

# Ehelichkeitsvermutung und Ehelichkeitsanfechtung

Von Hochschulassistentin Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Freiburg i. Br.

## A. Problemstellung

„Pater est quem nuptiae demonstrant“ – ein Kind, das nach der Eheschließung und innerhalb von 302 Tagen nach Auflösung der Ehe geboren wird, gilt als ehelich (§ 1591 Abs. 1 S. 1 BGB). Dabei kommt es im deutschen Recht allein auf das formal zwischen der Kindesmutter und dem Ehemann bestehende Eheband an; ob die Mutter mit dem Mann in einer Lebensgemeinschaft zusammenlebt, ist für die Vermutung der Ehelichkeit des von ihr geborenen Kindes nicht entscheidend.

Die praktische Tragweite dieser Ehelichkeitsvermutung wird erst im Zusammenspiel mit anderen Vorschriften deutlich: Nach § 1593 BGB kann niemand die Nichteelichkeit des als ehelich vermuteten Kindes geltend machen, wenn nicht die Ehelichkeit angefochten und die Nichteelichkeit rechtskräftig festgestellt ist. Zur Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes ist aber grundsätzlich nur der Ehemann der Mutter und – unter bestimmten Voraussetzungen – auch das Kind berechtigt<sup>1)</sup>.

Während schon in den 50er Jahren, aber auch wieder in jüngster Zeit, die weitgehende Beschränkung des Ehelichkeitsanfechtungsrechtes auf den Ehemann Gegenstand juristischer Diskussion<sup>2)</sup> in der Bundesrepublik war und ist, wurde die Berechtigung der Ehelichkeitsvermutung, der sog. pater est-Regel, bislang nicht thematisiert. Im folgenden sollen pater est-Regel und Ehelichkeitsanfechtungsrecht gesondert sowie in ihrem Zusammenspiel unter vergleichender Heranziehung ausländischer Lösungsansätze einer kritischen Betrachtung unterzogen werden.

## B. Die pater est-Regel

### I. Ursprung

Der Ursprung der pater est-Regel liegt im römischen Recht<sup>3)</sup>. Hier war sie freilich nicht viel mehr als eine bloße Auslegungsregel, eine Beweisregel, die den Gegenbeweis erlaubte<sup>4)</sup>. Lehnte der Ehemann die Anerkennung des Kindes ab, so war dieses auf die Klage der Feststellung seiner Ehelichkeit verwiesen. Die pater est-Regel hing damit eng mit der patria potestas, der Gewalt des römischen Hausvaters, und der stark patriarchalen Familienstruktur zusammen.

## II. Rechtsvergleichung

Die pater est-Regel ist die Grundlage des ehelichen Kindschaftsrechts nicht nur im deutschen Recht, sondern auch in ausländischen Rechtsordnungen<sup>5)</sup>. In jüngerer Zeit freilich wurde die pater est-Regel in einigen ausländischen Rechtsordnungen in Frage gestellt und teilweise in ihrem Anwendungsbereich erheblich eingeschränkt.

1. Der weitestgehende Reformvorschlag ist sicher der, die pater est-Regel gänzlich abzuschaffen. Der bisher einzige Versuch in dieser Richtung wurde meines Wissens in Norwegen<sup>6)</sup> unternommen, wo ein Komitee zur Reform des Kindschaftsrechts im Jahre 1977 der Öffentlichkeit einen derartigen Vorschlag unterbreitete. Ziel des Reformvorhabens war die völlige rechtliche Gleichstellung von ehelichen und nichtehelichen Kindern. Die Vaterschaft sollte ohne gesetzliche Vermutungen bei jedem Kind individuell entweder

<sup>1)</sup> Anfechtungsrecht des Ehemannes: § 1594 BGB; ausnahmsweises Anfechtungsrecht der Eltern des Ehemannes: § 1595 a BGB; Anfechtungsrecht des Kindes: § 1596 BGB.

<sup>2)</sup> In den 50er Jahren sprachen sich für ein Anfechtungsrecht der Mutter vor allem aus: H. Krüger, NJW 1954, 1509; Otto, FamRZ 1954, 127; dagegen: Finke, NJW 1953, 606/613; ders., FamRZ 1955, 30/32; Bosch, Rpfleger 1954, 5; Hoffmann, StAZ 1953, 25/31; Dölle, JZ 1953, 353/360. Aus der damaligen Rechtsprechung vgl. bejahend: LG Essen, FamRZ 1955, 263; verneinend: OLG Schleswig, NJW 1954, 156; OLG Hamm, FamRZ 1955, 140; LG Nürnberg-Fürth, FamRZ 1955, 140; OLG Nürnberg, FamRZ 1955, 211; OLG Frankfurt, FamRZ 1956, 113; LG Dortmund, FamRZ 1955, 139. Aus jüngster Zeit vgl. vor allem Zenz/Salgo, Zur Diskriminierung der Frau im Recht der Eltern-Kind-Beziehung (1983), S. 77 ff.; Finger, NJW 1984, 846 ff.

<sup>3)</sup> Vgl. Paulus, D 2, 4, 5.

<sup>4)</sup> Vgl. Kaser, Das Römische Privatrecht, 1. Abschn. (1971), S. 345.

<sup>5)</sup> Vgl. Frankreich: Art. 312 franz. Cc; Italien: Art. 231 ital. Cc; Niederlande: Art. 197 BW; England: Bromley, Family Law (6. Aufl. 1981), S. 257; Cretney, Family Law (3. Aufl. 1979), S. 564; USA: Sec. 4 (a) (1) Uniform Parentage Act; Krause, Family Law (1977), S. 120; 10 Am. Jur. 2d, Bastards § 10; DDR: §§ 54, 61 FGB; Jugoslawien: Jessel, DAVorm. 1980, 338/343. Dölle, Familienrecht, Bd. II (1965), S. 62, spricht deshalb von der universellen Gültigkeit der pater est-Regel.

<sup>6)</sup> Vgl. Lødrup, in: Eekelar/Katz, Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies (1980), S. 413 ff. Gleichartige Feststellung der Vaterschaft fordert auch Tapp, ebenda, S. 437/438.

durch Anerkennung<sup>7)</sup> seitens des Vaters oder durch gerichtliche Entscheidung festgestellt werden. Dieser Vorschlag hat eine Welle öffentlicher Entrüstung ausgelöst, was von einem norwegischen Autor<sup>8)</sup> damit begründet wird, daß die pater est-Regel im öffentlichen Bewußtsein einen hohen symbolischen Wert genieße und der Gedanke an ihre Abschaffung auf heftigen emotionalen Widerstand stoße.

Eine Reihe anderer Rechtsordnungen bekennt sich zwar nach wie vor zu dem Grundsatz der pater est-Regel, hat ihre Tragweite jedoch erheblich eingeschränkt.

2. Nach dem Kindesrechtsreformgesetz von 1977 der kanadischen Provinz *Ontario*<sup>9)</sup> gibt es verschiedene Vaterschaftsvermutungen; eine Vermutung im Sinne der pater est-Regel, eine andere für den Mann, der mit der Mutter des Kindes zusammenlebt<sup>10)</sup>. Treffen mehrere Vaterschaftsvermutungen in einem Fall zusammen, so heben sie sich gegenseitig auf; die Vaterschaft ist dann für das Kind individuell festzustellen.

3. In *Frankreich* wurde die pater est-Regel im Rahmen der grundlegenden Reform des gesamten Nichteheleichenrechts von 1972 erheblich eingeschränkt. Erklärtes Ziel war dabei, die Ehelichkeitsvermutung der soziologischen Realität anzupassen<sup>11)</sup>, d. h. ihren Anwendungsbereich auf die Fälle zu beschränken, in denen die Vaterschaft des Ehemannes der Mutter nicht von vornherein unwahrscheinlich ist.

Hervorragende Bedeutung kommt dabei – wie im gesamten ehelichen und nichteelichen Kindschaftsrecht – der *possession d'état*, dem faktischen Personenstand<sup>12)</sup> des Kindes zu. Der faktische Personenstand umschreibt – vereinfacht ausgedrückt – die soziale und psychologische Elternschaft. Ist der Ehemann der Mutter nicht auch der soziale und psychologische Vater des Kindes, so kommt die pater est-Regel – bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen – trotz formal bestehender Ehe zwischen Mutter und Ehemann nicht zur Anwendung. Mit anderen Worten: Empfängnis oder Geburt während der Ehe sind zwar eine notwendige, nicht aber eine ausreichende Bedingung für die Vermutung der Ehelichkeit des Kindes.

a) Die pater est-Regel greift einmal dann nicht ein, wenn das Kind während eines Zeitraumes, in dem die Eheleute aufgrund richterlicher Anordnung getrennt lebten, gezeugt wurde (Art. 313 Abs. 1 franz. Cc)<sup>13)</sup>, es sei denn, es hätte nach der Geburt den faktischen Personenstand als eheliches Kind beider Eltern (Art. 313 Abs. 2 franz. Cc). Dem Getrenntleben aufgrund richterlicher Anordnung stellen einige französische Autoren<sup>14)</sup> den Fall der bloß faktischen Trennung der Ehegatten ab dem Zeitpunkt gleich, in dem im Rahmen eines Scheidungsverfahrens eine richterliche Anordnung zum Getrenntleben hätte ergehen können, wenn die Ehegatten eine derartige Regelung beantragt hätten.

b) Der zweite, in der Praxis sehr bedeutsame Fall, in dem die Geltung der pater est-Regel seit der Reform von 1972 ausgeschlossen ist, ist der, daß das Kind ohne Nennung des Namens des Ehemannes<sup>15)</sup> ins Geburtsregister eingetragen wird und den faktischen Personenstand nur im Hinblick auf die Mutter besitzt (Art. 313-1 franz. Cc).

Damit liegt es primär in der Hand der Mutter<sup>16)</sup>, ob die pater est-Regel eingreift oder nicht. Läßt sie das Kind als Kind des Ehemannes eintragen, so ist es – vorbehaltlich einer späteren Ehelichkeitsanfechtung<sup>17)</sup> – zunächst auch dann ehelich, wenn es nicht gemeinsam mit dem Ehemann der Mutter aufwächst. Läßt sie es nur unter ihrem Namen – ob Ehenamen oder Geburtsnamen spielt keine Rolle – oder unter ihrem und dem Namen des wirklichen Vaters des Kindes eintragen, so ist das Kind nichteelich<sup>18)</sup>.

c) Um der Gefahr einer möglichen Statusverfälschung in den beiden Fällen, in denen die pater est-Regel trotz formal bestehender Ehe nicht gilt, entgegenzuwirken, kann jeder Ehegatte auf Feststellung der Ehelichkeit des Kindes klagen, indem er geltend macht, daß während der gesetzlichen Empfängniszeit eine tatsächliche Wiedervereinigung der

Ehegatten stattgefunden hat, die die Vaterschaft des Ehemannes wahrscheinlich sein läßt<sup>19)</sup>.

### III. Deutsches Recht

1. In der deutschen Rechtswissenschaft wird die Geltung der pater est-Regel als selbstverständlich vorausgesetzt. Dies zeigen bereits die Materialien zum BGB: die pater est-Regel war kein Gegenstand der Diskussion<sup>20)</sup>.

In einem Fall freilich konnte auch der Gesetzgeber von 1900 nicht umhin, die pater est-Regel der sozialen Realität anzupassen: Das „doppelt eheliche Kind“, das bei Wiederverheiratung der Mutter nach §§ 1591, 1592 BGB ein eheliches Kind sowohl des ersten als auch des zweiten Ehemannes wäre, gilt nach § 1600 Abs. 1 BGB als eheliches Kind des zweiten Ehemannes. Lebt die Mutter dagegen, ohne verheiratet zu sein, mit einem anderen Mann zusammen, so bleibt es bei der Vaterschaftsvermutung bezüglich des ersten (Ehe-) Mannes. Daran zeigt sich deutlich das hinter dieser Regelung stehende Institutionendenken<sup>21)</sup>.

