

Skript Familienrecht

Roßmann

22. Auflage 2020
ISBN 978-3-86752-736-1
Alpmann Schmidt

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

traglich vereinbarten Zeitpunkt zur Folge. Eine Kündigung kann daher nicht einseitig zurückgenommen oder widerrufen werden.

Ergebnis: Damit hat F keinen Anspruch auf Zahlung einer Versicherungsleistung aus der Vollkaskoversicherung.

E. Die gegenseitigen Unterhaltspflichten der Ehegatten, §§ 1360 ff.

I. Während des Bestehens der Ehe hat **jeder Ehegatte** bei bestehender ehelicher Lebensgemeinschaft (bei Trennung wegen Ablehnung der ehelichen Lebensgemeinschaft § 1361!) **gegen den anderen** einen Anspruch darauf, dass dieser mit seiner Arbeit und seinem Vermögen die **Familie angemessen unterhält, § 1360 S. 1.**

23

Der Unterhaltsanspruch des Ehegatten ist dem Unterhaltsanspruch minderjähriger unverheirateter Kinder und Kinder i.S.d. § 1603 Abs. 2 S. 2 (§ 1609 Nr. 1 bzw. Nr. 2) nachrangig.⁹⁸ Gegenüber Unterhaltsansprüchen anderer Verwandter hat der Unterhaltsanspruch des Ehegatten den Vorrang. Soweit der eigene Unterhalt des unterhaltspflichtigen Ehegatten gefährdet wird, haften die Verwandten des unterhaltsberechtigten Ehegatten vor dem unterhaltspflichtigen Ehegatten, § 1608 S. 2.

II. Bei bestehender ehelicher Lebensgemeinschaft sind – anders als bei Ehegatten nach der Scheidung und bei Verwandten! – die gegenseitigen Unterhaltsansprüche nicht von der Bedürftigkeit oder Leistungsfähigkeit abhängig. Abgestellt wird vielmehr auf das Prinzip der **Proportionalität**: Der von jedem Ehegatten zu leistende Anteil am Familienunterhalt bestimmt sich nach den sich aus der Arbeitsverteilung ergebenden beiderseitigen Einkommens- und Vermögensverhältnissen. Die Ehegatten müssen alle ihre verfügbaren Mittel auch in Mangelfällen **gleichmäßig** miteinander und mit ihren minderjährigen Kindern (§ 1603 Abs. 2) teilen.⁹⁹

III. Der **Umfang des Familienunterhalts** bestimmt sich nach § 1360 a. Er umfasst die Kosten des Haushalts, die Befriedigung der persönlichen Bedürfnisse der Ehegatten und den Lebensbedarf der gemeinsamen unterhaltsberechtigten Kinder.

IV. Die **Form, in der der Familienunterhalt zu leisten ist**, bestimmt sich nach der Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1360 a Abs. 2 S. 1).

Prinzipiell sind beide Ehegatten am Unterhalts-Gesamtaufwand (Bar- und Naturalunterhalt) zu gleichen Teilen beteiligt, sodass ein Mehr an Bar-Unterhalt ein Weniger an Natural-Unterhalt bedingt und umgekehrt.¹⁰⁰ Der Ehegatte, dem die Haushaltsführung überlassen ist, erfüllt seine Verpflichtung i.d.R. durch die Führung des Haushalts (§ 1360 S. 2).

V. Umstritten ist, ob der haushaltsführende Ehegatte gegenüber dem erwerbstätigen Ehegatten einen Anspruch auf Zahlung eines **Taschengeldes** hat. Die h.M. bejaht dies, es sei denn, dass das Familieneinkommen nur zur Deckung des notwendigen Bedarfs der Familienmitglieder ausreicht. Üblicherweise wird eine Quote von 5 % bis 7 % des zur Verfügung stehenden Nettoeinkommens angenommen.¹⁰¹

⁹⁸ Ausführlich zur Rangordnung Schürmann FamRZ 2008, 313 ff.

⁹⁹ Palandt/Brudermüller § 1360 Rn. 2.

¹⁰⁰ BGH FamRZ 1985, 464, 468.

¹⁰¹ BGH FamRZ 2013, 363; BGH NJW 1998, 1553, 1554; Palandt/Brudermüller § 1360 a Rn. 4 m.w.N.

