



Bundesverfassungsgericht

[> Startseite](#) [> Entscheidungen](#) [> Urteil vom 29. Januar 2003 - 1 BvL 20/99](#)

Leitsätze

zum Urteil des Ersten Senats vom 29. Januar 2003

- 1 BvL 20/99 -

- 1 BvR 933/01 -

1. Das Kindeswohl verlangt, dass das Kind ab seiner Geburt eine Person hat, die für das Kind rechtsverbindlich handeln kann. Angesichts der Unterschiedlichkeit der Lebensverhältnisse, in die nichteheliche Kinder hineingeboren werden, ist es verfassungsgemäß, das nichteheliche Kind bei seiner Geburt sorgerechtlich grundsätzlich der Mutter zuzuordnen.
2. Die durch § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB den Eltern eines nichtehelichen Kindes eröffnete Möglichkeit zur gemeinsamen Sorgetragung beruht auf einem Regelungskonzept für die elterliche Sorge, das unter Kindeswohlgesichtspunkten den Konsens der Eltern über die gemeinsame Sorgetragung zu deren Voraussetzung macht. Es liegen **derzeit** keine Anhaltspunkte dafür vor, dass damit dem Elternrecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes aus Art. 6 Abs. 2 GG nicht ausreichend Rechnung getragen wird.
3. In Fällen, in denen die Eltern mit dem Kind zusammenleben und beide ihre Kooperationsbereitschaft schon durch gemeinsame tatsächliche Sorge für das Kind zum Ausdruck gebracht haben, durfte der Gesetzgeber davon ausgehen, dass die Eltern die nunmehr bestehende gesetzliche Möglichkeit einer gemeinsamen Sorgetragung in der Regel nutzen und ihre tatsächliche Sorge durch Sorgeerklärungen auch rechtlich absichern.
4. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, die tatsächliche Entwicklung zu beobachten und zu prüfen, ob seine Annahme auch vor der Wirklichkeit Bestand hat. Stellt sich heraus, dass dies regelmäßig nicht der Fall ist, wird er dafür sorgen müssen, dass Vätern nichtehelicher Kinder, die mit der Mutter und dem Kind als Familie zusammenleben, ein Zugang zur gemeinsamen Sorge eröffnet wird, der ihrem Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG unter Berücksichtigung des Kindeswohls ausreichend Rechnung trägt.
5. Eltern, die mit ihrem nichtehelichen Kind zusammengelebt, sich aber noch vor In-Kraft-Treten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes am 1. Juli 1998 getrennt haben, ist die Möglichkeit zur gerichtlichen Überprüfung einzuräumen, ob trotz entgegenstehendem Willen eines Elternteils eine gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl nicht entgegensteht.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

- 1 BvL 20/99 -

- 1 BvR 933/01 -

Verkündet

am 29. Januar 2003

Achilles

Amtsinspektorin

als Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes

In den Verfahren

I. zur verfassungsrechtlichen Prüfung,
ob es mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 6 Abs. 5 GG vereinbar ist, dass gemäß §§ 1626 a, 1672 BGB der Vater eines nichtehelichen Kindes, der mit der Kindesmutter und dem Kind mehrere Jahre in einer familienähnlichen Lebensgemeinschaft zusammengelebt hat, nach Trennung der Eltern ohne

Rücksicht auf die konkreten Umstände des Einzelfalls die gemeinsame elterliche Sorge für sein Kind nicht zugesprochen erhalten kann, solange die Kindesmutter ihre Zustimmung hierzu verweigert

- Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Amtsgerichts Korbach vom 16. August 1999 (7 F 10/99 SO) -

- 1 BvL 20/99 -,

II. über die Verfassungsbeschwerde

1. des Herrn G...,
2. des Minderjährigen H...,
vertreten durch den Beschwerdeführer zu 1,

- Bevollmächtigter: Rechtsanwalt Georg Rixe,
Hauptstraße 60, 33647 Bielefeld -

a) unmittelbar gegen

- den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 4. April 2001 - XII ZB 3/00 -,
- den Beschluss des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 2. Dezember 1999 - 18 UF 259/99 -,
- den Beschluss des Amtsgerichts Tübingen vom 19. Mai 1999 - 6 F 60/99 -,

b) mittelbar gegen

§ 1626 a Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 BGB

- 1 BvR 933/01 -

hat das Bundesverfassungsgericht - Erster Senat - unter Mitwirkung

des Präsidenten Papier,
der Richterinnen Jaeger,
Haas,
der Richter Hömig,
Steiner,
der Richterin Hohmann-Dennhardt
und der Richter Hoffmann-Riem,
Bryde

auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 19. November 2002 durch

Urteil

für Recht erkannt:

I. 1. § 1626 a des Bürgerlichen Gesetzbuches in der Fassung des Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz) vom 16. Dezember 1997 (Bundesgesetzblatt I Seite 2942) ist mit Artikel 6 Absatz 2 und 5 des Grundgesetzes insoweit nicht vereinbar, als eine Übergangsregelung für Eltern fehlt, die sich noch vor In-Kraft-Treten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes am 1. Juli 1998 getrennt haben.

2. Dem Gesetzgeber wird aufgegeben, bis zum 31. Dezember 2003 eine verfassungsgemäße Übergangsregelung zu treffen. Bis zur gesetzlichen Neuregelung sind gerichtliche Verfahren auszusetzen, soweit die Entscheidung nach Maßgabe der Gründe von der Verfassungsmäßigkeit des § 1626 a des Bürgerlichen Gesetzbuches abhängt.

II. 1. Der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 4. April 2001 - XII ZB 3/00 -, der Beschluss des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 2. Dezember 1999 - 18 UF 259/99 - und der Beschluss des Amtsgerichts Tübingen vom 19. Mai 1999 - 6 F 60/99 - verletzen den Beschwerdeführer zu 1 in seinem Grundrecht aus Artikel 6 Absatz 2 des Grundgesetzes. Die Beschlüsse des Bundesgerichtshofs und des Oberlandesgerichts werden aufgehoben.

Die Sache wird an das Oberlandesgericht Stuttgart zurückverwiesen.

2. Die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers zu 2 wird verworfen.

3. Die Bundesrepublik Deutschland hat dem Beschwerdeführer zu 1 seine notwendigen Auslagen zu erstatten.

Gründe:

A.

Die Richtervorlage und die Verfassungsbeschwerde betreffen die Frage, ob es verfassungsgemäß ist, dass der Vater eines nichtehelichen Kindes nur dann die elterliche Sorge für das Kind mit der ansonsten allein sorgeberechtigten Mutter gemeinsam tragen kann, wenn beide entsprechende Sorgeerklärungen abgeben oder einander heiraten.

I.

1. Vor In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz - KindRG) vom 16. Dezember 1997 (BGBl I S. 2942) am 1. Juli 1998 stand die elterliche Sorge für ein nichteheliches Kind allein der Mutter zu (§ 1705 Satz 1 BGB a.F.). Eine gemeinsame Sorgetragung nicht miteinander verheirateter Eltern für ihr Kind war gesetzlich nicht vorgesehen.

2. Der 1996 von der Bundesregierung vorgelegte Gesetzentwurf zur Reform des Kindschaftsrechts (BTDrucks 13/4899), mit dem insbesondere auch die rechtlichen Unterschiede zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern so weit wie möglich abgebaut werden sollten (vgl. BTDrucks 13/4899, S. 1) enthielt unter anderem eine umfassende Neuregelung des elterlichen Sorgerechts und sah dabei erstmalig in § 1626 a BGB eine gemeinsame Sorgetragung nicht miteinander verheirateter Eltern bei Abgabe übereinstimmender Sorgeerklärungen vor.

Zur Begründung wurde ausgeführt, nach Aufforderung durch das Bundesverfassungsgericht (vgl. BVerfGE 61, 358) zu einer Neuregelung gehe es nicht mehr um das Für und Wider der gemeinsamen Sorge, sondern um die Modalitäten der Ausgestaltung dieses Rechtsinstituts. Durch das Erfordernis der Sorgeerklärungen werde sichergestellt, dass die gemeinsame Sorge nicht gegen den Willen eines Elternteils eintreten könne. Nichteheliche Kinder würden nicht nur in intakten nichtehelichen Gemeinschaften geboren, sondern nach wie vor auch im Rahmen flüchtiger und instabiler Beziehungen. Eine gemeinsame Sorge gegen den Willen eines Elternteils würde hier die Gefahr in sich bergen, dass von vornherein Konflikte auf dem Rücken des Kindes ausgetragen würden. Die gemeinsame Sorge werde von keiner vorherigen gerichtlichen Prüfung abhängig gemacht, ob sie dem Wohl des Kindes nicht widerspreche, weil dies ein nicht gerechtfertigtes Misstrauen gegen die Mütter und Väter ausdrücken würde, die die elterliche Sorge teilen wollten (BTDrucks 13/4899, S. 58 f.).

Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens führte der für das Gesetz federführende Rechtsausschuss des Bundestages zusammen mit dem Ausschuss für Familie, Jugend und Senioren eine Sachverständigenanhörung durch. In seiner Beschlussempfehlung und seinem abschließenden Bericht nannte er als wichtiges Reformziel, die gemeinsame elterliche Sorge auch dann zu ermöglichen, wenn Eltern nicht miteinander verheiratet sind. Die gemeinsame elterliche Sorge sei zu fördern, wenn die Eltern sich dazu in der Lage sehen, weil diese Rahmenbedingung am besten dazu beitragen könne, dass das Kind Beziehungen zu beiden Eltern aufbauen und unterhalten kann. Damit die Begründung der gemeinsamen Sorge nicht aus Unkenntnis über diese Möglichkeit unterbleibe, werde empfohlen, dass das Jugendamt hierauf im Rahmen seiner Beratungs- und Unterstützungstätigkeit hinweist. Es hätten unterschiedliche Auffassungen darüber bestanden, ob eine gemeinsame Sorge auch gegen den Willen eines Elternteils möglich sein sollte, insbesondere wenn das Kind längere Zeit mit beiden Eltern zusammengelebt habe, gleichwohl aber die Herbeiführung der gemeinsamen Sorge unterblieben sei, weil die Mutter dies ohne weitere Begründung abgelehnt habe. Hier könne die Beibehaltung der alleinigen Sorge der Mutter problematisch erscheinen, wenn das Kind gleichermaßen Beziehungen zu beiden Eltern aufgebaut habe und keine Gründe vorlägen, die aus der Sicht des Kindes gegen eine gemeinsame Sorge sprächen. Der Ausschuss habe jedoch mehrheitlich der Erwägung Vorrang gegeben, dass die gegen den Willen eines Elternteils erzwungene Begründung der gemeinsamen Sorge für das Kind regelmäßig mit mehr Nachteilen als Vorteilen verbunden sein werde, weil sich der Streit der Eltern darüber auf Auseinandersetzungen über die Ausübung der Sorge verlagern werde. Diese würden letztlich dem Kind mehr schaden als nützen. Der Rechtsausschuss setze deshalb mehrheitlich auf die durch freiwillige Beratungs- und Hilfsangebote gestärkte Bereitschaft der Eltern, zum Wohle ihres Kindes zu kooperieren, statt auf erzwungene Gemeinsamkeit (BTDrucks 13/8511, S. 65 f.).

3. Der Regelungsvorschlag der Bundesregierung zur gemeinsamen Sorge nicht verheirateter Eltern in § 1626 a BGB blieb insoweit in der Sache unverändert und ist nach Verabschiedung im Bundestag und Zustimmung des Bundesrates mit dem Kindschaftsrechtsreformgesetz am 1. Juli 1998 in Kraft getreten.

