

# Ingeborg Schwenzler

## Personenrechtliche Beziehungen zwischen Vater und Kind in und nach Auflösung einer Familie ohne Ehe

### I. Einleitung

Wieviele Kinder derzeit in der Bundesrepublik gemeinsam mit Vater und Mutter aufwachsen, ohne daß ihre Eltern miteinander verheiratet sind, erscheint nach dem vorliegenden Datenmaterial unsicher. Nach der vom Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit im Jahre 1982 in Auftrag gegebenen und im Jahre 1985 vorgelegten Verbundstudie<sup>1</sup> sollen in nur 4% der rund 500000 nichtehelichen Gemeinschaften gemeinsame Kinder vorhanden gewesen sein.<sup>2</sup> Demgegenüber liegen die im Rahmen einer im Auftrag des Bundesinstituts für Bevölkerungsforschung im Jahre 1983 durchgeführten Befragung von 18- bis 28-jährigen Frauen<sup>3</sup> ermittelten Daten wesentlich höher: danach hatten 1983 13,5% der mit einem Partner zusammenlebenden Frauen ein Kind, weitere 4,1% zwei oder mehrere Kinder.<sup>4</sup> Bemerkenswert ist dabei vor allem die Entwicklung seit 1978, wo in einer Befragung mit gleichem Stichprobenplan nur 4,6% der Frauen angaben, ein gemeinsames Kind mit dem Partner zu haben.

Für die Annahme einer wachsenden Zahl nichtehelicher Familien sprechen darüberhinaus Berichte aus der Praxis der Jugendämter<sup>5</sup>, sowie die Entwicklung der Quote nichtehelicher Geburten an der Gesamtgeburtenszahl: Von 1965 bis 1985 hat sie sich in der Bundesrepublik mehr als verdoppelt.<sup>6</sup> Aus dem Ausmaß werden großenteils noch höhere Zahlen berichtet.<sup>7</sup> Auch

<sup>1</sup> Nichteheliche Lebensgemeinschaften in der Bundesrepublik Deutschland, Schriftenreihe des Bundesministers für Jugend, Familie und Gesundheit, Band 170 (1985).

<sup>2</sup> aaO, S 78.

<sup>3</sup> Vgl. Pohl, ZfBevW 1985, 89 ff; vgl. auch WINGEN, in: Der Wandel familiärer Lebensmuster und das Sozialrecht (1985), S 31 (53), der von 15% ausgeht.

<sup>4</sup> Vgl. Pohl, ZfBevW 1985, 89 (100). Bezogen auf die Gesamtzahl der ledigen 18- bis 28-jährigen Frauen bedeutet dies, daß 1983 bereits 4,6% dieser Frauen eine nichteheliche Familie gegründet hatten, Pohl, aaO, 101.

<sup>5</sup> Vgl. HUVALÉ, ZBlJugR 1980, 560 (564).

<sup>6</sup> Vgl. Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1986, S 70. Im Bundesdurchschnitt wurde 1985 fast jedes 10. Kind nichtehelich geboren.

<sup>7</sup> Besonders hoch ist der Anteil nichtehelicher Geburten an der Gesamtgeburtenszahl in

dort nimmt die Zahl nichtehelicher Familien rapide zu. In Schweden<sup>8</sup> und England<sup>9</sup> sollen bereits zwei Drittel bzw. zwei Fünftel der nichtehelichen Kinder gemeinsam mit Mutter und Vater leben. In den USA hat sich die Zahl der Kinder in nichtehelicher Familie innerhalb von drei Jahren verdoppelt.<sup>10</sup>

Insgesamt stellen die nichtehelichen Familien damit heute wohl eine nicht mehr zu vernachlässigende Größe dar; wenn gleich die Geburt eines Kindes von der Mehrzahl der in nichtehelicher Gemeinschaft Lebenden wohl immer noch als Heiratsgrund angesehen werden dürfte.<sup>11</sup>

Die rechtliche Behandlung der personalen Beziehung zwischen Vater und Kind in nichtehelicher Familie folgt nach deutschem Recht den allgemeinen Prinzipien des Nichtehelehenrechts. Spezielle Regelungen, die der besonderen Situation des Zusammenlebens von Eltern und nichtehelichem Kind Rechnung tragen würden, existieren nicht. Die Verfasser des Nichtehelehengesetzes von 1969 hielten diesen Sachverhalt nicht für regelungsbedürftig; sie hatten vielmehr als typischen Vater eines nichtehelichen Kindes den Mann im Auge, der – oft in einer ehelichen Familie lebend – an seinem Kind kein Interesse hat und sich für einen einmal gemachten „Fehltritt“ – allenfalls belastet mit einer Geldzahlung – aus der Verantwortung ziehen will und kann.<sup>12</sup> Mag man schon im Hinblick auf Väter, die nicht mit ihrem Kind zusammenleben, zweifeln, ob dieses Bild der Realität entspricht, für Väter in nichtehelichen Familien trifft es sicher nicht zu. Psychologische Untersuchungen aus den USA weisen vielmehr eher in die gegenteilige Richtung. Für nichteheliche Familien wurde festgestellt<sup>13</sup>, daß die Väter

