



75 Jahre
Demokratie
lebendig



Deutscher Bundestag
Wissenschaftliche Dienste

Sachstand

Zur Verfassungsmäßigkeit der § 1626a BGB und § 155a FamFG

Zur Verfassungsmäßigkeit der § 1626a BGB und § 155a FamFG

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 050/24; WD 7 - 3000 - 032/24
Abschluss der Arbeit: 20.06.2024
Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung
WD 7: Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht, Medienrecht, Bau und Stadtentwicklung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Fragestellung	4
2.	Einfachgesetzliche Rechtslage (WD 7)	4
2.1.	§ 1626a BGB	4
2.1.1.	Sorgeerklärung der Eltern	5
2.1.2.	Heirat der Eltern	6
2.1.3.	Gerichtliche Übertragung	6
2.1.4.	Alleinsorge der Mutter	7
2.2.	§ 155a FamFG	7
2.2.1.	Antragsverfahren	8
2.2.2.	Vereinfachtes Sorgerechtsverfahren	10
2.2.3.	Sorgerechtsverfahren	11
2.2.4.	Sorgeerklärung im Erörterungstermin	11
3.	Hintergrund des § 1626a BGB und Rechtsprechung des BVerfG (WD 3/WD 7)	11
3.1.	Schaffung des § 1626a BGB	11
3.2.	Zur grundsätzlichen Verfassungskonformität des § 1626a BGB	12
3.3.	Eingriff in das Elternrecht durch die fehlende gerichtliche Einzelfallprüfung	13
4.	Vereinbarkeit der § 1626a BGB und § 155a FamFG mit dem Grundgesetz (WD 3)	17
4.1.	Elternrecht gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG	17
4.1.1.	Schutzbereich und Grundrechtsträgerschaft	17
4.1.2.	Beschränkungen	20
4.1.2.1.	Grundsatz der Alleinsorge der Mutter nach § 1626a Abs. 3 GG	20
4.1.2.2.	Gemeinsame Sorge nur für die rechtlichen Eltern	23
4.2.	Gleichberechtigungsgrundsatz gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG	24
4.3.	Diskriminierungsverbot gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG	26

1. Fragestellung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages wurden gefragt, ob § 1626a des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB)¹ und § 155a des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)² mit dem Grundgesetz (GG)³ vereinbar sind.

2. Einfachgesetzliche Rechtslage (WD 7)

Vor der Prüfung der verfassungsrechtlichen Vereinbarkeit werden die einfachgesetzlichen Grundlagen des § 1626a BGB unter 2.1. und diejenigen des § 155a FamFG unter 2.2. näher erörtert.

2.1. § 1626a BGB

§ 1626a BGB regelt die **elterliche Sorge für nicht miteinander verheiratete Eltern**. Von diesem Elternbegriff sind die **Mutter gemäß § 1591 BGB** und der **Vater gemäß § 1592 Nr. 2 und Nr. 3 BGB** umfasst (§ 1592 Nr. 1 BGB regelt die Vaterschaft kraft Heirat). Zu beachten ist insoweit, dass der Vater nach § 1592 BGB der **sog. rechtliche Vater** ist. Davon zu unterscheiden ist der **leibliche Vater**, der mit dem rechtlichen Vater identisch sein kann, aber nicht sein muss. Der **leibliche, nicht rechtliche Vater** wird auch als „**biologischer Vater**“ bezeichnet.⁴

Grundsätzlich ist die **nicht verheiratete Mutter** – vorbehaltlich der Fälle des § 1626a Abs. 1 BGB – nach **§ 1626a Abs. 3 BGB allein sorgeberechtigt**. Das gilt auch dann, wenn sie bei der Geburt des Kindes (im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft) mit dem Vater zusammenlebt. Die gemeinsame Sorgeberechtigung entsteht nach § 1626a Abs. 1 BGB, wenn nach Nr. 1 beide Elternteile Sorgeerklärungen abgeben, nach Nr. 2 die Eltern einander heiraten oder nach Nr. 3 soweit das Familiengericht (FamG) den Eltern die elterliche Sorge gemeinsam überträgt.⁵

Vor der Neuregelung des § 1626a Abs. 1 Nr. 3 BGB im Jahr 2013 konnte der Vater nicht ohne Mitwirkung der Mutter Teilhaber der elterlichen Sorge werden. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB a.F. wegen Verletzung des **Elternrechts des nichtehelichen**

1 [Bürgerliches Gesetzbuch](#) in der Fassung der Bekanntmachung vom 02.01.2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert am 06.05.2024 (BGBl. 2024 I Nr. 149).

2 [Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit](#) vom 17.12.2008 (BGBl. I S. 2586, 2587), zuletzt geändert am 21.02.2024 (BGBl. 2024 I Nr. 54).

3 [Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland](#) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert am 19.12.2022 (BGBl. I S. 2478).

4 Siehe dazu BVerfG, Beschluss vom 09.04.2003 - [1 BvR 1493/96](#), Rn. 1, BVerfGE 108, 82 (84); vgl. ferner Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 15. Aufl. 2022, Art. 6 Rn. 51.

5 Budzikiewicz, in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, §§ 1626a-1626e Rn. 1 f.

Vaters nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG für verfassungswidrig erklärt (vgl. zur Entscheidung des BVerfG näher unter 3.).⁶

2.1.1. Sorgeerklärung der Eltern

Die Sorgeerklärungen von Vater und Mutter sind **übereinstimmende Willenserklärungen** und begründen die **gemeinsame Sorgerechtigung** der Eltern nach § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB. Sie wirken dabei rechtsgestaltend.⁷

Die Übernahme der gemeinsamen Sorge muss von den Eltern erklärt werden. Die Sorgeerklärung erfolgt dabei durch jeden Elternteil, jeweils mit Bezug auf die Person des anderen Elternteils und ein bestimmtes Kind. Der Inhalt der Erklärung ist, die elterliche Sorge gemeinsam wahrnehmen zu wollen. Eine Gestaltungsfreiheit besteht hier jedoch nicht. Nach § 1626b Abs. 1 BGB ist eine Sorgeerklärung unter einer Bedingung oder der Bestimmung eines Anfangs- oder Endtermins unwirksam.⁸

Für die Übernahme der gemeinsamen elterlichen Sorge ist es entsprechend § 1687 Abs. 1 BGB nicht erforderlich, dass die Eltern zusammenleben. Die gemeinsame elterliche Sorge entsteht auch für den Elternteil, der mit einem Dritten verheiratet ist.⁹

Die Sorgeerklärung ist nach § 1626c Abs. 1 BGB eine **höchstpersönliche Erklärung** und kann nur selbst abgegeben werden. Ist der Erklärende beschränkt geschäftsfähig, so ist nach § 1626c Abs. 2 BGB die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich.

Die Sorgeerklärungen und die Zustimmungen müssen gemäß § 1626d Abs. 1 BGB durch die zuständigen Stellen – Notar (§ 20 der Bundesnotarordnung [BNotO]¹⁰) oder Urkundsperson beim Jugendamt (§ 59 I Satz 1 Nr. 8 des Achten Buchs Sozialgesetzbuchs – Kinder und Jugendhilfe – [SGB VIII]¹¹) – **öffentlich beurkundet** werden. Nach § 155a Abs. 5 Satz 1 FamFG können sie auch im Erörterungstermin zur Niederschrift des Gerichts erklärt werden. Die Sorgeerklärung kann gemäß § 1626b Abs. 2 BGB schon vor der Geburt abgegeben werden. Liegen beide Sorgeerklärungen bei der Geburt vor, entsteht die gemeinsame Sorgerechtigung (wie bei miteinander

6 Budzikiewicz, in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, §§ 1626a-1626e Rn. 1, 2.

7 Budzikiewicz, in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, §§ 1626a-1626e Rn. 3.

8 Budzikiewicz, in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, §§ 1626a-1626e Rn. 4-6.

9 Budzikiewicz, in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, §§ 1626a-1626e Rn. 7.

10 [Bundesnotarordnung](#) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 303-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert am 20.12.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 389).

11 [Das Achte Buch Sozialgesetzbuch – Kinder und Jugendhilfe](#) – vom 11.09.2012 (BGBl. I S. 2022), zuletzt geändert am 08.05.2024 (BGBl. 2024 I Nr. 152).

verheirateten Eltern) mit der Geburt. Die Mitteilungen nach § 1626d Abs. 2 BGB sind nicht Wirksamkeitsvoraussetzung der Sorgeerklärung.¹²

Die gemeinsame Sorge aufgrund Sorgeerklärungen steht der elterlichen Sorge aus §§ 1626, 1626a Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 BGB gleich.

2.1.2. Heirat der Eltern

Nach § 1626a Abs. 1 Nr. 2 BGB entsteht die gemeinsame Sorge für ihr Kind bei Heirat der Eltern. Voraussetzung dafür ist die Anerkennung oder Feststellung der Vaterschaft nach § 1592 Nr. 2, Nr. 3 BGB.¹³

2.1.3. Gerichtliche Übertragung

Gemäß § 1626a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Satz 1 BGB kann das **FamG auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge den Eltern gemeinsam übertragen**. Das gerichtliche Verfahren richtet sich dabei nach **§ 155a FamFG**. Das FamG hat nach § 1626a Abs. 2 Satz 1 BGB die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge, z.B. das Aufenthaltsbestimmungsrecht, beiden Eltern gemeinsam zu übertragen, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht. Hierbei findet eine sogenannte negative Kindeswohlprüfung statt. Der Maßstab für eine Ablehnung des Antrags stimmt nach Beschluss des Bundesgerichtshofs (BGH)¹⁴ mit demjenigen überein, der nach § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB für die Übertragung der Alleinsorge bei Getrenntleben der Eltern anzulegen ist. Als wesentliche Kriterien der Kindeswohlprüfung nennt der Senat die Erziehungseignung der Eltern, die Prinzipien der Förderung und der Kontinuität sowie den Kindeswillen.¹⁵ Voraussetzung für die Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge ist zudem ein Mindestmaß an Übereinstimmung in wesentlichen Bereichen der elterlichen Sorge und eine tragfähige soziale Beziehung zwischen den Eltern.¹⁶ Eine Verständigungsmöglichkeit muss zumindest in den Angelegenheiten bestehen, in denen nach § 1687 Abs. 1 Satz 1 BGB Einvernehmen erforderlich ist.¹⁷

Während nach § 1671 Abs. 1 BGB, abgesehen vom Fall der Zustimmung des sorgeberechtigten Elternteils, keine Einschränkungen der Amtsermittlungspflicht sowie der gebotenen Anhörung Verfahrensbeteiligter und des Jugendamts vorgesehen sind, genügt es gemäß § 1626a Abs. 2 Satz 2 BGB für die gerichtliche Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge auf die Eltern, dass der andere Elternteil keine Gründe vorträgt, die der Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen können, und solche Gründe auch sonst nicht ersichtlich sind. Dem entspricht die verfahrensrechtliche Regelung in § 155a Abs. 3 FamFG. Danach soll das Gericht in den Fällen des § 1626a Abs. 2 Satz 2 BGB im schriftlichen Verfahren ohne Anhörung des

12 Budzikiewicz, in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, §§ 1626a-1626e Rn. 9.

13 Budzikiewicz, in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, §§ 1626a-1626e Rn. 12, 13.

14 BGH, Beschluss vom 15.06.2016 - [XII ZB 419/15](#), Rn. 22-37.

15 BGH, Beschluss vom 15.06.2016 - [XII ZB 419/15](#), Rn. 20.

16 BGH, Beschluss vom 15.06.2016 - [XII ZB 419/15](#), Rn. 23.

17 BGH, Beschluss vom 15.06.2016 - [XII ZB 419/15](#), Rn. 29.

Jugendamts und ohne persönliche Anhörung der Eltern entscheiden. Die persönliche Anhörung des Kindes ist allerdings durch die Regelung nicht eingeschränkt.¹⁸