Die Norm hat folgenden Wortlaut:

§ 1626 a BGB

(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 | 10 |
| 2. einander heiraten. | 11 |
| (2) Im Übrigen hat die Mutter die elterliche Sorge. | 12 |

Damit ist nicht miteinander verheirateten Eltern unabhängig davon, ob sie 13 zusammenleben, die Möglichkeit eröffnet, die elterliche Sorge gemeinsam zu tragen, wenn sie dies wollen und entsprechende Sorgeerklärungen abgeben, was auch schon vor der Geburt des Kindes geschehen kann (§ 1626 b Abs. 2 BGB). Erfolgen diese Sorgeerklärungen nicht, ist grundsätzlich die Mutter alleinige Sorgerechtsinhaberin für das nichteheliche Kind. Der Vater kann gegen den Willen der Mutter nur dann das Sorgerecht erhalten, wenn ihr die elterliche Sorge entzogen wird (§ 1680 Abs. 3 i.V.m. § 1666 BGB), sie tatsächlich verhindert ist (§ 1678 Abs. 2 BGB) oder stirbt (§§ 1680, 1681 BGB). Die elterliche Sorge kann der Mutter nach § 1666 BGB entzogen werden, wenn das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes durch Sorgerechtsmissbrauch, durch Vernachlässigung des Kindes, durch unverschuldetes Versagen der Mutter oder durch das Verhalten eines Dritten gefährdet ist und wenn darüber hinaus andere Maßnahmen erfolglos geblieben sind oder anzunehmen ist, dass sie zur Abwehr der Gefahr nicht ausreichen. Wird der Mutter die elterliche Sorge entzogen, wird sie dem Vater dann übertragen, wenn dies dem Wohl des Kindes dient (§ 1680 Abs. 2 und 3 BGB).

II.

1. Auch neuere sozialwissenschaftliche Untersuchungen bestätigen, dass die gemeinsame 14 elterliche Sorge grundsätzlich den Bedürfnissen des Kindes nach Beziehungen zu beiden Elternteilen entspricht und ihm verdeutlicht, dass beide Eltern gleichermaßen bereit sind, für das Kind Verantwortung zu tragen (vgl. Kardas/Langenmayr, Familien in Trennung und Scheidung, 1996, S. 14 ff. m.w.N.). So ist Proksch, der die Umsetzung der Kindschaftsrechtsreform untersucht hat, zu der Feststellung gelangt, dass die gemeinsame Sorge auch getrennt lebender Eltern geeigneter als die Alleinsorge ist, die Kommunikation und Kooperation der Eltern miteinander positiv zu beeinflussen, den Kontakt des betroffenen Kindes zu beiden Elternteilen aufrechtzuerhalten und die Beeinträchtigungen des Kindes durch die Trennung zu mindern (Proksch, Begleitforschung zur Umsetzung der Neuregelungen zur Reform des Kindschaftsrechts, im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, 1. Zwischenbericht, Teil 2, 2000, S. 153). Allerdings weisen Studien auch darauf hin, dass bei mangelnder Kooperationsbereitschaft und einem hohen Konfliktpotential zwischen den Eltern schwere Belastungen für das Kind entstehen können, sodass gegen eine gemeinsame Sorge erhebliche Bedenken anzumelden sind (siehe nur Furstenberg/Cherlin, Geteilte Familien, 1993, S. 112 ff.; Macobby/Mnookin, Die Schwierigkeiten der Sorgerechtsregelung, FamRZ 1995, S. 1 <11>). Nach Wallerstein/Lewis/Blakeslee (Scheidungsfolgen – Die Kinder tragen die Last. Eine Langzeitstudie über 25 Jahre, 2002, S. 228 f.) ist für das Wohl des Kindes im Falle der Trennung seiner Eltern nicht so sehr von Bedeutung, ob die Eltern das gemeinsame Sorgerecht haben oder einem allein die Sorge zusteht. Entscheidend seien vielmehr die Qualität der Eltern-Kind-Beziehung und die Kooperationsbereitschaft zwischen den Eltern.

2. Wie viele Kinder von der gesetzlichen Regelung über die gemeinsame Sorge nicht miteinander 15 verheirateter Eltern betroffen sind, kann nur annähernd mit Zahlen belegt werden. Im Jahre 2001 gab es in der Bundesrepublik 2,1 Mio. nichteheliche Lebensgemeinschaften, von denen 27,6 % mit Kindern unter 18 Jahren zusammenlebten. Dies betraf 821.000 Kinder. Demgegenüber lebten 2,12 Mio. Kinder mit nur einem Elternteil zusammen (Statistisches Bundesamt 2002, Leben und Arbeiten in Deutschland, Ergebnisse des Mikrozensus 2001, S. 22). Damit lebten 19,4 % aller 15,1 Mio. minderjährigen Kinder bei ihren unverheirateten Eltern beziehungsweise Elternteilen, während 12,16 Mio. Kinder, das heißt 80,5 %, mit ihren verheirateten Eltern zusammenlebten (Statistisches Bundesamt 2002, a.a.O., S. 29, 65). Allerdings ist bei diesen Zahlen zu berücksichtigen, dass nichtehelich geborene Kinder durch Heirat ehelich werden und ehelich geborene Kinder in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft eines Elternteils leben können. Nach der Studie von Vaskovics u.a. aus dem Jahre 1997 bestand zwischen Mutter und Vater eines nichtehelichen Kindes zum Zeitpunkt seiner Geburt in insgesamt 17 % der untersuchten Fälle (in den alten Bundesländern 22 %, in den neuen 12 %) keine Partnerschaft (Vaskovics u.a., Lebenslage nichtehelicher Kinder, 1997, S. 52). In den ersten sechs Monaten nach der Geburt wuchs der Anteil der Mütter, die zum Vater des Kindes keine Beziehung mehr hatten, auf 35 % in den neuen und auf die Hälfte in den alten Bundesländern an. In ungefähr 24 % der untersuchten Haushalte lebten schließlich die Kinder mit Mutter und Vater zusammen, in 51 % allein mit der Mutter und in 15 % mit der Mutter und einem Mann, der nicht der Vater des Kindes war, wobei 42 % der mit der Mutter zusammenlebenden Kinder Kontakt zum Vater hatten (Vaskovics u.a., a.a.O., S. 59, 107 f., 133).

III.

1. Der Antragsteller des Ausgangsverfahrens zu dem Verfahren 1 BvL 20/99 lebte von 1983 bis 16
1993 mit der Antragsgegnerin und ihren zwei Söhnen aus einer anderen Beziehung in
nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammen. Im Jahre 1990 wurde der gemeinsame Sohn
geboren, für den der Antragsteller die Vaterschaft anerkannte. 1993 trennten sich die Eltern. Das
Kind blieb zunächst auf Grund einer schriftlichen Vereinbarung beim Vater, der es acht Monate
versorgte, bis er das Kind auf Verlangen der Mutter herausgab. Während der folgenden Jahre kam
es zu häufigem Umgang und gemeinsamen Urlauben von Vater und Sohn. Während eines
Krankenhausaufenthalts der Mutter übergab diese das Kind in die Obhut des Vaters. 1997 verbot die
Mutter dann dem Vater jeglichen Umgang mit dem Kind. Durch Vermittlung des Jugendamtes konnte
jedoch eine Umgangsregelung getroffen werden.

Nachdem schon einmal ein Versuch, das gemeinsame Sorgerecht zusammen mit der Mutter zu 17
erhalten, gescheitert war, stellte der Vater nach In-Kraft-Treten des
Kindschaftsrechtsreformgesetzes Ende 1998 beim Familiengericht erneut einen entsprechenden
Antrag. Er wies darauf hin, dass er die gesetzliche Regelung für verfassungswidrig halte, nach der
er nur mit Einwilligung der Mutter gemeinsam mit ihr Sorge für sein Kind tragen könne. Er habe schon
immer für den weiteren Lebensweg seines Sohnes verantwortlich sein wollen. Die Mutter beantragte
die Zurückweisung des Antrags mit der Begründung, seit der Trennung sei eine normale
Kommunikation zwischen ihr und dem Vater nicht mehr möglich.

Nach Anhörung der Verfahrensbeteiligten hat das Familiengericht das Verfahren ausgesetzt und 18
dem Bundesverfassungsgericht die Frage zur Prüfung vorgelegt, ob es mit Art. 6 Abs. 2 und 5 GG
vereinbar ist, dass gemäß §§ 1626 a, 1672 BGB der Vater eines nichtehelichen Kindes, der mit der
Kindesmutter und dem Kind mehrere Jahre in einer familienähnlichen Lebensgemeinschaft
zusammengelebt hat, nach Trennung der Eltern ohne Rücksicht auf die konkreten Umstände des
Einzelfalls die gemeinsame Sorge für sein Kind nicht zugesprochen erhalten kann, solange die
Kindesmutter ihre Zustimmung hierzu verweigert (vgl. FamRZ 2000, S. 629).

Das Gericht hält die gesetzliche Regelung insoweit für verfassungswidrig, als sie das Elternrecht 19
des Vaters ausnahmslos zur Disposition der Mutter stelle. Dies sei jedenfalls dann ein nicht
gerechtfertigter Eingriff in das Recht des Vaters aus Art. 6 Abs. 2 GG, wenn dieser längere Zeit
faktisch eine Elternstellung eingenommen und auch später die Beziehung zu seinem Kind
aufrechterhalten habe. Die gesetzliche Regelung verstoße gegen den
Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, da dem Umstand, dass nichteheliche Kinder häufig in labile
Beziehungen hineingeboren werden, sorgerechtlich mit einem weniger eingreifenden Mittel begegnet
werden könne. So könne die generelle Sorgerechtszuweisung an die Mutter mit einer am Kindeswohl
orientierten Möglichkeit der Ersetzung ihrer Zustimmung zur gemeinsamen elterlichen Sorge
verbunden werden.

Außerdem verstoße die Regelung gegen Art. 6 Abs. 5 GG. Werde ohne Rücksicht auf die 20
Umstände des Einzelfalls dem Wunsch der Mutter eines nichtehelichen Kindes auf Alleinsorge
einseitig der Vorrang eingeräumt, liege darin eine nicht gerechtfertigte Schlechterstellung des
nichtehelichen Kindes, dem anders als einem ehelichen Kind die rechtliche Anerkennung beider
Elternteile vorenthalten werde. Bei gleich guter Beziehung zwischen Vater und Kind gebe es keinen
sachlichen Grund, die Rechtsbeziehungen zwischen diesen je nachdem unterschiedlich zu gestalten,
ob das Kind ehelich oder nichtehelich sei. Im vorliegenden Fall würde das Gericht ohne das
gesetzliche Zustimmungserfordernis der Mutter dieser gemeinsam mit dem Vater die elterliche Sorge
zusprechen, weil dies dem Wohl des Kindes diene, wie die Anhörung der Beteiligten ergeben habe.

2. Der Beschwerdeführer zu 1 des Verfahrens 1 BvR 933/01 lebte ebenfalls mit der Mutter seines 21
1993 geborenen Sohnes längere Zeit in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammen. Nach
Trennung und Auszug der Mutter mit dem Kind aus der gemeinsamen Wohnung im Jahre 1996
vereinbarten die Eltern ein umfangreiches Umgangsrecht des Beschwerdeführers zu 1, das ihm
ermöglicht, das Kind halbwöchentlich bei sich zu haben. Außerdem kamen sie überein, für das Kind
relevante Fragen soweit möglich nach Absprache zu regeln. Einer Aufforderung des
Beschwerdeführers zu 1 zur Abgabe einer Sorgeerklärung kam die Mutter indes nicht nach.

