeltern hinaus auf andere nichtelterliche Personen zu erstrecken, wenn sie mit einem Kind und dessen leiblichem Elternteil längere Zeit in einem gemeinsamen Haushalt gelebt haben und der andere leibliche Elternteil, der nach den §§ 1678, 1680, 1681 BGB den Aufenthalt des Kindes allein bestimmen kann, das Kind wegnehmen will – ebenso *Wellenhofer*, AnwBl 2008, 559 (564); *Löhnig*, FPR 2008, 157 (158); für die Erstreckung der §§ 1682, 1688 Abs. 4, 1 BGB auf Bezugspersonen i. S. d. § 1685 BGB *Muscheler*, FamRZ 2004, 913 (921); *Drischmann*, Das Sorgerecht in Stieffamilien, 2007, S. 254 f.

pflichtet, wenn die sozial-familiäre Beziehung zu dem Kind vergleichbar ausgeprägt ist. Nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts ist das Bestehen einer sozial-familiären Beziehung sogar erforderlich, damit der Gesetzgeber sozialen Eltern elterliche Verantwortung i. S. d. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG zuweisen darf<sup>33</sup>.

Unter welchen Voraussetzungen eine sozial-familiäre Beziehung zwischen einem Kind und nichtelterlichen Personen anzunehmen ist, ist bislang nicht geklärt. Im Schrifttum wird die Anerkennung sozialer Elternschaft zum Teil an die Voraussetzung geknüpft, dass der soziale Elternteil langfristig Verantwortung für ein Kind übernimmt, ohne leiblicher oder (durch Adoption) gesetzlicher Elternteil des Kindes zu sein<sup>34</sup>. Nach anderer Ansicht ist das Bestehen einer engen, emotionalen, elternähnlichen Beziehung zwischen dem sozialen Elternteil und dem Kind maßgeblich, wofür das Zusammenleben in häuslicher Gemeinschaft ein Indiz sein könne<sup>35</sup>. Teilweise wird die Einbeziehung sozialer Eltern in das kleine Sorgerecht nach § 1687b BGB, § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG auch an die Bedingung einer gerichtlichen Kindeswohlprüfung geknüpft<sup>36</sup>.

Letztlich dürfte dem Gesetzgeber bei der Regelung, unter welchen Voraussetzungen zwischen einem Kind und nichtelterlichen Personen eine sozial-familiäre Beziehung besteht, ein weiterer Gestaltungsspielraum zukommen. Der Gesetzgeber kann etwa die Entstehung des kleinen Sorgerechts nach § 1687b BGB und § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG für nichtelterliche Personen von einer gerichtlichen Prüfung abhängig machen, ob zwischen dem Kind und dem Stiefelternteil eine personelle und soziale Verbundenheit besteht. Alternativ kann er das kleine Sorgerecht an die Voraussetzung knüpfen, dass der soziale Elternteil tatsächlich Pflege- und Erziehungsverantwortung für das Kind trägt, was nur bei einem Konflikt im Einzelfall auf Antrag gerichtlich zu überprüfen ist. Insofern könnte der Gesetzgeber § 1687b BGB und § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG beispielsweise um eine Regelung ergänzen, die sich an den tatbestandlichen Voraussetzungen des Umgangsrechts enger Bezugspersonen des Kindes nach § 1685 Abs. 2 BGB orientiert. Er könnte das kleine Sorgerecht auf nichtelterliche Personen, die nicht Stiefeltern des Kindes sind, unter der Bedingung erstrecken, dass sie „enge Bezugspersonen des Kindes sind, die für das Kind tatsächliche Verantwortung tragen (sozial-familiäre Beziehung)“ (vgl. § 1685 Abs. 2 S. 1 BGB), und die Übernahme tatsächlicher Verantwortung in der Regel annehmen, „wenn die Person mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt hat“ (vgl. § 1685 Abs. 2 S. 2 BGB)<sup>37</sup>.

33 BVerfG 1 BvL 1/11 und 1 BvR 3247/09 vom 19.2.2013, Rn. 59: Die „soziale und personale Verbundenheit zwischen Eltern und Kind (ist) Voraussetzung dafür ..., entsprechend dem Elternrecht Verantwortung für das Kind tragen zu können (vgl. BVerfGE 108, 82 [106] m. w. N.).“

34 So *Campbell*, NJW-Spezial 2011, 644. *Kemper*, FF 2001, 156 (162) hebt darauf ab, ob der soziale Elternteil mit einem leiblichen Elternteil und seinem Kind über längere Zeit zusammengelebt hat.

35 Vgl. *Drischmann*, Das Sorgerecht in Stieffamilien, 2007, S. 332, 341 f. Auf das Bestehen einer häuslichen Gemeinschaft stellt auch *Dethloff*, in: Scherpe/Yassari (Hrsg.), Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, 2005, S. 137 (150) ab, allerdings bezogen auf die Einräumung eines über § 1687b BGB, § 9 LPartG hinausgehenden großen Sorgerechts zugunsten faktischer Stiefeltern.

36 *Sickert*, Die lebenspartnerschaftliche Familie, 2005, S. 75. Ebenso bezogen auf die Einräumung eines großen Sorgerechts zugunsten faktischer Stiefeltern *Dethloff*, NJW 1992, 2200 (2203).

37 Als Richtschnur für ein Zusammenleben über längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft werden im Rahmen des § 1685 Abs. 2 BGB sechs Monate genannt, s. *Campbell*, NJW-Spezial 2011, 644.

#### IV Verfassungsrechtliche Zulässigkeit weitergehender Sorgerechtsbefugnisse sozialer Eltern

Über das jederzeit widerrufliche kleine Sorgerecht von Stiefeltern hinausgehende Sorgerechtsbefugnisse sozialer Eltern kennt das Familienrecht nicht. Angesichts der Zunahme der Zahl sozialer Eltern und des in der Praxis bestehenden Bedürfnisses, die Beziehungen zwischen sozialen Eltern und Kindern rechtlich stärker abzusichern<sup>38</sup>, stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber sozialen Eltern weitergehende Sorgerechtsbefugnisse als bislang einräumen darf. In Betracht kommt namentlich ein großes Sorgerecht für soziale Eltern, das sich auf Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung erstreckt und entweder widerruflich oder unwiderruflich ausgestaltet werden kann.

Verfassungsrechtliche Grenzen für die gesetzliche Zuerkennung von Sorgerechtsbefugnissen für soziale Eltern können sich namentlich aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ergeben, der die Pflege und Erziehung des Kindes primär in die Hände der leiblichen Eltern legt. Im Folgenden werden im Sinne einer Grundlegung zunächst die personelle Schutzbereichweite, der Inhalt und die Grenzen des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG entfaltet (s. Ziff. 1.), bevor anschließend die Konsequenzen für die Übertragung sorgerechter Befugnisse auf soziale Eltern betrachtet werden (s. Ziff. 2.). Für die verfassungsrechtliche Würdigung maßgeblich ist dabei, an welche Voraussetzungen der Gesetzgeber ein großes Sorgerecht sozialer Eltern knüpfte, insbesondere, welche Mitbestimmungsbefugnisse den leiblichen Eltern zukämen und ob das Sorgerecht den sozialen Eltern widerruflich oder unwiderruflich übertragen würde.

1. Primat des Elternrechts (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG); residuales Wächter- und Trennungsamt des Staates (Art. 6 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG)

##### a) Träger des Elterngrundrechts

Die Pflege und Erziehung des Kindes obliegt als natürliches Recht und zuvörderst ihnen obliegende Pflicht den Eltern (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG). Träger des Grundrechts und der korrespondierenden Pflicht<sup>39</sup> zur Pflege und Erziehung des Kindes sind primär die leiblichen, d. h. die biologisch-genetischen Eltern<sup>40</sup>. Mit der Bezeichnung „natürliches Recht“ bringt Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG zum Ausdruck, dass es sich um eine natürliche Freiheit der leiblichen Eltern handelt, denen bei der Pflege und Erziehung des Kindes Vorrang gegenüber anderen zukommt<sup>41</sup>. Die Zuweisung der Verantwortung für das Kind an die leiblichen Eltern stützt sich auf die Annahme, dass „diejenigen, die einem Kinde das Leben geben, von Natur aus bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen“<sup>42</sup>, und daher dem Wohl des Kindes am besten die-

38 Näher Ziff. I.

39 S. näher Ziff. IV. 1. b).

40 Wer Eltern i. S. d. Art. 6 GG sind, wenn die biologische und die genetische Elternschaft auseinanderfallen, bleibt vorliegend ausgeklammert.

