



SORGERECHTS- ENTZUG BEI LESBISCHEN UND BISEXUELLEN MÜTTERN

Juristische Expertise zur
Verantwortung des Bundes



Veröffentlichungen des
Fachbereichs für die Belange von
Lesben, Schwulen, Bisexuellen,
trans- und intergeschlechtlichen
Menschen (LSBTI)

SORGERECHTSENTZUG BEI LESBISCHEN UND BISEXUELLEN MÜTTERN

Juristische Expertise zur Verantwortung des Bundes

VON DR. SUSANNA ROßBACH

Veröffentlichungen des Fachbereichs für die
Belange von Lesben, Schwulen, Bisexuellen, trans-
und intergeschlechtlichen Menschen (LSBTI)

Erstellt im Auftrag der Senatsverwaltung für Arbeit,
Soziales, Gleichstellung, Integration, Vielfalt und Antidis-
kriminierung, Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen
Diskriminierung (Landesantidiskriminierungsstelle – LADS),
Fachbereich für die Belange von Lesben, Schwulen,
bisexuellen, trans- und intergeschlechtlichen
Menschen (LSBTI)

ANMERKUNG ZUR SCHREIBWEISE IN DIESER PUBLIKATION

In dieser Veröffentlichung wird zur Anwendung einer ge-
schlechterinklusive Sprache der Asterisk eingesetzt. Der
Asterisk weist darauf hin, dass es neben der männlichen
und der weiblichen Geschlechtsidentität viele weitere
mögliche Geschlechtsidentitäten gibt. Die Abbildung die-
ser Vielfalt in der Schriftsprache ist Bestandteil der heutigen
wissenschaftlichen Fachdiskussion.

INHALT

A. Einleitung	4
I. Leitfragen der Expertise	5
II. Gang der Untersuchung	7
B. Familienrechtliche Grundlagen	9
I. Bis zu den Reformen des Ehe- und Familienrechts der 1970er-Jahre.....	10
II. Ab den Reformen des Ehe- und Familienrechts der 1970er-Jahre.....	12
III. Zusammenfassung	17
C. Sorgerechtszuweisungen als Verletzung von Menschenrechten	18
I. Sorgerechtsentzüge als Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention.....	19
II. Sorgerechtszuweisungen als Verletzung des deutschen Grundgesetzes	24
III. Zusammenfassung	29
D. Verantwortung der Bundesrepublik Deutschland für die Aufarbeitung historischen Unrechts	30
I. Verfassungsrechtliche Verantwortung	31
II. Zusammenfassung	32
E. Maßnahmen zur Anerkennung und Wiedergutmachung.....	33
I. Rechtliche Maßnahmen zur Anerkennung und Wiedergutmachung de lege lata	34
II. Rechtliche Maßnahmen zur Anerkennung und Wiedergutmachung de lege ferenda.....	37
III. Politische Maßnahmen zur Anerkennung und Wiedergutmachung.....	40
IV. Zusammenfassung	42
F. Möglichkeiten der Entschädigung	43
I. Möglichkeiten der Entschädigung de lege lata.....	44
II. Möglichkeiten der Entschädigung de lege ferenda.....	48
III. Zusammenfassung	50
G. Wesentliche Ergebnisse und Handlungs-möglichkeiten	51
H. Zusammenfassung	53

A.

Einleitung

„Das möchte ich auch betonen: Es kann noch so lange die Zeit vergangen sein, es ist immer eine Wunde, eine Kränkung, eine Verletzung, die bleibt. Vom Gesetzgeber, vom „Vater Staat“ gemacht. Entsetzlich. Also das muss man wirklich nochmal betonen, dass das ewig und immer bleibt, diese Kränkung, diese Herabwürdigung. [...] Es war gut, alles noch mal durchzugehen. Auch mit dieser Verwendung der Aufarbeitung. Und eine Wiedergutmachung - wäre angebracht.“¹

So äußert sich eine Mutter in einem von der Historikerin Kirsten Plötz geführten Interview im Rahmen des Forschungsberichts „... In ständiger Angst ...“, der sich mit den rechtlichen Folgen einer Scheidung für Mütter mit lesbischen Beziehungen befasst.² Die interviewte Mutter berichtet zuvor, wie sie nach der Trennung von ihrem Ehemann das Sorgerecht für ihren Sohn verloren hat. Im gerichtlichen Verfahren spielte eine wesentliche Rolle, dass sie sich in eine andere Frau verliebt hatte. Der Forschungsbericht sammelt zahlreiche ähnliche Schilderungen. Gemein ist den vielen Interviews, dass die interviewten Mütter eine Entschuldigung oder ähnliche Handlungen der Politik für das Unrecht, das ihnen widerfahren ist, erwarten.³

Die Forschung zu Sorgerechtsentzügen bei lesbischen und bisexuellen Müttern steht insgesamt noch an ihrem Anfang. Die bisherigen Ergebnisse zeigen jedoch bereits, dass lesbische und bisexuelle Mütter häufig mit dem Verlust des Sorgerechts für ihre Kinder rechnen mussten, wenn sie nach einer Scheidung in einer Beziehung mit einer Frau lebten. Diese Diskriminierung basierte primär auf gesellschaftlichen Normalitätsvorstellungen und Vorbehalten gegenüber gleichgeschlechtlichen Beziehungen, die die Familiengerichte und Gutachter*innen teilten. Aus der Perspektive von Betroffenen besteht – das machen die soeben erwähnten Stimmen deutlich – ein Bedürfnis nach Aufarbeitung, Anerkennung und Entschädigung.

I. Leitfragen der Expertise

Vor diesem Hintergrund beschäftigt sich die vorliegende juristische Expertise damit, welche Verantwortung den Bund bei der Aufarbeitung von Sorgerechtsentzügen aufgrund der sexuellen Orientierung der Mutter trifft und welche Handlungsmöglichkeiten insofern bestehen.

Der Expertise liegen Leitfragen zu den vier Themenkomplexen (1) Rechtliche Verantwortung des Bundes, (2) Vergleich mit anderen historischen Aufarbeitungen, (3) Maßnahmen zur Anerkennung und Wiedergutmachung und (4) Möglichkeiten der Entschädigung zugrunde.

1 Plötz, „... In ständiger Angst ...“, 2021, 78.

2 Plötz, „... In ständiger Angst ...“, 2021.

3 Plötz, „... In ständiger Angst ...“, 2021, 172, 187.

Der Themenkomplex „rechtliche Verantwortung des Bundes“ dreht sich dabei um folgende Leitfragen:

- a) Inwiefern stellt der Entzug des Sorgerechts von lesbischen und bisexuellen Müttern in der BRD zwischen 1946 und 2000 ein Unrecht bzw. ein Verstoß gegen Grund- und Menschenrechte dar?
- b) In welchen rechtlichen Normen und Grundsätzen (z. B. Grundgesetz, Menschenrechtskonventionen) ist die Verantwortung des Bundes für vergangenes Unrecht verankert?
- c) Welche rechtlichen Normen oder Grundrechte wurden verletzt, wenn Müttern aufgrund ihrer gleichgeschlechtlichen Lebensweise das Sorgerecht für ihre Kinder entzogen wurde?
- d) Welche (verfassungs)rechtlichen Verpflichtungen hat der Staat zur Aufarbeitung von historischem Unrecht?
- e) Wie wird in Deutschland historisches Unrecht juristisch anerkannt und welche Mechanismen zur Rehabilitierung und Entschädigung sind rechtlich vorgesehen oder möglich?
- f) Inwieweit könnte das Prinzip der Amtshaftung oder Staatshaftung herangezogen werden, um Verantwortung für die damals getroffenen gerichtlichen Entscheidungen zu übernehmen?

Der Themenkomplex „Vergleich mit anderen historischen Aufarbeitungen“ behandelt die folgenden Leitfragen:

- a) Welche Lehren lassen sich aus der Aufarbeitung der strafrechtlichen Verfolgung schwuler und queerer Männer* (§ 175 StGB) oder vergleichbarer historischer Kontexte ziehen?
- b) Welche Maßnahmen zur Anerkennung und Entschädigung wurden vom Staat in diesen Fällen ergriffen?

Dem Themenkomplex „Maßnahmen zur Anerkennung und Wiedergutmachung“ liegen die folgenden Leitfragen zugrunde:

- a) Welche rechtlichen und politischen bzw. parlamentarischen Möglichkeiten zur offiziellen Anerkennung des erlittenen Unrechts bestehen?
- b) Inwieweit könnten frühere Rechtsakte symbolisch aufgehoben oder für unrechtmäßig erklärt werden, ähnlich wie bei der strafrechtlichen Verfolgung nach § 175 StGB?
- c) Gibt es juristische Präzedenzfälle für die Wiedergutmachung von Unrecht, das auf diskriminierender Rechtsprechung oder diskriminierendem Verwaltungshandeln beruhte? Wenn ja, welche?

Zum Themenkomplex „Möglichkeiten der Entschädigung“ sollen schließlich die folgenden Leitfragen beantwortet werden:

- a) Welche Möglichkeiten der Entschädigung für das vergangene Unrecht gibt es?
- b) Welche Formen der Entschädigung sind im Falle des Entzuges des Sorgerechts von lesbischen und bisexuellen Müttern rechtlich und politisch umsetzbar?
- c) Wer können die Anspruchsinhaber*innen sein (Mütter, Kinder, andere wie Institutionen)?
- d) Welche rechtlichen Voraussetzungen müssten für eine Individual- oder Kollektiventschädigung erfüllt sein?
- e) Welche Formen von Kollektiventschädigungen oder Modelle für Unterstützungsleistungen für die betroffene Community sind denkbar, insbesondere angesichts der Schwierigkeiten individueller Entschädigungsleistungen?

Am Beginn des jeweiligen Abschnitts wird in einer Fußnote klargestellt, auf welche Leitfragen der jeweilige Abschnitt antwortet.

Gleichzeitig geben die Leitfragen auch die inhaltliche Grenze der Expertise vor: Die Rechtslage vor 1946 und nach 2000 wird ebenso wenig behandelt wie die Frage von Sorgerechtsentzügen in der Deutschen Demokratischen Republik.

II. Gang der Untersuchung

Die folgende Untersuchung gliedert sich in sechs Hauptteile. Zunächst werden unter B. die familienrechtlichen Grundlagen dargestellt, die bestimmen, nach welchen rechtlichen Kriterien einem Elternteil das Sorgerecht zugewiesen wurde. Dabei wird zwischen der Rechtslage vor und nach der Reform des Ehe- und Familienrechts 1976 differenziert, da diese Zäsur für die rechtliche und tatsächliche Situation lesbischer und bisexueller Mütter von zentraler Bedeutung ist. Der Abschnitt arbeitet heraus, inwiefern die familienrechtlichen Grundlagen zu spezifischen Risiken für lesbische und bisexuelle Frauen führten. Zugleich werden die damit verbundenen Herausforderungen für eine staatliche Aufarbeitung herausgestellt.

Im Anschluss wird unter C. untersucht, inwiefern Sorgerechtsentzüge, die mit der sexuellen Orientierung der Mutter begründet wurden, als Verletzung von Grund- und Menschenrechten nach der Europäischen Menschenrechtskonvention und nach dem deutschen Grundgesetz (GG) zu qualifizieren sind.

Der folgende Teil D. widmet sich der verfassungsrechtlichen und politischen Verantwortung der

Bundesrepublik Deutschland, historisches Unrecht im Zusammenhang mit Sorgerechtsentzügen gegenüber lesbischen und bisexuellen Müttern anzuerkennen und aufzuarbeiten.

Sodann werden unter E. rechtliche und politische Maßnahmen zur Anerkennung und Wiedergutmachung untersucht. Zunächst werden die im geltenden Recht bestehenden Möglichkeiten analysiert, insbesondere die Abänderungsmöglichkeiten familiengerichtlicher Entscheidungen und die Anwendbarkeit bestehender Rehabilitierungsgesetze. Anschließend wird dargestellt, in welcher Form der Gesetzgeber de lege ferenda Instrumente schaffen könnte, die eine Anerkennung und Wiedergutmachung ermöglichen. Als Vergleichsfolie dient insbesondere die gesetzliche Rehabilitierung nach dem Gesetz zur strafrechtlichen Rehabilitierung der wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilten Personen.

Unter F. wird schließlich untersucht, inwiefern neben Maßnahmen zur Anerkennung und Wiedergutmachung auch finanzielle Entschädigungsmöglichkeiten in Betracht kommen. Einen Schwerpunkt bildet hier die Prüfung, ob Sorgerechtszuweisungen, die mit der geschlechtlichen Orientierung der Mutter begründet wurden, auf individueller Ebene einen Amtshaftungsanspruch nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) auslösen können. Im Anschluss wird die Möglichkeit der Einführung von Entschädigungsansprüchen de lege ferenda erörtert.

Vor dem Hintergrund der gefundenen Ergebnisse schließt die Untersuchung unter G. mit den wesentlichen Ergebnissen und Handlungsmöglichkeiten. Unter H. findet sich abschließend eine Zusammenfassung.

B.

Familien-
rechtliche
Grundlagen

Unter welchen Voraussetzungen einem Elternteil das Sorgerecht entzogen werden kann, ist eine Frage des Familienrechts, das heute vollständig im 4. Buch des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 1297-1921 BGB) geregelt ist. Seit Inkrafttreten des BGB am 1.1.1900 wurden die familienrechtlichen Vorschriften mehrmals umfassend reformiert, über mehrere Jahrzehnte waren sie teilweise auch aus dem BGB in ein gesondertes Ehegesetz ausgelagert. Diese Reformen wurden an anderen Stellen schon ausführlich aufbereitet.⁴ Im Folgenden sollen die Voraussetzungen des Familienrechts daher nur überblicksartig dargestellt werden, sofern sie für die der Expertise zugrundeliegenden Fragen relevant sind. Insbesondere wird dabei nur auf die Rechtslage nach Gründung der Bundesrepublik eingegangen. Im Hinblick auf die in dieser Expertise relevanten Fragen muss insbesondere zwischen der Rechtslage vor und nach der Reform des Ehe- und Familienrechts im Jahr 1976 unterschieden werden.

I. Bis zu den Reformen des Ehe- und Familienrechts der 1970er-Jahre

Im Folgenden soll es also zunächst unter 1. um die Rechtslage bis zu den verschiedenen Reformen des Ehe- und Familienrechts in den 1970er-Jahren gehen, bevor unter 2. auf die (vermuteten) Auswirkungen auf lesbische und bisexuelle Frauen und unter 3. auf die Herausforderungen für eine staatliche Aufarbeitung eingegangen wird.

1. Rechtslage

Wesentlicher Grundsatz des Scheidungsrechts war seit Inkrafttreten des BGB am 1.1.1900, dass eine Ehe lebenslang geschlossen wurde und nur unter bestimmten Voraussetzungen geschieden werden durfte. In diesem Sinne enthielt auch das vom Kontrollrat im Jahr 1946 erlassene Gesetz Nr. 16 (EheG)⁵ in § 42 ff. EheG das Prinzip der Scheidung wegen Verschuldens. Dies bedeutete, dass eine Ehe grundsätzlich nur geschieden werden konnte, wenn eine (schuldhafte) Eheverfehlung vorlag.⁶ Begehren konnte die Scheidung nur der*die andere schuldlose Ehegatt*in. Das Verschulden war sodann im Scheidungsurteil festzustellen (§ 52 Abs. 1 EheG) und hatte Auswirkungen auf den geführten Ehenamen, auf Unterhaltsansprüche und auch auf die Sorge für gemeinsame Kinder. Nach § 74 Abs. 4 EheG sollte einem Ehegatten, der allein oder überwiegend für schuldig erklärt worden war, die Sorge nur übertragen werden, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes oder der Kinder diene.

Zwar sah das Ehegesetz von 1946 zunächst auch eine Scheidung wegen Zerrüttung vor, wenn „die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit drei Jahren aufgehoben und infolge einer tiefgreifen-

4 Ausführlich insbesondere Plötz, „... In ständiger Angst ...“, 2021, 20 ff.; allgemein auch Roßbach, Das personenstandsrechtliche Geschlecht, 2025, 229 ff.

