

Mandla: Wenn man den Gleichheitsgrundsatz und ein natürliches Recht ignoriert  
ZRP 2012, 247

## **Wenn man den Gleichheitsgrundsatz und ein natürliches Recht ignoriert**

### **Der Sorgerechtsänderungsentwurf der Bundesregierung vom 4. 7. 2012**

Wiss. Mitarbeiter Dr. Christoph Mandla \*

Die Bundesregierung hat einen Entwurf zur Änderung des Sorgerechts vorgelegt, der das Gesetz nur in einem Punkt verbessert. Zwei wesentliche Grundrechtsverstöße lässt er bestehen und überzeugt somit insgesamt nicht.

#### **I. Erzwungener Fortschritt**

##### **1. Die Last des Art. 3 GG : Gleichberechtigung als blinder Fleck**

Nach dem Entwurf<sup>[1]</sup> kann ein Vater, der mit der Mutter des Kindes nicht verheiratet ist, das Sorgerecht ohne deren Zustimmung durch das Gericht erhalten. Das ist ein winziger Fortschritt, der aber kein Lob verdient. Die Regelungen sind so widersprüchlich wie die Entscheidung des BVerfG<sup>[2]</sup>, die sie veranlasst hat. Zwar hat das BVerfG darin seine Sicht auf Art. 6 GG<sup>[3]</sup> ein bisschen korrigiert<sup>[4]</sup>, nachdem es vom EGMR belehrt worden war<sup>[5]</sup>, zwei Grundgesetzverstöße aber weiterhin akzeptiert. Es ließ offen, warum es bei nicht miteinander verheirateten Eltern keine „gemeinsame unteilbare Verantwortung gegenüber dem Kinde“ von Anfang an gibt und das „umfassende Gleichberechtigungsgebot der Verfassung im Bereich der elterlichen Gewalt“ nicht „zu voller Gleichordnung von Vater und Mutter“ führt. So erklärte es einst den väterlichen Stichtentscheid für verfassungswidrig, weil er gegen Art. 6 Absatz I, II i. V. mit Art. 3 Absatz II, III GG verstieß<sup>[6]</sup>. **Wenn in Zeiten von Frauenquoten für Aufsichtsräte das BVerfG als Motor der Gleichberechtigung zu stottern und hinter die eigene Rechtsprechung zurückzufallen scheint, ist wohl auch vom Gesetzgeber kein großer Wurf zu erwarten.**

Dabei ist die Ungleichbehandlung evident: Die Frau wird mit der Geburt des Kindes Mutter und erhält das Sorgerecht, § 1591, 1626 a Absatz II BGB. Der Mann wird mit der Geburt Vater und Sorgerechtsinhaber, wenn er mit der Mutter verheiratet ist, § 1592 Nr. 1 BGB. Ist er das nicht, wird er Vater, wenn er die Vaterschaft anerkennt, Nr. 2, oder ein Gericht sie feststellt, Nr. 3. Das Sorgerecht hat er nicht. Das erhält er durch Erklärung mit der Mutter, § 1626 a Absatz I Nr. 1 BGB, oder wenn beide einander heiraten, Nr. 2, und zukünftig durch Gerichtsentscheidung, § 1626 a I Nr. 3 BGB-E. Diese Ungleichbehandlung hat das BVerfG nicht einmal versucht zu

---

\* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsvergleichung und Medizinrecht der Universität Halle (Saale).

[1] Entwurf abrufbar unter:  
[http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RefE\\_SorgeR.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RefE_SorgeR.pdf?__blob=publicationFile), Abruf:  
9. 10.2012.

[2] BVerfG, NJW 2010, 3008, m. Anm. Mandla, JR 2011, 185.

[3] BVerfG, NJW 2003, 955.

[4] BVerfG, NJW 2010, 3008; krit. Mandla, JR 2011, 185 (188).

[5] EGMR, NJW 2010, 501 – Zaunegger/Deutschland.

[6] BVerfG, NJW 1959, 1483.

rechtfertigen<sup>[7]</sup>. Auch der Entwurf schweigt dazu. Eine Benachteiligung der Mutter hat das BVerfG in den oben genannten Entscheidungen sogar als selbstverständlich hingenommen. Sie habe immer die Pflicht, für das Kind zu sorgen, selbst wenn sie es nicht wolle<sup>[8]</sup>. Beiden Eltern hingegen meint man im Entwurf die Sorge nicht aufzwingen zu dürfen. Nach Art. 6 Absatz II GG haben aber die Eltern die Pflicht, für ihr Kind zu sorgen. Man nötigt sie also nicht, wenn man genau das von ihnen verlangt. Stimmen sie nicht überein, sind sie im Interesse ihres Kindes verpflichtet, sich zu einigen. Aufgabe der Justiz ist es, sie dazu anzuhalten<sup>[9]</sup>.

