KÄRGEL DE MAIZIÈRE & PARTNER
Rechtsanwälte Steuerberater Notar

KÄRGEL DE MAIZIÈRE & PARTNER Kurfürstendamm 96 10709 Berlin

Deutsche Anwalt Akademie
z.H. Herrn Tobias Hopf
Littenstraße 11
10179 Berlin

vorab per Mail: hopf@anwaltakademie.de

Berlin, 12. November 2010 PG/nb 101112daa_hopf
Ihr Ansprechpartner: Dr. Lore Maria Peschel-Gutzeit
Tel.: -398 / Fax: -100
E-Mail: peschel-gutzeit@kaergel.com

**Mitgliederversammlung und Herbsttagung 2010
der ARGE Familienrecht im Deutschen Anwaltverein
vom 25. bis 27.11.2010 in Hannover
im Hannover Congress Centrum**

Sehr geehrter Herr Hopf,

in Beantwortung Ihres Schreibens vom 7. Oktober 2010 erhalten Sie in der Anlage eine kopierfähige Vorlage meines Vortrags zum Thema „Gemeinsame elterliche Sorge bei nicht Verheirateten" am 26.11.2010 von 11.00 bis 12.30 Uhr. Wie von Ihnen erbetenen, sende ich Ihnen dieses Manuskript per Post zu Ihren Händen und außerdem an die von Ihnen genannte Emailanschrift.

Wir werden uns sicher in Hannover sehen. Bis dahin

mit freundlichen Grüßen

Dr. Peschel-Gutzeit
Rechtsanwältin

Anlage

Uwe Kärgel
Rechtsanwalt und Notar

Dr. h.c. Lothar de Maizière
Rechtsanwalt
Ministerpräsident a.D.
Bundesminister a.D.

Dr. Lore Maria Peschel-Gutzeit
Rechtsanwältin
Senatorin für Justiz a.D.

Karin Schubert
Rechtsanwältin
Bürgermeister von Berlin a.D.
Senatorin für Justiz a.D.

Dr. Christian Luckey
Rechtsanwalt

Markus Schmoly
Rechtsanwalt
Steuerberater

Christian Steden
Rechtsanwalt

Christian Kärgel
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Michael Dunkel
Rechtsanwalt

Ute Stöcklein
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Familienrecht

Inka Müller
Rechtsanwältin

Christian Staamann
Rechtsanwalt

Kurfürstendamm 96
10709 Berlin
Telefon 030 / 308311-0
Telefax 030 / 308311-100

info@kaergel.com
www.kaergel.com

Deutsche Bank AG
Kto. 0901793
BLZ 100 700 00
IBAN: DE86 1007 0000 0090 1793 00
SWIFT: DEUTDEBBXXX

Partnerschaftsgesellschaft
AG Charlottenburg PR 106 B
USt-IdNr.: DE253328722

EUROPEAN LAW FIRM
★★★★★★★★★★★★

Partnerbüros in
Belgien, Dänemark, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Großbritannien, Irland, Italien, Malta, Niederlande, Nordirland, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Schweiz, Spanien, Slowenien, Tschechische Republik, Ungarn, Zypern

www.european-law-firm.com

GEMEINSAME ELTERLICHE SORGE BEI NICHT VERHEIRATETEN

HERBSTTAGUNG DER ARBEITSGEMEINSCHAFT FAMILIENRECHT IM DEUTSCHEN ANWALTVEREIN VOM 25. BIS 27.11.2010 IN HANNOVER

DR. LORE MARIA PESCHEL-GUTZEIT,
RECHTSANWÄLTIN, SENATORIN A. D., BERLIN

Einleitung:

Am 21.7.2010[1] hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass das Elternrecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes aus Art. 6 Abs. 2 GG dadurch verletzt ist, dass er nach geltendem Recht ohne Zustimmung der Mutter generell von der Sorgetragung für sein Kind ausgeschlossen ist und dass er gerichtlich nicht überprüfen lassen kann, ob es aus Gründen des Kindeswohls angezeigt ist, ihm zusammen mit der Mutter die Sorge für sein Kind einzuräumen oder ihm sogar anstelle der Mutter die Alleinsorge für sein Kind zu übertragen.

Wenige Monate vorher, am 3.12.2009[2], hatte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einem deutschen Fall ähnlich entschieden: Der Gerichtshof gelangte im Fall Zaunegger zu dem Ergebnis, dass deutsche Väter außerehelich geborener Kinder beim Zugang zur gemeinsamen elterlichen Sorge diskriminiert würden. In der entsprechenden deutschen gesetzlichen Regelung liege eine Verletzung der Art. 14 und 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention.

[1] FamRZ 2010, 1403 m. Anm. Luthin
[2] FamRZ 2010, 103 m. Anm. Henrich und Scherpe

Es besteht also Handlungsbedarf und dementsprechend ist die Gesetzgebungsmaschine angesprungen - innerhalb und außerhalb des Deutschen Bundestages wird heftig diskutiert, wie eine Lösung für nichteheliche Väter aussehen muss, die mit der deutschen Verfassung und der Europäischen Menschenrechtskonvention übereinstimmt.

I.
Geschichtlicher Rückblick

Kinder, deren Eltern nicht miteinander verheiratet sind oder waren, wurden bis vor kurzem nichteheliche Kinder genannt, bei Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes im Jahre 1949 hießen sie uneheliche Kinder.

Für diese Kinder waren die Eltern zu keiner Zeit in gleicher Weise rechtlich zuständig:

1. Bei Inkrafttreten des ersten allgemeinen deutschen Zivilrechts am 1.1.1900, welches die Partikularrechte aus der Zeit vor der deutschen Reichsgründung, also vor 1871, ablöste, nahm der Vater eines unehelichen Kindes an dessen Erziehung, an Fürsorge und Versorgung in keiner Weise teil. Nach dem Gesetz galt er als mit seinem Kind nicht verwandt. Stand er als Vater fest - was mangels zuverlässiger wissenschaftlicher Untersuchungen nicht einfach war -, so schuldete er dem Kind Unterhalt, bis das Kind 16 Jahre alt war. Die Mutter erhielt keinerlei Unterstützung von dem Vater, insbesondere keinen Unterhalt, sieht man einmal davon ab, dass der Vater der Mutter die Entbindungskosten und einen Unterhalt für die ersten 6 Wochen nach der Entbindung schuldete. Wir haben vor uns das klassi-

sche Modell des bloßen Zahlvaters, des Erzeugers, der sein Kind häufig überhaupt nicht kannte, es oft auch gar nicht sehen wollte, im übrigen hatte er auch kein Besuchsrecht, konnte sein Kind also, selbst wenn er zu dem Kind Kontakt herstellen wollte, gegen den Widerstand der Mutter nicht sehen, nicht kennenlernen.

