

# Die Rechtsstellung des nichtehelichen Kindes<sup>\*)</sup>

Von Professorin Dr. Ingeborg Schwenzer, Basel

## I. Einleitung

Seit Inkrafttreten des Nichtehelichengesetzes [NEG] am 1.7. 1970, das angetreten war, den Verfassungsauftrag aus Art. 6 V GG zu verwirklichen, sind die kritischen Stimmen, die eine weitere Reform des Nichtehelichenrechtes fordern, nicht verstummt. Ziel der Kritik sind einerseits punktuelle Fragen – so insbesondere das Recht der elterlichen Sorge und das Umgangsrecht, aber auch das Erbrecht –, zunehmend wird jedoch auch – wie übrigens bereits von namhaften Rechtsvergleichern vor der Reform durch das NEG<sup>1)</sup> – die Abschaffung des Nichtehelichenrechtes und eine Gesamtreform des Kindschaftsrechtes gefordert<sup>2)</sup>.

Anstöße, über eine weiterreichende Reform nachzudenken, kommen aus verschiedener Richtung: der gesellschaftlichen Entwicklung, supranationalem Einheitsrecht und bereits unternommener weitreichender Reformen im Ausland. Aber auch die deutsche Einigung muß Anlaß sein, die Diskussion aufzugreifen, ist es doch gerade auch das Nichtehelichenrecht, in dem aufgrund der Regelung des Einigungsvertrages Rechtseinheit zwischen den ost- und westdeutschen Bundesländern bislang (noch) nicht verwirklicht ist.

Auf der gesellschaftlichen Ebene ist zunächst auf das starke Anwachsen der Zahl nichtehelicher Geburten hinzuweisen. Seit Mitte der 60er Jahre hat sich die Quote nichtehelicher Geburten an der Gesamtgeburtenzahl mehr als verdoppelt, sie liegt heute in den alten Bundesländern bei über 10 %<sup>3)</sup>. In der ehemaligen DDR betrug die Quote sogar fast 34 %<sup>4)</sup>. Auch wenn die Heiratshäufigkeit seit einiger Zeit wieder steigen sollte, kann kaum damit gerechnet werden, daß die Zahl nichtehelicher Geburten in Zukunft rückläufig sein wird, denn auch die aus dem Ausland berichteten Zahlen, wo der Anteil nichtehelicher Geburten überwiegend höher liegt als in der alten Bundesrepublik, weisen in dieselbe Richtung<sup>5)</sup>.

Doch nicht allein die Zahl nichtehelicher Geburten hat sich verändert, gewandelt hat sich für viele nichteheliche Kinder auch die soziale Situation, in der sie aufwachsen. Der Gesetzgeber des NEG ging aus vom Bild der jungen, unerfahrenen und hilfsbedürftigen Mutter und dem an seinem Kind nicht interes-

sierten Vater<sup>6)</sup>. Es mag dahingestellt bleiben, ob dieses Bild in den 60er Jahren der Realität entsprach<sup>7)</sup>; jedenfalls heute kann es nicht mehr als repräsentativ für die nichtehelichen Kinder angesehen werden. Nach demographischen Untersuchungen sind es immer seltener jüngere Frauen, die ein nichteheliches Kind zur Welt bringen, wohingegen sich die über 25jährigen Frauen zunehmend, und am häufigsten die 35- bis 40jährigen Frauen für Mutterschaft außerhalb der Ehe entscheiden<sup>8)</sup>. Zahlreich sind auch die Fälle, in denen nichteheliche Kinder in die Gemeinschaft von Mutter und Vater hineingeboren werden, auch wenn diese nicht verheiratet sind. Nach Auskunfts verschiedener Jugendämter dürfte dies in den alten Bundesländern in den letzten Jahren bei ca. jedem dritten nichtehelichen Kind der Fall gewesen sein; auch hier liegen die Schätzungen für die ehemalige DDR mit drei Viertel<sup>9)</sup> und für das Ausland beträchtlich höher. Aber auch wo das Kind nicht in die Gemeinschaft seiner Eltern hineingeboren wird, zeigen die

\*) Vortrag gehalten bei der Jahresversammlung der Wissenschaftlichen Vereinigung für Familienrecht e.V., in Lausanne am 1. 6. 1991.

1) Vgl. *Neuhaus*, FamRZ 1966, 528 ff.; *Zweigert*, JuS 1967, 241/244.

2) Vgl. *Göppinger*, FamRZ 1970, 57/65; *Müller-Freienfels*, in: Deutsche zivil- und kollisionsrechtliche Beiträge zum IX. Int. Kongress für Rechtsvergleichung 1974, S. 85/88; *Rainer Frank*, Grenzen der Adoption, 1978, S. 120 ff.; *Huvalé*, ZBJJugR 1980, 560/562; *Kropholler*, AcP 185 (1985), 245/306 f.; *Limbach*, RdJB 1988, 170/176; *Baer*, ZRP 1989, 344; *Rauscher*, StAZ 1991, 1/5; *Salgo*, FuR 1991, 123.

3) Vgl. Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1990, S. 61.

4) Vgl. Statistisches Jahrbuch der DDR 1990, S. 420.

5) Etwa in: Österreich (1984) 21,5 %, vgl. *Lehner*, Familie-Recht-Politik, 1987, S. 263; Schweden ca. 50 %, vgl. *Agell*, FamRZ 1990, 817; Frankreich (1987) 24,1 %, vgl. *Carbonnier*, Droit civil, Bd. 2, 13. Aufl., 1989, S. 438, Nr. 302; Großbritannien (1985) ca. 20 %, vgl. *Beavan*, Child Law, 1989, S. 61; Schweiz (1988) 6,5 %, vgl. Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1990, S. 36; die Tendenz ist in der Schweiz jedoch ebenfalls stark im Ansteigen begriffen.

6) Vgl. nur *Jansen/Knöpfel*, Das neue Unehelichengesetz, 1967, S. 261.

7) Schon damals kritisch *Zweigert*, JuS 1967, 241/244; *Simitis*, StAZ 1970, 255/263.

8) Vgl. *Nave-Herz*, FuR 1990, 29; *Wingen/Stutzer*, Jugendwohl 1988, 483.

9) Vgl. *Stolpe*, in: *Schwab* (Hg.), Familienrecht und deutsche Einigung, 1991, S. 167.

Väter zunehmend Interesse an ihren Kindern; die steigende Zahl freiwilliger Anerkennungen – sie dürfte derzeit in der Bundesrepublik wie auch im Ausland bei über 70 % liegen – und die Zunahme der Umgangsrechtsverfahren nichteheliche Kinder betreffend sind hierfür nur zwei Beispiele.

Parallel dazu hat sich auch das Bild ehelicher Kindschaft in den letzten 20 Jahren durch die steigende Zahl von Scheidungen verändert. Jährlich werden in den alten Ländern der Bundesrepublik mehr als 90 000 Kinder von der Scheidung ihrer Eltern betroffen<sup>10)</sup>; viele davon wachsen später in einer oder mehreren einander folgenden Stieffamilien auf. In den neuen Bundesländern liegt der Anteil der Scheidungskinder an der Gesamtkinderzahl noch höher, da die Scheidungsquote diejenige der alten Bundesländer noch um 50 % übersteigt. Für viele dieser Kinder dürfte die Situation durchaus mit jener, wenn sich nicht verheiratete Eltern eines Kindes trennen, vergleichbar sein.

Anlaß zu einem Überdenken des Nichtehelichenrechtes geben zunehmend auch internationale Konventionen. An erster Stelle ist hierbei die Europäische Menschenrechtskonvention zu nennen, deren Auslegung durch den *Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte* im bekannten Fall *Marckx*<sup>11)</sup> und zwei weiteren Folgeentscheidungen<sup>12)</sup> zum Nichtehelichenrecht merklich über das hinausgeht, was das deutsche *BVerfG* als noch im Rahmen des Art. 6 V GG liegend betrachtet<sup>13)</sup>. In eine ähnliche Richtung weisen das von der Bundesrepublik bislang nicht ratifizierte Europäische Übereinkommen über die Rechtsstellung der unehelichen Kinder von 1975<sup>14)</sup> sowie die Empfehlung des Europarates zu „Parental Responsibilities“ von 1984<sup>15)</sup>. Das jüngste Abkommen, das unmittelbare Auswirkungen auf das Nichtehelichenrecht zeitigen kann, ist die im Jahre 1989 verabschiedete UN-Konvention über die Rechte des Kindes<sup>16)</sup>. Art. 2 I dieses Abkommens verbietet jede Diskriminierung aufgrund der Geburt oder des sonstigen Status des Kindes oder seiner Eltern. Art. 18 I stellt den Grundsatz auf, daß beide Elternteile gemeinsam für die Erziehung und Entwicklung des Kindes verantwortlich sind, ohne dabei vom Wortlaut her zwischen verheirateten und nicht verheirateten oder zusammenlebenden und nicht zusammenlebenden Eltern ausdrücklich zu differenzieren. Ob es tatsächlich möglich ist – wie es die Bundesregierung plant – im Wege der Abgabe einer Erklärung diese Bestimmungen dahingehend auszulegen, daß Scheidungskinder und nichteheliche Kinder nicht erfaßt werden<sup>17)</sup>, erscheint sehr fraglich<sup>17a)</sup>.