2. Soweit in der heutigen Literatur ein Begründungsversuch für die Berechtigung der pater est-Regel unternommen wird, erschöpft sich dieser zumeist in dem Hinweis, daß hiermit eine eindeutige und allgemein verbindliche Zuordnung des Kindes zu seinen Eltern und zugleich der Familienfrieden gesichert werde<sup>22)</sup>. Vereinzelt findet sich das zusätzliche Argument, daß mittels der pater est-Regel der Status des Kindes so bestimmt werde, „daß er den wahren Abstammungsverhältnissen auch ohne umfangreiche naturwissenschaftliche Nachforschungen möglichst entspricht“<sup>23)</sup>.

<sup>7)</sup> An die Form der Anerkennung werden dabei nur geringe Anforderungen gestellt: Sie ist persönlich und schriftlich abzugeben, wobei die Anmeldung des Kindes zum Geburtsregister den Regelfall bilden dürfte, vgl. *Lødrup*, in: *Eekelar/Katz* [Fn. 6], S. 413/415.

<sup>8)</sup> Vgl. *Lødrup*, in: *Eekelar/Katz* [Fn. 6], S. 413/417. Ablehnend gegenüber diesem norwegischen Reformvorschlag auch *Neuhaus*, *ZBJugR* 1981, 37/40.

<sup>9)</sup> *Children's Law Reform Act*, S. O. 1977, c. 41, art. 8.

<sup>10)</sup> Eine Vaterschaftsvermutung für den „cohabitant“ enthält auch Sec. 10 (3) *Children (Equality of Status) Act 1976* der australischen Provinz New South Wales, vgl. dazu *Finlay*, *Family Law in Australia* (3. Aufl. 1983), S. 372, Rz. 966; sowie das Projekt zur Reform des *Civil Code* der kanadischen Provinz Québec, vgl. *Groffier*, in: *Eekelar/Katz* [Fn. 6], S. 235/239.

<sup>11)</sup> Vgl. *Weill/Terré*, *Droit civil*, Les personnes (5. Aufl. 1983), S. 473, Nr. 477 (recul des fictions); *Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou*, La filiation légitime et naturelle (2. Aufl. 1977), S. 94, Nr. 90; *Salvage-Gerest*, *Rev. trim. dr. civ.* 1976, 233/234.

<sup>12)</sup> Zu den Voraussetzungen i. e. s. Artt. 311-1, 311-2 franz. Cc. Zur Bedeutung des faktischen Personenstandes im Kindschaftsrecht vgl. *Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou* [Fn. 11], S. 49 ff., Nr. 47 ff.; *Spellenberg*, *FamRZ* 1984, 117 ff./239 ff.

<sup>13)</sup> Vor 1972 galt auch in diesen Fällen die pater est-Regel; der Ehemann konnte sie jedoch durch einfaches Bestreiten der Vaterschaft ausräumen, vgl. *Planiol/Ripert/Rouast*, *Droit civil français*, Bd. II (2. Aufl. 1952), S. 666, Nr. 798.

<sup>14)</sup> Vgl. *Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou* [Fn. 11], S. 98 f., Nr. 95-1; *Marty/Raynaud*, *Droit civil*, Les personnes (3. Aufl. 1976), S. 170, Nr. 139; *Rassat*, *Rev. trim. dr. civ.* 1973, 207, Nr. 50; *Labrusse-Riou*, *Enc. Dalloz*, *Rép. civ.*, Filiation légitime, Nr. 24.

<sup>15)</sup> „Indication du nom de mari“ soll nach einer Entscheidung des Kassationshofes (Cass. civ. I, 3. 6. 1980, D. 1981.119, m. Anm. *Maspip* = *Bull. civ.* I, 138 = D. 1981. IR. 295, m. Anm. *Huet-Weiller*) nur vorliegen, wenn der Ehemann als Vater im Geburtsregister genannt wird; kritisch hierzu *Nerson/Rubellin-Devichi*, *Rev. trim. dr. civ.* 1981, 362/374.

<sup>16)</sup> Allerdings ist, worauf *Spellenberg*, *FamRZ* 1984, 117/120 hinweist, nach Art. 56 franz. Cc. primär der Ehemann zur Anmeldung verpflichtet, wenn er bei der Geburt zugegen war.

<sup>17)</sup> Hierzu unten D.I.1.a), D.II.1.c), D.III.1.a).

<sup>18)</sup> Art. 313-2 Abs. 1 franz. Cc.

<sup>19)</sup> Art. 313-2 Abs. 2 franz. Cc.

<sup>20)</sup> Vgl. *Motive IV*, S. 650 = *Mugdan IV*, S. 346.

<sup>21)</sup> Vgl. *Zenz/Salgo* [Fn. 2], S. 78, Fn. 6.

<sup>22)</sup> Vgl. *Beitzke*, *Familienrecht* (23. Aufl. 1983), S. 184; *Erman/Küchenhoff*, *BGB* (7. Aufl. 1981), § 1591 Rz. 1; *MünchKomm/Mutschler*, *BGB* (1978), §§ 1591, 1592 Rz. 1; *Soergel/Gaul*, *BGB* (11. Aufl. 1981), § 1591 Rz. 2.

<sup>23)</sup> *Soergel/Gaul*, *BGB* (11. Aufl. 1981), § 1591 Rz. 2.

3. Diese Begründungen sind dürftig und lassen sich leicht widerlegen. Das erste Argument läßt unberücksichtigt, daß die pater est-Regel nicht unumstößlich ist, sondern im Wege der Ehelichkeitsanfechtung ausgeräumt werden kann. Die Zuordnung des Kindes ist also reversibel, der „Familienfrieden“ erschütterbar – freilich grundsätzlich nur, wenn der Ehemann es so will. Zudem kann von einer Sicherung des Familienfriedens jedenfalls da nicht die Rede sein, wo dieser bei der Geburt des Kindes schon nicht mehr vorhanden ist, etwa weil die Ehegatten bereits getrennt leben.

Das weitere Argument, daß die pater est-Regel am besten den wahren Abstammungsverhältnissen gerecht werde, ist stichhaltig in einer Zeit und Gesellschaft, in der Ehe und der soziale Tatbestand des Zusammenlebens ohne weiteres gleichgesetzt werden können, nicht aber in einer Zeit der rapide zunehmenden Scheidungsziffern und dem damit verbundenen Anstieg der Zahl von getrennt lebenden Ehegatten.

Abschließend kann und soll der Stellenwert der pater est-Regel freilich erst nach Betrachtung der Möglichkeiten ihrer Ausräumung im Wege der Ehelichkeitsanfechtung beurteilt werden.

### C. Das Recht der Ehelichkeitsanfechtung bis zu Beginn des 20. Jahrhunderts

In früheren Rechtsordnungen war die Anfechtung der Ehelichkeit eines aufgrund der pater est-Regel als ehelich vermuteten Kindes nur sehr beschränkt möglich. Dahinter stand das rechtspolitische Ziel, dem Kind den Status der Legitimität zu sichern in einer Zeit, in der Illegitimität zum sozialen Außenseitertum, wenn nicht gar zur sozialen Ächtung führte<sup>24)</sup>. Die psychische Komponente der gelebten Eltern-Kind-Beziehung trat demgegenüber – wie auch in anderen Bereichen des Familienrechts – völlig in den Hintergrund.

#### I. Rechtsvergleichung

1. Im alten *englischen Recht*<sup>25)</sup> konnte die Ehelichkeit eines während der Ehe seiner Eltern geborenen Kindes nur wirksam bestritten werden, wenn nachgewiesen wurde, daß sich der Ehemann während der Empfängniszeit „beyond the four seas“, d. h. außerhalb der vier zum britischen Empire gehörenden Weltmeere aufgehalten hatte. Erst später traten dauernde Impotenz oder Gefängnisarrest während der Empfängniszeit als mögliche Anfechtungsgründe hinzu.

2. Auch die *romanischen Rechte* beschränkten die Möglichkeit der Ehelichkeitsanfechtung dadurch erheblich, daß eine Anfechtung nur bei Vorliegen bestimmter, eng umschriebener Tatbestände möglich war und zudem für die Ausübung des Anfechtungsrechtes extrem kurze Fristen galten.

So konnte der Ehemann nach altem *französischen Recht*<sup>26)</sup> die Ehelichkeit des Kindes nur anfechten, wenn er die physische Unmöglichkeit des Geschlechtsverkehrs mit der Mutter, sei es aufgrund räumlicher Entfernung oder aufgrund eines anderen Zufalls, nachwies oder wenn die Frau ihm die Geburt des Kindes oder die Schwangerschaft verheimlicht hatte<sup>27)</sup>. Die Anfechtung mußte dabei innerhalb eines Monats nach Geburt des Kindes oder bei Abwesenheit des Ehemannes oder Verheimlichung der Geburt innerhalb eines Monats nach Kenntnis von der Geburt des Kindes erfolgen<sup>28)</sup>.

#### II. Deutsches Recht

Anders als – teilweise – das gemeine Recht<sup>29)</sup> knüpfte die ursprüngliche Fassung des BGB das Anfechtungsrecht des Ehemannes zwar nicht an bestimmte, eng umschriebene Voraussetzungen. Eine gewisse Beschränkung war aber

immerhin noch dadurch gewährleistet, daß das Anfechtungsrecht innerhalb eines Jahres, gerechnet ab dem Zeitpunkt der Geburt des Kindes, ausgeübt werden mußte<sup>30)</sup>.

### III. Würdigung

Betrachtet man diese bis weit ins 20. Jahrhundert hineinreichenden vorherrschenden Lösungsansätze zum Recht der Ehelichkeitsanfechtung, so weisen sie zwar in ihrer prinzipiellen Beschränkung auf den Ehemann entsprechend den damals vorherrschenden gesellschaftlichen Vorstellungen stark patriarchalische Züge auf. Andererseits fällt die Gebundenheit des Anfechtungsrechtes auf, sei es, daß es überhaupt nur in den seltenen Fällen gewährt wurde, wo eine Vaterschaft des Ehemannes schlechterdings unmöglich war, sei es, daß es jedenfalls nur innerhalb sehr kurzer Fristen ausgeübt werden konnte. Die Rechte des Mannes als Oberhaupt der Familie standen außer Zweifel, für einen gewissen Schutz von Kind und Frau war aber Vorsorge getroffen.

### D. Das Recht der Ehelichkeitsanfechtung in heutiger Sicht

Zwei Faktoren waren es, die im 20. Jahrhundert die juristische Neubewertung des Rechts der Ehelichkeitsanfechtung nach sich zogen: Zum einen entwickelten die Naturwissenschaften Verfahren, mit denen die Vaterschaft oder die Unmöglichkeit der Vaterschaft nachgewiesen werden konnte. Zum anderen nahm die soziale Stigmatisierung des nichtehelichen Kindes und der nichtehelichen Mutter kontinuierlich ab, was sich Ende der 60er und in den 70er Jahren in grundlegenden Reformen des nichtehelichen Kindschaftsrechts auch in vielen ausländischen Rechtsordnungen<sup>31)</sup> niederschlug.

#### I. Ehelichkeitsanfechtung durch den Ehemann

Die veränderten Umstände und Werthaltungen führten primär zu einer Erweiterung des Anfechtungsrechtes des Ehemannes.