Der Taschengeldanspruch ist nach h.M. gemäß § 850 b Abs. 2 ZPO bedingt pfändbar.¹⁰² Maßgeblich ist insoweit nur, dass ein solcher Anspruch besteht, nicht hingegen, ob auch tatsächlich Taschengeld ausgezahlt wird.¹⁰³

VI. Kein Unterhalt für die Vergangenheit

Leistet einer der Ehepartner im Verhältnis zu dem anderen zu wenig (Bar-)Unterhalt, so ist ein Anspruch auf Nachzahlung von Unterhalt nach §§ 1360 a Abs. 3, 1613 regelmäßig ausgeschlossen: **Für die Vergangenheit kann Unterhalt grundsätzlich weder gefordert noch zurückgefordert werden** (in praeteritum non vivitur).

24 VII. Verfahrenskostenvorschuss

§ 1360 a Abs. 4 BGB gewährt einem Ehegatten, der nicht in der Lage ist, die Kosten eines Rechtsstreits zu tragen, der eine persönliche Angelegenheit oder die Verteidigung in einem Strafverfahren betrifft, einen Anspruch auf Verfahrenskostenvorschuss gegen den anderen Ehegatten, soweit dies der Billigkeit entspricht.¹⁰⁴ Nach dem Gesetz handelt es sich insoweit um einen selbstständigen Unterhaltsanspruch, der neben den laufenden Unterhaltszahlungen zu leisten ist. Der Vorschusscharakter hat zur Folge, dass der Anspruch auf Verfahrenskostenvorschuss nur vor und während eines Verfahrens, jedoch nicht mehr nach dessen Abschluss zugesprochen werden kann.

Der Anspruch nach § 1360 a Abs. 4 BGB setzt eine **bestehende Ehe** voraus. Nach Rechtskraft der Scheidung kann daher VKV nicht mehr gefordert werden.¹⁰⁵

Der Begriff „**Persönliche Angelegenheit**“ wird gesetzlich nicht definiert, sodass sich die Rspr. mit Fallgruppen behilft. Grundsätzlich sind alle Familiensachen i.S.v. § 111 FamFG als persönliche Angelegenheit einzuordnen.¹⁰⁶ Der häufigste Anwendungsfall für einen Anspruch auf Verfahrenskostenvorschuss ist die Scheidung der eigenen Ehe. Daneben kann der Vorschussanspruch die Verteidigung in einem Strafverfahren betreffen. Ein Anspruch auf VKV besteht hingegen dann nicht, wenn der bedürftige Ehegatte im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit einem zivilrechtlichen Rechtsstreit ausgesetzt ist. Dies gilt ausnahmsweise dann nicht, wenn es sich dabei um ein Schadensersatzanspruch handelt, der sich auf angeblich strafbares Verhalten des Ehegatten stützt. Dann ist die Abwehr dieses Anspruchs für den Ehegatten ausnahmsweise auch als „persönliche Angelegenheit“ anzusehen.¹⁰⁷

Der Anspruch auf VKV setzt voraus, dass der Unterhaltsberechtigte bedürftig ist (§ 1360 a Abs. 4 S. 1 BGB: „nicht in der Lage, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen“). Die **Bedürftigkeit** ist z.B. nicht gegeben, wenn der Anspruchsteller über Vermögen verfügt (etwa aus dem Verkauf einer Immobilie), das er zur Bezahlung der Verfahrenskosten einsetzen kann.

Schließlich ist noch ein Kriterium die **Billigkeit**. Unbillig ist eine Pflicht zur Zahlung von einem Verfahrenskostenvorschuss, wenn der Verfahrensführung die Erfolgsaussicht

¹⁰² BGH NJW 2004, 2450 und 2452.

¹⁰³ Palandt/Brudermüller § 1360 a Rn. 4.

¹⁰⁴ Dazu Roßmann FuR 2012, 168 ff.

¹⁰⁵ BGH FamRZ 2017, 1052; OLG München FamRZ 2016, 1935.

¹⁰⁶ Vgl. PWW/Kleffmann § 1360 a Rn. 16.

¹⁰⁷ BGH FamRZ 2020, 114 = FuR 2020, 115.

