



Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Fünfte Sektion  
Anonymisierte nichtamtliche Übersetzung aus dem Englischen  
Quelle: Bundesministerium der Justiz, Berlin

03/12/09 Rechtssache Z. gegen DEUTSCHLAND (Individualbeschwerde Nr. 22028/04)

## RECHTSSACHE Z. ./ DEUTSCHLAND

(Individualbeschwerde Nr. 22028/04)

### URTEIL

STRASSBURG

3. Dezember 2009

Dieses Urteil wird nach Maßgabe des Artikels 44 Abs. 2 der Konvention endgültig. Es wird gegebenenfalls noch redaktionell überarbeitet.

In der Rechtssache Z. ./ Deutschland  
hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (Fünfte Sektion) als Kammer mit den Richterinnen und Richtern  
Peer Lorenzen, *Präsident*,  
Karel Jungwiert,  
Rait Maruste,  
Mark Villiger,  
Isabelle Berro-Lefevre,  
Mirjana Lazarova Trajkovska,  
Bertram Schmitt, *Richter ad hoc*,  
und Stephen Phillips, *Stellvertretender Sektionskanzler*,  
nach nicht öffentlicher Beratung am 20. Oktober 2009  
das folgende Urteil erlassen, das an dem zuletzt genannten Tag angenommen wurde:

### VERFAHREN

1. Der Rechtssache lag eine Individualbeschwerde (Nr. 22028/04) gegen die Bundesrepublik Deutschland zugrunde, die ein deutscher Staatsangehöriger, Herr H. Z. („der Beschwerdeführer“), am 15. Juni 2004 nach Artikel 34 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten („die Konvention“) beim Gerichtshof eingereicht hatte.
2. Der Beschwerdeführer wurde zunächst durch Herrn F. Wieland, Rechtsanwalt in Bonn, und anschließend durch Herrn G. Rixe, Rechtsanwalt in Bielefeld, vertreten. Die deutsche Regierung („die Regierung“) wurde durch ihre Verfahrensbevollmächtigte, Frau Ministerialdirigentin A. Wittling-Vogel vom Bundesministerium der Justiz, vertreten.
3. Der Beschwerdeführer machte geltend, dass die innerstaatlichen Gerichte sein Recht auf Achtung seines Familienlebens verletzt und ihn als unverheirateten Vater diskriminiert hätten.
4. Mit Entscheidung vom 1. April 2008 erklärte der Gerichtshof die Beschwerde für zu-lässig.
5. Nachdem die Kammer nach Anhörung der Parteien entschieden hatte, dass eine mündliche Verhandlung über die Begründetheit nicht erforderlich war (Artikel 59 Abs. 3 *in fine*), erwiderten die Parteien schriftlich auf die gegnerischen Schriftsätze.
6. Richterin Jaeger, die für Deutschland gewählte Richterin, erklärte sich in der Rechtssache für befangen (Artikel 28 der Verfahrensordnung). Am 3. August 2009 teilte die Regierung dem Gerichtshof nach Artikel 29 Abs. 1 Buchstabe a der Verfahrensordnung mit, dass sie an ihrer Stelle Herrn Bertram Schmitt als Richter ad hoc benannt habe.

### SACHVERHALT

#### I. DER HINTERGRUND DER RECHTSSACHE

7. Der 1964 geborene Beschwerdeführer ist in P. wohnhaft.
8. Der Beschwerdeführer ist Vater einer 1995 nichtehelich geborenen Tochter. Der Beschwerdeführer und die Mutter des

Kindes trennten sich im August 1998 nach fünfjähriger Beziehung. Bis Januar 2001 lebte die Tochter beim Beschwerdeführer, während die Mutter in eine andere Wohnung im selben Gebäude gezogen war. Da die Eltern keine gemeinsame Sorgeerklärung abgegeben hatten, erhielt die Mutter nach § 1626a Abs. 2 BGB (siehe „Einschlägiges innerstaatliches Recht und einschlägige innerstaatliche Praxis“) die alleinige elterliche Sorge.

9. Im Januar 2001 zog das Kind in den Haushalt der Mutter. In der Folge begannen die Eltern, über den Umgang des Beschwerdeführers mit dem Kind zu streiten. Im Juni 2001 erreichten sie unter Mithilfe des Jugendamtes Köln-Nippes eine Einigung, nach welcher der Beschwerdeführer jeweils von Mittwochnachmittag bis Donnerstagmorgen, jeweils von Sonntag 10:00 Uhr bis Montagmorgen und die Hälfte aller Ferien, insgesamt also jeweils etwa vier Monate im Jahr Umgang mit dem Kind haben sollte. 2001 stellte der Beschwerdeführer einen Antrag auf Anordnung der gemeinsamen Sorge, da die Mutter einer gemeinsamen Sorgeerklärung nicht zustimmen wolle, obwohl beide Elternteile sich im Übrigen gut miteinander verständigen könnten.

10. Am 18. Juni 2003 wies das Amtsgericht Köln den Antrag des Beschwerdeführers zurück. Es befand, dass es keine Grundlage für die Anordnung der gemeinsamen Sorge gebe. Nach deutschem Recht könne die gemeinsame Sorge von bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheirateten Eltern nur durch eine gemeinsame Erklärung, durch Eheschließung oder durch eine gerichtliche Regelung gemäß § 1672 Abs. 1 BGB erlangt werden, wobei letztere die Zustimmung des anderen Elternteils erfordere. Das Amtsgericht Köln erachtete § 1626a BGB für verfassungsgemäß und nahm auf das Leiturteil des Bundesverfassungsgerichts vom 29. Januar 2003 Bezug (siehe Rdnrn. 18-21). Im Hinblick darauf, dass die einschlägigen Rechtsvorschriften eine andere Entscheidung nicht zuließen, hielt das Amtsgericht es nicht für erforderlich, die Beteiligten persönlich anzuhören.

11. Eine Beschwerde des Beschwerdeführers daraufhin wies das Oberlandesgericht Köln am 2. Oktober 2003 zurück. Es stellte darauf ab, dass eine Beteiligung des Beschwerdeführers an der elterlichen Sorge nur unter den Voraussetzungen des § 1626a BGB möglich sei, da der Beschwerdeführer und die Mutter nicht verheiratet gewesen seien. Der Beschwerdeführer und die Mutter hätten die erforderliche gemeinsame Sorgeerklärung jedoch nicht abgegeben. In seinem Urteil vom 29. Januar 2003 habe das Bundesverfassungsgericht befunden, dass § 1626a BGB in Bezug auf die Situation von Eltern nichtehelich geborener Kinder, die sich nach dem 1. Juli 1998 getrennt hätten, verfassungsgemäß sei. Das Oberlandesgericht Köln stellte fest, dass der Beschwerdeführer und die Kindsmutter sich im August 1998 getrennt hätten. Somit hätten sie während eines Zeitraums von eineinhalb Monaten vor der Trennung eine gemeinsame Sorgeerklärung abgeben können. Das Oberlandesgericht Köln stellte des Weiteren fest, dass die zum 1. Juli 1998 in Kraft getretene Neuregelung der Öffentlichkeit bereits seit Längerem bekannt gewesen sei. Es habe daher erwartet werden können, dass nicht miteinander verheiratete Eltern Interesse an der Sache gezeigt und von der Neuregelung Kenntnis genommen hätten.

12. Am 15. Dezember 2003 lehnte es das Bundesverfassungsgericht unter Hinweis auf sein Verfahrensrecht ohne Angabe von Gründen ab, die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers zur Entscheidung anzunehmen.

## II. EINSCHLÄGIGES INNERSTAATLICHES RECHT UND EINSCHLÄGIGE INNER-STAATLICHE PRAXIS SOWIE RECHTSVERGLEICHUNG

### A. Einschlägiges innerstaatliches Recht

#### 1. Die einschlägigen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs

13. Die gesetzlichen Bestimmungen über Sorge- und Umgangsrecht finden sich im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB). Gemäß § 1626 Abs. 1 BGB haben die Eltern die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen (elterliche Sorge).

14. Ursprünglich standen nichtehelich geborene Kinder laut § 1705 BGB automatisch unter der elterlichen Sorge der Mutter. Diese Bestimmung wurde jedoch 1996 vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt. Am 1. Juli 1998 trat die Reform zum Kindschaftsrecht (Bundesgesetzblatt 1997, S. 2942) zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts von 1996 in Kraft. Die einschlägigen Bestimmungen im BGB wurden wie folgt geändert: Nach § 1626a Abs. 1 können die Eltern eines nichtehelich geborenen minderjährigen Kindes die elterliche Sorge gemeinsam ausüben, wenn sie eine entsprechende Erklärung abgeben (Sorgeerklärung) oder einander heiraten. Andernfalls sieht § 1626a Abs. 2 vor, dass die Mutter das alleinige Sorgerecht erhält.

