

Gesetzesvorbehalt: Sie regeln die tatbestandlichen Voraussetzungen nicht vollständig, und ihre Ergänzung durch Verwaltungsvorschriften genügt nach der Wesentlichkeitslehre des BVerfG nicht den Anforderungen des Parlamentsvorbehaltes. Die fachgerichtliche Prüfung der Videoüberwachung hat nicht Aufstellung und allgemeinen Betrieb einer Kamera zum Gegenstand, sondern die Beobachtung eines konkreten Adressaten zu einem bestimmten Zeitpunkt. Nur dann sind die für die Prüfung maßgebenden Faktoren, nämlich der Adressat der Maßnahme und dessen beeinträchtigte Interessen mit den geschützten Rechtsgütern abzuwägen. In diese Abwägung sind nicht allgemeine Kausalitätsvermutungen und undifferenzierte Kriminalitätsstatistiken über ganze Stadtteile einzuführen, sondern Anlass der Maßnahme, Intensität des Eingriffs und Wert des geschütztes Interesses.

## Günter C. Burmeister

### Grundrechtliche Inhalts- und Schrankenbestimmung durch private Hand?

– Anmerkung zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 29. Januar 2003 (1 BvL 20/99 und 1 BvR 933/01)

#### *I. Einleitung*

Auf Vorlage eines Amtsgerichts (Familiengericht) sowie im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde hatte das Bundesverfassungsgericht darüber zu befinden, ob verfassungsrechtliche Bedenken dagegen bestehen, dass bei der Geburt eines nichtehelichen Kindes nach § 1626a Abs. 2 BGB ausschließlich der Mutter das Sorgerecht zusteht und der Vater nach § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB mit ihr zusammen nur dann das Sorgerecht erlangen kann, wenn die Mutter zur Abgabe einer entsprechenden – gemeinsamen – Sorgeerklärung bereit ist. Mit Urteil vom 29. Januar 2003 hat es beide Regelungen im Grundsatz für verfassungsgemäß erachtet und lediglich für jene Gruppe von Vätern, deren mit dem Kind zusammen gelebte Beziehung zur Mutter bereits vor dem Inkrafttreten des Kindschaftsreformgesetzes ihr Ende gefunden hatte, eine Übergangsregelung gefordert.<sup>1</sup> Holzschnittartig zusammengefasst: § 1626a Abs. 2 BGB sei verfassungsgemäß, weil bei der Geburt des Kindes eine sichere Verantwortlichkeit bestehen müsse und die Mutter die einzig sichere Bezugsperson sei, die das Kind vorfinde.<sup>2</sup> Bei § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB sei die Annahme des Gesetzgebers vertretbar, eine nichteheliche Mutter werde die Verweigerung der gemeinsamen Sorgeerklärung nicht als Machtmittel gegenüber dem Vater einsetzen.<sup>3</sup>

1 BVerfG, FamRZ 2003, 285 ff.

2 BVerfG, FamRZ 2003, 285 (288).

3 BVerfG, FamRZ 2003, 285 (290).

Das Urteil hat in der Tagespresse neben Zustimmung<sup>4</sup> zum Teil auch recht geharnischte Kritik geerntet. Zu lesen ist, kaum jemand habe vom Bundesverfassungsgericht erwartet, dass es selbst noch im Jahr 2003 die Diskriminierung einer Minderheit, nämlich der nichtehelichen Väter,<sup>5</sup> absegnen werde.<sup>6</sup> Durch die Entscheidung bleibe ledigen Vätern die Rolle des Zahlmeisters sicher. Einer veränderten Lebensrealität, in der die Lebensform »unverheiratet mit Kind« häufig genug von Frauen frei gewählt sei – Frauen stellen gar die gewagte These auf, alleinerziehend zu sein, sei teilweise geradezu ein Markenzeichen der erfolgreichen, selbstbewussten, aller Welt ihre Autonomie beweisenden Frau geworden<sup>7</sup> –, habe das Gericht nur ungenügend Rechnung getragen.<sup>8</sup> Es habe die Frage, ob die Ungleichbehandlung von Vater und Mutter gerechtfertigt sei, bei genauem Hinsehen letztlich immer wieder mit dem Sorgerechtsmonopol der Mutter begründet und dies mit viel Rechtstechnik kaschiert. Der Vater sei »eiskalt« zum weniger wertvollen Elternteil heruntergefahren,<sup>9</sup> durchgehend mit dem (weltfremden) Idealbild von Mutter und Ehe argumentiert worden.<sup>10</sup> Jenen kritischen Stimmen gegenüber macht man es sich mit der Vermutung zu leicht, sie hätten sich wohl von der »Meinungsmache diverser Väter-Gruppierungen inspirieren lassen«, der überwiegenden Mehrheit der alleinerziehenden Mütter fehle es darüber hinaus schon deswegen an vergleichbarer Medienpräsenz, weil sie ihre Öffentlichkeitsarbeit zugunsten der tatsächlichen Betreuung ihrer Kinder und der Erwirtschaftung ihres Lebensunterhalts zeitweise zurückstellen müssten.<sup>11</sup> Die Problematik in dieses Fahrwasser überzuleiten, verstellt nur den Blick auf sachgerechte Lösungen. Dabei wird auch übersehen, dass gerade die geharnischte Urteilskritik oftmals aus Federn floss, die nicht von männlicher, sondern weiblicher Hand geführt wurden.

### III. Innovationsimpulse des Bundesverfassungsgerichts

Die Enttäuschung über den Ausgang des Verfahrens ist verständlich.<sup>12</sup> Zumindest in der jüngeren Vergangenheit ließ das Bundesverfassungsgericht die Tendenz erkennen, in Würdigung neuester kinderpsychologischer Forschungen die Vater-Kind-Beziehung nicht als *Quantité négligeable* im Schatten einer dominierenden Mutter-Kind-Beziehung zu behandeln und sie auch gegen Störungen durch die Mutter zu schützen. In zahlreichen Entscheidungen trug es dem mit einer lebensnahen Spruchpraxis Rechnung und sendete es an eine strukturell eher konservative Fachgerichtsbarkeit Sensibilisierungsimpulse. Beleg für sein verdienstvolles Wirken sind etwa (Kammer-) Entscheidungen, mit denen es Oberlandesgerichte korrigierte, die sich bei der Regelung des väterlichen Umgangsrechts unter Außerachtlassung jedweder Einzelfallbetrachtung auf ihre pauschalierende Rechtsprechung stützten<sup>13</sup> oder aber erst-

4 Konrad Adam, »Welt« vom 30. Januar 2003. Vgl. in Fachpublikationen: Th. Meysen, JAmt 2003, S. IV, dort allerdings auch mit einer kritischen Anmerkung.

5 Auch im Folgenden werden damit die Väter nichtehelicher Kinder bezeichnet.

6 »Süddeutsche Zeitung« vom 30. Januar 2003.

7 K. Jäckel, Der gebrauchte Mann (2000), S. 267. Vaskovics' u. a. Untersuchung (Lebenslage nichtehelicher Kinder, 1997, S. 55) belegt, dass bereits 1993 37% aller Frauen angaben, einfach nicht heiraten zu wollen.

8 Gaby Schneider-Schelling, NWZ vom 30. Januar 2003.

9 B. Röhl, Magdeburger Volksstimme vom 8. Februar 2003.

10 SZ vom 30. Januar 2003.

11 S. Heinke, djB aktuelle Informationen, 2003, S. 24 (25).

12 Möglicherweise ist sie durch die nach der vorliegend besprochenen Entscheidung und nach Manuskriptabschluss ergangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Anfechtungs- und Umgangsrecht des biologischen Vaters (vgl. BVerfG, FamRZ 2003, 816 ff.) abgeschwächt worden.