Den 1999 nach In-Kraft-Treten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes gestellten Antrag des 22
Beschwerdeführers zu 1, ihm zusammen mit der Mutter die gemeinsame elterliche Sorge
vollständig, hilfsweise teilweise zu übertragen, lehnte das Amtsgericht ab. Die dagegen erhobene
Beschwerde wies das Oberlandesgericht nach Anhörung der Verfahrensbeteiligten zurück und ließ
die weitere Beschwerde zu (vgl. FamRZ 2000, S. 632). Das Gesetz sehe für den nichtehelichen Vater
keinen Anspruch auf Sorgerechtsteilhabe vor, wenn die Mutter eine Sorgerechtsklärung nicht
abgebe. Die Regelung sei eindeutig und einer verfassungskonformen Auslegung nicht zugänglich.
Dem Beschwerdeführer zu 1 sei zuzugeben, dass der Ausschluss des Vaters eines nichtehelichen
Kindes von der elterlichen Sorge bei Nichtabgabe einer Sorgeerklärung durch die Mutter gegen sein
Recht auf Pflege und Erziehung des Kindes verstoßen könne, wenn keine billigen Motive für

das Verhalten der Mutter ersichtlich seien. Diese Voraussetzungen lägen jedoch nicht vor, weshalb der Ausschluss des Beschwerdeführers zu 1 vom gemeinsamen Sorgerecht nicht gegen seine Grundrechte verstoße. Obwohl die Eltern keine grundlegenden Schwierigkeiten bei der von ihnen gewählten Betreuung des Kindes sähen, könne weder von einer Kooperationsbereitschaft in erforderlichem Umfang noch davon ausgegangen werden, dass eine gemeinsame Sorge ohne negative Auswirkungen auf das Kind bliebe, die sich bereits zeigten, denn das Kind spiele die Eltern in ungewöhnlichem Maße gegeneinander aus. Damit lägen die Voraussetzungen für ein gemeinsames Sorgerecht schon einfachrechtlich nicht vor, selbst wenn man von einer entsprechenden gesetzlichen Regelung ausgehe.

Die dagegen eingelegte weitere Beschwerde wies der Bundesgerichtshof zurück (vgl. FamRZ 23 2001, S. 907). Er hält § 1626 a BGB für verfassungsgemäß. Aus dem Elternrecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes aus Art. 6 Abs. 2 GG folge nicht, dass der Gesetzgeber beiden Elternteilen gleiche Rechte und Pflichten einräumen müsse. Er könne vielmehr nach den unterschiedlichen tatsächlichen Verhältnissen differenzieren, wie dies in § 1626 a BGB in einer Weise geschehen sei, die kein grundlegend unzutreffendes Verständnis von Art. 6 Abs. 2 GG erkennen lasse.

Die Unterschiede im Sorgerecht für das eheliche und das nichteheliche Kind seien sachlich 24 begründet. Bei nicht verheirateten Eltern könne anders als bei verheirateten, die dies durch die Eheschließung dokumentiert hätten, nicht vom gemeinsamen Willen ausgegangen werden, zusammen die Verantwortung für das Kind zu tragen. Es sei insofern sachgerecht und verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, die gemeinsame Sorgetragung an die Abgabe entsprechender übereinstimmender Erklärungen der Eltern zu binden. Fehlten solche Erklärungen, sei es ebenfalls sachgerecht, der Mutter zur Klarstellung der rechtlichen Verhältnisse des Kindes und wegen ihrer mit der Geburt naturgegebenen Hauptverantwortung für das Kind die Alleinsorge zuzuweisen. Bedenken dagegen, dass sie zur gemeinsamen Sorge nicht gezwungen werden und nur unter den engen Voraussetzungen des § 1666 BGB ihr Sorgerecht verlieren könne, führten nicht zur Verfassungswidrigkeit des § 1626 a BGB. Ihnen sei bei der Anwendung von § 1666 BGB Rechnung zu tragen. In verfassungskonformer Auslegung dieser Vorschrift sei in die Prüfung, ob eine missbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge durch die Mutter vorliege, auch einzubeziehen, ob und inwieweit die Mutter das Elternrecht des Vaters angemessen zur Geltung bringe. Im Übrigen sei der Wille des Gesetzgebers zu respektieren, das Mutter-Kind-Verhältnis vor Beeinträchtigungen zu bewahren, die aus einem jederzeit möglichen Sorgerechtsübergang auf den Vater herrühren könnten.

Aus den angeführten Gründen liege auch kein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 5 GG vor. Im zugrunde 25 liegenden Fall bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass das Wohl des Kindes durch das Verhalten der Mutter gefährdet würde. Schließlich verstoße die gesetzliche Regelung nicht gegen Art. 3 Abs. 2 GG. Schwangerschaft und Geburt vermittelten eine enge Mutter-Kind-Beziehung, die eine Zuordnung des Kindes zur Mutter sachlich rechtfertige.

Hiergegen richtet sich die vom Beschwerdeführer zu 1 auch im Namen seines Sohnes, des 26 Beschwerdeführers zu 2, erhobene Verfassungsbeschwerde, mit der er eine Verletzung von Art. 1, Art. 2, Art. 3, Art. 6 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 3 GG rügt. Er hält § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 BGB für verfassungswidrig, soweit diese Regelung die Begründung der gemeinsamen Sorge allein von der Zustimmung der Mutter abhängig mache. Verfassungsrechtlich geboten sei vielmehr der automatische Eintritt der gemeinsamen elterlichen Sorge ab Feststehen der Vaterschaft. Zumindest müsse die Anordnung einer gemeinsamen elterlichen Sorge gegen den Willen der Mutter möglich sein, wenn dies im Einzelfall die beste Sorgerechtsregelung für das Kind sei, worauf auch das Kind einen verfassungsrechtlichen Anspruch habe. § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB sei auch insoweit verfassungswidrig, als er keine gemeinsame elterliche Sorge zumindest für Teilbereiche ermögliche. In seinem Fall sei die gemeinsame elterliche Sorge die beste Sorgerechtsalternative für das Kind. Zwischen ihm und der Mutter bestehe das gebotene Mindestmaß an Übereinstimmung. So werde das hälftige Umgangsrecht zwischen ihnen ohne Probleme durchgeführt. Ohne billigenwerte Motive lehne die Mutter das gemeinsame Sorgerecht ab. Zu Unrecht habe das Oberlandesgericht festgestellt, ein gemeinsames Sorgerecht würde sich negativ auf das Kind auswirken. Es habe auch nicht die eventuellen negativen Auswirkungen mit den Vorteilen eines gemeinsamen Sorgerechts abgewogen. Schließlich sei zu beanstanden, dass kein Sachverständigengutachten zu den Auswirkungen des elterlichen Verhaltens auf das Kind eingeholt und das Kind nicht angehört worden sei.

IV.

Von der in den Verfahren eingeräumten Möglichkeit zur Stellungnahme haben das 27 Bundesministerium der Justiz namens der Bundesregierung, der Bundesgerichtshof, die Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht, der Deutsche Juristinnenbund, der Deutsche Kinderschutzbund, der Verband alleinerziehender Mütter und Väter, der Verein Väter für Kinder sowie der Antragsteller des Ausgangsverfahrens zum Normenkontrollverfahren Gebrauch gemacht und ihre

Auffassungen nochmals in der mündlichen Verhandlung vorgetragen. Auch das Deutsche Institut für Jugendhilfe und Familienrecht und die Antragsgegnerin des Ausgangsverfahrens zum Verfassungsbeschwerdeverfahren haben sich in der mündlichen Verhandlung geäußert.

1. Das Bundesministerium der Justiz vertritt die Auffassung, § 1626 a BGB sei mit dem 28 Grundgesetz vereinbar. Eine gemeinsame elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern sei sinnvoll, wenn diese sie wollten und damit auch im Interesse des Kindes ausüben könnten. Eine gegen den Willen eines Elternteils durchgesetzte gemeinsame Sorgetragung führe zu Konflikten zwischen den Eltern und brächte damit mehr Nachteile als Vorteile für das Kind. Die Bundesregierung werde aber auch weiterhin beobachten, wie sich die neue Sorgerechtsregelung für nicht miteinander verheiratete Eltern tatsächlich auswirke. Auch unter Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in den anderen europäischen Ländern werde sie gegebenenfalls überprüfen, ob eine Rechtsangleichung und Fortentwicklung des elterlichen Sorgerechts angezeigt ist.

2. Der Bundesgerichtshof hat sich in seiner Stellungnahme zum Normenkontrollverfahren auf den 29 Beschluss bezogen, der Gegenstand des Verfassungsbeschwerdeverfahrens ist.

3. Die Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht ist der Auffassung, die 30 Grundentscheidung des Gesetzgebers, den nicht miteinander verheirateten Eltern im Unterschied zu Eheleuten nicht ab der Geburt des Kindes kraft Gesetzes die gemeinsame elterliche Sorge zuzuweisen, sei verfassungsrechtlich unbedenklich. § 1626 a BGB verstoße aber gegen Art. 6 Abs. 2 und 5 GG, soweit er keine Ausnahmeregelung bei Zustimmungsverweigerung der Mutter zulasse. In den der Richtervorlage und der Verfassungsbeschwerde zugrunde liegenden Fällen sei während des Zusammenlebens der Eltern mit dem Kind ein persönliches Verhältnis zwischen dem Kind und seinem Vater entstanden. Während dieser Zeit hätten die Eltern faktisch die gemeinsame Verantwortung für das Kind wahrgenommen. Der Kontakt zwischen dem Kind und seinem Vater sei auch nach der Trennung nie abgebrochen. Für solche Fälle müsse gesetzlich die Möglichkeit vorgesehen werden, die gemeinsame Sorge gegen den Willen der Mutter zu begründen. Eine Regelung, die den Konflikt zwischen den Eltern ausschließlich zu Gunsten der Mutter löse, verletze nicht nur das Elternrecht des Vaters, sondern auch das Recht des Kindes auf Sorge und Erziehung durch beide Eltern.

4. Der Deutsche Juristinnenbund sieht das Elternrecht des nicht mit der Mutter verheirateten 31 Vaters aus Art. 6 Abs. 2 GG nicht schon dadurch verletzt, dass der Gesetzgeber diesem nicht mit der Geburt des Kindes die Möglichkeit eingeräumt hat, an Stelle oder neben der Mutter die elterliche Sorge zu erhalten. Es sei sachgerecht und liege im Interesse des nichtehelichen Kindes, wenn die elterliche Sorge zunächst der Mutter zugeordnet sei. Der Schutz kindlicher Interessen fordere jedoch nicht, die alleinige Zuordnung des Kindes zur Mutter auch dann aufrechtzuerhalten, wenn die Eltern mit dem Kind zusammenleben und gemeinsam die elterliche Verantwortung ausüben oder wenn sie sich nach längerem Zusammenleben trennen. Als Instrumentarium zur Lösung elterlicher Konflikte dürfe nicht allein die starre Regelung alleiniger Sorgerechtszuweisung an die Mutter zur Verfügung stehen. Vielmehr müsse dem Vater im Einzelfall die Möglichkeit eröffnet werden, das gemeinsame Sorgerecht mit der Mutter zu erlangen. Es sei nicht auszuschließen, dass die Mutter bei Trennung ihr Alleinbestimmungsrecht nicht im Kindesinteresse, sondern vorrangig in Reaktion auf den Beziehungskonflikt mit dem Vater ausübe, um diesen von der vormals gelebten elterlichen Verantwortung endgültig auszuschließen. Dies könne im Einzelfall den Kinderinteressen zuwiderlaufen.