Nach § 1626a Abs. 2 Satz 2 BGB reicht jedoch bereits die Möglichkeit aus, dass bestimmte Gründe einer gemeinsamen Sorge entgegenstehen. Daher sind an deren Darlegung keine hohen Anforderungen zu stellen. Erforderlich ist, dass sich aus den vorliegenden Entscheidungsgrundlagen aufgrund konkreter tatsächlicher Anhaltspunkte die Möglichkeit ergibt, dass die gemeinsame elterliche Sorge nicht mit dem Kindeswohl vereinbar ist. Hinreichende Anhaltspunkte sind nicht erst dann gegeben, wenn der Tatsachenvortrag genügt, um in einer den Maßgaben der Rechtsprechung folgenden umfassenden Abwägung festzustellen, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl widerspricht. Unbeachtlich sind Umstände, die keinen Bezug zum konkreten Fall oder dem Wohl des Kindes aufweisen. Es genügt jedoch, wenn konkrete tatsächliche Umstände dargelegt werden oder erkennbar sind, die ein Indiz gegen die gemeinsame elterliche Sorge sein können. Liegen hinreichende Anhaltspunkte vor, löst dies die Amtsermittlungspflicht aus und führt zur im normalen Sorgerechtsverfahren durchzuführenden umfassenden Prüfung.¹⁹

2.1.4. Alleinsorge der Mutter

Ist kein Fall des § 1626a Abs. 1 BGB gegeben, so hat nach § 1626a Abs. 3 BGB die Mutter die alleinige elterliche Sorge. Auch eine erfolgreiche Anfechtung der Vaterschaft nach § 1599 Abs. 1 BGB führt zur alleinigen Sorge der Mutter. Dem Vater verbleiben die Rechte aus § 1684 BGB (Umgangsrecht) und § 1686 BGB (Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes).²⁰

2.2. § 155a FamFG

Mit dem am 19. Mai 2013 in Kraft getretenen Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern vom 16. April 2013²¹ trägt der Gesetzgeber der Entwicklung Rechnung, dass sich der **Anteil der Kinder nicht verheirateter Eltern in den vergangenen 20 Jahren mehr als verdoppelt** hat. Bis zu diesem Zeitpunkt wurde die elterliche Sorge über das Kind den Eltern gemeinsam nur im Fall der Heirat nach der Geburt des Kindes oder bei Abgabe von gemeinsamen Sorgeerklärungen (§ 1626a BGB a.F.) übertragen. In den übrigen Fällen war gegen den Willen der Mutter eine gemeinsame Sorge nicht möglich. Mit der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 3. Dezember 2009²² und der Entscheidung des BVerfG vom 21. Juli 2010²³ wurde der **wachsenden Bereitschaft von Vätern, die gemeinsame Mitverantwortung für das Kind zu übernehmen**, nun Rechnung getragen. Das o.g. Gesetz bietet

18 BGH, Beschluss vom 15.06.2016 - [XII ZB 419/15](#), Rn. 31.

19 BGH, Beschluss vom 15.06.2016 - [XII ZB 419/15](#), Rn. 32 m.w.N.

20 Budzikiewicz, in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, §§ 1626a-1626e Rn. 15.

21 Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern vom 16.04.2013 ([BGBl. I S. 795](#)).

22 Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Urteil vom 03.12.2009 - [22028/04](#).

23 BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 - [1 BvR 420/09](#), BVerfGE 127, 132.

nicht verheirateten Vätern die Möglichkeit, **notfalls auch gegen den Willen der Mutter** die gemeinsame Sorge über das Kind zu begründen.²⁴

Der Gesetzgeber hatte dabei die Wahl zwischen zwei Modellen:²⁵ Beim **ex-lege-Modell** entsteht die gemeinsame Sorge bereits mit der Geburt des Kindes bzw. mit der Anerkennung der Vaterschaft. Letztendlich hat sich der Gesetzgeber aber nicht für diese Lösung entschieden. Stattdessen wurde im Gesetz ein **modifiziertes Antragsmodell** umgesetzt. Danach hat zwar die Mutter mit der Geburt des Kindes wie bisher die alleinige Sorgerechtsberechtigung (§ 1626a Abs. 3 BGB), dem Vater steht jedoch unter materiell-rechtlich erleichterten Voraussetzungen die Möglichkeit offen, in einer Art **Schnellverfahren die Mitsorgeberechtigung** auf seinen Antrag hin zu erhalten. Stellt der Vater den **Antrag, die Mitsorge eingeräumt zu bekommen**, setzt das Gericht der Mutter eine Frist zur Stellungnahme. Gibt die **Mutter** innerhalb der Frist **keine Stellungnahme** ab und werden dem Gericht auch **auf sonstige Weise keine Gründe** bekannt, die der gemeinsamen Sorge entgegenstehen, so **soll das Gericht in einem schriftlichen Verfahren ohne Anhörung des Jugendamts und ohne persönliche Anhörung der beteiligten Eltern entscheiden**. Die **persönliche Anhörung des Kindes** ist durch die Regelung allerdings **nicht eingeschränkt**.²⁶

Grundsätzlich wurde die Möglichkeit eines gemeinsamen Sorgerechts für erforderlich gehalten, im Schrifttum stieß die konkrete Ausgestaltung jedoch teilweise auf Kritik in den Bundesländern. Insbesondere das vereinfachte Sorgerechtsverfahren nach § 155a FamFG erntete einhellige Kritik, welche bereits der Bundesrat konkret formuliert hatte, die jedoch von der Bundesregierung zurückgewiesen wurde.²⁷

§ 155a FamFG normiert die verfahrensrechtlichen Besonderheiten für das Verfahren auf Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach § 1626a Abs. 2 BGB. Dabei werden das beschleunigte schriftliche Verfahren (§ 155a Abs. 3 FamFG), das normale Verfahren auf Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge (§ 155a Abs. 4 FamFG) sowie die Abgabe von Sorgeerklärungen zur Niederschrift des Gerichts (§ 155a Abs. 5 S. 1 FamFG) geregelt.²⁸

Bei dem Verfahren zur elterlichen Sorge handelt es sich gemäß § 151 Nr. 1 FamFG um eine Kindersache, für die das FamG zuständig ist. Gemäß §§ 155a Abs. 2 i.V.m. 155 Abs. 1 FamFG gilt hierbei das Vorrang- und Beschleunigungsgebot.

2.2.1. Antragsverfahren

Nach § 155a Abs. 1 FamFG und § 1626a Abs. 2 BGB ist das Sorgerechtsverfahren als **Antragsverfahren** ausgestaltet. **Antragsberechtigt** ist nach der Formulierung von § 1626a Abs. 2 BGB

24 Schlünder, in: Hahne/Schlögel/Schlünder, BeckOK FamFG, 50. Ed. 01.05.2024, § 155a Rn. 1.

25 [BT-Drs. 17/11048](#), S. 18.

26 Schlünder, in: Hahne/Schlögel/Schlünder, BeckOK FamFG, 50. Ed. 01.05.2024, § 155a Rn. 2.

27 [BR-Drs. 465/1/12](#), S. 3; Schlünder, in: Hahne/Schlögel/Schlünder, BeckOK FamFG, 50. Ed. 01.05.2024, § 155a Rn. 3 m.w.N.

28 Schlünder, in: Hahne/Schlögel/Schlünder, BeckOK FamFG, 50. Ed. 01.05.2024, § 155a Rn. 5.

zunächst der Vater, welcher die Vaterschaft nach § 1592 Nr. 2 BGB anerkannt hat oder dessen Vaterschaft entsprechend § 1592 Nr. 3 BGB gerichtlich festgestellt wurde. Weitere Voraussetzung ist, dass die Mutter das alleinige Sorgerecht innehat. Antragsberechtigt ist zudem die **Mutter**, die eine Übertragung der elterlichen Sorge an beide Elternteile beantragen und so den **Vater in die gemeinsame Verantwortung für das Kind einbinden** kann. In der Praxis stellt diese Konstellation des Verfahrens jedoch eher eine Ausnahme dar.²⁹

Gemäß § 155a Abs. 1 Satz 2 FamFG muss der Antrag auf Übertragung der gemeinsamen Sorge das Geburtsdatum und den Geburtsort des Kindes enthalten. Diese Angaben sind erforderlich, damit das FamG nach § 155a Abs. 3 Satz 3 FamFG das Jugendamt entsprechend benachrichtigen kann. Das Alter des Kindes ist bei der Stellung des Antrages irrelevant. Nach § 23 Abs. 1 FamFG soll ein verfahrensleitender Antrag zudem begründet und die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel angegeben werden.³⁰

Nach aktuellem Recht ist im **Rahmen des Antragsverfahrens problematisch**, dass die Mutter die Einleitung des Verfahrens auf Antrag des Vaters dadurch verzögern kann, indem sie die **Zustimmung zur Anerkennung der Vaterschaft (§ 1595 Abs. 1 BGB) verweigert**. Der Vater muss dann zunächst einen Antrag auf Anerkennung der Vaterschaft stellen.³¹

Nach § 155a Abs. 2 Satz 2 FamFG stellt das Gericht dem anderen Elternteil den Antrag auf Übertragung der gemeinsamen Sorge förmlich nach den §§ 166-195 ZPO zu. Entsprechend des vorgeordneten Vorrang- und Beschleunigungsgebots ist die Zustellung unverzüglich zu veranlassen. Durch die förmliche Zustellung erhöht sich die Gewähr, dass der Antrag den anderen Elternteil tatsächlich erreicht.³²

Das Gericht setzt gemäß § 155a Abs. 1 Satz 2 FamFG dem anderen Elternteil eine Frist zur Stellungnahme, die mit der Zustellung des Antrags zu laufen beginnt und die für die Mutter frühestens sechs Wochen nach der Geburt endet. Mit der Schutzfrist soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass sich die Mutter unmittelbar nach der Geburt zu dem Sorgeantrag des Vaters nicht äußern muss.³³ Das FamG bestimmt die Dauer der Frist zur Stellungnahme nach pflichtgemäßem Ermessen. Die Frist sollte nach den Umständen des Einzelfalls bemessen sein und in der Regel zwei Wochen betragen. Die Frist zur Stellungnahme kann nach den allgemeinen Vorschriften verlängert werden, wenn hierfür erhebliche Gründe glaubhaft gemacht sind (§ 16 Abs. 2, § 224 Abs. 2 ZPO). In der Literatur wurde die **Schutzfrist als zu kurz kritisiert**. Die Mutter werde gezwungen, in einer physisch und emotional oft schwierigen Phase unmittelbar nach der Geburt tätig zu werden und eine Entscheidung zu treffen, die für die **Eltern-Kind-Beziehung von elementarer Bedeutung** sei. Um dies zu vermeiden, hat der Bundesrat vorgeschlagen, die Frist erst nach Ablauf des Mutterschutzes beginnen zu lassen. Es hat auch Stimmen gegeben, die **Karenzfrist**

29 Schlünder, in: Hahne/Schlögel/Schlünder, BeckOK FamFG, 50. Ed. 01.05.2024, § 155a Rn. 8-9.

30 Schlünder, in: Hahne/Schlögel/Schlünder, BeckOK FamFG, 50. Ed. 01.05.2024, § 155a Rn. 10, 12.

31 Schlünder, in: Hahne/Schlögel/Schlünder, BeckOK FamFG, 50. Ed. 01.05.2024, § 155a Rn. 9.

32 Schlünder, in: Hahne/Schlögel/Schlünder, BeckOK FamFG, 50. Ed. 01.05.2024, § 155a Rn. 13.

33 [BT-Drs. 17/11048](#), S. 23.

