

## **Abweichende Meinung des Richters Bertram Schmitt**

1. Ich bin nicht in der Lage der Schlussfolgerung zuzustimmen, dass eine Verletzung des Artikels 14 in Verbindung mit Artikel 8 der Konvention vorliegt. In Anbetracht des weiten Ermessensspielraums der nationalen Behörden und im Lichte der besonderen Umstände des Falles, ist der Eingriff in das Recht des Antragstellers auf Achtung seines Familienlebens im Sinne des Artikel 8 notwendig in einer demokratischen Gesellschaft und ist eine eventuelle Ungleichbehandlung im Vergleich zur Mutter oder zu einem geschiedenen Vater gerechtfertigt für die Zwecke des Artikel 14. Dez. 2009.
2. Ich verstehe, dass der Antragsteller keine Möglichkeit hatte, das gemeinsame Sorgerecht gegen den Willen der Mutter zu erhalten und dass er kraft Gesetz keinen Anspruch auf eine gerichtliche Überprüfung hat. Aber dieses Gericht räumt den nationalen Behörden, insbesondere den Gerichten, einen weiten Ermessensspielraum ein bei Entscheidungen, die das Sorgerecht für Kinder betreffen, ganz anders als im Fall der Beschränkungen des Umgangs (siehe dazu Görgülü v. Germany, Nr. 74969/01, § 42, 26. Februar 2004, und Sommerfeld v. Germany [GC], Nr. 31871/96, § 63, ECHR 2003 – VIII). Im Gegensatz zur Mehrheit, meine ich dass im vorliegenden Fall dieser weitere Ermessensspielraum durch die gesetzlichen Regeln und die darauf basierenden Gerichtsentscheidungen nicht überschritten wurde. Die Begründung für die einschlägigen Gesetzesregelungen, besonders § 1626a Abs. 2 BGB, ist vertretbar und kann besonders im Fall des Antragstellers nicht verworfen werden. Der deutsche Gesetzgeber hat die Probleme von Vätern, die durch die privilegierte Position der Mütter entstehen, in vollem Umfang erkannt und in seine Betrachtungen einbezogen und hat sich bewusst gegen eine sogenannten „erzwungene Harmonie“ (das heißt die gemeinsame Sorge durch Gerichtsbeschluss) entschieden. Die Erläuterung im Bericht des Rechtsausschuss des deutschen Bundestags nach den Beratungen über das ergänzte Gesetz über Familiensachen macht klar, dass die Interessen des Vaters und die Probleme der vorgeschlagenen Lösung nicht nur in vollem Umfang in den Abwägungsprozess einbezogen wurden, sondern dass die rechtlichen Vorschriften auf einer eingehenden Prüfung und einer vertretbaren Begründung beruhen.
3. Die Begründung des deutschen Gesetzgebers beruht hauptsächlich auf dem Konzept der Rechtssicherheit und der Sicherung des Kindeswohls; letzteres auch ein wichtiges Prinzip in der Rechtsprechung des Gerichts (z.B. Sahin v. Germany [GC], Nr. 30943/96, §94, ECHR 2003 –VIII). Der Bundestag durfte zulässigerweise annehmen, dass eine gegen den Willen der Mutter durch gerichtliche Anordnung erzwungene gemeinsame Sorge im Fall nicht-ehelich geborene Kinder dem Kindeswohl widerspreche. Das trifft ganz besonders zu, wenn die Eltern, wie im vorliegenden Fall nicht zusammen leben. Dieser entscheidende Punkt wurde vom Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 29. Januar 2003 betont, die den rechtlichen Ansatz als verfassungsgemäß bestätigte. Wenn die Eltern während des Zusammenlebens keine gemeinsame Sorgerechterklärung abgeben (im vorliegenden Fall bis zu dem Zeitpunkt, in dem das Kind dreieinhalb Jahre alt war), ist die Annahme des Gesetzgebers erst recht gerechtfertigt, dass nach der Trennung und gerichtlichem Sorgerechtsstreit die gemeinsame Sorge per gerichtlicher Anordnung regelmäßig mehr Nachteile als Vorteile für das Kind mit sich bringt. In einem solchen Fall ist es offensichtlich, dass es keine Basis für eine Zusammenarbeit zwischen den Eltern gibt und keine Basis für eine gemeinsame Sorge zum Wohl des Kindes.

