Aktualisierte Fassung des in der FamRZ 2012, 1337 ff. am 1. September 2012 veröffentlichten Vortrags

Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern

Von Prof. Dr. MICHAEL COESTER, München

Nachdem die gesetzlichen Regelungen zum Sorgerecht nichtehelicher Eltern vom EuGMR 2009 und vom BVerfG 2010 verworfen worden waren, war eine gesetzliche Reform unumgänglich. Die Gerichte hatten daran Anstoß genommen, dass eine Mitbeteiligung des Vaters am Sorgerecht nur bei Zustimmung der Mutter möglich ist (§ 1626 a BGB); das gleiche gilt für die Übernahme der Alleinsorge durch den Vater (§ 1672 Abs. 1 BGB). Wegen der ideologischen Befrachtung der Thematik ließ ein Reformentwurf der Regierung lange auf sich warten, von allen Parteien waren erheblich divergierende Lösungsvorschläge unterbreitet worden. Nachdem im März 2012 dann endlich ein Referentenentwurf des BMJ (RefE) veröffentlicht worden war, folgte am 4.7.2012 ein darauf aufbauender, aber in Einzelfragen ergänzter Regierungsentwurf (RegE). Der nachfolgende Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Autor am 9.6.2012 in Hamburg vor der Wissenschaftlichen Vereinigung für Familienrecht gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten, der Text jedoch auf die Regelungen des RegE vom 4.7.2012 umgestellt.

I. Einleitung

Im September 1995 fand der 11. DFGT in Brühl statt; das Grußwort zu Beginn sprach die damalige Justizministerin Frau Leutheusser-Schnarrenberger, deren Ministerium bereits einen ersten Entwurf der geplanten Kindschaftsrechtsreform, darunter auch §§ 1626 a ff BGB, der Öffentlichkeit zur Diskussion vorgelegt hatte. Die Justizministerin führte in ihrem Grußwort aus: "Wenn man die deutschen Verhältnisse im Kindschaftsrecht mit denen in anderen Ländern vergleicht, so hat man den Eindruck, dass die Entwicklung hierzulande zum Teil um viele Jahre hinterher hinkt. Das gilt ganz besonders … für das bei uns heiß umstrittene Thema der gemeinsamen Sorge nicht miteinander verheirateter und geschiedener Eltern." Die Ministerin betonte sodann die Wichtigkeit, die Elternebene von der Partnerebene zu trennen, und fuhr fort: "Umso mehr muss… das fundamentale Interesse eines Kindes betont

werden, möglichst gute Beziehungen zu beiden Elternteilen aufbauen zu können."[1]
Wenig später, in einem Pausengespräch, wurde die Ministerin auf die kurz zuvor ergangene Entscheidung des BVerfG vom 7.3.1995 hingewiesen, in der festgestellt worden war, dass das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG neben der Mutter grundsätzlich gleichermaßen auch dem nichtehelichen Vater zusteht.[2] Auf die Frage, ob in diesem Lichte nicht die §§ 1626 a ff und 1672 BGB des Kindschaftsrechtsreformentwurfes noch einmal überdacht werden müssten, antwortete die Ministerin: "*Den* Stiefel ziehe ich mir nicht mehr an!" Es erscheint als eine feine Ironie des Schicksals, dass wiederum sie es ist, die dies heute nun doch tun muss. Für die anstehende Sorgerechtsreform haben ihre damaligen Feststellungen im Grußwort allerdings nach wie vor grundsätzliche Gültigkeit - nur die Folgerungen werden andere sein müssen als diejenigen, die im KindRG 1998 festgelegt worden sind.

Die gesetzlichen Regelungen zum Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern, insbesondere also die §§ 1626 a und 1672 BGB sind - wie der EuGMR[3] und das BVerfG[4] festgestellt haben - völkerrechts- und verfassungswidrig. Weniger bekannt ist, dass sie auch gegen das europäische Gemeinschaftsrecht verstoßen: Der EuGH hat die nicht nur sprachliche, sondern auch wertungsmäßige Übereinstimmung von Art. 8 EMRK und Art. 7 der europäischen Grundrechtecharta betont und wiederholt bekräftigt, dass die Mitgliedstaaten der EU zwar das originäre Sorgerecht bei Geburt allein der Mutter zuweisen dürfen, aber eine gerichtliche Übertragung des Mitsorgerechts auf den Vater ermöglichen müssen - andernfalls liege eine Verletzung des "Rechts auf Familienleben" vor.[5] Diese Vorgaben sind vom deutschen Gesetzgeber zu beachten, schöpfen seinen gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum aber keineswegs aus.[6]

II. Rückblick und Reformdiskussion

Soweit zum aktuellen Stand der Dinge. Blickt man zurück, muss man zugeben, dass vom ursprünglichen Konzept des BGB bis heute schon ein weiter Weg

[1] Leutheusser-Schnarrenberger, Grußwort, in: 11.Deutscher Familiengerichtstag 1995, Brühler Schriften zum Familienrecht Bd.9 (1996) S.8, 9.
[2] FamRZ 1995, 789,792; dazu Coester, FamRZ 1995, 1245 ff.
[3] FamRZ 2010, 103 (Zaunegger/Deutschland); dazu Coester, NJW 2010, 482 ff.
[4] FamRZ 2010, 1403 Rn. 46 ff.
[5] EuGH, Urt. vom 5.10.2010, Rs C-40010 PPU (J.McB/L.E), Rn 55, 57.
[6] Dazu insb. BVerfG FamRZ 2010, 1403 Rn. 41 ff.

zurückgelegt worden ist, und das in wenigen Reformschritten, für die es allerdings rund 100 Jahre gebraucht hat. Ursprünglich anerkannte das Familienrecht des BGB gar keine persönlichen Bezüge zwischen nichtehelichem Vater und Kind, selbst die genetische Verwandtschaft wurde fiktiv eliminiert (§ 1589 Abs. 2 BGB a.F.); lediglich als "Zahlvater" hatte der Erzeuger familienrechtlichen Status (§§ 1708 ff BGB a.F.: Unterhalt; § 1715 BGB a.F.: Entbindungskosten und 6 Wochen nachgeburtlicher Unterhalt für die Mutter).[7] Der Mutter stand nur die tatsächliche Sorge für das Kind zu, rechtliche Vertretung und übergreifende Aufsicht waren einem Vormund zugewiesen (§ 1707 S. 2 BGB a.F.).[8]

Bis heute folgten im wesentlichen nur zwei Reformschritte: Das NEhelG von 1969, das die rechtliche Verwandtschaft des Vaters mit dem Kind anerkannte und der Mutter das volle Sorgerecht einräumte, allerdings eingeschränkt durch Amtspflegschaft des Jugendamts bezüglich der Vaterschaftsfeststellung, Kindesunterhalt und erbrechtlicher Ansprüche des Kindes (§§ 1705,1706 BGB a.F.). Der zweite Schritt war das bereits erwähnte KindRG 1998, das der Mutter die uneingeschränkte elterliche Sorge bescherte, bei Konsens der Eltern aber auch dem Vater einen Weg zur gemeinsamen Sorge (§ 1626 a ff. BGB) oder gar zu Alleinsorge anstelle der Mutter eröffnete (§ 1672 Abs. 1 BGB). Ohne mütterliche Zustimmung war dem Vater allerdings das Sorgerecht für sein Kind grundsätzlich versperrt.[9]

Die Diskussion über eine Reform dieses Konzepts, insbesondere über eine Verbesserung der Sorgerechtschancen des nichtehelichen Vaters, wurde durch das Urteil des BVerfG vom 21.1. 2003, das die gesetzliche Regelung zunächst (noch) bestätigte,[10] nicht beendet, sondern im Gegenteil erst recht angefacht; sie wurde begleitet von rechtstatsächlichen Forschungen zur Lebens- und Gedankenwelt nicht miteinander verheirateter Eltern.[11] Diese gewissermaßen evolutiv voranschreitende Phase der Erkenntnisgewinnung wurde durch die bereits erwähnten Entscheidungen des EuGMR und des BVerfG von 2009 bzw.

