

# Die Regelung der elterlichen Sorge nach § 1626a BGB unter Berücksichtigung höchstgerichtlicher Rechtsprechung

Von Rechtsanwalt **Thomas Kreuz**, Rechtsanwältin Dr. **Corinna Jürschik**, Stuttgart\*

Mit der Entscheidung des BVerfG vom 21.7.2010<sup>1</sup>, die sich als Reaktion auf das Kammerurteil des EGMR vom 3.12.2009<sup>2</sup> in der Sache *Zaunegger vs. Deutschland* darstellt, wurde die bis dahin bestehende Sorgerechtsregelung unverheirateter Eltern für verfassungswidrig erklärt. Eine Entscheidung, die insbesondere in der Rechtsliteratur, aber auch in den Medien, für Aufsehen gesorgt hat und gleichzeitig einen Meilenstein für die Rechte unverheirateter Väter darstellt. Zu Recht wirft die Literatur die Frage auf, ob es sich dabei um „das Ende eines Irrwegs“ handelt.<sup>3</sup>

Die deutsche Regelung der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern spiegelte lange Zeit ein überkommenes Rollenbild wider und vernachlässigte den zunehmenden Wunsch nicht verheirateter Väter, Verantwortung für ihr Kind zu übernehmen. Hierbei nahm die Bedeutung dieses Regelungsbereiches durch den Anstieg nicht in einer Ehe geborener Kinder kontinuierlich zu: Die Anzahl der nicht in der Ehe geborenen Kinder hat sich in den letzten zwanzig Jahren verdoppelt.<sup>4</sup> Nicht eheliche Kinder stellen heute keine gesellschaftliche Randgruppe, sondern mit annähernd  $\frac{2}{3}$  der geborenen Kinder in Ostdeutschland<sup>5</sup> eher die Regel dar. Bis zur Entscheidung des BVerfG vom 21.7.2010<sup>6</sup> bestand für unverheiratete Väter jedoch praktisch keine Möglichkeit – jenseits des Wohlwollens der Kindesmutter – das Sorgerecht für ihr Kind alleine oder gemeinsam mit der Mutter zu erhalten.

Dies gibt Anlass die Entwicklung der deutschen Gesetzeslage zu § 1626a BGB sowie dessen prozessualer Ergänzung durch § 155a FamFG darzustellen (I.). Im Anschluss wird der deutschen Rechtslage cursorisch die korrespondierende Rechtslage Frankreichs gegenübergestellt, welche die gemeinsame Sorge der unverheirateten Eltern kraft Gesetz vorsieht (II.). Der Darstellung folgt eine rechtsvergleichende Analyse (III.), um schließlich zu erörtern, ob die deutsche Neuregelung den Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung genügt, oder ob es sich um eine Fortsetzung des deutschen Irrwegs handelt (IV.).

## I. Die Gesetzeslage in Deutschland

Die Gesetzes- und Rechtslage in Deutschland hat sich bezogen auf die elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern in den letzten Jahren stark verändert und soll daher chronologisch erläutert werden. Die Darstellung beschränkt sich auf den Regelungsgehalt des § 1626a BGB sowie dessen verfahrensrechtlicher Umsetzung und nimmt zu sonstigen mit

dem Kindschaftsreformgesetz<sup>7</sup> einhergehenden Änderungen nur bei konkretem Bezug Stellung.

### 1. Rechtslage vor dem 21.7.2010

Bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 21.7.2010 sah das deutsche Recht vor, dass das alleinige Sorgerecht eines außerhalb der Ehe geborenen Kindes der Mutter zusteht.<sup>8</sup> Eltern, die nicht miteinander verheiratet waren, erhielten das gemeinsame Sorgerecht nur dann, wenn sie heirateten oder sich übereinstimmend für die gemeinsame Sorge entschieden.<sup>9</sup> Das gemeinsame Sorgerecht war folglich von der Zustimmung der Mutter abhängig („Veto-Recht“).<sup>10</sup>

### 2. Der Weg zu § 1626a n.F. BGB

Nach der gesetzlichen Konzeption des § 1626a a.F. BGB konnte der Kindesvater – ohne Einverständnis der Mutter – nur in engen Ausnahmefällen<sup>11</sup> das Sorgerecht nach gerichtlicher Prüfung erlangen. Im Übrigen stand das Sorgerecht jedoch ausschließlich der Mutter zu.<sup>12</sup> Eine generelle gerichtliche Überprüfung, ob das Kindeswohl dazu führe, dass beiden Eltern das Sorgerecht gemeinsam einzuräumen ist oder dem Vater das Sorgerecht allein übertragen werden sollte, sah das deutsche Recht nicht vor. Eine Ausnahme bildete einzig § 1680 Abs. 3 S. 2 in Verbindung mit § 1666 BGB für den Fall, dass das Kindeswohl durch Versagen der Mutter gefährdet ist. Der Kindesvater hatte somit keine Möglichkeit, allein aufgrund des Kindeswohls die gemeinschaftliche Sorge übertragen zu bekommen. Damit war auch schwer begründbar, dass § 1666 BGB geeignet sei, ein (prinzipielles) Recht des Vaters auf Einräumung des Sorgerechts zu gewähren.<sup>13</sup>

Trotz verfassungsrechtlicher Bedenken gegen dieses „Veto-Recht“ der Mutter<sup>14</sup> hielt der BGH die Regelung lange Zeit für verfassungskonform.<sup>15</sup> So brauchte es mehrere verfassungsrechtliche Entscheidungen, um letztlich § 1626a n.F. BGB auf den Weg zu bringen:

<sup>7</sup> BGBI. I 1997, S. 2942 (berichtigt durch BGBI. I 1998, S. 946).

<sup>8</sup> Vgl. § 1626a Abs. 2 a.F. BGB.

<sup>9</sup> Vgl. § 1626a Abs. 2 a.F. BGB.

<sup>10</sup> *Diederichsen*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 1626a Rn. 1.

<sup>11</sup> In Betracht kamen hierbei: Der Tod der Mutter (§ 1680 Abs. 2 BGB), das dauerhafte Ruhen der mütterlichen elterlichen Sorge (§ 1678 Abs. 2 BGB) oder die Kindeswohlgefährdung durch die elterliche Sorge der Mutter (§§ 1666, 1666a i.V.m. § 1680 Abs. 3, Abs. 2 S. 2 BGB).

<sup>12</sup> *Diederichsen* (Fn. 10), § 1626a Rn. 1.

<sup>13</sup> Vgl. BVerfGE 127, 132 (152 f.) = NJW 2010, 3008 (3011).

<sup>14</sup> Vgl. statt aller: *Schumann*, FamRZ 2000, 389; *Coester*, FamRZ 1995, 1245 (1247 f.); *Lipp*, FamRZ 1998, 65 (70); *Diederichsen*, NJW 1998, 1977 (1983).

<sup>15</sup> BGH NJW 2001, 2472.

\* Die Verf. sind beide Rechtsanwälte in Stuttgart.