ganz abzuschaffen. Denn der **Vater sei** in dieser Phase bis zur gerichtlichen Entscheidung ohne ersichtlichen Grund von wesentlichen Entscheidungen wie Namenswahl, Religionszugehörigkeit oder Operationen **ausgeschlossen.**³⁴

Trägt der andere Elternteil innerhalb der Frist keine Gründe vor, die der Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen können (oder sind solche Gründe auch sonst nicht ersichtlich), tritt die Vermutungswirkung des § 1626a Abs. 2 Satz 2 BGB ein.³⁵

2.2.2. Vereinfachtes Sorgerechtsverfahren

Das **vereinfachte Verfahren** ist in § 155a Abs. 3 BGB geregelt. Voraussetzung ist, dass ein Fall des § 1626a Abs. 2 Satz 2 BGB vorliegt. Trägt danach 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. Das Gericht soll im **schriftlichen Verfahren ohne Anhörung des Jugendamts und ohne persönliche Anhörung der Eltern** entscheiden.³⁶

Das vereinfachte Verfahren enthält eine Reihe von verfahrensrechtlichen Einschränkungen. Nach § 155a Abs. 3 Satz 2 FamFG ist die Vorschrift des **§ 162 FamFG** ausgeschlossen, weshalb das **Jugendamt** nicht die Möglichkeit hat, sich an dem Verfahren zu beteiligen. Dem Jugendamt steht auch kein **Beschwerderecht** zu. Zugunsten eines schnellen Verfahrens wird auch der in § 160 Abs. 1 Satz 1 FamFG verankerte **Grundsatz der persönlichen Anhörung der Eltern durch das Gericht in Kindschaftssachen aufgegeben.** Will das Gericht die Eltern persönlich anhören, muss es das Sorgerechtsverfahren wählen. An die Stelle der persönlichen Anhörung der Eltern tritt die schriftliche Anhörung. Das Gericht entscheidet im schriftlichen Verfahren, also ohne die Durchführung eines Erörterungstermins. Will es einen Erörterungstermin durchführen, muss es ebenfalls das Sorgerechtsverfahren wählen. Zudem ist der Grundsatz der Amtsermittlung nach § 26 FamFG eingeschränkt.³⁷

Das Gericht hat jedoch auch im vereinfachten Sorgerechtsverfahren nach § 159 Abs. 1 FamFG die Pflicht, das Kind anzuhören und sich einen persönlichen Eindruck von dem Kind zu verschaffen. Davon kann nur abgesehen werden, wenn Gründe nach § 159 Abs. 2 FamFG vorliegen. Sieht das Gericht davon ab, das Kind persönlich anzuhören oder sich einen persönlichen Eindruck von dem Kind zu verschaffen, ist dies in der Entscheidung gemäß § 159 Abs. 3 Satz 1 FamFG zu begründen.³⁸

34 Schlünder, in: Hahne/Schlögel/Schlünder, BeckOK FamFG, 50. Ed. 01.05.2024, § 155a Rn. 14-16 m.w.N.; [BT-Drs. 17/11048](#), S. 27.

35 Schlünder, in: Hahne/Schlögel/Schlünder, BeckOK FamFG, 50. Ed. 01.05.2024, § 155a Rn. 16a.

36 Schlünder, in: Hahne/Schlögel/Schlünder, BeckOK FamFG, 50. Ed. 01.05.2024, § 155a Rn. 17, 7a.

37 Schlünder, in: Hahne/Schlögel/Schlünder, BeckOK FamFG, 50. Ed. 01.05.2024, § 155a Rn. 18-20; [BT-Drs. 17/11048](#), S. 23.

38 Schlünder, in: Hahne/Schlögel/Schlünder, BeckOK FamFG, 50. Ed. 01.05.2024, § 155a Rn. 22.

2.2.3. Sorgerechtsverfahren

Werden dem Gericht gemäß § 155a Abs. 4 FamFG durch den Vortrag der Beteiligten oder auf sonstige Weise Gründe bekannt, die der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen können, scheidet das vereinfachte Verfahren nach § 155a Abs. 3 FamFG aus. In diesem Fall ergeht eine Entscheidung im normalen Sorgerechtsverfahren. Das Verfahren richtet sich ab diesem Zeitpunkt nach § 155 Abs. 2 FamFG. Das Gericht bestimmt einen Erörterungstermin, der nach § 155 Abs. 2 Satz 2 FamFG spätestens einen Monat nach Bekanntwerden der entgegenstehenden Gründe, aber nicht vor Ablauf der Stellungnahmefrist der Mutter nach § 155a Abs. 2 Satz 2 FamFG stattfindet. Nach § 155a Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 156 Abs. 1 FamFG soll das Gericht in jeder Lage des Verfahrens auf ein Einvernehmen der Beteiligten hinwirken, wenn dies dem Kindeswohl nicht widerspricht. Das Gericht hat nach § 162 FamFG das Jugendamt von Terminen zu benachrichtigen, es anzuhören und auf seinen Antrag hin nach § 162 Abs. 2 Satz 2 FamFG zu beteiligen. Dem Jugendamt sind nach § 162 Abs. 3 FamFG alle Entscheidungen des Gerichts bekannt zu machen. Die Einschränkung der gerichtlichen Amtsermittlungspflicht aus dem vereinfachten Verfahren gilt nicht mehr. Es hat eine erschöpfende Amtsaufklärung aller für das Kindeswohl erheblichen Umstände zu erfolgen.³⁹

2.2.4. Sorgeerklärung im Erörterungstermin

Nach § 155a Abs. 5 FamFG können Sorgeerklärungen nach § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB und die eventuell erforderliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters eines beschränkt geschäftsfähigen Elternteils auch in einem **gerichtlichen Erörterungstermin** abgegeben werden. Die Abgabe der Erklärungen zur Niederschrift des Gerichts ersetzt die nach § 1626d Abs. 1 BGB erforderliche Beurkundung. Der Verweis auf § 1626d Abs. 2 BGB stellt dabei klar, dass das Gericht das zuständige Jugendamt informiert, wenn die Eltern im Termin Sorgeerklärungen zur Niederschrift des Gerichts abgeben.⁴⁰

3. Hintergrund des § 1626a BGB und Rechtsprechung des BVerfG (WD 3/WD 7)

Gerade auch im Hinblick auf das Recht der elterlichen Sorge nicht verheirateter Eltern als Verwirklichung grundgesetzlicher Wertungen hat das BVerfG mit seinen Entscheidungen zunehmend „**Verfassungszivilrecht**“ entwickelt.⁴¹ Drei Entscheidungen des BVerfG aus den Jahren 1991, 2003 und 2010 beeinflussten die einfachgesetzliche Ausgestaltung des § 1626a BGB sowie des § 155a FamFG maßgebend.

3.1. Schaffung des § 1626a BGB

Bis 1997 gab es für nichteheliche Eltern keine Möglichkeit, für ihr gemeinsames Kind auch gemeinsam die Sorge zu tragen. Der Gesetzgeber fügte § 1626a BGB a.F. erst nach einer Entscheidung des **BVerfG im Jahr 1991** zur Verfassungswidrigkeit des § 1738 Abs. 1 BGB a.F. ins BGB

39 Schlünder, in: Hahne/Schlögel/Schlünder, BeckOK FamFG, 50. Ed. 01.05.2024, § 155a Rn. 28-31.

40 Schlünder, in: Hahne/Schlögel/Schlünder, BeckOK FamFG, 50. Ed. 01.05.2024, § 155a Rn. 32; [BT-Drs. 17/11048](#), S. 24.

41 Budzikiewicz, in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, Vorbemerkungen zu § 1626 Rn. 1.

ein.⁴² Nach § 1738 Abs. 1 BGB a.F. verlor die Mutter mit der Ehelichkeitserklärung des Vaters das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen. Das Kind erlangte jedoch mit der Ehelichkeitserklärung des Vaters nach § 1736 BGB a.F. die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes. Das BVerfG entschied, dass diese gesetzliche Konzeption dazu geführt habe,

daß der **Vater** eines nichtehelichen Kindes die **elterliche Verantwortung mit allen Rechtsfolgen der Ehelicherklärung nur zu Lasten der Mutter** erlangen kann **oder daß er die volle Elternstellung nicht erhält**, weil der zwingend vorgeschriebene Verlust des mütterlichen Sorgerechts dem Kindeswohl nicht entspricht. Für die damit verbundene **Einschränkung des Elternrechts** und **Benachteiligung des nichtehelichen Kindes** gibt es keinen rechtfertigenden Grund.⁴³

Das BVerfG führte unter anderem aus, dass „[d]as Kind, das in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft aufwächst, [...] ein erhebliches Interesse daran hat, daß die emotionalen Bindungen **an seine beiden Eltern rechtlich abgesichert** werden“.⁴⁴ Dem BVerfG zufolge habe der Gesetzgeber diese Verfassungswidrigkeit entweder „im Rahmen des Instituts der Ehelichkeitserklärung“ oder durch die Einführung eines gemeinsamen Sorgerechts für Eltern nichtehelicher Kinder außerhalb der Ehelichkeitserklärung beheben können.⁴⁵ Der Gesetzgeber erfüllte diesen Gesetzgebungsauftrag des BVerfG, indem er durch das Kindschaftsreformgesetz vom 16. Dezember 1997⁴⁶ **mit § 1626a BGB a.F. die Möglichkeit der gemeinsamen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern** schaffte:

(1) Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht ihnen die elterliche Sorge dann gemeinsam zu, wenn sie

1. erklären, daß sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen (Sorgeerklärungen), oder
2. einander heiraten.

(2) Im übrigen hat die Mutter die elterliche Sorge.

3.2. Zur grundsätzlichen Verfassungskonformität des § 1626a BGB

Im Jahr 2003 entschied das BVerfG, dass **§ 1626a BGB als solcher verfassungskonform** gewesen sei, weil jedenfalls zum Zeitpunkt der Entscheidung „keine Gründe für eine Unvereinbarkeit des Regelungskonzeptes von § 1626a BGB zur gemeinsamen Sorge nicht miteinander verheirateter

42 BVerfG, Beschluss vom 07.05.1991 - 1 BvL 32/88, BVerfGE 84, 168.

43 BVerfG, Beschluss vom 07.05.1991 - 1 BvL 32/88, BVerfGE 84, 168 (178 f.); Hervorhebung nicht im Original.

44 BVerfG, Beschluss vom 07.05.1991 - 1 BvL 32/88, BVerfGE 84, 168 (182); Hervorhebung nicht im Original.

45 BVerfG, Beschluss vom 07.05.1991 - 1 BvL 32/88, BVerfGE 84, 168 (187); Hervorhebung nicht im Original.

46 Zum Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts vom 16.12.1997 ([BGBl. I S. 2942](#)); siehe ferner zum Gesetzentwurf [BT-Drs. 13/4899](#).

