

Position des Väteraufbruch für Kinder e.V. zur gemeinsamen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern.

(verabschiedet vom Bundesvorstand einstimmig am 11.01.2010)

Nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EuGMR) vom 3.12.2009 im Fall Zaunegger müssen auch in Deutschland Väter, die mit der Mutter ihres gemeinsamen Kindes nicht verheiratet sind, einen Zugang zur gemeinsamen elterlichen Sorge erhalten, der unabhängig von der mütterlichen Zustimmung ist. Der Väteraufbruch für Kinder e.V. empfiehlt als Lösung die gemeinsame Sorge ab Vaterschaftsanerkennung, möglichst ab Geburt als Regelfall auch für alle nicht miteinander verheiratete Eltern. In einigen wenigen Ausnahmefällen, die gesetzlich genau zu bestimmen sind, mag diese Regel ausgesetzt sein. Notwendiger Teil dieser Lösung ist, dass die Vaterschaftsanerkennung ohne die Zustimmung der Mutter oder Dritter wirksam werden soll, aber begleitet werden muss von einer eidesstattlichen Erklärung des Anerkennenden, der Mutter in der Empfängniszeit beigewohnt zu haben. Darüber hinaus hat der Anerkennende vorab in eine genetische Untersuchung zur Klärung der leiblichen Abstammung nach BGB § 1598a einzuwilligen.

Gegenwärtig wird eines von vier im Westen und fast zwei von drei Kindern im Osten Deutschlands nicht ehelich geboren. Jedes dieser Kinder hat ein Grundrecht, von seinen beiden Eltern umsorgt zu werden. Jedes Jahr wird dieses Kinderrecht jedoch etwa 110.000 Neugeborenen verwehrt, weil keine gemeinsame Sorgeerklärung zustande kommt. Aufgrund der gegenwärtigen Rechtslage wird diesen Kindern der vollgültige Vater dauerhaft vorenthalten. Das ist im Westen jedes siebte, und im Osten jedes vierte aller neugeborenen Kinder.

Sollte mit der Mutter nicht verheirateten Vätern bei der anstehenden Reform lediglich ein Klagerecht auf gemeinsame elterliche Sorge nach Kindeswohlprüfung („Antragslösung“) eingeräumt werden, dann wird dieser Zustand in eine unabsehbare Zukunft hinein verlängert: Die Erfahrungen seit 2004 mit dem *Gesetz zur Einführung einer Übergangsregelung zum Kindschaftsrechtsreformgesetz* für nicht miteinander verheiratete Eltern, die sich vor 1998 getrennt hatten, und für die nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 29.01.2003 genau eine solche Antragslösung geschaffen werden musste, sind eindeutig: die Antragslösung hat nur in einer winzigen Zahl von Fällen zur gemeinsamer Sorge geführt. Nur in 43 Fällen wurde gemeinsame Sorge gerichtlich begründet. Während des gleichen Zeitraums wurden 487.179 Sorgeerklärungen von Eltern abgegeben. Nun liegt auch in Ländern mit einem „Antragsverfahren“ – wie etwa Großbritannien – der Anteil von nicht-ehelich geborenen Kindern mit gemeinsamer Sorge beider Eltern höher als bei uns. Dennoch ist ein Antragsverfahren grundsätzlich

Konflikt stiftend und gefährdet die Kooperation der Eltern bei der Erziehung ihres gemeinsamen Kindes. Nur eine Lösung nach den Vorstellungen des Väteraufbruch für Kinder e.V. ist geeignet, allen Kindern zwei vollgültige Eltern verschaffen.

Die Empfehlungen des Väteraufbruch für Kinder e.V. orientieren sich an den erprobten Regelungen in den Artikeln 316, 332 und 372 des Code Civil der Französischen Republik, die einer ganzen Reihe anderer europäischer Staaten als Vorbild für ihr eigenes Kindschaftsrecht gedient haben.

Der Väteraufbruch weiß die Mehrzahl moderner Eltern, die Mehrzahl von jungen Frauen, und auch die Mehrheit der Wählerschaft überhaupt hinter diesen Empfehlungen. Insofern ist die Gesellschaft nicht beim Kindschaftsrecht von 1998 und auch nicht beim Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur gemeinsamen Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern von 2003 stehen geblieben.

Die Empfehlungen des Väteraufbruch für Kinder e.V. sind eingebettet in Empfehlungen zur Schaffung einer neuen Beratungs- und Mediationskultur für Eltern. Nach Ansicht des Väteraufbruch für Kinder besteht weit über die Neuregelung der elterlichen Sorge hinaus zusätzlicher familienpolitischer Handlungsbedarf, um Väter stärker in die Familien einzubinden. Beispielsweise fehlt bisher ein wirksamer Schutz von aktiven Vätern gegen berufliche Diskriminierung sowie ein Beratungsangebot, das jungen Eltern bei der Entwicklung ihrer individuellen Strategie zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie unterstützt.

Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 03.12.2009

Die Bundesrepublik Deutschland wird durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EuGMR) vom 03.12.2009 im Verfahren Zaunegger gegen Deutschland (Application no. 22028/04) gezwungen, Vätern, die mit der Mutter des Kindes nicht verheiratet sind und wegen einer fehlenden, aber bislang unersetzlichen Zustimmung der Mutter von einer gemeinsamen Sorge für das gemeinsame Kind ausgeschlossen sind, nun einen von der Zustimmung der Mutter unabhängigen Weg zur gemeinsamen Sorge zu schaffen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat die tragenden Gründe des Urteils des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 29.01.2003 (1 BvL 20/99 und 1 BvR 933/01) als mit den Artikeln 8 (Achtung des Familienlebens) und 14 (Diskriminierungsverbot) der Europäischen Menschenrechtskonvention unvereinbar zurückgewiesen und festgestellt, dass der deutsche Gesetzgeber keinesfalls typisierend und ohne die Eröffnung einer gerichtlichen Einzelfallprüfung annehmen durfte, dass eine ohne die ausdrückliche Zustimmung der Mutter errichtete gemeinsame Sorge regelmäßig mehr Nachteile als Vorteile für das Kind mit sich bringen würde¹.

Europäischer Vergleich

Aus einem rechtsvergleichenden Überblick über die Gesetzeslage und Rechtsprechung der Mitgliedsländer des Europarates (im EuGMR Urteil selbst), aus einer Durchsicht der Internet-Darstellung des Nationalen Kindschaftsrechts innerhalb der Europäischen Union² und aus einer Übersicht des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung für den Schweizer Nationalrat von 2004³ ergibt sich, dass nur eine geringe Zahl europäischer Länder der Mutter ein Vetorecht gegen die gemeinsame Sorge mit dem mit ihr nicht verheirateten Vater einräumen: ein gesetzliches in Deutschland, Österreich, Schweiz, Liechtenstein, Norwegen, Serbien und ein durch die Rechtsprechung wegen Fehlens einer einschlägigen Gesetzesnorm in Luxemburg und Tschechien. In den Niederlanden und in Spanien hat die Rechtsprechung dem Mangel einer einschlägigen Gesetzesnorm allerdings

¹ „ ... Der Gesetzgeber durfte davon ausgehen, dass eine gegen den Willen eines Elternteils erzwungene gemeinsame Sorge regelmäßig mit mehr Nachteilen als Vorteilen für das Kind verbunden ist. Die gemeinsame Sorge setzt im Interesse des Kindes ein Mindestmaß an Übereinstimmung zwischen den Eltern voraus. Fehlt es hieran und sind die Eltern zur Kooperation weder bereit noch in der Lage, kann die gemeinsame Sorge für das Kind dem Kindeswohl zuwiderlaufen ... Die Begründung der gemeinsamen Sorge ist dabei nicht von einer Kindeswohlprüfung im Einzelfall abhängig. ... Will die Mutter trotz Zusammenlebens mit dem Vater und dem Kind keine Sorgeerklärung abgeben, durfte der Gesetzgeber davon ausgehen, dass sie sich nur ausnahmsweise und nur dann so verhält, wenn sie dafür schwerwiegende Gründe hat, die von der Wahrung des Kindeswohls getragen werden ... “ BVerfG vom 29.01.2009 (1 BvL 20/99 und 1 BvR 933/01)

² (http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_gen_en.htm)

³ (Avis 04-046 in www.isdc.ch)

durch die Einrichtung eines von der Zustimmung der Mutter unabhängigen Klageweges des Vaters zur gemeinsamen Sorge abgeholfen.

In der weitaus überwiegenden Zahl der Mitgliedsländer des Europarates gibt es einen gesetzlichen Weg des Vaters zur gemeinsamen Sorge ohne Vetorecht der Mutter.

Bei einer Minderheit ist dieser Weg ein Antragsverfahren – die Mutter hat zunächst die Alleinsorge, der Vater kann bei Gericht um die gemeinsame Sorge nachsuchen, die nach Kindeswohlprüfung einzurichten ist: so in Dänemark, Finnland, Italien, Irland, Portugal, Schweden, Vereinigtes Königreich.

Bei der überwiegenden Mehrheit der Mitgliedsländer des Europarates - in Belgien, Bulgarien, Estland, Frankreich, Lettland, Litauen, Malta, Monaco, Polen, Rumänien, Russische Föderation, Slowakei, Slovenien, Ukraine, Ungarn, Zypern - hingegen wird mit der Feststellung der Vaterschaft die gemeinsame Sorge eingerichtet, gegen das die Mutter oder staatliche Einrichtungen ein Widerspruchsrecht haben.