<sup>1</sup> BVerfGE 127, 132 = NJW 2010, 3008.

<sup>2</sup> EGMR NJW 2010, 501.

<sup>3</sup> Vgl. *Heilmann*, NJW 2013, 1473.

<sup>4</sup> *Schlünder*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum FamFG, Ed. 10, Stand: 1.10.2013, § 155a Rn. 1.

<sup>5</sup> *Willutzki*, FPR 2013, 236.

<sup>6</sup> BVerfGE NJW 2010, 3008.

## a) Entscheidung des BVerfG vom 29.1.2003

Noch im Jahr 2003 urteilte das BVerfG,<sup>16</sup> dass § 1626a a.F. BGB – von speziellen Altfällen abgesehen – „derzeit“ verfassungskonform sei.<sup>17</sup> Denn die gesetzliche Zuordnung der elterlichen Sorge bezwecke eine sichere Regelung dieser zum Wohle des Kindes. Im Gegensatz zu den Fällen einer Ehe und einer Sorgeerklärung könne bei nicht mit einander verheirateten Eltern nicht pauschal von einem ausreichenden Kooperationswillen der Elternteile ausgegangen werden, der aber für das Kindeswohl unbedingt erforderlich sei. Dem Gesetzgeber wurde jedoch aufgegeben, die Entwicklung zu beobachten und mit dieser Annahme zu vergleichen. Denn sofern sich diese Annahme als unzutreffend herausstellen würde, läge ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 GG vor.<sup>18</sup>

## b) Entscheidung des EGMR vom 3.12.2009

Diese Rechtslage wurde durch die Kammerentscheidung des EGMR vom 3.12.2009 in der Beschwerdesache „Zaunegger gegen Deutschland“ in Frage gestellt.

Nachdem ein in Deutschland lebender Vater („Zaunegger“) eines 1995 nicht in der Ehe geborenen Kindes das gemeinsame Sorgerecht in allen Instanzen deutscher Gerichtsbarkeit<sup>19</sup> und vor dem BVerfG,<sup>20</sup> nicht durchsetzen konnte, erhob er Beschwerde vor dem EGMR. Der EGMR kam zu dem Ergebnis, dass die deutsche Sorgerechtsregelung den Vater eines nichtehelichen Kindes diskriminiere bzw. eine Verletzung von Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) in Verbindung mit Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) vorliege.<sup>21</sup> Denn die deutsche Sorgerechtsregelung verletze die Rechte eines Vaters auf Achtung seines Familienlebens insbesondere dann, wenn eine enge Beziehung zu dem Kind bestehe. Insoweit sei ein solcher Vater wegen seines Geschlechts – im Gegensatz zur sorge-rechtsprivilegierten Mutter – und als unverheirateter Vater – im Vergleich zu geschiedenen oder verheirateten Vätern – nach deutschem Sorgerecht benachteiligt.<sup>22</sup> Die Diskriminierung sei auch nicht durch einen sachlich vernünftigen Grund gerechtfertigt.<sup>23</sup> Insbesondere biete die deutsche Rechtsprechung<sup>24</sup> zu § 1626a BGB keinen sachlichen Grund. Zwar

wurde das Kindeswohls als möglicher Rechtfertigungsgrund anerkannt, gleichwohl aber stellte der EGMR fest, dass nicht ohne Weiteres angenommen werden dürfte, dass eine Mutter, die der gemeinsamen Sorge durch beide Elternteile nicht zustimmt, dafür gewichtige Gründe habe, die von Kindeswohlerwägungen geprägt sind und dass die gemeinsame Sorge gegen den Willen der Mutter immer („prima facie“) dem Kindeswohl zuwiderlaufen würde.<sup>25</sup>

## c) Entscheidung des BVerfG vom 21.7.2010

Die Entscheidung des EGMR führte zu einem Richtungswechsel in der Rechtsprechung des BVerfG: In seiner Entscheidung vom 21.7.2010 urteilte das BVerfG, dass § 1626a Abs. 1 Nr. 1 und § 1672 Abs. 1 BGB in der Fassung des Kindschaftsreformgesetzes mit Art. 6 Abs. 2 GG unvereinbar und damit verfassungswidrig seien.<sup>26</sup> Die Entscheidung begründete das BVerfG damit, dass der generelle Ausschluss des Kindesvaters von der elterlichen Sorge – ohne Zustimmung der Mutter – das in Art. 6 Abs. 2 GG enthaltene Elternrecht des Vaters verletze. Art. 6 Abs. 2 GG schütze das Recht der Eltern auf Pflege und Erziehung des eigenen Kindes.<sup>27</sup> Dies ist insbesondere auch deshalb der Fall, weil gerichtlich nicht überprüft werden kann, „ob es aus Gründen des Kindeswohls angezeigt ist, ihm zusammen mit der Mutter die Sorge für sein Kind einzuräumen oder ihm an Stelle der Mutter die Alleinsorge für das Kind zu übertragen.“<sup>28</sup> Dabei stellte das BVerfG klar, dass das alleinige Sorgerecht der Mutter dennoch geboten sein könne und daher auch weiterhin zulässig sein muss.<sup>29</sup>

## d) Übergangsregelung des BVerfG

Das BVerfG hatte die §§ 1626a Abs. 1 Nr. 1 a.F. und 1672 Abs. 1 a.F. BGB in seinem Urteil vom 21.7.2010 jedoch nicht für nichtig erklärt, um den verfassungswidrigen Zustand nicht zu perpetuieren.<sup>30</sup> Die Nichtigkeit hätte allenfalls zu einer Verschlechterung der väterlichen Sorgerechtsstellung geführt.<sup>31</sup> Denn mangels gesetzlicher Regelung hätten Väter gar keine Möglichkeit mehr gehabt, die elterliche Sorge zu erlangen.<sup>32</sup> Das BVerfG erließ daher eine Übergangsregelung:

„Bis zum Inkrafttreten einer gesetzlichen Neuregelung ist § 1626a mit der Maßgabe anzuwenden, dass das Familiengericht den Eltern auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge gemeinsam über-

<sup>16</sup> BVerfGE 107, 150 = NJW 2003, 955.

<sup>17</sup> BVerfGE 107, 150 (183) = NJW 2003, 955 (960).

<sup>18</sup> BVerfGE 107, 150 (178 f.) = NJW 2003, 955 (959).

<sup>19</sup> Vgl. die Skizzierung der Rechtsstreitigkeiten bei *Jentsch-Klieve*, FPR 2010, 405.

<sup>20</sup> Das BVerfG wies die Verfassungsbeschwerde am 15.3.2003 zurück, vgl. *Jentsch-Klieve*, FÜR 2010, 405 m.w.N., und erklärte die Sorgerechtsregelung vorläufig für verfassungskonform, vgl. BVerfGE 107, 150 (178 f.) = NJW 2003, 955 (959).

<sup>21</sup> EGMR NJW 2010, 501 (504 Rn. 64); EGMR FamRZ 2010, 103 m. Anm. *Heinrich/Scherpe*. Vgl. auch *Diederichsen* (Fn. 10), § 1626a Rn. 1.

