

Barbara Schwarz

Die Verfestigung der biologischen Abstammung als familienrechtliches Ordnungsprinzip

Zur Neuregelung der elterlichen Sorge und Ausweitung des Umgangsanspruchs des biologischen Vaters

1. Die geplante Neuregelung des § 1626a BGB

Das Bundesjustizministerium (BMJ) hat am 28.03.2012 den „Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern“ vorgelegt. Die Neuregelung ist erforderlich aufgrund der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 03.12.2009 und des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 21.07.2010. Insbesondere die vom BMJ in Auftrag gegebene Studie des Deutschen Jugendinstituts „Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern“ von Karin Jurczyk und Sabine Walper (DJI 2010) soll eine sozialwissenschaftliche Legitimation für die Neuregelung bieten. Im Folgenden wird aufgezeigt, wie mit der Generalisierung der gemeinsamen elterlichen Sorge und der zunehmenden Stärkung der Rechtspositionen des biologischen Vaters die biologische Abstammung an Stelle der Ehe als familienrechtliches Ordnungsprinzip sich durchsetzen wird.

Der EGMR sieht in seiner Entscheidung vom 03.12.2009 in der deutschen Rechtslage einen Verstoß gegen das Ungleichbehandlungsverbot. Er kann die Annahme nicht teilen, „dass das gemeinsame Sorgerecht gegen den Willen der Mutter prima facie dem Kindeswohl widerspricht“ (Rn 59) und stellt fest, dass die deutsche Rechtslage nicht Art. 14 (Diskriminierungsverbot) in Verbindung mit Art. 8 (Achtung des Privat- und Familienlebens) der Europäischen Menschenrechtskonvention entspricht.

Mit seiner Entscheidung vom 21.07.2010 hat das BVerfG seine bisherige Rechtsprechung (BVerfG 29.01.2003) unter Bezug auf die Entscheidung des EGMR vom 03.12.2009 revidiert. Es hält nun das Elternrecht eines Vaters aus Art. 6 Abs. 2 GG für verletzt, wenn er ohne Zustimmung der Mutter generell von der Sorge seines Kindes ausgeschlossen ist und nicht überprüfen kann, „ob es aus Gründen des Kindeswohls angezeigt ist, ihm zusammen mit der Mutter die Sorge für sein Kind einzuräumen oder ihm anstelle der Mutter die Alleinsorge für das Kind zu übertragen“ (Ls). Damit ist der Reformbedarf des § 1626a BGB zwingend. Dem Gesetzgeber bleibt al-

lerdings überlassen, wie er die Reform gestaltet. Die verfassungsrechtlich vertretbare Bandbreite reicht nach dieser Entscheidung von einem Antragsmodell bis zur obligatorischen Sorgeübertragung mit individueller Überprüfung (Rn 35).

1.1 Der Referentenentwurf des BMJ

Nach dem Vorschlag des BMJ vom 28.03.2012 soll die gemeinsame elterliche Sorge entstehen, wenn ein Elternteil die gemeinsame elterliche Sorge beantragt und der andere nicht widerspricht oder keine kindeswohlrelevanten Gründe vorträgt. In diesen Fällen soll die gesetzliche Vermutung gelten, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht. Sie soll daher in einem schriftlichen, beschleunigten und vereinfachten Verfahren ohne persönliche Anhörung der Eltern und des Jugendamts beschlossen werden (§ 155a FamFG). Der Mutter wird eine Widerspruchsfrist von mindestens 6 Wochen nach der Geburt eingeräumt (§ 155a FamFG). Außerdem sollen beide Elternteile, die Mutter und der Vater die Möglichkeit erhalten, den anderen Elternteil mit Hilfe des Familiengerichts in die gemeinsame elterliche Sorge einzubinden. Schließlich wird dem Kindsvater der Zugang zur Alleinsorge eröffnet, wenn die gemeinsame elterliche Sorge nicht in Betracht kommt und zu erwarten ist, dass die Übertragung der elterlichen Sorge auf den Kindsvater dem Kindeswohl am besten entspricht (§ 1671 BGB).

Nach dem Referentenentwurf soll ausdrücklich das „neue Leitbild“ (bei Kennzeichnung Zitate aus dem Referentenentwurf) durchgesetzt werden, nach dem „möglichst eine gemeinsame Sorgetragung erfolgen soll“. Es soll lediglich eine negative Kindeswohlprüfung geben, bei der nicht die positive Feststellung erforderlich ist, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl entspricht, auszugehen sei davon, „dass die gemeinsame elterliche Sorge grundsätzlich den Bedürfnissen des Kindes nach Beziehungen zu beiden Eltern entspricht“. Das vereinfachte Verfahren wird als Kompromiss zwischen einer reinen Antragslösung mit einer Prüfung der Kindeswohl dienlichkeit im Einzelfall und einer automatischen gemeinsamen elterlichen Sorge kraft Gesetzes

dargestellt. Elterliche Konflikte, auch „manifest gewordene Kommunikationsschwierigkeiten“ sollen keine Ablehnung der gemeinsamen Sorgetragung rechtfertigen. Von Eltern ist zu erwarten „dass sie Mühen und Anstrengungen auf sich nehmen, um im Bereich der elterlichen Sorge zu gemeinsamen Lösungen im Interesse des Kindes zu gelangen. Diese elterliche Pflicht trifft nicht miteinander verheiratete Eltern gleichermaßen.“ Nur wenn eine „schwerwiegende und nachhaltige Störung“ besteht und ausgewiesen wird, welche „konkrete Vorkommisse“ vorliegen und belegt wird, „wann bei welchem Anlass und auf welche Weise Bemühungen um eine Konsensfindung auf Elternebene stattgefunden haben und diese gescheitert sind“, kann eine gemeinsame Sorge nicht in Betracht kommen.

1.2 Die Studie „Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern“

Die Studie (DJI 2010) ist vom BMJ aus Anlass der Entscheidung des BVerfG vom 29.01.2003 in Auftrag gegeben worden. Das BVerfG hatte in seiner Entscheidung die damals bestehende Regelung des § 1626a BGB (Erfordernis einer übereinstimmenden Willenserklärung beider Eltern) grundsätzlich für verfassungsgemäß erklärt. Es stützte sich auf die Annahme des Gesetzgebers, dass die Mutter sich „nur dann einer gemeinsamen Sorge verweigert, wenn sie dafür schwerwiegende Gründe hat, die von der Wahrung des Kindeswohls getragen werden“ (Os. 4 zu Ls. 3). Eine erzwungene Gemeinsamkeit wurde nicht für vereinbar mit dem Gedanken eines erforderlichen Konsenses für die Übernahme der gemeinsamen Sorgetragung im Interesse des Kindes gehalten. Der Bundesregierung wurde allerdings aufgegeben, die Entwicklung der Sorgeerklärungen zu beobachten und zu prüfen, ob diese Annahme des Gesetzgebers zutreffend sei. Ausdrücklich sollte geprüft werden, ob nicht etwa die Verweigerung einer Sorgeerklärung „als Machtposition gegenüber dem Vater missbraucht“ werde.

In der daraufhin vom BMJ in Auftrag gegebenen Studie (DJI 2010) wurde von vornherein nicht die Frage gestellt, ob eine gemeinsame elterliche Sorge für die Kinder förderlich ist, sondern es ging lediglich um die Motivation vor allem der Mütter gegebenenfalls eine gemeinsame elterliche Sorge nicht zu wollen. Die Frage, ob Mütter hier eine „Machtposition“ missbrauchen, war expliziter Bestandteil des Prüfungsauftrags.

Im Zeitraum zwischen Mai 2009 und August 2010 wurden umfangreiche Befragungen von Müttern und Vätern durchgeführt, die einen breiten Eindruck über die Lebensumstände von Eltern vermitteln, die bei der Geburt der Kinder nicht miteinander verheiratet waren. Hier interessieren die Ergebnisse

hinsichtlich der Sorgeerklärungen. Die Eltern, die keine Sorgeerklärung abgegeben haben, wurden durch Vorlage eines differenzierten Fragebogens mit unterschiedlichen Items nach ihren Gründen befragt, warum keine gemeinsame Sorgeerklärung abgegeben wurde (S. 145 ff).

Aus den vielfältigen Antworten wurden drei Kategorien gebildet (S. 155). Bei der Bestimmung, welche Gründe als „Risikofaktoren für das Kindeswohl“ anzuerkennen sind, werden nur „Suchtprobleme, Gewalt in der Partnerschaft, psychische Probleme und Probleme mit dem Strafrecht“ akzeptiert. Als „potentiell kindeswohlrelevant“ gelten „z.B. Partnerschaft bestand nie, häufige Konflikte ohne friedliche Verständigung, Elternschaft war nicht gewünscht“. Häufig genannte Gründe wie „die gemeinsame Sorge war nicht erwünscht“, „Angst, das Sorgerecht zu verlieren“ oder „Abraten anderer“ gelten als nicht potentiell kindeswohlrelevant.

