

als kontraproduktiv erwiesene Maßnahmen sind in den letzten Jahren deutlich häufiger umgesetzt oder sogar eingestellt worden als solche, für die sich in den einschlägigen Evaluationen tendenziell wünschenswerte Wirkungen bei vertretbarem Aufwand gezeigt haben. Familienpolitik ist eine klassische Querschnittsaufgabe, an deren Fortentwicklung sich immer zahlreiche Akteure auf vielen Ebenen beteiligen. Ob die Perspektiven für eine rationale, an den Ergebnissen der aktuell angestellten Wir-

kungsanalysen ausgerichtete Politikgestaltung dort besser sind als im institutionell viel klarer strukturierten, von der Öffentlichkeit aber auch noch stärker beachteten Feld der Arbeitsmarktpolitik, muss bis auf Weiteres wohl dahin gestellt bleiben.

*Verf.: Prof. Dr. Martin Werding, Lehrstuhl für Sozialpolitik und öffentliche Finanzen, Ruhr-Universität Bochum, 44780 Bochum, E-Mail: martin.werding@rub.de*

*Ingeborg Rakete-Dombek*

## **Die gemeinsame elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern: Noch keine gesetzliche Lösung in Sicht**

Die Diskussion, ob es dem Kindeswohl entspricht, wenn von vorneherein mit der Geburt und der Vaterschaftsanerkennung eine gemeinsame elterliche Sorge für nichtehelich geborene Kinder bestehen soll, wird kontrovers geführt. Obwohl allein durch das Verschaffen einer Rechtsposition noch nicht das Kindeswohl garantiert wird. Das Kindeswohl wird nämlich nicht dadurch gewahrt, dass beide Eltern von vorneherein das gemeinsame Sorgerecht haben, also lediglich über eine Rechtsposition verfügen. Beim Kindeswohl geht es vielmehr um tägliche (und nächtliche) Verantwortung, also um die Realität der gemeinsamen Alltagsbewältigung. Prof. Hans Bertram, Humboldt-Universität zu Berlin, stellte bei der Veranstaltung der Arbeitsgemeinschaft Familienrecht im DeutschenAnwaltVerein<sup>1</sup> zur Unterhaltsreform am 20.09.2010 fest, dass sich Väter statistisch nach der Trennung (ob Ehe oder nicht) zunehmend aus der Verantwortung für die tatsächliche Kindesbetreuung verabschieden und regelmäßig keine tägliche Verantwortung für ihr

Kind übernehmen. Parallel werden die Väterrechte ständig erweitert.

Das Bundesverfassungsgericht hatte noch mit seinem Urteil vom 29.01.2003<sup>2</sup> entschieden, dass das Kindeswohl es verlange, dass das Kind ab seiner Geburt eine Person hat, die für das Kind rechtsverbindlich handeln kann. Angesichts der Unterschiedlichkeit der Lebensverhältnisse, in die nichteheliche Kinder hineingeboren werden, sei es verfassungsgemäß, das nichteheliche Kind bei seiner Geburt sorge-rechtlich grundsätzlich der Mutter zuzuordnen. Allerdings hatte es den Gesetzgeber gleichzeitig verpflichtet, die tatsächliche Entwicklung zu beobachten und zu prüfen, ob seine Annahme, in Fällen, in denen die Mutter trotz Zusammenlebens mit dem Vater und dem Kind keine Sorgeerklärung abgeben wolle, verweigere sie sich nur ausnahmsweise und nur dann einer gemeinsamen Sorge, wenn sie dafür schwerwiegende Gründe habe, die von der Wahrung des Kindeswohls getragen würden. Unter dieser Annahme

1 <http://familienanwaelte-dav.de/>.

2 NJW 2003, 955.

sei es mit Art. 6 GG vereinbar, dass der Gesetzgeber davon abgesehen habe, eine gerichtliche Einzelfallprüfung zuzulassen, wenn diese auch vor der Wirklichkeit Bestand habe. Stelle sich heraus, dass dies regelmäßig nicht der Fall sei, wird er aber dafür sorgen müssen, dass Vätern nichtehelicher Kinder, die mit der Mutter und dem Kind als Familie zusammenleben, ein Zugang zur gemeinsamen Sorge eröffnet wird, der ihrem Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG unter Berücksichtigung des Kindeswohls ausreichend Rechnung trägt.

