

# „... Vater sein dagegen sehr!“

– Kritische Anmerkungen zur elterlichen Sorge für nichteheliche Kinder –

Von Hochschulassistentin Dr. Ingeborg A. Schwenzer, LL. M., Freiburg i. Br.

## I. Einleitung und Problemstellung

Das „Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder“ vom 19. 8. 1969<sup>1)</sup> ist nunmehr seit über 15 Jahren in Kraft. Es regelt die elterliche Sorge für nichteheliche Kinder klar und schneidig: Nach § 1705 BGB steht das nichteheliche Kind, solange es minderjährig ist, unter der elterlichen Sorge der Mutter. Das „Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge“ vom 18. 7. 1979<sup>2)</sup>, das angetreten war, dem „Wandel im Selbstverständnis der Eltern-Kind-Beziehungen, der zu einem Auseinanderfallen von sozialer Wirklichkeit und Gesetz geführt“ hatte, Rechnung zu tragen<sup>3)</sup>, hat im Nichtehelichenrecht außer begrifflicher Anpassung lediglich Randkorrekturen<sup>4)</sup> vorgenommen; die elterliche Sorge für nichteheliche Kinder blieb unangetastet.

Damit ist und bleibt die elterliche Sorge der wohl in der Praxis relevanteste Bereich, in dem das Recht der ehelichen und das der nichtehelichen Kinder am weitesten auseinanderklaffen. Diese gesetzgeberische Entscheidung wurde vom BVerfG im Jahre 1981<sup>5)</sup> gebilligt.

In der Literatur ist die Differenzierung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern im allgemeinen und im Bereich der elterlichen Sorge im besonderen immer wieder auf Kritik gestoßen. So haben sich bereits in den 60er Jahren namhafte Internationalprivatrechtler<sup>6)</sup> gegen die Trennung von ehelichem und nichtehelichem Kindschaftsrecht ausgesprochen und stattdessen vorgeschlagen, zwischen Kindern aus vollständigen und solchen aus unvollständigen Familien zu unterscheiden. Auch die Entscheidung des BVerfG ist von vielen Autoren<sup>7)</sup> ablehnend aufgenommen worden. Seither ist es freilich relativ still um dieses Thema geworden; die Positionen scheinen abgeklärt<sup>8)</sup>.

Gleichwohl sind die weitreichenden sozialen Folgen der gesetzlichen Regelung der elterlichen Sorge bei nichtehelichen Kindern Grund genug, die Problematik erneut unter Einbeziehung ausländischer Werthaltungen und Lösungsansätze aufzugreifen und auf diesem Weg wieder Bewegung in die zur Ruhe gekommene Diskussion zu bringen.

## II. Gesetzliche Ausgangslage und rechtliche Konsequenzen

1. Die in § 1705 BGB niedergelegte ausschließliche Sorgerechtszuständigkeit der Mutter bedeutet, daß grundsätzlich die elterliche Sorge für das nichteheliche Kind nicht dem Vater zugewiesen werden kann. Völlig ausgeschlossen ist die Möglichkeit der gemeinsamen Ausübung der elterlichen Sorge durch Mutter und Vater, selbst wenn diese mit dem Kind in einer Familie zusammenleben.

Solange und soweit sich die Eltern einig sind, kann der Vater zwar faktisch die elterliche Sorge für das gemeinsame Kind ausüben. Will er im Rechtsverkehr für das Kind auftreten, so bedarf er freilich einer Vollmacht<sup>9)</sup> durch die allein sorgeberechtigte Mutter, wobei allerdings auch der Sorgerechtsausübung aufgrund Vollmacht Grenzen gesetzt sind. Beispielsweise kann die Funktion des Elternsprechers in der Schulklasse des Kindes nach einer Entscheidung des OVG Saarlouis<sup>10)</sup> nur vom Sorgeberechtigten persönlich, nicht jedoch vom Bevollmächtigten wahrgenommen werden. Darüber hinaus ist zu vermuten, daß in der Praxis des Behördenalltags die Wahrnehmung der elterlichen Sorge mittels Vollmacht keinesfalls reibungslos abläuft<sup>11)</sup>, auch wenn es insoweit an gerichtsrelevanten Erkenntnissen fehlt.

2. Gravierend sind die Folgen des Ausschlusses des nichtehelichen Vaters vom Sorgerecht, wenn kein Einverständnis mit der Mutter über die faktische Ausübung des Sorgerechts zu erzielen ist.

Selbst wenn der nichteheliche Vater mit Mutter und Kind in einer Gemeinschaft – und sei es über mehrere Jahre – gelebt hat, hat er nach der Trennung von der Mutter praktisch keine Möglichkeit, gegen ihren Willen das Sorgerecht für das Kind zu erhalten. Insbesondere steht dem nichtehelichen Vater im Unterschied zum ehelichen Vater<sup>12)</sup> kein Anrecht auf Zuweisung des Sorgerechts zu, auch wenn seine Bindungen zum Kind und die Bindungen des Kindes zu ihm wesentlich stärker und wichtiger für das Kind sind als die Bindungen zur Mutter. Auch ein gemeinsames Sorgerecht, wie es nach Scheidung verheirateter Eltern mittlerweile auch in der Bundesrepublik möglich ist<sup>13)</sup> und von psychologischer Seite<sup>14)</sup> zunehmend befürwortet wird, kommt – da schon bei bestehender Gemeinschaft nicht zulässig – nach Trennung der Eltern nicht in Betracht.

Ein aus der natürlichen Elternstellung folgendes Umgangsrecht wird dem nichtehelichen Vater<sup>15)</sup> im Gegensatz zum nicht sorgeberechtigten ehelichen Vater<sup>16)</sup> ebenfalls nicht zugestanden. Nach § 1711 Abs. 1 BGB bestimmt die

<sup>1)</sup> BGBl I 1243.

<sup>2)</sup> BGBl I 1061.

<sup>3)</sup> Vgl. Einleitung der Regierungsbegründung zum Sorgerechtsgesetz von 1974, BT-Drucks. 7/2060, S. 13.

<sup>4)</sup> So etwa hinsichtlich des Umgangsrechtes des nichtehelichen Vaters nach § 1711 BGB, vgl. hierzu *Jans/Happe*, Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge (1980), S. 216 ff.

<sup>5)</sup> Urteil vom 24. 3. 1981, BVerfGE 56, 363 ff. = FamRZ 1981, 429 ff. = NJW 1981, 1201 ff. = JZ 1981, 387 ff. Das KG, FamRZ 1982, 95 ff., hat sich dieser Ansicht angeschlossen.

<sup>6)</sup> Vgl. *Zweigert*, in: Verhandlungen des 44. DJT (1962), Bd. II, S. C 7/30 ff.; *ders.*, JuS 1967, 241/244; *Neuhaus*, FamRZ 1966, 528/529; *Simitis*, StAZ 1970, 255/263; vgl. auch *Müller-Freienfels*, in: Deutsche zivil- und kollisionsrechtliche Beiträge zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung 1974, S. 85/88; *Frank*, Grenzen der Adoption (1978), S. 120 ff.; *Göppinger*, FamRZ 1970, 57/65; *Stöcker*, ZRP 1975, 32/34 ff.; *Huválé*, ZBlJugR 1980, 560/562; *Jayme*, FamRZ 1981, 221/225; *Finger*, Familienrecht (1979), S. 331; kritisch jüngst auch *Kropholler*, AcP 185, 244 ff.

<sup>7)</sup> Vgl. *Zenz/Salgo*, Die Diskriminierung der Frau im Recht der Eltern-Kind-Beziehung (1983), S. 64 ff.; *de Witt/Huffmann*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft (1983), S. 102 ff.; *Schwaiger*, EuGRZ 1982, 1 ff.; *Eva Marie von Münch*, Zusammenleben ohne Trauschein (2. Aufl. 1983), S. 89; *Kropholler*, AcP 185, 244/270; aus kinderpsychiatrischer und psychologischer Sicht *Lempp*, ZfJ 1984, 305/308 f.; *Ell*, ZfJ 1985, 97 ff.

<sup>8)</sup> Den völligen Ausschluß des nichtehelichen Vaters vom Sorgerecht halten zumindest für verfassungswidrig: *Gernhuber*, Familienrecht (3. Aufl. 1980), § 58 I, S. 901; *Schwab*, Familienrecht, 3. Aufl. 1984, Rz. 548; *MünchKomm/Hinz*, BGB (1978), § 1705 Rz. 9; *Erman/Holzhauser*, BGB (7. Aufl. 1981), § 1705 Rz. 5; *Staudinger/Göppinger*, BGB (12. Aufl. 1985), Vorbem. zu §§ 1705 ff. Rz. 54; vgl. auch die in Fn. 6 und 7 Genannten. Die geltende Regelung für angemessen oder unbedenklich halten *Palandt/Diederichsen*, BGB (44. Aufl. 1985), § 1705 Anm. 1; *Soergel/Roth-Stielow*, BGB (11. Aufl. 1981), § 1705 Rz. 4; *AK-BGB/Münder* (1981), vor §§ 1705 ff. Rz. 10.

<sup>9)</sup> Auf die Möglichkeit der Vollmachterteilung wird insbesondere von den Autoren hingewiesen, die die elterliche Sorge des nichtehelichen Vaters ebenso wie die gemeinsame Sorge nach Scheidung der Eltern ablehnen, vgl. *Dieckmann*, AcP 178 (1978), 298/307; *ders.*, NJW 1981, 668/669; *Bosch*, FamRZ 1980, 849/854/1090; *Holzhauser*, FamRZ 1982, 109/115; *Knöpfel*, FamRZ 1983, 317/324; *Beitzke*, Familienrecht (23. Aufl. 1983), § 30 III, S. 267.

<sup>10)</sup> NJW 1981, 479.

<sup>11)</sup> Vgl. die durchaus nicht realitätsferne Glosse „Nicht Vater, nur Erzeuger“, in: „Die Zeit“ Nr. 36 vom 31. 8. 1984, S. 42.

<sup>12)</sup> Vgl. § 1671 BGB.

<sup>13)</sup> Vgl. die grundlegende Entscheidung des BVerfG, FamRZ 1982, 1179 ff. = NJW 1983, 101 ff.

<sup>14)</sup> Vgl. *Fthenakis/Niesel/Kunze*, Ehescheidung (1982), S. 227; *Fthenakis*, in: *Remschmidt*, Kinderpsychiatrie und Familienrecht (1984), S. 36 ff.; vgl. auch *Lempp*, ZfJ 1984, 305 ff.

<sup>15)</sup> Vgl. die amtliche Begründung des RegE zum NEG, *Jansen/Knöpfel*, Das neue Unehelichengesetz (1967), S. 286.

<sup>16)</sup> Vgl. § 1634 BGB. Das Umgangsrecht des nichtsorgeberechtigten ehelichen Elternteils wird als Restbestandteil der elterlichen Sorge angesehen, vgl. *Jansen/Knöpfel* [Fn. 15], S. 284.

sorgeberechtigte Mutter über den Umgang des Kindes mit dem Vater<sup>17)</sup>). Nur wenn der persönliche Umgang mit dem Vater dem Wohl des Kindes dient, kann das Vormundschaftsgericht dem Vater die Befugnis zum persönlichen Umgang zusprechen<sup>18)</sup>.

Schließlich kann die Mutter ihr eigenes nichteheliches Kind adoptieren und damit das Verwandtschaftsverhältnis zum Vater gänzlich zum Erlöschen bringen, ohne daß der Vater irgendwelche Interventionsmöglichkeiten besäße (§ 1747 Abs. 2 BGB). Auch hier spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob zwischen dem nichtehelichen Vater und dem Kind eine gelebte Vater-Kind-Beziehung bestanden hat oder nicht<sup>19)</sup>. Ganz anders dagegen die Situation verheirateter Eltern nach Scheidung: Eine Adoption des eigenen ehelichen Kindes durch einen Elternteil ist nicht möglich<sup>20)</sup>.

3. Der nichteheliche Vater hat nur die Möglichkeit, die Ehelicherklärung des Kindes zu erwirken (§ 1723 BGB) oder sein eigenes nichteheliches Kind zu adoptieren (§ 1741 Abs. 3 S. 2 BGB)<sup>21)</sup>, womit er jeweils auch das Recht der elterlichen Sorge erwirbt. Beides kann jedoch nur mit Einwilligung der Mutter erfolgen (§§ 1726 Abs. 1 S. 1, 1747 Abs. 2 S. 1); eine Ersetzung der Einwilligung durch das Vormundschaftsgericht kommt allenfalls in Ausnahmefällen in Betracht<sup>22)</sup>. Zudem wird in beiden Fällen die ursprünglich bestehende ausschließliche Sorgerechtszuständigkeit der Mutter lediglich umgekehrt; denn mit der Ehelicherklärung des Kindes verliert die Mutter das Sorgerecht (§ 1738 Abs. 1 BGB), mit der Adoption erlischt das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes zur Mutter ganz (§ 1755 BGB).