## **2. Alle Ehen sind gleich – erfundene Homogenität**

Unreflektiert wiederholt der Entwurf, was BVerfG und EGMR zu nichtehelichen Kindern erklärt haben<sup>[10]</sup>. Diese würden in unterschiedliche Verhältnisse hineingeboren. Das ist richtig, sagt aber angesichts von Art. 6 Absatz II GG nichts Entscheidendes. Wenn es deshalb für diese Kinder eine andere Regelung geben muss als für eheliche Kinder, müssten diese alle in gleiche Verhältnisse hineingeboren werden. Wer das behauptet, leugnet die Wirklichkeit.

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien Familiensituationen miteinander verheirateter Eltern genannt: Das erste Kind von zwanzigjährigen Eltern in der Ausbildung, ein 69-jähriger Vater und eine 40-jährige Mutter, das fünfte Kind von Mittvierzigern, das dritte Kind kurz vor der Scheidung, das vierte Kind, aber ungewollt gezeugt, das zweite Kind von Eltern, deren erstes behindert ist, das „Kuckuckskind“, für das der Mann immer die Sorge bekommt, § 1592 Nr. 1 BGB, oder, beinahe unvorstellbar: das neunte Kind, dessen acht tote Geschwister bereits verscharrt sind<sup>[11]</sup>.

Gleich ist ehelichen Kindern nur, dass ihre Eltern das Sorgerecht ab der Geburt gemeinsam haben. Beide Gruppen Kinder werden in unterschiedliche Verhältnisse hineingeboren. Beiden ist aber gleich, und darauf kommt es an, dass sie bei der Geburt Mutter und Vater im biologischen Sinn haben, die dies im sozialen Sinn werden können und meist wollen. Und sie sollen bzw. müssen es auch, Art. 6 Absatz II GG. Bisher ist es jedoch dem Gesetzgeber mit Billigung des BVerfG nicht gelungen, Väter und Mütter sowie eheliche und nichteheliche Kinder gleich zu behandeln. Auch der Entwurf setzt das fort und verstößt gegen Art. 3 Absatz II, III und Art. 6 Absatz II, V GG. Obwohl alle Kinder das Recht auf Mutter und Vater haben, wie diese sind<sup>[12]</sup>, bleiben nichteheliche darauf angewiesen, dass ihr Vater das Sorgerecht beantragt, die Mutter nicht widerspricht bzw. ein Gericht ihnen ihren vollwertigen Vater zuerkennt. Hier liegt der Kardinalfehler: Hat er die Vaterschaft anerkannt, unterscheidet der Vater des nichtehelichen Kindes sich nicht von einem mit der Mutter verheirateten Vater.

---

<sup>[7]</sup> BVerfG, NJW 2010, 3008 Rdnr. 69; krit. Mandla, JR 2011, 185 (188).

<sup>[8]</sup> BVerfG, NJW 2010, 3008 Rdnr. 66 – was so absolut nicht stimmt, s. u. III 3.

<sup>[9]</sup> Entwurf (o. Fußn. 1), S. 18, 23; s. a. § 1627 BGB, § 156 FamFG.

<sup>[10]</sup> Entwurf (o. Fußn. 1), S. 17 f.

<sup>[11]</sup> Vgl. BGH, NSTZ 2007, 518.

<sup>[12]</sup> Problematisch bei sog. „Kuckuckskindern“, vgl., EGMR, NJW 2011, 3565 – Anayo/Deutschland; BVerfG, FPR 2003, 471.

Der Entwurf ist, wenn nicht väterfeindlich, so Vätern gegenüber zumindest gleichgültig. Die Mutter hat das Sorgerecht von Anfang an<sup>[13]</sup>, ohne Test, sonstige Prüfung oder Antrag, als natürliches Recht und immer als dem Kindeswohl zuträglich gedacht. So verlangt es auch Art. 6 Absatz II GG. Und es entspricht der Vermutung, dass es für das Kind am besten ist, wenn die Eltern es zu pflegen und zu erziehen verpflichtet sind. Anders dagegen der Vater: Er muss sich um die Sorge bemühen (Antrag) und wird, sobald die Mutter dagegen ist, vom Staat kontrolliert. Angesichts dessen durfte man Art. 3 GG natürlich nicht erwähnen.

