

## **Positionspapier des Paritätischen Gesamtverbandes**

### **- Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern**

#### **I. Vorbemerkung**

Das Bundesverfassungsgericht hat mit seinem Beschluss vom 21. Juli 2010 - 1 BvR 420/90 - festgestellt, dass die geltenden Regelungen zum Sorgerecht für nicht miteinander verheiratete Eltern nicht mit den Grundrechten aus Artikel 6 Abs. 2 Grundgesetz vereinbar sind.<sup>1</sup> Betroffen sind die §§ 1626a, 1672 Abs. 1 sowie 1680 Abs. 3 BGB. In seiner Begründung hatte das oberste Gericht ausgeführt, dass es zwar verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei, wenn die elterliche Sorge für ein nichtehelich geborenes Kind zunächst der Mutter allein übertragen und beiden Eltern die Möglichkeit eingeräumt wird, gemeinsam die Sorge für ihr Kind zu tragen. Allerdings sei es nicht hinzunehmen, dass der Vater regelmäßig von der Sorgetragung ausgeschlossen ist, wenn die Mutter ihre Zustimmung für die gemeinsame Sorge verweigert, ohne dass ihm die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung eingeräumt wird.

Das Gericht machte zudem deutlich, dass aus verfassungsrechtlicher Sicht auch einer gemeinsamen Sorgetragung von Geburt an nichts entgegenstehe. Die Richter stellten aber deutlich heraus, dass die Verantwortungsübernahme in den Blick genommen werden und das Wohl des Kindes Richtschnur jeder neuen Regelung sein müsse.

Mit dem Urteil wurde als Übergangslösung die Antragsmöglichkeit für nicht sorgeberechtigte Väter eingeführt. Das Bundesverfassungsgericht hat davon abgesehen, dem Gesetzgeber eine Frist für die Neuregelung zu setzen. Begründet wurde dies vor allem damit, dass die Bundesregierung im Verfahren erklärt hatte, bereits Überlegungen für eine gesetzliche Neuregelung getroffen zu haben.

---

<sup>1</sup> Damit ist das Gericht im Wesentlichen der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 03.12.2009 gefolgt, das die deutschen Regelungen für nicht vereinbar mit Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) erklärt hatte – insbesondere würde damit gegen das Diskriminierungsverbot gemäß Art. 14 EMRK in Verbindung mit Art. 8 EMRK, dem Recht auf Achtung des Familienlebens, verstoßen. Vgl. EGMR, Zaunegger gegen Deutschland, Nr. 22028/04, Urteil vom 03.12.2009.

Bis Anfang März 2012 wurden im Wesentlichen drei Modelle für eine Neuregelung des Sorgerechts diskutiert. Zu den bisher gemachten Vorschlägen der Antrags-, Widerspruchs- und Kompromisslösung kam nach dem Koalitionsgipfel am 04.03.2012 mit der sogenannten Verfahrenslösung ein viertes Modell hinzu.

Der Arbeitskreis Familienhilfe/-politik hat sich intensiv mit dem Thema auseinandergesetzt. Vor dem Hintergrund dieser Beratungsergebnisse hat der Paritätische eine Positionierung zu den vorliegenden Modellen für eine Reform des Sorgerechts für nicht miteinander verheiratete Eltern erarbeitet.

## **II. Die Modelle im Einzelnen:**

### **1. Widerspruchslösung**

Die Widerspruchslösung beinhaltet die Regelung, dass bei anerkannter Vaterschaft und Erklärung zur Sorgeübernahme der Vater das gemeinsame Sorgerecht mit der Mutter erhält. Die Mutter soll dem innerhalb einer bestimmten (noch festzulegenden) Frist widersprechen können. Wird Widerspruch seitens der Mutter eingelegt, muss gerichtlich überprüft werden, ob das gemeinsame Sorgerecht im Einklang mit dem Kindeswohl steht oder die Mutter die Alleinsorge erhalten soll.

Bewertung: Bei dieser Lösung erhalten beide Elternteile gleichberechtigt das Sorgerecht von Geburt an. Dabei bleiben jedoch die Lebensumstände der Eltern außer Acht. Wichtige Informationen wie beispielsweise das Verhältnis der Eltern, die aktuelle Wohnsituation, die gelebte Beziehung des Vaters zum Kind, die Kompromissbereitschaft der Eltern, usw. würde das Gericht nach diesem Modell erst nach dem Widerspruch der Mutter erhalten. Ein am Kindeswohl orientiertes Verhalten beider Elternteile würde hier vorausgesetzt. Eine derartige gesetzliche Regelung würde Fälle, in denen Eltern nicht konstruktiv zusammenwirken, unberücksichtigt lassen und würde die gerichtliche Überprüfung des Kindeswohls vom Widerspruch der Mutter abhängig machen.