<sup>22</sup> EGMR NJW 2010, 501 (502 Rn. 44 f.).

<sup>23</sup> EGMR NJW 2010, 501 (503 Rn. 51, 63).

<sup>24</sup> Insb. BVerfGE 107, 150 = NJW 2003, 955 sowie Erwägungen des AG Köln und OLG Köln, die mit der Sache

„Zaunegger“ befasst waren, vgl. EGMR NJW 2010, 501 (503 Rn. 47).

<sup>25</sup> EGMR NJW 2010, 501 (503, 504).

<sup>26</sup> BVerfGE 127, 132 (162) = NJW 2010, 3008 (3014).

<sup>27</sup> BVerfGE 127, 132 (152) = NJW 2010, 3008 (3011), mit Verweis auf BVerfGE 56, 363 (382).

<sup>28</sup> BVerfGE 127, 132 (151 f.) = NJW 2010, 3008 (3011).

<sup>29</sup> BVerfGE 127, 132 (147) = NJW 2010, 3008 (3010).

<sup>30</sup> *Diederichsen* (Fn. 10), § 1626a Rn. 1.

<sup>31</sup> *Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 1626a Rn. 35.

<sup>32</sup> *Huber* (Fn. 31), § 1626a Rn. 35.

trägt, soweit zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl entspricht.“<sup>33</sup>

Wegen der Bestimmung des § 31 Abs. 2 BVerfGG existierte somit neben den ausdrücklich im Gesetz geregelten Alternativen des § 1626a Abs. 1 a.F. BGB noch eine weitere Möglichkeit, beiden Eltern das Sorgerecht gemeinsam zu gewähren. Die Übergangsregelung des BVerfG war damit als zusätzlicher, die Regelung des § 1626a a.F. BGB ergänzender Absatz zu verstehen.<sup>34</sup>

Insoweit hatte das BVerfG<sup>35</sup> bestimmt, dass die Familiengerichte das Sorgerecht beiden Elternteilen überträgt, soweit dies dem Kindeswohl entspricht. Daneben sollte § 1672 BGB in der Form Anwendung finden, dass dem Vater auf Antrag das Sorgerecht oder ein Teil des Sorgerechts allein zu übertragen ist, wenn und soweit die gemeinsame Sorge der Eltern nicht in Betracht zu ziehen ist und die Sorge durch den Vater dem Kindeswohl am ehesten entspricht.<sup>36</sup>

### 3. Der reformierte § 1626a BGB

Mit Wirkung zum 19.5.2013 trat das reformierte Sorgerecht für nicht verheiratete Eltern und mithin eine Neuregelung von § 1626a BGB in Kraft. Die Neuregelung wurde mit dem Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern (NEheSorgeRG)<sup>37</sup> eingeführt und sollte die Vorgaben des BVerfG-Urteils vom 21.7.2010 umsetzen.<sup>38</sup>

Auch nach neuem Recht steht nach der Geburt des Kindes zunächst nur der Mutter der nicht mit einander verheirateten Eltern das Alleinsorgerecht zu.<sup>39</sup> Eine Beteiligung des Vaters kraft Gesetzes – aufgrund der feststehenden bzw. anerkannten Vaterschaft – bleibt weiterhin ausgeschlossen.<sup>40</sup> Nach § 1626a n.F. BGB besteht für den Vater des Kindes nun jedoch die Möglichkeit, das Sorgerecht gegen den Willen der Mutter zu erhalten, sofern ihm das Familiengericht dieses überträgt. Nötig ist hierzu ein Antrag auf Übertragung – ggf. auch nur eines Teils,<sup>41</sup> z.B. unter Ausschluss des (streitigen) Aufenthaltsbestimmungsrechts<sup>42</sup> – der elterlichen Sorge bei Gericht.<sup>43</sup>

#### a) Materieller Regelungsinhalt

§ 1626a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 n.F. BGB ist die erste Regelung des Gesetzgebers, welche dem Familiengericht die Übertragung bzw. Herstellung der gemeinsamen elterlichen Sorge ermöglicht.<sup>44</sup> Erforderlich ist hiernach, dass das Familiengericht dem Elternteil das Sorgerecht auf Antrag „eines Elternteils“ –

und somit auch der Mutter – überträgt.<sup>45</sup> Im Vergleich zu der Übergangsregelung des BVerfG ist auffällig, dass keine positive Kindeswohlprüfung erforderlich ist,<sup>46</sup> sondern nur noch eine negative;<sup>47</sup> die gemeinsame Sorge wird übertragen, wenn keine Gründe dagegen sprechen.<sup>48</sup> Der Gesetzgeber entschied sich somit für eine deutlich niedrigere Hürde als das BVerfG, da er davon ausging, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl grundsätzlich am ehesten entspreche.<sup>49</sup>

Die Gesetzgebung präzisiert die negative Kindeswohlprüfung dahingehend, dass der andere Elternteil konkrete Anhaltspunkte vortragen müsse, die es nahelegen, dass das gemeinsame Sorgerecht dem Kindeswohl widerspreche.<sup>50</sup> Private Konflikte, die nicht so schwerwiegend sind, dass sie auf das Kindeswohl durchschlagen, oder die Ablehnung der Mutter genügen nach der Gesetzesbegründung ausdrücklich nicht; anders kann dies jedoch bei Sucht- und Gewaltproblemen sein.<sup>51</sup> Gelingt dem Elternteil diese Darlegung nicht, so greift die Vermutung, dass die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl nicht widerspreche.<sup>52</sup> Die Prüfung ist damit maßgeblich am Kindeswohl auszurichten, wobei hierdurch keine zu hohen Hürden für die gemeinsame Sorge geschaffen werden dürfen.<sup>53</sup>

Darüber hinaus können dem Gericht jedoch auch auf andere Weise Gründe bekannt werden, die gegen die Kindeswohlvermutung sprechen. Soweit die Mutter jedoch keine solchen Gründe vorträgt, der Amtsermittlungsgrundsatz eingeschränkt ist und das Jugendamt nicht beteiligt wird, ist unklar, woher diese Kenntnis kommen sollte.<sup>54</sup> In Betracht kommen wohl allenfalls noch andere vor dem erkennenden Familiengericht geführte Verfahren der Eltern, aus denen solche Gründe erkennbar sind (Gewaltschutzverfahren etc.)<sup>55</sup> sowie nach Ablauf der Stellungnahmefrist bei Gericht eingegangene Erklärungen eines Elternteils.<sup>56</sup>

Nach der amtlichen Begründung des Gesetzesentwurfs steht die neue Möglichkeit über § 1626a Abs. 2 n.F. BGB die gemeinsame elterliche Sorge zu beantragen ausdrücklich jedem Elternteil zu, auch wenn dessen Kind bereits vor dem Inkrafttreten geboren wurde.<sup>57</sup> Demzufolge kann insbesondere auch für die Väter ein erneuter Antrag sinnvoll sein, deren Antrag auf Grundlage der Übergangsregelung des BVerfG an

<sup>45</sup> *Bruns*, FamFR 2013, 217 (218).

