

Kindeswohl und Väterrechte

Die neue Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

Prof. Dr. Nina Dethloff, LL.M.*

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat am 3.12.2009 in einer grundlegenden Entscheidung die Rechte unverheirateter Väter gestärkt und die Diskriminierung nichtehelicher Kinder weiter abgebaut: Er entschied in der Rechtssache *Zaunegger*, es stelle eine mit Art. 14 i.V.m. 8 EMRK unvereinbare Diskriminierung dar, wenn ein Vater gegen den Willen der nicht mit ihm verheirateten Mutter kein Sorgerecht erhalten könne¹. Diese Entscheidung gibt Anlass, zunächst den Wandel des Kindschaftsrechts und die Veränderung der Rechtstellung nichtehelicher Kinder aufzuzeigen (I.). Vor diesem Hintergrund wird die Auseinandersetzung von BVerfG und EGMR mit dem derzeit geltenden Sorgerecht in den Blick genommen (II.), um sodann Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Reform zu betrachten (III.). Deutlich wird hierbei die zentrale Rolle, die der Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Familienrechts zukommt². Denn bei der Beurteilung von Verstößen gegen die EMRK kommt es maßgeblich darauf an, ob sich bereits ein einheitlicher europäischer Standard herausgebildet hat, der die den Vertragsstaaten zustehenden Beurteilungsspielräume beschränkt. Auch die Rechtspolitik profitiert aber von einem Blick über die Grenzen, der das Spektrum möglicher Regelungen erkennen lässt und es erlaubt, die vielfältigen Erfahrungen anderer Rechtsordnungen fruchtbar zu machen.

I. Wandel des Kindschaftsrechts

Die Eltern-Kind-Beziehung hat über die Jahrhun-

derte hinweg einen bedeutenden Wandel erfahren³. Sprach man noch im 19. Jahrhundert unter römisch-rechtlichen Vorstellungen unbefangen vom Kind als „Objekt der Beherrschung durch den Vater“⁴, so hat sich angelehnt an die Gedanken der Aufklärung im 20. Jahrhundert die Sorgepflicht der Eltern als Grundlage der Beziehung der Eltern zu ihren Kindern herausgebildet. Seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes ist die Entwicklung der Eltern-Kind-Beziehung in Deutschland insbesondere unter dem verfassungsrechtlichen Blickwinkel des Art. 6 GG zu sehen. Zu einer grundlegenden Veränderung der Rechtstellung des nichtehelichen Kindes hat vor allem das Gleichstellungsgebot des Art. 6 V GG beigetragen. Überdies sind wichtige Impulse für den Abbau der Diskriminierung nichtehelicher Kinder und die Schaffung eines einheitlichen Kindschaftsrechts von der Rechtsprechung des EGMR ausgegangen. Die früher verbreitete Diskriminierung nichtehelicher Kinder ist heute in der Mehrzahl der europäischen Länder weitgehend beseitigt.

Ursprünglich war das Kindschaftsrecht in Deutschland – ebenso wie im restlichen Europa – zweigeteilt in das Recht des ehelichen Kindes und das des nichtehelichen Kindes. Mit diesem Statusunterschied ging eine erhebliche Diskriminierung nichtehelicher Kinder einher, die auf den Einfluss der Kirche im Hochmittelalter und deren Bestrebungen zurückging, die Ehe als einzig rechtlich geschützte Form des Zusammenlebens durchzusetzen. Noch das BGB in seiner ursprünglichen Fassung beschränkte die Rechtsbeziehungen zum Vater auf einen bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres währenden Unterhaltsanspruch des Kindes gegen ihn („Zahlvaterschaft“). Sonstige Rechtsbeziehungen schloss es mit der gesetzestechnisch korrekten, rechtspolitisch freilich provozierenden Regel aus: „Ein uneheliches Kind und dessen Vater gelten als nicht verwandt“ (§ 1589 II BGB a.F.).

Erstmals forderte Art. 121 WRV eine Angleichung der Stellung des nichtehelichen Kindes an jene des ehelichen. Das Grundgesetz enthält seit 1949 in Art. 6 V GG das Gebot zur Förderung der Rechte nichtehelicher

* Direktorin des Instituts für Deutsches, Europäisches und Internationales Familienrecht, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

Für die Unterstützung bei der Vorbereitung des Beitrags danke ich Frau Christina Hennig und Herrn Bastian Lampert.