4. Der weitgehende Ausschluß des nichtehelichen Vaters im Bereich der personenrechtlichen Beziehungen gilt aber nicht nur, wenn es um die konkurrierende Sorgerechtszuständigkeit zwischen Mutter und Vater geht, sondern auch, wenn die Mutter das ihr primär zustehende Sorgerecht für das Kind nicht ausüben kann oder will.

Stirbt die Mutter oder wird ihr das Sorgerecht entzogen, so kann der nichteheliche Vater das Sorgerecht oft nur mit Schwierigkeiten erlangen<sup>23)</sup>, sogar dann, wenn er zuvor faktisch die elterliche Sorge ausgeübt hat. Denn wiederum im Gegensatz zum ehelichen Vater, dem, selbst wenn er vor dem Tod der Mutter oder vor der Sorgerechtsentziehung nicht sorgerechtigt war, nach § 1681 Abs. 1 S. 2 BGB grundsätzlich das Sorgerecht zu übertragen ist<sup>24)</sup>, fehlt es an einem gesetzlich normierten Vorrecht des nichtehelichen Vaters zum Eintritt in die Sorgerechtsposition bei Ausfall der Mutter.

Entschließt sich die Mutter, das Kind zur Fremdadoption wegzugeben, erscheinen die Chancen des nichtehelichen Vaters, dies zu verhindern, als relativ gering. Seiner Einwilligung zur Adoption bedarf es nicht (§ 1747 Abs. 1 S. 1 BGB). Zwar kann er versuchen, mit einem Antrag auf Ehelicherklärung oder Adoption<sup>25)</sup> seinerseits die Adoption durch Dritte abzuwenden; doch schützt ihn dieser in § 1747 Abs. 2 S. 2 BGB niedergelegte Vorrang dann nicht, wenn die Mutter die Einwilligung gerade zur Fremdadoption gibt, sie zur Ehelicherklärung oder Adoption des Kindes durch den Vater jedoch verweigert und keine besonderen Umstände vorliegen, die zu einer vormundschaftsgerichtlichen Ersetzung der Einwilligung<sup>26)</sup> der Mutter führen.

### III. Das soziologische Bild des nichtehelichen Vaters

Ausgangslage für diese rechtliche Regelung ist ein Bild des nichtehelichen Vaters, wie es namentlich in der Begründung des Referentenentwurfs zum Nichtehelichengesetz<sup>27)</sup> gezeichnet wurde:

„Soweit es sich um die Rechtsstellung des Vaters handelt, geht der Referentenentwurf davon aus, daß zwischen dem Vater und seinem unehelichen Kinde eine Beziehung, die der Beziehung zwischen dem Vater und seinem ehelichen Kinde entspricht, in aller Regel nicht besteht. . . Die tatsächlichen Beziehungen zwischen dem unehelichen Kind und seinem Vater bleiben meist sehr locker. Vater und Mutter leben in den meisten Fällen nicht, in einer Anzahl von Fällen nur vorübergehend zusammen. Zwischen Vater und Mutter besteht sehr häufig ein gespanntes Verhältnis. Nur eine kleine

Minderheit der Väter ist geneigt, sich um das Kind wie um ein eheliches zu kümmern. Der Vater ist hierzu mit Rücksicht auf seine eheliche Familie auch oft nicht in der Lage. Ein Verkehr zwischen Vater und Kind wird in vielen Fällen von der Mutter nicht gewünscht und entspricht dann in der Regel auch nicht dem Wohle des Kindes. Schließlich übernimmt, wenn die Mutter einen anderen Mann als den Vater des Kindes heiratet, vielfach ihr Ehemann die tatsächliche Stellung des Vaters.“

Es mag dahingestellt bleiben, ob diese Beschreibung der Situation nichtehelicher Väter Ende der 60er Jahre der sozialen Realität entsprach. An kritischen Stimmen<sup>28)</sup>, trotz weithin zu verzeichnender Billigung<sup>29)</sup> dieses Bildes, hat es schon damals nicht gefehlt. Es liegt nahe, auch hierin einen Ausfluß jahrhundertelanger Diskriminierung der Nichtehelichkeit zu sehen. Vorstellbar erschien den Gesetzesverfassern als typischer nichtehelicher Vater offenbar nur ein Mann, der anderweitig in einer – jedenfalls nach außen hin – intakten bürgerlichen Familie lebt und der sich für einen einmal gemachten Fehltritt – allenfalls belastet mit einer Geldzahlung – aus der Verantwortung ziehen will und kann.

Heute sieht die soziale Wirklichkeit – zumindest in Teilen der Gesellschaft – anders aus.

Zwar sind genaue Angaben darüber, wieviele der nichtehelich geborenen Kinder bereits heute mit ihrem Vater aufwachsen<sup>30)</sup>, nicht möglich. Nichteheliche Gemeinschaften entziehen sich bekanntlich der genauen statistischen Erfassung, und die sozialwissenschaftlichen Untersuchungen zu diesem Problemkreis sind spärlich. Während umfangreiches soziologisches und psychologisches Material zur Situation der nichtehelichen Mutter und des nichtehelichen Kindes vorliegt, wurde der Vater erst in jüngster Zeit in die Betrachtungen mit einbezogen<sup>31)</sup>.

Gewisse Rückschlüsse auf die Zahl in praxi gelebter nichtehelicher Vater-Kind-Beziehungen lassen sich jedoch aus der Rate der nichtehelichen Geburten sowie aus den

<sup>17)</sup> Zur Verfassungsmäßigkeit des § 1711 BGB vgl. *BVerfGE* 56, 363/390 ff. = *FamRZ* 1981, 429/435 f.; vgl. auch *BVerfGE* 64, 180/191 f. = *FamRZ* 1983, 872/874; kritisch *Kropholler*, *AcP* 185, 244/282 ff.

<sup>18)</sup> Eine positive Entscheidung des VormG ergeht in der Regel nur, wenn der Vater jahrelang mit Kind und Mutter in Gemeinschaft gelebt hat, vgl. *LG Hamburg*, *FamRZ* 1971, 600 (4 Jahre); *LG Köln*, *MDR* 1973, 586 (8 Jahre); *AmtsG Leutkirch*, *NJW* 1983, 1066 (2 1/2 Jahre); Umgangsrecht trotz jahrelangen Zusammenlebens verneint: *LG Berlin*, *DAVorm* 1981, 917; *LG Hamburg*, *DAVorm* 1982, 693; *LG Hildesheim*, *DAVorm* 1983, 519; vgl. auch *Reuther*, *ZBlJugR* 1974, 464 ff.

<sup>19)</sup> Neuerdings wies freilich das *OLG Hamm*, *FamRZ* 1982, 194, den Adoptionsantrag einer nichtehelichen Mutter, die dadurch allein den Umgang des Vaters mit dem Kind verhindern wollte, zurück.

<sup>20)</sup> Vgl. *OLG Hamm*, *FamRZ* 1978, 735. Gegen die unterschiedliche Behandlung des nichtehelichen Vaters *Frank* [Fn. 6], S. 115.

<sup>21)</sup> Kritisch gegenüber Ehelicherklärung und Adoption des eigenen nichtehelichen Kindes *Staudinger/Göppinger*, *BGB* (12. Aufl. 1985), Vorbem. zu §§ 1705 ff. Rz. 47, 50; *Neuhaus*, *ZBlJugR* 1981, 37/41: „... zwei unnatürliche Konstruktionen“.

<sup>22)</sup> Vgl. §§ 1727 Abs. 1, 1748 Abs. 1 BGB; Nachw. zur Rechtsprechung bei *Staudinger/Göppinger*, *BGB* (12. Aufl. 1985), § 1727 Rz. 8.

<sup>23)</sup> Vgl. *de Witt/Huffmann* [Fn. 7], S. 100.

<sup>24)</sup> Zur Begründung eines „Heimfallrechtes“ allein aus der blutmäßigen Abstammung *Dieckmann*, *AcP* 178 (1978), 298/326 f., ohne daß dieses Argument freilich auf den nichtehelichen Vater übertragen wird.

<sup>25)</sup> Über diese Möglichkeit ist der nichteheliche Vater nach § 51 b JWG durch das Jugendamt zu beraten. Die Beratung soll erfolgen, ehe das Kind in Adoptionspflege (§ 1744 BGB) gegeben wird. Die Unterlassung der Aufklärung wirkt sich nach h. M. jedoch nicht auf die Wirksamkeit der Adoption aus, vgl. *MünchKomm/Lüderitz*, *BGB* (1978), § 1747 Rz. 26.

<sup>26)</sup> Vgl. §§ 1727 Abs. 1, 1748 Abs. 1 BGB.

<sup>27)</sup> Vgl. *Jansen/Knöpfel* [Fn. 15], S. 79.

<sup>28)</sup> Vgl. nur *Gernhuber*, *Familienrecht* (2. Aufl. 1971), § 58 I, S. 678 f.; *Zweigert*, *JuS* 1967, 241/244; *Simitis*, *StAZ* 1970, 255/263.

<sup>29)</sup> Vgl. *Beitzke*, *Familienrecht* (16. Aufl. 1972), § 30, S. 209 f.; *Soergel/Lade*, *BGB* (10. Aufl. 1971), § 1705 Rz. 5; *Bosch*, *FamRZ* 1968, 621/624; *Göppinger*, *FamRZ* 1966, 418/423; *H. Maier*, *FamRZ* 1966, 429/431; *Grasnick*, *NJW* 1966, 1196 ff.; *H. Lange*, *JZ* 1966, 727/732.

<sup>30)</sup> Schon in den 60er Jahren untersuchte *Webler*, *ZBlJugR* 1969, 177 ff., eine Gruppe von 259 nichtehelichen Vätern, die mit ihren Kindern zusammenlebten.

<sup>31)</sup> Vgl. *Fthenakis*, *Väter*, Bd. II (1985), S. 10 ff., mit Nachw. zur neueren sozialwissenschaftlichen Forschung insbesondere in den USA, S. 12.

Schätzungen von Bevölkerungswissenschaftlern zur Zahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften ziehen.

Zunächst zur Zahl der nichtehelichen Geburten. Im Jahre 1982<sup>32)</sup> wurde in der Bundesrepublik jedes 11. Kind nichtehelich geboren. War es in den Ländern Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz nur jedes 14., so war es in Berlin bereits jedes 5. Kind, in Hamburg und Bremen jedes 6. Kind. Bemerkenswert ist, daß sich der Anteil der nichtehelichen Geburten an der gesamten Geburtenzahl seit 1966, wo er seinen niedrigsten Stand in der Bundesrepublik erreicht hatte, nahezu verdoppelt hat. Ähnliche, ja zum Teil wesentlich höhere Quoten der nichtehelichen Geburten werden aus dem Ausland berichtet<sup>33)</sup>.

Im selben Zeitraum, in dem die Zahl der nichtehelichen Kinder bedeutsam zunahm, ist auch die Zahl der in nichtehelicher Gemeinschaft lebenden Paare ständig gewachsen. Das Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung<sup>34)</sup> verzeichnete für den Zeitraum von 1972 bis 1982 einen Anstieg der nichtehelichen Lebensgemeinschaften von 136 500 auf 515 500, also um das 3,7 fache. Auch hier liegen die ausländischen Zahlen – insbesondere für Skandinavien – wesentlich höher. Bereits Ende der 70er Jahre sollen in Dänemark und Schweden bereits 13 bzw. 15 % der Gesamtbevölkerung in nichtehelicher Lebensgemeinschaft gelebt haben<sup>35)</sup>.

Das gleichzeitige Ansteigen der Zahl der nichtehelichen Geburten und der Zahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften legt die Mutmaßung nahe, daß bereits heute eine nicht unbeträchtliche Zahl der nichtehelichen Kinder gemeinsam mit Mutter und Vater lebt. Diese These wird einerseits unterstützt durch Berichte aus der Praxis der Jugendämter, die einen erheblichen Anstieg dieser sogenannten nichtehelichen Familien verzeichnen<sup>36)</sup>, andererseits durch Untersuchungen aus dem Ausland: Für Schweden wird geschätzt, daß zwei Drittel der nichtehelich geborenen Kinder zusammen mit beiden Elternteilen aufwachsen<sup>37)</sup>; in den USA soll sich die Zahl der Kinder in nichtehelicher Familie innerhalb von drei Jahren verdoppelt haben<sup>38)</sup>; in den Niederlanden ergab eine qualitative Untersuchung von nichtehelichen Lebensgemeinschaften, daß in nahezu der Hälfte der Fälle Kinder der Gemeinschaft angehörten<sup>39)</sup>.

Als Ausdruck der Veränderung der Einstellung der nichtehelichen Väter gegenüber ihren Kindern und ihres Selbstverständnisses darf schließlich gewertet werden, daß immer mehr Väter – nichteheliche wie auch eheliche – bereit sind, in gerichtlichen Verfahren um die Durchsetzung oder Anerkennung ihrer Rechte zu kämpfen. Unterstützt wird diese, häufig mit dem Beinamen „Die neuen Väter“ belegte Bewegung durch einen aus den USA stammenden und auch bei uns sich zunehmend ausbreitenden psychologischen Ansatz<sup>40)</sup>, der in Abkehr von den in den 50er und 60er Jahren eher mutterzentrierten Untersuchungen<sup>41)</sup> zur frühkindlichen Entwicklung die Bedeutung der Vater-Kind-Beziehung gerade auch in den frühen Lebensjahren des Kindes zum Gegenstand intensiver Forschung macht.

