

# Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

1. Jahrgang · 1993

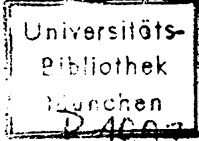
416 146 040 100 11



8 Z 93-67(1



C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung  
München 1993



### Herausgeber

Jürgen Basedow, Augsburg  
Uwe Blaurock, Göttingen  
Axel Flessner, Frankfurt/M.  
Reiner Schulze, Trier

Reinhard Zimmermann, Regensburg

### Korrespondierende Herausgeber

Peter Birks, Oxford; Michael Bogdan, Lund; Bartolomé Clavero, Sevilla;  
Frédérique Ferrand, Lyon; Gerard-René de Groot, Maastricht;  
Attila Harmathy, Budapest; Bruno Inzitari, Mailand; Ernst A. Kramer, Basel;  
Ulrich Magnus, Hamburg; Dieter Martiny, Hamburg; Aldo Mazzacane, Neapel;  
Walter Pintens, Löwen; Willibald Posch, Graz; Haimo Schack, Kiel;  
Ivo Schwartz, Tervuren; Jewgennij Suchanow, Moskau; Winfried Tilmann, Düsseldorf;  
Tony Weir, Cambridge; Claude Witz, Saarbrücken

### Kuratorium

Eugen Bucher, Bern; Giorgio Cian, Ferrara; Helmut Coing, Frankfurt/M.;  
Robert Feenstra, Leiden; Leonidas Georgakopoulos, Athen;  
Hein Kötz, Hamburg; Helmut Koziol, Wien; Walter Odersky, Karlsruhe;  
Michel Pédamon, Paris; Hans-Jürgen Rabe, Hamburg; Peter Stein, Cambridge;  
Stig Strömholm, Uppsala; Manfred Zuleeg, Luxemburg

### Schriftleitung

Prof. Dr. Reiner Schulze, Fachbereich Rechtswissenschaft, Universität Trier,  
Universitätsring 15, D-54286 Trier, Tel. 06 51-201 25 46, Telefax 06 51-201 39 64  
Redaktionsassistentin: Eva Drewes

ISBN 3406 379206 · ISSN 0943-3929

#### **ZEuP-Zeitschrift für Europäisches Privatrecht**

**Manuskripte:** Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muß schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch die Befugnis zur Einspeicherung in eine Datenbank sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege eines photomechanischen oder eines anderen Verfahrens. Dem Autor verbleibt die Befugnis, nach Ablauf eines Jahres anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen; ein Honorar hieraus steht dem Autor zu.

**Urheber- und Verlagsrechte:** Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache, übertragen werden.

**Anzeigenverwaltung:** Verlag C. H. Beck, Anzeigenabteilung, Bockenheimer Landstr. 92, D-60323 Frankfurt/M., Postanschrift: Postfach 11 02 41, D-60037 Frankfurt/M., Tel.: 069/75 60 91-0, Telefax: 069/74 86 83. Verantwortlich für den Anzeigenteil: Fritz Leberherz.

**Anzeigenpreise:** Vorerst auf Anfrage. **Anzeigenschluß:** 4 Wochen vor Erscheinen.

**Verlag:** C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oscar Beck), Wilhelmstr. 9, D-80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München, Tel.: 089/38 189-0, Telex: 521 5085 beck d, Telefax: 089/38 1893 98, Postgirokonto: München Nr. 62 29-802.

**Erscheinungsweise:** Drei Hefte jährlich.

**Bezugspreis 1993:** Normalpreis jährlich DM 156,- (darin DM 10,21 MwSt.), Vorzugspreis für Studenten und Mitglieder der Gesellschaft für Rechtsvergleichung (gegen Nachweis) DM 98,- (darin DM 6,41 MwSt.); **Einzelheft:** DM 57,- (darin DM 3,73 MwSt.). Jeweils zuzüglich Versandkosten.

**Bestellungen** über jede Buchhandlung und beim Verlag.

**Abbestellungen** müssen 6 Wochen vor Jahrgangsende erfolgen.

**Adressenänderungen:** Bei Adressenänderungen muß neben dem Titel der Zeitschrift die neue und alte Adresse angegeben werden.

**Druck:** Appl, Senefelderstr. 3-11, D 86650 Wemding

# Inhaltsverzeichnis

## Editorial/Leitartikel

Editorial ( <i>Die Herausgeber</i> ) . . . . .	1
Europäisches Privatrecht und Studium ( <i>Reinhard Zimmermann</i> ) . . . . .	215
Europäisches Privatrecht und Europa ( <i>Reinhard Zimmermann</i> ) . . . . .	439

## I. Artikel

<i>Reinhard Zimmermann</i> : Der europäische Charakter des englischen Rechts – Historische Verbindungen zwischen civil law und common law . . . . .	4
<i>Franco Ferrari</i> : Vom Abstraktionsprinzip und Konsensualprinzip zum Traditions- prinzip – Zu den Möglichkeiten der Rechtsangleichung im Mobiliarsachen- recht . . . . .	52
<i>Peter Schlechtriem</i> : Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland . . . . .	217
<i>Uwe Blaurock</i> : Übertationales Recht des Internationalen Handels . . . . .	247
<i>Hein Kötz</i> : Europäische Juristenausbildung . . . . .	268
<i>Reiner Schulze</i> : Allgemeine Rechtsgrundsätze und europäisches Privatrecht . . . .	442
<i>Manfred Zuleeg</i> : Der rechtliche Zusammenhalt der Europäischen Gemeinschaft . .	475
<i>James Gordley</i> : Common law und civil law: eine überholte Unterscheidung . . . .	498

## Studentischer Beitrag

<i>Jörg Faber</i> : Rückforderung wegen Zweckverfehlung – Irrungen und Wirrungen bei der Anwendung römischen Rechts in Schottland . . . . .	279
--	-----

## Rückblick

<i>Giorgio Cian</i> : Fünfzig Jahre italienischer Codice civile . . . . .	120
<i>Franco Ferrari</i> : Produkthaftung und Negligence: Sechzig Jahre <i>Donoghue v.</i> <i>Stevenson</i> . . . . .	354
<i>Helmut Coing</i> : Laboulaye . . . . .	519

## II. Entwicklungen

<i>Ulrich Magnus</i> : Aktuelle Fragen des UN-Kaufrechts . . . . .	79
<i>Jürgen Basedow</i> : Seefrachtrecht: Die Hamburger Regeln sind in Kraft . . . . .	100
<i>Dieter Martiny</i> : Das Römische Vertragsrechtsübereinkommen vom 19. Juni 1980 . . . . .	298
<i>Haimo Schack</i> : Perspektiven eines weltweiten Anerkennungs- und Voll- streckungsübereinkommens . . . . .	306
<i>Gebhard Carsten</i> : Europäische Integration und nordische Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Zivilrechts . . . . .	335
<i>Hans-W. Micklitz</i> : AGB-Gesetz und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen . . . . .	522

<i>Michael Coester</i> : Entwicklungslinien im europäischen Nichteelichenrecht . . . . .	536
<i>Peter Birks</i> : Konkurrernde Strategien und Interessen: Das Irrtumserfordernis im Bereicherungsrecht des common law . . . . .	554
<i>Pierre Legrand jr</i> : Civil Law Codification in Quebec: A Case of Deciviliani- zation . . . . .	574

### III. Entscheidungen

<i>Frédérique Ferrand</i> : Deliktische Haftung für Dritte in Frankreich . . . . .	
– Cour de Cassation (ass. plén.) vom 29. 3. 1991 . . . . .	132
<i>Christian Gröhe</i> : Der Transportvertrag als Vertrag zugunsten Dritter – Corte di Cassazione vom 21. 10. 1991 und Bundesgerichtshof vom 24. 10. 1991	141
<i>Christoph Engel</i> : Versetzt die Europäische Menschenrechtskonvention der Sitz- theorie des internationalen Gesellschaftsrechts den Todesstoß ? – Cour de Cassation (crim.) vom 12. 11. 1990 . . . . .	150
<i>Claude Witz/Gerhard Wölter</i> : Mißbräuchliche Vertragsklauseln auf dem Prüfstand der französischen Gerichte – Cour de Cassation (civ.) vom 14. 5. 1991 . . . . .	360
<i>Sonja Meier</i> : Bereicherungsanspruch, Dreipersonenverhältnis und Wegfall der Bereicherung im englischen Recht – House of Lords vom 6. 6. 1991 . . . . .	365
<i>Claude Witz/Gerhard Wölter</i> : Vertragliche oder deliktische Haftung im Rah- men von „Vertragsgruppen“ (groupes de contrats) in Frankreich ? – Cour de Cassation (Ass. plén.) vom 12. 7. 1991 . . . . .	592
<i>Rafael Bustos Gisbert/Rainer Becker</i> : Verbraucherschutz im Mehrrechtsstaat Spanien – Tribunal Constitucional 62/1991 vom 22. 3. 1991 . . . . .	599

### IV. Dokumentation

#### Materialien

Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiete des Privatrechts im Jahre 1992 . . . . .	159
UNCITRAL: Status of Conventions . . . . .	160
Anfragen zum Privatrecht im Europäischen Parlament . . . . .	380
Entschließung des Europäischen Parlaments über die Angleichung des Privatrechts der Mitgliedstaaten vom 26. 05. 1989 (mit Vorbemerkung von <i>Winfried Tilmann</i> )	613

#### Studium

Von Teufeln und gelehrten Freunden – Schottlands Juristen gehen spazieren ( <i>Marcus Baum</i> ) . . . . .	168
Referendar-Stage „Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht“ an der Universität Augsburg ( <i>Roland Donath</i> ) . . . . .	176
Lingua für Juristen ( <i>Ute Becker</i> ) . . . . .	391
Au bord de l'Ille – 2 Semester ERASMUS – Studium in Straßburg ( <i>Ralf Lottes</i> ) . . . . .	394
Vorschau auf die Rückschau: Das Erasmus-Programm ( <i>Johann Andreas Dieckmann</i> ) . . . . .	615
moot courts – spielend lernen ( <i>Marcus Baum</i> ) . . . . .	618

## Information

ELSA: Juristen in Europa – Gemeinsam für Europa ( <i>Christoph Dyk</i> ) . . . . .	177
Die Europäische Rechtsakademie Trier ( <i>Christine Frosch</i> ) . . . . .	179
Europa Institut Zürich ( <i>U. B.</i> ) . . . . .	182
3. Tagung der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler mit europarechtlichem Schwerpunkt ( <i>Thomas Pfeiffer</i> ) . . . . .	183
Rechtsvereinheitlichung und juristischer Partikularismus in der Antike, 46. Jahresversammlung der SIHDA ( <i>Martin Josef Schermaier</i> ) . . . . .	190
„European Integration – A Challenge for Law“ Bericht vom ersten internationalen Kongreß von ELSA – BR Deutschland e. V. ( <i>Volker Hirsch</i> ) . . . . .	193
Die deutschen Rechtshistoriker tagen in Köln – 29. Deutscher Rechtshistorikertag ( <i>Martin Josef Schermaier</i> ) . . . . .	397
Per la Storia del Diritto romano in Europa – Tagung an der Universität Neapel ( <i>Reiner Schulze</i> ) . . . . .	400
Die „Euro-Facultät“ in den baltischen Staaten ( <i>Dietrich A. Loeber</i> ) . . . . .	624
Rechtshistorisches Kolloquium anlässlich des 300. Jahrestags der ersten Audienz des Reichskammergerichts in Wetzlar ( <i>Ingrid Scheurmann</i> ) . . . . .	625
Aequitas und equity in Rechtsgeschichte und Gegenwart – 2. Internationale Konferenz, Jerusalem, Mai 1993 ( <i>Reinhard Zimmermann</i> ) . . . . .	628
Kongreß der Société Jean Bodin „Hilfe bei Konfliktlösung“ ( <i>Albrecht Cordes</i> ) . . . . .	631
Deregulierung, Kraftfahrzeughaftpflicht- und Krankenversicherung – Die Dritte Wissenschaftstagung des Bundes der Versicherten ( <i>Eva-Maria Kieninger</i> ) . . . . .	634

## Vorschau

Symposion der Ernst von Caemmerer Stiftung ( <i>U. B.</i> ) . . . . .	195
24. Tagung für Rechtsvergleichung 1994 – Hundertjähriges Jubiläum der Gesellschaft für Rechtsvergleichung ( <i>U. B.</i> ) . . . . .	195
European Private Law – Myth or Reality? – Zweiter Internationaler Kongreß von ELSA-Bundesrepublik Deutschland e. V. ( <i>Olaf Zwetkow</i> ) . . . . .	196

## Zeitschriftenauswertung

Zeitraum 1992 . . . . .	403
-------------------------	-----

## V. Bibliothek

Peter-Christian Müller-Graff: Privatrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht – Gemeinschaftsprivatrecht ( <i>Wulf-Henning Roth</i> ) . . . . .	198
Erik Jayme: Ein Internationales Privatrecht für Europa ( <i>Wulf-Henning Roth</i> ) . . . . .	199
Christian de Fouloy: Glossary of EC Terms and Acronyms ( <i>Jürgen Basedow</i> ) . . . . .	201
Handbuch des Kaufvertragsrecht in den EG-Staaten einschließlich Österreich, Schweiz und UN-Kaufrecht ( <i>Gerhard Walter</i> ) . . . . .	202
Das Schweizerische Obligationenrecht ( <i>Volker Emmerich</i> ) . . . . .	203
Pierre Tercier: La recherche et la rédaction en droit suisse ( <i>Axel Flessner</i> ) . . . . .	204