13 BVerfG, NJW 1993, 2671 f.; siehe auch BVerfG, NJW 1995, 1342 f., sowie zu ausländerrechtlichen Folgen des Art. 6 Abs. 2 GG: BVerfG, Asylmagazin 2002, 37 f.

instanzliche Untätigkeit zu Lasten der Väter durch eine formalistische Betrachtung mit kollegialer Nachsicht aufzufangen können glaubten.<sup>14</sup> 1997 hatte es darüber hinaus wegen einer überlangen Verfahrensdauer moniert, das Amtsgericht sei angesichts der Blockadehaltung der Mutter des nichtehelichen Kindes »verpflichtet gewesen, auch schwerwiegendere Maßnahmen bis hin zur Entziehung des Sorgerechts ... in Erwägung zu ziehen, um die auf andere Weise nicht erreichbare tatsächliche Entscheidungsgrundlage zu schaffen«.<sup>15</sup> Im August 1999 und im Januar 2002 traf der verfassungsgerichtliche Bannstrahl schließlich auch die Verwaltungsgerichte. Sie wurden daran erinnert, dass bei der Überprüfung von Ausweisungen ausländischer Väter und der damit verbundenen Trennung von ihren Kindern einwanderungspolitische Belange regelmäßig zurücktreten.<sup>16</sup> Dabei betonte es, der spezifische Erziehungsbeitrag des (ausländischen) Vaters werde nicht schon durch die Betreuungsleistungen der Mutter entbehrlich, sondern habe eine eigenständige Bedeutung für die Entwicklung des Kindes<sup>17</sup> – sogar ein Zurücktreten des behördlichen Vollzugsinteresses könne angesichts der durch das Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts vom 16. Dezember 1997 getroffenen Neuregelungen<sup>18</sup> – dazu zählen eben auch die nun zur Prüfung angestandenen Normen – anzunehmen sein.<sup>19</sup> Zuvor hatte es in der Senatsentscheidung vom 7. März 1995 anerkannt, dass auch die Väter nichtehelicher Kinder Träger des Elterngrundrechts sind und es als gesetzgeberisch unverhältnismäßige Maßnahme gerügt, den Vater seine Rechtsstellung verlieren zu lassen, »ohne dass eine *Abwägung* zwischen dem Interesse des Kindes oder seiner Mutter an der Adoption und dem Interesse des Vaters an der Wahrung seiner Vaterstellung« erfolge.<sup>20</sup> Vier Jahre zuvor hatte es wiederum – teilweise unter Aufgabe früherer Aussagen<sup>21</sup> – festgestellt, der generelle Ausschluss des gemeinsamen Sorgerechts für Eltern nichtehelicher Kinder sei nicht aus Gründen des Kindeswohls geboten.<sup>22</sup> Bei alledem durfte freilich nicht übersehen werden: Die Erwartungen der Befürworter eines gemeinsamen Sorgerechts bei nichtehelichen Kindern waren angesichts früherer Äußerungen des Gerichts aus dem Jahre 1982 von vornherein zu hoch geschraubt gewesen; seinerzeit hatte es dezidiert erklärt, jedenfalls von Verfassungs wegen sei der Gesetzgeber nicht gehalten, die Möglichkeit eines gemeinsamen Sorgerechts für nichteheliche Eltern zu eröffnen.<sup>23</sup>

14 BVerfG, NJW 2001, 961. Siehe zur faktischen Vereitelung von Umgangsregelungen auch BVerfG, NJW 2002, 1863 (1864). Zu Überlegungen einer nach der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) gebotenen innerstaatlichen Beschwerdemöglichkeit siehe EGMR, NJW 2001, 2694 ff.; dazu: K. Redeker, NJW 2003, S. 488 f.; J. Meyer-Ladewig, NJW 2001, 2679 f. Zur Verpflichtung der Mitgliedstaaten, ihre Justiz so einzurichten, dass die Gerichte allen Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK entsprechen können, einschließlich der Verpflichtung, innerhalb angemessener Frist zu entscheiden: EGMR, NJW 2002, 2856 (2857).

15 BVerfG, NJW 1997, 2811 (2812); vgl. auch BVerfG, FamRZ 2002, 1021 ff.

16 BVerfG, DVBl. 2002, 693 (694).

17 BVerfG, DVBl. 2002, 693 (694 f.).

18 Vgl. dazu M. Lipp, FamRZ 1998, S. 65 (69 ff.). Zur Unvereinbarkeit der früheren Umgangsregelungen mit der EMRK siehe FR v. 9. Juli 2003 über die zum Zeitpunkt des Manuskriptabschlusses noch nicht veröffentlichte Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte.

19 BVerfG, NVwZ 2000, 59. Mit dem BerlVerfGH (NVwZ-RR 2001, 687 (688)) ist indes davon auszugehen, dass das Bundesverfassungsgericht mit diesem obiter dictum nicht von dem weiteren Erfordernis einer auch tatsächlichen Ausübung der elterlichen Sorge abrücken wollte. Vgl. zu ausländerrechtlichen Auswirkungen etwa: OVG Bautzen, NVwZ-RR 2001, 689 f.; VGH Mannheim, NVwZ-RR 2003, 151 ff. Zur Auswirkung des Art. 6 Abs. 1 GG im Ausländerrecht siehe auch: BVerwGE 105, 322, E 109, 305, E 106, 13, sowie U. Mees-Asadollah, InfAusLR 2003, S. 178 ff.

20 BVerfGE 92, 158 (176 ff., 181) – Hervorhebung vom Verfasser –; restriktiver noch BVerfGE 84, 168 (179). Zur Einbeziehung auch leiblicher, aber nicht rechtlicher Väter in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 GG siehe nun auch: BVerfG, FamRZ 2003, 816 (818 ff.).

21 BVerfGE 84, 168 (182).

22 BVerfGE 84, 168 (181)

23 BVerfGE 61, 358 (375).

1. Vielfältig sind die gemeinhin vorherrschenden Motive für die »Zurückstellung« des väterlichen Sorgerechts. Sie aufzuarbeiten ist in Deutschland namentlich bei nichtehelichen Vätern angesichts kurioser gesellschaftspolitischer Allianzen geradezu eine Sisypusarbeit. Ein Hinterfragen der auch vorliegend entscheidungstragenden Prämissen mutet angesichts des kulturgeschichtlichen, aber auch politischen Kontextes, in dem sich Rechtsordnung und somit auch Rechtsprechende bewegen, als (letzter) Tabubruch an: Aus konservativer Warte scheint dies nämlich regelmäßig als Angriff auf das Rechtsinstitut der Ehe, aus feministischer Warte regelmäßig als Angriff auf die moralische Integrität jener alleinerziehenden Mütter verstanden zu werden, die unter oftmals wirtschaftlich schwierigen Lebensumständen in ihrer Mehrzahl tatsächlich das Wohl des Kindes in den Vordergrund stellen. In nicht wenigen Fällen müssen jene Mütter ihren Kindern eine Stütze sein, wenn sich der frühere Lebenspartner auch als Vater aus dem Leben der gemeinsamen Kinder verabschiedet.<sup>24</sup> Ebenso wie es völlig unbestreitbar auch diese Kategorie von verantwortungsleugnenden Vätern gibt, gibt es aber eben auch Mütter, die das Kindeswohl in den Hintergrund stellen, und Väter, die für das gemeinsame Kind Mitverantwortung tragen möchten. Die Erkenntnis, dass kein Geschlecht das Monopol moralischer Integrität für sich beanspruchen kann, scheint in diesem sensiblen Bereich allerdings immer wieder nachweisbedürftig zu sein; dies gilt vor allem dann, wenn sich jene Mütter in einer verfahrensoptisch sozial schwächeren Lage befinden und sie sich deshalb eher des Wohlwollens der in diesem Bereich professionell Tätigen sicherer sein dürfen als die Väter.

2. Hinzu tritt schließlich, dass der symbolische Gehalt des (gemeinsamen) Sorgerechts prima facie größer zu sein scheint als dessen praktische Bedeutung.<sup>25</sup> Insbesondere die Rechtsprechung mag Prozesse, bei denen ein Recht ohne praktisch »handfeste« Vorteile einklagt wird, bekanntlich nicht und neigt gelegentlich zur Einordnung des Rechtsschutzsuchenden in die querulatorische Schublade. Von daher kann nicht erstaunen, dass auch im vorliegenden Kontext der Vorwurf anklang, es ginge Vätern oftmals nicht um die tatsächliche Fürsorge, sondern um die Bestimmungsmacht, mit der das Sorgerecht gleichgesetzt werde; die Entscheidung der Machtfrage bedeute für das Kind aber regelmäßig keine Lösung des Loyalitätskonfliktes, sondern allenfalls eine Fortsetzung mit umgekehrten Vorzeichen.<sup>26</sup> Der Eindruck, es gehe den Vätern um eine reine Machtfrage, wird noch verstärkt, wenn das – für eine gute Vater-Kind-Beziehung bedeutsame(re) – Umgangsrecht,<sup>27</sup> das einer Entfremdung vorbeugen und dem Liebesbedürfnis beider Teile Rechnung tragen soll,<sup>28</sup> von der Mutter umfassend akzeptiert wird – wie dies beim Beschwerdeführer des Verfassungsbeschwerdeverfahrens mit einem halbwöchigen Aufenthalt des Kindes bei ihm der Fall war. Seine Situation war im Vergleich zur Situation zahlreicher anderer Trennungsväter damit freilich geradezu ideal. Gleichwohl darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass jener Einwand bereits insinuiert, Väter hätten bereits für einen Beziehungszustand dankbar zu sein, der für Mütter regelmäßig selbstverständlich ist, nämlich: auch nach der Trennung vom Lebenspartner mit dem Kind weiterhin möglichst weitgehend zusammenzuleben.