Empfehlung des Väteraufbruch für Kinder e.V.

Der Väteraufbruch für Kinder e.V. empfiehlt als Lösung die gemeinsame Sorge ab Vaterschaftsanerkennung, möglichst ab Geburt als Regelfall auch für alle nicht miteinander verheiratete Eltern. In einigen wenigen Ausnahmefällen, die gesetzlich genau zu bestimmen sind, mag diese Regel bei nicht verheirateten Eltern ausgesetzt sein. Notwendiger Teil dieser Lösung ist, dass die Vaterschaftsanerkennung ohne die Zustimmung der Mutter oder Dritter wirksam werden soll, aber begleitet werden sollte von einer eidesstattlichen Erklärung des Anerkennenden, der Mutter in der gesetzlichen Empfängniszeit beigewohnt zu haben, und der glaubhaften Bereitschaft zur einer genetischen Untersuchung zur Klärung der leiblichen Abstammung nach BGB § 1598a.

Als Ergebnis des EuGMR Urteils ist also BGB § 1626a „Elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern; Sorgeerklärungen“ neu zu fassen, der gegenwärtig lautet:

(1) Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht ihnen die elterliche Sorge dann gemeinsam zu, wenn sie

1. erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen (Sorgeerklärungen), oder

2. einander heiraten.

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

Diese Vorschrift soll die Fassung erhalten:

(1) Vater und Mutter steht die elterliche Sorge gemeinsam zu.

(2) Erfolgt die Anerkennung der Vaterschaft später als ein Jahr, nachdem der Vater von der Geburt Kenntnis erhielt oder erhalten konnte, oder wurde die Vaterschaft ohne vorherige Anerkennung gerichtlich festgestellt, so hat die Mutter die alleinige Sorge, es sei denn, beide Eltern

1. erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen (Sorgeerklärungen), oder

2. heiraten einander.

(3) Auf Antrag des Vaters kann das Familiengericht in den Fällen des (2) 1. die Erklärung der Mutter durch Beschluss ersetzen, wenn dem das Kindeswohl nicht entgegensteht.

Eine Kindeswohlprüfung für die Zuerkennung der gemeinsamen Sorge soll ausdrücklich in der Neufassung des §1626a nicht vorgesehen werden, da sie auch nicht für die Zuerkennung der gemeinsamen Sorge bei miteinander verheirateten Eltern vorgesehen ist. Dort wo sich im Einzelfall aus einem Missbrauch oder der Unfähigkeit zur Ausübung der gemeinsamen Sorge eine konkrete Kindeswohlgefährdung ergibt, soll bei miteinander verheirateten wie unverheirateten Eltern in gleicher Weise das Instrumentarium des BGB §1671 in Anwendung kommen.

Unvermeidlich wird in diesem Zusammenhang auch eine Reform des geltenden Vaterschaftsrechts. Nachdem die tragende Feststellung des Bundesverfassungsgerichtsurteils vom 29.01.2003, wonach der Gesetzgeber davon ausgehen durfte, dass die Mutter sich der Begründung einer gemeinsamen Sorge „*nur ausnahmsweise und nur dann*“ verschließe, „*wenn sie dafür schwerwiegende Gründe hat, die von der Wahrung des Kindeswohls getragen werden*“ nach den Feststellungen des EuGMR Urteils vom 03.12.2009 vor der Lebenswirklichkeit nicht standhält, wird auch der deutsche Gesetzgeber in Beachtung seiner völkerrechtlichen Verpflichtungen davon auszugehen haben, dass ein nicht unerheblicher Teil aller nicht mit dem Vater verheirateten Mütter nicht nur ausnahmsweise und nicht nur aus Kindeswohlgründen sich einer gemeinsamen Sorge entziehen möchte.

Aus Sicht einer mit dem Vater nicht verheirateten Mutter, die sich im Verhältnis zu diesem nicht nur vom Kindeswohl leiten lässt, sondern den Vater weitgehend aus ihrem eigenen und dem Leben des Kindes heraushalten möchte, gab es bisher auch aus eigenem Interesse nur wenige rationale Gründe, sich dem Wunsch des leiblichen Vaters nach Errichtung der rechtlichen Vaterschaft durch die Anerkennung der Vaterschaft nach BGB §1594ff dadurch zu verschließen, dass sie ihre Zustimmung nach BGB § 1595 (1) verweigerte. Denn die Anerkennung der Vaterschaft brachte bisher nur wenige und kaum durchsetzbare Rechte: von der Sorge blieb der anerkennende Vater ausgeschlossen, und sein Umgangsrecht konnte von einer entschlossenen und entsprechend beratenen Mutter fast risikolos auf ein Minimum herabgedrückt werden.