Nieuw Burgerlijk Wetboek – Tekst & Commentaar. Onder redactie van J. H. Nieuwenhuis, C. J. J. M. Stolker und W. L. Valk ( <i>Axel Flessner</i> ) . . . . .	205
Andrés Recalde Castells: El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte – Función representativa ( <i>Jürgen Basedow</i> ) . . . . .	206
James Gordley: The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine ( <i>Reinhard Zimmermann</i> ) . . . . .	208
Lloyd Bonfield (ed.): Marriage, Property and Succession ( <i>Stephan Buchholz</i> ) . . . . .	209
Eike von Hippel: Rechtspolitik – Ziele, Akteure, Schwerpunkte ( <i>Jürgen Basedow</i> ) . . . . .	416
Philippe Merle: Droit commercial: Sociétés commerciales und Michel Jeantin: Droit commercial: Instruments de paiement et de crédit; Entreprises en difficulté ( <i>Thomas Winkelmann</i> ) . . . . .	419
Georg W. Wenglorz: Die Deregulierung des Linienluftverkehrs im Europäischen Binnenmarkt ( <i>Claudia Woerz</i> ) . . . . .	424
Robert Feenstra/Reinhard Zimmermann (Hg.): Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert ( <i>Paul Nève</i> ) . . . . .	426
Michael Plohmann: Ludwig Julius Friedrich Höpfner (1743–1797). Naturrecht und positives Privatrecht am Ende des 18. Jahrhunderts ( <i>Martin Lipp</i> ) . . . . .	429
Stephan Grabherr: Das Washingtoner Arbeitszeitübereinkommen von 1919. Versuch einer internationalen Regelung der Arbeitszeit in Europa ( <i>Rainer Schröder</i> ) . . . . .	432
Hans Hattenhauer: Europäische Rechtsgeschichte ( <i>Theo Mayer-Maly</i> ) . . . . .	638
Alan Watson: Roman Law & Comparative Law ( <i>R.H. Helmholz</i> ) . . . . .	639
Eltjo J. H. Schrage: Utrumque Ius. Eine Einführung in das Studium der Quellen des mittelalterlichen gelehrten Rechts ( <i>Gero Dolezalek</i> ) . . . . .	641
Blackstone's Statutes ( <i>Dieter Henrich</i> ) . . . . .	642
Rudolf Geiger: EG-Vertrag – Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft ( <i>Christian Jung</i> ) . . . . .	643
Erwin Deutsch/Jochen Taupitz (Hg.): Haftung der Dienstleistungsberufe – Natürliche Vielfalt und europäische Vereinheitlichung ( <i>Hartwin Bungert</i> ) . . . . .	646
Carsten Dageförde: Internationales Finanzierungsleasing – Deutsches Kollisions- recht und Konvention von Ottawa (1988) ( <i>Michael Martinek</i> ) . . . . .	650
Guy Schrans/ Hans van Houtte: Internationaal Handels- en financieel Recht ( <i>Jürgen Basedow</i> ) . . . . .	652

## VI. Zu guter Letzt

<i>Jürgen Basedow</i> : Konsumentenschutz alla romana . . . . .	213
<i>Reinhard Zimmermann</i> : „... his soul goes sliding on forever“. Neues von der Mrs. Donoghue-Forschung . . . . .	435
<i>Jürgen Basedow</i> : Euro – Zitrone für den Palandt! . . . . .	656

## Verzeichnis der Verfasser

Basedow, Jürgen

- Seefrachtrecht: Die Hamburger Regeln sind in Kraft 100
- Besprechung von: Christian de Foulloy, Glossary of EC Terms and Acronyms 201
- Besprechung von: Andrés Recalde Castells, El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte – Función representativa 206
- Konsumentenschutz alla romana 213
- Besprechung von: Eike von Hippel, Rechtspolitik – Ziele, Akteure, Schwerpunkte 416
- Besprechung von: Guy Schrans/Hans van Houtte, Internationaal Handels- en financieel Recht 652
- Euro – Zitrone für den Palandt! 656

Baum, Marcus

- Von Teufeln und gelehrten Freunden – Schottlands Juristen gehen spazieren 168
- moot courts – spielend lernen 618

Becker, Rainer und Rafael Bustos Gisbert

- Verbraucherschutz im Mehrrechtsstaat Spanien – Tribunal Constitucional 62/1991 vom 22.3. 1991 599

Becker, Ute

- Lingua für Juristen 391

Birks, Peter

- Konkurrierende Strategien und Interessen: Das Irrtumserfordernis im Bereicherungsrecht des common law 554

Blaurock, Uwe

- Europa Institut Zürich 182
- Symposion der Ernst von Caemmerer Stiftung 195
- 24. Tagung für Rechtsvergleichung 1994 – Hundertjähriges Jubiläum der Gesellschaft für Rechtsvergleichung 195
- Übernationales Recht des Internationalen Handels 247

Buchholz, Stephan

- Besprechung von: Lloyd Bonfield (ed.), Marriage, Property and Succession 209

Bungert, Hartwin

- Besprechung von: Erwin Deutsch/Jochen Taupitz (Hg.), Haftung der Dienstleistungsberufe – Natürliche Vielfalt und europäische Vereinheitlichung 646

Carsten, Gebhard

- Europäische Integration und nordische Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Zivilrechts 335

Cian, Giorgio

- Fünfzig Jahre italienischer Codice civile 120

Coester, Michael

- Entwicklungslinien im europäischen Nichtehelehenrecht 536

Coing, Helmut

- Laboulaye 519

Cordes, Albrecht

- Kongreß der Société Jean Bodin „Hilfe bei Konfliktlösung“ 631

Dieckmann, Johann Andreas

- Vorschau auf die Rückschau: Das Erasmus-Programm 615

Dolezalek, Gero

- Besprechung von: Eltjo J. H. Schrage, Utrumque Ius. Eine Einführung in das Studium der Quellen des mittelalterlichen gelehrten Rechts 641

Donath, Roland

- Referendar-Stage „Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht“ an der Universität Augsburg 176

Dyk, Christoph

- ELSA: Juristen in Europa – Gemeinsam für Europa 177

Emmerich, Volker

- Das Schweizerische Obligationenrecht 203

- Engel, Christoph  
 – Versetzt die Europäische Menschenrechtskonvention der Sitztheorie des internationalen Gesellschaftsrechts den Todesstoß? – Cour de Cassation (crim.) vom 12. 11. 1990 150
- Faber, Jörg  
 – Rückforderung wegen Zweckverfehlung – Irrungen und Wirrungen bei der Anwendung römischen Rechts in Schottland 279
- Ferrand, Frédérique  
 – Deliktische Haftung für Dritte in Frankreich – Cour de Cassation (ass. plén.) vom 29. 3. 1991 132
- Ferrari, Franco  
 – Vom Abstraktionsprinzip und Konsensualprinzip zum Traditionsprinzip – Zu den Möglichkeiten der Rechtsangleichung im Mobiliarsachenrecht 52  
 – Produkthaftung und Negligence: Sechzig Jahre Donoghue v. Stevenson 354
- Flessner, Axel  
 – Besprechung von: Pierre Tercier, La recherche et la rédaction en droit suisse 204  
 – Besprechung von: Nieuw Burgerlijk Wetboek – Tekst & Commentaar. Onder redactie van J. H. Nieuwenhuis, C. J. J. M. Stolker und W. L. Valk 205
- Frosch, Christine  
 – Die Europäische Rechtsakademie Trier 179
- Gisbert, Rafael Bustos und Rainer Becker  
 – Verbraucherschutz im Mehrrechtsstaat Spanien – Tribunal Constitucional 62/1991 vom 22. 3. 1991 599
- Gordley, James  
 – Common law und civil law: eine überholte Unterscheidung 498
- Gröhe, Christian  
 – Der Transportvertrag als Vertrag zugunsten Dritter – Corte di Cassazione vom 21. 10. 1991 und Bundesgerichtshof vom 24. 10. 1991 141
- Helmholz, R. H.  
 – Besprechung von: Alan Watson, Roman Law & Comparative Law 639
- Henrich, Dieter  
 – Besprechung von: Blackstone's Statutes 642
- Hirsch, Volker  
 – „European Integration – A Challenge for Law“ Bericht vom ersten internationalen Kongreß von ELSA – BR Deutschland e. V. 193
- Jung, Christian  
 – Besprechung von: Rudolf Geiger, EG-Vertrag-Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft 643
- Kieninger, Eva-Maria  
 – Deregulierung, Kraftfahrzeughaftpflicht- und Krankenversicherung – Die Dritte Wissenschaftstagung des Bundes der Versicherten 634
- Kötz, Hein  
 – Europäische Juristenausbildung 268
- Legrand jr, Pierre  
 – Civil Law Codification in Quebec: A Case of Decivilianization 574
- Lipp, Martin  
 – Besprechung von: Michael Plohm, Ludwig Julius Friedrich Höpfner (1743–1797). Naturrecht und positives Privatrecht am Ende des 18. Jahrhunderts 429
- Loeber, Dietrich A.  
 – Die „Euro-Facultät“ in den baltischen Staaten 624
- Lottes, Ralf  
 – Au bord de l'III – 2 Semester ERASMUS – Studium in Straßburg 394
- Magnus, Ulrich  
 – Aktuelle Fragen des UN-Kaufrechts 79
- Martinek, Michael  
 – Besprechung von: Carsten Dageförde, Internationales Finanzierungsleasing – Deutsches Kollisionsrecht und Konvention von Ottawa (1988) 650
- Martiny, Dieter  
 – Das Römische Vertragsrechtsübereinkommen vom 19. Juni 1980 298



- Mayer-Maly, Theo  
 – Besprechung von: Hans Hattenhauer, Europäische Rechtsgeschichte 638
- Meier, Sonja  
 – Bereicherungsanspruch, Dreipersonenverhältnis und Wegfall der Bereicherung im englischen Recht – House of Lords vom 6. Juni 1991 365
- Micklitz, Hans-W.  
 – AGB-Gesetz und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen 522
- Nève, Paul  
 – Besprechung von: Robert Feenstra/Reinhard Zimmermann (Hg.), Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert 426
- Pfeiffer, Thomas  
 – 3. Tagung der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler mit europarechtlichem Schwerpunkt 183
- Roth, Wulf-Henning  
 – Besprechung von: Peter-Christian Müller-Graff, Privatrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht – Gemeinschaftsprivatrecht 198  
 – Besprechung von: Erik Jayme, Ein Internationales Privatrecht für Europa 199
- Schack, Haimo  
 – Perspektiven eines weltweiten Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommens 306
- Schermaier, Martin Josef  
 – Rechtsvereinheitlichung und juristischer Partikularismus in der Antike, 46. Jahresversammlung der SIHDA 190  
 – Die deutschen Rechtshistoriker tagen in Köln – 29. Deutscher Rechtshistorikertag 397
- Scheurmann, Ingrid  
 – Rechtshistorisches Kolloquium anlässlich des 300. Jahrestags der ersten Audienz des Reichskammergerichts in Wetzlar 625
- Schlechtriem, Peter  
 – Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland 217
- Schröder, Rainer  
 – Besprechung von: Stephan Grabherr, Das Washingtoner Arbeitszeitübereinkommen von 1919. Versuch einer internationalen Regelung der Arbeitszeit in Europa 432
- Schulze, Reiner  
 – Per la Storia del Diritto romano in Europa – Tagung an der Universität Neapel 400  
 – Allgemeine Rechtsgrundsätze und europäisches Privatrecht 442
- Tilmann, Winfried  
 – Vorbemerkung zur Entschließung des Europäischen Parlaments über die Angleichung des Privatrechts der Mitgliedstaaten vom 26.05. 1989 613
- Walter, Gerhard  
 – Handbuch des Kaufvertragsrecht in den EG-Staaten einschließlich Österreich, Schweiz und UN-Kaufrecht 202
- Winkelmann, Thomas  
 – Besprechung von: Philippe Merle, Droit commercial: Sociétés commerciales und Michel Jeantin, Droit commercial: Instruments de paiement et de crédit; Entreprises en difficulté 419
- Witz, Claude und Gerhard Wolter  
 – Mißbräuchliche Vertragsklauseln auf dem Prüfstand der französischen Gerichte – Cour de Cassation (civ.) vom 14. 5. 1991 360  
 – Vertragliche oder deliktische Haftung im Rahmen von „Vertragsgruppen“ (groupes de contrats) in Frankreich ? – Cour de Cassation (Ass. plén.) vom 12. 7. 1991 592
- Woerz, Claudia  
 – Besprechung von: Georg W. Wenglorz, Die Deregulierung des Linienluftverkehrs im Europäischen Binnenmarkt 424
- Wolter, Gerhard und Claude Witz  
 – Mißbräuchliche Vertragsklauseln auf dem Prüfstand der französischen Gerichte – Cour de Cassation (civ.) vom 14. 5. 1991 360  
 – Vertragliche oder deliktische Haftung im Rahmen von „Vertragsgruppen“ (groupes de contrats) in Frankreich ? – Cour de Cassation (Ass. plén.) vom 12. 7. 1991 592