Die geforderte Untersuchung wurde von dem Bundesamt für Justiz erst sehr spät in Auftrag gegeben. Sie war noch nicht fertiggestellt, als der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seiner Entscheidung vom 13.12.2009<sup>3</sup> die Auffassung vertrat, dass die zur Rechtfertigung des § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB dienende Prämisse, wonach ein Dissens der Eltern bzgl. der Ausübung der elterlichen Sorge zu einer dem Kindeswohl abträglichen Ausübung der gemeinsamen Sorge führe, gesetzlich nicht konsequent umgesetzt sei. Der Eingriff in das väterliche Elternrecht durch § 1626 a BGB, der das alleinige Sorgerecht der Mutter zuweist, sei mangels jeder Möglichkeit einer gerichtlichen Einzelfallprüfung unverhältnismäßig im engeren Sinne. Es könne zwar gute Gründe geben, dem Vater eines nichtehelichen Kindes die Teilhabe an der elterlichen Sorge zu verweigern. Im dem entschiedenen Fall gab es sie nach Auffassung des Gerichtshofs jedoch nicht. Dem Vater sei es trotzdem kraft Gesetzes von Anfang an verwehrt gewesen, eine gerichtliche Prüfung darüber herbeizuführen, ob die Übertragung der gemeinsamen Sorge dem Kindeswohl am besten entspricht, und eine möglicherweise willkürliche Weigerung der Mutter, einer Sorgeerklärung zuzustimmen, durch eine gerichtliche Entscheidung ersetzen zu lassen. Es sei auch nicht ersichtlich, warum der nichteheliche Vater, dessen Vaterschaft feststand und der diese Rolle angenommen hatte, anders behandelt werden müsse als ein Vater, der ursprüng-

lich die elterliche Sorge innehatte und sich später von der Mutter getrennt hat oder sich hat scheiden lassen.

Nach dieser Entscheidung befand sich die Bundesrepublik Deutschland im Zugzwang. Eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ließ auch nicht mehr lange auf sich warten. Am 21.07.2010<sup>4</sup> entschied es, dass es das Elternrecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes verletzt, wenn er ohne Zustimmung der Mutter generell von dem Sorgerecht für sein Kind ausgeschlossen ist und nicht gerichtlich überprüfen lassen kann, ob es aus Gründen des Kindeswohls angezeigt ist, ihm zusammen mit der Mutter die Sorge für sein Kind einzuräumen oder ihm anstelle der Mutter sogar die Alleinsorge für sein Kind zu übertragen ist, wenn er der besser geeignete Elternteil ist.

Das Bundesverfassungsgericht schuf gleichzeitig eine die Vorschrift des § 1626 a BGB ergänzende, vorläufige Übergangsregelung, die ermöglichen soll, dass das Familiengericht den Eltern auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge gemeinsam überträgt, soweit zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl entspricht. Der gewählte Prüfungsmaßstab hinsichtlich des Kindeswohls soll sicherstellen, dass die Belange des Kindes maßgeblich Berücksichtigung finden, jedoch die Zugangsvoraussetzungen zur gemeinsamen Sorge nicht zu hoch angesetzt werden. Diese Übergangslösung wird nun als sog. „Antragslösung“ in dem bevorstehenden Gesetzgebungsverfahren diskutiert. Das Bundesjustizministerium hat angekündigt, möglichst schnell einen Gesetzentwurf vorzulegen.

Es existieren in der Diskussion nun verschiedene Modelle, die danach unterschieden werden können, dass es bei einer Antragslösung des Vaters bleibt, also zunächst bei der Alleinsorge der Mutter, oder aber solche, die eine Umkehrung vornehmen wollen. Es soll zunächst die

3 NJW 2010, 501.

4 NJW 2010, 3008.

gemeinsame Sorge installiert werden, die aber auf Antrag der Mutter ggf. abzuändern wäre.

