

Elterliche Sorge für nichteheliche Kinder im Lichte internationaler Konventionen

Tribunal de Grande Instance de Rochefort-sur-Mer
vom 27. März 1992¹

mit Anmerkung von *Ingeborg Schwenzler*, Basel

Les dispositions des art. 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, relatifs au respect de la vie familiale et aux droits et libertés dont la jouissance doit être assurée sans distinction fondée notamment sur le sexe ou la race, ont une valeur supérieure à la loi nationale en vertu de l'art. 55 de la Constitution et le juge français doit en faire application;

Selon l'art. 374 c. civ., „si l'un et l'autre (des parents naturels) l'ont reconnu, l'autorité parentale sur l'enfant est exercée par la mère“;

Il apparaît que cette dévolution de l'autorité parentale à la mère d'un enfant naturel est contraire aux dispositions des art. 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme car fondée exclusivement sur le critère du sexe, source d'une inégalité de droit entre chaque parent de l'enfant;

Il y a donc lieu, sans faire application de l'art. 374, paragr. 1^{er} in fine, d'homologuer l'accord intervenu entre les parents, l'intérêt de l'enfant commandant que ses parents se voient reconnaître une égalité de droit à son égard.

Artt. 8 und 14 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), die den Schutz des Privat- und Familienlebens vorsehen, und die unabhängig von Geschlechts- oder Rassenzugehörigkeit gelten, gehen aufgrund Art. 55 der Verfassung dem innerstaatlichen französischen Recht vor, und der französische Richter hat sie unmittelbar anzuwenden.

Gemäß Art. 374 Cc steht die elterliche Sorge für ein nichteheliches Kind der Mutter zu, wenn beide Eltern das Kind anerkannt haben.

Diese Zuordnung der elterlichen Sorge für ein nichteheliches Kind an die Mutter widerspricht Artt. 8 und 14 EMRK, denn sie gründet sich ausschließlich auf das Kriterium des Geschlechts und führt damit zu Rechtsungleichheit zwischen den Eltern des Kindes.

Ungeachtet des Art. 374 Abs. 1 in fine ist deshalb eine zwischen den Eltern geschlossene Vereinbarung zu genehmigen, da das Kindeswohl es gebietet, daß die Rechtsgleichheit der Eltern in bezug zum Kind anerkannt wird.

Entscheidungsgründe: „Aux termes des art. 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme toute personne a droit au respect de sa vie familiale et la

¹ Recueil Dalloz (D.) 1993, 174 mit Anmerkung *Flauss*, = *Juris-Classeur Périodique*, La Semaine Juridique (J. C. P.) 1992, II, 21885 mit Anmerkung *Garé* = D. 1993, Sommaires (S.) 50 mit Anmerkung *Granet-Lambrechts* und 123 mit Anmerkung *Vauwillé*.

jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée sans distinction aucune fondée notamment sur le sexe, la race [. . .]. – Ces dispositions ont une valeur supérieure à la loi nationale en vertu de l’art. 55 de la Constitution et le juge français doit en faire l’application. – “Selon l’art. 374 c. civ., „si l’un et l’autre (parent naturel) l’ont reconnu, l’autorité parentale est exercée par la mère“. – Il apparaît que cette dévolution de l’autorité parentale à la mère d’un enfant naturel est contraire aux dispositions des art. 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l’homme, car fondée exclusivement sur le critère du sexe. – Cette discrimination fondée sur le sexe est source d’une inégalité de droit entre chaque parent de l’enfant concerné. – Ce critère d’attribution de l’autorité parentale étant contraire aux art. 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l’homme ne doit donc pas être retenu. – Il n’y a donc pas lieu de faire application des dispositions de l’art. 374 c. civ., par. 1 *in fine*. – L’intérêt de l’enfant commande que ses parents se voient reconnaître une égalité de droit à son égard. – L’accord intervenu entre les parents de Joël porte sur ce point. – Il y a donc lieu de l’homologuer. – En l’état, le juge aux affaires matrimoniales ne possède pas tous les éléments nécessaires pour statuer sur la résidence habituelle de Joël. – Il y a donc lieu de fixer provisoirement celle-ci au domicile de son père avec qui il demeure actuellement, une enquête sociale étant ordonnée et le renvoi de l’examen de cette demande étant audiencé au 7 mai 1992 à 9 heures. – Mme Virginie X . . . bénéficiera d’un droit de visite et d’hébergement les premier et troisième week-ends du mois d’avril, du samedi 10 heures au dimanche 19 heures. – Par ailleurs, il convient d’inciter les parties à établir un protocole d’accord parental. Une mesure de médiation est donc confiée aux services de l’Association „Familles d’Aunis“ dont une permanence est actuellement en cours.