## II. Weitere Grundrechtsverstöße, Widersprüche und Unstimmigkeiten

### 1. Natürliches Recht, gesetzliche Vermutung – überflüssiger Verleihungsakt

Neben dem Verstoß gegen Art. 3 GG liegt der **zweite Widerspruch in der völligen Ignoranz gegenüber dem natürlichen Recht**. Das Wort gibt es nicht im Entwurf, der seiner Grundannahme widerspricht und das Verhältnis von Regel und Ausnahme verkehrt.

Wenn die gemeinsame elterliche Sorge, also auch die des Vaters<sup>[14]</sup>, gesetzlich vermutet dem Kindeswohl nicht widerspricht, ist unverständlich, warum sie nicht von Gesetzes wegen besteht, sondern vereinbart werden, bzw. so die Mutter sich weigert oder der Vater keine Lust hat, von einem Gericht angeordnet werden muss. Die Sorge beider Eltern ist in Art. 6 Absatz II GG verankerte Pflicht und damit grundsätzlich nicht disponibel. Weiter heißt es, immer mehr nicht verheiratete Väter wollten eine echte Vaterrolle übernehmen und mitsorgeberechtigt sein, das BVerfG habe wiederholt betont, auch dem Vater des nichtehelichen Kindes stehe das Grundrecht aus Art. 6 Absatz II GG zu und die gemeinsame elterliche Sorge entspreche grundsätzlich den Bedürfnissen des Kindes nach Beziehungen zu beiden Elternteilen und verdeutliche ihm, dass beide Eltern gleichermaßen zur Sorge bereit seien, was durch „neuere sozialwissenschaftliche Untersuchungen“ gestützt werde<sup>[15]</sup>. Alles das macht einen Negativtest, also eine Gerichtsentscheidung ohne Prüfung, überflüssig, weil dies die gesetzliche Vermutung konterkariert. Überdies: So wie bei einer Widerspruchslösung die Mutter gegen die mit der Vaterschaft beginnende gemeinsame Sorge aktiv werden müsste, muss sie es auch hier. Allerdings könnte bei jener der Vater das Sorgerecht bereits nutzen.

Der **schwerste Verfassungsverstoß** liegt aber in der **Annahme, der Staat dürfe ein natürliches Recht zuteilen**. Der Staat hat dieses Recht nicht, kann darüber nicht verfügen, es nicht zuteilen. Dass er es tut, ist eine rechtswidrige Anmaßung, die das BVerfG zwar duldet, was es beim Sorgerechtsausschluss auch tat – bis Straßburg mahnte<sup>[16]</sup>. Sich oft grundlos<sup>[17]</sup> weigernde Mütter sollen den Vater zum Jugendamt oder Gericht zwingen und ihn so vom Staat und damit doppelt abhängig machen dürfen. **Nimmt man jedoch das Elternrecht des Vaters, die gesetzliche Vermutung,**

---

[13] Auch in hochproblematischen Fällen, vgl. Mandla, JR 2011, 185 (JR Jahr 2011 186).

[14] Entwurf (o. Fußn. 1), S. 17.

[15] Entwurf (o. Fußn. 1), S. 13, 14, mit Verweis auf BVerfG, NJW 2003, 955 – also nicht ganz so neu.

[16] Vgl. Mandla, JR 2011, 185 (188).

[17] Entwurf (o. Fußn. 1), S. 14; s. a. Coester, FamRZ 2012, 1337 (1342 f.).

die gemeinsame Sorge entspreche dem Kindeswohl, und die Gleichberechtigung ernst, braucht man kein Gericht.

Reines Wunschdenken ist, dass bei einer Mutter, die ihre Blockadehaltung erst einnimmt, wenn der Vater an der Sorge beteiligt werden will, weil sie allein entscheiden wolle, „sich diese Haltung durch die gemeinsame Sorge oftmals auflösen lassen“ würde<sup>[18]</sup>. Worauf fußt diese Prognose? Hier soll das Gesetz Probleme lösen, die seine Defizite erst schaffen! Eine Mutter könnte nicht legal die Alleinsorge verlangen, wenn es eine solche nicht gäbe, sobald ein Vater da ist.