Auch die Sachverhalte der Entscheidungen<sup>42)</sup> zu Sorge- und Besuchsrecht des nichtehelichen Vaters im In- und Ausland ergeben überwiegend ein Bild des nichtehelichen Vaters, das jenem, das der Gesetzgeber von 1969 vor Augen hatte, geradewegs entgegengesetzt ist: Es geht um Väter, die über Jahre hinweg für ihre Kinder – oftmals ohne die Mutter – gesorgt haben und die sich gegen die Widerstände der Mutter bemühen, bestehende Kontakte zum Kind aufrecht zu erhalten.

Psychologische Untersuchungen über nichteheliche Väter in den USA aus jüngerer Zeit weisen in eine ähnliche Richtung. So stellte *Eiduson* 1982<sup>43)</sup> für nichteheliche Familien fest, daß die Väter eher Pflegetätigkeiten übernahmen als Väter in traditionellen Familien und daß die Kinder eine sehr enge Beziehung zu ihrem Vater hatten. Eine Befragung schwarzer nichtehelicher Väter ergab, daß 98 % der Befragten an der Zukunft ihres Kindes interessiert waren<sup>44)</sup>.

Selbst wenn heute noch die Mehrheit der nichtehelichen Väter ihrem Kind indifferent gegenüberstehen sollte, so ist

das kein Grund, die wachsende Minderheit der nichtehelichen Väter, die ein echtes Interesse an ihrem Kind haben und bereit und in der Lage sind, auch die soziale Vaterrolle zu übernehmen, zu vernachlässigen.

## IV. Ausländische Lösungsansätze

Wie in der Bundesrepublik durch das Nichtehelichengesetz von 1969/70 wurde in vielen ausländischen Rechtsordnungen<sup>45)</sup> Ende der 60er und Anfang der 70er Jahre das Recht der nichtehelichen Kinder einer grundlegenden Reform unterzogen. Anders als in der Bundesrepublik haben einige dieser ausländischen Lösungsansätze<sup>46)</sup> in ihrer Neubewertung jedoch nicht vor dem Recht der elterlichen Sorge haltgemacht.

Stellvertretend sei hier die Rechtslage in Frankreich, wie sie sich nach dem Gesetz vom 4. 6. 1970 gestaltet, sowie in den USA, wo die Anpassung des nichtehelichen Kind-schaftsrechts an veränderte soziale Verhältnisse und gesellschaftliche Werthaltungen durch die Rechtsprechung erfolgte, dargestellt.

### 1. Frankreich

Im französischen Recht, das auch nach der Reform alter romanischer Rechtstradition folgend vom Anerkennungssystem<sup>47)</sup> ausgeht, ist die elterliche Sorge für ein nichteheliches Kind prinzipiell<sup>48)</sup> an die Anerkennung des Kindes gekoppelt.

<sup>32)</sup> Vgl. Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1984, S. 70.

<sup>33)</sup> Besonders hoch ist der Anteil nichtehelicher Geburten an der Gesamtgeburtenzahl in Schweden (1979: 37,5 %), vgl. *Agell*, 24 Sc. St. L. 9/15 (1980); für die USA (1975: 14,2 %), vgl. *Glendon*, in: *Eekelaar/Katz*, Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies (1980), S. 59/63; für Frankreich (1981: 12,7 %), vgl. *Carbonnier*, Droit civil (12. Aufl. 1983), Bd. 2, S. 381, Nr. 116; für England (1980: 11,8 %), vgl. *Cretney*, Principles of Family Law (4. Aufl. 1984), S. 616.

<sup>34)</sup> Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung, Demographische Fakten und Trends in der Bundesrepublik Deutschland (1984), S. 21.

<sup>35)</sup> Vgl. *Meyer/Schulze*, Kölner Zschr. für Soz. und Sozialpsych. 1983, 735/741 ff.

<sup>36)</sup> Vgl. *Huvalé*, ZBlJugR 1980, 560/564.

<sup>37)</sup> Vgl. *Sundberg*, in: *Famille, Droit et Changement Sociale dans les Sociétés Contemporaines* (1978), S. 49/75.

<sup>38)</sup> Vgl. *Fthenakis*, Väter, Bd. II (1985), S. 16.

<sup>39)</sup> Vgl. *Straver*, in: *Loccumer Protokolle* 3/1980, S. 18/38.

<sup>40)</sup> Vgl. vor allem *Fthenakis*, Väter, Bd. I und II (1985); *Fthenakis/Niesel/Kunze*, Ehescheidung (1983). Ein ausführlicher Bericht zum Stand der Vaterforschung in den USA findet sich bei *Fthenakis*, Väter, Bd. I (1985), S. 228 ff.

<sup>41)</sup> Vgl. die eingehende Darstellung bei *Fthenakis*, Väter, Bd. I (1985), S. 25 ff., 212 ff.

<sup>42)</sup> Für die Bundesrepublik vgl. nur *BVerfGE* 56, 363 ff. = *FamRZ* 1981, 429 ff., sowie die in Fn. 18 genannten Entscheidungen. Für Frankreich vgl. unten IV. 1., für die USA IV. 2.

<sup>43)</sup> Vgl. *Fthenakis*, Väter, Bd. II (1985), S. 46.

<sup>44)</sup> Vgl. *Fthenakis*, Väter, Bd. II (1985), S. 42.

<sup>45)</sup> Frankreich und USA vgl. Text im folgenden. Italien: Gesetz vom 19. 5. 1975; England: Family Law Reform Act 1969; Neuseeland: Status of Children Act 1969; Australien: Gesetze der einzelnen Provinzen, die im wesentlichen dem neuseeländischen Beispiel folgen, vgl. *Finlay*, Family Law in Australia (3. Aufl. 1983), S. 371 ff., Nr. 965 ff.

<sup>46)</sup> Außer Frankreich und USA vgl. etwa Italien: Art. 317 bis Abs. 2 Cc (Haben beide Eltern anerkannt, so gebührt die elterliche Gewalt beiden, wenn sie zusammenleben.); Schweden: ElternG, 6. Kap. § 8 S. 2 (Wenn die Eltern über die gemeinsame Sorge einig sind, hat das Gericht einen entsprechenden Beschluß zu erlassen, wenn dies nicht dem Besten des Kindes offenkundig widerstreitet.); Québec (Kanada): Art. 244 Cc; weitere Nachw. bei *Jayme*, NJW 1979, 2425/2428 Fn. 36; *ders.*, *FamRZ* 1981, 221/225; *Mockenhaupt*, ZBlJugR 1981, 337 ff.; *Kropholler AcP* 185, 244/272 f.; vgl. auch Explanatory Report on the Convention on the Legal Status of Children born out of Wedlock (Straßburg 1975), S. 12 f.

<sup>47)</sup> Vgl. Art. 334-8 Cc; vgl. hierzu *Weill/Terré*, Droit Civil, Les Personnes, la Famille, les Incapacités (5. Aufl. 1983), S. 595, 599 ff., Nr. 599, 605 ff.

<sup>48)</sup> Nach Art. 374-1 Cc gelten dieselben Regeln wie bei Anerkennung auch im Falle der gerichtlichen Feststellung der Elternschaft.

Hat nur ein Elternteil das Kind anerkannt, so steht ihm nach Art. 374 Abs. 1 Cc die elterliche Sorge allein zu, da man davon ausgeht, daß die freiwillige Anerkennung der Elternschaft auf eine größere Zuneigung dem Kind gegenüber schließen läßt, als wenn die Elternschaft erst gerichtlich festgestellt werden muß<sup>49</sup>). Haben beide Elternteile das Kind anerkannt, so ist – unabhängig von der zeitlichen Reihenfolge der Anerkennung<sup>50</sup>) – grundsätzlich die Mutter Inhaberin des Sorgerechts (Art. 374 Abs. 2 Cc)<sup>51</sup>). Der Gesetzgeber wollte damit der Tatsache Rechnung tragen, daß die meisten nichtehelichen Kinder bei der Mutter aufwachsen, und die Mutter vor möglichen „Erpressungsversuchen von Männern, mit denen sie lediglich eine flüchtige Bekanntschaft verband“<sup>49</sup>), schützen.

Dieses System der Zuordnung der elterlichen Sorge will allerdings nur den Regelfall erfassen und ist deshalb nicht unumstößlich. Nach Art. 374 Abs. 2 S. 2 Cc kann das Gericht<sup>52</sup>) auf Antrag eines Elternteils oder der Staatsanwaltschaft statt der Mutter die elterliche Sorge dem Vater allein oder beiden Elternteilen zur gemeinsamen Ausübung zuweisen. Im letzteren Fall<sup>54</sup>) kommen dieselben Regeln zur Anwendung, die für die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge durch verheiratete Eltern gelten, insbesondere entscheidet bei Uneinigkeit der Eltern über die Ausübung des Sorgerechts im Einzelfall das Vormundschaftsgericht.

Obleich im Gesetz<sup>55</sup>) nicht ausdrücklich angesprochen, ist oberste Leitlinie für jede Sorgerechtsregelung abweichend vom gesetzlichen Grundmodell das Kindeswohl<sup>56</sup>), das auch in den übrigen Bereichen des Kindschaftsrechts im Mittelpunkt steht.

Die zu Art. 374 Abs. 2 S. 2 Cc ergangenen französischen Entscheidungen lassen eine deutliche Tendenz der Gerichte erkennen, wo irgend möglich auch bei nichtehelichen Kindern die elterliche Sorge nicht einem Elternteil allein, sondern beiden zur gemeinsamen Ausübung zu übertragen<sup>57</sup>). Soweit die elterliche Sorge einem Elternteil allein zugewiesen wird, erhält der andere Teil zumeist ein sehr großzügig ausgestaltetes Besuchsrecht<sup>58</sup>). Leben die Eltern zusammen, so erscheint die Gewährung der gemeinsamen elterlichen Sorge in Frankreich als unproblematisch. Aus der veröffentlichten Rechtsprechungspraxis ist kein Fall bekannt, in dem ein Gericht bei diesem Sachverhalt einen Antrag auf Gewährung gemeinsamer elterlicher Sorge zurückgewiesen hätte<sup>59</sup>).

Den nichtehelichen Eltern kann die elterliche Sorge jedoch auch dann gemeinsam zugewiesen werden, wenn sie nicht oder nicht mehr zusammenleben<sup>60</sup>). Verlangt wird in diesen Fällen freilich, daß die Eltern fähig und gewillt sind, ein Minimum an Einverständnis aufzubringen, ohne das eine gemeinsame Sorgerechtsausübung kaum möglich erscheint. So sah das Appellationsgericht von Grenoble<sup>61</sup>) in einem Fall, in dem die Mutter nicht einmal bereit war, den Vater des Kindes zu sehen, keine ausreichende Basis für die Gewährung eines gemeinsamen Sorgerechts.

Vereinzelt geblieben und in der Literatur auf Kritik gestoßen ist eine Entscheidung des Appellationsgerichts von Paris<sup>62</sup>), die die gemeinsame Sorge anordnete, obwohl die Eltern nicht zusammenlebten und auch kein Einverständnis zwischen den Eltern vorlag.

Die Eltern des 1973 geborenen Kindes hatten zwei Jahre lang zusammengelebt, als die Mutter den Vater und den damals 14 Monate alten Sohn verließ. Beide hatten das Kind anerkannt, so daß die elterliche Sorge der Mutter zustand. Der Sohn blieb zunächst ½ Jahr ganz beim Vater und wechselte dann ein Jahr lang zwischen Vater und Mutter hin und her. Von 1976 bis 1980 lebte der Sohn praktisch die gesamte Zeit im väterlichen Haushalt. Als die Mutter den inzwischen 7 ½ jährigen Sohn zu sich nahm, beantragte der Vater die gemeinsame elterliche Sorge, die Mutter hingegen begehrte das alleinige Sorgerecht. Das Gericht gab dem Antrag des Vaters auf gemeinsame Sorge statt, der Mutter wurde allerdings das Aufenthaltsbestimmungsrecht zugesprochen. Es betonte, daß beide Eltern gleichermaßen als zur Erziehung des Kindes geeignet erschienen und die Bindungen des Kindes an beide Eltern gleich stark seien. Angesichts der bedeutenden Rolle, die der Vater in der bisherigen Entwicklung des Kindes gespielt habe, entspreche es dem Wohl des Kindes, ihm seine Anwesenheit für die Zukunft zu erhalten und seine Verantwortung rechtlich in Form der elterlichen Sorge zu verankern.

Das Gericht ließ sich dabei offenbar von der Hoffnung leiten, daß die Eltern hinsichtlich der Ausübung der elterlichen Sorge in Zukunft zu einem Einverständnis gelangen könnten, denn es hob hervor, daß beide Eltern „des personnes cultivées“ seien und ihre Haushalte nahe beieinander lägen.

