



Foto: Rolf Wegst

Wer erhält das Sorgerecht?

Zur Situation und Rechtsstellung nicht miteinander verheirateter Eltern und ihrer Kinder in Deutschland

Von Martin Lipp

Leben die Eltern bei der Geburt eines nichtehelichen Kindes mit diesem in Familiengemeinschaft, so sollte ihnen kraft Gesetzes das Sorgerecht gemeinschaftlich zustehen. Steht bei der Geburt des Kindes die elterliche Sorge allein der Mutter zu, ist eine familiengerichtliche Übertragung des Sorgerechts auf den Vater auf dessen Antrag hin zu ermöglichen, wenn die Mutter dem zustimmt oder die Übertragung dem Wohle des Kindes am besten entspricht. Weiterhin sollte auf Antrag eines Elternteils eine familiengerichtliche Begründung gemeinschaftlicher Sorge möglich sein, wenn dies dem Wohle des Kindes am besten entspricht – etwa dann, wenn die Eltern nach der Geburt des Kindes eine Familiengemeinschaft mit diesem bilden. Dies forderte der Autor bei einer Expertenanhörung, zu der die Arbeitsgruppe Rechtspolitik der SPD-Bundestagsfraktion im Januar nach Berlin eingeladen hatte.

Das „Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts“ (KindRG), das am 1. Juli 1998 in Kraft getreten ist, hat mit § 1626a BGB (siehe unten) nicht miteinander verheirateten Eltern eines Kindes die Möglichkeit eröffnet, durch Erklärungen die gemeinschaftliche elterliche Sorge über ihr Kind zu erlangen (Sorgeerklärungen). Die Vorschrift des § 1626a BGB war Gegenstand einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung, deren Kernpunkt die Regelung war, dass ein gemeinschaftliches Sorgerecht nicht gegen den Willen der Mutter möglich ist. Solange sie die Abgabe einer Sorgeerklärung ablehnt, fällt automatisch ihr die Alleinsorge kraft Gesetzes zu. Eine Ersetzung der Sorgeerklärung ist nicht vorgesehen.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 29. Januar 2003 die Vorschrift des § 1626a BGB in seiner gegenwärtigen Form als derzeit verfassungsgemäß anerkannt – freilich unter einer wesentlichen Voraussetzung: Die Annahme des Gesetzgebers, dass nicht miteinander verheiratete, aber in Familiengemeinschaft mit ihrem Kind zusammenlebende Eltern regelmäßig die Möglichkeit nutzen werden, Sorgeerklärungen zu Gunsten einer gemeinschaftlichen Sorge abzugeben, muss der Rechtswirklichkeit entsprechen. Ansonsten wäre der gesetzlich verordnete Ausschluss des Vaters vom elterlichen Sorgerecht nicht mit dem Grundgesetz vereinbar, weil Art. 6 II GG ihm nicht weniger als der Mutter des nichtehelichen Kindes das Elternrecht zuerkennt; und dieses Elternrecht umfasst als einen zentralen inhaltlichen Kern die elterliche Sorge gemäß §§ 1626 ff. BGB. Das Gericht hat den Gesetzgeber deshalb verpflichtet „... die tatsächliche Entwicklung zu beobachten und zu prüfen, ob seine Prämissen auch vor der Wirklichkeit Bestand haben“ (BVerfG, NJW 2003, 959 re. Sp.).

In Erfüllung des Auftrages des Bundesverfassungsgerichts hat die Arbeitsgruppe Rechtspolitik der SPD-Bundestagsfraktion am 26. Januar 2005 eine Expertenanhörung durchgeführt, um angesichts der vielfältigen Kritik an § 1626a BGB zu prüfen, ob die Regelung rechtspolitisch weiterhin wünschenswert sei. Das erste der drei Expertenreferate hielt Prof. Dr. Martin Lipp. Im Folgenden wird der Text dieses Expertenreferates im Wortlaut dokumentiert.

Arten der Sorgerechtsbegründung beim nichtehelichen Kind

Das Sorgerecht für ein Kind, dessen Eltern bei seiner Geburt nicht miteinander verheiratet sind, kann nach geltendem Recht auf dreifache Weise begründet sein: kraft Gesetzes, durch rechtsgeschäftliche Sorgeerklärungen und durch familiengerichtliche Entscheidung.