Eltern mit dem Grundgesetz erkennbar“ gewesen seien.⁴⁷ Dies galt insbesondere für die gesetzgeberische Entscheidung, dass die Sorge für das Kind grundsätzlich der Mutter allein übertragen wird (§ 1626a Abs. 2 BGB a.F.; § 1626a Abs. 3 BGB n.F.; näher dazu unter 4.1.2.1.). Zum anderen sei es mit der Verfassung vereinbar gewesen, dass die gemeinsame Sorge neben der Eheschließung der Eltern (§ 1626a Abs. 1 Nr. 2 BGB) **nur durch gemeinsame übereinstimmende Sorgeerklärungen** erfolgen konnte (§ 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB). Das BVerfG entschied wie folgt:

Dass es dennoch Fälle geben kann, in denen die Mutter trotz Zusammenlebens mit dem Vater und dem Kind keine Sorgeerklärung abgeben will, hat der Gesetzgeber gesehen (vgl. BTDrucks 13/8511, S. 66). Seine Einschätzung, in solchen Fällen sei die Weigerung der Mutter Ausdruck eines Konfliktes zwischen den Eltern, der sich bei einem Streit auch über die gemeinsame Sorge nachteilig für das Kind auswirkt, ist vertretbar. Der **Gesetzgeber durfte davon ausgehen, dass eine Mutter**, gerade wenn sie mit dem Vater und dem Kind zusammenlebt, sich nur ausnahmsweise und nur dann dem Wunsch des Vaters nach einer gemeinsamen Sorge verweigert, wenn sie dafür schwerwiegende Gründe hat, die von der Wahrung des Kindeswohls getragen werden, dass sie also **die Möglichkeit der Verweigerung einer Sorgeerklärung nicht etwa als Machtposition gegenüber dem Vater missbraucht**. Unter dieser Annahme ist es mit Art. 6 Abs. 2 GG vereinbar, dass der Gesetzgeber davon abgesehen hat, **bei einem Nicht-zustande-Kommen übereinstimmender Sorgeerklärungen eine gerichtliche Einzelfallprüfung zuzulassen**. Denn sind die Gründe des Scheiterns übereinstimmender Sorgeerklärungen so schwerwiegend und der Konflikt der Eltern trotz Zusammenlebens so groß, ist nicht zu erwarten, dass die Gerichte eine gemeinsame Sorge der Eltern für dem Kindeswohl dienlich erachten. **Allein die gerichtliche Auseinandersetzung** könnte sich zusätzlich zu den sonstigen Konflikten wiederum zum Nachteil des Kindes auswirken.⁴⁸

3.3. Eingriff in das Elternrecht durch die fehlende gerichtliche Einzelfallprüfung

In seinem Beschluss vom 21. Juli 2010 bestätigte das BVerfG die Entscheidung aus dem Jahr 2003 insoweit, als das Elternrecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG nicht dadurch verletzt werde, dass das Kind nach § 1626a Abs. 2 BGB a.F. (§ 1626a Abs. 3 BGB n.F.) rechtlich allein seiner Mutter zugeordnet wird (näher dazu unter 4.1.2.1.).⁴⁹ Das BVerfG erörterte darüber hinaus die Vereinbarkeit der einfachgesetzlich gewählten Konzeption des Sorgerechts unverheirateter Eltern mit dem Grundgesetz ausführlicher als noch zuvor im Jahr 2003.

Zunächst folge aus dem **Elternrecht nach Art. 6 Abs. 2 GG kein Gebot, Vätern nichtehelicher Kinder das Sorgerecht für ihr Kind gemeinsam mit der Mutter** generell mit wirksamer Anerkennung ihrer Vaterschaft (§§ 1594 ff. BGB) **kraft Gesetzes zuzuerkennen** (vgl. zum ex-lege und dem modifizierten Antragsmodell oben unter 2.2.). Eine gesetzliche Regelung, die eine solche Rechtsfolge des Vaterschaftsanerkenntnisses vorsieht, wäre zwar **grundsätzlich mit der Verfassung**

47 BVerfG, Urteil vom 29.01.2003 - 1 BvL 20/99, [1 BvR 933/01](#), Rn. 45, BVerfGE 107, 150 (168); nicht mit der Verfassung vereinbar war dem BVerfG zufolge nur, dass es keine Übergangsregelung für Fallkonstellationen bis zum Kindschaftsreformgesetz gab, ebd.

48 BVerfG, Urteil vom 29.01.2003 - 1 BvL 20/99, [1 BvR 933/01](#), Rn. 70, BVerfGE 107, 150 (176 f.); Hervorhebung nicht im Original.

49 BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 - [1 BvR 420/09](#), Rn. 35, BVerfGE 127, 132 (145 f.).

vereinbar, sofern sie mit der Möglichkeit **verbunden würde, gerichtlich überprüfen** zu lassen, ob die gesetzlich begründete gemeinsame Sorge der Eltern dem **Kindeswohl im Einzelfall** tatsächlich entspricht.⁵⁰ Dem BVerfG zufolge spreche für das ex-lege-Modell, dass eine große Anzahl von Eltern nur mangels ausreichender Information oder weil sie meinen, ihre faktische gemeinsame Sorge für das Kind bedürfe keiner rechtlichen Absicherung, von der Abgabe einer gemeinsamen Sorgeerklärung absehen. Außerdem würde dadurch nicht nur dem väterlichen Elternrecht Rechnung getragen, sondern der Vater eines nichtehelichen Kindes würde auch mehr in die Pflicht zur Pflege und Erziehung seines Kindes genommen, die mit dem Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG verbunden ist.⁵¹ Das BVerfG sah dennoch **tragfähige Gründe des Gesetzgebers** gegeben, **von dem ex-lege-Modell abzusehen**: Zunächst könne aus der Bereitschaft des Vaters eines nichtehelichen Kindes, rechtlich dem Kind als Vater zugeordnet zu werden, nicht generell darauf geschlossen werden, dass dieser auch gewillt ist, zusammen mit der Mutter Sorge für das Kind zu tragen. Ebenso lasse die elterliche Übereinstimmung über die Anerkennung der Vaterschaft nicht unbedingt darauf schließen, dass die Eltern bereit und in der Lage sind, die gemeinsame Sorge für das Kind unter hinreichender Berücksichtigung des Kindeswohls gemeinsam auszuüben. Die Beziehungskonstellationen zwischen nicht verheirateten Eltern, in die Kinder hineingeboren werden, seien zu unterschiedlich, um eine solch weitgehende Vermutung zu tragen. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass **eine gemeinsame Sorge beider Elternteile trotz Anerkennung der Vaterschaft unterbleibe** oder der **Vater sich weigere, Kontakt mit seinem Kind aufzunehmen oder Umgang zu pflegen**. Gegen die Vermutung, dass nach der Vaterschaftsanerkennung ein übereinstimmender Wille der Eltern zur gemeinsamen Sorgetragung bestehe, könne sprechen, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung die gemeinsame Sorge durch die Eltern nach § 1626a Abs. 1 BGB nach einer rechtlichen Vaterschaftsanerkennung nur bei ungefähr der Hälfte der nichtehelichen Kinder wahrgenommen worden sei.⁵² Das **ex-lege-Modell sei mithin problematisch**, weil **nicht immer von einer tragfähigen Beziehung zwischen den Eltern eines nichtehelichen Kindes** ausgegangen werden könne. Ist diese nicht gegeben, könne bei der Ausübung gemeinsamer elterlicher Sorge nicht gewährleistet werden, dass diese hinreichend konfliktfrei verläuft und das Kindeswohl nicht beeinträchtigt wird. Um das Kindeswohl im Fall des ex-lege-Modells dennoch zu wahren, wäre der Gesetzgeber **verfassungsrechtlich gehalten**, in Ausübung seines Wächteramtes **jedem Elternteil die Möglichkeit einzuräumen, gerichtlich überprüfen** zu lassen, ob eine gemeinsame Sorgetragung der Eltern im Einzelfall wirklich mit dem Kindeswohl in Einklang steht oder aus Kindeswohlgründen entweder wieder der Mutter oder nunmehr dem Vater die Alleinsorge für das Kind zu übertragen ist. Für den Fall einer durch Ehe oder übereinstimmende Sorgeerklärung begründeten gemeinsamen Sorge **getrennt lebender Eltern habe der Gesetzgeber dies bereits in § 1671 BGB vorgesehen**.⁵³ **Gegen das ex-lege-Modell** führt das BVerfG die grundsätzliche Gefahr an, dass weniger Väter freiwillig die Vaterschaft anerkennen würden und damit mehr gerichtliche Feststellungsverfahren zur Vaterschaft erfolgen müssten. Auch könne eine generelle gesetzliche Anordnung der gemeinsamen elterlichen Sorgetragung auch Fälle umfassen, in denen aufgrund von Konflikten zwischen den Eltern das Kindeswohl in Mitleidenschaft gezogen würde. Dies könne zur Folge haben, dass die gemeinsame Sorge der Eltern durch gerichtliche

50 BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 - [1 BvR 420/09](#), Rn. 41 ff., BVerfGE 127, 132 (148 ff.).

51 BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 - [1 BvR 420/09](#), Rn. 44, BVerfGE 127, 132 (150).

52 BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 - [1 BvR 420/09](#), Rn. 43, BVerfGE 127, 132 (149).

53 BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 - [1 BvR 420/09](#), Rn. 44, BVerfGE 127, 132 (150).

Entscheidung wieder aufgehoben und in eine Alleinsorge überführt werden müsste. Zur Vermeidung dessen sei es **in Abwägung des Kindeswohls mit dem Elternrecht beider Elternteile** jedenfalls **verfassungsrechtlich gerechtfertigt** und nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber vom ex lege-Modell abgesehen habe.⁵⁴

Dem BVerfG zufolge war das Elternrecht des **Vaters eines nichtehelichen Kindes** aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG jedoch dadurch **verletzt**, dass diesem der **Zugang zur Sorgetragung für sein Kind bei Weigerung der Mutter, hierzu die Zustimmung zu erteilen, generell verwehrt gewesen sei**. Zum Zeitpunkt der Entscheidung konnte der Vater vor allem nach § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB a.F. nicht gegen den Willen der Mutter gerichtlich überprüfen lassen, ob es aus Gründen des Wohls seines Kindes angezeigt sei, ihm zusammen mit der Mutter die Sorge für sein Kind einzuräumen oder ihm anstelle der Mutter die Alleinsorge für das Kind zu übertragen.⁵⁵ Wenn der Gesetzgeber gesetzlich die „Realisierung des väterlichen Sorgerechts vom Willen der Mutter abhängig macht und dem Vater bei Zustimmungsverweigerung durch die Mutter den Zugang zur elterlichen Sorge verschließt, indem er für diesen Fall keine gerichtliche Einzelfallprüfung vorsieht,“ sei dies **keine gesetzgeberische Ausgestaltung des Elternrechts**, sondern durch das Vorenthalten der elterlichen Sorge ein **Eingriff in das von Art. 6 Abs. 2 GG geschützte Elternrecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes**.⁵⁶ Der Gesetzgeber verfolgte dem BVerfG zufolge mit dem **Erfordernis der Zustimmung der Mutter** als Voraussetzung für den Zugang des Vaters zur elterlichen Sorge zwar das **legitime Ziel** der Vermeidung von **Kindeswohlgefährdungen**, die bei Begründung einer gemeinsamen Sorge aufgrund eines fehlenden Mindestmaßes an Übereinstimmung zwischen den Eltern gegeben sein könnte.⁵⁷ Die zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Regelungen der § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB a.F. seien auch **geeignet**.⁵⁸ Das BVerfG hatte jedoch **Zweifel** an der Erforderlichkeit des § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB a.F.. Jedenfalls der mit der fehlenden Zustimmung verbundene Eingriff in das Elternrecht des Vaters aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG war dem BVerfG zufolge **unverhältnismäßig im engeren Sinne**, weil der Vater eines nichtehelichen Kindes nur mit der Zustimmung der Mutter die Teilhabe an der gemeinsamen Sorge erhalte. Anderenfalls sei der Vater dauerhaft von der gemeinsamen Sorge für sein Kind ausgeschlossen. Ihm verbliebe nur das Recht auf Umgang mit dem Kind, sofern dies mit dem Kindeswohl in Einklang stand. Demgegenüber sei der **Mutter gesetzlich nicht nur vorbehaltlos das alleinige Sorgerecht** eingeräumt, das nur bei Gefährdung des Kindeswohls entzogen werden könnte. Sie könne auch darüber entscheiden, ob der Vater Zugang zur elterlichen Sorge für sein Kind erhält, wobei die Regelung unberücksichtigt ließe, ob die **Sorgetragung dem Kindeswohl zuträglich** wäre. Das Elternrecht des Vaters werde dadurch in unverhältnismäßiger Weise generell hinter das der Mutter zurückgesetzt, ohne dass dies durch die Wahrung des Kindeswohls geboten gewesen sei.⁵⁹ Das BVerfG berücksichtigte in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung des EGMR vom

54 BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 - [1 BvR 420/09](#), Rn. 45, BVerfGE 127, 132 (151).

55 BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 - [1 BvR 420/09](#), Rn. 46, BVerfGE 127, 132 (151 f.).

56 BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 - [1 BvR 420/09](#), Rn. 47, BVerfGE 127, 132 (152).

57 BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 - [1 BvR 420/09](#), Rn. 49 f., BVerfGE 127, 132 (153 f.) m.w.N.