15. Leben die Eltern nicht nur vorübergehend getrennt und steht die alleinige elterliche Sorge nach § 1626a Abs. 2 der Mutter zu, so sieht § 1672 Abs. 1 BGB vor, dass das Familiengericht die elterliche Sorge dem anderen Elternteil allein übertragen kann, wenn ein Elternteil mit Zustimmung des anderen Elternteils den entsprechenden Antrag stellt. Dem Antrag ist stattzugeben, wenn die Übertragung dem Wohl des Kindes dient. § 1672 Abs. 2 BGB sieht vor, dass, soweit eine Übertragung des Sorgerechts nach § 1672 Abs. 1 stattgefunden hat, das Familiengericht auf Antrag eines Elternteils mit Zustimmung des anderen Elternteils entscheiden kann, dass die elterliche Sorge den Eltern gemeinsam zusteht, wenn dies dem Wohl des Kindes nicht widerspricht. Das gilt auch, soweit die Übertragung nach Absatz 1 wieder aufgehoben wurde.

Im Gegensatz hierzu führen Eltern nach ihrer Trennung das Sorgerecht gemeinsam fort, wenn sie vor ihrer Trennung die elterliche Sorge gemeinsam ausgeübt haben, entweder weil das Kind ehelich geboren wurde, weil die Eltern einander nach der Geburt des Kindes geheiratet haben, oder weil sie eine Sorgeerklärung abgegeben haben, es sei denn, ein Gericht spricht

einem Elternteil auf dessen Antrag hin, und wenn es dem Wohl des Kindes dient, nach § 1671 BGB das alleinige Sorgerecht zu.

16. Nach § 1666 BGB hat das Familiengericht die erforderlichen Schutzmaßnahmen zu treffen, wenn das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes durch Vernachlässigung gefährdet wird und die Eltern nicht gewillt sind, diese Maßnahmen selbst zu treffen. Maßnahmen, mit denen eine Trennung des Kindes von einem Elternteil verbunden ist, sind nur zulässig, wenn das Kind andernfalls in Gefahr wäre (§ 1666a BGB).

## 2. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

17. Am 29. Januar 2003 befand das Bundesverfassungsgericht, dass § 1626a BGB nicht mit dem Grundgesetz vereinbar sei, da eine Übergangsregelung für unverheiratete Eltern fehle, die 1996 zusammengelebt, sich aber noch vor Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes am 1. Juli 1998 getrennt hätten (also diejenigen, denen es unmöglich war, vor dem 1. Juli 1998 eine Sorgeerklärung abzugeben). Um die oben genannte mangelnde Verfassungsmäßigkeit zu beheben, führte der deutsche Gesetzgeber am 31. Dezember 2003 Artikel 224 § 2a [sic] des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch ein, wonach ein Gericht auf Antrag eines Elternteils die Sorgeerklärung des anderen Elternteils ersetzen kann, wenn nicht miteinander verheiratete Eltern längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft gemeinsam die elterliche Verantwortung für ihr Kind getragen und sich vor dem 1. Juli 1998 getrennt haben, vorausgesetzt die gemeinsame elterliche Sorge dient dem Kindeswohl.

18. In seinem Urteil vom 29. Januar 2003 befand das Bundesverfassungsgericht jedoch auch, dass § 1626a Abs. 2 BGB – von der fehlenden Übergangsregelung abgesehen – das Elternrecht des Vaters eines nichtehelich geborenen Kindes nicht verletze. Verheiratete Eltern hätten sich mit dem Eheschluss dazu verpflichtet, füreinander und für ein gemeinsames Kind Verantwortung zu tragen. Im Gegensatz dazu könne der Gesetzgeber bei nicht miteinander verheirateten Eltern eines Kindes nicht davon ausgehen, dass diese in häuslicher Gemeinschaft lebten und gemeinsam für das Kind Verantwortung übernehmen wollten. Es fehlten hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass der Vater eines nichtehelich geborenen Kindes in der Regel zusammen mit der Mutter die Verantwortung für das Kind tragen wolle. Das Kindeswohl verlange daher, dass das Kind ab seiner Geburt eine Person habe, die rechtsverbindlich für es handeln könne. Angesichts der sehr unterschiedlichen Lebensverhältnisse, in die diese Kinder hineingeboren würden, sei es grundsätzlich gerechtfertigt, das Kind sorgerechtlich der Mutter und nicht dem Vater oder beiden Elternteilen gemeinsam zuzuordnen. Diese Regelung sei auch deshalb verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, weil der Gesetzgeber den Eltern nichtehelich geborener Kinder die Möglichkeit eingeräumt habe, durch eine gemeinsame Sorgeerklärung das gemeinsame Sorgerecht zu erhalten.

19. Das Bundesverfassungsgericht stellte fest, dass der Gesetzgeber davon ausgehen dürfe, dass eine gegen den Willen eines Elternteils erzwungene gemeinsame Sorge mit mehr Nachteilen als Vorteilen für das nichtehelich geborene Kind verbunden sei. Die gemeinsame Sorge bedürfe eines Mindestmaßes an Übereinstimmung zwischen den Eltern. Wenn die Eltern zur Kooperation weder bereit noch in der Lage seien, könne die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl zuwiderlaufen. Der Gesetzgeber nehme an, dass der durch Eheschluss ausdrücklich bekundete Wille beider Eltern zur gemeinsamen Sorge auch deren Kooperationsbereitschaft zeige. Unverheiratete Eltern könnten ihrer Kooperationsbereitschaft durch eine gemeinsame Sorgeerklärung Ausdruck verleihen. Der Zugang des Vaters zur elterlichen Sorge hänge zwar von der Bereitschaft der Mutter ab, mit ihm gemeinsam Sorge zu tragen, genauso wenig könne aber die Mutter ohne Bereitschaft des Vaters die gemeinsame Sorge einfordern. Beide Eltern erhielten damit gleichermaßen Zugang zur gemeinsamen Sorge nur, wenn sie dies übereinstimmend wollten. Diese Einschränkung des väterlichen Elternrechts sei nicht unberechtigt, denn auch bei verheirateten Eltern beruhe die gemeinsame Sorge auf ihrer Ehe. Das anwendbare Recht gebe unverheirateten Paaren insbesondere dann die Möglichkeit, die gemeinsame Sorge auszuüben, wenn sie mit dem Kind zusammenlebten, und nicht nachdem sie sich getrennt hätten. Der Gesetzgeber dürfe davon ausgehen, dass, wenn die Eltern zusammen lebten, die Mutter sich aber weigere, eine gemeinsame Sorgeerklärung abzugeben, dies eine Ausnahme sei und die Mutter schwerwiegende Gründe habe, die das Kindeswohl beträfen. Aufgrund dieser Annahme verletze das anwendbare Recht das Recht des Vaters auf Achtung seines Familienlebens nicht dadurch, dass keine gerichtliche Einzelfallprüfung vorgesehen sei. Beim Vorliegen solch schwerwiegender Gründe sei nicht zu erwarten, dass die Gerichte eine gemeinsame Sorge für dem Kindeswohl dienlich erachten würden.

20. Es fehlten gesicherte Erkenntnisse darüber, ob es trotz dieser Neuregelung eine beachtliche Zahl von Fällen gebe, in denen es nicht zu einer gemeinsamen Sorge komme, und welche Gründe hierfür maßgeblich seien.

21. Das Bundesverfassungsgericht stellte fest, dass der Gesetzgeber verpflichtet sei, die Entwicklungen zu beobachten und zu prüfen, ob die dem Regelungskonzept zugrunde liegenden Annahmen vor der Wirklichkeit Bestand hätten. Sollte dies nicht der Fall sein, werde der Gesetzgeber mit einer Korrektur der Regelung dafür sorgen müssen, dass Vätern ein ausreichender Zugang zur gemeinsamen Sorge eröffnet wird.

## B. Rechtsvergleichung

22. Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung der nationalen Rechtsvorschriften einer Reihe von Mitgliedstaaten des Europarats zeigt, dass im Grunde alle in die Untersuchung einbezogenen Mitgliedsstaaten die gemeinsame elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern für ihre nichtehelich geborenen Kinder vorsehen. Grundvoraussetzungen für die Ermöglichung einer gemeinsamen elterlichen Sorge durch nicht miteinander verheiratete Eltern sind die Vaterschaftsfeststellung und die Zustimmung beider Elternteile zur gemeinsamen Ausübung des Sorgerechts.

23. Für den Fall aber, dass die Eltern sich nicht einigen können, sehen die Mitgliedsstaaten für die Zuerkennung des gemeinsamen Sorgerechts für nichtehelich geborene Kinder unterschiedliche Lösungen vor.