Par ces motifs, statuant contradictoirement, par décision avant dire droit, et susceptible d’appel: faisant application des art. 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l’homme, disons n’y avoir lieu à attribution de l’autorité parentale selon l’art. 374, par. 1, *in fine*; homologuons l’accord des parties et disons que l’autorité parentale à l’égard de Joël sera exercée *conjointement* par M. Jean-Paul Y . . . et Mme Virginie X . . .; sursoyons à statuer sur la résidence habituelle de Joël et les droits de visite et d’hébergement de l’autre parent . . .“.

Anmerkung:

I. Allgemeines

Der der vorstehenden Entscheidung eines erstinstanzlichen französischen Gerichts zugrunde liegende Sachverhalt war folgender²: Die Eltern eines nichtehelichen Kindes hatten dieses beide anerkannt und lebten zwei Jahre zusammen. Nach der Trennung blieb das Kind zunächst beim Vater. Die Mutter verlangte dann jedoch die Herausgabe des Kindes gestützt auf Art. 374

² Vgl. Anmerkung *Granet-Lambrechts*, D. 1993, S. 51.

Abs. 1 S. 2 Cc a. F.³, der bei Anerkennung durch beide Eltern das Sorgerecht der Mutter zuweist, vorbehaltlich einer gemeinsamen Erklärung der Eltern gegenüber dem juge des tutelles zur gemeinsamen Ausübung der elterlichen Sorge nach Abs. 2 a. F. Der Vater stellte seinerseits einen Antrag auf Übertragung der elterlichen Sorge nach Art. 374 Abs. 3 Cc a. F. In der mündlichen Verhandlung gelangten die Eltern schließlich zu einer Vereinbarung über die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge. Das Gericht⁴ hielt diese Vereinbarung für die dem Kindeswohl am besten entsprechende Lösung und genehmigte sie. Art. 374 Abs. 1 S. 2 Cc a. F. wurde damit ausgeschaltet. Das Gericht begründet den Vorrang der Vereinbarung mit Artt. 8 und 14 EMRK, dem die Regelung des Art. 374 Abs. 1 S. 2 Cc a. F. widersprechen soll.

Der Rückgriff auf die EMRK war freilich nicht unbedingt erforderlich gewesen; dasselbe Ergebnis hätte vielmehr auch nach nationalem französischem Recht erreicht werden können. Denn nach Art. 376–1 Cc kann das Gericht in allen Angelegenheiten der elterlichen Sorge zwischen den Eltern getroffene Vereinbarungen berücksichtigen. Ausserdem eröffnete schon Art. 374 Abs. 3 Cc a. F. die Möglichkeit, die elterliche Sorge für nichteheliche Kinder beiden Eltern zur gemeinsamen Ausübung zuzuweisen.

Die vorstehende Entscheidung ist für die europäische Entwicklung des Familienrechts, bzw. des Rechts der elterlichen Sorge, vor allem unter drei Gesichtspunkten interessant:

Erstens geht es um die Stellung der EMRK oder – allgemeiner gesprochen – der internationalen Konventionen mit familienrechtlichen Bezügen im innerstaatlichen Recht, zweitens um die aus diesen Konventionen abzuleitenden Anforderungen an die Regelung der elterlichen Sorge im nationalen Recht, und schließlich zeigt die Entscheidung symptomatisch Tendenzen der Entwicklung des nationalen Rechts in bezug auf die elterliche Sorge, wie sie sich in vielen europäischen Staaten finden.

II. Stellung internationaler Konventionen im innerstaatlichen Recht

1. Europäische Menschenrechtskonvention

Der Tribunal de Grande Instance (T. G. I.) Rochefort-sur-Mer wendet die EMRK unmittelbar an. Dies entspricht nicht nur ständiger französischer Praxis, es ergibt sich vor allem aus Art. 55 der französischen Verfassung, wonach internationalen Abkommen übergesetzlicher Rang zukommt.