In der restriktiven Bestimmung der kindeswohlrelevanten Gründe spiegelt sich die Auffassung wieder, dass nur beim Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung im Sinne des § 1666 BGB der Ablehnung einer gemeinsamen elterlichen Sorge ohne weiteres kindeswohlrelevante Erwägungen zu Grunde liegen. Dass auch Ablehnungsgründe, die in der Partnerschaft liegen, in der Studie als potentiell kindeswohlrelevant anerkannt werden, berücksichtigt immerhin, dass die sozialen und emotionalen Beziehungen zwischen den Eltern für eine gemeinsame Verantwortungsübernahme im Interesse der Kinder wichtig sein können. Im Referentenentwurf spiegelt sich diese Differenzierung zwischen „nicht kindeswohlrelevanten“ Gründen und „potentiell kindeswohlrelevanten“ allerdings nicht wieder.

Nach dieser Untersuchung (S. 158) haben 12,8 % der Frauen, die bei der Geburt des Kindes mit dem Vater zusammen lebten, die Ablehnung der gemeinsamen Sorge mit Risikofaktoren wie Gewalt oder Sucht begründet, von den Vätern waren es 2,5 %. Von den Müttern, die bei der Geburt des Kindes keine Partnerschaft mit dem Vater hatten, nennen 19,4 % solche Risikofaktoren, während von den Vätern dieser Gruppe keiner einen entsprechenden Grund nennt. Geschlechtsspezifische Unterschiede zeigen sich auch bei der Nennung „nicht kindeswohlrelevanter Gründe“: 46,2 % der Mütter und 72,2 % der Väter, die in Partnerschaft gelebt hatten, gaben solche Gründe an (v.a. nicht wichtig, fehlende bzw. Fehlinformation, Heiratsabsicht, S. 150). Von denen, die bei Geburt keine Partnerschaft hatten, waren es 11,9 % der Frauen und 72,2 % der Männer. 30 % der Frauen gaben „unlösbare Konflikte“ an, aber nur 10 % der Männer. Jede 10. Frau gab an, sie habe „bei Konflikt alleine entscheiden wollen“, während dies von jedem vierten Mann als Motiv unter-

stellt wird (S. 150). Im Zwischenresümee heißt es (S. 158 f.), „dass 41 % der Befragten nur Gründe angeben, die keinen Bezug zum Kindeswohl haben. Damit ist die Vermutung des Gesetzgebers, auf die das BVerfG in seiner Entscheidung vom 29.01.2003 abgestellt hatte, zwar nicht direkt widerlegt, da es dort um die Frage ging, warum die Mutter die Abgabe einer Sorgeerklärung verweigert, während der Vater das gemeinsame Sorgerecht erlangen möchte. Dennoch liegt der Schluss nahe, dass in den Fällen, in denen die Eltern zunächst in NEL zusammenlebten, sich dann trennten und nun die Frage nach dem Sorgerecht relevant wird, die Mutter allenfalls auf nicht Kindeswohlrelevante oder nur potentiell Kindeswohlrelevante Probleme in der Elternbeziehung (die dann konkret nicht Kindeswohlrelevant sind) zurückgreifen, wenn sie ihre Zustimmung verweigern“. Damit halten die Autorinnen die Vermutung des vormaligen Gesetzgebers für widerlegt, „dass die Eltern insbesondere in den Fällen, in denen sie mit dem Kind zusammenleben, die Möglichkeit der Begründung der gemeinsamen elterlichen Sorge im Regelfall nutzen und die tatsächliche Sorge der Väter rechtlich absichern.“

In der Gesamtbewertung relativieren die Autorinnen der Studie allerdings dieses Ergebnis. Sehr zurückhaltend merken sie an, dass es für die rechtliche Konstruktion der elterlichen Sorge noch andere Gründe geben kann als das Kindeswohl, wobei sie es offensichtlich für legitim halten, aus anderen Gründen als einer Gefährdung des Kindeswohls die gemeinsame elterliche Sorge nicht anstreben zu wollen: „Familien sind, so bestätigen es die vorliegenden Ergebnisse, komplexe Bedingungsgeflechte, Herstellungsleistungen und ein Zusammentreffen unterschiedlicher Interessenlagen, in denen das Sorgerecht ein Merkmal von vielen darstellt. Mithin ist auch die Reduktion der rechtlichen Konstruktion der Sorge, beispielsweise auf das Kindeswohl, womöglich nicht der einzig relevante Anknüpfungspunkt.“ (S. 355).

2. Die Entscheidungen des EGMR zu der Rechtsstellung des biologischen Vaters

Zukünftig wird aufgrund zweier Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR 21.12.2010), (EGMR 15.09.2011), eine Ausweitung des Umgangsanspruchs auf den biologischen Vater auch bei Fehlen einer sozial-familiären Beziehung zu regeln sein. Dazu liegen z. Z. weder Vorschläge des BMJ noch der Fraktionen vor.

Nach der EGMR Entscheidung vom 21.12.2010 stellt „die Entscheidung der innerstaatlichen Gerichte, dem leiblichen Vater den Umgang mit seinem Kind zu versagen, einen Eingriff in das gemäß Art. 8

EMRK gewährleistete Recht auf Achtung des Familienlebens oder zumindest des Privatlebens dar, auch wenn ein anderer Mann der rechtliche Vater des Kindes ist und der leibliche Vater noch keine sozial-familiäre Beziehung zu seinem Kind aufbauen konnte“ (EGMR 21.12.2010, Os 1). Für den EMGR gilt, dass die Beziehung zwischen einem nichtehelichen Kind und seinem biologischen Vater als „natürliche Bindung unveränderlich ist“, lediglich die tatsächliche Beziehung kann gegebenenfalls von der Kindesmutter beeinflusst werden. Unter Artikel 8 EMRK könne bereits ein „beabsichtigtes Familienleben“ fallen, ein Familienleben könne sich auch auf eine potentielle Beziehung beziehen. Das „nachweisbare Interesse an dem Kind und das Bekenntnis zu ihm“ wird als Kriterium für das Vorliegen einer engen persönlichen Bindung gewertet (Rn 57). Die Gerichte seien verpflichtet, „einen fairen Ausgleich zwischen den betroffenen widerstreitenden Interessen“ zu erreichen und „ihren Eingriff im Sinne von Artikel 8 Abs. 2 zu rechtfertigen“ (Rz. 71).

In seiner zweiten Entscheidung vom 15.09.2011 führt der EGMR hinsichtlich des Schutzes der sozial-familiären Beziehung des biologischen Vaters aus, dass angesichts der Vielfalt realer Formen familialen Zusammenlebens, keine dieser Formen einen unbedingten Schutzanspruch hat, vielmehr in jedem Einzelfall zu prüfen ist, welche dieser Formen dem Kindeswohl am besten entspricht. Damit tritt die

biologische Abstammung neben rechtliche Zuordnungen und tatsächliche Bindungen. „Unter der Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten des Familienlebens im 21. Jahrhundert [...] ist der Gerichtshof nicht überzeugt, dass sich das Wohl von Kindern, die mit ihrem rechtlichen Vater zusammenleben, aber einen anderen leiblichen Vater haben, wirklich anhand einer allgemeinen rechtlichen Vermutung bestimmen lässt. [...] Im Hinblick auf die große Vielfalt möglicher familiärer Konstellationen ist der Gerichtshof daher der Meinung, dass eine Prüfung der besonderen Umstände der Rechtssache für eine faire Abwägung der Rechte aller Beteiligten erforderlich ist“ (Rn 100). Weil es Vielfalt gibt, muss es nach Auffassung des Gerichtshofs im Rahmen der Vielfalt familiärer Konstellationen auch möglich sein, Lebensweisen rechtlich zu sanktionieren, auch wenn diese von den Beteiligten nicht in freier Entscheidung gewählt werden.

Diese Entscheidungen werden in der Literatur zum Anlass genommen, die aus der biologischen Abstammung hergeleiteten Vaterrechte auszuweiten. So hält Helms es nach diesen Entscheidungen für erforderlich, darüber hinaus das Anfechtungsrecht des biologischen Vaters auszuweiten (Helms FamRZ 2011, S. 1718). Seiner Ansicht nach sollte eine abstammungsrechtliche Lösung gesucht werden, um dem biologischen Vater ein „effektives Mittel“ zur Verfügung zu stellen. Rixe begrüßt die Entscheidungen ebenfalls in der FamRZ. Der „absolute Vorrang“ der sozialen Familie lasse sich somit nicht mehr aufrecht erhalten (Rixe 2011, S. 1363). Er befürwortet eine gesetzliche Neuregelung, die den vermeintlichen Vater in das Verfahren auf Anerkennung der Vaterschaft über ein Zustimmung- oder Widerspruchsrecht des präsuntiven Vaters einbezieht (S.1366).