58 BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 - [1 BvR 420/09](#), Rn. 53, BVerfGE 127, 132 (154).

59 BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 - [1 BvR 420/09](#), Rn. 54 f., BVerfGE 127, 132 (155) m.w.N.

3. Dezember 2009⁶⁰. Danach bestand ein Missverhältnis zwischen der Regelung des § 1671 BGB und des § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB a.F., weil bei der Übertragung der Alleinsorge nach § 1671 BGB eine Überprüfung der Zuträglichkeit für das Kindeswohl durch das Gericht vorgesehen und bei der gemeinsamen Sorge nach § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB a.F. allein der Wille der Mutter maßgeblich sei.⁶¹ Das BVerfG entschied daher anders als noch im Jahr 2003, dass eine gerichtliche Überprüfung möglich sein müsse. Unter anderem mit Blick auf neues Datenmaterial (vgl. Statistisches Bundesamt 2009, Statistisches Jahrbuch 2009, Tab. 2.23) begründete das Gericht dies damit, dass sich die Annahmen des Gesetzgebers aus dem Jahr 1997 nicht bestätigt haben, dass „Eltern [...] die eingeführte Möglichkeit gemeinsamer Sorgetragung in Zukunft in der Regel nutzen [würden] und Mütter sich nur dann dem Wunsch des Vaters nach einer Beteiligung an der Sorge verweigern, wenn sie dafür schwerwiegende Gründe haben, die von der Wahrung des Kindeswohls getragen werden“. Zum einen sollen nach dem neuen Datenmaterial nur knapp über die Hälfte der Eltern von nichtehelichen Kindern gemeinsame Sorgeerklärungen abgegeben haben. Zum anderen habe sich nicht bestätigt, „dass die Ablehnung einer gemeinsamen Sorgetragung seitens der Mütter in aller Regel von Gründen getragen wird, die sich am Kindeswohl orientieren“.⁶² Es habe sich gezeigt, dass **„neben Kindeswohlerwägungen häufig auch persönliche Wünsche der Mütter zu deren Ablehnung einer gemeinsamen Sorge mit dem Vater des Kindes führen“**.⁶³ Mütter wollten danach „die Alleinsorge behalten, um allein über die Angelegenheiten des Kindes entscheiden zu können, [...] sich also nicht mit dem Vater darauf verständigen müssen oder nichts mit dem Vater zu tun haben [...]“.⁶⁴ Wenn Mütter folglich die Zustimmung zur gemeinsamen Sorge nur aus dem Grund verweigern, dass sie ihr Sorgerecht mit dem Vater nicht teilen wollen und nicht etwa wegen einer Kindeswohlgefährdung, hängt die Möglichkeit der Übernahme von Sorge für das Kind vom „dominierenden Willen der Mutter“ ab, ohne dass dies mit Blick auf das Kindeswohl geprüft würde. § 1626a BGB sei **ohne die Möglichkeit für Väter, dies gerichtlich im Einzelfall mit Blick auf Gründe des Kindeswohls prüfen zu lassen, ein unverhältnismäßiger und damit ungerechtfertigter Eingriff** in das Elterngrundrecht.⁶⁵

Das BVerfG erklärte § 1626a BGB trotz Unvereinbarkeit mit der Verfassung weder für nichtig noch für unanwendbar. Allerdings ordnete es vorläufig bis zum Inkrafttreten einer gesetzlichen Neuregelung und ergänzend zu § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB a.F. an, dass das **FamG** den Eltern **auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge gemeinsam überträgt**, soweit zu **erwarten** ist, dass dies dem **Kindeswohl entspricht**. Der gewählte Prüfungsmaßstab hinsichtlich des Kindeswohls sollte sicherstellen, dass die Belange des Kindes maßgeblich Berücksichtigung finden, jedoch die Zugangsvoraussetzungen zur gemeinsamen Sorge nicht

60 EGMR, Urteil vom 03.12.2009 - [22028/04](#).

61 BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 - [1 BvR 420/09](#), Rn. 57, BVerfGE 127, 132 (156) m.w.N.

62 BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 - [1 BvR 420/09](#), Rn. 61, BVerfGE 127, 132 (158).

63 BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 - [1 BvR 420/09](#), Rn. 61, BVerfGE 127, 132 (159); Hervorhebung nicht im Original.

64 BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 - [1 BvR 420/09](#), Rn. 57, BVerfGE 127, 132 (158 f.).

65 BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 - [1 BvR 420/09](#), Rn. 57, BVerfGE 127, 132 (159).

zu hoch angesetzt werden.⁶⁶ Der Gesetzgeber regelte sodann in Reaktion auf diese Entscheidung des BVerfG und auf die Entscheidung des EGMR die elterliche Sorge von nicht miteinander verheirateten Eltern durch das **Gesetz vom 16. April 2013** neu, indem er diese vom BVerfG formulierte **Übergangsregelung** als **Abs. 1 Nr. 3** und **Abs. 2 im § 1626a BGB** aufnahm.⁶⁷ Zudem fügte er mit **§ 155a FamFG** eine neue Regelung für die **verfahrensrechtlichen Einzelheiten** ein. Die dadurch neu bestimmten Regelungen entsprechen der aktuellen zuvor unter 2. erläuterten ein-fachgesetzlichen Rechtslage, deren Vereinbarkeit mit dem Elterngrundrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG unter 4., dem Gleichberechtigungsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 2 GG unter 4.2. und dem Diskriminierungsverbot nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG unter 4.3. näher erörtert wird.

4. Vereinbarkeit der § 1626a BGB und § 155a FamFG mit dem Grundgesetz (WD 3)

4.1. Elternrecht gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG

Durch die Regelungen der § 1626a BGB und § 155a FamFG könnte sowohl das Elternrecht des rechtlichen Vaters als auch das Elternrecht des **leiblichen (biologischen), aber nicht rechtlichen Vaters** gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG beschränkt sein, die die elterliche Sorge übernehmen und damit elterliche Verantwortung mittragen möchten. Denn gemäß Art. 6 Abs. 2 GG sind Pflege und Erziehung der Kinder das **natürliche Recht der Eltern** und die **zuvörderst ihnen obliegende Pflicht**. Zu prüfen ist, ob der **Schutzbereich** des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG eröffnet ist, ein **Eingriff** vorliegt und dieser gegebenenfalls **gerechtfertigt** ist.

4.1.1. Schutzbereich und Grundrechtsträgerschaft

Pflege und Erziehung der Kinder im Sinne des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG beziehen sich nach der allgemeinen Auffassung auf „**alle wesentlichen Elemente des Sorgerechts**“, ohne die Elternverantwortung nicht ausgeübt werden kann, somit auch auf die von § 1626a BGB umfasste Sorge durch Pflege und Erziehung.⁶⁸

Fraglich ist, wer vom **Elternbegriff im Sinne des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG** umfasst ist und sich somit auf das Elternrecht berufen kann. Nach der neusten Rechtsprechung des BVerfG als auch nach der, soweit ersichtlich, überwiegenden Ansicht in der rechtswissenschaftlichen Literatur

66 BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 - [1 BvR 420/09](#), Rn. 71 f., BVerfGE 127, 132 (163) m.w.N.

67 Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern vom 16.04.2013 ([BGBl. I S. 795](#)); zum Gesetzentwurf [BT-Drs. 17/11048](#); zur Entscheidung des EGMR, Urteil vom 03.12.2009 - [22028/04](#); zur Entscheidung des BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 - [BvR 420/09](#); vgl. ferner dazu Budzikiewicz, in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, Vorbemerkungen zu § 1626 Rn. 1.

68 BVerfG, Urteil vom 09.04.2024 - [1 BvR 2017/21](#), Rn. 36, 40; BVerfG, Beschluss vom 07.03.1995 - [1 BvR 790/91, 540, 866/92](#), Rn. 59, BVerfGE 92, 158 (173); vgl. dazu in der rechtswissenschaftlichen Literatur allein Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 18. Aufl. 2024, Art. 6 Rn. 42; Uhle, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 57. Ed. 15.01.2024, Art. 6 Rn. 54; Heiderhoff, in: von Münch/Kunig, GG Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 6 Rn. 136.

sind sowohl der **rechtliche als auch der biologische Vater** Grundrechtsträger des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG.⁶⁹

Das BVerfG ging in den ersten Jahren seiner Rechtsprechung davon aus, dass der Schutz des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG auf den „Regelfall“ gerichtet ist, wonach „das Kind mit den **durch die Ehe verbundenen Eltern** in einer Familiengemeinschaft zusammenlebt und Vater und Mutter das Kind gemeinsam pflegen und erziehen“.⁷⁰ Es ist folglich von der (grundsätzlich auch nach der aktuellen Rechtsprechung legitimen)⁷¹ Vermutung ausgegangen, dass der verheiratete und damit rechtliche Vater auch der leibliche Vater ist. Die **Grundrechtsträgerschaft verheirateter Eltern** ist auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur wegen der rechtlich vermittelten Nähebeziehung dem Grunde nach unbestritten.⁷² Allerdings wurde bisher und wird immer noch in der rechtswissenschaftlichen Literatur deutlicher hervorgehoben, dass vor allem **die leiblichen Eltern**, die **durch Abstammung ein Elternverhältnis** zu ihrem Kind haben, Träger des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sind.⁷³ Das BVerfG näherte seine Rechtsprechung im Laufe der Jahre dem Meinungsstand in der rechtswissenschaftlichen Literatur an und beschrieb den Schutzbereich und die Grundrechtsträgerschaft des Elternrechts mit der Zeit entsprechend offener.⁷⁴ Es blieb allerdings bis 2003 bei der verfassungsrechtlichen Wertung, dass Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ein Gebot enthalte, „möglichst eine **Übereinstimmung von leiblicher und rechtlicher Elternschaft zu erreichen**“.⁷⁵ So war der leibliche (biologische) Vater nach der Rechtsprechung des BVerfG bis zur seiner Entscheidung im April 2024 selbst kein Grundrechtsträger des Elternrechts, sondern nur in