Wenn nun der mit der Mutter nicht verheiratete Vater auch ohne die Zustimmung der Mutter zur gemeinsamen Sorge kommt, und überdies die Familiengerichte die erweiterten Durchsetzungsmöglichkeiten der Rechte des abwesenden Elternteils nach der zum 01.09.2009 in Kraft getretenen FGG Reform nutzen werden, könnte die Verweigerung der Zustimmung zur Vaterschaftsanerkennung eine ernsthafte Option für Mütter werden, die den Vater aus dem Leben des gemeinsamen Kindes heraushalten wollen. In einschlägigen Internet-Foren wird seit dem Urteil aus Straßburg immer wieder diese Folgerung gezogen und angekündigt.

Ohne eine Reform des

BGB § 1595 Zustimmungsbedürftigkeit der Anerkennung

(1) Die Anerkennung bedarf der Zustimmung der Mutter.

(2) Die Anerkennung bedarf auch der Zustimmung des Kindes, wenn der Mutter insoweit die elterliche Sorge nicht zusteht.

(3) Für die Zustimmung gilt § 1594 Abs. 3 und 4 entsprechend.

könnte also der nunmehr durch das EuGMR Urteil unabweisbar gewordene Zugang des mit der Mutter nicht verheirateten Vaters zur gemeinsamen Sorge auch ohne deren Zustimmung in vielen Fällen ins Leere laufen.

Eine überzeugende Lösung kann nicht darin bestehen, zur alten, vor 1998 geltenden Regelung zurückzukehren, wonach nicht die Mutter, sondern das Kind zuzustimmen hat. Denn es bedürfte dann eines eigenen Verfahrens zur gerichtlichen Ersetzung einer fehlenden Zustimmung der dann immer noch alleinvertretungsberechtigten Mutter.

Auch bezüglich der Zustimmungserfordernis der Mutter nach § 1595 (1) gilt nun verbindlich die Feststellung des EuGMR, dass der deutsche Gesetzgeber nicht mehr davon ausgehen darf, dass die Mutter sich bei Gewährung oder Versagung der Zustimmung stets vom Kindeswohl leiten lässt. Und es gilt weiter der Grundsatz aus der Rechtsprechung des EuGMR in *Mizzi gegen Malta* vom 12.01.2006 (Application no. 26111/02) und in *Kroon und andere gegen die Niederlande* vom 27.10.1994 (Application no. 18535/91), welcher auch im BVerfG Urteil vom 13.02.2007 (1 BvR 421/05) zu den heimlichen Vaterschaftstests Teil der tragenden Argumentationskette war, dass (1) rechtliche Abstammungsvermutungen nicht gegenüber biologischen Fakten die Oberhand behalten dürfen, (2) der Gesetzgeber die rechtlichen Abstammungsbeziehungen entsprechend der biologischen zu gestalten habe, und (3) der Gesetzgeber den Bürgern überdies ein zumutbares und erfolgversprechendes Verfahren zur Durchsetzung dieses Grundsatzes bereitzustellen habe.

Eine überzeugende Lösung wird darin bestehen, eine Vaterschaftsanerkennung in den Formen des BGB § 1594 auch ohne Zustimmung wirksam werden zu lassen. Um Kind und Mutter gegen Irrtum, Erpressung, Rache oder andere niedere Motive zu

schützen, sollte die Vaterschaftsanerkennung verbunden sein müssen mit einer eidesstattlichen Erklärung des Anerkennenden, der Mutter während der gesetzlichen Empfängniszeit beigewohnt zu haben, und der Bereitschaft zu einem sofortigen Vaterschaftstest. Kind, Mutter und zuständige Behörde nach § 1600 (1) 5 sollten vom Anerkennenden im Gegenzug den unverzüglichen Vaterschaftstest auch verlangen können.

Eine mögliche Lösung könnte durch eine völlige Neufassung des § 1595 gestaltet werden:

(1) Die Anerkennung der Vaterschaft nach § 1592 Punkt 2 setzt voraus, dass nicht die Vaterschaft eines anderen Mannes besteht, der anerkennende Mann an Eides Statt versichert, der Mutter in der gesetzlichen Empfängniszeit beigewohnt zu haben, und in eine genetische Untersuchung zur Klärung der leiblichen Abstammung nach § 1598a glaubhaft einwilligt.

(2) Die nach den Formerfordernissen dieses Gesetzes abgegebene Anerkennung der Vaterschaft ist ohne Zustimmung Dritter wirksam.

(3) Das Kind oder die Mutter oder die zuständige Behörde nach § 1600 (1) 5 kann der Anerkennung der Vaterschaft widersprechen, indem es oder sie eine genetische Untersuchung zur Klärung der leiblichen Abstammung nach § 1598a beantragt. Das Familiengericht hat diesem Antrag statt zu geben.