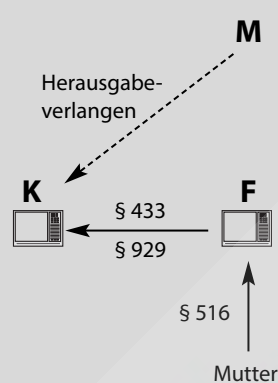
■ Miet- und Pachtverträge.

Sie stellen keine Verfügungen dar und sind daher genehmigungsfrei, selbst wenn sie langfristig die Nutzungsmöglichkeit durch die Familie ausschließen. § 1365 soll nicht die Nutzung, sondern nur die Vermögenssubstanz der Ehegatten sichern.

2. Verfügungen über Haushaltsgegenstände, § 1369

- 52 Die wirtschaftlichen Grundlagen des ehelichen Haushalts sollen gegen einseitige Maßnahmen eines Ehegatten gesichert werden. Deshalb bestimmt § 1369 Abs. 1, dass ein Ehegatte über ihm gehörende Gegenstände des ehelichen Haushalts nur mit der Einwilligung des anderen Ehegatten verfügen kann.

Fall 18: Das Fernsehgerät der Ehefrau



M und F sind verheiratet und leben im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Die F bekommt von ihrer Mutter ein Fernsehgerät geschenkt, das im Wohnzimmer der Eheleute M und F aufgestellt wird. Nach einem Jahr kommt es zwischen M und F zu schweren Zerwürfissen, die F zieht aus der gemeinschaftlichen Wohnung aus und mietet für sich eine eigene Wohnung; das Fernsehgerät nimmt sie mit. Wieder ein halbes Jahr später wird die F des Fernsehens überdrüssig. Ohne Wissen des M veräußert sie das Gerät an K. Als M davon erfährt, ist er nicht einverstanden. Er verlangt von K Rückgabe. K verweigert diese. Er erklärt, er habe

nur mit der F zu tun und auch nicht gewusst, dass sie verheiratet sei. Allenfalls brauche er das Fernsehgerät nur gegen Rückzahlung des Kaufpreises herauszugeben. Auch die F ist über das Vorgehen des M empört. Sie erklärt, dass sie sich an das Geschäft mit K gebunden fühle und das Gerät auf keinen Fall von K zurücknehmen werde. M meint, dass das Gerät dann an ihn herausgegeben werden müsse, er werde es wieder im Wohnzimmer aufstellen, vielleicht komme die F ja wieder zu ihm zurück.

- 53 A. Ein Herausgabeanspruch des M gegen K kann sich aus §§ 1369, 1368, 985 ergeben.

Bei einer nach § 1369 unwirksamen Verfügung eines Ehegatten kann der andere Ehegatte nach §§ 1369 Abs. 3, 1368 gegenüber dem Dritten die sich aus der Unwirksamkeit der Verfügung ergebenden Rechte geltend machen. Als ein solches Recht könnte hier ein Herausgabeanspruch nach § 985 in Betracht kommen.

- I. §§ 1369, 1368 sind nur anwendbar, wenn F und M **Ehegatten** sind, die im gesetzlichen Güterstand der **Zugewinnngemeinschaft** leben. Das ist der Fall. Zwar leben M und F getrennt. Die **Geltung von § 1369 während des Getrenntlebens** wird aber von der ganz h.M. angenommen: die Schutzfunktion des § 1369 sei für Zeiten einer Ehekrise von besonderer Wichtigkeit.²²³

223 Schwab Rn. 262; Palandt/Brudermüller § 1369 Rn. 2.

II. Es müssen die Voraussetzungen des § 1369 Abs. 1 vorliegen.

Zustimmungsbedürftig sind die von einem Ehegatten während der Ehe vorgenommenen Verpflichtungsgeschäfte, die auf Verfügungen über dem Ehegatten gehörende Haushaltsgegenstände gerichtet sind, sowie die ohne wirksame Verpflichtung während der Ehe vorgenommenen Verfügungen über diese Gegenstände.

So die h.M.:²²⁴ Es ist also trotz des Wortlauts des § 1369 das Verfügungsgeschäft zustimmungsfrei, wenn der andere Ehegatte bereits dem Verpflichtungsgeschäft zugestimmt hat. Es gilt somit bei § 1369 die gleiche Regel wie bei § 1365.