41 BVerfGE 59, 360 (376); 79, 256 (267); 108, 82 (100); *Burgi*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2007, Art. 6 Rn. 81; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 148.

42 BVerfGE 24, 119 (150); 108, 82 (100).



nen<sup>43</sup>. Das Elternrecht und die korrespondierende Elternpflicht der leiblichen Eltern nehmen an dem durch die Institutsgarantie gesicherten Kernbereich des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG teil.

Weist der Gesetzgeber dritten Personen, von denen das Kind nicht abstammt, eine rechtliche Elternstellung zu (z. B. durch Adoption), sind auch diese Personen Eltern im verfassungsrechtlichen Sinne<sup>44</sup>. Dritte Personen ohne einfachgesetzlich begründete Elternverantwortung nehmen dagegen nicht an dem Schutz des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG teil; dies gilt auch dann, wenn sie mit dem Kind und dessen leiblichem Elternteil in einer sozial-familiären Gemeinschaft leben<sup>45</sup>.

#### *b) Grundrecht und Grundpflicht der Eltern im Interesse des Kindes*

Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gewährleistet die Pflege und Erziehung des Kindes als Grundrecht und zugleich als korrespondierende (Grund-)Pflicht der leiblichen Eltern. Mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts: „Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG schließt ein Elternrecht ohne Pflichtentragung gegenüber dem Kind aus. Mit dem Elternrecht ist von vornherein als dessen wesensbestimmender Bestandteil die Pflicht zur Pflege und Erziehung des Kindes verbunden“<sup>46</sup>. Die im Grundgesetz nahezu einzigartige<sup>47</sup> Kombination aus Grundrecht und -pflicht der Eltern beruht darauf, dass Kinder der Fürsorge und Anleitung Dritter bedürfen, um sich körperlich, geistig und seelisch entwickeln zu können<sup>48</sup>. Verfassungsdogmatisch ist die Pflege- und Erziehungspflicht keine Schranke, sondern eine tatbestandsimmanente Begrenzung des Elternrechts<sup>49</sup>.

Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG statuiert die Pflege und Erziehung des Kindes dabei zwar als eigenes Grundrecht und korrespondierende Pflicht der Eltern, stellt sie aber inhaltlich in den Dienst des Kindeswohls. Das Pflege- und Erziehungsrecht der Eltern ist ein fremdnütziges Recht<sup>50</sup>, welches im Interesse der Persönlichkeitsentwicklung des Kindes gewährleistet ist<sup>51</sup>.

#### *c) Schranken des Elternrechts: Wächter- und Trennungsamt des Staates (Art. 6 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG)*

Das durch die Institutsgarantie des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gesicherte Pflege- und Erziehungsrecht sowie die korrespondierende Pflicht der leiblichen Eltern ist Zugriffen des Gesetzgebers grundsätzlich entzogen. Den leiblichen Eltern gebührt bei der Wahrnehmung der Pflege- und Erziehungsverantwortung grundsätzlich Vorrang gegenüber Dritten wie sozialen Eltern, der gegen ih-

43 Vgl. BVerfGE 56, 363 (395); 59, 360 (376); 60, 79 (94); 61, 358 (371); 75, 201 (219).

44 BVerfG 1 BvL 1/11 und 1 BvR 3247/09 vom 19.2.2013, Rn. 48.

45 BVerfG 1 BvL 1/11 und 1 BvR 3247/09 vom 19.2.2013, Rn. 57, 59 f.; vgl. auch Coester-Waltjen, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, 6. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 70.

46 BVerfGE 108, 82 (101); s. auch BVerfGE 24, 119 (143); 52, 223 (235); 61, 358 (372); 68, 176 (190); 103, 89 (107); 121, 69 (92).

47 Vgl. Uhle, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 48.

48 Vgl. BVerfGE 7, 198 (205); 24, 119 (144); 121, 69 (92 f.).

49 Das Bundesverfassungsgericht sieht in der Pflege- und Erziehungspflicht einen „wesensbestimmenden Bestandteil des Elternrechts“, s. BVerfGE 10, 59 (76 ff.); 24, 119 (143); 56, 363 (382).

50 BVerfGE 59, 360 (377); 61, 358 (372); 84, 168 (180); Badura, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Stand: 2013, Art. 6 Abs. 2, 3 Rn. 94, 109; Uhle, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 48.

51 Ebenso BVerfGE 103, 89 (107); 121, 69 (92); Brosius-Gersdorf, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 142.

ren Willen allein unter den Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG (staatliches Wächteramt) oder des Art. 6 Abs. 3 GG (staatliches Trennungsamt) angetastet werden darf<sup>52</sup>.

Bei der Ausübung seines Wächteramtes ebenso wie seines Trennungsamtes wird der Staat in Situationen tätig, in denen sich die Eltern auf den Schutz des Grundrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nicht berufen können, weil sie ihrer Pflege- und Erziehungsverantwortung nicht gerecht werden. Als Wächter über das Elternrecht kommt dem Staat lediglich eine residuale Pflege- und Erziehungskompetenz zu; er darf im Grundsatz nur beobachtend und unter engen Voraussetzungen eingreifend tätig werden. Eingriffe in das Elternrecht und entsprechend eigene Pflege- und Erziehungsmaßnahmen legitimiert Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG ausnahmsweise, wenn die Eltern die körperliche, geistige oder seelische Entwicklung des Kindes objektiv gefährden<sup>53</sup>. Das Handeln der Eltern darf auch bei „weitester Anerkennung (ihrer) Selbstverantwortlichkeit ... (nicht mehr) als Pflege und Erziehung gewertet werden“ können<sup>54</sup>, sodass der Schutz des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nicht greift. Art. 6 Abs. 3 GG gestattet dem Staat, das Kind von seinen Eltern zu trennen, wenn es zu verwahrlosen droht. Das Wächteramt des Staates gem. Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG sowie das gegenüber den Eingriffsbefugnissen des Staates als Wächter gesteigerte Trennungsmandat des Art. 6 Abs. 3 GG<sup>55</sup> konkretisieren die Schutzpflichten des Staates für die Grundrechte des Kindes<sup>56</sup> und weisen dem Staat ein subsidiäres Pflege- und Erziehungsmandat beschränkt auf Kindeswohlgefährdendes Fehlverhalten der Eltern zu<sup>57</sup>. Unterhalb der Schwelle der Kindeswohlgefährdung sind Pflege- und Erziehungsmaßnahmen des Staates unzulässig<sup>58</sup>.

## 2. Verfassungsrechtliche Vorbedingungen und Grenzen der Übertragung von Sorgerechtsbefugnissen auf soziale Eltern

Ob und inwieweit der Gesetzgeber nichtelterlichen Personen Pflege- und Erziehungsbefugnisse für ein Kind einräumen darf, bemisst sich weniger nach der inhaltlichen Reichweite der Sorgerechtsbefugnisse (kleines oder großes Sorgerecht) als danach, ob die Übertragung des Sorgerechts mit dem oder gegen den Willen der leiblichen Eltern erfolgt. Zum anderen ist maßgeblich, ob das Sorgerecht widerruflich oder unwiderruflich übertragen wird.

### a) Übertragung des Sorgerechts auf soziale Eltern gegen den Willen der leiblichen Eltern

Gegen den Willen der leiblichen Eltern darf der Gesetzgeber das Sorgerecht für ein Kind nur unter den Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 2 S. 2 oder Abs. 3 GG (ganz oder teilweise) auf Dritte übertragen. Die Einräumung eines Sorgerechts für nichtelterliche Personen setzt voraus, dass die leiblichen Eltern ihrer Pflege- und Erziehungsverantwortung nicht gerecht werden und dadurch das Wohlergehen ihres Kindes gefährden (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) bzw. das Kind zu verwahrlosen droht (Art. 6 Abs. 3 GG). Diese Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 2 S. 2 bzw. Abs. 3 GG gelten sowohl

52 Im Bereich der Schule gesellt sich die Schulaufsicht des Staates gem. Art. 7 Abs. 1 GG dazu.

53 Vgl. nur BVerfGE 24, 119 (144 f.); 55, 171 (182); 59, 360 (376); 60, 79 (91); 79, 51 (60 f.).

54 BVerfGE 24, 119 (143).

55 Näher Brosius-Gersdorf, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 192.

56 Ebenso BVerfGE 60, 79 (88); Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, 2006, S. 589.

57 Brosius-Gersdorf, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 175.

58 Vgl. BVerfGE 24, 119 (143); 47, 46 (69 f.).

für die widerrufliche als auch für die unwiderrufliche Übertragung von Sorgerechtsbefugnissen auf Dritte. Sie kommen auch unabhängig davon zum Tragen, ob sozialen Eltern die Befugnis lediglich zur Mitentscheidung in Angelegenheiten des täglichen Lebens (kleines Sorgerecht) oder auch in Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung (großes Sorgerecht) für das Kind zustehen soll.