Der Deutsche Familiengerichtstag empfiehlt in der Stellungnahme seiner Kinderrechtekommission vom 22.02.2011<sup>5</sup>, es bei der Primärsorge der Mutter zunächst zu belassen und wie bisher durch eine Sorgeerklärung den rechtlich feststehenden Vater in das gemeinsame Sorgerecht aufzunehmen. Widerspricht die gemeinsame Sorge dem Wohl des Kindes, kann das Familiengericht – wie bei verheirateten und dann getrennt oder geschiedenen Eltern auch – einem Elternteil die Alleinsorge oder Teile davon übertragen. Es befürwortet – falls eine Sorgeerklärung nicht abgegeben wird – das Antragsmodell des Bundesverfassungsgerichts, das von dem Gesetzgeber anstelle des bisherigen § 1672 BGB übernommen werden soll.

Das sog. „Widerspruchsmodell“<sup>6</sup> geht davon aus, dass der Vater bei geklärter Vaterschaft und Abgabe einer Sorgeerklärung die gemeinsame Mitsorge erhält. Die Mutter soll dem binnen einer festzulegenden Frist widersprechen können mit der Folge, dass gerichtlich zu klären ist, ob die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl entspricht.

Das Bundesjustizministerium hat eine „modifizierte Widerspruchsmodell“<sup>7</sup> vorgeschlagen, das gleichzeitig zu einer Entlastung der Familiengerichte führen soll: Auch hier bleibt es zunächst bei der Alleinsorge der Mutter, der Vater kann aber eine Sorgeerklärung abgeben. Widerspricht die Mutter nicht binnen acht Wochen, entsteht das gemeinsame Sorgerecht. Wenn die Mutter der gemeinsamen Sorge in der Achtwochenfrist widerspricht, kann der Vater das Familiengericht anrufen. Es hat dann zu prüfen, ob eine gemeinsame Sorge dem Kindeswohl entspricht oder nicht.

Alle drei Lösungen dürften verfassungsgemäß sein<sup>8</sup>, denn es geht ausschließlich darum, eine Nichtbeteiligung des Vaters für diesen gerichtlich überprüfbar zu machen und das hier für erforderliche Verfahren festzulegen. Allerdings kommt es auch auf die Hürden, also den Maßstab der Beurteilung an, damit auf die Entscheidung der Frage, ob die Regelung dem Kindeswohl *dienen* muss, dem Kindeswohl *entsprechen* soll, oder diesem *nicht widersprechen* darf.

Das Bundesverfassungsgericht hatte auf den Maßstab abgestellt, dass die gemeinsame Sorge dann entstehen muss, wenn zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl entspricht<sup>9</sup>.

Der Maßstab, der anordnet, dass die Übertragung dem Wohl des Kindes dienen soll, würde wohl nicht zu einem einfachen und unkomplizierten Zugang der Väter zu einer gemeinsamen Sorge führen. Da die Gerichte schon bisher die Auffassung vertreten haben, dass es dem Kindeswohl entspricht, wenn es beide Eltern sind, die Verantwortung tragen, wäre das wohl der Maßstab für eine gerichtliche Entscheidung, der eine Partizipation der Väter am ehesten zuliebe. Allerdings setzen die Familiengerichte hierbei die tatsächliche Verantwortung mit der Rechtsposition gleich, obwohl die gemeinsame elterliche Sorge ehrlicherweise dem Vater lediglich die Möglichkeit einräumt, bei wichtigen Fragen der elterlichen Sorge (Schulwechsel, Aufenthalt des Kindes, schwerwiegende medizinische Eingriffe, religiöse Erziehung, etc.) mitzureden und zu entscheiden. Mit einer täglichen Sorge und Mühe für das Kind hat dies noch wenig zu tun.

Was Europa angeht, hat der Europäische Gerichtshof<sup>10</sup> in einer Entscheidung vom 05.10.2010 einem Mitgliedstaat nicht verwehrt, den Erwerb des Sorgerechts durch den Vater eines Kindes davon abhängig zu machen, dass

5 [http://www.dfgt.de/resources/Sorgerecht\\_Stellungnahme\\_2\\_2011\\_2\\_.pdf](http://www.dfgt.de/resources/Sorgerecht_Stellungnahme_2_2011_2_.pdf).