24 Zur Verpflichtung des Vaters zum Umgang siehe BVerfG, NJW 2002, 1863.

25 Vgl. dazu auch BVerfG, FamRZ 2003, 285 (285).

26 S. Heinke, djB aktuelle Informationen, 2003, S. 24 (26).

27 Das BVerfGE 92, 158 (179, 181), legt diesem Gesichtspunkt ersichtlich eine besondere Bedeutung bei; vgl. auch Klüber/Terlinden-Arzt, FPR 2002, S. 215 ff.

28 BVerfG, NJW 1971, 1447 (1448). Siehe auch Klüber/Terlinden-Arzt, FPR 2002, S. 215 ff.

1. Die Ablehnung eines *automatisch* gemeinsamen Sorgerechts für nichteheliche Kinder stand angesichts der Aussagen bereits im Senatsurteil vom 7. Mai 1991<sup>29</sup> und 24. März 1981<sup>30</sup> zu erwarten. Anders als zum Teil vertreten, ist dies auch überzeugend – allerdings nur im Ergebnis. Die Statistik bestätigt, dass jedenfalls gegenwärtig noch die überwiegende Zahl nichtehelicher Kinder nicht in eine häusliche Gemeinschaft der Eltern hineingeboren wird<sup>31</sup> – dabei braucht es keiner hellseherischen Fähigkeiten, um zu erkennen, dass sich der Trend zu nichtehelichen Kindern auch schon deshalb verstärken wird, weil die Neigung Geschiedener, sich erneut den finanziellen Risiken einer Eheschließung auszusetzen, angesichts einer immer unkalkulierbarer werdenden Ehevertragsrechtsprechung weiterhin abnehmen wird.

2. Zur Ableitung der Verfassungsmäßigkeit des § 1626a Abs. 2 BGB hätte in einer komplizierten Rechts- und Lebensordnung, wie sie die Bundesrepublik Deutschland nun einmal aufweist, allerdings bereits die gerichtliche Feststellung ausgereicht, schon deshalb verlange das Wohl des Kindes, ab seiner Geburt eine Person zu haben, die für es rechtsverbindlich handeln könne,<sup>32</sup> es müsse eine klare und sichere Verantwortlichkeit bestehen,<sup>33</sup> der Sorgerechsträger müsse zum Zeitpunkt der Geburt feststehen.<sup>34</sup> Dass das Gericht weiter ausholt, geschieht jedoch nicht ohne Grund. Dies zeigt sich allerdings erst später bei der Prüfung des § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB. Die Betonung, die Mutter sei die einzig sichere Bezugsperson, die das Kind bei seiner Geburt vorfinde, während die Entscheidung des Vaters, wie er sich zu seinem Kind verhalten wolle, in vielen Fällen bei der Geburt des Kindes nicht feststehe,<sup>35</sup> und die Selbstverständlichkeit, mit der das Gericht aus dem biologischen Prä ein beziehungs-mäßiges und damit zugleich ein rechtliches folgert, wahrt im Ergebnis Rechtsprechungskontinuität. Schon in einer früheren Entscheidung findet sich die Feststellung, die gesetzgeberische Annahme, »dass zwischen Mutter und Kleinkind körperlich und seelisch ein *engeres* Beziehungsverhältnis (bestehe) als zwischen Vater und Kleinkind«, sei zwar nicht unbestritten, jedoch auch nicht nachweisbar unzutreffend, so dass die alleinige Zuweisung des Sorgerechts an die Mutter keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegne.<sup>36</sup> Dieses vor zwei Jahrzehnten abgegebene Bekenntnis scheint in einer Entscheidung des Jahres 1991 zwar eine subtile Abschwächung dadurch erfahren zu haben, dass dort nicht mehr vom Klein-, sondern vom »Kleinst-kind« gesprochen wurde,<sup>37</sup> wodurch sich die Möglichkeit einer nach Kindesalter differenzierenden gesetzlichen Regelung eröffnete; dies gilt umso mehr, als das Gericht in einer Entscheidung des Jahres 1995<sup>38</sup> sogar offen ließ, wem der Gesetzgeber die Hauptverantwortung für die Erziehung zuordnen könne, wenn die Voraussetzungen für eine gemeinsame Ausübung der Elternbefugnisse fehlten – es sprach dort indifferent vom »Elternteil«. <sup>39</sup> Ob das Gericht mit der vorliegenden Entscheidung wieder »zurückgerudert« ist, kann indes dahingestellt bleiben. Denn ungeachtet

29 BVerfGE 84, 168 (181). Allerdings wird dort auch die Frage aufgeworfen, ob wegen der erheblich gestiegenen Zahl von Fällen, in denen die Eltern eines nichtehelichen Kindes zusammenlebten, weiterhin von einer Konfliktsituation ausgegangen werden könne.

30 BVerfGE 56, 363 (389f.).

31 BVerfG, FamRZ 2003, 285 (288).

32 BVerfG, FamRZ 2003, 285 (288).

33 BVerfG, FamRZ 2003, 285 (288).

34 BVerfG, FamRZ 2003, 285 (288).

35 BVerfG, FamRZ 2003, 285 (288).

36 BVerfGE 56, 363 (388).

37 BVerfGE 84, 168 (181).

38 BVerfGE 92, 158 (179).

39 Der Verweis in BVerfG, FamRZ 2003, 285 (287) auf dieses Urteil ist insofern denn auch nicht überzeugend.

dessen bleibt bemerkenswert, dass von ihm auch nach dem Anbruch eines neuen Jahrtausends gleichsam apriorisch jener Gedanke zugrundegelegt wird wie er in einer Regierungsbegründung des Jahres 1967 so unverblümt Ausdruck fand: »Mutter und Kleinkind sind körperlich und seelisch einander zugeordnet. Die Mutter *must daher den Vorrang* vor dem Vater haben.«<sup>40</sup> Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts steht damit in gedanklichem Verwandtschaftsverhältnis zum (aufgehobenen) Urteil des Bundesgerichtshofs, der in aller Offenheit von der »naturgegebenen Hauptverantwortung« der Mutter gesprochen hatte,<sup>41</sup> allerdings auch nicht an der Erkenntnis vorbei konnte, die Annahme, Väter nichtehelicher Kinder hätten in der Regel kein Interesse an der Erziehung des Kindes, sei nicht mehr gerechtfertigt.<sup>42</sup>

3. Weder ist der Verfasser dazu fachlich berufen noch ist dies der geeignete Ort dafür, die Richtigkeit vom biologisch und vor allem – wie noch zu zeigen sein wird – *deshalb auch dauerhaft* bedingten Beziehungsvorrang der Mutter vertieft zu widerlegen und darüber zu rasonieren, warum die salomonische<sup>43</sup> oder brechtsche Weisheit, die Kinder nicht den Müttern, sondern den Mütterlichen zu geben, damit sie gedeihen,<sup>44</sup> noch immer abrupt ihr Ende zu finden scheint, wenn die Mütterlichen einmal Männer sein sollten. Die Aussage des Gerichts, Mütter könnten sich – anders als der Vater – der elterlichen Sorge nicht entziehen,<sup>45</sup> regelmäßig würden sie ihre Bereitschaft zur Verantwortung für das Kind durch die Schwangerschaft zum Ausdruck bringen,<sup>46</sup> mutet jedenfalls recht romantisierend an. Der in dem Urteil nur ein einziges Mal und lakonisch anzutreffende Hinweis auf die erhebliche Bedeutung des Vaters<sup>47</sup> für die Entwicklung des Kindes scheint jedenfalls eine längst überwunden geglaubte Grundstimmung zu charakterisieren, die von einer Kommentatorin pointiert gar dahingehend gedeutet wurde, der Richterspruch beruhe auf dem »matriarchalischen und archaischen Gedanken ... , dass Mutterschaft quasi heilig«<sup>48</sup> sei. Eine sicher zu harte Kritik, durch den Urteilstext indes begünstigt, findet sich dort doch nicht ansatzweise eine Aufbereitung aktueller wissenschaftlicher Studien zum Vater-Kind-Verhältnis;<sup>49</sup> stattdessen wird der – ergebnisstützenden – Statistik ausführlichst Beachtung geschenkt, allerdings nicht gewürdigt, dass die Studie Vaskovics auf mehr als zehn Jahre zurück liegenden Erhebungen beruht.<sup>50</sup>

40 Zitiert nach BVerfGE 56, 363 (387 f.) – Hervorhebung vom Verfasser –.

41 BGH, FamRZ 2001, 907 (909); anders die Sichtweise im Vorlagebeschluss des AG Korbach, FamRZ 2000, 629 ff.

42 BGH, FamRZ 2001, 907 (909); siehe allerdings auch BVerfGE 92, 158 (177 f.). Zur Stärkung des Umgangsrechts dadurch, dass im Fall einer Vereitelung Schadenersatzansprüche drohen, siehe auch: BGH, JZ 2003, 46 ff., mit Anm. Henrich (S. 49 f.).