*b) Übertragung des Sorgerechts auf soziale Eltern mit Einverständnis der leiblichen Eltern: Unzulässiger Verzicht oder zulässige Ausübung des Elternrechts?*

Knüpft der Gesetzgeber ein Sorgerecht für nichtelterliche Personen an das Einverständnis der leiblichen Eltern, stellt sich die Frage, ob hierin eine zulässige Ausübung des Elternrechts oder ein unzulässiger Verzicht auf das verfassungsrechtliche Elternrecht und die korrespondierende Pflicht liegt.

*aa) Übertragung des Sorgerechts auf soziale Eltern mit Einverständnis der leiblichen Eltern unter den Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG*

Das Sorgerecht der leiblichen Eltern bildet einen wesentlichen Bestandteil ihres Elternrechts i. S. d. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Einer freiwilligen Übertragung ihres Sorgerechts auf Dritte steht (ggf. nach Prüfung und Entscheidung des Familiengerichts) verfassungsrechtlich dann nichts im Wege, wenn die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 2 S. 2 oder Abs. 3 GG vorliegen. Kommen die leiblichen Eltern ihrer Verpflichtung zur Pflege und Erziehung des Kindes nicht nach, sodass von ihnen Gefahren für die Entwicklung des Kindes ausgehen, dürfen sie auf ihr Sorgerecht ganz oder teilweise verzichten und es Dritten überlassen. Gem. Art. 6 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG darf und muss der Staat die Pflege und Erziehung des Kindes – etwa durch staatliche Pflege- und Erziehungsmaßnahmen, durch Vermittlung des Kindes zu Pflegeeltern oder zur Adoption – sogar gegen den Willen der Eltern sicherstellen, wenn sie ihrer Elternverantwortung gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nicht gerecht werden. Unter denselben Voraussetzungen ist „erst Recht“ der willentliche Verzicht der Eltern auf ihr Elternrecht und die freiwillige Übertragung ihres Sorgerechts auf Dritte mit Art. 6 Abs. 2 S. 1 bzw. Abs. 3 GG vereinbar. Die Eltern verstoßen unter diesen Bedingungen nicht gegen ihre Elternpflicht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, sondern werden ihr im Gegenteil gerecht bzw. ihr Handeln ist durch Art. 6 Abs. 2 S. 2 oder Abs. 3 GG „gerechtfertigt“.

*bb) Übertragung des Sorgerechts auf soziale Eltern mit Einverständnis der leiblichen Eltern ohne Gefährdung des Kindeswohls*

Schwieriger zu beantworten ist, ob die leiblichen Eltern ihr Sorgerecht auch dann ganz oder teilweise auf Dritte übertragen dürfen, wenn von ihnen keine Gefahren für das Wohl ihres Kindes ausgehen. Dürfen leibliche Eltern „im Alltag“ Dritte mit der Wahrnehmung von Pflege- und Erziehungsbefugnissen für ihr Kind betrauen und wie weit darf diese Betrauung inhaltlich reichen? Insoweit ist zu differenzieren zwischen der widerruflichen und der unwiderruflichen Übertragung von Sorgerechtsbefugnissen, die sich auf Angelegenheiten des täglichen Lebens (kleines Sorgerecht) und auf Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung (großes Sorgerecht) für das Kind beziehen kann.

(1) *Widerrufliches kleines oder großes Sorgerecht sozialer Eltern*

Die freiwillige Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse durch die leiblichen Eltern auf Dritte ist mit dem verfassungsrechtlichen Elternrecht und der korrespondierenden Elternpflicht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG vereinbar, wenn die Befugnisse lediglich zeitweise *widerruflich* zur Ausübung übertragen werden.

Da die Pflege und Erziehung des Kindes ein fremdnütziges Recht im Interesse des Kindeswohls und eine korrespondierende Pflicht der Eltern darstellt<sup>59</sup>, dürfen die Eltern auf die Wahrnehmung ihres verfassungsrechtlichen Elternrechts nach allgemeiner Ansicht nicht verzichten; Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gewährt keine negative grundrechtliche Freiheit, das Elternrecht nicht auszuüben<sup>60</sup>. Entsprechend ist das zivilrechtlich ausgeformte Sorge- und Umgangsrecht, das Ausfluss der Elternverantwortung aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ist, nicht verzichtbar<sup>61</sup>. Dementsprechend sind Vereinbarungen zwischen Eltern und Dritten, die einen Verzicht der Eltern auf ihr Sorge- oder Umgangsrecht beinhalten, unwirksam<sup>62</sup>.

Ein unzulässiger Verzicht auf das Elternrecht liegt bei einer *widerruflichen* Übertragung von Sorge- oder Umgangsrechtsbefugnissen durch die leiblichen Eltern auf Dritte nicht vor. Die einseitig beendbare Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse auf Dritte sichert den leiblichen Eltern den jederzeitigen Einfluss auf die Pflege und Erziehung und lässt ihr alleiniges Entscheidungsrecht unberührt. Das Elternrecht der leiblichen Eltern wird durch die widerrufliche Übertragung von Sorgerechtsbefugnissen auf Dritte nicht beschnitten. Die Eltern übertragen zwar die „Erfüllung“ der Pflege und Erziehung ihres Kindes auf Dritte, behalten aber die „Gewährleistungsverantwortung“ in den Händen. Sie können die Wahrnehmung der Pflege und Erziehung ihres Kindes durch den Dritten kontrollieren und bei Missfallen jederzeit beenden. Der Dritte erhält keine eigenständige, unabgeleitete Elternposition, sondern ein von dem Elternrecht der leiblichen Eltern abhängiges, akzessorisches Ausübungsrecht. Er wird nicht Träger des verfassungsrechtlichen Elternrechts und der korrespondierenden Pflicht (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG)<sup>63</sup>, sondern ist lediglich Ausübungsberechtigter. Die widerrufliche Übertragung sorgerechtlicher Befugnisse auf nichtel-

59 Näher Ziff. IV. 1. b).

60 S. nur BVerfGE 24, 119 (143); BGH, NJW 1984, 1951 (1952); FamRZ 1986, 444; BayOLGZ 9, 433 (440); 33, 408; Uhle, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 48; ferner Dethloff, in: Grziwotz (Hrsg.), Notarielle Gestaltung bei geänderten Familienstrukturen, 2012, S. 7 (15); Coester-Waltjen, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 82; Hoffmann, FamRZ 2011, 1544 (1545); Schwab, Familienrecht, 23. Aufl. 2015, § 60 Rn. 708; Löhnig, Das Kind zwischen Herkunftsfamilie und neuer Familie eines Elternteils, in: Schwab/Vaskovicz (Hrsg.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog, 2011, S. 157 (161); Rauscher, Familienrecht, 2. Aufl. 2008, § 33 Rn. 955; Lipp, Elternschaft, „sozial-familiäre Beziehung“ und „Bindungsperson“, in: Schwab/Vaskovicz (Hrsg.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog, 2011, S. 121 (126).

61 BVerfGE 121, 69 (92 ff.). Entsprechend unzulässig ist ein Verzicht auf Unterhaltspflichten, die ebenfalls Ausdruck der verfassungsrechtlichen Elternverantwortung sind, vgl. BGH, FamRZ 1984, 788.