³ Inzwischen durch Gesetz Nr. 93–22 v. 8. 1. 1993 geändert, vgl. dazu unten sub. IV.

⁴ Damals war noch der „juge aux affaires matrimoniales“ zuständig; heute ist für alle Kindersachssachen einheitlich der durch Gesetz Nr. 93–22 v. 8. 1. 1993 geschaffene „juge aux affaires familiales“ zuständig, vgl. Art. 47 ff. Gesetz Nr. 93–22 v. 8. 1. 1993; J. C. P. 1993 III, 65905.

Die Stellung der Konvention in den Mitgliedstaaten ist sehr unterschiedlich⁵. In Österreich besitzt die EMRK Verfassungsrang. Übergesetzlicher Rang kommt der EMRK außer in Frankreich auch in der Schweiz, in Belgien, Luxemburg und den Niederlanden zu⁶. So hat der niederländische Hoge Raad die nationale Regelung zur elterlichen Sorge als mit Artt. 8 und 14 EMRK nicht vereinbar angesehen⁷. In Deutschland, Italien, Griechenland, der Türkei und Zypern besitzt die EMRK hingegen nur den Rang eines einfachen innerstaatlichen Gesetzes⁸. Dementsprechend hat es etwa das Kammergericht⁹ abgelehnt, die ausschließliche Sorgerechtszuständigkeit der Mutter eines nichtehelichen Kindes an Artt. 8 und 14 EMRK zu messen, da § 1705 BGB entsprechend der lex posterior-Regel den Bestimmungen der EMRK vorgehe¹⁰. In anderen Mitgliedstaaten¹¹ gilt die EMRK nicht einmal als innerstaatliches Recht. Dort begründet sie nur eine völkerrechtliche Verbindlichkeit; sie ist von den Gerichten jedoch nicht unmittelbar anzuwenden.

2. UN-Kinderkonvention

Weit größere Bedeutung als die EMRK könnte das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. 11. 1989¹² für den Bereich des Kindschaftsrechts erlangen. Dieser Konvention sind inzwischen weltweit nahezu

⁵ Vgl. dazu *Jochen Abr. Frowein/Wolfgang Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 1985, Einführung, Rn. 6; *Georg Ress*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Vertragsstaaten: Die Wirkungen der Urteile des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im innerstaatlichen Recht und vor innerstaatlichen Gerichten, in: Irene Maier (Hg.), *Europäischer Menschenrechtsschutz*, 1982, S. 260 ff.; *Andrew Z. Drzemczewski*, *European Human Rights Convention in Domestic Law*, 1983; *Christoph Gusy*, Wirkungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der europäischen Rechtsprechung in einzelnen Vertragsstaaten, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung (ZfRV)* 1989, 1, 10 f.

⁶ Vgl. *Frowein/Peukert* (Fn. 5) 260 ff.; *Gusy*, *ZfRV* 1989, 1, 10 f.; speziell zur Schweiz vgl. *Arthur Haefliger*, Die EMRK und die Schweiz, 1993, S. 34.

⁷ Vgl. *Hoge Raad* 4. 5. 1984, *Nederlandse Jurisprudentie (NJ)* 1985, Nr. 510; *Hoge Raad* 21. 3. 1986, *NJ* 1986, Nr. 585 f.; vgl. dazu *Willem Breemhaar*, Das Sorgerecht für minderjährige Kinder nach niederländischem Recht, *Das Standesamt (StAZ)* 1987, 69 f.

⁸ Nach *BVerfG* 26. 3. 1987, *BVerfGE* 74, 358, 370 = *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1987, 2427 sind Inhalt und Entwicklungsstand der EMRK jedoch bei der Auslegung des Grundgesetzes in Betracht zu ziehen.

⁹ Vgl. *KG* 1. 9. 1981, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 1982, 95 f.; vgl. auch *OLG Köln* 21. 4. 1993, *FamRZ* 1993, 1243.

¹⁰ Zur lex posterior-Regel im Verhältnis zur EMRK ausführlich *Gusy*, *ZfRV* 1989, 1, 10 f.