43 Die Bibel, Erstes Buch der Könige, 3. Kapitel, Vers 16 ff.

44 Bertolt Brecht, Der kaukasische Kreidekreis, S. 185 in: Große kommentierte Berliner und Frankfurter Ausgabe, Bd. 8 (Stücke), 1992, Suhrkamp Verlag.

45 BVerfG, FamRZ 2003, 285 (289).

46 BVerfG, FamRZ 2003, 285 (288).

47 In der Entscheidung BVerfGE 56, 363 (384), wurde noch festgestellt, dass gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse über die Bedeutung der Präsenz des Vaters für die Entwicklung des Kindes noch fehlten.

48 B. Röhl, Magdeburger Volksstimme vom 8. Februar 2003.

49 Siehe etwa W. E. Fthenakis, Väter (Bd. 1 und 2), 1988; Jean Le Camus, Väter, Die Bedeutung des Vaters für die psychische Entwicklung des Kindes, 2001 (Belz-Verlag); H. Figdor, Scheidungskinder – Wege der Hilfe, 3. Aufl. 2000, S. 92 ff.

50 BVerfG, FamRZ 2003, 285 (288); vgl. Vaskovics u. a., Lebenslage nichtehelicher Kinder, 1997, S. 8. Im Übrigen lag zum Zeitpunkt der Entscheidung bereits der 2. Zwischenbericht Prokschs zur Umsetzung der Neuregelungen zur Reform des Kindschaftsrechts, 2. Zwischenbericht (Juli 2001), vor; das Gericht stütze sich noch auf den 1. Zwischenbericht. Ablehnend gegen die Zugrundelegung dieses Materials denn auch: G. Rixe, ISUV/VDU Report 2003, S. 18 (20).

## VI. Das »Vetorecht« der nichtehelichen Mutter

1. So sehr die verfassungsrechtliche Bestätigung des § 1626a Abs. 2 BGB von ihrem Ergebnis her auch überzeugt, so wenig gilt dies für die des § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB.<sup>51</sup> Dass auch diese Regelung als – grundsätzlich – verfassungsgemäß angesehen wurde, hat selbst in den Reihen ihrer Protagonisten für Erstaunen gesorgt. Dies vor allem angesichts der zahlreich eingeholten Stellungnahmen sachkundiger Institutionen, welche an der gegenwärtigen, der deutschen Rechtsordnung völlig wesensfremden Regelungsrigorosität nahezu einhellig Kritik geäußert hatten.<sup>52</sup> Selbst der Deutsche Juristinnenbund – unverdächtig, mit den Interessen von Vätern in besonderem Maße zu sympathisieren – hatte an der Ausschließlichkeit der Regelung Bedenken geäußert und für eine entsprechende Öffnung der Norm plädiert.<sup>53</sup>

2. Die Regelung, wonach das gemeinsame Sorgerecht ausnahmslos nur dann möglich ist, wenn die nichteheliche Mutter ihre Zustimmung dazu erteilt und wodurch das Kind letztlich ihr allein zugeordnet wird, macht es ohne Rücksicht auf die konkreten Verhältnisse unmöglich, den Bindungen des Kindes *im Einzelfall* Rechnung zu tragen. Wenn es bei der Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zu einem Konflikt zwischen den Eltern über die Beziehung zu dem gemeinsamen Kind kommt, so sollte die Lösung dieses Konflikts *unabhängig von der bisherigen rechtlichen Zuordnung* des Kindes auf dessen Wohl ausgerichtet sein und das Kind in seiner Individualität als Grundrechtsträger berücksichtigen. Möglich ist dies nur, wenn eine Sorgerechtsentscheidung getroffen werden kann, die der *konkreten Situation* Rechnung trägt. Der bisherige Rechtszustand kann auch nicht durch ein Bedürfnis nach Typisierung gerechtfertigt werden. Eine typisierende Regelung ist nur zulässig, wenn die mit ihr verbundenen Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht sehr intensiv sind. Dies ist aber nicht der Fall. Sowohl der mit der Versagung des gemeinsamen Sorgerechts verbundene Eingriff in das Elternrecht als auch die Beeinträchtigung des Kindeswohls sind von erheblichem Gewicht.

3. Jene eindeutigen Erwägungen gegen rigorose Sorgerechtsregelungen finden sich nahezu wortwörtlich in einer früheren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.<sup>54</sup> Mit dieser Begründung wurde seinerzeit eine gesetzliche Regelung für verfassungswidrig erklärt, wonach mit der Ehelicheitserklärung des Vaters ausschließlich er die »elterliche Gewalt« über das Kind erlangte und die Mutter sie – trotz übereinstimmenden Wunsches der Eltern nach gemeinsamer Sorge – zwingend verlor; Gegenstand war somit eine »mutterfeindliche« Regelung. Der verfassungsdogmatischen Richtigkeit der dortigen Feststellungen tut dies indes keinen Abbruch. Dies gilt ebenso für die in dieser Entscheidung anzutreffende Feststellung, dem Elternrecht beider Elternteile werde nicht schon damit genügt, dass der Gesetzgeber sie an der tatsächlichen Wahrnehmung von Elternaufgaben nicht hindere. In das Grundrecht werde auch dann eingegriffen, wenn die rechtlichen Befugnisse, die zur Ausübung der Elternverantwortung erforderlich seien, einem Elternteil vorenthalten würden.<sup>55</sup>

51 BVerfG, FamRZ 2003, 285 (288 ff.).

52 Siehe auch Henrich, FamRZ 2003, 359.

53 Siehe auch die Nachweise bei BGH, FamRZ 2001, 907 (910).

54 Vgl. BVerfGE 84, 168 (183).

55 BVerfGE 84, 168 (179 f.).

1. Den im Staat-Grundrechtsträger-Verhältnis bestehenden strengen Eingriffsvoraussetzungen misst das Bundesverfassungsgericht im vorliegenden Fall jedoch augenscheinlich deshalb kein besonderes Gewicht bei, weil sie nach seiner Rechtsprechung dann keine Gültigkeit beanspruchen, wenn ein Ausgleich zwischen den Grundrechtspositionen beider Elternteile (untereinander) vorzunehmen ist;<sup>56</sup> hier soll der Staat – gleichsam als privater »Schiedsrichter« – von den bei staatlichen Eingriffen strengen Bindungen befreit sein und eine wesentlich niedrigere Messlatte anlegen dürfen. Damit ist ersichtlich eine dogmatisch kardinale Weichenstellung verbunden. Sie wirkt sich dergestalt aus, dass der Gesetzgeber bei der konkreten Ausgestaltung der Rechte und Pflichten beider Elternteile den unterschiedlichen tatsächlichen, biologischen, rechtlichen und sozialen Verhältnissen Rechnung tragen darf<sup>57</sup> und seine Gestaltungsbefugnis um so größer ist, je weniger von einer Übereinstimmung zwischen den Eltern und von einer sozialen Beziehung zwischen ihnen ausgegangen werden kann.<sup>58</sup> Dabei misst das Gericht dem Kindeswohl gegenüber den Interessen der Eltern einen absoluten Vorrang bei.<sup>59</sup>