Diese uns heute geradezu unmenschlich vorkommende Regelung hatte viele Gründe. Ihr lag ein Modell zugrunde, dass ein junger Mann aus gutem Hause sich mit einem Dienstmädchen eingelassen hatte, dessen uneheliches Balg an der Vaterfamilie auf keinen Fall partizipieren sollte, weder im persönlichen Bereich, noch vor allem im Bereich des Vermögens. Das Kind wurde deshalb rechtlich allein der Mutter zugeordnet, es erhielt deren Familiennamen, die Mutter und ihr soziales Milieu entschieden über das Aufwachsen und Fortkommen des Kindes, das Kind hatte weder zu Lebzeiten des Vaters noch nach dessen Tod Anteil an dessen Vermögen. War also die Mutter allein zuständig, so stand ihr doch nicht die elterliche Gewalt über ihr eigenes Kind zu. Sie hatte lediglich das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, gesetzliche Vertreterin ihres Kindes war sie nicht, das Kind brauchte einen Vormund.

2. Dieser gesellschaftliche Grundkonsens überdauerte, aus unserer heutigen Sicht erstaunlicherweise, nicht nur den Ersten, sondern auch den Zweiten Weltkrieg und vier politische Systeme in Deutschland, also das Kaiserreich, die Weimarer Republik, das Hitlerregime und die Bonner Republik, also den Beginn der Bundesrepublik, ohne dass sich Entscheidendes änderte.

Erst im Jahre 1970, also gerade einmal vor 40 Jahren, schaffte der Deutsche Bundestag erste zaghafte Schritte im Verhältnis zwischen unehelichem Vater und unehelichem Kind, um diese einander rechtlich näher zu bringen.

Dies tat der Deutsche Bundestag freilich nicht freiwillig und auch nicht aus Überzeugung, sondern gezwungenermaßen: Stand doch in dem Bonner Grundgesetzt von 1949 in Art. 6 Abs. 5 der Befehl des Verfassungsgesetzgebers, dass den unehelichen Kindern durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen seien wie den ehelichen Kindern. Diesen Verfassungsauftrag auszuführen, bemühte sich der Deutsche Bundestag seit 1956, jedoch ohne durchschlagenden Erfolg. Streitig war vor allem, welche Rechtsstellung die Mutter erhalten sollte, etwa die volle elterliche Sorge oder doch eine amtliche Mitwirkung, hier also eine Amtspflegschaft für das Kind. Ebenso streitig war die Frage, welchen Unterhalt das Kind erhalten sollte, gemessen etwa am väterlichen Standard oder an dem der Mutter? Eine dritte große Streitfrage betraf die eigene Versorgung der Mutter, also deren Unterhalt. Ein jahrelanger Beratungsmarathon im Bundestag und Bundesrat begann, der schließlich durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von Januar 1969[3], immerhin 20 Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes, verkürzt und beendet wurde, weil das Verfassungsgericht eine Umsetzung von Art. 6 Abs. 5 GG bis zum Ende der laufenden Wahlperiode verlangte und zugleich anordnete, dass anderenfalls das entgegenstehende Familienrecht nicht mehr angewendet werden dürfe und die Rechtsprechung den Willen der Verfassung ohne entsprechende

[3] FamRZ 1969, 196

gesetzliche Regelung umzusetzen habe. Da die laufende Legislatur im Herbst 1969 endete, war also höchste Eile geboten.
Diese höchstrichterliche Ohrfeige, anders kann man es nicht ausdrücken, führte endlich dazu, dass im Laufe des Jahre 1969 das sogenannte Nichtehelichengesetz im Deutschen Bundestag verabschiedet wurde, das sodann am 1.7.1970 in Kraft trat.

In diesem Gesetz war nun geregelt, dass Vater und Kind miteinander verwandt sind, dass das Kind, das nun nicht länger „unehelich", sondern „nichtehelich" hieß, nach wie vor nicht unter der elterlichen Gewalt, die später elterliche Sorge hieß, der Mutter stand, sondern dass der Mutter ein Pfleger zur Wahrnehmung bestimmter Aufgaben bestellt werden musste, dass der Familienname des Kindes der der Mutter war, dass das Kind Unterhalt vom Vater erhielt und auch die Mutter einen einjährigen Unterhalt. Besonders wichtig: Erstmals erhielt der Vater das Recht zum persönlichen Verkehr mit dem Kind, allerdings nur, wenn die Mutter ihm hierzu Gelegenheit gab. Gab die Mutter ihre Zustimmung zu diesem persönlichen Kontakt nicht, so konnte das Vormundschaftsgericht den Umgang anordnen, wenn dies dem Wohl des Kindes diente. Erstmals wurde das Kind nun auch an der Vaterfamilie beteiligt. Es wurde zwar nicht erbberechtigt nach dem Vater, aber es erhielt einen sogenannten Erbersatzanspruch und einen Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich.
Damit war ein Riesenschritt getan in Richtung Teilhabe des Vaters am Leben des Kindes und vice versa Teilnahme des Kindes am Leben und an der Familie des Vaters.

3. In der DDR verlief diese Entwicklung gänzlich anders:
   Nach Art. 33 der DDR Verfassung durfte die außereheliche Geburt weder dem Kind noch seinen Eltern zum Nachteil gereichen. Entgegenstehende Gesetze waren automatisch aufgehoben. In dem Gesetz über den Mutter- und Kindesschutz vom 27.9.1950 hieß es „Die nichteheliche Geburt ist kein Makel. Der Mutter eines nichtehelichen Kindes stehen die vollen elterlichen Rechte zu, die nicht durch Einsetzung eines Vormundes geschmälert werden dürfen." Der Unterhaltsanspruch des Kindes richtete sich nach der wirtschaftlichen Lage beider Eltern. Das Familiengesetzbuch der DDR von 1965 gestattete dem Vater den persönlichen Verkehr mit dem Kind, aber nur, wenn und soweit die Mutter zustimmte. Das Kind war wie ein eheliches Kind des Vaters erbberechtigt.

4. Da die nichteheliche Mutter in der DDR die volle elterliche Sorge innehatte, während die nichteheliche Mutter aus der Bundesrepublik noch immer mit der Amtspflegschaft belastet war, traten die eben geschilderten Regeln des BGB zunächst, einer entsprechenden Regelung im Einigungsvertrag folgend, in dem Beitrittsgebiet nicht in Kraft, die nichteheliche DDR Mutter blieb also volle Inhaberin der elterlichen Gewalt, auch die übrigen eben genannten Regeln der DDR galten für nichteheliche Kinder aus der DDR weiter. Diese Gabelung zwischen Ost und West, also eine völlig unterschiedliche Rechtsstellung des nichtehelichen Vaters wie auch der nichtehelichen Mutter, je nachdem, ob die Eltern im Osten oder Westen lebten, hielt immerhin 8 Jahre an.

5. Wie ausgeführt, war in der Bundesrepublik am 1.7.1970 ein Schritt zur Gleichstellung des nichtehelichen Kindes und seiner Eltern mit der Stellung der ehelichen Kinder getan. Aber es war noch ein langer steiniger Weg bis zu der Rechtslage, die das Bundesverfassungsgericht in seiner jüngsten, eingangs erwähnten Entscheidung dargestellt und erneut kritisiert hat.