#### 1. Rechtsvergleichung

a) Zugunsten des Ehemannes hatte etwa die *französische Rechtsprechung*<sup>32)</sup> schon vor der grundlegenden Reform von

<sup>24)</sup> Vgl. allgemein *Leinweber*, Die rechtliche Beziehung des nichtehelichen Kindes zu seinem Erzeuger in der Geschichte des Privatrechts (1978), passim. Zum „*filii nullius*“ im angloamerikanischen Recht vgl. *Cretney*, Family Law (3. Aufl. 1979), S. 574; 10 Am. Jur. 2d, Bastards § 10.

<sup>25)</sup> Vgl. *Bromley*, Family Law (6. Aufl. 1981), S. 259; *Cretney*, Family Law (3. Aufl. 1979), S. 570; *Krause*, Family Law (1977), S. 121.

<sup>26)</sup> Vgl. hierzu *Planiol/Ripert/Rouast* [Fn. 13], S. 666 ff., Nr. 798 ff.; *Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou* [Fn. 11], S. 108 f., Nr. 108.

<sup>27)</sup> Ganz ähnlich auch das italienische Recht in der Fassung vor der Reform von 1975, Art. 235 ital. Cc a. F.

<sup>28)</sup> Art. 316 franz. Cc a. F.; vgl. dazu *Planiol/Ripert/Rouast* [Fn. 13], S. 661 ff., Nr. 792 ff. Nach altem italienischen Recht betrug die Frist drei Monate, Art. 244 ital. Cc a. F.

<sup>29)</sup> Vgl. Motive IV, S. 652 = *Mugdan* IV, S. 347.

<sup>30)</sup> Vgl. § 1594 BGB a. F.

<sup>31)</sup> Vgl. Bundesrepublik: NichtehelichenG 1969/70; Frankreich: Gesetz Nr. 72-3 vom 3. 1. 1972; Italien: Gesetz vom 19. 5. 1975; England: Family Law Reform Act 1969; USA: Verbesserung der Stellung des nichtehelichen Kindes, vor allem durch die Rechtsprechung des *U.S. Supreme Court* ab 1968, vgl. *Krause*, Family Law (1977), S. 130 ff.; *Weyrauch/Katz*, American Family Law in Transition (1983), S. 598 ff.; Neuseeland: Status of Children Act 1969; Australien: Gesetze der einzelnen Provinzen, die im wesentlichen dem neuseeländischen Beispiel folgen, vgl. *Finlay*, Family Law in Australia (3. Aufl. 1983), S. 371 ff., Nr. 965 ff.

<sup>32)</sup> Vgl. Nachw. bei *Carbonnier*, Droit civil, Bd. 2 (12. Aufl. 1983), S. 356, Nr. 110; *Mazeaud/de Juglart*, Leçons de droit civil, Bd. I/3 (6. Aufl. 1976), S. 282 f.; *Labrusse-Riou*, Enc. Dalloz, Rép. civ., Filiation légitime, Nr. 96.

1972 die ursprünglich eng begrenzten Anfechtungstatbestände behutsam im Wege der Analogie erweitert. Seit 1972 kann nunmehr der Ehemann die Ehelichkeit in jedem Fall anfechten, indem er nachweist, daß er nicht der biologische Vater des Kindes ist (Art. 312 Abs. 2 franz. Cc). Allerdings verbleibt es für die Ausübung des Anfechtungsrechtes bei der sehr kurzen Frist von sechs Monaten ab der Geburt bzw. ab Kenntnis von der Geburt des Kindes<sup>33</sup>).

b) Die Neufassung des *italienischen Rechts* von 1975 kennt zwar nach wie vor für die Ehelichkeitsanfechtung durch den Ehemann das Enumerationsprinzip, faßt die einzelnen Tatbestände, bei deren Vorliegen die Anfechtung möglich ist, jedoch wesentlich weiter als das frühere Recht. Insbesondere berechtigt nach Art. 235 Abs. 1 Nr. 3 ital. Cc der Ehebruch der Frau während der Empfängniszeit zur Ehelichkeitsanfechtung<sup>34</sup>).

c) Im *US-amerikanischen Recht*, wo früher eine Einschränkung des Anfechtungsrechtes vor allem auf prozeßrechtlichem Wege, nämlich durch Aufstellen einer Reihe von Beweiserhebungsverboten, erreicht wurde<sup>35</sup>), haben die meisten Einzelstaaten, in deren Zuständigkeit das Familienrecht fällt, die Möglichkeiten der Ehelichkeitsanfechtung dadurch stark erweitert, daß nunmehr im Rahmen des Anfechtungsprozesses einmal auf die Zeugenaussage der Mutter, zum anderen aber vor allem auf das Ergebnis von Blutuntersuchungen zurückgegriffen werden kann<sup>36</sup>).

## 2. Deutsches Recht

Das Ehelichkeitsanfechtungsrecht des Ehemannes im BGB war 1938, 1961 und 1969 Gegenstand gesetzgeberischer Reform<sup>36a</sup>). Jedes Mal wurde die nach der ursprünglichen Fassung des BGB allein noch bestehende Schranke der Anfechtungsfrist weiter abgebaut.

Das Familienrechtsänderungsgesetz von 1938 knüpfte den Beginn der Einjahresfrist nicht mehr an die Geburt des Kindes – wie es in den romanischen Rechten heute noch üblich ist –, sondern an den Zeitpunkt der Kenntnis der Umstände, die für die Nichteelichkeit des Kindes sprechen<sup>37</sup>).

Das Familienrechtsänderungsgesetz von 1961 verlängerte<sup>38</sup>) die Anfechtungsfrist von ein auf zwei Jahre<sup>39</sup>), sah freilich eine absolute Ausschlußfrist von zehn Jahren seit der Geburt des Kindes vor, die dann aber durch das Nichteelichengesetz von 1969 wieder gestrichen wurde, weil „das Interesse des Scheinvaters an der Feststellung der wirklichen Abstammung . . . höher zu bewerten (ist) als das Bestreben, dem Kinde eine den Tatsachen widersprechende Rechtslage zu sichern“<sup>40</sup>).

Bei rechtsvergleichender Umschau erscheint die Position des Ehemannes im deutschen Recht hinsichtlich der Ehelichkeitsanfechtung damit besonders günstig.

## II. Ehelichkeitsanfechtung durch die Mutter

Viele ausländische Rechtsordnungen haben in jüngerer Zeit nicht nur die Anfechtungsmöglichkeiten des Ehemannes erweitert, sondern erkennen heute auch der Mutter ein selbständiges Anfechtungsrecht zu.

### 1. Rechtsvergleichung

a) Schon im Jahre 1950 hatte der Oberste Gerichtshof der DDR<sup>41</sup>) der Mutter ein eigenes Anfechtungsrecht zugesprochen unter Berufung auf die verfassungsmäßig verbürgte Gleichberechtigung von Mann und Frau und unter Hinweis darauf, daß die Mutter an der Feststellung der Nichteelichkeit des Kindes ein gleich großes, wenn nicht sogar ein größeres Interesse als der Ehemann habe. Im Familiengesetzbuch von 1965 werden Ehemann und Mutter hinsichtlich der Ehelichkeitsanfechtung des Kindes völlig gleich behandelt (§ 61 Abs. 1 FGB).

Auch die meisten anderen *sozialistischen* Rechtsordnungen<sup>42</sup>) sehen ein Anfechtungsrecht der Mutter gleichberechtigt neben dem Ehemann vor.

b) Ebenfalls dem Ehemann gleichgestellt sind Mutter<sup>43</sup>) und Kind im *italienischen Recht* seit der Reform von 1975 (Art. 235 Abs. 3 ital. Cc).

c) Im *französischen Recht* ist für das Anfechtungsrecht der Mutter – wie bereits für die Ehelichkeitsvermutung – von entscheidender Bedeutung, ob das Kind im Verhältnis zum Ehemann den faktischen Personenstand besitzt, ob eine mögliche Anfechtung mithin in eine gelebte Vater-Kind-Beziehung eingreifen würde oder nicht.

aa) Hat das Kind bereits eine gewisse Zeit in der ehelichen Familie gelebt, so daß formale Legitimität und faktischer Personenstand übereinstimmen, ist eine Ehelichkeitsanfechtung durch die Mutter nur unter sehr engen Voraussetzungen möglich<sup>44</sup>). Sie darf nur zum Zwecke der Legitimation des Kindes durch den wirklichen Vater erfolgen, wenn die frühere Ehe aufgelöst wurde und die Mutter den wirklichen Vater geheiratet hat (Art. 318 franz. Cc)<sup>45</sup>). Da die Anfechtungsklage als solche bereits mit dem Antrag auf Legitimation verbunden werden muß<sup>46</sup>), kann die Mutter nur im Einvernehmen und gemeinsam mit dem wirklichen Vater die Klage erheben.

bb) Die Möglichkeiten der Mutter, auf den Personenstand des Kindes einzuwirken, sind hingegen wesentlich größer, wenn zwischen Kind und Ehemann keine gelebte Beziehung besteht.

Zum einen kann sie bereits verhindern, daß die Ehelichkeitsvermutung überhaupt zur Anwendung kommt, indem sie das Kind nicht unter dem Namen des Ehemannes als Vater ins Geburtsregister eintragen läßt<sup>47</sup>).

Aber auch wenn eine Eintragung des Ehemannes als Vater ins Geburtsregister erfolgt, das Kind mithin formal ehelich ist, kann auch die Mutter, wenn der wirkliche Vater die Vaterschaft anerkannt hat, Klage auf Feststellung der

<sup>33</sup>) Art. 316 franz. Cc. Zur Auslegung dieser Vorschrift vgl. Cass. civ. Ire, 21. 12. 1981, D. 1982.IR. 253, m. Anm. Huet-Weiller = Bull. civ. I, 329.

<sup>34</sup>) Die Frist für die Ausübung des Ehelichkeitsanfechtungsrechtes durch den Ehemann beträgt ein Jahr ab Geburt bzw. ab Kenntnis von der Geburt des Kindes, Art. 244 Abs. 2 ital. Cc.

<sup>35</sup>) Vgl. Krause, Family Law (1977), S. 121 f.

<sup>36</sup>) Vgl. Krause, Family Law (1977), S. 122 f.

<sup>36a</sup>) Vgl. Gesetz über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften vom 12. 4. 1938, RGBl. I, S. 380; Gesetz zur Vereinheitlichung und Änderung familienrechtlicher Vorschriften vom 11. 8. 1961, BGBl. I, S. 1221; Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19. 8. 1969, BGBl. I, S. 1243.

<sup>37</sup>) Zu den nach derzeitiger Auslegung relativ strengen – zugunsten des Ehemannes wirkenden – Anforderungen an die Kenntnis der für die Nichteelichkeit sprechenden Umstände, vgl. BGHZ 61, 195, 197 ff. = FamRZ 1973, 592 f.; ferner OLG München und Frankfurt, FamRZ 1984, 1128, 1129.

<sup>38</sup>) In der DDR beträgt die Anfechtungsfrist für den Ehemann nach wie vor ein Jahr ab Kenntnis der Umstände, die für die Nichteelichkeit sprechen, § 62 Abs. 1 FGB.

<sup>39</sup>) Zur Verfassungsmäßigkeit der Frist nach § 1594 Abs. 1 BGB vgl. BVerfGE 38, 241 = NJW 1975, 203 = FamRZ 1975, 82.

<sup>40</sup>) Begründung zum RegE des NichteelichenG, BT-Drucks. V/2370, S. 24. So betonte auch H. Lange, NJW 1962, 1697/1699, das Anfechtungsrecht des Ehemannes sei nicht Ausfluß einer Rechtspflichtstellung im Interesse der Familie, sondern ein eigennütziges Recht.

<sup>41</sup>) NJ 1951, 185.