24. Nur in wenigen Ländern wird diese Frage in den gesetzlichen Regelungen ausdrücklich behandelt. In einigen Ländern, darunter Österreich, Norwegen und Serbien, ist im innerstaatlichen Recht festgelegt, dass die Ausübung des gemeinsamen Sorgerechts durch nicht miteinander verheiratete Eltern die Zustimmung beider Elternteile voraussetzt, was bedeutet, dass derjenige Elternteil, der nicht zustimmt, ein Vetorecht hat. Im Gegensatz dazu scheinen die Gesetze in Ungarn, Irland und Monaco die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge auch ohne die Zustimmung der Eltern vorzusehen.

25. In einigen Mitgliedsstaaten wie Luxemburg und der Tschechischen Republik gibt es zwar keine eindeutigen gesetzlichen Regelungen hierzu, aber die innerstaatlichen Gerichte haben die anwendbaren Bestimmungen so ausgelegt, dass ein gemeinsames Sorgerecht nur mit Zustimmung der Eltern möglich ist, wohingegen beispielsweise das Oberste Gericht der Niederlande entschieden hat, dass das innerstaatliche Recht so auszulegen sei, dass der Vater eines nichtehelichen Kindes das gemeinsame Sorgerecht auch dann beantragen könne, wenn die Mutter dem nicht zustimme. Spanien verfolgt offenbar einen ähnlichen Ansatz.

26. Mit Ausnahme der wenigen Länder, in denen ein Vetorecht eines Elternteils ausdrücklich im innerstaatlichen Recht festgelegt ist, sieht die innerstaatliche Gesetzgebung der meisten Mitgliedsstaaten als Lösung vor, dass ein Gericht auf Antrag eines Elternteils unter Berücksichtigung des Kindeswohls über den Ausgang eines Sorgerechtsstreits zwischen den Eltern entscheidet. Alle Mitgliedsstaaten betonen die besondere Bedeutung des Kindeswohls für Entscheidungen in Sorgerechtsachen. Bei der Entscheidung darüber, was dem Wohl des Kindes in diesem Zusammenhang dient, berücksichtigen die innerstaatlichen Gerichte gemeinhin die Stellung der Eltern und des Kindes sowie die besonderen Umstände des jeweiligen Falles, so unter anderem das nachweisbare Interesse des jeweiligen Elternteils an dem Kind sowie sein Bekenntnis zu ihm.

27. Zusammenfassend wird – wie auch die Regierung betont – durch die Untersuchung bestätigt, dass es in den Mitgliedsstaaten zwar verschiedene Ansätze gibt, die Mehrzahl der Mitgliedsstaaten jedoch eine Beteiligung des nicht mit der Mutter verheirateten Vaters am Sorgerecht unabhängig vom Willen der Mutter oder zumindest durch gerichtliche Anordnung nach einer Kindeswohlprüfung vorsieht.

## RECHTLICHE WÜRDIGUNG

### I. BEHAUPTETE VERLETZUNG DES ARTIKELS 14 IN VERBINDUNG MIT ARTIKEL 8 DER KONVENTION

28. Der Beschwerdeführer rügte nach Artikel 8 der Konvention, dass die Gerichtsentscheidungen, mit denen das gemeinsame Sorgerecht abgelehnt worden sei, sein Recht auf Achtung seines Familienlebens verletzt hätten, und nach Artikel 14 i. V. m. Artikel 8 der Konvention, dass die Anwendung von § 1626a Abs. 2 BGB eine ungerechtfertigte Diskriminierung unverheirateter Väter wegen des Geschlechts und im Vergleich zu geschiedenen Vätern darstelle.

Artikel 8 lautet:

„1. Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.

2. Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.“

Artikel 14 lautet wie folgt:

„Der Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.“

#### 1. Das Vorbringen der Regierung

29. Die Regierung brachte vor, dass § 1626a Abs. 2 BGB die Unterschiedlichkeit der Lebensverhältnisse zugrunde liege, in die Kinder nicht miteinander verheirateter Eltern hineingeboren werden, und die von der intakten Vater-Kind-Beziehung bis zur Gleichgültigkeit des Vaters reiche. Mit der primären Zuordnung der elterlichen Sorge an die Mutter, die – im Gegensatz zum Vater – mit dem Zeitpunkt der Geburt feststehe, sollte im Sinne der Rechtssicherheit eine klare Zuordnung des Sorgerechts und damit zum Schutz des betroffenen Kindes von Anfang an eine verbindliche Festlegung seines gesetzlichen Vertreters erfolgen. Dem Zustimmungserfordernis beider Elternteile für die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge liege der Gedanke zugrunde, dass Eltern, die sich über die Abgabe einer Sorgeerklärung nicht einigen könnten, mit hoher Wahrscheinlichkeit in Konflikt geraten würden, wenn es um konkrete Fragen der Ausübung der elterlichen Sorge gehe; dies könne zu belastenden Auseinandersetzungen führen, die dem Wohl des Kindes abträglich seien.

30. Die Regierung betonte darüber hinaus, dass das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber aufgegeben habe, sämtliche Entwicklungen zu beobachten und zu prüfen, ob die dem Regelungskonzept zugrunde liegenden Annahmen auch vor der Wirklichkeit Bestand hätten. Um dieser Verpflichtung nachzukommen, habe sie verschiedene Maßnahmen ergriffen und z.B. statistische Daten erhoben und Untersuchungen durchgeführt. Im März 2009 sei ein Forschungsvorhaben zum gemeinsamen Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern auf den Weg gebracht worden. Allerdings hätten die genannten Untersuchungen noch keine eindeutigen Ergebnisse erbracht.

31. Nach Auffassung der Regierung war der Eingriff in die geltend gemachten Rechte des Vaters durch die gesetzliche Regelung, welche die gemeinsame elterliche Sorge von der Zustimmung der Mutter abhängig macht, in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, um das berechtigte Ziel des Schutzes des Kindeswohls zu erreichen, auch wenn es in dieser Frage keinen Konsens in Europa gibt. Zwar sehe die überwiegende Zahl der Mitgliedstaaten eine Beteiligung des nicht mit der Mutter verheirateten Vaters am Sorgerecht unabhängig vom Willen der Mutter oder zumindest durch gerichtliche Anordnung nach einer Kindeswohlprüfung vor, in anderen europäischen Ländern (wie z. B. in Österreich, Liechtenstein, in der Schweiz und in Dänemark) bestehe aber eine mit den deutschen Vorschriften vergleichbare Regelung. Da der Gerichtshof nicht die abstrakte Gesetzeslage beurteile, sondern die Art und Weise, in welcher die Regelungen unter den konkreten Umständen auf den Beschwerdeführer angewandt werden, sei die unter Mithilfe des Jugendamtes getroffene Vereinbarung der Eltern, die dem Beschwerdeführer jährlich gut vier Monate Umgang mit dem Kind gewährt habe, zu berücksichtigen. Der Beschwerdeführer habe somit die Möglichkeit gehabt, großen Anteil am Leben seiner Tochter zu nehmen. Er sei durch die Regelung zugunsten der Mutter weder diskriminiert worden, noch habe diese eine Ungleichbehandlung gegenüber verheirateten bzw. geschiedenen Vätern bewirkt. Die Situation von Mutter und Vater sei nicht völlig vergleichbar, weil die Vaterschaft, wenn die Eltern nicht miteinander verheiratet sind, nicht von vornherein bestimmt werden könne. Die vorgenannten Vorschriften des BGB knüpften nicht an das Geschlecht an, sondern wollten, die Interessen aller Berechtigten so weit als möglich berücksichtigend, die elterliche Sorge bei nichtehelich geborenen Kindern in einem ausgewogenen Verhältnis gestalten. Überdies sei die gemeinsame Sorgetragung mit der Mutter nach deutschem Recht unabhängig davon, ob die Eltern miteinander verheiratet sind, an deren Einwilligung gebunden. Die Regierung brachte schließlich vor, dass unter den Umständen der vorliegenden Rechtssache nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Anordnung der gemeinsamen Sorge zu Konflikten zwischen beiden Elternteilen führe und dem Kindeswohl daher abträglich sei.