[7] Staudinger/Engelmann (1.Aufl. 1899) § 1589 Anm. 4; Coester-Waltjen, in: Staudinger-Symposion „100 Jahre BGB“ (1999) 143 ff, 151; Staudinger/Peschel-Gutzeit (2007) vor § 1626 Rn. 4 ff.
[8] Einzelheiten bei Staudinger/Engelmann aaO § 1707 Anm. 1 ff.; Coester-Waltjen aaO S. 143 f.
[9] Ausnahmen: (1) Altfälle nichtehelicher Lebensgemeinschaften, die vor dem 1.7.1998 schon aufgelöst waren, Art. 224 Abs. 3-5 EGBGB (diese Vorschrift soll nach dem RegE 2012 (Art. 4 Nr. 1 b) als fortan überflüssig entfallen); (2) tatsächlicher Ausfall oder Sorgerechtsentzug bei der Mutter, § 1678 Abs. 2,1680 Abs. 2 [Ausfall, Tod] oder § 1680 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 S. 2 (Sorgerechtsentzug gemäß § 1666 BGB).
[10] FamRZ 2003, 285 ff.
[11] Im Auftrag des BMJ von 2009 durchgeführt vom Deutschen Institut in Kooperation mit der Ludwig-Maximilians-Universität München, s. Endbericht vom 30.11.2010: Jurczyk/Walper, Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern (unveröff.).

2010 nicht unerwartet, von der Wirkung her aber doch revolutionär beendet. Außer Streit gestellt ist damit aber zunächst nur das "Ob" einer Reformnotwendigkeit; bezüglich des "Wie" bestehen nach wie vor erhebliche, mit Vehemenz ausgetragene Meinungsverschiedenheiten. Diese führten auch dazu, dass die im Herbst 2010 bis zum Frühjahr 2011 intensiv vorangetrieben Reformarbeiten erst einmal zum Erliegen kamen.
Um den nunmehr doch noch vorgelegten RegE besser einordnen zu können, möchte ich die wesentlichen Lösungsansätze kurz skizzieren. Dabei sind *drei Grundmodelle* zu unterscheiden[12]:
Am weitesten geht der Ansatz, die väterliche Sorge kraft Gesetzes mit der Vaterschaftsfeststellung eintreten zu lassen - bei pränataler Vaterschaftsanerkenntnis also schon von Geburt an (ex-lege-Modell). Kindeswohlwidrige Sorgegemeinschaft der Eltern kann dann, wie auch sonst bei getrennt lebenden, aber gemeinsam sorgeberechtigten Eltern, nach Maßgabe des § 1671 BGB geändert oder beendet werden.
Am vorsichtigsten ist der Vorschlag, den Vater nur bei elterlicher Einigkeit oder sonst nur auf Antrag nach gerichtlicher Kontrolle im Lichte des Kindeswohls ins gemeinsame Sorgerecht einrücken zu lassen (Gerichtsmodell). Dabei variiert die jeweils befürwortete Änderungsschwelle: Gemeinsame Sorge, wenn sie dem Kindeswohl dient, oder wenn sie ihm am besten entspricht, oder wenn sie ihm nicht widerspricht?
Ein vermittelnder Lösungsweg sieht den gesetzlichen Sorgeerwerb auch des Vaters bei bestehender nichtehelicher Lebensgemeinschaft mit der Mutter vor; ohne eine solche Lebensgemeinschaft wird eine konstitutive Gerichtsentscheidung zu Gunsten des Vaters für erforderlich gehalten.[13]

Für die weitere Diskussion können wir uns auf die beiden erstgenannten, gegensätzlichen Grundmodelle beschränken. Der vermittelnde Ansatz ist inzwischen fast allgemein verworfen worden: Ungewiss ist schon die Definition einer "Lebensgemeinschaft", ihre Abgrenzung hinsichtlich der notwendigen Intensität und zeitlichen Dauer, ihre rechtssichere Feststellbarkeit, der maßgebliche Zeitpunkt ihres Bestandes als Anknüpfungspunkt für das gemeinsame Sorgerecht kraft Gesetzes, und schließlich der unerwünschte Anreiz für werdende Mütter, die Lebensgemeinschaft vor dem maßgeblichen Zeitpunkt zu beenden, wenn sie die Sorgegemeinsamkeit verhindern wollen.[14]

[12] Vgl. Kinderrechtekommission des DFGT (KIRK), JAmt 2005,490 ff; Coester, FamRZ 2007, 1137 ff.
[13] Dazu auch Luthin, FamRZ 2010, 1411 f.; Löhnig FamRZ 2010, 338, 340.
[14] Vgl. im einzelnen KIRK (Fußn. 12) 493 ff.

Welche Position bezieht nun bei diesem Streitstand der jetzt vorgelegte RegE?

III. Der Regierungsentwurf vom 4.7.2012

1. Grundansatz

Der RegE präsentiert eine Kompromisslösung zwischen dem Gerichts- und dem Ex-lege-Modell. Ausgangspunkt ist zunächst, wie bisher, die gesetzliche Alleinsorge der nichtehelichen Mutter; der (festgestellte) Vater kann aufgrund beiderseitiger Sorgeerklärungen als Mitsorgeberechtigter hinzutreten (§ 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB-E).[15] Neben dieser elternautonomen Gestaltung eröffnet der Entwurf den Zugang des Vaters zur elterlichen (Mit-) Verantwortung aber auch ohne Zustimmung der Mutter, im Wege der kontrollierten Einzelzulassung durch das Familiengericht (§ 1626 a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB-E). Dieses Grundkonzept genügt den Minimalanforderungen der EMRK und der EU-Charta (Achtung des Privat- und Familienlebens) sowie des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Allerdings wird die im Grundansatz des Entwurfs reklamierte Wächterverantwortung nur voll wahrgenommen, wenn die Mutter gegen den väterlichen Antrag auf Mitsorge
-innerhalb einer gesetzten Frist
- schriftlich
- kindeswohlrelevante Bedenken vorträgt:
Dann findet ein normales Sorgerechtsverfahren nach den Grundsätzen der §§ 151 ff. FamFG statt. Trägt die Mutter hingegen keine oder keine kindeswohlrelevanten Einwände gegen den väterlichen Antrag vor, wird die staatliche Wächterfunktion substantiell ausgedünnt, und zwar sowohl materiell- wie auch verfahrensrechtlich.[16] Dies soll im folgenden für beide Fallsituationen näher ausgeführt und kritisch gewürdigt werden.

