

## Feldkamp - Rechtsanwälte INFORMIEREN

### Gleichberechtigung für Väter eines nichtehelichen Kindes Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 21. Juli 2010

#### Bisherige Rechtslage:

Seit der Reform des Kindschaftsrechts zum 1. Juni 1998 haben nicht miteinander verheiratete Eltern erstmalig, unabhängig davon, ob sie zusammenleben, durch den neu eingeführten § 1626 BGB die Möglichkeit, die elterliche Sorge für ihr Kind gemeinsam zu tragen. Allerdings ist hierfür Voraussetzung, dass dies ihrem Willen entspricht und beide Elternteile entsprechende Sorgeerklärungen abgeben. Sofern die Kindesmutter eine entsprechende Sorgeerklärung nicht abgibt, bleibt sie alleine Sorgerechtsinhaberin für das gemeinsame Kind. Es gibt für den Vater keine Möglichkeit, hier ein Sorgerechtsverfahren mit dem Ziel der gemeinsamen Sorge zu betreiben. Selbst eine Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge von der Mutter auf den Vater kommt nach § 1672 Abs. 1 BGB bei dauerhaftem Getrenntleben der Eltern nur mit Zustimmung der Mutter in Betracht. Gegen ihren Willen kann der Vater eines nichtehelichen Kindes nur dann das Sorgerecht erhalten, wenn der Mutter wegen Gefährdung des Kindeswohls die elterliche Sorge entzogen wird, die elterliche Sorge dauerhaft ruht oder wenn sie stirbt.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte erklärte in seinem Urteil vom 3. Dezember 2009, dass der grundsätzliche Ausschluss einer gerichtlichen Überprüfung der ursprünglichen Zuweisung der alleinigen Sorge an die Mutter im Hinblick auf den verfolgten Zweck, nämlich den Schutz des Wohles eines nichtehelichen Kindes, nicht verhältnismäßig sei. Auf die Beschwerde eines Vaters eines nichtehelichen Sohnes hat nunmehr das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass die §§ 1626 a Abs. 1 Nr. 1 und 1672 Abs. 1 BGB mit Artikel 6 Abs. 2 GG unvereinbar sind.

#### Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 21. Juli 2010:

Das Bundesverfassungsgericht hält die gesetzliche Regelung dadurch für verfassungswidrig, dass der Gesetzgeber den Vater eines nichtehelichen Kindes generell von der Sorgetragung für sein Kind ausschließt, wenn die Mutter des Kindes ihre Zustimmung zur gemeinsamen Sorge mit dem Vater oder zu dessen

Alleinsorge für das Kind verweigert, ohne dass dem Vater die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung am Maßstab des Kindeswohles eingeräumt ist. Das Bundesverfassungsgericht stellt fest, dass der Gesetzgeber mit der bisherigen Regelung das Elternrecht des Vaters in unverhältnismäßiger Weise generell hinter das Elternrecht der Mutter zurückstellt, ohne dass dies durch einen sachlichen Grund, nämlich die Wahrung des Kindeswohles, geboten ist. Grundlage der gesetzlichen Regelung in 1998 war die Annahme des Gesetzgebers, dass Eltern die Möglichkeit gemeinsamer Sorgetragung in der Regel nutzen und die Zustimmungsverweigerung von Müttern in aller Regel auf einen sich nachteilig auf das Kind auswirkenden elterlichen Konflikt basiert sowie von Gründen getragen ist, die nicht eigene Interessen der Mutter verfolgen, sondern der Wahrung des Kindeswohles dienen. Festgestellt wurde aber, dass sich lediglich knapp über die Hälfte der Eltern nichtehelicher Kinder auf eine gemeinsame elterliche Sorge verständigen und, dass eine nicht unbeträchtliche Zahl Mütter allein deshalb die Zustimmung zur gemeinsamen Sorge verweigern, weil sie ihr abgestammtes Sorgerecht nicht mit dem Vater ihres Kindes teilen wollen.

Auch die Regelung in § 1672 Abs. 1 BGB stellt einen schwerwiegenden und gerechtfertigten Eingriff in das Elternrecht des Vaters aus Artikel 6 Abs. 2 GG dar, da es nicht gerechtfertigt ist, dem Vater mangels Möglichkeit einer gerichtlichen Einzelfallprüfung den Zugang zur alleinigen Sorge zu verwehren.

Abschließend ist also festzustellen, dass auch hier der gemeinsamen elterlichen Sorge in jedem Fall der Vorzug zu geben ist.

#### Was kann der Vater eines nichtehelichen Kindes tun?

Das Bundesverfassungsgericht hat festgestellt, dass die Regelungen der §§ 1626 a Abs. 1 Nr. 1 sowie 1671 BGB mit Artikel 6 GG nicht vereinbar sind. Steht ein Gesetz mit dem Grundgesetz nicht im Einklang, so ist es grundsätzlich für nichtig zu erklären, es sei denn, durch die Nichtigkeit würde ein Zustand geschaffen, der von der verfassungsmäßigen Ordnung noch weiter entfernt wäre, als der bisherige. Danach scheidet eine Nichtigkeitsklärung der oben genannten §§ aus, da dies zur Folge hätte, dass die Begründung einer gemeinsamen elterlichen Sorge oder einer Übertragung der Alleinsorge auf den Vater selbst dann nicht mehr möglich wäre, wenn die Eltern dies übereinstimmend wollten.