Zimmermann, Reinhard

- Der europäische Charakter des englischen Rechts – Historische Verbindungen zwischen civil law and common law 4
- Besprechung von: James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* 208
- Europäisches Privatrecht und Studium 215
- „... his soul goes sliding on forever“. Neues von der Mrs. Donoghue-Forschung 435
- Europäisches Privatrecht und Europa 439
- Aequitas und equity in Rechtsgeschichte und Gegenwart – 2. Internationale Konferenz, Jerusalem, Mai 1993 628

Zuleeg, Manfred

- Der rechtliche Zusammenhalt der Europäischen Gemeinschaft 475

Zwetkow, Olaf

- European Private Law – Myth or Reality ? – Zweiter Internationaler Kongreß von ELSA-Bundesrepublik Deutschland e. V. 196



# Entwicklungslinien im europäischen Nichtehelichenrecht

von Michael Coester, Göttingen

## I. Thematik

Ungeachtet ihrer nationalen Eigenarten waren die Kindschaftsrechte der europäischen Staaten immer auch Ausdruck gesamteuropäischer Geistes- und Sozialströmungen. So erweist sich die Tendenz zur Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder im deutschen Recht nur vordergründig als (zögernde) Erfüllung des Verfassungsauftrags aus Art. 6 V GG; eher ist diese Verfassungsklausel selbst (wie schon ihr Vorläufer in der WRV, Art. 121) das Produkt eines (sich wechselseitig beeinflussenden) Sozial- und Auffassungswandels in allen westlichen Gesellschaften. Bemerkenswert ist daran nicht nur die Existenz eines „christlich-abendländischen Vorstellungsbildes“ des rechtlichen Kindesverhältnisses<sup>1</sup>, sondern vor allem auch die Langsamkeit, mit der ein Wandel dieses Bildes und – ihm folgend – ein Rechtswandel selbst in modernen Zeiten vor sich gehen. Eine geschichtliche Standortbestimmung kommt an der Feststellung nicht vorbei, daß es auch zum Ausgang des 20. Jh. noch nicht gelungen ist, die Stigmatisierung nichtehelicher Kinder, die etwa mit Konstantin I ihren Anfang nahm und die immerhin seit Beginn der Aufklärung als falsch erkannt worden ist, restlos zu überwinden. Die noch nicht abgeschlossenen Entwicklungslinien im Kindschaftsrecht wurden schon oft dargestellt und dokumentiert<sup>2</sup>, sie sind von *Tisserand* auf die treffende Kurzformel gebracht worden: „Von der Indifferenz zur Repression, von dort nunmehr zur Gleichheit aller Kinder“<sup>3</sup>. Im folgenden wird versucht, den gegenwärtigen Entwicklungsstand in – beispielhaft herausgegriffenen – europäischen Rechten in diese Entwicklungslinie einzuordnen.

---

<sup>1</sup> Zum „christlich-abendländischen Vorstellungsbild der Ehe“ vergleiche *Günther Beitzke*, in: Franz L. Neumann/Hans Carl Nipperdey/Ulrich Scheuner (Hg.), *Die Grundrechte II*, 1. Auflage, 1954, S. 211.

<sup>2</sup> Vergleiche nur *Anke Leineuwer*, *Die rechtlichen Beziehungen des nichtehelichen Kindes zu seinem Erzeuger in der Geschichte des Privatrechts*, 1978; *Wilfrid K. Hooper*, *The Law of Illegitimacy*, 1911; *Peter Laslett/Richard M. Oosterveen/Klara Smith*, *Bastardy and its Comparative History*, 1980; *Harry Krause*, *Creation of Relationships of Kinship*, in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume IV, Chapter 6, 1976, Abschnitt 6-2 bis 6-4.

<sup>3</sup> *Alice Tisserand*, *De l'apparition aux dernières séquelles du statut d'infériorité de l'enfant illégitime*, in: R. Ganghofer (Hg.), *Le Droit de la Famille en Europe – son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, 1992, S. 695 („de l'indifférence à la répression, vers l'égalité de tous les enfants“).

## II. Grundlinien der Entwicklung

### 1. Indifferenz

In der Tat prägte der „Makel nichtehelicher Geburt“ nicht seit jeher die rechtliche und soziale Stellung der Kinder. Zwar folgte im römischen wie auch in vielen germanischen Rechten die Rechtsstellung als Kind im Verhältnis zum Vater nicht schon – wie bei der Mutter – aus der biologischen Abstammung, es stand aber in der freien Entscheidung des Vaters, das Kind zu legitimieren und ihm damit einen Status zu verschaffen, der sich nicht oder nicht wesentlich von dem ehelicher Kinder unterschied<sup>4</sup>: So konnten anerkannte nichteheliche Abkömmlinge insbesondere auch zur Erb- und Thronfolge berechtigt sein, und die Bezeichnung „Bastard“ bedeutete noch nicht ein gesellschaftliches Unwerturteil, sondern indizierte nur die außer-eheliche Erzeugung eines anerkannten und damit rechtmäßigen Abkömmlings eines Adligen<sup>5</sup>. Der Niedergang dieses Ausdrucks zum Schimpfwort und zum Synonym gesellschaftlichen Ausgestoßenseins spiegelt die rechtliche und soziale Entwicklung des Nichtehelichenstatus etwa ab dem 11. Jh. wider.

### 2. Repression

Das Streben der katholischen Kirche nach Durchsetzung und Absicherung der christlichen Institution Ehe als ausschließlichem Ort legitimer Geschlechtsbeziehungen und Fortpflanzung führte zur Brandmarkung nicht nur außerehelicher Beziehungen, sondern vor allem auch des Nachwuchses daraus: Aus illegitimer Elternverbindung erwachsen „illegitime Kinder“<sup>6</sup>. Neben das gewissermaßen generalpräventive, auf Eheschutz ausgerichtete Interesse der Kirche an einer Entkleidung des Nichtehelichenstatus von den Rechten legitimer Abstammung traten die Interessen der herrschenden Familien an einer kontrollierten Weitergabe von Vermögen, Status und Macht an die folgenden Generationen. Die grundsätzliche Ausgrenzung nichtehelicher Abkömmlinge (unter dem Vorbehalt ausnahmsweiser Legitimation im Einzelfall<sup>7</sup>) entsprach diesen Interessen, und gegen die ursprünglichen Tendenzen

<sup>4</sup> Tisserand (Fn. 3) 696.

<sup>5</sup> Siehe Brockhaus Enzyklopädie, 19. Auflage, 1987, „Bastard“ („der in der Scheune Gezeugte“); so wurde z. B. der Graf Jean Dunois auch genannt „Bastard von Orléans“, und Wilhelm der Eroberer trug (angeblich nicht ohne Stolz) den Beinamen „The bastard“, Hooper (Fn. 2) 5.

<sup>6</sup> Schon deren sichtbare Existenz wurde als Bedrohung der ehelichen und gesellschaftlichen Ordnung angesehen, vergleiche Präambel zu 10 Eliz. I, c. 3 (1576): „... evil example and encouragement of the lewd life“. Einen kurzen Abriss der rechtsgeschichtlichen Entwicklung und der Rolle der Kirche gibt Dieter Schwab, Wertewandel und Familienrecht, 1993, S. 8 ff.

<sup>7</sup> Das Verständnis der Legitimation durch den Vater als Gnadentat des Landesherrn (so zuerst Justinian 538 (Nov. 74): *legitimitio per praescriptum principis*) beherrschte auch noch den Gesetzgeber des BGB, vergleiche Motive zum BGB IV 931 ff.; Hermann Conrad, Die Stellung der unehe-

der Kirche gelang es sogar, den Akt der Eheschließung selbst, als entscheidende Weichenstellung zwischen legitimer und illegitimer Verbindung, öffentlicher Kontrolle zu unterwerfen: Seit dem Konzil von Trient 1563 war den Liebenden, die auf den Segen ihrer Umwelt nicht hoffen konnten, das Schlupfloch der klandestinen Ehe verschlossen<sup>8</sup>.

Am Ende dieser Entwicklung fanden sich die nichtehelichen Kinder in einem Zustand nicht minderen Rechts, sondern nahezu völliger Rechtlosigkeit. So besonders rigoros das englische *common law*: Familienrechtlich wurden Kinder nicht miteinander verheirateter Eltern (bastards) schlicht ignoriert, sie galten als *filius nullius*, ihren biologischen Eltern ebenso fremd wie jedem Dritten<sup>9</sup>, und gehörten in faktischer Konsequenz dieser Behandlung zur Klientel des Armen- und Polizeirechts<sup>10</sup>. Im Gegensatz zu den meisten europäischen Rechten sah das *common law* nicht einmal die Möglichkeit einer Legitimation vor<sup>11</sup>.

Nur insoweit etwas günstiger, aber im übrigen gleichermaßen rechtlos war der Status nichtehelicher Kinder in Frankreich zu Ende des Ancien Régime<sup>12</sup>. Die zunächst von der Kirche noch betonte und auch rechtlich durchgesetzte Unterhaltsverantwortung des außerehelichen Erzeugers wurde vor dem Hintergrund übersteigerter moralischer Verdammung von Mutter und Kind nicht mehr eingefordert. Das Ergebnis eines völligen „l'abandon de l'enfant“ durch das Recht<sup>13</sup> wurde sinnfällig durch die verbreitete faktische Aussetzung der Kinder in den „Drehläden“ der Findelhäuser<sup>14</sup>.

lichen Kinder in der neuzeitlichen Privatrechtsentwicklung Deutschlands, Frankreichs, Österreichs und der Schweiz, Ehe und Familie, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1962, 322, 327; Günther Beitzke, Zur Ehelicherklärung von Konkubinatkindern, FamRZ 1974, 553, 554; Joachim Gernhuber, Familienrecht, 3. Auflage, 1980, § 61 II 1.

<sup>8</sup> Dekret Tametsi; dazu demnächst Dagmar Coester-Waltjen/Michael Coester, Formation of Marriage, in: (Fn. 2) Chapter 3, 3–7.

<sup>9</sup> Krause, in: (Fn. 2) Abschnitt 6–4; Stephen Cretney, Principles of Family Law, 4. Auflage, 1988, S. 593 f.; vergleiche Re Lloyd (1841) 3 Man. + G. 547.

<sup>10</sup> Oliver Stone, Family Law, 1977, S. 223; Cretney (Fn. 9) 594. Die hier begründete Assoziation von illegitimacy und criminality geisterte noch lange durch das englische Recht; vergleiche auch noch den polizeirechtlichen Ansatz des Reichsgesetzes für Jugendwohlfahrt (JWG) von 1922. Allerdings geht dieser Ansatz auch auf das protestantische Ehe- und Familienverständnis des 18. Jahrhunderts zurück, vergleiche Schwab (Fn. 6) 14.

<sup>11</sup> Erst durch den Legitimacy Act 1926 wurde die Legitimation eingeführt und in der Folgezeit ausgebaut. Bemerkenswerterweise standen sich jedoch die in den romanischen Rechten besonders diskriminierten Ehebruchskinder a matre im *common law* faktisch eher besser als die Kinder unverheirateter Mütter: Eine strikte und nur erschwert widerlegbare Vaterschaftsvermutung für den Ehemann sicherte vielen Ehebruchskindern zumindest den Rechtsstatus eines legitimen Kindes (wengleich nicht notwendig die Liebe und Zuwendung des Scheinvaters), vergleiche Watson v. Watson (1954) P. 48; Russel v. Russel (1924) A. C. 687; Cretney (Fn. 9) 579 f.

<sup>12</sup> Dazu Anne Lefebvre-Teillard, L'enfant naturel dans l'ancien droit français, Recueil de la Société Jean Bodin, XXXVI S. 251 ff.; Tisserand (Fn. 3) 698.

<sup>13</sup> Tisserand (Fn. 3) 698.; siehe auch F. C. Flandrin, Famille, parenté, maison, sexualité dans l'ancienne société, 2. Auflage, 1984, S. 179–182.

<sup>14</sup> Nach Rainer Frank, Die unterschiedliche Bedeutung der Blutsverwandtschaft im deutschen und französischen Familienrecht, FamRZ 1992, 1365, 1368 (mit weiteren Nachweisen), soll um

Aufklärung und Revolution brachten trotz der grundsätzlichen Einbeziehung der „enfants naturels“ in den Familienverband eine Verbesserung nur für wenige Kinder<sup>15</sup>. Der neue Geist und die alte Feindseligkeit gegen illegitime, „ordnungswidrige“ Geschlechtsbeziehungen fanden ihre Synthese im Code Napoleon von 1804: Das gewünschte, d. h. formell anerkannte Kind konnte nun zwar (abgeschwächte) familienrechtliche Beziehungen zu seinen Eltern haben<sup>16</sup>; gleichzeitig bot diese Betonung des „Freiwilligkeitsprinzips“<sup>17</sup> jedoch die Rechtfertigung für das Verbot gerichtlicher Vaterschaftsfeststellung: „La recherche de la paternité est interdite“<sup>18</sup>! Damit blieb das Los der meisten Kinder im wesentlichen das gleiche, ganz zu schweigen von der strikten Herausnahme der Ehebruchs- und Inzestkinder aus dem Anerkennungssystem<sup>19</sup>.