Auch die Rechtsvergleichung bietet ausreichend Anlaß, über die Angemessenheit der Lösungen des deutschen Nichtehelichenrechtes nachzudenken. In sämtlichen westlichen Industrienationen wurde das Recht des nichtehelichen Kindes in den letzten 25 Jahren grundlegenden Reformen unterworfen. So ist in der Schweiz seit 1976 ein gänzlich neu gestaltetes Kindesrecht in Kraft<sup>18)</sup>; in Österreich wurden wichtige Veränderungen im Sorgerecht im Jahre 1989<sup>19)</sup>, im Erbrecht zu Beginn dieses Jahres eingeführt<sup>20)</sup>. Die meisten Gesetzgeber sind dabei weit über das hinausgegangen, was das deutsche NEG 1970 an Neuerungen in diesem Bereich gebracht hat.

Dies gilt zunächst für die generelle Trennung von ehelichem und nichtehelichem Kindschaftsrecht. Bis auf wenige Rechtsordnungen, die nach wie vor an der Unterscheidung festhalten – außer der Bundesrepublik sind dies namentlich Österreich, die Niederlande, Frankreich und Italien – wurde der alte Dualismus zugunsten eines einheitlichen Kindschaftsrechtes aufgegeben. Dabei ist auch der diskriminierende Begriff der Nicht-, Un-, Außerehelichkeit oder Illegitimität aus den Gesetzbüchern verbannt worden. Wo in Einzelpunkten unterschiedliche Regelungen von der Sache her geboten sind,

differenzieren die Reformgesetze des Auslandes danach, ob die Eltern miteinander verheiratet sind oder nicht. Für den Rechtsvergleicher erscheint das deutsche Nichtehelichenrecht heute nicht allein als Schlußlicht der europäischen<sup>21)</sup>, sondern vielmehr der gesamten internationalen Entwicklung.

Betrachtet man die Grundlinien der gesellschaftlichen und internationalen Entwicklung, so dürfte kaum zweifelhaft sein, daß die generelle Differenzierung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern de lege ferenda auch im deutschen Recht nicht mehr aufrecht erhalten werden kann. Es gilt vielmehr, für jedes einzelne Sachgebiet des Kindschaftsrechtes zu untersuchen, ob die Tatsache, daß die Eltern eines Kindes miteinander verheiratet sind oder nicht, zu einer unterschiedlichen Regelung Anlaß gibt. Dies soll im folgenden anhand der Problemkreise Abstammung, Sorge- und Umgangsrecht sowie Erbrecht unternommen werden. Auf weitere Problemkreise, wie namentlich das Unterhalts- und Namensrecht<sup>22)</sup>, unterschiedliche Voraussetzungen bei der Adoption und den Dualismus im Verfahrensrecht zwischen Familiengericht und Vormundschaftsgericht kann im Rahmen dieses kurzen Abrisses leider nicht eingegangen werden.

## II. Abstammung

Das geltende Recht unterscheidet zwischen der ehelichen Abstammung in den §§ 1591 ff. BGB und der nichtehelichen Abstammung in den §§ 1600 a ff. BGB. Auch das österreichische ABGB kennt noch diese Unterteilung; dem Schweizer Recht ist sie seit 1978 fremd. Vielmehr bestimmt dort Art. 252 II ZGB heute: „Zwischen dem Kind und dem Vater wird es (das Kindesverhältnis) kraft der Ehe der Mutter begründet oder durch Anerkennung oder durch den Richter festgestellt.“

Meines Erachtens kann kein Zweifel daran bestehen, daß de lege ferenda in einer Rechtsordnung, die mit der Gleichstellung von nichtehelichen und ehelichen Kindern ernst macht, die Ehelichkeitsvermutung als solche abzuschaffen und – wie im Schweizer Recht und der Mehrzahl der anderen ausländischen Rechtsordnungen – durch eine bloße Vaterschaftsvermutung zu ersetzen ist.

<sup>10)</sup> Vgl. Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1990, S. 70.

<sup>11)</sup> Urteil vom 13. 6. 1979, EuGRZ 1979, 454 = NJW 1979, 2449 = FamRZ 1979, 903 [LSe].

<sup>12)</sup> Fall Johnston, Urteil vom 18. 12. 1986, EuGRZ 1987, 313; Fall Inze, Urteil vom 28. 10. 1987, Berger, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 2. Aufl., 1989, Rz. 840 ff.

<sup>13)</sup> Vgl. dazu ausführlich Palm-Risse, Der völkerrechtliche Schutz von Ehe und Familie, 1990, S. 202 f.

<sup>14)</sup> Vom 15. 10. 1975, European Treaty Series No. 85 (engl. und frz. Text); dt. Text in Schweizer BBl 1977 II 1534.

<sup>15)</sup> Recommendation Nr. R (84) 4 vom 28. 2. 1984, Veröffentlichungen des Europarates 1984.

<sup>16)</sup> Übereinkommen vom 20. 11. 1989 über die Rechte des Kindes, vgl. hierzu den Entwurf des Zustimmungsgesetzes mit Denkschrift, BT-Drucks. 12/42; vgl. auch Schwab, FamRZ 1989, 1041; Baer, FuR 1990, 192; Struck, ZfJ 1990, 613.

<sup>17)</sup> Vgl. Denkschrift zum Übereinkommen, BT-Drucks. 12/42, S. 40 ff., 43 ff., 54.

<sup>17a)</sup> Dazu Ullmann, FamRZ 1991, 898.

<sup>18)</sup> Vgl. Botschaft des Bundesrates zum Kindesverhältnis vom 5. 6. 1974, BBl 1974 II 1.

<sup>19)</sup> Vgl. Bundesgesetz vom 15. 3. 1989, österr. BGBl 1989, Nr. 162 (KindRÄG).

<sup>20)</sup> Vgl. Bundesgesetz vom 13. 12. 1989, österr. BGBl 1989, Nr. 656 (ErbRÄG).

<sup>21)</sup> Vgl. Jayme, FamRZ 1981, 221/222.

<sup>22)</sup> Vgl. dazu die Entscheidung des *BVerfG* vom 5. 3. 1991, FamRZ 1991, 535; dazu Dethloff/Walther, NJW 1991, 1575; Otto, Rpfleger 1991, 249; Niemeyer, FuR 1991, 93; weiterführend Coester, StAZ 1990, 287; Schwenzler, FamRZ 1991, 390.

In der Sache folgen weltweit alle Rechtsordnungen der alten Rechtsparömie „pater is est quem nuptiae demonstrant“<sup>23)</sup>. Diese Vaterschaftsvermutung zugunsten des Ehemannes der Mutter hat neben einer tief verwurzelten Tradition<sup>24)</sup> vor allem den Gesichtspunkt der Praktikabilität für sich. Jedenfalls wenn die Eheleute zusammenleben, spricht die statistische Wahrscheinlichkeit für die Vaterschaft des Ehemannes der Mutter; die pater est-Regel erlaubt eine sichere und unkomplizierte rechtliche Zuordnung des Kindes. Eine Abschaffung der pater est-Regel und einheitliche Feststellung der Vaterschaft für alle Kinder durch Anerkennung oder Urteil erscheint demgegenüber nicht wünschenswert, wie insbesondere auch das Schweizer Recht zeigt, das nach wie vor bei der Abstammung unterschiedliche Regelungen für Kinder verheirateter und nicht verheirateter Eltern bereithält, obgleich bei den Wirkungen des Kindesverhältnisses die Rechtsfolgen weitgehend vereinheitlicht worden sind. Eine andere Frage, der hier jedoch nicht weiter nachgegangen werden soll, ist, ob man die pater est-Regel entsprechend einer auch im deutschen Schrifttum im Vordringen begriffenen Auffassung für die Fälle, in denen die Eltern des Kindes getrennt leben, einschränken soll<sup>25)</sup>.