62 BGH, FamRZ 1984, 778; FamRZ 1986, 444.

63 Ob für die Entstehung verfassungsrechtlicher Elternverantwortung i. S. d. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG die gesetzliche Zuweisung umfassender und unabgeleiteter, d. h. grds. unwiderruflicher Sorge- und Umgangsrechtsbefugnisse erforderlich ist (in diese Richtung deutet BVerfG 1 BvL 1/11 vom 19.2.2013, Rn. 47 ff.) oder ob auch partielle und widerrufliche Sorgerechtsbefugnisse zumindest für ein Elternrecht „minderen Ranges“ genügen, ist ungeklärt. Gegen die Einbeziehung von Stiefeltern in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 6 Rn. 47; Jestaedt, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 1995, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 82.

terliche Personen wie den Partner, Verwandte oder Freunde begründet daher keinen unzulässigen Verzicht auf das Elternrecht, sondern stellt sich als zulässige Ausübung des Elternrechts dar<sup>64</sup>.

Aus diesen Gründen ist gegen das jederzeit widerrufliche<sup>65</sup> kleine Sorgerecht der Stiefeltern gem. § 1687b Abs. 1 BGB, § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG sub specie des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG an nichts zu erinnern<sup>66</sup>. Desgleichen dürfte auch eine widerrufliche Befugnis nichtelterlicher Personen zur Mitentscheidung in Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung für das Kind (widerrufliches großes Sorgerecht) zulässig sein<sup>67</sup>. Nicht der Umfang der Dritten übertragenen Sorgerechtsbefugnisse, sondern die Möglichkeit der jederzeitigen Kontrolle und einseitigen Widerrufbarkeit durch die leiblichen Eltern entscheidet darüber, ob das Pflege- und Erziehungsrecht der leiblichen Eltern gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gewahrt ist. Eine Erstreckung der § 1687b BGB und § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG auf Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung für das Kind stünde daher mit dem verfassungsrechtlichen Schutz des Elternrechts in Einklang<sup>68</sup>.

## (2) Unwiderrufliches kleines oder großes Sorgerecht sozialer Eltern

Im Gegensatz zu der widerruflichen Übertragung von Sorgerechtsbefugnissen entsteht bei einem *unwiderruflichen* Sorgerecht Dritter ein eigenes Mitsorgerecht des Dritten, das in seinem Fortbestand von den leiblichen Eltern unabhängig ist. Die leiblichen Eltern können die erforderlichen Pflege- und Erziehungsentscheidungen fortan nicht mehr allein, sondern nur noch gemeinsam mit dem Dritten treffen und das Pflege- und Erziehungsrecht des Dritten nicht einseitig beenden.

Ob eine unwiderrufliche Ermächtigung nichtelterlicher Personen zur Wahrnehmung von Pflege- und Erziehungsbefugnissen für ein Kind mit dem verfassungsrechtlichen Elternrecht und der korrespondierenden Pflicht der leiblichen Eltern (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) vereinbar ist, ist ungeklärt. Soweit sich das Bundesverfassungsgericht in einzelnen Judikaten mit Fragen der sozialen Elternschaft befasst hat, lassen sich ihnen sowohl Argumente für als auch gegen die Zulässigkeit echter elterlicher Mitverantwortung sozialer Eltern entnehmen. Soweit die Frage im Schrifttum diskutiert wird, wird die unwiderrufliche Übertragung eines (Allein- oder Mit-)Sorgerechts auf Dritte

64 Vgl. nur BVerfGE 105, 313 (354): „Dabei umfasst der Schutzbereich des Elternrechts grundsätzlich auch die Entscheidung darüber, wer Kontakt mit dem Kind hat und wem durch Übertragung von Entscheidungsbefugnissen Einfluss auf die Erziehung des Kindes zugestanden wird“; BVerfGE 99, 216 (232); 103, 89 (107); BayOLGZ 9, 433 (440); 33, 408; *Schwab*, Familienrecht, 23. Aufl. 2015, § 60 Rn. 708; *Coester-Waltjen*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 82; v. *Coelln*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 6 Rn. 65 Fn. 503; *Hoffmann*, FamRZ 2011, 1544 (1545); *Rauscher*, Familienrecht, 2. Aufl. 2008, § 33 Rn. 955; *Dethloff*, in: Grziwotz (Hrsg.), Notarielle Gestaltung bei geänderten Familienstrukturen, 2012, S. 7 (15); ähnlich *Jestaedt*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 1995, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 131.

65 S. Ziff. II.

66 Statt vieler BVerfGE 105, 313 (353 f.); a. A. *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 13. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 56.

67 Eine Ausnahme mag allenfalls für höchstpersönliche Angelegenheiten des Kindes und für Entscheidungen gelten, die auch den sorgeberechtigten leiblichen Eltern versagt sind (vgl. §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 BGB), s. *Hoffmann*, FamRZ 2011, 1544 (1548) – auch dazu, dass Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung für das Kind nicht per se eine höchstpersönliche Entscheidung des Sorgeberechtigten erfordern.

68 Für die Einführung eines großen Sorgerechts zugunsten von Stiefeltern *Dethloff*, in: Scherpe/Yassari (Hrsg.), Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, 2005, S. 137 (146 ff.); *Drischmann*, Das Sorgerecht in Stieffamilien, 2007, S. 289 ff., 383 ff., die für die Regelung eines großen Sorgerechts sozialer Eltern bei Bestehen einer Eltern-Kind-ähnlichen Beziehung zwischen Kind und Stiefelternteil plädiert; *Muscheler*, FamRZ 2004, 913 (920) mit dem Vorschlag, Stiefeltern i. S. d. § 1687b BGB, § 9 LPartG ein großes (Mit-)Sorgerecht einzuräumen – allerdings beschränkt auf den Fall, dass der nicht sorgeberechtigte leibliche Elternteil verstorben oder unbekannt ist.



überwiegend als unzulässiger Verzicht des Elternrechts eingeordnet (s. [a]). Welche Argumente für die Zulässigkeit unwiderruflicher Sorgerechtsbefugnisse Dritter sprechen, wird unter [b] bis [d] dargelegt.

(a) *Meinungsstand im Schrifttum: Unwiderrufliches (Mit-)Sorgerecht sozialer Eltern als unzulässiger Verzicht auf das Elternrecht*

Nach Ansicht des (überwiegend zivilrechtlichen) Schrifttums steht Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG einer unwiderruflichen Übertragung der elterlichen Sorge durch die leiblichen Eltern auf Dritte entgegen<sup>69</sup>. Auch der Gesetzgeber dürfe die „Statuszuschreibung an die Eltern“ nicht ändern und sozialen Bezugspersonen des Kindes statusgebundene Elternrechte und -pflichten nicht übertragen<sup>70</sup>. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gestatte lediglich ein akzessorisches, widerrufliches Ausübungsrecht, nicht hingegen ein eigenständiges, unwiderrufliches Sorgerecht nichtelterlicher Personen<sup>71</sup>. Die tatsächliche Übernahme sozial-familiärer Verantwortung für ein Kind durch Dritte könne die Zuweisung eines eigenen, unabgeleiteten Sorgerechts nicht rechtfertigen, solange die sorgeberechtigten Eltern vollständig handlungsfähig seien<sup>72</sup>. Nur sofern die Eltern bei der Pflege und Erziehung ihres Kindes versagten (vgl. Art. 6 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG), dürfe das Familiengericht das Sorgerecht der Eltern einschränken und auf andere übertragen<sup>73</sup>.

Hieraus wird die Konsequenz gezogen, dass das kleine Sorgerecht von Stiefeltern gem. § 1687b Abs. 1 BGB und § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG aus verfassungsrechtlichen Gründen restriktiv ausulegen sei. § 1687b Abs. 1 BGB und § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG müssten im Lichte des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG so interpretiert werden, dass nicht die elterliche Sorge als solche auf den Stiefelternteil übertragen werde<sup>74</sup> und dass das Sorgerecht des allein sorgeberechtigten Elternteils nicht eingeschränkt werde<sup>75</sup>. Der Stiefelternteil erhalte kein eigenständiges Sorgerecht, sondern nur ein von dem (Allein-)Sorgerecht seines Ehegatten oder Lebenspartners abgeleitetes, akzessorisches Ausübungsrecht<sup>76</sup>. Sorgeberechtigter Elternteil und Stiefelternteil seien nicht gleichberechtigte Sor-

69 Löhnig, Das Kind zwischen Herkunftsfamilie und neuer Familie eines Elternteils, in: Schwab/Vaskovicz (Hrsg.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog, 2011, S. 157 (161); vgl. auch Lipp, Elternschaft, „sozial-familiäre Beziehung“ und „Bindungsperson“, in: Schwab/Vaskovicz (Hrsg.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog, 2011, S. 121 (128).