<sup>46</sup> Vgl. Wortlaut der Übergangsregelung: „[...] soweit zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl entspricht.“

<sup>47</sup> Vgl. § 1626a Abs. 2 S. 2 n.F. BGB: „[...] sind solche Gründe [...] nicht ersichtlich, wird vermutet, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht.“

<sup>48</sup> Vgl. auch *Huber* (Fn. 31), § 1626a Rn. 1.

<sup>49</sup> *Willutzki*, FPR 2013, 236 (237).

<sup>50</sup> Gesetzesentwurf v. 14.10.2012, BT-Drs. 17/11048, S. 16.

<sup>51</sup> *Bruns*, FamFR 2013, 217 (218).

<sup>52</sup> *Huber* (Fn. 31), § 1626a Rn. 1; *Bruns*, FamFR 2013, 217 (218).

<sup>53</sup> BVerfGE 127, 132 (164) = NJW 2010, 3008 (3015).

<sup>54</sup> *Willutzki*, FPR 2013, 236 (238).

<sup>55</sup> *Heilmann*, NJW 2013, 1473 (1475).

<sup>56</sup> *Heilmann*, NJW 2013, 1473 (1476).

<sup>57</sup> BT-Drs. 17/11048, S. 33.

<sup>33</sup> BVerfGE 127, 132 (164) = NJW 2010, 3008 (3015).

<sup>34</sup> *Huber/Möll*, FamRZ 2011, 765 (768).

<sup>35</sup> BVerfGE 127, 132 (164) = NJW 2010, 3008 (3015).

<sup>36</sup> BVerfGE 127, 132 (164 f.) = NJW 2010, 3008 (3015).

<sup>37</sup> BGBI. I 2013, S. 795.

<sup>38</sup> Vgl. BT-Drs. 17/11048, S. 1.

<sup>39</sup> *Huber* (Fn. 31), § 1626a Rn. 1; *Bruns*, FamFR 2013, 217.

<sup>40</sup> *Willutzki*, FPR 2013, 236 (237).

<sup>41</sup> *Willutzki*, FPR 2013, 236 (237).

<sup>42</sup> *Bruns*, FamFR 2013, 217 (218).

<sup>43</sup> *Huber* (Fn. 31), § 1626a Rn. 41.

<sup>44</sup> *Bruns*, FamFR 2013, 217.

der Kindeswohlprüfung scheiterte.<sup>58</sup> Denn die neue Regelung hat durch ihre rein negative Kindeswohlprüfung eine niedrigere Hürde. Im Übrigen sind auch bereits vor dem 19.5.2013 gestellte Anträge gemäß Art. 29, 30 EGBGB ab dem 19.5.2013 als Anträge nach § 1626a Abs. 2 n.F. BGB zu behandeln, sofern das Verfahren noch nicht abgeschlossen wurde.

*b) Flankierende Verfahrensvorschrift des § 155a FamFG*

Bezogen auf das Antragsverfahren zur Übertragung der elterlichen Sorge handelt es sich vom Ausgangspunkt her um ein gewöhnliches Antragsverfahren nach dem FamFG, für welches die allgemeinen Verfahrensregeln und die speziellen Regeln für Kindschaftssachen gelten.<sup>59</sup> Der Gesetzgeber flankierte die Bestimmung des § 1626a Abs. 2 n.F. BGB daher zusätzlich mit dem vereinfachten und beschleunigten Verfahren nach § 155a FamFG. Dieses beinhaltet eine Mehrzahl von verfahrensrechtlichen Erleichterungen.<sup>60</sup> So ist beispielsweise der Beschleunigungsgrundsatz des § 155a Abs. 1 FamFG auch bei § 155a Abs. 2 FamFG entsprechend anzuwenden.<sup>61</sup> Das Bundesministerium der Justiz wollte hierdurch ein schnelles und unbürokratisches Verfahren schaffen.<sup>62</sup>

Eine Eigenheit dieses Verfahrens besteht in der Anhörung der Kindeseltern und des Jugendamts: Beides soll nach § 155a Abs. 3 FamFG in den Fällen des § 1626a Abs. 2 S. 2 n.F. BGB unterbleiben. Das Gericht kann ohne mündlichen Termin im schriftlichen Verfahren entscheiden. Dies jedoch nur insoweit, als keine Gründe vorgetragen oder sonst ersichtlich sind, dass die gemeinsame Sorge dem Wohl des Kindes widerspricht.<sup>63</sup> Hierbei setzt das Gericht der Mutter eine Karenzfrist zur Stellungnahme, innerhalb derer sie entsprechende Gründe vorzutragen hat, welche frühestens sechs Wochen nach der Geburt des Kindes enden darf.<sup>64</sup> Äußert sie sich in dieser Zeit nicht entsprechend, gilt die gesetzliche Vermutung, dass solche Gründe nicht existent sind.<sup>65</sup> Wobei die Frist nach den allgemeinen Bestimmungen des FamFG auch verlängert werden darf.<sup>66</sup> Die gesetzliche Vermutung der Kindeswohldienlichkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge soll hierbei eine weitere Beschleunigung des Verfahrens bewirken und den Rechten des Vaters – bzw. der Mutter, welche den „vordergründig sorgeunwilligen“<sup>67</sup> Vater an seine bestehende Verantwortung für das Kind erinnern möchte – dienen.<sup>68</sup> Bereits aufgrund der sechswöchigen Frist, welche zudem verlängert werden kann, ist jedoch fraglich, inwieweit das Verfahren tatsächlich beschleunigt ablaufen wird.<sup>69</sup>

Dem Wohl des Kindes wird durch eine Anhörung ab dem 14. Lebensjahr (vgl. § 159 Abs. 1 S. 1 FamFG) bzw. sogar eines jüngeren Kindes (vgl. § 159 Abs. 2 FamFG) – ab dem dritten Lebensjahr –<sup>70</sup> Rechnung getragen. Eine Entscheidung gänzlich ohne Anhörung des Kindes wird daher lediglich bei Kindern bis zu drei Jahren in Betracht kommen.<sup>71</sup> Die Eltern werden dabei nur schriftlich angehört, das Jugendamt wird gar nicht gehört und erhält auch keine Rechtsmittel gegen die Entscheidung.<sup>72</sup> Wenn aber die Mutter keine Gründe vorträgt und das Jugendamt nicht beteiligt wird, wird sich eine solche Gerichtskenntnis nur selten ergeben (s.o.).<sup>73</sup>

Entgegen der ursprünglichen Gesetzesformulierung steht dem Gericht jedoch de lege lata ein Ermessen zu, ob es das vereinfachte Verfahren wählt, da dieses nur noch stattfinden „soll“ und nicht mehr stattzufinden „hat“.<sup>74</sup> Für ein solch beschleunigtes Verfahren würde beispielsweise sprechen, wenn die Kindeseltern der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtig wären.<sup>75</sup>