Als Regelfall, d. h. soweit die Eltern nichts anderes bestimmen, weist das Gesetz bei Geburt des Kindes das alleinige Sorgerecht der Mutter zu – § 1626a II BGB. Es er-

öffnet den Eltern allerdings die Möglichkeit, durch Sorgeerklärungen zu gemeinschaftlicher Sorge zu gelangen. Ob die Eltern mit dem Kind eine Familiengemeinschaft bilden oder nicht ist dafür ebenso belanglos wie die Frage, ob ein oder beide Elternteile mit anderen Partnern zusammenleben oder verheiratet sind. Zu einer familiengerichtlichen Sorgerechtszuweisung kann es im Falle des Getrenntlebens der Eltern kommen. Üben sie in dieser Situation das Sorgerecht gemeinsam aus, so kann jeder Elternteil beantragen, ihm die gesamte oder einen Teil der Sorge allein zuzuweisen (§ 1671 I BGB). Hat bislang die Mutter die Alleinsorge nach § 1626a II BGB, dann kann der Vater des Kindes beantragen, ihm die elterliche Sorge oder einen Teil davon allein zu übertragen (§ 1672 I BGB).

Ich möchte im Folgenden zunächst einen Überblick über die im Mittelpunkt dieser Anhörung stehenden Vorschriften der §§ 1626a und 1672 I BGB (siehe nächste Seite) geben, um im Anschluss daran einige kritische Überlegungen aufzugreifen, die dann in die eine oder andere rechtspolitische Erwägung einmünden könnten.

Die Begründung gemeinschaftlicher Sorge durch Sorgeerklärungen

Das „Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts“ hat mit § 1626a I Nr. 1 BGB den Eltern eines nichtehelichen Kindes den Weg zur gemeinschaftlichen Sorge für ihr Kind eröffnet.

1. Erklärungsprinzip

Dafür knüpft das Gesetz an das Erklärungsprinzip an. Das heißt: Gemeinschaftliche elterliche Sorge tritt nicht automatisch mit der Geburt des Kindes ein, sondern nur, falls beide Elternteile Sorgeerklärungen abgeben.

§ 1626a

Elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern; Sorgeerklärungen

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

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

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



Martin Lipp wurde 1950 in Günzburg/Bayern geboren. Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Augsburg; dort auch Promotion bei Prof. Dr. Schlosser. Nach der Habilitation 1986 seit 1989 Professor zunächst in Bochum, ab 1992 als Gründungsprofessor an der Universität Dresden. Seit dem WS 1996/97 ist er Inhaber der Professur für Deutsche Rechtsgeschichte, Neuere Privatrechtsgeschichte und Bürgerliches Recht an der Universität Gießen. Forschungsschwerpunkte: Neuere Privatrechtsgeschichte und Familienrecht.

Im Wesentlichen zwei Gesichtspunkte hatte diese gesetzgeberische Entscheidung im Auge: Während bei ehelichen Kindern Mutter wie Vater auf Grund ihrer statusrechtlichen Verbindung regelmäßig als Sorgeverantwortliche ab Geburt des Kindes zur Verfügung stehen, werden nichteheliche Kinder auch heute noch, so die Begründung des Entwurfes, „nicht nur in intakten nichtehelichen Gemeinschaften geboren, sondern nach wie vor auch im Rahmen flüchtiger und instabiler Beziehungen“ (BT-Drucksache 13/4899, S. 58 re. Sp.). Unabhängig von der Klärung abstammungsrechtlicher Fragen und unabhängig vom tatsächlich-familialen Milieu im Einzelfall steht als sichere Bezugs- und Sorgeperson hier nur die Mutter des Kindes zur Verfügung. Um bei Geburt des Kindes Rechtsklarheit zu schaffen, soll deshalb eine gemeinschaftliche elterliche Sorge erst dann die Alleinsorge der Mutter ablösen, wenn Vaterschaft und Erreichbarkeit des Sorgeaspiranten feststehen.