2.1 Die Schutzfigur der sozial-familiären Beziehung

Bis zur Entscheidung des BVerfG vom 09.04.2003 hatte der biologische Vater von sich aus keine Möglichkeit rechtliche Vaterschaft zu erlangen, wenn die Position des rechtlichen Vaters besetzt war, in der Regel durch Ehe oder Anerkenntnis. In der Entscheidung vom 09.04.2003 wird die ausnahmslose Verwehrung des Anfechtungsrechts eines biologischen Vaters für grundgesetzwidrig gehalten. Art. 6 Abs. 2 GG schützt das Recht des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters, die rechtliche Vaterposition zu erlangen dann, „wenn dem Schutz einer familiären Beziehung zwischen dem Kind und seinen rechtlichen Eltern nichts entgegensteht“. Der Gesetzgeber hat das Änderungsgebot, verbunden mit der Einschränkung, eine bestehende sozial-familiäre Beziehung vorrangig zu schützen, in die Neuregelung des

§ 1600 BGB vom 30.04.2004 aufgenommen. Diese Regelung ist von Rauscher umgehend kritisiert worden. Seine Bedenken richten sich gegen den Schutz einer sozialen Familie, die zum Zeitpunkt der Geburt besteht oder einer im Umfeld der Geburt aufgenommenen anderweitigen Beziehung der Mutter. „Warum sollte die Mutter ein Recht haben, einen ihr genehmen Vater auszuwählen und den wirklichen Vater zu verdrängen?“ (Staudinger/Rauscher § 1600 BGB 2004, Rn 12). Die Bundesregierung hat im EGMR Verfahren aus 2011 (EGMR 15.09.2011, Rn 51) inzwischen bestritten, dass ein Statusverfahren des leiblichen Vaters aufgrund der geltenden Vorschriften des § 1600 BGB aussichtslos sei, weil diese Norm noch nicht Gegenstand einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung gewesen sei. Offensichtlich hält die Bundesregierung die Frage für offen, ob die geltende Regelung des § 1600 BGB zum Schutz der sozialen Familie gegenwärtig noch verfassungsgemäß ist. Mit der Figur der sozial-familiären Beziehung wird lediglich die Beziehung zum rechtlichen Vater geschützt. Gibt es keinen rechtlichen Vater, kann der biologische Vater jederzeit seine Rechtsansprüche gemäß § 1600d geltend machen. Für die Familie einer Mutter, die mit ihrem Kind allein in einer sozial-familiären Beziehung lebt, ist diese Schutzfigur ohnehin nicht konzipiert worden. Dennoch enthält sie ein Element, das realen Verhältnissen Rechnung trägt.

Über die Frage, ob die sozial-familiäre Beziehung des rechtlichen Vaters vor einer Anfechtungsklage des biologischen Vaters geschützt werden darf, hatte der EGMR in seinem Urteil vom 22.03.2012 zu entscheiden. Er billigte wegen des fehlenden Konsenses der in einem Rechtsgutachten untersuchten 27 europäischen Staaten den mutmaßlich leiblichen Vätern (noch) kein Recht auf Anfechtung der rechtlichen Vaterschaft zu (Rz. 79). Damit sind die Entscheidungen deutscher Gerichte und die deutsche Gesetzgebung hinsichtlich der fehlenden Anfechtungsmöglichkeiten des biologischen Vaters (noch) nicht konventionswidrig. Das Gleiche gilt erst recht für die fehlende Möglichkeit, die vermutete Vaterschaft feststellen zu lassen, ohne zugleich die rechtliche Zuordnung anzustreben (§ 1598a BGB), da eine solche Möglichkeit bisher in keinem der genannten Staaten vorgesehen ist (Rz 80).

Um aber trotzdem die oben genannte Rechtsprechung zum Umgangsrecht eines Mannes, der seine Vaterschaft vermutet, aufrecht erhalten zu können, kommt der Gerichtshof zu dem Schluss, „dass Artikel 8 der Konvention dahingehend ausgelegt werden kann, dass er die Mitgliedstaaten verpflichtet zu prüfen, ob es dem Kindeswohl entspricht, dem biologischen Vater insbesondere durch Gewährung eines Umgangsrechts zu gestatten, eine Beziehung zu sei-

nem Kind aufzubauen. Dies bedeutet gegebenenfalls die Feststellung der biologischen – im Gegensatz zur rechtlichen – Vaterschaft in einem Umgangsverfahren, wenn man unter den besonderen Umständen der Rechtssache davon ausgeht, dass ein Umgang zwischen dem vermeintlichen biologischen Vater – unter der Annahme, er sei tatsächlich der biologische Vater des Kindes – und dem Kind dem Kindeswohl dient“ (Rz. 71).

Mit dieser Entscheidung ändert der Gerichtshof nicht seine Tendenz, die Rechtsstellung des biologischen Vaters zu stärken. Angesichts unterschiedlicher Rechtsordnungen billigt er den Mitgliedstaaten lediglich einen nationalen Beurteilungsspielraum zu, solange sich unter den Mitgliedsstaaten noch kein Konsens in Richtung der weiteren Stärkung der Rechte biologischer Väter herausgebildet hat.

3. Anknüpfungssachverhalte für familienrechtliche Regelungen

Vor diesem Hintergrund ist einmal mehr zu diskutieren, welche Anknüpfungssachverhalte für familienrechtliche Regelungen maßgeblich sein sollen (Stein-Hilbers 1994). Im Kern geht es dabei um die Frage, ob Lebenssachverhalte und tatsächliche Verantwortungsbeziehungen rechtliche Verpflichtungen und Ansprüche auslösen sollen und können oder ob Vorstellungen oder Modelle, die scheinbar gesellschaftlich als konsensual akzeptiert werden und parlamentarisch mehrheitsfähig sind, wie das einer generalisierten gemeinsamen elterlichen Sorge, für die geeigneten strukturierenden Ordnungselemente gehalten werden.

Jutta Bahr-Jendges schreibt in der STREIT: „Je mehr die Vielfalt der Lebensformen zunimmt, Kinder in vielfältigen Lebensverhältnissen aufwachsen und das Eheinstitut und die alte Kleinfamilie als bürgerliche Betonkiste wegfallen, und je mehr wir eigentlich andere, dieser Vielfalt entsprechende Rechtsformen wünschen und denken, desto mehr verfestigt sich, offensichtlich, jedoch ohne Lärm und Aufsehen, ganz im Gegenteil die Rechtsform. Es gibt eigentlich nur noch eine Form: Die gemeinsame elterliche Sorge“ (Bahr-Jendges 2012, S. 14). So vertritt z.B. Coester im Staudinger, dass verantwortliches Zusammenwirken der Eltern in der gemeinsamen elterlichen Sorge „rechtsethisch als Idealform elterlichen Verhaltens betrachtet werden (muss), der generell-abstrakt der Vorrang vor anderen Sorgegestaltungen zukommt“, (Staudinger/Coester 2009 zu § 1671 BGB, Rn 115).

Abstammungsorientierte Regelungen werden im Wesentlichen auf zwei Begründungszusammenhänge gestützt: Auf die Herstellung der formalen Geschlechtergleichheit und auf das Kindeswohl.

3.1. Die Herstellung der Geschlechtergleichheit

Es klingt paradox: Ausgerechnet der mühevollen, jahrhundertlange Kampf gegen die rechtliche und gesellschaftliche Diskriminierung der nichtehelichen Mütter und ihrer Kinder (Buske 2004), der erst 1998 mit der Kindschaftsrechtsreform formal zu einem Abschluss gebracht wurde, bot eine Argumentationsbasis für Forderungen nach Angleichung mütterlicher und väterlicher Rechte, weil mit der Gleichstellung der Kinder jeder sachliche Grund für eine Ungleichbehandlung der Kindeseltern entfiel.

Intendierte war jedoch von vielen Frauen im Rahmen der Frauenbewegung eine Beteiligung der Väter an konkreter, alltäglicher Verantwortungsübernahme, keineswegs lediglich die Übertragung von Rechten. In den 70er und 80er Jahren des 20. Jahrhunderts, in denen im Zuge der Liberalisierung sich ein vollständiger Bedeutungsverlust des Umstands einer ehelichen oder nichtehelichen Geburt durchsetzte, gelang es Frauen, Lebensweisen mit ihren Kindern zu etablieren, die weitgehend unabhängig, auch in rechtlicher Hinsicht, eigene Gestaltungsmöglichkeiten eröffneten. Die daraufhin entstehende Gegenbewegung zielte und zielt darauf ab, Vaterpositionen rechtlich neu zu bestimmen und der so genannten Rechtlosigkeit des nichtehelichen Vaters ein Ende zu setzen.