<sup>42</sup>) Vgl. bereits bei Dölle, Familienrecht, Bd. II (1965), S. 95: Polen, Bulgarien, CSSR; ebenso Jugoslawien, vgl. Jessel, DAVorm 1980, 338/343.

<sup>43</sup>) Für die Mutter gilt allerdings eine kürzere Anfechtungsfrist als für den Ehemann, Art. 244 Abs. 1 ital. Cc (6 Monate ab Geburt des Kindes).

<sup>44</sup>) Klargestellt durch Cass. civ. Ire, 16. 2. 1977, D. 1977. 328, m. Anm. Huet-Weiller; s. auch Cass. civ. Ire, 27. 12. 1981, D. 1982.IR. 179, m. Anm. Huet-Weiller; Massip, D. 1977.Chron. 237/238.

<sup>45</sup>) Die einzige Entscheidung, die Art. 318 franz. Cc extensiv auslegte und auf eine Eheschließung zwischen Mutter und wirklichem Vater verzichtete, war – soweit ersichtlich – Trib. grande inst. Béthune, 23. 4. 1974, D. 1974.635, m. Anm. Huet-Weiller. Vgl. i. ü. zur Auslegung des Art. 318 franz. Cc Labrusse-Riou, Enc. Dalloz, Rép. civ., Filiation légitime, Nr. 162 ff.

<sup>46</sup>) Art. 318–1 franz. Cc.

<sup>47</sup>) Art. 313–1 franz. Cc, vgl. hierzu oben B.II.3.

Vaterschaft erheben<sup>46)</sup>, was faktisch einer Ehelichkeitsanfechtung gleichkommt. Das Gericht entscheidet den dadurch ausgelösten „Vaterschaftskonflikt“ danach, welche Vaterschaft die wahrscheinlichere ist<sup>49)</sup>.

Darüber hinaus wird von Teilen des Schrifttums<sup>50)</sup> und der Rechtsprechung<sup>51)</sup> die Auffassung vertreten, daß auch eine isolierte Anfechtungsklage<sup>52)</sup> durch die Mutter, also allein die Ehelichkeitsanfechtung ohne gleichzeitigen Antrag auf Feststellung der wirklichen Vaterschaft, möglich sei, wenn formale Legitimität und faktischer Personenstand nicht übereinstimmen.

cc) Betrachtet man die Stellung der Mutter im französischen Recht insgesamt, so scheint ihr auf den ersten Blick weit größeres Gewicht bei der Bestimmung des Personenstandes des Kindes zuzukommen als dem Ehemann. Dies ist jedoch letztendlich nur Folge davon, daß dem faktischen Personenstand eines Kindes seit 1972 Vorrang vor der bloß formalen Legitimität gebührt und die Mutter bei der Geburt des Kindes in praxi diejenige ist, die den faktischen Personenstand am ehesten beeinflussen kann.

d) Das US-amerikanische Recht zeigt im Hinblick auf das Ehelichkeitsanfechtungsrecht der Mutter einen bunten Strauß von Lösungsmöglichkeiten<sup>53)</sup>.

In einer Reihe von Staaten, in denen die Nichtehelichkeit eines Kindes grundsätzlich von jedermann, der ein Interesse daran hat, geltend gemacht werden kann<sup>54)</sup>, wurde der Mutter insbesondere unter Hinweis auf die guten Sitten und die public policy vor allem in früheren Jahrzehnten die Geltendmachung der Nichtehelichkeit des Kindes von den Gerichten verwehrt<sup>55)</sup>.

Überwiegend<sup>56)</sup> wird heute freilich der Mutter gleichberechtigt neben dem Ehemann das Recht zur Ehelichkeitsanfechtung gewährt. In manchen Staaten<sup>57)</sup> existieren spezielle Gesetze, die – in Abweichung von früherer Praxis – das Ehelichkeitsanfechtungsrecht auf Ehemann, Mutter und deren Abkömmlinge beschränken. In anderen Staaten<sup>58)</sup> hat die Rechtsprechung Gesetze zur Blutuntersuchung in Kindersachen oder Gesetze zur Feststellung der nichtehelichen Vaterschaft in dem Sinne ausgelegt, daß auch eine verheiratete Mutter die wirkliche Vaterschaft eines anderen als ihres Ehemannes gerichtlich feststellen lassen kann. Zur Begründung wird teilweise ausdrücklich auf das verfassungsrechtliche Gebot der „equal protection“ Bezug genommen<sup>59)</sup>.

## 2. Deutsches Recht

Im deutschen Recht steht der Mutter kein Anfechtungsrecht zu. Die Begründungen, die seit Einführung des BGB für den Ausschluß der Mutter vom Anfechtungsrecht gegeben wurden, spiegeln deutlich allgemeine Werthaltungen wider, die auch in anderen Bereichen des Familienrechts jeweils vorherrschen.

a) Bei Einführung des BGB war die Beschränkung des Ehelichkeitsanfechtungsrechtes auf den Ehemann Teil der rechtlichen Absicherung der patriarchalen Familienstruktur, was auch von den Gesetzesverfassern offen ausgesprochen wurde. Die Ablehnung eines Antrags, auch der Mutter und dem Kind ein Anfechtungsrecht zu gewähren, wurde damals ausdrücklich damit begründet, daß dem Mann die rechtliche Gewalt über die in der Ehe geborenen Kinder zustehe und diese Verfügungsmacht nicht im Hinblick auf etwaige Interessen des Kindes oder der Frau verkümmert werden dürfe<sup>60)</sup>.

b) Als im Jahre 1938 das Anfechtungsrecht des Ehemannes erweitert<sup>61)</sup> und – in eindeutiger Verfolgung auch im übrigen Familienrecht erkennbarer rassistischer Zwecke – zusätzlich ein Anfechtungsrecht der Staatsanwaltschaft geschaffen wurde, war ein Anfechtungsrecht der Mutter nicht im Gespräch.

c) Das Familienrechtsänderungsgesetz von 1961, auf das der heutige Rechtszustand im wesentlichen zurückgeht, räumte zwar dem Kind ein – wenn auch tatbestandlich eng umgrenztes – Anfechtungsrecht ein, was einem langsamen Wertewandel im Familienrecht hin zur stärkeren Berück-

sichtigung des Kindesinteresses entsprach. Wiederum aber blieb die Mutter vom Kreis der anfechtungsberechtigten Personen ausgeschlossen. Begründet wurde dies nunmehr zum einen damit, daß die Mutter über das neu geschaffene Anfechtungsrecht des Kindes hinreichend Einfluß auf den Status des Kindes nehmen könne, und zum anderen vor allem damit, daß es nicht angehe, daß die Frau aus ihrem eigenen Ehebruch Rechte herleite<sup>62)</sup>. Das auch im übrigen Familienrecht damals vorherrschende Schuldprinzip mußte so zur Begründung des Ausschlusses der Mutter vom Anfechtungsrecht herhalten.

d) Auch heute noch steht eine große Zahl namhafter deutscher Autoren auf dem Standpunkt, der Ausschluß der

<sup>46)</sup> Rechtstechnisch wird dies erreicht über eine Auslegung e contrario des Art. 334-9 franz. Cc, der bestimmt: „Toute reconnaissance est nulle, toute demande en recherche est irrecevable, quand l'enfant a une filiation légitime déjà établie par la possession d'état“. In der Lit. war diese Auslegung zunächst sehr umstr.; vgl. Weill/Terré [Fn. 11], S. 554 ff., Nr. 565 ff.; Labrusse-Riou, Enc. Dalloz, Rép.civ., Filiation légitime, Nr. 194 ff.; dagegen vor allem Vidal, J.C.P. 1973, I.2539; Champenois, J.C.P. 1975, I.2686; Mazeaud/de Juglart [Fn. 32], S. 309, Nr. 909. Inzwischen hat sich der Kassationshof für die e contrario-Auslegung des Art. 334-9 franz. Cc ausgesprochen, vgl. grundlegend Cass.civ.Ire, 9. 6. 1976, D. 1976. 593 (Klage des wirklichen Vaters), m. Anm. Raynaud = Rev.trim.dr.civ. 1976, 340 m. Anm. Nerson; Cass.civ. Ire, 25. 11. 1980, D.1981. IR. 296 (Klage der Mutter und des wirklichen Vaters), m. Anm. Huet-Weiller; Cass.civ.Ire, 3. 3. 1981, D.1981. IR. 296, m. Anm. Huet-Weiller. Vgl. hierzu auch Spellenberg, FamRZ 1984, 117/122 ff.

Unklar ist bislang freilich noch, ob Art. 334-9 franz. Cc e contrario nur anzuwenden ist, wenn das Kind nie den faktischen Personenstand eines ehelichen Kindes hatte, oder ob es genügt, daß dieser Status vor Klagerhebung weggefallen ist, vgl. Spellenberg, FamRZ 1984, 117/124.

<sup>49)</sup> Vgl. Art. 311-12 franz. Cc.

<sup>50)</sup> Rechtstechnisch wird dies über eine Auslegung e contrario des Art. 322 Abs. 2 franz. Cc erreicht. Vgl. vor allem Massip, D.1977. Chron. 237 ff.; ihm folgend: Carbonnier, Droit civil, Bd. 2 (12. Aufl. 1983), S. 373, Nr. 113; dagegen vor allem: Agostini, D.1978. Chron. 149; Nerson/Rubellin-Devichi, Rev.trim.dr.civ. 1981, 362/363 ff. m. w. N.; vgl. auch Spellenberg, FamRZ 1984, 117/124 f.

<sup>51)</sup> Paris, 24. 1. 1978, D.1979.85, m. Anm. Massip = D.1979. IR.243, m. Anm. Huet-Weiller; Paris, 15. und 19. 12. 1978, D.1980.131, m. Anm. Massip; Rouen, 21. 11. 1979, D.1981.30, m. Anm. Huet-Weiller; sowie eine Reihe erstinstanzlicher Gerichte, vgl. Nachw. bei Massip, D.1977. Chron. 237/238 Fn. 6, 7. Der Kassationshof hat diese Frage bislang noch nicht entschieden.

<sup>52)</sup> Diese ist mangels anderweitiger Bestimmung 30 Jahre lang möglich. Unklarheit herrscht auch hier noch, ob die Klage nur möglich ist, wenn formaler und faktischer Status nie übereinstimmt haben, oder auch, wenn der faktische Personenstand erst später weggefallen ist, vgl. Spellenberg, FamRZ 1984, 117/125.

<sup>53)</sup> Vgl. Annotation, 53 A.L.R. 2d 572 ff. (1957); Annotation, 90 A.L.R. 3d 1032 ff. (1979).

<sup>54)</sup> Vgl. Krause, Family Law (1977), S. 122 f.

<sup>55)</sup> Vgl. New York: Flint v. Pierce, 136 N.Y.S. 1056 (Sup.Ct. 1912); Florida: Gossett v. Ullendörff, 114 Fla. 159, 154 So. 177 (1934); Georgia: Colson v. Huber, 74 Ga.App. 339, 39 S.E. 2d 539 (1946); Texas: Morton v. Morton, 286 S.W. 2d 702 (Tex.Civ.App. 1956).

<sup>56)</sup> Eine Ausnahme bildet insoweit Louisiana, das, auch heute noch, alter romanischer Rechtstradition folgend, das Anfechtungsrecht nur dem Ehemann und auch ihm nur unter eng begrenzten Voraussetzungen gewährt, vgl. Nachw. in Annotation, 90 A.L.R. 3d 1032/1050 ff. (1979).