Werden ausreichend konkrete Gründe vorgetragen oder dem Gericht in anderer Weise bekannt, wird durch das Gericht das Regelverfahren unter Berücksichtigung des (allgemeinen) Beschleunigungsgrundsatzes des § 155 FamFG durchgeführt.<sup>76</sup> Denn es gilt die gesetzliche Vermutung, dass die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl entspricht (§ 1626a Abs. 2 n.F. BGB). Werden andererseits Gründe gegen das Sorgerecht bekannt, so hat das Gericht einen Termin zu bestimmen (§ 155a Abs. 4 FamFG), wobei die Sachlage mit den Eltern und dem Jugendamt erörtert wird. Ebenso wie § 1626a n.F. BGB greift auch § 155a FamFG – mangels Übergangsregelung – bei sämtlichen Vätern, auch wenn deren Kind bereits vor dem 19.5.2013 geboren wurde.<sup>77</sup>

## II. Exemplarische Betrachtung des französischen ex-lege-Modells

Der Gesetzgeber berücksichtigte im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses auch die Regelungen anderer europäischer Staaten zum Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern. Vornehmlich in romanischen Rechtsordnungen – aber auch in Ungarn, Russland, Bulgarien, Tschechien, Litauen und Polen – entsteht das gemeinsame Sorgerecht unverheirateter Eltern kraft Gesetzes (ex-lege-Modell).<sup>78</sup> Einer gesonderten gerichtlichen Entscheidung (Antragsmodell) bedarf es nicht.<sup>79</sup> Nach dem ex-lege-Modell bekommt der Vater – je nach konkreter

<sup>58</sup> Willutzki, FPR 2013, 236 (238).

<sup>59</sup> Bruns, FamFR 2013, 217 (218).

<sup>60</sup> Schlünder (Fn. 4), § 155a Rn. 17.

<sup>61</sup> Bruns, FamFR 2013, 217 (219).

<sup>62</sup> Bruns, FamFR 2013, 217.

<sup>63</sup> Huber (Fn. 31), § 1626a Rn. 1.

<sup>64</sup> Bruns, FamFR 2013, 217 (219).

<sup>65</sup> Schlünder (Fn. 4), § 155a Rn. 2.

<sup>66</sup> Bruns, FamFR 2013, 217 (219).

<sup>67</sup> Willutzki, FPR 2013, 236 (237).

<sup>68</sup> Willutzki, FPR 2013, 236.

<sup>69</sup> Willutzki, FPR 2013, 236 (238).

<sup>70</sup> Vgl. dazu BVerfG FamRZ 2008, 246.

<sup>71</sup> Bruns, FamFR 2013, 217 (220).

<sup>72</sup> Vgl. BT-Drs. 17/11048, S. 13.

<sup>73</sup> Willutzki, FPR 2013, 236 (238). Kenntnis kann sich demnach wohl nur aus anderen Verfahren vor dem Familiengericht ergeben. Heilmann, NJW 2013, 1473 (1475), führt als Beispiel das Gewaltschutzverfahren an.

<sup>74</sup> Schlünder (Fn. 4), § 155a Rn. 24.

<sup>75</sup> Bruns, FamFR 2013, 217 (219).

<sup>76</sup> Bruns, FamFR 2013, 217 (220).

<sup>77</sup> Schlünder (Fn. 4), § 155a Rn. 4.

<sup>78</sup> Vgl. BT-Drs. 17/11048, S. 12 – „Rechtsvergleichender Überblick“.

<sup>79</sup> BT-Drs. 17/11048, S. 12.

Ausgestaltung – also bereits mit der Geburt des Kindes oder mit der Anerkennung der Vaterschaft die (gemeinschaftliche) elterliche Sorge übertragen.<sup>80</sup>

Entscheidungsmaßstab ist bei den meisten Rechtsordnungen das Kindeswohl bzw. das „Kindeswohlprinzip“.<sup>81</sup> Die konkrete Ausgestaltung und Inhaberschaft divergieren jedoch. Um die Unterschiede zwischen den Regelungsmodellen (Sorgerecht kraft Gesetz oder durch Antrag) zu verdeutlichen, wird exemplarisch die französische Sorgerechtsregelung, die in Art. 372 Code Civil, im 9. Titel („Titre IX De l'autorité parentale Chapitre I: De l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant [Art. 371 bis Art. 374-2]“), niedergelegt ist, herangezogen und anschließend mit der deutschen Rechtslage verglichen.

### 1. Gesetzes Wortlaut des Art. 372 Code Civil

Der französische Gesetzgeber bestimmte in Art. 372 Code Civil:

„Article 372 Code Civil<sup>82</sup>

Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale.<sup>83</sup>

Toutefois, lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un d'entre eux plus d'un an après la naissance d'un enfant dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre, celui-ci reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale. Il en est de même lorsque la filiation est judiciairement déclarée à l'égard du second parent de l'enfant.

L'autorité parentale pourra néanmoins être exercée en commun en cas de déclaration conjointe des père et mère adressée au greffier en chef du tribunal de grande instance ou sur décision du juge aux affaires familiales.“

### 2. Regelungsinhalt des Art. 372 Code Civil

Nach französischem Recht steht somit sowohl verheirateten als auch unverheirateten Kindesvätern das Sorgerecht („l'autorité parentale“) bereits kraft Gesetzes nach Art. 372 Abs. 1 Code Civil gemeinsam mit der Mutter des Kindes zu.<sup>84</sup> Dies jedoch gemäß Art. 372 Abs. 2 Code Civil nur dann, wenn der Kindsvater die Vaterschaft binnen einen Jahres seit der Geburt des Kindes anerkennt (Art. 372 Abs. 2 Code Civil).<sup>85</sup>

<sup>80</sup> Schlünder (Fn. 4), § 155a Rn. 2.

<sup>81</sup> Vgl. BT-Drs. 17/11048, S. 12 – „Rechtsvergleichender Überblick“.

<sup>82</sup> Abrufbar unter:

[http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=B897D2B9AC99099129D8D52F9F964B28.tpdjo05v\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000006165785&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20140103](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=B897D2B9AC99099129D8D52F9F964B28.tpdjo05v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006165785&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20140103) (3.1.2014).

<sup>83</sup> Übersetzung: „Vater und Mutter üben die elterliche Sorge gemeinsam aus.“

<sup>84</sup> Instruktiv zur Ausgestaltung des französischen Sorgerechts: [http://ec.europa.eu/civiljustice/parental\\_resp/parental\\_resp\\_fr\\_a\\_de.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_fr_a_de.htm) (3.1.2013).

<sup>85</sup> Zum Inhalt des französischen Sorgerechts:

Seit der Gesetzesänderung vom 4.3.2002 gilt dies unabhängig davon, ob die Eltern in einem gemeinsamen Haushalt leben.