Neben der Vaterschaftsvermutung für den Ehemann der Mutter kennen einzelne Rechtsordnungen namentlich des anglo-amerikanischen Rechtskreises eine Vaterschaftsvermutung auch für den nichtehelichen Partner der Mutter<sup>26)</sup>. Den Rechtsordnungen sowohl des deutschen als auch des romanischen Rechtskreises ist eine derartige Vermutung bislang grundsätzlich fremd. Eine Neuregelung der Materie sollte sie auch nicht übernehmen. Während die Ehe ein zuverlässiges Kriterium zur Bestimmung der Vaterschaft darstellt, ist der Begriff der nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit zuviel Unsicherheit behaftet, als daß er für die rechtliche Zuordnung des Kindes zu seinem Vater den Ausschlag geben könnte. Auch praktisch dürfte nur ein geringes Bedürfnis nach einer derartigen Vermutung bestehen, da der Vater, der mit der Mutter zusammenlebt, in der Regel das Kind bereits vor der Geburt anerkennt.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß zwar die Ehelichkeitsvermutung zugunsten einer Vaterschaftsvermutung aufgegeben werden, daß aber gleichwohl das Bestehen einer Ehe der Mutter wesentliches Anknüpfungskriterium für die Abstammung bleiben sollte.

Auch was die Anfechtung der Vaterschaft betrifft, weist das geltende deutsche Recht erhebliche Differenzen bei ehelicher und nichtehelicher Abstammung auf. Dies gilt einmal für den Kreis der Anfechtungsberechtigten. Die Ehelichkeit eines Kindes kann angefochten werden vom Ehemann der Mutter (§ 1594 BGB), nach dessen Tode ggf. von seinen Eltern (§ 1595 a BGB), sowie – allerdings nur unter eingeschränkten Voraussetzungen – durch das Kind (§ 1596 BGB)<sup>27)</sup>. Der Mutter und dem wirklichen Vater steht kein Anfechtungsrecht zu. Bei der Anfechtung der Anerkennung hingegen ist bereits nach geltendem Recht der Kreis der Anfechtungsberechtigten weiter gezogen. Neben dem Mann, der die Vaterschaft anerkannt hat, bzw. bei dessen Tod seinen Eltern, haben hier das Kind und die Mutter ein Anfechtungsrecht (§ 1600 g BGB), das nicht durch weitere Voraussetzungen wie das Anfechtungsrecht des Kindes bei Ehelichkeit eingeschränkt wird. Der wirkliche Vater bleibt auch bei der Anfechtung der Anerkennung unberücksichtigt.

Auch was die Anfechtungsfristen betrifft, weist das geltende Recht ins Auge springende Differenzen auf. Während bei Ehelichkeit eines Kindes die Anfechtung durch Ehemann und Kind an eine Zweijahresfrist gebunden ist (§§ 1594 I bzw. 1596 II BGB), muß die Anerkennung durch Scheinvater und Mutter

binnen Jahresfrist angefochten werden (§ 1600 h I BGB); für die Anfechtung durch das Kind gilt auch hier eine Zweijahresfrist (§ 1600 i I BGB).

Auch die beiden anderen Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises weisen im Hinblick auf die Anfechtung der Vaterschaft unterschiedliche Regelungen auf, je nachdem, ob die Vaterschaft aufgrund der Ehe der Mutter oder aufgrund Anerkennung vermutet wird. Im österreichischen Recht kann die Ehelichkeit eines Kindes nur durch den Ehemann (§ 156 ABGB) und hilfsweise durch den Staatsanwalt (§ 158 ABGB) angefochten werden. Einer Anerkennung hingegen können neben der Anfechtung durch den Anerkennenden (§ 164 b ABGB) auch die Mutter und das Kind widersprechen (§ 163 d ABGB). Das Schweizer Recht läßt die Anfechtung der Vaterschaft des Ehemannes in praktisch nahezu identischer Regelung wie das deutsche Recht die Ehelichkeitsanfechtung zu (Art. 256–258 ZGB); die Anerkennung der Vaterschaft jedoch kann von jedermann angefochten werden, der ein Interesse daran hat (Art. 260 a ZGB). Hierzu zählen neben dem Anerkennenden selbst namentlich die Mutter, das Kind und nach seinem Tode seine Nachkommen sowie – wie im Gesetz ausdrücklich bestimmt – auch die Heimat- oder Wohnsitzgemeinde des Anerkennenden. Darüber hinaus sollen auch der wirkliche Erzeuger sowie Ehefrau und Verwandte des Anerkennenden und die Erben der Mutter die Anerkennung anfechten können<sup>28)</sup>. Demgegenüber sind die Fristen für die Anfechtung der Vaterschaft des Ehemannes und der Anerkennung im Schweizer Recht einheitlich als Jahresfristen ausgestaltet.

Insgesamt erweist sich damit die durch Anerkennung begründete Vaterschaft im deutschen Rechtskreis als wesentlich stärker der Anfechtung ausgesetzt als die durch Ehe begründete. Die unausgesprochene gesetzgeberische Wertung, die hinter dieser unterschiedlichen Regelung steht, ist, daß die Vaterschaft eines mit der Mutter verheirateten Mannes von vornherein wertvoller und deshalb gegen Angriffe durch Anfechtung schützenswerter ist als die eines mit der Mutter nicht verheirateten Mannes. Dabei wird unhinterfragt davon ausgegangen, daß das eheliche Kind in eine intakte Familie hineingeboren wird, während das nichteheliche eine solche entbehren muß. Für abweichende Fallgestaltungen – die ehelichen Eltern haben sich bereits vor der Geburt des Kindes getrennt; die nicht verheirateten leben in stabiler Gemeinschaft zusammen – hält das geltende Recht keine adäquaten Lösungen bereit.

An dieser unterschiedlichen Ausgestaltung der Vaterschaftsanfechtung kann nicht festgehalten werden. Dies gilt einmal für den Kreis der Anfechtungsberechtigten, namentlich den Ausschluß der Mutter von der Anfechtung der Vaterschaft ihres Ehemannes. Daß auch ihr künftig ein eigenes Anfechtungsrecht zustehen muß, wird inzwischen auch mehrheitlich von der deutschen Literatur vertreten<sup>29)</sup>. Aber auch das Anfechtungsrecht des Kindes kann und sollte einheitlich geregelt werden,

<sup>23)</sup> Vgl. für Frankreich: Art. 312 Cc; Italien: Art. 231 Cc; Niederlande: Art. 197 BW; England: Bromley/Lowe, Family Law, 7. Aufl., 1987, S. 234 ff.; USA: Sec. 4 (a) (1) UPA; vgl. allgemein Schwenzler, Vom Status zur Realbeziehung, 1987, S. 230.

<sup>24)</sup> Ihr Ursprung liegt im römischen Recht, vgl. Paulus, D. 2.4.5, sowie Kaser, Das Römische Privatrecht, 1. Abschnitt, 1971, S. 345.

<sup>25)</sup> Vgl. Henrich, Familienrecht, 4. Aufl., 1991, S. 187; Beitzke, in: FS Müller-Freienfels, 1986, S. 31/40.

<sup>26)</sup> Vgl. etwa Ontario, Sec. 8 Children's Law Reform Act.

<sup>27)</sup> Vgl. dazu die Entscheidung des BVerfG vom 31. 1. 1989, FamRZ 1989, 255.

<sup>28)</sup> Vgl. Berner Kommentar/Hegnauer, 4. Aufl., 1984, Art. 260 a ZGB, Rz. 103.

<sup>29)</sup> Vgl. nur Henrich [Fn. 25], S. 193; MünchKomm/Mutschler, BGB, 2. Aufl., 1987, § 1593 Rz. 13.

denn einerseits kann der Schutz einer gewachsenen Vater-Kind-Beziehung, der jedenfalls auch mit der Beschränkung der Anfechtungsgründe bei der Ehelichkeitsanfechtung durch das Kind in § 1596 BGB bezweckt wird, bei der Anfechtung einer Vaterschaft aufgrund Anerkennung nicht – wie es heute der Fall ist – gänzlich außer acht gelassen werden. Andererseits ist dem volljährigen Kind – wie die Entscheidung des *BVerfG* vom Januar 1989<sup>30)</sup> klargestellt hat – auch dann grundsätzlich die Möglichkeit zur Klärung seiner Abstammung einzuräumen, wenn seine Eltern in intakter Ehe zusammenleben. Darüber hinaus müßte schließlich für klar umgrenzte Einzelfälle ein Anfechtungsrecht des wirklichen Vaters bei Vaterschaftsvermutung aufgrund Ehe und aufgrund Anerkennung in Erwägung gezogen werden<sup>31)</sup>.