2. Das reguläre Sorgerechtsverfahren

a) Gemeinsame Sorge als Regelfall

Das Gericht hat auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge auf beide Elternteile gemeinsam zu übertragen, „wenn die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht" (§ 1626 a Abs. 2 S. 2 BGB-E). Insoweit

[15] Bei pränatalem Vaterschaftsanerkenntnis (§ 1594 b Abs. 4 BGB) und Sorgeerklärung (§ 1626 b Abs. 2 BGB) ab dem Moment der Geburt (§ 1626 Abs. 1 mit § 1 BGB).
[16] §§ 1626 a Abs. 2 BGB-E, 155 a FamFG-E.

geht der Entwurf zu Gunsten des Vaters über die Übergangsregelung hinaus, die das BVerfG in seiner Entscheidung vom 21.7. 2010 bis zu einer gesetzlichen Reform in Kraft gesetzt hat. Danach können die Familiengerichte auf Antrag eines Elternteils die gemeinsame Sorge beider Eltern anordnen, "soweit zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl entspricht".[17] Nach der Übergangsregelung muss also positiv die Kindeswohldienlichkeit der gemeinsamen Sorge festgestellt werden.[18] An die Stelle dieser "positiven Kindeswohlprüfung" soll nach dem Entwurf nun nur noch eine "negative Prüfung" treten - die bisherige normative Ausnahme wird zum widerlegungsbedürftigen Regelfall.[19] Zur Begründung dieses Konzepts beruft sich der RegE auf die Feststellung des BVerfG, wonach "die gemeinsame elterliche Sorge grundsätzlich den Bedürfnissen des Kindes nach Beziehung zu beiden Elternteilen entspricht".[20] Dieser - auf sozialwissenschaftliche Untersuchungen gestützte - Befund des BVerfG bietet die tatsächliche Grundlage für weitere verfassungsrechtliche Folgerungen des Gerichts: die grundsätzlich beiderseitige und damit auch gemeinsame Sorgeverantwortung der Eltern eines Kindes[21], ungeachtet des Bestehens einer ehelichen Verbindung,[22] und das sowohl gegen den Staat wie gegen die Eltern gerichtete Recht des Kindes auf verantwortliche Sorge durch beide Eltern.[23]
Dieses Sorgerechtssystem der Verfassung, wie es vom BVerfG herausgearbeitet worden ist, wird nun auch im einfachrechtlichen Konzept des RegE nachgezeichnet: *Gemeinsame elterliche Sorge der nichtehelichen Eltern als Regelfall auch in Fällen, in denen es an einem entsprechenden Konsens zwischen den Eltern fehlt.*

Diese Regelung ist weniger revolutionär, als sie aussieht; sie korreliert mit der Rechtspraxis zu § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB, wenn die Eltern um eine Auflösung bisheriger Sorgegemeinsamkeit in Alleinsorge eines Teils streiten: Der BGH hat sich zwar - entgegen der Begründung zum jetzigen RegE, der einen "Leitbild" elterlicher Sorgegemeinschaft propagiert[24] - *gegen* ein solches "Leitbild" ausgesprochen (insoweit würde diese Rechtsprechung nach Verabschiedung der Reform zu überprüfen sein); er entlässt die Eltern aber nicht schon aufgrund ihres Dissenses aus der gemeinsamen Sorgeverantwortung, sondern verlangt von

[17] BVerfG FamRZ 2010, 1403 Rn. 75.
[18] Vgl. Huber/Möll, FamRZ 2011, 765, 768 f.; Palandt/Diederichsen § 1626 a Rn. 5 mit Nachweisen bisheriger Rechtsprechung; neueste Rechtsprechung in FamRZ 2012, 880 ff.
[19] RegE S.22.
[20] BVerfGE 107, 150 ff, 155; RegE S. 22.
[21] BVerfGE 24, 119, 144; FamRZ 2003, 285, 287; vMünch/Kunig/Coester-Waltjen,GG Art. 6 Rn. 69 ff m.w.N.
[22] BVerfG FamRZ 1995, 789, 792.
[23] BVerfG FamRZ 2008,845 Rn. 71,72; zum "Kindesrecht" aus Art. 6 Abs. 2 GG s. Coester, in: Deutscher Sozialrechtsverband (Hrsg.), Kinder und Jugendliche im Sozialleistungssystem (2009) S.7 ff.
[24] RegE S. 23,23; noch deutlicher RefE S. 11,18.

ihnen grundsätzlich Bereitschaft und zumutbares Bemühen um Überwindung ihrer Kooperationsprobleme; erst unüberbrückbare und kindeswohlschädliche Konflikte rechtfertigen den Übergang zur Alleinsorge eines Elternteils.[25] Grundsätzlich ist das jetzt auch die Position des RegE für den Übergang von der Alleinsorge der Mutter zum gemeinsamen Sorgerecht.[26] Künftig soll also nicht mehr unterschieden werden zwischen Eltern, die das Sorgerecht schon einmal gemeinsam innegehabt hatten, und solchen, für die es erstmals begründet werden soll. Das pauschale Misstrauen gegen nichteheliche Väter, von dem das geltende Recht noch an mehreren Stellen geprägt ist, ist nach den Regelungen des RegE deutlich zurückgedrängt - auch in einschlägigen anderen Bestimmungen wie §§ 1678 und 1680 BGB-E sollen besondere Eintrittshürden in das Sorgerecht für den nichtehelichen Vater entfallen.

b) Alleinsorge des Vaters

Dies gilt insbesondere auch für den Fall, dass nicht das Hinzutreten des Vaters zum Sorgerecht der Mutter infrage steht, sondern ein *Wechsel der Alleinsorge*, die originär nach geltendem wie künftigem Recht zunächst der Mutter zusteht (§ 1626 a Abs. 2 BGB bzw. § 1626 a Abs. 3 BGB-E). Für diesen Fall errichtet der bisherige § 1672 BGB nahezu unüberwindbare Hürden für den Vater: Neben der Zustimmung der Mutter schon zur Verfahrenseinleitung bedurfte die Übertragung auf den Vater der Feststellung einer entsprechenden "Kindeswohldienlichkeit" durch das Gericht.[27] Damit verletzt § 1672 Abs. 1 BGB nicht nur das Elternrecht des Vaters, sondern auch das grundgesetzliche Recht des Kindes, in den Fällen, in denen eine gemeinsame Sorgeverantwortung beider Eltern nicht in Betracht kommt, wenigstens den besser geeigneten Elternteil als Alleinsorgeberechtigten zugewiesen zu bekommen.[28] Dieses Recht des Kindes muss - neben der Favorisierung gemeinsamer elterlicher Sorgeverantwortung - der tragende Leitgedanke einer Sorgerechtsreform sein, denn das Kindeswohl, nicht die Elternrechte sind der letztlich ausschlaggebende Gesichtspunkt.
§ 1672 Abs. 1 BGB in seiner bisherigen Fassung ist verfassungswidrig und schon seit dem Urteil des BVerfG vom 21.7. 2010 durch eine Übergangsregelung ersetzt worden: Danach überträgt das Familiengericht "dem Vater auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge

[25] BGH FamRZ 1999, 1646, 1647; FamRZ 2005, 1167; FamRZ 2008, 592 Rn. 10.
[26] Deutlich zur Pflicht der Eltern, sich um Konsens und Kooperation zu bemühen, OLG Hamm FamRZ 2012, 880 ff.; KG FamRZ 2011, 1659, 1660.
[27] Krit. m.w.N. Staudinger/Coester (2009) § 1672 Rn. 11 ff.