Erkennt der Vater das Kind hingegen nicht binnen eines Jahres ab der Geburt an, so steht die elterliche Sorge der Kindsmutter – als einzigem Elternteil dessen Eltern-Kind-Verhältnis feststeht – alleine zu. Die alleinige Sorge ist jedoch auch in diesen Fällen nicht für die Zukunft perpetuiert. Es steht den Eltern frei, auch nach diesem Jahr noch die gemeinsame elterliche Sorge zu begründen. So kann die gemeinschaftliche Sorge später durch gemeinsame Erklärung beider Elternteile vor dem zuständigen Urkundsbeamten des Bezirksamts oder durch die Entscheidung des zuständigen Familiengerichts hergestellt werden (Art. 372 Abs. 3 Code Civil).<sup>86</sup> Das Kindeswohl wird nach Art. 373 Code Civil sichergestellt, wonach die elterliche Sorge ausgeschlossen ist, wenn der betreffende Elternteil sein Unvermögen zur elterlichen Sorge zeigt.

### III. Rechtsvergleichende Analyse

Der deutsche Gesetzgeber entschied sich somit anstelle des möglichen ex-lege-Modells für ein modifiziertes Antragsmodell.<sup>87</sup> Die Unterschiede dieses Modells im Vergleich zur französischen Lösung sollen daher kurz erläutert werden:

#### 1. Notwendigkeit eines gerichtlichen Verfahren

Die rechtsvergleichende Analyse zeigt zunächst den augenscheinlichsten Unterschied: Während das gemeinsame Sorgerecht in Deutschland nur nach einem entsprechenden Antrag des Vaters hergestellt werden kann („Antragsmodell“), tritt die gemeinsame elterliche Sorge in Frankreich kraft Gesetzes ein („Ex-lege-Modell“<sup>88</sup>). Nach dem deutschen modifizierten Antragsmodell ist hingegen zwingend ein gerichtliches Verfahren erforderlich.

#### 2. Keine Pflicht zur elterlichen Sorge für den Vater

Gemein ist beiden Rechtsordnungen, dass das Kindeswohlprinzip als bestimmender Maßstab gilt.<sup>89</sup> Entsprechend wird zum Wohle des Kindes in beiden Rechtsordnungen die Möglichkeit eröffnet, dass die elterliche Sorge allein durch die Mutter ausgeübt wird. Dies ist bereits dem Umstand geschuldet, dass sich Lebenswirklichkeit und Emotionen bei nicht ehelichen Kindern mitunter von denen ehelicher unterscheiden können.<sup>90</sup> Allerdings gehen die Rechtsordnungen hier verschiedene Wege: In Frankreich muss der Vater die Vaterschaft nicht anerkennen, denn sofern er keinen entsprechen-

[http://ec.europa.eu/civiljustice/parental\\_resp/parental\\_resp\\_fr\\_a\\_de.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_fr_a_de.htm) (3.1.2013).

<sup>86</sup> Zum Inhalt des französischen Sorgerechts:

[http://ec.europa.eu/civiljustice/parental\\_resp/parental\\_resp\\_fr\\_a\\_de.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_fr_a_de.htm) (3.1.2013).

<sup>87</sup> Schlünder (Fn. 4), § 155a Rn. 2.

<sup>88</sup> Vgl. zu den Modellen und Bezeichnungen Schlünder (Fn. 4), § 155a Rn. 2.

<sup>89</sup> Vgl. BT-Drs. 17/11048, S. 12.

<sup>90</sup> Vgl. BVerfGE 107, 150 (170); 127, 132 (147) = NJW 2010, 3008 (3010).

den Antrag stellt, kann mangels feststehender Vaterschaft die elterliche Sorge auch nicht übergehen. In Deutschland ist es dem Vater hingegen durchaus möglich, in einem ersten Schritt die Vaterschaft anzuerkennen und lediglich in einem zweiten Schritt keinen Antrag auf Übertragung der elterlichen Sorge zu stellen. Der Vater hat in Deutschland somit die Möglichkeit eine rechtliche Verbindung zu seinem Kind herzustellen, ohne zugleich die elterliche Sorge ausüben zu müssen.

### 3. Möglichkeit der alleinigen Sorge durch die Mutter

In beiden Rechtsordnungen übt in diesen Fällen die Mutter die alleinige elterliche Sorge aus, so dass grundsätzlich eine sorgeberechtigte Person vorhanden ist. Sofern sich der Vater seiner gesellschaftlichen Verantwortung verweigert, ist die Kindesmutter in der Lage, sämtliche die elterliche Sorge berührenden Entscheidungen zu treffen. Dies dient ebenso dem Kindeswohl, da sich die Mutter bei Erziehungsfragen nicht mit dem Vater auseinandersetzen muss bzw. etwaige für das Kind belastende Streitigkeiten vermieden werden.

### 4. Rechtstellung des Vaters vs. Kindeswohlprinzip

Die Übertragung der elterlichen Sorge nach § 1626a Abs. 2 n.F. BGB bietet in Deutschland einen zusätzlichen – wenn auch mitunter nicht sonderlich ausgeprägten – Schutz des Kindeswohls. Denn eine Übertragung ist ausgeschlossen, sofern dies dem Kindeswohl – dem Gericht bekanntermaßen – widerspricht. Nach Art. 373 Code Civil kann das Sorgerecht in Frankreich hingegen nur nachträglich entzogen werden. Dieser unterschiedliche Schutz des Kindeswohls korreliert jedoch auch mit einer abweichenden Einschränkung des Rechts des Vaters aus Art. 6 Abs. 2 GG. Dieses wird in Deutschland stärker als in Frankreich beschränkt. Denn zur gewünschten Ausübung der elterlichen Sorge muss der Vater zunächst das Verfahren nach § 1626a n.F. BGB in Verbindung mit § 155a n.F. FamFG durchlaufen, welches die Mutter verlängern kann (s.o.).

## IV. Reform der Reform?

Sowohl der Bundesrat als auch die Literatur kritisierten die gesetzliche Neuregelung zum Teil massiv. Es bleibt somit die Frage, ob der Gesetzgeber durch § 1626a n.F. BGB in Verbindung mit § 155a FamFG tatsächlich die Vorgaben des EGMR und des BVerfG erfüllt hat (unter 1.). Hieran schließt sich die Frage an, ob die ursprünglich durch die Gerichtsentscheidungen intendierte Wirkung durch geeignete Reformmaßnahmen gefördert werden könnte (unter 2.).