5 Kontrollratsgesetz Nr. 16 (Ehegesetz) vom 20.2.1946, BGBl. III 404-1.

6 Weitere Gründe waren in §§ 44 ff. EheG vorgesehen.

den, unheilbaren Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten“ war (§ 48 Abs. 1 EheG). Seit dem Familienrechtsänderungsgesetz⁷ von 1961 war dafür aber wiederum Voraussetzung, dass der schuldlose Ehegatte der Scheidung wegen Zerrüttung nicht widersprach. Die Ehe durfte bei einem Widerspruch gegen die Scheidung wegen Zerrüttung nur geschieden werden, wenn dem „widersprechenden Ehegatten die Bindung an die Ehe und eine zumutbare Bereitschaft fehl[t]en, die Ehe fortzusetzen“ (§ 48 Abs. 2 EheG). Im Ergebnis war eine Scheidung wegen Zerrüttung gegen den Willen des Ehegatten damit nahezu nicht mehr durchsetzbar.

2. (Vermutete) Auswirkungen für lesbische und bisexuelle Frauen

Nicht nur für lesbische und bisexuelle, sondern für alle Frauen, war es zu diesem Zeitpunkt daher nur sehr schwierig möglich, sich aus einer Ehe zu lösen. Denn wesentliche Folge des restriktiven Scheidungsrechts war eine starke persönlich und wirtschaftliche Abhängigkeit der Ehefrauen, die häufig selbst nicht erwerbstätig waren, von ihren Ehegatten.⁸ Eine Scheidung war für viele Ehefrauen schon deswegen keine realistische Möglichkeit, da sie ihren Lebensunterhalt nicht selbst bestreiten konnten. Neben diesen eher praktischen Hindernissen verhinderten die Regelungen des Scheidungsrechts wie geschildert auch ganz konkret, dass eine Ehe gegen den Willen des anderen Ehegatten geschieden werden konnte. Ging man etwa davon aus, dass sich eine lesbische oder bisexuelle Frau aus einer Ehe lösen wollte, um mit einer neuen Partnerin zu leben, konnte die neue Beziehung als schuldhafte Eheverfehlung gewertet werden. In dieser Situation hätte dann nur ihr „schuldloser“ Ehemann die Scheidung beantragen können, § 43 EheG. Auch eine Scheidung wegen Zerrüttung konnte wie beschrieben gegen den Willen des anderen Ehegatten nicht durchgesetzt werden (vgl. § 48 Abs. 2 EheG).

Es kann daher vermutet werden, dass sich viele – lesbische und bisexuelle, aber auch in ihren Ehen unglückliche heterosexuelle – Frauen schon gar nicht getrennt haben, weil das Scheidungsrecht sie konkret oder abstrakt daran hinderte. Die patriarchale Unterdrückung, die sich unter anderem im Ehe- und Scheidungsrecht materialisierte, führte vielmehr dazu, dass diese Frauen in ihren Ehen verharren.

3. Herausforderungen für staatliche Aufarbeitung

Die beschriebene wirtschaftliche Abhängigkeit der Ehefrauen und ihre Alternativlosigkeit zum Verharren in ihren Ehen ist aus heutiger (Gleichstellungs-)Perspektive zweifelsohne zu verurteilen. Für eine staatliche Aufarbeitung fehlt es in diesen Fällen jedoch an konkreten Anknüpfungspunkten auf der individuellen Ebene. Dies gilt insbesondere für die im Rahmen der Expertise in Rede stehende

⁷ Gesetz zur Vereinheitlichung und Änderung familienrechtlicher Vorschriften vom 11.8.1961, BGBl. I, 1221.

⁸ Ausführlich Plötz, „... In ständiger Angst ...“, 2021, 23.

Frage der Sorgerechtsentzüge aufgrund der sexuellen Orientierung der Mütter. Da die patriarchalen Zwänge abstrakt oder konkret verhinderten, dass es zu Scheidungen kam, entstand schon die Situation einer Sorgerechtszuweisung häufig nicht. Die Wirkmächtigkeit patriarchaler (und heteronormativer) Zwänge schmälerte dies im Ergebnis freilich nicht.

Auch in den (wenigen) Fällen, in denen Ehen geschieden wurden, fehlt es in Scheidungsurteilen oft an ausdrücklichen Angaben, die auf die sexuelle Orientierung der Mutter und ihre Bedeutung für Sorgerechtszuweisungen hindeuten, etwa weil das zu scheidende Ehepaar dies in Absprache nicht offenlegte.⁹ Plötz folgert, dass das Fehlen solcher Angaben in Scheidungsurteilen nicht notwendigerweise bedeute, dass keine Scheidung wegen einer gleichgeschlechtlichen Beziehung der Ehefrau erfolgt sei. Vielmehr sei es angesichts des damals vorherrschenden gesellschaftlichen Klimas bezüglich Homosexualität nicht unwahrscheinlich, dass Eheleute sich in solchen Fällen geeinigt hätten, vor Gericht andere Gründe anzugeben.¹⁰ Auch in diesen Fällen erscheint es daher nur schwer möglich, konkrete Anknüpfungspunkte für eine staatliche Aufarbeitung zu finden.

II. Ab den Reformen des Ehe- und Familienrechts der 1970er-Jahre

Einen grundlegenden Wandel der familienrechtlichen Situation brachten die Reform des Ehe- und Familienrechts ab Mitte der 1970er-Jahre, die unter 1. geschildert werden. Die veränderte Rechtslage hatte spezifische Auswirkungen auf lesbische und bisexuelle Frauen (dazu 2.), bringt aber wiederum auch Herausforderungen für eine staatliche Aufarbeitung mit sich (dazu 3.).

1. Rechtslage

a) Erstes Ehereformgesetz

Mit dem Ersten Ehereformgesetz,¹¹ das zum 1.7.1977 in Kraft trat, wurde das Scheidungsrecht neu geregelt. Es galt fortan nicht mehr das Schuldprinzip, sondern – und das bis heute – allein das Zerrüttungsprinzip. Eine Ehe kann danach unabhängig von der Feststellung der Schuld geschieden werden, wenn die Ehe gescheitert ist (§ 1565 Abs. 1 Satz 1 BGB). Auch ein Anspruch auf Unterhalt bestand fortan unabhängig von der Schuld eines Ehegatten. Neben diesen materiellen Neuerungen änderte sich das Verfahren wesentlich: Die Einführung der Familiengerichte als neue Instanz bündelte erstmals die Zuständigkeit für familienrechtliche Fragen

9 Plötz, „... In ständiger Angst ...“, 2021, 51.

10 Plötz, „... In ständiger Angst ...“, 2021, 51.

11 Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14.6.1976, BGBl. I, S. 1421.

und hob die vorherige Zersplitterung auf verschiedene Gerichte auf. Anstelle der Vormundschaftsgerichte entschieden die neu eingeführten Familiengerichte nun über die Zuweisung der elterlichen Gewalt.¹²

Materiell war diese Frage im neu gefassten § 1671 BGB geregelt. Dort hieß es:

„(1) Wird die Ehe der Eltern geschieden, so bestimmt das Familiengericht, welchem Elternteil die elterliche Gewalt über ein gemeinschaftliches Kind zustehen soll. Es trifft die Regelung, die unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse dem Wohle des Kindes am besten entspricht.

(2) Von einem gemeinsamen Vorschlag der Eltern soll das Familiengericht nur abweichen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist.

(3) Haben die Eltern keinen Vorschlag gemacht oder billigt das Familiengericht ihren Vorschlag nicht, so trifft es die Regelung, die unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse dem Wohle des Kindes am besten entspricht.

(4) Die elterliche Gewalt soll in der Regel einem Elternteil allein übertragen werden. Erfordert es das Wohl des Kindes, so kann einem Elternteil die Sorge für die Person, dem anderen die Sorge für das Vermögen des Kindes übertragen werden.

[...]“

Das Kriterium des Kindeswohls war in der Zuweisungsregelung des § 1671 BGB mithin bereits zentral. Die Norm stellte dabei darauf ab, dass das Gericht die Regelung zu treffen hatte, die dem Kindeswohl „unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse“ (§ 1671 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 BGB) am besten entsprach.

Notwendig geworden war die Norm, da nach Wegfall des Verschuldensgrundsatzes die Zuordnung der elterlichen Sorge nicht mehr allein mit der Schuld eines Elternteils an der Scheidung begründet werden konnte. Die in § 1671 Abs. 1 bis 3 BGB sehr offen als unbestimmte Rechtsbegriffe formulierten Kriterien erlaubten es Gerichten, die Einzelfallumstände umfassend zu berücksichtigen, was es zwar einerseits erlaubte, eine individuell angemessene Zuordnungsentscheidung zu treffen. Gleichzeitig ermöglichte § 1671 BGB aber auch eine Feststellung der Schuld „durch die Hintertür“ durch Familiengerichte, denen der Abschied vom Verschuldensgrundsatz noch schwerfiel.¹³

12 So die zu diesem Zeitpunkt noch geltende Terminologie. Zur Einführung der Familiengerichte BT-Drucks. 7/650, S. 78 ff.

13 Plötz, „... In ständiger Angst ...“, 2021, 86 f.

Gesetzgeberisch war die Norm aber ohnehin lediglich als Übergangsvorschrift bis zum Abschluss der Beratungen über das Sorgerechtsreformgesetz vorgesehen.¹⁴

b) Sorgerechtsreformgesetz

Dieses Sorgerechtsreformgesetz¹⁵ trat (erst) zum 1.1.1980 in Kraft. Zielsetzung des Sorgerechtsreformgesetzes war es, die geltende Ordnung der Eltern-Kind-Beziehungen, die bis zu diesem Zeitpunkt im Wesentlichen noch der Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuch aus dem Ende des 19. Jahrhunderts entsprach, an moderne Wertvorstellungen und insbesondere an das Grundgesetz anzupassen: Das in Art. 6 Abs. 2 GG vorgesehene Elternrecht wurde – wie es in der Gesetzesbegründung ausdrücklich heißt – nun als „Sorge- und Erziehungsrecht, nicht aber [als] ein Herrschaftsrecht“ verstanden.¹⁶ Eine sehr prominente Reform des Sorgerechtsreformgesetzes war dementsprechend der Austausch des Begriffs der „elterlichen Gewalt“ gegen den Begriff der „elterlichen Sorge“.¹⁷ Auch inhaltlich wurden nun etwa mehr Beteiligungs- und Anhörungsrechte des Kindes vorgesehen.

Auch die Sorgerechtszuweisung nach einer Scheidung der Eltern wurde erneut neu geregelt. § 1671 BGB war nunmehr wie folgt gefasst:

- „(1) Wird die Ehe der Eltern geschieden, so bestimmt das Familiengericht, welchem Elternteil die elterliche Sorge für ein gemeinschaftliches Kind zustehen soll.
- (2) Das Gericht trifft die Regelung, die dem Wohle des Kindes am besten entspricht; hierbei sind die Bindungen des Kindes, insbesondere an seine Eltern und Geschwister zu berücksichtigen.
- (3) Von einem übereinstimmenden Vorschlag der Eltern soll das Gericht nur abweichen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist. Macht ein Kind, welches das vierzehnte Lebensjahr vollendet hat, einen abweichenden Vorschlag, so entscheidet das Gericht nach Absatz 2.
- (4) Die elterliche Sorge ist einem Elternteil allein zu übertragen. Erfordern es die Vermögensinteressen des Kindes, so kann die Vermögenssorge ganz oder teilweise dem anderen Elternteil übertragen werden.
- [...]“

¹⁴ BT-Drucks. 7/650, S. 273.

¹⁵ Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge vom 18.7.1979, BGBl. I, S. 1061.

¹⁶ BT-Drucks. 8/111, S. 13.

¹⁷ BT-Drucks. 8/111, S. 13.

Die Neufassung von § 1671 BGB stellte mithin noch stärker als zuvor das Kindeswohl in den Mittelpunkt der gerichtlichen Entscheidung. Die Formulierung, was unter dem Wohl des Kindes zu verstehen war, wurde insofern abgeändert, als dass nun insbesondere psychische Faktoren, nämlich die Bindungen des Kindes zu seinen Eltern und Geschwistern zu berücksichtigen sein sollten. Im Vergleich zur zuvor geforderten „Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse“ traf das Gesetz also schon eine Aussage darüber, welche Umstände für eine Sorgeentscheidung besondere Bedeutung haben sollten. Gleichzeitig macht die Formulierung „insbesondere“ (§ 1671 Abs. 2 Hs. 2 BGB) aber deutlich, dass dies nicht abschließend zu verstehen war. Das Kindeswohl war nach wie vor als unbestimmter Rechtsbegriff konzipiert, den die Gerichte selbst oder durch Sachverständige füllen mussten. Was im Wohl des Kindes lag, musste also auch weiterhin durch die Familiengerichte ermittelt werden. Wie dargestellt ermöglichte dies zwar einerseits, die Umstände des Einzelfalls bei der Sorgerechtszuweisung zu berücksichtigen, andererseits fanden so gesellschaftliche Normalitätsvorstellungen von Familie, die bei den Sachverständigen oder beim Gericht vorherrschten, Eingang in familiengerichtliche Entscheidungen. So konnte etwa die traditionelle Vorstellung, dass Familien aus Vater, Mutter und Kind bestehen (müssen), die Argumentation stützen, dass es eher dem Wohl des Kindes entspricht, bei seinem Vater - und möglicherweise dessen neuer Partnerin - zu leben als bei seiner Mutter, die eine gleichgeschlechtliche Beziehung führt.

Eine wesentliche Neuerung war auch, dass § 1671 BGB in Absatz 4 nun ausschließlich eine Alleinübertragung der elterlichen Sorge festschrieb. Zuvor war dies zwar auch als Regelfall vorgesehen gewesen, von dem aber noch abgewichen werden konnte. Dies war nach der Neufassung von § 1671 Abs. 4 BGB nicht mehr möglich.

2. (Vermutete) Auswirkungen auf lesbische und bisexuelle Frauen

Die Reformen des Ehe- und Familienrechts ab Mitte der 1970er-Jahre brachten für alle Familien in Deutschland rechtlich große Veränderungen und insbesondere einen Zugewinn an Freiheit und Unabhängigkeit für Frauen. Dies gilt auch für lesbische und bisexuelle Frauen, die mit einer neuen Partnerin leben wollten.

So wurde ihnen zwar durch die Reform des Eherechts überhaupt erstmals die Möglichkeit gegeben, sich gegen den Willen ihres Ehemannes scheiden zu lassen. Plötzlich vermutet vor diesem Hintergrund, dass nunmehr viele Frauen, die bis dahin notgedrungen in einer Ehe verblieben waren, aber eigentlich mit einer Frau leben wollten, eine Scheidung beantragten.¹⁸ Empirische Erhebungen zu dieser Frage gibt es allerdings nicht.