70 Lipp, Elternschaft, „sozial-familiäre Beziehung“ und „Bindungsperson“, in: Schwab/Vaskovicz (Hrsg.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog, 2011, S. 121 (126, 134), der vor einer gesetzlichen Pluralisierung der Elternschaft durch Aufspaltung der Elternstellung warnt.

71 Vgl. Löhnig, Das Kind zwischen Herkunftsfamilie und neuer Familie eines Elternteils, in: Schwab/Vaskovicz (Hrsg.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog, 2011, S. 157 (162).

72 Rauscher, Familienrecht, 2. Aufl. 2008, § 35 Rn. 1134.

73 Hoffmann, FamRZ 2011, 1544 (1545).

74 Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 67 Rn. 1; Löhnig, Das Kind zwischen Herkunftsfamilie und neuer Familie eines Elternteils, in: Schwab/Vaskovicz (Hrsg.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog, 2011, S. 157 (161, 164); Zorn, Das Recht der elterlichen Sorge, 3. Aufl. 2016, S. 342 f.

75 Battes, FuR 2002, 113 (117); Coester-Waltjen, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.), Perspektiven des Familienrechts, Festschrift für Dieter Schwab, 2005, S. 761 (763); Zorn, Das Recht der elterlichen Sorge, 3. Aufl. 2016, S. 343; anderer Ansicht Salgo, in: von Staudinger (Hrsg.), BGB, Kommentar, Buch 4, Stand: 2014, § 1687b Rn. 14, wonach das Alleinsorgerecht des Elternteils teilweise eingeschränkt werde.

76 Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 67 Rn. 5; Löhnig, Das Kind zwischen Herkunftsfamilie und neuer Familie eines Elternteils, in: Schwab/Vaskovicz (Hrsg.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft.

gerechtsinhaber, sondern Sorgerechtsinhaber einerseits und Ausübungsberechtigter andererseits<sup>77</sup>. Dies habe zur Folge, dass das Recht des Stiefelternteils zur Alltagsorge für das Kind gem. § 1687b BGB und § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG unter dem Vorbehalt des Einvernehmens des allein sorgeberechtigten Elternteils stehe, während der allein sorgeberechtigte Elternteil das Alleinentscheidungsrecht behalte und im Konfliktfall die Letztentscheidungsbefugnis habe („Stichentscheid“)<sup>78</sup>. Zugleich folge aus der Akzessorietät des Ausübungsrechts des Stiefelternteils zum Alleinsorgerecht des leiblichen Elternteils, dass der allein sorgeberechtigte Elternteil die Ausübungsbefugnis seines Ehegatten bzw. Lebenspartners jederzeit einseitig widerrufen könne<sup>79</sup>. Im Übrigen ende das Ausübungsrecht außer in den Fällen des § 1687b Abs. 3 und 4 BGB bzw. des § 9 Abs. 3 und 4 LPartG mit dem Ende der elterlichen Sorge des allein sorgeberechtigten Elternteils<sup>80</sup>. Nur eine solche, restriktive Interpretation der § 1687b BGB und § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG im Sinne eines streng akzessorischen, widerruflichen Ausübungsrechts, welches das elterliche Sorgerecht des allein sorgeberechtigten Elternteils unberührt lässt, werde dem verfassungsrechtlichen Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gerecht.

*(b) Kindeswohl als bestimmender Faktor zur Vermessung der Grenzen der Übertragung sorgerechtl. Befugnisse auf Dritte*

Für die Unzulässigkeit eines unwiderruflichen Sorgerechts sozialer Eltern spricht, dass die Eltern die elterliche Sorge fortan nicht mehr allein, sondern nur noch einvernehmlich mit dem sozialen Elternteil ausüben können. Es entsteht eine Situation, die der gemeinsamen Sorge leiblicher Eltern entspricht. Der Dritte erlangt ein den leiblichen Eltern vergleichbares, eigenständiges, d. h. nicht-akzessorisches Mitsorgerecht und wächst damit in die Elternstellung nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG hinein<sup>81</sup>. Die elterliche Sorge, die zuvor allein den leiblichen Eltern zustand, wird fragmentiert und multipliziert. Durch diese Multiplizierung des Elternrechts wird die verfassungsrechtliche Elternstellung der leiblichen Eltern aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG eingeschränkt. Die leiblichen Eltern können fortan nicht mehr allein und unabhängig von Dritten über die Pflege und Erziehung ihres Kindes entscheiden, sondern sind hierbei an das Einvernehmen mit dem sozialen Elternteil gebunden.

---

Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog, 2011, S. 157 (161); Veit, FPR 2004, 67 (72); Sickert, Die lebenspartnerschaftliche Familie, 2005, S. 76. In diesem Sinne lässt sich auch BVerfGE 103, 313 (354) verstehen, wonach sich das „kleine Sorgerecht“ i. S. d. § 9 LPartG „aus der Alleinsorge des in Lebenspartnerschaft lebenden Elternteils ableitet“.

77 Löhnig, FPR 2008, 157 f.

78 Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 67 Rn. 7; Battes, FuR 2002, 113 (117); Kemper, in: Bruns/Kemper (Hrsg.), Lebenspartnerschaftsrecht, Handkommentar, 2. Aufl. 2006, § 9 Rn. 11; Löhnig, FPR 2008, 157 (158); Veit, FPR 2004, 67 (72).

79 Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 60 Rn. 5, 8 unter Hinweis auf das Erziehungsprimat des allein sorgeberechtigten Elternteils aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG; gleichsinnig Kemper, FF 2001, 156 (161); Drischmann, Das Sorgerecht in Stieffamilien, 2007, S. 163; Zorn, Das Recht der elterlichen Sorge, 3. Aufl. 2016, S. 418; Henne-mann, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 8, 6. Aufl. 2012, § 1687b Rn. 1. Anderer Ansicht unter Hinweis auf den abschließenden Regelungsgehalt des § 1687b Abs. 3 BGB Drischmann, Das Sorgerecht in Stieffamilien, 2007, S. 235; Salgo, in: von Staudinger (Hrsg.), BGB, Kommentar, Buch 4, Stand: 2014, § 1687b Rn. 14, 19.

80 Veit, FPR 2004, 67 (72); Coester-Waltjen, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.), Perspektiven des Familienrechts, Festschrift für Dieter Schwab, 2005, S. 761 (768 f.); Zorn, Das Recht der elterlichen Sorge, 3. Aufl. 2016, S. 419; Drischmann, Das Sorgerecht in Stieffamilien, 2007, S. 231.

81 Vgl. v. Puttkamer, Stieffamilien und Sorgerecht in Deutschland und England, 1994, S. 115, 130 f.

Eine solche freiwillige Beschränkung der eigenen elterlichen Befugnisse kommt einem teilweisen Verzicht auf das verfassungsrechtliche Elternrecht gleich, der allgemein für unzulässig gehalten wird<sup>82</sup>. Da Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG keine negative grundrechtliche Freiheit gewährt, auf das Elternrecht (ganz oder teilweise) zu verzichten, ist das Elternrecht – außerhalb der Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG – unverfügbar. Zwar können Eltern ihrer Pflicht zur Pflege und Erziehung ihres Kindes „auch dadurch nachkommen, dass sie das Kind der Obhut anderer anvertrauen. Ohne die Möglichkeit, die Sorgerechtsbefugnisse Dritter bei einer Gefährdung des Kindeswohls einseitig beenden zu können, könnte es jedoch schwierig sein, „als Elternteil so auf das Kind Einfluss zu nehmen, wie es dessen speziellem Wohl entspricht und dessen persönlicher Entwicklung förderlich ist.“<sup>83</sup> Dies spricht dafür, das Allein- und Letztentscheidungsrecht der leiblichen Eltern sowie die entsprechende Möglichkeit eines freien Widerrufs der Mitsorge Dritter als „wesentliche Voraussetzung und Grundlage für die Ausübung des Elternrechts im Interesse des Kindes“<sup>84</sup> anzusehen.