<sup>57)</sup> Vgl. vor allem Sec. 6 (a) Uniform Parentage Act, der bislang von 10 Staaten angenommen wurde. Weiter Annotation, 90 A.L.R. 3d 1032/1039 ff. (1979); vgl. auch Projekt zur Reform des Code civil der kanadischen Provinz Québec, dazu: Groffier, in: Eekelaar/Katz [Fn. 6], S. 235/239.

<sup>58)</sup> Vgl. Florida: Gammon v. Cobb, 335 So. 2d 261 (Fla. 1976); Maine: Ventresco v. Bushey, 159 Me. 241, 191 A.2d 104 (1963); New York: Anonymous v. Anonymous, 43 Misc. 2d 1050, 252 N.Y.S. 2d 797 (1964). Vgl. auch Sec. 1 Uniform Act on Paternity: Nichtehelich i. S. d. Gesetzes ist auch ein Kind, das von einer verheirateten Frau geboren wurde, dessen Vater aber nicht der Ehemann der Mutter ist. Nachw. zur Rspr. zu den einzelstaatlichen Gesetzen zur Feststellung der nichtehelichen Vaterschaft bei Annotation, 98 A.L.R. 2d 256 ff. (1964).

<sup>59)</sup> Vgl. vor allem Gammon v. Cobb [Fn. 58].

<sup>60)</sup> Vgl. Protokolle, S. 5798 f. = Mugdan IV, S. 940.

<sup>61)</sup> Vgl. oben D.I.2.

<sup>62)</sup> Vgl. Begr. zu BT-Drucks. III/2812, S. 3; Schwarzhaupt, FamRZ 1961, 329; Massfeller, StAZ 1961, 241/242; zust. auch Brühl, FamRZ 1962, 8/9.

Mutter vom Ehelichkeitsanfechtungsrecht sei verfassungsgemäß<sup>63</sup>). Begründet wird dies heute freilich nicht mehr mit offen patriarchalischem Gedankengut oder mit „Natürlichkeiten“<sup>64</sup>), sondern mit Argumenten, die der derzeitigen familienrechtlichen Diskussion entstammen. Mit diesem Argumentationsstand gilt es, sich auseinanderzusetzen.

aa) Das erste Argument geht dahin, der Mutter überhaupt ein Interesse an der Ehelichkeitsanfechtung abzuspochen oder dieses Interesse im Verhältnis zu dem des Ehemannes deutlich geringer einzustufen<sup>65</sup>). Die Situation sei für Mann und Frau deshalb wesentlich verschieden, weil es für den Mann um Abstammung von ihm selbst, für die Frau aber *nur* um Abstammung vom Ehegatten gehe.

Diese Argumentation läßt außer Betracht, daß durch die Ehelichkeitsvermutung des Kindes wesentliche Interessen der Mutter in der Mutter-Kind-Beziehung berührt werden. Denn der sich am Ehemann orientierende Personenstand des Kindes bestimmt auch die Rechtsstellung der Mutter<sup>66</sup>). Sie übt zunächst grundsätzlich gemeinsam mit dem Ehemann die elterliche Sorge für das Kind aus. Es besteht die Möglichkeit, daß bei Trennung oder Scheidung nach §§ 1671, 1672 BGB dem Ehemann das Sorgerecht übertragen wird, zumal § 1593 BGB auch der Berücksichtigung der Nichtehelichkeit im Rahmen des Sorgerechtsverfahrens entgegensteht<sup>67</sup>). Selbst wenn aber der Mutter das Sorgerecht zugeteilt wird, behält der Ehemann jedenfalls das Umgangsrecht nach § 1634 BGB.

Bemerkenswert ist, daß im Rahmen des Nichtehelichengesetzes von 1969 der nichtehelichen Mutter gerade im Hinblick auf die Einflußmöglichkeiten des nichtehelichen Vaters, die im Vergleich zu denen des ehelichen Vaters als sehr gering einzustufen sind, in § 1600 g BGB zur Wahrung ihrer persönlichen Interessen das Recht zur Anfechtung der Anerkennung der Vaterschaft eingeräumt wurde<sup>68</sup>). Der formaljuristische Schluß, daß sich die Mutter dann auch keinen *ehelichen* Vater, dessen Einwirkungsmöglichkeiten größer sind als die des nichtehelichen Vaters, aufdrängen lassen muß, wenn er nicht der wahre Vater des Kindes ist, läge auf der Hand, wurde aber nicht gezogen.

bb) Soweit der Mutter ein eigenes Interesse an der Ehelichkeitsanfechtung nicht gänzlich abgesprochen wird, findet sich häufig die Behauptung<sup>69</sup>), etwaige berechtigte Interessen der Mutter könnten hinreichend im Rahmen des Anfechtungsrechtes des Kindes Berücksichtigung finden. Besieht man sich freilich die Vorschriften zur Anfechtung der Ehelichkeit durch das Kind genauer, so treten erhebliche Zweifel auf, ob die Interessen der Mutter in diesem Verfahren gewahrt werden können.

Zum einen bedarf die Mutter als gesetzliche Vertreterin des Kindes für die Anfechtungsklage nach § 1597 BGB der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht. Zum anderen ist sie, solange sie noch mit dem Ehemann verheiratet ist, gem. §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 3 BGB von der Vertretung des Kindes im Anfechtungsprozeß ausgeschlossen; dies gilt nach überwiegender Auffassung<sup>70</sup>) selbst dann, wenn ihr nach Trennung vom Ehemann nach § 1672 BGB die elterliche Sorge für das Kind zugeteilt wurde.

Vor allem aber ist die Anfechtung durch das Kind nur bei Vorliegen der in § 1596 BGB umschriebenen Tatbestände möglich. Abgesehen von den in der Praxis kaum relevanten übrigen Tatbeständen kann das Kind die Ehelichkeit nur anfechten, wenn die Ehe der Eltern geschieden ist oder wenn die Ehegatten seit drei Jahren getrennt leben und nicht zu erwarten ist, daß sie die eheliche Lebensgemeinschaft wiederherstellen. In praxi bedeutet dies, daß die Mutter vor Scheidung oder Ablauf von drei Trennungsjahren gegen den Willen des Ehemannes keinerlei Einfluß auf die richtige rechtliche Zuordnung des Kindes nehmen kann, selbst wenn sie bereits mit dem Vater des Kindes zusammenlebt.

cc) Schließlich wird der Ausschluß der Mutter vom Anfechtungsrecht häufig mit entgegenstehenden Kindesinteressen begründet<sup>71</sup>). Soweit es sich insoweit nicht allein um eine Pauschalaussage handelt, werden namentlich zwei Interessen des Kindes angeführt: das Interesse des Kindes,

als eheliches Kind aufzuwachsen, und das Interesse an einer Aufrechterhaltung des Familienfriedens.

Das Interesse des Kindes, als eheliches Kind aufzuwachsen, war sicher zur Zeit der Einführung des BGB angesichts der gesellschaftlichen Ablehnung und Diskriminierung der nichtehelichen Kinder von wichtiger Bedeutung. Heute darf jedoch die soziale Stigmatisierung – auch wenn sie noch nicht ganz verschwunden ist – als wesentlich geringer eingeschätzt werden<sup>72</sup>). Zugleich hat eine Sensibilisierung für die psychischen Dimensionen personaler Beziehungen jenseits formaler Rechts- und Statuspositionen stattgefunden, so daß heute das Interesse des Kindes an der bloß formalen Ehelichkeit nicht prinzipiell höher eingeschätzt werden kann als sein Interesse an der Feststellung der wirklichen Abstammungsverhältnisse<sup>73</sup>). Dies gilt um so mehr, wenn es darum geht, die Voraussetzungen zu schaffen, das Kind seinem wirklichen Vater, mit dem es vielleicht sogar schon zusammenlebt, rechtlich zuzuordnen zu können.

Auch das Interesse des Kindes an der Aufrechterhaltung

<sup>63</sup>) So vor allem *Beitzke*, Familienrecht (23. Aufl. 1983), S. 191 f.; *Palandt/Diederichsen*, BGB (43. Aufl. 1984), § 1593 Anm. 1 a); für verfassungsmäßig, aber rechtspol. bedenklich halten den Ausschluß: *Staudinger/Göppinger*, BGB (12. Aufl. 1983), § 1594 Rz. 2; *Soergel/Gaul*, BGB (11. Aufl. 1981), § 1594 Rz. 3; Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG bejahen: *Gernhuber*, Familienrecht (3. Aufl. 1980), § 45 II, S. 651; *MünchKomm/Mutschler*, BGB (1978), § 1593 Rz. 13; *AKBGB/Teubner* (1981), § 1594 Rz. 10; *Finger*, NJW 1984, 846/849; *Zenz/Salgo* [Fn. 2], S. 84.

<sup>64</sup>) So vor allem *Finke*, NJW 1953, 606/613.

<sup>65</sup>) *Vgl. Beitzke*, Familienrecht (23. Aufl. 1983), S. 192; *Soergel/Gaul*, BGB (11. Aufl. 1981), § 1594 Rz. 3; *BGHZ* 75, 32/36 = *FamRZ* 1979, 696 f., die international-privatrechtliche Frage der Ehelichkeitsanfechtung betreffend (kein Verstoß der in Art. 18 EGBGB vorgenommenen Anknüpfung an das Mannesrecht gegen Art. 3 II GG); vgl. demgegenüber *Begr. zum RegE zur Neuordnung des IPR*, BT-Drucks. 10/504, S. 65 (Anknüpfung der Ehelichkeit und Anfechtung an Ehwirkungsstatut), wonach die vorrangige Berücksichtigung des Ehemannes nicht mehr den heutigen Vorstellungen von Ehe und Familie entspreche.

<sup>66</sup>) Hierauf weist insbesondere *Gernhuber*, Familienrecht (3. Aufl. 1980), § 45 II, S. 650, hin.

<sup>67</sup>) *Vgl. BayObLG*, *FamRZ* 1959, 122/124; *OLG Karlsruhe*, *FamRZ* 1961, 534; *Böhmer*, *JZ* 1962, 731; *Gernhuber*, Familienrecht (3. Aufl. 1980), § 45 I 5, S. 648; *Staudinger/Göppinger*, BGB (12. Aufl. 1983), § 1593 Rz. 23; *Palandt/Diederichsen*, BGB (43. Aufl. 1984), § 1593 Anm. 1 c); *MünchKomm/Mutschler*, BGB (1978), § 1593 Rz. 16; *Soergel/Gaul*, BGB (11. Aufl. 1981), § 1593 Rz. 30; differenzierend: *MünchKomm/Hinz*, BGB (1978), § 1671 Rz. 40; a. A.: *BayObLG*, *FamRZ* 1962, 169 m. abl. Anm. *Schwoerer*, *JZ* 1962, 442. Dies verkennt *Beitzke*, Familienrecht (23. Aufl. 1983), S. 192, der behauptet, bei Getrenntleben und nach Scheidung könne die Mutter ihre Interessen im Verfahren über die Sorgerechtsregelung wahrnehmen.

<sup>68</sup>) *Vgl. die amtliche Begr. zum RegE des NEG*, BT-Drucks. V/2370, S. 32: „Durch die Anerkennung wird zwar nur ein Rechtsverhältnis zwischen Vater und Kind begründet. Dieses Rechtsverhältnis ist jedoch von erheblichem Einfluß auf die rechtliche und tatsächliche Stellung der Mutter, vor allem wegen der Möglichkeit des Verkehrs zwischen Kind und Vater ... Die Mutter braucht sich daher nicht gefallen zu lassen, daß ein Mann die Vaterschaft anerkennt, der nicht der wahre Vater des Kindes ist.“

<sup>69</sup>) So bereits die Begründung zum *FamRÄndG* 1961, zu BT-Drucks. III/2812, S. 3; *Schwarzhaupt*, *FamRZ* 1961, 329/330; *Soergel/Gaul*, BGB (11. Aufl. 1981), § 1594 Rz. 3; *Staudinger/Göppinger*, BGB (12. Aufl. 1983), § 1594 Rz. 2.