¹¹ Vgl. Großbritannien, Irland, Schweden, Norwegen, Dänemark, Island, Malta.

¹² Vgl. *Bundesgesetzblatt (BGBl.)* 1992 II 121; abgedruckt auch in: *FamRZ* 1992, 253. Vgl. dazu *Ingrid Baer*, *Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes*, *NJW* 1993, 2209 ff.; *Hans A. Stöcker*, Die UNO-Kinderkonvention und das deutsche Familienrecht, *FamRZ* 1992, 245 ff.; *Matthias Münning*, Das Gesetz zu dem UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes, *Zentralblatt für Jugendrecht (ZfJ)* 1992, 553 ff.; *Bernadette Walsh*, The United Nations Convention on the Rights of the Child: A British View, (1991) 5 *International Journal of Law and the Family* 170 ff.; *Ingrid Baer*, Verabschiedung des UN-Übereinkommens über die Rechte des Kindes im November 1989 in New York, *Familie und Recht (FuR)* 1990, 192 ff.

150 Staaten beigetreten¹³. Unsicher ist freilich, welche Stellung diesem Übereinkommen in den verschiedenen nationalen Rechten zukommen wird.

Die deutsche Bundesregierung hat bei der Hinterlegung der Ratifikationsurkunde eine Erklärung abgegeben, wonach das Übereinkommen innerstaatlich keine Anwendung findet¹⁴. Es soll damit lediglich eine völkerrechtliche Staatenverpflichtung begründen, das nationale Recht den Konventionsbestimmungen anzupassen.

Doch auch in Frankreich hat der Kassationshof¹⁵ trotz des Vorrangs internationaler Abkommen vor innerstaatlichen Gesetzen nach Art. 55 der Verfassung jüngst entschieden, daß die Konvention im Gegensatz zur EMRK nicht unmittelbar anzuwenden ist. In der Literatur ist diese Entscheidung überwiegend auf Ablehnung gestoßen¹⁶, da sie die Konvention jeglicher praktischen Bedeutung beraube.

III. Anforderungen an die Regelung der elterlichen Sorge aufgrund internationaler Konventionen

1. Europäische Menschenrechtskonvention

Der T. G. I. Rochefort-sur-Mer geht in seiner Entscheidung davon aus, daß auch die subsidiäre Sorgerechtszuständigkeit der Mutter, wie sie Art. 374 Abs. 1 S. 2 Cc a. F. vorsah, nicht mit Artt. 8 und 14 EMRK zu vereinbaren ist. Diese Auffassung erscheint freilich im Hinblick auf die Praxis der Europäischen Kommission und die Auslegung der Artt. 8, 14 EMRK in anderen Staaten als kaum vertretbar.

Unbestreitbar ist freilich zunächst, daß auch die Beziehung zwischen dem Vater und seinem nichtehelichen Kind durch Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützt ist; denn der Schutzbereich der Artt. 8 und 14 EMRK umfaßt sämtliche Beziehungen zwischen den Eltern und ihren minderjährigen Kindern, gleichgültig ob die Kinder ehelich oder nichtehelich sind, und ob die Eltern verheiratet, nicht verheiratet oder bereits geschieden sind. Dies hat der Europä-

¹³ Vgl. nur für Deutschland Gesetz v. 17. 1. 1992, BGBl. 1992 I 121; für Frankreich Gesetz Nr. 90-548 v. 2. 7. 1990, Journal Officiel, 5. 7. 1990, S. 7856.

¹⁴ Vgl. Bundestagsdrucksache (BT-Drs.) 12/1535, S. 4.

¹⁵ Vgl. Cour de Cassation, 1 re Chambre Civile (Cass. Civ. 1 re), 10. 3. 1993, D. 1993, 361 mit zustimmender Anmerkung *Massip* = J. C. P. 1993, I, 3677, S. 227 = Revue trimestrielle de droit civil (Rev. trim. dr. civ.) 1993, 341; bestätigt durch drei weitere Urteile Cass. Civ. 1 re, 2. 6. 1993, D. 1993, Informations Rapides (I. R.) 153 = Rev. trim. dr. civ. 1993, 572 = D. 1994, S. 34 mit Anmerkung *Dekeuwer-Défossez*; Cass. Civ. 1 re, 15. 7. 1993, D. 1993, I. R. 209 = Rev. trim. dr. civ. 1993, 803, 814 zustimmend *Hauser* = J. C. P. 1994 II, 22219 mit Anmerkung *Benkamov*; Cass. Civ. 1 re, 15. 7. 1993, D. 1994, 191 mit zustimmender Anmerkung *Massip*.