Hinzu kommt ein Zweites: Das Elternrecht des Art. 6 II GG fordert keine inhaltlich notwendig identisch positivrechtliche Ausgestaltung in der Person beider Elternteile. Die Wahrnehmung des Rechts – in der Gestalt der elterlichen Sorge – ist bedingt durch das Maß der Bereitschaft und Möglichkeit, den elterlichen Pflichten zum Wohle des Kindes auch nachzukommen. Nichts anderes sollen die Sorgeerklärungen dokumentieren: die Bereitschaft, in gemeinsamer Verantwortung für das Kind zur Verfügung zu stehen. Wo Eltern diese Bereitschaft nicht aufbringen kön-

§ 1672

Getrenntleben bei elterlicher Sorge der Mutter.

(1) Leben die Eltern nicht nur vorübergehend getrennt und steht die elterliche Sorge nach § 1626a Abs. 2 der Mutter zu, so kann der Vater mit Zustimmung der Mutter beantragen, dass ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge allein überträgt. Dem Antrag ist stattzugeben, wenn die Übertragung dem Wohl des Kindes dient.

(2) Soweit eine Übertragung nach Absatz 1 stattgefunden hat, kann das Familiengericht auf Antrag eines Elternteils mit Zustimmung des anderen Elternteils entscheiden, 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.

nen, soll ihnen ein gemeinschaftliches Sorgerecht nicht oktroyiert werden.

2. Keine Kindeswohlprüfung

Geben die Eltern Sorgeerklärungen ab, nehmen sie ohne zusätzliche familiengerichtliche Kindeswohlprüfung ihr Sorgerecht gemeinschaftlich wahr. Im Gesetzgebungsverfahren war vorgeschlagen worden, die gemeinsame Sorge hier davon abhängig zu machen, ob sie im Einzelfall dem Wohl des Kindes nicht widerspricht (BT-Drucksache 13/4899, S. 59 li. Sp.).

Das Gesetz hat, m. E. zu Recht, auf eine solche familiengerichtliche Überprüfung verzichtet. Der ohnehin noch bestehende Unterschied zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern würde vertieft – aus Gründen, die in der Sache nicht überzeugen. Wollen beide Elternteile als Sorgeberechtigte und Sorgeverpflichtete zur Verfügung stehen, dann ist davon auszugehen, dass dieses gewollte Zusammenwirken der Eltern dem Interesse des Kindes am besten entspricht. Eine generelle Einzelfallprüfung würde bedeuten, die gegenteilige Auffassung als Regel zu fassen, die erst durch „Negativattest“ überwunden werden könnte.

3. Rechtsfolgen für Eltern und Kind

a) Zusammenlebende Eltern

Liegen Sorgeerklärungen vor, dann folgt die zukünftige Wahrnehmung der Sorge den allgemeinen Vorschriften, wie sie auch für eheliche Kinder gelten: Personen- und Vermögenssorge werden von den

Eltern „in eigener Verantwortung und im gegenseitigen Einvernehmen zum Wohle des Kindes“ ausgeübt (§ 1627 BGB) – einschließlich der dazu gehörigen Vertretungsmacht (§ 1629 BGB). – Dies, solange die Elternteile zusammenleben.

b) Getrenntlebende Eltern

Haben sich die Eltern auf Dauer getrennt, bleibt die gemeinsame Sorge zwar erhalten, ihre Ausübung wird aber, praktischen Erfordernissen Rechnung tragend, stark modifiziert. § 1687 I BGB sieht für diesen Fall eine differenzierte Regelung vor, die sich einerseits danach richtet, bei welchem Elternteil sich das Kind – rechtmäßigerweise – aufhält und andererseits berücksichtigt, um welche Sorgeangelegenheit es *in concreto* geht.

Für Entscheidungen in Angelegenheiten von „erheblicher Bedeutung“ ist nach wie vor das gegenseitige Einvernehmen der Eltern erforderlich. In Angelegenheiten des „täglichen Lebens“ entscheidet allein der Elternteil, bei dem sich das Kind gewöhnlich aufhält. Solange sich das Kind beim anderen Elternteil aufhält, kommt diesem das Entscheidungsrecht in Angelegenheiten der „tatsächlichen Betreuung“ (also ohne Vertretungsmacht) zu.