2. So sehr die Orientierung am Konsensgrundsatz überzeugt, so offensichtlich ist auch, dass er sich in Verbindung mit (dem als verfassungsgemäß angesehenen) § 1626a Abs. 2 BGB immer zu Lasten des nichtehelichen Vaters auswirkt. Durch den Dissens wird der durch jene Norm geschaffene status quo zugunsten der Mutter zementiert. Warum vom Gesetzgeber bei fehlendem Konsens nicht ebenso gut auch ein alleiniges Sorgerecht des nichtehelichen Vaters jenseits des § 1666 BGB und des ebenfalls auf die Zustimmung der Mutter abstellenden § 1672 Abs. 1 BGB in Betracht gezogen werden musste, thematisiert das Gericht nicht. Selbst der Entscheidung zustimmende Kommentatoren bemerken denn auch, der Verstoß gegen den sonst als unantastbar geltenden Gleichheitsgrundsatz sei eklatant;<sup>60</sup> Art. 5 des Protokolls Nr. 7 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, wonach die Eltern auch bei Auflösung der Ehe in Beziehung zu ihren Kindern gleiche Rechte und Pflichten haben,<sup>61</sup> bleibt vor diesem Hintergrund semantisch. Auch wenn das Gericht zu dieser Fragestellung kein Wort verliert, bleibt freilich nicht zu übersehen, dass es diese Frage wohl schon im Zusammenhang mit der Prüfung des § 1626a Abs. 2 BGB beantwortet zu haben glaubt, nämlich mit einem naturgegebenen Beziehungsvorrang der Mutter. In der bereits zitierten Regierungsbegründung des Jahres 1967 heißt es denn auch weiter: »Die Bande zwischen Mutter und Kind sollten auch später nicht durch einen Wechsel zerrissen werden.«<sup>62</sup> Dies erklärt auch, warum das Gericht bei der Prüfung des § 1626a Abs. 2 BGB weiter ausholte als dies an sich erforderlich gewesen wäre. Es begründete dort – dem ersten Anschein zuwider – eben nicht einen nur »zunächst«<sup>63</sup> bestehenden, situativ bedingten Sorgerechtsvorrang der Mutter bei der Geburt, sondern auch dessen Fortbestehen für den Zeitraum, in dem sich die Lebenssituation des (nichtehelichen) Kindes schon längst konsolidiert und es ein eigenes Beziehungsgeflecht entwickelt hat, in dem die Mutter dann nicht mehr zwingend die zentrale Bezugsperson sein muss. Das Gericht nahm damit eine – von der Nichteheleichen-

56 BVerfGE 84, 168 (180); 56, 363 (383); 61, 358 (374).

57 BVerfGE 92, 158 (178).

58 BVerfGE 92, 158 (179).

59 BVerfGE 56, 363 (383); 37, 217 (252). Siehe auch Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (BGBl. 1992 II, 121).

60 Die Welt vom 30. Januar 2003.

61 Vom 30. Juni 1998.

62 Zitiert nach BVerfGE 56, 363 (387 f.) – Hervorhebung vom Verfasser –; vgl. auch U. Di Fabio, NJW 2003, S. 993 (996), dort auch Fn. 26.

63 BVerfG, FamRZ 2003, 285 (287).

Problematik völlig unabhängige – weitreichende weltanschauliche Positionierung in der Bewertung des Vater-Kind-Verhältnisses vor. Weit entfernt ist es davon, »Mutterschaft und Vaterschaft als soziale Werte von überragendem Rang« gleichwertig nebeneinander zu setzen (vgl. Art. 68 Abs. 2 der portugiesischen Verfassung).

3. Da nach der gesetzlichen Konzeption irrelevant ist, *wer* die Herstellung des Konsenses (destruktiv) verhindert, eröffnet sich für die nichteheliche Mutter die Möglichkeit, das »natürliche« Sorgerecht des (nichtehelichen) Vaters juristisch zu negieren und ihn auf das Umgangsrecht zu beschränken, über dessen Ausübung sie faktisch ebenfalls weitgehend entscheidet. Die der Mutter solchermaßen verliehene Befugnis zur Inhalts- und Schrankenbestimmung sowohl hinsichtlich des Kindes- als auch des Vatergrundrechts bleibt ein verfassungsrechtliches Kuriosum. Mit der Erlangung der Vaterstellung geht ein bemerkenswerter Rechtsschutzverlust vor Einwirkungen Privater gerade in einem besonders sensiblen Lebensbereich – nämlich der aktiven Teilhabe am Leben des gemeinsamen Kindes – einher. Verfassungsdogmatisch mag sich dies auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stützen, wonach die Anerkennung der Elternrechte ihren Grund – nur – darin finden soll, dass das Kind des Schutzes und der Hilfe bedarf, um sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft zu entwickeln.<sup>64</sup> Bei einem solchermaßen »derivativen« Charakter des Grundrechts scheint im Innenverhältnis in der Tat nicht mehr jenem Grundsatz Beachtung geschenkt werden zu müssen, dessen Beachtung das Gericht staatlichen Institutionen im konkreten Einzelfall immer wieder abverlangt, nämlich: die Herstellung von Konkordanz zwischen den Grundrechtspositionen von Kind, Mutter, aber eben auch des Vaters.<sup>65</sup> Von daher mag es zwar folgerichtig sein, dass im Urteil keine Würdigung der – gerade aktuell in einer Studie des Instituts für Geschlechter- und Generationenforschung der Universität Bremen eindrucksvoll dargelegten,<sup>66</sup> aber auch in anderen Publikationen verstärkt thematisierten<sup>67</sup> – psychischen und physischen Belastungen von »ausgeschlossenen« Trennungsvätern erfolgt und vor allem nicht die Frage aufgeworfen wird, ob ein abwägender Gesetzgeber nicht gehalten gewesen wäre, auch ein zustimmungsunabhängiges alleiniges Sorgerecht des Vaters mit in den Blick zu nehmen. Die daraus erwachsene Wert(e)diskrepanz bleibt jedoch frappierend: Zwar ist es dem Vater eines nichtehelichen Kindes möglich, als Staatsbürger etwa wegen eines Kostenbescheids drei Fachgerichtsinstanzen und anschließend das Verfassungsgericht mit Erfolgsaussicht zu beschäftigen; sein Antrag auf Gewährung gerichtlichen Rechtsschutzes wegen einer Verweigerungshaltung der Mutter, deren Motive mit dem Kindeswohl offensichtlich in keinem Zusammenhang stehen, ja ihm zuwiderlaufen können, kann jedoch weiterhin mit einem familiengerichtlichen Einzeiler als unzulässig beschieden werden – selbst wenn ihn die Ausgrenzung aus dem Leben des gemeinsamen Kindes in Verbindung mit einer Unterbindung des Umgangskontakts existenziell trifft.<sup>68</sup> Angesichts dieses Grundrechtsresiduums gleichwohl davon zu sprechen, das Grundrecht der nichtehelichen Väter sei »ausreichend«<sup>69</sup> gewahrt, befremdet. Dies mag sich dann noch steigern, wenn die Mutter nach der Trennung eine gleichgeschlechtliche Beziehung eingeht, wodurch auf Seiten der Lebenspartnerin ein »kleines Sorgerecht« für das Kind entsteht.<sup>70</sup>

64 BVerfGE 24, 119 (144); vgl. auch BVerfGE 61, 358 (371).

65 BVerfG, NJW 1993, 2671.

66 Institut für Geschlechter- und Generationenforschung ([www.igg.uni-bremen.de](http://www.igg.uni-bremen.de)).

67 Vgl. Der »Spiegel« Nr. 9 v. 25. Februar 2002

68 Der »Spiegel« Nr. 9 v. 25. Februar 2002. Siehe dazu auch Proksch, Begleitforschung zur Umsetzung der Neuregelungen zur Reform des Kindschaftsrechts, 2. Zwischenbericht (Juli 2001), S. 203 ff.

69 BVerfG, FamRZ 2003, 285 (290).

70 Vgl. zur Verfassungsmäßigkeit des Lebenspartnerschaftsgesetzes: BVerfG, NJW 2002, 2543 (2550); kritisch dazu W. Kanther, NJW 2003, S. 797 (798).