### 1. Genügt die deutsche Reform den Maßstäben der Rechtsprechung?

Der Vergleich der vorgenannten Rechtsprechung von EGMR und BVerfG mit der Neuregelung des Sorgerechts zeigt, dass trotz Neuregelung die Rechtstellung des Vaters nach wie vor hinter derjenigen der Mutter zurückbleibt. Die Ausgestaltung des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts ist besonders in der Literatur auf heftige Kritik gestoßen. Das gesetzgeberische Konzept könne, so die Literatur, keine „kindeswohlorientierten Überlegungen“ für sich in Anspruch nehmen

und stelle die Praxis vor erhebliche Schwierigkeiten.<sup>91</sup> Die Praxis wird somit zeigen müssen, ob die neue Regelung tatsächlich den verfassungsgerichtlichen Maßstäben genügt. Einige Aspekte sprechen schon heute dagegen:

#### a) Weiterhin faktisches Vetorecht der Mutter?

Wie aufgezeigt, kann die Mutter die Rechtsdurchsetzung des Vaters erschweren: Sofern sie Gründe gegen die Übertragung vorträgt, wird das Antragsverfahren nach § 155a FamFG zum Zwecke der Anhörung verlängert und auch bei zu großen Differenzen zwischen den Eltern kann das Kindeswohl dafür sprechen, dass die alleinige Sorge bei der Mutter verbleibt.<sup>92</sup> Denn auch de lege lata ist eine grundsätzliche Kooperationsbereitschaft zwischen den Eltern erforderlich. Fehlt diese gänzlich, stellt dies im Rahmen der Kindeswohlprüfung einen gewichtigen Grund gegen die Übertragung der gemeinschaftlichen elterlichen Sorge dar.<sup>93</sup> Auch wird mitunter in einer verweigerten Sorgeerklärung ein das Kind folgenswer belastender Konflikt der Eltern zum Ausdruck kommen, welcher ebenso gegen die Übertragung der gemeinschaftlichen Sorge sprechen würde.<sup>94</sup> Zwar ist es noch zu früh, um von einem fortbestehenden „faktischen Einspruchsrecht“ der Mutter auszugehen, da die Handhabung durch die Rechtsprechung noch nicht abgesehen werden kann, gleichwohl erscheint ein solch „faktisches Einspruchsrecht“ bei der derzeitigen Ausgestaltung möglich.<sup>95</sup> Denn nachdem bereits ein die fehlende Kooperationsbereitschaft belegender Vortrag für die Gerichte als wohl ausreichend angesehen werden muss, liegt es nahe, weiterhin ein faktisches „Veto“-Recht der Mutter anzunehmen. Im Ergebnis ergäbe sich dann in der Praxis wohl kaum ein Unterschied zur gemeinsamen Sorgeerklärung.

#### b) Nur begrenzte Verfahrensbeschleunigung durch § 155a FamFG?

Eine spürbare Beschleunigung über den allgemeinen Beschleunigungsgrundsatz des § 155 FamFG hinaus, wird durch das beschleunigte Verfahren aufgrund der dargestellten Regelung lediglich dann möglich sein, wenn dem Gericht keine Gründe vorgetragen werden, die gegen das Kindeswohl sprechen und eine Anhörung des Kindes unterbleiben kann, was allenfalls bei unter Dreijährigen gegeben sein wird.<sup>96</sup> Hingegen wird durch den Vortrag der Mutter, dass Gründe gegen das gemeinsame Sorgerecht bestehen, das Gericht Anhörungen einleiten müssen (vgl. oben zu § 155a FamFG) und die Verfahrensbeschleunigung wird damit aufgehoben. Dadurch wird die

<sup>91</sup> Schlünder (Fn. 4), § 155a Rn. 2, mit Hinweis auf Heilmann, NJW 2013, 1473.

<sup>92</sup> Heilmann, NJW 2013, 1473 (1474).

<sup>93</sup> Heilmann, NJW 2013, 1473 (1474).

<sup>94</sup> Vgl. so noch BVerfGE 107, 150 (174 ff.).

<sup>95</sup> Willutzki, FÜR 2013, 236, geht allerdings davon aus, dass schon in der Vergangenheit viele Mütter der gemeinsamen Sorgeerklärung zugestimmt haben und dass deshalb keine zu große „Gegenwehr“ zu erwarten sei.

<sup>96</sup> Bruns, FamFR 2013, 217 (220).

Rechtsstellung des Vaters geschwächt und er wird zeitlich von der Ausübung des Sorgerechts abgehalten.

#### c) Kindeswohlvermutung zu Lasten des Kindeswohls?

Soweit das beschleunigte Verfahren greift, bleibt die Besonderheit, dass das Gericht gegebenenfalls ohne jegliche Kenntnis des Sachverhalts über die elterliche Sorge entscheidet.<sup>97</sup> Denn durch die gesetzliche Kindeswohlvermutung des § 1626a Abs. 2 n.F. BGB sollte nicht nur das Verfahren beschleunigt, sondern zugleich auch der Amtsermittlungsgrundsatz eingeschränkt werden.<sup>98</sup> Nachdem das BVerfG jedoch gerade forderte, dass die richterliche Entscheidung das Kindeswohl im konkreten Einzelfall zu berücksichtigen hat, erscheint diese Einschränkung der Kindeswohlprüfung nicht mit den Vorgaben der Rechtsprechung im Einklang zu stehen.<sup>99</sup> Denn konträr zum geltenden § 1626a n.F. BGB sah die Entscheidung des BVerfG die positive Überprüfung des Kindeswohles vor. Danach sollte das Sorgerecht beiden Eltern gemeinsam übertragen werden, „soweit zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl entspricht.“<sup>100</sup> Allein die Tatsache, dass die Mutter sich nicht äußert, lässt jedoch keinen hinreichend sicheren Schluss auf eine fehlende Kindeswohlgefährdung zu.<sup>101</sup> Darüber hinaus besteht eine Quelle eminenter Rechtsunsicherheit, ob das Gericht die durch die Mutter vorgetragene Gründe tatsächlich als ausreichend und kindeswohlbezogen wertet.<sup>102</sup>

Es ist zudem zu beachten, dass die Vorstellung, Mütter würden ihr bestehendes Vetorecht „flächendeckend“ ausüben, fehlgeht. Bereits nach der Kindschaftsreform 1998 und bestehendem „Veto“-Recht wählte schon die Hälfte der nicht miteinander verheirateten Eltern die gemeinsame Sorge mittels übereinstimmender Sorgeerklärung.<sup>103</sup> Andererseits darf auch nicht außer Acht gelassen werden, dass die Verweigerung der Sorgeerklärung (in den übrigen Fällen) häufig nicht aus Kindeswohlaspekten rührt, was den Schluss nährt, dass die gemeinsame Sorge regelmäßig im Sinne des Kindeswohls ist.<sup>104</sup>

#### d) Weitere Verzögerung durch Vaterschaftsfeststellung?

Problematisch erscheint außerdem, dass nur ein Vater, dessen Vaterschaft bereits festgestellt ist, einen Antrag stellen kann.<sup>105</sup> Der rein biologische Vater, dessen Vaterschaft weder festgestellt noch anerkannt ist, besitzt kein Antragsrecht. Soweit die Mutter daher – in zulässiger Weise – die Zustimmung der Anerkennung im Sinne des § 1595 Abs. 1 BGB verweigert, bleibt dem Vater bis zur gerichtlichen Feststellung seiner Vaterschaft, bereits die Verfahrenseinleitung verwehrt.<sup>106</sup>

#### e) Diskriminierung bzgl. der Frist zur Stellungnahme?

Erstaunlich ist ferner, dass der Gesetzgeber die Frist zur Stellungnahme einseitig zugunsten der Mutter auf sechs Wochen nach der Geburt verlängert hat. Für den Vater hingegen keine vergleichbare Verlängerung besteht.<sup>107</sup> Es erscheint zweifelhaft, ob die einseitige und von den konkreten Geburtsfolgen losgelöste Fristverlängerung, welche einem temporären Ausschluss des Vaters von der elterlichen Sorge förderlich sein könnte, tatsächlich den Vorgaben der Rechtsprechung genügt.