Die gemeinsame elterliche Sorge erscheint damit im französischen Recht als ein Instrument, auch dem nichtehelichen Kind, wenn irgend möglich, beide Eltern zu erhalten. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Eltern zusammengelebt haben und nach der Trennung das Kindeswohl bei beiden Elternteilen gleichermaßen verwirklicht erscheint. Wo freilich das Kindeswohl beim Vater eindeutig besser aufgehoben ist als bei der Mutter, wird das Sorgerecht auf den Vater übertragen<sup>63</sup>). Allerdings scheint es sich bisher insoweit eher um Ausnahmefälle zu handeln.

Beispielhaft ist der einer Entscheidung des Appellationsgerichts von Versailles<sup>64</sup>) vom Jahre 1980 zugrunde liegende Sachverhalt: Die Eltern hatten seit 1968 in nichtehelicher Lebensgemeinschaft gelebt. Den 1972 geborenen gemeinsamen Sohn hatte der Vater sofort anerkannt, so daß ihm die elterliche Sorge zustand. Im Jahre 1977 verließ die Mutter den gemeinsamen Haushalt und nahm zunächst auch den Sohn nicht mit. Erst einige Monate nach der Trennung – und mehr als fünf Jahre nach der Geburt – erkannte sie ihrerseits das Kind an, so daß ihr automatisch die elterliche Sorge zufiel. Der Antrag des Vaters auf Übertragung der elterlichen Sorge hatte Erfolg; der Mutter wurde jedoch ein großzügiges Besuchsrecht<sup>65</sup>) eingeräumt. Ausschlaggebend für diese Entscheidung war wiederum das Kindeswohl. Das Gericht stellte darauf ab, daß der Vater bislang die Hauptbezugsperson des Kindes gewesen war und daß er in der Zukunft eher als die Mutter dem Kind ein stabiles Zuhause bieten könne.

Festzuhalten ist, daß das französische Recht – obgleich es bei der Regelung der elterlichen Sorge für nichteheliche Kinder grundsätzlich vom Primat der Mutter ausgeht –

- <sup>49</sup>) Vgl. *Carbonnier*, *Droit civil* (12. Aufl. 1983), Bd. 2, S. 559, Nr. 163.  
<sup>50</sup>) Hierin liegt eine wesentliche Änderung gegenüber dem früheren Recht: Bis 1970 stand demjenigen Elternteil die elterliche Sorge zu, der das Kind zuerst anerkannt hatte; bei gleichzeitiger Anerkennung war der Vater sorgeberechtigt, vgl. *Ponsard*, in: *Enc. Dalloz*, *Rép. civ.*, *Autorité parentale*, Nr. 60.  
<sup>51</sup>) Stirbt die bis dahin allein sorgeberechtigte Mutter, fällt die elterliche Sorge – wie bei ehelichen Kindern – grundsätzlich an den Vater, vgl. *Cass. civ. 1<sup>re</sup>*, 9. 7. 1975, *Gaz. Pal.* 1975. 2. 705.  
<sup>52</sup>) „... les chantages de leurs compagnons éphémères“, vgl. Erklärung des Garde des Sceaux, J. O., *Déb. parl. Ass. Nat.* 1970, S. 851.  
<sup>53</sup>) Ein Ergänzungsantrag, den nichtehelichen Eltern auf ihren bloßen Antrag hin – ohne gerichtliche Überprüfung – die gemeinsame elterliche Sorge zu gewähren, fand im Parlament nicht die notwendige Zustimmung, vgl. *Ponsard*, in: *Enc. Dalloz*, *Rép. civ.*, *Autorité parentale*, Nr. 68.  
<sup>54</sup>) Klarstellend insoweit *Cass. civ. 1<sup>re</sup>*, 19. 1. 1979, D. 1980. 85 m. Anm. *Lanquetin* = *Bull. civ. I*, 16; vgl. auch bereits *Cass. civ. 1<sup>re</sup>*, 14. 2. 1978, *Bull. civ. I*, 49.  
<sup>55</sup>) Anders noch Art. 383 Abs. 2 Cc a. F., der eine Übertragung des Sorgerechts ausdrücklich davon abhängig machte, daß das Kindeswohl sie erforderte.  
<sup>56</sup>) Vgl. *Lanquetin*, Anm. zu *Cass. civ. 1<sup>re</sup>*, 19. 1. 1979, D. 1980.85/88.  
<sup>57</sup>) Vgl. hierzu die im folgenden genannten Entscheidungen. Grundlegend zur gemeinsamen Sorge nach Scheidung: *Cass. civ. 1<sup>re</sup>*, 21. 3. 1983, J. C. P. 1984. II. 20163 m. Anm. *Dekeuwer* = D. 1984.53 m. Anm. *Moussa*; *Cass. civ. 2<sup>me</sup>*, 2. 5. 1984, J. C. P. 1985. II. 20412 m. Anm. *Dekeuwer*; vgl. auch *Nicolas-Maguin*, D. 1983. Chron. 111 ff.  
<sup>58</sup>) Vgl. *Ponsard*, in: *Enc. Dalloz*, *Rép. civ.*, *Autorité parentale*, Nr. 89; aus der Rechtsprechung vgl. *Versailles*, 7. 7. 1980, J. C. P. 1983.II.19952.  
<sup>59</sup>) Vgl. *Carbonnier*, *Droit civil* (12. Aufl. 1983), Bd. 2, S. 287, Nr. 87.  
<sup>60</sup>) Vgl. *Huet-Weiller*, Anm. zu *Grenoble*, 12. 6. 1978, D. 1978.IR.399. Entscheidend ist die Stabilität der elterlichen Beziehung, nicht das Zusammenleben; vgl. auch *Carbonnier* [Fn. 59]; *Neirinck-Campredon*, Anm. zu *Paris*, 28. 5. 1982, J. C. P. 1983.II.20042.  
<sup>61</sup>) *Grenoble*, 12. 6. 1978, D.1978.IR.399, m. Anm. *Huet-Weiller*; vgl. auch *Cass. civ. 1<sup>re</sup>*, 25. 11. 1981, D.1982.IR.207; *Trib. gr. inst. Montauban*, 14. 1. 1976, D.1977.IR.41.  
<sup>62</sup>) *Paris*, 28. 5. 1982, J. C. P. 1983.II.20042, mit abl. Anm. *Neirinck-Campredon*.  
<sup>63</sup>) Vgl. *Versailles* [Fn. 64]; *Cass. civ. 1<sup>re</sup>*, 25. 11. 1981, J. C. P. 1983. II. 19952, m. Anm. *Boulanger*: fortdauernde Unterbringung eines taubstummen Kindes in einem Heim im Wege der Erziehungsbeihilfe auf Antrag des Vaters gegen den Willen der Mutter, die das Kind nach Gabun mitnehmen wollte; vgl. auch *Cass. civ. 1<sup>re</sup>*, 16. 1. 1979, D.1980.85.  
<sup>64</sup>) *Versailles*, 7. 7. 1980, J. C. P. 1983. II. 19952, m. Anm. *Boulanger*.  
<sup>65</sup>) Jedes Wochenende von Freitag Abend 16.30 Uhr bis Sonntag Abend 19.00 Uhr sowie während der Hälfte der Schulferien.

hinreichend flexibel angelegt ist und von den Gerichten gehandhabt wird, um den unterschiedlichen sozialen Situationen, in denen nichteheliche Kinder heute aufwachsen, Rechnung zu tragen. Somit ergibt sich hinsichtlich der Ausgestaltung der elterlichen Sorge eine weitgehende Annäherung des nichtehelichen an das eheliche Kindschaftsrecht.

## 2. USA

Das nichteheliche Kind stand – als *filius nullius* – nach altem Common Law<sup>66)</sup> unter der Fürsorge der Gemeinde, in der es geboren wurde. Weder Mutter noch Vater eines nichtehelichen Kindes konnten Inhaber der elterlichen Sorge sein. Erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts – parallel zur Anerkennung der elterlichen Sorge der ehelichen Mutter neben dem bis dahin allein zuständigen ehelichen Vater – wurde auch der nichtehelichen Mutter das Sorgerecht für ihr Kind zugestanden.

Obleich einige Gerichte dem nichtehelichen Vater zunächst noch jegliches Sorgerecht absprachen, erkannte die Mehrheit der amerikanischen Rechtsprechung die generelle Möglichkeit des Sorgerechts auch des nichtehelichen Vaters im Laufe dieses Jahrhunderts an<sup>67)</sup>. Insbesondere wurde ihm nach dem Tode der sorgeberechtigten Mutter ein aus der biologischen Vaterschaft abgeleitetes Anrecht auf Zuweisung der elterlichen Sorge zugestanden. Dieses Recht wurde grundsätzlich als „superior to the right of any other person than the mother“ angesehen und führte nicht selten dazu, daß in einem Sorgerechtsstreit nach Ausfall der Mutter dem Vater der Vorrang vor anderen Verwandten eingeräumt wurde<sup>68)</sup>.

Im Verhältnis zwischen nichtehelicher Mutter und nichtehelichem Vater war freilich die Mutter bis vor einigen Jahren die primär zur Ausübung des Sorgerechts Berufene. Hieran änderte auch nichts, daß bei nichtehelichen wie bei ehelichen Kindern zunehmend oberste Richtschnur jeder Sorgerechtsentscheidung das Kindeswohl, the best interests of the child, sein sollte<sup>69)</sup>. Denn die Gerichte gingen praktisch einmütig davon aus, daß das Kindeswohl bei der Mutter besser als beim Vater verwirklicht werde. Die „natürliche“ Liebe und Zuneigung einer Mutter zu ihrem Kind sei größer als die irgendeiner anderen Person und das Kind brauche gerade die mütterliche Fürsorge<sup>70)</sup>. Diese Auffassung galt namentlich für kleinere Kinder und fand in der sog. tender years doctrine<sup>71)</sup> auch im Bereich des Sorgerechts für Scheidungskinder allseitige Zustimmung.

Der nichteheliche Vater vermochte grundsätzlich nur dann in einem Sorgerechtsstreit gegenüber der Mutter zu obsiegen, wenn er nachweisen konnte, daß die Mutter „unfit“, d. h. zur Erziehung des Kindes nicht geeignet war oder das Kind verlassen hatte<sup>72)</sup>.

Ende der 70er Jahre vollzog sich in den meisten amerikanischen Bundesstaaten ein entscheidender Wandel der Rechtsauffassung. Ausgangspunkt und leading-case war die Entscheidung des U. S. Supreme Court in Stanley v. Illinois<sup>73)</sup>. Das oberste amerikanische Gericht erklärte ein Gesetz des Staates Illinois, wonach nichteheliche Kinder nach dem Tod der Mutter automatisch unter Amtsvormundschaft gestellt wurden, ohne daß vorher die Erziehungsunfähigkeit des nichtehelichen Vaters im Einzelfall nachgewiesen wurde, als mit dem verfassungsrechtlichen Gebot der „equal protection“ nicht vereinbar. Dabei ging das Gericht auch auf die soziologische Situation nichtehelicher Väter ein:

„It may be, that most unmarried fathers are unsuitable and neglectful parents ... But all unmarried fathers are not in this category; some are wholly suited to have custody of their children.“<sup>74)</sup>

Im Streitfall hatte der nichteheliche Vater mit der Mutter und den drei gemeinsamen Kindern 18 Jahre lang bis zum Tode der Mutter zusammengelebt.

Diese sowie eine Reihe weiterer Entscheidungen des U. S. Supreme Court zum nichtehelichen Kindschaftsrecht in den darauffolgenden Jahren<sup>75)</sup> haben zu einer weitgehenden Annäherung der rechtlichen Stellung der nichtehelichen Kinder an die der ehelichen Kinder geführt. Dabei werden

die Argumente einmal mehr aus dem Kindeswohl<sup>76)</sup>, ein andermal mehr aus dem Gebot der Gleichberechtigung der nichtehelichen Väter<sup>77)</sup> gewonnen.

Im Bereich der elterlichen Sorge wurde daraufhin in vielen Staaten der bis dahin bestehende Primat der nichtehelichen Mutter abgeschafft<sup>78)</sup>. Welchem Elternteil im Streitfall die elterliche Sorge für ein nichteheliches Kind zuzusprechen ist, wird heute – wie bei ehelichen Kindern – ausschließlich nach dem Kindeswohl entschieden. Nachdem auch die tender years doctrine, d. h. die Vermutung, daß kleine Kinder am besten bei der Mutter aufgehoben sind, in den letzten Jahren in den meisten Staaten der individuellen Beurteilung des Kindeswohls Platz gemacht hat<sup>79)</sup>, erhalten nichteheliche wie geschiedene Väter in zunehmender Zahl das Sorgerecht für ihre Kinder.

Zur Illustration sei hier eine Entscheidung des Supreme Court von Ohio aus dem Jahre 1981<sup>80)</sup> berichtet. Die Eltern des 1976 geborenen Kindes hatten von 1975 bis 1978 zusammengelebt. Nachdem die Mutter bei ihrem Auszug aus der gemeinsamen Wohnung das Kind zunächst mitgenommen hatte, kam es wenige Monate später anlässlich eines Krankenhausaufenthalts der Mutter wieder zum Vater und blieb dort, woraufhin der Vater einen Antrag auf Übertragung des Sorgerechts stellte. Ausgehend von der Gleichberechtigung von Vater und Mutter in bezug auf die Ausübung des Sorgerechts gelangte das Gericht im konkreten Fall zu der Überzeugung, daß das Kindeswohl beim Vater besser verwirklicht erscheine, und sprach ihm das Sorgerecht zu.