   Am 1.1.1980 trat in der Bundesrepublik das Sorgerechtsänderungsgesetz in Kraft, das das Umgangsrecht des nichtehelichen Vaters stärkte. Zwar war er insoweit immer noch von der Zustimmung der Mutter abhängig. Aber erstmals wurde in jenem Gesetz, soweit es das Umgangsrecht des Vaters anging, auf die Vorschrift verwiesen, die für den Umgang geschiedener Eltern mit ehelichen Kindern galt, § 1634 BGB. Nunmehr konnte das Vormundschaftsgericht, das damals noch zuständig war, dem Vater auch gegen den Willen der Mutter ein Umgangsrecht einräumen, wenn der Umgang zwischen Vater und Kind dem Wohl des Kindes diente.

6. Bis zur gemeinsamen elterlichen Sorge nichtehelicher Eltern sollte es aber noch fast 20 weitere Jahre dauern: Erst das Kindschaftsrechtsreformgesetz von 1997, in Kraft seit dem 1.7.1998, brachte nicht nur die Neuerung, dass die Eltern eines ehelichen Kindes auch bei Trennung und Scheidung grundsätzlich gemeinsam sorgeberechtigt blieben. Sondern es brachte auch die ganz neue Regelung, dass nun auch nicht miteinander verheiratete Eltern erstmals gemeinsam sorgeberechtigt werden konnten. § 1626a BGB bestimmt, dass Eltern, die bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet sind, die elterliche Sorge dennoch gemeinsam zusteht, wenn sie erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen (Sorgeerklärung) oder wenn

sie einander heiraten. Fehlt beides, so steht das Kind unter der alleinigen vollen elterlichen Sorge der Mutter.

Diese Neuregelung war eine Sensation und sie ist gerade einmal 12 Jahre alt! Dem waren heftigste Debatten im parlamentarischen und im außerparlamentarischen politischen Raum vorausgegangen, Mütterfronten stritten mit Väterfronten, die einen sprachen von der Entrechtung der Mutter, die anderen von Vätern zweiter Klasse - ein Zustand übrigens, der bis heute anhält. Alsbald erhob sich die Frage, ob die Regelung von 1998, nach welcher der nichteheliche Vater nur unter bestimmten Voraussetzungen an der elterlichen Sorge für das Kind beteiligt werden kann, mit der deutschen Verfassung übereinstimmt. Im Januar 2003[4] äußerte sich das Bundesverfassungsgericht hierzu erstmals. Es bejahte die Verfassungskonformität, fügte aber hinzu, der Gesetzgeber müsse beobachten, ob die Väter von den Müttern tatsächlich und wenn in welchem Umfang an der elterlichen Sorge beteiligt werden. Falls dies nicht oder nicht in ausreichendem Umfang der Fall sei, müsse der Gesetzgeber andere Regeln finden, die dem verfassungsrechtlichen Elternrecht des Vaters gerecht werden.

II.
Entwicklung seit Januar 2003

1. Seit der eben zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2003 sind - wie vom Bundesverfassungsgericht verlangt - rechtstatsächliche Erhebungen angestellt worden, die in der jetzigen neuesten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von Juli diesen Jahres teilweise wiedergegeben

[4] FamRZ 2003, 285 m. Anm. Henrich S. 359

sind. Danach haben im Jahre 2008 gut die Hälfte aller Eltern eines nichtehelichen Kindes, genau 50,7%, eine gemeinsame Sorgeerklärung abgegeben. Das bedeutet auf der anderen Seite, dass knapp die Hälfte aller nichtehelichen Väter an der elterlichen Sorge für ihr Kind nicht beteiligt worden sind. In der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts werden auch Ausführungen über die Gründe und Motive dieser Entwicklung gemacht. Danach sind es zum Teil kindbezogene Gründe, die die Mutter davon abhalten, einer gemeinsamen Sorgeerklärung zuzustimmen, es sind aber durchaus auch eigene Gründe, die die Mütter anführen. So ist die Rede davon, dass die in Frage kommenden Mütter im Konfliktfall allein entscheiden wollen und darüber hinaus kehrt häufig die Wendung wieder, sie wollten mit dem Mann nichts mehr zu tun haben.

Klingt das zunächst einmal sehr egoistisch, muss doch weiter gefragt werden, was dieser Haltung denn zugrunde liegt. Harmonisch miteinander lebende Eltern eines gemeinschaftlichen Kindes werden, ebenso wie miteinander verheiratete Eltern, kaum je in die Lage kommen, dass einer der Elternteile den Wunsch hat, eine Entscheidung für oder gegen das Kind allein zu treffen und ebenso wenig wird es in solchen partnerschaftlichen Situationen dazu kommen, dass etwa die Mutter des Kindes erklärt, sie wolle mit dem Vater des Kindes nichts mehr zu tun haben. Folglich muss es sich um Konfliktfälle handeln.

Und eben dies bestätigt eine von einer früheren Bundesregierung in Auftrag gegebene rechtstatsächliche Untersuchung aus den 1990er Jahren (Vascovics/Rost/Rupp, Lebenslagen nichtehelicher Kinder 1997). Hiernach bestand schon bei der Geburt des nichtehelichen Kindes zwischen den Eltern in 17% der Fälle

keine Partnerschaft mehr und in den ersten 6 Monaten nach der Geburt des Kindes stieg die Zahl der Trennungen auf über 50% in der Bundesrepublik und auf 35% in der ehemaligen DDR. Mit anderen Worten: Etwa ein halbes Jahr nach der Geburt des nichtehelichen Kindes lebten nach dieser Untersuchung nur noch in jedem zweiten Fall die Eltern zusammen. Dann aber stellt sich die Frage nach der gemeinsamen elterlichen Sorge gänzlich anders.

Nun mag sich seit Ende der 1990er Jahre die Situation durchaus geändert haben. In dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 21.7.2010 ist ausgeführt, eine im Jahr 2006 durchgeführte Umfrage des Bundesministeriums der Justiz zur gemeinsamen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, an der sich 440 Jugendämter und 109 Rechtsanwälte beteiligt hätten, habe das Ergebnis erbracht, dass nach Schätzung der befragten Jugendämter und Anwälte etwa 25-75% aller Eltern nichtehehlicher Kinder zusammen leben oder zumindest längere Zeit, mindestens nämlich ein Jahr, zusammengelebt hätten, ohne eine gemeinsame Sorge begründet zu haben. Weiter heißt es in dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, dass seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2003 die jährlich rechtswirksam abgegebenen gemeinsamen Sorgeerklärungen statistisch erfasst seien. Danach gab es im Jahre 2004 eine Quote von 44,3%, im Jahre 2005 eine Quote von 45,2%, im Jahre 2006 eine Quote von 46,6%, im Jahre 2007 eine Quote von 49,1% und im Jahre 2008 eine Quote von 50,7%, womit gemeint ist, welche Quote der nichtehelich geborenen Kinder aufgrund entsprechender Sorgeerklärung unter die gemeinsame Sorge beider Eltern fallen. Selbst wenn also die Zahl der Sorgeerklärungen nach dieser Statistik zugenommen hat, bleibt doch

festzuhalten, dass immer noch ca. die Hälfte aller nichtehelich geborenen Kinder nicht in der gemeinsamen elterlichen Sorge ihrer beiden Eltern stehen.