Auch für eine unterschiedliche Ausgestaltung der Anfechtungsfristen, je nachdem, ob die Eltern verheiratet sind oder nicht, lassen sich kaum sachliche Argumente finden. Die Begründung des Regierungsentwurfes zum NEG zur unterschiedlichen Ausgestaltung der Anfechtungsfristen basiert – wie auch in anderen Bereichen – wiederum auf dem klischeehaften Bild der intakten ehelichen Familie und der allenfalls lockeren Beziehung nicht verheirateter Eltern<sup>32)</sup>. In der Sache spricht m.E. viel für die auch im Schweizer Recht und im FGB der ehemaligen DDR vorgesehene Jahresfrist, da damit die Klarstellung des Statusverhältnisses nicht allzu lange in der Schwebe bleibt.

Insgesamt betrachtet sollte daher im Abstammungsrecht der Frage, ob die Eltern eines Kindes verheiratet sind oder nicht, nach wie vor im Rahmen der Vaterschaftsvermutung Bedeutung für eine differenzierende Behandlung zukommen. Die Anfechtung der Vaterschaftsvermutung sollte hingegen sowohl, was den Kreis der Anfechtungsberechtigten als auch, was die Anfechtungsfristen betrifft, einheitlich geregelt werden, wie es heute bereits vor allem in den skandinavischen Rechtsordnungen der Fall ist.

### III. Elterliche Sorge

Im Bereich der elterlichen Sorge weist das geltende Recht die größten Differenzen zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern auf. Während bei Geburt eines ehelichen Kindes die elterliche Sorge automatisch beiden Eltern gemeinsam zusteht (§ 1626 I S. 1 BGB), ganz unabhängig davon, ob sie zusammen oder getrennt leben, besteht nach § 1705 BGB für nichteheliche Kinder eine ausschließliche Sorgerechtszuständigkeit der Mutter. Eine gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge durch nicht verheiratete Eltern ist selbst dann nicht möglich, wenn die Eltern mit dem Kind in einer Familie zusammenleben<sup>33)</sup>. Solange und soweit sich die Eltern einig sind, kann der Vater zwar faktisch die Sorge für das gemeinsame Kind ausüben. Gravierend sind die Folgen des Ausschlusses des Vaters vom Sorgerecht jedoch, wenn kein Einverständnis mit der Mutter zu erzielen ist. Auch wenn der Vater über Jahre mit dem Kind zusammengelebt hat und seine Bindungen zum Kind und jene des Kindes zu ihm stärker und wichtiger für das Kind sind als die zur Mutter, fehlt es an einem Verfahren entsprechend §§ 1671, 1672 BGB bei Trennung oder Scheidung verheirateter Eltern.

Doch nicht allein dort, wo es um konkurrierende Sorgerechtszuständigkeit mit der Mutter geht, sondern auch bei deren Ausfall oder Tod hat der Vater keine weiteren Möglichkeiten, das Sorgerecht zu erlangen.

Rechtsvergleichend betrachtet, steht das deutsche Recht mit dieser Position ziemlich allein da. Außer dem deutschen Recht

ist es praktisch heute nur noch das Schweizer Recht, das die Möglichkeit gemeinsamer elterlicher Sorge nicht verheirateter Eltern generell ablehnt. Im Gegensatz zum deutschen Recht sieht das Schweizer Recht jedoch wenigstens vor, daß bei Ausfall der Mutter die elterliche Sorge entsprechend dem Kindeswohl auch dem Vater übertragen werden kann (Art. 298 II ZGB).

Österreich hingegen hat mit dem Kindschaftsrechtsänderungsgesetz, das 1989 in Kraft getreten ist<sup>34)</sup>, den Anschluß an die internationale Entwicklung auch in diesem Bereich vollzogen. Leben die nicht verheirateten Eltern mit dem Kind in dauernder häuslicher Gemeinschaft, so kann das Gericht ihnen gemeinsam die elterliche Sorge – nach neuer österreichischer Terminologie *Obsorge* – übertragen, wenn sie einen entsprechenden gemeinsamen Antrag stellen und diese Regelung dem Kindeswohl nicht widerspricht (§ 167 ABGB). Bei dauerndem Getrenntleben ist über die *Obsorge* entsprechend der dauernden Trennung oder Scheidung verheirateter Eltern zu entscheiden (§ 177 ABGB). Wo eine gemeinsame *Obsorge* nicht verheirateter Eltern nicht in Betracht kommt, verbleibt es auch im österreichischen Recht bei der primären Sorgerechtszuständigkeit der Mutter (§ 166 ABGB). Bei Ausfall der Mutter oder bei Gefährdung des Kindeswohls kann das Gericht jedoch die *Obsorge* auch auf den Vater übertragen. Die entsprechenden Vorschriften gelten unabhängig davon, ob die Eltern miteinander verheiratet sind oder waren oder nicht (§§ 145, 176 ABGB).

Das FamRÄndG der ehemaligen DDR<sup>35)</sup>, das allerdings nur ganze zwei Tage in Kraft war, sah ebenfalls die Möglichkeit der Übertragung des gemeinsamen Erziehungsrechts auf beide Eltern bei übereinstimmendem Antrag sowie die entsprechende Anwendung der Scheidungsbestimmungen bei Trennung und die Möglichkeit des Einrückens des Vaters in die Sorgerechtsposition bei Ausfall der Mutter vor (§ 46 IV und V FGB).

Auch in der deutschen Literatur herrscht mittlerweile weitgehende Übereinstimmung darin, daß der gänzliche Ausschluß des Vaters vom Sorgerecht jedenfalls *de lege ferenda* nicht mehr tragbar ist<sup>36)</sup>. Überwiegend wird die geltende Regelung als verfassungswidrig<sup>37)</sup>, jedenfalls aber als verfassungsrechtlich bedenklich eingestuft<sup>38)</sup>. In der Frage, wie weit eine mögliche Reform gehen sollte, unterscheiden sich freilich die vertretenen Positionen. Nahezu einstimmig wird heute gefordert, daß dem Vater jedenfalls bei Ausfall der Mutter die Möglichkeit eingeräumt werden muß, das Sorgerecht zu erlangen<sup>39)</sup>. Im Grundsatz wird auch die generelle Zulässigkeit gemeinsamer elterli-

<sup>30)</sup> Vom 31. 1. 1989, FamRZ 1989, 255.

<sup>31)</sup> Vgl. Henrich [Fn. 25], S. 194; Beitzke [Fn. 25], S. 31/51 ff.; Schweizer [Fn. 23], S. 246 ff.

<sup>32)</sup> Vgl. Jansen/Knöpfel [Fn. 6], S. 135.

<sup>33)</sup> Die Entscheidung des *BVerfG* vom 7. 5. 1991, FamRZ 1991, 913 sowie der Besprechungsaufsatz von Bosch, FamRZ 1991, 1121 ff. konnten leider nicht mehr berücksichtigt werden.

<sup>34)</sup> Vgl. oben [Fn. 19]; dazu Brüggemann, ZfJ 1989, 324; Pichler, DAVorm 1989, 579; ders., JBl 1989, 677; Schwimann, StAZ 1990, 158.

<sup>35)</sup> Gesetz zur Änderung des Familiengesetzbuches der DDR vom 20. 7. 1990, GBl DDR 1990 I 1038, in Kraft getreten am 1. 10. 1990; vgl. dazu Grandke, DtZ 1990, 321; Eberhardt, FamRZ 1990, 917; ders., NJ 1990, 401.

<sup>36)</sup> Vgl. statt aller Staudinger/Göppinger, BGB, 12. Aufl., 1985, § 1705 Rz. 32; Empfehlungen des 7. Deutschen Familiengerichtstages, FamRZ 1988, 468, 471.

<sup>37)</sup> Vgl. Schwab, Familienrecht, 5. Aufl., 1989, S. 288; Henrich [Fn. 25], S. 246 ff. Vgl. nunmehr auch *BVerfG* [Fn. 33].

<sup>38)</sup> Vgl. Staudinger/Göppinger [Fn. 36], Vorbem. § 1705 Rz. 24; Gernhuber, Familienrecht, 3. Aufl., 1980, S. 901, 916.