### 3. Gleichstellung

Der seitdem einsetzende Trend zur Verbesserung der Rechtsstellung des nichtehelichen Kindes ist allgemein bekannt, *Krause* spricht in einer rechtsvergleichenden Gesamtschau von einem „world-wide trend towards equality“<sup>20</sup>. Nicht nur humanitärer und rechtlicher Ethos, sondern auch handfeste fiskalische Interessen stehen hinter diesem Trend: Wer den Kindern die Familie nimmt, lastet sie der öffentlichen Fürsorge auf, und so schlecht diese sich für die Kinder auch darstellen mag – teuer ist sie für die Gemeinschaft allemal<sup>21</sup>. Spätestens, wenn außereheliche Geburt zu einem Massenphänomen wird, suchen die Gesetzgeber nach einer Privatisierung dieser Last<sup>22</sup>. Die gesellschaftspolitische Ineffektivität eines aus Gründen der Generalprävention diskriminierenden Nichtehelichenrechts ist außerdem nicht erst heute

---

die Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert jedes dritte bis vierte Kind in Paris solch ein „Drehladenkind“ gewesen sein. Die Vorstellung, daß eine ungewollte und aufgedrängte Elternschaft für das Kind wertlos sei, hat zur Offenhaltung der „anonymen Entbindung“ auch nach der Familienrechtsreform vom 8. 1. 1993 geführt, Art. 341–1 cc, dazu noch unten Fn. 44.

<sup>15</sup> Zum fortschrittlichen „Zwischenrecht“ der französischen Revolution bis zum Code civil 1804 siehe *Tisserand* (Fn. 3) 700 f.; *Clarence Crane Brinton*, French Revolutionary Legislation on Illegitimacy 1789–1804, 1936, S. 82 f.

<sup>16</sup> Sehr eingeschränkt war sogar Mutterschaftsfeststellung möglich, Art. 341 cc a. F. Zur Rechtsstellung des anerkannten Kindes vergleiche *Danièle Huet-Weiller*, *Dalloz. Encyclopédie juridique Répertoire de droit* (Enc. Dalloz), Filiation naturelle, S. 3.

<sup>17</sup> Gefeiert von Mulliez als „triomphe de la volonté . . . de l'amour sur les liens du sang“, vergleiche *Frank* (Fn. 14) 1365, 1369 mit weiteren Nachweisen.

<sup>18</sup> Art. 340 cc a. F.; im einzelnen dazu *René Savatier*, *La recherche de la paternité*, 1927. Bis 1912 hat sich an diesem strikten Verbot nichts geändert.

<sup>19</sup> *Tisserand* (Fn. 3) 698.

<sup>20</sup> *Krause* (Fn. 2) Abschnitt 6–19.

<sup>21</sup> So beginnt das Statute of Elizabeth I von 1576 (10 Eliz. 1, c.3) mit den Worten: „. . . the said bastards being now left to be kept at the charges of the parish where they be born, to the great burden of the same parish and in defrauding of the relief of the impotent and aged true poor of the same parish . . .“.

<sup>22</sup> Vergleiche *Krause* (Fn. 2) Abschnitt 6–15 zur Entwicklung in den USA und Schweden.

offenkundig<sup>23</sup>, und angesichts eines Nichtehelichenanteils zwischen 6,5 % (Schweiz) und 50 % (Schweden) in den Staaten westlicher Zivilisation<sup>24</sup> muß ein diskriminierendes Nichtehelichenrecht mit mangelnder gesellschaftlicher Akzeptanz rechnen. Ferner erschiene es fragwürdig, wenn der Gesetzgeber ein Fünftel bis zur Hälfte der nachwachsenden Generation für „illegitim“ erklären wollte. Damit erweist sich – neben humanitären und rechtsethischen Gesichtspunkten – auch der reale gesellschaftliche Auffassungs- und Verhaltenswandel als machtvoller Motor der allenthalben zu beobachtenden Reformtendenzen.

Hinzugetreten sind in neuerer Zeit schließlich noch Reformimpulse aus dem *internationalen Recht*: Zunehmend sind internationale Gerichtshöfe, aber auch nationale Gerichte bereit, aus vagen und z. T. unspezifischen Artikeln internationaler Konventionen wie z. B. der EMRK (Art. 8 und 14) bindende Rechtsgebote und damit auch Reformverpflichtungen der nationalen Gesetzgeber herauszulesen. Die Marckx-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte von 1979<sup>25</sup> hat den Anstoß zu einer völligen Neuordnung des belgischen Kindschaftsrechts gegeben<sup>26</sup>, und auch auf das Recht anderer Staaten hat die EMRK eingewirkt<sup>27</sup>. Neuerdings macht auch die UN-Kinderkonvention von 1989 viel von sich reden<sup>28</sup>, da sie nicht mehr

<sup>23</sup> Krause (Fn. 2) Abschnitt 6–13; vergleiche Gerd Winter, Sozialer Wandel durch Rechtsnormen, 1971.

<sup>24</sup> Weiteres Zahlenmaterial mit dem Stand Ende der 80er Jahre und Nachweise bei Ingeborg Schwenzler, Gutachten zum 59. Deutschen Juristentag (DJT) 1992, S. 11 mit Fn. 19–21 (z. B. Dänemark 40%; Frankreich 24,1%; Österreich 21,5%; Großbritannien 20%).

<sup>25</sup> EGMR vom 13. 6. 1979, Europäische Grundrechte – Zeitschrift (EuGRZ) 1979, 454 f.

<sup>26</sup> Gesetz vom 31. 3. 1987; die fehlende Rückwirkung dieses Gesetzes, das eine weitgehende Gleichstellung der nichtehelichen Kinder brachte, zumindest auf den Zeitpunkt des Marckx-Urteils ist vom EGMR erneut beanstandet worden, Fall Vermeire, Urteil vom 29. 11. 1991, EuGRZ 1992, 12 ff. = Revue trimestrielle de droit de l'homme (Rev. trim. dr. de l'homme) 1992, 211 (mit Anmerkung von Rigaux); ebenso schon die *Cour d'arbitrage* in Brüssel vom 4. 7. 1991, Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles (J. L. M. B.) 1991, 1102 ff., sowie jetzt auch *C. app.* Liège vom 7. 2. 1992, J. L. M. B. 1993, 376 (mit Anmerkung von Nudelhole). Beide belgischen Gerichte berufen sich neben der EMRK auch auf die belgische Verfassung (Art. 6, 6 bis).

<sup>27</sup> Vergleiche nur den niederländischen Hoge Raad, Nederlandse Jurisprudentie 1986, Nr. 585, und rechtsvergleichend Marie- Thérèse Meulders-Klein, The position of the father in European legislation, International Journal of Law and the Family (Int. J. L. + Fam.) 1990, 131 ff., 144 ff. Das *Trib. gr. inst.* Rochefort-sur-mer will Art. 8 und 14 EMRK unmittelbar und vorrangig vor nationalem französischen Recht anwenden, Recueil Dalloz (D.) 1993 Jur. 174 (mit kritischer Anmerkung Flauss) = Juris-Classeur Périodique (JCP) 1992 Jur. 238 (Nr. 21885) (mit Anmerkung von Garé), betreffend gemeinsame elterliche Sorge nicht verheirateter Eltern. Zum deutschen Recht siehe Erik Jayme, Europäische Menschenrechtskonvention und deutsches Nichtehelichenrecht, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1979, 2425 ff.; Fritz Sturm, Das Straßburger Marckx-Urteil zum Recht des nichtehelichen Kindes und seine Folgen, FamRZ 1982, 1150 mit weiteren Nachweisen; Jan Kropholler, Kritische Bestandsaufnahme im Nichtehelichenrecht, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 185 (1985), 244 ff., 249; Achim Broetel, Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens, 1991, mit umfassenden Rechtsprechungsnachweisen. Das europäische Übereinkommen über die Rechtsstellung der unehelichen Kinder vom 15. 10. 1975 ist in Deutschland nicht ratifiziert.

<sup>28</sup> Für Deutschland in Kraft seit 5. 4. 1992, Bundesgesetzblatt (BGBl) II 990; Text in deutscher Übersetzung BGBl II 121 und FamRZ 1992, 253 ff.



zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern unterscheidet und gleiche Rechtsgarantien für alle Kinder festschreibt<sup>29</sup>.

### III. Wege aus der Repression

Bei den wie auch immer motivierten Reformbestrebungen sind drei unterschiedliche Ansätze erkennbar: (1) Die Ausdehnung des Bereichs legitimer Kindschaft durch großzügige Ehelichkeitsvermutungen und Möglichkeiten der Legitimation; (2) die Angleichung der Rechtsstellung nichtehelicher Kinder an die der ehelichen; (3) die Aufgabe eines Sonderrechts für nichteheliche Kinder zugunsten eines einheitlichen Kindschaftsrechts.

#### 1. Legitimationsansatz

Der Legitimationsansatz bekämpft nicht die rechtliche Diskriminierung als solche, vielmehr wird nur – gewissermaßen gnadenweise – ein Teil der betroffenen Kinder aus dem vom Recht selbst geschaffenen Übelstand wieder herausgeführt. Systematisch ist dieser Weg vom *englischen Recht* beschritten worden, dessen common law ursprünglich keine Legitimation kannte<sup>30</sup>. Der Legitimacy Act 1926 führte die *legitimitio per matrimonium subsequens* ein<sup>31</sup>; sodann wurden auch Kinder aus fehlerhaften Ehen als eheliche eingestuft<sup>32</sup>, und gleichermaßen schließlich auch die Adoptivkinder unabhängig von ihrer Herkunft<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Vergleiche *Michael Coester/Kirsten Pia Hansen*, Das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes und das KJHG: Impulse zur Kindeswohlverwirklichung, in: *Kindesrechte* (Luchterhand 1993, demnächst) mit weiteren Nachweisen. Zumindest in Frankreich ist man offenbar bereit, auch diese Konvention als innerstaatlich unmittelbar anwendbares Recht zu behandeln, *Trib. gr. inst.* Lille, *C. app.* Lyon und *C. app.* Paris, D. 1993 Jur. 176 ff., vergleiche Granet-Lambrechts, D. 1992, som. com. S. 51; dagegen allerdings jetzt *Cass. Civ.* v. 10. 3. 1993, D. 1993 (H. 12), *Flash*. Der deutsche Gesetzgeber hat dem durch Einlegung weitgehender Vorbehalte vorgebeugt (Text FamRZ 1992, 266 f.); zur Wirksamkeit dieser Vorbehalte einerseits *Joachim Wolf*, Ratifizierung unter Vorbehalten: Einstieg oder Ausstieg der BRD aus der UN-Konvention über die Rechte des Kindes?, *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP) 1991, 374 ff., 378, andererseits *Hans Stöcker*, Die UNO-Kinderkonvention und das deutsche Familienrecht, *FamRZ* 1992, 245 ff., 248, 250 ff. Diese Entwicklung ist bemerkenswert, da nach dem Verständnis der Vertragsstaaten die UN-Konvention eigentlich auf die Staaten der Dritten Welt zielte und diese auf den Standard der „fortschrittlichen“ Rechte bringen sollte, vergleiche *Coester/Hansen* (Fn. 29).

<sup>30</sup> Vergleiche oben Fn. 11. Zur Rechtsgeschichte: *Ferdinand Kogler*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (ZRG), Germanische Abteilung (GA) 25, 109 ff.; *Olive M. Stone*, Zur neuesten Entwicklung des englischen Familienrechts, *AcP* 160 (1961), 526, 532. Einzige Ausnahme das englische IPR: Unterstand der Vater kraft Domizils sowohl bei Kindesgeburt wie bei späterer Verheiratung mit der Mutter einem Recht, das das Kind als durch die Heirat legitimiert ansah, so wurde dies auch in England akzeptiert, *Re Goodman's Trust* (1881) 17 Ch. D. 266.

<sup>31</sup> Sec. 1; der Vorbehalt zu Lasten von Ehebruchskindern wurde 1959 aufgehoben (jetzt Legitimacy Act 1976, sec. 2).

<sup>32</sup> Zunächst nur für voidable marriages, M. C. A. 1937 sec. 7 (2), dann auch für Kinder aus (bona fide) void marriages, Legitimacy Act 1959, sec. 2 (1) (jetzt Legitimacy Act 1976 sec. 1).

<sup>33</sup> Children Act 1975, Sched. 1, para 3 (3) (jetzt Adoption Act 1976, sec. 39 [1] [a, b]).

Auch das *deutsche Recht* war von Anfang an bemüht, durch großzügige Zulassung der Legitimation den Kreis der „Unehelichen“ auf gesellschaftliche Randgruppen beschränkt zu halten. Neben die Legitimation durch nachfolgende Elternehe (§§ 1719 ff. BGB) und durch Ehelicherklärung des Vaters (§§ 1723 ff. BGB)<sup>34</sup> stellte das Nichtehechengesetz 1969 noch die „Brautkind-Legitimation“ der §§ 1740a ff. BGB<sup>35</sup>. Sogar die bloße *Verdeckung* des „Makels nichtehelicher Geburt“ galt als erstrebenswerter Gesetzeszweck<sup>36</sup>.