Auch Art. 6 Abs. 5 GG fordere die Möglichkeit, eine gemeinsame elterliche Sorge zu begründen, 32 wenn es dem Wohl des nichtehelichen Kindes diene. Entgegen der Auffassung des Bundesgerichtshofs biete § 1666 BGB keine Lösung für derartige Fälle. Die Weigerung der Mutter, eine Sorgerechterklärung abzugeben, stelle keine solche Gefährdung des Kindeswohls dar, dass ihr deshalb das Sorgerecht entzogen werden könne. § 1666 BGB biete mit seinen Anforderungen an eine Kindeswohlgefährdung auch keinen Maßstab für eine sorgerechtliche Entscheidung bei miteinander streitenden Eltern, sondern sei auf die Legitimation eines staatlichen Eingriffs in das Elternrecht zugeschnitten.

5. Auch der Deutsche Kinderschutzbund sieht hinsichtlich § 1626 a BGB einen Korrekturbedarf. 33 Es sei mit dem Gedanken der gemeinsamen elterlichen Verantwortung nicht vereinbar, eine Beteiligung des Vaters nur über den Entzug des Sorgerechts der Mutter erreichen zu können. § 1626 a Abs. 1 BGB stelle nicht auf die Situation des Kindes, sondern auf die Willensentscheidung der Mutter ab. Das Wohl des Kindes sei aber ausschlaggebend für die Begründung, Entziehung oder Ausübung der elterlichen Verantwortung. Für Fälle wie die vorliegenden müsse der Gesetzgeber dafür sorgen, dass gerichtlich überprüft werden kann, ob eine gemeinsame Sorge der Eltern dem Kindeswohl dienlich sei.

6. Demgegenüber vertritt der Verband alleinerziehender Mütter und Väter die Ansicht, es sei 34 verfehlt, einen gesetzlichen Spielraum zu eröffnen, der Müttern ihre Sorgerechtsposition

einschränke, wenn sie eine gemeinsame Sorge ablehnten. Wenn Eltern nicht gewillt und in der Lage seien, gemeinsam über die Angelegenheiten des Kindes zu entscheiden, fehle die Basis für eine gemeinsame elterliche Sorge.

7. Der Verein Väter für Kinder weist darauf hin, Frauen lehnten vielfach die Abgabe von 35 Sorgeerklärungen ab, um bei späterer Trennung vom Vater des Kindes keine sorgerechtlichen Nachteile zu erleiden. Es gebe auch Fälle, in denen es für das Kind die beste Lösung sei, wenn es ausschließlich der Mutter zugeordnet werde. Die Rigorosität der gegenwärtigen Regelung verstoße jedoch gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip, denn die Hürde des § 1666 BGB für einen Sorgerechtswechsel sei zu hoch. In den zur Entscheidung anstehenden Fällen verletze die Verweigerung der Sorgeerklärung durch die Mutter sowohl die Rechte des betroffenen Kindes als auch die des Vaters. Im Übrigen werde die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes durchaus auch durch die Erfahrung gefördert, wie sich Mutter und Vater in wichtigen Fragen streitig auseinander setzen, um schließlich eine Einigung zu finden. Diese Erfahrung vermittele nicht nur Lebensrealität, sondern lege auch den Grundstein für eine spätere eigene Konfliktfähigkeit. Die gesetzliche Regelung verstoße auch gegen Art. 6 Abs. 5 GG, da jedes Kind ein Recht auf eine gelebte Beziehung zu beiden Eltern habe.

8. Das Deutsche Institut für Jugendhilfe und Familienrecht hält es zur Wahrung der Grundrechte 36 von Mutter und Kind für gerechtfertigt, dass der Gesetzgeber zunächst der Mutter die Alleinsorge für ihr Kind und die Möglichkeit eingeräumt hat, diejenigen Väter über die Sorgeerklärung in die Mitverantwortung für das gemeinsame Kind zu nehmen, die zu deren Übernahme bereit sind. Ein Automatismus, dass der Vater eines nichtehelichen Kindes mit dessen Geburt oder nach Vaterschaftsfeststellung immer das Mitsorgerecht erhält, sei grundrechtlich nicht gefordert. Allerdings stehe der familienrechtlichen Lösung in § 1626 a BGB im Falle einer Trennung der Eltern eines nichtehelichen Kindes nach längerem Zusammenleben mit diesem die verfassungsrechtliche Wertung entgegen, dass weder dem Elternrecht der Mutter noch dem des Vaters ein Vorrang eingeräumt werden könne. Hier müsse das Kindeswohl durch Prüfung der Umstände des Einzelfalls Maßstab bei der Zuweisung des Sorgerechts sein. Dem widerspreche die gesetzliche Regelung, die insoweit verfassungswidrig sei.

9. Der Antragsteller des Ausgangsverfahrens zum Normenkontrollverfahren meint, werde der 37 Vater eines nichtehelichen Kindes schon kraft Gesetzes an der elterlichen Sorge beteiligt, könne ein Streit der Eltern darüber gar nicht erst entstehen. Es verstoße gegen Verfassungsgrundsätze, dass ein Ehemann auch dann an der gemeinsamen elterlichen Sorge für sein Kind beteiligt werde, wenn er sich schon vor der Geburt des Kindes von der Mutter trenne und daher für das Kind tatsächlich keine Bedeutung gewinne, dass aber umgekehrt der Vater eines nichtehelichen Kindes auch dann nicht an der elterlichen Sorge beteiligt werde, wenn er lange Jahre mit der Mutter zusammengelebt und für das Kind Verantwortung getragen habe, wie das bei ihm der Fall gewesen sei. Ihm müssten zumindest Klagemöglichkeiten eingeräumt werden, um überprüfen zu können, ob ein gemeinsames Sorgerecht dem Kindeswohl entspricht.

10. Die Antragsgegnerin des Ausgangsverfahrens zum Verfassungsbeschwerdeverfahren hat 38 darauf hingewiesen, dass der Umgang ihres Kindes mit seinem Vater umfassend und einvernehmlich mit diesem geregelt sei. Die Sicherheit, die ihr die gesetzliche Sorgerechtsregelung gebe, habe zu diesem Einvernehmen maßgeblich beigetragen.

B.

I.

Der Vorlagebeschluss ist zulässig. Er genügt hinsichtlich der Frage nach der 39 Verfassungsmäßigkeit von § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 BGB den Anforderungen von Art. 100 Abs. 1 GG in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG. Das vorlegende Gericht hat in Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Literatur hinreichend seine Auffassung dargelegt, dass die gesetzliche Regelung jedenfalls unter den tatsächlichen Voraussetzungen des zu entscheidenden Falles nach seiner Auffassung nicht mit Art. 6 Abs. 2 und 5 GG vereinbar ist. Darüber hinaus hat es dargelegt, dass es unter Berücksichtigung des Kindeswohls, der Eltern-Kind-Beziehung und des Verhältnisses der Eltern zueinander im Ausgangsfall dem Antrag des Antragstellers auf Zuweisung der gemeinsamen Sorge an beide Eltern stattgeben würde, wenn die gesetzliche Regelung dies nicht ausschliesse.

Allerdings ist der ebenfalls zur Prüfung gestellte § 1672 BGB für die Entscheidung des zugrunde 40 liegenden Falles nicht einschlägig. Absatz 1 dieser Norm eröffnet dem Vater die Möglichkeit, bei Trennung von der Mutter deren Alleinsorge auf ihn wechseln zu lassen, was der Antragsteller nicht anstrebt. Für eine Zuweisung der gemeinsamen Sorge nach § 1672 Abs. 2 BGB fehlt es an einem vorausgegangenem Sorgewechsel von der Mutter auf den Vater. Hält man wie das vorlegende Gericht die ausnahmslose Bindung eines Zugangs des Vaters zur gemeinsamen Sorge an die

Zustimmung der Mutter für verfassungswidrig, dann ist allein § 1626 a BGB in seinen beiden Absätzen betroffen: Absatz 2, der ohne übereinstimmende Sorgeerklärungen die elterliche Sorge für das nichteheliche Kind allein der Mutter zuweist, und Absatz 1 Nr. 1, der die gemeinsame Sorge bei nichtehelichen Kindern nur unter der Voraussetzung entstehen lässt, dass beide Eltern dies, ohne einander zu heiraten, wollen und in entsprechenden Sorgeerklärungen zum Ausdruck bringen, unabhängig davon, ob sie zusammen oder (inzwischen) getrennt leben.

II.

1. Die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers zu 1 mit der er die Unvereinbarkeit von § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 BGB und der auf dieser Regelung beruhenden fachgerichtlichen Entscheidungen mit Art. 6 Abs. 2 und 5 GG sowie Art. 3 Abs. 1 GG rügt, ist zulässig. Die weiteren Rügen sind dagegen wegen mangelnder Substantiierung unzulässig.

Der Beschwerdeführer zu 1 hat nicht ausreichend dargelegt, dass die Mutter seines nichtehelichen Kindes zur Abgabe einer teilweisen Sorgeerklärung, die § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht zulässt, bereit wäre. Anhaltspunkte dafür sind nicht ersichtlich. Vielmehr wendet sich die Mutter grundsätzlich gegen die mit einer Sorgeerklärung verbundenen Rechtsfolgen. Unterbleibt eine Kindesanhörung, könnte dies zwar auch eine Verletzung des Elternrechts begründen (vgl. BVerfGE 99, 145 <163 f.>). Hier sind die Gerichte aber von der Verfassungsmäßigkeit des § 1626 a BGB ausgegangen, der eine gemeinsame Sorge gegen den Willen eines Elternteils für nichteheliche Kinder ausnahmslos nicht eintreten lässt. Unter Zugrundelegung dieser Rechtsauffassung kommt es auf den geäußerten Willen des Kindes ebenso wie auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu den Auswirkungen des elterlichen Verhaltens auf das Kind nicht an.

2. Die vom Beschwerdeführer zu 1 im Namen seines Sohnes, des Beschwerdeführers zu 2, erhobene Verfassungsbeschwerde ist unzulässig. Der Beschwerdeführer zu 1 kann seinen Sohn bei der Erhebung der Verfassungsbeschwerde nicht wirksam vertreten.

Da der Beschwerdeführer zu 1 die elterliche Sorge für seinen Sohn, die die Vertretung des Kindes umfasst (§ 1629 Abs. 1 Satz 1 BGB), nicht besitzt, sondern sie im gerichtlichen Verfahren als gemeinsame Sorge mit der Mutter erst zu erlangen versucht, ist er zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde für sein Kind nicht berechtigt. Auch ein möglicher Konflikt zwischen dem Interesse der sorgeberechtigten Mutter am Bestand der fachgerichtlichen Entscheidungen und einem Interesse des Kindes, diese Entscheidungen mit der Verfassungsbeschwerde anzugreifen, berechtigt den Beschwerdeführer zu 1 nicht, sein Kind im Verfassungsbeschwerdeverfahren zu vertreten. Zur Wahrung der Interessen des Kindes im Konflikt mit den widerstreitenden Interessen seiner Eltern kann für ihn vielmehr schon im fachgerichtlichen Verfahren nach § 50 FGG ein Verfahrenspfleger als eigenständige Interessenvertretung bestellt werden. Einen entsprechenden Antrag hat der Beschwerdeführer zu 1 vor den Fachgerichten nicht gestellt, sodass sein Vorbringen, nur er könne die Interessen seines Sohnes angemessen wahrnehmen, schon aus Gründen der Subsidiarität zurückzuweisen ist. Schließlich hat es der Beschwerdeführer zu 1 auch unterlassen, darauf hinzuwirken, dass seinem Kind zum Zwecke der Erhebung der Verfassungsbeschwerde gemäß § 1909 Abs. 1 BGB ein Ergänzungspfleger bestellt wurde (vgl. BVerfGE 72, 122 <135>; 75, 201 <214 f.>; 99, 145 <155>), und keine Tatsachen vorgetragen, die einen konkreten Interessenkonflikt zwischen der sorgeberechtigten Mutter und dem Kind erkennen ließen. Damit gab es keinen Grund, von Amts wegen die Bestellung eines Ergänzungspflegers zu veranlassen.