## **2. Die gesetzliche Pflicht, die zu erfüllen der Vater erst beantragen muss**

Laut Entwurf ist der Vater seinem nichtehelichen Kind zu Pflege und Erziehung verpflichtet<sup>[19]</sup>. Schon das BVerfG hat aber übersehen, dass der Vater nicht einfach pflegen und erziehen kann wie die Mutter, sondern das erst erwirken muss. Das ist so absurd, dass es keines Kommentars bedarf. Und ebenso absurd soll es bleiben: Nach § 1626 a II BGB-E „überträgt“ das Gericht die Sorge. **Der Vater muss beantragen, seine verfassungsrechtliche Pflicht erfüllen zu dürfen!** Dabei ignorieren die Verfasser, wie zuvor das BVerfG, dass nur wenn der Vater selbst das Kindeswohl gefährdet, seine elterliche Sorge in Frage stehen darf, Art. 6 Absatz III GG. Angesichts einer gesetzlichen Vermutung, dass die Sorge beider Eltern das Beste ist, gibt es aber eine solche Gefährdung generell nicht (wohl im konkreten Fall – wie auch durch die Mutter), so dass auch deshalb die Antragslösung verfehlt ist.

Jeder Vater hat also nach Art. 6 Absatz II GG das natürliche Recht, nicht nur unbehelligt zu bleiben, wenn das Kindeswohl nicht beeinträchtigt ist, sondern erst einmal das Sorgerecht inne zu haben<sup>[20]</sup>.

## **3. Elternschaft durch gerichtliche Entscheidung**

Noch ein Widerspruch besteht zwischen Ziel und Mitteln. Die Mutter erhält das Sorgerecht durch Geburt, also einen Realakt<sup>[21]</sup>. Anstatt die Anerkennung/Feststellung der Vaterschaft als einen ebenso wirksamen Akt anzusehen, soll es ein Gerichtsverfahren geben, das aber unter Umständen kein richtiges Verfahren ist. Zwar liegt hier der geringe Vorteil zur bisherigen Gesetzeslage, in der mütterliches Nichtstun die väterliche Sorge verhinderte. Aber diesen Fällen ließe sich durch ein Sorgerecht ab der Vaterschaftsanerkennung begegnen.

Für den Fall, dass die Mutter der gemeinsamen Sorge widerspricht, bietet der Entwurf ein Verfahren, in dem die Mutter ausdrücklich aufgefordert ist, Trennendes und vielleicht sogar Verletzendes vorzutragen. Dagegen spricht aber § 1627 S. 2 BGB. Es ist kein Grund ersichtlich, diese Norm nicht bei der Begründung der elterlichen Sorge anzuwenden. Auch prozessual gibt es mit § 156 FamFG längst eine

---

<sup>[18]</sup> Entwurf (o. Fußn. 1), S. 23.

<sup>[19]</sup> Entwurf (o. Fußn. 1), S. 13.

<sup>[20]</sup> Zur Erinnerung: BVerfG, NJW 2003, 955, hat Menschenrechtsverletzungen (Art. 8 EMRK) zugelassen, s. EGMR, NJW 2010, 501 – Zaunegger/Deutschland.

<sup>[21]</sup> Vgl. Mandla, JR 2011, 185 (187).

Vorschrift, die das Gericht verpflichtet, auf das Einvernehmen der Eltern hinzuwirken. **Es ist also widersinnig, ein Verfahren vorzusehen, an dessen Ende potenziell der Ausschluss des Gegners steht.** So zeigt auch § 1626 a II BGB-E jenen Widerspruch, der zwischen § 1671 und § 1627 BGB i. V. mit § 156 FamFG besteht<sup>[22]</sup>.

Unklar ist auch, was geschieht, wenn das Gericht die gemeinsame Sorge nach § 1626 a II BGB-E anordnet, weil sie dem Wohle des Kindes nicht widerspricht und einer der Eltern dann einen Antrag nach § 1671 I Nr. 2 BGB-E stellt. Die Verfasser sehen das Problem, behaupten aber, ein solcher Antrag werde erfolglos sein, wenn ein Scheitern der gemeinsamen Verantwortung nicht festzustellen sei<sup>[23]</sup>. Damit nehmen sie den Entwurf nicht ernst. Es ist inkonsequent, die gemeinsame Sorge einmal zu akzeptieren, wenn sie dem Wohl des Kindes nicht widerspricht (§ 1626 a BGB-E), im selben Gesetz diese jedoch nicht zu akzeptieren, wenn die Einzelsorge dem Wohl des Kindes am besten entspricht. Auch das zeigt die Systemwidrigkeit von § 1671 BGB und § 1671 BGB-E (s. u. Nr. 6).