Davon unberührt bleibt die Handlungsmacht jedes Elternteils bei Gefahr im Verzuge (§§ 1687 I 5, 1629 I 4 BGB). Und unberührt bleibt die alleinige Wahrnehmung der Sorge durch einen Elternteil, falls der jeweils andere an der Ausübung der Sorge verhindert ist, sie in dessen Person ruht, er stirbt

JUSTUS-LIEBIG-
UNIVERSITÄT
GIESSEN

Prof. Dr. Martin Lipp

Deutsche Rechtsgeschichte,
Neuere Privatrechtsgeschichte und Bürgerliches Recht
Licher Straße 76
35394 Gießen
Tel.: 0641/99-21450
Fax: 0641/99-21459
e-mail: martin.lipp@recht.uni-giessen.de

oder ihm die Sorge entzogen wird (§§ 1678 I; 1680 I, III BGB).

Alleinsorge der Mutter

Die Kehrseite des Erklärungsprinzips ist die Notwendigkeit, das Sorgerecht (subsidiär) gesetzlich zuzuweisen, falls Sorgeerklärungen nicht abgegeben werden. Das KindRG hat sich in § 1626a II BGB dafür entschieden, die Alleinsorge dann der Mutter des Kindes in die Hand zu legen.

Diese gesetzliche Zuweisung ist mit einem Automatismus derart ausgestattet, dass der Mutter des Kindes quasi ein passives Vetorecht gegen die sorgerechtliche Mitverantwortung des Vaters zukommt: Eine Sorgeklärung kann die Mutter nur persönlich abgeben, Vertretung ist ausgeschlossen (§ 1626c I BGB); eine gerichtliche Ersetzung ist in keinem Fall vorgesehen. Konsequenz dessen ist, dass sich die Mutter bis an die Grenze der Kindeswohlgefährdung gegen eine sorgerechtliche Teilhabe des Vaters sperren kann. Das BVerfG hat diese Regelung – wie bekannt – jedenfalls derzeit als verfassungsmäßig anerkannt.

Für diesen Fall der mütterlichen Alleinsorge verbleibt dem Vater ein eigenständiges Umgangsrecht (§ 1684 I HS 2 BGB) und die alleinige Entscheidungsbefugnis in Angelegenheiten der tatsächlichen Betreuung, solange sich das Kind rechtmäßig bei ihm aufhält (§§ 1687a, 1687 I 4 BGB), ebenso das Nothandlungsrecht bei Gefahr im Verzuge. – Ausgeschlossen ist er bei Entscheidungen von „erheblicher Bedeutung“ für sein Kind.

Getrenntleben und Antrag auf Alleinzurechnung

Bei dieser Rechtslage verbleibt es ohne jede Abänderungsmöglichkeit, solange die Eltern des nichtehelichen Kindes zusammenleben. Nur wenn sich die Partner trennen, ergibt sich für den Vater eine Möglichkeit zur Sorge zu gelangen: Gemäß § 1672 I BGB kann er – aller-

dings wiederum nur mit Zustimmung der Mutter – beantragen, dass ihm das Familiengericht die Sorge ganz oder zum Teil allein überträgt. Diesem Antrag ist stattzugeben, wenn die Übertragung dem Wohle des Kindes dient.

Ruhen der Sorge, Tod, Sorgeentzug

Ruht die Sorge in der Person der Mutter, stirbt sie oder wird ihr die Sorge entzogen, kann der Vater – gleichgültig, ob mit der Mutter zusammen oder von ihr getrennt lebend – nur durch familiengerichtliche Entscheidung zur Alleinsorge gelangen – wenn die Übertragung dem Wohle des Kindes dient (§§ 1678 II; 1680 II 2, III BGB).

Kritische Würdigung und rechtspolitische Erwägungen

Soweit meine Skizze zur gegenwärtigen Regelung. Dazu nun einige kritische Gedanken.

An der prinzipiellen Entscheidung des Gesetzes – subsidiäre Alleinsorge der Mutter – ist als Grundsatz festzuhalten. Es ist keine Frage, dass die persönliche Beziehung zwischen Mutter und Kind regelmäßig ein höchst enges, in den allermeisten Fällen von existenzieller Verbundenheit getragenes Verhältnis darstellt, das es nahe legt und rechtfertigt, ihr als der einzig gewissen Bezugsperson des Kindes bei seiner Geburt das Sorgerecht zuzuerkennen. Im Vordergrund stehen muss bei dieser Entscheidung das Wohl des Kindes, das verlangt, dass es ab dem Zeitpunkt seiner Geburt von einer Person begleitet wird, die für das Kind rechtsverbindlich handeln kann (BVerfG, NJW 2003, 956 re. Sp.).

Unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls und der inhaltlich konsequenten Fortführung des schon heute vom Gesetz angestrebten Ziels, nämlich gemeinschaftlich ausgeübter Sorge in Parallelität zu ehelichen Kindern, scheint eine Modifizierung dieser Grundentscheidung des § 1626a II BGB allerdings erwägenswert.

Erstrebenswerteste Situation ist die Wahrnehmung der elterlichen Sorge gemeinschaftlich durch Mutter und Vater in Familiengemeinschaft mit dem Kind. Vor diesem Hintergrund verbindet der Gesetzgeber die Erwartung, dass bei gelebter nichtehelicher Familiengemeinschaft die Eltern des Kindes die tatsächlich gemeinschaftliche Wahrnehmung der Sorge zum Anlass nehmen werden, die elterliche Verantwortung auch rechtlich zu teilen – im Wege von Sorgeerklärungen. Eine spätere Trennung ändert dann an der gemeinsamen Sorge hier ebenso wenig wie andernorts die Scheidung zwischen Eltern eines ehelichen Kindes. In beiden Fällen gelten schon heute die gleichen Regeln.

Als wirklich problematisches Feld der heutigen Regelung schält sich damit jene Situation heraus, in der ein nichteheliches Kind in eine bestehende Familiengemeinschaft mit den Eltern hineingeboren wird und es im Folgenden zur Abgabe von Sorgeerklärungen nicht kommt. Das kann dem Selbstverständnis der Partner geschuldet sein, dies kann aber auch an der Weigerung eines Elternteils liegen. Gleichgültig, welche Motivation den Einzelfall beherrscht: Misst man diese Fallgruppe an der gegenwärtigen Rechtslage und den Motiven des Gesetzgebers, so stellt man fest, dass die insoweit für § 1626a I und II BGB in Anspruch genommenen Gründe im Kern nicht tragen. Die konsensuale Regelung des § 1626a I Nr. 1 BGB erhält ihre Rechtfertigung nur durch das Wohl des Kindes. In dessen Interesse müssen die Eltern ein Mindestmaß an Kooperationsbereitschaft aufbringen. Davon angesprochen sind aber regelmäßig nur die Eltern, die nicht mit ihrem Kind in Familiengemeinschaft leben. Nehmen die Eltern dagegen die Sorge in einer Familiengemeinschaft tatsächlich zusammen wahr, so liegt die entscheidende Dokumentation ihrer Kooperationswilligkeit und -fähigkeit in diesem faktischen Zusammenwirken als Eltern zum Wohle des Kindes. Sorgeerklärungen sind dann eigentlich nur noch der rechtlich

formalisierte Vollzug des bereits verwirklichten tragenden Gedankens der ganzen Regelung. Werden so beide Elternteile maßgebliche Bezugspersonen für das Kind, dann tritt die (weitere) Betreuung des Kindes durch gemeinschaftliche Sorge beider Eltern unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls in den Vordergrund.

Teilt man diesen Ausgangspunkt, so sind für eine Neukonzeption des § 1626a BGB zwei Möglichkeiten denkbar.

1. Ersetzung bei Verweigerung einer Sorgeerklärung

Es ließe sich zunächst eine gerichtliche Einzelfallprüfung mit der Möglichkeit einer familiengerichtlichen Ersetzung der Sorgeerklärung ins Auge fassen, wenn bei bestehender Familiengemeinschaft ein Elternteil sich der Abgabe einer Sorgeerklärung sperrt und damit die Beeinträchtigung des Kindeswohls in Kauf nimmt. Vom grundsätzlichen Ziel eines gemeinsamen Sorgerechts ausgehend sollte eine Ersetzung dann ausgesprochen werden, wenn *in concreto* die gemeinsame Sorge dem Wohl des Kindes dient – so auch die jetzige Übergangsregelung zu § 1626a BGB in Art. 224 § 2 III EGBGB.

Dagegen werden im Wesentlichen zwei Bedenken vorgebracht.

Erstens: Gemeinschaftliche Sorge soll nicht gegen den Willen eines Elternteils erzwungen werden, weil dies zum Schaden des Kindes die mangelnde Kooperation zwischen den Eltern bereits vorprogrammiert.