Im Rahmen der kulturellen Veränderung im letzten Drittel des 20. Jahrhunderts hat sich auch ein neues Vaterbild herausgebildet. Der Anspruch, nichtpatriarchale, partnerschaftliche Familienbeziehungen gestalten zu wollen, führte zu einem Wandel des Vaterbildes. Der Wille, Väter auch nach Trennungen weiter am Erziehungsprozess beteiligen zu wollen und ihnen Möglichkeiten von Verantwortungsübernahme einzuräumen, war nicht nur abstrakten Gleichheitsvorstellungen verpflichtet, sondern von der Idee getragen, dass Frauen und Männer gleichermaßen geeignet sind, das Leben eines Kindes zu begleiten. Als allgemeine Überzeugung galt bereits Mitte der 90er Jahre: „Ebenso wie biologische gegenüber psychosozialer Elternschaft nicht höherrangig für die Ausgestaltung von Eltern-Kind-Beziehungen bewertet werden kann, ist ein Geschlecht nicht quasi-natürlich besser oder schlechter zur Elternschaft geeignet oder gar unersetzlich für das Kind“ (Stein-Hilbers 1994). Die Realverhältnisse haben sich allerdings nicht im erwarteten Umfang verändert. 2009 stellt Nave-Herz fest, dass es trotz einiger Veränderungen im Verhalten von Vätern „verfrüht erscheint, von einem Wandel dieser (gemeint traditioneller, Anm. BS) familialen Rollen zu sprechen“ (Nave-Herz 2009, S. 61).

Die Betonung und Implementierung väterlicher Rechte ist mit den Erfordernissen einer Realentwic-

klung weniger zu erklären als vielmehr mit neuen Väterbildern. Die Bilder oder Vätertheorien sind im gesellschaftlichen Diskurs vor allem von Männern in unterschiedlichen Varianten entwickelt worden (Drinck 2005). In ihnen spiegeln sich Ängste in Bezug auf den Verlust väterlicher Autorität ebenso wie vor weiblicher Unabhängigkeit, die sich darin ausdrückt, ein selbständiges Leben mit Kindern führen zu wollen und zu können. Barbara Drinck analysiert, dass es in der maskulinistischen Vätertheorie darum geht, die „wahre männliche Identität“ zu finden. Sie beobachtet dabei „eine bemerkenswerte Wendung zum Kind, keineswegs zugleich zur Familie oder zur Frau. Denn vor allem in seiner Aufgabe als Vater gelinge es dem Mann seine „wahre“ (im Text, BS) Identität zu finden“ (Drinck 2005, S. 221, 222).

3.2 Das Kindeswohl oder die Vorstellung vom „richtigen Leben“

Mit der Kindschaftsrechtsreform von 1998 und der damit verbundenen Einführung des Kindeswohlprinzips gemäß § 1697a BGB hat der Begriff des Kindeswohls universelle Bedeutung erlangt. Zuvor war der Begriff im Zusammenhang mit Kindeswohlgefährdung gemäß § 1666 BGB vor allem in seiner Negativbestimmung relevant. Im Zusammenhang mit der obligatorischen Sorgezuweisung im Scheidungsfall vor der Kindschaftsrechtsreform bot er als Positivvariante differenzierte Abwägungskriterien (z. B. Kontinuität,

Förderung, Bindung), was dem Wohl des Kindes am besten entspricht. Für beide Bereiche hatte die Rechtsprechung eine umfangreiche Kasuistik entwickelt, die auf einzelne Sachverhalte und Lebensumstände ausgerichtet war, was für die Anwendung des § 1666 BGB unter Berücksichtigung neuer Forschungsergebnisse zu Gefährdungssachverhalten weiterhin gilt. Erst im Kontext einer Reform, die wesentlich der Neuordnung der elterlichen Sorge im Sinne einer Verstärkung der Väterrechte diente, erhielt der Kindeswohlbegriff seine universelle Bedeutung. „Das Kindeswohlprinzip ist der herrschende Leitgedanke des gesamten Kindschaftsrechts, [...] (es) wird zum verpflichtenden rechtsethischen Prinzip (Staudinger/Coester 2007, zu § 1697a BGB, Rn. 1)“.

Der Begriff des Kindeswohls erfährt mit seiner Ausgestaltung zum rechtsethischen Prinzip eine Überhöhung, es geht nicht mehr „nur“ um Gefährdungen, Eingriffsmöglichkeiten und Eingriffs-schranken des Staates, nicht „nur“ um Abwägungsfragen, was dem Kindeswohl im Einzelfall am besten entspricht, sondern um Leitbilder, um Vorstellungen von einem „richtigen“ Leben mit Kindern.

Das gängige Leitbild der Reform von 1998 war, dass Kinder generell beide Eltern brauchen. Bühler-Niederberger spricht im Zusammenhang mit der Kindschaftsrechtsreform von einer ahistorischen Renaturalisierung des Kindheitsbegriffs, jenseits dessen, was es in konkreten Situationen als Kinderrechte zu akzeptieren oder auszuhandeln gilt. „Die Bedürfnisse des Kindes wurden explizit biologisch definiert: Das Kind braucht beide leiblichen Eltern - und vor dieser Stimme der Natur hatten alle anderen Anliegen [...] zurückzutreten“ (Bühler-Niederberger 2005, S. 252). Das Kindeswohl wird auch in sprachlicher Anknüpfung an die positiv besetzte Konnotation, Kindeswohlgefährdungen auszugrenzen, zum Garant dafür, das Richtige gewollt und getan zu haben. Dieser Begriff wird, wie der Begriff „Kind“ generell, zum „unerschöpflichen Topos von Erneuerungsbehauptungen“. Der „Mythos Kind“ wird wiederbelebt, wobei Kern dieses Mythos die „Natur des Kindes“ ist, die „aller historischen und sozialen Wirklichkeit vorausgeht“ (Honig 1999, S. 80). Helms kann in diesem Sinn ausdrücklich den EGMR zitieren, nach denen das Kind mit seinem „eigentlichen“ Vater durch ein natürliches Band unverrückbar verbunden ist – „inalterably linked by a natural bond“ (Helms 2011, S. 1718).

3.3 Der Gegendiskurs: Wahlfreiheit, Würdigung tatsächlicher Verantwortungsübernahme

Der Gegendiskurs, der sich auf die Wahlfreiheit der Lebensmöglichkeiten einschließlich ihres rechtlichen Schutzes bezieht, hat dagegen nur geringe Chancen öffentlicher und parlamentarischer Beach-

tung. Auch wenn akzeptiert wird, dass ein Elternteil, in der Regel die Mutter, eine stärkere „Verantwortungsgemeinschaft“ mit dem Kind bildet, der andere Elternteil, in der Regel der Vater, als „familienferner“ Elternteil bezeichnet wird (Häußermann 2009) und die Familie der „Verantwortungsgemeinschaft“, die in der Regel eine Familie von Frauen und Kindern ist, eine Wertschätzung als vollwertige, „ganze“ Familie mit eigenem inneren Beziehungssystem erfährt (Huinink/Konietzka 2007), wird es als selbstverständlich angesehen, dass diese Familie über Umgangsrechte (§ 1684 BGB), Auskunftspflichten (§ 1686 BGB) und bei gemeinsamer elterlicher Sorge (§ 1687 BGB) über Mitbestimmungsrechte in allen Angelegenheiten, die für das Kind von besonderer Bedeutung sind, für den „familienfernen“ Elternteil, also in der Regel den Mann, permanent erreichbar und beeinflussbar ist. Die rechtlichen Kodifikationen sind eindeutig und gelten weitgehend als unumstritten.

Die Selbstbestimmung der Familien von Frauen und Kindern unterliegt erheblichen Begrenzungen und Beschränkungen, Urlaubspläne sind abzustimmen, Umzüge können verwehrt werden usw. Der „familienferne“ Elternteil, also der Mann, unterliegt derartigen Anpassungszwängen nicht.

Das Umgangsrecht ist als absolutes subjektives Recht ausgewiesen und steht unter grundrechtlichem Schutz des Art. 6 Abs. 2 GG (Bauer 2010, § 1684 BGB, Rn 26-30). Zu erwarten ist, dass das Recht auf die gemeinsame elterliche Sorge den gleichen Rechtscharakter erhält, also auch als ein absolutes subjektives Recht unter dem Schutz von Art. 6 Abs. 2 GG angesehen werden wird.