Der Wegfall des Verschuldensgrundsatzes und die Neuregelung der Zuweisung der elterlichen Sorge sorgte allerdings gleichzeitig für ein neues Risiko. Die Sorgerechtszuweisung musste nunmehr in jedem Fall individuell getroffen werden, wobei das Kindeswohl als unbestimmter Rechts-

18 Plötz, „... In ständiger Angst ...“, 2021, 86.

begriff im Mittelpunkt der gerichtlichen Entscheidung stehen sollte. Das Fehlen klarer Kriterien für die Sorgerechtszuweisung und der Ausformung des Kindeswohlbegriffs führte zwar zum einen dazu, dass bei Sorgerechtszuweisungen die Umstände des Einzelfalls Berücksichtigung fanden und im besten Fall eine für alle Familienmitglieder angemessene Entscheidung getroffen werden konnte. Gleichzeitig ermöglichte es der offene Rechtsbegriff des Kindeswohls aber auch, dass Normalitätsvorstellungen von Familie (etwa als Einheit aus Vater, Mutter und Kind) in Sorgerechtszuweisungen durchschlagen konnten. Wie Plötz herausgearbeitet hat, konnte so im Ergebnis Heterosexualität als Kindeswohlkriterium Berücksichtigung finden.¹⁹

3. Herausforderungen für staatliche Aufarbeitung

In einigen dokumentierten oder veröffentlichten Entscheidungen über die Zuweisung des Sorgerechts wird die sexuelle Orientierung der Mutter als Kindeswohlkriterium ausdrücklich genannt. Diese Fälle sind einer staatlichen Aufarbeitung vergleichsweise leicht zugänglich. Eine allgemeine Herausforderung staatlicher Aufarbeitung dieser Entscheidungen liegt aber darin, dass familiengerichtliche Sorgeentscheidungen nur selten veröffentlicht werden und – je nach Zeitpunkt der Entscheidung – die Akten im Gericht nicht mehr vorhanden sein werden.²⁰

Allerdings birgt der unbestimmte Rechtsbegriff des Kindeswohls auch das Potential dafür, dass die sexuelle Orientierung der Mutter in der Entscheidung über das Sorgerecht eine Rolle gespielt hat, ohne dass dies in der Entscheidung ausdrücklich benannt, sondern durch Umschreibungen („Lebensumstände“ etc.) verklausuliert wird. Die vorherrschenden heteronormativen Normalitätsvorstellungen des Gerichts oder von gerichtlichen Sachverständigen könnten also durchaus auch Eingang in Entscheidungen gefunden haben, in denen dies nicht mehr nachvollzogen werden kann. Den Nachweis dafür zu führen, dass die Entscheidung (unausgesprochen) auf der sexuellen Orientierung oder neuen gleichgeschlechtlichen Partnerschaft der Mutter beruhte, wird dann im Einzelfall nur sehr schwer möglich sein.

Auch in Entscheidungen, in denen entsprechende Erwägungen offengelegt werden, kann sich die Frage stellen, ob die Entscheidung über die Sorgerechtszuweisung (ausschließlich) auf ihnen beruht. Insofern liegt eine Herausforderung für die staatliche Aufarbeitung in der Kausalität zwischen der sexuellen Orientierung oder neuen gleichgeschlechtlichen Partnerschaft der Mutter und der gerichtlichen Entscheidung über die elterliche Sorge. Zumindest denkbar sind auch Fälle, in denen das Gericht zwar mit der sexuellen Orientierung der Mutter argumentiert hat, die Zuweisung der elterlichen Sorge zum Vater dem Kindeswohl aber auch unabhängig davon i.S.v. § 1671 Abs. 1 BGB am besten entsprach, etwa weil eine sehr gute Bindung zum Vater bestand oder die Geschwister

19 Plötz, „... In ständiger Angst ...“, 2021, 90 ff.

20 In Kindschaftssachen besteht eine Aufbewahrungs- und Speicherungsfrist bis zum Ablauf des Jahres, in dem die ehemals minderjährige Person das 30. Lebensjahr vollendet hat oder vollendet hätte, § 6 JAKtAV.

im Haushalt des Vaters lebten. Dieser Kausalitätszusammenhang ist eine wesentliche Herausforderung für die staatliche Aufarbeitung.

III. Zusammenfassung

Insgesamt zeigt sich, dass sowohl das vor 1976 geltende Verschuldensprinzip als auch das ab Mitte der 1970er-Jahre eingeführte moderne Sorge- und Scheidungsrecht für lesbische und bisexuelle Mütter spezifische Risiken bargen. Während das frühe Scheidungsrecht Frauen strukturell an einer Trennung hinderte und damit oftmals verhinderte, dass Sorgerechtsfragen überhaupt gerichtlich relevant wurden, führte die spätere Orientierung am unbestimmten Kindeswohlbegriff zu neuen Unsicherheiten. Die größere Entscheidungsfreiheit der Gerichte eröffnete nicht nur die Möglichkeit einer am Einzelfall orientierten Zuweisung, sondern zugleich die Gefahr, dass heteronormative Vorstellungen von Familie – explizit oder implizit – in Sorgeentscheidungen einfließen. Für eine staatliche Aufarbeitung ergibt sich daraus eine doppelte Herausforderung: Zum einen fehlen vielfach dokumentierte oder eindeutige Anhaltspunkte für die Rolle der sexuellen Orientierung der Mutter, zum anderen ist der Kausalzusammenhang zwischen einer etwaigen Berücksichtigung der sexuellen Orientierung und der konkreten Sorgerechtszuweisung retrospektiv oft nicht mehr ermittelbar.

C.

Sorgerechts-
zuweisungen
als Verletzung
von Menschen-
rechten

Der folgende Abschnitt beschäftigt sich mit der Frage, inwiefern Sorgerechtsentzüge, die mit der sexuellen Orientierung der Mutter begründet wurden, als Verletzung von Menschenrechten zu qualifizieren sind.²¹ Dazu werden die einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) sowie des Bundesverfassungsgerichts und die zugehörigen menschenrechtlichen Garantien ausgewertet.

I. Sorgerechtsentzüge als Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention

Unter den 46 Mitgliedsstaaten des Europarats sind die Menschenrechte völkerrechtlich durch die Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) gesichert. Diese hält als regionales Menschenrechtsabkommen einen menschenrechtlichen Mindeststandard für alle Mitgliedsstaaten bereit und wird durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ausgeformt.

1. Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention

Sorgerechtsentzüge, die mit der sexuellen Orientierung der Mutter begründet wurden, könnten insbesondere das in Art. 14 EMRK geregelte Diskriminierungsverbot verletzen.

Art. 14 EMRK garantiert:

„Der Genuß der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.“

Die sexuelle Orientierung ist nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ein vom Diskriminierungsverbot erfasstes Merkmal, das (jedenfalls) einen sonstigen Status i.S.v. Art. 14 EMRK darstellt.²²

Da Art. 14 EMRK nur für den „Genuß der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten“ gilt, muss der Gegenstand der vermuteten Diskriminierung ein von der Konvention garantiertes Recht sein. Art. 14 EMRK gilt nur akzessorisch.²³

Für möglicherweise diskriminierende Sorgerechtszuweisungen kommt insbesondere das in Art.

21 Dieser Abschnitt antwortet auf die Leitfragen (1) a) und (1) c), dazu oben A. I.

22 Lehner, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 5. Aufl. 2023, Art. 14 Rn. 17, 19 ff.

23 Lehner, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, 5. Aufl. 2023, Art. 14 Rn. 5.

8 EMRK geregelte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens in Betracht. In Art. 8 Abs. 1 EMRK heißt es:

„Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.“

Gerichtliche Sorgerechtszuweisungen betreffen von den in Art. 8 Abs. 1 EMRK aufgezählten Freiheiten den Aspekt der Achtung des Familienlebens.

2. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

Der Gerichtshof hatte bereits zwei Fälle zu entscheiden, in denen Elternteilen nach einer Scheidung das Sorgerecht für ihre Kinder nicht zugesprochen und dies im familiengerichtlichen Verfahren mit ihrer sexuellen Orientierung begründet worden war. In den beiden Entscheidungen „Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal“ und „X v. Poland“ sah der Gerichtshof im Ergebnis das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK i.V.m. dem Recht auf Achtung des Familienlebens nach § 8 Abs. 1 EMRK als verletzt an.

a) Der Fall „Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal“ (Urteil vom 21. Dezember 1999)

Der Fall „Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal“²⁴ drehte sich um einen portugiesischen Vater, dem Beschwerdeführer, der nach der Scheidung von seiner Ehefrau mit einem Mann zusammenlebte. Im Rahmen des Scheidungsverfahrens hatte er mit seiner Ehefrau vereinbart, dass sie das Sorgerecht und er ein Umgangsrecht für ihre gemeinsame Tochter erhalten sollte. Etwa ein Jahr später beantragte er dann aber, das Sorgerecht auf ihn zu übertragen. Zur Begründung führte er an, dass die Mutter die Vereinbarung nicht einhalte, da die gemeinsame Tochter nicht bei ihr, sondern bei ihren Großeltern mütterlicherseits lebe. Die Mutter warf in ihrer Erwiderung dem neuen Partner sexuellen Missbrauch der Tochter vor. Der Vater bekam vom Familiengericht erster Instanz das Sorgerecht zugesprochen. Auf die Berufung der Mutter hin wurde diese Entscheidung jedoch aufgehoben und ihm wiederum lediglich ein Umgangsrecht eingeräumt. Der Beschwerdeführer rügte vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, dass diese Entscheidung ausschließlich wegen seiner sexuellen Orientierung getroffen worden sei. Er sah sich in seinem Recht auf Achtung des Familienlebens nach Art. 8 Abs. 1 EMRK verletzt und rügte eine nach Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 8 Abs. 1 EMRK verbotene Diskriminierung.

Der Gerichtshof sah im Ergebnis Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 8 Abs. 1 EMRK als verletzt an. Dabei spielte eine entscheidende Rolle, dass das Berufungsgericht die sexuelle Orientierung des Beschwerdeführers und die Tatsache, dass er mit einem Mann zusammenlebte, als neue Faktoren in den

²⁴ EGMR, Urteil vom 21.12.1999 - 33290/96, „Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal“.

Prozess eingeführt hatte.²⁵ Daraus schloss der Gerichtshof, dass der Beschwerdeführer und die Mutter aufgrund der sexuellen Orientierung, also einem von Art. 14 EMRK erfassten Merkmal, unterschiedlich behandelt worden waren. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs, auf die er sich auch in dieser Entscheidung berief, sind Ungleichbehandlungen nach Art. 14 EMRK dann diskriminierend, wenn es für sie keinen objektiven und angemessenen Rechtfertigungsgrund gibt und/oder zwischen den eingesetzten Mitteln und dem angestrebten Zweck kein angemessenes Verhältnis besteht.²⁶ Zwar ging der Gerichtshof davon aus, dass das portugiesische Berufungsgericht den legitimen Zweck verfolgte, die Gesundheit und Rechte des Kindes zu schützen.²⁷ Allerdings konnte das Berufungsgericht in seinen Ausführungen nicht verdecken, welche Kriterien es zur Erreichung dieses Ziels heranzog:

„Das Kind sollte in einer familiären Umgebung leben, einer traditionellen portugiesischen Familie, was sicherlich nicht die Konstellation ist, für die sich ihr Vater entschieden hat, da er mit einem anderen Mann zusammenlebt, als wären sie Mann und Frau.“²⁸

Weiter hieß es in den Ausführungen des portugiesischen Gerichts:

„Es ist hier nicht unsere Aufgabe, zu bestimmen, ob Homosexualität eine Krankheit ist oder nicht oder ob es sich um eine sexuelle Orientierung gegenüber Personen des gleichen Geschlechts handelt. In beiden Fällen handelt es sich um eine Anomalie, und Kinder sollten nicht im Schatten abnormaler Situationen aufwachsen; so gebietet es die menschliche Natur, und wir sollten uns daran erinnern, dass es [der Beschwerdeführer] selbst war, der dies anerkannt hat, als er in seinem ursprünglichen Antrag vom [...] erklärte, dass er die eheliche Wohnung endgültig verlassen habe, um mit einem Freund zusammenzuleben, eine Entscheidung, die nach gängigen Maßstäben nicht normal ist.“²⁹

Aus diesen beiden Aussagen schloss der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, dass die Homosexualität des Beschwerdeführers für das Berufungsgericht ein ausschlaggebender Faktor bei der Sorgerechtszuweisung gewesen war. Die Ungleichbehandlung zwischen dem Beschwerdeführer und der Mutter des Kindes beruhte mithin primär auf seiner sexuellen Orientierung und damit auf einem nach Art. 14 EMRK unzulässigen Merkmal. Zu dem vom Gericht verfolgten legitimen Ziel bestand kein angemessenes Verhältnis mehr. Der Gerichtshof stellte daher fest, dass der Be-

25 EGMR, Urteil vom 21.12.1999 - 33290/96, „Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal“, Rn. 28.

26 EGMR, Urteil vom 21.12.1999 - 33290/96, „Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal“, Rn. 29.

27 EGMR, Urteil vom 21.12.1999 - 33290/96, „Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal“, Rn. 30.

28 EGMR, Urteil vom 21.12.1999 - 33290/96, „Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal“, Rn. 34, eigene Übersetzung.

29 EGMR, Urteil vom 21.12.1999 - 33290/96, „Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal“ Rn. 34, eigene Übersetzung.

schwerdeführer durch die Entscheidung des Gerichts in seinen Rechten aus Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 8 Abs. 1 EMRK verletzt worden war.

b) Der Fall „X v. Poland“ (Urteil vom 16. September 2021)

Im Jahr 2021 hatte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in der Entscheidung „X v. Poland“³⁰ erneut einen ähnlich gelagerten Fall zu entscheiden. Beschwerdeführerin war eine vierfache Mutter aus Polen, die nach der Trennung vom Vater der Kinder eine Beziehung mit einer Frau führte. Ihre Eltern, die ihre sexuelle Orientierung und neue Beziehung ablehnten, beantragten die Übertragung der Obhut für die Kinder, die ihnen vom Familiengericht erster Instanz zunächst auch gewährt, vom Familiengericht zweiter Instanz aber wieder aufgehoben wurde. Bei der kurze Zeit später ausgesprochenen Scheidung wurde der Beschwerdeführerin das Sorgerecht für alle vier Kinder übertragen. Etwa zwei Jahre später beantragte der Vater der Kinder allerdings erfolgreich eine Änderung der Sorgerechtsregelung. Das Gericht begründete dies ausdrücklich mit der gleichgeschlechtlichen Beziehung der Beschwerdeführerin und deren behaupteter negativer Auswirkungen auf das Familienleben. Die Berufung der Beschwerdeführerin und ein Befangenheitsantrag blieben erfolglos. Die älteren drei Kinder lebten in der Folge beim Vater, das jüngste Kind blieb jedoch entgegen der Sorgerechtszuweisung bei der Beschwerdeführerin. Sie versuchte erneut, eine Änderung der Sorgerechtszuweisung für das jüngste Kind zu erreichen, wobei auch mehrere Sachverständige die besonders starke Bindung des Kindes an seine Mutter, bei der es sein ganzes Leben verbracht hatte, bestätigten. Das zuständige polnische Gericht änderte die Sorgerechtsregelung dennoch nicht ab, sondern ordnete die zwangsweise Herausnahme des zu diesem Zeitpunkt sechsjährigen Kindes an. Bei der Zurückweisung des Antrags auf Änderung der Sorgerechtszuweisung argumentierte das Gericht wiederum ausdrücklich mit der gleichgeschlechtlichen Beziehung der Beschwerdeführerin. Zudem begründete das Gericht seine Entscheidung, auch das jüngste Kind beim Vater leben zu lassen damit, dass dies auch „durch den aktuellen Entwicklungsstand und die größere Rolle des Vaters bei der Schaffung eines männlichen Vorbilds gerechtfertigt“³¹ sei. Die gegen diese Entscheidung eingelegte Berufung wurde ebenfalls zurückgewiesen, wobei das Berufungsgericht eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung der Mutter bestritt.

Auch in diesem Fall stellte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine Verletzung von Art. 14 EMRK i.V.m. Art 8 Abs. 1 EMRK fest. Neben einer Reihe von anderen Gründen stellte der Gerichtshof dabei insbesondere auf die Beurteilung der neuen Beziehung der Beschwerdeführerin durch das polnische Gericht ab. Der Gerichtshof stellte fest, dass dabei die Bewertung der Kompetenzen der Beschwerdeführerin als Sorgetragende für ihre Kinder davon abhängig gemacht wurde, dass sie ihre neue Beziehung beendete.³² Die polnischen Gerichte bezeichneten die Be-

30 EGMR, Urteil vom 16.9.2021 – 20742/10, „X v. Poland“.

31 EGMR, Urteil vom 16.9.2021 – 20742/10, „X v. Poland“, Rn. 32, eigene Übersetzung.

32 EGMR, Urteil vom 16.9.2021 – 20742/10, „X v. Poland“, Rn. 91.

ziehung als „exzessive Beteiligung“ und eine „Einstellung, [die] korrigiert werden“ müsse.³³ An die Beschwerdeführerin wurde die Erwartung herangetragen, die Beziehung zu „verstoßen“ oder ihre Partnerin „aus dem Familienleben auszuschließen“.³⁴ Dass die neue Partnerin der Beschwerdeführerin konkret einen negativen Einfluss auf die Kinder hatte, stellten die polnischen Gerichte nicht fest. Im Vergleich dazu war besonders eindrücklich, dass die Tatsache, dass der Vater der Kinder ebenfalls eine neue Beziehung führte, aus der auch bereits ein weiteres Kind hervorgegangen war, von den polnischen Gerichten durchweg positiv beurteilt worden war.³⁵ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sah darin eine diskriminierende Ungleichbehandlung der Beschwerdeführerin aufgrund ihrer sexuellen Orientierung und stellte daher im Ergebnis eine Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 EMRK fest.