2. Derzeit werden im politischen Raum vor allem **zwei Regelungsmodelle** diskutiert, das sogenannte **automatische** Modell und das **Antragsmodell**. Beim automatischen Modell soll das Vaterschaftsanerkenntnis und die Sorgeerklärung des Vaters automatisch zur gemeinsamen Sorge für das Kind führen. Widerspricht die Mutter, so soll das gemeinsame Sorgerecht entfallen und die Mutter soll allein sorgeberechtigt werden. Nun soll der Vater das Recht erhalten, das Familiengericht anzurufen und dieses entscheidet dann darüber, ob im Interesse und zum Wohl des Kindes die Eltern gemeinsam sorgeberechtigt werden sollen oder ob die Mutter allein sorgeberechtigt bleiben soll.

   Das zweite Modell, das sogenannte Antragsmodell, schlägt vor, es bei der Alleinsorge der Mutter und des Kindes zu belassen. Gibt jetzt der Vater eine Sorgeerklärung ab und anerkennt er das Kind, so hat die Mutter zwei Möglichkeiten. Stimmt sie zu, kommt es - wie schon jetzt nach geltendem Recht - zur gemeinsamen elterlichen Sorge. Stimmt die Mutter nicht zu, soll der Vater das Familiengericht anrufen können, das dann wiederum entscheidet, ob er an der elterlichen Sorge beteiligt wird oder nicht. Die Einzelheiten beider Modelle sind noch hoch streitig. In der Anlage sind beide Modelle grafisch dargestellt (Anlage 1 und 2).

   Der Verband alleinerziehender Mütter und Väter (VAMV) vertritt mit Nachdruck das Antragsmodell. Der Verband hat jetzt einen eigenen Formulierungsvorschlag zur Neuregelung des

§ 1626a BGB gemacht, der als Anlage 3 beigefügt ist. Dem Antrag ist auch eine ausführliche Begründung beigegeben, die der Vollständigkeit halber mit abgedruckt ist. Entscheidend an dem Vorschlag des VAMV sind die Absätze 3 und 4. Danach überträgt das Familiengericht auf Antrag des nichtsorgeberechtigten, aber sorgewilligen Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge auf beide Elternteile gemeinsam, wenn dies dem Kindeswohl entspricht. Das Familiengericht muss also das Kindeswohl positiv prüfen. Für diese Prüfung gibt der von dem VAMV vorgeschlagene Abs. 4 Prüfungskriterien. Dies ist ein Katalog von 6 Kriterien, die zur Prüfung des Kindeswohls heranzuziehen sind. An erster Stelle steht die Erwartung, dass die Eltern künftig zu einer kindeswohldienlichen Kooperation bereit und in der Lage sind. An zweiter Stelle nennt der Entwurf eine Retrospektive: Die Eltern müssen in der Vergangenheit in der Lage gewesen sein, über die Belange des Kindes sachlich zu kommunizieren. An dritter Stelle steht das Umgangsrecht. Es muss geprüft werden, ob der Antrag stellende Elternteil in der Vergangenheit sein Umgangsrecht wahrgenommen hat. An vierter Stelle steht die Frage, ob es zwischen Vater und Kind eine tragfähige Beziehung gibt. An fünfter Stelle soll geprüft werden, ob der Antrag stellende Elternteil in der Vergangenheit regelmäßigen Unterhalt gezahlt hat, und schließlich soll geprüft werden, ob Umstände vorliegen, die die Ausübung eines gemeinsamen Sorgerechts unzumutbar machen. Insbesondere das letzte Kriterium ist, wie rasch zu erkennen ist, eines, das auf unbestimmten Rechtsbegriffen beruht. Hier könnte sich, würde dieser Vorschlag Gesetz, eine reichhaltige Rechtsprechung anschließen.

Ich selbst habe mich bei mehreren Anhörungen im Deutschen Bundestag ebenfalls für das Antragsmodell ausgesprochen. Hierüber werden wir im einzelnen zu diskutieren haben.

III.

Probleme bei der anstehenden Neufassung von § 1626a BGB

Die Erfahrungen, die seit 1998 mit der Beibehaltung gemeinsamer elterlicher Sorge bei getrennten und geschiedenen Eheleuten gemacht worden sind, sollten unbedingt berücksichtigt werden, wenn es um die jetzt erforderliche Neuregelung der gemeinsamen elterlichen Sorge bei nicht miteinander verheirateten Eltern geht.

1. Was soll z.B. gelten, wenn die getrennt lebenden, nichtehelichen Eltern bei gemeinsamer elterlicher Sorge grundlegend unterschiedliche Auffassungen über die Wahl des Kindergartens oder der Schule haben? Der Vater ist für einen anthroposophischen Kindergarten, die Mutter für den nächstgelegenen städtischen Kindergarten - die Mutter bevorzugt eine Montessori Schule, der Vater will keine elitäre Erziehung des Kindes? Die Mutter, bei der das Kind lebt, findet Jahre nach der Geburt eine Arbeitsmöglichkeit in einer weit entfernt liegenden Region, wohin sie mit dem Kind umziehen möchte, um ihre eigene wirtschaftliche Lage zu verbessern. Der Vater will dies nicht, weil er seinen Umgang auf diese Weise erschwert sieht. Die Mutter hat das Empfinden, das Kind müsse unbedingt kindertherapeutisch behandelt werden, weil es im Kindergarten und in der Schule auffällig ist. Der Vater hält von derartigen Maßnahmen im Kindesalter überhaupt nichts und gibt sein Einverständnis nicht. Dies sind die wirklichen Probleme, die sich im Alltag stellen und die

dadurch verstärkt werden, dass die Eltern eben nicht zusammen leben, ja sich oft im Konflikt getrennt haben.

2. Aus meiner Sicht bleibt deshalb überhaupt nur die Lösung, dass das Familiengericht auf Antrag eines Elternteils entscheidet, ob die gemeinsame elterliche Sorge dem Wohl des Kindes dient oder nicht. Das Wohl des Kindes muss alleiniger Maßstab sein, dem Kind ist nicht gedient, wenn der abwesende Elternteil zwar eine Rechtsposition hat, die aber im täglichen Leben des Kindes zu teils unüberwindlichen Schwierigkeiten führt. Auf der anderen Seite muss selbstverständlich der Vater auch die Möglichkeit haben, die Alleinsorge für sich zu beantragen und zu erhalten, wenn dies für das Wohl des Kindes erforderlich ist. Beide Fälle hat das Bundesverfassungsgericht vorläufig dahin geregelt, dass dem Vater der Zugang zu den Familiengerichten eröffnet wird.