¹⁶ Vgl. *Claire Neirinck/Pierre-Marie Martin*, Un traité bien maltraité, J. C. P. 1993, I, 3677; *Marie-Claire Rondeau-Rivier*, La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de Cassation: un traité mis hors jeu, D. 1993, Chr. 203 ff.

ische Gerichtshof für Menschenrechte im berühmten Fall Marckx¹⁷ und weiteren Entscheidungen¹⁸ festgehalten.

Unsicher erscheint freilich derzeit noch, welche konkreten Anforderungen sich aus Artt. 8 und 14 EMRK für die Regelung der elterlichen Sorge im nationalen Recht ergeben. Die Europäische Kommission für Menschenrechte ist in verschiedenen Entscheidungen¹⁹ davon ausgegangen, daß sich die alleinige Zuweisung des Sorgerechts für ein nichteheliches Kind an die Mutter aus Gründen des Kindeswohls selbst dann nach Art. 8 Abs. 2 EMRK rechtfertigen lasse, wenn die Eltern das nichteheliche Kind gemeinsam aufziehen und beide die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge wünschen. Auch das Kammergericht²⁰ hat obiter dictum einen Verstoß der in § 1705 BGB niedergelegten ausschließlichen Sorgerechtszuständigkeit der Mutter eines nichtehelichen Kindes gegen Artt. 8 und 14 EMRK verneint. Im Falle der Scheidung ehelicher Eltern hat schließlich der österreichische Verfassungsgerichtshof²¹ angenommen, daß der generelle Ausschluß fortbestehender gemeinsamer elterlicher Sorge nicht gegen Artt. 8 und 14 EMRK verstoße. Eine andere Position vertrat der niederländische Hoge Raad²², indem er sowohl den Ausschluß der Möglichkeit gemeinsamer elterlicher Sorge durch nicht verheiratete Eltern als auch durch geschiedene Eltern als mit Artt. 8 und 14 EMRK unvereinbar betrachtete.

Die Rechtslage erscheint damit bereits im Hinblick auf die ausschließliche Sorgerechtszuständigkeit der Mutter eines nichtehelichen Kindes ungewiß. Angesichts der jüngsten Entwicklungen im europäischen Recht der elterlichen Sorge²³ und der rechtsvergleichend-evolutiven Methode, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte verfolgt, wird man allerdings davon ausgehen dürfen, daß der generelle Ausschluß eines Elternteils – sei es nun der Vater eines nichtehelichen Kindes oder nach Scheidung –, ohne daß davon Ausnahmemöglichkeiten bestehen, als nicht mehr mit der EMRK vereinbar angesehen wird²⁴. In Frankreich bestand nun freilich bereits zum Zeitpunkt

¹⁷ Vgl. *EGMR* 13. 6. 1979, (Fall Marckx), *NJW* 1979, 2449 = Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ) 1979, 454; vgl. dazu *Erik Jayme*, Europäische Menschenrechtskonvention und deutsches Nichtehelichenrecht, *NJW* 1979, 2425 ff.; *Fritz Sturm*, Das Straßburger Marckx-Urteil zum Recht des nichtehelichen Kindes und seine Folgen, *FamRZ* 1982, 1150 ff.; *Martina Palm-Risse*, Der völkerrechtliche Schutz von Ehe und Familie, 1990, S. 202.

¹⁸ Vgl. nur *EGMR* 18. 12. 1986, (Fall Johnston), *EuGRZ* 1987, 313; weitere Nachweise bei *Luzius Wildhaber*, in: Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 1992, Art. 8, Rn. 366 ff.

¹⁹ Vgl. *EKMR* 15. 3. 1984, 9639/82, DR. 36, 130 ff.; weitere Nachweise bei *Wildhaber* (Fn. 18) Rn. 370.

²⁰ Vgl. *KG* 1. 9. 1981, *FamRZ* 1982, 95, 96.