### **2. Antragslösung**

Bei der Antragslösung erhält zunächst die Mutter das Sorgerecht. Wenn die Eltern sich nicht auf die gemeinsame Sorge einigen können, kann der Vater einen Antrag beim Familiengericht stellen, dass das Sorgerecht auf beide Elternteile übertragen werden soll. Prüfmaßstab des Gerichts ist das Kindeswohl.

Bewertung: Die Antragslösung entspricht der vom Bundesverfassungsgericht erarbeiteten Übergangslösung. Bei dieser Lösung wird häufig die Kritik vorgetragen, dass auch ein Vater, der mit der Mutter zusammenlebt und sich um das Kind kümmert, einen Antrag auf das gemeinsame Sorgerecht stellen muss - selbst wenn offensichtlich ist, dass dies dem Kindeswohl entspricht. Gegen diesen Einwand sprechen aus Sicht des Paritätischen gleich mehrere Argumente. Zum einen wäre

hier nicht zu erwarten, dass die Mutter Einwände gegen ein gemeinsames Sorgerecht erhebt und mit dem Vater des Kindes eine gemeinsame Sorgeerklärung abgibt oder das Gericht zu einem negativen Ergebnis käme. Der Aufwand für den nichtehelichen Vater wäre nicht viel erheblicher als die Anerkennung der Vaterschaft. Zum anderen ist zu beachten, dass das vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Antragsmodell auch im Einklang mit der europäischen Rechtsprechung steht. Mit Urteil vom 05.10.2010 hat der Europäische Gerichtshof deutlich gemacht, dass es nicht gegen die EMRK verstoße, wenn *„das Sorgerecht grundsätzlich ausschließlich der Mutter zuerkannt wird und ein leiblicher Vater nur aufgrund einer Gerichtsentscheidung über ein Sorgerecht verfügt. Ein solches Erfordernis ermöglicht es nämlich dem zuständigen nationalen Gericht, eine Entscheidung über die Sorge für das Kind und die Rechte auf persönlichen Umgang mit ihm unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände wie der von dem vorlegenden Gericht genannten zu treffen, darunter insbesondere die Umstände betreffend die Geburt des Kindes, die Art der Beziehung zwischen den Eltern, die zwischen jedem Elternteil und dem Kind bestehende Beziehung sowie die Fähigkeit jedes Elternteils, die Aufgabe der Sorge zu übernehmen. Durch die Berücksichtigung dieser Umstände wird das Kindeswohl gemäß Art. 24 Abs. 2 der Charta<sup>2</sup> geschützt.“<sup>3</sup>*

Ferner kann angeführt werden, dass Väter, die bereit sind, Verantwortung für ihr Kind zu übernehmen, sich nicht dadurch davon abhalten lassen dürften, dass sie einen Antrag beim zuständigen Familiengericht stellen müssen. Vielmehr können diese Väter ihren Willen zur Wahrnehmung der gemeinsamen elterlichen Sorge durch die Antragstellung noch unterstreichen.

### **3. Kompromisslösung (alte Kompromisslösung)**

Dieses Modell sieht ebenfalls vor, die Alleinsorge bei der Mutter zu belassen. Gibt der Vater eine Sorgeerklärung ab, kann die Mutter binnen acht Wochen widersprechen. Widerspricht sie innerhalb der Acht-Wochen-Frist nicht, entsteht das gemeinsame Sorgerecht. Wird Widerspruch eingelegt, kann der Vater das Familiengericht anrufen.

Bewertung: Die hier dargestellte „alte“ Kompromisslösung wurde vom Bundesjustizministerium Anfang 2011 vorgestellt. Dieses Modell sollte die Antrags- und Widerspruchslösung miteinander vereinigen. Diesem Ansatz, der vorsieht, dass ein Untätigbleiben der Mutter nach der Antragstellung des Vaters das gemeinsame Sorgerecht entstehen lässt, kann aus Sicht des Paritätischen nicht gefolgt werden. Die Regelung erweckt den Anschein, als würde der unterbliebene Widerspruch seitens der Mutter mit dem gemeinsamen Sorgerecht „bestraft“. Zum anderen übersieht dieser Vorschlag, dass im Zivilrecht dem Schweigen im Sinne eines

---

<sup>2</sup> Charta = Charta der Grundrechte der Europäischen Union; Artikel 24 der Charta – Rechte des Kindes, Absatz 2: *„Bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher oder privater Einrichtungen muss das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein.“*

<sup>3</sup> EuGH, Urteil vom 5. 10. 2010 - C-400/10 PPU (Lexetius.com/2010,6072).