Ebenso problematisch bleibt, dass ein Gericht über die gemeinsame Sorge befindet. Entscheidungen deutscher Familiengerichte sind berechenbar wie Lottozahlen<sup>[24]</sup>. Richter, Jugendamtsmitarbeiter, Sachverständige, Beistände und evtl. auch das nicht immer überzeugende BVerfG<sup>[25]</sup> bestimmen über die Beziehung des Vaters zu seinem Kind, die auf einem natürlichen Recht gründet. Es sind letztlich zufällig zuständige Personen, die über ein höchstpersönliches Verhältnis entscheiden. Das mag im Rechtsstaat generell genügen. Für ein natürliches Recht genügt es nicht.

#### **4. Zwischenfazit**

Der Entwurf ist inkonsequent und widersprüchlich. Wenn Mütter und Väter gleichermaßen für ihre Kinder verantwortlich sind, verstößt es gegen Art. 6 Absatz II GG, wenn Väter dies erst auf Antrag dürfen. Art. 3 Absatz II, III GG ist verletzt, wenn Mütter das Sorgerecht per Geburt, Väter dies abhängig von der Mutter und eventueller gerichtlicher Entscheidung erhalten. Nichteheliche Kinder sind weiter benachteiligt.

### **III. Weitere Probleme und Unklarheiten**

Auf ein schlechtes Fundament passt kein gutes Haus. Auch die einzelnen Regelungen zeigen Defizite.

#### **1. Überflüssiges Verfahren und fragwürdige Erklärungsfrist**

Durch die grundlosen Gerichtsverfahren wirkt der **Entwurf** wie eine **Beschäftigungsinitiative für Familiengerichte**, weil in den meisten Fällen eine gemeinsame Sorge unproblematisch vereinbart wird<sup>[26]</sup>. Gäbe es die gemeinsame

<sup>[22]</sup> Vgl. Mandla, JR 2011, 185 (189), und unter III 4.

<sup>[23]</sup> Entwurf (o. Fußn. 1), S. 26. Wie stellt man das für die Zukunft fest?

<sup>[24]</sup> Vgl. z. B. bei Palandt/Diederichsen, BGB, 71. Aufl. (2012), § 1671 Rdnrn. 21 f.; bzgl. der Doppelresidenz (Wechselmodell) s. Mandla, NJ 2011, 278 m. w. Nachw. zur Beliebbarkeit

<sup>[25]</sup> Z. B. die Nichtannahmen in den Fällen EGMR, NJW 2004, 3397 – Görgülü/Deutschland und EGMR, NJW 2010, 501 – Zaunegger/Deutschland; s. a. BVerfG, NJW 2011, 1661; dazu Rieble, myops 2011, 32 und Menz, FamRZ 2011, 452.

<sup>[26]</sup> Entwurf (o. Fußn. 1), S. 3, 13; krit. auch Coester, FamRZ 2012, 1337 (1342 f.).

Sorge mit der Vaterschaftsanerkennung, blieben nur noch Fälle, in denen die Mutter Gründe nicht nur gegen eine gemeinsame Sorge mit dem Vater, sondern sein Sorgerecht überhaupt vorträge. Beispiele dafür, welche Gründe es neben denen des § 1666 BGB sein könnten, nennt der Entwurf nicht.

Fragwürdig ist auch die 6-Wochen-Frist, § 155 a II 2 FamFG-E. Fristen sind zwar immer willkürlich; was aber soll in der siebten Woche plötzlich anders sein? Warum ist da die Mutter plötzlich nicht mehr schutzwürdig? Der Entwurf verschweigt, wovor oder gegen wen sie geschützt werden soll. Und was geschieht, wenn die Mutter nach Fristablauf Stellung nimmt? Hat das Gericht die gemeinsame Sorge angeordnet, bliebe nur die Umdeutung in einen Antrag nach § 1671 BGB-E (der, s. II 3, erfolglos bliebe).

## **2. Der Rechtszustand in der Karenzzeit**

Der Entwurf enthält keine Regelungen für die sechs Wochen, die zwischen Antrag und Entscheidung liegen können<sup>[27]</sup>. Die Mutter hat in dieser Zeit die elterliche Sorge allein, § 1626 a III BGB-E, § 155 a II 2 FamFG-E. Sämtliche Entscheidungen kann sie allein fällen (Name, Religionszugehörigkeit). So kann sie als alleinige Inhaberin der elterlichen Sorge und damit auch des Aufenthaltsbestimmungsrechts durch Umzug eine neue gerichtliche Zuständigkeit begründen. Eine Zurückverweisung schiede aus, § 154 FamFG.