C.

§ 1626 a BGB ist mit Art. 6 Abs. 2 und 5 GG insoweit nicht vereinbar, als eine Übergangsregelung fehlt, die eine gerichtliche Einzelfallprüfung, ob das Wohl des Kindes einer gemeinsamen elterlichen Sorge der nicht miteinander verheirateten Eltern entgegensteht, für die Fälle vorsieht, in denen die Eltern mit dem Kind zusammengelebt, sich aber noch vor In-Kraft-Treten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes am 1. Juli 1998 getrennt haben. Im Übrigen sind derzeit keine Gründe für eine Unvereinbarkeit des Regelungskonzeptes von § 1626 a BGB zur gemeinsamen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern mit dem Grundgesetz erkennbar.

I.

1. Es verstößt auch weiterhin nicht gegen das Elternrecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes aus Art. 6 Abs. 2 GG, dass ein Kind nach § 1626 a Abs. 2 BGB zunächst rechtlich allein der Mutter zugeordnet und grundsätzlich ihr die Personensorge übertragen ist (vgl. BVerfGE 56, 363 <389 f.>; 84, 168 <181>).

a) Träger des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG sind auch die Mutter und der Vater eines nichtehelichen Kindes (vgl. BVerfGE 24, 119 <135>; 92, 158 <177 f.>). Die Einbeziehung aller Eltern in den Schutzbereich dieser Grundrechtsnorm bedeutet jedoch nicht, dass allen Müttern und

Vätern die gleichen Rechte im Verhältnis zu ihrem Kind eingeräumt werden müssen. Das Elternrecht bedarf der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber. Die gemeinsame Ausübung der Elternverantwortung setzt eine tragfähige soziale Beziehung zwischen den Eltern voraus, erfordert ein Mindestmaß an Übereinstimmung zwischen ihnen und hat sich am Kindeswohl auszurichten. Fehlen die Voraussetzungen für eine gemeinsame Wahrnehmung der Elternverantwortung, darf der Gesetzgeber einem Elternteil die Hauptverantwortung für das Kind zuordnen (vgl. BVerfGE 92, 158 <178 f.>).

b) Anders als bei Eltern ehelicher Kinder, die sich mit dem Eheschluss rechtlich dazu verpflichtet 48 füreinander und für ein gemeinsames Kind Verantwortung zu tragen, kann der Gesetzgeber bei nicht miteinander verheirateten Eltern eines Kindes auch heutzutage nicht generell davon ausgehen, dass diese in häuslicher Gemeinschaft leben und gemeinsam für das Kind Verantwortung übernehmen wollen und können.

aa) Zwar hat die Zahl nichtehelicher Lebensgemeinschaften in den letzten Jahrzehnten stetig 49 zugenommen. Gab es im Jahre 1972 lediglich 137.000 solcher Gemeinschaften, waren es im Jahre 2001 2,1 Mio. Paare, die nichtehelich zusammenlebten, davon in 27,6 % der Fälle auch zusammen mit Kindern (vgl. Statistisches Bundesamt 2002, a.a.O., S. 22). Ebenso ist die Zahl nichtehelich geborener Kinder bei gleichzeitigem Sinken der Geburtenzahlen weiter angestiegen (vgl. Statistisches Bundesamt, Geburten 1946 bis 2000, D/W/O Tabelle 1.1 und 1.2 – Stand 10. Oktober 2001 -). Allerdings lebten im Jahre 2001 von den insgesamt 15,1 Mio. minderjährigen Kindern nur 5,4 %, also 821.000 Kinder, mit ihren in Lebensgemeinschaft verbundenen Eltern zusammen (vgl. Statistisches Bundesamt 2002, a.a.O., S. 29, 65). Nach der Studie von Vaskovics u.a. aus dem Jahre 1997 zu den Lebenslagen nichtehelicher Kinder lebten in ungefähr 24 % der untersuchten Fälle die Kinder nach der Geburt mit Vater und Mutter zusammen (vgl. Vaskovics u.a., a.a.O., S. 107 f.). Diese Zahlen lassen nicht darauf schließen, dass nichteheliche Kinder inzwischen in der überwiegenden Zahl der Fälle in eine häusliche Gemeinschaft von Mutter und Vater hineingeboren werden.

bb) Auch für die Annahme, dass der Vater eines nichtehelichen Kindes bei dessen Geburt 50 zusammen mit der Mutter in der Regel die Verantwortung für das Kind tragen will, fehlen hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte. So war bei der Geburt des nichtehelichen Kindes in der weit überwiegenden Zahl der von Vaskovics untersuchten Fälle noch nicht geklärt, wer der Vater des Kindes war. Über 80 % der Väter erkannten ihre Vaterschaft zwar freiwillig an. Dies erfolgte jedoch in zwei Dritteln der Fälle erst nach der Geburt des Kindes (vgl. Vaskovics u.a., a.a.O., S. 160 f.).

Die Zahlen belegen, dass auch heute nichteheliche Kinder in eine Vielzahl familiärer 51 Konstellationen hineingeboren werden. Es gibt Situationen, in denen der Vater nicht feststellbar ist oder nicht feststeht, in denen er mit dem Kind über die Unterhaltszahlung hinaus nichts zu tun haben will oder zwar mit dem Kind, aber nicht mit der Mutter Verbindung halten möchte, bis hin zu solchen, in denen der Vater im Einvernehmen oder im Zusammenleben mit der Mutter gemeinsam mit ihr Sorge für das Kind tragen möchte.

c) Das Kindeswohl verlangt, dass das Kind ab seiner Geburt eine Person hat, die für das Kind 52 rechtsverbindlich handeln kann. Angesichts der Unterschiedlichkeit der Lebensverhältnisse, in die nichteheliche Kinder hineingeboren werden, ist es gerechtfertigt, das Kind bei seiner Geburt sorgerechtlich grundsätzlich der Mutter und nicht dem Vater oder beiden Elternteilen gemeinsam zuzuordnen.

Zwischen Mutter und Kind entwickelt sich schon während der Schwangerschaft neben der 53 biologischen Verbundenheit eine Beziehung, die sich nach der Geburt fortsetzt. Auch wenn dem Vater für die Entwicklung des Kindes eine erhebliche Bedeutung zukommt, muss er doch nach der Geburt des Kindes – sofern er dies will – eine Beziehung zum Kind erst aufbauen, die zwischen Mutter und Kind von vornherein schon besteht. Während diese sich bereits im Verlaufe der Schwangerschaft damit auseinander setzen muss, dass sie demnächst für das geborene Kind Verantwortung trägt, und regelmäßig ihre Bereitschaft dazu durch die Schwangerschaft zum Ausdruck gebracht hat, steht die Entscheidung des Vaters, wie er sich zu seinem Kind verhalten will, in vielen Fällen bei dessen Geburt noch nicht fest. Die Mutter ist die einzige sichere Bezugsperson, die das Kind bei seiner Geburt vorfindet. Wenn sie zur alleinigen Sorgerechtsinhaberin gemacht wird, stellt dies daher sicher, dass für das Kind vom ersten Lebenstag an tatsächlich und rechtlich Verantwortung getragen werden kann.

d) Die grundsätzliche Zuweisung des Sorgerechts an die Mutter des nichtehelichen Kindes nach 54 § 1626 a Abs. 2 BGB ist auch deshalb verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, weil der Gesetzgeber mit § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB denjenigen Eltern, die für ihr nichteheliches Kind gemeinsam Sorge tragen wollen, inzwischen die Möglichkeit eingeräumt hat, durch übereinstimmende Sorgeerklärungen schon bei der Geburt des Kindes auch rechtlich gemeinsam die Sorge zu tragen.

Dass der Gesetzgeber dabei den erklärten übereinstimmenden Willen der Eltern als 55

hinreichendes Fundament einer Eltern-Kind-Beziehung angesehen hat, auf dem eine gemeinsame Sorge gegründet werden kann, und nicht ein Zusammenleben der Eltern als Tatbestandsvoraussetzung für die gemeinsame Sorge hat ausreichen lassen, findet seinen rechtfertigenden Grund ebenfalls in der Notwendigkeit, für das Kind ab dem Zeitpunkt seiner Geburt eine klare und sichere Verantwortlichkeit zu schaffen. Bei übereinstimmender Willenserklärung der Eltern gibt es nicht nur einen Anhaltspunkt dafür, dass die Sorge für das Kind von den Eltern gemeinsam getragen werden kann, es bedarf auch keiner Klärung darüber, ob sie dazu gleichermaßen bereit sind. Bei Anknüpfung der gemeinsamen Sorge an ein Zusammenleben der Eltern wäre hingegen zunächst zu prüfen, ob die Eltern des nichtehelichen Kindes bei seiner Geburt tatsächlich zusammenleben und dieses Zusammenleben eine tragfähige, auf Dauer angelegte Basis für eine gemeinsame Sorge bieten kann. Eine solche Zukunftsprognose lässt sich aber allein aus dem Zusammenleben zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes ohne einen entsprechenden ausdrücklichen Willen der Eltern noch nicht treffen. Dies bestätigt auch die Studie von Vaskovics, nach der vor der Geburt des nichtehelichen Kindes nur insgesamt 17 % der Mütter keine Beziehung (mehr) zum Vater des Kindes hatten, während diese Zahl in den ersten sechs Monaten nach der Geburt auf etwa 50 % in den alten und 35 % in den neuen Bundesländern angestiegen war (vgl. Vaskovics u.a., a.a.O., S. 52, 59). Deshalb bestünde die Gefahr, dass die Tatbestandsvoraussetzungen für eine gemeinsame Sorge zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes noch nicht abschließend geklärt werden können, insbesondere wenn die Eltern hierzu unterschiedliche Auffassungen vertreten. Dies aber ginge zu Lasten des Kindes, das bei seiner Geburt keine eindeutige rechtliche Sorgezuordnung erfahren würde.

Auch den Eintritt einer gemeinsamen Sorgetragung an das Vaterschaftsanerkennnis zu knüpfen, 56 machte es nicht entbehrlich, zunächst der Mutter die Alleinsorge für das nichteheliche Kind zuzuweisen. Denn angesichts des Umstandes, dass nur für ein Drittel der nichtehelichen Kinder bei deren Geburt die Vaterschaft anerkannt ist, sichert allein die Regelung des § 1626 a Abs. 2 BGB dem Kind zu diesem Zeitpunkt einen feststehenden Sorgerechtsträger.