Bemerkenswert bleibt auch, dass das Gericht den mentalen Annex zwischen Sorge- und Umgangsrecht zwar (erneut<sup>71</sup>) gesehen,<sup>72</sup> dem jedoch keine durchschlagende Bedeutung beigemessen hat. Dies ist um so erstaunlicher, weil ihm durch die eingangs erwähnten Verfassungsbeschwerden reichhaltiges Anschauungsmaterial darüber zur Verfügung stand, dass es in quantitativ nicht zu vernachlässigender Größe durchaus Mütter gibt, die das Wohl des Kindes in den Hintergrund stellen, durch »Kontaktsperrern« nicht einmal mehr eine »Begegnungsgemeinschaft<sup>73</sup>« zwischen Kind und Vater tolerieren<sup>74</sup> oder gar eine gezielte Entfremdung des Kindes gegenüber dem anderen, dadurch psychisch erheblich verletzten Elternteil anstreben (PAS).<sup>75</sup> Erwähnt sei etwa die Entscheidung vom 11. Dezember 2000. In dem ihr zugrunde liegenden Fall verweigerte die Mutter eines (ehelichen) Kindes den Umgang mit dem Vater, wobei sie die Behauptung eines sexuellen Missbrauchs in den Raum gestellt hatte – die Mutter war alleinige Inhaberin des Sorgerechts. Auch in der Entscheidung vom 5. Februar 2002<sup>76</sup> war der Blick auf einen Sachverhalt zu lenken, in dem die Mutter eines (ehelichen) Kindes zu kooperativem Mitwirken bei der Umgangspflege mit dem Kind nicht bereit war – die Mutter war Inhaberin des alleinigen Sorgerechts. Durch die Entscheidung des dem Beschluss vom 18. Februar 1993 zugrunde liegenden Falls hatte das Gericht schließlich Kenntnis davon, dass eine – obergerichtlich unterstützte – Mutter dem Kind nur geringen Umgang mit dem Vater einräumen wollte, obwohl familienpsychologisch fundiert eine vorbehaltlose Zuneigung des Kindes zum Vater und eine trennungsbedingt ambivalente Haltung der Mutter als Motiv feststanden<sup>77</sup> – auch in diesem Fall war die Mutter alleinige Inhaberin des Sorgerechts. Die in der Senatsentscheidung vom 15. Juni 1971 anzutreffende Feststellung, mit der Übertragung des Sorgerechts auf einen Elternteil erhalte dieser »zwar eine starke Stellung«, diese finde jedoch »ihre Grenze in dem Verkehrsrecht und den sich daraus zwangsweise ergebenden Folgerungen in bezug auf die Bestimmungen über den Aufenthalt und die Pflege des Kindes sowie die Duldung des tatsächlichen erzieherischen Einflusses, die eine solche Begegnung auf das Kind haben« könne,<sup>78</sup> belegt einmal mehr, dass jene »Schlusstrich-Mentalität« auf Mütterseite nicht vereinzelte ist. Die auch dort anzutreffende Ermahnung an die beschwerdeführende Mutter, ihr früherer Ehemann werde durch die Scheidung für das gemeinsame Kind nicht »Dritter«, sondern bleibe Vater des Kindes, verdeutlicht die mental vorherrschende Sichtweise plastisch. Die Praxis belegt indes, dass deutsche Familiengerichte – scheinbar im Interesse des Kindeswohls – oftmals kapitulieren. Väter, die ihre Kinder über Monate, ja über Jahre wegen von der Mutter verhängter »Kontaktsperrern« nicht sehen können, treffen zum Teil auf Familienrichter, deren – durch eine oft jahrzehntelange einzelrichterliche Tätigkeit nur selten zur Überprüfung gestelltes – (Selbst-)Verständnis vom Kindeswohl – ein Begriff, der ohnehin die Gefahr interpretatorischer

71 In seiner Entscheidung vom 7. Mai 1991 betont es, ein gemeinsames Sorgerecht sei geeignet, den Eltern ihre gemeinsame Verantwortung für das Kind deutlich zu machen, BVerfGE 84, 168 (182).

72 – wie sein Hinweis auf die Studie von Proksch belegt; vgl. BVerfG, FamRZ 2003, 285 (286). Siehe auch Balloff/Walter, FamRZ 1990, S. 445 (451).

73 Von BVerfGE 106, 13 (18), verwendeter Begriff.

74 Siehe zum vom Staat zu achtenden »Recht des Kindes, das von einem oder beiden Elternteilen getrennt ist, regelmäßige persönliche Beziehungen oder unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen zu pflegen«, Art. 9 Abs. 3 sowie Art. 10 Abs. 2 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (BGBl. 1992 II, 121).

75 Zu den Studien Richard A. Gardners siehe etwa: U. O. Kodjoe, Der Amtsvormund 1998; Psychologie Heute, 2000, S. 42 ff.

76 BVerfG, NJW 2002, 1863 f.

77 BVerfG, NJW 1993, 2671.

78 BVerfG, NJW 1971, 1447 (1448).

Beliebigkeit in sich trägt – eine zwangsweise Durchsetzung selbst dann noch nicht zulässt, wenn Väter sich freiwillig gar psychiatrischen Begutachtungen unterziehen, um den – unberechtigten – Vorwurf der Kindsmutter auszüräumen, an einer das Kindeswohl gefährdenden Erkrankung zu leiden. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt,<sup>79</sup> ihr zumindest in solch einer Fallkonstellation das Sorgerecht in Umgangsfragen zu entziehen, Zwangsmittel anzudrohen und zu signalisieren, dass ihr Verhalten die Übertragung des Sorgerechts auf den Vater rechtfertigen könnte, verdient deshalb besondere Anerkennung. Die Entscheidung hebt sich auch deshalb in bemerkenswertem Umfang vom gängigen Betrachtungsmuster des Kindeswohls ab, weil es nicht nur situativ, sondern auch langfristig unter dem Gesichtspunkt gewürdigt wird, dass die Mutter die Lebensperspektive des Kindes einengt, wenn sie ihm den Blick auf den Vater dauerhaft verwehrt.<sup>80</sup> Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts trägt durch die nahezu vollständige Ausblendung dieses Umstands und die Anerkennung eines grundsätzlichen Sorgerechtsvorrangs der nicht-ehelichen Mutter fatal dazu bei, dass dieses Bewusstsein nicht gestärkt wird.

### IX. Das geteilte Blanko-Vertrauen

1. Dass das Bundesverfassungsgericht trotz des als geradezu naturgegeben vorgezeichneten § 1626a Abs. 2 BGB und auf der Grundlage des (zutreffenden) Konsensgedankens überhaupt noch in eine vertiefte Prüfung des § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB eintrat, erklärt sich wohl mit Skrupeln, das Grundrecht des nichtehelichen Kindes (und dessen Wohl) in einer dem Vatergrundrecht vergleichbaren Weise ebenfalls allein in die Hand der Mutter zu legen. Diese Skrupel waren wegen des zuvor beschriebenen Charakters des Elterngrundrechts als »fiduziarisch«,<sup>81</sup> als treuhänderisch<sup>82</sup> wahrzunehmendes Grundrecht, als Grundrecht, bei dem die Pflicht nicht eine das Recht begrenzende Schranke, sondern ein wesensbestimmender Bestandteil dieses Elternrechts ist,<sup>83</sup> allerdings auch verfassungsrechtlich angezeigt. Alles andere wäre nicht damit vereinbar, dass nach der grundgesetzlichen Wertordnung niemandem Rechte an der Person eines anderen eingeräumt werden können, die nicht zugleich pflichtgebunden sind.<sup>84</sup> Dies gilt auch für die Mutter dem Kind gegenüber. Der Staat des Grundgesetzes hat auch ihr gegenüber sein Wächteramt wahrzunehmen;<sup>85</sup> das Bundesverfassungsgericht hat dem mit der vorliegenden Entscheidung allerdings nicht ausreichend Rechnung getragen.

2. Dass ein gemeinsames Sorgerecht dem Kindeswohl nicht nur dienlich, sondern im Hinblick darauf dessen Zuordnung an nur einen Elternteil geradezu gefährlich sein kann, hatte das Gericht bereits 1991 festgestellt.<sup>86</sup> Es konnte demnach nicht vollständig die Erwägung ausblenden, dass die gesetzgeberische Konzeption kontraproductive Wirkungen für das Kindeswohl entfalten würde, wenn das gesetzgeberische Vertrauen in die umsichtige Ausübung des mütterlichen »Vetorechts« unrechtmäßig und das Fehlen einer zumindest durch den Vater initiierten staatlichen Kontrolle unvertretbar wäre. Dass das Bundesverfassungsgericht den nichtehelichen Müttern dieses Vertrauen im Grundsatz ausspricht, hat ihm den Vorwurf eingetragen, es ignoriere, dass sich Menschen beim Bruch langjähriger Beziehungen meist von

79 OLG Frankfurt, FamRZ 2002, 1585 ff.; siehe auch AG Fürstenfeldbruck, FamRZ 2002, 118 ff.

80 OLG Frankfurt, FamRZ 2002, 1585 (1587).

81 BVerfGE 61, 358 (372).

82 BVerfGE 84, 168 (180).

83 BVerfGE 24, 119 (143).

84 BVerfGE 24, 119 (144).

85 Vgl. BVerfGE 31, 194 (205); 55, 171 (179).

86 BVerfGE 84, 168 (181).

vielen Motiven leiten ließen, unter denen sich auch weniger edle als das Wohl des Kindes befänden.<sup>87</sup> In der Tat: Die gerichtliche Feststellung, die legislative Annahme sei vertretbar, eine nichteheliche Mutter werde die Verweigerung der gemeinsamen Sorgeerklärung nicht als Machtmissbrauch gegenüber dem Vater einsetzen,<sup>88</sup> überzeugt schon wegen ihrer Apodiktik nicht. Diese anthropologische Prämisse, mit der nach der insoweit eindeutigen Botschaft des Gerichts die Verfassungsmäßigkeit der Regelung steht und fällt,<sup>89</sup> sieht sich in vielfacher Hinsicht durchgreifenden Bedenken ausgesetzt.