²¹ Vgl. *Öst. VerfGH* 22. 6. 1989, *Der Österreichische Amtsvormund* 1989, 115; vgl. dazu auch *Dieter Henrich*, Familienrechtsreform durch Verfassungsgerichte?, *ZfRV* 1990, 241, 251.

²² Vgl. *Hoge Raad* 4. 5. 1984, *NJ* 1985, Nr. 510; *Hoge Raad* 21. 3. 1986, *NJ* 1986, Nr. 585 f.; vgl. dazu auch *Breemhaar*, *StAZ* 1987, 69 f.

²³ Vgl. dazu unten sub. IV.

²⁴ Ähnlich auch *Wildhaber* (Fn. 18) Rn. 371.

der Entscheidung des T. G. I. Rochefort-sur-Mer zum einen die Möglichkeit gemeinsamer elterlicher Sorge nicht verheirateter Eltern durch bloße Erklärung gegenüber dem Vormundschaftsrichter (Art. 374 Abs. 2 Cc a. F.), zum anderen konnte der Richter für Ehesachen auf Antrag des Vaters oder der Mutter den nicht verheirateten Eltern die elterliche Sorge zu gemeinsamer Ausübung zuweisen, eine Regelung, von der die französischen Gerichte wiederholt auch dann Gebrauch gemacht haben, wenn einer der beiden Elternteile sich der gemeinsamen elterlichen Sorge widersetzte, aber jedenfalls noch ein Minimum an Kooperationsfähigkeit zwischen den Eltern vorhanden war²⁵. Unter diesen Umständen kann die subsidiäre Sorgerechtszuständigkeit der Mutter wohl kaum als konventionswidrig betrachtet werden.

2. UN-Kinderkonvention

Internationaler Maßstab für die Ausgestaltung des Sorgerechts wird in Zukunft vor allem auch die UN-Kinderkonvention sein. Von Interesse sind insoweit insbesondere das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 2 und Art. 18, wonach von dem Grundsatz auszugehen ist, daß beide Elternteile gemeinsam für die Erziehung und Entwicklung des Kindes verantwortlich sind, ohne daß auch hier zwischen verheirateten und nicht oder nicht mehr verheirateten oder zusammenlebenden und nicht zusammenlebenden Eltern differenziert wird. Hieraus wird man jedenfalls das Gebot ableiten müssen, daß das nationale Recht die Möglichkeit gemeinsamer elterlicher Sorge auch für nicht verheiratete Eltern vorsehen muß. Fraglich erscheint jedoch, ob sich danach noch eine subsidiäre primäre Sorgerechtszuständigkeit der Mutter rechtfertigen läßt. Von französischen Autoren wird diese Frage für den Fall, daß beide Eltern das Kind anerkannt haben, teilweise verneint²⁶. Diese Auffassung erscheint freilich nicht zwingend. Für die subsidiäre Sorgerechtszuständigkeit der Mutter spricht, daß immer noch die ganz überwiegende Mehrzahl der nichtehelichen Kinder bei der Mutter aufwachsen. Dann aber läßt sich eine unkomplizierte Regelung, wie sie die subsidiäre Sorgerechtszuständigkeit der Mutter darstellt, aus Gründen des Kindeswohls, das ja auch nach Art. 3 UN-Kinderkonvention vorrangige Leitlinie für alle Entscheidungen sein muß, sehr wohl rechtfertigen, solange nur Ausnahmen von diesem Prinzip im Sinne der Möglichkeit gemeinsamer elterlicher Sorge und der Übertragung auf den Vater vorgesehen sind²⁷.

²⁵ Vgl. *Alain Bénabent*, *Droit civil, la famille*, 4. Auflage, 1991, Nr. 335; zuletzt *Pau* 7. 1. 1993, J. C. P. 1993 IV, 884.

²⁶ Vgl. Anmerkung *Granet-Lambrechts*, D. 1993, S. 51.

²⁷ Auch die deutsche Bundesregierung hat bei Ratifikation der UN-Kinderkonvention lediglich eine Erklärung dahingehend abgegeben, daß aus Art. 18 Abs. 1 nicht abgeleitet werden könne, daß das Sorgerecht für nichteheliche Kinder „automatisch und ohne Berücksichtigung des Kindeswohls im Einzelfall beiden Eltern“ zustehe, vgl. BT-Drs. 12/1535, S. 4.