Eine durchaus erwünschte Wirkung dieser Regelung wäre, dass der sicherste Schutz von Kind und Mutter gegen eine falsche Vaterschaftsanerkennung wäre, dass die Mutter rasch vom dem Mann, von dem das Kind abstammt, eine Anerkennung einholt, oder die Vaterschaft gerichtlich feststellen lässt. Die Widerspruchsberechtigung der zuständigen Behörde nach § 1600 (1) 5 soll in Zukunft nicht nur die inländischen Sozialkassen schützen, sondern auch das Kindeswohl wahren in Fällen, in denen ein Mann, vom dem das Kind nicht abstammt, fälschlich die Vaterschaft anerkennt. Da nach der hier beschriebenen Lösung nun mit der Anerkennung der Vaterschaft freilich die gemeinsame Sorge begründet wird, werden Fälle, in denen die Mutter ein Interesse an einer Anerkennung durch den falschen Mann haben könnte, eher seltener sein als bei der gegenwärtigen Regelung. Nach Muscheler⁴, der langjährige Statistiken zitiert, hat der Anerkennende in der Regel gute Gründe. Böswillig falsche Anerkennungen ohne vorherige Absprache mit der Mutter dürften unter der neuen Regelung ebenso selten bleiben wie gegenwärtig; die gleichzeitig abzugebende eidesstattliche Erklärung und die rasch durchzuführende genetische Untersuchung bieten ausreichenden Schutz.

⁴ Muscheler K (2006) Familienrecht. Neuwied: Luchterhand., S 274

Begründung dieser Empfehlung des Väteraufbruch für Kinder e.V.

Diese Empfehlung des Väteraufbruch für Kinder ergibt sich aus dem Recht aller Kinder auf Erziehung und Zuwendung durch beide, gleichberechtigte, auch rechtlich vollwertige Eltern, und aus dem Recht von Kindern, nicht durch den Familienstatus und die Beziehungsverhältnisse ihrer Eltern gegenüber anderen Kindern aus anderen Lebensumständen diskriminiert zu werden oder sonst Nachteile zu erleiden, wie dies in der Kinderrechtskonvention der Vereinten Nationen, der Europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 8 und Art. 14), und dem Grundgesetz Art. 6 (5) gewährleistet wird.

1. Aus einem Überblick über die Rechtsentwicklung in Europa ergeben sich zwei mögliche Lösungen:

Entweder erhält der Vater das Recht, die gemeinsame Sorge bei Gericht zu beantragen, wenn die zunächst allein berechnigte Mutter nicht teilen will (Antragslösung). Will man es dem Vater leicht machen, dürfte dieser Antrag nur bei Kindeswohlgefährdung abgelehnt werden; will man es ihm schwer machen, könnte ein Sorgeplan oder gar Nachweise der Kindeswohlförderlichkeit verlangt werden.

Oder aber man billigt regelmäßig allen nicht-ehelichen Vätern die gemeinsame Sorge von Anfang an zu, räumt aber der Mutter bestimmte Widerspruchsmöglichkeiten ein, etwa wenn der Vater sich zu lange Zeit lässt, die Vaterschaft anzuerkennen, oder die Vaterschaft gerichtlich festgestellt werden muss (Widerspruchslösung). Auch hier kann man es durch weitere Auflagen dem Vater leichter oder schwerer machen.

Gerechtigkeitserwägungen sowie die langjährige Beratungs- und Beistandserfahrung des Väteraufbruch für Kinder e.V. sprechen für die zweite Lösung. Gerade wenn die Mutter nicht sicher ist, inwieweit sie dem Vater trauen will, zwingt man bei einer Antragslösung den Vater in einen Streit vor Gericht, der, egal wie er entschieden wird, Wunden für immer hinterlässt. Der Vater muss aber diesen Streit beginnen, denn ab dem Moment der Geburt arbeitet die Zeit gegen ihn. Je länger die Mutter jetzt die Sorge alleine hat, umso seltener wird sie später freiwillig teilen, und umso seltener werden die Familiengerichte sie dazu zwingen. Bei einer gemeinsamen Sorge als Regelfall werden aber beide Eltern aus wohlverstandenen Eigeninteresse und in der Erfüllung ihrer gesetzlichen Elternpflichten so gut zusammenarbeiten wie sie nur irgend können.

Die gemeinsame Sorge als Regelfall ab Vaterschaftsanerkennung, möglichst ab Geburt stiftet mehr Frieden als anfängliche Alleinsorge der Mutter mit Klagerecht des Vaters.

2. Im Übrigen entspricht die von uns empfohlene Lösung auch besser den Maßstäben des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 29.01.2003.