Das Selbstbestimmungsrecht derjenigen, die die tatsächliche Verantwortung übernehmen, also in der Regel das der Frauen sowie auch das von Kindern und Jugendlichen selbst, wird formalisierten Rechtssetzungen untergeordnet (Flügge 2008). Die ggf. massiven Eingriffe in die Beziehungsgestaltung zwischen dem betreuenden Elternteil, in der Regel der Frau und ihren Kindern, wird gerechtfertigt mit der Pflichtbindung der Elternschaft an das Kindeswohl.

Dabei gilt die Pflichtbindung des „familienfernen“ Elternteils, also in der Regel des Mannes, nur eingeschränkt. Zwar spricht das BVerfG in seiner Entscheidung vom 01.04.2008 grundsätzlich von einer Umgangspflicht, entscheidet dann aber, dass diese durch Zwangsmittel nicht durchgesetzt werden soll und real auch nicht durchgesetzt werden kann: „Der durch Zwangsmittelandrohung bewirkte Eingriff in das Grundrecht des Elternteils auf Schutz der Persönlichkeit ist insoweit nicht gerechtfertigt, es sei denn, es gibt im Einzelfall hinreichende Anhaltspunkte, die darauf schließen lassen, dass ein erwun-

gener Umgang dem Kindeswohl dienen wird“ (BVerfG 01.04.2008, Ls).

Gleiches wird für die Pflichtbindung im Rahmen der gemeinsamen elterlichen Sorge gelten, wenn – wie der Regierungsentwurf vorsieht – darauf ein Rechtsanspruch entsteht. Niemand kann gezwungen werden, tatsächliche Sorgeverantwortung zu übernehmen. In der Rechtskonstruktion soll die gemeinsame elterliche Sorge dennoch unabhängig von der tatsächlichen Verantwortungsübernahme gelten. Mit der Reform des § 1626a BGB wird erneut eine Pflichtbindung festgeschrieben, die in der Praxis nur den Elternteil trifft, der mit seinem Kind in der Verantwortungsgemeinschaft lebt, das ist nach der Geburt eines Kindes dessen Mutter. Der Kindesvater kann und wird nicht zu einer tatsächlichen Verantwortungsübernahme verpflichtet werden können. Der Vater als „familienferner“ Elternteil hat weiterhin die volle Dispositionsfreiheit über seine Lebensgestaltung. Zudem kann er sich einmischen, sei es hilfreich und kooperativ oder mit dem ständigen Verweis auf „seine Rechte“ zu einer vielfältigen Belastung werden. Auch eine bloße Verweigerung der Kooperation, z.B. bei notwendigen Unterschriften, kann zu erheblichem Stress und zu Nachteilen für die Mutter und/oder das Kind führen.

Mit der Prämisse, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl am besten entspricht, werden Eingriffe in die persönliche Lebensplanung des betreuenden Elternteils gerechtfertigt. Besonders problematisch sind die Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht dann, wenn Frauen sich aus einer von Gewalt geprägten Beziehung befreien wollen (Flügge 2008, S. 137).

3.4 Einige Zahlen mit Genderbezug

Das Leben mit Kindern stellt überwiegend eine weibliche Lebensform dar. Die Zunahme der Geburten der Kinder, die nichtehelich geboren werden, ist evident. Bis Mitte der 90er Jahre waren es unter 15%, im Jahre 2010 waren es 33%, wobei bei den Erstgeborenen der Anteil besonders hoch liegt, 2010 bei 43% (Destatis 2012). Anzumerken ist, dass im Statistischen Jahrbuch 2012 bei alleinerziehenden Familien nicht mehr zwischen Mutter- und Vaterfamilien differenziert wird. Diese Differenzierung gibt es lediglich in der Fachserie 1 Reihe 2. In der zentralsten und wichtigsten Veröffentlichung des Statistischen Bundesamts verschwinden jedoch die 90,5 % der Mutterfamilien unter dem Oberbegriff der Alleinerziehenden. Der geschlechtsneutrale Oberbegriff „Alleinerziehende“ neutralisiert eine weibliche Lebensform. Auf telefonische Nachfrage hieß es, das hätte „redaktionelle“ Gründe, nicht alle Zahlen könnten veröffentlicht werden, man könne jedoch jederzeit nachfragen.

4. Forschungsergebnisse hinsichtlich der Erforderlichkeit beider Eltern und ihre Rezeption

4.1 Erziehungs- bzw. sozialwissenschaftliche Forschungsergebnisse

Bis jetzt lässt sich für die Entwicklungsmöglichkeiten der Kinder nicht belegen, dass Kinder, die bei einem Elternteil leben, benachteiligt sind. Es gibt keine Studien, die das beweisen könnten. Kerima Koska hat in ihrer Studie „Im Interesse des Kindes - Elterntrennung und Sorgerechtsmodelle in Deutschland, Großbritannien und den USA“ (Kostka 2004), eine umfangreiche Auswertung der Scheidungsforschung einschließlich der Metastudien vorgelegt. Danach ist nicht feststellbar, dass Scheidungs- bzw. Trennungskinder, die bei einem Elternteil, in der Regel bei der Mutter, aufwachsen wegen dieses Umstands erhöhten Risiken ausgesetzt sind. Auch hat sie durch die Forschungsergebnisse nicht bestätigt finden können, dass sich für Kinder eine gemeinsame Sorge günstiger auswirkt, wenn die Kindeseltern sich nicht einigen können. Sie kritisiert u. a. die Studie von Prokosch (Proksch 2002) methodisch, die über eine Elternbefragung (bei der aus den unterschiedlichen Positionen der Mütter und Väter ein gemeinsamer Durchschnitt gebildet worden ist) eine Präferenz für die gemeinsame Sorge ergab. Im Vorwort der Studie von Kostka fasst Gisela Zenz das zentrale Ergebnis zusammen: „Für eine pädagogisch motivierte Sorgerechtspolitik werden hier die Grenzen des Machbaren erkennbar, die wohl den Abschied von der in Deutschland derzeit dominierenden Idee bedeuten, das Wohl des Scheidungskindes durch fürsorgliche Erzwingung elterlicher Gemeinsamkeit gewährleisten zu können“. In der Rechtsentwicklung wurde Gegenteiliges verfolgt.

Inzwischen sind auch Erziehungswissenschaftler wie Fthenakis, der als anerkannter Väterforscher und erster Fürsprecher einer gemeinsamen Sorge nach Trennung gilt, skeptisch, was die Generalisierung der gemeinsamen Sorge angeht. Für ihn ist der „juristische Sorgerechtsstatus an und für sich nicht in signifikanter Weise mit der elterlichen Beziehung oder der kindlichen Anpassung verknüpft“. Die Forschung zeige eindeutig, „dass bei Familien mit hohem Konfliktpotential das gemeinsame Sorgerecht die Beziehung nicht heilt“ (Fthenakis 2008, S 63).

Die vom Robert-Koch-Institut (RKI) durchgeführte umfangreiche Studie zur psychischen Entwicklung von Kindern und Jugendlichen (Erhart et al. 2007) kommt zu dem Ergebnis, dass Kinder aus „unvollständigen“ Familien keinen höheren Risiken in ihrer psychischen Entwicklung ausgesetzt sind als Kinder aus „vollständigen“ Familien. Diese Studie ist die erste groß angelegte Untersuchung, in der Kinder

selbst befragt werden und die Vergleiche zwischen Kindern aus Paarfamilien und Kindern aus allein erziehenden Familien zulässt, wobei auch nach Familien mit und ohne Migrationshintergrund differenziert wird. Als Hauptrisikofaktor für Beeinträchtigungen wird Armut genannt, wobei allein erziehende Familien häufiger einen niedrigen sozialen Status haben als „vollständige“ Familien. Trotz des überproportional niedrigen sozialökonomischen Status allein erziehender Familien ist deshalb hervorzuheben, dass bei der Gesamtauswertung die Abweichungen der Ressourcen von Kindern aus unvollständigen Familien gegenüber denen aus vollständigen Familien äußerst gering sind (Erhart et al. 2007, S. 802, 804, 805).

4.2 Die Rezeption der Forschungsergebnisse in Recht und Pädagogik

Entgegen den empirischen Ergebnissen, die weder belegen, dass es für die Kinder förderlich ist, wenn Eltern zusammen leben noch dass bei Trennungen eine gemeinsame elterliche Verantwortung eine Voraussetzung gegückter Krisenbewältigung darstellt, ist der Topos „Eltern bleiben Eltern“ für pädagogische und rechtliche Perspektiven wirkmächtig und normativ. Als gesetzt gilt, dass, wenn Eltern sich trennen, weiterhin gemeinsame elterliche Verantwortung wahrgenommen werden soll, weil das dem Kindeswohl am besten dient. „Eltern bleiben Eltern“ ist auch der Titel einer Broschüre, die von der Deutschen Arbeitsgemeinschaft für Jugend- und Eheberatung e. V. (DAJEB) herausgegeben und vom BMFSFJ unterstützt wird. Die Broschüre ist 2010 in die 16. Auflage mit 2.561.000 Exemplaren gegangen (Lederle, von Eckardstein et al. 2010). Es heißt darin, „Ihr Kind hat ein Recht auf beide Eltern und braucht beide“ (S. 5) und „Für ihr Kind ist es wichtig, Sie beide als Eltern zu behalten“ (S.19).