Insgesamt konnte aber der Legitimationsansatz von vornherein nur Abmilderung, nicht Beseitigung der rechtlichen Diskriminierung leisten; für die von ihm nicht erreichten Kinder bekräftigte er eher das Verdikt der Illegitimität. Außerdem scheidet er in neuerer Zeit schon am Bewußtseinswandel der Bevölkerung: Wo sich zunehmend nicht nur zusammenlebende Paare, sondern auch alleinstehende Mütter (und Väter) offen und selbstbewußt für außereheliche Erzeugung und Geburt entscheiden, stößt das Angebot einer „Legitimierung“ dieser als schon völlig legitim empfundenen Verhältnisse auf Unverständnis<sup>37</sup>.

## 2. Angleichungsansatz

Die nationalen Gesetzgeber haben deshalb zusätzlich auch den Weg einer sachlichen Angleichung der Rechtsstellung von ehelichen und nichtehelichen Kindern beschritten – zunächst zögernd, insbesondere nach dem 2. Weltkrieg aber mit zunehmendem Schwung. In letzter Konsequenz steht am Ende dieses Weges nicht schematische Gleichbehandlung, sondern nur die Beseitigung jeglicher Differenzierungen, die nicht aus unterschiedlichen realen Lebensbedingungen gerechtfertigt sind<sup>38</sup>. Die einzelnen Rechtsordnungen sind in dieser Richtung unterschiedlich weit fortgeschritten, der Endpunkt ist wohl noch nirgends erreicht<sup>39</sup>.

a) *Frankreich* hat sich in mehreren Reformschritten seit 1970 nunmehr mit an die Spitze der europäischen Rechtsentwicklung gesetzt: Das Gesetz vom 8. 1. 1993<sup>40</sup> behält zwar die konzeptionelle Unterscheidung von legi-

<sup>34</sup> Zu beiden Institutionen rechtsgeschichtlich und rechtsvergleichend *Hans Dölle*, Familienrecht II, §§ 110, 111 (S. 516 ff., 538 ff.); siehe auch oben Fn. 7.

<sup>35</sup> Funktionales Äquivalent in Frankreich: Die postmortale Eheschließung gem. Art. 171 cc; vergleiche *OLG Karlsruhe*, Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrecht (IPRax) 1991, 250; *Günther Beitzke*, Französische postmortale Eheschließung und Legitimation, IPRax 1991, 227, betreffend einen deutsch/französischen Fall.

<sup>36</sup> Zur „Einbenennung“ des § 1618 BGB vergleiche Bundestags-Drucksache (BT-Drucks.) V/2370 S. 60; 7/650 S. 174; *BGH* 28. 9. 1972, FamRZ 1973, 185, 186; kritisch *Julius v. Staudinger/Michael Coester*, Kommentar zum BGB, 4. Buch, 12. Auflage, 1985, § 1618 Rn. 2 mit weiteren Nachweisen.

<sup>37</sup> Vergleiche *Cretney* (Fn. 9) 617.

<sup>38</sup> Vergleiche *Krause* (Fn. 2) Abschnitt 6–12 (als Gegenpol zur filius-nullius-doctrine).

<sup>39</sup> Für einen nach Sachgebieten geordneten, repräsentativen rechtsvergleichenden Überblick siehe *Schwenzer* (Fn. 24).

<sup>40</sup> Gesetz Nr. 93–22, Journal officiel de L'Etat français (J. O.) 9. 1. 1993, S. 495; JCP 1993, éd. G, Nr. 65905; Kurzübersicht bei *Jacqueline Rubellin-Devichi*, JCP 1993 vom 27. 1. 1993, Actualités.

timen und nichtehelichen Kindern (enfant légitime, enfant naturel) bei<sup>41</sup>, bringt aber auf den Gebieten des Personenstands, der Abstammung, der elterlichen Sorge und des Verfahrensrechts einschneidende Veränderungen der bisherigen Rechtslage. Im Abstammungsrecht gibt es zwar nach wie vor die „zweifache Wahrheit“, d. h. die des Blutes und die der gelebten, psychosozialen Beziehung<sup>42</sup>. Aber die auch nach der grundlegenden Reform von 1972 noch fortbestehenden *Schranken gerichtlicher Vaterschaftsfeststellung* (Art. 340, 340–1 und 342–4 cc a. F.) sind nun *entfallen*, Art. 340 I cc hat den langen Weg vom „la recherche de la paternité est interdite“ (1804) zur nahezu uneingeschränkten Gegenposition vollendet: „La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée“ (1993)<sup>43</sup>. Trotz Fortbestands förmlicher Vaterschafts- und Mutterschaftsanerkennung als Begründungstatbestand der Eltern-Kind-Beziehung ist Frankreich damit der Sache nach, wie 1987 schon Belgien<sup>44</sup>, vom Anerkennungs- zum Abstammungssystem übergegangen: Jedes Kind hat nicht nur biologisch, sondern grundsätzlich auch rechtlich zwei Eltern, entweder kraft deren freiwilligen Bekenntnisses oder, hilfsweise, kraft gerichtlicher Feststellung – zur Not jetzt auch auf Klage des Kindes binnen zwei Jahren nach Volljährigkeit (Art. 313–2 cc)<sup>45</sup>. Nach wie vor kommt der freiwillig übernommenen, gelebten Elternschaft größeres Gewicht zu als im deutschen Recht, aber sie tritt (durchaus begrüßenswert)

<sup>41</sup> Zustimmung unter Darstellung der Reformdiskussion *Rubellin-Devichi*, JCP 1993 Doctr. S. 123 ff., 124.

<sup>42</sup> Dazu zuletzt *Frank* (Fn. 14) 1365 ff.; *Tisserand* (Fn. 3) 701 („la vérité des liens du sang ou . . . la vérité des sentiments concrétisée par la possession d'état“); zur Bedeutung der possession d'état als eigenständigem Grund rechtlicher Elternschaft vergleiche *Ulrich Spellenberg*, Die Possession d'état im französischen Kindschaftsrecht, FamRZ 1984, 117 ff., insbesondere 126 ff.

<sup>43</sup> Zur Abwehr willkürlicher oder mißbräuchlicher Vaterschaftsklagen fordert Art. 340 II cc jedoch „des présomptions ou indices graves“, entsprechend der gerichtlichen Mutterschaftsfeststellung, Art. 323, 341 III cc. Bemerkenswerterweise gehen nunmehr die französischen Gerichte davon aus, daß ausländisches Recht, das die Feststellung der Vaterschaft verbietet, gegen den französischen ordre public verstößt, *Cass. Civ* vom 10. 2. 1993 (H. 8), *Flash* (betreffend tunesisches Recht).

<sup>44</sup> Vergleiche *Walter Pintens*, Die Feststellung der mütterlichen und väterlichen Abstammung im neuen belgischen Abstammungsrecht, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung (ZfRV)* 1989, 259 ff.; *derselbe*, Die väterliche Anerkennung eines nichtehelichen Kindes und die Verwirklichung des Gleichheitssatzes im belgischen Recht, *Das Standesamt, Zeitschrift für Standesamtswesen (StAZ)* 1991, 251 ff.

<sup>45</sup> Neben der bleibenden Einschränkung für Inzestkinder (Art. 334–10 cc: nur einseitige Feststellung der Elternschaft) ergibt sich eine weitere Einschränkung jedoch aus der traditionsbedingten Institution der „anonymen Niederkunft“ zum Schutz abtreibungsgefährdeter Kinder, jetzt Art. 341–1 cc (vergleiche Fn. 14). Das Recht der Mutter auf Anonymität wurde in den gesetzgebenden Gremien auch gegenüber dem Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Abstammung verteidigt: „Certes, la connaissance de ses origines est une aspiration naturelle de l'homme. Mais le droit au silence est tout aussi légitime“, *Garde de sceaux, J. O. Senat (CR)* 8. 12. 1992, S. 3728, zitiert nach *Rubellin-Devichi* (Fn. 40) 123, 126. Bemerkenswerterweise bleibt damit der Mutter die Entscheidung offen, zum Kind nicht in rechtliche Beziehungen zu treten, während der Vater diese Wahl nicht mehr hat: Ein Bekenntnis der Mutter zum Kind zwingt auch den Vater in die Elternrolle. Will er hingegen trotz anonymer Niederkunft der Mutter die Vaterrolle übernehmen, müßte es jedoch möglich sein, daß er allein das Kind förmlich anerkennt, vergleiche Art. 336 cc.

als Alternative *neben* die genetische Elternschaft und steht ihrer Feststellung nicht grundsätzlich im Wege.

Auf dem Gebiet der elterlichen Sorge ist neben die Möglichkeit gemeinsamen Sorgerechts auf Grund gemeinsamer Erklärung (Art. 374 II 2 cc) oder richterlicher Anordnung (Art. 374 III cc)<sup>46</sup> das gemeinsame Sorgerecht nicht-verheirateter Eltern kraft Gesetzes getreten, wenn beide Elternteile das Kind vor Ablauf des ersten Lebensjahres anerkannt haben und in diesem Moment zusammenleben (Art. 372 II n. F.)<sup>47</sup>. Trennen sich die Eltern, findet – ebenso wie bei der Scheidung, Art. 287 cc n. F. – eine familiengerichtliche Regelung der elterlichen Sorge nur statt bei elterlichem Antrag oder wenn das Kindeswohl es erfordert (Art. 374 III cc n. F.; Antragssystem)<sup>48</sup>. Hinter diesen Regelungen steht die Absicht, den Eltern ihre gemeinsame Verantwortung für das gemeinsam erzeugte Kind zu verdeutlichen, ungeachtet ihrer Beziehungen auf Partnerebene (Ehe, geschiedene Ehe, nichteheliche Lebensgemeinschaft oder nicht einmal diese)<sup>49</sup>. Im übrigen ist – bei fehlender Elternehe – alleiniger Sorgerechtsinhaber zwar grundsätzlich die Mutter (Art. 374 II 1 cc)<sup>50</sup>, aber auch der Vater kann diese Position innehaben: Wenn er allein das Kind anerkannt (Art. 374 I cc) oder das Gericht ihm im Interesse des Kindeswohls das Sorgerecht zugewiesen hat (Art. 374 III cc).

Unterhaltsrechtlich, im Staatsangehörigkeitsrecht sowie hinsichtlich der Zustimmung zur Adoption (Art. 348 cc) ist der (festgestellte) Vater eines nichtehelichen Kindes der Mutter völlig gleichgestellt<sup>51</sup>. Nicht beseitigt sind hingegen Rechtsnachteile der Ehebruchskinder im Erbrecht (Art. 759, 760 cc)<sup>52</sup>.

b) Auch *England* ist auf dem Weg der Gleichstellung seit dem Family Law Reform Act 1987 weit vorangeschritten<sup>53</sup>; zu einer gänzlichen Abschaffung des Konzepts der „illegitimacy“ konnte man sich hingegen nicht entschlie-

<sup>46</sup> Eingefügt durch die Loi Malhuret vom 22. 7. 1987, dazu *Danièle Huet-Weiller*, De la puissance paternelle à la responsabilité parentale, in: Ganghofer (Fn. 3) 405 ff., insbesondere 409 f.; *Sabine Normann*, Das neue Recht der elterlichen Sorge in Frankreich im Vergleich mit dem deutschen Recht, FamRZ 1988, 568 ff.; *Françoise Furkel*, Neuere Entwicklungen des französischen Familienrechts, FamRZ 1991, 36 ff.; die Erklärung nach Art. 374 II 2 cc ist jetzt gegenüber dem Familienrichter abzugeben. Von der Anordnung gemeinsamen Sorgerechts ohne diesbezügliche elterliche Übereinkunft, z. B. nur auf väterlichen Antrag, wird offenbar nur zurückhaltend Gebrauch gemacht, vergleiche *C.app.* Bordeaux, D. 1988 Jur. 281 (mit Anmerkung von *Hausser*).

<sup>47</sup> Damit sind der nichtehelichen Lebensgemeinschaft erstmalig gesetzliche Wirkungen zuerkannt, die bislang exklusiv mit der Ehe verbunden waren, *Rubellin-Devichi* (Fn. 40) 123, 127.

<sup>48</sup> Ebenso schon *England*, Children Act 1989, sec. 1 (5); *Schweden*, Elterngesetz 1990 Kapitel 6 § 5.

<sup>49</sup> *Huet-Weiller* (Fn. 46) 410: Trotz Zweifeln an der Effektivität „verordneter“ gemeinsamer Sorge doch ein symbolischer und pädagogischer Wert.

<sup>50</sup> Bedauernd *Huet-Weiller* (Fn. 46) 410.

<sup>51</sup> Art. 17 des Staatsangehörigkeitsgesetzes in der Fassung von 1973; ebenso *Griechenland*, Art. 1 I des Staatsangehörigkeitsgesetzes in der Fassung von 1984; *Irland*, Sec. 6 (2) Irish Nationality and Citizenship Act 1956 (1986) in Verbindung mit Sec. 5 des Status of Children Act 1987.

<sup>52</sup> Kritisch dazu *Alice Tisserand*, L'enfant adultérin, 1990; *dieselbe*, (Fn. 3) 702 ff.; *Bernard Vareille*, Etude critique de l'art. 760 cc, Revue trimestrielle de droit civil (Rev. trim. dr. civ.) 1991, 475 ff.

<sup>53</sup> Für *Schottland* vergleiche den Law Reform (Parent and Child) (Scotland) Act 1986.