2. Auch § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB verstößt nicht gegen Art. 6 Abs. 2 GG. 57

a) Die mit dem Kindschaftsrechtsreformgesetz durch § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB den Eltern 58 eines nichtehelichen Kindes eröffnete Möglichkeit, rechtlich gemeinsam Sorge für ihr Kind zu tragen, beruht auf einem Regelungskonzept für die elterliche Sorge, das unter Kindeswohlgesichtspunkten den Konsens der Eltern über die gemeinsame Sorgetragung zu deren Voraussetzung macht. Es liegen **derzeit** keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Gesetzgeber damit dem Elternrecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes aus Art. 6 Abs. 2 GG nicht in ausreichendem Maße Rechnung getragen hat.

aa) Der Schutz des Elternrechts nach Art. 6 Abs. 2 GG, der dem Vater wie der Mutter eines 59 Kindes gleichermaßen zukommt, erstreckt sich auf die wesentlichen Elemente des Sorgerechts, ohne die Elternverantwortung nicht ausgeübt werden kann (vgl. BVerfGE 84, 168 <180>). Leben Vater und Mutter mit dem Kind zusammen und sind beide bereit und in der Lage, die Elternverantwortung zu übernehmen, entspricht es regelmäßig dem Kindeswohl, wenn beiden Eltern das Sorgerecht zuerkannt wird, werden hiermit doch die emotionalen Bindungen des Kindes an seine beiden Eltern rechtlich abgesichert. Gleichzeitig wird dadurch den Eltern ihre gemeinsame Verantwortung für das Kind verdeutlicht, und die gemeinsame Sorge kann zur Verstärkung der Eltern-Kind-Beziehung beitragen (vgl. BVerfGE 84, 168 <182>).

Die gemeinsame Sorge setzt allerdings im Kindeswohlinteresse bei beiden Elternteilen die 60 Bereitschaft voraus, aus der Elternstellung nicht nur Rechte herleiten zu wollen, sondern auch Pflichten gegenüber dem Kind zu übernehmen, also Verantwortung für das Kind zu tragen. Die Ausübung dieser gemeinsamen Verantwortung erfordert wiederum den Aufbau einer persönlichen Beziehung zum Kind durch jeden Elternteil und bedarf eines Mindestmaßes an Übereinstimmung zwischen den Eltern (vgl. BVerfGE 92, 158 <178 f.>). Fehlt es hieran und sind die Eltern zur Kooperation weder bereit noch in der Lage, kann die gemeinsame Sorge für das Kind dem Kindeswohl zuwiderlaufen. Tragen die Eltern ihren Konflikt auf dem Rücken des Kindes aus, kann das Kind in seiner Beziehungsfähigkeit beeinträchtigt und in seiner Entwicklung gefährdet werden. Diese Erkenntnis aus wissenschaftlichen Untersuchungen (vgl. Baloff/ Walter, Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall?, FamRZ 1990, S. 445 <454>; Furstenberg/Cherlin, a.a.O., S. 112 ff.) wurden erst jüngst durch die Langzeitstudien von Wallerstein/Lewis/Blakeslee bestätigt (a.a.O., S. 228 f.).

bb) Der Gesetzgeber durfte deshalb davon ausgehen, dass eine gegen den Willen eines 61 Elternteils erzwungene gemeinsame Sorge regelmäßig mit mehr Nachteilen als Vorteilen für das Kind verbunden ist (vgl. BTDrucks 13/4899, S. 58 ff.; BTDrucks 13/8511, S. 66). Damit hat er dem Kindeswohl Rechnung getragen, zu dessen Berücksichtigung er bei der Ausgestaltung der elterlichen Sorge durch Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG aufgefordert ist.

(1) Mit § 1626 a BGB hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass die elterliche Sorge 62

grundsätzlich beiden Eltern gemeinsam zukommt (vgl. BTDrucks 13/4899, S. 93). Er hat bei verheirateten Eltern auf Grund der rechtlichen Verbindung, die diese mit der Ehe eingegangen sind, unterstellt, dass es zwischen ihnen als Voraussetzung für eine dem Kindeswohl dienliche gemeinsame Sorgerechtsausübung eine Übereinstimmung sowie die Bereitschaft gibt, zusammen Sorge für das gemeinsame Kind zu tragen, und ihnen deshalb die gemeinsame Sorge zugewiesen.

Bei nicht miteinander verheirateten Eltern fehlt es an diesem Anknüpfungspunkt für die 63 Annahme, eine gemeinsame Sorgetragung sei von ihnen gewollt und könne deshalb auch zum Wohle des Kindes ausgeübt werden. Um dafür ein Äquivalent zu schaffen, das die gesetzliche Vermutung einer gemeinsamen Sorgerechtsausübung im Kindeswohlinteresse auch bei nicht miteinander verheirateten Eltern trägt, hat der Gesetzgeber ihnen mit § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB die Möglichkeit eingeräumt, durch übereinstimmende Erklärungen zum Ausdruck zu bringen, dass sie willig und kooperationsbereit sind, gemeinsam für ihr Kind zu sorgen. Damit hat er einerseits die unterschiedliche Situation von verheirateten und nicht verheirateten Eltern berücksichtigt und andererseits beiden Elternpaaren die gemeinsame Sorgetragung eröffnet.

(2) Die Annahme des Gesetzgebers, der durch Eheschluss bekundete oder der ausdrücklich 64 erklärte Wille beider Eltern zur gemeinsamen Sorge zeige deren Kooperationsbereitschaft und gewährleiste am ehesten eine dem Kindeswohl entsprechende gemeinsame Sorgerechtsausübung durch die Eltern, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Anerkannt ist, dass für das Wohl des Kindes die Qualität der jeweiligen Eltern-Kind-Beziehung sowie die Kooperationsbereitschaft der Eltern in Bezug auf das Kind von wesentlicher Bedeutung sind (vgl. Wallerstein/Lewis/Blakeslee, a.a.O., S. 228 f.). Fehlt es hieran, können Konflikte der Eltern sich folgenscher auf das Kind auswirken. Die Willensbekundung der Eltern zur maßgeblichen Voraussetzung der gemeinsamen Sorge zu machen und an sie keine weiteren Anforderungen, wie zum Beispiel das Zusammenleben der Eltern, zu knüpfen, wahrt zudem das Recht der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 GG, selbst darüber zu bestimmen, wie sie ihrer Elternverantwortung gegenüber dem Kind nachkommen wollen (vgl. BVerfGE 47, 46 <69 f.>; 60, 79 <88>; 98, 218 <244>).

cc) Zum **derzeitigen** Zeitpunkt ist nicht ersichtlich, dass das Regelungskonzept der gemeinsamen 65 Sorgetragung nicht miteinander verheirateter Eltern in § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB das Elternrecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes aus Art. 6 Abs. 2 GG verletzt.

(1) Der Gesetzgeber darf bei der Ausgestaltung der Rechte von Eltern nichtehelicher Kinder dem 66 Umstand Rechnung tragen, dass nicht generell vom Bestehen einer sozialen Beziehung zwischen ihnen und dem Kind auszugehen ist, und berücksichtigen, ob der Vater Interesse an der Entwicklung des Kindes zeigt (vgl. BVerfGE 92, 158 <179>). Der Gesetzgeber hat in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise zunächst der Mutter die elterliche Sorge für das Kind zugewiesen. Die Begründung der gemeinsamen Sorge nicht verheirateter Eltern bedarf deshalb eines konstitutiven Aktes, der dem Vater den Zugang zur Sorgetragung für sein Kind mit der Mutter eröffnet. Durch die Möglichkeit, gemeinsam mit der Mutter entsprechende Sorgeerklärungen abzugeben, ist für den Vater ein solcher Zugang geschaffen worden. Dabei sind die übereinstimmenden Sorgeerklärungen der Eltern als Erfordernis für die gemeinsame Sorgetragung Ausdruck der Bereitschaft, bei der Pflege und Erziehung des Kindes zusammenzuarbeiten; sie sollen zugleich sicherstellen, dass das gemeinsame Sorgerecht eine Basis hat, auf der es zum Wohle des Kindes ausgeübt werden kann.

Dass hierdurch der Zugang des Vaters eines nichtehelichen Kindes zur elterlichen Sorge auch 67 von der Bereitschaft der Mutter abhängt, mit ihm gemeinsam Sorge zu tragen, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Gesetzgeber trägt damit dem Umstand Rechnung, dass die Ausübung des Elternrechts ein Mindestmaß an Übereinstimmung zwischen den Eltern erfordert. Der Mutter ist zwar zunächst die elterliche Sorge für das Kind zugewiesen, der sie sich auch nicht – anders als der Vater – entziehen kann. Auch sie aber kann ohne Bereitschaft des Vaters nicht mit ihm die Sorge für das Kind teilen. Beide Eltern erhalten damit gleichermaßen Zugang zur gemeinsamen Sorge nur, wenn sie dies übereinstimmend wollen. Hierin liegt allein keine unberechtigte Einschränkung des väterlichen Elternrechts. Denn auch bei verheirateten Eltern beruht die gemeinsame Sorge auf den übereinstimmenden Erklärungen im Eheversprechen.

(2) Ziel des Kindschaftsrechtsreformgesetzes, mit dem § 1626 a BGB eingeführt worden ist, war 68 es, im Interesse der Kinder die gemeinsame elterliche Sorge auch für nicht miteinander verheiratete Eltern zu ermöglichen, diese Sorgeform zu fördern und dabei die Elternautonomie zu stärken (vgl. BTDrucks 13/8511, S. 64 ff.). Deshalb wurde es abgelehnt, die Begründung der gemeinsamen Sorge von einer Kindeswohlprüfung im Einzelfall abhängig zu machen (vgl. BTDrucks 13/4899, S. 58 f.). Mit dem Reformgesetz sind die Jugendämter durch § 52 a SGB VIII verpflichtet worden, die Mutter eines nichtehelichen Kindes auf die Möglichkeit der Begründung einer gemeinsamen Sorge hinzuweisen.

(a) Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass es in der Regel dann, wenn 69 Kooperationsbereitschaft zwischen den Eltern besteht, auch zur gemeinsamen Sorgetragung nach

§ 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB kommt. Dies gilt insbesondere für die Fälle, in denen die Eltern mit dem Kind zusammenleben und beide ihre Kooperationsbereitschaft schon durch gemeinsame tatsächliche Sorge für das Kind zum Ausdruck gebracht haben. Durch diese Regelung ist dem Elternrecht des Vaters aus Art. 6 Abs. 2 GG hinreichend Rechnung getragen worden. Der Gesetzgeber durfte davon ausgehen, dass die Eltern die nunmehr bestehende gesetzliche Möglichkeit einer gemeinsamen Sorgetragung in der Regel nutzen und ihre tatsächliche Sorge durch Sorgeerklärungen auch rechtlich absichern. Dies gilt umso mehr, als der Gesetzgeber es auch nicht verheirateten ebenso wie verheirateten Eltern mit gemeinsamer Sorge nach § 1671 BGB ermöglicht hat, bei späterer Trennung und auftretenden Konflikten gerichtlich prüfen zu lassen, ob die gemeinsame Sorge weiterhin dem Kindeswohl dienlich ist.

(b) Dass es dennoch Fälle geben kann, in denen die Mutter trotz Zusammenlebens mit dem 70 Vater und dem Kind keine Sorgeerklärung abgeben will, hat der Gesetzgeber gesehen (vgl. BTDrucks 13/8511, S. 66). Seine Einschätzung, in solchen Fällen sei die Weigerung der Mutter Ausdruck eines Konfliktes zwischen den Eltern, der sich bei einem Streit auch über die gemeinsame Sorge nachteilig für das Kind auswirkt, ist vertretbar. Der Gesetzgeber durfte davon ausgehen, dass eine Mutter, gerade wenn sie mit dem Vater und dem Kind zusammenlebt, sich nur ausnahmsweise und nur dann dem Wunsch des Vaters nach einer gemeinsamen Sorge verweigert, wenn sie dafür schwerwiegende Gründe hat, die von der Wahrung des Kindeswohls getragen werden, dass sie also die Möglichkeit der Verweigerung einer Sorgeerklärung nicht etwa als Machtposition gegenüber dem Vater missbraucht. Unter dieser Annahme ist es mit Art. 6 Abs. 2 GG vereinbar, dass der Gesetzgeber davon abgesehen hat, bei einem Nicht-zustande-Kommen übereinstimmender Sorgeerklärungen eine gerichtliche Einzelfallprüfung zuzulassen. Denn sind die Gründe des Scheiterns übereinstimmender Sorgeerklärungen so schwerwiegend und der Konflikt der Eltern trotz Zusammenlebens so groß, ist nicht zu erwarten, dass die Gerichte eine gemeinsame Sorge der Eltern für dem Kindeswohl dienlich erachten. Allein die gerichtliche Auseinandersetzung könnte sich zusätzlich zu den sonstigen Konflikten wiederum zum Nachteil des Kindes auswirken.