6 FDP-Bundestagsfraktion, Bilanz vom 22.09.2010, S. 21.

7 [http://www.bmj.de/DE/Buerger/gesellschaft/Sorgerecht/sorgerechtNichtVerhEltern\\_node.html](http://www.bmj.de/DE/Buerger/gesellschaft/Sorgerecht/sorgerechtNichtVerhEltern_node.html).

8 Sandra Fink, ZKJ 2011, 154 ff.

9 Siehe FN 4.

10 EUGH vom 05.10.2010 C-400/10 PPU – BeckRS 2010, 91256.

er zuvor eine Entscheidung des Gerichts erwirken muss. Dass der Vater nicht automatisch Inhaber des Sorgerechts für sein Kind ist, berühre nicht den Wesensgehalt seines Rechts auf Familienleben. Die Voraussetzung, einen Antrag stellen zu müssen, ermögliche es nämlich, eine Entscheidung über die Sorge für das Kind unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu treffen, wie die Umstände der Geburt des Kindes, die Art der Beziehung zwischen den Eltern, die Beziehung zwischen Elternteil und Kind sowie die Fähigkeit jedes Elternteils, die Aufgabe der Sorge zu übernehmen.

Nach dieser Entscheidung wären von den Gerichten auf Antrag des Vaters auch die Umstände zu berücksichtigen, die zur Geburt des Kindes geführt haben: Kannten sich die Eltern? Haben sie mit dem Kind zusammengelebt? Hat der Vater sich um das Kind gekümmert? Kümmert er sich noch? Sind die Eltern in der Lage, einvernehmliche Entscheidungen über den Lebensweg des Kindes zu treffen?

Der Europäische Gerichtshof hat also gegen das vom Bundesverfassungsgericht entworfene „Antragsmodell“ nichts einzuwenden und würde angesichts der besonderen Situation der nichtehelich geborenen Kinder eine vorherige Prüfung nicht beanstanden. Die Gerichte sollen danach zuvor prüfen können, ob Väter in der Lage sind, mit einer Antragstellung auch ihre Väterkompetenzen ausreichend wahrzunehmen. Gleichzeitig bedarf es einer Antragstellung, so dass die nicht interessierten Väter nicht automatisch die gemeinsame Sorge erhalten und ausgeschieden würden. Väter sollten ihr Interesse durch einen Antrag dezidiert bekunden müssen. Im Verfahren könnte außerdem auch geprüft werden, ob die Antragsväter

durch Übernahme von Betreuungszeiten und -aufgaben es den Müttern auch im Alltag ermöglichen, gleichermaßen am sozialen und vor allem am beruflichen Leben teilzuhaben. Letzteres wird ja im Unterhaltsrecht derzeit zunehmend von den Müttern gefordert.

Im Hintergrund der Diskussion steht aber wohl – unausgesprochen – der Vorwurf, antragstellende Väter wollten die begehrte Rechtsposition lediglich dazu ausnutzen, der Mutter bei jeder anstehenden Entscheidung über das Kind Steine in den Weg zu legen, obwohl sie sich an der Betreuung des Kindes nicht ausreichend beteiligen und (manche) nicht einmal den geschuldeten Unterhalt zahlen wollen.

Allerdings ist zu bedenken, dass auch Mütter nicht mit der Geburt des Kindes die von vorneherein besseren Elternteile sind und nicht jede Mutter über ausreichende Kompetenz zur Kindesbetreuung verfügt. Dies kann auch der Vater sein. Vielfach wird daher gefordert, dem nichtehelich geborenen Kind müsse das gleiche Wahlrecht in einem solchen Fall zur Verfügung stehen, wie es auch dem Kind aus einer Ehe zur Verfügung steht.

Die Diskussion ist noch nicht abgeschlossen, die Regierungsfaktionen haben über den Inhalt eines Gesetzentwurfs noch keine Einigung erzielt. Wird ein Entwurf vorgelegt, wird die Diskussion voraussichtlich noch einmal erheblich zunehmen.

*Verf.: Ingeborg Rakete-Dombek, Rechtsanwältin und Notarin, Rechtsanwälte Betz, Dombek, Rakete, Tempelhofer Ufer 31, 10963 Berlin*