### 2. Weitergehende Reformvorschläge

Wie aufgezeigt, gibt die Neuregelung mit Blick auf die Rechtsprechung von EGMR und BVerfG Anlass zur Kritik. Nachdem wohl selbst der Gesetzgeber kein ausreichendes Vertrauen in die geschaffene Regelung hatte, verpflichtete er das Bundesministerium der Justiz die oben angesprochenen Regelungen anhand der Rechtsprechungspraxis nach Ablauf von fünf Jahren zu evaluieren (vgl. § 99 Abs. 6a SGB VIII).<sup>108</sup> Im Folgenden soll daher erörtert werden, welche weiteren Reformen dazu beitragen könnten, die vom EGMR und dem BVerfG gesteckten Ziele zu erreichen.

#### a) Reform hin zur elterlichen Sorge qua Gesetz

Es erscheint inkonsequent, die Väter zunächst qua Gesetz von der elterlichen Sorge auszuschließen, um diese nachträglich – mittels stark erleichterter Verfahrensbedingungen – doch in der Mehrzahl der Fälle auf diese zu übertragen.<sup>109</sup> Der Gesetzgeber ist berufen, sich konsequent für einen Weg zu entscheiden. Vorzugswürdig erscheint hierbei der Weg zur elterlichen Sorge qua Gesetz. Denn die Folge einer konsequenten Umsetzung des Antragsmodells wäre eine weitere Erschwerung für den antragstellenden Elternteil.

Sofern man an dem Antragsverfahren festhält, böte dieses bereits de lege lata und ohne Verschärfung einen stärkeren Schutz des Kindeswohls als die Sorgeübertragung qua Gesetz, bei welcher von der Grundkonzeption schon keine Prüfungsmöglichkeit bezüglich des Kindeswohles gegeben ist. Die Lösung sollte daher nicht in einer konsequenten Umsetzung des Antragsmodells und mithin in einer Streichung der gesetzlichen Kindeswohlvermutung liegen.

#### b) Hilfsweise: Reformierung des Antragsverfahrens

Falls der Gesetzgeber jedoch am Antragsmodell festhält, sollte die Beteiligungsbeschränkung des § 155a Abs. 3 S. 1 FamFG aufgehoben werden. Jedenfalls in den Fällen, in denen das Jugendamt seine Beteiligung beantragt, sollte dieses auch angehört und am Verfahren beteiligt werden.<sup>110</sup> Dies wird in der überwiegenden Anzahl der Fälle nur dann eine Beeinträchtigung des Antragsstellers bewirken, in welchen dies ohnehin wegen des Kindeswohls geboten ist. Darüber hinaus sollten auch die Eltern, so wie im Regelfall das Kind, persön-

<sup>97</sup> Bruns, FamFR 2013, 217 (220).

<sup>98</sup> BT-Drs. 17/11048, S. 24.

<sup>99</sup> Im Ergebnis ähnlich Heilmann, NJW 2013, 1473 (1475).

<sup>100</sup> BVerfGE 127, 132 (164) = NJW 2010, 3008 (3015).

<sup>101</sup> Willutzki, FPR 2013, 236 (238).

<sup>102</sup> Willutzki, FPR 2013, 236 (238).

<sup>103</sup> Willutzki, FPR 2013, 236.

<sup>104</sup> BT-Drs. 17/11048, S. 14.

<sup>105</sup> Heilmann, NJW 2013, 1473 (1476).

<sup>106</sup> Heilmann, NJW 2013, 1473 (1475).

<sup>107</sup> Heilmann, NJW 2013, 1473 (1476).

<sup>108</sup> BT-Drs. 17/11048, S. 10, Art. 6.

<sup>109</sup> Ebenso Willutzki, FPR 2013, 236 (240); Coester, FamRZ 2012, 1337 (1343).

<sup>110</sup> Andeutungsweise auch Willutzki, FPR 2013, 236 (238).

lich angehört werden, um deren verfassungsrechtliches Recht aus Art. 6 Abs. 2 GG besser zu schützen.<sup>111</sup>

Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass viele Menschen schlicht aus gesundheitlichen oder zeitlichen Gründen oder mangels Fachkenntnissen nicht in der Lage sein werden, rechtzeitig und ausreichend zu den Kindeswohlbezogenen Gründen vorzutragen, sollte die Bestellung eines Verfahrensbeistandes zumindest nicht mehr als „im Regelfall nicht erforderlich“ angesehen werden.<sup>112</sup> Zudem wäre es angezeigt, dass die Elternteile mittels übereinstimmender Sorgeerklärung auch nur einen Teil der elterlichen Sorge übertragen könnten und nicht lediglich die gesamte, wie dies der unveränderte § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB vorsieht.<sup>113</sup>

#### V. Zusammenfassende Schlussbetrachtung

Mit der Reformierung der deutschen Sorgerechtsregelung wurde zwar ein erster Schritt zur Stärkung der Väterrechte gemacht, aber gleichzeitig präsentiert sich die Lösung als „halbgar“. Einerseits unterstellt der Gesetzgeber, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl im Regelfall entspreche und drückt dies in einer gesetzlichen Vermutung und einer Einschränkung der verfahrensrechtlichen Rahmenbedingung aus. Andererseits konnte er sich jedoch nicht zur Lösung über das ex-lege-Modell durchringen. Es bleibt jedoch zu vermuten, dass gerade der „großen Lösung“ über das ex-lege-Modell ein gesellschaftlicher Apell immanent wäre, der auch die (zumindest vordergründig) sorgenwilligen Väter auf ihre Pflichten und ihre Verantwortung – jenseits rein pekuniärer Aspekte – zurückbesinnen würde.<sup>114</sup> Insoweit erscheint den Verfassern das ex-lege-Modell, vorzugswürdig.<sup>115</sup> Das Elternrecht des Vaters (Art. 6 Abs. 2 GG) wird dadurch wesentlich gestärkt und der bürokratische Aufwand verringert.

---

<sup>111</sup> Willutzki, FPR 2013, 236 (238).

<sup>112</sup> Ähnlich: Willutzki, FPR 2013, 236 (239).

<sup>113</sup> Heilmann, NJW 2013, 1473 (1474).

<sup>114</sup> Willutzki, FPR 2013, 236 (240).

<sup>115</sup> A.A. Horndasch, in: Scholz/Kleffmann/Motzer, *Praxis-Handbuch Familienrecht*, 24. Aufl. 2013, Rn. 32.