Die weitgehende Gleichstellung der nichtehelichen Kinder mit den ehelichen im Bereich des Sorgerechts hat aber nicht allein zur Folge, daß das Sorgerecht statt der Mutter dem Vater zugewiesen werden kann, sondern sie eröffnet auch den Weg zur gemeinsamen elterlichen Sorge ohne Zusammenleben der Eltern, wie sie für geschiedene Eltern in den meisten amerikanischen Staaten möglich ist<sup>81)</sup> und zum Teil<sup>82)</sup> als wünschenswerteste Lösung der Sorgerechtsfrage

<sup>66)</sup> Vgl. *Douthwaite*, *Unmarried Couples and the Law* (1979), S. 138.

<sup>67)</sup> Vgl. die Nachw. in 10 Am. Jur. 2d, Bastards § 62, Fn. 2; *Annotation*, 45 A. L. R. 3d 216/224 ff.

<sup>68)</sup> Vgl. etwa *Deville v. LaGrange*, 388 So. 2d 696 (La. 1980); weitere Nachw. in *Annotation*, 45 A. L. R. 3d 216/230 ff.

<sup>69)</sup> Umfassende Nachw. in *Annotation*, 51 A. L. R. 1510/1515 ff.; 98 A. L. R. 2d 417/421 ff.

<sup>70)</sup> Vgl. *Douthwaite* [Fn. 66], S. 138; 10 Am. Jur. 2d, Bastards § 60.

<sup>71)</sup> Vgl. hierzu *Annotation*, 70 A. L. R. 3d 262 ff.

<sup>72)</sup> Vgl. In re Gutman, 22 Ohio App. 2d 125, 259 N. E. 2d 128 (1969); *Edwards v. Cason*, 237 Ga. 116, 226 S. E. 2d 910 (1976); *Neal v. White*, 362 So. 2d 1148 (La. App. 1978); In re Mark T., 8 Mich. App. 122, 154 N. W. 2d 27 (1967); weitere Nachw. in *Annotation*, 98 A. L. R. 2d 417/427 ff.

<sup>73)</sup> 405 U. S. 645, 92 S. Ct. 1208, 31 L. Ed. 2d 551 (1972).

<sup>74)</sup> 405 U. S. 645/654, 31 L. Ed. 2d 551/560.

<sup>75)</sup> Vgl. *Krause*, *Family Law* (2. Aufl. 1983), S. 818.

<sup>76)</sup> Vgl. *Quilloin v. Walcott*, 434 U. S. 246, 98 S. Ct. 549, 54 L. Ed. 2d 511 (1978).

<sup>77)</sup> Vgl. *Caban v. Mohammed*, 441 U. S. 380, 99 S. Ct. 1760, 60 L. Ed. 2d 297 (1979); nichtehelicher Vater, der jahrelang mit dem Kind zusammengelebt hat, hat ein Vetorecht bei Adoption des Kindes durch Stiefvater.

<sup>78)</sup> Vgl. etwa *Bazemore v. Davis*, 394 A. 2d 1377 (D. C. App. 1978); *People ex rel. Elmore v. Elmore*, 5 III. Dec. 292, 46 III. App. 3d 504, 361 N. E. 2d 615 (1977); *Irby v. Dubois*, 41 III. App. 3d 609, 354 N. E. 2d 562 (1977); *Heyer v. Peterson*, 307 N. W. 2d 1 (Iowa 1981); *Cox v. Hendricks*, 208 Neb. 23, 302 N. W. 2d 35 (1981); *Wallace v. Teal*, 100 Misc. 2d 976, 420 N. Y. S. 2d 336 (N. Y. Fam. Ct. 1979); In re Byrd, 66 Ohio St. 2d 334, 20 O. O. 3d 309, 421 N. E. 2d 1284 (1981); *Com. ex rel. Scott v. Martin*, 252 Pa. Super. 118, 381 A. 2d 173 (1977); *Sparks v. Phelps*, 540 P. 2d 397 (Or. App. 1975).

<sup>79)</sup> Vgl. *Lemay v. Lemay*, 109 N.H. 217, 247 A. 2d 189/191 (1968): „... magic formulas have no place in decisions to salvage human values.“; *State ex rel. Watts v. Watts*, 77 Misc. 2d 178, 350 N. Y. S. 2d 285 (1973): „... presumption unconstitutional.“; *Ex parte Devine*, 398 So. 2d 686 (Ala. 1981) mit weiteren Nachw.; vgl. auch *Coester*, *Das Kindeswohl als Rechtsbegriff* (1983), S. 104 ff.

<sup>80)</sup> In re Byrd, 66 Ohio St. 2d 334, 421 N. E. 2d 1284 (1981).

<sup>81)</sup> Vgl. etwa *Beck v. Beck*, 86 N. J. 480, 432 A. 2d 63 (1981); weitere Nachw. in *Annotation*, 17 A. L. R. 4th 1013 ff.; vgl. auch *Bratt*, 67 Ky. L. J. 271 ff. (1978/79); *Miller*, 13 Fam. L. W. 345 ff. (1979); *Coester* [Fn. 79], S. 112 ff.; *Kaltenborn*, *FamRZ* 1983, 964/965 ff.; *Kropholler*, *JR* 1984, 89/91 ff.

<sup>82)</sup> Vgl. *West's Ann. Cal. Civ. Code* § 4600.5. (a): „There shall be a presumption, ... that joint custody is in the best interest of a minor child ...“.

angesehen wird. Wie im Falle der Scheidung<sup>83)</sup> ist bei nicht verheirateten Eltern bislang freilich noch umstritten, ob die gemeinsame elterliche Sorge einen gemeinsamen Antrag der Eltern voraussetzt oder auch in streitigen Sorgerechtsverfahren angemessen ist, sofern die Eltern wenigstens ein Minimum an Kooperationsbereitschaft im Hinblick auf die Erziehung des Kindes aufbringen können<sup>84)</sup>.

Die Konsequenz der Gerichte, das Wohl des nichtehelichen Kindes entgegen überkommenen rechtlichen Strukturen im Einzelfall durchzusetzen, sei abschließend anhand einer erstinstanzlichen New Yorker Entscheidung<sup>85)</sup> verdeutlicht. Die Eltern des nichtehelichen Kindes verband eine langdauernde feste Beziehung, obgleich sie nicht zusammen lebten, sondern einige Blocks voneinander entfernt wohnten. Sie übten offenbar völlig problemlos über Jahre hinweg gemeinsam die elterliche Sorge für das Kind aus. Der nichteheliche Vater wollte nunmehr sein Kind adoptieren; einmal, um ihm das Stigma der Nichteilichkeit zu nehmen, zum anderen, um es in den Genuß eines beträchtlichen Vermögens aus seiner Familie kommen zu lassen, was aufgrund testamentarischer Verfügungen nur ehelichen und adoptierten, nicht aber nichtehelichen Nachfahren möglich war. Die Mutter stimmte der Adoption zu, verwahrte sich jedoch dagegen – wie es das New Yorker Adoptionsgesetz ähnlich wie das deutsche Recht<sup>86)</sup> anordnet –, ihre Elternstellung durch die Adoption einzubüßen. Heiraten wollten die Eltern auch nicht, da sie hiervon nachteilige Auswirkungen auf ihre persönliche Beziehung befürchteten.

Das Gericht hielt einerseits die Adoption unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls für geboten. Andererseits aber verlange das Kindeswohl, daß dem Kind die zur Sorge bereite und fähige Mutter auch rechtlich erhalten bleibe:

„... the child should not be denied the privilege of legitimacy as well as the care and concern of his natural mother and her rights of intestacy merely because these adult natural parents refuse to marry.“<sup>87)</sup>

Dementsprechend wandte das Gericht nicht die allgemeine Vorschrift des Adoptionsgesetzes an, wonach das Verwandtschaftsverhältnis zur Mutter durch Adoption erlischt, sondern behandelte den Fall in Analogie zur Stiefkindadoption, wo – ebenfalls wie im deutschen Recht<sup>88)</sup> – die Elternstellung des natürlichen Elternteils durch die Adoption nicht berührt wird. Im Ergebnis wurde die Adoption ausgesprochen und gleichzeitig das Fortbestehen der gemeinsamen elterlichen Sorge angeordnet.

Festzuhalten bleibt, daß in den meisten der amerikanischen Bundesstaaten im Bereich der elterlichen Sorge praktisch keine Unterschiede mehr zwischen nichtehelichen und ehelichen Kindern bestehen, sondern im jeweiligen Einzelfall unabhängig von geschlechtsspezifischen Vermutungen zugunsten eines Elternteils das individuelle Kindeswohl die Ausgestaltung der Sorgerechtsentscheidung bestimmt.

## V. Derzeitiger Meinungsstand in der Bundesrepublik Deutschland

Zur Rechtfertigung der ausschließlichen Sorgerechtszuständigkeit der Mutter im deutschen Recht werden von der Literatur sowie vom *Bundesverfassungsgericht* im wesentlichen drei Gesichtspunkte angeführt: 1. die nach geltendem Recht bestehenden Möglichkeiten für den Vater, die elterliche Sorge zu erhalten, 2. der Schutz der Ehe und der ehelichen Familie und 3. das Kindeswohl. Mit diesem Stand der Diskussion gilt es, sich auseinanderzusetzen.

1. Eine Reihe von Autoren<sup>89)</sup> weist – wie schon der Regierungsentwurf<sup>90)</sup> zum Nichteilichenrecht – auf die nach der derzeitigen gesetzlichen Regelung bestehenden Möglichkeiten hin, mittels derer der an seinem Kind interessierte Vater das Sorgerecht erlangen kann: die Legitimation durch nachfolgende Ehe, die Adoption sowie die Ehelicherklärung des Kindes. Sachgerechte Ergebnisse sind jedoch hierdurch kaum zu erreichen. Denn von der Legitimation, die die Eltern in die Ehe zwingt, einmal abgesehen, wird durch Adoption und Ehelicherklärung – wie oben darge-

legt<sup>91)</sup> – die ursprünglich ausschließliche Sorgerechtszuständigkeit der Mutter lediglich umgekehrt. Vor allem erlauben beide rechtlichen Gestaltungsvarianten nicht die Möglichkeit gemeinsamer elterlicher Sorge, selbst wenn die Eltern zusammenleben und faktisch die elterliche Sorge gemeinsam ausüben. Sie bleiben damit dem Alles-oder-Nichts-Prinzip ebenso verhaftet wie das gesetzliche Grundmodell der ausschließlichen Sorgerechtsbefugnis der nichtehelichen Mutter.

2. Ein weiteres in der Literatur<sup>92)</sup> vertretenes Argument, das vor allem gegen ein *gemeinsames* Sorgerecht nicht verheirateter Eltern angeführt wird, ist, daß ein solches gegen den in Art. 6 Abs. 1 GG niedergelegten Schutz von Ehe und Familie verstoße. Denn durch die Möglichkeit gemeinsamer elterlicher Sorge werde die nichteheliche Lebensgemeinschaft auf- und die Ehe abgewertet. Bei dieser Argumentation ist freilich eine sorgfältige Abwägung der beteiligten Grundrechtspositionen weithin zu vermissen<sup>93)</sup>.

Zum einen fehlt bereits eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob nicht auch die nichteheliche Familie als solche des Grundrechtsschutzes aus Art. 6 Abs. 1 GG teilhaftig werden soll und wie gegebenenfalls dieser Schutz mit dem Schutz der Ehe in Einklang zu bringen ist. Es ist zwar unstrittig, daß sich die allein aus den Partnern bestehende nichteheliche Lebensgemeinschaft nicht auf den Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG, sondern lediglich auf den der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG berufen kann. Auf der anderen Seite ist durchaus anerkannt, daß sowohl Mutter und nichteheliches Kind als auch Vater und nichteheliches Kind je gesondert als Familie im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG angesehen werden können<sup>94)</sup>. Grotesk mutet es an, wenn man der nichtehelichen „Voll“familie verwehren will, was man der nichtehelichen „Teil“familie zubilligt, und damit Mutter/Vater/Kind-Gemeinschaft nicht als *eine* Familie im Sinne des Grundgesetzes, sondern als zwei Teilfamilien bewertet<sup>95)</sup>. Will man dem vorrechtlichen Familienbegriff nicht Gewalt antun, wird man wohl schwerlich umhin können, die nichteheliche Familie als solche unter den Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG zu stellen<sup>96)</sup>. Erste Ansätze zu einer derartigen Auslegung des Familienbegriffs sind in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung<sup>97)</sup> anzutreffen.

Unterstützend für diese Ansicht läßt sich darüber hinaus die viel beachtete Entscheidung des *Europäischen Gerichts-*

<sup>83)</sup> Vgl. Beck v. Beck [Fn. 81]; Lumbra v. Lumbra, 136 Vt. 529, 394 A. 2 d 1139 (1978).