<sup>70</sup>) *Vgl. Staudinger/Göppinger*, BGB (12. Aufl. 1983), § 1597 Rz. 5; *Soergel/Gaul*, BGB (11. Aufl. 1981), § 1597 Rz. 7; *Gernhuber*, Familienrecht (3. Aufl. 1980), § 45 V 5, S. 660; a. A. *MünchKomm/Mutschler*, BGB (1978), § 1597 Rz. 5. *Vgl. auch Weyer*, *FamRZ* 1968, 498 ff.; *BGH*, *FamRZ* 1972, 498; *OLG Zweibrücken*, *FamRZ* 1980, 911; *BGH*, *FamRZ* 1975, 162 = *NJW* 1975, 345 (den Ehemann betreffend); *OLG Stuttgart*, *FamRZ* 1983, 831: Nach Scheidung Ergänzungspfleger nur notwendig, wenn im konkreten Fall Interessengegensatz besteht.

<sup>71</sup>) *Vgl. Beitzke*, Familienrecht (23. Aufl. 1983), S. 192; *Staudinger/Göppinger*, BGB (12. Aufl. 1983), § 1594 Rz. 2; vgl. auch *BGH*, *FamRZ* 1975, 162 = *NJW* 1975, 345/347. Gleichsam selbstverständlich muß das Kindesinteresse den Interessen des Ehemannes jedoch weichen, vgl. *Begr. zum RegE des NEG* oben Fn. 40; vgl. auch *H. Lange*, *NJW* 1962, 1697/1698.

<sup>72</sup>) *Vgl. etwa Winter*, Sozialer Wandel durch Rechtsnormen (1969), S. 54 ff.

<sup>73</sup>) Diese Wertung liegt insbesondere der franz. Regelung zugrunde, vgl. insbesondere *Carbonnier*, *Droit civil*, Bd. 2 (12. Aufl. 1983), S. 321 f., Nr. 98.

des Familienfriedens vermag den generellen Ausschluß der Mutter von der Ehelichkeitsanfechtung nicht zu rechtfertigen. Ein gedeihliches Aufwachsen des Kindes in Familienfrieden mit „Schein Vater“ und Mutter ist nur denkbar, wenn sich die Ehegatten einig sind, das Kind im Rahmen der fort dauernden ehelichen Gemeinschaft als gemeinsames aufzuziehen<sup>74</sup>). Ist aber die Mutter hierzu nicht bereit, hat sie sich etwa schon vom Ehemann getrennt, so wäre es eine Illusion zu glauben, daß durch einen Ausschluß der Mutter vom Anfechtungsrecht Einigkeit und Familienfrieden wieder hergestellt werden könnten. Lebt das Kind gar zusammen mit Mutter und wirklichem Vater, so geht sein Interesse im Gegenteil dahin, die Zuordnung zum wirklichen Vater zu erreichen, um damit die rechtliche Basis für die gelebte Vater-Kind-Beziehung zu schaffen, die sonst durch Eingriffe des Ehemannes gestört werden könnte.

e) Die Begründungen, die zum Ausschluß der Mutter von der Ehelichkeitsanfechtung vorgetragen werden, erweisen sich damit als nicht tragfähig. Der derzeitige Rechtszustand läßt sich mit dem Elternrecht der Mutter nach Art. 6 Abs. 2 GG und dem Grundsatz der Gleichberechtigung nach Art. 3 Abs. 2 GG nicht vereinbaren<sup>75</sup>). Wie im einzelnen den Interessen der Mutter unter Wahrung der Interessen der übrigen Beteiligten, insbesondere des Kindes, in verfassungskonformer Weise Rechnung getragen werden kann, wird noch zu prüfen sein<sup>76</sup>).

### III. Ehelichkeitsanfechtung durch den wirklichen Vater

Anders als das Ehelichkeitsanfechtungsrecht des Ehemannes, das gewissermaßen universal anerkannt ist, und das Ehelichkeitsanfechtungsrecht der Mutter, das jedenfalls in vielen Rechtsordnungen heute selbstverständlich ist, hat sich ein Anfechtungsrecht des wirklichen Vaters bislang nur in wenigen Rechtsordnungen durchsetzen können. Beispielfähig steht hier wiederum vor allem das französische Recht.

#### 1. Rechtsvergleichung

a) Nach *französischem Recht* steht der wirkliche Vater im Hinblick auf die rechtliche Durchsetzung der Vater-Kind-Beziehung praktisch mit der Mutter auf einer Stufe. Wann immer die verheiratete Mutter das Eingreifen der Ehelichkeitsvermutung verhindern oder die Ehelichkeitsvermutung ausräumen kann, kann der wirkliche Vater das Kind anerkennen.

Wird das Kind nicht unter dem Namen des Ehemannes der Mutter als Vater ins Geburtsregister eingetragen und hat es den faktischen Personenstand nur in Bezug zur Mutter, so ist es nichtehelich<sup>77</sup>); einer Anerkennung durch den wirklichen Vater steht damit nichts entgegen.

Aber auch wenn das Kind durch die Eintragung im Geburtsregister formal den Personenstand eines ehelichen Kindes hat, kann der wirkliche Vater seine nichteheliche Vaterschaft anerkennen, wenn keine gelebte Vater-Kind-Beziehung zwischen dem Ehemann der Mutter und dem Kind besteht<sup>78</sup>). Das Gericht stellt dann denjenigen als Vater fest, dessen Vaterschaft am wahrscheinlichsten ist<sup>79</sup>).

Schließlich besteht die Möglichkeit, daß der wirkliche Vater die Mutter nach deren Scheidung heiratet und beide gemeinsam das zunächst in der früheren ehelichen Familie der Frau lebende Kind legitimieren<sup>80</sup>).

b) Im *US-amerikanischen Recht* wird die Frage, ob auch dem wirklichen Vater ein Recht zur Ehelichkeitsanfechtung zusteht, unterschiedlich behandelt. Während das *Appellationsgericht von Indiana*<sup>81</sup>) die Auffassung vertrat, der wirkliche Vater könne die Ehelichkeit eines Kindes anfechten, um eine rechtlich anerkannte Vater-Sohn-Beziehung herzustellen – und sei es auch nur aus Gründen der Erbfolge –, beschränken in einigen Staaten spezielle Gesetze die Anfechtungsmöglichkeit auf den Ehemann und seine Abkömmlinge bzw. auf Ehemann, Mutter und deren jeweilige Abkömmlinge<sup>82</sup>). Freilich haben Gerichte<sup>83</sup>) in Einzelfällen trotz derartiger gesetzlicher Beschränkungen dem wirklichen Vater ein Anfechtungsrecht gewährt.

Beispielhaft ist insoweit eine Entscheidung des *Supreme Court von Kalifornien*<sup>84</sup>) aus dem Jahre 1975. Trotz einer Bestimmung des *California Evidence Code*<sup>85</sup>), die die Ehelichkeitsanfechtung auf Ehemann, Mutter und deren jeweilige Abkömmlinge beschränkt, sprach das Gericht dem wirklichen Vater das Recht zu, seine Vaterschaft unter Beweis zu stellen. Die Umstände mögen zwar außergewöhnlich, aber wohl nicht einmalig gewesen sein: Die mit einem anderen Mann verheiratete Mutter hatte mit dem Vater des Kindes vor und nach der Geburt des Kindes zusammengelebt. Als das Kind fünf Monate alt war, kehrte sie gegen den Willen des wirklichen Vaters mit dem Kind zu ihrem Ehemann zurück. Nach dem Tode sowohl des Ehemannes als auch der Mutter betrieb der wirkliche Vater die rechtliche Anerkennung seiner Vaterschaft, um die elterliche Sorge für das inzwischen bei Pflegeeltern lebende und unter Amtsvormundschaft stehende Kind zu erhalten<sup>86</sup>). Die Entscheidungsgründe sind gekennzeichnet durch eine sorgfältige Interessenabwägung. Für den wirklichen Vater spreche, daß es ihm nicht allein um die Anerkennung seiner Vaterschaft gehe, sondern daß er sich bereits in der Vergangenheit um eine soziale Vater-Kind-Beziehung bemüht habe und diese in der Zukunft anstrebe<sup>87</sup>). Auch das Kind habe ein Interesse an der Feststellung der Vaterschaft. Demgegenüber falle das Interesse des Kindes an der Aufrechterhaltung des Status der formalen Legitimität nicht ins Gewicht. Ebenso wenig gebiete der Schutz der ehelichen Familie den Ausschluß des wirklichen Vaters von der Geltendmachung seiner nichtehelichen Vaterschaft, wenn diese Familie – wie hier durch den Tod der Eltern – nicht mehr bestehe<sup>88</sup>).

c) In der *kanadischen Provinz Québec* kann nach überwiegender, wenn gleich nicht unumstrittener Rechtsprechung<sup>89</sup>) der wirkliche Vater auf Feststellung seiner Vaterschaft trotz vermuteter Ehelichkeit des Kindes klagen.

<sup>74</sup>) Ähnlich auch *Zenz/Salvo* [Fn. 2], S. 83 f.

<sup>75</sup>) Im Ergebnis ebenso: *Finger*, NJW 1984, 846/849; *Zenz/Salvo* [Fn. 2], S. 89; *Gernhuber*, Familienrecht (3. Aufl. 1980), § 45 II, S. 651; *MünchKomm/Mutschler*, BGB (1978), § 1593 Rz. 13; *AKBGB/Teubner* (1981), § 1594 Rz. 10.

<sup>76</sup>) Hierzu unten E. 2. b) aa).

<sup>77</sup>) Artt. 313-1, 313-2 Abs. 1 franz. Cc, dazu oben B.II.3.b).

<sup>78</sup>) Auslegung e contrario des Art. 334-9 franz. Cc. Vgl. hierzu die Nachw. oben Fn. 48. Dabei ist nicht Voraussetzung, daß zwischen dem anerkennenden wirklichen Vater und dem Kind eine gelebte Eltern-Kind-Beziehung besteht, vgl. *Cass.civ.1re*, 9. 6. 1976 [Fn. 48].

<sup>79</sup>) Art. 311-12 franz. Cc.

<sup>80</sup>) Art. 318 franz. Cc, vgl. hierzu oben D.II.1.c) aa).

<sup>81</sup>) *A.B.v.C.D.*, 150 Ind.App. 535, 277 N.E. 2d 599 (1971). Vgl. auch *Raleigh v. Watkins*, 97 Mich.App. 258 (1980): Vaterschaftsfeststellung zwecks Besuchsrechts; *Finkenbinder v. Burton*, ... So.2d ... (Ala.Civ.App.1984): Vaterschaftsfeststellung zwecks Sorgerechts.

<sup>82</sup>) Nachw. bei *Annotation*, 90 A.L.R. 3d 1032/1039 ff./1046 ff. (1979).

<sup>83</sup>) Vgl. vor allem *In Re Lisa R.* (folgende Fn.); *R.McG. v. J.W.*, 615 P. 2d 666 (Colo. 1980). Ablehnend dagegen: *Petitioner v. Respondent*, 430 A.2d 1075 (Del.1981); *A. v. X,Y,Z*, 641 P.2d 1222 (Wyo. 1982).