## **3. Der Antrag der Mutter auf Beteiligung des Vaters**

Am skurrilsten ist die Vorstellung, dass die Mutter wohlwollend wie eine Lehrerin bei einem unbeholfenen aber gutwilligen Schüler den Vater in die elterliche Sorge holt. Sollten Männer, gar Väter, an dieser Passage mitgearbeitet haben, offenbarten sie ein merkwürdiges, desolates Selbstbild ihres eigenen Geschlechts<sup>[28]</sup>. „Mutti“ muss dem unwilligen „Vati“ oder dem, „dessen Verantwortungsbereitschaft (...) im Ansatz vorhanden ist und (...) sich entwickeln kann“<sup>[29]</sup> hinterher laufen. Der Referentenentwurf hatte die Unsinnigkeit dieser Regelung noch benannt. Dort heißt es, „dass die Wahrnehmung von Verantwortung nicht erzwungen werden kann“<sup>[30]</sup>.

**Soll ein Richter zu einem Vater sagen, er möge endlich die Sorge übernehmen und, wenn dieser sich weigert, ihn verpflichten – aber hinzufügen, dass es nicht vollstreckbar sei?**

Hier ist schon der Ansatz falsch: Für Väter, die sich nicht trauen, Vater zu sein (womit sie brav die bisherige Gesetzeslage verinnerlicht hätten), wäre es überzeugender, wenn sie die elterliche Sorge von Anfang an hätten. Außerdem: Wenn die Mutter einen solchen Vater nicht will oder seine versteckten Fähigkeiten nicht erkennt, bleibt dem Kind, um das es doch angeblich geht, dieser Vater vorenthalten. Diese

---

<sup>[27]</sup> Gem. § 155 a I 2 FamFG-E muss das Kind geboren sein. Eine vorherige Vaterschaftsanerkennung, § 1594 Absatz IV BGB, vgl. Entwurf (o. Fußn. 1), S. 22, hilft nicht.

<sup>[28]</sup> Ein Vorwurf, der jeden Mann trifft, der § 1626 a BGB akzeptiert, besonders hart aber, wenn er ihn auch noch verteidigt. Er akzeptierte die ihm durch die Mutter zugeschriebene Untauglichkeit als Vater.

<sup>[29]</sup> § 1626 a II BGB-E, Antragsrecht für beide – Entwurf (o. Fußn. 1), S. 21; s. a. u. III 3.; ausführl. dazu Keuter, ZRP 2012, 171.

<sup>[30]</sup> Entwurf (o. Fußn. 1), S. 17; im Ergebnis so auch Keuter, ZRP 2012, 171.

Merkwürdigkeit geht auf die unverständlichen Erwägungen des BVerfG<sup>[31]</sup> zurück. So müsse auch die Mutter berechtigt sein, die Beteiligung des Vaters an der Sorge zu verlangen. Auf eine solche Idee kommt nur, wer partout gleich behandeln will, was wesentlich ungleich ist. Hat nämlich die Mutter die elterliche Sorge, verfügt sie über die Position, die der Vater erst erstrebt<sup>[32]</sup>. Er verlangt etwas zu erhalten, die Mutter will etwas abgeben.

Damit wird auch deutlich, dass die eingangs erwähnte prinzipielle Verpflichtung der Mutter keine Benachteiligung ist. Das folgt schon daraus, dass sie nicht absolut gilt, weil eine Frau weder schwanger werden, noch ein Kind austragen und dann behalten muss, vgl. § 1747 Absatz I BGB. Bleibt dennoch eine Verpflichtung, spricht das dafür, sie von Anfang an auf zwei Personen zu verteilen.

#### **4. Die Alleinsorge – Widerspruch zum Elternrecht des anderen und zur Grundannahme**

Der Entwurf konnte sich nicht von der Alleinsorge in § 1671 BGB trennen, obwohl dieser der Grundprämisse der gemeinsamen Sorge widerspricht. Was genau aus dem nicht nur „vorübergehend getrennt“ Leben im Zeitalter von E-Mail, Skype, Mobiltelefon, schnellen und engen Zug- und Flugverbindungen folgt, ist unklar. Der größere Widerspruch liegt darin, dass viele familiengerichtliche Entscheidungen und auch der Entwurf verlangen, Eltern müssten zwischen Paar- und Elternebene trennen. Hier soll auf der Paarebene die Voraussetzung liegen, dass einer die Elternschaft des anderen durch den Staat beenden lassen darf. Wenn das Kind aber erfahren soll, dass seine Eltern unbedingt und uneingeschränkt verantwortlich sind, darf dies nicht mit dem Auszug enden, zumal das Getrenntleben bei der Begründung der Sorge keine Rolle spielen soll<sup>[33]</sup>. Auch hier zeigt sich also der bereits genannte Widerspruch zu § 1627 BGB und Art. 6 Absatz II, III GG.