IV. Europäische Entwicklungslinien des Rechts der elterlichen Sorge für nichteheliche Kinder

In den letzten Jahren haben viele nationale Gesetzgeber das Recht der elterlichen Sorge für nichteheliche Kinder von Grund auf reformiert, was wiederum im Sinne einer Wechselwirkung Auswirkungen auf die Auslegung namentlich der Artt. 8 und 14 EMRK haben wird.

So wurde in Frankreich die erst im Jahre 1987²⁸ neugefaßte Regelung des Art. 374 Cc unter Einfluß der UN-Kinderkonvention bereits im Jahre 1993²⁹ wieder revidiert. Von der Möglichkeit, die gemeinsame elterliche Sorge durch Erklärung zu erlangen, hatten weniger nicht verheiratete Eltern Gebrauch gemacht, als es sich der Gesetzgeber von 1987 erhofft hatte³⁰. Nach Art. 372 Abs. 2 Cc n. F. steht deshalb jetzt auch nicht verheirateten Eltern die elterliche Sorge für ihr Kind automatisch gemeinsam zu, wenn beide Eltern das Kind vor Vollendung des ersten Lebensjahres anerkannt haben und im Zeitpunkt der gemeinsamen Anerkennung oder der zweiten Anerkennung zusammenleben. In anderen Fällen bleibt die Möglichkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge durch gemeinsame Erklärung (Art. 374 Abs. 2 Cc n. F.) oder durch richterliche Übertragung auf Antrag eines Elternteils (Art. 374 Abs. 3 Cc n. F.) erhalten.

Auch in der überwiegenden Mehrzahl der übrigen europäischen Rechtsordnungen ist die gemeinsame elterliche Sorge nicht verheirateter Eltern möglich^{30a}, sei es, daß sie automatisch aufgrund Zusammenlebens³¹ oder aufgrund eines gemeinsamen Antrags der Eltern³² eintritt.

²⁸ Vgl. „Loi Malhuret“, Gesetz Nr. 87-570 v. 22. 7. 1987; vgl. dazu *Jean Hauser/Danièle Huet-Weiller*, *Traité de droit civil, la famille I*, 1989, Nr. 1140 ff.; Anmerkung *Vauvillé*, D. 1989, Chr. 123 ff.; *Françoise Bastien-Rabner*, *Le charme discret de la loi Malhuret*, *Droit de l'enfance et de la famille* 1992/1, 221 ff.; *Marie-France Nicolas-Maguin*, *Pouvoirs du juge et volonté des parents dans l'exercice en commun de l'autorité parentale prévu par la loi du 22 juillet 1987*, D. 1988, Chr. 307 ff.; *E. S. de La Marnière*, *Exercice en commun de l'autorité parentale sur les enfants dont les parents sont divorcés ou célibataires*, *Gazette du Palais* 1987, doctrine 638 ff.

²⁹ Vgl. Gesetz Nr. 93-22 v. 8. 1. 1993; J. C. P. 1993 III, 65905; *Michel Vauzelle*, J. C. P. 1993 III, 66093; vgl. dazu *Hugues Fulchiron*, *Une nouvelle réforme de l'autorité parentale*, D. 1993, Chr. 117 ff.; *Jacqueline Rubellin-Devichi*, *Une importante réforme en droit de la famille: La loi n. 93-22 du 8 janvier 1993*, J. C. P. 1993 I, 3659; *Robert Battes/Frank Meixner*, *Namensrecht – nichteheliche Kinder – Familiengericht*, *FuR* 1993, 219, 220.

³⁰ Die Quote lag zwischen 1988 und 1991 bei knapp unter 10% aller nichtehelichen Kinder mit freilich steigender Tendenz, vgl. *Fulchiron*, D. 1993, Chr. 117, 119.

^{30a} Vgl. dazu *Michael Coester*, *Entwicklungslinien im europäischen Nichtehelichenrecht*, *ZEuP* 1993, 536 ff.