¹ EGMR, Urt. vom 3.12.2009, *Zaunegger gegen Deutschland*, Nr. 22028/04; hierzu *Dethloff*, NJW aktuell Heft 52/2009, S. XII-XIII.

² Näher hierzu *Boele-Woelki*, What comparative family law should entail, *Utrecht Law Review*, Volume 4, Issue 2 2008, 1 ff.; allgemein zu den Aufgaben der Rechtsvergleichung *Basedow*, Der Standort des Max-Planck-Instituts - Zwischen Praxis, Rechtspolitik und Privatrechtswissenschaft, in: *Aufbruch nach Europa, 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, 3, 10 ff.; *Kötz*, Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, *JZ* 2002, 257 ff.

³ *Dethloff*, Familienrecht, 29. Auflage, 2009, § 9 Rn. 2 ff.

⁴ *Hölder*, Pandekten, 1891, § 61 Anm. 4.

cher Kinder. Veranlasst durch das BVerfG⁵ wurde diesem Gebot mit dem Nichtehechengesetz (NEheG) von 1969 in der Folge Rechnung getragen. Modernem Sprachverständnis nach wurden aus unehelichen Kindern nichteheliche⁶. Zudem eröffnete das Gesetz die Verwandtschaft zum Vater. Insbesondere wurde dem nichtehelichen Kind gegenüber dem Vater und seinen Verwandten ein Erbrecht zuerkannt, allerdings neben ehelichen Abkömmlingen und einem Ehegatten des Erblassers nur in Form eines schuldrechtlichen Erbersatzanspruchs, so dass es zwar einen dem Erbteil entsprechenden Anspruch auf Geldzahlung erhielt, nicht jedoch Mitglied der Erbengemeinschaft wurde.

Das NEheG brachte damit zwar verschiedene Verbesserungen der Rechtsstellung des nichtehelichen Kindes, zu einer Beseitigung des Statusunterschieds kam es jedoch erst mit Verabschiedung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes von 1997. Dieses spricht nicht mehr von ehelichen oder nichtehelichen Kindern, sondern nur noch von Kindern, deren Eltern nicht miteinander verheiratet sind. Für sie gelten nunmehr grundsätzlich die gleichen Regelungen. Gleichwohl hat eine bestehende Ehe noch immer wesentlichen Einfluss auf die Rechtsstellung von Eltern und Kind. Unterschiede gibt es vor allem beim Sorgerecht. Dieses steht anders als verheirateten Eltern, die von vorneherein gemeinsam sorgeberechtigt sind (§ 1626 I BGB), unverheirateten Eltern nur bei Abgabe übereinstimmender Erklärungen beider Elternteile, die Sorge gemeinsam übernehmen zu wollen (Sorgeerklärungen), gemeinschaftlich zu (§ 1626a I Nr. 1 BGB). Bei Fehlen einer entsprechenden Erklärung ist die Mutter allein sorgeberechtigt (§ 1626 II BGB). Dies bedeutet faktisch ein Vetorecht der Mutter gegenüber dem Sorgerecht des Vaters.

II. Sorgerecht für nichteheliche Kinder auf dem Prüfstand

1. Grundgesetz

Im Jahr 2003 hatte bereits das Bundesverfassungsgericht die Vereinbarkeit der Regelung des § 1626a BGB mit dem Grundgesetz zu beurteilen. Es verneinte einen Verfassungsverstoß⁷. Das BVerfG, das seit 1995 das Elternrecht aus Art. 6 II GG auch nichtehelichen Vätern zuerkennt⁸, entschied, der Eingriff sei aus Gründen des Kindeswohls gerechtfertigt. Es billigte dem Gesetzgeber dabei einen weiten Entscheidungsspielraum zu⁹. Daher sei es vertretbar, wenn der Ge-