Coester räumt mit Verweis auf die Scheidungsforschung ein, dass „aus juristischer Sicht aus diesem Forschungs- und Diskussionsstand nur gefolgert werden (kann), dass für die Aussage, gemeinsames Sorgerecht sei dem Kindeswohl im allgemeinen förderlicher als Alleinsorge, gegenwärtig (noch) eine gesicherte Grundlage fehlt“ (Staudinger/Coester 2009, zu § 1671 BGB, Rn 113). Dennoch geht er davon aus, dass „verantwortliches Zusammenwirken der Eltern zum Wohle ihres Kindes auch nach ihrer persönlichen Trennung verfassungsrechtlich wie auch rechtsethisch als Idealform elterlichen Verhaltens betrachtet werden (muss), der generell-abstrakt der Vorrang vor anderen Sorgegestaltungen zukommt“ (ebd., Rn 115).

Und weil das die herrschende Meinung in Pädagogik und Recht kennzeichnet, wird in den Untersuchungen, auf die sich das BVerfG (BVerfG 21.07.2010) bezieht bzw. die vom BMJ in Auftrag gegeben worden ist, gar nicht die Frage gestellt, ob

eine gemeinsame elterliche Sorge für die Kinder förderlich ist, das wird vielmehr als Tatsache vorausgesetzt. Es geht lediglich um die Motivation der Mütter, gegebenenfalls eine gemeinsame elterliche Sorge nicht zu wollen, um die Unterstellung, dass diese eine „Machtposition“ ausüben und missbrauchen.

Gesetzgeber und auch die Rechtsprechung sind nach herrschendem Selbstverständnis verpflichtet, ihre normativen Setzungen wissenschaftlich zu legitimieren. Wenn das nicht möglich ist, wie im Fall der Annahme, dass Kinder generell beide Eltern brauchen und dass die gemeinsame elterliche Sorge das geeignete Instrument sei, dies zu abzusichern, werden derartige Grundverständnisse als „rechtsethisch“ geboten, quasi als naturrechtlich angesehen. Die Wissenschaft hat sich dann lediglich mit Fragen zu befassen, die die gesellschaftliche Umsetzung der gesetzten rechtsethischen Vorstellungen betreffen.

Dabei kommt jede Studie gelegen, die die Vorannahmen zu unterstützen scheint. Dies gilt insbesondere für die Studie (BT-Drs 16/10047 25.07.2008), auf die das BVerG in seiner Entscheidung aus 2010 (BVerfG 21.07.2010, Rn 25) verweist und auf die sich auch der Referentenentwurf (BMJ 2012) bezieht. Diese wird allerdings von den Verfassern selbst als nicht wissenschaftlich valide angesehen. In der

BVerfG Entscheidung und im Referentenentwurf wird sie hingegen als Beleg verwendet, dass die Entscheidungen der Mütter gegen eine gemeinsame Sorge nicht von kindeswohlrelevanten Gründen getragen werde. Es handelt sich bei der Studie um eine Befragung von Jugendämtern und Rechtsanwälten mit geringer Rücklaufquote, bei der es um die Plausibilität der Gründe ging, die Mütter gegen eine gemeinsame elterliche Sorge aufgeführt haben sollen. Als problematisch erwies sich, dass die befragten Personen in der Regel ausschließlich die Sicht der die Beratung suchenden Väter kannten. Für sie, die Väter, waren die Motive der Mütter nicht hinreichend einsichtig. Betont wird von den Verfassern der Studie: „Es ist nicht auszuschließen, dass der hier wiedergegebene Eindruck ein einseitiges und wenig objektives Bild gibt“ und „es handelt sich nicht um eine empirisch abgesicherte Untersuchung“ (BT-Drs 16/10047 25.07.2008).

5. Der Wandel der Rechtsprechung bezüglich der Anforderungen an die gemeinsame elterliche Sorge

Nach der Kindschaftsrechtsreform von 1998 war zunächst noch umstritten, ob die gemeinsame elterli-

che Sorge als Idealbild und damit als Regelfall zu konstituieren sei. In seiner Entscheidung vom 29.09.1999 zur Aufhebung der elterlichen Sorge und Übertragung der Alleinsorge auf den antragstellenden Elternteil hatte der BGH Entscheidungsgrundsätze entwickelt, wonach § 1671 BGB kein Regel-Ausnahme-Verhältnis in dem Sinn enthalte, dass „eine Priorität zugunsten der gemeinsamen elterlichen Sorge bestehen und die Alleinsorge eines Elternteils nur in Ausnahmefällen als ultima ratio in Betracht kommen sollte“ (Rn 10). Der BGH entwickelte die Figuren der Kooperationsfähigkeit und Kooperationswilligkeit als Voraussetzungen gemeinsamer Sorgetragung.

Mit der Entscheidung vom 18.12.2003 hat das BVerfG die Rechtsprechung des BGH - noch - bestätigt und diejenigen Positionen zurückgewiesen, die in der gemeinsamen elterlichen Sorge den Regelfall gesehen haben. Mit der Figur der tragfähigen sozialen Beziehung zwischen den Eltern, des Anspruchs eines Mindestmaßes an Übereinstimmung und der Verpflichtung, sich am Kindeswohl zu orientieren, hat das BVerfG Voraussetzungen für den Bestand gemeinsamer elterlicher Sorge definiert. Dabei hat es allerdings an die Beziehungsqualität nur formale, verhältnismäßig geringe Anforderungen gestellt.

Mit seiner Entscheidung vom 01.03.2004 legt das BVerfG dar, dass bei Entscheidungen über die Sorgeverteilung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes „als milderer Mittel“ Teilentscheidungen, z. B. über das Aufenthaltsbestimmungsrecht oder die Gesundheitsfürsorge in Betracht kommen, und bestätigt damit die Positionen, die in der gemeinsamen elterlichen Sorge den Regelfall sehen. Argumentiert wird mit dem grundrechtlichen Schutz des Elternrechts, das beiden Eltern gleichermaßen zusteht. Dieses Grundrecht könne nur eingeschränkt werden, wenn die Voraussetzungen für eine gemeinsame Sorgewahrnehmung fehlen (Rn 9). Damit wird die gemeinsame elterliche Sorge, anders als in den vorausgegangenen Entscheidungen, unter grundrechtlichem Schutz gestellt.

Innerhalb von 10 Jahren ist von der Position des BGH aus dem Jahr 1999 und der Position des BVerfG aus dem Jahr 2003 kaum noch etwas übrig. Sukzessive ist durch die Rechtsprechung die gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall implementiert worden, die rechtlichen und tatsächlichen Hürden der Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge wurden soweit erhöht, dass sie gegenwärtig nur noch in Ausnahmefällen in Betracht kommt. Diese Ausnahmefälle liegen nahe der Eingriffsschwelle des § 1666 BGB (Kindeswohlgefährdung). Das Tatbestandsmerkmal des § 1671 Abs. 2 Ziffer 2 BGB, nach dem eine Sorgeregelung anzustreben ist, die dem

Kindeswohl am besten entspricht ist, ist damit durch Richterrecht überwiegend obsolet geworden. Bereits 2004 spricht Coester davon, dass die Familiengerichte „zumindest verbal“ auf die von BGH und BVerfG entwickelten Grundsätze eingehen, sich aber „an der Vermutung orientieren, dass das gemeinsame Sorgerecht dem Kindeswohl am besten diene“ (Staudinger/Coester zu § 1671 BGB 2004, Rn 108).

Die gemeinsame elterliche Sorge ist zum normativen „Normalfall“ geworden und zwar soweit, dass auch massive Einschränkungen der Persönlichkeitsrechte der betreuenden Eltern, in der Regel der Frauen, hingenommen werden. Frauen können in ihrer Freizügigkeit eingeschränkt werden, um Männern uneingeschränkten Umgang mit den Kindern zu gewährleisten. Derartige Einschränkungen berühren nicht nur den privaten, sondern häufig auch den beruflichen Bereich der Frauen. Sie haben sich, unabhängig von ihren individuellen Bedürfnissen und Entscheidungsoptionen bis die Kinder 18 Jahre alt geworden sind, auf die Väter, also die Männer, und deren Rechte „am Kind“ einzustellen. In der Konsequenz unterliegen sie, um des ungehinderten väterlichen, männlichen Zugriffs Willen, einem faktischen Trennungsverbot (Sibylla Flüge, 2008). Männer unterliegen diesen Begrenzungen nicht. Sie können gegebenenfalls, wenn sie mit mehreren Frauen Kinder haben, ihre Präsenz in mehreren Familien behaupten, ohne ihren eigenen Lebensstil einschränken zu müssen. Die Pflichtbindung im Rahmen von Umgang und elterlicher Sorge gilt lebenspraktisch somit nur für den betreuenden Elternteil, für die Frau.

