

Stefanie Schmitt

Das Sorgerecht nichtverheirateter Väter



Nomos



Stämpfli Verlag



<https://doi.org/10.5771/9783845280387-1>

Generiert durch IP '207.241.231.83', am 19.07.2018, 16:48:53.

Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Schriften zum Familien- und Erbrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Elisabeth Koch, Universität Jena

Prof. Dr. Volker Lipp, Universität Göttingen

Prof. Dr. Karlheinz Muscheler, Universität Bochum

Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, Universität Basel

Band 18

Stefanie Schmitt

Das Sorgerecht nichtverheirateter Väter



Nomos



Stämpfli Verlag



Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Berlin, FU, Diss., 2016

ISBN 978-3-8487-3686-7 (Print)

ISBN 978-3-8452-8038-7 (ePDF)

ISBN 978-3-7272-7777-1 (Stämpfli Verlag AG, Print)

D188

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern und meinem Ehemann

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2016 von dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin als Dissertation angenommen.

Mein aufrichtiger Dank gebührt an erster Stelle meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Martin Schwab für seine sehr gute Betreuung. Er hat durch seine Diskussions- und Hilfsbereitschaft sowie seine wertvollen Hinweise einen wesentlichen Beitrag zum erfolgreichen Gelingen dieser Promotion geleistet. Darüber hinaus bedanke ich mich bei Herrn Prof. Dr. Ignacio Czeghun für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Prof. Dr. Elisabeth Koch, Prof. Dr. Volker Lipp, Prof. Dr. Karlheinz Muscheler und Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer danke ich für die Aufnahme dieser Dissertation in die Schriftenreihe „Schriften zum Familien- und Erbrecht“.

Bedanken möchte ich mich auch bei meinem Bruder und allen Freunden für ihre Geduld und ihr anhaltendes Verständnis.

Meinen Eltern und meinem Ehemann möchte ich ganz besonders danken. Durch ihren steten Rückhalt und Zuspruch haben sie mich in besonderem Maße bei der Erstellung dieser Arbeit unterstützt. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Frankfurt, den 21. September 2016

Stefanie Schmitt

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	25
Teil I: Einleitung	29
A. Ziel der Arbeit	30
B. Fragen	32
C. Gang der Darstellung	32
Teil II: Rechtshistorische Entwicklung des Sorgerechts in Deutschland	35
A. Bürgerliches Gesetzbuch (1900–1918)	35
B. Weimarer Republik (1918–1933)	39
C. Drittes Reich (1933–1945)	43
D. Entwicklung in der BRD von 1945 bis 1990	46
E. Das Sorgerecht in der DDR	53
F. Entwicklung nach der Wiedervereinigung	58
G. Neuregelung im Verfahrensrecht durch das KindRG	71
H. Reform Familienverfahrensrecht: FamFG	72
I. Änderungen im FamFG zum 01.01.2013	75
J. Fazit	76
Teil III: Grundlagen des Sorgerechts	79
A. Die elterliche Sorge und das Elternrecht	79
B. Personen- und Vermögenssorge	87
C. Rechtsnatur des Sorgerechts	87
D. Voraussetzungen für eine rechtliche Vaterschaft	88
Teil IV: Kindeswohl	101
A. Begriff des Kindeswohls	101

B. Kindeswohlkriterien	104
C. Das Kindeswohl in der Rechtsprechung	108
D. Verfahren für die Beurteilung des Kindeswohls durch das Gericht	119
Teil V: Der aktuelle Stand der Rechtsprechung und Literatur	121
A. Aktueller Stand der Rechtsprechung	121
B. Anschlussliteratur zu den Leitentscheidungen	134
Teil VI: Sorgerechtliche Reform	137
A. Referentenentwurf des BMJ zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern	137
B. Gesetzentwurf der Bundesregierung	151
C. Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern in der vom Rechtsausschuss geänderten Fassung	158
D. Stellungnahme der Literatur zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern	159
E. Vorschläge zur Neuregelung der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern	166
Teil VII: Analyse des Gesetzes zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern	171
A. Kritische Betrachtung des Gesetzes und der Begründung des Gesetzentwurfs vom 22.06.2012	171
B. Alternative Lösungsmodelle	221
Teil VIII: Problematik der Sorgerechtserlangung des biologischen, nicht rechtlichen Vaters	235
A. Aktuelle Entscheidungen des EGMR	235
B. Problem: Vaterschaftsanfechtung durch den biologischen Vater	241
C. Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters	250