[28] So schon Coester, JZ 1992, 809, 814 l.Sp.; ders., FamRZ 1995, 1245, 1246, 1248.

oder einen Teil der elterlichen Sorge …, soweit eine gemeinsame Sorge nicht in Betracht kommt und zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl am besten entspricht."[29] Diese Übergangsregelung übernimmt der RegE nun nahezu 1:1 in das künftige Recht und transferiert die Vorschrift - gesetzessystematisch vertretbar - als neuen Abs. 2 in § 1671 BGB-E. Das ist der Sache nach zu begrüßen. Allerdings musste § 1671 BGB-E dazu umfirmiert werden: Statt der Beendigung bisher gemeinsamen Sorgerechts regelt die Vorschrift nunmehr, laut Überschrift, die "Übertragung der Alleinsorge bei Getrenntleben der Eltern", also auch den Wechsel von der Alleinsorge der Mutter zur Alleinsorge des Vaters. Der sprachliche Gleichklang der neuen Abs. 1 und 2 suggeriert zwar thematischen Gleichklang, verdeckt aber, dass es sich vom Lebenssachverhalt her um völlig verschiedene Regelungssituationen handelt.[30]

c) Die Änderung gerichtlicher Entscheidungen

aa) Der RegE berührt auch die Vorschrift für Änderungen von familiengerichtlichen Entscheidungen, § 1696 BGB. Trotz ihrer zentralen Bedeutung für gerichtliche Sorge- und Umgangsregelungen[31] steht diese Bestimmung etwas im Schatten der dogmatischen und rechtspolitischen Diskussion. Während § 1696 Abs. 2 BGB die hier nicht interessierenden kindesschutzrechtlichen Eingriffe in das Sorgerecht betrifft, geht es in der Generalklausel des Abs. 1 um gerichtliche Regelungen im Elternkonflikt. Die hohe materiellrechtliche Änderungshürde der Vorschrift ("triftige, das Kindeswohl nachhaltig berührende Gründe")[32] geht auf zwei Grundgedanken zurück:
(1) Die Stabilität der einmal durch Gerichtsentscheidung geordneten Sorge- und Umgangsverhältnisse soll nicht durch ständiges "Krisenmanagement" staatlicher Instanzen infrage gestellt werden;
(2) zu leichte Änderungsmöglichkeiten würden den Kontinuitäts- und Stabilitätsinteressen des heranwachsenden Kindes zuwiderlaufen.[33]
Die pauschale Änderungshürde des § 1696 Abs. 1 BGB verdeckt jedoch, dass das Anwendungsfeld und damit die Regelungsfragen zu heterogen sind, als dass

[29] BVerfG FamRZ 2010, 1403, 1410 Rn 76.
[30] Man hätte auch - und vielleicht sogar vorrangig - an § 1626 a BGB denken können: Dort geht es um die anfängliche Ordnung der Sorgerechtsverhältnisse für Kinder, deren Eltern nicht miteinander verheiratet sind. Die nur subsidiäre Alleinsorge der Mutter weicht dort u.U. der gemeinsamen Elternsorge; das gleiche gilt gegebenenfalls aber auch im Verhältnis zur Alleinsorge des Vaters.
[31] Zur Normentwicklung Holzner, Die Änderung von Sorgerechtsentscheidungen gemäß § 1696 Abs. 1 BGB (2004) S.27 f.,162 f.
[32] Ins Gesetz aufgenommen erst durch das KindRG 1998 in Anlehnung an die st. Rspr. des BGH, vgl. NJW-RR 1986, 1130, 1131 m.w.N.; zuvor bestand die Änderungsmöglichkeit "jederzeit"; zu den Vorgängerregelungen s. Staudinger/Coester (2006) § 1696 Rn. 6.
[33] Ausführlich Staudinger/Coester (2006) § 1696 Rn. 43 ff.

sie mit einer einheitlichen Formel zu erfassen wären. Um dies zu verdeutlichen, genügt der Hinweis auf die situationsbedingt unterschiedliche Anpassungsbedürftigkeit von Sorge- und Umgangsentscheidungen.[34] Der RegE hat dies für einen Teilaspekt erkannt und darauf reagiert: Ist das gemeinsame Sorgerecht der Eltern nicht durch Heirat oder Sorgeerklärungen, sondern erst durch Gerichtsentscheidung auf Antrag eines von ihnen gem. § 1626 a Abs. 1 Nr. 3 mit Abs. 2 BGB-E zu Stande gekommen, so wird eine gerichtliche Änderung wiederum in alleiniges Sorgerecht eines Elternteils nicht dem Änderungsstandard des § 1696 Abs. 1 BGB unterworfen, sondern dem - niedrigeren - Standard des § 1671 Abs. 1 BGB-E: Es wird also nicht nach triftigen Gründen, sondern – wenn sich die Eltern nicht einig sind- nur danach gefragt, ob die begehrte Änderung "dem Kindeswohl am besten entspricht" (§ 1671 Abs.1 Nr.2 BGB-E). Sind sich die Eltern einig, *muss* das Gericht ihrem Antrag sogar stattgeben (§ 1671 Abs.1 Nr.1 BGB-E). Für den Weg *aus* dem gemeinsamen Sorgerecht soll es also nicht darauf ankommen, *wie* dieses Sorgerecht zuvor entstanden ist - kraft Gesetzes, kraft Sorgeerklärungen oder kraft Gerichtsentscheidung. Der Verweis auf § 1671 BGB im künftigen § 1696 Abs. 1 S. 2 BGB-E ist für die Praxis hilfreich, lässt aber nicht erkennen, dass es sich insoweit -bei richtigem Normverständnis- nur um eine Klarstellung, nicht aber eine Veränderung der sonst geltenden Rechtslage handelt: In § 1671 BGB geltender sowie künftiger Fassung wird nicht danach unterschieden, *worauf* die bisherige gemeinsame Sorge beruht (Gesetz, Sorgeerklärungen oder Gerichtsentscheidung). Also fällt auch die in § 1696 Abs. 1 S. 2 BGB-E geregelte Situation, nämlich das gemeinsame Sorgerecht der Eltern kraft Gerichtentscheidung, ohne weiteres unter § 1671 Abs. 1 BGB-E - die neue Vorschrift bestätigt dies nur. Sinnvollerweise sollte man aber auch darüber hinaus im Gesetz klarstellen, was schon jetzt verbreiteter Auffassung entspricht: Für die Änderung von gerichtlichen Entscheidungen, mit denen gemeinsames Sorgerecht der Eltern angeordnet worden war (insb.§§ 1626 Abs. 1 Nr. 3 mit Abs. 2 BGB-E; 1696 BGB) gelten *generell* die Maßstäbe des § 1671 BGB als lex specialis und von vornherein nicht der Maßstab des § 1696 BGB.[35]

bb) Eine weitere Ausnahme vom Änderungsmaßstab des § 1696 Abs. 1 BGB sieht jetzt der RegE (im Gegensatz zum RefE vom 28.3.2012) für den Fall vor, dass ein allein sorgeberechtigter Elternteil aus tatsächlichen oder rechtlichen

[34] Zur Änderung von Umgangsentscheidungen Schwab/Motzer (5. Aufl. 2004) Rn. 288 (keine hohen Anforderungen); Holzner (Fn. 30) S. 92 f.
[35] Vgl. OLG Hamm FamRZ 2007, 757; Staudinger/Coester (2009) § 1671 Rn. 27 ff.; (2006) § 1696 Rn. 16 jeweils m.w.N.