<sup>84)</sup> Vgl. Bliss on Behalf of Ach v. Ach, 56 N. Y. 2d 995, 453 N. Y. S. 2d 633, 439 N. E. 2d 349 (1982): gemeinsame elterliche Sorge nichtehelicher Eltern abgelehnt, da tiefgreifende Differenzen zwischen den Eltern bestanden.

<sup>85)</sup> Matter of A. J. J., 108 Misc. 2d 657, 438 N. Y. S. 2d 444 (N. Y. Sur. 1981).

<sup>86)</sup> Vgl. § 1755 Abs. 1 BGB.

<sup>87)</sup> 438 N. Y. S. 2d 444/446.

<sup>88)</sup> Vgl. § 1755 Abs. 2 BGB.

<sup>89)</sup> Vgl. Horstmann, Zum Problem der personenrechtlichen Beziehungen im außerehelichen Eltern-Kind-Verhältnis (1967), S. 87; Odersky, NeG (4. Aufl. 1978), § 1705 Anm. III; Knöpfel, FamRZ 1983, 317/324.

<sup>90)</sup> Vgl. Jansen/Knöpfel [Fn. 15], S. 263.

<sup>91)</sup> Vgl. oben II. 3.

<sup>92)</sup> Vgl. Horstmann [Fn. 89], S. 89; Holzhauser, FamRZ 1982, 109/114; Bosch, FamRZ 1961, 457/460 f.; Soergel/Roth-Stielow, BGB (11. Aufl. 1981), § 1705 Rz. 4. Hierzu neuestens: Bosch, FamRZ 1985, 862 (V. 2.).

<sup>93)</sup> Vgl. die gleichlautende Kritik bei Zenz/Salgo [Fn. 7], S. 72; Ingo von Münch, in: Landwehr, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft (1978) S. 137/146 ff.; vgl. auch die kritische Auseinandersetzung mit dem „Eheschutzargument“ bei Kropholler, AcP 185, 244/252 f.

<sup>94)</sup> Vgl. BVerfGE 25, 167/196 = FamRZ 1969, 196/203; Mutter und Kind; BVerfGE 45, 104/123 = FamRZ 1977, 611/614; Vater und Kind; vgl. auch Maunz, in: Maunz/Dürig, GG (1980), Art. 6 Rz. 16 a); Pirson, in: Bonner Kommentar zum GG (1976), Art. 6 Rz. 24.

<sup>95)</sup> Auch Maunz [Fn. 94] hält dieses Ergebnis für „seltsam“.

<sup>96)</sup> In diesem Sinne auch Ingo von Münch, in: Landwehr [Fn. 93], S. 137/142; Kropholler, AcP 185, 244/252 Fn. 35; vgl. auch die Entscheidung des Deutschen Juristenbundes auf der Tagung zum Thema „Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft“ vom 19.–21. 10. 1984 in Königswinter (bisher unveröff.).

<sup>97)</sup> Vgl. VerwG Kassel, FamRZ 1983, 63 (Zurückstellung des nichtehelichen Vaters vom Zivildienst).

hofs für Menschenrechte im sog. „Marckx“-Urteil<sup>98</sup>) heranziehen, wonach das durch Art. 8 MRK gewährleistete Recht auf Achtung des Familienlebens gleichermaßen der nichtehelichen wie der ehelichen Familie zusteht.

Gebührt aber auch der nichtehelichen Familie der Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG, so ist bei der Regelung der Binnenbeziehungen diesem Schutz Rechnung zu tragen; der in Art. 6 Abs. 1 GG ebenfalls niedergelegte Schutz der Ehe steht gleichrangig – nicht höherrangig – daneben. Aus letzterem ließe sich mithin nichts für die rechtliche Ausgestaltung der nichtehelichen Familienbeziehungen entnehmen.

Selbst wenn man aber dieser Argumentation nicht folgen und der nichtehelichen Familie den Schutz aus Art. 6 Abs. 1 GG versagen will, so kann das Argument höherrangigen Eheinstitutionenschutzes jedenfalls dann nicht zum Ausschluß der elterlichen Sorge des nichtehelichen Vaters herangezogen werden, wenn das Wohl des nichtehelichen Kindes einer derartigen Regelung entgegensteht. Denn mag man eine Einschränkung der Grundrechte der nichtehelichen Eltern, d. h. auch des vom BVerfG ausdrücklich anerkannten Rechts nach Art. 2 Abs. 1 GG, unverheiratet zusammenzuleben, und des Elternrechts des nichtehelichen Vaters nach Art. 6 Abs. 2 GG<sup>99</sup>) damit rechtfertigen können, daß sie sich als erwachsene Menschen bewußt gegen die Institution Ehe entschieden haben, so kann jedenfalls eine mögliche Benachteiligung des nichtehelichen Kindes nicht aus dem Gedanken des Eheschutzes heraus begründet werden. Dem steht der klare Verfassungsauftrag des Art. 6 Abs. 5 GG, der bereits durch den Regierungsentwurf zum Nichtehelichenrecht als Art. 6 Abs. 1 GG gleichrangig angesehen wurde<sup>100</sup>), entgegen.

Schließlich ließe sich das Argument, daß der Schutz der Ehe und der ehelichen Familie den Ausschluß gemeinsamer elterlicher Sorge nicht verheirateter Eltern gebiete, nur dann halten, wenn nachweisbar oder zumindest wahrscheinlich wäre, daß die Möglichkeit gemeinsamer elterlicher Sorge ohne Heirat entweder zur Destabilisierung bestehender ehelicher Familien beitrüge oder sich jedenfalls negativ auf die Heiratsrate auswirke<sup>101</sup>). Ein Blick auf die Scheidungsraten und auf die Heiratsziffern der Länder, die die gemeinsame elterliche Sorge nicht verheirateter Eltern anerkennen, macht jedoch deutlich, daß negative Auswirkungen der gemeinsamen Sorge für nichteheliche Kinder auf die Institution der Ehe nicht nachweisbar sind<sup>102</sup>).

3. Das BVerfG<sup>103</sup>) läßt die Frage der möglichen Vereinbarkeit der elterlichen Sorge des nichtehelichen Vaters mit dem Schutz der Ehe aus Art. 6 Abs. 1 GG unerörtert. Kernpunkt seiner Entscheidung ist das Kindeswohl. Dem nichtehelichen Vater wird zwar – jedenfalls wenn er mit dem Kind zusammenlebt – ein Elternrecht im Sinne des Art. 6 Abs. 2 GG nicht abgesprochen<sup>104</sup>). Art. 6 Abs. 5 GG rechtfertigt jedoch die mit der geltenden Regelung des § 1705 BGB verbundene Einschränkung dieses Elternrechts. Obgleich es beim nichtehelichen Kind, das in Gemeinschaft mit beiden Eltern aufwächst, nicht darum geht, ein tatsächliches Vaterdefizit auszugleichen<sup>105</sup>), sei das nichteheliche Kind auch im Rahmen der Lebensgemeinschaft seiner Eltern besonders schutzbedürftig. Denn es sei in die rechtliche Folgenlosigkeit bei Zerbrechen der Verbindung der Eltern einbezogen, zumal es zum einen für das nichteheliche Kind keine Härteklausele entsprechend der Regelung bei Scheidung gebe, das Kind zum anderen nicht die Chance habe, daß seine Eltern innerhalb der bei Scheidung angeordneten Mindesttrennungsdauer die Gemeinschaft wieder herstellen<sup>106</sup>). Diese besondere Schutzbedürftigkeit habe der Gesetzgeber in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise dadurch berücksichtigt, daß das Kind entweder der Familie der Mutter oder – im Falle der Adoption oder Ehelicherklärung – ausschließlich der Familie des Vaters fest zugeordnet werde.

Im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Argumentation vermißt man zunächst einen Hinweis darauf, daß jedenfalls bei bestehender Gemeinschaft die Gesamtsorgeberechtigung der Eltern am besten dem Wohl des Kindes entspreche. Für die eheliche Familie ist dies unbestritten<sup>107</sup>). Die gemein-

same Sorge schafft die rechtliche Basis, daß das Kind eine stabile emotionale Beziehung zu beiden Eltern entwickeln kann und sichert diese ab.

Nun stellt freilich das BVerfG nicht auf die bestehende Gemeinschaft, sondern darauf ab, daß die Eltern sich jederzeit trennen können. Bereits der Ausgangspunkt der Argumentation, nämlich auf der einen Seite nicht verheiratete Eltern, die sich jederzeit trennen können, auf der anderen Seite verheiratete Eltern, bei denen dies nicht der Fall ist, vermag nur schwer zu überzeugen.

Denn einmal ist der statistische Nachweis für die allorts anzutreffende Behauptung<sup>108</sup>) der Stör- und Trennungsanfälligkeit nichtehelicher Lebensgemeinschaften im allgemeinen sowie der nichtehelicher Familien im besonderen bislang noch nicht geführt<sup>109</sup>). Es läßt sich im Gegenteil aus verschiedenen qualitativen Untersuchungen im Ausland der Schluß ziehen, daß die Mehrzahl jedenfalls der über dreißig Jahre alten, in nichtehelicher Gemeinschaft lebenden Paare – und in dieser Gruppe dürften die nichtehelichen Familien eher anzutreffen sein als bei den 20jährigen – ihre Beziehung durchaus als auf Dauer angelegt sieht und daß die Partner, was den Grad der gegenseitigen Bindung angeht, subjektiv keinen Unterschied zu der legalisierten Form der Beziehung empfinden<sup>110</sup>). Auch aus der psychotherapeutischen Praxis wird berichtet<sup>111</sup>), daß die Trennung bei nicht verheirateten Paaren eher schwieriger verläuft als bei verheirateten, gerade weil kein strukturgebendes Scheidungsverfahren mitsamt aller beteiligten professionellen Helfer zur Verfügung steht.

Zum anderen ist der Hinweis darauf, daß sich die Eltern jederzeit trennen können, angesichts der heutigen Scheidungsziffern für verheiratete Eltern kaum minder zutreffend. Dies gilt vor allem, wenn man in Rechnung stellt, daß in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung praktisch kein Scheidungsbegehren zurückgewiesen wird, selbst wenn – was nur äußerst selten vorkommt – einer der Ehegatten dem Scheidungsantrag widerspricht<sup>112</sup>). Auch der vom BVerfG ausdrücklich in Bezug genommene Härteklausele für Kinder kommt in der Praxis keine Bedeutung zu<sup>112a</sup>).

Abgesehen davon kann schließlich die faktische Trennung auch verheirateter Eltern nicht durch die Ausgestal-

<sup>98</sup>) EuGRZ 1979, 454 = FamRZ 1979, 903 = NJW 1979, 2449; vgl. hierzu Jayme, NJW 1979, 2425 ff.; Stöcker, DAVorm 1980, 249 ff.; Sturm, FamRZ 1982, 1150 ff.

<sup>99</sup>) Vgl. BVerfGE 56, 363/384 = FamRZ 1981, 429/433. Ablehnend gegenüber einem Elternrecht des nichtehelichen Vaters vor allem noch Odersky, NeG (4. Aufl. 1978), § 1705 Anm. III; Bosch, Gutachten zum 44. DJT, Verh. des 44. DJT (1962), Bd. I, 1. Teil, S. B 1/89 ff. Vgl. ferner Bosch, FamRZ 1985, 862 (V. 2.).

<sup>100</sup>) Vgl. Jansen/Knöpfel [Fn. 15], S. 411.

<sup>101</sup>) So auch Zenz/Salgo [Fn. 7], S. 72.

<sup>102</sup>) Vgl. Fthenakis, Väter, Bd. II (1985), S. 37; zu den Gründen der „Krise“ der ehelichen Partnerschaft vgl. Wiegmann, ZfJ 1985, 200 ff.; Duss-von Werdt, ZfJ 1984, 17 ff.

<sup>103</sup>) BVerfGE 56, 363 ff. = FamRZ 1981, 429 ff.

<sup>104</sup>) BVerfGE 56, 363/382 = FamRZ 1981, 429/433.

<sup>105</sup>) BVerfGE 56, 363/385 = FamRZ 1981, 429/434.

<sup>106</sup>) BVerfGE 56, 363/386 = FamRZ 1981, 429/434.

<sup>107</sup>) Vgl. BVerfG, FamRZ 1982, 1179 = NJW 1983, 101.

<sup>108</sup>) Vgl. etwa Bosch, Gutachten zum 44. DJT, Verh. des 44. DJT (1962), Bd. I, 1. Teil, S. B 1/90; Begründung zum RefE des NeG, vgl. Jansen/Knöpfel [Fn. 15], S. 79; aus neuerer Zeit vgl. Knöpfel, FamRZ 1983, 317/324.

<sup>109</sup>) Die von Groth, Kinder ohne Familie (1961), S. 37 f., gemachte Feststellung der Instabilität nichtehelicher Gemeinschaften kann jedenfalls – mangels Repräsentativität – nicht unbedenken auf heutige Verhältnisse übertragen werden.

<sup>110</sup>) Vgl. Meyer/Schulze, Kölner Zschr. für Soz. und Sozialpsych. 1983, 735/742.