Das Fernsehgerät stand im Alleineigentum der F. Es ist Haushaltsgegenstand i.S.d. § 1369, denn hierzu zählen alle Sachen, die dem ehelichen Haushalt einschließlich der Unterhaltung dienen.

Unerheblich ist im Rahmen des § 1369, dass das Fernsehgerät im Falle der Scheidung bei der Berechnung des Zugewinns gemäß § 1374 Abs. 2 zu dem privilegierten Erwerb der F gehören würde, also ihrem Anfangsvermögen zugerechnet werden müsste und somit für einen etwaigen Ausgleichsanspruch des M unberücksichtigt bliebe (vgl. dazu unten: Zugewinnausgleich). Denn in erster Linie dient § 1369 dem Bestandsschutz für die stoffliche Substanz des Familienzusammenlebens.²²⁵

Auch ein **Pkw** kann nach überwiegend vertretener Auffassung Haushaltsgegenstand sein, wenn er aufgrund gemeinsamer Zweckbestimmung der Ehegatten für das familiäre und eheliche Zusammenleben genutzt wird. Während früher das Kfz als Haushaltsgegenstand rechtlich nur eingeordnet werden konnte, wenn das Fahrzeug hauptsächlich für private Zwecke verwendet wurde, genügt es mittlerweile, wenn neben der beruflichen Nutzung das Fahrzeug auch zu Familienzwecken verwendet wurde, jedenfalls dann, wenn es sich um das einzige Kfz der Familie handelt.²²⁶

Die F hat sowohl den Kaufvertrag als auch die Übereignung ohne Einwilligung des M vorgenommen. Damit sind die Voraussetzungen des § 1369 Abs. 1 erfüllt.

III. Hinsichtlich der Rechtsfolgen verweist § 1369 Abs. 3 auf §§ 1366 bis 1368.

1. Der ohne Einwilligung geschlossene Vertrag ist zunächst **schwebend unwirksam**. Er wird **wirksam**, wenn der andere Ehegatte ihn genehmigt, § 1366 Abs. 1; er wird **unwirksam**, wenn der andere Ehegatte die Genehmigung verweigert, § 1366 Abs. 4.

Dies gilt uneingeschränkt nur dann, wenn die Genehmigung oder die Verweigerung der Genehmigung dem Vertragspartner gegenüber erklärt worden ist. Wird die Genehmigung oder die Verweigerung dem vertragschließenden Ehegatten gegenüber erklärt und fordert der Dritte den vertragschließenden Ehegatten auf, die erforderliche Genehmigung des anderen Ehegatten zu beschaffen, so gilt die Regelung des § 1366 Abs. 3, die Parallelen zu § 108 Abs. 2 enthält.

Im vorliegenden Fall hat M mit dem Rückgabeverlangen die Genehmigung gegenüber K verweigert. Der von der F geschlossene Vertrag ist daher (endgültig) unwirksam. Das bedeutet, dass zum einen der zwischen F und K geschlossene Kaufvertrag (das Verpflichtungsgeschäft), zum anderen aber auch die

²²⁴ Vgl. Schwab Rn. 259.

²²⁵ Palandt/Brudermüller § 1369 Rn. 1.

²²⁶ Palandt/Brudermüller § 1361 a Rn. 5; OLG Frankfurt FamRZ 2019, 783; OLG Stuttgart FamRZ 2019, 1131.

zwischen F und K getroffene Einigung über den Eigentumsübergang (das Verfügungsgeschäft) unwirksam ist.

- 54 2. Es handelt sich nach h.M. – wie bei § 1365 – um ein **absolutes Veräußerungsverbot**. Daher können über § 135 Abs. 2 die Gutgläubensvorschriften keine Anwendung finden. Es kommt folglich nicht darauf an, ob der Dritte weiß, dass sein Geschäftspartner verheiratet ist oder dass er im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft lebt.
3. Nach § 1369 Abs. 3 findet § 1368 Anwendung. Danach ist auch der nicht verfügende Ehegatte berechtigt, die sich aus der Unwirksamkeit der Verfügung ergebenden Rechte geltend zu machen. Es handelt sich um eine sog. Revokationsbefugnis. Revokation bedeutet die Ausübung der dem anderen Ehegatten zustehenden Rechte im eigenen Namen, mithin als Prozessstandschafter.²²⁷