Dass die leiblichen Eltern die elterliche Sorge untereinander grundsätzlich frei verteilen können (vgl. §§ 1626a Abs. 1 Nr. 1, 1671 Abs. 2 Nr. 2, 1672 BGB), legitimiert die unwiderrufliche Übertragung eines Sorgerechts auf Dritte nicht<sup>85</sup>. In der Verteilung der Sorge zwischen den leiblichen Eltern liegt kein Verzicht auf das Sorgerecht, sondern die „Positionierung der elterlichen Sorge zwischen den Inhabern des Elternrechts“ und damit die Ausübung des Elternrechts<sup>86</sup>. Zudem kommt es, anders als bei der Gewährung elterlicher Befugnisse zugunsten weiterer, nichtelterlicher Personen, nicht zu einer Pluralisierung der Elternschaft.

Diese auf dem Dogma der Unverzichtbarkeit des verfassungsrechtlichen Elternrechts fußenden Argumente gegen die Übertragbarkeit eines unwiderruflichen Mitsorgerechts zugunsten sozialer Eltern erscheinen jedoch nicht zwingend. Bestimmt man die Reichweite und die Grenzen des Elternrechts im Lichte des Kindeswohls, in dessen Dienst die Pflege- und Erziehungsverantwortung der Eltern gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG steht, kann ein unwiderrufliches Sorgerecht Dritter verfassungsrechtlich zulässig sein. Das Theorem der Unverfügbarkeit des Elternrechts bedarf der Konkretisierung nach Maßgabe des Kindeswohls.

Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gewährleistet die Pflege und Erziehung des Kindes als fremdnütziges Grundrecht und korrespondierende Pflicht der Eltern. Die Pflege- und Erziehungsverantwortung der Eltern steht inhaltlich im Dienst des Kindeswohls und sucht die körperliche, geistige und seelische Entwicklung der Kinder zu gewährleisten, die für ihre Entwicklung auf die Fürsorge und Anleitung Dritter angewiesen sind<sup>87</sup>. Mit Blick auf diese dienende Funktion des Elternrechts und der korrespondierenden Elternpflicht ist ihr Inhalt nach Maßgabe des Kindeswohls zu bestimmen. Als fremdnütziges Recht bemisst sich der Inhalt dessen, was den Eltern als Pflege und Erziehung des Kindes erlaubt (und geboten) ist, nach dem Wohl des Kindes. Leben die leiblichen Eltern mit einer Person zusammen, die ebenso wie der leibliche Elternteil tatsächlich Pflege- und Erziehungsverantwortung für das Kind übernimmt, kann die unwiderrufliche Einräumung eines gleichberechtigten (Mit-)Sorgerechts zugunsten des Dritten mit Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG vereinbar

82 Näher Ziff. IV. 2. b) bb) (1).

83 Formulierung aus BVerfGE 121, 69 (97).

84 Formulierung aus BVerfGE 121, 69 (97).

85 Vgl. ebenso *Coester-Waltjen*, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.), Perspektiven des Familienrechts, Festschrift für Dieter Schwab, 2005, S. 761 (764).

86 *Coester-Waltjen*, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.), Perspektiven des Familienrechts, Festschrift für Dieter Schwab, 2005, S. 761 (764).

87 Näher Ziff. IV. 1. b).

sein, wenn sie dem Wohlergehen des Kindes dient. Droht sich die Wirkung, die mit einem Ausschluss des Mitsorgerechts sozialer Eltern verbunden ist, „in ihr Gegenteil zu verkehren“, kommt der Ausschluss dem Kind nicht zugute, „sondern kann ihm zu Schaden gereichen.“<sup>88</sup> Unter diesen Bedingungen entfällt der Grund dafür, den leiblichen Eltern die Übertragung eines eigenständigen (Mit-)Sorgerechts auf Dritte zu untersagen<sup>89</sup>.

Diese Interpretation des Elternrechts im Lichte des Kindeswohls kann sich auf die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts stützen, namentlich auf das Urteil zur *Sukzessivadoption durch Lebenspartner*. Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungswidrigkeit des Verbots der Sukzessivadoption durch Lebenspartner (s. § 9 Abs. 7 LPartG) argumentativ darauf gestützt, dass die Sukzessivadoption das Wohl des betroffenen Kindes nicht gefährde, sondern ihm im Gegenteil diene. Aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG folge die Verpflichtung des Staates, „das Wie und Ob elterlicher Pflichtenwahrnehmung in Ausrichtung auf das Kindeswohl zu sichern.“<sup>90</sup> Das Kindeswohl sei „wesensbestimmender Bestandteil“ des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, das Elternrecht sei „um des Kindes willen gegen Eingriffe des Staates geschützt“<sup>91</sup>. Nach der Überzeugung des Bundesverfassungsgerichts dient es dem Wohl des Kindes, wenn es in einer Gemeinschaft aufwächst, die „auf Dauer angelegt und durch verbindliche Verantwortungsübernahme geprägt“ ist<sup>92</sup>, wenn es in „behüteten Verhältnisse(n)“ groß wird<sup>93</sup>. Das Gericht betont die „stabilisierende(n) entwicklungspsychologische(n) Effekte“ der Sukzessivadoption, die das Kind in seine neue Familie integriere. Insbesondere das gemeinsame Sorgerecht der (Adoptiv-)Eltern könne „das Zugehörigkeitsgefühl der Kinder und das Verantwortungsgefühl der Eltern stärken und die gemeinsame Erziehung erleichtern. Hingegen könnte das Kind die Verweigerung der rechtlichen Anerkennung seines Verhältnisses zum sozialen Elternteil als Abwehr und Ablehnung seiner Person und seiner Familie erleben.“<sup>94</sup> Hinzu komme, dass die Sukzessivadoption die Rechtsstellung des Kindes verbessere, indem der Adoptivelternteil ein Sorgerecht erwerbe und das Kind von der doppelten Elternschaft durch Unterhalts- und Erbsprüche gegen den Annehmenden profitiere<sup>95</sup>. Die Sukzessivadoption bewirke insoweit einen Zugewinn an Rechten und keinen Rechtsverlust<sup>96</sup>. Schließlich hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass eine Gefährdung des Kindeswohls bei einer Zulassung der Sukzessivadoption durch Lebenspartner auch deshalb nicht zu befürchten sei, „weil jeder Adoption eine Einzelfallprüfung vorausgeht, bei der etwaige individuelle Nachteile der konkret in Frage stehenden Adoption berücksichtigt werden. Gem. § 1741 Abs. 1 BGB darf das Familiengericht die Annahme nur aussprechen, wenn sie dem Wohl des Kindes dient. Ob eine Adoption dem Wohl des Kindes dient, ist nach Prüfung des Einzelfalls im Wege einer Prognoseentscheidung durch das Familiengericht zu beantworten.“<sup>97</sup>

Interpretiert man das verfassungsrechtliche Elternrecht im Lichte der Bedürfnisse und des Wohls des Kindes, erscheint die unwiderrufliche Übertragung elterlicher Sorgebefugnisse auf soziale Eltern unter der Voraussetzung, dass die Übertragung dem Kindeswohl dient, mit Art. 6 Abs. 2 S. 1