(c) Schließlich ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber die 71 gemeinsame Sorge den nicht miteinander verheirateten Eltern durch das Erfordernis übereinstimmender Sorgeerklärungen faktisch vor allem zu dem Zeitpunkt eröffnet hat, in dem die Eltern in einer von Übereinstimmung geprägten Beziehung zueinander und zum Kind stehen, insbesondere also wenn sie zusammenleben und auch gemeinsam tatsächlich für das Kind sorgen, und nicht erst dann, wenn sie sich getrennt haben.

Zwar hat die Studie von Proksch (a.a.O., S. 153) inzwischen bestätigt, dass auch nach einer 72 Trennung von Eltern deren gemeinsame Sorge dem Kindeswohl in vielen Fällen dienlich ist. Diese Erkenntnis bezieht sich jedoch auf den Fortbestand einer während des Zusammenlebens schon bestehenden gemeinsamen Sorge nach Trennung. Soll aber erst nach der Trennung der Eltern eine gemeinsame Sorge erstmalig begründet werden, bedarf es umso mehr eines Anknüpfungspunktes für die Annahme, dass die Eltern zur Kooperation bereit und fähig sind. Wenn deshalb auch hier § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB zur Begründung der gemeinsamen Sorge übereinstimmende Sorgeerklärungen voraussetzt und bei deren Nicht-zustande-Kommen dem Vater keine Möglichkeit zur gemeinsamen Sorge eröffnet, dann findet dies seinen hinreichenden sachlichen Grund im Kindeswohl. Hat schon das Zusammenleben der Eltern nicht zu deren gemeinsamer Sorge geführt, obwohl die Möglichkeit dazu gegeben war, ist noch mehr bei Trennung der Eltern und Streit zwischen ihnen über die gemeinsame Sorge die Annahme des Gesetzgebers berechtigt, dass eine nunmehrige Eröffnung der gemeinsamen Sorgetragung mangels einer Kooperationsbasis zwischen den Eltern regelmäßig mehr Nachteile als Vorteile für das Kind mit sich bringen würde (vgl. BTDrucks 13/8511, S. 66).

(3) (a) Erweisen sich die Annahmen des Gesetzgebers als richtig, hat das Elternrecht des Vaters 73 eines nichtehelichen Kindes durch § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB ausreichend Berücksichtigung erfahren. Steht er in keiner sozialen Beziehung zum Kind oder zumindest zunächst zur Mutter, fehlt es an einer Basis für eine gemeinsame Sorgetragung im Interesse des Kindeswohles. Lebt er mit der Mutter und dem Kind zusammen oder besteht ansonsten zwischen der Mutter und ihm ein Einvernehmen, wird dies in aller Regel zur gemeinsamen Sorge führen, es sei denn, schwerwiegende Gründe, die das Kindeswohl betreffen, lassen es nicht zu übereinstimmenden Sorgeerklärungen kommen. Damit trägt der Vater auch bei Trennung in der Regel mit der Mutter die Sorge gemeinsam weiter, sofern nicht Kindeswohlgründe im Einzelfall eine andere Sorgetragung erfordern. Auch nach Trennung von der Mutter kann der Vater noch den Zugang zur gemeinsamen Sorge erhalten, wenn beide dies wollen.

(b) Träfen die Annahmen des Gesetzgebers allerdings nicht zu, sollte sich insbesondere 74 herausstellen, dass es auch bei einem Zusammenleben der Eltern mit dem Kind in größerer Zahl aus Gründen nicht zu einer gemeinsamen Sorgetragung nach § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB kommt, die nicht vom Kindeswohl getragen werden, würde sich § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB als unvereinbar mit

Art. 6 Abs. 2 GG erweisen. Dann wäre die gesetzliche Typisierung nicht mehr gerechtfertigt, und es verstieße gegen das Elternrecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes aus Art. 6 Abs. 2 GG, wenn er trotz Zusammenlebens mit der Mutter seines Kindes und trotz gemeinsamer tatsächlicher Sorge für das Kind vom Sorgerecht ausgeschlossen wird, obwohl die Kooperationsfähigkeit und –bereitschaft beider Eltern durch die tatsächliche gemeinsame Sorge für das Kind erwiesen ist und deshalb für die Verweigerungshaltung der Mutter nicht ausschlaggebend sein kann.

(4) Es gibt bislang keine Anhaltspunkte dafür, die Richtigkeit der Annahmen des Gesetzgebers 75 ernsthaft in Zweifel zu ziehen. Insbesondere fehlen gesicherte Erkenntnisse darüber, ob es trotz der geschaffenen Möglichkeit gemeinsamer Sorgetragung von Eltern eines nichtehelichen Kindes dauerhaft eine beachtliche Zahl von Fällen gibt, in denen es bei Zusammenleben der Eltern mit dem Kind nicht zu einer gemeinsamen Sorge kommt, und welche Gründe hierfür maßgeblich sind. Daten über die Anzahl der seit In-Kraft-Treten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes abgegebenen Sorgeerklärungen liegen **derzeit** nicht vor. Auch ist nicht bekannt, wie groß der Anteil der Familiengemeinschaften ist, in denen Eltern mit ihrem nichtehelichen Kind zusammenleben, die eine gemeinsame Sorgeerklärung abgegeben haben, gegenüber dem Anteil, in denen dies bisher unterblieben ist. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass nicht miteinander verheirateten Eltern erst am 1. Juli 1998 die Möglichkeit der gemeinsamen Sorgetragung eröffnet worden ist. Da eine solche neu geschaffene Rechtsform zu ihrer gesellschaftlichen Verankerung der verbreiteten Kenntnisnahme und der verstärkten Aufklärung bedarf, ist der bislang verstrichene Zeitraum auch zu kurz, um schon tragfähige Aussagen über die Wirkung der gesetzlichen Neuregelung machen zu können.

b) Da der Gesetzgeber Regelungen getroffen hat, die nur bei Richtigkeit seiner prognostischen 76 Annahmen das Elternrecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes aus Art. 6 Abs. 2 GG wahren, ist er verpflichtet, die tatsächliche Entwicklung zu beobachten und zu prüfen, ob seine Prämissen auch vor der Wirklichkeit Bestand haben. Stellt sich dabei heraus, dass dies nicht der Fall ist, wird der Gesetzgeber mit einer Korrektur der Regelung dafür sorgen müssen, dass Vätern nichtehelicher Kinder, die mit der Mutter und dem Kind als Familie zusammenleben, ein Zugang zur gemeinsamen Sorge eröffnet wird, der ihrem Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG unter Berücksichtigung des Kindeswohls ausreichend Rechnung trägt.

3. Die gesetzliche Regelung der gemeinsamen elterlichen Sorge von Eltern eines nichtehelichen 77 Kindes in § 1626 a BGB ist jedoch insoweit verfassungsrechtlich unzureichend, als es der Gesetzgeber verabsäumt hat, eine Übergangsregelung für Eltern zu treffen, die mit ihrem nichtehelichen Kind zusammengelebt und gemeinsam für das Kind gesorgt, sich aber noch vor In-Kraft-Treten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes am 1. Juli 1998 getrennt haben. Ihnen, insbesondere den Vätern, ist die Möglichkeit einzuräumen, gerichtlich überprüfen zu lassen, ob trotz entgegenstehendem Willen des anderen Elternteils unter Berücksichtigung des Kindeswohls eine gemeinsame elterliche Sorge begründet werden kann. Es verstößt gegen das Elternrecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes aus Art. 6 Abs. 2 GG, wenn er nur deshalb keinen Zugang zur gemeinsamen Sorge für sein Kind erhält, weil zum Zeitpunkt seines Zusammenlebens mit der Mutter und dem Kind keine Möglichkeit für ihn und die Mutter bestanden hat, eine gemeinsame Sorgetragung für das Kind zu begründen, und nach der Trennung die Mutter zur Abgabe einer Sorgeerklärung nicht (mehr) bereit ist, obwohl die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl entspricht.

a) Der Gesetzgeber hat mit der Neuregelung der gemeinsamen Sorge für Eltern eines 78 nichtehelichen Kindes einen Weg eröffnet, der die gemeinsame Sorgetragung dort zur Regel machen soll, wo Eltern willens und in der Lage sind, für ihr Kind gemeinsam zu sorgen.

Leben die Eltern zusammen und sorgen gemeinsam für das Kind, sodass vom Gesetzgeber 79 angenommen werden kann, sie werden die ihnen eröffnete Möglichkeit der gemeinsamen Sorgetragung auch nutzen, würde die Notwendigkeit einer Einzelfallprüfung zu deren Begründung einerseits die elterliche Freiheit beschränken, ohne dass es Anhaltspunkte dafür gäbe, dass eine auf dem Willen beider Eltern begründete gemeinsame Sorge dem Kindeswohl zuwiderliefe. Andererseits würde für solche Fälle der Rechtsweg mit den auch die Kinder treffenden Belastungen eröffnet, in denen auch die Gerichte unter Berücksichtigung des Kindeswohls in aller Regel wegen der Konflikte zwischen den Eltern keine gemeinsame Sorge begründen dürften. Dies rechtfertigt es, die gemeinsame elterliche Sorge nicht von einer gerichtlichen Einzelfallprüfung abhängig zu machen.