Teil IX: Eigener Vorschlag mit Begründung	255
A. Eigener Vorschlag für die Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern	255
B. Begründung	258
Teil X: Schlussbetrachtung	263
Literaturverzeichnis	269

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	25
Teil I: Einleitung	29
A. Ziel der Arbeit	30
B. Fragen	32
C. Gang der Darstellung	32
Teil II: Rechtshistorische Entwicklung des Sorgerechts in Deutschland	35
A. Bürgerliches Gesetzbuch (1900–1918)	35
I. Rechtliche Stellung ehelicher Kinder und verheirateter Väter	35
II. Rechtliche Stellung unehelicher Kinder und nichtverheirateter Väter	37
B. Weimarer Republik (1918–1933)	39
I. Erste Reformbestrebungen zum Nichtehelichenrecht (1916–1919)	40
II. Das Gesetz über die religiöse Kindererziehung und das Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt	40
III. Entwurf eines „Gesetzes über die unehelichen Kinder und die Annahme an Kindesstatt“	41
C. Drittes Reich (1933–1945)	43
I. Die Reformbestrebungen des Dritten Reichs	43
II. Ehegesetz vom 06.07.1938	45
D. Entwicklung in der BRD von 1945 bis 1990	46
I. Ehegesetz von 1946	46
II. Grundgesetz von 1949	47
III. Gleichberechtigungsgesetz vom 18.06.1957	47
IV. Gesetz zur Vereinheitlichung und Änderung familienrechtlicher Vorschriften vom 11.08.1961	49
V. Nichtehelichengesetz vom 19.08.1969	49

VI. Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts	52
VII. Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge	52
E. Das Sorgerecht in der DDR	53
I. Die Umgestaltung des Familienrechts in der Zeit vom 07.10.1949–1954	54
II. Die Entwicklung des Familienrechts in der Zeit von 1954– 1965	55
III. Das Familiengesetzbuch und das Familienrechtsänderungsgesetz (14.04.1965–03.10.1990)	56
F. Entwicklung nach der Wiedervereinigung	58
I. Einigungsvertrag vom 31.08.1990	58
II. Kinder- und Jugendhilfegesetz vom 26.06.1990	59
III. Kindschaftsrechtsreformgesetz vom 16.12.1997	59
1. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	59
a) Recht des nichtehelichen Kindes auf Kenntnis des Namens seines Vaters: Beschluss vom 18.01.1988	60
b) Zwingender Sorgerechtswechsel bei Ehelicherklärung: Beschluss vom 07.05.1991	60
c) Adoption des nichtehelichen Kindes: Beschluss vom 07.03.1995	61
d) Weitere bundesverfassungsrechtliche Entscheidungen	62
2. Überblick über die Gesetzesänderung	62
a) Die Neuregelung des Sorgerechts	63
aa) Elternschaft	63
bb) Die Sorgeerklärungen	64
cc) Getrennt oder zusammenlebende Eltern	66
(1) Nicht nur vorübergehend getrennt lebende Eltern	66
(a) Alleiniges Sorgerecht der Mutter	67
(b) Gemeinsames Sorgerecht	67
(c) Kindeswohlprüfung	69
(2) Zusammenlebende Eltern	69
dd) Keine Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern und weitere Änderungen	70
b) Rechtliche Möglichkeiten des nichtverheirateten Vaters	70