6. Schlussfolgerungen

Die Tendenzen sind eindeutig. Nicht mehr die traditionelle Ehe ist strukturierendes Merkmal von Abstammung und generationalem Status. Nach ihrem Funktionsverlust übernehmen rechtlich ausgewiesene Sorgebeziehungen zwischen Eltern und Kindern diese Ordnungsfunktionen und zwar ohne dass eine übereinstimmende Willenserklärung zur gemeinsamen Sorgeübernahme oder eine gemeinsame Entscheidung der Kindeseltern vorliegen muss, wie im Fall der Ehe. Rechtliche Sorgebeziehungen werden als generalisierte Ordnungsmerkmale ausgewiesen. In der generativen Folge werden damit individuelle Rechte in vertikaler Linie gegenüber den Kindern markiert und über diese Rechte zugleich Ansprüche gegenüber dem anderen Elternteil ausgewiesen. Sie gelten unabhängig von konkreten Lebenspraktiken, ein „Jawort“, wie es für die Ehe konstitutiv ist, wird nicht vorausgesetzt. Rechtspraktisch werden von diesem Kulturwandel, der Implementierung eines biologisch orientierten Abstammungs-, Umgangs- und

Sorgerechts, weit überwiegend Väter profitieren. Mütter und Kinder werden dagegen in der Entfaltung ihrer Persönlichkeit eingeschränkt.

Wie im Fall der gemeinsamen elterlichen Sorge geht es beim Umgangsrecht des biologischen Vaters zunächst noch um Einzelfallabwägungen die „fair“ sein sollten. Wie bei der gemeinsamen elterlichen Sorge wird sich zunehmend eine Generalisierung des väterlichen Anspruchs durchsetzen, der unabhängig von der Beziehung zwischen der Mutter und dem Vater als individueller Rechtsanspruch gegenüber dem Kind und damit auch gegenüber der Frau ausgestaltet werden wird.

Die im Bundestag vertretenen Fraktionen werden den Referentenentwurf im Grundsatz verabschieden. Die bisherigen Anträge der Grünen/Bündnis 90 (BT-Drs. 17/8555 2012) und der SPD (BT-Drs. 17/8601 08.02.2012) gehen in die gleiche Richtung. Es gibt lediglich kleine Unterschiede hinsichtlich der Einspruchsfristen der Mütter oder der Stellung des Jugendamts.

Von den Verbänden vertritt lediglich VAMV eine andere Position. Er will die Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach einer Einzelfallprüfung an bestimmte Voraussetzungen binden wie z.B., ob die Eltern in der Vergangenheit in der Lage waren, über die Belange des Kindes sachlich zu kommunizieren, ob der antragstellende Elternteil in der Vergangenheit sein Umgangsrecht in kindeswohlgerechter Weise wahrgenommen, ob er eine tragfähige Beziehung zum Kind aufgebaut und regelmäßig Unterhalt im Rahmen seiner Leistungsfähigkeit bezahlt hat und ob Umstände vorliegen, die die Ausübung eines gemeinsamen Sorgerechts unzumutbar machen (VAMV 2010). Dieser Verband hat den größten Einblick in die Lebenswirklichkeit von Alleinerziehenden und ihren Kindern, die in der Regel Mutterfamilien sind. Der VAMV will die Übertragung von Rechten an die Übernahme tatsächlicher Elternverantwortung binden, die Forderungen knüpfen somit an Lebenssachverhalte an und nicht an abstrakte ideologische Vorstellungen. Die Leistungen, die dieser Verband mit seinen beharrlichen Stellungnahmen, Publikationen und Interventionen für allein erziehende Familien, in der überwiegenden Mehrheit für Familien von Frauen und Kindern, gegen eine dominierende Mehrheitsmeinung erbringt, ist im gesellschaftlichen und politischen Feld nicht hoch genug einzuschätzen.

Der Staat will ein Erziehungsideal durchsetzen, wonach einzelne Eltern, in der Regel Frauen, zu Einstellungen und Handlungen verpflichtet werden, die ihre Selbstbestimmung einschränken. Die Legitimation erfolgt durch eine nicht wissenschaftlich beleg-

bare, quasi naturrechtsbezogene Annahme, dass Kinder beide Eltern bräuchten und dass die Präsenz beider Eltern im Prozess des Aufwachsens grundlegend für das Kindeswohl sei. Die sich daraus ergebenden Verpflichtungen, Einvernehmen herzustellen und zu halten, passen in neu begründete Herrschaftsansprüche und neue Formen von Herrschaft.

Durch kommunikative Ausgleichstechniken und freiwillige mediative Verständigungsrituale wird eine Unterwerfung unter vermeintlich natürliche bzw. ideale Herrschaftsmuster erreicht. Nicht mehr über die Stellvertreterrolle des Mannes, des Vaters, der die Gesellschaft und den Staat mit seinen Unterwerfungsansprüchen zu repräsentieren hatte, wird Unterwerfung eingeübt, sondern über die Subjektivierung von Herrschaft über die Verpflichtung Einvernehmen herzustellen. (Schwarz 2011, 152). Die Wahlfreiheit von Lebensmöglichkeiten, die gerade für Frauen vorübergehend in den 70er bis 90er Jahren des vorherigen Jahrhunderts in der Wahl selbst bestimmter Lebensmöglichkeiten gemeinsam mit ihren Kindern einen Ausdruck fand, wird durch die Generalisierung formalisierter gemeinsamer elterlicher Sorge in Verbindung mit der Ausgestaltung individualisierter väterlicher Rechte mit Verpflichtungscharakter gegenüber Müttern und Kindern und der Tendenz eine biologische Abstammungslinie mit entsprechenden Verantwortungszuweisungen durchzusetzen, aufgehoben.

In der ganzen Debatte spielen die Rechte von Kindern und Jugendlichen keine Rolle. Keine politische Partei hat die Reform bisher zum Anlass genommen, weitergehende Mitbestimmungsrechte für Kinder und Jugendliche einzufordern. Das Widerspruchsrecht gemäß § 1671 Abs. 2 Nr. 1 ist die einzige materiell rechtliche Regelung, die Jugendlichen eine gewisse Mitentscheidung ermöglicht – allerdings nur, wenn es gilt, die alleinige Sorge zu verhindern. Denkbar wäre mit der anstehenden Reform Kindern und Jugendlichen weitergehende materielle und verfahrensmäßige Rechte hinsichtlich der Sorgeverteilung einzuräumen. Dass ihnen aber z. B. eigene Antragsrechte hinsichtlich der Entlassung eines Elternteils aus der Sorgeverantwortung zugestanden werden, erscheint ebenso abwegig wie z. B. die materiellrechtliche Ausgestaltung eines Umgangsrechts, das eine eigenständige Ablehnung des Umgangs vorsieht. „Die Rechte der Kinder, die so oft herbeigeredet werden, sind hier wohl von Gesetzgeber und Rechtsprechung eher verstanden worden als Recht am Kind, an „seinem“ Kind“, wie Bühler-Niederberger ausführt. „Die Regelungen werden entworfen für ein Kind ohne eigene Individualität, ohne persönliche Bedürfnisse und Lebensumstände. Dieses Kind hat ein „natürliches Bedürfnis“ nach seinen beiden leiblichen

Eltern, so dass das gemeinsame Sorgerecht die „natürliche“ Lösung ist“ (Bühler 2011).

Wie sich mit der zur Zeit geplanten Reform das neue Leitbild weiter durchsetzen wird, bleibt abzuwarten. Wahrscheinlich ist, dass neue sozialstaatliche Instrumente geschaffen werden, gerade um Frauen und Kinder zum Anpassungsverhalten zu zwingen. Wahrscheinlich ist auch, dass zunehmend familiengerichtliche Anträge auf die Übertragung der Entscheidung hinsichtlich einzelner Entscheidungsfragen gestellt werden. Das Konfliktpotential zwischen den Eltern und zwischen Eltern und Kindern wird sich jedenfalls durch neue Verpflichtungen zur Kooperation nicht verringern. Männer erhalten als Väter auch ohne Ehe hinsichtlich der Kinder eine Machtposition zurück, die ihnen zentrale familienrechtliche Entscheidungsbefugnisse sichert, ohne dass sie zur Übernahme tatsächlicher Verantwortung verpflichtet werden. Diese Entwicklungen tragen nicht nur nicht zur gleichberechtigten Teilhabe von Frauen und Männern bei, sie sind vielmehr ein Rückschritt auf dem Weg zur Emanzipation von Frauen aus patriarchalen Abhängigkeiten.