-
- 69 BVerfG, Urteil vom 09.04.2024 - [1 BvR 2017/21](#), Rn. 38; BVerfG, Urteil vom 29.01.2003 - 1 BvL 20/99, [1 BvR 933/01](#), Rn. 47, BVerfGE 107, 150 (169); BVerfG, Beschluss vom 07.03.1995 - [1 BvR 790/91, 540, 866/92](#), Rn. 62, BVerfGE 92, 158 (176).
- 70 Vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 07.03.1995 - [1 BvR 790/91, 540, 866/92](#), Rn. 62, BVerfGE 92, 158 (176 f.); BVerfG, Beschluss vom 07.05.1991 - 1 BvL 32/88, BVerfGE 84, 168 (179); BVerfG, Urteil vom 03.11.1982 - 1 BvL 25, 38, 40/80, 12/81 - BVerfGE 61, 358 (372); Beschluss vom 15.06.1971 - 1 BvR 192/70, BVerfGE 31, 194 (205); BVerfG, Beschluss vom 29.07.1968 - 1 BvL 20/63, 31/66, 5/67, BVerfGE 24, 119 (135).
- 71 Vgl. BVerfG, Urteil vom 09.04.2024 - [1 BvR 2017/21](#), Rn. 45.
- 72 Vgl. Badura, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 103. EL Januar 2024, Art. 6 Rn. 100; vgl. ferner (allerdings im Zusammenhang mit der leiblichen Elternschaft) Uhle, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 57. Ed. 15.01.2024, Art. 6 Rn. 58a; ähnlich Robbers, in: Huber/Voßkuhle, GG Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 6 Rn. 163 sowie Rn. 172 zur „Ehelichkeitsvermutung“ nach bürgerlichem Recht, wonach es „[z]ur Wahrung des Kindeswohles zulässig [sei], die rechtliche Stellung des leiblichen Vaters auf ein Minimum zurückzudrängen“.
- 73 Vgl. Umbach, in: Umbach/Clemens, GG-Mitarbeiterkommentar Bd. 1, 2002, Art. 6 Rn. 73; Brosius-Gersdorf, in: Dreier, GG Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 6 Rn. 330; Badura, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 103. EL Januar 2024, Art. 6 Rn. 99; vgl. insoweit zum Wandel des Verfassungsverständnisses Heiderhoff, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 6 Rn. 115; vgl. ähnlich Jestaedt/Reimer, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG Bd. 4, 195. Akt. Dezember 2018, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 209 ff.
- 74 BVerfG, Urteil vom 29.01.2003 - 1 BvL 20/99, [1 BvR 933/01](#), Rn. 47, BVerfGE 107, 150 (169): „Träger des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG sind auch die Mutter und der Vater eines nichtehelichen Kindes“; BVerfG, Beschluss vom 09.04.2003 - [1 BvR 1493/96](#), Rn. 72, BVerfGE 108, 82 (106): „[Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG gehe]“ von einer auf Zeugung begründeten leiblichen Elternschaft aus“; BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 - [1 BvR 420/09](#), Rn. 37, BVerfGE 127, 132 (146): „Elternrecht, das Art. 6 Abs. 2 GG Müttern wie Vätern gewährleistet, [...]“.
- 75 BVerfG, Beschluss vom 09.04.2003 - [1 BvR 1493/96](#), Rn. 68, BVerfGE 108, 82 (104); Hervorhebung nicht im Original.

der Weise vom Schutz des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG erfasst, dass die einfachgesetzliche Ausgestaltung dem leiblichen Vater die Möglichkeit geben müsse, die Stellung des rechtlichen Vaters einzunehmen.⁷⁶ Nun entschied das BVerfG, dass der Elternbegriff des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG und damit die Grundrechtsträgerschaft zwar immer noch von der einfachgesetzlichen Ausgestaltung des Gesetzgebers abhängt, der das „Elternverhältnis sowohl auf der Staturebene rechtlicher Elternschaft als auch bei dem Innehaben von Elternverantwortung durch eine entsprechende Zuordnung im Fachrecht begründen“ könne.⁷⁷ Das BVerfG entschied allerdings nun grundlegend – anders als zuvor in seiner Rechtsprechung – im Gleichklang mit der rechtswissenschaftlichen Literatur, dass

[u]nabhängig von einer fachrechtlichen Zuordnungsregel [...] jedenfalls die im herkömmlichen Sinn leiblichen Eltern des Kindes, also der Mann und die Frau, die das Kind durch Geschlechtsverkehr mit ihren Keimzellen gezeugt haben, wenn diese Frau anschließend das Kind geboren hat [...], Eltern im verfassungsrechtlichen Sinn [sind]; auf den Familienstand der Eltern und ihre konkrete soziale Beziehung zum Kind kommt es dabei nicht an [...]. Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass diejenigen Personen, die dem Kind „das Leben gegeben haben“, von Natur aus bereit und berufen sind, die mit dem Elterngrundrecht notwendig verbundene Verantwortung für die Pflege und Erziehung des Kindes zu übernehmen [...]. Damit ist der im vorgenannten Sinne **leibliche Vater eines Kindes** vom Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG erfasst, **ohne dass es dafür weiterer Voraussetzungen bedarf.**⁷⁸

Demnach kann sich nach nun wohl überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und rechtswissenschaftlicher Literatur auch der **biologische Vater als Elternteil im verfassungsrechtlichen Sinn**, bei dem die „**Bereitschaft zur Übernahme von Elternverantwortung angenommen werden kann** [...], [...] auf die Gewährleistungen des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG stützen“.⁷⁹ Im Zusammenhang damit entschied das BVerfG ebenfalls erstmals ausdrücklich, dass die **Elternschaft** im Sinne des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG **nicht auf zwei Personen, also Vater und Mutter, begrenzt sein muss.**⁸⁰ Aus dem Grundgesetz ergebe sich aber auch keine Pflicht der Anerkennung der Mehrelternschaft, sodass sie dem Grunde nach einfachgesetzlich begrenzt werden kann, was aber eine Frage der **gesetzgeberischen Ausgestaltung** sei.⁸¹ Für die auf zwei Elternteile begrenzte rechtliche Elternschaft führt das BVerfG die aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG folgende **Kindeswohlorientierung** an:

76 Siehe zur Gewährleistung eines „verfahrensrechtlichen Zugangs zum Elternrecht“ des biologischen Vaters, BVerfG, Beschluss vom 09.04.2003 - [1 BvR 1493/96](#), Rn. 72, BVerfGE 108, 82 (104); vgl. zusammenfassend dazu in der Literatur von Landenberg-Roberg, Elternverantwortung im Verfassungsstaat, 2021, S. 508 ff., 560 f.; Sanders, Mehrelternschaft, 2018, S. 164 ff.; Reuß, Theorie eines Elternschaftsrechts, 2018, S. 194.

77 BVerfG, Urteil vom 09.04.2024 - [1 BvR 2017/21](#), Rn. 37.

78 BVerfG, Urteil vom 09.04.2024 - [1 BvR 2017/21](#), Rn. 38; Hervorhebung nicht im Original.

79 BVerfG, Urteil vom 09.04.2024 - [1 BvR 2017/21](#), Rn. 42.

80 BVerfG, Urteil vom 09.04.2024 - [1 BvR 2017/21](#), Rn. 41, 55; entgegen BVerfG, Beschluss vom 09.04.2003 - [1 BvR 1493/96](#), Rn. 68, BVerfGE 108, 82 (102 ff.) und BVerfG, Urteil vom 19.02.2013 - [1 BvL 1/11](#), [1 BvR 3247/09](#), BVerfGE 133, 59 (78 Rn. 52); vgl. dazu Jestaedt/Reimer, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG Bd. 4, 195. Akt. Dezember 2018, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 207.

81 BVerfG, Urteil vom 09.04.2024 - [1 BvR 2017/21](#), Rn. 42.

Denn zum einen lässt sich annehmen, dass eine **Erhöhung der Zahl der Elternteile** mit einer **Zunahme von Rollenkonflikten und Kompetenzstreitigkeiten zwischen den Elternteilen** einhergehen kann, die dem Kindeswohl abträglich sind [...]. Zum anderen dürfte es im Vergleich zu dem auf zwei Personen begrenzten Innehaben von Elternverantwortung häufig **schwieriger sein, elterliches Versagen bei der Wahrnehmung der Pflicht zu Pflege und Erziehung den einzelnen Elternteilen so zuordnen zu können**, dass der Staat das ihm im Interesse des Kindes überantwortete Wächteramt aus Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG kindeswohlorientiert gegenüber den jeweils einzelnen Elternteilen wahrnehmen kann [...].⁸²

4.1.2. Beschränkungen

Fraglich ist, ob und gegebenenfalls inwieweit § 1626a BGB und § 155a FamFG das Elterngrundrecht des rechtlichen und/oder des biologischen Vaters beschränken und dies jeweils gerechtfertigt ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bei Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG nach einhelliger Ansicht zwischen **Eingriffen in das Elterngrundrecht** und der **Ausgestaltung des Elterngrundrechts** unterschieden wird. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG beinhaltet ein **subjektives Abwehrrecht für Eltern** sowie als normgeprägtes Grundrecht eine Institutsgarantie und einen **Ausgestaltungsauftrag**.⁸³ Dem Gesetzgeber wird **bei der Ausgestaltung ein weiter Gestaltungsspielraum** zugestanden, der durch die **Strukturmerkmale des Elternrechtes** und die Anforderungen der **Verhältnismäßigkeit begrenzt** ist.⁸⁴ So sei es nach der Rechtsprechung des BVerfG im Fall des Auseinanderfallens von leiblicher und rechtlicher Vaterschaft Teil der Ausgestaltungspflicht des Gesetzgebers, dass „die Elternverantwortung im von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG vorgesehenen Sinne wahrgenommen werden kann“.⁸⁵

Die Grenzen zwischen der Abwehrfunktion des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG und der diesbezüglichen Ausgestaltungspflicht des Gesetzgebers verschwimmen und werden auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur nicht einheitlich beurteilt.⁸⁶ Es ist entsprechend der zuvor unter 3. ausgeführten Rechtsprechung des BVerfG jedoch davon auszugehen, dass jedenfalls das **vollständige Vorenthalten des Sorgerechts** einen **Eingriff in das Elternrecht** darstellt, während im Übrigen **die näheren Regelungen über die Verhältnisse zwischen Eltern, Kind und gegebenenfalls Dritten am Ausgestaltungsspielraum zu messen** sein dürften.

4.1.2.1. Grundsatz der Alleinsorge der Mutter nach § 1626a Abs. 3 GG

Nach § 1626a Abs. 3 BGB hat die nichteheliche Mutter grundsätzlich die Alleinsorge für ihr Kind, wenn kein Fall des § 1626a Abs. 1 BGB vorliegt. Dies stellt demnach einen **Eingriff in das Elternrecht im Sinne des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sowohl des rechtlichen als auch des**

82 BVerfG, Urteil vom 09.04.2024 - [1 BvR 2017/21](#), Rn. 43; Hervorhebung nicht im Original.

83 Vgl. dazu Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 18. Aufl. 2024, Art. 6 Rn. 49 ff.; Brosius-Gersdorf, in: Dreier, GG Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 6 Rn. 383 ff.; Heiderhoff, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 6 Rn. 102.