## 2. Das Vorbringen des Beschwerdeführers

32. Der Beschwerdeführer beanstandete, dass es das Wohl eines nichtehelich geborenen Kindes nicht rechtfertige, dass ein Vater, der sich in der Vergangenheit um das Kind gekümmert habe, kein gemeinsames Sorgerecht erhalten könne. Bei der Annahme, dass die gemeinsame Sorge gegen den Willen der Mutter dem Kindeswohl zwangsläufig abträglich sei, handele es sich um reine Vermutungen. Nach anwendbarem Recht müssten die Behörden und Gerichte das Kindeswohl nicht einmal in Betracht ziehen, da das Gesetz ausdrücklich vorsehe, dass ein Vater ohne Zustimmung der Mutter kein gemeinsames Sorgerecht erhalten könne. Überdies sei das Kind in der vorliegenden Rechtssache nicht angehört worden. § 1626a Abs. 2 BGB beruhe auf der Annahme, dass Väter nichtehelich geborener Kinder im Vergleich zu Müttern nichtehelich geborener Kinder weniger geeignet seien, die elterliche Sorge auszuüben. Die vorliegende Individualbeschwerde beweise jedoch das Gegenteil, da der Beschwerdeführer sich nämlich hervorragend um seine Tochter gekümmert habe. Außerdem habe die Bundesrepublik Deutschland im vorliegenden Fall keine hinreichenden Gründe dafür vorgebracht, dem Beschwerdeführer das Sorgerecht vorzuenthalten, das er ausüben wolle. Der deutsche Gesetzgeber sei davon ausgegangen, dass das Sorgerecht eines Vaters angesichts der angeblich zahlreichen instabilen Beziehungen mit nichtehelich geborenen Kindern in der Gesellschaft nicht gerechtfertigt sei, und ignoriere dabei Entwicklungen wie die steigende Zahl unverheirateter Paare, die die elterliche Sorge gemeinsam ausüben wollten. Es sei daher nicht akzeptabel, das gemeinsame Sorgerecht für Väter nichtehelich geborener Kinder aufgrund negativer Erfahrungen mit der Ausübung der gemeinsamen Sorge durch Paare in instabilen Beziehungen generell auszuschließen. Überdies sei der Gesetzgeber seiner Verpflichtung, die neuesten Entwicklungen zu beobachten, nicht hinreichend nachgekommen.

33. Da seine Vaterschaft von Anfang an festgestanden habe, bestehe in vorliegender Rechtssache keine Rechtsunsicherheit. Des Weiteren hielt der Beschwerdeführer es für inakzeptabel anzunehmen, dass die Mutter eines nichtehelich geborenen Kindes für die Ausübung der Sorge a priori besser geeignet sei als der Vater, weil sie das Kind geboren habe. Die Mängel des derzeit anwendbaren innerstaatlichen Rechts lägen jedoch nicht so sehr darin, dass die Mutter zunächst das alleinige Sorgerecht erhalte, sondern darin, dass der Vater nicht die Möglichkeit habe, diese Entscheidung zu korrigieren. Selbst wenn die Weigerung der Mutter, eine gemeinsame Sorgeerklärung abzugeben, vollkommen willkürlich sei, habe der Vater keine Chance, diese Erklärung durch eine gerichtliche Verfügung nach § 1672 Abs. 1 BGB ersetzen zu lassen. Die rechtliche Lage verletze insbesondere dann das Recht des Vaters auf Achtung seines Familienlebens, wenn der Vater für erhebliche Zeit mit dem Kind Umgang gehabt habe und er eine enge Bindung zu dem Kind habe. In Bezug auf Artikel 14 brachte der Beschwerdeführer vor, dass das anwendbare Recht ihn ohne hinreichenden Grund wegen seines Geschlechts und als unverheirateten Vater diskriminiere. Das Kindeswohl würde es nicht zulassen, dass die Mutter eine gemeinsame Sorgeerklärung verhindere. Außerdem habe der Beschwerdeführer keine Möglichkeit, die fehlende Zustimmung durch eine gerichtliche Entscheidung zu ersetzen.

## 3. Würdigung durch den Gerichtshof

34. Angesichts der behaupteten Diskriminierung des Beschwerdeführers in seiner Eigenschaft als Vater eines nichtehelichen

Kindes hält es der Gerichtshof für angebracht, die Rechtssache zunächst nach Artikel 14 in Verbindung mit Artikel 8 der Konvention zu prüfen.

#### A. Anwendbarkeit

35. Der Gerichtshof weist erneut darauf hin, dass Artikel 14 lediglich eine Ergänzung der übrigen materiellrechtlichen Bestimmungen der Konvention und der Protokolle dazu darstellt. Er existiert nicht für sich allein, da er nur in Bezug auf den „Genuss der Rechte und Freiheiten“, die durch diese Bestimmungen geschützt sind, Wirkung entfaltet. Obgleich die Anwendung von Artikel 14 eine Verletzung dieser Bestimmungen nicht voraussetzt – und er insoweit autonom ist –, kann es Raum für seine Anwendung nur geben, wenn der in Frage stehende Sachverhalt unter eine oder mehrere dieser Bestimmungen fällt (siehe u.a. Urteil

*Abdulaziz, Cabales und Balkandali ./. Vereinigtes Königreich* vom 28. Mai 1985, Serie A Band 94, Rdnr. 71, und Urteil *.K. S. ./. Deutschland* vom 18. Juli 1994, Serie A Band 291-B, Rdnr. 22).

36. Der Gerichtshof muss deshalb feststellen, ob Artikel 8 der Konvention in der vorliegenden Rechtssache anwendbar ist.

37. In diesem Zusammenhang weist der Gerichtshof erneut darauf hin, dass der Begriff der Familie nach dieser Bestimmung nicht auf durch Ehe begründete Beziehungen beschränkt ist und auch andere de facto „Familien“-Beziehungen umfassen kann, wenn die Beteiligten in nichtehelicher Gemeinschaft zusammenleben. Ein Kind, das aus einer solchen Beziehung hervorgeht, ist vom Augenblick seiner Geburt an und schon allein durch seine Geburt *ipso iure* Teil dieses „Familien“-Verbandes. Zwischen dem Kind und seinen Eltern besteht also eine Bindung, die dem Familienleben gleichkommt (siehe Urteil *Keegan ./. Irland* vom 26. Mai 1994, Serie A, Band 290, Rdnr. 44). Ob ein „Familienleben“ im Sinne von Artikel 8 besteht, ist im Wesentlichen eine Tatsachenfrage, bei der es darauf ankommt, ob tatsächlich und praktisch enge persönliche Bindungen vorliegen, insbesondere das nachweisbare Interesse des Vaters an dem Kind und sein Bekenntnis zu ihm sowohl vor als auch nach der Geburt (siehe u. a. *Lebbink ./. Niederlande*, Individualbeschwerde Nr. 45582/99, Rdnr. 36, ECHR 2004-IV).

38. Der Gerichtshof stellt ferner fest, dass für einen Elternteil und sein Kind das Zusammensein einen grundlegenden Bestandteil des Familienlebens darstellt, selbst wenn die Beziehung zwischen den Eltern zerbrochen ist, und innerstaatliche Maßnahmen, welche die Betroffenen an diesem Zusammensein hindern, einen Eingriff in das durch Artikel 8 der Konvention geschützte Recht bedeuten (siehe u. a. Urteil *Johansen ./. Norwegen* vom 7. August 1996, *Urteils- und Entscheidungssammlung* 1996-III, S. 1001-1002, Rdnr. 52, und *E. ./. Deutschland* [GK], Individualbeschwerde Nr. 25735/94, Rdnr. 43, ECHR 2000-VIII).

39. Der Gerichtshof stellt fest, dass in der vorliegenden Rechtssache die Vaterschaft des Beschwerdeführers von Beginn an feststand und dass er mit der Mutter und dem Kind zusammenlebte, bis das Kind dreieinhalb Jahre alt war. Nach der Trennung der Eltern im Jahre 1998 lebte das Kind weiterhin mehr als zwei Jahre bei dem Beschwerdeführer. Seit 2001 lebt das Kind bei der Mutter, wobei der Vater ein umfangreiches Umgangsrecht gehabt und für die täglichen Bedürfnisse des Kindes gesorgt hat.

40. Folglich stellten die angegriffenen Maßnahmen in der vorliegenden Rechtssache, d.h. die Entscheidungen, mit denen der Antrag des Beschwerdeführers auf das gemeinsame Sorgerecht, also das Recht auf die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge u.a. in Bezug auf die Bildung und Betreuung seiner Tochter sowie die Bestimmung ihres Aufenthalts, abgelehnt wurde, einen Eingriff in das durch Artikel 8 Abs. 1 der Konvention garantierte Recht des Beschwerdeführers auf die Achtung seines Familienlebens dar.

41. Der Gerichtshof stellt deshalb fest, dass der Sachverhalt der vorliegenden Rechtssache unter Artikel 8 der Konvention fällt und dass Artikel 14 daher anwendbar ist.

#### B. Vereinbarkeit

42. Der Gerichtshof weist erneut darauf hin, dass Artikel 14 im Hinblick auf den Genuss der nach der Konvention garantierten Rechte und Freiheiten Schutz vor Ungleichbehandlung von Menschen in vergleichbaren Situationen bietet, wenn dafür keine sachlichen und vernünftigen Gründe gibt (siehe u.a. Urteil *Hoffmann ./. Österreich* vom 23. Juni 1993, Rdnr. 31, Serie A Nr. 255-C).