3. Auswirkungen für die Bundesrepublik Deutschland

Fraglich ist, was die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte für deutsche Fälle bedeutet. In der Bundesrepublik Deutschland hat die Europäische Menschenrechtskonvention nach ständiger Rechtsprechung den Rang eines einfachen Bundesgesetzes.³⁶ Die Konventionsbestimmungen sind damit Teil des geltenden Bundesrechts, unmittelbar anwendbar und von allen staatlichen Stellen zu beachten.³⁷ Für die Fachgerichte, also etwa für Familiengerichte, bedeutet dies, dass die Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention unmittelbarer Prüfungsmaßstab sind. Dabei sind auch die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte heranzuziehen. Grundsätzlich handelt es sich zwar um Einzelfallentscheidungen, die sich nur auf den konkreten Fall beziehen und inter partes wirken (Art. 46 Abs. 1 EMRK). Bei der Auslegung des nationalen Rechts Beachtung finden muss aber auch die Konvention als „lebendiges Instrument“ im jeweils aktuellen Verständnis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Sorgerechtszuweisungen dürfen also auch von deutschen Familiengerichten wegen Art. 14 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 EMRK nicht allein mit der sexuellen Orientierung der Mutter begründet werden.

In der Verfassungsrechtsprechung sind die Konventionsbestimmungen dagegen kein unmittelbarer Prüfungsmaßstab. Deutsche Beschwerdeführer*innen vor dem Bundesverfassungsgericht können daher eine Verfassungsbeschwerde nicht unmittelbar auf die Behauptung stützen, in einem Kon-

33 EGMR, Urteil vom 16.9.2021 – 20742/10, „X v. Poland“, Rn. 91, eigene Übersetzung.

34 EGMR, Urteil vom 16.9.2021 – 20742/10, „X v. Poland“, Rn. 91, eigene Übersetzung.

35 EGMR, Urteil vom 16.9.2021 – 20742/10, „X v. Poland“, Rn. 91.

36 BVerfG, Beschluss vom 26.3.1987 – 2 BvR 589/79, 2 BvR 740/81, 2 BvR 284/85, BVerfGE 74, 358, 370; BVerfG, Beschluss vom 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, 316 f.

37 BVerfG, Beschluss vom 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, 317; ausführlich zum Ganzen Giegerich, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 3. Aufl. 2022, Kap. 2 Rn. 46 ff.

ventionsrecht verletzt zu sein.³⁸ Infolge der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes muss die Verfassung selbst aber im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention ausgelegt werden.³⁹ Bei einer Urteilsverfassungsbeschwerde gegen eine familiengerichtliche Sorgerechtszuweisung wären die Konventionsbestimmung damit mittelbar ebenfalls zu beachten.

4. Zusammenfassung

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in zwei Fällen – „Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal“ und „X v. Poland“ – entschieden, dass Elternteile im Sorgerechtsverfahren aufgrund ihrer sexuellen Orientierung diskriminiert worden waren. In beiden Fällen hatten nationale Gerichte Sorgerechtsentscheidungen maßgeblich mit gleichgeschlechtlichen Beziehungen der betroffenen Eltern begründet, ohne dass hierfür objektive Gründe im Hinblick auf das Kindeswohl vorlagen. Der EGMR stellte deshalb jeweils eine Verletzung von Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) i.V.m. Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Familienlebens) fest.

Eine Sorgerechtszuweisung, die sich allein auf die sexuelle Orientierung eines Elternteils stützt und daher anhand eines unzulässigen Merkmals differenziert, stellt daher eine Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 EMRK dar, wenn es für sie – wie in den vom Gerichtshof entschiedenen Fällen – keinen objektiven und angemessenen Rechtsfertigungsgrund gibt und/oder zwischen den eingesetzten Mitteln und dem angestrebten Zweck kein angemessenes Verhältnis besteht. Auch deutsche Familiengerichte dürfen wegen dieser menschenrechtlichen Garantien Sorgerechtszuweisungen nicht allein mit der sexuellen Orientierung eines Elternteils begründen. Entscheidungen, die dies tun, verletzen Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK.

II. Sorgerechtszuweisungen als Verletzung des deutschen Grundgesetzes

Es stellt sich die Frage, ob familiengerichtliche Sorgerechtszuweisungen, die allein mit der sexuellen Orientierung der Mutter begründet wurden, darüber hinaus auch deutsche Grundrechte verletzen.

1. Garantien des deutschen Grundgesetzes

Die verfassungsrechtliche Grundlage für den Schutz der Rechte von Eltern ist Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Dort heißt es:

38 BVerfG, Beschluss vom 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, 317; Giegerich, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 3. Aufl. 2022, Kap. 2 Rn. 48.

39 Grundlegend BVerfG, Beschluss vom 26.3.1987 – 2 BvR 589/79, 2 BvR 740/81, 2 BvR 284/85, BVerfGE 74, 358, 370; dazu auch Giegerich, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 3. Aufl. 2022, Kap. 2 Rn. 49.

„Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die ihnen zu-
vörderst obliegende Pflicht.“

Das Recht auf Pflege und Erziehung ist den Eltern nicht vom Staat verliehen, sondern wird viel-
mehr als vorgegebenes Recht anerkannt.⁴⁰ Das Recht auf Pflege und Erziehung der Kinder wird
auch als Elterngrundrecht bezeichnet und umfasst insbesondere auch das Sorgerecht. Jeder Sor-
gerechtsentzug stellt damit grundsätzlich einen Eingriff in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG dar, der verfas-
sungsrechtlich gerechtfertigt werden muss.

Weitere relevante verfassungsrechtliche Garantien finden sich in Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1
GG (Allgemeines Persönlichkeitsrecht) und in Art. 3 Abs. 1 GG (Allgemeiner Gleichheitssatz).⁴¹

2. (Angrenzende) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Anhaltspunkt ist auch hierbei zunächst die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

a) Zu Sorgerechtszuweisungen wegen der sexuellen Orientierung eines Elternteils

Anders als auf europäischer Ebene sind in Deutschland keine Fälle von Sorgerechtsentzügen we-
gen der sexuellen Orientierung eines Elternteils verfassungsgerichtlich entschieden worden. Eine
unmittelbar vergleichbare bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung existiert damit nicht.

b) Zu den Voraussetzungen von Sorgerechtsentscheidungen im Allgemeinen

Das Bundesverfassungsgericht hat aber allgemeine Grundsätze für die Voraussetzungen von Sor-
gerechtsentscheidungen aufgestellt, die insbesondere das Recht auf Pflege und Erziehung nach
Art. 6 Abs. 2 GG und das in Art. 6 Abs. 3 GG verankerte Trennungsamt ausformen. Bei den aufge-
stellten Voraussetzungen ist danach zu unterscheiden, ob es sich um einen Sorgerechtsentzug bei-
der Eltern bzw. eines allein sorgeberechtigten Elternteils oder um die Klärung einer Sorgerechts-
streitigkeit zwischen den Eltern handelt.

a. Sorgerechtsentzug beider Eltern oder eines allein sorgeberechtigten Elternteils

Stärkster Eingriff in das Elterngrundrecht ist die staatliche Trennung des Kindes von seinen Eltern,
deren Voraussetzungen in Art. 6 Abs. 3 GG festgelegt werden. Dort heißt es:

„Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur auf Grund eines Ge-
setzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen
oder die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen.“

⁴⁰ BVerfG, Beschluss vom 17.2.1982 - 1 BvR 188/80, BVerfGE 60, 79, 88.

⁴¹ Dazu sogleich unter 3.

Art. 6 Abs. 3 GG meint den Fall, dass ein Kind von beiden Eltern bzw. von einem alleinerziehenden Elternteil getrennt und fremduntergebracht wird.⁴² An diese Konstellation sind besonders hohe Hürden zu stellen.

Unmittelbar aus Art. 6 Abs. 3 GG folgt zum einen die Vorgabe, dass für eine Trennung des Kindes von der Familie eine gesetzliche Grundlage existieren muss.⁴³ Zum anderen wird ein Versagen oder eine drohende Verwahrlosung vorausgesetzt. An diese zweite Voraussetzung stellt das Bundesverfassungsgericht hohe Hürden. Das elterliche Fehlverhalten muss nach der Rechtsprechung ein solches Ausmaß erreichen, dass das Kind bei einem Verbleib in der Familie in seinem körperlichen, geistigen oder seelischen Wohl nachhaltig gefährdet ist.⁴⁴ Ein Entzug des Sorgerechts und die damit verbundene Sicherung der Trennung der Eltern von ihren Kindern darf zudem nur unter strikter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erfolgen, muss also geeignet, erforderlich und angemessen sein, um das Wohl des Kindes zu schützen.⁴⁵

Sind diese hohen Voraussetzungen erfüllt, darf der Staat die Kinder nicht nur von ihren Eltern trennen, sondern muss dies im Rahmen seiner Schutzpflicht sogar. Insofern wird vom Trennungsamt des Staates gesprochen. Im einfachen Recht sind diese Vorgaben in § 1666 BGB umgesetzt, der gerichtliche Maßnahmen bei einer Gefährdung des Kindeswohls regelt. In § 1666 Abs. 1 BGB heißt es:

„Wird das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes oder sein Vermögen gefährdet und sind die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage, die Gefahr abzuwenden, so hat das Familiengericht die Maßnahmen zu treffen, die zur Abwendung der Gefahr erforderlich sind.“

Zu diesen gerichtlichen Maßnahmen gehört nach § 1666 Abs. 3 Nr. 6 insbesondere die teilweise oder vollständige Entziehung der elterlichen Sorge.

Soweit ersichtlich sind (bisher) keine Fälle bekannt geworden, in denen einer lesbischen oder bisexuellen Mutter das Sorgerecht wegen ihrer sexuellen Orientierung oder einer gleichgeschlechtlichen Beziehung entzogen und das Kind fremduntergebracht wurde.

b. Sorgerechtsentzug eines Elternteils

Vom Sorgerechtsentzug nach § 1666 BGB zu unterscheiden ist die Konstellation, in dem einem

42 Zu Sorgerechtsstreitigkeiten zwischen zwei Elternteilen sogleich c.

43 Im heutigen Recht ist dies insbesondere § 1666 BGB.

44 BVerfG, Beschluss vom 17.2.1982 - 1 BvR 188/80, BVerfGE 60, 79, 91; BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 29.1.2010 - 1 BvR 374/09, NJW 2010, 713 Rn. 34.

45 BVerfG, Beschluss vom 17.2.1982 - 1 BvR 188/80, BVerfGE 60, 79, 89.

von ursprünglich zwei sorgeberechtigten Elternteilen das Sorgerecht allein übertragen wird. Hieran sind geringere Hürden zu stellen. Es handelt sich nämlich nicht um eine Trennung i.S.d. Art. 6 Abs. 3 GG, sondern um eine staatliche Schlichtermaßnahme.⁴⁶ Der Staat wird in dieser Konstellation – wie es das Bundesverfassungsgericht formuliert hat – „gewissermaßen nur als Schiedsrichter zwischen den streitenden Eltern“⁴⁷ tätig, indem er bestimmt, in welchem Umfang ein Elternteil sein Elternrecht ausüben darf und der andere Elternteil dies dulden und ermöglichen muss. Der Prüfungsmaßstab ist damit im Vergleich zu Art. 6 Abs. 3 GG – bzw. § 1666 BGB im einfachen Recht – zurückgenommen.⁴⁸

Dennoch hat auch jede gerichtliche Sorgeentscheidung eine grundrechtliche Komponente, da sie in das Elterngrundrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG des Elternteils, dessen Sorgerecht entzogen wird, eingreift. Als Rechtfertigung für diesen Eingriff kommt allein das Kindeswohl in Betracht. Die Verfassung gibt daher vor, dass gerichtliche Sorgeentscheidungen am Kindeswohl ausgerichtet und die Grundrechtspositionen aller Beteiligten – der Eltern und des Kindes – berücksichtigen müssen. Mit anderen Worten: Das Gericht hat eine Entscheidung zu treffen, die sowohl die beiderseitigen Grundrechtspositionen der Eltern als auch das Wohl des Kindes und dessen Individualität als Grundrechtsträger berücksichtigt und miteinander in eine bestmögliche Konkordanz bringt.⁴⁹ Die Gerichte haben daher auch zu prüfen, ob ein Sorgerechtsentzug verhältnismäßig ist. Es kann insbesondere geboten sein, als milderes Mittel Teilentscheidungen zu treffen, wo immer dies dem Kindeswohl Genüge tut.⁵⁰ Verfassungsrechtliche Vorgabe auch für den Sorgerechtsentzug eines Elternteils ist daher, dass das Gericht die Grundrechtspositionen aller Beteiligten abwägt und eine am Kindeswohl orientierte, verhältnismäßige Entscheidung trifft.

Im einfachen Recht sind diese Vorgaben im aktuellen Recht⁵¹ in § 1671 BGB umgesetzt, der die Übertragung der Alleinsorge bei Getrenntleben der Eltern regelt. In § 1671 Abs. 1 BGB heißt es:

„Leben Eltern nicht nur vorübergehend getrennt und steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu, so kann jeder Elternteil beantragen, dass ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge allein überträgt. Dem Antrag ist stattzugeben, soweit

1. der andere Elternteil zustimmt, es sei denn, das Kind hat das 14. Lebensjahr vollendet und widerspricht der Übertragung, oder

⁴⁶ Dazu Brosius-Gersdorf, in: Dreier GG, Art. 6 Rn. 432.

⁴⁷ BVerfG, Beschluss vom 15.6.1971 – 1 BvR 192/70, BVerfGE 31, 194, 210 f.

⁴⁸ BVerfG, Beschluss vom 7.6.2016 – 1 BvR 519/16, BeckRS 2016, 47885 Rn. 3.

⁴⁹ BVerfG, Beschluss vom 7.12.2017 – 1 BvR 1914/17, BeckRS 2017, 136507 Rn. 29.

⁵⁰ BVerfG, Beschluss vom 1.3.2004 – 1 BvR 738/01, BeckRS 2004, 21508 Rn. 9.

⁵¹ Zur früheren Rechtslage bereits oben B. I. und II.

2. zu erwarten ist, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragsteller dem Wohl des Kindes am besten entspricht.“

c. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Bundesverfassungsgericht klare verfassungsrechtliche Maßstäbe für Sorgerechtsentscheidungen aufgestellt hat. Während ein Sorgerechtsentzug nach Art. 6 Abs. 3 GG nur bei einer gravierenden Gefährdung des Kindeswohls und unter strikter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Betracht kommt, gelten für die Übertragung des Sorgerechts auf einen Elternteil geringere Anforderungen. Auch in diesen Fällen bleibt jedoch zentral, dass die Familiengerichte die widerstreitenden Grundrechtspositionen der Eltern und des Kindes in Ausgleich bringen und eine verhältnismäßige, am Kindeswohl orientierte Entscheidung treffen. Im Kontext von Sorgerechtsentzügen bei lesbischen oder bisexuellen Müttern wegen ihrer sexuellen Orientierung ist vor allem die zweite Konstellation relevant.

3. Übertragung der aufgestellten Grundsätze auf Sorgerechtszuweisungen wegen der sexuellen Orientierung

Auch wenn vor das Bundesverfassungsgericht keine Fälle gelangt sind, in denen eine Sorgerechtszuweisung allein mit der sexuellen Orientierung bzw. mit einer gleichgeschlechtlichen Beziehung eines Elternteils begründet wurde, lassen sich die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Maßstäbe auf diese Konstellationen übertragen.