Gleichzeitig lässt der Gesetzgeber eine durch Sorgeerklärungen begründete gemeinsame Sorge 80 von Eltern eines nichtehelichen Kindes auch nach deren Trennung fortbestehen, es sei denn, es stellt sich bei gerichtlicher Prüfung nach § 1671 BGB heraus, dass dies dem Kindeswohl nicht mehr entspricht. Deshalb konnte der Gesetzgeber davon ausgehen, dass dann, wenn es schon nicht beim Zusammenleben der Eltern zur gemeinsamen Sorgetragung gekommen ist, bei ihrer Trennung die Konflikte zwischen ihnen umso schwerer wiegen dürften, sodass eine gerichtliche Einzelfallprüfung nur zu weiteren Belastungen für das Kind, nicht aber zu einer gemeinsamen Sorge der

widerstreitenden Eltern führen würde. Dies rechtfertigt es grundsätzlich, dem Vater bei Weigerung der Mutter, eine Sorgeerklärung abzugeben, nicht die Möglichkeit einzuräumen, im Einzelfall gerichtlich überprüfen zu lassen, ob die Voraussetzungen für eine gemeinsame elterliche Sorge vorliegen.

b) Wenn aber während des Zusammenlebens der Eltern mit dem Kind für diese gar keine 81 Möglichkeit bestanden hat, die gemeinsame Sorge zu erhalten, gibt es keine Umstände, aus denen typisierend geschlossen werden könnte, dass es den Eltern an der notwendigen Kooperationsbereitschaft bezogen auf die Sorge für ihr Kind fehlt. Auch die Trennung der Eltern oder die nach der Trennung erklärte Weigerung der Mutter, eine Sorgeerklärung abzugeben, ist dafür kein ausreichendes Indiz. Es ist nahe liegend, dass eine Mutter, der ebenso wie dem Vater während ihres Zusammenlebens die gemeinsame Sorgetragung verschlossen war, und die damit während dieser Zeit alleinige Sorgerechtsinhaberin gewesen ist, in der Regel nicht gerade dann zur Teilung der Sorge für das Kind mit dem Vater bereit ist, wenn sie und der Vater des Kindes sich inzwischen getrennt haben und ihnen erst nach der Trennung die Möglichkeit zur gemeinsamen Sorgetragung eröffnet worden ist. Aus einem solchen Verhalten kann nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass elterliche Konflikte einer gemeinsamen Sorgetragung die erforderliche Basis entziehen und damit das Kindeswohl beeinträchtigen. Dann aber ist es nicht gerechtfertigt und verletzt das Elternrecht des Vaters aus Art. 6 Abs. 2 GG, der für sein nichteheliches Kind eine für dessen Entwicklung maßgebliche längere Zeit tatsächlich gesorgt hat, ihn von der gemeinsamen Sorge auch weiterhin allein deshalb auszuschließen, weil die Mutter nach Trennung nicht (mehr) bereit ist, eine Sorgeerklärung abzugeben.

c) Allerdings kann in solchen Fällen nicht vermutet werden, dass die gemeinsame Sorge der 82 Eltern in der Regel dem Kindeswohl dient. Zwar kann sich die gemeinsame Sorge der Eltern auch nach ihrer Trennung für das Wohl des nichtehelichen Kindes als entscheidend erweisen (vgl. BVerfGE 61, 358 <376 ff.>; 84, 168 <182>). Die Trennung und die mit ihr verbundenen Konflikte zwischen den Eltern können sich aber auf ihre Kooperationsbereitschaft und –fähigkeit bei der Sorge für das Kind derartig auswirken, dass eine gemeinsame Sorge den Interessen des Kindes nicht entspricht. Für die Fälle, in denen Eltern sich nach längerem Zusammenleben mit dem Kind vor In-Kraft-Treten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes getrennt haben, und in denen nunmehr der Vater die gemeinsame Sorge mit der Mutter erhalten will, die aber keine Sorgeerklärung abgibt, ist vom Gesetzgeber deshalb eine gerichtliche Einzelfallprüfung zu eröffnen, ob das Kindeswohl einer gemeinsamen Sorgetragung entgegensteht.

d) Entgegen der Auffassung des Bundesgerichtshofs eröffnet § 1666 BGB für diese Fälle dem 83 Vater eines nichtehelichen Kindes keinen Weg, zu einer sein Elternrecht angemessen berücksichtigenden gerichtlichen Einzelfallprüfung hinsichtlich einer gemeinsamen Sorgetragung zu gelangen.

§ 1666 BGB zielt nicht auf den Ausgleich der elterlichen Rechte in Konfliktsituationen zwischen 84 den Eltern ab. Die Norm zieht vielmehr eine Grenze für Eingriffe des Staates in das Recht der Eltern und bestimmt so, unter welchen Voraussetzungen der Staat seinem Wächteramt aus Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG nachkommen muss. Dieser Maßstab ist als Kriterium dafür, welche sorgerechtliche Stellung den einzelnen Elternteilen einzuräumen ist, wenn sie sich über die Sorge nicht einigen können, ungeeignet. Die Missbrauchsschwelle setzt das Elternrecht des Vaters in Widerspruch zu Art. 6 Abs. 2 GG gegenüber dem der Mutter unverhältnismäßig zurück, wenn der Vater erst bei einer Kindeswohlgefährdung durch die Mutter und nicht schon dann an der Sorge für das Kind beteiligt werden soll, wenn dies dem Kindeswohl dient. Auch kann allein in der Weigerung der Mutter, eine Sorgeerklärung abzugeben, keine missbräuchliche Ausübung ihrer Elternverantwortung gesehen werden.

II.

1. Mit Ausnahme der unterbliebenen Regelung der erwähnten Altfälle verletzt § 1626 a BGB aus 85 den genannten Gründen auch nicht das an den Gesetzgeber gerichtete Gebot aus Art. 6 Abs. 5 GG, nichtehelichen Kindern die gleichen Bedingungen für ihre Entwicklung wie ehelichen Kindern zu schaffen.

Aus Art. 6 Abs. 5 GG folgt, dass nichteheliche Kinder grundsätzlich nicht schlechter als eheliche 86 behandelt werden dürfen, soweit sich nicht aus ihrer besonderen Situation rechtfertigende Gründe für eine Ungleichbehandlung ergeben (vgl. BVerfGE 84, 168 <185>; 96, 56 <65>). Der Umstand, dass ein nichteheliches Kind im Gegensatz zum ehelichen Kind bei seiner Geburt nicht ohne weiteres einem Vater rechtlich zugeordnet und auch nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Vater Sorge für das Kind tragen will oder durch Zusammenleben mit der Mutter eine Beziehung zum Kind aufbauen wird, rechtfertigt es, das Sorgerecht für das nichteheliche Kind anders auszugestalten als für das eheliche Kind, solange die gesetzliche Regelung angemessene

Rahmenbedingungen zur Realisierung der gemeinsamen Sorge schafft. Dies ist, abgesehen von dem Fehlen einer Regelung der Altfälle, geschehen.

Die Annahme des Gesetzgebers, dass die mangelnde Bereitschaft zusammenlebender Eltern, sich rechtlich über eine gemeinsame Sorgetragung zu verständigen, den Rückschluss auf solche Konflikte zwischen den Eltern nahe legt, die bei Begründung gemeinsamer Sorge gegen den Willen eines Elternteils nachteilig für das Kind wären, ist nachvollziehbar und **derzeit** nicht widerlegbar. Insofern ist es gerechtfertigt, es in diesem Fall ohne gerichtliche Einzelfallprüfung bei der Alleinsorge der Mutter zu belassen.

In Fällen jedoch, in denen die Eltern vor ihrer Trennung keine Möglichkeit hatten, den Willen zur gemeinsamen Sorge zu bekunden, werden die hiervon betroffenen nichtehelichen Kinder in Verletzung von Art. 6 Abs. 5 GG benachteiligt, solange nicht ein Weg eröffnet wird, über eine gerichtliche Einzelfallprüfung doch noch zur gemeinsamen Sorge zu gelangen.

2. Schließlich verstößt § 1626 a BGB auch nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Bei Vätern nichtehelicher Kinder wie bei Vätern ehelicher Kinder wird die gemeinsame Sorgetragung mit der Mutter an deren Einwilligung gebunden, allerdings mit dem Unterschied, dass in einem Fall die Einwilligung schon mit der Eheschließung erfolgt, während sie im anderen Fall durch Sorgeerklärung abgegeben wird. Dies aber ist sachlich durch die unterschiedliche Situation begründet, in der sich die Väter nichtehelicher Kinder im Verhältnis zu den mit der Mutter verheirateten Vätern befinden. Die hieraus rührenden weiteren Unterschiede bei der sorgerechtlichen Ausgestaltung rechtfertigen sich wie dargelegt in der **derzeit** nicht zu beanstandenden Annahme des Gesetzgebers, damit dem Wohl des nichtehelichen Kindes zu entsprechen.

D.

Die im Verfahren 1 BvR 933/01 angegriffenen gerichtlichen Entscheidungen sind im Hinblick auf die vorstehenden Ausführungen unter C. mit dem Grundgesetz ebenfalls nicht vereinbar.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs verletzt den Beschwerdeführer zu 1, der längere Zeit mit der Mutter seines nichtehelichen Kindes und diesem zusammengelebt hat, bevor es noch vor In-Kraft-Treten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes zu einer Trennung der Eltern gekommen ist, in seinem Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG. Die Entscheidung beruht auf § 1626 a BGB, der für solche Altfälle eine gerichtliche Einzelfallprüfung nicht vorsieht und damit gegen Art. 6 Abs. 2 und 5 GG verstößt.

Die angegriffene Entscheidung des Oberlandesgerichts stützt sich zwar nicht allein auf § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB, denn das Gericht hat ungeachtet des Wortlauts der Norm eine Einzelfallprüfung vorgenommen. Dabei hat es jedoch das Elternrecht des Beschwerdeführers zu 1 aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG schon deshalb nicht ausreichend berücksichtigt, weil es den verfassungsrechtlichen Bedenken, die gegen die Anwendung der Norm auf die erwähnten Altfälle bestehen, nicht Rechnung getragen hat.

Schließlich verletzt auch die angegriffene amtsgerichtliche Entscheidung das Grundrecht des Beschwerdeführers zu 1 aus Art. 6 Abs. 2 GG, weil sie auf der insoweit verfassungswidrigen Regelung des § 1626 a BGB beruht.

E.

I.

Steht eine Norm mit dem Grundgesetz nicht in Einklang, so ist sie grundsätzlich für nichtig zu erklären (§ 82 Abs. 1 i.V.m. § 78 Satz 1, § 95 Abs. 3 BVerfGG). Anderes gilt, wenn die Verfassungswidrigkeit der Norm nicht in deren Regelungsgehalt, sondern im Unterlassen einer Übergangsbestimmung für Altfälle liegt, mehrere Möglichkeiten zur Beseitigung des verfassungswidrigen Zustandes bestehen und die Nichtigerklärung in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers eingreifen würde (vgl. BVerfGE 84, 168 <186 f.>; 92, 158 <186>). Danach scheidet eine Nichtigerklärung hier aus. Der Gesetzgeber kann die Verfassungswidrigkeit auf verschiedene Weise beheben. So kann er etwa jedem Elternteil, bei dem diese Voraussetzungen vorliegen, ein Antragsrecht auf gerichtliche Prüfung einräumen, ob eine gemeinsame Sorge mit dem anderen Elternteil dem Kindeswohl dient. Der Gesetzgeber kann aber auch dem Elternteil die Möglichkeit eröffnen, die mangelnde Zustimmung des anderen Elternteils gerichtlich am Maßstab des Kindeswohls überprüfen und gegebenenfalls ersetzen zu lassen.

II.

Stellt das Bundesverfassungsgericht die Unvereinbarkeit einer Norm mit dem Grundgesetz fest, so ist der Gesetzgeber verpflichtet, die Rechtslage unverzüglich mit dem Grundgesetz in Einklang zu bringen. Wegen der Bedeutung des Zeitablaufs gerade in kindschaftsrechtlichen Angelegenheiten

wird dem Gesetzgeber für die ergänzende gesetzliche Neuregelung eine Frist bis zum 31. Dezember 2003 gesetzt. Im Umfang der Unvereinbarerklärung darf die Norm von den Gerichten und Verwaltungsbehörden nicht mehr angewandt werden (vgl. BVerfGE 82, 126 <155>; 84, 168 <187>). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist hier nicht geboten. Die Gerichte dürfen demgemäß in den Fällen, in denen die Eltern eines nichtehelichen Kindes mit diesem längere Zeit zusammengelebt und sich noch vor In-Kraft-Treten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes getrennt haben, die von einem Elternteil angestrebte gemeinsame Sorge für das Kind nicht auf Grund einer mangelnden Sorgeerklärung des anderen Elternteils nach § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB versagen. Solche Verfahren sind vielmehr auszusetzen, bis eine gesetzliche Neuregelung in Kraft tritt.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 34 a Abs. 2 BVerfGG.

96

Papier	Jaeger	Haas
Hömig	Steiner	Hohmann-Dennhardt
Hoffmann-Riem		Bryde