4. Dies gilt besonders, weil auch der vorliegende Fall keinen Anhaltspunkt liefert, den gesetzgeberischen Ansatz abzulehnen. Man muss bedenken, dass das Gericht – in aller Regel - nicht die abstrakte Rechtslage überprüft, sondern die Art und Weise, wie die Gesetzesregeln auf den Antragsteller unter den gegebenen konkreten Umständen angewendet werden. Insofern müssen die folgenden Tatsachen berücksichtigt werden: Bevor das Bundesverfassungsgericht über die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 1626a BGB entschied, untersuchten die nationalen Gerichte im Rahmen des Antrags des Antragstellers auf Prozesskostenhilfe für seinen Sorgerechtsantrag zusätzlich, ob die Einräumung der gemeinsamen Sorge das Wohl des Kindes beeinträchtigen würde und sie bejahten diese Frage. Das Kölner Amtsgericht bezog sich in einer Entscheidung vom 29. August 2002 auf einen „Streit zwischen den Eltern über wesentliche Fragen.“ Es stellte weiterhin explizit fest, dass die gemeinsame Sorge nicht im Interesse des Kindes sei und dass der Streit um wesentliche Fragen sogar ein Grund sei für die Entziehung der gemeinsamen Sorge. Das Kölner Berufungsgericht wurde sogar noch klarer in einer Entscheidung vom 19. Juli 2002, als es erklärte, dass der Antragsteller „unabhängig von § 1626a BGB“ keine gemeinsame Sorge erhalten könnte, weil dies nicht dem Kindeswohl diene. Im Lichte dieser Anmerkungen der nationalen Gerichte – wenngleich ausschließlich im Zusammenhang mit dem Antrag des Antragstellers auf Prozesskostenhilfe und nicht im Rahmen der Hauptsache – stimme ich nicht mit der Mehrheit überein, die das Argument der Regierung ablehnt, dass unter den Umständen des vorliegenden Falles die Anordnung gemeinsamer Sorge durch ein Gericht wahrscheinlich Konflikte zwischen den Eltern hervorrufen würde und daher dem Kindeswohl nicht entspreche. Darüber hinaus muss in diesem Zusammenhang berücksichtigt werden, dass der Antragsteller einen relativ intensiven Umgang ohne Probleme hat, namentlich rund vier Monate im Jahr, die ihm die Gelegenheit bieten eine große Rolle im Leben seiner Tochter zu spielen.
5. Des weiteren stimme ich nicht mit der Meinung der Mehrheit überein, dass das Gericht im vorliegenden Fall den weiten Ermessenspielraum der Behörden beseitigen kann mit dem Argument, die Konvention sei ein lebendes Instrument, das im Lichte der heutigen Verhältnisse interpretiert werden müsse. Wie die Mehrheit sehe ich keinen Europäischen Konsens in dieser Frage. Das Urteil zitiert zutreffend, dass nur eine begrenzte Zahl von Ländern die Frage einer fehlenden Übereinstimmung der Eltern explizit adressiert. Obwohl die Mehrheit der Mitgliedsstaaten möglicherweise eine gerichtliche Überprüfung vorsieht für den Fall eines Konflikts zwischen den Eltern, sind die gesetzlichen Regelungen und zugrundeliegenden Lösungsansätze sehr unterschiedlich im Detail und können nicht mit einander verglichen werden, wie eine Rechtsvergleichende Studie über das Sorgerecht für nicht-ehelich geborene Kinder zeigt. Wo es keinen einheitlichen Lösungsansatz gibt, muss meiner Meinung nach akzeptiert werden, dass es eine Mehrzahl von möglichen Wegen gibt den Konflikt zwischen den unterschiedlichen, betroffenen Interessen zu lösen. Des Weiteren ist der gemeinsame Ausgangspunkt der gesetzlichen Regelungen in den Mitgliedsstaaten, wie in Deutschland, das Kindeswohl. Mit Blick auf dieses gemeinsame Ziel und den fehlenden Konsens zwischen den Mitgliedsstaaten, bin ich nicht überzeugt, dass es die einzige gesetzliche Lösung sein soll, die mit der Konvention im Einklang steht, den Vater mit der Möglichkeit auszustatten die gemeinsame Sorge durch Gerichtsbeschluss gegen den Willen der Mutter zu erhalten. Abgesehen davon ist es eher im

Einklang mit früheren Entscheidungen des Gerichts, dass die Einschätzung durch das Parlament den Abwägungsprozess vorwegnehmen kann ohne für eine Möglichkeit der Interessenabwägung in jedem Einzelfall zu sorgen (siehe Evans gegen United Kingdom, no. 6339/05, § 65, 7. März 2006). Zusätzlich muss noch erwähnt werden, dass der Vorteil einer solchen Vorwegnahme ein klares Gesetz ist, das den involvierten Personen Sicherheit gewährt.