Wie oben dargestellt stellt jede familiengerichtliche Sorgerechtszuweisung einen Eingriff in das Elterngrundrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG dar und muss daher verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden. Als Rechtfertigungsgrund wird das Kindeswohl herangezogen, vgl. § 1671 BGB. Das Familiengericht muss dabei nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts eine Entscheidung treffen, die sowohl die beiderseitigen Grundrechtspositionen der Eltern als auch das Wohl des Kindes und dessen Individualität als Grundrechtsträger berücksichtigt und miteinander in eine bestmögliche Konkordanz bringt. Aus diesen Vorgaben folgt daher auch, dass bei der Auslegung des Kindeswohls keine Argumente angeführt werden dürfen, die ihrerseits in grundrechtlich geschützte Positionen eines Elternteils eingreifen. Diese sind zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs in das Elterngrundrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG nicht zulässig. Die sexuelle Orientierung einer Person ist als Teil des Intim- und Sexualbereiches des Menschen und mithin als Teil seiner Privatsphäre vom verfassungsrechtlichen Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) erfasst.⁵² Die sexuelle Orientierung der Mutter ist also ebenfalls vom Grundgesetz geschützt. Sie kann daher nicht als Rechtfertigungsgrund für einen Eingriff in ihr Elterngrundrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG dienen. Sorgerechtszuweisungen, die allein mit der sexuellen Orientierung der

⁵² So etwa ausdrücklich in BVerfG, Beschluss vom 26.2.2008 - 2 BvR 392/07, BVerfGE 120, 224, 238 f.

Mutter begründet wurden, stellen daher eine Verletzung des Elterngrundrechts nach Art. 6 Abs. 2 GG dar.

Auch der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG schützt vor Ungleichbehandlungen aufgrund der sexuellen Orientierung. In Art. 3 Abs. 1 GG heißt es:

„Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.“

Das Bundesverfassungsgericht hat in einer ganzen Reihe von Entscheidungen Ungleichbehandlungen zwischen (verschiedengeschlechtlichen) Ehen und (gleichgeschlechtlichen) eingetragenen Lebenspartnerschaften als mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar angesehen.⁵³ In einer Sorgerechtszuweisung, die allein mit der sexuellen Orientierung oder gleichgeschlechtlichen neuen Beziehung der Mutter begründet wurde, kann daher ebenfalls eine Ungleichbehandlung gesehen werden, die sich aus den genannten Gründen nicht verfassungsrechtlich rechtfertigen lässt und somit gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstößt. Ob darüber hinaus auch eine Verletzung des besonderen Gleichheitssatzes von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG vorliegt, soll hier offengelassen werden.

4. Zusammenfassung

Das Bundesverfassungsgericht hatte zwar noch keinen Fall zu entscheiden, in dem einer Mutter das Sorgerecht aufgrund ihrer sexuellen Orientierung oder gleichgeschlechtlichen Beziehung entzogen wurde. Aus den in der übrigen Rechtsprechung des Gerichts aufgestellten Vorgaben zu Sorgerechtszuweisungen lässt sich aber folgern, dass eine solche familiengerichtliche Entscheidung die Mutter in ihrem Elterngrundrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG verletzt und gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG verstößt. Sorgerechtszuweisungen, die mit der sexuellen Orientierung der Mutter begründet wurden, sind damit auch verfassungswidrig.

III. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass Sorgerechtsentzüge, die mit der sexuellen Orientierung der Mutter begründet wurden, als Verletzung von Menschenrechten zu qualifizieren sind. Sie verstößen sowohl gegen die Europäische Menschenrechtskonvention als auch gegen das deutsche Grundgesetz. In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte wurde dies bereits ausdrücklich in zwei Entscheidungen festgestellt. Das Bundesverfassungsgericht hatte einen entsprechenden Fall nicht zu entscheiden.

53 BVerfG, Beschluss vom 7.7.2009 – 1 BvR 1164/07, BVerfGE 124, 199; BVerfG, Beschluss vom 21.7.2010 – 1 BvR 661, 1 BvR 2464/07, BVerfGE 126, 400; BVerfG, Beschluss vom 19.6.2012 – 2 BvR 1397/09, BVerfGE 131, 239; BVerfG, Beschluss vom 18.7.2012 – 1 BvL 16/11, BVerfGE 132, 179; BVerfG, Urteil vom 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, BVerfGE 133, 59; BVerfG, Beschluss vom 7.5.2013 – 2 BvR 909/06, 2 BvR 1981/06, 2 BvR 288/07, BVerfGE 133, 377.

D.

Verantwortung
der Bundesrepu-
blik Deutschland
für die Aufarbei-
tung historischen
Unrechts

Der folgende Abschnitt widmet sich nun der Frage, inwiefern die Bundesrepublik Deutschland Verantwortung für die Aufarbeitung historischen Unrechts trägt.⁵⁴ Dies lässt sich insbesondere aus der Verfassung ableiten.

I. Verfassungsrechtliche Verantwortung

Eine verfassungsrechtliche Verantwortung der Bundesrepublik Deutschland für die Aufarbeitung historischen Unrechts ergibt sich nicht aus einer einzelnen Regelung, sondern aus einer Zusammenschau mehrerer Vorschriften des Grundgesetzes.

Zentral ist zunächst die Grundrechtsbindung des Staates in Art. 1 Abs. 3 GG:

„Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.“

Alle staatlichen Organe sind danach an die Grundrechte gebunden, müssen sie also bei allem staatlichen Handeln achten und dürfen sie nicht verletzen. Im Umkehrschluss trägt der Staat damit Verantwortung für bereits erfolgte Verletzungen der Grundrechte.

Eine entsprechende Verpflichtung enthält auch die Europäische Menschenrechtskonvention, die in der Bundesrepublik nach ständiger Rechtsprechung den Rang eines einfachen Bundesgesetzes hat,⁵⁵ in Art. 1 EMRK:

„Die Hohen Vertragsparteien sichern allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt I bestimmten Rechte und Freiheiten zu.“

Die Verfassungsbindung des Staates wird durch das in Art. 20 Abs. 3 GG verankerte Rechtsstaatsprinzip noch erweitert. Dort heißt es:

„Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.“

Auch aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt demnach eine Bindung der staatlichen Organe an die Verfassung und mithin wiederum auch eine Verantwortung des Staates für bereits erfolgte Verfassungsverletzungen.

Verletzen Organe des Staates, etwa die Verwaltung oder Gerichte, die Grundrechte einer Person steht ihr als primärer Rechtsschutz der Rechtsweg offen. Dies ist in Art. 19 Abs. 4 GG garantiert:

„Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der

⁵⁴ Dieser Abschnitt antwortet auf die Leitfragen (1) b) und (1) d), dazu oben unter A. I.

⁵⁵ Dazu bereits I. 3.

Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt.“

Darüber spiegelt sich die Verantwortlichkeit des Staates für Verletzungen durch seine Organe schließlich auch in der in Art. 34 GG geregelten Haftung für Amtspflichtverletzungen. Dort heißt es:

„Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten. Für den Anspruch auf Schadensersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden.“

Art. 34 Satz 1 GG bestimmt ausdrücklich, dass der Staat die Verantwortlichkeit für Verletzungen von Amtspflichten, zu denen auch die Beachtung von Grundrechten gehört, trägt.⁵⁶

Aus der Zusammenschau der grundrechtlichen Vorgaben ergibt sich mithin, dass der Staat verpflichtet ist, die Verfassung und insbesondere die Grundrechte zu beachten. Verletzen Organe des Staates, etwa Gerichte, die Grundrechte von Bürger*innen, trägt der Staat für diese Verletzung die Verantwortung. Aus der Grundrechtsbindung folgt daher auch eine Verpflichtung zur staatlichen Aufarbeitung, wie sie sich etwa in der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG und in der Regelung zur Amtshaftung in Art. 34 GG spiegelt.

II. Zusammenfassung

Die Verantwortung der Bundesrepublik für die Aufarbeitung historischen Unrechts ergibt sich aus einer Gesamtschau zentraler Verfassungsnormen, insbesondere der Grundrechtsbindung in Art. 1 Abs. 3 GG und dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG. Da alle staatlichen Organe an die Grundrechte gebunden sind, trägt der Staat auch Verantwortung für bereits begangenes Unrecht, was sich in der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG und der Amtshaftung nach Art. 34 GG institutionell widerspiegelt. Zusammen zeigen diese Normen, dass der Staat verfassungsrechtlich verpflichtet ist, Grundrechtsverletzungen durch staatliche Organe anzuerkennen und aufzuarbeiten.

⁵⁶ Dazu auch noch einmal ausführlich unter F. I. 1.

E.

Maßnahmen zur
Anerkennung
und Wiedergut-
machung

Im folgenden Abschnitt soll nun aufgezeigt werden, welche Maßnahmen zur Anerkennung und Wiedergutmachung es für Familien gibt, die von menschenrechtswidrigen Sorgerechtsentzügen betroffen waren.⁵⁷ Die Begriffe der Anerkennung und Wiedergutmachung sind offen formuliert. Sie erfassen verschiedene Maßnahmen von Abänderungen der konkreten Entscheidung auf individueller Ebene über gesetzliche Rehabilitation und politische Anerkennung des erfahrenen Unrechts. Gemein ist den Maßnahmen der Anerkennung und Wiedergutmachung, dass sie nicht auf eine finanzielle Entschädigung gerichtet sind.⁵⁸

Im Folgenden werden zunächst rechtliche Maßnahmen zur Anerkennung und Wiedergutmachung de lege lata und de lege ferenda in den Blick genommen. Im Anschluss soll auf denkbare politische Maßnahmen zur Anerkennung und Wiedergutmachung eingegangen werden.

I. Rechtliche Maßnahmen zur Anerkennung und Wiedergutmachung de lege lata

Zunächst soll es also um die Möglichkeiten zur Anerkennung und Wiedergutmachung im geltenden Recht gehen.

1. Abänderung gerichtlicher Entscheidungen, § 1696 BGB

Als Möglichkeit zur Wiedergutmachung im geltenden Recht kann an die Abänderung einer familiengerichtlichen Entscheidung zum Sorgerecht nach § 1696 Abs. 1 Satz 1 BGB gedacht werden. Dort ist geregelt:

„Eine Entscheidung zum Sorge- oder Umgangsrecht oder ein gerichtlich gebilligter Vergleich ist zu ändern, wenn dies aus triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen angezeigt ist.“

Daraus folgt, dass eine getroffene Sorgeentscheidung wieder geändert werden kann und sogar muss („ist zu ändern“), wenn dies aus den genannten Gründen angezeigt ist. Dahinter steht der Gedanke, dass diese Entscheidungen nie abgeschlossene Lebenssachverhalte betreffen, sondern sich die ihr zugrunde liegenden Umstände vielmehr im Laufe der Zeit verändern können.⁵⁹ Damit wird deutlich, dass Sorgerechtsentscheidungen – anders als andere privatrechtliche Urteile – nicht in materielle Rechtskraft erwachsen.⁶⁰ Insofern könnten also auch Sorgerechtszuweisungen, die

57 Dieser Abschnitt antwortet auf die Leitfragen (1) e), (2) a) und b) sowie (3) a), b) und c), dazu A. I.

58 Dazu sogleich F.

59 Tillmanns, in: BeckOGK BGB, § 1696 Rn. 2.

60 BGH, Beschluss vom 27.04.2016 – XII ZB 67/14, NJW 2016, 3303 Rn. 11.

aus Gründen der sexuellen Orientierung der Mutter erfolgt sind, nachträglich korrigiert werden. Dies könnte für betroffene Mütter oder Kinder eine gewisse Wiedergutmachung darstellen.

Allerdings lassen sich dabei zwei erhebliche Hürden ausmachen: Zum einen fällt schon auf den ersten Blick auf, dass nahezu alle bekannt gewordenen Entscheidungen zum Sorgerecht, in denen auf die sexuelle Orientierung der Mutter abgestellt wurde, schon Jahrzehnte zurückliegen. Die Kinder aus diesen Verfahren sind heute erwachsen. Da das Sorgerecht nur für „das minderjährige Kind“ (vgl. § 1626 Abs. 1 Satz 1 BGB) besteht, sind Abänderungen der gerichtlichen Entscheidung zum Sorgerecht heute schon aus faktischen Gründen heute nicht mehr möglich.

Zum anderen stellt die Abänderungsentscheidung nach § 1626 Abs. 1 Satz 1 BGB das Kindeswohl, nicht das Elternrecht in den Mittelpunkt: Abänderungen der Sorgerechtsentscheidungen erfolgen nur, wenn dies aus triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen angezeigt ist. Die Hürde für eine solche Abänderungsentscheidung liegt damit hoch und stellt vor allem auf Kontinuität einer bereits getroffenen gerichtlichen Entscheidung ab.⁶¹ In Fällen, in denen die Sorgeentscheidung mit der sexuellen Orientierung der Mutter begründet wurde, ist es durchaus denkbar, dass dennoch die Hürde der triftigen und das Kindeswohl nachhaltig berührenden Gründe nicht erreicht wird, wenn etwa ebenfalls eine gute sozial-familiäre Beziehung zum Vater besteht und das Kindeswohl insofern nicht berührt ist.

Zur Wiedergutmachung von menschenrechtswidrigen Sorgerechtsentscheidungen, die mit der sexuellen Orientierung der Mutter begründet wurden, ist die Abänderungsmöglichkeit nach § 1696 Abs. 1 Satz 1 BGB daher nur sehr eingeschränkt bis faktisch gar nicht geeignet.

2. Spezialgesetzliche Möglichkeiten zur Anerkennung und Wiedergutmachung

Darüber hinaus existieren im deutschen Recht einige spezialgesetzliche Rehabilitierungsgesetze, welche die Anerkennung und Wiedergutmachung von staatlichem Unrechtshandeln zum Gegenstand haben. Fraglich ist allerdings, ob diese ihrem Anwendungsbereich nach auf familiengerichtliche Sorgerechtszuweisungen passen.

a) Strafrechtliche Rehabilitierungsgesetze

Auf die Anerkennung und Wiedergutmachung staatlichen Unrechthandelns ausgerichtet sind zunächst strafrechtliche Rehabilitierungsgesetze. Dabei ist insbesondere zu denken an das Gesetz über die Rehabilitierung und Entschädigung von Opfern rechtsstaatswidriger Strafverfolgungsmaßnahmen im Beitrittsgebiet (StrRehaG),⁶² an das Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer

61 Zur Kritik Tillmanns, in: BeckOGK BGB, § 1696 Rn. 4 ff.

62 Art. 1 Erstes Gesetz zur Bereinigung von SED-Unrecht vom 29.10.1992, BGBl. I, 1814.

Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege (NS-AufhG)⁶³ und an das Gesetz zur strafrechtlichen Rehabilitation der nach dem 8. Mai 1945 wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilter Personen (StrRehaHomG).⁶⁴ Diese Rehabilitierungsgesetze sind in ihrem Anwendungsbereich klar abgegrenzt: Sie beziehen sich allein auf strafrechtliche Verurteilungen und schränken den Anwendungsbereich im Hinblick auf die Gerichte, deren Entscheidungen aufgehoben werden können,⁶⁵ zeitlich⁶⁶ oder hinsichtlich der Art der Delikte⁶⁷ weiter ein. Familienrechtliche Sorgerechtszuweisungen werden von ihnen nicht erfasst.

b) Verwaltungsrechtliches und berufliches Rehabilitierungsgesetz

Im Hinblick auf staatliches Unrechthandeln in der Deutschen Demokratischen Republik existieren darüber hinaus noch zwei weitere Rehabilitierungsgesetze: Das Gesetz über die Aufhebung rechtsstaatswidriger Verwaltungsentscheidungen im Beitrittsgebiet und die daran anknüpfenden Folgeansprüche (VwRehaG)⁶⁸ und das Gesetz über den Ausgleich beruflicher Benachteiligungen für Opfer politischer Verfolgung im Beitrittsgebiet (BerRehaG).⁶⁹ Beide Gesetze sind in ihrem Anwendungsbereich ebenfalls eng gefasst. Die Gesetze erfassen keine familienrechtlichen Sorgerechtszuweisungen.

c) Familienrechtliche Spezialgesetze

Spezialgesetze, die sich ausdrücklich auf familienrechtliche Entscheidungen beziehen, existieren im geltenden Recht nicht.