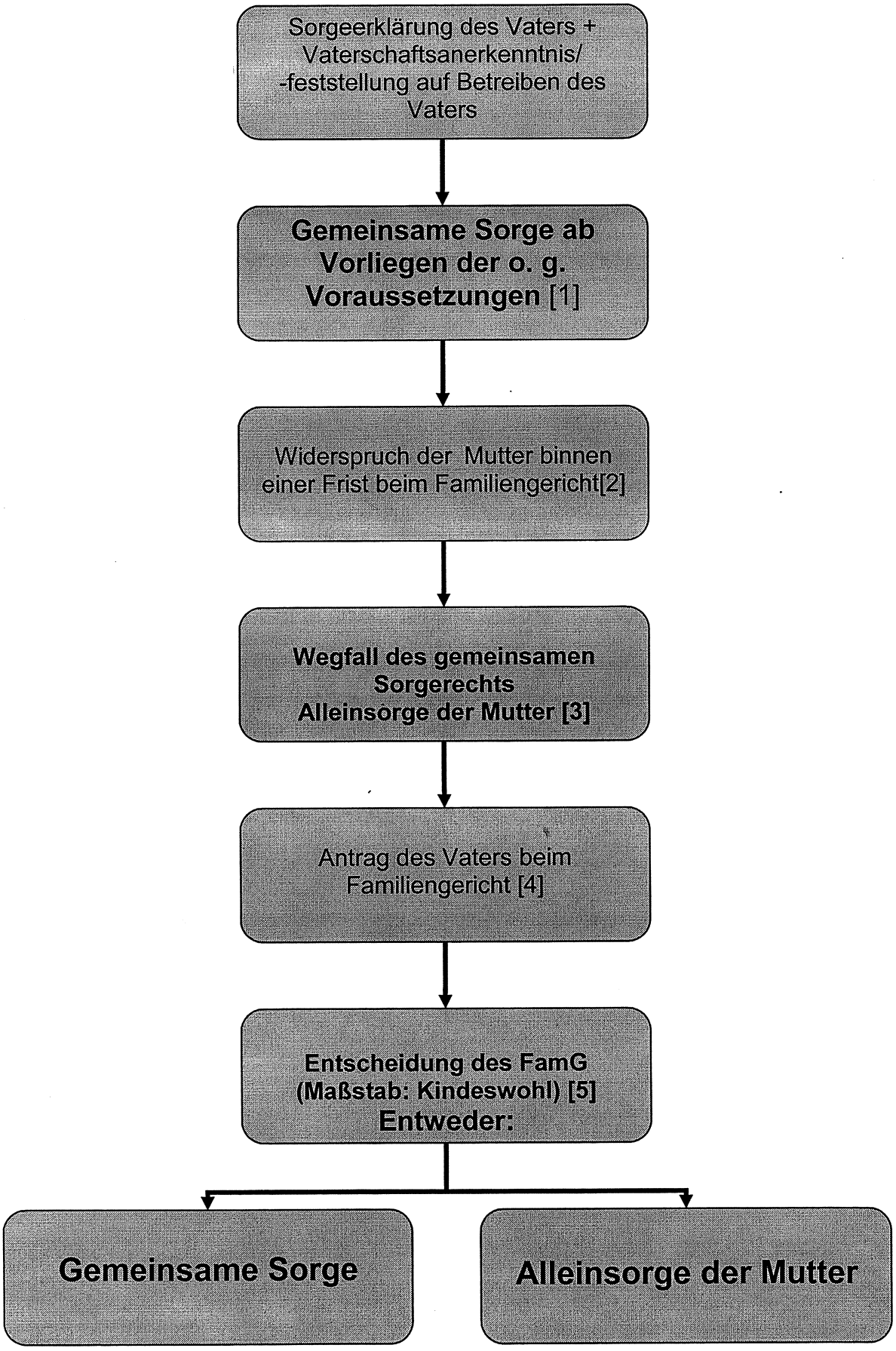
   Wir sind also mitten im brodelnden Fluss der gesetzlichen Neuregelung und das meine ich, ist wirklich aufregend. Selten kann eine Tagung so aktuell sein wie die unsrige, packen wir es also an!

Stets gilt auch hier: Das Recht kann Rahmenbedingungen schaffen, die es den Menschen ermöglichen, das von ihnen Gewünschte und Gewollte auch zu verwirklichen. Ob von diesen Rahmenbedingungen Gebrauch gemacht wird, ob also in der Praxis die Väter ihre Verantwortung wirklich wahrnehmen, steht auf einem anderen Blatt und ist - um mit Fontane zu sprechen - ein weites Feld. Unsere Tagung wird hierzu interessante Aufschlüsse geben.