<sup>84</sup>) *In Re Lisa R.*, 13 Cal.3d 636, 119 Cal.Rptr. 475, 532 P.2d 123, 90 A.L.R. 3d 1017 (1975); besprochen in: *Note*, 14 J. Family Law 643 ff. (1975/76); *Note*, 3 *Pepperdine L.Rev.* 212 ff. (1975); *Note*, 13 *San Diego L.Rev.* 377 ff. (1976). Die Entscheidung ist Teil einer Rspr., die seit den 70er Jahren die Rechte des nichtehelichen Vaters schrittweise verbessert; *leading-cases* waren *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645, 31 L.Ed. 2d 551, 92 S.Ct. 1208 (1972); *Caban v. Mohammed*, 441 U.S. 380, 60 L.Ed. 2d 297, 99 S.Ct. 1760 (1979); vgl. insoweit auch *Krause*, *Family Law* (1977), S. 164 ff.

<sup>85</sup>) Sec. 661.

<sup>86</sup>) Im vorliegenden Verfahren ging es ausschließlich um die Frage, ob der wirkliche Vater zum Beweis seiner Vaterschaft zuzulassen ist. Über den – nach Feststellung der Vaterschaft – zu erwartenden Konflikt zwischen Pflegeeltern und wirklichem Vater war noch nicht zu entscheiden.

<sup>87</sup>) Auf das Bemühen des wirklichen Vaters um das Kind, das er während der ersten 1½ Jahre täglich gesehen hatte, legt auch *R.McG. v. J.W.*, 615 P. 2d 666/668/673 (Colo. 1980) entscheidendes Gewicht.

<sup>88</sup>) 90 A.L.R. 3d 1017/1030. Weitergehend *R. McG. v. J.W.* 615 P. 2d 666 (Colo. 1980), wo das Klagerecht des wirklichen Vaters vor allem aus dem Gesichtspunkt erforderlicher Gleichberechtigung mit der Mutter, die trotz Ehelichkeitsvermutung auf Feststellung der Vaterschaft des nichtehelichen Vaters klagen kann, begründet wird.

<sup>89</sup>) Vgl. *Groffier*, in: *Ekelar/Katz* [Fn. 6], S. 235/239 Fn. 54-58.

d) Völlig gleichgestellt mit Ehemann und Mutter im Hinblick auf die Anfechtung ist der wirkliche Vater in der jugoslawischen Provinz Slowenien<sup>90)</sup>.

## 2. Deutsches Recht

a) In der überwiegenden deutschen Literatur<sup>91)</sup> erscheint der wirkliche Vater in Zusammenhang mit der Ehelichkeitsanfechtung als juristischer Niemand; ihm wird jedes echte Interesse am Kind abgesprochen.

Diese Vorstellung trifft jedoch heute sicherlich nur noch einen Teil der sozialen Realität, nämlich die Fälle, in denen das Kind aus einer lediglich flüchtigen sexuellen Begegnung zwischen der Mutter und dem wirklichen Vater hervorgeht. Und selbst hier erscheint ein derartiges Pauschalurteil problematisch<sup>92)</sup>.

Demgegenüber stehen Berichte<sup>93)</sup> aus der Praxis der Jugendämter über Fälle, in denen der wirkliche Vater mit der noch verheirateten Mutter über längere Zeit zusammenlebte, sowie Fälle, in denen die Ehegatten ihre Beziehung dadurch zu retten versuchten, daß sie das „Ehebruchskind“ in Pflege oder zur Adoption gaben, ohne daß der – sehr engagierte – wirkliche Vater irgendwelche rechtlichen Einflußmöglichkeiten gehabt hätte. Auch die aus der US-amerikanischen Rechtspraxis zum Anfechtungsrecht des wirklichen Vaters berichteten Entscheidungen<sup>94)</sup> betrafen überwiegend Sachverhalte, in denen der Vater die soziale und psychologische Vaterschaft bereits übernommen hatte oder sie übernehmen wollte. Ein Interesse an der rechtlichen Zuordnung seines Kindes kann dem wirklichen Vater deshalb nicht generell abgesprochen werden.

b) Im Jahre 1981 hat der BGH<sup>95)</sup> nun zwar nicht grundsätzlich jedes Interesse des biologischen Vaters an der Zuordnung des Kindes verneint, er hat jedoch die Klage eines Vaters auf Feststellung seiner Vaterschaft vor Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes mit Erwägungen zum Kindeswohl und zum Schutz von Ehe und Familie abgewiesen. Dem Vaterschaftsrecht des nichtehelichen Vaters stünden das Persönlichkeitsrecht des Kindes, konkretisiert in dem Anspruch auf ungestörtes Aufwachsen in dem unangefochtenen Status des ehelichen Kindes, und der ebenfalls verfassungsrechtlich verbürgte besondere Schutz von Ehe und Familie gegenüber. Durch den Ausschluß des Anfechtungsrechts solle das Eindringen von außen in die Intimsphäre der Familie unterbunden, der Familienfrieden und damit auch das Kindeswohl geschützt werden<sup>96)</sup>.

c) Diese Argumentation überzeugt freilich nur, wenn Mutter und Ehemann einig sind, ihre Ehe fortzusetzen und das Kind als gemeinsames aufzuziehen. Hier überwiegt das Kindesinteresse, in Gemeinschaft mit zwei Personen aufzuwachsen, die bereit sind, die soziale und psychologische Elternschaft zu übernehmen, sein eigenes Interesse und das des wirklichen Vaters an der Feststellung der nur biologischen Vaterschaft<sup>97)</sup>. Auch der grundrechtliche Schutz von Ehe und Familie hat hier seinen legitimen Platz<sup>98)</sup>. Die Interessen des wirklichen Vaters müssen insoweit zurücktreten<sup>99)</sup>.

Das Blatt wendet sich aber, wenn eine Familiengemeinschaft zwischen Mutter, Ehemann und Kind nicht oder nicht mehr besteht, sei es, daß die ehelichen Eltern das Kind in Pflege oder zur Adoption geben<sup>100)</sup>, oder daß sie verstorben sind<sup>101)</sup>. Dem wirklichen Vater in diesen Fällen ein Anfechtungsrecht verweigern, heißt gleichzeitig, dem Kind, das keine anderweitige gelebte Elternbeziehung hat, die Chance einer sozialen Vater-Kind-Beziehung zu nehmen, die der biologischen Beziehung entspricht.

Auch wenn der wirkliche Vater bereits mit dem Kind zusammenlebt, sind die Kindesinteressen nicht mehr auf eine „Aufrechterhaltung“ der Familienbeziehung zum „Scheinvater“ gerichtet, sondern vielmehr gerade darauf, die tatsächlich gelebte Beziehung zum wirklichen Vater rechtlich abzusichern. Würde man hier das Ehelichkeitsanfechtungsrecht aus Gründen übergeordneten Eheschutzes abschließen wollen, so hieße dies, der formalen Ehefassade Vorrang einzuräumen vor den hier gleichgerichteten Interes-

sen des Kindes und des wirklichen Vaters. Zwar wird bei dieser Fallgestaltung wenn schon nicht der Ehemann, so doch in aller Regel die Mutter von einem ihr eingeräumten Anfechtungsrecht Gebrauch machen, so daß ein zusätzliches Anfechtungsrecht des wirklichen Vaters in praxi als überflüssig erscheinen mag. Es sind indes auch Konstellationen denkbar, in denen auf ein Anfechtungsrecht des wirklichen Vaters nicht verzichtet werden kann, etwa in dem Fall, daß die Mutter noch vor Ausübung des Anfechtungsrechtes stirbt.

## E. Ergebnis und Konsequenzen

1. Vergleicht man das deutsche Recht der Ehelichkeitsvermutung und Ehelichkeitsanfechtung mit den Lösungen ausländischer Rechtsordnungen, so drängt sich einem der Gedanke auf, daß dieser Bereich heute noch wie im Jahre 1900 auf stark patriarchalischem Gedankengut basiert. Der Unterschied zur Zeit der Einführung des BGB liegt allein darin, daß damals die hinter der rechtlichen Regelung stehenden Werthaltungen offen ausgesprochen wurden, während sie heute – mit „Scheinbegründungen“<sup>102)</sup> gewonnen – vor allem aus dem „Kindesinteresse“ kaschiert werden<sup>103)</sup>.

Die lediglich an das formale Band der Ehe anknüpfende, vom Regelfall abweichende soziale Tatbestände außer acht lassende pater est-Regel erscheint im Lichte des praktischen Anfechtungsmonopols des Ehemannes als Anrecht des Mannes<sup>104)</sup> auf die während der Ehe von seiner Frau geborenen

<sup>90)</sup> Art. 99 slowenisches Gesetz über Ehe und Familienbeziehungen, vgl. Jessel, DAVorm 1980, 338/343.

<sup>91)</sup> Ausnahmen insoweit: *Zenz/Salgo* [Fn. 2], S. 86 ff.; *Finger*, NJW 1984, 846/849 (im Erg. Anfechtungsrecht verneinend). Bemerkenswert *Boehmer*, NJW 1949, 52/53, der ausdrücklich im Rahmen der Diskussion des staatsanwaltschaftlichen Anfechtungsrechts auf die Interessen des natürlichen Vaters Bezug nimmt.

<sup>92)</sup> Dies gilt namentlich im Hinblick auf die seit Ende der 70er Jahre zunehmend sich abzeichnende „Vaterrechtsbewegung“, wo eheliche Väter stärker denn je um das Sorgerecht nach Scheidung (vgl. *Zenz/Salgo* [Fn. 2], S. 19 ff.; *Fithenakis/Niesel/Kunze*, Ehescheidung, 1982, S. 8), nichteheliche Väter um Anerkennung ihrer Vaterrechte kämpfen (vgl. nur *BVerfGE* 56, 363 = *FamRZ* 1981, 429).

<sup>93)</sup> Vgl. vor allem *Zenz/Salgo* [Fn. 2], S. 87 f.

<sup>94)</sup> Vgl. oben Fn. 81, 83. Die französischen Entscheidungen enthalten hierzu zumeist keine Angaben, da ja eine gelebte Vater-Kind-Beziehung auch nicht notwendige Voraussetzung für die Anwendung des Art. 334-9 franz. Cc e contrario ist.

<sup>95)</sup> BGHZ 80, 218 ff. = *FamRZ* 1981, 538 ff. Vgl. auch BGH, *FamRZ* 1982, 692 f. = NJW 1982, 1652 f. (notwendige Beiladung des nichtehelichen Vaters im Anfechtungsprozeß verneinend): „Das Gesetz betrachtet die Anfechtung der Ehelichkeit mithin als Angelegenheit, die nur die Eheleute und das Kind etwas angeht.“

<sup>96)</sup> BGHZ 80, 218/220 f. = *FamRZ* 1981, 538.

<sup>97)</sup> In diesem Sinne auch *Zenz/Salgo* [Fn. 2], S. 87.

<sup>98)</sup> Hier trifft der Satz von *Holzhauser*, *FamRZ* 1982, 109/112, zu: „Der ‚besondere Schutz der Ehe‘ aus Art. 6 Abs. 1 GG ist der ‚natürlichen‘ Elternstellung des Erzeugers übergeordnet“.

<sup>99)</sup> Vgl. die entsprechende Wertung des französischen Rechts: Keine Geltendmachung der Nichtehelichkeit, wenn das Kind den faktischen Personenstand als eheliches Kind besitzt, Art. 334-9 franz. Cc; stimmt auch der Geburtsregistereintrag mit dem faktischen Personenstand als eheliches Kind überein, vgl. Art. 322 Abs. 2 franz. Cc.

<sup>100)</sup> Vgl. den von *Zenz/Salgo* [Fn. 2], S. 88 Fn. 39 berichteten Fall.

<sup>101)</sup> Vgl. den der Entscheidung in *Re Lisa R.* [Fn. 84] zugrundeliegenden Sachverhalt.

<sup>102)</sup> So bereits *H. Lange*, NJW 1962, 1697/1699.