3. Zunächst ist erstaunlich, dass das Gericht ein solches Vertrauen mit dem Gesetzgeber zu teilen vermochte, obwohl es durch die Befassung mit bereits an früherer Stelle erwähnten Verfassungsbeschwerden<sup>90</sup> umfassend Einblicke in – zumindest – kindeswohlignorierende Verhaltensweisen von Müttern gewonnen hatte. Darüber hinaus erscheint ein solches Vertrauen auch deshalb nicht konsistent, weil das Gericht mit zwei »Mütter-Kategorien« operiert. Eine Jurisprudenz gleichsam vom Reißbrett wird dadurch noch juristisch asymmetrisch: Den Müttern, deren Beziehung zu den Vätern des gemeinsamen Kindes vor dem 1. Juli 1998 ihr Ende fand, erteilt es nämlich kein solches Vertrauensplazet. Die Begründung, warum dies hingegen bei allen anderen nichtehelichen Müttern anders sein soll, erfolgt auf der Grundlage eines Beziehungsszenarios, das die Eltern zu völlig rechtstechnisch agierenden Rechtspersonen werden lässt und die – eben auch irrationale – Vielgestaltigkeit familiären Zusammenlebens zu einem Gutteil ausblendet: Bei den nichtehelichen Beziehungen, bei denen es schon während des Zusammenlebens und trotz der seit dem 1. Juli 1998 bestehenden Möglichkeit gemeinsamer Sorgeerklärungen gleichwohl zu keinen solchen Erklärungen gekommen ist, vermutet es das Bestehen bereits seinerzeit schwerwiegender Konflikte, so dass eine spätere Einzelfallprüfung nur zu einer weiteren Belastung für das Kind, nicht aber zu einer gemeinsamen Sorge führen würde. Dieser Umstand rechtfertigt es grundsätzlich, dem Vater bei der Weigerung der Mutter, eine Sorgeerklärung abzugeben, nicht die Möglichkeit einzuräumen, im Einzelfall gerichtlich überprüfen zu lassen, ob die Voraussetzungen für eine gemeinsame elterliche Sorge vorlägen.<sup>91</sup> Anders stelle sich die Situation hingegen bei den Vätern dar, für die (vor dem 1. Juli 1998) gar keine Möglichkeit bestanden habe, die gemeinsame elterliche Sorge zu erhalten. Bei ihnen gebe es keine Umstände, aus denen »typisierend« geschlossen werden könne, dass es den Eltern an der notwendigen Kooperationsbereitschaft bezogen auf die Sorge für ihr Kind gefehlt habe. In diesem Falle sei eben auch die Weigerung der Mutter, eine gemeinsame Sorgeerklärung abzugeben, kein Indiz für das Fehlen des notwendigen Kooperationsbedürfnisses, weil es nahe liegend sei, dass die Mutter in der Regel nicht gerade dann zur Teilung der Sorge für das Kind mit dem Vater bereit sei, wenn sie und der Vater sich getrennt hätten.<sup>92</sup> Dass das Gericht mit dem Stichtag 1. Juli 1998 eine Metamorphose mütterlicher Charakterstärke verbindet und die legislative Annahme für akzeptabel hält, bei einer danach erfolgten Trennung werde sie die Verweigerung der gemeinsamen Sorgeerklärung nicht als Machtmittel gegenüber dem Vater einsetzen,<sup>93</sup> bleibt nur schwer nachvollziehbar.

87 SZ vom 30. Januar 2003 (Kommentar).

88 BVerfG, FamRZ 2003, 285 (290).

89 BVerfG, FamRZ 2003, 285 (291).

90 Siehe oben: III. sowie VIII.

91 BVerfG, FamRZ 2003, 285 (290/291).

92 BVerfG, FamRZ 2003, 285 (291).

93 BVerfG, FamRZ 2003, 285 (290).

a) Das Gericht selbst scheint denn auch nicht frei von Skrupeln gewesen zu sein, spricht es an anderer Stelle von »Prämissen<sup>94</sup>«, womit es den eher theoretischen Gehalt des (gesetzgeberisch typisierenden) Ansatzpunktes betont und seine Aufforderung an den Gesetzgeber unterstreicht, dessen Annahmen darauf zu überprüfen, ob sie den Tatsachen auch entsprechen.<sup>95</sup> Bei lebensnaher Betrachtung streitet denn auch einiges dagegen, das Fehlen übereinstimmender Sorgeerklärungen regelmäßig als Hinweis auf eine fehlende Kooperationsbereitschaft zu deuten<sup>96</sup> – im Gegenteil: Gerade wenn und weil die elterliche Sorge faktisch gemeinsam wahrgenommen wurde, bestand und besteht für den Vater eines nichtehelichen Kindes eher wenig Anlass, gegenüber der Mutter auf einer gemeinsamen Sorgeerklärung zu bestehen, will er eine (bislang) harmonische Beziehung nicht auf's Spiel setzen.

b) Für diese Einsicht hätte es an sich keiner statistischen Unterfütterung bedurft. Das Gericht verlangt sie indes, meint jedoch, gesicherte Erkenntnisse darüber, ob es dauerhaft eine »beachtliche Zahl von Fällen« gebe, in denen es bei Zusammenleben der Eltern mit dem Kind gleichwohl nicht zur gemeinsamen Sorge gekommen sei und welche Gründe hierfür maßgeblich seien, fehlten – der verstrichene Zeitraum seit Inkrafttreten des Kindschaftsreformgesetzes sei zu kurz, um schon tragfähige Aussagen über die Wirkungen der gesetzlichen Neuregelung machen zu können. Daten über die Anzahl der seit In-Kraft-Treten des Kindschaftsreformgesetzes abgegebenen Sorgeerklärungen lägen derzeit noch nicht vor.<sup>97</sup> Warum das Gericht trotz dieses non liquet ohne Rückgriff auf die Erkenntnisse in anderen (europäischen) Ländern das Grundrecht der »jungen« Väter nicht zumindest durch eine Regelung zu wahren versucht, die es bei den »alten« Vätern für verfassungsrechtlich zwingend hält, bleibt vor allem deshalb kaum nachvollziehbar, weil es das Vorliegen der gerade nicht erwiesenen Tatsachen dezidiert als Voraussetzung für die Wahrung des Vatergrundrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG bezeichnet.<sup>98</sup> Der Respekt vor dem gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum war hier zu groß.

c) Der Ansatz des Gerichts, mit zwei Kategorien von Müttern zu operieren und bei der einen wegen fehlenden Vertrauens in eine kindeswohldienliche Ausübung der mütterlichen Rechtsposition dem Vater zumindest die Befugnis einzuräumen, eine gerichtliche Kontrolle herbeizuführen, während dies bei der anderen Kategorie nicht der Fall sein soll, wirkt im Übrigen auch kaum stimmig, weil damit zugleich einem Teil der nichtehelichen Kinder zugemutet wird, in die rechtlichen Auseinandersetzungen der Eltern involviert zu werden, obwohl das Gericht an früherer Stelle der Einschätzung des Gesetzgebers gefolgt ist, dass solche Auseinandersetzungen die Kinder zusätzlich belasten.<sup>99</sup> An dieser Unstimmigkeit ändert auch der Umstand nichts, dass bei der einen Gruppe nichtehelicher Eltern bereits während des gemeinsamen Zusammenlebens kein Konsens bestanden haben soll, während er bei der anderen Elterngruppe erst später eingetreten sein mag. Auch wenn der Dissens »nur« auf (nach-)trennungsbedingten Umständen beruhen mag, so entspricht es doch den Erkenntnissen systemischer Familienpsychologie, dass Spannungen, gleichviel wann sie entstanden, regelmäßig auf das Eltern-Kind-Verhältnis durchschlagen.