Auch eine Unanwendbarkeit der Norm in Folge der Unvereinbarkeit mit Artikel 6 Abs. 2 GG kommt nicht in Betracht, da dies ebenfalls den verfassungswidrigen Zustand nur weiter vertiefen würde. Allerdings ist auch davon abgesehen worden, lediglich die verfassungswidrigen Normen bis zu ihrer Neuregelung durch den Gesetzgeber für weiter anwendbar zu erklären. Dies würde nur zu einer Fortführung des bisherigen grundrechtsbeeinträchtigenden Zustandes führen. Aus diesem Grund war es angezeigt, eine

Übergangsregelung zu treffen, wobei die durch das Bundesverfassungsgericht zu findende Lösung der gesetzlichen Regelung nicht vorgreifen und sie auch nicht erschweren darf.

#### Antrag auf Übertragung der gemeinsamen Sorge:

Das Bundesverfassungsgericht hat daher ergänzend zur Regelung des § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB angeordnet, dass das Familiengericht den Eltern auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge gemeinsam überträgt, soweit zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl entspricht. Sofern also jetzt der Vater eines nichtehelichen Kindes die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge zusammen mit der Kindesmutter wünscht, kann er bei dem zuständigen Familiengericht einen entsprechenden Antrag auf Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge stellen. Prüfungsmaßstab ist das Kindeswohl. Es muss also zumindest zu erwarten sein, dass die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge dem Kindeswohl entspricht. Dies setzt ein Mindestmaß an Kommunikation zwischen den Eltern hinsichtlich der Belange des gemeinsamen Kindes voraus. Allerdings gehören noch viele einzelne Kriterien zur Feststellung des Kindeswohles dazu. Es sind Zuneigungen, Bindungen und der Wille des Kindes zu berücksichtigen.

Des Weiteren entspricht es dem Wohl des Kindes, dass nach dem Förderungsprinzip derjenige oder diejenige Elternteile die elterliche Sorge erhalten, bei dem das Kind vermutlich die meiste Unterstützung für den Aufbau seiner Persönlichkeit erwarten kann. Zu berücksichtigen ist die Bindung des Kindes an seine Eltern und Geschwister, Wünsche des Kindes, aber auch äußerliche Einflüsse (Wohnverhältnisse, Betreuungsmöglichkeiten etc.) können berücksichtigt werden. Kinder haben gemäß § 1684 Abs. 1 BGB das Recht auf Umgang mit jedem Elternteil. Hierbei ergeben sich in der Praxis häufig Schwierigkeiten durch Vereitelung oder Erschwerung des Umgangs, was schlimmstenfalls zum Sorgerechtsentzug führen kann.

Die Gerichte haben jetzt bei entsprechender Antragstellung hierüber zu befinden und am abstrakten Begriff des Kindeswohles festzumachen, ob das gemeinsame Sorgerecht dem jeweilig betroffenen Kind dient bzw. dies dem Kindeswohl zumindest perspektivisch entspricht.

#### Antrag auf Übertragung der alleinigen Sorge:

Außerdem ist bis zum Inkrafttreten einer gesetzlichen Neuregelung des § 1672 BGB diese Vorschrift mit der Maßgabe anzuwenden, dass das Familiengericht dem Vater auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge überträgt, soweit eine gemeinsame elterliche Sorge nicht in Betracht kommt und zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl am besten entspricht.

Auch insoweit hat der Vater eines nichtehelichen Kindes jetzt die Möglichkeit, einen entsprechenden Antrag zu stellen. Voraussetzung hierfür ist dann allerdings, dass die oben beschriebene gemeinsame elterliche Sorge nicht in Betracht kommt, was unter anderem dann der Fall ist, wenn die betreuende Mutter zur Ausübung der elterlichen Sorge gänzlich ungeeignet oder nicht in der Lage ist.

#### Neue gesetzliche Regelung:

Wann mit einer neuen gesetzlichen Regelung zu rechnen ist, kann zurzeit nicht gesagt werden. Da das Bundesverfassungsgericht eine Übergangsregelung angeordnet hat und die Bundesregierung in der Anhörung bereits mitgeteilt hatte, es gäbe schon Erwägungen für eine gesetzliche Neuregelung hat das Bundesverfassungsgericht davon abgesehen, hier dem Gesetzgeber eine Frist zu setzen. Es ist daher davon auszugehen, dass hier besonderes kurzfristig eine gesetzliche Neuregelung nicht stattfinden wird.

Es kann daher nur allen Vätern nichtehelicher Kinder, die immer schon die gemeinsame Sorge mit der Kindesmutter haben wollten, geraten werden, nicht auf eine gesetzliche Regelung zu warten, sondern den entsprechenden Antrag beim Familiengericht ruhig jetzt schon zu stellen.

Autorin dieses Artikels ist Bettina Verhülsdonk,  
Rechtsanwältin

## Feldkamp - Rechtsanwälte



**Heinrich Feldkamp  
Rechtsanwalt**  
Fachanwalt für  
Bau- und Architektenrecht  
Handels- und  
Gesellschaftsrecht  
Verkehrsrecht  
Insolvenzrecht



**Nina Feldkamp  
Rechtsanwältin**  
Arbeitsrecht  
Vertragsrecht  
Strafrecht

In Kooperation mit:

**SVM:**  
Rechtsanwälte Fachanwälte

**Bettina Verhülsdonk**  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Familienrecht

**Peter Marx**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

**Sebastian Hennecke**  
Rechtsanwalt

Fürstener Weg 220  
49090 Osnabrück

Tel. (0 54 07) 89 87-0  
Fax (0 54 07) 89 87-77

info@feldkamp-rechtsanwaelte.de

www.feldkamp-rechtsanwaelte.de