88 Formulierungen aus BVerfGE 121, 69 (102).

89 Vgl. ähnlich BVerfGE 121, 69 (101 ff.) bezogen auf die zwangsweise Durchsetzung der Umgangspflicht leiblicher Eltern.

90 BVerfG 1 BvL 1/11 und 1 BvR 3247/09 vom 19.2.2013, Rn. 43.

91 BVerfG 1 BvL 1/11 und 1 BvR 3247/09 vom 19.2.2013, Rn. 49.

92 BVerfG 1 BvL 1/11 und 1 BvR 3247/09 vom 19.2.2013, Rn. 77.

93 BVerfG 1 BvL 1/11 und 1 BvR 3247/09 vom 19.2.2013, Rn. 80.

94 BVerfG 1 BvL 1/11 und 1 BvR 3247/09 vom 19.2.2013, Rn. 83.

95 BVerfG 1 BvL 1/11 und 1 BvR 3247/09 vom 19.2.2013, Rn. 84 ff.

96 BVerfG 1 BvL 1/11 und 1 BvR 3247/09 vom 19.2.2013, Rn. 90.

97 BVerfG 1 BvL 1/11 und 1 BvR 3247/09 vom 19.2.2013, Rn. 91.

GG vereinbar. Leben die leiblichen Eltern mit ihrem Kind und Dritten zusammen und übernimmt der Dritte tatsächlich Pflege- und Erziehungsverantwortung für das Kind, kann ein Mitsorgerecht des Dritten im Interesse des Kindes liegen. Die das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Sukzessivadoption durch Lebenspartner tragenden Gründe lassen sich für die Übertragung elterlicher Sorgebefugnisse auf soziale Eltern fruchtbar machen: Die unwiderrufliche Übertragung elterlicher Mitverantwortung auf Dritte kann dem Kindeswohl ebenso dienen wie eine Sukzessivadoption. Durch die Übernahme elterlicher Verantwortung (unwiderrufliches Mitsorgerecht) durch soziale Eltern wird das Kind regelmäßig in eine Familiengemeinschaft integriert, die „durch verbindliche Verantwortungsübernahme geprägt“ ist, so dass es in „behüteten Verhältnisse(n)“ aufwächst und in seine neue Familie auch rechtlich integriert wird. Das Mitsorgerecht der sozialen Eltern kann „das Zugehörigkeitsgefühl der Kinder und das Verantwortungsgefühl der Eltern stärken und die gemeinsame Erziehung erleichtern.“<sup>98</sup> Umgekehrt besteht bei einer Verweigerung der rechtlichen Anerkennung des Verhältnisses des Kindes zu seinen sozialen Eltern die Gefahr, dass es dies als Ablehnung seiner Person und Familie empfindet. Auch die Rechtsstellung des Kindes wird verbessert, wenn der soziale Elternteil ein Mitsorgerecht erhält und das Kind ggf. sogar Unterhaltsansprüche gegen den sozialen Elternteil erwirbt. Die Übernahme elterlicher Mitverantwortung durch soziale Eltern bewirkt mithin einen Zugewinn an Rechten und keinen Rechtsverlust für das Kind. Versieht der Gesetzgeber die Übernahme elterlicher Mitverantwortung mit Unterhaltungspflichten des sozialen Elternteils gegenüber dem Kind, dürfte gerade die Unterhaltungspflicht die Gewähr dafür bieten, dass nur solche Personen Mitverantwortung für ein Kind übernehmen, die tatsächlich eine enge sozial-familiäre Beziehung zu dem Kind haben. Ein unwiderrufliches Mitsorgerecht stabilisiert und festigt in diesem Fall eine bereits bestehende Bindung auch rechtlich, was dem Kindeswohl dient. Diese Überlegungen gelten umso mehr, als ein Mitsorgerecht sozialer Eltern – im Gegensatz zur Adoption – die rechtliche Beziehung des Kindes zu seinen leiblichen Eltern nicht zerstört, sondern das Kind hierdurch einen weiteren Elternteil hinzugewinnt<sup>99</sup>.

Die unwiderrufliche Übertragung elterlicher Mitverantwortung auf Dritte gefährdet daher nicht stets das Kindeswohl, sondern kann die Belange des Kindes schützen. Da das Kindeswohl sub specie des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG das entscheidende Kriterium für die Beurteilung der Zulässigkeit elterlicher (Sorge-)Entscheidungen ist, erscheint ein unwiderrufliches Mitsorgerecht sozialer Eltern, das dem Kindeswohl dient, nicht als unzulässiger Verzicht der leiblichen Eltern auf ihr Elternrecht, sondern als Wahrnehmung elterlicher Verantwortung. Anhaltspunkte dafür, dass ein unwiderrufliches Mitsorgerecht sozialer Eltern dem Kindeswohl dient, können neben dem Bestehen einer häuslichen Gemeinschaft zwischen sozialen Eltern und Kind und der tatsächlichen Übernahme von Pflege- und Erziehungsverantwortung durch den sozialen Elternteil vor allem die Entwicklung einer elternähnlichen Beziehung zwischen sozialen Eltern und Kind sein.

### *(c) Parallele zur Stiefkindadoption*

Für die Vereinbarkeit eines unwiderruflichen Sorgerechts sozialer Eltern mit Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG spricht auch die Parallele zur Stiefkindadoption des Kindes durch den Ehe- oder Lebenspartner des leiblichen Elternteils (s. § 1741 Abs. 2 S. 3 BGB, § 9 Abs. 7 LPartG). Bei der Stiefkindadop-

98 Zitate aus BVerfG 1 BvL 1/11 und 1 BvR 3247/09 vom 19.2.2013, Rn. 77 ff.; inhaltlich wie hier *Wapler*; RW 2014, 57 (75).

99 Vgl. *Dethloff*, in: Scherpe/Yassari (Hrsg.), *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften*, 2005, S. 137 (149).



tion stimmt ein leiblicher Elternteil der Adoption seines Kindes durch den neuen Ehe- oder Lebenspartner des anderen Elternteils zu; er verzichtet, ohne dass von ihm (notwendig) Gefahren für das Kind ausgehen, auf sein Elternrecht und willigt in die Entstehung des Elternrechts des Adoptierenden ein. Durch die Stiefkindadoption wird das Elternrecht des der Adoption zustimmenden leiblichen Elternteils grundsätzlich unwiderruflich auf einen sozialen Elternteil (Ehegatte, Lebenspartner des anderen Elternteils) übertragen, wobei das Elternrecht des leiblichen Elternteils vollständig erlischt (§ 1755 Abs. 1 und 2 BGB). Der annehmende Ehe- oder Lebenspartner erhält die Stellung eines echten Elternteils mit verfassungsrechtlichem Elternrecht gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG (vgl. § 1754 Abs. 1, 3 BGB)<sup>100</sup>. Die Stiefkindadoption unterscheidet sich im Hinblick auf den Übergang des Elternrechts von einem leiblichen auf einen sozialen Elternteil nicht von der unwiderruflichen Begründung eines Mitsorgerechts sozialer Eltern; ein Unterschied besteht nur insoweit, als das Mitsorgerecht sozialer Eltern das Elternrecht des leiblichen Elternteils lediglich einschränkt und nicht vollständig zum Erliegen bringt. Erachtet man die Stiefkindadoption mit der ganz überwiegenden Auffassung als verfassungsrechtlich zulässig<sup>101</sup>, steht auch ein unwiderrufliches Mitsorgerecht sozialer Eltern mit Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG in Einklang. Dies gilt umso mehr, als eine Beteiligung sozialer Eltern an der Pflege und Erziehung des Kindes neben den leiblichen Eltern dem Kindeswohl im Einzelfall sogar besser gerecht werden kann als die Stiefkindadoption, weil sie die rechtliche Beziehung zwischen dem Kind und seinen leiblichen Eltern – anders als die Adoption – unangetastet lässt.

Hiergegen spricht nicht, dass bei der (Stiefkind-)Adoption ein Elternwechsel eintritt; der Ehegatte bzw. Lebenspartner des einen Elternteils tritt an die Stelle des anderen Elternteils, dessen Verwandtschaftsverhältnis mit dem Kind erlischt (s. §§ 1754 Abs. 1, 1755 Abs. 1, 2 BGB). Im Gegensatz dazu führt die unwiderrufliche Einräumung eines Mitsorgerechts sozialer Eltern zu einer Pluralisierung der Elternschaft; anstelle von bislang einem Elternteil oder zwei Elternteilen sind fortan zwei, drei oder mehr Elternteile (mit-)sorgeberechtigt. Die mit einer solchen Mehrfachelternschaft verbundenen Gefahren der Verantwortungsunklarheit und Sorgerechtskonflikte lassen sich durch verfahrensrechtliche Regelungen ausräumen (s. hierzu sogleich unter [d]).

*(d) Beherrschbarkeit der Gefahren einer Pluralisierung von Elternschaft  
(Mehrfachelternschaft)*

Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG steht einem unwiderruflichen Sorgerecht sozialer Eltern nicht deswegen entgegen, weil es zu einer Pluralisierung von Elternschaft, zu Mehrfachelternschaft kommt.