Anl. 1

Darstellung des Modells 1

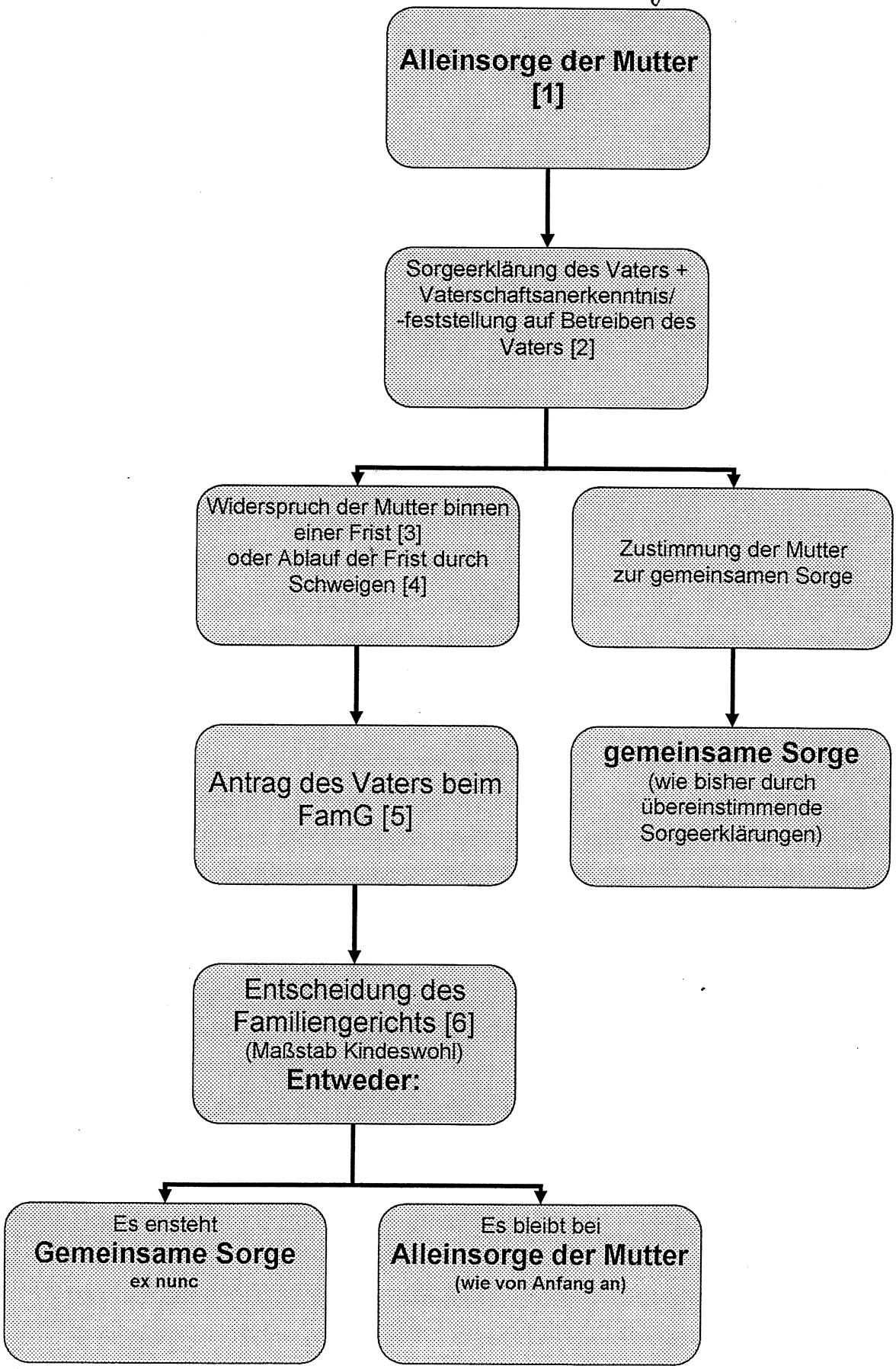
Automatisches Modell



Anl 2

Darstellung des Modells 2

Antragsmodell



Anlage 3

Formulierungsvorschlag
des Verbands alleinerziehender Mütter und Väter, Bundesverband e. V. (VAMV)
zur
gesetzlichen Neuregelung der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern

---

I. Vorbemerkung

Der vom VAMV im Folgenden vorgelegte Formulierungsvorschlag stellt eine rechtssichere und einfach verständliche Lösung dar: Bei nicht miteinander verheirateten Eltern liegt das Sorgerecht solange bei der Mutter, bis die Eltern eine übereinstimmende Sorgeerklärung abgeben oder das Familiengericht auf Antrag die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge auf beide Elternteile gemeinsam überträgt.

II. Formulierungsvorschlag

§ 1626a BGB wird wie folgt gefasst:

§1626a Elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern; Sorgeerklärungen; Übertragen der elterlichen Sorge auf beide Elternteile gemeinsam

(1) Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht ihnen die elterliche Sorge dann gemeinsam zu, wenn sie
   1. erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen (Sorgeerklärungen), oder
   2. einander heiraten.

(2) Im Übrigen hat die Mutter die elterliche Sorge.

(3) Auf Antrag des nicht sorgeberechtigten, aber sorgewilligen Elternteils überträgt das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge auf beide Elternteile gemeinsam, wenn dies dem Kindeswohl entspricht.

(4) Bei der Entscheidung, ob die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl entspricht, berücksichtigt das Familiengericht insbesondere, ob

   1. zu erwarten ist, dass die Eltern künftig zu einer kindeswohldienlichen Kooperation bereit und in der Lage sind,
   2. die Eltern in der Vergangenheit in der Lage waren, über die Belange des Kindes sachlich zu kommunizieren,
   3. der antragstellende Elternteil in der Vergangenheit sein Umgangsrecht in kindeswohlgerechter Weise wahrgenommen,
   4. eine tragfähige Beziehung zum Kind aufgebaut und
   5. regelmäßig Unterhalt im Rahmen seiner Leistungsfähigkeit bezahlt hat
   6. und ob Umstände vorliegen, die die Ausübung eines gemeinsamen Sorgerechts unzumutbar machen.

III. Begründung

Der VAMV ist der Ansicht, dass die gemeinsame Sorge nur durch eine übereinstimmend abgegebene Sorgeerklärung der Eltern, nachträgliche Heirat oder eine Entscheidung des Familiengerichts entstehen sollte.

1. **Zu Absatz 1: Einigkeit zwischen den Eltern: Übereinstimmende Sorgeerklärung oder Heirat**
   Im Fall der übereinstimmenden Sorgeerklärung wie auch bei einer nachträglichen Heirat sind sich die Eltern einig, dass sie die Sorge für ihr Kind gemeinsam ausüben wollen. In diesen Fällen ist davon auszugehen, dass beide Eltern die für eine verantwortliche Ausübung der elterlichen Sorge erforderliche Kooperationsbereitschaft besitzen.
   Die Möglichkeit einer gemeinsamen und übereinstimmenden Sorgeerklärung wird bereits von ca. 50[1] bis 60[2] Prozent der Eltern von nichtehelichen Kindern genutzt. Der VAMV vertritt die Ansicht, dass die Sorgeerklärung ein sinnvolles, relativ unbürokratisches und mittlerweile erprobtes Instrument ist, um nicht miteinander verheirateten Eltern die gemeinsame Sorge für ihr Kind genauso wie miteinander verheirateten Eltern zu ermöglichen.

2. **Zu Absatz 2: Rechtsklarheit und Handlungsfähigkeit der Mutter im Alltag**
   Das Wohl des Kindes verlangt es, dass es mit seiner Geburt zumindest eine Person hat, die rechtsverbindlich für das Kind handeln kann. Gibt es keine übereinstimmende Sorgeerklärung der Eltern, so sollte dies nach Ansicht des VAMV die Mutter des Kindes sein, da diese gemäß § 1591 BGB als Elternteil feststeht[3].

   Die klare Zuordnung der rechtlichen Verantwortung für das Kind an die Mutter ergibt sich auch aus der notwendigen Handlungsfähigkeit der Mutter von Anfang an, nicht nur in Angelegenheiten des täglichen Lebens, sondern auch bei Entscheidungen über Angelegenheiten von besonderer Bedeutung, wie beispielsweise einer Operation des Kindes kurz nach der Geburt.

3. **Zu Absatz 3: Uneinigkeit zwischen den Eltern: Entscheidung des Familiengerichts auf Antrag des nicht sorgeberechtigten, aber sorgewilligen Elternteils**

   3.1. Vorurteile in der aktuellen Diskussion
   In der aktuellen Diskussion um die Neugestaltung des Sorgerechts für nicht miteinander verheiratete Eltern halten sich hartnäckig einige Vorurteile, die im Folgenden vom VAMV näher beleuchtet werden.