setzgeber davon ausgehe, dass es in der Regel dann, wenn Eltern zusammenlebten oder sonst zwischen ihnen Einvernehmen bestehe, aufgrund von Sorgeerklärungen zur gemeinsamen Sorge käme. Da im Gegensatz zu verheirateten Eltern, die mit ihrer Heirat den Willen, gemeinsam für sich und ihre Kinder Verantwortung zu tragen, dokumentierten, bei nicht verheirateten Eltern nicht von einer solchen Bereitschaft ausgegangen werden könne, sei die Übertragung der Alleinsorge auf die Mutter gerechtfertigt¹⁰. Im Interesse des Kindeswohls sei es erforderlich, dass es ab der Geburt jemanden gebe, der in rechtlich verbindlicher Weise für das Kind handeln könne. Gemeinsame Sorge setze aber ein Minimum an Einigkeit der Parteien voraus¹¹. Eine solche könne aufgrund der vielfältigen Lebenssituationen bei unverheirateten Eltern nicht unterstellt werden. Den Rechten des Vaters trage die Möglichkeit, durch übereinstimmende Sorgeerklärungen das gemeinsame Sorgerecht zu erlangen, ausreichend Rechnung.

2. Europäische Menschenrechtskonvention

Zu einem anderen Ergebnis gelangte der EGMR, der in der eingangs genannten Entscheidung *Zaunegger* die Vereinbarkeit der deutschen Sorgerechtsregelung mit der EMRK zu beurteilen hatte.

a) Sachverhalt der Entscheidung des EGMR vom 3.12.2008

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die im Jahr 1995 nichtehelich geborene Tochter des Beschwerdeführers wuchs zunächst bei beiden Elternteilen auf. Nach deren Trennung im Jahre 1998 lebte sie bis 2001 bei ihrem Vater, bevor sie in die Wohnung ihrer Mutter umzog. Auch in dieser Zeit bemühte sich der Vater um regelmäßigen Kontakt mit seiner Tochter sowie um ein gemeinsames Sorgerecht. Da die Mutter sich weigerte, die für das gemeinsame Sorgerecht erforderliche Sorgeerklärung abzugeben, beantragte der Beschwerdeführer beim Familiengericht die Einräumung eines gemeinsamen Sorgerechts. Dieses wurde ihm jedoch unter Verweis auf die geltende Rechtslage verwehrt. Nach Erschöpfen des innerstaatlichen Rechtsweges legte er daher Beschwerde beim EGMR ein.

b) Rechtliche Beurteilung und Kontrollmaßstab

Im Gegensatz zum BVerfG, das einen Eingriff in das Elternrecht des Vaters prüfte, hatte der EGMR zu beurteilen, ob die deutsche Sorgerechtsregelung gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 14 i.V.m.

⁵ BVerfGE 25, 167.

⁶ Anders weiterhin in Art. 6 V GG.

⁷ BVerfGE 107, 150 = BVerfG, NJW 2003, 955.

⁸ BVerfG, NJW 1995, 2155.

⁹ BVerfG, NJW 2003, 955, 956.

¹⁰ BVerfG, NJW 2003, 955, 956.

¹¹ BVerfG, NJW 2003, 955, 957 f.

8 EMRK verstößt, weil sie unverheiratete Väter sowohl anders als Mütter als auch als geschiedene Väter behandelt. Trotz dieses unterschiedlichen Prüfungsmaßstabs ging es im Kern um dieselbe Frage, ob nämlich Gründe des Kindeswohls die deutsche Regelung rechtfertigen können. Für das Gericht stellte sich daher zunächst die Frage des Umfangs der Kontrolldichte. Nationalen Behörden steht, insbesondere bei Sorgerechtsfragen, grundsätzlich ein weiter Spielraum zu. Allerdings hängt nach ständiger Rechtsprechung des EGMR der Kontrollmaßstab davon ab, ob sich in dem betreffenden Bereich ein europäischer Standard feststellen lässt¹². Diese Frage, der der Gerichtshof auch im Fall *Zaunegger* nachging, soll im Folgenden näher untersucht und die Sorgerechtsregelungen verschiedener europäischer Staaten einem Vergleich unterzogen werden.

c) Sorgerecht in Europa

Eine rechtsvergleichende Umschau zeigt tatsächlich, dass die deutsche Regelung mittlerweile Ausnahmecharakter hat¹³. Vergleichbare Bestimmungen finden sich lediglich noch in der Schweiz¹⁴ und in Österreich¹⁵. Auch in der Schweiz steht jedoch eine Reform bevor; vorgesehen ist dort, unverheirateten wie verheirateten Eltern kraft Gesetzes ein gemeinsames Sorgerecht einzuräumen¹⁶. Allgemein ist an die Stelle der früher vorherrschenden Dominanz der Mutter eine stärkere oder gleiche Beteiligung unverheirateter Väter am Sorgerecht getreten. In der westlichen Welt sind heute zwei Grundmodelle verbreitet:

Der eine Regelungstypus geht von der Alleinsorge der Mutter aus, ermöglicht es aber dem Vater, auch unabhängig vom Willen der Mutter das Sorgerecht zu erlangen. So steht namentlich in den nordischen Staaten oder etwa den Niederlanden der Mutter bei der Geburt kraft Gesetzes das alleinige Sorgerecht zu. Die Eltern können sich aber entweder über die

gemeinsame Sorge einigen oder der Vater kann die Übertragung des Sorgerechts beantragen. Maßstab für die Entscheidung des Gerichts ist allein das Kindeswohl¹⁷. Soweit die Voraussetzungen für eine gemeinsame Sorge gegeben sind, kann es dem Vater die Mitsorge einräumen. Es kann ihm aber auch das alleinige Sorgerecht übertragen. Die Möglichkeit der gerichtlichen Entscheidung über die elterliche Sorge ist vor allem dann von Bedeutung, wenn sich Eltern trennen, die zuvor zusammen gelebt haben, ohne dass eine gemeinsame Sorge vereinbart wurde. Der Vater kann aber eine sorgerechtliche Entscheidung auch unabhängig von einem Zusammenleben beantragen.

Das weiter verbreitete, zweite Regelungsmodell geht von einer weitgehenden oder vollständigen Gleichstellung unverheirateter und verheirateter Eltern aus. Auch nicht verheiratete Eltern erlangen danach kraft Gesetzes, d.h. unabhängig von einer Vereinbarung oder einer gerichtlichen Entscheidung, das gemeinsame Sorgerecht. Dies ist heute in den meisten romanischen Rechtsordnungen wie etwa Spanien¹⁸, Frankreich¹⁹ oder Belgien²⁰ sowie den osteuropäischen Staaten²¹ der Fall. In den romanischen Rechtsordnungen besteht aber die Möglichkeit, dass einem Elternteil auf Antrag die Alleinsorge übertragen wird, wenn dies dem Kindeswohl entspricht²². In Russland und Litauen bleibt es hingegen, abgesehen von wenigen Ausnahmefällen²³, auch nach der Trennung zwingend bei der gemeinsamen Personensorge²⁴. Auch wenn man über Europa hinaus blickt, besteht im Übrigen hinsichtlich des Sorgerechts kein Statusunterschied mehr. So steht in den kanadischen Provinzen²⁵ und

¹² Vgl. *EGMR*, NJW 1979, 2449, 2451; *EGMR*, NJW 1986, 2176, 2177; *EGMR*, Urt. v. 9.1.2003, 45330/99 Rn. 42 – S.L. / A.

¹³ Für einen rechtsvergleichenden Überblick: *Dethloff*, Das Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern aus rechtsvergleichender Sicht, JAmT 2005, 213; *dies.*, Kindschaftsrecht des 21. Jahrhunderts – Rechtsvergleichung und Zukunftsperspektiven, ZKJ 2009, 141; vgl. auch *Boele-Woelki et al.* (Hrsg.), Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities, 2007.

¹⁴ Art. 298, 298a I ZGB.

¹⁵ §§ 166, 167 I ABGB.

¹⁶ Art. 298 Abs. 1 Vorentwurf Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Stand Januar 2009), www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/gesellschaft/gesetzgebung/elterlichesorge.Par.0004.File.tmp/entw-d.pdf.

¹⁷ Z.B. § 10 I finn. Gesetz über das Sorge- und Umgangsrecht; § 48 norweg. Kindergesetz; Kapitel 6 § 5 I schwed. Elterngesetz; Art. 1:253d II nl. Burgerlijk Wetboek.

¹⁸ § 156 I Código Civil.

¹⁹ Art. 372 Code Civil.

²⁰ Art. 373 I, 374 I Code Civil.