43. Der Gerichtshof stellt in diesem Zusammenhang fest, dass der Beschwerdeführer in seiner Eigenschaft als Vater eines nichtehelich geborenen Kindes zum einen eine Ungleichbehandlung gegenüber der Mutter rügte, da er keine Möglichkeit habe, ohne die Zustimmung der Mutter das gemeinsame Sorgerecht zu erlangen. Zum anderen rügte er eine Ungleichbehandlung gegenüber verheirateten bzw. geschiedenen Vätern, die das gemeinsame Sorgerecht nach der Scheidung oder Trennung von der Mutter behalten können.

44. Zur geltenden Rechtslage in Bezug auf Väter ehelicher Kinder im Vergleich zu Vätern nichtehelicher Kinder stellt der Gerichtshof fest, dass die geltenden Rechtsvorschriften unterschiedliche Regelungen enthalten und zu einer unterschiedlichen Behandlung der beiden Gruppen von Elternteilen führen. Ein Elternteil der ersten Gruppe hat von vornherein und auch noch nach der Scheidung ein gesetzliches Recht auf die gemeinsame elterliche Sorge, das nur dann von einem Familiengericht eingeschränkt oder für ruhend erklärt werden kann, wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist. Der Gerichtshof stellt fest,

dass die elterliche Sorge für ein nichteheliches Kind hingegen der Mutter zusteht, es sei denn, die beiden Elternteile einigen sich darauf, die gemeinsame elterliche Sorge zu beantragen. Die einschlägigen Bestimmungen schließen zwar nicht kategorisch aus, dass der Vater künftig das gemeinsame Sorgerecht erlangen kann, doch nach §§ 1666 und 1672 BGB kann das Familiengericht das Sorgerecht nur dann auf den Vater übertragen, wenn das Wohl des Kindes durch Vernachlässigung seitens der Mutter gefährdet ist oder wenn ein Elternteil mit Zustimmung des anderen Elternteils einen entsprechenden Antrag stellt. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, d.h. ist das Wohl des Kindes nicht gefährdet und stimmt die Mutter einer Übertragung des Sorgerechts nicht zu, wie im vorliegenden Fall festgestellt wurde, sieht das deutsche Recht keine gerichtliche Überprüfung der Frage vor, ob die Zuweisung der gemeinsamen elterlichen Sorge an beide Elternteile dem Kindeswohl dienen würde.

45. Der Gerichtshof weist erneut darauf hin, dass es in Rechtssachen, die sich aus Individualbeschwerden ergeben, nicht Aufgabe des Gerichtshofs ist, die innerstaatlichen Rechtsvorschriften abstrakt zu prüfen; er muss vielmehr prüfen, in welcher Weise diese Rechtsvorschriften unter den jeweiligen Umständen auf den Beschwerdeführer angewendet wurden und ob ihre Anwendung im vorliegenden Fall eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung des Beschwerdeführers zur Folge hatte (siehe *S. ./ Deutschland* [GK], Individualbeschwerde Nr. 31871/96, Rdnr. 86, ECHR 2003-VIII).

46. Im Hinblick auf die Umstände der vorliegenden Rechtssache stellt der Gerichtshof fest, dass die deutschen Gerichte den Antrag des Beschwerdeführers auf das gemeinsame Sorgerecht für seine Tochter mit der Begründung abgelehnt haben, dass nach 1626a BGB die Mutter die elterliche Sorge habe, sofern nicht eine gemeinsame Sorgeerklärung der Eltern vorliege. Die Sichtweise der deutschen Gerichte im vorliegenden Fall entspricht demnach vollumfänglich den zugrunde liegenden Rechtsvorschriften. Da nach dem innerstaatlichen Recht eine anderslautende Entscheidung nicht möglich war, prüften die innerstaatlichen Gerichte folglich nicht, ob in diesem konkreten Fall die Erteilung des gemeinsamen Sorgerechts das Wohl des Kindes gefährden würde oder im Gegenteil dem Kindeswohl dienlich wäre. Der entscheidende Punkt ist, dass das gemeinsame Sorgerecht gegen den Willen der Mutter eines nichtehelichen Kindes *prima facie* als dem Kindeswohl nicht dienlich angesehen wird.

47. Das Amtsgericht Köln und auch das Oberlandesgericht Köln stützten sich auf das Leiterteil des Bundesverfassungsgerichts vom 29. Januar 2003, das eine ausführliche Begründung hinsichtlich des Konflikts zwischen § 1626a BGB und dem Recht von Vätern nichtehelicher Kinder auf Achtung ihres Familienlebens enthält. Das Bundesverfassungsgericht befand, das Kindeswohl verlange, dass das Kind ab seiner Geburt eine Person habe, die für das Kind rechtsverbindlich handeln könne. Angesichts der sehr unterschiedlichen Lebensverhältnisse, in die diese Kinder hineingeboren würden, sei es gerechtfertigt, grundsätzlich der Mutter das alleinige Sorgerecht zuzusprechen, und nicht dem Vater, der in jedem Fall die Möglichkeit habe, bei Abgabe einer gemeinsamen Sorgeerklärung die elterliche Sorge zu erhalten.

48. Unter Berücksichtigung der vorgenannten Gerichtsentscheidungen und der zugrunde liegenden Rechtsvorschriften stellt der Gerichtshof fest, dass hinreichende Gründe für die Schlussfolgerung vorliegen, dass es hinsichtlich der Übertragung des Sorgerechts auf den Beschwerdeführer in seiner Eigenschaft als Vater eines nichtehelichen Kindes eine unterschiedliche Behandlung gegenüber der Mutter und gegenüber verheirateten Vätern gegeben hat. Die Regierung trug in diesem Zusammenhang vor, die Situation von Mutter und Vater könne nicht als völlig vergleichbar angesehen werden, denn im Gegensatz zur Mutterschaft, die mit der Geburt feststehe, könne die Vaterschaft, wenn der Vater nicht mit der Mutter verheiratet sei, nicht von vornherein bestimmt werden. Nach Auffassung des Gerichtshofs sind diese Ausführungen für die Entscheidung darüber erheblich, ob die unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt war (siehe Urteil *Rasmussen ./ Dänemark* vom 28. November 1984, Rdnr. 37, Serie A Band 87).

49. Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs ist eine unterschiedliche Behandlung im Sinne von Artikel 14 diskriminierend, wenn es für sie keine sachlichen und vernünftigen Gründe gibt, d.h. wenn mit ihr kein legitimes Ziel verfolgt wird oder die eingesetzten Mittel zum angestrebten Ziel nicht in einem angemessenen Verhältnis stehen (siehe insbesondere Urteil *Inze ./ Österreich* vom 28. Oktober 1987, Rdnr. 41, Serie A Band 126, und *Mazurek ./ Frankreich*, Individualbeschwerde Nr. 34406/97, Rdnr. 48, ECHR 2000-II).

50. Die Vertragsstaaten haben einen Beurteilungsspielraum bei der Frage, ob und inwieweit gewisse Unterschiede bei ansonsten ähnlichen Situationen eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen (siehe *Abdulaziz, Cabales und Balkandali*, a.a.O., S. 35-36, Rdnr. 72). Der Umfang des Beurteilungsspielraums hängt von den Umständen, dem Gegenstand und dem Hintergrund des Falls ab; dabei kann ein maßgeblicher Faktor das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von Gemeinsamkeiten zwischen den Rechtsvorschriften der Vertragsstaaten sein (siehe u.a. Urteil *Petrovic ./ Österreich* vom 27. März 1998, Rdnr. 38, *Urteils- und Entscheidungssammlung 1998-II*).

51. Der Gerichtshof hat jedoch bereits festgestellt, dass nur wenn sehr schwerwiegende Gründe vorgetragen werden, eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts oder wegen nichtehelicher und ehelicher Geburten als mit der Konvention vereinbar angesehen werden kann (siehe *K. S. ./ Deutschland*, a.a.O., Rdnr. 24; *Mazurek ./ Frankreich*, a.a.O., Rdnr. 49). Dasselbe gilt für eine unterschiedliche Behandlung des Vaters eines aus einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft hervorgegangenen Kindes gegenüber dem Vater eines Kindes, das in einer durch Ehe begründeten Beziehung geboren wurde (siehe *S. ./ Deutschland*, a.a.O., Rdnr. 93).

52. Der Gerichtshof stellt fest, dass die angegriffenen Entscheidungen der innerstaatlichen Gerichte auf § 1626a BGB beruhen, dessen Ziel es ist, das Wohl eines nichtehelichen Kindes zu schützen, indem der gesetzliche Vertreter des Kindes bestimmt

wird und Auseinandersetzungen zwischen den Eltern im Hinblick auf die Ausübung der elterlichen Sorge, die auf dem Rücken des Kindes ausgetragen werden, vermieden werden. Mit den Entscheidungen wurde also ein legitimes Ziel im Sinne von Artikel 14 verfolgt.