<sup>39)</sup> Vgl. Henrich [Fn. 25], S. 251.

cher Sorge nicht verheirateter Eltern befürwortet<sup>40</sup>). Differenzen bestehen jedoch im Hinblick auf die Voraussetzungen, die für eine gemeinsame Sorge aufzustellen sind. Entsprechend auch in ausländischen Rechtsordnungen praktizierten Modellen lassen sich verschiedene Stufen unterscheiden:

Die eben dargelegte österreichische Regelung gehört zu jener Gruppe, die die höchsten Anforderungen stellt, nämlich: gemeinsamer Antrag, Zusammenleben und richterliche Überprüfung im Hinblick auf das Kindeswohl. Auf der zweiten Stufe genügen gemeinsamer Antrag und Zusammenleben; eine richterliche Überprüfung findet nicht statt; auf der dritten Stufe wird auch auf den Nachweis des Zusammenlebens verzichtet; der gemeinsame Antrag allein reicht aus<sup>41</sup>). Auch Varianten, die auf den gemeinsamen Antrag der Eltern verzichten, sind denkbar und auf internationaler Ebene vertreten: so der automatische Eintritt gemeinsamer Sorge bei Zusammenleben<sup>42</sup>) oder auch die Möglichkeit richterlicher Anordnung gemeinsamer Sorge selbst bei Uneinigkeit und Getrenntleben der Eltern<sup>43</sup>).

Bevor man de lege ferenda eine Lösung zur gemeinsamen Sorge nicht verheirateter Eltern erwägt, sollte man sich zunächst vergegenwärtigen, was denn eigentlich die Grundlage für die gemeinsame Sorge von Eltern ehelicher Kinder ist. Das Bestehen des rechtlichen Ehebandes als solches kann es jedenfalls seit ausdrücklicher Zulassung der nach Scheidung fortbestehenden gemeinsamen Sorge durch das BVerfG im Jahre 1982<sup>44</sup>) nicht sein. Aber auch das Zusammenleben ist nicht unabdingbare Voraussetzung für die gemeinsame Sorge in bezug auf eheliche Kinder. Nicht nur nach Scheidung fehlt dieses Zusammenleben, sondern es nehmen – wie Bevölkerungswissenschaftler verzeichnen<sup>45</sup>) – auch immer mehr die sog. Commuter-Ehen zu, bei denen die Ehegatten aus beruflichen Gründen oft räumlich weit auseinanderliegende getrennte Haushalte führen und lediglich an den Wochenenden oder in noch größeren Zeitabständen zusammen sind. Soweit ersichtlich hat noch niemand gefordert, in diesen Fällen die elterliche Sorge einem Elternteil allein zu übertragen. Schließlich ist es auch nicht die gerichtlich überprüfte Kindeswohlgeeignetheit, die den Ausschlag für die gemeinsame Sorge gibt. Daß – wenn die Eltern verheiratet sind – die gemeinsame Sorge am besten dem Kindeswohl dient, wird ohne weiteres unterstellt. Es bleibt also als Basis für die gemeinsame Sorge für eheliche Kinder nur der übereinstimmende Wille der Eltern zur gemeinsamen Elternverantwortung, der aufgrund der Eheschließung als solcher vermutet werden darf.

Überträgt man diese Grundsätze auf nicht verheiratete Eltern, so kann zunächst bei diesen ein übereinstimmender Wille zur gemeinsamen Elternverantwortung nicht vermutet werden. Auch das bloße Zusammenleben reicht – ungeachtet der Schwierigkeiten, die mit der Feststellung desselben verbunden sind – m.E. nicht aus, um einen derartigen gemeinsamen Willen zu unterstellen. Gemeinsame Sorge nicht verheirateter Eltern sollte deshalb in jedem Fall an den übereinstimmenden Willen, manifestiert in einem gemeinsamen Antrag, geknüpft werden. Weitere Voraussetzungen sollten hingegen nicht aufgestellt werden, da sie auch von verheirateten Eltern nicht verlangt werden. Sind sich die nicht verheirateten Eltern zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr in der gemeinsamen Ausübung der elterlichen Sorge einig, so ist im Interesse des Kindes ein Verfahren entsprechend den §§ 1671, 1672 BGB zur Verfügung zu stellen.

Im übrigen ist an der primären Sorgerechtszuständigkeit der Mutter festzuhalten, es sei denn, die Eltern wünschten übereinstimmend die Ausübung der elterlichen Sorge durch den Vater.

Bei einem Ausfall des alleinsorgeberechtigten Elternteils muß – wie heute bereits bei ehelichen Kindern<sup>46</sup>) und im ausländischen Recht verwirklicht<sup>47</sup>) – die Möglichkeit bestehen, dem anderen Elternteil die elterliche Sorge zu übertragen. Differenzieren könnte man insoweit lediglich danach, ob zwischen dem nichtsorgeberechtigten Elternteil und dem Kind einmal eine gelebte Eltern-Kind-Beziehung bestanden hat oder nicht.

Im Rahmen der elterlichen Sorge für Kinder, deren Eltern nicht verheiratet sind, bedarf ein weiteres Problem der Erörterung: die Amtspflegschaft. Nach § 1706 BGB erhält das nichteheliche Kind für die Feststellung der Vaterschaft, die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen sowie die Regelung von Erb- und Pflichtteilsrechten beim Tode des Vaters von Gesetzes wegen einen Pfleger. Eine entsprechende Bestimmung für eheliche Kinder für den Fall, daß ein Elternteil vor oder bei der Geburt verstorben oder die Ehe vor der Geburt des Kindes durch Scheidung aufgelöst wurde, existiert nicht.

Rechtsvergleichend ist die Lösung des deutschen Rechts mit der staatlich verordneten Zwangshilfe für die Mutter eines nichtehelichen Kindes beinahe einmalig. Allein das Schweizer Recht kennt nach wie vor eine von Amts wegen anzuordnende sog. Außerehelichenbeistandschaft (Art. 309 ZGB). Der Wirkungsbereich des Beistandes ist dort allerdings beschränkt auf die Feststellung der Vaterschaft; wird die Vaterschaft schon vor der Geburt des Kindes anerkannt, ist der Beistand nicht zu bestellen<sup>48</sup>); ist Vaterschaftsklage innerhalb von zwei Jahren seit Geburt nicht erhoben worden, so ist die Beistandschaft grundsätzlich aufzuheben<sup>49</sup>).

In den anderen Rechtsordnungen wird Hilfe zwar vielfach auf freiwilliger Basis angeboten, aber nicht zwangsweise verordnet. Beispielhaft ist insoweit die neue österreichische Regelung. Nach § 212 ABGB i.d.F. von 1989 hat der Jugendwohlfahrtsträger den gesetzlichen Vertreter eines Kindes nach der Geburt über die elterlichen Rechte und Pflichten, besonders über den Unterhaltsanspruch des Kindes, ggf. auch über die Feststellung der Vaterschaft, in Kenntnis zu setzen und ihm für die Wahrnehmung der Rechte des Kindes seine Hilfe anzubieten. Diese Vorschrift gilt für nichteheliche und eheliche Kinder gleichermaßen<sup>50</sup>).

<sup>40</sup>) Vgl. Henrich [Fn. 25], S. 250 f.; Kropholler, AcP 185 (1985), 244/275; Zenz/Salgo, Zur Diskriminierung der Frau im Recht der Eltern-Kind-Beziehung, 1983, S. 71 f.

<sup>41</sup>) So die französische Regelung nach der Reform durch die „Loi Malhuret“ vom 22. 7. 1987, vgl. Art. 373 II Cc n.F.; der Richter, der die Erklärung der Eltern entgegennimmt, wird nur registrierend tätig und hat keinerlei Prüfkompetenz, vgl. Civ.1<sup>er</sup>, 26. 6. 1990, D. 1991.315 m. Anm. Massip; zur französischen Reformgesetzgebung vgl. auch Normann, FamRZ 1988, 568. Norwegen: § 35 II KinderG 1981; Schweden: Kap. 6 § 8 ElternG 1949, allerdings ist eine gerichtliche Entscheidung unter Einschluß einer Kindeswohlverträglichkeitsprüfung Voraussetzung; vgl. Saldeen, 27 J.Fam.L. 295/299 (1988/89); ders., 29 J.Fam.L. 431/437 (1990/91); Dänemark: §§ 9, 13 MündigkeitsG, auch hier ist eine gerichtliche Genehmigung erforderlich; ähnlich auch Finnland, vgl. Savolainen, 25 J.Fam.L. 113/121 (1986/87); England: Sec. 4 I (a) Children Act 1989, in Kraft seit 14. 10. 1991.

<sup>42</sup>) Art. 317 bis II italienischer Cc.

<sup>43</sup>) In Frankreich möglich seit der kassationsgerichtlichen Entscheidung Civ.2<sup>e</sup>, 4. 3. 1987, Bull. civ.II, S. 34, Nr. 61.

<sup>44</sup>) Entscheidung vom 3. 11. 1982, BVerfGE 61, 358 = FamRZ 1982, 1179.