84 BVerfG, Urteil vom 09.04.2024 - [1 BvR 2017/21](#), Rn. 44.

85 BVerfG, Urteil vom 09.04.2024 - [1 BvR 2017/21](#), Rn. 42; Hervorhebungen nicht im Original.

86 Siehe dazu Heiderhoff, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 6 Rn. 104 m.w.N.

biologischen Vaters dar.⁸⁷ Der Eingriff könnte jedoch gerechtfertigt sein. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ist vorbehaltlos gewährleistet, unterliegt jedoch verfassungsimmanenten Schranken in Gestalt von kollidierendem Verfassungsrecht.⁸⁸ Als kollidierendes Verfassungsrecht kommt vorliegend vor allem das **Kindeswohl** in Betracht.⁸⁹

Zum einen verlange das **Kindeswohl** nach Auffassung des BVerfG, **dass das Kind ab seiner Geburt eine Person habe, die für das Kind rechtsverbindlich handeln kann**. Das Gericht stellte mit Blick auf statistische Erhebungen fest, dass nichteheliche Kinder, anders als Kinder verheirateter Eltern, in familiäre Konstellationen hineingeboren würden, in denen keine Sicherheit über das Vater-Kind-Verhältnis bestehe, ob und inwieweit die Väter für das Kind Verantwortung übernehmen oder in Kontakt zu diesem stehen wollen.⁹⁰ Dies gelte auch für Väter, die die Vaterschaft schon vor der Geburt anerkannt haben, weil die Vaterschaftsanerkennung nach geltendem Recht nicht mit der Sorgeerklärung gleichsteht. Der Gesetzgeber verfolge dem BVerfG zufolge daher ein **legitimes Ziel**, wenn er das nichteheliche Kind bei seiner Geburt **sorgerechtlich grundsätzlich der Mutter** und nicht dem Vater oder beiden gemeinsam zuweist. Denn die **Mutter sei wegen der besonderen Mutter-Kind-Beziehung infolge der Schwangerschaft und Geburt die einzige sichere Bezugsperson**, die das Kind bei seiner Geburt vorfindet und die auf Grund von § 1591 BGB als Elternteil feststeht. Um sicherzustellen, dass für das Kind vom ersten Lebenstag an tatsächlich und rechtlich Verantwortung getragen werden kann, sei es gerechtfertigt, den Vater im Fall dieser rechtlichen Unsicherheit an der Sorge für das Kind nicht teilhaben zu lassen.⁹¹ Diese Rechtsprechung bestätigte das BVerfG, indem es auf Zahlen des Statistischen Bundesamts aus dem Jahr 2009 zurückgriff, nach denen sich seit der Entscheidung vom 29. Januar 2003 nichts Wesentliches geändert haben soll. Danach bestand mittlerweile für ungefähr die Hälfte der nichtehelich geborenen Kinder eine gemeinsame Sorgetragung der Eltern. Die statistischen Zahlen zeigten daher zwar einen Entwicklungstrend hin zu Familiengründungen, in denen nicht miteinander verheiratete Eltern gemeinsam für ihr Kind Sorge trugen. Aus den Zahlen ließ sich jedoch nicht feststellen, ob die Sorgeerklärungen vor oder nach der Geburt des Kindes abgegeben wurden. Für den **Zeitpunkt der Geburt** eines Kindes konnten die rechtlichen Unsicherheiten hinsichtlich der Vaterschaft und Verantwortungs- sowie Sorgeübernahme für das jeweilige Kind auf der Grundlage der Daten nicht geklärt werden.⁹²

Zur Vermeidung von Kindeswohlgefährdungen erscheint die Alleinsorge der unverheirateten Mutter auch **geeignet, erforderlich** sowie **angemessen**.

Insbesondere dem **unverheirateten rechtlichen Vater** stehen zum einen mehrere Möglichkeiten zu, mit der Mutter zusammen die gemeinsame Sorge für das gemeinsame Kind zu tragen. Dies

87 Vgl. dazu Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 18. Aufl. 2024, Art. 6 Rn. 50;

88 Brosius-Gersdorf, in: Dreier, GG Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 6 Rn. 394.

89 Vgl. zur rechtswissenschaftlichen Literatur Jestaedt/Reimer, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG Bd. 4, 195. Akt. Dezember 2018, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 321.

90 BVerfG, Urteil vom 29.01.2003 - 1 BvL 20/99, [1 BvR 933/01](#), Rn. 51, BVerfGE 107, 150 (170).

91 BVerfG, Urteil vom 29.01.2003 - 1 BvL 20/99, [1 BvR 933/01](#), Rn. 51, BVerfGE 107, 150 (170 f.).

92 BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 - [1 BvR 420/09](#), Rn. 39, BVerfGE 127, 132 (147) m.w.N.

gilt sowohl mit Blick auf die übereinstimmende Sorgeerklärung (§ 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB) sowie die Möglichkeit, auf Antrag die gemeinsame Sorge durch Gerichtsverfahren zu erlangen (§ 1626a Abs. 1 Nr. 3 BGB). Zum anderen kann der Vater gemäß § 1671 BGB auch die Alleinsorge für ein gemeinsames Kind ohne die Zustimmung der Mutter erlangen. Dies entspricht dem Rechtsgedanken der Alleinsorge der unverheirateten Mutter gemäß § 1626a Abs. 3 BGB, dass nur Kindeswohlgefährdungen, die aus rechtlichen Unsicherheiten zum Zeitpunkt der Geburt des gemeinsamen Kindes folgen, verhindert werden sollen. Entspricht es nach der Geburt eines Kindes dem Kindeswohl, dass der Vater die gemeinsame Sorge mit der Mutter oder sogar die Alleinsorge für das gemeinsame Kind tragen soll, kann dies im gerichtlichen Verfahren entschieden werden.⁹³

Im **Verhältnis zum biologischen Vater** liegt durch die Übertragung der Alleinsorge auf die Mutter gleichermaßen eine Beschränkung seines Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG vor. Die Hürden für den biologischen Vater, die elterliche Sorge für sein Kind gemeinsam mit der Mutter zu übernehmen, sind zwar weitaus höher als für den rechtlichen Vater, weil die Vaterschaft des biologischen Vaters zum Zeitpunkt der Geburt weder anerkannt noch gerichtlich festgestellt wurde (§ 1592 Nr. 2, Nr. 3 BGB). Um das gemeinsame Sorgerecht zu erhalten, muss der biologische Vater nach dem in Deutschland bestehenden Modell erst noch den Status eines rechtlichen Vaters erhalten, d.h. im Zweifel die Vaterschaft eines anderen rechtlichen Vaters anfechten (§ 1600 ff. BGB), weil die rechtliche Elternschaft nach geltendem Recht auf zwei Elternteile begrenzt ist. Auch für diese Beschränkung ist dem Grundsatz nach das Kindeswohl zunächst ein legitimer Zweck. Ferner erscheint die Regelung geeignet, erforderlich und angemessen. Zwar sind die Hürden für den biologischen Vater höher, die elterliche Sorge tragen zu können. Im Hinblick auf die elterliche Verantwortungsübernahme für das Kind bestehen aber beim biologischen Vater erst recht zum Zeitpunkt der Geburt **rechtliche Unsicherheiten**, ob dieser die elterliche Verantwortung übernehmen kann oder möchte. So ist die biologische Nähebeziehung schwieriger nachzuweisen als die rechtliche, die durch Eheschließung oder Vaterschaftsanerkennung vermutet wird. Für die Wahrnehmung der Rechte biologischer Väter sieht der Gesetzgeber in der Regel eine eidesstattliche Versicherung vor, dass die jeweiligen Personen den Kindesmüttern beigewohnt haben (vgl. § 1600 Abs. 1 Nr. 1 BGB; § 1686a BGB i.V.m. § 167a FamFG). Ferner kann zur Klärung der leiblichen Abstammung des Kindes der Vater jeweils von Mutter und Kind nach § 1598a Abs. 1 Nr. 1 BGB verlangen, dass diese in eine genetische Abstammungsuntersuchung einwilligen und die Entnahme einer für die Untersuchung geeigneten genetischen Probe dulden.

Ferner ist die elterliche Sorge dem biologischen Vater **nicht vollständig verwehrt**. Erst zuletzt stärkte das BVerfG die **einfachrechtliche Stellung biologischer Väter** im Hinblick auf die Möglichkeit, nach § 1600 Abs. 2 Alt. 1, Abs. 3 Satz 1 BGB die Vaterschaft rechtlicher Väter anzufechten, indem es die Vorschrift für unvereinbar mit dem Elternrecht des biologischen Vaters gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG erklärte und den Gesetzgeber aufforderte, bis zum 30. Juni 2025 eine neue Regelung zu treffen, durch die z.B. die Voraussetzungen für die Anfechtung für biologische Väter geändert werden müssen.⁹⁴ Jedenfalls den biologischen Vätern, die eine Nähebeziehung zu ihrem Kind aufgebaut haben, soll danach die Möglichkeit gegeben werden, an die Stelle des rechtlichen

93 Vgl. dazu Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 18. Aufl. 2024, Art. 6 Rn. 60; Brosius-Gersdorf, in: Dreier, GG Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 6 Rn. 384.

94 BVerfG, Urteil vom 09.04.2024 - [1 BvR 2017/21](#), Rn. 113.

Vaters zu treten (sofern der Gesetzgeber an der verfassungsrechtlich zulässigen Zweielternschaft festhält).

Vor dem Hintergrund, dass Mütter eine geschlechtsspezifische natürliche Nähebeziehung zum Kind zum Zeitpunkt der Geburt haben, dürfte der Eingriff in das Elternrecht des biologischen Vaters, genauso wie des rechtlichen Vaters, durch die Zuordnung der elterlichen Sorge eines Kindes zur Mutter im Falle unverheirateter Eltern im Ergebnis angemessen und verhältnismäßig sein.

4.1.2.2. Gemeinsame Sorge nur für die rechtlichen Eltern

Ferner regelt § 1626a BGB die **gemeinsame Sorge** insgesamt **nur für die rechtliche Mutter und den rechtlichen Vater, also die rechtlichen Eltern**. Der biologische Vater ist von der Sorge und Übernahme der elterlichen Sorge seines Kindes ausgeschlossen. Dies könnte einerseits einen **Eingriff in das Elternrecht des biologischen Vaters** darstellen. Insoweit wird teilweise in der rechtswissenschaftlichen Literatur ein Eingriff dann angenommen, wenn die staatliche Maßnahme eine **Zuständigkeitsregelung unter mehreren Grundrechtsträgern** – insbesondere zulasten der biologischen Eltern – trifft.⁹⁵

Andererseits folgt der Ausschluss des biologischen Vaters vom Sorgerecht im Wesentlichen aus der **gesetzgeberischen Ausgestaltung der Rechte und Pflichten zwischen Eltern und Kindern**. Dem biologischen Vater ist zwar auch die Grundrechtsträgerschaft aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG zugestanden, allerdings hat das BVerfG insoweit entschieden, dass nicht zwingend allen Grundrechtsträgern „die gleichen Rechte und Pflichten im Verhältnis zu ihrem Kind einzuräumen“ sind.⁹⁶ Da sich der Gesetzgeber gegen das ex-lege-Modell und für das modifizierte Antragsmodell sowie bisher gegen die Mehrelternschaft entschieden hat – was vom BVerfG (dazu ausführlich unter 3.) und in Teilen der Literatur dem Grunde nach für verfassungskonform erachtet wird –,⁹⁷ kann die **elterliche (gemeinsame) Sorge konsequenterweise nur dem rechtlichen Vater zustehen**. Das BVerfG entschied insoweit, dass in den Fällen, in denen rechtliche und leibliche Vaterschaft auseinanderfallen,

[t]rotz der jedenfalls tatsächlich regelmäßig nur einmal eröffneten Möglichkeit leiblicher Väter, durch Vaterschaftsanfechtung auch rechtlicher Vater zu werden und **so die Voraussetzungen für das Innehaben des Sorgerechts** und damit rechtliche Elternverantwortung zu erlangen, [...] § 1600 Abs. 2 Alt. 1, Abs. 3 Satz 1 BGB **mit den die Struktur des Elterngrundrechts**

95 Vgl. dazu Jestaedt/Reimer, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG Bd. 4, 195. Akt. Dezember 2018, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 319 f., sprechen von einem Eingriff „in Ausübung des staatlichen Schlichteramts“ zwischen den grundrechtsberechtigten Eltern und führen als Beispiel die gesetzliche Betrauung eines etwaigen Scheinvaters durch Heirat und Vaterschaftsanerkennung gemäß § 1592 Nr. 1, Nr. 2 BGB an.