53. Der Gerichtshof erkennt an, dass der Gesetzgeber, indem er Eltern eines nichtehelichen Kindes gestattet, sich auf das gemeinsame Sorgerecht zu einigen, versucht, sie in gewissem Umfang verheirateten Eltern gleichzustellen, die sich mit dem Eheschluss dazu verpflichtet hätten, füreinander und für ein gemeinsames Kind Verantwortung zu tragen.

54. Der Gerichtshof ist sich darüber hinaus bewusst, dass die Lebensverhältnisse, in die Kinder nicht miteinander verheirateter Eltern hineingeboren werden, unterschiedlich sind und von Beziehungen, in denen die Identität des Vaters nicht feststeht oder der Vater keine Verantwortung übernehmen will, bis hin zu Beziehungen reichen, in denen der Vater vollständig in die Erziehung des Kindes einbezogen ist und das Kind in Lebensverhältnissen aufwächst, die praktisch nicht von denen zu unterscheiden sind, die sich auf einer intakten Ehe der Eltern gründen.

55. Der Gerichtshof erkennt an, dass es angesichts dieser unterschiedlichen Lebenssituationen nichtehelicher Kindern und in Ermangelung einer gemeinsamen Sorgeerklärung gerechtfertigt war, zum Schutz des Kindeswohls die elterliche Sorge zunächst der Mutter zuzuweisen, um sicherzustellen, dass es ab der Geburt eine Person gab, die für das Kind rechtsverbindlich handeln konnte.

56. Der Gerichtshof erkennt ferner an, dass es triftige Gründe dafür geben kann, einem nicht verheirateten Vater die Teilhabe an der elterlichen Sorge zu versagen; dies kann der Fall sein, wenn Streitigkeiten oder mangelnde Kommunikation zwischen den Eltern das Kindeswohl gefährden. Es ist jedoch keineswegs erwiesen, dass die Beziehung zwischen nicht verheirateten Vätern und ihren Kindern generell durch eine solche Haltung gekennzeichnet ist.

57. Der Gerichtshof stellt insbesondere fest, dass die vorstehenden Erwägungen im Fall des Beschwerdeführers nicht zutrafen. Die Vaterschaft des Beschwerdeführers stand von Beginn an fest; er lebte mit der Mutter und dem Kind zusammen, bis das Kind dreieinhalb Jahre alt war, und nach der Trennung der Eltern noch weitere zwei Jahre mit dem Kind, insgesamt also mehr als fünf Jahre. Nachdem das Kind zur Mutter gezogen war, übte der Vater weiterhin ein umfangreiches Umgangsrecht aus und sorgte für die täglichen Bedürfnisse des Kindes. Dennoch war es dem Beschwerdeführer von vornherein kraft Gesetzes verwehrt, eine gerichtliche Überprüfung zu beantragen, ob die Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge dem Kindeswohl dienen würde, und eine möglicherweise willkürliche Weigerung der Mutter, dem gemeinsamen Sorgerecht zuzustimmen, durch eine gerichtliche Entscheidung ersetzen zu lassen.

58. Der Gerichtshof ist nicht überzeugt von dem von der Regierung vorgetragene und in der Begründung des Bundesverfassungsgerichts enthaltenen Argument, der Gesetzgeber dürfe davon ausgehen, dass, wenn die Eltern zusammenlebten, die Mutter sich aber weigere, eine gemeinsame Sorgeerklärung abzugeben, dies eine Ausnahme sei und die Mutter dafür schwerwiegende Gründe habe, die vom Kindeswohl getragen seien. In diesem Zusammenhang begrüßt der Gerichtshof die von der Regierung ergriffenen Maßnahmen, um dem Auftrag des Bundesverfassungsgerichts nachzukommen, die tatsächliche Entwicklung zu beobachten und zu prüfen, ob die dem Regelungskonzept zugrunde liegenden Annahmen auch vor der Wirklichkeit Bestand hätten. Er stellt jedoch fest, dass diese Untersuchungen noch keine klaren Ergebnisse erbracht haben und insbesondere, was die Beweggründe der Mütter für die Ablehnung der gemeinsamen elterlichen Sorge angeht, zeigen, dass diese nicht notwendig von Erwägungen des Kindeswohls getragen sein müssen.

59. Aus den vorstehenden Erwägungen kann der Gerichtshof die Annahme nicht teilen, dass das gemeinsame Sorgerecht gegen den Willen der Mutter prima facie dem Kindeswohl widerspricht.

60. Der Gerichtshof berücksichtigt zwar den großen Beurteilungsspielraum der Behörden, insbesondere bei Entscheidungen über Sorgerechtsangelegenheiten (siehe S. ./ Deutschland, a.a.O., Rdnr. 63), aber auch den sich in diesem Bereich weiterentwickelnden europäischen Kontext und die steigende Zahl nicht verheirateter Eltern. Der Gerichtshof weist in diesem Zusammenhang erneut darauf hin, dass die Konvention ein lebendiges Instrument ist, das im Lichte der heutigen Verhältnisse auszulegen ist (siehe u. a. Urteil *Marckx ./ Belgien* vom 13. Juni 1979, Rdnr. 41, Serie A Band 31, und Urteil *Johnston u. a. ./ Irland* vom 18. Dezember 1986, Rdnr. 53, Serie A Band 112). Der Gerichtshof stellt in diesem Zusammenhang fest, dass es zwar keinen europäischen Konsens darüber gibt, ob Väter nichtehelicher Kinder das Recht haben, das gemeinsame Sorgerecht auch ohne Zustimmung der Mutter zu beantragen, der gemeinsame Ausgangspunkt in den meisten Mitgliedstaaten offenbar jedoch ist, dass Entscheidungen über die Übertragung des Sorgerechts auf das Kindeswohl abstellen müssen und diese Übertragung im Falle eines Konflikts zwischen den Eltern der Prüfung durch die innerstaatlichen Gerichte unterliegen sollte.

61. Das insoweit von der Regierung angeführte Argument, unter den Umständen der vorliegenden Rechtssache könne nicht ausgeschlossen werden, dass die gerichtliche Anordnung der gemeinsamen Sorge zu Konflikten zwischen beiden Elternteilen führe und dem Kindeswohl daher abträglich sei, überzeugt den Gerichtshof nicht. Es stimmt zwar, dass Gerichtsverfahren, die die Zuweisung der elterlichen Sorge betreffen, immer potenziell zur Verunsicherung eines kleinen Kindes führen; der Gerichtshof stellt jedoch fest, dass das innerstaatliche Recht eine umfassende gerichtliche Überprüfung der Zuweisung der elterlichen Sorge und bei der Lösung von Konflikten zwischen getrennten Eltern immer dann vorsieht, wenn der Vater ehemals sorgeberechtigt war, entweder weil die Eltern zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes verheiratet waren oder danach geheiratet haben oder die gemeinsame elterliche Sorge vereinbart hatten. In einem solchen Fall behalten die Eltern das gemeinsame

Sorgerecht, es sei denn, das Gericht überträgt nach § 1671 BGB auf Antrag eines Elternteils in Übereinstimmung mit dem Kindeswohl das alleinige Sorgerecht auf diesen Elternteil.

62. Nach Auffassung des Gerichtshofs hat die Regierung nicht ausreichend begründet, warum die Umstände des vorliegenden Falls einen geringeren Rechtsschutz rechtfertigen als in diesen Fällen und warum der Beschwerdeführer, dessen Vaterschaft anerkannt ist und der diese Rolle übernommen hat, insoweit anders behandelt werden sollte als ein Vater, der ursprünglich die elterliche Sorge innehatte und sich später von der Mutter getrennt hat oder sich hat scheiden lassen.

63. In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen kommt der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass bei der in Rede stehenden Diskriminierung der grundsätzliche Ausschluss einer gerichtlichen Überprüfung der ursprünglichen Zuweisung der Alleinsorge an die Mutter nicht in einem angemessenen Verhältnis stand zu dem verfolgten Ziel, nämlich dem Schutz des Wohls eines nichtehelichen Kindes.

64. Folglich ist in der vorliegenden Rechtssache Artikel 14 in Verbindung mit Artikel 8 der Konvention verletzt worden.

65. Angesichts dieser Schlussfolgerung hält es der Gerichtshof nicht für erforderlich zu prüfen, ob auch Artikel 8 der Konvention für sich genommen verletzt worden ist.

## II. ANWENDUNG VON ARTIKEL 41 DER KONVENTION

66. Artikel 41 der Konvention lautet:

„Stellt der Gerichtshof fest, dass diese Konvention oder die Protokolle dazu verletzt worden sind, und gestattet das innerstaatliche Recht der Hohen Vertragspartei nur eine unvollkommene Wiedergutmachung für die Folgen dieser Verletzung, so spricht der Gerichtshof der verletzten Partei eine gerechte Entschädigung zu, wenn dies notwendig ist.“

### A. Schaden

67. Unter Berufung auf die Rechtssache E. (E. ./ Deutschland [GK], Individualbeschwerde Nr. 25735/94, ECHR 2000-VIII) machte der Beschwerdeführer einen Betrag in Höhe von mindestens 15.000 Euro (EUR) als Entschädigung für Nichtvermögensschäden wegen des Kammers und der Frustration geltend, die er erlitten habe, weil er in seiner Rolle als Vater nicht förmlich anerkannt worden sei und nicht aktiv zu wesentlichen Entscheidungen über seine Tochter habe beitragen können.