Ben<sup>54</sup>. Immerhin wurde versucht, den Statusunterschied bei verbleibenden Differenzierungen von den Kindern auf die Eltern zu verlagern<sup>55</sup>. Die Herstellung des rechtlichen Eltern-Kind-Verhältnisses knüpft für alle Kinder einheitlich an die biologische Elternschaft an und ist gerichtlich feststellbar<sup>56</sup>. Allerdings entspricht der vorgelagerten Ehelichkeitsvermutung zugunsten des Ehemannes der Mutter<sup>57</sup> keine solche zugunsten des nichtehelichen Lebenspartners<sup>58</sup>; seine soziale Elternschaft kann auch nicht durch ein Bekenntnis zum Kind (Anerkennung oder Statusbesitz wie im französischen Recht)<sup>59</sup> in eine rechtliche transformiert werden. Jedoch begründet auch die Eintragung im Geburtenregister eine Vaterschaftsvermutung<sup>60</sup>, und wenn die Eltern übereinstimmend die Eintragung des Vaters beantragen oder eine Vereinbarung über die elterliche Verantwortung vorgelegt wird, erfolgt die Eintragung als Vater regelmäßig ohne weitere Richtigkeitskontrolle<sup>61</sup>.

In den Wirkungen des Kindschaftsverhältnisses sind die Unterschiede zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern weitgehend beseitigt, nur im Adoptionsrecht<sup>62</sup>, im Recht der elterlichen Sorge<sup>63</sup> und im Staatsangehörigkeitsrecht wirkt die traditionelle Geringschätzung nichtehelicher Kind-Vater-

<sup>54</sup> Law Commission, Report Nr. 118 Illegitimacy (1982–1983), Abschnitt 4.14 bis 4.51, insbesondere 4.26, 4.29 bis 4.36, 4.46; vergleiche auch *Mary Hayes*, Reports of Committees, Modern Law Review (M. L. R.) 43 (1980) 299; *Deech*, (1980) 10 Family Law (Fam. Law) 101. Anders noch das Working Paper der Law Commission von 1979 (Illegitimacy, Abschnitt 3.17 bis 3.22), und in diesem Sinne auch *John Eckelaar*, Second thoughts on illegitimacy reform, (1985) 15 Fam. Law 261 ff.

<sup>55</sup> Law Commission, Report Nr. 157 Illegitimacy (Second Report) 1986, Abschnitt 2.2; vergleiche Sec. 2 II Children Act 1989: „Where a child's father and mother were not married to each other at the time of his birth . . .“. Ähnlich jetzt auch der Ansatz des irischen Rechtes seit dem Statute of Children Act 1987, dazu *Alexander Bergmann/Murad Ferid (Dagmar Coester-Waltjen)*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Irland, 111. Lief., 1992, S. 28.

<sup>56</sup> Family Law Act 1986, sec. 56 ff.

<sup>57</sup> Auch bei künstlichen Befruchtungen, Family Law Reform Act 1986, sec. 27 in der Fassung des Human Fertilisation and Embryology Bill 1990.

<sup>58</sup> Ablehnend in Abgrenzung zu anderen Commonwealth-Staaten wie Ontario und New South Wales (Law Commission Working Paper Nr. 74 Illegitimacy [1979] Abschnitt 9.12) der Law Commission Report Nr. 118 (Fn. 53) Abschnitt 10.54; skeptisch auch *Schwenzler* (Fn. 24) 27.

<sup>59</sup> Dazu oben Fn. 42.

<sup>60</sup> Births and Deaths Registration Act 1953, sec. 34 (2).

<sup>61</sup> AoO. sec. 10 (1) in der Fassung des Children Act 1989; *Stephen Cretney/Judith Masson*, Principles of family law, 5. Auflage, 1990, S. 498. Natürlich kann auch der Vater allein seine Eintragung bewirken, aber nur nach gerichtlicher Vaterschaftsfeststellung.

<sup>62</sup> Vergleiche *Cretney/Masson* (Fn. 61) 695 f.

<sup>63</sup> Statt custody und guardianship jetzt einheitlich „parental responsibility“, Children Act 1989 sec. 2.3. Dem liegt zwar die in vielen modernen Rechten heute vorherrschende Ansicht zugrunde, daß die Eltern Rechte nur besitzen, um ihren Pflichten gegenüber den Kindern nachkommen zu können (so – im Anschluß an die bahnbrechende Entscheidung des House of Lords in *Gillick v. West Norfolk and Wisbeck AHA* [1986] A.C. 122 – die Law Commission, Report Nr. 172 Guardianship and Custody [1986] Abschnitt 2.4). Französische Beobachter konstatieren aber erhebliche Differenzen zur „responsabilité parentale“ französischen Rechts (zu dieser *Huet-Weiller* [Fn. 46]) und kritisieren eine kaschierte Reinstitutionalisierung nahezu unbegrenzter Macht der biologischen Eltern, *Jaqueline Flauss-Diém*, Le Children Act de 1989 ou le passage des droits parentaux à la responsabilité parentale en droit anglais, in: *Ganghofer* (Fn. 3) 415 ff., insbesondere 424.

Beziehung fort. Das *Sorgerecht* steht originär der Mutter zu, der Vater kann nur durch gerichtliche Übertragung zum Inhaber werden<sup>64</sup>. Dies setzt entweder eine förmliche, registrierte Elternvereinbarung voraus<sup>65</sup> oder eine gerichtliche Entscheidung nach Maßgabe des Kindeswohls<sup>66</sup>. Stets wird der Vater dadurch jedoch nur *Mitinhaber* der elterlichen Verantwortung<sup>67</sup>. Gerichtliche Anordnungen können Mutter oder Vater in der Ausübung des Sorgerechts beschränken<sup>68</sup>; während der Mutter aber die parental responsibility der Substanz nach stets verbleibt<sup>69</sup>, kann dem nichtehelichen Vater seine Position gänzlich wieder entzogen werden<sup>70</sup>. Im *Staatsangehörigkeitsrecht* vermittelt nur die Mutter, nicht aber der Vater die britische Staatsbürgerschaft<sup>71</sup> – nach Aufgabe des *ius soli* ab 1983 eine spürbare Schlechterstellung des Kindes unverheirateter Eltern<sup>72</sup>.

c) Auch das *deutsche Recht* hatte sich 1969 angeschickt, den Gleichstellungsauftrag aus Art. 6 V GG zu erfüllen. Die Ergebnisse des Nichtehechengesetzes dürfen als bekannt vorausgesetzt werden. Konnte *Jayme* das deutsche Recht schon bald nach dem Inkrafttreten der Reform als „eine Art Schlußlicht der Entwicklung“ im europäischen Vergleich bezeichnen<sup>73</sup>, so erweist es sich neben den modernen Rechten vieler Nachbarstaaten heute als geradezu anachronistisch<sup>74</sup>. Wohin man auch schaut – Abstammung, Name<sup>75</sup>, elterliche Sorge<sup>76</sup>, Umgang, Adoption, Erbrecht, –, überall folgen aus dem Umstand nichtehelicher Geburt Nachteile für das Kind bzw. seine El-

<sup>64</sup> Children Act 1989, sec. 2 (2).

<sup>65</sup> Ohne weitere Kindeswohlkontrolle durch das Gericht, die Registrierung soll den Eltern jedoch die Wichtigkeit und Bedeutung ihrer Vereinbarung vor Augen führen, Law Commission Report Nr. 172 (Fn. 60) Abschnitt 2.19.

<sup>66</sup> Children Act 1989, sec. 4 (1, 2) und 12 (1).

<sup>67</sup> Ein Spezifikum des neuen englischen Rechts (wie auch des belgischen) ist das grundsätzlich unkoordinierte Nebeneinander mehrerer Sorgerechtsinhaber, Children Act sec. 2 (7), vergleiche *Cretney/Masson* (Fn. 61) 512–514; *Brenda Hoggett*, (1989) 19 Fam. Law 217. Die fehlende Gemeinsamkeit und Kooperationspflicht ist heftig kritisiert worden, sie ist nicht Kindeswohlförderlich und provoziert – insbesondere bei weder verheirateten noch zusammenlebenden Eltern – schlichtende staatliche Intervention in die Familie (Children Act 1989, sec. 8); vergleiche *Cretney/Masson* (Fn. 61) 514; *Flauss-Diem* (Fn. 63) 422 f. Hier liegt ein Widerspruch zum Prinzip der „non-intervention“, Children Act sec. 1 (5); dazu *John Dewar*, Law and the Family, 2. Auflage, 1992, S. 75.

<sup>68</sup> Vergleiche den Katalog gerichtlicher Anordnungen in Sec. 8 (1) Children Act 1989, zusammengefaßt unter dem terminus „Section 8 order“.

<sup>69</sup> Vergleiche *Cretney/Masson* (Fn. 61) 642.

<sup>70</sup> Children Act 1989 sec. 4 (3) (auf Antrag der Mutter oder des [einsichtsfähigen] Kindes).

<sup>71</sup> Nationality Act 1981, sec. 1 (1), 2 (1) in Verbindung mit 50 (9) (b).

<sup>72</sup> Kritisch *Cretney/Masson* (Fn. 61) 480 f.

<sup>73</sup> *Erik Jayme*, Die Entwicklungen im europäischen Familienrecht, FamRZ 1981, 221, 222; vergleiche auch *Kropholler* (Fn. 27) 244 ff., 307.

<sup>74</sup> Sarkastisch *Peter Koepfel/Michael Reecken*, Die für das deutsche Familienrecht bedeutsamen „General Comments“ des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen, Zentralblatt für Jugendrecht, Jugend und Familie, Jugendgerichtshilfe, Jugendgerichtshilfe (Zjf) 1992, 250 ff., 257: „Es ist vom Schlußlicht zum Irrlicht geworden“.

<sup>75</sup> Dazu mit umfassenden Nachweisen jetzt *Dieter Giesen*, Der Familienname aus rechtshistorischer, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, Familie und Recht (FuR) 1993, 65 ff.

<sup>76</sup> Dazu zuletzt *BVerfG* 7. 5. 1991, BVerfGE 84, 168; *AG Melsungen* FuR 1993, 103 (mit Anmerkung von *Peter Derleder*).

tern, vor allem auch den Vater<sup>77</sup>. Manche Regelungen, wie die §§ 1934a ff. BGB im Erbrecht und die gesetzliche Amtspflegschaft gem. §§ 1706–1710 BGB mochte der Gesetzgeber schon gar nicht erst in den neuen Bundesländern einführen<sup>78</sup>. Im übrigen erscheint es nur eine Frage der Zeit, daß das ohnehin schon brüchige Gebäude des geltenden Nichtehelichenrechts vom BVerfG<sup>79</sup> oder internationalen Gerichtshöfen weiter demoliert wird<sup>80</sup>. Das (noch) geltende Recht ist eine merkwürdige Mischung aus doktrinärer Härte und Inkonsequenz; wenn *Frank* den Deutschen (im Vergleich zu den Franzosen) vorwirft, „Bedingungsloses zu wollen in einer bedingten Umwelt“<sup>81</sup>, so kennzeichnet dies jedenfalls nicht die wesentliche Schwäche des Nichtehelichenrechts. Vor allem zwei Argumente waren es, mit denen eine weitergehende Annäherung der Rechtsstellung von nichtehelichen und ehelichen Kindern bisher abgewehrt wurde: Der Hinweis auf die (unterstellte) andere Lebenssituation der „familienlosen“ Kinder und der Schutz der Institution Ehe, die man gefährdet sah, wenn gleiche Rechte (etwa: gemeinsames Sorgerecht der Eltern) auch ohne Ehe erworben werden könnten<sup>82</sup>.

Beide Argumente sind inzwischen vom BVerfG als nicht tragfähig zurückgewiesen worden<sup>83</sup>. Die Notwendigkeit einer erneuten, umfassenden Reform ist heute nahezu allgemein anerkannt<sup>84</sup>; die Vorarbeiten zu einer solchen Reform sind aufgenommen worden<sup>85</sup>. Über Inhalt und Richtung der Reform besteht jedoch noch Unklarheit.

<sup>77</sup> Vergleiche das Gutachten von *Schwenzer* (Fn. 24) sowie *Michael Coester*, Reform des Kindschaftsrechts, *Juristenzeitung* (JZ) 1992, 809 ff. Nur im Staatsangehörigkeitsrecht ist es jetzt zu einer (überraschenden) Reform gekommen: Auch das nichteheliche Kind kann fortan von Mutter oder Vater die deutsche Staatsangehörigkeit erwerben. (§ 4 I Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz in der Fassung des „Gesetzes zur Änderung asylverfahrens-, ausländer- und staatsangehörigkeitsrechtlicher Vorschriften“ vom 30. 6. 1993, BGBl. I 1062, 1072).

<sup>78</sup> Art. 230 I, 235 § 1 EGBGB. Zur geplanten Abschaffung beider Institute vergleiche die Bundesjustizministerin, *Sabine Leutheusser-Schnarrenberger*, Bericht im FuR 1993, 117, sowie Referentenentwurf vom 24. 5. 1993, FamRZ 1993, 894.