96 BVerfG, Urteil vom 09.04.2024 - [1 BvR 2017/21](#), Rn. 59, m.w.N.; vgl. ferner BVerfG, Urteil vom 29.01.2003 - [1 BvL 20/99](#), [1 BvR 933/01](#), Rn. 47, BVerfGE 107, 150 (169) m.w.N.

97 Vgl. zur rechtswissenschaftlichen Literatur Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 18. Aufl. 2024, Art. 6 Rn. 46; ausführlich dazu Reuß, Theorie eines Elternschaftsrechts, 2018, S. 194 ff., S. 272 ff.; im Ergebnis wohl auch Robbers, in: Huber/Voßkuhle, GG Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 6 Rn. 172: „Zur Wahrung des Kindeswohles ist es zulässig, die rechtliche Stellung des leiblichen Vaters auf ein Minimum zurückzudrängen“; kritisch indes Kreuz/Jürschik, Die Regelung der elterlichen Sorge nach § 1626a BGB unter Berücksichtigung höchstgerichtlicher Rechtsprechung, ZJS 1/2014, 1 (8).

prägenden Strukturmerkmalen vereinbar“ [ist]. Zwar ist das Elterngrundrecht untrennbar mit der Elternverantwortung verbunden. Es steht auch einer rechtlichen Elternschaft von drei Elternteilen nicht entgegen, erzwingt sie in der fachrechtlichen Ausgestaltung aber nicht [...]. Hält der Gesetzgeber **fachrechtlich an einer auf zwei Elternteile beschränkten Elternschaft fest**, erfordert das Elterngrundrecht allerdings, dem zur Übernahme von Elternverantwortung bereiten **leiblichen Vater** grundsätzlich die rechtliche Elternschaft als Voraussetzung für die **Ausübung von Elternverantwortung zu ermöglichen**. Das ist mit dem Anfechtungsrecht in § 1600 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BGB im Ausgangspunkt der Fall. Nach Maßgabe des Fachrechts kann der leibliche Vater im Anschluss an das Erlangen der rechtlichen Vaterschaft auch (Mit-)Inhaber des Sorgerechts werden (vgl. § 1626a BGB).⁹⁸

Wie zuvor unter 4.1.2.1. erläutert, erklärte das BVerfG erst zuletzt die Vorschrift der Vaterschafts- anerkennung nach § 1600 BGB nur insoweit für verfassungswidrig, als die weiteren Voraussetzungen der Vaterschaftsanfechtung keine Prüfung der Nähebeziehung des Kindes zum biologischen Vater zuließen. Das dürfte bedeuten, dass diese gesetzgeberische Konzeption der Zweielternschaft und dem modifizierten Antragsmodell dem BVerfG zufolge mit dem Grundgesetz jedenfalls vereinbar ist, solange der biologische Vater stets die Möglichkeit hat, **zuerst die Rolle des rechtlichen Vaters und anschließend auch die gemeinsame Sorge nach § 1626a BGB zu erlangen**. Folglich dürfte vor diesem Hintergrund die **Ausgestaltung** der gemeinsamen Sorge gemäß § 1626a BGB und § 155a FamFG mit dem Ausschluss des biologischen Vaters **mit den Strukturmerkmalen des Elternrechts nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG vereinbar** sein, solange er grundsätzlich die Rolle des rechtlichen Vaters einnehmen kann.

Zuletzt dürfte diese Ausgestaltung, wie es vom BVerfG gefordert wird (dazu unter 4.1.2.), im Einzelnen auch **verhältnismäßig** sein, weil sowohl das modifizierte (zweistufige) Antragsmodell (dazu oben unter 3.3.) als auch die Entscheidung für die Elternschaft, die auf zwei Eltern begrenzt ist (dazu oben unter 4.1.1.), maßgebend dem legitimen Zweck des Kindeswohls dienen. Die Regelungen dürften auch geeignet, erforderlich und angemessen sein, solange das einfache Recht gewährleistet, dass der biologische Vater die rechtliche Vaterschaft und anschließend die elterliche Sorge einnehmen kann. Dem stehen § 1626a BGB und § 155a FamFG, wie zuvor dargelegt, nicht entgegen.

4.2. Gleichberechtigungsgrundsatz gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG

Nach Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG sind **Männer und Frauen gleichberechtigt**. Der Staat fördert nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin. Wenn § 1626a Abs. 3 BGB nur den Müttern (und nicht den rechtlichen Vätern) die Alleinsorge für ihre nichtehelichen Kinder zum Zeitpunkt der Geburt zuteilt, weil kein Fall des § 1626a Abs. 1 BGB einschlägig ist, liegt eine Ungleichbehandlung zwischen Frauen und Männern vor. Nach Ansicht der

98 BVerfG, Urteil vom 09.04.2024 - [1 BvR 2017/21](#), Rn. 69, Hervorhebung nicht im Original.

rechtswissenschaftlichen Literatur kann der Gleichberechtigungsgrundsatz grundsätzlich neben dem Elterngrundrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG Anwendung finden.⁹⁹

Ungleichbehandlungen gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG können aber, wie Eingriffe in das Elternrecht gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, durch **kollidierendes Verfassungsrecht** gerechtfertigt sein.¹⁰⁰ Auch in diesem Zusammenhang werden in der rechtswissenschaftlichen Literatur vor allem **Gründe des Kindeswohls** für die grundsätzliche Zuordnung der elterlichen Sorge für ein nicht-eheliches Kind zum Zeitpunkt der Geburt zur Mutter angeführt.¹⁰¹ Dabei wird allerdings regelmäßig darauf hingewiesen, dass die Prüfungen wohl zu ähnlichen Ergebnissen führen, weil auch das Elternrecht dem Grunde nach nicht anhand des Geschlechts der Mutter als Frau und des Vaters als Mann unterscheiden dürfe.¹⁰² Auch das BVerfG hat in den Fällen zum Sorgerecht unverheirateter Eltern im Wesentlichen Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geprüft und das Verhältnis zu Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG offen gelassen.¹⁰³

Der Rückgriff auf das Kindeswohl sei nach Teilen der rechtswissenschaftlichen Literatur jedenfalls **geschlechtsspezifisch durch die besondere Mutter-Kind-Beziehung** bedingt, die aus der Schwangerschaft und der Geburt folgt.¹⁰⁴ Richtigerweise betrifft dies nur den Zeitpunkt der Geburt und die damit einhergehenden rechtlichen Unsicherheiten, wenn noch kein rechtlicher Vater festgelegt ist (ausführlich dazu unter 4.1.2.1.). Stellt sich im Laufe der Zeit heraus, dass der rechtliche oder auch der biologische Vater eine „am Maßstab des Kindeswohls gleichwertige“ oder gegebenenfalls stärkere „Vater-Kind-Beziehung“ entwickelt, muss ihm rechtlich die Möglichkeit zustehen, dass die Vaterschaft eingegangen und elterliche Sorge übernommen werden kann.¹⁰⁵ Dies ist allerdings einfachgesetzlich und durch die Rechtsprechung des BVerfG vorgesehen, sodass die Regelung des § 1626a Abs. 3 BGB nicht gegen Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG verstoßen dürfte.

-
- 99 Jestaedt/Reimer, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG Bd. 4, 195. Akt. Dezember 2018, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 517; vgl. ferner Brosius-Gersdorf, in: Dreier, GG Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 6 Rn. 485.
- 100 Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 18. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 115; von Achenbach, in: Dreier, GG Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 3 Abs. 2 Rn. 48.
- 101 Jestaedt/Reimer, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG Bd. 4, 195. Akt. Dezember 2018, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 517 f.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 18. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 120; Langenfeld, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 103. EL Januar 2024, Art. 3 Abs. 2 Rn. 150; vgl. dem Grunde nach im Ergebnis auch Mohr/Wallrabenstein, Elterliche Sorge als ein Sorgenkind des BVerfG, JURA 2004, 194 (195).
- 102 Jestaedt/Reimer, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG Bd. 4, 195. Akt. Dezember 2018, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 518: „relative Bedeutungslosigkeit von Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG im Hinblick auf die rechtliche Regelung des Eltern-Kind- und des Vater-Mutter-Verhältnisses“.
- 103 Lediglich zu Art. 3 Abs. 1 GG, vgl. BVerfG, Urteil vom 29.01.2003 - 1 BvL 20/99, [1 BvR 933/01](#), Rn. 89, BVerfGE 107, 150 (184); BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 - [1 BvR 420/09](#), Rn. 69, BVerfGE 127, 132 (162); bestätigend Langenfeld, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 103. EL Januar 2024, Art. 3 Abs. 2 Rn. 150; kritisch dazu allerdings Mohr/Wallrabenstein, Elterliche Sorge als ein Sorgenkind des BVerfG, JURA 2004, 194 (195 f.).
- 104 Jestaedt/Reimer, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG Bd. 4, 195. Akt. Dezember 2018, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 518.
- 105 Jestaedt/Reimer, in: Kahl/Waldhoff/Walter, BK-GG Bd. 4, 195. Akt. Dezember 2018, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 518; vgl. ferner Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 18. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 120.

4.3. Diskriminierungsverbot gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG

Nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG darf außerdem niemand unter anderem wegen seines **Geschlechtes benachteiligt oder bevorzugt werden**. Wenn eine Regelung wie § 1626a Abs. 3 BGB Mütter besser als Väter stellt, erfolgt somit ebenfalls eine Benachteiligung von Männern bzw. eine Bevorzugung von Frauen. Im Verhältnis zu dem bereits zuvor unter 4.2. erörterten Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG decken sich insoweit die Schutzgehalte hinsichtlich der Gleichberechtigung von Mann und Frau.¹⁰⁶ Es wird in Rechtsprechung und rechtswissenschaftlicher Literatur teilweise nach der Art der Ungleichbehandlung unterschieden, d.h. danach, ob die Ungleichbehandlung unmittelbar und direkt oder mittelbar und faktisch erfolgt. Bei unmittelbaren, direkten Ungleichbehandlungen sei Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG einschlägig und bei mittelbaren, faktischen Ungleichbehandlungen Art. 3 Abs. 2 GG.¹⁰⁷ Dies wird zum Teil in der rechtswissenschaftlichen Literatur wegen „unnötigen Komplizierungen“ kritisiert, mit der Folge, dass insoweit ein Vorrang des Art. 3 Abs. 2 GG anzunehmen oder jedenfalls von einem „einheitlichen Grundrecht“ auszugehen sei.¹⁰⁸ Ferner wird mit Blick auf das Verhältnis zwischen Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG von einem „identische[n], allenfalls in Nuancen verschiedene[n] Differenzierungsverbot“ gesprochen.¹⁰⁹

Im Ergebnis dürften jedoch die verfassungsrechtlichen Wertungen nicht anders als bei Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 3 Abs. 2 GG ausfallen, weil das Kindeswohl und die geschlechtsspezifische Situation der Mutter-Kind-Beziehung jedenfalls zum Zeitpunkt der Geburt die Regelung des § 1626a Abs. 3 BGB rechtfertigt. Auch ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG dürfte insoweit nicht vorliegen.

106 Langenfeld, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 103. EL Januar 2024, Art. 3 Abs. 2 Rn. 27.

107 Siehe dazu BVerfG, Urteil vom 26.05.2020 - [1 BvL 5/18](#), Rn. 68; BVerfGE 153, 358 (388): „Insbesondere Art. 3 Abs. 2 GG bietet Schutz gerade auch vor faktischen Benachteiligungen“, m.w.N.; Nußberger, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 253.

108 Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 18. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 100 m.w.N.; vgl. ferner Mohr/Wallrabenstein, Elterliche Sorge als ein Sorgenkind des BVerfG, JURA 2004, 194 (195 f.), die in diesem Zusammenhang nicht zwischen Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG unterscheiden.

109 Langenfeld, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 103. EL Januar 2024, Art. 3 Abs. 2 Rn. 16.