³¹ Vgl. Italien: Art. 317 bis Abs. 2 Cc; Belgien: Artt. 373, 374 Cc; Spanien: Artt. 154, 156 Cc; in Portugal ist zusätzlich eine entsprechende Erklärung der Eltern erforderlich, vgl. Art. 1911 Abs. 3 Cc. In Griechenland erlangt der Vater automatisch mit freiwilliger Anerkennung neben der Mutter die elterliche Sorge, in anderen Fällen kann sie ihm – vor allem, wenn die Mutter zustimmt – auf seinen Antrag hin (mit-) übertragen werden, vgl. Art. 1515 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 ZGB.

³² Vgl. England: Sec. 4 (1) (b) *Children Act* 1989; Norwegen: § 35 Abs. 2 *KinderG* 1981; Schweden: 6. Kap., § 4 Abs. 2 *ElternG* i. d. F. 1990. Eine zusätzliche Kindeswohlprüfung verlangen Däne-

Allein der deutsche Rechtskreis hinkt dieser internationalen Entwicklung hinterher. So wurde in Österreich zwar ebenfalls im Jahre 1989 das Recht der elterlichen Sorge für nichteheliche Kinder revidiert³³. Nach § 167 S. 1 ABGB n. F. kommt die gemeinsame elterliche Sorge nicht verheirateter Eltern jedoch nur unter erschwerten Voraussetzungen, nämlich gemeinsamer Antrag der Eltern, Zusammenleben und richterliche Kindeswohlüberprüfung, in Betracht. Auch in der Schweiz wird im Zusammenhang mit der anlaufenden Scheidungsrechtsrevision über die elterliche Sorge für nichteheliche Kinder nachgedacht. Bislang wollte man jedoch über einen Vorschlag, der allein bei Einverständnis des Inhabers der elterlichen Gewalt eine Teilnahme des anderen Elternteils an der elterlichen Gewalt vorsieht, nicht hinausgehen³⁴. In Deutschland ging – nach jahrelangen Forderungen des Schrifttums nach einer Reform³⁵ – der entscheidende Impuls schließlich von einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes³⁶ aus dem Jahre 1991 aus, in der § 1738 Abs. 1 BGB insoweit für verfassungswidrig erklärt wurde, als die gemeinsame elterliche Sorge beider Eltern nach Ehelicherklärung selbst für den Fall ausgeschlossen ist, daß die Eltern mit dem Kind zusammenleben, beide bereit und in der Lage sind, die elterliche Verantwortung zu übernehmen und dies dem Kindeswohl entspricht. Bei der von der Bundesregierung jetzt in Aussicht genommenen Gesamtreform des Kindschaftsrechtes³⁷, die freilich nicht mehr in der laufenden Legislaturperiode abgeschlossen wird, wird die Ermöglichung der gemeinsamen elterlichen Sorge auch für nichteheliche Kinder ein wichtiger Punkt sein. Es ist zu wünschen, daß diese Reform nicht nur zügig vorangetrieben wird, sondern daß damit auch die Gelegenheit genutzt wird, den Anschluß an die überwiegende europäische Rechtsentwicklung zu vollziehen³⁸.

mark: § 9 MündigkeitsG 1985; Finnland: § 23 Abs. 3 S. 2 VormundschaftsG i. d. F. 1976; Niederlande: vgl. *Hoge Raad* 21. 3. 1986, NJ 1986, Nr. 586.

³³ Vgl. KindRÄG v. 15. 3. 1989.

³⁴ Vgl. Art. 298 a Vorentwurf für eine Revision des ZGB, Bern, 1992.

³⁵ Vgl. etwa *Ingeborg Schwenzer*, „... Vater sein dagegen sehr!“, FamRZ 1985, 1202 ff.

³⁶ Vgl. BVerfG 7. 5. 1991, BVerfGE 84, 168 = FamRZ 1991, 913; vgl. demgegenüber noch zur Verfassungsmäßigkeit des § 1705 BGB BVerfG 24. 3. 1981, BVerfGE 56, 363 = FamRZ 1981, 429.

³⁷ Vgl. dazu *Sabine Leutheusser-Schnarrenberger*, Gesetzgebungsreport, Zeitschrift für Rechtspolitik 1993, 415.

³⁸ Vgl. auch Beschlüsse des 59. DJT, Hannover 1992, Verhandlungen des 59. DJT, M 261 (Beschluß D. I. 1.); vgl. *Coester*, ZEuP 1993, 536, 546 f.