Gründen ausfällt. Das geltende Recht sieht hier nur eine Sonderregelung für die kraft Gesetzes (§ 1626 a Abs. 2 BGB) allein sorgeberechtigte Mutter vor; für alle Fälle eines kraft Gerichtsentscheidung allein sorgeberechtigten Elternteils wird damit implizit auf § 1696 Abs. 1 BGB verwiesen. Warum aber bei Ausfall eines allein sorgeberechtigten Elternteils die Sorgeübertragung auf den anderen Elternteil nur bei "triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen" zulässig sein soll, bleibt im Dunkeln - dieser Maßstab ist evident verfassungswidrig.[36] Der RegE repariert diesen Fehler nunmehr zumindest partiell: War nach § 1678 Abs. 2 BGB-E der ausgefallene Elternteil kraft Gesetzes (also die Mutter gem. § 1626 a Abs. 3 BGB-E) oder kraft Gerichtsentscheidung gemäß § 1671 BGB-E allein sorgeberechtigt, ist das Sorgerecht *regelmäßig* auf den anderen Elternteil zu übertragen, "wenn dies dem Wohl des Kindes nicht widerspricht".[37] Warum diese Regelung nicht übergreifend für *alle* Fälle gelten soll, in denen ein kraft Gerichtsentscheidung (etwa auch einer Vorentscheidung nach § 1696 BGB oder kraft ausländischen Rechts) sorgeberechtigter Elternteil ausfällt, bleibt im Dunkeln und verfassungsrechtlich zweifelhaft.

cc) Damit ist die Reformnotwendigkeit bei § 1696 Abs. 1 BGB aber noch nicht erschöpft. Im Normtext mit seiner einheitlichen Änderungsschwelle finden zwei Gesichtspunkte keine Erwähnung, die im gesetzlichen Sorgerecht sonst eine zentrale Rolle spielen: der *Elternkonsens* zu Gunsten einer bestimmten Neuregelung (vgl. § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB bzw. § 1671 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB-E.; s. auch §§ 156 Abs. 1, 2; 165 Abs. 4 FamFG) sowie die *Sorgegemeinsamkeit* beider Eltern als Änderungsziel oder auch als "Leitbild", wie es der RegE postuliert.[38] Beruht eine begehrte Änderung *in* gemeinsames Sorgerecht auf gemeinsamem Elternvorschlag, treffen beide vorgenannten Gesichtspunkte kumulativ zusammen. Muss bzw. darf bei einem gemeinsamen Antrag auf Wiederherstellung des gemeinsamen Sorgerechts das Familiengericht wirklich prüfen, ob hierfür "triftige, das Kindeswohl nachhaltig berührende Gründe" vorliegen?

Zur Illustration nur ein Fallbeispiel: Der nichteheliche Vater ist kraft Gerichtsentscheidung gemäß § 1626 a Abs. 2 BGB-E in das gemeinsame Sorgerecht mit der Mutter eingerückt. Begehren jetzt beide Eltern oder nur einer von ihnen alleiniges Sorgerecht, so soll nach § 1696 Abs. 1 S. 2 BGB-E nicht § 1696 Abs. 1 S. 1 BGB ("triftige Gründe"), sondern § 1671 Abs. 1 BGB-E den Maßstab geben: also

[36] Für verfassungskonforme Auslegung der Änderungshürde in diesen Fällen Staudinger/Coester (2009) § 1678 Rn. 14 ff, 35 ff; Bamberger/Roth/Veit § 1678 Rn. 7. Zur gleichgelagerten Problematik in § 1680 BGB s. BVerfG FamRZ 2006, 385, 386 m.zust.Anm. Luthin; FamRZ 2008, 2185 Rn. 17, 21).
[37] RegE S. 6, 29.
[38] S. oben bei Fn. 24.

Anordnung alleinigen Sorgerechts eines Elternteils durch das Gericht, wenn
- die Eltern dies übereinstimmend beantragen, oder
- dies dem Kindeswohl "am besten entspricht".
Begehren jedoch die Eltern später übereinstimmend die Wiederanordnung gemeinsamen Sorgerechts, so sind hierfür nun gemäß § 1696 Abs. 1 S. 1 BGB-E "triftige, das Kindeswohl nachhaltig berührende Gründe" erforderlich!

Die Nichtberücksichtigung elterlicher Einigkeit bzw. des Änderungsziels "gemeinsames Sorgerecht" als Sonderfall ist nicht nur eine dogmatische Unstimmigkeit im gesetzlichen Sorgerechtsystem, sondern bedeutet die Nichtberücksichtigung verfassungsrechtlich erheblicher Entscheidungsgesichtspunkte. Man mag das für unschädlich halten, weil die Familiengerichte elterliche Einigkeit und/oder die beantragte Sorgegemeinsamkeit in aller Regel als "triftige, das Kindeswohl nachhaltig berührende Gründe" einstufen werden. Es bleiben aber dennoch ein im Gesetz falsch formuliertes, viel zu weitgehendes Ermittlungsziel und damit eine nicht gerechtfertigte Intervention in die Familienautonomie.
Zur Abhilfe hat die Kinderrechtekommission des DFGT konkrete Verbesserungsvorschläge schon früher zum RefE unterbreitet,[39] die hoffentlich in der endgültigen Gesetzesfassung doch noch ihren Niederschlag finden werden. Andernfalls könnte man dem künftigen Reformgesetz attestieren, was im Kaufrecht ein fester Begriff ist: "anfängliche Mängel".

3. Das vereinfachte Verfahren

Beantragt ein Elternteil,[40] dass das Familiengericht statt der gesetzlichen Originärsorge der Mutter (§ 1626 a Abs. 3 BGB-E) das Sorgerecht den Eltern gemeinsam überträgt, so werden die richterlichen Sachverhaltsermittlungen und die Entscheidungsfrage nicht nur materiellrechtlich auf eine negative Kontrolle verengt. Vielmehr will der RegE den Weg ins gemeinsame Sorgerecht auch durch ein *vereinfachtes Verfahren* erleichtern.[41] Ein neuer § 155 a FamFG als verfahrensrechtliche Ausgestaltung des gerichtlichen Sorgerechtsverfahrens nach § 1626 a Abs. 2 BGB-E erstreckt in seinem Abs. 2 das Beschleunigungsgebot des § 155 Abs. 1 S. 1 FamFG generell auf dieses Verfahren - also auch dann, wenn weder Aufenthaltswechsel noch

[39] ZKJ 2012, 263, 265 f.
[40] Dies kann auch die Mutter sein; vgl. BVerfG FamRZ 2010, 1403 Rn.69; dementsprechend § 1626 a Abs.2 S.1 BGB-E: Antrag „eines Elternteils“ und RegE S.15 („auch die Mutter“).
[41] Kritische Darstellung auf der Basis des RefE vom 28.3.2012 bei Keuter, FamRZ 2012, 825, 826 f.; der RegE vom 4.7.2012 hat § 155 a FamFG-E nicht im Grundansatz, aber in zahlreichen Details geändert und ergänzt.

Kindeswohlgefährdung infrage stehen. Der Beschleunigungseffekt wird allerdings dadurch beeinträchtigt, dass der Mutter als Antragsgegnerin für ihre Stellungnahme zum Antrag des Vaters eine "Schonfrist" von 6 Wochen nach der Geburt eingeräumt wird (§ 155 a Abs. 2 S. 2 FamFG-E). Für den weiteren Verfahrensablauf ist zu unterscheiden, ob die Mutter kindeswohlrelevante Gründe gegen das gemeinsame Sorgerecht vorbringt oder nicht:
Werden solche Gründe nicht vorgetragen und sind dem Gericht auch sonst nicht bekannt, entscheidet dieses "im schriftlichen Verfahren ohne Anhörung des Jugendamtes und ohne persönliche Anhörung der Eltern" (§ 155 a Abs. 3 S. 1 FamFG-E).[42] Das Jugendamt kann auch nicht gemäß § 162 FamFG seine Beteiligung beantragen (§ 155 a Abs. 3 S. 2 FamFG-E); es bekommt allenfalls eine formlose Mitteilung des Gerichts von der getroffenen Entscheidung. Der grundsätzlich umfassende Ermittlungsgrundsatz (§ 26 FamFG) wird also erheblich eingeschränkt. Um dies zu rechtfertigen, unterlegt schon § 1626a Abs.2 S.2 BGB-E der gerichtlichen Entscheidung die *materiellrechtliche Vermutung,* "dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht."
Diese radikale Verfahrens- und Entscheidungsvereinfachung gilt naturgemäß nicht, wenn dem Gericht "durch den Vortrag der Beteiligten oder auf sonstige Weise Gründe bekannt (werden), die der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen können" (§ 155 a Abs. 4 FamFG-E; § 1626 a Abs. 2 S. 2 BGB-E). In diesem Fall findet ein reguläres, aber beschleunigtes Kindschaftsverfahren statt. Der frühe Termin gemäß § 155 Abs. 2 FamFG soll spätestens einen Monat nach Bekanntwerden der kindeswohlrelevanten Gründe gegen ein gemeinsames Sorgerecht stattfinden, aber nicht vor Ablauf der nachgeburtlichen 6-wöchigen Schonfrist für die Mutter (§ 155 a Abs. 4 FamFG-E).