   Vorurteil: Das Wohl des Kindes verlangt die gemeinsame Sorge
   Das ist nicht richtig. Zwar entspricht die gemeinsame elterliche Sorge grundsätzlich den Bedürfnissen des Kindes nach Beziehungen zu beiden Elternteilen und verdeutlicht ihm, dass beide Eltern gleichermaßen bereit sind, für das Kind Verantwortung zu tragen[4]. Dies gilt jedoch nur, wenn beide Eltern kooperationsfähig und kooperationsbereit sind. Bei mangelnder Kooperationsbereitschaft und einem hohen Konfliktpotential zwischen den Eltern können hingegen schwere Belastungen für das Kind entstehen, sodass gegen eine gemeinsame Sorge erhebliche Bedenken anzumelden sind. Für das Wohl des Kindes im Falle der Trennung seiner Eltern ist es nicht so sehr von Bedeutung, ob die Eltern das gemeinsame Sorgerecht haben oder

---

[1] Ungefähre Schätzung des BVerfG (Nr.24 seines Beschlusses vom 21. Juli 2010 – 1 BvR 420/09 –) aufgrund der amtlichen Statistiken für 2008: 50,7%
[2] Ergebnis einer standardisierten Kurzbefragung von Eltern: 62,2 % (Zwischenbericht Mai 2010 eines vom Bundesministerium der Justiz in Auftrag gegebenen Forschungsvorhabens „Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern", S.17)
[3] Vgl. BVerfG Beschluss vom 21. Juli 2010 – 1 BvR 420/09 – Nr.40
[4] Vgl. Bundesverfassungsgericht - 1 BvL 20/99 -und- 1 BvR 933/01 – Urteil vom 29. Januar 2003 Nr.14

einem allein die Sorge zusteht. Entscheidend sind vielmehr die Qualität der Eltern-Kind-Beziehung und die Kooperationsbereitschaft zwischen den Eltern[5].

„Für die allgemein gehaltene Aussage, dass eine gemeinsame elterliche Sorge nach der Trennung der Eltern dem Kindeswohl prinzipiell förderlicher sei als die Alleinsorge eines Elternteils, besteht in der kinderpsychologischen und familiensoziologischen Forschung auch weiterhin keine empirisch gesicherte Grundlage" so auch der Bundesgerichtshof[6] im Jahr 2007. Er stellt fest, dass es keinen Vorrang der gemeinsamen Sorge vor der Alleinsorge gibt, da die eine Sorgeform per se nicht besser für das Kind ist als die andere. An dieser wissenschaftlichen Ausgangslage hat sich in den letzten drei Jahren nichts geändert.

Deshalb vertritt der VAMV die Ansicht, dass auch der Gesetzgeber weiterhin bei der Ansicht bleiben sollte, dass es keinen Vorrang der gemeinsamen Sorge gibt. Er sollte deshalb die gemeinsame Sorge **nicht** als generelles Leitbild und für das Wohl des Kindes nahezu unabdingbare Voraussetzung auch für Kinder von getrennt lebenden Eltern propagieren.

Vorurteil: Die „neuen Väter" sind da oder zumindest im Kommen
Das ist nicht richtig. Tatsache ist: Sie sind zwar in den Medien präsent, aber nicht im Alltag. Auch wenn das Modell der gleichberechtigten partnerschaftlichen Teilung von Kindererziehung und Erwerbsarbeit vielen wünschenswert erscheint, wird es in der Alltagswirklichkeit selten gelebt[7]. Da das Einkommen der Väter im Durchschnitt höher ist und die Arbeitswelt nach wie vor von ihren Arbeitnehmern Flexibilität und größtmögliche zeitliche Verfügbarkeit fordert, entscheiden sich viele Eltern für die klassische Rollenteilung, bei der die Mutter überwiegend für die tatsächliche Pflege und Erziehung der Kinder verantwortlich ist. Dies schlägt sich darin nieder, dass 90 Prozent der Kinder nach der Trennung im Haushalt der Mutter bleiben[8].

Vorurteil: Das Sorgerecht verhilft Vätern zu mehr Kontakt
Das ist nicht richtig. Viele Väter glauben, dass die Mutter durch das im Sorgerecht enthaltene Aufenthaltsbestimmungsrecht bestimmen könne, wie oft der Vater das Kind sehen darf. Das war schon nach bisheriger Rechtslage nicht so. Der Vater hat ganz unabhängig vom Sorgerecht ein Umgangsrecht.

Solange die Eltern sich einig sind, wie oft, wo und wie lange der Vater mit dem Kind zusammen sein soll, gibt es kein Problem. Sind die Eltern darüber nicht einig, hilft auch das gemeinsame Sorgerecht nicht weiter. Denn die Grundlage eines gemeinsamen Sorgerechts ist die Fähigkeit der Eltern, miteinander zu kommunizieren und sich zu einigen. Funktioniert das nicht, müssen ohnehin Jugendamt oder Gericht eingeschaltet werden, gleich, ob es um das Umgangs- oder Sorgerecht geht. Es macht in der Praxis keinen Unterschied, ob ein gerichtlicher Streit um das Umgangsrecht ausgetragen wird oder einer um das Aufenthaltsbestimmungsrecht als Teil des Sorgerechts mit dem Ziel, mehr Umgang zu erlangen.

---

[5] a.a.O. mit entsprechenden wissenschaftlichen Nachweisen
[6] BGH Beschluss vom 12.12.2007 – XII ZB 158/05 –
[7] „Sind Kinder zu versorgen, arbeiten in der Regel Mütter kürzer, Väter dagegen bleiben bei Vollzeit und arbeiten sogar länger als ohne Nachwuchs. Familienbedingte Teilzeit ist fast nur bei Müttern anzutreffen." WSI-Studie (Arbeitszeiten von Müttern, Vätern und Pflegenden. Reihe: WSI-Diskussionspapier Nr.158, Januar 2008) zitiert nach Böckler Impuls 04/2008; „In den Familien mit Kindern wird der weitaus größere Teil der Haus- und Erziehungsarbeit nach wie vor von den Müttern getan" Monitor Familienleben 2010 Institut für Demoskopie Allensbach S. 13
[8] Statistisches Bundesamt Mikrozensus 2009

3.2. Die Auswirkungen des gemeinsamen Sorgerechts in der Alltagswirklichkeit

Das gemeinsame Sorgerecht ist eine Rechtsposition, die den Eltern das Recht gibt, über Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung in gegenseitigem Einvernehmen zu entscheiden. Leben die Eltern getrennt, wird in der Regel der Elternteil, bei dem das Kind lebt, die Entscheidungen im Alltag umzusetzen haben. Sobald die Eltern unterschiedliche Ansichten vertreten, sind Unstimmigkeiten, die sich negativ auf die Kinder auswirken können, vorprogrammiert.

Derzeit leben 90 Prozent der Kinder von getrennt lebenden Eltern bei ihren Müttern[9] im Haushalt. Diese müssen in der Regel die gemeinsam getroffenen Entscheidungen im Alltag umsetzen. In der Lebensrealität haben Väterrechte und Mütterrechte daher sehr unterschiedliche Auswirkungen auf die konkrete Lebensgestaltung der Beteiligten, wenn das Kind überwiegend nur bei einem Elternteil lebt.

Beispiel Umzug: Die Mutter will mit dem Kind umziehen, weil sie ihre Arbeitsstelle wechseln muss. Da der Vater mit ihr zusammen das gemeinsame Sorgerecht und daher auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht für das Kind hat, kann sie ohne seine Zustimmung nicht umziehen. Werden sich die Eltern in diesem Punkt nicht einig, bleibt der Mutter nur, beim Familiengericht einen Antrag darauf zu stellen, dass ihr das Aufenthaltsbestimmungsrecht allein übertragen wird. Die Mutter muss die Initiative ergreifen und ist, solange das Gericht nicht entschieden hat, ohne die Erlaubnis des Vaters nicht handlungsfähig.