Noch erschreckender ist die Annahme, es gäbe einen „am besten geeigneten Elternteil“<sup>[34]</sup>, dem die Sorge zu übertragen ist. Jenseits der Voraussetzungen von § 1666 BGB gibt es den nicht. Dass jeder Elternteil punktuell besser ist als der andere, ist kein Grund, dass man deshalb dem anderen die Sorge entziehen darf. Der Entwurf konterkariert somit auch hier seine Prämisse.

#### **5. Das Kindeswohl: Totschlagargument und trojanisches Pferd zur Entmündigung**

Weder soll das Kindeswohl bzw. der Begriff hier ignoriert, noch gefordert werden, ihn aufzugeben. Natürlich soll es dem Kind gut gehen und geht es immer um sein Wohl. Doch ist es ein häufiger und bequemer Irrtum zu glauben, dass das, was Gerichte und Gutachter als dem Kindeswohl entsprechend behaupten, tatsächlich diesem entspricht<sup>[35]</sup>. Aus den Zutaten Förderung, Kontinuität, Bindung und Kindeswille wird ein Cocktail gemixt, wobei ein Bestandteil in seiner Bedeutung so erhöht wird, dass

---

[31] BVerfG, NJW 2010, 3008 Rdnr. 69.

[32] Mandla, JR 2011, 185 (188); s. a. Keuter, ZRP 2012, 171.

[33] Entwurf (o. Fußn. 1), S. 13 f., 18, 23.

[34] Entwurf (o. Fußn. 1), S. 27 – was er ja selbst nicht ernst nimmt, s. I 3.

[35] Bestes Beispiel: Klein, Der Fall Görgülü, 2010.

die Entscheidung plausibel erscheint. Unter dem Deckmantel der Rationalität erklären Gerichte irgendwelche Umstände als Kindeswohlgemäß, weil sie keinen anderen Entscheidungsmaßstab haben. Damit setzen sich Richter aber an die Stelle der Eltern, denen das Entscheidungsrecht allein zukommt. Das ist keine Polemik: Sind sich Eltern einig, wie sie ihr Kind behandeln, bleibt ihnen, also beiden, alle Freiheit, solange das Wohl des Kindes nicht gefährdet ist, § 1666 BGB. Kinder von Eltern, die sich einig sind, müssen also suboptimale Entscheidungen hinnehmen, weil der Staat das Elternrecht akzeptiert<sup>[36]</sup>. Kinder von Eltern, die sich nicht einig sind, bekommen von Staats wegen eine Entscheidung, die angeblich ihrem Wohl am besten entspricht (vgl. § 1697 BGB). Dadurch wird aber der mit seiner Vorstellung unterlegene Elternteil in seinem Elternrecht unterhalb der Grenze des § 1666 BGB verletzt. Dieses seit Jahren im Kindschaftsrecht ignorierte Problem<sup>[37]</sup> bleibt ungelöst.

## **6. Wider die aufgedrängte Hilfe: Standes- statt Jugendamt**

Der Gesetzgeber sieht nicht miteinander verheiratete Eltern noch immer als defizitäre Familienform, die sozialstaatlicher Hilfe bedarf. Denn das Register soll im Jugend- und nicht im Standesamt angesiedelt sein, § 58a SGB VIII-E. Das mag daher kommen, dass die Sorgeerklärung im Jugendamt abzugeben ist, § 59 Absatz I Nr. 8 SGB VIII, und die Mutter sich dort die Alleinsorge bestätigen lassen kann, § 58a SGB VIII. Nicht nur, wenn man nach hier vertretener Auffassung das Sorgerecht des Vaters an die Vaterschaftsanerkennung knüpft, gehört ein solches Register ins Standesamt. Dort wird das Geburtenregister geführt, § 21 PStG. Auch die Vaterschaft könnte dort anerkannt werden und das Jugendamt sich auf die Beratung konzentrieren, was man in § 16 SGB VIII hätte aufnehmen können.