Bei Herausgabeansprüchen ist umstritten, ob Herausgabe an den klagenden, an den verfügenden oder an beide Ehegatten verlangt werden kann. Bei vorherigem Alleineigentum und -besitz des verfügenden Ehegatten könnte der nicht verfügende Ehegatte mit der revokatorischen Klage nach den allgemeinen Regeln nur Herausgabe an den verfügenden Ehegatten verlangen, da die Prozessstandschaft kein eigenes materielles Recht verleiht. Wegen des Schutzzwecks, die Sache der Familiennutzung zu erhalten, gibt jedoch die wohl überwiegende Ansicht dem nach § 1368 vorgehenden Ehegatten, unabhängig von der zuvor bestehenden Eigentums- und Besitzlage, einen Anspruch auf Herausgabe an sich selbst, jedenfalls dann, wenn der Verfügende die Sache nicht entgegennehmen kann oder will.²²⁸

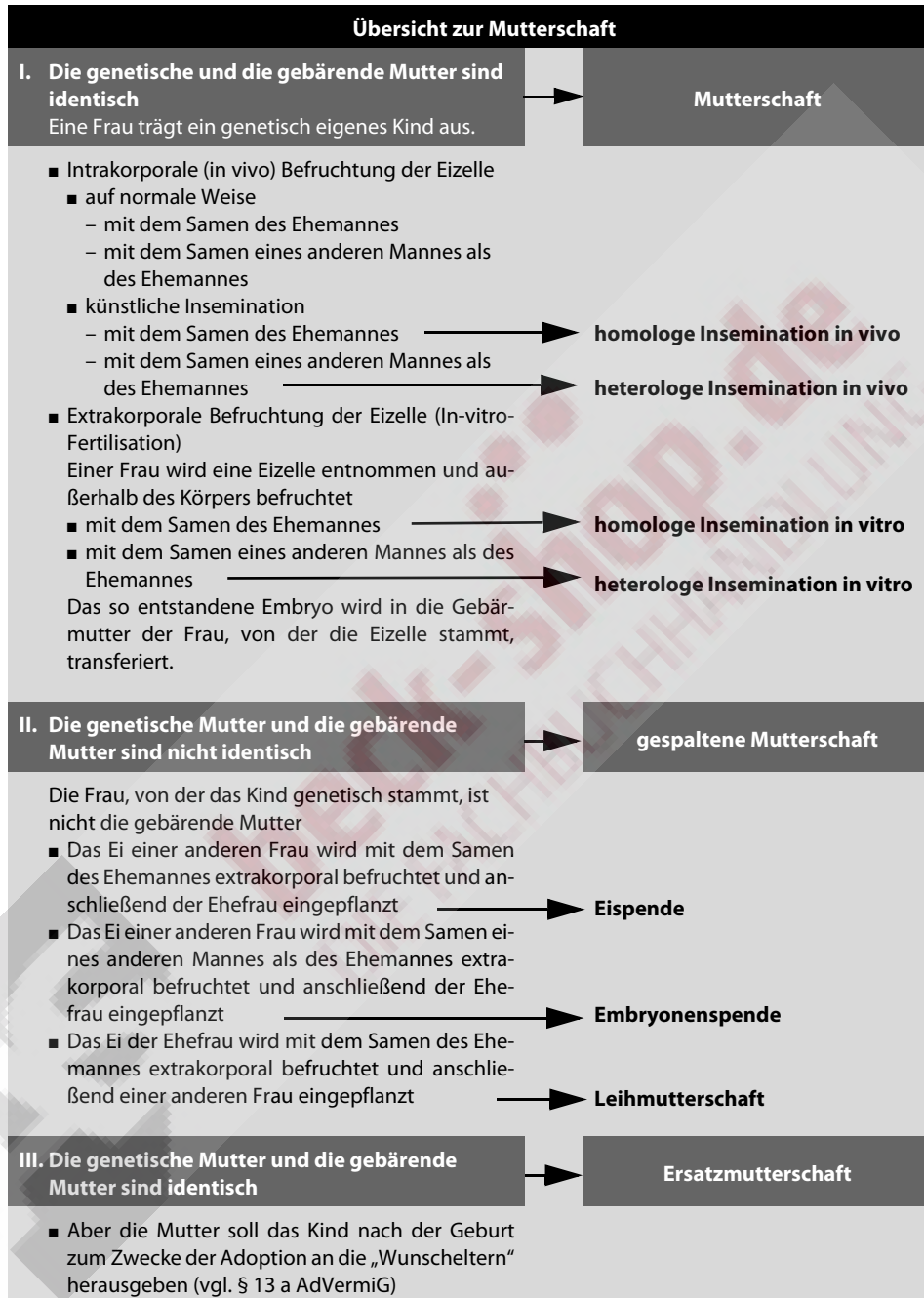
M kann daher von K die Herausgabe des Fernsehers nach § 985 an sich verlangen, wenn die Voraussetzungen eines Herausgabeanspruchs in der Person der F vorliegen.