Nichtstuns in der Regel kein Erklärungswert beigemessen wird.<sup>4</sup> Im Übrigen kann hier auf die Argumentation zur Widerspruchslösung (III. Nr. 1) verwiesen werden.

#### **4. Verfahrenslösung (neue Kompromisslösung)**

Die Bundesregierung hat sich im Rahmen des Koalitionsgipfels am 04.03.2012 auf eine sogenannte Verfahrenslösung verständigt. Väter sollen nach diesem Ansatz wählen können, ob sie nach Abgabe einer Sorgeerklärung das Sorgerecht direkt beim Familiengericht beantragen oder mit Hilfe des Jugendamtes prüfen, ob ein Einvernehmen mit der Mutter bezüglich des gemeinsamen Sorgerechts erzielt werden kann. Unabhängig von seiner Wahl, kann der Vater jederzeit das Familiengericht anrufen. Vor allem wenn sich herausstellt, dass im Gespräch mit dem Jugendamt keine Einigung erzielt werden kann oder die Mutter sich nicht äußert. Im gerichtlichen Verfahren hat die Mutter sechs Wochen Zeit, in denen sie zum Antrag des Vaters Stellung nehmen kann. In Fällen, in denen die Mutter sich überhaupt nicht äußert oder in denen die Ablehnungsgründe erkennbar nichts mit dem Kindeswohl zu tun haben, kann das Gericht im Rahmen eines beschleunigten schriftlichen Verfahrens entscheiden. Hierbei soll auf die Anhörung des Jugendamtes und die persönliche Anhörung der Eltern verzichtet werden können. Auch sieht dieses Modell eine Übertragung des Sorgerechts auf den Vater vor, wenn dies lediglich dem Kindeswohl nicht widerspricht (sog. „negative Kindeswohlprüfung“).<sup>5</sup>

Bewertung: Zu begrüßen ist, dass die Verfahrenslösung eine stärkere Einbeziehung des Jugendamtes bei der Beratung der Eltern vorsieht und das Erzielen einer einvernehmlichen Lösung in den Vordergrund stellt. Ebenfalls könnte die Rolle, die dem Gericht im Rahmen der Wahlmöglichkeit mit dem Jugendamt zuerkannt wird - nämlich die der Entscheidungsinstanz, die erst dann angerufen wird, wenn eine Einigung gescheitert ist - positiv bewertet werden. Die Wahlmöglichkeit des Vaters macht diese eher nachrangige Rolle des Familiengerichts jedoch wieder zunichte. Vor diesem Hintergrund erscheinen die beiden verschiedenen Möglichkeiten des Vaters als unmotivierter Kompromiss, an dessen Ende vermutlich immer das Gericht entscheiden wird. Doch nicht nur diese Widersprüchlichkeit innerhalb der vorgeschlagenen Regelung lässt Zweifel an ihrer Umsetzungsfähigkeit aufkommen. Auch innerhalb der Verfahrenslösung wird durch Schweigen eine Rechtsfolge in Gang gesetzt. Zudem sieht das beschleunigte Verfahren vor, eine Entscheidung ohne Anhörung des Jugendamtes und der Eltern herbeiführen zu können. Es erscheint daher fraglich, ob dieser Vorschlag, sollte er zu einer gesetzlichen Regelung gelangen, der höchstrichterlichen Rechtsprechung standhalten kann.

---

<sup>4</sup> Zu beachten ist ferner, dass selbst in Ausnahmefällen, in denen Schweigen eine Erklärungswirkung entfaltet, das Schweigen in der Regel als Ablehnung verstanden wird (vgl. Palandt, Ellenberger, v § 116 rn. 9).

<sup>5</sup> Siehe „Stetiges Wachstum, solide Finanzen, starker Zusammenhalt“ – Ergebnisse des Koalitionsausschusses am 04. März 2012, S. 13.