²¹ Art. 68 i.V.m. Art. 72 bulg. Familiengesetzbuch; Art. 3.156, Art. 3.159 lit. Zivilgesetzbuch; Art. 61 i.V.m. Art. 66 russ. Familiengesetzbuch; Art. 34 I tschech. Familiengesetzbuch; § 72 I ungar. Gesetz Nr. IV/1986 über die Änderung des Gesetzes Nr. IV/1952 über die Ehe, die Familie und die Vormundschaft.

²² Art. 373-2 I, 373-2-1 I franz. Code Civil; Art. 107 § 1 poln. Familien- und Vormundschaftsgesetzbuch; Art. 156 VII span. Código Civil.

²³ Art. 69 russ. Familiengesetzbuch; Art. 3.180 lit. Zivilgesetzbuch.

²⁴ Art. 66 russ. Familiengesetzbuch; Art. 3.156 lit. Zivilgesetzbuch.

²⁵ British Columbia: Sec. 61 (1) Law and Equity Act i.V.m. Sec. 27 (1) Family Relations Act; Ontario: Sec. 1 (1) i.V.m. Sec. 20 (1) Children's Law Reform Act 1990; Quebec: Art. 600 (1) Civil Code; Saskatchewan: Sec. 3 (1) and (3) Children's Law Act.

den australischen Territorialstaaten²⁶ unverheirateten Eltern das Sorgerecht gemeinsam zu. Auch in den Vereinigten Staaten von Amerika sieht der Uniform Parentage Act in Art. 2 Sec. 202 eine Gleichstellung der Eltern im Hinblick auf die elterliche Sorge vor²⁷.

Manche Rechte machen allerdings ein kraft Gesetzes entstehendes Sorgerecht von einem Zusammenleben der Eltern abhängig, so etwa in Italien²⁸ und in den meisten kanadischen Provinzen²⁹. Meist tritt ein gemeinsames Sorgerecht jedoch unabhängig davon ein, ob die Eltern zusammenleben oder nicht. Die gemeinsame Sorge bleibt dann grundsätzlich auch nach einer Trennung bestehen, soweit nicht einem Elternteil auf Antrag die alleinige Sorge übertragen wird³⁰.

Voraussetzung für das Bestehen eines Sorgerechts ist aber stets, dass die Elternschaft feststeht. Grundsätzlich bedarf es hierfür – anders als bei Kindern, deren Eltern verheiratet sind und bei denen der Ehemann der Mutter folglich rechtlicher Vater des Kindes ist – entweder eines Vaterschaftsanerkennnisses oder einer gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft³¹. In vielen Rechten tritt allerdings kraft Gesetzes ein gemeinsames Sorgerecht nur dann ein, wenn die Abstammung durch Anerkenntnis begründet wurde, nicht dagegen bei gerichtlicher Feststellung der Vaterschaft³². Das kraft Gesetzes eintretende Sorgerecht

²⁶ Northern Territory: Sec. 4 (1) Status of Children Act 1979; Queensland: Sec. 3 (1) Status of Children Act 1978; Tasmania: Sec. 3 (1) Status of Children Act 1974; Commonwealth; eine bundesrechtliche Regelung findet sich in Sec. 61c sub. 1-2 Family Law Act 1975.

²⁷ Der Uniform Parentage Act (Last Revised or Amended 2002) wurde in Alabama, Delaware, North Dakota, Oklahoma, Texas, Utah, Washington und Wyoming in einzelstaatliches Recht übernommen, aktueller Stand abrufbar unter: http://www.nccusl.org/update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-upa.asp.

²⁸ Art. 317 bis II Codice Civile; hierzu *Patti/Bellisario/Carleo* in: *Boele-Woelki/Braat/Curry-Sumner* (Hrsg.), *European Family Law in Action*, Volume III: Parental Responsibilities, 2005, Italian Report, Q 20 (S. 342).

²⁹ British Columbia: Sec. 27 (1)-(3) und (5) Family Relations Act; Ontario: Sec. 20 (4) Children's Law Reform Act; Saskatchewan: Sec. 3 (2) Children's Law Act.

³⁰ Art. 373-2 I, 373-2-1 I franz. Code Civil; Art. 156 VII span. Código Civil; Art. 107 § 1 poln. Familien- und Vormundschaftsgesetzbuch.