3. Zusammenfassung

De lege lata gibt es daher keine rechtliche Möglichkeit der Anerkennung und Wiedergutmachung für Familien, die von menschenrechtswidrigen Sorgerechtsentscheidungen betroffen waren.

63 Art. 1 des Gesetzes zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege und von Sterilisationsentscheidungen der ehemaligen Erbgesundheitsgerichte vom 25.8.1998, BGBl. I, 2501.

64 Art. 1 des Gesetzes zur strafrechtlichen Rehabilitation der nach dem 8. Mai 1945 wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilten Personen und zur Änderung des Einkommenssteuergesetzes vom 17.7.2017, BGBl. I, 2443; dazu gleich noch einmal ausführlich unter II. 1.

65 § 1 Abs. 1 StrRehaG: „staatlichen deutschen Gerichts in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrags genannten Gebiet (Beitrittsgebiet)“; § 2 Nr. 1 und 2 NS-AufhG: „des Volksgerichtshofes“ und „der [...] gebildeten Standgerichte“.

66 § 1 Abs. 1 StrRehaG: „aus der Zeit vom 8. Mai 1945 bis zum 2. Oktober 1990“; § 1 NS-AufhG: „nach dem 30. Januar 1933“.

67 § 1 Abs. 1 Nr. 1 StrRehaG (Regelbeispiele); § 2 Nr. 3 NS-AufhG i.V.m. Anlage (Regelbeispiele); § 1 Abs. 1 StrRehaHomG.

68 Art. 1 des Gesetzes zur Bereinigung von SED-Unrecht vom 23.6.1994, BGBl. I, 1311.

69 Art. 2 des Gesetzes zur Bereinigung von SED-Unrecht vom 23.6.1994, BGBl. I, 1311.

II. Rechtliche Maßnahmen zur Anerkennung und Wiedergutmachung de lege ferenda

In einem zweiten Schritt soll es nun darum gehen, ob die Legislative de lege ferenda rechtliche Möglichkeiten zur Anerkennung und Wiedergutmachung schaffen kann. Als Vergleichsfolie bietet sich insofern insbesondere das StrRehaHomG zur Rehabilitierung von nach §§ 175, 175a Strafgesetzbuch (StGB) verurteilten Männern an.

1. Regelungsinhalt des StrRehaHomG: Anerkennung und Wiedergutmachung wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilter Personen

Das StrRehaHomG sieht als zentrale Maßnahme der Anerkennung und Wiedergutmachung die Rehabilitierung durch eine Aufhebung (§ 1 StrRehaHomG) bzw. Teilaufhebung (§ 2 StrRehaHomG) von Urteilen vor, mit denen eine Person wegen eines Delikts nach §§ 175, 175a StGB bzw. § 151 StGB DDR strafrechtlich verurteilt wurde. Dazu heißt es in § 1 Abs. 1 StrRehaHomG:

„Wer wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen als Täter verurteilt wurde, wird rehabilitiert, indem mit diesem Gesetz die strafgerichtlichen Urteile aufgehoben werden, die aufgrund [...] ergangen sind [...].“

Die Aufhebung schließt dabei alle ausgesprochenen Nebenstrafen und Nebenfolgen sowie alle Maßregeln der Besserung und Sicherung ein, § 1 Abs. 3 StrRehaHomG. Die Aufhebung erfolgt unmittelbar durch das StrRehaHomG, ein individueller Antrag ist nicht erforderlich. Zusätzlich kann eine Rehabilitierungsbescheinigung über die Aufhebung eines Urteils ausgestellt werden, die bei der Staatsanwaltschaft beantragt werden muss, § 3 Abs. 1 StrRehaHomG. Für die Rehabilitierungsbescheinigung genügt grundsätzlich die Glaubhaftmachung einer erfolgten Verurteilung, die auch durch eidesstattliche Versicherung erfolgen kann, § 3 Abs. 2 StrRehaHomG. Noch vorhandene Eintragungen im Bundeszentralregister sind auf Antrag zu löschen, § 4 StrRehaHomG. Der rehabilitierten Person steht darüber hinaus auch eine Entschädigung in Geld⁷⁰ aus dem Bundeshaushalt zu, § 5 StrRehaHomG.

2. Übertragbarkeit auf Sorgerechtszuweisungen

Inwiefern die im StrRehaHomG vorgesehenen Maßnahmen der Rehabilitierung auf familiengerichtliche Sorgerechtszuweisungen, die mit der sexuellen Orientierung der Mutter begründet wurden, übertragen werden können, ist fraglich. Zwischen einer strafrechtlichen Verurteilung und einer familiengerichtlichen Entscheidung über eine Sorgerechtszuweisung bestehen strukturelle Unterschiede.

Der deutlichste Unterschied ist, dass es sich bei einer familiengerichtlichen Sorgerechtszuweisung

⁷⁰ Dazu noch einmal unter F.

um eine Entscheidung auf der Grundlage des Kriteriums des Kindeswohls, also eines vom Gericht auszugestaltenden unbestimmten Rechtsbegriffes, handelt, während die strafrechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen klar bestimmt sein müssen (vgl. Art. 103 Abs. 2 GG). Ist die Strafnorm als solche, wie bei §§ 175, 175a StGB, grundrechtswidrig,⁷¹ ist zwangsläufig auch jede darauf beruhende Entscheidung grundrechtswidrig. Diese Entscheidungen können daher zur Rehabilitierung der Verurteilten pauschal aufgehoben werden.

Bei familiengerichtlichen Sorgerechtszuweisungen ist dies nicht so eindeutig. Denn zum einen gibt es „unsichtbare“ Fälle, in denen die sexuelle Orientierung der Mutter zwar nicht ausdrücklich der Grund für die Sorgerechtszuweisung ist, die Entscheidung aber dennoch auf diesem Umstand beruhte, ohne dies klar zu benennen. So ist denkbar, dass im Urteil nur verklausuliert, etwa durch Nennung der „Lebensumstände“ der Mutter, auf ihre sexuelle Orientierung Bezug genommen wird. Zum anderen ist es im Einzelfall auch denkbar, dass es das Kindeswohl ohnehin erfordert hätte, das Sorgerecht dem Vater zuzuweisen, die sexuelle Orientierung der Mutter also zwar (menschensrechtswidrig) vom Familiengericht zur Begründung herangezogen, die Entscheidung aber im Ergebnis korrekt dem Kindeswohl entsprechend getroffen wurde, weil andere Umstände auch für eine Zuweisung des Sorgerechts zum Vater sprachen. Zwischen der Argumentation mit der sexuellen Orientierung der Mutter und der getroffenen familiengerichtlichen Entscheidung besteht also kein hinreichender Kausalzusammenhang.⁷² Es kann daher nicht pauschal und losgelöst vom Einzelfall davon ausgegangen werden, dass alle Sorgerechtszuweisungen, in denen mit der sexuellen Orientierung der Mutter argumentiert wurde, im Ergebnis unzutreffend sind.

Der Unterschied zu strafrechtlichen Verurteilungen nach §§ 175, 175a StGB, die pauschal als Unrecht gewertet werden können, besteht darin, dass in den Fällen der Sorgerechtszuweisungen zwar die Argumentation mit der sexuellen Orientierung der Mutter pauschal als Unrecht angesehen werden kann, der Unrechtsgehalt des Ergebnisses aber von den Einzelfallumständen abhängt. Eine Aufhebung könnte vor diesem Hintergrund nur insofern erfolgen, als dass die Sorgerechtszuweisung zwingend auf der sexuellen Orientierung der Mutter beruhte.

Auch darüber hinaus ist fraglich, ob eine Aufhebung der Entscheidung ein geeignetes Mittel zur Rehabilitierung in diesen Fällen wäre. Strafrechtlichen Verurteilungen haftet eine dauerhafte Unrechtsaussage, ein „Strafmakel“,⁷³ an, der nur durch eine Aufhebung des Urteils behoben werden kann.⁷⁴ Familiengerichtliche Sorgerechtsentzüge können von Betroffenen zwar ebenfalls als Bestrafung oder auch (moralische) Verurteilung ihrer sexuellen Orientierung wahrgenommen werden. Gesamtgesellschaftlich werden sie aber nicht vergleichbar verpönt wie strafrechtliche Verurtei-

71 So ausdrücklich die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 18/12038, S. 1.

72 Zum Ganzen auch bereits B. II. 3.

73 BT-Drucks. 18/12038, S. 11.

74 Dazu ausführlich BT-Drucks. 18/12038, S. 11.

lungen. Für Dritte ist zudem aus dem Umstand einer Sorgerechtszuweisung zum anderen Elternteil auch nicht ersichtlich, aus welchen Gründen diese erfolgt ist. Ein mit dem Bundeszentralregister vergleichbares Register über familiengerichtliche Sorgerechtszuweisungen gibt es nicht. Ein „Makel“, der mit einer symbolischen Aufhebung beseitigt werden könnte und müsste, existiert daher nicht.

Ein weiterer Unterschied zu einer strafrechtlichen Verurteilung einer Person⁷⁵ besteht darin, dass von der familiengerichtlichen Sorgerechtszuweisung nicht nur die Mutter betroffen war, der das Sorgerecht entzogen wurde, sondern auch das Kind und der Vater. Eine Aufhebung des Urteils hätte zwar keine materiellen Folgen mehr für das Sorgerecht, da alle Kinder aus den betroffenen Fällen heute erwachsen sind. Eine Aufhebung einer Entscheidung, von deren unzutreffendem Ergebnis wie gerade beschrieben nicht pauschal ausgegangen werden kann, träge aber mittelbar dennoch auch eine Aussage über den Vater.

Insgesamt ist die im StrRehaHomG vorgesehene Maßnahmen der Rehabilitierung durch Aufhebung des Urteils mithin auf familiengerichtliche Sorgerechtszuweisungen, die mit der sexuellen Orientierung der Mutter begründet wurden, nur sehr eingeschränkt übertragbar.

3. Alternative Maßnahmen zur Anerkennung und Wiedergutmachung

Zur Rehabilitierung kommt neben einer Aufhebung durch Gesetz auch die Feststellung der Unrechtmäßigkeit der Sorgerechtszuweisung in Betracht. Auch insofern könnte die Unrechtmäßigkeit wie beschrieben von vornherein nur festgestellt werden, soweit die Sorgerechtszuweisung auf der sexuellen Orientierung der Mutter beruhte. Es würde sich dabei um einen symbolischen Akt handeln, da die Kinder aus den betroffenen Verfahren mittlerweile erwachsen sind und für sie kein Sorgerecht mehr besteht.

Problematisch an dieser Maßnahme ist allerdings, dass die Überprüfung der Rechtmäßigkeit von gerichtlichen Entscheidungen nach dem Prinzip der Gewaltenteilung den Gerichten selbst und – wenn es um verfassungsrechtliche Fragen geht – allein dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten ist. Per Gesetz festzustellen, dass gerichtliche Entscheidungen unrechtmäßig oder gar verfassungswidrig sind, läuft diesem Prinzip zuwider.⁷⁶ Zwar kann eine Durchbrechung im Einzelfall, wie beim StrRehaHomG, gerechtfertigt sein, wenn besonders gewichtige, den Erwägungen der Rechtssicherheit übergeordnete Gründe dazu Anlass geben.⁷⁷ Die oben geschilderten Unterschiede zwischen strafrechtlichen Verurteilungen und familiengerichtlichen Sorgerechtszuweisungen

75 Im Fall der §§ 175, 175a StGB kommt als weitere Besonderheit hinzu, dass es sich um opferlose Straftaten gehandelt hat, BT-Drucks. 18/12038.

76 Dazu BVerfG, Beschluss vom 12.6.1986, 2 BvL 5/80, 2 BvL 17/82, 2 BvR 635/80, BVerfGE 72, 302, 328.

77 Dazu ausführlich BT-Drucks. 18/12038, S. 12 f.

müssen jedoch wiederum beachtet werden. Insofern erscheint auch die Feststellung der Unrechtmäßigkeit der Sorgerechtszuweisung nur schwer umsetzbar.

4. Zusammenfassung

Die rechtlichen Instrumente im geltenden Recht bieten kaum Möglichkeiten, menschenrechtswidrige Sorgerechtsentscheidungen anzuerkennen oder wiedergutzumachen, da weder § 1696 BGB noch spezialgesetzliche Rehabilitierungsnormen auf familienrechtliche Sorgerechtszuweisungen passen. Zwar ließe sich de lege ferenda an Rehabilitierungsgesetze wie das StrRehaHomG anknüpfen. Familiengerichtliche Entscheidungen unterscheiden sich jedoch strukturell von strafrechtlichen Verurteilungen, so dass eine Rehabilitierung durch pauschale Aufhebung auf verschiedene Hürden stößt und nur eingeschränkt übertragbar ist. Auch die alternative Maßnahme der gesetzlichen Feststellung der Unrechtmäßigkeit stößt an die Grenze der Gewaltenteilung.

III. Politische Maßnahmen zur Anerkennung und Wiedergutmachung

Neben rechtlichen Maßnahmen zur Anerkennung und Wiedergutmachung kommen auch politische Maßnahmen in Betracht.

1. Parlamentarische Maßnahmen

Insbesondere ist an parlamentarische Maßnahmen zu denken. Die Frage des Sorgerechts bei lesbischen und bisexuellen Müttern könnte etwa Gegenstand einer Bundestagsdebatte sein. Eine Möglichkeit der Umsetzung wäre die Vorbereitung eines Antrags zu diesem Thema. Vorbild kann insofern etwa der fraktionsübergreifende Antrag „Aufarbeitung Zwangsadoptionen in der SBZ/DDR 1945 – 1989“⁷⁸ aus dem Jahr 2019 sein. In diesem Antrag wird in einem ersten Schritt Folgendes festgestellt:

„Unter dem Begriff Zwangsadoption in der SBZ/DDR summieren sich Vorgänge von Kindeswegnahmen in der SBZ/DDR, die bisher nicht oder nur unzureichend untersucht wurden. Sie stehen offenbar vielfach in Zusammenhang mit politischer Haft, Ausreise oder anderweitiger politisch motivierter Repression gegen die leiblichen Eltern.“⁷⁹

Nach einer Zusammenfassung der heutigen Kenntnisse über Verluste naher Familienangehöriger, auch im Kontext von Adoptionen, schließt die Feststellung mit folgendem Satz:

⁷⁸ BT-Drucks. 19/11091.

⁷⁹ BT-Drucks. 19/11091, S. 1.

„Das Leid der Betroffenen von Zwangsadoptionen in der ehemaligen SBZ/DDR als politische Opfer ist anzuerkennen.“⁸⁰

Ähnlich könnte auch eine Feststellung ausgestaltet sein, die das Unrecht anerkennt, das lesbischen und bisexuellen Müttern durch Sorgerechtsentzüge widerfahren ist.

In einem zweiten Schritt sieht der Antrag „Aufarbeitung Zwangsadoptionen in der SBZ/DDR 1945 - 1989“⁸¹ konkrete Maßnahmen zur Aufarbeitung vor.

Schon die Bundestagsdebatte über einen vergleichbaren Antrag könnte die Funktion erfüllen, das Unrecht, das lesbischen und bisexuellen Müttern durch Sorgerechtsentzüge geschehen ist, sichtbar(er) zu machen und symbolisch anzuerkennen. Da die parlamentarischen Debatten öffentlich sind, bieten sie das Potential, live oder als Aufzeichnung von einer großen Anzahl an Zuschauer*innen verfolgt und von Medienberichterstattung aufgegriffen zu werden. Die Debatte über den Antrag könnte in einem Bundestagsbeschluss münden, der gleichzeitig Vorbereitung für weitere Maßnahmen sein kann.

2. Beschluss einer Fachminister*innen-Konferenz

Zu denken ist darüber hinaus auch an einen Beschluss einer Fachminister*innen-Konferenz der Länder. Diese Beschlüsse haben zwar keine unmittelbaren Rechtswirkungen, dokumentieren aber gemeinsamen politischen Willen. Thematisch kann die Frage von Anerkennung und Wiedergutmachung für menschenrechtswidrige Sorgerechtsentzüge in den Zuständigkeitsbereich der Konferenz der Gleichstellungs- und Frauenministerinnen und -minister der Länder (GFMK) oder der Jugend- und Familienministerkonferenz (JFMK) gefasst werden.