### III. Fazit

Nach Abwägung aller vier Lösungsvorschläge kann vom Paritätischen ein positives Votum nur für die Antragslösung erfolgen. Gegen die Kompromiss- und die Widerspruchslösung spricht, dass bei einer regelmäßigen Zuerkennung der gemeinsamen Sorge zwangsläufig auch Ergebnisse erzielt würden, die nicht mit dem Kindeswohl vereinbar wären. Die Möglichkeit, dagegen im Nachhinein Widerspruch einzulegen, greift hier zu kurz. Und auch die erst kürzlich von der Bundesregierung vorgeschlagene Verfahrenslösung weist zu große Schwachstellen auf. Wie bereits ausgeführt, ist es aus Sicht des Paritätischen zweifelhaft, ob die im Rahmen des Eilverfahrens – ohne Anhörung der Beteiligten – getroffenen Entscheidungen auch den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts genügen.

Prüfmaßstab aller Entscheidungen zum Sorgerecht muss immer das Kindeswohl sein. Diesem Grundsatz wird nach Auffassung des Paritätischen im Antragsmodell am besten Rechnung getragen. Darüber hinaus erhält nur der Elternteil das Sorgerecht, der Verantwortung für sein Kind auch tatsächlich übernehmen möchte.

Ferner können mit der Antragslösung die Anforderungen für eine gesetzliche Neuregelung des gemeinsamen Sorgerechts für nicht miteinander verheiratete Eltern, die der EGMR und das BVerfG vorgelegt haben, umgesetzt werden. Wie bereits dargestellt, hat der Europäische Gerichtshof festgestellt, dass eine Regelung, die einen Antrag des Vaters voraussetzt, nicht gegen das Diskriminierungsverbot der EMRK und auch nicht gegen das Kindeswohl gemäß Art. 24 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verstößt. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass das Antragsverfahren einer höchstrichterlichen Überprüfung standhalten wird.

Gestützt wird dieses Argument auch von der Rechtswirklichkeit in Deutschland. Die Antragslösung entspricht der Übergangsregelung des Bundesverfassungsgerichts, die seit mehr als eineinhalb Jahren von den Gerichten angewendet wird. Das bedeutet, die Familiengerichte haben bereits Erfahrungen mit der Anwendung der Antragslösung gemacht und können sich, was diese Regelung anbelangt, sicher sein, dass sie – weil selbst vom Bundesverfassungsgericht entwickelt – den rechtlichen Vorgaben entspricht.

Ein weiteres Argument für das Antragsmodell, ist das Bestreben, Eltern für die Thematik des gemeinsamen Sorgerechts zu sensibilisieren. Wie die vom Bundesjustizministerium in Auftrag gegebene Studie „Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern“ zeigt, besteht hier noch großer Handlungsbedarf. So würden zwar etwa 60 Prozent der Eltern kurz vor dem Geburtstermin eine übereinstimmende Erklärung zur gemeinsamen Sorge abgeben, eine Beratung durch das Jugendamt würde jedoch nur von knapp 50 Prozent aller Befragten in Anspruch

genommen.<sup>6</sup> Hier wäre es nun die Aufgabe des Gesetzgebers, zusätzlich eine Regelung zu schaffen, die die Jugendämter stärker mit in die Verantwortung einbezieht. Häufig sind sich die Eltern der Tragweite ihrer Entscheidung gar nicht bewusst oder haben schlicht Unkenntnis darüber, dass die gemeinsame Sorge übereinstimmend und orientiert am Kindeswohl erklärt werden muss. Auch wäre es denkbar, die Standesämter zu verpflichten, die Eltern auf diese Möglichkeit aufmerksam zu machen. Dadurch könnte man Eltern selbstbestimmte Entscheidungen ermöglichen, bei deren Zustandekommen sie aktiv mitwirken müssen. Lediglich das Antragsmodell gewährt den Eltern einen solchen Spielraum. Die übrigen Ansätze schaffen Tatsachen, die nicht nur das Kindeswohl gefährden können, sondern die Mütter und Väter durch den Ablauf von Fristen bei der Entscheidungsfindung unter Zeitdruck setzen.

Abschließend bleibt festzuhalten, dass mit der Antragslösung die Problematik der sogenannten „Altfälle“, die grundsätzlich bei gesetzlichen Neuregelungen beachtet werden muss, entfällt. Die Antragslösung stellt selbst die Übergangslösung dar und bietet jedem Vater, der keine gemeinsame Sorgeerklärung in der Vergangenheit abgegeben hat, die Möglichkeit, einen Antrag beim zuständigen Familiengericht zu stellen.

Berlin, 8. März 2012  
Franziska Pabst  
Referentin für  
Familienhilfe - politik und Frauen

---

<sup>6</sup> Vgl. „Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern“ (vorgezogener Endbericht), Dr. Karin Jurczyk & Prof. Dr. Sabine Walper, Deutsches Jugendinstitut e.V., Ludwig-Maximilians-Universität München, S. 128+S.133 (446).