## **7. Zuletzt: Recht als Instrument zur Konfliktlösung im höchstpersönlichen Bereich**

Der Gerichtsprozess ist das klassische Instrument der Juristen, um Konflikte zu lösen. Das heißt jedoch nicht, dass man damit jeden Konflikt am besten löst. Ein im Wesen kontradiktorisches Verfahren (kaschiert als sog. Freiwillige Gerichtsbarkeit mit Antragstellern und -gegnern statt Klägern und Beklagten) eignet sich kaum, die Grundlagen für eine über die gesamte Kindheit dauernde Kooperation zu schaffen. Die Anzahl der an einem solchen Verfahren im ungünstigsten Fall Beteiligten, vielleicht noch über mehrere Instanzen<sup>[38]</sup>, zeigt zudem, dass so einen Aufwand nur betreiben kann, wer zu wenige Kinder hat. Dazu passt, dass das Statistische Bundesamt kürzlich bekannt gab, dass 2011 die geringste Anzahl Kinder in Deutschland geboren wurde<sup>[39]</sup>.

## **IV. Fazit: Grundlegende Reform statt Flickschusterei**

Der Streit um die elterliche Sorge lässt sich am besten vermeiden, wenn man das Sorgerecht als Streitobjekt abschafft. Es steht nicht zur Disposition eines Elternteils, dem anderen sein natürliches Recht verwehren zu lassen. Das muss im Gesetz

---

<sup>[36]</sup> BVerfG, NJW 1982, 1379.

<sup>[37]</sup> BVerfG, NJW 2010, 3008, sieht die Konkurrenz, nicht aber den Verfassungsverstoß.

<sup>[38]</sup> Sechs bis neun Professionelle für ein Kind.

<sup>[39]</sup> Statistisches Bundesamt – 2011: 662 685 Lebendgeborene, 2000: 766 999.

stehen. Die Gefahr, dass der Streit sich auf das Umgangsrecht verlagert<sup>[40]</sup>, besteht nicht, wenn man auch dort Art. 6 Absatz II, III i.V. mit Art. 3 GG beachtet<sup>[41]</sup>. Vielleicht muss man sich nur vom Ideal der allein und aufopferungsvoll ihre Kinder großziehenden Mutter verabschieden<sup>[42]</sup>.

Für ein solches Gesetz ist zu berücksichtigen, dass es noch nie so leicht war, Schwangerschaften zu verhindern und es noch nie eine so große Freiheit bei der Partnerwahl gab wie heute. Mit dieser beginnt elterliche Verantwortung, nicht mit Schwangerschaft oder Geburt. Wer den anderen als gleichberechtigten Elternteil ablehnt, verstößt gegen das Verbot des *venire contra factum proprium*. Er setzt sich in Widerspruch zu sich selbst, weil er ihn in eine Position gebracht hat, für die er ihn ungeeignet hält. Der Gesetzgeber hat also klarzustellen, dass ein Kind nur die Eltern hat, die es gezeugt haben – sofern diese das wollen. Daraus folgt das Recht der Kinder auf diese Eltern, Art. 6 Absatz II, V GG.

Wird hier gefordert, dass Eltern erwachsen werden müssen, weil sie vom Gesetz nur als Erwachsene anerkannt werden können, gilt das auch für den Gesetzgeber. Er möge endlich Art. 6 Absatz II, III GG für beide Eltern anerkennen. Es genügt, § 1626 a BGB abzuschaffen und an die Vaterschaft die gleichen Folgen wie an die Mutterschaft zu knüpfen. Das ist mit Risiken verbunden, aber so hinzunehmen wie bei der Zuweisung der elterlichen Sorge an die Mutter und miteinander verheiratete Eltern.

Dazu kann der Gesetzgeber das BVerfG konsultieren, nicht dessen vom Mutterprimat geprägten Entscheidungen, sondern jenes Urteil von 1959<sup>[43]</sup>, das die Gleichberechtigung auch im Familienrecht einforderte.

---

<sup>[40]</sup> Palandt-Diederichsen (o. Fußn. 24), § 1671 Rdnr. 1 mit Verweis auf Jaeger, FPR 2005, 70.

<sup>[41]</sup> Daran gescheitert sind z.B.: OLG München, FamRZ 2007, 753 = BeckRS 2007, 08908; OLG Brandenburg, NJOZ 2003, 2750; OLG Brandenburg, FamRZ 2009, FAMRZ Jahr 2009 Seite 1759 = BeckRS 2009, 07160; OLG Stuttgart, FamRZ 2007, 1266 = BeckRS 2007, 05430; OLG Koblenz, FamRZ 2010, 738 = BeckRS 2010, 01264.

<sup>[42]</sup> Vgl. Mandla, 278 (284).

<sup>[43]</sup> BVerfG, NJW 1959, 1493; s. a. Coester, FamRZ 2012, 1337 (1343).