Ähnlich wie bei einer Bundestagsdebatte und ein Bundestagsbeschluss kann die Funktion eines Beschlusses einer Fachminister*innen-Konferenz darin liegen, das erfahrene Unrecht offiziell anzuerkennen und öffentlich sichtbar zu machen. Die Tagungen der Fachminister*innen-Konferenzen sind zwar anders als Bundestagsdebatten für die allgemeine Öffentlichkeit nicht zugänglich und werden auch nicht aufgezeichnet. Die gefassten Beschlüsse werden aber veröffentlicht,⁸² so dass eine gewisse Öffentlichkeit garantiert ist. Der Begründungsteil des Beschlusses kann darüber hinaus auch zur eine Informations- und Aufklärungsfunktion erfüllen, indem dort bisherige Erkenntnisse über menschenrechtswidrige Sorgerechtsentzüge zusammengetragen werden.

Neben der ausdrücklichen Anerkennung des Unrechts und der Information über den Erkenntnis-

80 BT-Drucks. 19/11091, S. 1.

81 BT-Drucks. 19/11091, S. 1 f.; dazu unter 3.

82 Etwa für die GFMK unter <<https://www.gleichstellungsministerkonferenz.de/Beschluesse.html>>, letzter Abruf am 10.12.2025.

stand kann ein Beschluss einer Fachminister*innen-Konferenz darüber hinaus auch dazu genutzt werden, die Bundesregierung zu weiteren konkreten Maßnahmen aufzufordern, etwa zur Einführung einer Entschädigungsmöglichkeit⁸³ oder zur Förderung weiterer Aufarbeitung.

3. Weitere Maßnahmen

Unter die offenen Begriffe der Anerkennung und Wiedergutmachung lassen sich daneben auch weitere Maßnahmen fassen. Auch die Förderung von weiterer wissenschaftlicher Forschung,⁸⁴ die Förderung von Hilfsangeboten und Community- oder Peer-Projekten sowie Öffentlichkeitsarbeit und Awareness-Kampagnen lassen sich als Maßnahmen der Anerkennung und Wiedergutmachung verstehen. Hier könnte es sich anbieten, sich auf die spezifischen Belange lesbischer oder bisexueller Mütter zu konzentrieren.

All diese Maßnahmen können dazu beitragen, das Unrecht, das lesbischen und bisexuellen Müttern widerfahren ist, sichtbar zu machen und aufzuarbeiten. Auch darin kann eine Form von Anerkennung liegen, die zur staatlichen Aufarbeitung historischen Unrechts beiträgt.

IV. Zusammenfassung

Während rechtliche Maßnahmen zur Anerkennung und Wiedergutmachung im Kontext von Sorgerechtsentzügen bei lesbischen und bisexuellen Müttern sowohl *de lege lata* als auch *de lege ferenda* an verschiedene Grenzen stoßen, sind politische Maßnahmen möglich.

83 Dazu unter F.

84 Anregungen dazu finden sich etwa bei Plötz, „... In ständiger Angst ...“, 2021, 186 f.

F.

Möglichkeiten
der Entschädi-
gung

Abschließend sollen nun auch Möglichkeiten der monetären Entschädigung de lege lata und de lege ferenda in den Blick genommen werden.⁸⁵

I. Möglichkeiten der Entschädigung de lege lata

Zunächst soll dabei nach Entschädigungsmöglichkeiten im geltenden Recht gefragt werden.

1. Individuelle Entschädigung wegen Amtshaftung, Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB

Das deutsche Recht kennt eine Entschädigungsmöglichkeit für staatliches Verschulden, nämlich die sogenannte Amtshaftung nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB. Der Grundtatbestand des Entschädigungsanspruchs ist in § 839 Abs. 1 BGB geregelt:

„Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.“

Der im Zusammenhang mit der Verantwortung des Staats für historisches Unrecht bereits erwähnte Art. 34 GG stellt darüber hinaus klar, gegen wen sich der Anspruch bei einer Amtspflichtverletzung richtet:

„Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten. Für den Anspruch auf Schadensersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden.“

Ob lesbische und bisexuelle Mütter, denen menschenrechtswidrig das Sorgerecht für ihre Kinder entzogen wurde, nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB einen Anspruch auf Schadensersatz haben, ist allerdings fraglich.

a) Voraussetzungen des Grundtatbestandes

Der Anspruch nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB setzt zunächst voraus, dass in Ausübung eines öffentlichen Amtes gehandelt wurde. Auch die richterliche Tätigkeit ist eine Amtsausübung in diesem Sinne.⁸⁶ Familienrechtliche Sorgerechtszuweisungen sind demnach dem Grunde erfasst. Verletzt

⁸⁵ Dieser Abschnitt antwortet auf die Leitfragen (1) e) und f) sowie (4) a), b), c), d) und e), dazu oben A. I.

⁸⁶ Wiegler, in: jurisPK-BGB, § 839 Rn. 229.

eine solche Entscheidung eine Partei in ihren Grundrechten, kann auch von der Verletzung einer drittgerichteten Amtspflicht ausgegangen werden.⁸⁷

Darüber hinaus müsste festgestellt werden, dass der*die urteilende Richter*in schuldhaft, also vorsätzlich oder fahrlässig, gehandelt hat, dass ein Schaden eingetreten ist und dass dieser kausal auf der Amtspflichtverletzung beruht. Diese Prüfungspunkte müssen für einen Amtshaftungsanspruch im Einzelfall geprüft werden, wobei die Beweislast nach den allgemeinen Grundsätzen die Partei trägt, die den Anspruch geltend macht, also die von dem Sorgerechtsentzug betroffene Mutter.⁸⁸ Hinsichtlich des Verschuldens genügt im Allgemeinen der Beweis eines Sachverhalts, der „nach dem regelmäßigen Ablauf der Dinge die Folgerung begründet, dass ein Beamter seine Amtspflicht schuldhaft verletzt hat“.⁸⁹ Trotz dieser Beweiserleichterung kann schon der Nachweis des Grundtatbestands im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten und legt Müttern, die auf diese Weise einen Schadensersatzanspruch erstreiten wollen, hohe Hürden auf.

b) Ausnahme für Spruchrichterprivileg, § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB

Darüber hinaus besteht für den Anspruch aus § 839 Abs. 1 BGB eine wesentliche Ausnahme. So schränkt § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB den Anspruch für richterliche Entscheidungen ein. Im sogenannten Spruchrichterprivileg heißt es:

„Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstandenen Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht.“

Ein Ersatzanspruch wegen einer Amtspflichtverletzung, die durch ein Urteil begangen wurde, setzt mithin voraus, dass die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht.

a. Sorgerechtszuweisungen als Urteil i.S.v. § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB

Im Hinblick auf familienrechtliche Sorgerechtszuweisungen stellt sich dabei zunächst die Frage, ob diese ein Urteil i.S.v. § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB sein können. Verfahren, die die elterliche Sorge betreffen, sind als Kindschaftssachen nach § 151 Nr. 1 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) dem Familiengericht zugewiesen und werden durch Beschluss entschieden, § 38 Abs. 1 Satz 1 FamFG. Vom Wortlaut von § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB („Urteil“) sind Sorgerechtszuweisungen damit nicht erfasst.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind aber vom Begriff des Urteils in § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB auch alle Entscheidungen, die als Beschluss ergehen, aber als „urteilsvertretende Er-

87 Zu dieser Voraussetzung ausführlich Wiegler, in: jurisPK-BGB, § 839 Rn. 124 ff.

88 Zum Ganzen Thomas, in: BeckOGK BGB § 839 Rn. 870 ff., zu Beweiserleichterungen Rn. 875 ff.

89 BGHZ 212, 303 Rn. 40; BeckRS 1957, 31206202 (zu III 3 a); zum Ganzen Thomas, in: BeckOGK BGB § 839 Rn. 873.

kenntnisse“ angesehen werden können.⁹⁰ Über familiengerichtliche Sorgerechtszuweisungen hatte der Bundesgerichtshof zwar bisher nicht zu entscheiden. Es ist daher danach zu fragen, ob sie die Voraussetzungen erfüllen, die der Bundesgerichtshof für „urteilsvertretende Erkenntnisse“ aufstellt. Wäre dies der Fall, könnten auch Sorgerechtszuweisungen nur dann einen Amtshaftungsanspruch auslösen, wenn die Entscheidung in einer Straftat, etwa Rechtsbeugung nach § 339 StGB, besteht.

Der Bundesgerichtshof setzt für „urteilsvertretende Erkenntnisse“ einerseits voraus, dass das zugrundeliegende Verfahren ein Erkenntnisverfahren ist, das sich nach bestimmten prozessualen Regeln richtet und dessen Ziel im Wesentlichen die Anwendung materieller Rechtsnormen auf einen konkreten Fall ist. Dazu gehören insbesondere die Wahrung des rechtlichen Gehörs, die Ausschöpfung der in Betracht kommenden Rechtsmittel und die Begründung des Spruchs.⁹¹ Familiengerichtliche Sorgerechtszuweisungen erfüllen dieses Kriterium, da sie sich nach den Verfahrensvorschriften des FamFG richten und die materiellen Regeln der § 1626a BGB, § 1671 BGB oder § 1696 BGB auf einen konkreten Fall anwenden. Im Sorgeverfahren sind das Kind und die Eltern zu hören (§§ 159, 160 FamFG) und der Beschluss ist zu begründen (§ 38 Abs. 3 Satz 1 FamFG).

Andererseits nimmt der Bundesgerichtshof eine „urteilsvertretende Erkenntnis“ nur dann an, wenn nach Sinn und Zweck der Regelung eine jederzeitige erneute Befassung des Gerichts in der formell rechtskräftig entschiedenen Sache ausgeschlossen ist.⁹² Dem könnte entgegenstehen, dass familienrechtliche Sorgerechtsbeschlüsse nicht in materielle Rechtskraft erwachsen, sondern durch eine Abänderungsentscheidung nach § 1696 Abs. 1 Satz 1 BGB nachträglich korrigiert werden können. Allerdings sind Sorgerechtsbeschlüsse nicht beliebig änderbar, sondern nur, wenn dies aus „triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen“ angezeigt ist, § 1696 Abs. 1 Satz 1 BGB. Für eine Abänderungsentscheidung muss also eine Veränderung des Sachverhalts eingetreten sein, die eine erneute Entscheidung rechtfertigt. Eine jederzeitige erneute Befassung des Gerichts mit der formell rechtskräftig getroffenen Sorgerechtszuweisung ist damit nicht möglich, so dass auch das zweite Kriterium des Bundesgerichtshofs erfüllt ist. Im Ergebnis ist damit davon auszugehen, dass familiengerichtliche Sorgebeschlüsse Urteile i.S.v. § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB sind. Ein Amtshaftungsanspruch nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 Abs. 1 BGB wegen der Verletzung einer Amtspflicht setzt damit in diesen Fällen voraus, dass die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht.

b. Sorgerechtszuweisungen im Einzelfall als Straftat

Als Straftaten, die einen Ersatzanspruch begründen, kommen insbesondere Vorteilsnahme (§ 331

90 BGH, Urteil vom 9.12.2004 - III ZR 200/04, BGHZ 161, 298 Rn. 9 f.

91 BGH, Urteil vom 9.12.2004 - III ZR 200/04, BGHZ 161, 298 Rn. 9 f.; ausführlich zum Ganzen auch OLG Hamm, Urteil vom 11.8.2021 - I-11 U 136/20, FamRZ 2022, 204 Rn. 64 ff.

92 BGH, Urteil vom 9.12.2004 - III ZR 200/04, BGHZ 161, 298 Rn. 9 ff.; dazu bereits ausführlich OLG Hamm, Urteil vom 11.8.2021 - I-11 U 136/20, FamRZ 2022, 204 Rn. 68 f.

Abs. 2 StGB), Bestechlichkeit (§ 332 Abs. 2 StGB) und Rechtsbeugung (§ 339 StGB) in Betracht. In Fällen von Sorgerechtszuweisungen aufgrund der sexuellen Orientierung der Mutter ist insbesondere an die Rechtsbeugung nach § 339 StGB zu denken. Dort heißt es:

„Ein Richter, ein anderer Amtsträger oder ein Schiedsrichter, welcher sich bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache zugunsten oder zum Nachteil einer Partei einer Beugung des Rechts schuldig macht, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren bestraft.“

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfüllt dabei nicht jede unrichtige Rechtsanwendung, die zu einer nicht mehr vertretbaren Entscheidung führt, den objektiven Tatbestand von § 339 StGB. Vielmehr muss der erforderliche Rechtsbruch die Qualität eines elementaren Verstoßes gegen die Rechtspflege darstellen, bei der sich der Amtsträger bewusst und in schwerwiegender Weise von Recht und Gesetz entfernt.⁹³

Ob eine Sorgerechtszuweisung, die mit der sexuellen Orientierung der Mutter begründet wurde, diese Hürde erreicht, ist fraglich. Denn einerseits verletzen die Sorgerechtsentzüge wie dargestellt zwar die im Grundgesetz und in der Europäischen Menschenrechtskonvention garantierten Rechte der Mütter. Andererseits ist fraglich, ob sich der*die Richter*in tatsächlich in jedem Fall bewusst und in schwerwiegender Weise von Recht und Gesetz entfernt. Insbesondere ist dabei wiederum zu berücksichtigen, dass es sich beim Kindeswohl um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, der durch Auslegung des Familiengerichts gefüllt werden muss und somit einen gewissen Entscheidungsspielraum des*der Richter*in inhärent voraussetzt. Ob die Schwelle der Rechtsbeugung erreicht ist, hängt dann von den Einzelfallumständen und der konkreten Begründung des Urteils ab. Für die Frage eines Amtshaftungsanspruchs bedeutet dies auf individueller Ebene wiederum eine hohe Hürde und ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit für Mütter, die den Anspruch erstreiten wollen.

c) Rechtsfolge

Durch Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB ersatzfähig sind zudem nur konkrete Schäden. Wie allgemein im deutschen Schadensrecht gilt der Grundsatz der Naturalrestitution (§ 249 BGB), wonach (lediglich) der Zustand herzustellen ist, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Betroffene müssten also belegen, welche konkreten materiellen Schäden ihnen durch den Sorgerechtsentzüge entstanden sind. Ein darüberhinausgehendes Schmerzensgeld kann nach § 253 Abs. 1 BGB nur in gesetzlich ausdrücklich regulierten Fällen gefordert werden.

⁹³ Zuletzt etwa BGH, Beschluss vom 18.4.2024 – 6 StR 386/23, NStZ-RR 2024, 243 Rn. 20.

d) Verjährung

Darüber hinaus sind viele der Amtshaftungsansprüche mittlerweile verjährt, da der Anspruch aus Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB der regelmäßigen Verjährungsfrist unterliegt, die nach § 195 BGB drei Jahre beträgt und mit Ablauf des Jahres beginnt, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen, § 199 Abs. 1 BGB.

e) Zusammenfassung

Einer Mutter, die über den Amtshaftungsanspruch nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB versucht, auf individueller Ebene einen Anspruch auf Schadensersatz zu erstreiten, stehen viele Hürden entgegen: Schon der Grundtatbestand wird im Einzelfall nur schwer nachweisbar sein und viele Fälle sind durch das Richterspruchprivileg nach § 839 Abs. 2 BGB ausgenommen oder verjährt. Eine realistische Entschädigungsmöglichkeit ist der Amtshaftungsanspruch für viele Mütter, die von menschenrechtswidrigen Sorgerechtszuweisungen aufgrund ihrer sexuellen Orientierung betroffen waren, damit nicht.

2. Weitere individuelle oder pauschalisierte Entschädigungsmöglichkeiten de lege lata

Darüber hinaus gibt es auf individueller Ebene keine Entschädigungsmöglichkeiten im geltenden Recht. Auch ein Spezialgesetz zur pauschalisierten Entschädigung von Müttern oder Kindern, die von menschenrechtswidrigen Sorgerechtsentzügen betroffen waren, existiert nicht.

3. Zusammenfassung

De lege lata können von menschenrechtswidrigen Sorgerechtsentzügen betroffene Mütter oder Kinder eine Entschädigung in Geld mithin nicht realistisch erreichen.