³¹ Art. 52 I tschech. Familiengesetzbuch; nach Art. 41, 42 bulg. Familiengesetzbuch beschließt das Gericht, wenn es einer Klage auf Abstammung stattgibt, von Amts wegen über die Maßnahmen zur Ausübung der Elternrechte, regelt die persönlichen Beziehungen zwischen dem Kind und den Eltern sowie dessen Unterhalt; Art. 61 i.V.m. Art. 49 russ. Familiengesetzbuch.

³² Art. 372 II franz. Code Civil; Art. 317 bis II ital. Codice Civile; Art. 93 § 2 poln. Familien- und Vormundschaftsge-

wird damit an die freiwillige, in der Regel im Einvernehmen mit der Mutter erfolgende Begründung des Eltern-Kind-Verhältnisses geknüpft. Insofern ist auch hier ein Element des Konsenses erforderlich. Dieser bezieht sich jedoch auf die Herstellung des Eltern-Kind-Verhältnisses insgesamt. Es ist der Mutter daher verwehrt, lediglich dem Vaterschaftsanerkennnis zuzustimmen, mit der Folge, dass etwa Unterhalts- und Erbrechte entstehen, eine Beteiligung des Vaters am Sorgerecht dagegen zu verhindern.

Die beiden vorherrschenden Modelle gehen somit davon aus, dass bei *fehlendem* Konsens der Eltern über die gemeinsame Sorge stets eine am Kindeswohl ausgerichtete Sorgerechtsentscheidung möglich ist.³³ Insofern lässt sich ein gemeinsamer Standard bei der Sorgerechtsregelung nichtehelicher Kinder feststellen.

d) Schlussfolgerungen des EGMR

Zu diesem Ergebnis gelangte auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte: Angesichts des gemeinsamen Ausgangspunktes in der Mehrzahl der europäischen Rechtsordnungen ging er von einem deutlich eingeschränkten Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten aus³⁴. Diesen engen Kontrollmaßstab zugrunde legend sah der Gerichtshof die Ungleichbehandlung des unverheirateten Vaters als eine sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung an. Es sei nicht erforderlich, dem Vater kraft Gesetzes zu verwehren durch eine gerichtliche Entscheidung klären zu lassen, ob eine gemeinsame Sorge dem Wohl des Kindes entspreche. Insbesondere sei die mit dem gerichtlichen Verfahren verbundene Belastung kein ausreichender Grund gegen eine derartige Regelung. Denn auch bei geschiedenen Eltern und Eltern, die eine Sorgeerklärung abgegeben haben, sei eine gerichtliche Überprüfung der Sorgeregelung möglich.

III. Zukunftsperspektiven

Fragt man nach den Konsequenzen der Entscheidung, so ist zu beachten, dass der Gerichtshof für Menschenrechte immer nur einen konkreten Einzelfall entscheidet³⁵. Das Urteil hat daher keinen unmittelbaren Einfluss auf die deutsche Gesetzeslage.

setzbuch; Art. 111 Nr. 2 span. Código Civil.

³³ Vgl. zum Konsens- und Kindeswohlprinzip: Kapitel 6 § 5 I schwed. Elterngesetz; § 35 II i.V.m. § 34 III norweg. Kindergesetz; Art. 1:253 II nl. Burgerlijk Wetboek; zum Gleichstellungsprinzip: Art. 372 III, Art. 373-2-1 I franz. Code Civil; Art. 156 VII span. Código Civil; Art. 107 § 1 poln. Familien- und Vormundschaftsgesetzbuch.

³⁴ *EGMR* (Fn. 1), Rn. 60 ff.

³⁵ *Grabenwarter*, EMRK, 4. Auflage, 2009, § 16 Rn. 2 f.

Der Staat, dem eine Konventionsverletzung nachgewiesen wurde, muss jedoch dafür Sorge tragen, dass sich eine solche Verletzung nicht wiederholt. Da die Diskriminierung von Vätern nichtehelicher Kinder unmittelbar auf den sorgerechtlichen Vorschriften beruht und den Gerichten kein Beurteilungsspielraum verbleibt, besteht allerdings gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

Erforderlich ist angesichts des Fehlens von Übergangsregelungen eine Reform des Sorgerechts, die möglichst rasch, aber unter sorgfältiger Berücksichtigung der rechtstatsächlichen Entwicklung wie auch der Erfahrungen mit ausländischen Regelungen die rechtliche Stellung unverheirateter Väter verbessert. Das Bundesjustizministerium hat eine Studie zur Situation nichtehelicher Kinder in Deutschland in Auftrag gegeben, deren Ende 2010 vorliegende Ergebnisse abgewartet werden sollen³⁶. Die Bedeutung der Gesetzesänderung ist groß, denn die Zahl der nichtehelich geborenen Kinder hat stark zugenommen. Ihr Anteil hat sich seit 1990 auf heute 30% verdoppelt. Das sind jährlich mehr als 200.000 Kinder³⁷.