- a) Die Voraussetzungen des § 985 sind gegeben, denn die F ist wegen unwirksamer Übereignung noch Eigentümerin des Fernsehgeräts und K ist dessen Besitzer.
- b) Ein Recht zum Besitz, § 986, ist für K nicht aufgrund eines Kaufvertrags gegeben, da dieser ebenfalls unwirksam ist (s.o.).
- c) K könnte gegenüber F ein Zurückbehaltungsrecht nach §§ 273, 812 haben, da er den Kaufpreis an F gezahlt hat und er diesen wegen der Unwirksamkeit des Kaufvertrags von F zurückfordern kann. Nach h.M. kann K gegenüber M **kein Zurückbehaltungsrecht** ausüben; denn anderenfalls könnte der verfügende Ehegatte durch Nichterfüllung des Bereicherungsanspruchs des Käufers die vom Gesetz angestrebte Wirkung länger hinausziehen, als mit dem Schutzzweck der §§ 1369, 1368 vereinbar ist.²²⁹

²²⁷ Vgl. dazu Schwab Rn. 269 ff.

²²⁸ Schwab Rn. 270.

²²⁹ Palandt/Brudermüller § 1368 Rn. 3; Dethloff § 5 Rn. 87.



In Deutschland sind die Vermittlung von Leih- bzw. Ersatzmüttern nach §§ 13 c, 13 d AdVermiG und die Übertragung einer unbefruchteten fremden Eizelle oder eines Embryos nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 7 EmbryonenschutzG (vom 13.12.1990, BGBl. I, 2746) verboten.

Die Vereinbarung darüber ist daher nach h.M. gemäß § 134 nichtig. Wenn jedoch im Ausland oder trotz des Verbots im Inland infolge einer Leihmutterschaft oder Eispende ein Kind ausgetragen wird, hat das Zivilrecht die Frage der Mutterschaft zu beantworten.

Eine gespaltene Mutterschaft kann auch aufgrund von Verwechslungen eintreten.

4. Teil: Außereheliche Verbindungen

1. Abschnitt: Nichteeliche Lebensgemeinschaft

A. Rechtsbeziehungen bei Bestehen der nichteelichen Lebensgemeinschaft

Der Trend zum Zusammenleben in nichteelichen Lebensgemeinschaften ist ungebrochen. Mittlerweile gibt es über 2,8 Millionen derartige Paare.⁶⁶⁸ **199**

Der Anteil der Kinder ist mittlerweile auch gestiegen: Bei 33 % der nichteelichen Lebensgemeinschaften wohnten Kinder im Haushalt (im Jahr 1996 waren das noch 28 %).

Es bestehen in Deutschland zwar noch keine gesetzlichen Regelungsmodelle (wie bei der eingetragenen Lebenspartnerschaft), Gerichtsentscheidungen und Teile der Lit. sprechen sich jedoch für die Anerkennung eines unbestimmten, unabdingbaren Pflichtenkanons aus.⁶⁶⁹

Eine **nichteeliche Lebensgemeinschaft** liegt nach einer Definition des BVerfG aus dem Jahre 1992⁶⁷⁰ vor bei einer „Lebensgemeinschaft zwischen einem Mann und einer Frau, die auf Dauer angelegt ist, daneben keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt und sich durch innere Bindungen auszeichnet, die ein gegenseitiges Entstehen der Partner füreinander begründen, also über die Beziehungen in einer reinen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen.“ Diese Definition wurde von der Rspr. des BGH und im Schrifttum übernommen.⁶⁷¹