II. Möglichkeiten der Entschädigung de lege ferenda

De lege ferenda könnte sich die Legislative allerdings ohne Weiteres dazu entscheiden, eine Entschädigungsmöglichkeit für Mütter oder Kinder, die von menschenrechtswidrigen Sorgerechtsentzügen betroffen waren, gesetzlich einzuführen.

1. Regelungsinhalt

Für eine gesetzliche Entschädigungsmöglichkeit müssten Entscheidungen zu verschiedenen Fragen getroffen werden.

a) Anspruchsberechtigung

So müsste zunächst im Rahmen der Anspruchsberechtigung entschieden werden, wer eine Entschädigung beantragen können soll. Neben den Müttern, die von menschenrechtswidrigen Sorgerechtsentzügen betroffen waren, kommen insbesondere die Kinder, die infolge der familiengerichtlichen Entscheidung bei ihren Vätern aufwuchsen, als Anspruchsberechtigte in Betracht. In den vorherigen Ausführungen stand bisher – den Leitfragen geschuldet – die Perspektive der Mutter im Vordergrund, deren Rechte durch die menschenrechtswidrige Sorgerechtszuweisung verletzt wurden. Auch jedes Kind hat aber ein Recht darauf, bei seinen (beiden) Eltern aufzuwachsen und von ihnen betreut zu werden. Dies ist etwa in Art. 7 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 1 UN-Konvention über die Rechte des Kindes (UN-Kinderrechtskonvention) ausdrücklich festgehalten. Diese Gründe streiten dafür, neben den Müttern, die von menschenrechtswidrigen Sorgerechtszuweisungen betroffen waren, auch ihre Kinder als Anspruchsberechtigte zuzulassen.

b) Voraussetzungen für Entschädigung und Beweislast

Gesetzgeberisch entschieden werden müsste weiterhin, an welche Voraussetzungen eine Entschädigung geknüpft werden soll. Hierzu müssten Tatbestandsvoraussetzungen formuliert werden, die – möglichst alle – Fälle menschenrechtswidriger Sorgerechtsentzüge erfassen.

Insbesondere drei Konstellationen könnten in diesem Zusammenhang herausfordernd sein.

Zunächst könnte die praktische Herausforderung bestehen, dass Urteile oder Akten im Gericht oder bei den betroffenen Familien nicht mehr vorhanden sind, so dass kein Nachweis darüber geführt werden kann, dass die Sorgerechtszuweisung auf der sexuellen Orientierung der Mutter beruhte.

Eine zweite Herausforderung stellen auch hier wiederum die „unsichtbaren“ Fälle dar, in denen das Urteil zwar tatsächlich auf der sexuellen Orientierung der Mutter beruht, sich dies in der Entscheidung aber nicht oder nur verklausuliert („Lebensumstände“) widerspiegelt. Diesen beiden Fallkonstellationen könnte man begegnen, indem man grundsätzlich die Glaubhaftmachung der Tatbestandsvoraussetzungen ausreichen lässt und regelt, dass zur Glaubhaftmachung auch die eidesstattliche Versicherung des*der Anspruchsberechtigten zugelassen werden kann.⁹⁴

Daneben erscheinen auch Fälle herausfordernd, in denen die sexuelle Orientierung der Mutter zwar erwähnt wird, aber unklar bleibt, ob die familiengerichtliche Sorgerechtszuweisung auf diesem Umstand beruht. Um diese Fälle einzuschließen, könnte eine gesetzliche Vermutungsregelung vorgesehen werden, die vorsieht, dass im Zweifel von der Kausalität auszugehen ist. Dies birgt das Risiko, dass möglicherweise auch einzelne Fälle erfasst werden, in denen die familiengerichtliche Sorgerechtszuweisung letztlich nicht auf der sexuellen Orientierung der Mutter beruht. Dieses Risi-

⁹⁴ So auch in § 5 Abs. 2 StrRehaHomG.

ko könnte angesichts der insgesamt eher geringen Fallzahl und der Schwere der Menschenrechtsverletzung aber gerechtfertigt sein.

c) Höhe der Entschädigung

Schließlich muss auch eine Entscheidung zur Höhe der Entschädigung getroffen werden. Anhaltspunkte dafür können die bereits erwähnten Rehabilitierungsgesetze⁹⁵ oder auch die Instanzrechtsprechung zu Amtshaftungsansprüchen bieten.

2. Zusammenfassung

Für die Einführung einer Entschädigungsmöglichkeit de lege ferenda müssen gesetzgeberische Entscheidungen insbesondere über die Anspruchsberechtigung, die Voraussetzungen des Anspruchs und die Höhe der Entschädigung getroffen werden. Dabei handelt es sich letztlich um politische Entscheidungen, die hier nur angerissen werden konnten.

III. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass es im geltenden Recht keine realistischen Möglichkeiten der monetären Entschädigungen für Mütter gibt, denen menschenrechtswidrig das Sorgerecht für ihre Kinder entzogen wurde. De lege ferenda kann sich die Legislative aber dafür entscheiden, eine solche Entschädigungsmöglichkeit zu schaffen.

⁹⁵ Das StrRehaHomG sieht etwa eine Entschädigung in Höhe von 3.000 € je aufgehobenes Urteil und 1.500 € je angefangenes Jahr erlittener Freiheitsentziehung vor, § 5 Abs. 2 StrRehaHomG.

G.

Wesentliche
Ergebnisse und
Handlungs-
möglichkeiten

Als wesentliche Ergebnisse der Expertise lassen sich damit die folgenden Punkte festhalten:

1. Sorgerechtsentzüge, die mit der sexuellen Orientierung der Mutter begründet wurden, sind als Verletzung von Menschenrechten zu qualifizieren. Sie verstoßen sowohl gegen die Europäische Menschenrechtskonvention (Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK) als auch gegen das deutsche Grundgesetz (Art. 6 Abs. 2 GG, Art. 3 Abs. 1 GG).
2. Der Staat trägt die Verantwortung für die Aufarbeitung historischen Unrechts. Dies ergibt sich aus einer Gesamtschau zentraler Verfassungsvorgaben, insbesondere der Grundrechtsbindung des Staates (Art. 1 Abs. 3 GG) und dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG). Die Verantwortung des Staates spiegelt sich institutionell auch in den Regelungen zur Rechtsweggarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) und der Amtshaftung (Art. 34 GG).
3. Im geltenden Recht gibt es für Mütter, die von menschenrechtswidrigen Sorgerechtsentzügen betroffen waren, weder eine Möglichkeit der Anerkennung und Wiedergutmachung noch eine realistische Möglichkeit der Entschädigung.

Im Anschluss daran ergeben sich die folgenden Handlungsmöglichkeiten für den Bund:

1. Als Maßnahmen der Anerkennung und Wiedergutmachung sind politische Maßnahmen möglich. Zu denken ist insbesondere an eine parlamentarische Debatte, in welcher das Unrecht der betroffenen Mütter anerkennt und öffentliche Sichtbarkeit erzeugt werden kann. Als politische Möglichkeit ist darüber hinaus die Förderung von weiterer Forschung, Community-Projekten oder Awareness-Kampagnen möglich.
2. Gesetzgeberisch kann darüber hinaus de lege ferenda eine Entschädigungsmöglichkeit für Mütter, denen menschenrechtswidrig das Sorgerecht entzogen wurde, und für ihre Kinder geschaffen werden.

H.

Zusammen-
fassung

Die Forschung zu Sorgerechtsentzügen bei lesbischen und bisexuellen Müttern steht insgesamt noch an ihrem Anfang. Die bisherigen Ergebnisse zeigen jedoch bereits, dass lesbische und bisexuelle Mütter häufig mit dem Verlust des Sorgerechts für ihre Kinder rechnen mussten, wenn sie nach einer Scheidung in einer Beziehung mit einer Frau lebten. Diese Diskriminierung basierte primär auf gesellschaftlichen Normalitätsvorstellungen und Vorbehalten gegenüber gleichgeschlechtlichen Beziehungen. Aus der Perspektive von Betroffenen besteht ein Bedürfnis nach Aufarbeitung, Anerkennung und Entschädigung. Vor diesem Hintergrund hat die vorliegende juristische Expertise die Frage gestellt, welche Verantwortung die Bundesrepublik Deutschland bei der Aufarbeitung dieser Sorgerechtsentzüge trifft und welche rechtlichen und politischen Handlungsmöglichkeiten es gibt.

Sorgerechtsentzüge als Verletzung von Menschenrechten

Sorgerechtsentzüge, die allein wegen der sexuellen Orientierung eines Elternteils erfolgen, verletzen die Menschenrechte dieses Elternteils. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat dies bereits in zwei Entscheidungen ausdrücklich entschieden. Im Fall „Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal“ aus dem Jahr 1999 wurde dem Vater, der in einer gleichgeschlechtlichen Beziehung lebte, das Sorgerecht nach der Scheidung zwar zunächst zugesprochen, dann jedoch wieder entzogen. Das portugiesische Gericht begründete dies mit seiner Homosexualität. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sah darin eine unzulässige Diskriminierung nach Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK. Ähnlich entschied der Gerichtshof im Jahr 2021 im Fall „X v. Poland“, in dem einer Mutter das Sorgerecht entzogen wurde, weil sie in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft lebte. Auch hierin sah der Gerichtshof eine unzulässige Diskriminierung.

Das deutsche Bundesverfassungsgericht hatte einen ähnlichen Fall noch nicht zu entscheiden. Das deutsche Grundgesetz schützt aber die Rechte der Eltern in Art. 6 Abs. 2 GG. Sorgerechtszuweisungen nach einer Trennung greifen in dieses Grundrecht ein und müssen daher gerechtfertigt werden. Die sexuelle Orientierung einer Person, die selbst auch vom Grundgesetz geschützt ist, rechtfertigt den Eingriff in das Elterngrundrecht nicht. Auch der Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verbietet Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung.

Mütter, denen das Sorgerecht allein aufgrund ihrer sexuellen Orientierung oder einer gleichgeschlechtlichen Beziehung entzogen wurde, wurden mithin in ihren Menschenrechten verletzt.

Verantwortung des Staats für Aufarbeitung

Der Staat trägt die Verantwortung für die Aufarbeitung dieses historischen Unrechts. Dies ergibt sich ebenfalls aus der Verfassung, die den Staat an die Grundrechte bindet (Art. 1 Abs. 3 GG, Art. 20 Abs. 3 GG). Alle staatlichen Organe müssen die Grundrechte aller Bürger*innen achten. Im Umkehrschluss trägt der Staat daher auch die Verantwortung für Grundrechtsverletzungen. Das

Grundgesetz sieht daher sogar eine Haftung des Staates für Amtspflichtverletzungen durch seine Amtsträger*innen vor (Art. 34 GG). Zusammen zeigen diese Normen, dass der Staat verpflichtet ist, Grundrechtsverletzungen durch staatliche Organe anzuerkennen und aufzuarbeiten.

Aktuell keine Möglichkeiten der Anerkennung oder Entschädigung

Obwohl Mütter, denen aufgrund ihrer sexuellen Orientierung das Sorgerecht entzogen wurde, also in ihren Menschenrechten verletzt wurden und der Staat die Verantwortung für die Aufarbeitung trägt, gibt es im geltenden Recht keine Möglichkeit der Anerkennung, Wiedergutmachung oder Entschädigung. Eine familiengerichtliche Abänderungsentscheidung (§ 1696 Abs. 1 BGB) ist nicht mehr möglich und vorhandene Rehabilitierungsgesetze passen ihrem Anwendungsbereich nach nicht auf familiengerichtliche Sorgerechtszuweisungen. Auch einem Schadensersatzanspruch wegen einer Amtspflichtverletzung (Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB) stehen im Einzelfall viele Hürden entgegen: Die Voraussetzungen des Anspruchs sind nur schwer nachweisbar und viele Fälle sind bereits verjährt. Ein Entschädigungsgesetz für rechtswidrige Sorgerechtszuweisungen im Familienrecht gibt es nicht.

Rehabilitierung durch Aufhebung der Sorgerechtsentscheidungen?

Es kann darüber nachgedacht werden, ob die betroffenen Mütter durch eine symbolische Aufhebung der Sorgerechtsentscheidung rehabilitiert werden könnten. Diese Maßnahme ist zur Rehabilitierung von schwulen Männern vorgesehen, die wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilt worden sind. Allerdings bestehen zwischen einem Strafurteil und einer familiengerichtlichen Sorgerechtsentscheidung große Unterschiede. So kann bei ihnen – anders bei strafrechtlichen Verurteilungen aufgrund eines grundrechtswidrigen Straftatbestandes – nicht pauschal und losgelöst vom Einzelfall davon ausgegangen werden, dass jede Sorgeentscheidung, die mit der sexuellen Orientierung der Mutter argumentiert hat, im Ergebnis unzutreffend war. Denn obwohl die Argumentation als solche die Menschenrechte der Mutter verletzt, kann das Familiengericht im Einzelfall dennoch eine richtige Entscheidung getroffen haben, etwa weil die Bindung des Kindes zum Vater stärker war oder alle Geschwister beim Vater lebten. Familiengerichtlichen Sorgerechtsentscheidungen sind zudem gesamtgesellschaftlich auch nicht so verpönt wie strafrechtliche Verurteilungen. Ein Makel, der nur durch eine symbolische Aufhebung der Entscheidung behoben werden könnte und müsste, existiert daher nicht. Auf familiengerichtliche Sorgerechtszuweisungen passt die Möglichkeit der Rehabilitierung durch Aufhebung der Entscheidung mithin nur sehr eingeschränkt.

Handlungsmöglichkeiten zur Aufarbeitung und Entschädigung

Um seiner Verantwortlichkeit zur Aufarbeitung dennoch nachzukommen, kann der Staat aber zum einen politische Maßnahmen ergreifen. Möglich ist zum Beispiel eine Debatte im Bundestag, in

der das Unrecht der betroffenen Mütter offiziell anerkennt und öffentlich sichtbar gemacht wird. Auch die Förderung von weiterer Forschung, von Community-Projekten oder von Awareness-Kampagnen kann zur Aufarbeitung beitragen.

Darüber hinaus kann sich die Legislative auch dazu entschließen, eine neue gesetzliche Entschädigungsmöglichkeit für Familien zu schaffen, die von einer menschenrechtswidrigen Sorgerechtszuweisung betroffen waren. Die Legislative muss dabei entscheiden, wer einen Anspruch auf Entschädigung haben soll, welche Voraussetzungen dafür erfüllt sein müssen und wie hoch der Anspruch sein soll.

Aufarbeitung ist möglich

Zusammenfassend lässt sich damit sagen, dass es für menschenrechtswidrige Sorgerechtszuweisungen aufgrund der sexuellen Orientierung der Mutter im geltenden Recht zwar aktuell keine realistischen Wiedergutmachungs- oder Entschädigungsmöglichkeiten gibt, der Staat diese aber schaffen kann. Politische und rechtliche Möglichkeiten stehen dafür bereit.



IMPRESSUM

Senatsverwaltung für Arbeit,
Soziales, Gleichstellung,
Integration, Vielfalt und
Antidiskriminierung

Presse und Öffentlichkeitsarbeit

Oranienstr. 106, 10969 Berlin
Tel.: (030) 9028-0
www.berlin.de/sen/asniva
pressestelle@senasniva.berlin.de

© SenASGIVA
März 2026

Diese Broschüre ist Teil der Öffentlichkeitsarbeit
des Landes Berlin. Sie ist nicht zum Verkauf be-
stimmt und zur Werbung für politische Parteien
darf sie nicht verwendet werden.

Die Publikation erscheint in der Schriftenreihe
„Veröffentlichungen des Fachbereichs für die
Belange von Lesben, Schwulen, Bisexuellen so-
wie trans- und intergeschlechtlichen Menschen
(LSBTI)“, bis 2014 unter dem Titel „Dokumente
lesbisch-schwuler Emanzipation“ bekannt.

Forschungsstand 12/2025

Autorin: Dr. Susanna Roßbach

Redaktion: Marvin Müller, Sonne Wolff

ISBN 978-3-947001-11-8



<http://www.berlin.de/lads/lbsbti>