Bei einer Reform ist zu berücksichtigen, dass eine gemeinsame Sorge jedenfalls dann den Kindesinteressen entspricht, wenn beide Eltern tatsächlich elterliche Verantwortung übernehmen. De lege ferenda sollten daher Eltern, wenn sie in häuslicher Gemeinschaft zusammenleben, schon kraft Gesetzes gemeinsam sorgeberechtigt für ihr Kind sein. Eine Prüfung des Kindeswohls ist in diesem Fall ebenso entbehrlich wie eine Anknüpfung an einen Willensakt beider Eltern. Auch für den Fall einer späteren Trennung entspricht es wie bei Scheidung einer Ehe grundsätzlich dem Kindeswohl am besten, wenn die gemeinsame Sorge solange fortbesteht, bis ein Elternteil die Übertragung der Alleinsorge beantragt.

Besteht keine häusliche Gemeinschaft zwischen Eltern und Kind, so sollte eine gemeinsame Sorge zumindest aufgrund entsprechender Erklärungen möglich bleiben. Im Übrigen wird zu entscheiden sein, ob es bei der grundsätzlichen Zuweisung der elterlichen Sorge zur Mutter bleiben oder generell eine

gemeinsame Sorge eingeführt werden sollte. Der Unterschied zwischen beiden Modellen besteht in erster Linie in der Frage, welcher Elternteil bei fehlendem Konsens eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen muss. Wie bedeutend dieser Unterschied ist, hängt maßgeblich davon ab, wie die gemeinsame elterliche Sorge – vor allem bei Getrenntleben – ausgestaltet ist, welche Befugnisse also insbesondere dem Elternteil zustehen, bei dem das Kind nicht lebt. Auf der einen Seite stehen Rechtsordnungen wie die niederländische³⁸ oder belgische³⁹, in denen gemeinsame elterliche Sorge bedeutet, dass Eltern grundsätzlich alle das Kind betreffenden Angelegenheiten gemeinsam entscheiden müssen. Andere Rechte – wie das französische⁴⁰ oder englische⁴¹ – beschränken die gemeinsamen Entscheidungsbefugnisse wie das deutsche Recht nach § 1687 BGB auf besonders wichtige oder grundlegende Angelegenheiten, wenn das Kind bei einem Elternteil lebt. Der Blick in ausländische Rechtsordnungen zeigt jedenfalls klar, dass es Regelungsmodelle gibt, die es eher als das deutsche Recht ermöglichen, in jedem Einzelfall die Sorgerechtsentscheidung auch für nichteheliche Kinder Art. 6 V GG entsprechend am Kindeswohl zu orientieren und zugleich Elternrecht von Vater und Mutter zu gewährleisten.

³⁸ Art. 1:253i I Burgerlijk Wetboek.

³⁹ Art. 373 I, 374 I und Art. 376 I Code Civil.

⁴⁰ Ferrand in: European Family Law in Action (Fn. 28), French Report, Q 37 (S. 506 f.).

⁴¹ Sec. 2 (7) Children Act 1989 sieht vor, dass jeder Elternteil grundsätzlich die elterliche Verantwortung selbständig ausüben kann, nur in Ausnahmefällen ist eine Absprache notwendig.

³⁶ Pressemitteilung des BMJ v. 3.12.2009, abrufbar unter: http://www.bmj.bund.de/enid/0,8c83f9636f6e5f6964092d0936333930093a095f7472636964092d0936333935/Pressestelle/Pressemitteilungen_58.html.

³⁷ Statistisches Bundesamt, Zahl der Woche Nr. 019 vom 13.05.2008, abrufbar unter: http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Presse/pm/zdw/2008/PD08__019__p002,templateId=renderPrint.psm.