<sup>45</sup>) Vgl. Penckert, ZBevWiss 1988, 175.

<sup>46</sup>) Vgl. §§ 1673 ff. BGB.

<sup>47</sup>) Für Frankreich: Art. 373-1 Cc; Norwegen: §§ 36, 37 KinderG; Schweden: Kap. 6 § 10 I, II ElternG; Dänemark: § 15 MündigkeitsG; Finnland: § 24 I VormundschaftsG.

<sup>48</sup>) Vgl. BGE 107 II 312; Hegnauer, ZVW 1982, 45, Rz. 5.

<sup>49</sup>) Vgl. Art. 309 ZGB.

<sup>50</sup>) Vgl. Schwimann, Praxis-Kommentar zum ABGB, Bd. I, 1990, § 212 Rz. 2 ff.

Auch dem Recht der ehemaligen DDR war eine Zwangsbeistandschaft fremd, lediglich auf Antrag der Mutter konnte ein Beistand zur Geltendmachung der Ansprüche des Kindes gegenüber dem Vater bestellt werden (§ 17 MuKSchG). Nach Art. 230 I EGBGB gelten deshalb die §§ 1706 – 1710 BGB über die Amtspflegschaft nicht in den ostdeutschen Bundesländern, um das Sorgerecht der bisher uneingeschränkt zuständigen Mutter nicht zu beschneiden.

Auch in der deutschen Literatur wird seit Jahren die Abschaffung der Amtspflegschaft gefordert<sup>51)</sup>. Dieses Rechtsinstitut ist immer noch geprägt von einem Bild der Mutter eines nichtehelichen Kindes, wie es schon dem Gesetzgeber von 1900 vorschwebte: In der Begründung zum NEG wurde ihre Lage primär damit charakterisiert, daß sie „den Schutz eines Ehemannes“ entbehren muß<sup>52)</sup>. Die Mutter eines nichtehelichen Kindes erscheint als Frau, die ökonomisch, sozial und psychisch extrem unselbständig ist, eine Frau, die ins Unglück gestürzt, vom Mann und der Gesellschaft allein gelassen worden ist und nicht einmal in der Lage ist, angebotene Hilfe im Kampf um ihre und des Kindes Rechte anzunehmen. Daß dieses Bild, das nichteheliche Geburt praktisch immer mit einer Gefährdung des Kindeswohls gleichsetzt, jedenfalls heute nicht mehr der Realität entspricht, ergibt sich deutlich aus den oben gemachten Hinweisen zur gesellschaftlichen und soziologischen Entwicklung. Wo aber der gesetzliche Regelfall tendenziell zur Ausnahme geworden ist<sup>53)</sup>, kann für das Rechtsinstitut der Amtspflegschaft kein Raum mehr sein. Sie sollte de lege ferenda ersetzt werden durch ein freiwilliges Beratungs- und Hilfsangebot, das dann auch – wie im österreichischen Recht – allen Eltern offenstehen sollte<sup>54)</sup>.

#### IV. Umgangsrecht

Auch im Bereich des Umgangsrechtes klafft jedenfalls der Wortlaut der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen in bezug auf eheliche und nichteheliche Kinder weit auseinander. Während nach § 1634 BGB der nichtsorgeberechtigte Elternteil eines ehelichen Kindes grundsätzlich ein Umgangsrecht besitzt, das lediglich ausgeschlossen werden kann, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist, bestimmt nach § 1711 BGB die Mutter den Umgang des nichtehelichen Kindes; wenn es dem Wohl des Kindes dient, kann das Vormundschaftsgericht eine entsprechende Umgangsregelung treffen. Seit März 1988 liegt ein Gesetzentwurf zur Reform des § 1711 II BGB vor, wonach eine derartige gerichtliche Umgangsregelung immer dann möglich sein soll, wenn der Umgang mit dem Vater dem Wohl des Kindes nicht widerspricht<sup>55)</sup>. Von Praxis und Lehre wurde dieser Entwurf jedoch praktisch einmütig negativ beurteilt<sup>56)</sup> und ist seit einem Hearing im Rechtsausschuß des Bundestages im Mai 1990 nicht mehr weiter verfolgt worden.

In der Sache hat freilich die Rechtsprechung in den vergangenen zwei bis drei Jahren die Unterschiede zwischen §§ 1634 und 1711 BGB entschärft, indem sie davon ausgeht, daß ein Umgang mit dem Vater regelmäßig dem Wohl auch des nichtehelichen Kindes dienen wird, weil ihm dieser Kontakt eine möglichst normale Entwicklung bietet und sein Selbstverständnis hinsichtlich seiner Person und Herkunft erleichtert<sup>57)</sup>.

Rechtsvergleichend lassen sich im Bereich des Umgangsrechtes drei moderne Tendenzen ausmachen:

Erstens wird nicht mehr differenziert zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern. Dies gilt nicht nur für die ja insgesamt eine Vorreiterrolle einnehmenden skandinavischen Rechtsordnungen<sup>58)</sup> und das anglo-amerikanische Recht<sup>59)</sup>, sondern auch für die Schweiz, wo das Umgangsrecht der Eltern

sowohl ehelicher als auch nichtehelicher Kinder in einheitlichen Vorschriften geregelt wird (Art. 273, 274 ZGB). Auch das österreichische Recht differenziert für das Umgangsrecht nicht mehr im Hinblick auf den Status des Kindes; durch schlichte Verweisung auf das Recht ehelicher Kinder (§ 166 S. 2 ABGB) wird auch hier eine einheitliche Lösung geschaffen. Schließlich wollte auch das FamRÄndG der ehemaligen DDR die völlige Gleichstellung in diesem Bereich herbeiführen (§§ 27 I S. 1, 46 II S. 1 FGB).

Die zweite Tendenz geht dahin, daß der Richter außer den Eltern auch anderen, dem Kind nahestehenden Personen ein Umgangsrecht einräumen kann, sofern dies dem Kindeswohl dient. Das Schweizer Recht sieht diese Möglichkeit generell vor (Art. 274 a ZGB), das österreichische ABGB (§ 148 II) erwähnt zwar nur die Großeltern, bei Vorliegen besonderer Umstände hat die Rechtsprechung jedoch nicht gezögert, auch andere Personen in den Kreis der Umgangsberechtigten einzubeziehen<sup>60)</sup>.

Die dritte Tendenz geht schließlich dahin, das Umgangsrecht nicht mehr als Recht der Eltern, sondern als Recht des Kindes zu begreifen. Den ersten Schritt in diese Richtung unternahm Norwegen (§ 44 I KinderG); aber auch das FamRÄndG der ehemaligen DDR formulierte in Anlehnung an die UN-Konvention über die Rechte des Kindes von 1989 ausdrücklich: „Das Kind hat das Recht, regelmäßige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen zu pflegen“ (§§ 27 I S. 1, 46 II FGB).

Sicher scheint zunächst zu sein, daß auch im deutschen Recht de lege ferenda das Umgangsrecht als Recht des Kindes normiert werden und die bisherige Begründung des Umgangsrechtes als Ausfluß aus dem natürlichen Elternrecht oder als Restbestandteil des Rechts der elterlichen Sorge aufgegeben werden sollte<sup>61)</sup>. Schon heute wird in der jüngeren Kommentarliteratur<sup>62)</sup> die Auffassung vertreten, daß die Umgangsbefugnis namentlich des § 1634 BGB im Lichte des § 1618 a BGB, der die gegenseitige Pflicht zu Beistand und Rücksichtnahme von Eltern und Kindern normiert, gesehen werden muß und sich daraus unmittelbar auch eine Umgangsbefugnis des Kindes selbst ergibt. Bei Ratifizierung des UN-Übereinkommens über die Rechte des Kindes von 1989 ergibt sich eine solche Sichtweise darüber hinaus aus völkerrechtlicher Verpflichtung, denn dieses normiert ausdrücklich (Art. 9 III) ein derartiges Recht des Kindes, soweit nicht das Kindeswohl entgegensteht.

<sup>51)</sup> Vgl. *Kropholler*, AcP 185 (1985), 244/277 ff.; *Oberloskamp*, ZfJ 1989, 118/121; *Bartels*, Die vollständigen und unvollständigen Familien im Kinderschutzrecht, 1986, S. 343 ff.; *Zenz/Salgo* [Fn. 40], S. 47 ff.; *Henrich* [Fn. 25], S. 248 ff.; zur Problematik neuestens *Kemper*, FamRZ 1991, 1401 ff.

<sup>52)</sup> Vgl. *Jansen/Knöpfel* [Fn. 6], S. 261.