6. Unter Bezug auf das Vorgenannte, besonders das Kindeswohl, bin ich der Meinung, dass der Antragsteller auch nicht einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung unterzogen wurde. Des Weiteren ist die Situation einer Mutter und eines Vaters nicht völlig vergleichbar; die Alleinsorge der Mutter ist, zumindest anfangs, notwendig aus Gründen der Rechtssicherheit, wie die Mehrheit einräumt. Die Tatsache, dass der Vater die gemeinsame Sorge (auch) später nicht durchsetzen kann, ist aus Gründen des Kindeswohls gerechtfertigt, wie oben erwähnt, insbesondere im Fall einer Trennung, mit dem Ziel schmerzhaft Konflikte zwischen den Eltern zu vermeiden zu Lasten des Kindes. Die gesetzlichen Regelungen gehen zulässigerweise von der Idee aus, dass Eltern, die nicht in der Lage sind, sich auf die gemeinsame Sorge zu einigen, auch nicht in der Lage sind die schwierigen Probleme zu lösen, die bei gemeinsamer Sorge auftreten. Des Weiteren ist die Situation des Antragstellers nicht völlig vergleichbar der Situation von geschiedenen Vätern und unverheirateten Vätern, die die gemeinsame Sorge ausgeübt haben auf der Basis einer gemeinsamen Erklärung. Im Fall verheirateter Paare basiert die gemeinsame Sorge auf gemeinsamen Erklärungen, die sich in den Eheversprechen ausdrücken. Das Recht eines geschiedenen Vaters basiert daher auf einer Fortsetzung seiner Rechtsposition, die von zuvor durch beide Eltern geschaffen wurde. Das ist ebenso zutreffend für Eltern, die nicht miteinander verheiratet sind, wenn sie zuvor eine gemeinsame Sorgerechtserklärung abgegeben haben. Abgesehen davon ist in beiden Fällen das gemeinsame Sorgerecht an die Zustimmung der Mutter gekoppelt. Im Gegensatz hierzu durfte der Gesetzgeber zulässigerweise annehmen, dass Eltern nicht wünschen die gemeinsame Sorge auszuüben, wenn sie nicht verheiratet sind oder keine gemeinsame Erklärung abgeben.
7. Zusammenfassend denke ich, dass die Verhältnismäßigkeit gewahrt ist zwischen dem Ausschluss der gerichtlichen Überprüfungsmöglichkeit der anfänglichen Sorgerechtsgewährung zugunsten der Mutter und dem verfolgten Ziel, nämlich dem Schutz des Wohlergehens des Kindes. Das ist ganz besonders zutreffend im vorliegenden Fall, in dem die deutschen Gerichte, die die oben erwähnten Entscheidungen getroffen haben, bestimmten, dass die gemeinsame Sorge gegen das Interesse des Kindes sei und auf dieser Basis sogar entzogen werden müsste, wenn sie zuvor gewährt worden wäre. Das unterstreicht die Gültigkeit des Arguments des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung vom 29.1.2003, einen anderen Fall betreffend, in der es entschied, dass das anwendbare Recht, insbesondere § 1626a BGB das Recht des Vaters auf Achtung seines Familienlebens nicht verletzt indem es keine gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit vorsieht, weil im Fall eines schwerwiegenden Streits zwischen den Eltern nicht erwartet werden könne, dass die Gerichte die gemeinsame Sorge als mit dem Kindeswohl vereinbar ansehen würden. Am Ende bedeutet die Entscheidung der Mehrheit in diesem Fall, dass der nationale Gesetzgeber kaum ein Ermessensspielraum verbleibt in Bezug auf die Details der Regelung der elterlichen Sorge für nicht-ehelich geborene Kinder. Ich halte dies für eine zu weitreichende Folge des Urteils und hätte

einen vorsichtigeren Lösungsansatz vorgezogen auf diesem schwierigen Gebiet. Aus den vorgenannten Gründen habe ich daher gegen die Feststellung einer Verletzung von Artikel 14 in Verbindung mit Artikel 8 gestimmt.