Der umgangsberechtigte Vater dagegen kann umziehen, ohne irgendjemanden um Zustimmung bitten zu müssen – auch wenn sich beispielsweise der Umgang durch eine weitere Entfernung weniger häufig und zu Lasten des Kindes gestaltet.

Beispiel Schule: Die Mutter möchte das Kind auf die nahe gelegene Schule schicken. Sie ist der Ansicht, es ist wichtig für das Kind, Schulkameraden in der Nachbarschaft zu haben und den Schulweg allein bewältigen zu können. Der Vater ist der Ansicht, das Kind sollte auf eine weiter entfernte Schule gehen, die einen Schwerpunkt auf die musikalische Förderung der Kinder legt und an der es ein Instrument lernt. Dorthin muss das Kind mit dem Auto oder öffentlichen Verkehrsmitteln fahren. Wenn sich die Eltern nicht einig werden, hat die Mutter die Wahl: Sie kann wieder einen Antrag bei Gericht stellen, ihr in dieser Angelegenheit die Entscheidungsbefugnis zu übertragen oder dem Wunsch des Vaters nachgeben. Sie ist im Alltag allerdings diejenige, die dafür sorgen muss, dass das Kind zur Schule kommt, in deren Haushalt das Kind auf seinem Instrument üben wird und die das Kind zu weiter entfernt wohnenden Spielkameraden bringen muss. Für den Vater ändert sich der Alltag durch die Schulentscheidung nicht oder kaum, zumindest wenn der Umgang wie in den meisten Fällen in erster Linie auf das Wochenende beschränkt ist.

Diese Beispiele zeigen: Trotz rechtlicher Gleichstellung ergibt sich im Alltag eine Schieflage zuungunsten der betreuenden Elternteile (zum größten Teil Mütter), da andererseits die Mitbeteiligung des Umgangselternteils bei der Umsetzung gemeinsamer Entscheidungen nicht rechtlich durchsetzbar ist: Die Autonomie der Eltern wird durch die gemeinsame Sorge unterschiedlich beeinträchtigt. Derjenige Elternteil, bei dem das Kind lebt, muss die gemeinsamen Beschlüsse in der Regel umsetzen und die Folgen im Alltag tragen.

---

[9] A.a.O.; aufgrund dieser Tatsachenlage werden Beispiele aus der Standardsituation gebracht: Das Kind lebt bei der Mutter und sieht den Vater im Rahmen des Umgangs. Selbstverständlich gestaltet sich die Situation genau umgekehrt, wenn das Kind beim Vater lebt und die Mutter Umgangselternteil ist.

3.3. Warum im Konfliktfall das Familiengericht entscheiden muss

Der VAMV ist der Ansicht, dass streitige Sorgerechtsfälle ausschließlich vor das Familiengericht gehören. Die Grundlage eines Antrags auf Übertragung der Sorge gemeinsam auf beide Eltern gegen den Willen eines Elternteils ist ein Streit zwischen den Eltern. Hier ist eine Entscheidung unter Bewertung des Kindeswohls gefragt. Die Bewertung des Kindeswohls obliegt auch in allen anderen streitigen Kindschaftssachen dem Richter/der Richterin. Eine umfassende gerichtliche Prüfung ist auch für die Fälle vorgesehen, in denen der sorgewillige, aber nicht sorgeberechtigte Elternteil zuvor sorgeberechtigt war. Deshalb ist es schon aus rechtlichen Gründen nicht angezeigt, eine streitige Sorgerechtsentscheidung außerhalb der Familiengerichtsbarkeit regeln zu wollen[10].

3.4. Keine Fristen

Lösungen, die den Eltern die gemeinsame Sorge automatisch nach Ablauf einer Frist oder Nichterfüllung von Handlungsauflagen jedweder Art im vorprozessualen Bereich übertragen wollen, lehnt der VAMV deshalb mit Nachdruck ab. Eine Fristenlösung, die den Bedürfnissen und Interessen aller Beteiligten Rechnung trägt, ist nach Ansicht des VAMV praktisch nicht zu finden, weil das Leben eines Kindes und seiner Eltern nicht statisch und in vorhersehbaren Bahnen verläuft[11].

4. Zu Absatz 4: Kriterienkatalog

Der VAMV will mit dem Kriterienkatalog erreichen, dass die elterliche Sorge nicht nur als Entscheidungsrecht in Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung wahrgenommen wird, sondern auch als Pflicht zur Wahrnehmung elterlicher Verantwortung. Die Fähigkeit, für das Kind sinnvolle Entscheidungen zu treffen, hängt nach Ansicht des VAMV eng mit der Beziehung zum Kind und dem Wissen um seine Befindlichkeit, seine Persönlichkeit und sein Lebensumfeld zusammen. Der Blick auf das Verhalten des nicht sorgeberechtigten Elternteils in der Vergangenheit soll in die Prognose für eine verantwortungsvolle Übernahme der elterlichen Sorge und eine einvernehmliche Ausübung derselben einfließen. Dabei kann auch das Verhalten des werdenden Vaters während der Schwangerschaft aufschlussreich sein. Insgesamt kann der Blick auf die Vergangenheit eine bessere Einschätzung ermöglichen, ob der antragstellende Elternteil wirklich an der Verantwortungsübernahme für das Kind interessiert ist oder aus anderen Motiven die rechtliche Entscheidungsbefugnis anstrebt. Mit der Formulierung „insbesondere" wird deutlich gemacht, dass der Kriterienkatalog keine abschließende Aufzählung enthält. Das Prüfungskriterium der Unzumutbarkeit dient dazu, auch Gründe, wie beispielsweise Gewalt in der Beziehung zwischen den Eltern, zu berücksichtigen.

Berlin, 4. November 2010

Verband alleinerziehender Mütter und Väter, Bundesverband e.V.
Hasenheide 70, 10967 Berlin
Tel: (030) 6959786, kontakt@vamv.de
www.vamv.de, www.die-alleinerziehenden.de

Vorsitzende: Edith Schwab

---

[10] Vgl. dazu auch Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Urteil vom 3. Dezember 2009 (Individualbeschwerde Nr.22028/04) Nr.61 und 62

[11] Hingegen ist der VAMV der Ansicht, dass in einem Verfahren nach § 1626a Absatz 3 BGB in vielen Fällen eine besonders schwierige Sachlage vorliegt, die auf Antrag die Beiordnung eines Rechtsanwalts/einer Rechtsanwältin nach § 78 Absatz 2 FamFG im Rahmen der beantragten Verfahrenskostenhilfe erforderlich macht. Durch die anwaltliche Vertretung kann u.a. den besonderen Lebensumständen der Mutter nach der Geburt Rechnung getragen werden.