68. Die Regierung stellte die Frage zwar in das Ermessen des Gerichtshofs, hielt die von dem Beschwerdeführer geforderte Summe aber für unangemessen hoch.

69. Der Gerichtshof ist der Ansicht, dass er nicht darüber spekulieren kann, ob dem Beschwerdeführer die elterliche Sorge übertragen worden wäre, wenn die innerstaatlichen Gerichte die Begründetheit seines Antrags in Übereinstimmung mit seinen Rechten aus der Konvention geprüft hätten. Unter Berücksichtigung ferner, dass der Beschwerdeführer - im Unterschied zu dem Vater in der Rechtssache E. - während des gesamten Verfahrens regelmäßigen Umgang mit seiner Tochter hatte, stellt nach Ansicht des Gerichtshofs die Feststellung einer Verletzung eine hinreichende gerechte Entschädigung für den vom Beschwerdeführer erlittenen immateriellen Schaden dar.

### B. Kosten und Auslagen

70. Der Beschwerdeführer machte ferner 3.696,55 Euro für die vor den innerstaatlichen Gerichten entstandenen Kosten und Auslagen und 3.311,59 Euro für Kosten und Auslagen vor dem Gerichtshof geltend.

71. Die Regierung bestritt die Forderung bezüglich der Auslagen vor dem Gerichtshof.

72. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs hat ein Beschwerdeführer nur insoweit Anspruch auf Ersatz von Kosten und Auslagen, als nachgewiesen wurde, dass diese tatsächlich und notwendigerweise entstanden sind und der Höhe nach angemessen waren. Im vorliegenden Fall hält der Gerichtshof es in Anbetracht der ihm vorliegenden Informationen und der vorgenannten Kriterien für angebracht, den geforderten Betrag in voller Höhe zuzuerkennen.

### C. Verzugszinsen

73. Der Gerichtshof hält es für angemessen, für die Berechnung der Verzugszinsen den Spitzenrefinanzierungssatz der Europäischen Zentralbank zuzüglich 3 Prozentpunkten zugrunde zu legen.

## AUS DIESEN GRÜNDEN ENTSCHEIDET DER RICHTSHOF:

1. mit sechs zu einer Stimme, dass Artikel 14 in Verbindung mit Artikel 8 der Konvention verletzt worden ist;

2. einstimmig, dass es nicht erforderlich ist, die Rüge nach Artikel 8 der Konvention gesondert zu prüfen;

3. einstimmig, dass die Feststellung einer Verletzung bereits eine hinreichende gerechte Entschädigung für den vom Beschwerdeführer erlittenen immateriellen Schaden darstellt;

4. einstimmig,

a) dass der beschwerdegegnerische Staat dem Beschwerdeführer binnen drei Monaten nach dem Tag, an dem das Urteil nach Artikel 44 Abs. 2 der Konvention endgültig wird, 7.008,14 Euro (siebentausendundacht Euro und vierzehn Cent) zuzüglich der gegebenenfalls zu berechnenden Steuer für Kosten und Auslagen zu zahlen hat;

b) dass nach Ablauf der vorgenannten Frist von drei Monaten bis zur Auszahlung für den obengenannten Betrag einfache Zinsen in Höhe eines Zinssatzes anfallen, der dem Spitzenrefinanzierungssatz der Europäischen Zentralbank im Verzugszeitraum zuzüglich drei Prozentpunkten entspricht;

5. einstimmig, dass die Forderung des Beschwerdeführers nach gerechter Entschädigung im Übrigen zurückgewiesen wird.

Ausgefertigt in Englisch und schriftlich zugestellt am 3. Dezember 2009 nach Artikel 77 Absätze 2 und 3 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs.

Stephen Phillips

Peer Lorenzen

Stellvertretender Kanzler

Präsident

Gemäß Artikel 45 Abs. 2 der Konvention und Artikel 74 Absatz 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs ist diesem Urteil die abweichende Meinung des Richters Schmitt beigelegt.

P.L.  
S.P.

#### ABWEICHENDE MEINUNG VON RICHTER SCHMITT

1. Ich kann mich der Schlussfolgerung, dass Artikel 14 i.V.m. Artikel 8 der Konvention verletzt wurde, nicht anschließen. In Anbetracht des weiten Beurteilungsspielraums der innerstaatlichen Behörden und im Lichte der besonderen Umstände der Rechtssache ist der Eingriff in das Recht des Beschwerdeführers auf Achtung seines Familienlebens im Sinne von Artikel 8 in einer demokratischen Gesellschaft notwendig und eine etwaige Ungleichbehandlung im Vergleich zur Mutter oder einem geschiedenen Vater für die Zwecke des Artikels 14 gerechtfertigt.

2. Es trifft zu, dass der Beschwerdeführer keine Möglichkeit hatte, gegen den Willen der Mutter das gemeinsame Sorgerecht zu erlangen, und eine gerichtliche Überprüfung kraft Gesetzes ausgeschlossen war. Anders als bei Einschränkungen des elterlichen Umgangsrechts erkennt der Gerichtshof den innerstaatlichen Behörden und insbesondere den Gerichten jedoch bei Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder einen weiten Beurteilungsspielraum zu (siehe G. ./ Deutschland, Individualbeschwerde Nr. 74969/01, Rdnr. 42, 26. Februar 2004, und S. ./ Deutschland [GK], Individualbeschwerde Nr. 31871/96, Rdnr. 63, ECHR 2003-VIII). Im Gegensatz zur Mehrheit bin ich der Auffassung, dass dieser weite Beurteilungsspielraum in der vorliegenden Rechtssache durch die gesetzlichen Regelungen und die darauf beruhenden Gerichtsentscheidungen nicht überschritten wurde. Die Begründung für die maßgeblichen Rechtsvorschriften, insbesondere § 1626a Abs. 2 BGB, ist nachvollziehbar und kann besonders im Fall des Beschwerdeführers nicht von der Hand gewiesen werden. Der deutsche Gesetzgeber hat die Probleme, die sich für den Vater aus der Privilegierung der Mutter ergeben, vollumfänglich erkannt und berücksichtigt und sich dann bewusst gegen die sogenannte „erzwungene Gemeinsamkeit“ entschieden (d.h. gegen die gesetzliche Möglichkeit einer gerichtlich angeordneten gemeinsamen elterlichen Sorge). Die Ausführungen in dem Bericht, den der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags nach den Beratungen über das Kindschaftsrechtsreformgesetz vorgelegt hat, machen deutlich, dass die Interessen des Vaters und die Problematik der vorgeschlagenen Lösung nicht nur vollumfänglich im Abwägungsprozess berücksichtigt wurden, sondern dass die Rechtsvorschriften auf einer eingehenden Untersuchung und vertretbaren Begründung basieren.

3. Die Begründung des deutschen Gesetzgebers geht im Wesentlichen von dem Gedanken der Rechtssicherheit und dem Schutz des Kindeswohls aus, wobei das Kindeswohl auch in der Rechtsprechung des Gerichtshofs ein wichtiger Gesichtspunkt ist (siehe S. ./ Deutschland [GK], Individualbeschwerde Nr. 30943/96, Rdnr. 94, ECHR 2003-VIII). Das Parlament durfte davon ausgehen, dass bei nichtehelichen Kindern ein gegen den Willen der Mutter gerichtlich erzwungenes gemeinsames Sorgerecht beider Elternteile dem Wohl des Kindes nicht dienlich ist. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn die Eltern, wie in der vorliegenden Rechtssache, nicht zusammenleben. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen entscheidenden Punkt in seinem Urteil vom 29. Januar 2003, in dem es den rechtlichen Ansatz als verfassungskonform bestätigt hat, hervorgehoben. Haben die Eltern während ihres Zusammenlebens (in der vorliegenden Rechtssache bis das Kind dreieinhalb Jahre alt war) keine gemeinsame Sorgeerklärung abgegeben, so darf der Gesetzgeber nach einer Trennung der Eltern und einem Streit über das Sorgerecht umso mehr davon ausgehen, dass eine gerichtlich erzwungene gemeinsame Sorge regelmäßig mit mehr Nachteilen als Vorteilen für das Kind verbunden ist. In einem solchen Fall ist offensichtlich, dass es keine Grundlage für eine Kooperation der Eltern und somit auch keine Grundlage für ein gemeinsames Sorgerecht zum Wohl des Kindes gibt.