94 BVerfG, FamRZ 2003, 285 (291).

95 BVerfG, FamRZ 2003, 285 (291).

96 Skeptisch auch Henrich, FamRZ 2003, S. 359.

97 BVerfG, FamRZ 2003, 285 (290 f.).

98 BVerfG, FamRZ 2003, 285 (290, 291).

99 BVerfG, FamRZ 2003, 285 (290 f.).

Das Sorgerechtsurteil befriedet nach alledem nicht, auch wenn dem Gesetzgeber eine Beobachtungspflicht auferlegt worden ist und der Beschwerdeführer des Verfassungsbeschwerdeverfahrens von dem als verfassungswidrig befundenen Fehlen einer noch zu treffenden Übergangsregelung für Väter nichtehelicher Kinder, deren Eltern sich vor dem Inkrafttreten des Kindschaftsreformgesetzes getrennt haben,<sup>100</sup> profitiert. Die vom Bundesverfassungsgericht für jene Vätergruppe verlangte Möglichkeit einer gerichtlichen »Einzelfallprüfung«, <sup>101</sup> ob trotz entgegenstehenden Willens der Mutter unter Berücksichtigung des Kindeswohles eine gemeinsame elterliche Sorge begründet werden kann, <sup>102</sup> lässt das Urteil nur auf den ersten Blick in einem milderen Licht, <sup>103</sup> bei näherer Betrachtung jedoch – wie sich zeigte – eher in einem diffuseren Licht erscheinen. Ob das Urteil vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, wo – so *Christine Brinck* in der »ZEIT« – die Uhren anders, nämlich »eher zugunsten des Menschenrechts der Kinder auf Liebe und Zuwendung durch beide Eltern« gehen, <sup>104</sup> Bestand hätte, erscheint durchaus fraglich; <sup>105</sup> der Cour d' Appell Riom etwa vertrat 1995 die Auffassung, aus der Europäischen Menschenrechtskonvention ergebe sich, dass auch Eltern nichtehelicher Kinder ein Recht auf eine gemeinsame elterliche Sorge hätten. <sup>106</sup> Die deutsche Rechtsordnung hat sich durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts erneut als immer noch recht »introvertiert« erwiesen. <sup>107</sup> Es bleibt zu hoffen, dass der ohnehin zum Tätigwerden aufgerufene rot-grüne Gesetzgeber die 1998 noch vom konservativen Gesetzgeber eingeleitete Entwicklung vorantreibt und auf der Grundlage eines fortbestehenden § 1626a Abs. 2 BGB neben einem gemeinsamen Sorgerecht nun auch die Möglichkeit eines zustimmungsunabhängigen alleinigen Sorgerechts, zumindest aber eines Aufenthaltsbestimmungsrechts<sup>108</sup> (§ 1631 Abs. 1 BGB), auch für die Väter nichtehelicher Kinder vorsieht, um aus dem Dilemma zu befreien, dass ein aufoktroiertes gemeinsames Sorgerecht ebenso wenig Sinn macht<sup>109</sup> wie ein Sorgerecht, das einem Elternteil allein kraft Geschlechtszugehörigkeit völlig unabhängig davon zusteht, ob er den Bedürfnissen des Kindes ebenso gerecht wird wie der andere Elternteil. Leider bewegt sich der zwischenzeitlich vom Bundesjustizministerium vorgelegte und von der Bundesregierung inzwischen auch beschlossene Entwurf ausschließlich in den vom Bundesverfassungsgericht vorgezeichneten Bahnen. <sup>110</sup> Gleichwohl: Mit dem Abweichen von eingefahrenen Gleisen und nicht lediglich einem Umsetzen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts würde der Gesetzgeber auf zweifache Weise dem Kindeswohl Rechnung tragen. Zum einen dem Recht des Kindes, »nach der Trennung seiner Eltern demjenigen Elternteil

100 BVerfG, FamRZ 2003, 285 (291 f.)

101 BVerfG, FamRZ 2003, 285 (287).

102 BVerfG, FamRZ 2003, 285 (291).

103 Ungeachtet dessen kann sie sich für den Beschwerdeführer als Pyrrhussieg darstellen, weil er bei einer (auf der Grundlage der Übergangsregelung ergangenen) fachgerichtlich abweisenden Entscheidung den Weg durch die Instanzen wird wieder neu antreten müssen.

104 Christine Brinck, Die Zeit vom 28. November 2002. Der EGMR, NJW 1991, S. 2199, spricht etwa von der wechselseitigen Freude von Eltern und Kind an der Gesellschaft des anderen als grundlegenden Bestandteil des Familienlebens.

105 So auch Henrich, FamRZ 2003, S. 359; EGMR, NJW 1991, 2199 (2203). G. Rixe, ISUV/VDU Report 2003, S. 18 (20); siehe zu einer im Vergleich zum BVerfG väterfreundlicheren Sichtweise auch EGMR, FamRZ 2001, 341 ff.

106 DAVorm 1997, 638 f. Siehe auch den Hinweis bei Henrich, FamRZ 2003, S. 359, auf eine entsprechende Entscheidung des obersten Gerichtshofes der Niederlande.

107 Vgl. Frowein, NVwZ 2002, S. 29.

108 Vgl. etwa AG Fürstenfeldbruck, FamRZ 2002, 118 ff.

109 Henrich, FamRZ 2003, S. 359.

110 Siehe Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Übergangsregelung zum Kindschaftsreformgesetz für nicht miteinander verheiratete Eltern (Homepage des BMJ).

anvertraut zu werden, der dafür am besten geeignet ist«;<sup>111</sup> zum anderen dürfte Ergebnis allein des Bestehens dieser zusätzlichen Sorgerechtsalternative eine verstärkte Begründung des vorzugswürdigeren gemeinsamen Sorgerechts sein,<sup>112</sup> da damit die bisherige Prämierung unkooperativen Verhaltens von Müttern entfielen. Schließlich würde damit jenen Männern gesellschaftliche Anerkennung zuteil, die gerade in Überwindung geschlechtsspezifischer Rollenzuweisungen durch eine aktive Vaterschaft den seit Jahrzehnten eingeforderten »neuen Mann« auch leben.<sup>113</sup> Frauen sollten aus den bitteren Erfahrungen mit Rollenzuweisungen für Sorgerechtskonzeptionen offen sein, die nicht schematisch, sondern flexibel sind. Auch auf dieser gesellschaftlich übergreifenden Ebene ist im Interesse des Kindeswohls nicht ideologisierende Geschlechterkampfkongfrontation, sondern brückenschlagende Kooperation in dem Bewusstsein gefragt, dass mit der Vielgestaltigkeit des Menschen eine breite Konfliktlösungspalette zu korrespondieren hat.

## Bernd Belina Fighting Crime als Lebensaufgabe, Culture War und Kontrolle der Überflüssigen

Anmerkungen zur Kriminalpolitik in den USA\*

Die eigentliche Arbeit der Chefs lokaler Polizeien in den USA ist trotz weiterreichender Kompetenzen mit der ihrer Kollegen hierzulande durchaus vergleichbar. Was ihren Status angeht, scheinen die *Chiefs* in mancherlei Hinsicht aber mehr mit hiesigen Trainern im professionellen Fußball gemeinsam zu haben: In beiden Fällen geht es um gut bezahlte Posten im Scheinwerferlicht der (vor allem lokalen) Öffentlichkeit. In beiden Fällen existiert nur eine recht begrenzte Anzahl wirklich verlockender Posten (36 Vereine in den Bundesligen 1 und 2 bzw. etwa ebenso viele Police Departments mit einer Personalstärke von über 1.000 Polizisten, vgl. *Hickman, Reeves* 2001). In beiden Fällen beschränkt sich – in Ermangelung einer formalen Ausbildung – die Qualifikation der Bewerber häufig darauf, das Berufsfeld »von der Pike auf« (als Spieler bzw. Polizist) erlernt zu haben (*Bouza* 1990: 78). Und in beiden Fällen gibt es Stars mit Vorbildfunktion, die mitunter sogar zu Buchautoren werden, wie der ehemalige Chef der New Yorker Polizei, William *Bratton* (1998), von dem noch die Rede sein wird, oder *Anthony V. Bouza* (1990, 2001), ehemals *Commissioner* in Minneapolis. (Zu den literarischen Werken von Fußballtrainern vgl. die Sammelbesprechung bei *Fischer, Roth* 1998: 154–162.)

In diesem Beitrag soll es um das 1999 erschienene Buch eines der schillerndsten Helden der U.S.-amerikanischen Polizeiarbeit der letzten Jahre gehen, um *The Crime*

<sup>111</sup> Henrich, FamRZ 2003, S. 359.

<sup>112</sup> Darauf deutet auch das Ergebnis des von R. Proksch, Begleitforschung zur Umsetzung der Neuregelungen zur Reform des Kindschaftsrechts, 2. Zwischenbericht (Juli 2001), erstellten Zwischenberichts (auf S. 218 ff.) hin. Sie auch ders. in *Kind-Prax* 2003, S. 3 ff.

<sup>113</sup> Der Vater im Ausgangsverfahren vor dem AG Groß-Gerau etwa hatte das Kind etwa acht Monate allein versorgt, später nach dem Herausgabeverlangen der Mutter auch während deren Krankenhausaufenthalts.

\* Anhand und zugleich Besprechung von: Jack *Maple* (with Chris *Mitchell*): *The Crime Fighter – Putting the Bad Guys out of Business*. New York 1999: Doubleday. 260 Seiten.