Was ist von diesem Verfahrenskonzept zu halten?

Die bisher bekannt gewordenen Stellungnahmen der Fachverbände zum RegE unterscheiden sich im Grundansatz und in Einzelheiten zwar erheblich; bemerkenswerterweise wird § 155 a FamFG-E aber überwiegend kritisiert und verworfen.[43] Die Kritik sei hier nur stichwortartig aufgelistet; genannt werden insbesondere
(1) die *Nichtausnutzung des Beratungspotenzials des Jugendamtes* im Vorfeld

[42] Richtervorbehalt, § 14 Abs.1 Nr.3 RPflG-E (RegE Art.3).
[43] So auch KIRK (oben Fn.12) ZKJ 2012, 263 ff.; Keuter, FamRZ 2012, 825, 827; DeutscherAnwaltVerein, Stellungnahme Nr. 30/2012; Nr.45/2012 zu 6.1.

des Gerichtsverfahrens sowie (im Rahmen des Verfahrens) seiner möglichen Kenntnis der Familienverhältnisse und seiner fachlichen Kompetenzen;[44]
(2) der *Verzicht auf die persönliche Anhörung der Eltern*, die nicht nur wesentlicher Teil der Sachverhaltsaufklärung wäre, sondern auch Ausprägung der Elternrechte aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG.[45] Auch das sonst so betonte richterliche "Hinwirken auf Einvernehmen" (§ 156 FamFG) kann mangels Anhörung nicht stattfinden.[46] Die Obliegenheit der Mütter, ihre Einwände schriftlich zu formulieren und zwischen Kindes- und Partnerebene zu differenzieren, überfordert nach mancher Auffassung zudem viele von ihnen situationsbedingt oder auch in ihrer generellen Kompetenz zu schriftlichem Ausdruck insbesondere gegenüber Behörden.[47] Schon im Vorfeld werde eine nicht zu unterschätzende Zahl von Frauen das Gerichtsschreiben in seiner Bedeutung nicht erfassen oder aus allgemeiner Behördenscheu nicht schriftlich reagieren.
(3) Der angestrebte *Vereinfachungs- und Beschleunigungseffekt* des § 155 a FamFG-E wird *nur selten zu realisieren* sein. Schon die 6-wöchige Äußerungsfrist für die Mutter nach Geburt[48] bedeutet Zeitverlust für den mitsorgewilligen Vater. Desweiteren wird es für viele Mütter ein leichtes sein, kindeswohlbezogene Einwände zu äußern - damit geht das vereinfachte Verfahren ohne weiteres in ein normales Kindschaftsverfahren über. Und was sind "kindeswohlbezogene" Einwände? Der RegE bemüht sich abzugrenzen, welche Einwände als kindeswohlbezogen zu gelten haben und welche nicht.[49] Rechtsstreite darüber und damit auch Zeitverlust erscheinen dennoch vorprogrammiert – der Jurist kann sich schon auf umfangreiche Kasuistik zu dieser Frage freuen.[50] Aber selbst wenn dieses nicht der Fall ist oder die Mutter sich gar nicht äußert, bleibt auch im vereinfachten Verfahren die *persönliche Anhörung des (mindestens dreijährigen) Kindes* gemäß § 159 FamFG *obligatorisch*.[51] Dies kostet nicht nur wieder Zeit,[52] sondern wirft zusätzliche Probleme auf: Das Kind wird doch in aller Regel von der (persönlich nicht anzuhörenden) Mutter begleitet werden müssen - darf dann der Vater im

[44] Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer Nr. 23 vom Mai 2012 sowie vom DeutscherAnwaltVerein (Fn.43) zu 6.5.; Keuter a.a.O. S. 826.
[45] Keuter und Bundesrechtsanwaltskammer a.a.O.; KIRK (Fn. 12) ZKJ 2012, 263, 264; Deutscher Verein, Stellungnahme vom 8.5.2012.
[46] § 155 a Abs. 4 S. 2 FamFG-E erklärt § 156 Abs. 1 FamFG nur für "entsprechend" anwendbar, wenn ein reguläres Sorgerechtsverfahren stattfindet.
[47] Deutscher Verein a.a.O.
[48] Manche fordern sogar acht Wochen, so Stellungnahme Bundesrechtsanwaltskammer a.a.O.; auch der DeutscheAnwaltVerein (Fn. 43) fordert längere Fristen.
[49] RegE S. 23, 24.
[50] Ausführlich Keuter, FamRZ 2012, 825, 826 f.
[51] RegE S.33. Das neue Recht soll einschränkungslos auch Altfälle (und damit auch ältere Kinder) erfassen.
[52] Stellungnahme 12-4 des Deutschen Juristinnenbundes vom 18.5.2012; KIRK (Fn.12) ZKJ 2012, 263, 264.

Interesse der Chancengleichheit auch zum Gerichtstermin erscheinen?
(4) Schließlich ist auch Unsicherheit darüber vorprogrammiert, ob dem Kind gemäß § 158 Abs. 2 Nr. 1 FamFG ein *Verfahrensbeistand* bestellt werden muss - schließlich stehen möglicherweise seine Interessen und die seiner Mutter, die sich gegen das gemeinsame Sorgerecht wehrt, in einem "erheblichen Gegensatz".[53]

Schon diese geraffte Übersicht über einzelne Kritikpunkte am Konzept des § 155 a FamFG-E zeigt, dass der RegE hier nicht den Königsweg gefunden hat zwischen einem kontrollfreien Sorgerechtserwerb des nichtehelichen Vaters kraft Gesetzes und einem kontrollierten Zugang kraft Gerichtsentscheidung. Mit einer solchen Entscheidung übernimmt der Staat normalerweise die volle Wächterverantwortung gem. Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG gegenüber Kind und Eltern. Werden aus Beschleunigungsgründen die Eltern nicht persönlich angehört und der Sachverhalt nur kursorisch geprüft, so wird der Staat seiner grundsätzlich reklamierten Verantwortung für den Einzelfall jedoch nicht gerecht, er übernimmt in Wahrheit nur eine prima-facie-Verantwortung. Das Verfahren ist der Sache nach als Mittelweg zwischen gerichtlicher Registrierung und verantwortlicher gerichtlicher Sachentscheidung konzipiert.[54] Um sich den Vorteilen einer gesetzlichen Regelzuweisung der gemeinsamen Sorge anzunähern, werden jedoch wesentliche Qualitäten und Garantien der gerichtlichen Einzelfallprüfung aufgegeben. Hinzu kommt die Ineffizienz des Verfahrens nach § 155 a FamFG-E, was den angestrebten Beschleunigungseffekt betrifft. Insgesamt wird deutlich, dass der vermeintliche Königsweg ein Holzweg ist, den der Gesetzgeber besser nicht weiterverfolgen sollte. Zwischen gemeinsamem Sorgerecht *ex lege* oder kraft konstitutiver, vollwertiger Gerichtsentscheidung wird klar entschieden werden müssen – *tertium non datur*.