<sup>111</sup>) Vgl. Dmoch, Partnerberatung 1979, 190/194.

<sup>112</sup>) Im Jahre 1982 wurden bei 118 483 geschiedenen Ehen nur 351 Anträge abgewiesen; im Jahre 1960 war das Verhältnis noch 49 325 : 2 903, vgl. Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1984, S. 79. Vgl. auch die Ergebnisse einer Hannoveraner Untersuchung, die die Scheidungsakten eines großstädtischen Familiengerichts aus dem Jahre 1980 auswertete, Caesar-Wolff/Eidmann/Willenbacher, ZRSoz 1983, 202 ff.

<sup>112a</sup>) Vgl. Schwab, FamRZ 1984, 1171/1175.

tung des Scheidungsrechts verhindert werden<sup>113</sup>). So haben auch die im Scheidungsrecht niedergelegten Trennungsfri-  
sten in der Regel keine stabilisierende oder verlängernde  
Wirkung auf die Ehe, wenn die Beziehung gescheitert ist und  
sich die Partner deshalb räumlich getrennt haben. Entscheid-  
end für die Kinder ist aber die tatsächliche Auflösung der  
Familiengemeinschaft<sup>114</sup>); ob eine etwaige Ehe der Eltern  
darüber hinaus dem Bande nach fortbesteht, hat auf ihre  
Situation keinen Einfluß. Die tatsächliche Ausgangslage  
beim Zerbrechen einer nichtehelichen Familie dürfte für die  
Kinder nicht um vieles anders aussehen als beim Zerbrechen  
einer ehelichen Familie<sup>115</sup>).

Wenn das BVerfG nun die feste Zuordnung des nichtehelichen Kindes zur Mutter gerade für den Fall des Zerbrechens der nichtehelichen Familie fordert, so erstarrt der Begriff des Kindeswohls zu einer Leerformel<sup>116</sup>). Es wird zurückgegriffen auf das – wie auch das BVerfG vorsichtig zugesteht<sup>117</sup>) – „nicht unbestrittene“ engere Beziehungsverhältnis von Mutter und Kleinkind, mithin auf „Natürlichkeiten“, die nicht allein in der Psychologie längst überwunden sind, sondern von deren Maßgeblichkeit auch in vielen Bereichen familienrechtlicher Regelung Abstand genommen wurde. So ist für eheliche Kinder heute selbstverständlich, daß eine Zuordnung des Kindes zu einem Elternteil nicht generalisierend durch Gesetz entschieden werden kann. Bei Scheidung soll – so das BVerfG<sup>118</sup>) – auch kein Primat zugunsten der nicht oder nur halbtags beschäftigten Mutter bestehen.

Dem nichtehelichen Kind wird hingegen die individuelle Beurteilung seiner Situation verwehrt. Die fortbestehende gemeinsame Elternverantwortung, die dem Wohl ehelicher Kinder jedenfalls bei Einigungsfähigkeit der Eltern am besten dienen soll<sup>119</sup>), wird völlig ausgeschlossen. Und bei Streit um das Sorgerecht wird dem Kind ein Verfahren verweigert, in dem das Sorgerecht Mutter oder Vater entsprechend den jeweiligen Bindungen des Kindes übertragen werden kann.

Dies erscheint umso bedenklicher, wenn man sich nochmals die bereits erwähnten Untersuchungen<sup>120</sup>) zum Lebensstil nicht verheirateter Eltern und ihrer Kinder ins Gedächtnis ruft. Zeichnet sich dieser Familienstil durch eine ausgeprägte Intimität und Offenheit der Familienmitglieder untereinander aus, und sind auch die Väter eher bereit, Pflegetätigkeiten zu übernehmen als Väter in traditionellen Familien, so liegt die Wahrscheinlichkeit nahe, daß auch die Bindungen des Kindes an den Vater häufig enger sind als in traditionellen, oft durch klare Geschlechtsrollendefinitionen geprägten Familien<sup>121</sup>).

Damit aber kehrt sich die Argumentation des BVerfG in ihr Gegenteil: Aus der besonderen Schutzbedürftigkeit des nichtehelichen Kindes folgt nicht der Ausschluß des Vaters von der elterlichen Sorge, sondern es ist gerade das Kindeswohl, das die grundsätzliche Möglichkeit gemeinsamer Sorge oder auch der Zuteilung der elterlichen Sorge an den Vater nach Auflösung der Gemeinschaft erfordert.

4. Sämtliche zum generellen Ausschluß des Sorgerechts des nichtehelichen Vaters vorgebrachten Begründungen erweisen sich somit im Ergebnis als nicht tragfähig. Fragt man sich, welche eigentlichen Beweggründe hinter der selbst formaljuristisch nur wenig überzeugenden Argumentation stehen, so ist man mehr oder weniger auf Mutmaßungen angewiesen. Am deutlichsten scheinen die Motive bei den Autoren<sup>122</sup>) durch, die das gemeinsame Sorgerecht nicht verheirateter Eltern als gegen Art. 6 Abs. 1 GG verstoßend ablehnen. Die Verweigerung des gemeinsamen Sorgerechts erscheint als Sanktion gegenüber den Eltern, die nicht willens sind, ihre Paarbeziehung der Institution Ehe zu unterstellen. Mit bemerkenswerter Offenheit hat dies Bosch<sup>123</sup>) in einer Urteilsanmerkung zum Ausdruck gebracht:

„Die richtige Lösung... von Tatbeständen, wo faktisch eine personale Beziehung Vater-Mutter-Kind besteht, wäre natürlich die Eheschließung der Eltern und damit die Legitimation des Kindes.“<sup>124</sup>)

Mag man den indirekten Zwang zur Ehe, der dadurch auf die Eltern ausgeübt wird, als gesellschaftspolitisch motiviert

vielleicht noch verstehen und hinnehmen können; nicht akzeptabel erscheint, daß die Mißbilligung der Lebensform der Eltern – trotz allseits geäußerter Toleranzbetuerungen<sup>125</sup>) – auf dem Rücken der Kinder ausgetragen wird, und zwar nach wie vor gerade derjenigen Kinder, die wegen der Sünden ihrer Mütter (und Väter?) jahrhundertlang gebrandmarkt und benachteiligt wurden und deren besonderen Schutz das Grundgesetz deshalb der deutschen Gesetzgebung anbefohlen hat.

## VI. Fazit und Lösungsvorschlag

Wie oben<sup>126</sup>) dargestellt, läßt sich ein einheitliches Bild des nichtehelichen Vaters und seiner Beziehung zum Kind heute weniger denn je aufrecht erhalten. Das Spektrum der Wirklichkeit reicht vielmehr vom interesselosen „Erzeuger“ des Kindes, dessen Vaterschaft erst gerichtlich festgestellt werden muß, bis hin zum liebevollen Vater, der jenseits der Ernährerrolle seine Beziehung zum Kind neu definiert und vielleicht sogar die primäre Bezugsperson im Leben des Kindes ist.

Das Recht kann und darf sich diesem sozialen Wandel nicht verschließen. Daher verbietet sich heute eine schematische Lösung, die die elterliche Sorge für nichteheliche Kinder ohne Ansehen des Einzelfalles und dementsprechend ohne Ausnahmefälle der Mutter zuweist. Es gilt vielmehr, Regelungen zu schaffen, die unter Voranstellung des Kindeswohls die Verschiedenheit der sozialen Sachverhalte angemessen erfassen können.

Ansatzpunkte für eine flexible Ausgestaltung des Rechts der elterlichen Sorge bei nichtehelichen Kindern lassen sich in den oben dargestellten Rechtsordnungen Frankreichs und der USA finden. Freilich ist bei der Empfehlung einer Übernahme dieser ausländischen Lösungsansätze in das deutsche Recht äußerste Vorsicht geboten. Dies gilt einmal für Frankreich, wo das nach wie vor geltende Anerkennungssystem im Nichtehelehenrecht auch die Regelung der elterlichen Sorge beeinflußt<sup>127</sup>). Es gilt aber vor allem für das amerikanische Recht, das – ausschließlich am Einzelfall orientiert – die Zuständigkeit zur elterlichen Sorge nach dem individuellen Kindeswohl bestimmt und wo sich die Gerichte<sup>128</sup>) unter Umständen sogar über eindeutige Entscheidungen des Gesetzgebers hinwegsetzen, um das Kindeswohl zu verwirklichen. Ein derartiges Vorgehen ist deutscher Rechtstradition und dem auf Rechtssicherheit gerichteten Regelungsbedürfnis fremd. Jedoch verdienen die Wertungen, die hinter den Ergebnissen des französischen und des amerikanischen Rechts stehen, bei Überlegungen zur Neuordnung der elterlichen Sorge für nichteheliche Kinder auch im deutschen Recht Beachtung.

<sup>113</sup>) Vgl. bereits die eindrucksvolle Untersuchung von *Rheinstein*, *Marriage Stability, Divorce, and the Law* (1972), passim.

<sup>114</sup>) Vgl. *Wallerstein/Kelly*, *Surviving the Breakup* (1980), S. 35; *Rheinstein* [Fn. 113], S. 266.

<sup>115</sup>) Aus kinderpsychiatrischer und psychologischer Sicht in diesem Sinne *Lempp*, *ZfJ* 1984, 305/309; *Ell*, *ZfJ* 1985, 97/99 f.

<sup>116</sup>) Vgl. *Zenz/Salgo* [Fn. 7], S. 64; *Fthenakis*, *Väter*, Bd. II (1985), S. 51; *Lempp*, *ZfJ* 1984, 305/309.

<sup>117</sup>) *BVerfGE* 56, 363/388 = *FamRZ* 1981, 429/434.

<sup>118</sup>) Vgl. *BVerfGE* 55, 171/184 = *FamRZ* 1981, 124/127.

<sup>119</sup>) Vgl. *BVerfG*, *FamRZ* 1982, 1179/1183: „... die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern (erlaubt) für ihr Kind Kontinuität in einem Höchstmaß“. Vgl. auch die Nachw. zum amerikanischen Recht oben IV. 2. Fn. 81, 82.

<sup>120</sup>) Vgl. *Fthenakis*, *Väter*, Bd. II (1985), S. 46.

<sup>121</sup>) Nachw. zu Untersuchungen über quantitative Aspekte der Vater-Kind-Interaktion in ehelichen Familien bei *Fthenakis/Niesel/Kunze*, *Ehescheidung* (1982), S. 24 ff.

<sup>122</sup>) Vgl. oben Fn. 92.

<sup>123</sup>) *FamRZ* 1983, 64.

<sup>124</sup>) Hervorhebungen von der Verfasserin.

<sup>125</sup>) So ausdrücklich auch *BVerfGE* 56, 363/384 = *FamRZ* 1981, 429/433: „... gebietet es Art. 2 Abs. 1 GG, daß er (der Staat) die Entscheidung der Eltern akzeptiert, keine Ehe miteinander eingehen zu wollen“.

<sup>126</sup>) Vgl. oben III.

<sup>127</sup>) Vgl. oben IV. 1. bei Fn. 47.

<sup>128</sup>) Vgl. etwa *Matter of A. J. J.* [Fn. 85].

De lege ferenda ergibt sich damit für die Regelung der elterlichen Sorge für nichteheliche Kinder folgendes Bild:

1. An der primären Sorgerechtszuständigkeit der Mutter bei Geburt des Kindes sollte festgehalten werden<sup>129</sup>). Diese Lösung findet sich auch in den vergleichend herangezogenen ausländischen Rechtsordnungen. Nach französischem Recht fällt zwar mit der Geburt des Kindes die elterliche Sorge nicht automatisch der Mutter zu; sie erhält diese jedoch mit der Anerkennung des Kindes, selbst wenn der Vater das Kind vorher anerkannt hatte und ihm damit das Sorgerecht zustand<sup>130</sup>).

Die primäre Sorgerechtszuständigkeit gibt der Mutter grundsätzlich die Möglichkeit zu entscheiden, ob sie das Kind allein großziehen will oder nicht. Sie erlaubt darüber hinaus eine einfache Regelung der Fälle, in denen der nichteheliche Vater auch heute noch dem Bild entspricht, das früher von ihm gezeichnet wurde.

Schon im Interesse des Kindes darf diese Regelung freilich nicht generalisiert oder gar verabsolutiert werden.

2. Leben die Eltern zusammen, so sollte ihnen auf ihren gemeinsamen Antrag hin das gemeinsame Sorgerecht übertragen werden<sup>131</sup>). Dabei sollten der gemeinsame Antrag und das Zusammenleben als Voraussetzung genügen; eine weitergehende Überprüfung im Hinblick auf die künftige Stabilität der Beziehung – wie sie teilweise gefordert wird<sup>132</sup>) – sollte nicht stattfinden. Denn auch für das gemeinsame Sorgerecht verheirateter Eltern wird eine derartige Voraussetzung nicht aufgestellt, obgleich heute das Band der Ehe nicht mehr als sichere Gewähr für die Stabilität einer Beziehung angesehen werden kann<sup>133</sup>).

Unterstützung findet diese Ansicht in der Regelung ausländischer Rechtsordnungen<sup>134</sup>), wo die gemeinsame elterliche Sorge zusammenlebender nicht verheirateter Eltern offenbar als Regelfall und als völlig unproblematisch angesehen wird.