4. Dies gilt auch hier, zumal die hinter dem Regulierungsansatz stehende Annahme auch im Fall des Beschwerdeführers nicht von der Hand zu weisen ist. Es gilt zu bedenken, dass der Gerichtshof - grundsätzlich - nicht die abstrakte Gesetzeslage beurteilt, sondern die Art und Weise, in welcher die Regelungen unter den konkreten Umständen auf den jeweiligen Beschwerdeführer angewandt werden. Ausgehend von diesem Grundsatz sind folgende Sachverhalte zu berücksichtigen. Vor

der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Frage der Verfassungskonformität von § 1626a BGB haben die innerstaatlichen Gerichte im Zusammenhang mit dem Antrag des Beschwerdeführers auf Prozesskostenhilfe für seinen Sorgerechtsantrag auch geprüft, ob die Erteilung des gemeinsamen Sorgerechts das Kindeswohl gefährden würde, und diese Frage bejaht. Das Amtsgericht Köln bezog sich in einer Entscheidung vom 29. August 2002 auf einen „Streit zwischen den Eltern in Grundsatzfragen“. Außerdem stellte es ausdrücklich fest, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl nicht entsprechen würde und der Streit zwischen den Eltern in Grundsatzfragen sogar ein Anlass wäre, die gemeinsame Sorge aufzuheben. Das Oberlandesgericht Köln drückte sich in seiner Entscheidung vom 19. Juli 2002 noch klarer aus, als es feststellte, dass der Beschwerdeführer „unbeschadet des § 1626a BGB“ die gemeinsame elterliche Sorge nicht erhalten könne, weil dies nicht dem Wohl des Kindes entspreche. In Anbetracht dieser Feststellungen der innerstaatlichen Gerichte – seien sie auch in Zusammenhang mit dem Prozesskostenhilfeantrag des Beschwerdeführers und nicht im Hauptverfahren getroffen worden – bin ich anderer Meinung als die Mehrheit, die das Vorbringen der Regierung zurückweist, dass unter den Umständen der vorliegenden Rechtssache die gerichtliche Anordnung der gemeinsamen Sorge zu Konflikten zwischen den Eltern führe und dem Kindeswohl daher abträglich sei. Außerdem ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer problemlos ein relativ intensives Umgangsrecht wahrnimmt, nämlich gut vier Monate pro Jahr, und somit Gelegenheit hat, großen Anteil am Leben seiner Tochter zu nehmen.

5. Außerdem teile ich nicht die Meinung der Mehrheit, der Gerichtshof könne sich in der vorliegenden Rechtssache mit dem Hinweis darauf, dass die Konvention ein lebendiges Instrument ist, das im Lichte der heutigen Verhältnisse auszulegen ist, über den weiten Beurteilungsspielraum der Behörden hinwegsetzen. Ebenso wie die Mehrheit kann ich in dieser Frage einen europäischen Konsens nicht erkennen. Es heißt im Urteil zutreffend, dass nur in wenigen Ländern die Frage der mangelnden Einigung zwischen den Eltern ausdrücklich behandelt wird. Auch wenn in der Mehrzahl der Mitgliedstaaten eine gerichtliche Überprüfung im Fall eines Konflikts zwischen den Elternteilen vorgesehen sein mag, sind die Bestimmungen und die ihnen zugrunde liegenden rechtlichen Ansätze im Einzelnen sehr unterschiedlich und lassen sich nicht miteinander vergleichen, wie eine rechtsvergleichende Erhebung über die elterliche Sorge für nichteheliche Kinder zeigt. Wenn es keinen einheitlichen Ansatz gibt, muss meines Erachtens hingenommen werden, dass es mehrere mögliche Wege gibt, um den Konflikt zwischen den unterschiedlichen Interessen zu lösen. Der gemeinsame Ausgangspunkt für die Gesetzgebung in den Mitgliedstaaten ist überdies, ebenso wie in Deutschland, das Wohl des Kindes. Im Hinblick auf dieses gemeinsame Ziel und den fehlenden Konsens zwischen den Mitgliedstaaten bin ich nicht überzeugt, dass die Schaffung einer Möglichkeit für den Vater, ein gemeinsames Sorgerecht durch gerichtliche Anordnung gegen den Willen der Mutter zu erlangen, die einzige konventionskonforme Lösung sein soll. Es entspricht außerdem der Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass der Gesetzgeber mit seiner Wertung den Abwägungsprozess vorwegnehmen kann, ohne eine Abwägung der Interessen für jeden Einzelfall vorzusehen (siehe Evans *J.* das Vereinigte Königreich, Individualbeschwerde Nr. 6339/05, Rdnr. 65, 7. März 2006). Hinzu kommt noch, dass der Vorteil dieser vorweggenommenen Wertung in der Klarheit des Gesetzes zu sehen ist, die den betroffenen Personen Sicherheit bietet.

6. Unter Bezugnahme auf die vorstehenden Ausführungen, insbesondere das Kindeswohl, bin ich der Meinung, dass auch eine ungerechtfertigte Diskriminierung des Beschwerdeführers hier nicht vorliegt. Die Situation von Mutter und Vater ist überdies nicht völlig vergleichbar; es ist aus Gründen der Rechtssicherheit, wie die Mehrheit einräumt, geboten, dass die Mutter zumindest zunächst die alleinige Sorge innehat. Dass der Vater später das gemeinsame Sorgerecht nicht erzwingen kann, ist, wie bereits erwähnt wurde, insbesondere im Fall einer Trennung im Interesse des Kindeswohls geboten, um zu verhindern, dass belastende Auseinandersetzungen zwischen den Eltern auf dem Rücken des Kindes ausgetragen werden. Bei der gesetzlichen Regelung durfte davon ausgegangen werden, dass Eltern, die nicht in der Lage sind, sich über das gemeinsame Sorgerecht zu einigen, auch nicht in der Lage sind, die schwierigen Fragen im Rahmen der Ausübung der gemeinsamen Sorge zu klären. Die Situation des Beschwerdeführers ist überdies nicht völlig vergleichbar mit derjenigen geschiedener Väter sowie unverheirateter Väter, die zuvor die Sorge aufgrund von Sorgeerklärungen gemeinsam ausgeübt haben. Bei verheirateten Eltern beruht die gemeinsame Sorge auf übereinstimmenden Erklärungen, die in Form des Eheversprechens zum Ausdruck kommen. Das Recht eines geschiedenen Vaters beruht demnach auf einem Fortbestand seiner Rechtsstellung, die zuvor von beiden Elternteilen begründet wurde. Dies gilt ebenso für nicht miteinander verheiratete Eltern, wenn sie die Sorge bereits zuvor aufgrund von Sorgeerklärungen gemeinsam ausgeübt haben. Im Übrigen ist in beiden Fällen die gemeinsame Sorge an die Einwilligung der Mutter gebunden. Der Gesetzgeber durfte vielmehr davon ausgehen, dass Eltern, wenn sie nicht miteinander verheiratet sind und keine Sorgeerklärungen abgeben, die elterliche Sorge nicht gemeinsam ausüben wollen.

7. Im Ergebnis bin ich der Meinung, dass der Ausschluss der gerichtlichen Überprüfung der zunächst der Mutter zugewiesenen Alleinsorge in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Ziel, d.h. dem Schutz des Kindeswohls, steht. Dies gilt insbesondere auch in der vorliegenden Rechtssache, in der die an den genannten Entscheidungen beteiligten deutschen Gerichte festgestellt haben, dass die gemeinsame Sorge dem Wohl des Kindes widersprechen würde und folglich sogar aufzuheben gewesen wäre, wenn sie zuvor bestanden hätte. Dies unterstreicht die Stichhaltigkeit der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts, das in seinem Urteil vom 29. Januar 2003 in einer anderen Rechtssache ausgeführt hat, das geltende Gesetz, insbesondere § 1626a Abs. 2 BGB, verletze das Recht des Vaters auf Achtung seines Familienlebens nicht dadurch, dass eine gerichtliche Überprüfung nicht vorgesehen sei, weil bei schwerwiegenden Konflikten der Eltern nicht zu erwarten sei, dass die Gerichte eine gemeinsame Sorge der Eltern für dem Kindeswohl dienlich erachten würden. Letztendlich aber bedeutet die andere Beurteilung durch die Mehrheit in dieser Rechtssache, dass dem nationalen Gesetzgeber bei der Regelung der elterlichen Sorge für nichteheliche Kinder im Einzelnen kaum noch ein Beurteilungsspielraum bleibt. Ich halte dies für eine zu weit gehende Folge des Urteils und hätte eine behutsamere Vorgehensweise in diesem schwierigen Bereich vorgezogen. Aus den vorstehenden Gründen habe ich daher gegen die Feststellung einer Verletzung von Artikel 14 in

Verbindung mit Artikel 8 der Konvention gestimmt.