IV. Gesetz zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten vom 09.04.2002	71
G. Neuregelung im Verfahrensrecht durch das KindRG	71
H. Reform Familienverfahrensrecht: FamFG	72
I. Hauptsacheverfahren, das die elterliche Sorge betrifft	73
1. Antrag	73
2. Zuständigkeit	73
3. Verfahrensbeistand	73
4. Früher erster Termin bzw. Erörterungstermin	74
5. Anhörungen der Beteiligten, wenn sie noch nicht stattfanden	74
6. Beweiserhebung	75
7. Endentscheidung des Familiengerichts	75
II. Rechtsmittelzug im Sorgeverfahren	75
I. Änderungen im FamFG zum 01.01.2013	75
J. Fazit	76
Teil III: Grundlagen des Sorgerechts	79
A. Die elterliche Sorge und das Elternrecht	79
I. Der Begriff „Eltern“	80
II. Elternrecht	82
III. Verhältnis des Elternrechts zum Sorgerecht	83
IV. Beginn des Elternrechts/des Sorgerechts	84
V. Der Staat und das Elternrecht	84
VI. Schutz des biologischen, nicht rechtlichen Vaters	85
B. Personen- und Vermögenssorge	87
C. Rechtsnatur des Sorgerechts	87
I. Absolutes Recht	87
II. Höchstpersönliches Recht	88
III. Pflicht	88
D. Voraussetzungen für eine rechtliche Vaterschaft	88
I. Anerkennung der Vaterschaft	89
II. Gerichtliche Feststellung der Vaterschaft	90
III. Stellungnahme	90
1. Anerkennung der Vaterschaft durch Abgabe einer Versicherung an Eides statt	91

2. Anerkennung der Vaterschaft durch Vaterschaftsnachweis	94
a) Genetischer Vaterschaftsnachweis eines vermeintlich biologischen Vaters, wenn eine rechtliche Vaterschaft besteht	94
b) Genetischer Vaterschaftsnachweis eines vermeintlich biologischen Vaters für die Vaterschaftsanerkennung, wenn kein rechtlicher Vater existiert	96
c) Stufenlösung bei Mehrverkehr	96
3. Ergebnis	99
Teil IV: Kindeswohl	101
A. Begriff des Kindeswohls	101
B. Kindeswohlkriterien	104
I. Kontinuität und Stabilität von Erziehungsverhältnissen	105
II. Die inneren Bindungen des Kindes	105
III. Der Kindeswille	106
IV. Das Förderungsprinzip und die Bindungstoleranz	107
V. Mindestmaß an Kooperation	107
VI. Verhältnis der Kriterien zueinander	108
C. Das Kindeswohl in der Rechtsprechung	108
I. Untersuchung der Entscheidungen des BVerfG und des EGMR	110
II. Stellungnahme	111
1. Entwurf eines Kriterienkatalogs	111
2. Rechtssicherheit durch einen Kriterienkatalog im Gesetz	113
3. Ziel eines Kriterienkatalogs im Gesetz	115
4. Zweck eines Kriterienkatalogs im Gesetz	115
5. Ergebnis	116
D. Verfahren für die Beurteilung des Kindeswohls durch das Gericht	119

Teil V:	Der aktuelle Stand der Rechtsprechung und Literatur	121
A.	Aktueller Stand der Rechtsprechung	121
I.	Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 29.01.2003	121
1.	Sachverhalt	121
2.	Entscheidungsgründe	122
II.	Urteil des EGMR vom 03.12.2009	124
1.	Sachverhalt	125
2.	Entscheidungsgründe	125
3.	Rechtliche Auswirkung des supranationalen Rechts auf das nationale Recht	126
a)	Die EMRK	127
b)	Urteile des EGMR	127
c)	Bindungswirkung für den deutschen Gesetzgeber	129
III.	Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes vom 21.07.2010	129
1.	Sachverhalt	130
2.	Gründe	131
3.	Stellungnahme	133
B.	Anschlussliteratur zu den Leitentscheidungen	134
I.	Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 29.01.2003 von Henrich	134
II.	Anmerkungen zu der Entscheidung des EGMR vom 03.12.2009	135
III.	Anmerkungen zu der Entscheidung des BVerfG vom 21.07.2010	135
Teil VI:	Sorgerechtliche Reform	137
A.	Referentenentwurf des BMJ zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern	137
I.	§ 1626 a BGB-E	138
1.	§ 1626 a Abs. 1 BGB-E	138
2.	§ 1626 a Abs. 2 BGB-E	139
a)	§ 1626 a Abs. 2 S. 1 BGB-E	139
aa)	Antragsverfahren	139
bb)	Kindeswohl	140
b)	§ 1626 a Abs. 2 S. 2 BGB-E	142
aa)	Stellungnahme des anderen Elternteils	142