3. Trennen sich die nicht verheirateten Eltern, so ist die elterliche Sorge entsprechend der Regelung der §§ 1672, 1671 BGB bei Trennung verheirateter Eltern auf Antrag dem Elternteil zuzuweisen, bei dem das Kindeswohl am besten verwirklicht erscheint. Daß dies auch der Vater sein kann, dürfte heute bei nichtehelichen wie bei ehelichen Kindern kaum mehr fraglich sein.

Darüber hinaus müßte auch eine weitere Ausübung der gemeinsamen Sorge trotz Trennung der Eltern, wie sie seit der Entscheidung des BVerfG von 1982<sup>135</sup>) für geschiedene Eltern möglich ist, jedenfalls bei Einverständnis zwischen den Eltern zulässig sein<sup>136</sup>). Denn wenn man davon ausgeht, daß dem Wohl des ehelichen Kindes am besten durch die fortbestehende gemeinsame Elternverantwortung nach Scheidung gedient ist, so kann für das nichteheliche Kind nichts anderes gelten. Verlangt man für die fortbestehende gemeinsame elterliche Sorge das Einverständnis zwischen den Eltern – wie dies in der Bundesrepublik auch für geschiedene Eltern nach allgemeiner Ansicht<sup>137</sup>) unabdingbar ist –, so dürfte es in praxi freilich in diesen Fällen kaum zu einer gerichtlichen Entscheidung über das Sorgerecht kommen. Denn solange die Eltern sich weiterhin einig sind, wird keiner bei Trennung einen Antrag analog § 1672 BGB stellen, und damit werden die Gerichte grundsätzlich keine Veranlassung haben, eine während der Dauer der nichtehelichen Lebensgemeinschaft bereits bestehende<sup>138</sup>) gemeinsame elterliche Sorge abzuändern.

Auf die im Bereich der gemeinsamen elterlichen Sorge geschiedener Eltern derzeit vor allem im Ausland<sup>139</sup>) kontrovers geführte Diskussion, ob die gemeinsame Sorge auch eine geeignete Lösung in streitigen Sorgerechtsverfahren darstellt, soll hier nicht eingegangen werden. Im Ergebnis muß die Antwort auf diese Frage allerdings einheitlich für alle Kinder aus zerbrochenen Familien ausfallen, gleichgültig, ob die Eltern mit oder ohne Trauschein zusammengelebt haben.

4. Problematisch erscheint die Regelung der elterlichen Sorge für nichteheliche Kinder vor allem dann, wenn die

Eltern nicht zusammenleben und auch nicht zusammengelebt haben. Insofern ist auch ein Vergleich mit Regelungen zum Sorgerecht in der Nachscheidungsituation nicht möglich.

Dabei geht es einmal darum, ob und unter welchen Voraussetzungen die gemeinsame elterliche Sorge auch in diesem Fall gewährt werden sollte, zum anderen darum, ob der Vater gegen den Willen der Mutter das Sorgerecht erlangen kann.

a) Die gemeinsame elterliche Sorge durch Mutter und Vater sollte im E. auch dann nicht generell ausgeschlossen sein, wenn die Eltern nicht zusammenleben. Auf ihrer Basis besteht eine Chance für das Kind, eine gleichwertige Beziehung zu Mutter und Vater zu entwickeln, obgleich der Vater nicht bei der Mutter lebt. Daß eine derartige Regelung in der Praxis durchaus funktionieren kann, zeigt der oben geschilderte Sachverhalt der amerikanischen Entscheidung *Matter of A. J. J.*<sup>140</sup>).

Vielleicht sind die psychologischen Voraussetzungen für eine problemlose Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge bei von vornherein nicht zusammenlebenden Eltern sogar besser als nach einer Scheidung verheirateter oder Trennung unverheirateter Eltern, wo allzu häufig die Paarbeziehung mit der Trennungsproblematik belastet bleibt und die Konflikte von der Partnerebene auf die Elternebene durchschlagen.

Voraussetzung für eine gemeinsame elterliche Sorge ohne Zusammenleben müßte freilich die Einigungsfähigkeit und der dahingehende gemeinsame Wunsch der Eltern sein. Fällt das Einverständnis zwischen den Eltern später weg, kann immer noch auf Antrag das Sorgerecht dem einen oder anderen Elternteil zur alleinigen Ausübung zugewiesen werden. Dem Kind braucht nicht generell – allein um diesem möglichen Konfliktfall vorzubeugen – ein Elternteil, der bereit wäre, die elterliche Sorge mit auszuüben, von Gesetzes wegen genommen zu werden<sup>141</sup>).

Soweit freilich keine Einigkeit zwischen den nicht zusammenlebenden Eltern besteht, kann auch für eine gemeinsame Ausübung des Sorgerechts kein Raum sein. Mag man

<sup>129</sup>) In diesem Sinne auch *Zenz/Salgo* [Fn. 7], S. 70; *Kropholler*, AcP 185 (1985), 244/274.

<sup>130</sup>) Vgl. Art. 374 Abs. 2 Cc.

<sup>131</sup>) Hierfür sprechen sich vor allem aus *Staudinger/Göppinger*, BGB (12. Aufl. 1985), Vorbem. zu §§ 1705 ff. Rz. 54; *Frank* [Fn. 6], S. 122; *Zenz/Salgo* [Fn. 7], S. 71; *de Witt/Huffmann* [Fn. 7], S. 107; *Huvalé*, ZBJugR 1980, 560/565; *Kropholler*, AcP 185 (1985), 244/274 f.; *Lempp*, ZfJ 1984, 305/309; *Ell*, ZfJ 1985, 97/100; für England vgl. *Parker*, 133 New L. J. 423/426 (1983); vgl. auch Explanatory Report on the Convention on the Legal Status of Children born out of Wedlock (Straßburg 1975), S. 12 f.

<sup>132</sup>) Vgl. *de Witt/Huffmann* [Fn. 7], S. 107; *Neuhaus*, ZBJugR 1981, 37/41; vgl. auch *Kropholler*, AcP 185 (1985), 244/275, der ein gemeinsames Sorgerecht nach denselben Kriterien wie nach Ehescheidung gewähren will.

<sup>133</sup>) Vgl. freilich *Horstmann* [Fn. 89], S. 89, der glaubt, ein dauerndes Verhältnis zwischen Frau und Mann ließe sich nur durch die Institution Ehe „festhalten“.

<sup>134</sup>) Vgl. hierzu oben IV., sowie die Nachw. zu weiteren Rechtsordnungen in Fn. 46.

<sup>135</sup>) BVerfG, FamRZ 1982, 1179 = NJW 1983, 101.

<sup>136</sup>) In diesem Sinne vor allem *Zenz/Salgo* [Fn. 7], S. 71; *Huvalé*, ZBJugR 1980, 560/565; *Kropholler*, AcP 185 (1985), 244/275.

<sup>137</sup>) Vgl. vor allem die Entscheidung des BVerfG, FamRZ 1982, 1179 ff.; zu den Kriterien im einzelnen vgl. *Kropholler*, JR 1984, 89/94 ff.; *Lempp*, ZfJ 1984, 305/306; *Kaltenborn*, FamRZ 1983, 964/969 ff.; generell skeptisch gegenüber der gemeinsamen Sorge nach Scheidung *Klußmann*, FamRZ 1982, 118 ff.; über eine Umfrage bei hessischen Familiengerichten berichtet *Finger*, DRiZ 1985, 91 ff., dazu *Luthin*, FamRZ 1985, 565.

<sup>138</sup>) Soweit die Eltern während des Zusammenlebens die gemeinsame Sorge nur faktisch, nicht auch rechtlich ausgeübt haben, müßte ihnen auch noch nach Trennung auf ihren gemeinsamen Antrag hin die gemeinsame Sorge zugewiesen werden können.

<sup>139</sup>) Vgl. für Frankreich oben Fn. 61, 62; für die USA oben Fn. 83, 84.

<sup>140</sup>) Vgl. oben Fn. 85, sowie begleitender Text. Auch in Schweden besteht in diesem Fall die Möglichkeit gemeinsamer Sorge, vgl. *Agell*, 24 Sc. St. L. 9/34 (1980).

<sup>141</sup>) Vgl. die in dieselbe Richtung gehende Argumentation in *Matter of A. J. J.* [Fn. 85, 87].

in bezug auf die *fortdauernde* gemeinsame elterliche Sorge noch damit argumentieren, daß dem Kind beide Elternteile, mit denen es eine in der Lebensgemeinschaft gewachsene Eltern-Kind-Beziehung verbindet, wo irgend möglich erhalten bleiben sollen und daß die gemeinsame Sorge deshalb die beste Lösung auch für streitige Sorgerechtsfälle darstellt<sup>142)</sup>, so entfällt diese Begründung, wenn die Eltern nicht zusammengelebt und auch nie die elterliche Sorge gemeinsam ausgeübt haben. In diesem Fall kann auch nicht aufgrund einer früheren engen Beziehung der Eltern ein Minimum an Einigungsfähigkeit hinsichtlich der Belange des Kindes erwartet werden. Wollte man hier dennoch eine gemeinsame elterliche Sorge befürworten, bestünde die große Gefahr, daß das Kind zum Spielball der Erwachsenen wird.

b) Fraglich bleibt, ob dem Vater, der nie mit der Mutter zusammengelebt hat, die Möglichkeit eingeräumt werden soll, gegen den Willen der Mutter das Sorgerecht für das Kind zu erlangen. Wie jede Entscheidung über das Sorgerecht kann auch die Antwort auf diese Frage nur vom Kindeswohl ausgehend erfolgen.

Lebt das Kind ab der Geburt bei der Mutter, so sollte m. E. der Weg für den Vater, eine Änderung der Sorgerechtszuständigkeit zu seinen Gunsten herbeizuführen, grundsätzlich nicht eröffnet werden. Es ginge hier nur darum, einen erziehungsgerechten Elternteil gegen den anderen auszutauschen; ein „Gewinn“ des Kindes – etwa in dem Sinne, daß dadurch die Beziehung zu beiden Elternteilen und nicht nur zu einem ermöglicht würde – wäre damit nicht verbunden. Dagegen stehen die Belastungen, die ein möglicher Streit um das Sorgerecht bei der Mutter und damit indirekt auch beim Kind hervorruft. Wägt man die möglichen Vor- und Nachteile gegeneinander ab, streitet der Gesichtspunkt des Kindeswohls dafür, den Vater von einer Einwirkung auf die intakte Mutter-Kind-Beziehung auszuschließen. Gleichzeitig wird mit dieser Lösung der Gefahr vorgebeugt, daß Mütter eine mögliche Einmischung des Vaters dadurch abzuwen-

den versuchen, daß sie sich weigern, den Namen des Vaters zu offenbaren.

Das Bild ändert sich freilich, wenn die Mutter nicht geeignet ist, die elterliche Sorge auszuüben, oder wenn sie von dem ihr zustehenden Sorgerecht faktisch keinen Gebrauch macht, sei es, daß sie das Kind in die Obhut des Vaters oder dritter Personen gibt. Gleiches gilt, wenn die Mutter verstirbt. Hier entfällt das Bedürfnis nach dem Schutz einer intakten Mutter-Kind-Beziehung. Es geht dann darum, für das Kind überhaupt eine elterliche Bezugsperson zu finden, und es spricht einiges dafür, dem biologischen Vater, der bereit ist, auch die soziale Elternschaft zu übernehmen, den Vorrang vor anderen Personen einzuräumen<sup>143)</sup>. Lebt das Kind bereits beim Vater, fallen zudem die gewachsene Vater-Kind-Beziehung und der Grundsatz der Kontinuität zugunsten des Sorgerechts des Vaters ins Gewicht, auch wenn die Mutter sich später entschließen sollte, das Kind zurückzuholen.

Rechtstechnisch könnte dieser Vorschlag dadurch verwirklicht werden, daß man dem nichtehelichen Vater die Befugnis, durch Antrag ein Sorgerechtsverfahren einzuleiten, nur für den Fall einräumt, daß die Mutter verstorben ist, ihr das Sorgerecht nach § 1666 BGB entzogen wurde oder sie nach Weggabe des Kindes die elterliche Sorge faktisch nicht ausübt.

5. Im Ergebnis wird damit bei der elterlichen Sorge eine Lösung erreicht, die die unglückliche Unterscheidung zwischen nichtehelichen und ehelichen Kindern weitgehend aufhebt und stattdessen entsprechend der realen sozialen Situation differenziert, wie dies in einer Reihe von ausländischen Rechtsordnungen bereits heute praktiziert wird.

<sup>142)</sup> In diesem Sinne etwa Paris, 28. 5. 1982, J. C. P. 1983. II.20042, m. Anm. *Neirinck-Campredon*.

<sup>143)</sup> Vgl. auch die us-amerikanische Rechtsprechung oben bei Fn. 68 und 72. Damit soll freilich nicht ausgeschlossen werden, daß das Kindeswohl im Einzelfall eine andere Entscheidung erfordert, z. B. wenn das Kind über längere Zeit von dritten Personen betreut wurde.