I. Verfassungsrecht

Art. 6 Abs. 1 GG stellt die Ehe und die Familie unter den besonderen Schutz des Staates. Eine Einbeziehung der nichteelichen Lebensgemeinschaft in diesen verfassungsrechtlich garantierten Schutzbereich ist weder unmittelbar noch im Wege der analogen Anwendung des Art. 6 Abs. 1 GG möglich. **200**

Das beruht darauf, dass sich die nichteeliche Lebensgemeinschaft trotz des zwischenzeitlich eingetretenen gesellschaftlichen Wandels von ihrem Inhalt und ihrer Zielsetzung her grundsätzlich von der Ehe unterscheidet.⁶⁷²

Wegen des besonderen Schutzes der Ehe in Art. 6 Abs. 1 GG darf der Gesetzgeber die nichteeliche Lebensgemeinschaft der Ehe nicht gleichstellen.

Andererseits lehnt unsere Rechtsordnung die nichteeliche Lebensgemeinschaft auch nicht ab. Sie steht unter dem Schutz der Handlungsfreiheit und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Nach Auffassung der höchstrichterlichen Rspr. besteht auch keine staatliche Verpflichtung, die Partnerschaft in jeder Hinsicht schlechter als die Ehe zu behandeln.⁶⁷³

⁶⁶⁸ Statistisches Bundesamt Pressemitteilung vom 13.06.2017.

⁶⁶⁹ Rechtsprechungsübersicht bei Grziwotz FamRZ 1999, 413 ff.; 2003, 1417 ff.; 2014, 257 ff.; 2018, 480 ff.

⁶⁷⁰ BVerfGE 87, 234, 264 = NJW 1993, 643, 645.

⁶⁷¹ BGH NJW 1993, 999 f.; Dethloff § 8 Rn. 3.

⁶⁷² Vgl. Messerle JuS 2001, 28, 29 m.w.N.

⁶⁷³ BVerwG NJW 1995, 1847 ff.

Der EuGHMR hat festgestellt, dass die heterosexuelle eheähnliche Lebensgemeinschaft unter den Schutz des Familienlebens des Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention fällt, sodass ein Rechtssystem die nichteheliche Lebensgemeinschaft nicht verhindern darf und sie zu respektieren hat.⁶⁷⁴

II. Gemeinsame Kinder

- 201** Möglich ist auch im Falle der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ein gemeinsames Sorgerecht der Partner.

1. Sorgerecht

Die Kinder, die aus einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft hervorgehen, sind nichteheliche Kinder. Der Gesetzgeber hat nach und nach eine völlige Gleichstellung, insbesondere in unterhaltsrechtlicher und erbrechtlicher Hinsicht, mit ehelichen Kindern vollzogen.

Das Recht der elterlichen Sorge steht der nichtehelichen Mutter gemäß § 1626 a Abs. 3 nur noch ausnahmsweise alleine zu.

Der nichteheliche Kindesvater konnte in der Vergangenheit nicht gegen den Willen der Mutter eine gemeinsame elterliche Sorge erzwingen.

Das BVerfG⁶⁷⁵ sah ursprünglich die Regelung des § 1626 a Abs. 2 a.F. als verfassungsgemäß an. Der EuGHMR⁶⁷⁶ entschied hingegen, dass die deutsche Regelung gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK verstößt. Das alleinige Sorgerecht der Mutter nach § 1626 a Abs. 2 a.F., welches eine Einzelfallprüfung nicht zulasse, stelle eine Ungleichbehandlung des Vaters dar, die auch nicht durch Gründe des Kindeswohls zu rechtfertigen sei. Daraufhin hat auch das BVerfG⁶⁷⁷ seine Meinung geändert. Nach Auffassung der höchsten Richter liegt eine Verletzung des Elternrechts des Vaters eines nichtehelichen Kindes aus Art. 6 Abs. 2 GG vor, weil er ohne Zustimmung der Mutter generell von der Sorgetragung für sein Kind ausgeschlossen ist und nicht überprüfen lassen kann, ob es aus Gründen des Kindeswohls angezeigt ist, ihm zusammen mit der Mutter die Sorge für sein Kind einzuräumen oder ihm anstelle der Mutter die Alleinsorge für sein Kind zu übertragen.⁶⁷⁸

Nach § 1626 a Abs. 1 steht Eltern, die bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet sind, die gemeinsame elterliche Sorge zu,

- wenn Sie erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen (Sorgeerklärungen),
- wenn sie einander heiraten oder
- soweit ihnen das Familiengericht die elterliche Sorge gemeinsam überträgt.