<sup>53)</sup> So *Henrich* [Fn. 25], S. 250.

<sup>54)</sup> So auch *Henrich* [Fn. 25], S. 250.

<sup>55)</sup> Nichtehelichen-Umgangsg, BT-Drucks. 11/5494 = FamRZ 1988, 584; vgl. dazu *Lakies*, ZRP 1990, 229; *ders.*, ZfJ 1989, 162; *Baer*, DAVorm 1988, 861; *Knöpfel*, FamRZ 1989, 1017; *Schwab*, FamRZ 1990, 932.

<sup>56)</sup> Vgl. *Lakies*, ZRP 1990, 229/232 ff.; *Hahne*, FamRZ 1990, 928/930; *Schwab*, FamRZ 1990, 932/934; *Knöpfel*, FamRZ 1989, 1017/1023.

<sup>57)</sup> Vgl. *Henrich* [Fn. 25], S. 252; weitere Nachw. bei *Palandt/Diederichsen*, BGB, 50. Aufl. 1991, § 1711 Rz. 8.

<sup>58)</sup> Da in den skandinavischen Rechtsordnungen zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern nicht mehr differenziert wird, richtet sich der Umgang des nichtehelichen Kindes mit dem nichtsorgeberechtigten Elternteil nach den gleichen Vorschriften wie der des ehelichen Kindes mit dem nichtsorgeberechtigten Elternteil nach der Scheidung.

<sup>59)</sup> Vgl. nur Sec. 10 (4) Children Act 1989.

<sup>60)</sup> Vgl. *LGZ Wien*, 28. 9. 1984, EFSlg 45.790; *OGH*, 25. 8. 1987, EvBl 1988/65.

<sup>61)</sup> Ähnlich auch *Lakies*, ZfJ 1989, 162/168; *Baer*, DAVorm 1988, 861/863.

<sup>62)</sup> Vgl. *Staudinger/Peschel-Gutzeit*, BGB, 12. Aufl., 1989, § 1634 Rz. 48; *Staudinger/Coester*, BGB, 12. Aufl., 1985, § 1618 a Rz. 36.

De lege ferenda spricht auch viel für die Einheitslösung im Bereich des Umgangsrechtes<sup>63</sup>). Aus der Sicht des Kindes macht es schlechterdings keinen Unterschied, ob die Eltern verheiratet waren oder nicht. Für das Kind ist es primär entscheidend, eine bereits gewachsene Eltern-Kind-Beziehung im Wege des Umgangs aufrecht zu erhalten. Ob es das Kindeswohl auch erfordert, über den Umgang eine solche Beziehung, wenn sie vorher zu keinem Zeitpunkt bestanden hat, erst aufzubauen, selbst dann, wenn der sorgeberechtigte Elternteil – was ja vor allen Dingen die Mutter ist – den Umgang ablehnt oder ihm gar feindselig gegenübersteht, erscheint heute unter Vertretern der Sozialwissenschaften als noch offene Frage. Jedenfalls kann aber auch hier die Ehelichkeit oder Nichteelichkeit des Kindes nicht den Ausschlag geben. In Erwägung ziehen könnte man allenfalls, eine abgestufte Umgangsregelung im Sinne von Vermutungen einzuführen, je nachdem, ob eine soziale Eltern-Kind-Beziehung bestanden hat oder nicht. Im übrigen sichert das Kriterium des Kindeswohls die wünschenswerte Flexibilität, so daß von den Gerichten den Erfordernissen jedes Einzelfalls hinreichend Rechnung getragen werden kann.

Auch die Frage, ob die Umgangsbefugnis sich auf andere Personen als die Eltern erstrecken sollte, kann schließlich für eheliche und nichteheliche Kinder nicht unterschiedlich beantwortet werden. Ohne hier auf Details eingehen zu können, sollen zu diesem allgemeinen Problem nur wenige Anmerkungen gemacht werden. Der Gesetzgeber hat zwar anlässlich der Beratungen zum Sorgerechtsgesetz ein Umgangsrecht der Großeltern und anderer naher Angehöriger ausdrücklich verworfen<sup>64</sup>), dies sollte jedoch einer Neubewertung dieser Frage de lege ferenda nicht entgegenstehen<sup>65</sup>). Insbesondere, wenn man den Umgang als Recht des Kindes zur Aufrechterhaltung gewachsener Familienbeziehungen begreift, kann dieser nicht auf die Eltern beschränkt bleiben. Der von den Gerichten in Konfliktfällen heute eingeschlagene Weg über § 1666 BGB<sup>66</sup>) erscheint auf Dauer als eine nicht hinnehmbare Notlösung.

Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, daß auch das Umgangsrecht de lege ferenda einer einheitlichen Lösung zugeführt werden sollte. Etwaige Differenzierungen können sich allein aus dem Gesichtspunkt des Kindeswohls ergeben, nicht aber aus der Tatsache, ob die Eltern verheiratet waren oder nicht, noch ob überhaupt eine rechtliche Eltern-Kind-Beziehung besteht oder nicht.

## V. Erbrecht

Bei den Vorarbeiten zum NEG gehörte das Erbrecht des nichtehelichen Kindes bekanntlich zu den am heftigsten umstrittenen Problemkreisen<sup>67</sup>). Obwohl bereits zu diesem Zeitpunkt in einigen ausländischen Rechten die echte Gleichstellung des nichtehelichen Kindes mit dem ehelichen auch im Erbrecht bereits vollzogen war<sup>68</sup>), konnte sich der Gesetzgeber nicht zu einer völligen Gleichstellung durchringen, sondern bescherte dem deutschen Recht die neuartigen Konstruktionen des Erbersatzanspruches und des vorzeitigen Erbausgleichs.

Im Ausland ist die Entwicklung inzwischen weitergegangen<sup>69</sup>). Erbersatzanspruch und vorzeitiger Erbausgleich haben dabei freilich keine Nachahmung gefunden. So hat etwa der Schweizer Gesetzgeber bei der Reform des Kindschaftsrechtes im Jahre 1976 die Lösungen des deutschen Rechtes ausdrücklich verworfen und eine völlige erbrechtliche Gleichstellung aller Kinder eingeführt<sup>70</sup>). Auch in Österreich wurden die Unterschiede im Erbrecht zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern durch das Erbrechtsänderungsgesetz 1989, das am 1. 1. 1991 in Kraft getreten ist, beseitigt<sup>71</sup>). Der österreichische

Gesetzgeber hat jedoch ein im internationalen Vergleich wohl einmaliges Novum eingeführt: die Pflichtteilsminderung<sup>72</sup>). Diese knüpft jedoch nicht an den Status des Kindes an, sondern greift ein, wenn ein Elternteil und sein Kind zu keiner Zeit in einem Näheverhältnis standen, wie es in der Familie zwischen Eltern und Kindern gewöhnlich besteht (§ 773a I ABGB). Hiervon können eheliche wie auch nichteheliche Kinder betroffen sein, wenngleich zu erwarten ist, daß nichteheliche Kinder, die mit ihrem Vater nie in Lebensgemeinschaft gelebt haben, die größte Gruppe stellen dürften<sup>73</sup>). Fehlt es an dem genannten Näheverhältnis, so wird der Pflichtteil auf die Hälfte herabgesetzt.

Auch in der ehemaligen DDR differenzierte das Erbrecht seit Einführung des ZGB im Jahre 1976 endgültig nicht mehr zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern (§ 365 ZGB). Zur Wahrung der Rechtsstellung der vor dem Beitritt geborenen nichtehelichen Kinder gelten deshalb für diese gemäß Art. 235 § 1 II EGBGB die Vorschriften über das Erbrecht des ehelichen Kindes<sup>74</sup>). Allein diese Rechtsspaltung sollte Anlaß sein, die geltende Rechtslage zu überprüfen<sup>75</sup>). Doch auch schon vor der Einigung stieß die erbrechtliche Stellung des nichtehelichen Kindes in der deutschen Literatur zunehmend auf Kritik.

Der Erbersatzanspruch wird von einigen Vertretern der Lehre als verfassungswidrig<sup>76</sup>), von einer Reihe weiterer Autoren immerhin als verfassungsrechtlich bedenklich eingestuft<sup>77</sup>). Jedenfalls entspricht er nicht dem Stand des Europäischen Unehelichen-Übereinkommens; auch im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Art. 8 und 14 EMRK sind Zweifel nicht von der Hand zu weisen<sup>78</sup>). Selbst wenn der Erbersatzanspruch wertmäßig dem gesetzlichen Erbteil des ehelichen Kindes entspricht, so kann doch eine faktische Benachteiligung des nichtehelichen Kindes durch Ausschluß von der dinglichen Teilhabe am Nachlaß nicht gelehnet werden. Als bloßer Gläubiger einer Geldforderung, der an der Verwaltung des Nachlasses nicht beteiligt ist, kann es seinen Anspruch u.U. nur schwer oder nicht in der richtigen Höhe durchsetzen, insbesondere wenn die Erben bereits Nachlaßgegenstände beiseite geschafft oder verteilt haben<sup>79</sup>).