<sup>103)</sup> Vgl. *H. Lange*, NJW 1962, 1697/1698: „... erscheint die Stellung des Scheinvaters im Anfechtungsrecht als letzter Fels der patria potestas“.

<sup>104)</sup> Mit bemerkenswerter Offenheit *OLG Köln*, NJW 1961, 2312: „Das Recht des Ehemannes, ein in der Ehe geborenes Kind als eheliches anzuerkennen, ... ist ein jeder Rechtsordnung vorgegebenes Naturrecht, das zu den unveräußerlichen Grundrechten gehört ...“; dagegen *Beitzke*, ZBJugR 1961, 314/315; *Schwörer*, NJW 1961, 2291. Hier setzte auch die Kritik französischer Autoren am früheren Rechtszustand an, vgl. *Carbonnier*, *Droit Civil*, Bd. 2 (12. Aufl. 1983), S. 343; *Mazeaud/de Juglart* [Fn. 32], S. 267, Nr. 877; *Colombet/Foyer/Huet-Weiller/Labrusse-Riou* [Fn. 11], S. 94 Nr. 90.

Kinder, die er freilich nach seinem Belieben „annehmen“ kann oder nicht. Insofern hat der Satz „Wer zur Familie gehören soll, bestimmt der Mann“<sup>105)</sup> bis heute kaum etwas von seiner Gültigkeit verloren.

Nicht allein, daß sich eine derartige Regelung nicht mit dem Gleichheitsgrundsatz des Grundgesetzes vereinbaren läßt, auch die Mißbrauchsmöglichkeiten liegen auf der Hand. In der deutschen Literatur wurde diese Seite des Anfechtungsmonopols bislang zwar nicht thematisiert; im Rahmen der französischen Reform<sup>106)</sup> hingegen spielte der Gedanke des „rachsüchtigen Ehemannes“ eine wichtige Rolle. Es erscheint durchaus denkbar, daß ein Ehemann sein Anfechtungsmonopol dazu zu benutzen versucht, die Ehefrau zu einer Rückkehr zu ihm zu bewegen oder im Rahmen eines Scheidungsverfahrens für sich vorteilhafte Zugeständnisse zu erlangen.

2. Eine notwendige Reform sollte sich dabei nicht allein auf das Recht der Ehelichkeitsanfechtung konzentrieren, sondern müßte bereits bei der Ehelichkeitsvermutung ansetzen.

a) Läßt sich die uneingeschränkte Geltung der *pater est-Regel* heute sicher nicht mehr mit einem Recht des Ehemannes auf die während der Ehe von seiner Frau geborenen Kinder und auch nicht generell mit dem Kindeswohl<sup>107)</sup> begründen, so bleibt als Argument für die Ehelichkeitsvermutung, daß sie das Kind rechtlich dem Mann zuordnet, dessen Vaterschaft am wahrscheinlichsten ist<sup>108)</sup>. Dann aber gilt es, die Fälle aus dem Anwendungsbereich der Ehelichkeitsvermutung auszusondern, in denen die Vaterschaft des Ehemannes von vornherein unwahrscheinlich ist.

Der französische Gesetzgeber hat m. E. mit Art. 313 Abs. 1 franz. Cc<sup>109)</sup> eine glückliche und realitätsangemessene Lösung gefunden: Leben die Ehegatten nicht zusammen und gibt die Mutter bei Eintragung des Kindes ins Geburtsregister den Ehemann auch nicht als Vater des Kindes an, so erscheint die Vaterschaft des Ehemannes als höchst unwahrscheinlich. Unterstützt wird diese These durch einen Blick auf die Entwicklung der Zahl der Ehelichkeitsanfechtungsprozesse in Frankreich seit der Reform von 1972: Obgleich die Beschränkung des Anfechtungsrechtes des Ehemannes auf bestimmte, eng umschriebene Tatbestände 1972 fallen gelassen, ihr Anwendungsbereich damit beträchtlich erweitert wurde, ist die jährliche Zahl der Ehelichkeitsanfechtungen durch den Ehemann seither erheblich zurückgegangen<sup>110)</sup>. Es erscheint gerechtfertigt, diesen Rückgang unmittelbar mit der Eingrenzung der *pater est-Regel* in Verbindung zu bringen.

b) Könnten durch eine Einschränkung des Anwendungsbereiches der Ehelichkeitsvermutung viele der Fälle, in denen die Kombination von *pater est-Regel* und praktischem Anfechtungsmonopol des Ehemannes unangemessen und wegen der Mißbrauchsmöglichkeiten gefährlich erscheint, bereits auf der ersten Stufe einer befriedigenden Lösung zugeführt werden, so kann dennoch auf ein *zusätzliches Anfechtungsrecht* der Mutter und des wirklichen Vaters nicht generell verzichtet werden.

aa) Ein eigenes Ehelichkeitsanfechtungsrecht der Mutter erscheint allein unter dem Gesichtspunkt der Gleichberechtigung unverzichtbar. Daß auch das Kindesinteresse nicht den prinzipiellen Ausschluß der Mutter von der Ehelichkeitsanfechtung gebietet, wurde im Rahmen der vorstehenden Erörterungen aufgezeigt<sup>111)</sup>.

Die Ausübung des Anfechtungsrechtes durch die Mutter sollte freilich nur zeitlich befristet möglich sein<sup>112)</sup>. Die Befristung ist vor allem im Hinblick auf die Situation erforderlich, daß die Mutter nach der Geburt des Kindes weiter mit dem Ehemann in der ehelichen Familie lebt. Eine Anfechtung der Ehelichkeit durch die Mutter greift hier in eine wachsende Vater-Kind-Beziehung ein, was im Interesse des Kindes und des „Scheinvaters“ nur innerhalb eines kurzen Zeitraums möglich sein sollte<sup>113)</sup>. Eine Frist von einem Jahr ab Geburt des Kindes erscheint – auch unter Berücksichtigung auslän-

discher Lösungsansätze<sup>114)</sup> – als ausreichend und angemessen.

Das Anfechtungsrecht der Mutter sollte aber auch dann befristet sein, wenn sie das Kind vom Ehemann getrennt lebend aufzieht<sup>115)</sup>. Hier streitet zwar nicht die sich entwickelnde Beziehung zwischen Ehemann und Kind für eine zeitliche Befristung, wohl aber der Gesichtspunkt, daß über das Statusverhältnis des Kindes nicht über längere Zeit hinweg Ungewißheit herrschen sollte und es der Mutter auch zuzumuten ist, sich innerhalb eines Jahres für oder gegen eine Ehelichkeitsanfechtung zu entscheiden.

bb) Dem *wirklichen Vater* wird man nur ein sehr eng umgrenztes Anfechtungsrecht zugestehen können. Die Fälle, in denen es erforderlich erscheint, wurden obenstehend<sup>116)</sup> näher dargestellt.

Es geht einmal um die Situation, daß der wirkliche Vater bereits mit dem Kind zusammenlebt<sup>117)</sup>. Ein eigenes Anfechtungsrecht schützt hier nicht nur das Elternrecht des wirklichen Vaters, sondern auch das Interesse des Kindes an der gelebten Vater-Kind-Beziehung. Um klare und eindeutige Abstammungsverhältnisse zu schaffen, müßte auch ein derartiges Anfechtungsrecht zeitlich befristet sein<sup>118)</sup>.

Zum anderen sollte dem wirklichen Vater ein – gewissermaßen bedingtes – Anfechtungsrecht für den Fall eingeräumt werden, daß das Kind auf Dauer mit keinem der beiden ehelichen Elternteile mehr zusammenlebt, womit die Fälle der Weggabe zur Adoption und des Versterbens der ehelichen Eltern abgedeckt wären. Dem wirklichen Vater wäre damit zwar verwehrt, durch eine Anfechtung in die bestehende eheliche Familie einzugreifen; sein Vaterrecht würde aber wieder aufleben und zu einem Anfechtungsrecht erstarken, wenn eine eheliche Eltern-Kind-Beziehung nicht mehr besteht.

<sup>105)</sup> Boehmer, NJW 1949, 52/53.

<sup>106)</sup> Vgl. insbesondere Gobert, Sem. Jur. 1968. I. 2207, Nr. 20, der pointiert von „légitimité de rancune“ spricht; Weill/Terré [Fn. 11], S. 465, Nr. 471; Labrusse-Riou, Enc. Dalloz, Rép. civ., Filiation légitime, Nr. 158; Mazeaud/de Juglart [Fn. 32], S. 268, Nr. 878.

<sup>107)</sup> Vgl. hierzu oben B. III. 3.

<sup>108)</sup> Insofern streitet für die *pater est-Regel* der Gesichtspunkt der Praktikabilität. Deshalb erscheint auch der norwegische Vorschlag, die *pater est-Regel* ganz abzuschaffen (vgl. oben B. II. 1.), als zu weitgehend.

<sup>109)</sup> Vgl. hierzu oben B. II. 3. b).

<sup>110)</sup> Vgl. Carbonnier, Droit civil, Bd. 2 (12. Aufl. 1983), S. 354, Nr. 109 m. Nachw.

<sup>111)</sup> Vgl. oben D. II. 2. d) cc).

<sup>112)</sup> Hier gelten dieselben Erwägungen, die für die Befristung des Anfechtungsrechtes des Ehemannes angeführt werden. Vgl. dazu BVerfGE 38, 241 = FamRZ 1975, 82. In diesem Sinne auch Zenzl/Salgo [Fn. 2], S. 89 f.

<sup>113)</sup> Insofern erscheint die Regelung des französischen Rechts in Artt. 318, 318-1 Abs. 2 franz. Cc, wonach eine Anfechtung zum Zwecke der Legitimation post nuptias ohne Berücksichtigung der Bindungen des Kindes an den „Scheinvater“ möglich ist, bis das Kind 7 Jahre alt ist, als sehr problematisch.

<sup>114)</sup> Vgl. § 62 Abs. 1 FGB DDR. Teilweise gilt für die Mutter eine Anfechtungsfrist von 6 Monaten: Italien: Art. 244 Abs. 1 ital. Cc; Jugoslawien: vgl. Nachw. bei Jessel, DAVorm 1980, 338/344.

<sup>115)</sup> Anders auch insofern das französische Recht. Die Klage der Mutter auf Feststellung der nichtehelichen Vaterschaft trotz formaler Ehelichkeit des Kindes (Art. 334-9 franz. Cc e contrario) ist 30 Jahre lang möglich, vgl. Weill/Terré [Fn. 11], S. 556, Nr. 565; Labrusse-Riou, Enc. Dalloz, Rép. civ., Filiation légitime, Nr. 194. Dasselbe gilt, soweit die isolierte Anfechtung nach Art. 322 franz. Cc e contrario anerkannt wird, vgl. Spellenberg, FamRZ 1984, 117/124.

<sup>116)</sup> Vgl. oben D. III. 2. c). M. E. nicht zu empfehlen wäre ein so weitgehendes Anfechtungsrecht, wie es das franz. Recht vorsieht.

<sup>117)</sup> Allerdings müßte freilich auch die Situation des nichtehelichen Vaters im Hinblick auf das Sorgerecht verbessert werden. Hierzu kann in diesem Rahmen freilich nicht näher Stellung genommen werden, zum Ausschluß vom Sorgerecht vgl. nur BVerfGE 56, 363 = FamRZ 1981, 429. Vgl. auch den amüsanten, aber leider durch einen realistischen Beitrag „Nicht Vater, nur Erzeuger“ in: „Die Zeit“ Nr. 36 v. 31. 8. 1984, S. 42.

<sup>118)</sup> Anders auch hier das französische Recht. Hier ist die Anerkennung der nichtehelichen Vaterschaft 30 Jahre lang möglich, vgl. Nachw. in Fn. 115.