„ ... Leben Vater und Mutter mit dem Kind zusammen und sind beide bereit und in der Lage, die Elternverantwortung zu übernehmen, entspricht es regelmäßig dem Kindeswohl, wenn beiden Eltern das Sorgerecht zuerkannt wird, werden hiermit doch die emotionalen Bindungen des Kindes an seine beiden Eltern rechtlich abgesichert. Gleichzeitig wird dadurch den Eltern ihre gemeinsame Verantwortung für das Kind

verdeutlicht, und die gemeinsame Sorge kann zur Verstärkung der Eltern-Kind-Beziehung beitragen.

....

Mit § 1626 a BGB hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass die elterliche Sorge grundsätzlich beiden Eltern gemeinsam zukommt (vgl. BTDrucks 13/4899, S. 93).

....

Ziel des Kindschaftsrechtsreformgesetzes, mit dem § 1626 a BGB eingeführt worden ist, war es, im Interesse der Kinder die gemeinsame elterliche Sorge auch für nicht miteinander verheiratete Eltern zu ermöglichen, diese Sorgeform zu fördern und dabei die Elternautonomie zu stärken (vgl. BTDrucks 13/8511, S. 64 ff.). Deshalb wurde es abgelehnt, die Begründung der gemeinsamen Sorge von einer Kindeswohlprüfung im Einzelfall abhängig zu machen (vgl. BTDrucks 13/4899, S. 58f.).“

Da nun das absolute Vetorecht der Mutter nach dem Urteil des EuGMR nicht weiterbestehen kann, entspricht es der Logik dieser Ausführungen des BVerfG, die sich der Väteraufbruch für Kinder nachdrücklich zu eigen macht, dann nun allen nicht miteinander verheirateten Eltern ohne vorherige einzelfallbezogene Kindeswohlprüfung die gemeinsame elterliche Sorge zuzubilligen, und eine rechtliche Überprüfung dagegen sich richtender Bedenken nur in der gleichen Weise wie bei mit einander verheirateten Eltern zu ermöglichen.

Elterliche Sorge sollte so wenig wie möglich eine Rechtsposition sein, die man sich erkämpfen muss.

3. Die Erfahrungen mit den Altfällen, d. h. von nicht miteinander verheirateten Eltern, die sich vor In-Kraft-Treten des § 1626a getrennt hatten, bei denen das BVerfG im Urteil vom 29.01.2003 dem Gesetzgeber eine Antragslösung auferlegt hatte, sind eindeutig. Das *Gesetz zur Einführung einer Übergangsregelung zum Kindschaftsrechtsreformgesetz* für nicht miteinander verheiratete Eltern, das am 31.12.2003 in Kraft trat, hat nur in einer winzigen Zahl von Fällen zur gemeinsamen Sorge geführt.

Nach den „*Statistiken der Kinder und Jugendhilfe*“ des Statistischen Bundesamtes⁵ wurde bundesweit 2004-2008 in folgenden Fallzahlen rechtskräftig eine gemeinsame Sorge begründet – zum Vergleich ist die Zahl der Geburten bei nicht verheirateten Eltern und die Zahl der Sorgeerklärungen mit aufgeführt:

⁵ Artikelnummern: 5225202047005 bis: 5225202087005 unter www.destatis.de

West	Geburten bei nicht verheirateten Eltern	Sorgeerklärungen	gerichtlich ersetzte Sorgeerklärungen
2004	126912	55252	-
2005	129336	55855	16
2006	129962	57994	10
2007	136533	64131	8
2008	141864	68642	5
Ost (mit Berlin)	Geburten bei nicht verheirateten Eltern	Sorgeerklärungen	gerichtlich ersetzte Sorgeerklärungen
2004	70217	32948	-
2005	70786	34541	2
2006	71557	35991	1
2007	74520	39434	0
2008	77023	42391	1
Total 2004-2008	1028710	487179	43

Das heißt: seit Inkrafttreten des Gesetzes über die Altfälle – also seitdem es auch für den nicht mit ihr verheirateten Vater einen vom Willen der Mutter unabhängigen Weg zur gemeinsamen Sorge über ein Antragsverfahren gibt, sofern sich die Eltern vor 1998 getrennt hatten – wurde dieser Weg 43 mal erfolgreich beschritten. Zur gleichen Zeit wurde 487179 mal gemeinsame Sorge durch Sorgeerklärungen begründet. Der Väteraufbruch für Kinder kennt einige dieser wenigen Fälle gerichtlich ersetzter Sorgeerklärungen; es handelte es sich hier überwiegend um Fälle, bei denen die Mutter in ihrer Erziehungsfähigkeit schwer eingeschränkt, aber einsichtig war, und das Gericht ihr deshalb den Verlust der Sorge ersparen zu können glaubte. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht ging in diesen Fällen an den Vater.