Das Bundesverfassungsgericht steht einer Mehrfachelternschaft allerdings ablehnend gegenüber. In seiner Entscheidung i. S. *Biologischer Vater* hat es bezogen auf das Verhältnis zwischen dem rechtlichen Vater (Ehemann der Mutter) und dem biologischen Vater ausgeführt, Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gehe davon aus, dass nur zwei Elternteile gleichzeitig Verantwortung für ein Kind tragen sollen. Wörtlich heißt es: „Träger des Elternrechts nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG können für ein Kind nur eine Mutter und ein Vater sein. ... Dabei lässt schon der Umstand, dass ein Kind nur von einem Elternpaar abstammen kann, darauf schließen, dass der Verfassungsgeber auch nur einem Elternpaar das Elternrecht für ein Kind hat zuweisen wollen. ... Ein Nebeneinander von zwei Vä-

100 BVerfG 1 BvL 1/11 und 1 BvR 3247/09 vom 19.2.2013, Rn. 48.

101 S. nur EGMR, Nr. 19010/07 vom 19.2.2013 (*X u. a. ./. Österreich*) bezogen auf die Stiefkindadoption durch unverheiratete gleichgeschlechtliche Paare in Österreich.

tern, denen zusammen mit der Mutter jeweils die gleiche grundrechtlich zugewiesene Elternverantwortung für das Kind zukommt, entspricht nicht der Vorstellung von elterlicher Verantwortung, die Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG zugrunde liegt. Auch der Wandel familiärer Lebenszusammenhänge fordert nicht, ein Kind der Elternverantwortung zweier Väter zugleich zu unterstellen. ... Wenn Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG zuvörderst den Eltern die Verantwortung für das Kind überlässt, beruht dies auf der Erwägung, dass sie in gemeinsamer Ausübung dieser Verantwortung in aller Regel die Interessen ihres Kindes am besten wahrnehmen. (vgl. BVerfGE 103, 89 [108]). Eine solche Erwägung kann aber nicht auf eine aus zwei Vätern und einer Mutter bestehende Gemeinschaft bezogen sein, bei der die Vermutung nicht trägt, die gemeinsame Ausübung der Elternverantwortung diene dem Kindeswohl am besten. Vielmehr wären mit einer solchen Konstellation Rollenkonflikte und Kompetenzstreitigkeiten zwischen den Eltern gleichsam angelegt, die negativen Einfluss auf die Entwicklung des Kindes nehmen könnten. Eine effektive Wahrnehmung der Elternverantwortung im Interesse des Kindes wäre jedenfalls nicht gewährleistet. Zugleich nähme die Schwierigkeit zu, elterliche Verantwortung personell festzumachen, um der Aufgabe der staatlichen Gemeinschaft, über die Ausübung des Elternrechts zu wachen, zur Wahrung des Kindeswohls nachkommen zu können. Der Gehalt des Elternrechts setzt damit seiner Trägerschaft Grenzen.<sup>102</sup>

Diesen Standpunkt zur Mehrfachelternschaft hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur *Sukzessivadoption durch Lebenspartner* bestätigt. Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf seine Entscheidung i. S. *Biologischer Vater* erklärt das Gericht: „In dieser Entscheidung (scil: i. S. *Biologischer Vater*) ging es ... um die Begrenzung der Trägerschaft des Elternrechts zur Vermeidung von Verantwortungsunklarheit und Kompetenzkonflikten. Beim Nebeneinander von zwei Vätern, denen zusammen mit der Mutter jeweils die gleiche grundrechtlich zugewiesene Elternverantwortung für das Kind zukäme, nähme die Schwierigkeit zu, elterliche Verantwortung personell festzumachen; zudem wären Rollenkonflikte und Kompetenzstreitigkeiten zwischen den Eltern gleichsam angelegt, die negativen Einfluss auf die Entwicklung des Kindes nehmen könnten (vgl. BVerfGE 108, 82 [103]).“<sup>103</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat damit allerdings nicht eine konkrete Mehrfachelternschaft für unzulässig erklärt – um sie ging es in dem zu entscheidenden Fall nicht –, sondern klargestellt, dass dadurch eine verfassungsrechtliche Anerkennung der Elternschaft zweier gleichgeschlechtlicher Personen nicht ausgeschlossen ist<sup>104</sup>.

Die Entstehung einer Mehrfachelternschaft ist bei Lichte betrachtet kein tragfähiges Argument gegen die Zulässigkeit unwiderruflicher Sorgeverantwortung sozialer Eltern<sup>105</sup>. Die hiermit verbundenen Gefahren für das Kindeswohl lassen sich durch verfahrensrechtliche Regelungen ausräumen. Die mit einer Pluralisierung von Elternschaft verbundenen möglichen Sorgerechtskonflikte sind ebenso lösbar wie in den Fällen des gemeinsamen Sorgerechts leiblicher Eltern, etwa durch familiengerichtliche Zuweisung der Entscheidungsbefugnis an einen (leiblichen oder sozialen) Elternteil (vgl. § 1628 BGB). Auch die Befürchtung des Bundesverfassungsgerichts, dass bei einer Mehrfachelternschaft die Schwierigkeit bestünde, „elterliche Verantwortung personell festzumachen, um der Aufgabe der staatlichen Gemeinschaft, über die Ausübung des Elternrechts

102 BVerfGE 108, 82 (101 ff.).

103 BVerfG 1 BvL 1/11 und 1 BvR 3247/09 vom 19.2.2013, Rn. 52.

104 Vgl. BVerfG 1 BvL 1/11 und 1 BvR 3247/09 vom 19.2.2013, Rn. 52.

105 Die Zulässigkeit einer Mehrfachelternschaft erkennt auch der EGMR an, vgl. EGMR, Nr. 19010/07 vom 19.2.2013 (*X u. a. / Österreich*); näher Brosius-Gersdorf, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 150.

zu wachen, zur Wahrung des Kindeswohls nachkommen zu können“<sup>106</sup>, ist unbegründet<sup>107</sup>. Einer solchen Gefahr kann der Gesetzgeber durch die Begrenzung der Zahl sozialer Eltern und eine Registrierung der sozialen Eltern begegnen.

## V Resümee

Mit Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG verträgt sich sowohl ein widerrufliches als auch ein unwiderrufliches Sorgerecht sozialer Eltern, das mit Einverständnis der leiblichen Eltern übertragen wird. Die willentliche Übertragung von Sorgerechtsbefugnissen auf Dritte begründet nicht per se einen unzulässigen Verzicht der leiblichen Eltern auf ihr Elternrecht, sondern stellt sich als zulässige Ausübung ihres Elternrechts dar, sofern die Übertragung des Sorgerechts dem Kindeswohl dient. Das Sorgerecht muss dabei nicht auf Angelegenheiten des täglichen Lebens des Kindes beschränkt werden, sondern kann sich auch auf Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung erstrecken.

Räumt der Gesetzgeber sozialen Eltern Sorgerechtsbefugnisse ein, muss er nach dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG sämtliche sozialen Eltern mit vergleichbaren sozial-familiären Beziehungen zu einem Kind gleich behandeln. Das widerrufliche kleine Sorgerecht für Stiefeltern gem. § 1687b BGB und § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG ist daher auch auf andere nichtelterliche Personen zu erstrecken, die ein vergleichbares Näheverhältnis zum Kind haben.

Bei der konkreten Ausgestaltung eines unwiderruflichen Mitsorgerechts sozialer Eltern steht dem Gesetzgeber in den Grenzen des Art. 6 Abs. 2 GG ein weiterer Gestaltungsspielraum zu. Um negative Auswirkungen auf das Kindeswohl zu vermeiden, erscheinen verfahrensrechtliche Regelungen sowohl für die Begründung und die Beendigung des Mitsorgerechts sozialer Eltern als auch für die gemeinsame Ausübung des Sorgerechts durch die leiblichen und die sozialen Eltern geboten<sup>108</sup>.

*Verf.: Prof. Dr. Frauke Brosius-Gersdorf, LL.M., Leibniz Universität Hannover, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbes. Sozialrecht, Öff. Wirtschaftsrecht und Verwaltungswissenschaft, Königsworther Platz 1, 30167 Hannover, E-Mail: brosius-gersdorf@jura.uni-hannover.de*

106 BVerfGE 108, 82 (103).

107 Näher Brosius-Gersdorf, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 150. Einen Überblick über ausländische Rechtsordnungen, die mehr als zwei Personen elterliche Verantwortung zugestehen, gibt Schwenzler; RabelsZ 71 (2007), 705 (725 f.).

108 Hierzu Brosius-Gersdorf, JöR 62 (2014), S. 179 (209 ff.).