Zweitens: Die gerichtswegig zu erlangende Sorgeerklärung bedeute für das Kindeswohl regelmäßig eine solche Belastung, dass das Familiengericht wegen der zu prognostizierenden Uneinigkeit der Eltern in den allermeisten Fällen nicht zu einem gemeinschaftlichen Sorgerecht gelangen dürfte (BVerfG, NJW 2003, 959 re. Sp.).

Beide Argumente wurzeln im Grunde in einem Bedenken, nämlich der fehlenden Kooperationswilligkeit und -fähigkeit der Eltern. Beide Male ist zu sagen, dass diese Bedenken die Faktizität der

konkreten Fallgruppe widerspricht: Die Eltern leben mit dem Kind zusammen und versorgen es gemeinsam. Sie kooperieren – wahrscheinlich so gut und so schlecht wie verheiratete Elternteile auch.

Fokussiert man die Zweifel am Ersetzungsmodell auf die hier behandelten Fälle, so bleibt nur die Überlegung, ob und wie sich eine Ersetzung bei Trennung der Eltern auf das Wohl des Kindes auswirkt und ob hier allfällige negative Folgen für das Kind quasi antizipierend bereits durch den generellen Ausschluss der gemeinsamen Sorge vermieden werden sollten.

Das heute erreichbare rechtstat-sächliche Material zu Fragen von Dauer und Bestand nichtehelicher Beziehungen und Lebensgemeinschaften sowie den Auswirkungen gemeinschaftlicher Sorge bei Trennung der Eltern (dort erhoben allerdings für geschiedene Partner) erscheint zwar lückenhaft, hier seien aber doch die für unseren Zusammenhang maßgeblichen Erhebungsbefunde vorgestellt:

Nach der Untersuchung von *Vaskovics* zur Lebenslage nichtehelicher Kinder aus dem Jahre 1997 hat die Hälfte aller Mütter sechs Monate nach Geburt des Kindes keine Beziehung mehr zum Vater. Allerdings: In diesem dramatischen Rückgang erweisen sich bestehende Lebensgemeinschaften am beständigsten. Von den während der Schwangerschaft in nichtehelicher Gemeinschaft mit dem Vater des Kindes lebenden 32% der Frauen leben sechs Monate nach der Geburt noch 23% mit ihm in Familiengemeinschaft (*Vaskovics* u.a., Lebenslage nichtehelicher Kinder, 1997, S. 59, 60).

Was die gemeinschaftliche Sorge geschiedener Eltern anlangt, so kommt die Untersuchung von *Roland Proksch* zu dem Ergebnis: der ‚fehlende Kampf‘ um die elterliche Sorge fördere eine kommunikative und kooperative nacheheliche Elternbeziehung, die insbesondere beim Umgang und beim Kindesunterhalt kindeswohlförderlich wirke (*Proksch*, Rechtstatsächliche Untersuchung zur Reform des Kind-schaftsrechts, 2002, S. 118).

Wie immer diese Erhebungen im einzelnen zu interpretieren sind (kritisch *Kostka*, FamRZ 2004, 1924, 1934 f.), dass sich bei gemeinschaftlicher Sorge die Situation günstiger darstellt, wird konstatiert (*Kostka*, aaO, S. 1935 li. Sp.). Negative Auswirkungen, die deutlich gegen eine gemeinsame Sorge sprächen, sind nicht signifikant.

Ich denke also, ein Ersetzungsmodell für den Fall bestehender Familiengemeinschaft sollte vor allem unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls gegenüber der jetzigen Globallösung den Vorzug verdienen.

2. Gemeinschaftliche Sorge kraft Gesetzes

Denkbar wäre allerdings auch, noch einen Schritt weiter zu gehen und schon die anfängliche Alleinzuweisung an die Mutter zu relativieren: Wird ein nichteheliches Kind in die Familiengemeinschaft seiner Eltern hineingeboren, steht das Sorgerecht kraft Gesetzes Vater und Mutter zu. Rechtlich gilt dasselbe wie beim ehelichen Kind. – Änderungen des Sorgerechts richten sich in diesen Fällen dann ausschließlich nach § 1671 BGB.