Die Begründung der erfolglosen Verfahren – dazu scheint es keine Zahlen zu geben - auf eine gerichtlich ersetzte Sorgeerklärung kann man sich unschwer denken: Da die Mutter sich der ja unverändert möglichen Abgabe einer Sorgeerklärung all die Jahre hindurch verschlossen habe, habe sie dafür zumindest subjektiv schwerwiegende Gründe, die von der Wahrung des Kindeswohls getragen seien, so dass das für eine gemeinsame Sorge unerlässliche Mindestmaß an Kommunikation und Übereinstimmung zwischen den Eltern vom Gericht nicht vorausgesetzt werden könne.

Auch wenn man unterstellt, dass die Familiengerichte bei noch ganz kleinen Kindern und entsprechend viel kürzeren Dauer der mütterlichen Alleinsorge häufiger als bei

den Altfällen bereit wären, eine gemeinsame Sorge trotz fehlender Zustimmung der Mutter zu begründen, so wird die Zahl der auf diese Weise in die gemeinsame Sorge gelangenden Väter sehr gering bleiben, sofern die skeptische Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zu den faktischen Mindestvoraussetzungen gemeinsamer Sorge sich nicht ändert.

Die meisten Sorgeerklärungen werden mittlerweile in den ersten 1-2 Jahren nach der Geburt der Kinder abgegeben, die meisten später einander heiratenden Eltern haben vorher eine Sorgeerklärung abgegeben.

Die Zahlen in der obigen Tabelle zeigen somit:

Gegen die Alternative, gegebenenfalls die gemeinsame Sorge auf Antrag des Vaters nach Kindeswohlprüfung gerichtlich einzurichten („Antragslösung“) spricht: Jedes Jahr werden in unserem Land etwa 110.000 Kinder (218.887 nicht eheliche Geburten und 111.033 Sorgeerklärungen in 2008) geboren, bei denen eine gemeinsame Sorgeerklärung nicht zustande kommt, und denen folglich aufgrund der gegenwärtigen Rechtslage der vollgültige Vater dauerhaft vorenthalten wird.. Das ist im Westen jedes sechste, und im Osten jedes dritte neugeborene Kind. Die Umsetzung des Urteils des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs als Antragslösung wird diesen Zustand in eine unabsehbare Zukunft hinein verlängern. Die Erfahrungen seit 2004 mit dem *Gesetz zur Einführung einer Übergangsregelung zum Kindschaftsrechtsreformgesetz* für nicht miteinander verheiratete Eltern, die sich vor 1998 getrennt hatten, und für die nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 29.01.2003 genau eine solche Antragslösung geschaffen werden musste, sind eindeutig: die Antragslösung hat nur in einer winzigen Zahl von Fällen zur gemeinsamer Sorge geführt. Nur in 43 Fällen wurde gemeinsame Sorge gerichtlich begründet, während des gleichen Zeitraums wurden 487.179 Sorgeerklärungen abgegeben.

4. Ein zentrales Argument in der Begründung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 29.01.2003 war gewesen, eheliche Mütter hätten sich zur gemeinsamen Sorge schon vor der Geburt des Kindes entschlossen, ein vergleichbarer Willensakt fehle bei den nichtehelichen Müttern⁶. Dieses Argument wurde von der Bundesregierung in ihrer Klageerwiderung in Straßburg bekräftigt, und auch der von der Bundesregierung als ad-hoc Richter für dieses Verfahren nach § 29 1(a) der Rules of Court benannte Richter am Bundesgerichtshof Bertram Schmitt wiederholte dieses Argument in seinem Sondervotum⁷ zu dem 6:1 ergangenen Urteil des EuGMR.

Dieses Argument hat weder vor der Lebenswirklichkeit noch vor dem Menschenbild des Grundgesetzes Bestand.

⁶ „... Beide Eltern können nur dann gemeinsam Sorge tragen, wenn sie dies übereinstimmend wollen. Dies schränkt das väterliche Elternrecht nicht unberechtigt ein. Auch bei verheirateten Eltern beruht die gemeinsame Sorge auf den übereinstimmenden Erklärungen im Eheversprechen ...“ BVerfG vom 29.01.2009 (1 BvL 20/99 und 1 BvR 933/01)

⁷ „In the case of married parents joint custody is founded on joint declarations manifesting themselves in the marital vows.“ (DISSENTING OPINION OF JUDGE SCHMITT)

Weder ist von Eheleuten umstandslos anzunehmen, sie verfügten über die erforderliche Motivation und Befähigung zur gemeinsamen Sorge – dagegen spricht schon die hohe Scheidungsrate gerade auch bei Ehen von kurzer Dauer - noch ist bei unverheirateten Eltern fehlende Motivation und Befähigung aus dem Fehlen einer gemeinsamen Sorgeerklärung regelmäßig herzuleiten.