Es besteht damit nach § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 die Möglichkeit der Einräumung eines gemeinsamen Sorgerechts durch die Mutter für den nichtehelichen Vater. Dies setzt eine Sorgeerklärung voraus, die nach § 1626 d Abs. 1 öffentlich beurkundet werden muss.

⁶⁷⁴ Pintens FamRZ 2000, 69.

⁶⁷⁵ BVerfG NJW 2003, 955.

⁶⁷⁶ EuGHMR FamRZ 2010, 103.

⁶⁷⁷ BVerfG NJW 2010, 3008.

⁶⁷⁸ Vgl. dazu auch Peschel-Gutzeit NJW 2010, 2990.

Die Sorgeerklärung ist bedingungs- und befristungsfeindlich, § 1626 b Abs. 1. Die Erklärung kann auch nicht nach den allgemeinen Vorschriften angefochten werden, d.h. insoweit sind §§ 1626 b bis 1626 d abschließend (vgl. § 1626 e). Für Regelungen im Fall des Streites und der Auseinandersetzung bzw. der Trennung ist das Familiengericht zuständig.

Nach § 1626 a Abs. 1 Nr. 3 kann das Familiengericht die elterliche Sorge den Eltern gemeinsam übertragen.⁶⁷⁹ Dies setzt einen entsprechenden Antrag voraus. Das Verfahren zur Übertragung der gemeinsamen ehelichen Sorge regelt die Vorschrift des § 155 a FamFG. Das Familiengericht kommt diesem Antrag nach, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht. Trägt der andere Elternteil keine Gründe vor, die der Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen können, und sind solche Gründe auch sonst nicht ersichtlich, wird vermutet, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht, vgl. § 1626 a Abs. 2 S. 2.⁶⁸⁰

2. Umgangsrecht

Nach § 1626 Abs. 1, Abs. 3 liegt die Bestimmung des Umfangs eines Umgangsrechts bei der leiblichen nichtehelichen Mutter, falls sie allein sorgeberechtigt ist. Gegen ihren Willen kann der Vater nur unter den Voraussetzungen der §§ 1684, 1685 den Umgang verlangen. **202**

Das Umgangsrecht des nichtehelichen Vaters muss dem Kindeswohl dienlich sein (§ 1684 Abs. 3, Abs. 4). Einen Ausschluss des Umgangsrechts sieht das Gesetz nur unter sehr eingeschränkten Bedingungen vor (vgl. auch den „betreuten Umgang“ nach § 1684 Abs. 4).

3. Namensrecht

Der Gleichstellung nichtehelicher mit ehelichen Kindern hat der Gesetzgeber auch durch das Namensrecht Rechnung getragen, §§ 1616 ff. **203**

Grundsätzlich sind zwei Fälle zu unterscheiden:

a) Gemeinsame elterliche Sorge

- Besitzen die nichtehelichen Partner – wie verheiratete Eltern, die keinen gemeinsamen Ehenamen führen – gemeinsam die elterliche Sorge, so besteht ein Wahlrecht hinsichtlich des Kindesnamens (§ 1617 Abs. 1 S. 1).
- Es gilt der Grundsatz der Einheitlichkeit des Geschwisternamens – auch bei Hinzutreten weiterer Kinder (§ 1617 Abs. 1 S. 3).
- Die Elternerklärung ist nach der Beurkundung der Geburt des Kindes gemäß § 1617 Abs. 1 S. 2 öffentlich beglaubigt abzugeben (grundsätzlich innerhalb eines Monats, vgl. § 1617 Abs. 2).

⁶⁷⁹ Vgl. dazu Finger FuR 2015, 139; Lack FamRZ 2014, 1337 ff.

⁶⁸⁰ Die Regelung ist von erheblicher praktischer Bedeutung. In den letzten Jahren haben sich die Formen des Zusammenlebens von Familien rasant geändert. Der Anteil der nichtehelich geborenen Kinder hat sich von 15 % im Jahr 1995 auf etwa 33 % im Jahr 2010 mehr als verdoppelt.