Literatur

- Bahr-Jendges, Jutta 2012, „Elterliche Sorge – Phänomen einer Kopfgeburt – Privateigentum und Besitz im modernen Patriarchat“, STREIT 1/12, pp. 13-19.
- Bauer 2010, § 1684 BGB, in: jurisPK-BGB, 5. Aufl., § 1684 BGB.
- BGH 29.09.1999, XII ZB 3/99, Zur Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge und Übertragung des alleinigen Sorgerechts auf den antragstellenden Elternteil, juris.
- BMJ 2012, Referentenentwurf – Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge – Stand 28.03.2012: www.bmj.bund.de
- BT-Drs 16/10047, 25.07.2008, Befragung von Jugendämtern und Anwälten: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/100/1610047.pdf>, S. 6 ff.
- BT-Drs. 17/8555, Antrag 06.02.2012, Bündnis 90/ Die Grünen – Gemeinsames Sorgerecht für nicht miteinander verheirateter Eltern
- BT-Drs. 17/8601, Antrag 08.02.2012, SPD Fraktion: Gemeinsames elterliches Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern
- Bühler-Niederberger, Doris 2005, Stumme Hilferufe hören – Naturalisierung und Entpolitisierung deutscher Politik an der Wende zum 21. Jahrhundert, in: dies. (Hg.), Macht der Unschuld, VS-Verlag, Wiesbaden, S. 227-259
- Bühler, Niederberger, Doris 2011, Geleitwort, in: Barbara Schwarz: Die Verteilung der elterlichen Sorge aus erziehungswissenschaftlicher und rechtlicher Sicht, Wiesbaden.
- Buske, Sybille 2004, Fräulein Mutter und ihr Bastard: eine Geschichte der Unehelichkeit in Deutschland 1900 bis 1970, Wallstein, Göttingen
- BVerfG 29.01.2003, 1 BvL 20/99, 1 BvR 933/01, Sorgerechtsregelung für Altfälle, Zur Verfassungsmäßigkeit der gemeinsamen Sorgetragung nichtverheirateter Eltern gem. § 1626a, juris
- BVerfG 09.04.2003, 1 BvR 1493/96, 1 BvR 1724/01, Teilweise Verfassungswidrigkeit des ausnahmslosen Ausschlusses des leiblichen Vaters eines Kindes von dem Anfechtungsrecht auf Vaterschaftsanerkennung und vom Umgangsrecht auch in Fällen sozial-familiärer Beziehung des leiblichen, aber nicht rechtlichen Vaters zu seinem Kind – Neuregelung bis zum 30.04.2004, juris.
- BVerfG 18.12.2003, 1 BvR 1140/03, Voraussetzungen für die Ausübung der gemeinsamen Sorge für Kinder aus geschiedener Ehe, juris
- BVerfG 01.03.2004, 1 BvR 738/01, Unzureichende Berücksichtigung des Elternrechts des Vaters bei

- Übertragung des alleinigen Sorgerechts für gemeinsame Kinder auf die Mutter, juris
- BVerfG 01.04.2008, 1 BvR 1620/04, Erzwungener Umgang, Umgangspflicht, elterliche Umgangspflicht, juris
- BVerfG 21.07.2010, Elternrecht des Vaters, 1 BvR 420/09, juris
- Destatis 2011, Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe 2010: www.destatis.de
- Destatis 2012, Familien im Jahr 2010, darunter Familien mit Kindern unter 18 Jahren; Tab. 5.1.2 (Mikrozensus/Haushalte): www.destatis.de
- Destatis 2012, Geburten in Deutschland – Ausgabe 2012: www.destatis.de
- DJI (Deutsches Jugendinstitut e.V. München), 30.11.2010, Jarczyk, Karin; Walper, Sabine: Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern. Vorgezogener Endbericht: www.bmj.de (Service, Publikationen)
- Drinck, B. 2005, Vatertheorien: Geschichte und Perspektiven, Budrich
- EGMR 03.12.2009, 22028/04, Sorgerecht ohne Sorgeerklärung eines nicht mit der Mutter verheirateten Vaters, juris
- EGMR 21.12.2010, 20578/07, Umgangsrecht des biologischen Vaters mit seinem Kind bei Fehlen einer sozial-familiären Beziehung, juris
- EGMR 15.09.2011, 17080/07, Umgangs- und Auskunftsrecht des leiblichen Vaters trotz Fehlens einer sozial-familiären Bindung, juris
- EGMR, 22.03.2012 Information 2012, Kein Recht für mutmaßliche leibliche Väter zur Anfechtung der Vaterschaft; 45071/09; 23338/09, juris.
- Erhart, M./ Hölling, H./ Ravens-Sieberer, U. & Schlack, R. 2007, Der Kinder- und Jugendgesundheitsurvey, KiGGS, Robert-Koch-Institut Berlin: Risiken und Ressourcen für die psychische Entwicklung von Kindern und Jugendlichen: www.kiggs.de (Experten, Ergebnisse, Basispublikation)
- Flügge, Sibylla 2008: Grenzen der Pflicht zur gemeinsamen Sorge im Persönlichkeitsrecht der Sorgenden, Familie Partnerschaft Recht, S. 135-139, dies.: Persönlichkeitsrechte als Grenze der Umgangsrechte- und -pflichten, STREIT 3/2008, S. 110-116
- Fthenakis, Wassilios E. 2008: Auswirkungen von Trennung und Scheidung auf die Entwicklung der Kinder, in P.S. Dietrich & E. Fthenakis (Hg.): Begleiteter Umgang – ein Handbuch, Beck, München, S. 1-72
- Häußermann, Röse 2009, Das neue Familienrecht, in: V. Lipp, E. Schumann & B. Veit (Hg.), Reform des familiengerichtlichen Verfahrens, Göttingen, S. 5-38.
- Helms, Tobias 2011, Zu EGMR Nr. 1319, Urteil v. 15.09.2011 – Umgangs- und Auskunftsrecht des leiblichen Vaters auch bei Fehlen einer sozial-familiären Beziehung, FamRZ, S. 1715-1718
- Honig, M. 1999: Entwurf einer Theorie der Kindheit, Suhrkamp
- Huinink, Johannes & Konietzka, Dirk 2007: Familiensoziologie: Eine Einführung, Campus Verlag, Frankfurt am Main
- Kostka, Kerima 2004: Im Interesse des Kindes? Eigenverl. des Deutschen Vereins für Öffentliche und Private Fürsorge, Frankfurt am Main
- Lederle von Eckardstein, Osterhold/ Niese, Renate/ Salzgeber, Joseph & Schönfeld, Uwe 2010: Eltern bleiben Eltern, 16. Aufl., Deutsche Arbeitsgemeinschaft für Jugend- und Eheberatung e. V. (DAJEB), Augsburg
- Nave-Herz, Rosemarie 2009: Familie heute – Wandel der Familienstrukturen und Folgen für die Erziehung, Wiss. Buchges., Darmstadt
- Proksch, Roland 2002: Rechtstatsächliche Untersuchung zur Reform des Kindschaftsrechts, Bundesanzeiger-Verlag, Köln
- Rixe, Georg 2011: Zu EGMR Nr. 1051 v. 21.12.2010 – Umgangsrecht des leiblichen Vaters mit seinem Kind auch bei Fehlen einer sozial-familiären Beziehung, FamRZ, S. 1363-1367
- Schwarz, Barbara 2011: Die Verteilung der elterlichen Sorge aus erziehungswissenschaftlicher und juristischer Sicht, Wiesbaden
- Staudinger/Coester 2009: zu § 1671 BGB, Staudinger, Kommentar zum BGB, juris.
- Staudinger/Coester 2004: zu § 1671 BGB, Staudinger, Kommentar zum BGB, juris.
- Staudinger/Coester 2007: zu § 1697a, Staudinger, Kommentar zum BGB, juris.
- Staudinger/Rauscher 2004: zu § 1600 BGB, Staudinger, Kommentar zum BGB, juris.
- Stein-Hilbers, M. 1994: Wem „gehört“ das Kind?: Neue Familienstrukturen und veränderte Eltern-Kind-Beziehungen, Campus-Verlag
- VAMV 2010, Neuregelung des § 1626a zur gemeinsamen elterlichen Sorge – Vorschlag eines Gesetzestextes, November 2010: www.vamv.de; STREIT 4/2010, S. 152-155
- Walper, Sabine & Fichtner, Jörg 2011: Zwischen den Fronten – Psychosoziale Auswirkungen von Elternkonflikten auf Kinder, in S. Walper/ J. Fichtner & K. Normann (Hg.): Hochkonflikthafte Trennungsfamilien, S. 91-110