<sup>79</sup> Vergleiche bisher schon *BVerfG* 3. 11. 1982, BVerfGE 61, 358; *BVerfG* 18. 11. 1986, BVerfGE 74, 33; *BVerfG* 31. 1. 1989, BVerfGE 79, 256; *BVerfG* 5. 3. 1991, FamRZ 1991, 535; *BVerfG* 7. 5. 1991, FamRZ 1991, 913; vergleiche auch *BVerfG* 5. 11. 1991, FamRZ 1992, 157. In diesem Jahr soll noch entschieden werden über die Rechtsstellung des nichtehelichen Vaters bei Adoptionen und über die Verfassungsmäßigkeit von § 1598 BGB (Mitteilungen FuR 1993, 115).

<sup>80</sup> Zur Unvereinbarkeit von §§ 1705, 1711 mit Art. 8, 14 EMRK vergleiche *Broetel* (Fn. 27) 278, 319.

<sup>81</sup> *Frank* (Fn. 14) 1365, 1369, mit einem Wort *Carl Jakob Burckhardt*s; tendenziell auch *Jayme* (Fn. 73) 221, 226.

<sup>82</sup> Vergleiche *Günther Beitzke*, Familienrecht, 24. Auflage, 1985, § 1 IV; *Sturm* (Fn. 27) 1150, 1159; *Friedrich Wilhelm Bosch*, Gutachten 44. Deutschen Juristentages (DJT) (1962), S. 51, 53 ff.; dagegen *BVerfG* 29. 1. 1969, BVerfGE 25, 167, 195 ff.; *Gernhuber* (Fn. 7) § 5 V 1, *Kropholler* (Fn. 27) 244 ff., 252.

<sup>83</sup> *BVerfG* 29. 1. 1969; BVerfGE 25, 167, 195 ff.; *BVerfG* 9. 11. 1988, BVerfGE 79, 87, 100; *BVerfG* 3. 4. 1990, BVerfGE 82, 6, 15; *BVerfG* 7. 5. 1991, BVerfGE 84, 168 = FamRZ 1991, 913, 916 f.

<sup>84</sup> Vor allem nach dem Urteil des *BVerfG* vom 7. 5. 1991, BVerfGE 84, 168 zum gemeinsamen Sorgerecht nichtverheirateter Eltern.

<sup>85</sup> Siehe Bericht FuR 1993, 60.

d) Grenzen der Angleichung: Es zeigt sich, daß auch fortschrittliche Rechtsordnungen den Gleichstellungsansatz bislang nicht mit letzter Konsequenz verwirklichen konnten. Dies hat vor allem zwei Ursachen: Zum einen geraten Nebenfelder traditioneller Diskriminierung erst nach und nach ins Blickfeld – etwa die Rechtsstellung des nichtehelichen Vaters bei Adoptionen<sup>86</sup>, die Staatsangehörigkeit, der Betreuungsunterhalt für die unverheiratete Mutter<sup>87</sup> oder die Wohnungszuweisung an den betreuenden Elternteil, auch wenn die sich streitenden Eltern nicht miteinander verheiratet sind<sup>88</sup>. Hier wird jeweils zu überlegen sein, ob nichteheliche Kindschaft schlicht gleichgestellt wird (unproblematisch z. B. im Staatsangehörigkeitsrecht) oder ob die Angleichung eher „nach unten“, zumindest auch durch Abbau sachlich nicht gerechtfertigter Regelungen für eheliche Kinder zu erreichen ist (mit dem regelmäßigen Ergebnis einer künftigen Mittellösung, etwa beim Unterhalt für den betreuenden Elternteil<sup>89</sup> oder beim Umgangsrecht)<sup>90</sup>. Im übrigen – und dies ist die zweite Problemquelle – ist stets die (stark vorverständnisgeprägte) Beurteilung notwendig, ob und wo aus der Sache heraus Differenzierungen doch gerechtfertigt bleiben. Und selbst wenn beide Hürden mit größtmöglicher Perfektion überwunden werden, muß sich der Gleichstellungsansatz immer noch der Grundsatzfrage stellen: Ist nicht die Einstufung der Kinder in zwei Kategorien (ehelich/nichtehelich) schon *als solche* eine Diskriminierung und für die betroffenen Kinder belastend? In den USA hat sich im Zusammenhang mit der Rassenfrage eine erhöhte Sensibilität für Personenklassifizierungen herausgebildet, die an unveränderliche, mit der Geburt erworbene und damit vom Betroffenen auch nicht zu vertretende Merkmale anknüpfen. Der zunächst verfolgte Weg zur Lösung des Rassenproblems „equal but separate“ hat sich als ungeeignet erwiesen, die Diskriminierung zu beseitigen – schon die Absonderung als solche ist diskriminierend<sup>91</sup>. Entsprechend ist auch das rechtliche Zwei-Klassen-System für Kinder per se als diskriminierend einzustufen; die Differenzierung im persönlichen Status nach Maßgabe der

<sup>86</sup> Zum deutschen Recht Coester (Fn. 77) 809, 815 f.; rechtsvergleichende Nachweise bei Schwenzler (Fn. 24) 96.

<sup>87</sup> Zur – recht jungen – Diskussion in Deutschland vergleiche die Nachweise bei Schwenzler (Fn. 24) 52; zu englischen Überlegungen, den Betreuungsunterhalt als Kindesunterhalt zu verstehen, vergleiche das sogenannte White Paper, Children come first (1990) (zitiert nach Schwenzler Fn. 24); John Eekelaar, (1991) 21 Fam. Law 15, 17.

<sup>88</sup> Dazu Michael Coester, Wohnungszuweisung bei getrennt lebenden Ehegatten, FamRZ 1993, 249, 253; vergleiche Ingeborg Schwenzler, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZbernJV) 129 (1993), 257, 274 als Reformforderung an den schweizerischen Gesetzgeber.

<sup>89</sup> Zur Kritik an der Praxis zu § 1570 BGB vergleiche Dieter Schwab, Unterhaltsrecht im Spannungsfeld von Art. 2 und 6 GG, in: 9. Tagung des Deutschen Familiengerichtstags (DFGT) (1991), S. 47 ff., 55 f.

<sup>90</sup> Diskussionsnachweise bei Coester (Fn. 77) 809, 815 (bei Fn. 90, 91).

<sup>91</sup> Vergleiche Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954); Lawrence H. Tribe, American Constitutional Law, Mineola 1978, S. 1019 ff. (§ 16–15). Zum Gleichberechtigungsgrundsatz im US-amerikanischen Recht vergleiche Monika Schlachter, Wege zur Gleichberechtigung, 1993, S. 221–255.



elterlichen Verhältnisse auf Paarebene ist ein Relikt überlebter gesellschaftlicher und religiöser Anschauungen und in einem modernen Recht nicht mehr akzeptabel<sup>92</sup>.

### 3. Einheitliches Kindesrecht

Einige Rechtsordnungen haben aus diesem Grund das Konzept eines zweigeteilten Kindschaftsrechts gänzlich aufgegeben zugunsten eines „einheitlichen Kindesrechts“<sup>93</sup>. Dieser Schritt wird zuweilen als radikales Extrem angesehen und als pauschale Gleichschaltung verschieden gelagerter Sachverhalte kritisiert<sup>94</sup>. Die Aufgabe des Statusunterschiedes zwischen Kindern schließt Differenzierungen nach verschiedenen Lebenssituationen (etwa: zusammen- oder getrenntlebende Eltern) jedoch nicht aus, und in einzelnen Sachbereichen kann auch die Elternehe wesentliches Unterscheidungskriterium bleiben – vor allem bei der Etablierung einer rechtlichen Vater-Kind-Beziehung im Geburtszeitpunkt kraft (widerleglicher) Vaterschaftsvermutung<sup>95</sup>.

Damit wird auch deutlich, daß ein „einheitliches Kindesrecht“ nicht notwendig den krönenden Abschluß auf dem Weg zur Diskriminierungsfreiheit darstellt. Die bloße Verlagerung bestehender Unterschiede von der Kindesebene („nichteheliches Kind“) auf die Elternebene („sind die Eltern nicht miteinander verheiratet . . .“)<sup>96</sup> täuscht nur ein fortschrittliches Kindesrecht vor. So schien die Schweiz zwar mit dem Übergang zu einem „einheitlichen Kindesverhältnis“ im Jahr 1976<sup>97</sup> an die rational-fortschrittliche Familienrechtstradition anzuknüpfen, die mit Einführung des Zerrüttungsprinzips 1912 eingeleitet worden war. Dennoch hinkt die Schweiz, was die Gleichstellung von Kindern verheirateter und unverheirateter Eltern betrifft, der europäischen Entwicklung heute eher hinterher. Dies gilt insbesondere für den sorgerechtlichen Bereich: Gemeinsame „elterliche Gewalt“<sup>98</sup> kann nichtehelichen Eltern niemals zustehen; der Vater kommt (anders als im deutschen Recht) als Gewaltinhaber

<sup>92</sup> Nachweise zur deutschen Diskussion bei Coester (Fn. 77) 809, 816, Fn. 111.

<sup>93</sup> So vor allem die skandinavischen Länder, die Schweiz, Belgien und die frühere DDR; Nachweise bei Schwenger (Fn. 24) 17/18 und Julius v. Staudinger/Dieter Henrich, Kommentar zum BGB, EGBGB Art. 20–24, 12. Auflage, 1988, vor Art. 21 EGBGB n. F.R.n. 11, 12.

<sup>94</sup> So insbesondere die englische Law Commission, Report Nr. 118 Illegitimacy (1982), Abschnitt 4.29 bis 4.36, nach kritischen Reaktionen auf zunächst weitergehende Reformvorschläge, siehe Working Paper Nr. 74 Illegitimacy (1979) Abschnitt 3.17 bis 3.22.

<sup>95</sup> Kropholler (Fn. 27) 244 ff., 305; Schwenger (Fn. 24) 24 ff., 27.

<sup>96</sup> Vergleiche dazu auch das englische und irische Recht, oben Fn. 55.

<sup>97</sup> Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BBl) 1974 II S. 9–22; Cyril Hegnauer in: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, 2. Abteilung, 1. Teilband, 4. Auflage, Bern 1984, Art. 252 R.n. 14; Peter Tiior/Bernhard Schnyder, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 10. Auflage, Zürich 1989, § 31 (S. 263).

<sup>98</sup> Zur bewußten Beibehaltung dieser Bezeichnung vergleiche Botschaft des Bundesrats, BBl 1974 II S. 69; Cyril Hegnauer, Grundgedanken des neuen Kindesrechts, in: Max Kummer und Hans Ulrich Walder-Bohner (Hg.), Festschrift für Max Guldener, 1973, S. 144 ff.

zwar grundsätzlich in Betracht, aber nur kraft vormundschaftsgerichtlicher Übertragung, wenn die Mutter gänzlich ausfällt<sup>99</sup>. An dieser Situation soll sich auch de lege ferenda nicht viel ändern: In einem „Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches“ von 1992<sup>100</sup> will sich zwar nun auch das schweizerische Recht zögernd dem gemeinsamen Sorgerecht geschiedener Eltern öffnen<sup>101</sup>, schreckt aber vor einer Ausdehnung auf „Konkubinatseltern“<sup>102</sup> zurück: Der Vater bleibt auf eine faktische Beteiligung an der Kindeserziehung auf Grund mütterlichen Einverständnisses verwiesen<sup>103</sup>. Damit steht der nichteheliche Vater einem Stief- oder Pflegeeltern teil gleich<sup>104</sup>. Daß sich dieses eher traditionelle Vaterbild konsequenterweise auch bei anderen Wirkungen des Kindesverhältnisses (Name, Bürgerrecht) und der Abstammungsregelung auswirkt, verwundert nicht<sup>105</sup>.

Als zweites Beispiel mag *Belgien* genannt werden, das zwar seit 1987 zum einheitlichen Kindesverhältnis übergegangen ist<sup>106</sup>, aber insbesondere zu Lasten von Ehebruchskindern noch Differenzierungen vorsieht<sup>107</sup>. Insoweit ist das belgische Recht nun wieder vom „zweigeteilten“ französischen Kinderschaftsrecht überholt worden<sup>108</sup>.

Diese Betrachtungen führen zu der Erkenntnis: Ein „einheitliches Kindesrecht“ ist zwar zur Beseitigung der Diskriminierung von Kindern nicht

<sup>99</sup> Art. 298 II ZGB (Tod, Geschäftsunfähigkeit oder Entzug der elterlichen Gewalt bei der Mutter); die Übertragung auf den Vater wird selbst in diesen Fällen als problematische Ausnahmeregelung angesehen, vergleiche *Tino Jorio*, *Der Inhaber der elterlichen Gewalt . . .* (1977) S. 251 ff.; *Cyril Hegnauer*, *Grundriß des Kindesrechts*, 3. Auflage, 1989, S. 168 f. (insbesondere S. 169: „Das Bedürfnis, dem Vater die elterliche Gewalt nach Art. 298 Abs. 2 zu übertragen, bildet keinen wichtigen Grund, um der Mutter die elterliche Gewalt nach Art. 312 Ziff. 1 zu entziehen“).

<sup>100</sup> Bericht mit Vorentwurf (1992), unveröffentlicht.