bb) Gründe nicht anderweitig bekannt	143
3. § 1626 a Abs. 3 BGB-E	143
II. Alternativen	144
III. § 1671 BGB-E	145
1. § 1671 Abs. 1 BGB-E	147
2. § 1671 Abs. 2 BGB-E	147
a) § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB-E	147
b) § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB-E	148
IV. Verfahren nach § 155 a FamFG-E	149
1. § 155 a Abs. 1 FamFG-E	149
2. § 155 a Abs. 2 FamFG-E	149
3. § 155 a Abs. 3 FamFG-E	150
4. § 155 a Abs. 4 FamFG-E	151
5. § 155 a Abs. 5 FamFG-E	151
B. Gesetzentwurf der Bundesregierung	151
I. Änderungen und Ergänzungen des Wortlauts	152
1. § 1626 d BGB-E	152
2. § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB-E	152
3. § 155 a FamFG-E	152
II. Änderungen und Ergänzungen der Gesetzesbegründung	153
1. § 1626 a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB-E	154
2. § 1671 BGB-E	155
3. § 155 a FamFG-E	156
C. Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern in der vom Rechtsausschuss geänderten Fassung	158
D. Stellungnahme der Literatur zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern	159
I. Antragslösung	159
II. § 1626 a Abs. 2 BGB	160
1. § 1626 a Abs. 2 S. 1 BGB – Negative Kindeswohlprüfung	160
2. § 1626 a Abs. 2 S. 2 BGB – Gesetzliche Vermutung	162
III. § 155 a FamFG	164
E. Vorschläge zur Neuregelung der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern	166
I. Vorschlag des DRB	166

II. Entwurf des djb zur Änderung des § 1626 a BGB vom 13.09.2010	166
III. Vorschlag des ISUV	167
IV. Vorschlag des DAV	167
V. Vorschlag des VAMV	167
VI. Fazit	168
 Teil VII: Analyse des Gesetzes zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern	 171
A. Kritische Betrachtung des Gesetzes und der Begründung des Gesetzentwurfs vom 22.06.2012	171
I. § 1626 a Abs. 1 Nr. 3 BGB n. F.	172
II. § 1626 a Abs. 2 BGB n. F.	172
1. § 1626 a Abs. 2 S. 1 BGB n. F.	172
a) Antrag der Mutter	173
aa) Art. 6 Abs. 2 GG	173
(1) Schutzbereich	174
(a) Persönlicher Schutzbereich: Eltern	174
(b) Sachlicher Schutzbereich: Pflege und Erziehung, das natürliche Elternrecht und die zuvörderst obliegende Pflicht	174
(aa) Pflege und Erziehung	175
(bb) Das natürliche Elternrecht und die zuvörderst obliegende Pflicht	175
(2) Eingriff	176
(3) Ergebnis	178
bb) Art. 3 Abs. 1 GG	178
cc) Art. 6 Abs. 5 GG	179
dd) Ergebnis	179
b) Antrag des Vaters	181
aa) Antragsart	181
bb) Rechtsschutzbedürfnis	182
cc) Verfahrenskostenhilfe	183
c) Zeitpunkt der Antragstellung	183
d) Negative Kindeswohlprüfung	184

2. § 1626 a Abs. 2 S. 2 BGB – gesetzliche Vermutung	190
a) Untersuchung der Bedeutung des Begriffs „einer gemeinsamen Sorge nicht entstehende Gründe“	191
aa) Amtsermittlungsgrundsatz	192
bb) Schweigen	194
(1) Schweigen der Mutter	194
(a) Schweigen als Zustimmung	195
(b) Vergleichbarkeit von § 1626 a Abs. 2 BGB mit §§ 416 Abs. 1 S. 2, 516 Abs. 2 S. 2 BGB, 362 HGB	198
(c) Ergebnis	201
(2) Schweigen des Vaters	201
b) Fazit	202
III. Vereinfachtes Verfahren	202
1. Frist	202
a) Stellungnahmefrist	203
aa) Wiedereinsetzung	203
bb) Änderung der Frist	203
(1) Rechtsmittel	204
(2) Wiedereinsetzung bei Versäumen der Antragsfrist für die Verlängerung	204
b) Schutzfrist	205
aa) Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung	205
bb) Schutzfrist	206
cc) Ergebnis	207
c) Eingang der Stellungnahme nach Fristablauf, aber vor Wirksamwerden der Entscheidung	208
2. Anhörung	209
a) Anhörung der Eltern und des Jugendamtes	209
b) Anhörung des Kindes	211
c) Rechtsmittel	212
d) Kosten des Beschwerdeverfahrens	213
3. Vorrang- und Beschleunigungsgebot	214
4. Zustellung	215
5. Ergebnis	216
IV. Normales Sorgerechtsverfahren	216