IV. Das bessere Modell

Das in Deutschland nach wie vor verbreitete Misstrauen gegen eine sorgerechtliche Einbindung des nichtehelichen Vaters scheint noch eine Auswirkung des traditionellen Bildes vom nichtehelichen Erzeuger als familienfremder und verantwortungsscheuer Person. Dass die

[53] Keuter, FamRZ 2012, 825, 827; für Bestellung eines Verfahrensbeistands auch DeutscherAnwaltVerein (F.43) zu 6.5.
[54] Der RegE (S. 15) spricht von einer "ausgewogene(n) Lösung, die dem Kindeswohl am besten Rechnung trägt".

Lebenswirklichkeit heute vielfach anders aussieht, weiß zwar jeder - "gefühlt" leben die grundsätzlichen Vorbehalte aber weiter. Das Problem für eine angemessene Sorgerechtsregelung liegt in der Heterogenität, in der enormen Spannbreite der tatsächlichen Verhältnisse - sie reichen vom Vergewaltiger über den interesselosen Partner eines one-night-stand, den Ex-Partner mit bleibendem Interesse an seinem Kind bis hin zum liebevollen, engagierten Vater, der mit Kind und Mutter in stabiler Lebensgemeinschaft lebt. Eine einheitliche Formel für all diese Lebenssachverhalte erscheint schon vom Ansatz her problematisch; ein Korrekturvorbehalt in der einen oder anderen Richtung ist jedenfalls unvermeidlich. Dabei lässt sich die Kernfrage einer Sorgerechtsreform auf die nach dem *Ausgangspunkt* des künftigen Systems reduzieren: Alleinsorge der Mutter mit positiver Selektion geeigneter Väter als Mitsorgeberechtigter, oder grundsätzlich gemeinsame Sorgeverantwortung beider Eltern mit einzelfallbezogener Aussonderung ungeeigneter Elternteile.
Man kann nicht nachdrücklich genug betonen, dass die Entscheidung für den einen oder anderen Grundansatz nicht eine solche des freien gesetzgeberischen Ermessens, gewissermaßen eines „social engineering" ist, sondern klare *verfassungsrechtliche Vorgaben* zu beachten hat. Diese seien noch einmal in Erinnerung gerufen und betont:
- Das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG steht unterschiedslos allen Müttern und Vätern zu;
- dieses Elternrecht ist ein "Pflichtrecht", eine rechtliche Verantwortungsposition für das Kind, die grundsätzlich unverzichtbar ist;[55]
- die elterliche Verantwortung für das Kind spiegelt sich in einem - ebenfalls in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG wurzelnden - Anspruch des Kindes gegen die Eltern auf Wahrnehmung dieser Verantwortung und in einem Anspruch des Kindes gegen den Staat, diese elterliche Verantwortungswahrnehmung zu ermöglichen und zu regeln;
- einfachrechtliche Einschränkungen oder Modifizierungen dieses Verantwortungsmodells sind allein aus Gründen des Kindeswohls legitimierbar.

Es bedarf also eines näheren und unvoreingenommenen Blicks auf diesen entscheidenden Gesichtspunkt: das Kindeswohl. Eine generelle familienrechtliche Zurücksetzung der Väter mit Zulassungsvorbehalt wäre im Grundansatz demnach gerechtfertigt, wenn die Mehrheit der nichtehelichen

[55] BVerfGE 24, 119, 144; vMünch/Kunig/Coester-Waltjen, GG Art.6 Rn.83. In unaufgelöstem Widerspruch hierzu geht das BVerfG in seiner Entscheidung vom 21.7.2010 (FamRZ 2010, 1403) davon aus, die Mutter sei zwar zur Verantwortungsübernahme verpflichtet, der Vater habe aber die Wahl, ob er Verantwortung übernehmen wolle (Rn. 66).

Väter sorgeungeeignet wäre. Dies lässt sich nach dem heutigen Erkenntnisstand aber nicht mehr belegen:

- Schon 2008 waren knapp 51 % der nichtehelichen Väter *kraft Sorgeerklärung* sorgeberechtigt;[56] die Tendenz war bisher steigend.
- Hinzuzurechnen sind

  die kraft *späterer Heirat* sorgeberechtigten Väter,

  die sorgewilligen und -geeigneten, aber von der Mutter *abgeblockten Väter*,

  die von vornherein *resignierenden Väter*,

  die *Väter in "rechtsfernen", aber harmonischen faktischen Familien*.

Insgesamt wird man davon ausgehen können, dass von allen nichtehelichen Vätern mindestens 70 % grundsätzlich sorgegeeignet sind. Bei dieser rechtstatsächlichen Ausgangslage verbietet es sich aber, zunächst *alle* Väter von der elterlichen Sorge fernzuhalten und dann doch im Ergebnis 70 % von ihnen wieder zuzulassen. Das Gesetz muss das tatsächliche Regel-/Ausnahmeverhältnis widerspiegeln.[57]

Natürlich wäre es in den Fällen sorgeungeeigneter Väter für Kind und Mutter schonender, wenn der Vater gar nicht erst in das Mitsorgerecht eintreten würde. Auf der anderen Seite vermittelt das bisherige Fallmaterial zur Übergangsregelung des BVerfG den Eindruck, dass so mancher Elternkonflikt vor allem von Müttern ausgelöst wird, die eine Mitsorge des Vaters abwehren wollen. Bei grundsätzlich gemeinsamer Sorge kraft Gesetzes dürften sich diese strategisch motivierten Konflikte deutlich reduzieren- zum Wohle von Kind und Eltern.

Im Hinblick auf das Kindeswohl ist zudem zu beachten, dass *Umgangsrecht und Umgangspflicht* ohnehin allen Väter ohne weiteres zustehen. Dies sowie der verfassungsrechtliche Anspruch des Kindes auf Verantwortungswahrnehmung grundsätzlich durch beide Eltern beruht auf der bereits zitierten Einschätzung des Verfassungsgebers, wonach dem Kindeswohl in der Regel durch die gemeinsame Sorge beider Eltern am besten gedient ist. Von daher bietet es sich zwanglos an, auch familienrechtlich vom grundsätzlich gemeinsamen elterlichen Sorgerecht auszugehen und jegliche Korrektur dem Verfahren nach § 1671 BGB zu überlassen. Zum Regelungsspektrum dieser Vorschrift gehörte dann ohne weiteres auch der Übergang zur Alleinsorge des Vaters - einer Sondervorschrift wie § 1672 BGB oder § 1671 Abs. 2 BGB im RegE bedürfte es dann nicht mehr. Wenn man jedoch an der Primärsorge der Mutter festhalten wollte, dann wäre dem RegE ein Modell vorzuziehen, das nach *einseitiger Sorgeerklärung* des

[56] BVerfG FamRZ 2010,1403 Rn.24.
[57] Zu Zulässigkeit und Grenzen gesetzlicher Typisierungen vgl. Coester, FPR 2005, 60, 61 m.w.N.

rechtlichen festgestellten Vaters das gemeinsame Sorgerecht automatisch eintreten lässt (immerhin hätte dann einer "positive Selbstauslese" der Väter stattgefunden).[58] Alle weiteren Korrekturen könnten dann zwanglos und fristunabhängig wiederum nach § 1671 BGB im normalen, möglicherweise aber auch im beschleunigten Kindschaftsverfahren durchgeführt werden. Bei evidenter Ungeeignetheit eines Elternteils oder elterlicher Kommunikations- und Kooperationsunfähigkeit steht auch das Instrument einer einstweiligen Anordnung (§ 49 FamFG) zur Verfügung.[59] Eine "Eintrittskontrolle" in die Sorgeverantwortung findet weder bei Müttern noch bei verheirateten Eltern statt. Elementarer Kinderschutz bleibt § 1666 BGB überlassen, Kooperationsprobleme werden gem. § 1671 BGB bewältigt. Ein besonderer Schutzfilter für nichteheliche Väter im Vorfeld von § 1666 BGB bedürfte angesichts der statistischen Zahlen einer fundierteren Begründung, als sie von den Entwurfsverfassern bisher geboten wird.[60]