<sup>101</sup> Art. 138 III Vorentwurf; kritisch zu den restriktiven Voraussetzungen *Schwenzer* (Fn. 88) 257 ff., 267; zur Ablehnung gemeinsamen Sorgerechts nach geltendem Schweizer Recht vergleiche die Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts, *Amtliche Sammlung* (BGE) 117 II 523; zuletzt *Kantonsgericht* St. Gallen, *Schweizerische Juristen Zeitung* (SJZ) 89 (1993), 67 ff. mit der (vom Kind her gesehen merkwürdigen) Fragestellung, ob ein von den Eltern vereinbartes, sehr großzügiges Umgangsrecht des nichtsorgeberechtigten Elternteils als de-facto gemeinsames Sorgerecht unzulässig sein könnte.

<sup>102</sup> Bericht aaO. S. 99.

<sup>103</sup> So ausdrücklich Art. 298a Vorentwurf, ohne damit an der bisherigen Rechtslage etwas zu verändern. Die Expertenkommission begründet die Ablehnung gemeinsamen Sorgerechts für unverheiratete Eltern vor allem mit der schwierigen Abgrenzbarkeit des „Konkubinats“ (dieser Einwand dürfte in Deutschland seit der Entscheidung des *BVerfG* vom 17. 11. 1992, *FuR* 1993, 41 = Entscheidungssammlung zum Familienrecht (EzFamR) Nr. 6 zu Art. 3 GG überwunden sein [“eheähnliche Verantwortungs- und Einstehensgemeinschaft“]) – ein gemeinsames Sorgerecht ohne elterliches Zusammenleben (dazu *Schwenzer* Fn. 24 169 ff.) hat man offenbar gar nicht erwogen.

<sup>104</sup> Vergleiche Art. 299, 300 I ZGB.

<sup>105</sup> Zum Namen Art. 270 II, III ZGB sowie *Tuor/Schnyder* (Fn. 97) 300; zum Bürgerrecht Art. 271 III ZGB; *Tuor/Schnyder* aaO.; *Hegnauer* (Fn. 99) 116; zum Abstammungsrecht *Hegnauer* (ebenda) 47 ff.; kritisch *Schwenzer* (Fn. 88) 257, 275 f. sowie *dieselbe* (Fn. 24) 21 ff.

<sup>106</sup> Siehe Fn. 26.

<sup>107</sup> So im Erbrecht und beim Namen, vergleiche *Marie-Thérèse Meulders-Klein*, *Annales de Droit de Louvain* 1987, 215 ff., 294; *Jaqueline Dalq/Pierre* v. d. Eynde, *La Filiation et l'Adoption* (1990) S. 37.

<sup>108</sup> Vergleiche oben III. 2.a).

miteinander verheirateter Eltern unverzichtbar und hat auch nichts mit sachwidriger Gleichmacherei zu tun. Es bietet für sich allein aber noch keine ausreichende Lösung des Reformproblems, sondern bedarf der Kombination mit dem oben erörterten Gleichstellungsansatz.

#### IV. Resümee

Das Problem „illegitimer“ Geburt und Kindschaft gehörte nach der herkömmlichen Sicht auch noch in diesem Jahrhundert zu den existentiellen und niemals ganz lösbaren Grundproblemen jeder menschlichen Gesellschaft,<sup>109</sup> es wurde als komplementäres Phänomen zur Anerkennung der Ehe angesehen.<sup>110</sup> Dies zeigt, wie gründlich und nachhaltig es im Laufe der Jahrhunderte gelungen ist, die institutionelle christliche Sicht von Ehe und Familie im Denken der Menschen als quasi naturgegebene Sicht zu verankern, so daß der Rückgang des religiösen Einflusses auf Staat und Gesellschaft zunächst ohne Folgen blieb. Die Monopolstellung der Ehe als Institution für intime Beziehungen und die Erzeugung von Nachwuchs hat zu einer *Mediatisierung* der Sicht auf das Kind geführt, die auch heute vielen noch nicht bewußt geworden ist: Man sieht das Kind nur „durch“ die elterliche Paarbeziehung, es geht „aus einer Ehe hervor“, und erst ohne Ehe fällt der Blick unvermittelt auf den Naturtatbestand, das „natürliche Kind“ (*enfant naturel*). Diese Konzeption muß heute schon aus Rechtsgründen aufgegeben werden. Eine Monopolstellung der Ehe für die Erzeugung von Nachwuchs besteht nicht; auch die nichteheliche Lebensgemeinschaft (und damit die außereheliche Erzeugung) wurzeln in den Freiheitsrechten der Verfassung<sup>111</sup>, und das Eltern-Kind-Verhältnis genießt unabhängig von Ehestatus der Eltern verfassungsrechtliche Gewährleistung<sup>112</sup>. Die Ehe bleibt dennoch bedeutsam – als Angebot eines sozialen und rechtlichen Ordnungsmodells für Paarbeziehung und Familie; wer glaubt, Attraktivität oder gar Sinn der Ehe nur durch rechtliche Privilegien sichern zu können, verkennt den der Eheidee innewohnenden Ethos und das existentielle menschliche Bedürfnis nach feierlich und öffentlich bekräftigten, grundsätzlich lebenslangen Paarbeziehungen. Nur dies gehört zu den Grundbedingungen menschlicher Existenz, nicht aber die Illegitimität anderer Lebensformen.

Hinzu tritt die in allen europäischen Ländern vordrängende Erkenntnis, daß Rechte an und über andere Menschen nur aus deren Unfähigkeit zu selbstbe-

<sup>109</sup> Vergleiche *Davis*, (1939) 45 *American Journal of Sociology* 215: „A problem as old and unsolved as human existence itself“ (zitiert nach Krause [Fn. 2] Abschnitt 6–10).

<sup>110</sup> *Brinton* (Fn. 15) 82f.: „Now bastardy and marriage in this world are quite complementary – you cannot have one without the other“ (zitiert nach Krause [Fn. 2] Abschnitt 6–10, Fn. 29).

<sup>111</sup> Art. 2 GG; dazu *BVerfG* 24. 3. 1981, NJW 1981, 1201.

<sup>112</sup> Einzelheiten bei *Coester* (Fn. 77) 809, 810 ff.

stimmtem, eigenverantwortlichem Handeln begründet werden können und auch nach Inhalt und Reichweite an der diesen Menschen geschuldeten Fürsorge auszurichten sind. Dieser unmittelbare Pflichtbezug kennzeichnet nicht nur das Elternrecht<sup>113</sup>, sondern bindet auch den Gesetzgeber bei der Schaffung von Normen, die die Rechtsstellung von Individuen direkt oder (durch Einräumung privater Fremdbestimmungsmacht) indirekt einschränken<sup>114</sup>. Damit erweist sich das *reale Fürsorgebedürfnis von Kindern* als alleiniger Ausgangs- und Richtpunkt modernen Kindschaftsrechts, die Verfolgung anderer Zwecke (ehelicher Institutionenschutz, soziale Steuerung von Elternverhalten) oder die Festschreibung pauschaler Rollenbilder sind unzulässig. Zu den natürlichen Vorgegebenheiten des Rechts gehört insoweit, daß *jedes* Kind zwei Eltern hat<sup>115</sup>, deren natürliche Verantwortung für das selbsterzeugte Leben grundsätzlich Anerkennung durch das Recht beanspruchen kann (Art. 6 II 1 GG). Desweiteren entspricht es heutigem humanwissenschaftlichen Erkenntnisstand, daß die Entwicklungsbedingungen eines Kinder i. d. R. am günstigsten sind, wenn es auch in psycho-sozialem Sinne zwei Eltern hat<sup>116</sup>.

Daraus folgt für eine sachgerechte Reform eine Umkehr der Fragestellung: Die Gleichstellung aller Kinder hat nicht das Ziel, sondern der *Ausgangspunkt* der Überlegungen zu sein; rechtspolitisch legitim ist nur die Frage, welche generellen oder typischen Unterschiede in den Lebensbedingungen von Kindern es rechtfertigen könnten, differenzierende Regelungen zu schaffen. Insbesondere wird sicherzustellen sein, daß die grundsätzlich vorrangige, beiderseitige Rechtsverantwortung der Eltern der Kindeswohlgerechten Ausgestaltung seiner Lebensbedingungen nicht im Wege steht – etwa bei der originären Zuweisung von Sorgerecht und Namen für das Kind nicht zusammenlebender Eltern<sup>117</sup> oder bei der Zustimmung zu Drittadoptio-nen<sup>118</sup>. Die Rechtfertigung verbleibender Differenzierungen aus den realen Gegebenheiten ist die zentrale Frage, mit der sich modernes Kindschaftsrecht

<sup>113</sup> Dazu *BVerfG* 29. 7. 1968, *BVerfGE* 24, 119, 143 f.; *BVerfG* 9. 2. 1982, *BVerfGE* 59, 360, 376 f.

<sup>114</sup> Vergleiche *BVerfG* 10. 2. 1960, *BVerfGE* 10, 302, 324 zur umgekehrten Fragestellung: Bindungen, denen der Staat unterliegt, kann nicht durch Aufgabenübertragung auf Private (hier: Vormund) ausgewichen werden.

<sup>115</sup> Vorbehaltlich der Kunstgriffe moderner Befruchtungstechnologie, die genetisch 4-Eltern-Kinder oder auch 1-Eltern-Kinder ermöglichen.

<sup>116</sup> Vergleiche *BVerfG* 3. 11. 1982, *FamRZ* 1982, 1179, 1182 (zum gemeinsamen Sorgerecht geschiedener Eltern). Dies müssen nicht notwendig die biologischen Eltern sein; ihnen gebührt jedoch rechtlich der Vorrang, weil ihnen „in aller Regel das Wohl des Kindes mehr am Herzen liegt als irgend einer anderen Person oder Institution“, *BVerfG* aaO.

<sup>117</sup> Über die Richtigkeit einer gesetzlichen Primärzuweisung an die Mutter besteht auch de lege ferenda weitgehender Konsens, vergleiche *Schwenzer* (Fn. 24) 67 ff. Nach griechischem Recht steht zwar dem Vater mit der Anerkennung automatisch das Sorgerecht zu, zur Ausübung ist er jedoch nur berechtigt, wenn die Mutter ausfällt oder ihm das Gericht (i. d. R. mit Zustimmung der Mutter) die Ausübung überträgt, Art. 1515 I, II ZGB; *Achilles Koutsouradis*, Die Grenzen der Vertragsfreiheit nach dem neuen griechischen Ehegüterrecht, in: Hilmar Fenge/Nikos Papantoniou (Hg.), Griechisches Recht im Wandel, 1987, S. 33 ff., 42.

<sup>118</sup> *Coester* (Fn. 77) 809, 815 f.

(auch im Rahmen eines „einheitlichen Kindesrechts“) auseinandersetzen muß. Die rechtssystematische Einstufung jeder Differenzierung als regelwidrige Ausnahme und der damit betonte Rechtfertigungszwang sollten der Tradierung weltanschaulicher Vorverständnisse oder sozialer Pauschalurteile entgegenwirken. Der Gleichstellungsauftrag des Art. 6 V GG behält bei diesem Regelungsansatz Bedeutung vor allem als sozialrechtlicher Auftrag, gerichtet auf die realen Entwicklungschancen aller Kinder<sup>119</sup>.

Einen „Abschluß“ der Reform wird auch ein idealer Gesetzgeber nicht versprechen können – Familienrecht lebt und verändert sich mit den gesellschaftlichen Verhältnissen und Anschauungen, deren Schnellebigkeit wirkt auf das Familienrecht zurück. Dennoch: Reformen, die von vornherein nur die Diskrepanz zwischen altem Normenbestand und derzeitigem status quo in Rechtswirklichkeit und Gesellschaft beseitigen, beschwören die Notwendigkeit ständiger Nachbesserungen geradezu herauf. Wenn der deutsche Gesetzgeber die Schlußlaterne im europäischen Geleitzug des Kindschaftsrechts abgeben will, sollte er einen Satz des großen Franzosen Carbonnier beherzigen: „La longévité d'un texte dépend toujours de la dose de modernité qu'on lui a fait absorber“<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> In einer reformierten Verfassung aber konsequenterweise nicht nur auf die Kinder unverheirateter Eltern beschränkt, vergleiche den Formulierungsvorschlag von *Eva Maria v. Münch* auf der Sachverständigenanhörung vom 10. 12. 1992 vor der Gemeinsamen Verfassungskommission: „Allen Kindern sind durch die Gesetzgebung gleiche Bedingungen für ihre Entwicklung und Stellung in der Gesellschaft zu schaffen“; vergleiche *Gisela Niemeyer*, Bericht zur Anhörung einer Gemeinsamen Verfassungskommission, FuR 1993, 29 f.; sowie Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht, 6. Öffentliche Anhörung der Gemeinsamen Verfassungskommission (Thesen *Michael Coester*, S. 103 Nr. 18). Die Reform des Art. 6 GG ist allerdings inzwischen politisch gescheitert.

<sup>120</sup> *Jean Carbonnier*, *Essais sur les lois*, 1979, S. 103 (die Langlebigkeit eines Textes hängt immer auch von der Dosis an Modernität ab, die man in ihn hat eingehen lassen). Vergleiche auch *Jean Deliyannis*, *Revue international de droit comparé* 1986, 811 ff., 827, der im Zusammenhang mit der griechischen Familienrechtsreform auf die meinungsbildende Funktion von Recht hinweist, das den gesellschaftlichen Auffassungen voraneilt.