V. § 1671 BGB	217
VI. Abänderung einer gerichtlichen Entscheidung gemäß § 1696 BGB	218
1. Entscheidungen nach § 1626 a Abs. 2 BGB	218
2. Zurückweisung des Antrags nach § 1626 a Abs. 2 BGB	219
3. Entscheidungen nach § 1671 Abs. 2 BGB	219
a) Änderungsmaßstab des § 1696 Abs. 1 S. 1 BGB bei Elternkonsens	219
b) Ergebnis	220
B. Alternative Lösungsmodelle	221
I. Ausgangsmodell: Antrags- oder Widerspruchslösung	221
1. Widerspruchslösung	222
a) Gemeinsames Sorgerecht kraft Gesetzes, wenn die Vaterschaft anerkannt oder gerichtlich festgestellt wurde („große Lösung“)	222
b) Gemeinsame Sorge kraft Gesetzes, wenn die Vaterschaft anerkannt wurde	225
c) Abhängigkeit des gemeinsamen Sorgerechts vom Zusammenleben der Eltern	225
d) Aussetzung durch Widerspruch	226
e) Gemeinsame Sorge bei feststehender biologischer Vaterschaft	227
2. Antragslösung	227
3. Modifiziertes Widerspruchsmodell – Ursprünglicher Kompromissvorschlag der Justizministerin Leutheusser-Schnarrenberger	228
4. Antrag beim Jugendamt	229
5. Jugendamt-Modell der SPD-Bundestagsfraktion	229
II. Fazit	230
Teil VIII: Problematik der Sorgerechtserlangung des biologischen, nicht rechtlichen Vaters	235
A. Aktuelle Entscheidungen des EGMR	235
I. Entscheidung des EGMR vom 15.09.2011 zum Umgangsrecht des biologischen Vaters	236
1. Sachverhalt	236
2. Begründung	237

II. Entscheidung des EGMR vom 22.03.2012 zur Vaterschaftsanfechtung	238
1. Sachverhalt	238
2. Begründung	239
III. Fazit	240
B. Problem: Vaterschaftsanfechtung durch den biologischen Vater	241
I. Rechtliche Vaterschaft als Voraussetzung der elterlichen Sorge	241
II. Anfechtung der Vaterschaft	243
1. Eidesstattliche Versicherung	243
2. Materielle Voraussetzungen	244
3. Begründung der eingeschränkten Anfechtungsmöglichkeit	245
4. Beurteilungszeitpunkt, Darlegungslast und Beschluss	246
III. Stellungnahme	247
C. Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters	250
I. Das Umgangsrecht	251
1. Eltern	252
2. Zweck	252
3. Rechtsnatur	253
II. Verhältnis zwischen Sorge- und Umgangsrecht	253
Teil IX: Eigener Vorschlag mit Begründung	255
A. Eigener Vorschlag für die Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern	255
I. § 1626 a BGB*	255
II. § 1626 b BGB*	256
III. § 1626 c BGB*	256
IV. § 1626 d BGB*	256
V. § 1626 e BGB*	257
VI. § 1671 BGB*	257
VII. § 155 a FamFG* – Verfahren zur Übertragung der gemeinsamen Sorge	258
B. Begründung	258
I. § 1626 a Abs. 1 BGB*	259
II. § 1626 a Abs. 2 BGB*	260

III. § 1626 a Abs. 3 BGB*	261
IV. § 1626 a Abs. 4 BGB*	261
V. § 1671 BGB*	262
VI. § 155 a FamFG*	262
Teil X: Schlussbetrachtung	263
Literaturverzeichnis	269