Das Grundgesetz unterstellt in Artikel 2, dass erwachsene Menschen im Regelfall fähig sind, ihr Leben selbstverantwortlich zu gestalten, ohne sich selbst oder andere zu gefährden. Die nichteheliche Mutter hat den Vater vor der Geburt des Kindes an ihrem Geschlechtsleben teilnehmen lassen, beide wussten sowohl um die möglichen Folgen eines unverhüteten Geschlechtsverkehrs wie auch um die Möglichkeit sicherer, ästhetisch akzeptabler und erschwinglicher Empfängnisverhütung. Der Gesetzgeber hat davon auszugehen, dass Erwachsene auch in ihrem Geschlechtsleben verantwortlich handeln, und nicht regelmäßig erst zur Besinnung kommen, wenn die Frau schwanger ist.

5. Verfassungsrechtliche Barrieren gegenüber der vom Väteraufbruch für Kinder empfohlenen Neufassung von § 1626a sind nicht zu erkennen. Die Empfehlung folgt im wesentlichen der bereits seit 7 Jahren erprobten Regelung im Artikel 372 des Code Civil der Französischen Republik in der Fassung vom 04.03.2002⁸.

Auch die Empfehlung, die Anerkennung der Vaterschaft nicht mehr von der vorherigen Zustimmung der Mutter oder des Kindes abhängig zu machen, kann sich berufen auf die Regelung im Artikel 316⁹ in Verbindung mit Artikel 332¹⁰ des Code Civil der Französischen Republik, beide jeweils in der Fassung vom 04.07.2005.

⁸ **Article 372**

„Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale.

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 devant le greffier en chef du tribunal de grande instance ou sur décision du juge aux affaires familiales."

Oder in offizieller englischer Übersetzung:

"The father and mother shall exercise in common parental authority.

Where, however, parentage is established with regard to one of them more than one year after the birth of a child whose parentage is already established with regard to the other, the latter alone remains vested with the exercise of parental authority. It shall be likewise where parentage is judicially declared with regard to the second parent of the child.

Parental authority may however be exercised in common in case of joint declaration of the father and mother before the chief clerk of the tribunal de grande instance or upon judgment of the family causes judge."

⁹ **Article 316"**

"Lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance.

La reconnaissance n'établit la filiation qu'à l'égard de son auteur.

Sofern das Kind nicht anderweitig in einer legalen oder de-facto Ehe lebt, erlangt nach diesen Regelungen der Vater durch die Anerkennung die Vaterschaft und damit die gemeinsame Sorge, was nur durch den Beweis widerlegt werden kann, dass er nicht der leibliche Vater ist.

Familienpolitischer Ausblick

Die Empfehlungen des Väteraufbruch für Kinder e.V. sind eingebettet in Empfehlungen zur Schaffung einer neuen Beratungs- und Mediationskultur für Eltern. Dafür müssen die vielfältigen Instrumente, die mit der Neuregelung des familienrechtlichen Verfahrens zum 01.09.2009 geschaffen wurden, zügig ausgebaut werden.

Nach Ansicht des Väteraufbruch für Kinder besteht weiter über die Neuregelung der elterlichen Sorge hinaus zusätzlicher familienpolitischer Handlungsbedarf, um Väter stärker in die Familien einzubinden. Beispielsweise fehlt bisher ein wirksamer Schutz von aktiven Vätern gegen berufliche Diskriminierung sowie ein Beratungsangebot, das jungen Eltern bei der Entwicklung ihrer individuellen Strategie zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie unterstützt.

Gesellschaft und Staat haben sich darauf einzustellen, dass ein großer und immer weiter steigender Anteil junger Menschen sich zur Elternschaft außerhalb der Ehe entscheidet. Das Gebot des Grundgesetzes, nicht ehelich geborenen Kindern die gleichen Entwicklungschancen zu bieten wie ehelichen, verlangt zukunftsweisende Schritte nicht nur im Kindschaftsrecht.

Elle est faite dans l'acte de naissance, par acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique."

Oder in offizieller englischer Übersetzung:

"Where parentage is not established in the way provided for in Section 1 of this Chapter, it may be so by an acknowledgement of paternity or maternity, made before or after the birth.

An acknowledgement establishes parentage only with respect to his or her author.

It may be made in the record of birth, by instrument received by the officer of civil status or by any other authentic instrument."

¹⁰ **Article 332**

"La maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant.

La paternité peut être contestée en rapportant la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père."

Oder in offizieller englischer Übersetzung:

"Maternity may be contested by proving that the mother did not give birth to the child.

Paternity may be contested by proving that the husband or the author of the acknowledgement is not the father."