<sup>63</sup>) So auch *Kropholler*, AcP 185 (1985), 244/287, m.w.N. Fn. 196; *Baer*, ZRP 1989, 344/349; a.A. *Knöpfel*, ZRP 1990, 234.

<sup>64</sup>) Vgl. BT-Drucks. 8/2788, S. 54.

<sup>65</sup>) Vgl. auch schon *Bosch*, FamRZ 1970, 497/503.

<sup>66</sup>) Vgl. die Nachw. bei *Staudinger/Peschel-Gutzeit* [Fn. 62], § 1634 Rz. 102.

<sup>67</sup>) Vgl. *Kropholler*, AcP 185 (1985), 244/296.

<sup>68</sup>) Vgl. die Nachw. bei *Reichert-Facilides*, Rechtsvergleichende Übersicht zum Gutachten *Coing*, Empfiehlt es sich, das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht neu zu regeln?, Verh. des 49. DJT, Düsseldorf 1972, A 66.

<sup>69</sup>) Vgl. zu französischen Reformvorhaben *Massip*, Rép. Defrénois 1989, 1233/1246, der mit Hinweis auf die Rechtsprechung des EGMR und der gewandelten sozialen Verhältnisse für eine neuerliche Reform eintritt.

<sup>70</sup>) Vgl. Botschaft des Bundesrates zum Kindesverhältnis vom 5. 6. 1974, BBl 1974 II 1/97; für Frankreich vgl. *Rieg*, in: FS Müller-Freienfels, 1986, 491/493.

<sup>71</sup>) Bundesgesetz vom 13. 12. 1989, österr. BGBI 1989, Nr. 656.

<sup>72</sup>) Vgl. *Paliege*, ZfRV 1991, 169/178 f.; *Adensamer*, öA 1991, 6/7; *Mell*, JBl 1988, 669/671.

<sup>73</sup>) Vgl. *Adensamer*, öA 1991, 6/7.

<sup>74</sup>) Zur Auslegung und Reichweite dieser Norm vgl. *Palandt/Edenhofer* [Fn. 57], Art. 235 § 1 EGBGB Rz. 2; *Dörmer/Meyer-Sparenberg*, DtZ 1991, 1/7; *Henrich*, IPRax 1991, 14/19; *Adlerstein/Desch*, DtZ 1991, 193/196; *Schotten/Johnen*, DtZ 1991, 225/233; *Trittel*, DNotZ 1991, 237/242.

<sup>75</sup>) So auch *Trittel*, DNotZ 1991, 237/238; ähnlich auch *Freytag*, ZRP 1991, 106/109, wenn auch mit anderer Schlußfolgerung.

<sup>76</sup>) Vgl. *Stöcker*, DAVorm 1978, 481/507; *Soergel/Stein*, BGB, 11. Aufl., 1983, Vor § 1934 a Rz. 4 f.; *Kropholler*, AcP 185 (1985), 244/297.

<sup>77</sup>) Vgl. statt aller *MünchKomm/Leipold*, BGB, 2. Aufl., 1989, § 1934 a Rz. 9, 11.

<sup>78</sup>) So bereits *Jayme*, NJW 1979, 2425/2428; *Kropholler*, AcP 185 (1985), 244/297.

<sup>79</sup>) Vgl. *MünchKomm/Leipold* [Fn. 77], § 1934 a Rz. 7.

Auch der vorzeitige Erbausgleich wird überwiegend kritisch beurteilt. So hat etwa der 49. Juristentag bereits im Jahre 1972 gefordert, den vorzeitigen Erbausgleich wieder abzuschaffen<sup>80)</sup>. Das *BVerfG*<sup>81)</sup> hat zwar die im vorzeitigen Erbausgleich liegende Begünstigung des nichtehelichen gegenüber dem ehelichen Kind als durch Art. 6 V GG gerechtfertigt angesehen; dennoch bleiben rechtspolitische Bedenken gegen dieses Institut insoweit, als Scheidungswaisen sich häufig in einer dem nichtehelichen Kind vergleichbaren Position befinden<sup>82)</sup>, ihnen ein derartiger vorzeitiger Erbausgleich jedoch nicht zur Verfügung steht<sup>83)</sup>.

Insgesamt vermag die Differenzierung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern im Erbrecht heute weniger denn je zu befriedigen. Die Voraussetzung, von der der Gesetzgeber des NEG stillschweigend ausgegangen ist, daß zwischen nichtehelichem Kind und Vater praktisch nie, zwischen ehelichem Kind und Vater jedoch regelmäßig eine gelebte Eltern-Kind-Beziehung besteht, kann heute nicht mehr unbeschränkt akzeptiert werden. Wenn als Rechtfertigung für das Erbrecht des Kindes über die Blutsverwandtschaft hinaus eine tatsächliche innere Beziehung zwischen Vater und Kind vorausgesetzt wird, dann muß dies für alle Kinder gelten, wie ja auch die neue österreichische Regelung zur Pflichtteils minderung deutlich macht. Damit sind freilich Grundfragen des gesamten gesetzlichen Erbrechts angesprochen, die nur im Rahmen einer generellen Neukonzeption des Erbrechts angegangen werden könnten.

## VI. Schlußbetrachtung

Die Abschaffung des Nichtehelichenrechtes, die von verschiedener Seite nunmehr schon seit 25 Jahren gefordert wird, ist m.E. aufgrund der gesellschaftlichen, aber auch aufgrund der internationalen Entwicklung und nicht zuletzt im Gefolge der deutschen Einigung ein Gebot unserer Zeit. Dies heißt, daß Ehelichkeit oder Nichtehelichkeit nicht mehr als primäre

Differenzierungskriterien für Rechtsregeln im Kindschaftsrecht herangezogen werden dürfen. Abschaffung des Nichtehelichenrechtes bedeutet andererseits keine blinde Gleichmacherei sozial nicht vergleichbarer Sachverhalte, sondern impliziert, daß dort, wo Differenzierungen wünschenswert und erforderlich sind, an die reale Situation, in der ein Kind aufwächst, angeknüpft wird. So wird nach wie vor die Frage, ob die Eltern eines Kindes miteinander verheiratet sind oder nicht, gerade im Abstammungsrecht, aber auch für die ursprüngliche gesetzliche Zuordnung der elterlichen Sorge bei Geburt eines Kindes ihre vorrangige Bedeutung behalten.

Neue Wertungen im Bereich des Verhältnisses zwischen nicht verheirateten Eltern und ihren Kindern werden freilich nicht ohne Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen verheirateten bzw. geschiedenen Eltern und ihren Kindern bleiben. So wird man sich etwa die Frage stellen müssen, ob, wenn die gemeinsame elterliche Sorge nicht verheirateter Eltern auf Antrag gewährt wird, die automatische Staatsintervention im Bereich der elterlichen Sorge bei Scheidung verheirateter Eltern noch zu verantworten ist. Eine Reform bzw. Abschaffung des Nichtehelichenrechtes darf deshalb nicht – wie man dies in den letzten Jahrzehnten leider vom deutschen Gesetzgeber gewohnt war – wiederum nur Flickwerk sein, sondern es sollte die Chance genutzt werden, das gesamte Kindschaftsrecht zu überdenken und Lösungen aufgrund eines Gesamtkonzeptes zu entwickeln. Die Frage, die sich der Deutsche Juristentag im September 1992 stellen wird, kann deshalb m.E. schon heute nachdrücklich bejaht werden: Es empfiehlt sich eine Reform des Kindschaftsrechtes.

<sup>80)</sup> Vgl. Verh. des 49. DJT, Düsseldorf 1972; Gutachten *Coing*, A 55; Beschlußfassung K 148.

<sup>81)</sup> Vgl. *BVerfGE* 58, 377 = FamRZ 1982, 136 m. Anm. *Bosch*.

<sup>82)</sup> Vgl. *Dieckmann*, Referat zum 49. DJT, Düsseldorf 1972, K 12.

<sup>83)</sup> Vgl. von daher die Forderung von *Hahne*, FamRZ 1990, 928/931, dieses Rechtsinstitut über den Kreis nichtehelicher Kinder hinaus auszuweiten.