Geht man davon aus, dass die gemeinschaftliche Wahrnehmung der Sorge durch beide Eltern in Familiengemeinschaft mit dem Kind dessen Interessen am besten entspricht, dann spräche die konsequente Fortentwicklung dieses Gedankens m. E. für diesen weiter reichenden Vorschlag.

Anpassung des § 1672 BGB

§ 1626a BGB ist die Vorschrift, aus der sich die Sorgerechtskompetenz der Eltern für den Zeitpunkt der Geburt des Kindes ergibt. Fällt danach die Sorge in die Alleinzuständigkeit der Mutter gemäß § 1626a II BGB, so versucht über die zukünftig mögliche Sorgeverteilung § 1672 BGB Auskunft zu geben – gebunden allerdings an eine dauerhafte Trennung der Eltern des Kindes: Danach kann der Vater mit Zustimmung der Mutter (vollständige oder teilweise) Sorgerechtsübertra-

gung beantragen. Dem ist stattzugeben, wenn dies dem Wohle des Kindes dient (Abs. 1). Im Anschluss an diese Übertragung oder an eine Rückübertragung auf die Mutter kann das Familiengericht auf Antrag eines Elternteils und mit Zustimmung des anderen auf gemeinsame Sorge erkennen, wenn dies dem Wohle des Kindes nicht widerspricht (Abs. 2).

Diese Regelung des § 1672 BGB ist inhaltlich wenig überzeugend, und sie ist ihrer Funktion nach an ihrem heutigen Standort fehlplatziert. Regelungsanliegen der Vorschrift kann nicht die Situation der elterlichen Trennung sein, sondern es geht um die zukünftige Gestaltung der Sorge im Falle des § 1626a II BGB – gleichgültig, ob die Eltern getrennt leben oder nach Geburt des Kindes zusammenziehen. Es wäre grotesk annehmen zu müssen, das Familiengericht könne nach Abs. 2 gemeinsame elterliche Sorge nur dann bestimmen, falls die Eltern auf Dauer getrennt leben. Wenn es aber generell um die zukünftige Sorgeentwicklung im Anschluss an § 1626a II BGB geht, dann hat die Vorschrift auch im Anschluss an eben diese Regelung ihren Platz zu finden.

Damit ist zur inhaltlichen Seite schon übergeleitet. Vor dem Hintergrund der mütterlichen Alleinsorge nach § 1626a II BGB sind zwei Probleme regelungsbedürftig: Übertragung der Sorge auf den Vater und Begründung gemeinsamer Sorge (etwa im Fall nachträglicher Familiengemeinschaft). Dazu an dieser Stelle jeweils nur eine Anregung.

Eine Übertragung der Sorge auf den Vater sollte sich an § 1671 II BGB anlehnen: Familiengerichtliche Sorgeübertragung, wenn die Mutter zustimmt oder die Übertragung dem Wohle des Kindes am besten entspricht, jedenfalls aber triftige Gründe im Sinne des § 1696 I BGB dafür sprechen.

Familiengerichtliche Begründung gemeinschaftlicher Sorge auf Antrag eines Elternteils dann, wenn dies dem Wohle des Kindes am besten entspricht, jedenfalls aber in der Grenze des § 1696 I BGB.

Eine Anschlussregelung, wie sie heute § 1672 II BGB enthält, ist entbehrlich. Denn es liegen in jedem Fall gerichtliche Entscheidungen im Sinne des § 1696 BGB vor, die vom Gericht stets aus triftigen Gründen geändert werden können.

Zusammenfassung

Zusammengefasst sehe ich folgende Desiderate:

1. Leben die Eltern bei Geburt eines nichtehelichen Kindes mit diesem in Familienge-

meinschaft, sollte ihnen kraft Gesetzes das Sorgerecht gemeinschaftlich zustehen.

2. Steht bei Geburt des Kindes die elterliche Sorge allein der Mutter zu, sollte eine Übertragung auf den Vater auf dessen Antrag hin möglich sein, wenn die Mutter dem zustimmt oder die Übertragung dem Wohle des Kindes am besten entspricht.

3. Weiterhin sollte im Fall des § 1626a II BGB auf Antrag eines Elternteils eine familiengerichtliche Begründung gemeinschaftlicher Sorge möglich sein, wenn dies dem Wohle des Kindes am besten entspricht – etwa dann, wenn die Eltern nach Geburt des Kindes eine Familiengemeinschaft mit diesem bilden. •