Mit Blick auf den RegE kann man zusammenfassend sagen: Der Entwurf würde einen weiteren Schritt bedeuten auf dem langen Weg, den das deutsche Recht bezüglich der Sorgerechtsverhältnisse in nichtehelichen Familienverhältnissen schon zurückgelegt hat. Dieser Schritt wäre aber wiederum nur ein kleiner, zögerlicher Zwischenschritt - das neue Recht würde den Keim zu einer erneuten Reformbedürftigkeit in 10 oder 20 Jahren bereits in sich tragen.[61] Das "Hinterherhinken" des deutschen Rechts in diesem Bereich, das - in Anlehnung an viele rechtsvergleichende Befunde[62] - die Bundesjustizministerin schon vor vielen Jahren konstatiert hatte, bliebe uns erhalten. Befriedigend ist das nicht. Wir müssen zwar nicht überall die Besten sein, aber wenn dann eine halbherzige Kompromisslösung noch daherkommt mit bürgerferner Bürokratisierung des Verfahrens einerseits und einer Preisgabe wesentlicher Prinzipien eines kindeswohlorientierten Gerichtsverfahrens andererseits, dann gewinnt meines Erachtens die Forderung nach einem unkomplizierten, Verfassungsrecht und Kindeswohl gerecht werdenden und auch zukunftsträchtigen Sorgerechtsmodell nahezu zwingendes Gewicht.[63]

---

[58] So der Vorschlag der KIRK des DFGT (Fußn. 12), ZKJ 2011, 130, 131.
[59] Vgl. MünchKomm/Hennemann (6. Aufl. 2012) § 1671 Rn. 159 ff.
[60] Ähnlich Muscheler, FS Frank (2010) S.463 ff; DeutscherAnwaltVerein (Fn.43) S.3 ff; nachdrücklich gegenteiliger Auffassung die Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbundes (StN 12-4 vom 18.5.2012).
[61] Die - wenngleich unverbindlichen - "Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibility"(PEFL) sehen gemeinsames Sorgerecht ex lege auch für nichteheliche Eltern vor (Principle 3: 8), Boele-Woelki u.a. (Hrsg.) S.59; dazu Pintens, FS Frank (2010) 473 ff.
[62] In neuerer Zeit BVerfG FamRZ 2010,1403 Rn. 23; Pirrung, ZEuP 2011, 912, 917; zum englischen Recht Scherpe, RabelsZ 73 (2009) 935, 938 ff.
[63] Der RegE ordnet eine Evaluierung der neuen sorgerechtlichen Bestimmungen 5 Jahre nach Inkrafttreten an (Art. 6) - dies erinnert an die Beobachtungspflicht, die das BVerfG in seiner Entscheidung vom 29.1.2003 dem Gesetzgeber auferlegt hat (FamRZ 2003, 285, 291 l.Sp.) und ist hier wie dort Ausdruck von Unsicherheit über

VI. Desiderata

Das klingt schon fast wie ein Schlusswort, aber es soll doch noch kurz auf einige übergreifende Reformvorschläge hingewiesen werden, die bisher noch nicht erkennbar beachtet worden sind. Drei Aspekte sollten zumindest noch einmal erwogen werden:

1. Gestaltungsfreiheit der Eltern bei der Sorgeerklärung

Ein bisher - sowohl im RegE wie in der vorangehenden Diskussion - unbeachtetes Teilproblem zu § 1626a BGB soll hier nachdrücklich hervorgehoben und dem Gesetzgeber ans Herz gelegt werden: Es betrifft den *Inhalt elterlicher Sorgeerklärungen*. Nach § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 bisherigen und künftigen Rechts könne die nichtehelichen Eltern nur "erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen". Nach ganz überwiegender Auffassung können sich diese Erklärungen nur auf die elterliche Sorge *insgesamt* beziehen, nicht aber auf Teilbereiche.[64] Neben vereinzelten Gegenstimmen[65] plädieren aber auch viele Vertreter der herrschenden Meinung *de lege ferenda* für eine Gesetzesänderung.[66] Die herrschende Interpretation ist schon bisher nur schwer begründbar angesichts des Umstands, dass die Eltern ohne weiteres gerichtliche Sorgerechtsregelungen für nur einen Teil des Sorgerechts beantragen (§ 1671 Abs. 1 BGB) und die Gerichte auch ohne Antrag entsprechend entscheiden können (§ 1696 Abs. 1 BGB). Bei übereinstimmendem Elternantrag können die Eltern gem. § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB das Familiengericht sogar zwingen, die bisher gemeinsame elterliche Sorge aufzuteilen. Schließlich soll nach dem RegE § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB-E, betreffend die beiderseitigen Sorgeerklärungen der Eltern, zwar unverändert fortbestehen; nach Abs. 2 soll aber jeder Elternteil beantragen können, "die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge beiden Eltern gemeinsam zu übertragen". Wenn die Eltern aber die Übertragung eines Teils des Sorgerechts auf beide gemeinsam durch Gerichtsentscheidung beantragen können, warum soll ihre autonome Gestaltungskompetenz durch Sorgeerklärungen diese Variante nicht umfassen? Solche Differenzierung wäre nicht nur widersinnig, sondern verfassungsrechtlich höchst zweifelhaft. Das neue Gesetz sollte deshalb in § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 unbedingt eine

---

die eigene Entscheidung.
[64] BGH NJW 2008, 662 Rn. 34; MünchKomm/Huber § 1626 a Rn. 6 m.w.N.
[65] So zuerst Zimmermann, DNotZ 1998, 404, 419; vgl. weiter Staudinger/Coester (2007) § 1626 a Rn. 59 f.
[66] Lipp FamRZ 1998, 65, 72; Stellungnahme des DFGT zum KindRG, FamRZ 1997, 337, 338.

entsprechende Klarstellung aufnehmen.

2. „Elterliche Verantwortung" statt „elterliche Sorge“

Es sollte, entsprechend dem verfassungsgerichtlichen Sprachgebrauch und dem in zahlreichen anderen Rechtsordnungen, auch auf familienrechtlicher Ebene besser von "*elterlicher Verantwortung*" statt von "elterliche Sorge" gesprochen werden. Dieser Begriff brächte die Komplexität, die Pflichtgebundenheit, aber auch die Dignität der elterlichen Rechtsstellung gegenüber ihrem Kind besser zum Ausdruck.[67]

3. Nicht Rechts-, sondern nur Ausübungsbeschränkung

Soweit das Kindeswohl Beschränkungen der Rechtsstellung eines Elternteils erfordert, sollten diese nicht auf der Ebene der Rechtsinhaberschaft, sondern - eine Stufe tiefer – nur auf der Ebene der *Ausübungsbefugnis* erfolgen.[68] Dies schont den betroffenen Elternteil, der sich nicht "entrechtet" fühlen muss, und fördert damit seine Bereitschaft, seine im Übrigen fortbestehende Elternstellung gegenüber dem Kind ernst zu nehmen (Umgang, Unterhalt) . Rücksichtnahme des Rechts auf psychologische Effekte kennen wir spätestens seit Inkrafttreten des Betreuungsrechts, und Regelungen nur auf der Ausübungsebene sind nicht nur im Ausland, sondern auch im geltenden deutschen Recht schon bekannt (§ 1678 Abs. 1 BGB).

[67] So auch Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 3 vom Mai 2012, S. 3.
[68] Dazu schon Coester, NJW 2010,482, 484; Scherpe, RabelsZ 73 (2009) 935, 959.