Schweden (1979: 37,5%), vgl. AGELL, 24 Sc. St. L. 9 (15) (1980); für die USA (1975: 14,2%), vgl. GLENDON, in: EKKELAR/KATZ, Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies (1980), S. 59 (63); KRAUSE, Family Law in a Nutshell (2. Aufl. 1986), S. 154; für Frankreich (1983: 14,2%), vgl. RUBELLIN-DEVICHI, J. C. P. 1986. I. 3241, Nr. 2, Fn. 2; für England (1980: 11,8%), vgl. GRENEY, Family Law (4. Aufl. 1984), S. 616.

<sup>8</sup> Vgl. SUNDBERG, in: Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines (1978), S. 49 (75).

<sup>9</sup> Vgl. EKKELAR, (1985) 15 Fam. Law 261; vgl. auch BARTON, Cohabitation Contracts (1985), S. 7.

<sup>10</sup> Vgl. FRIENAKIS, Väter, Bd. II (1985), S. 16; 1978 hat dort der Anteil nichtehelicher Familien 24% betragen, wobei freilich nicht zwischen eingebrachten und gemeinsamen Kindern differenziert wurde; vgl. MEYER/SCHULZE, KZSS 1983, 735 (738).

<sup>11</sup> Vgl. BMJFG, Nichteheleche Lebensgemeinschaften in der Bundesrepublik Deutschland (1985), S. 37; für Frankreich vgl. LABRUSSE-RIOU, Droit de la famille, I. Les personnes (1984), S. 250; a. A. jetzt RUBELLIN-DEVICHI, J. C. P. 1986. I. 3241, Nr. 25.

<sup>12</sup> Vgl. die Begründung zum RefE zum NEG, JANSEN/KNÖPPEL, Das neue Unehelichen-gesetz (1967), S. 79.

<sup>13</sup> Vgl. die Nachw. bei FRIENAKIS, Väter, Bd. II (1985), S. 46.

eher Pflegeaktivitäten übernehmen als Väter in traditionellen Familien und daß sie eine besonders enge Beziehung zu ihren Kindern hatten.

Welche Konsequenzen die Anwendung allgemeinen Nichtehelehenrechts auf die personenrechtlichen Beziehungen in der nichtehelichen Familie, und hier besonders zwischen Vater und Kind, nach sich zieht, sei im folgenden anhand einiger ausgewählter Fragen aufgezeigt.

## II. Die rechtliche Zuordnung des Kindes zum Vater

Ist die Mutter des Kindes nicht verheiratet, so ist das Kind nichtehelich, und der Vater kann durch Anerkennung der Vaterschaft die personenrechtliche Zuordnung sicherstellen.

Schwierigkeiten entstehen jedoch, wenn die Mutter des Kindes (noch) mit einem anderen Mann verheiratet ist. Entsprechend der Rechtsparämie „pater est quem nuptiae demonstrant“ gilt ein Kind, das während bzw. innerhalb von 302 Tagen nach (rechtskräftiger) Auflösung einer Ehe geboren wird, gemäß §§ 1591, 1592 BGB als eheliches Kind des Ehemannes. Erst nach Anfechtung der Ehelichkeit kann die Nichtehelecheit des Kindes geltend gemacht werden (§ 1593 BGB), so daß der Weg frei wird für eine Anerkennung des Kindes durch seinen wirklichen Vater.<sup>14</sup> Das Anfechtungsrecht steht dabei nach deutschem Recht in erster Linie dem Ehemann der Mutter (§ 1594 BGB), unter engen Voraussetzungen auch dem Kind (§ 1596 BGB) zu.

Im Hinblick auf ein Kind, das in eine nichteheliche Familie hineingeboren wird, wo die Mutter noch mit einem anderen Mann verheiratet ist, müssen sowohl Ehelichkeitsvermutung als auch die Ausgestaltung der Ehelichkeitsanfechtung unter Berücksichtigung der Entwicklung in ausländischen Rechtsordnungen auf Bedenken stoßen.

### 1. Die pater est-Regel

In einer Reihe ausländischer Rechtsordnungen<sup>15</sup> wurde die pater est-Regel in jüngerer Zeit in ihrer Tragweite erheblich eingeschränkt, um abweichenden sozialen Sachverhalten ausreichend Rechnung tragen zu können. Bei-

<sup>14</sup> Zwar kann die Vaterschaft nach jüngster Rechtsprechung – BGH FamRZ 1987, 375; vgl. dazu auch GÖPPINGER, FamRZ 1987, 764 ff – entgegen einer bis dahin weit verbreiteten Ansicht auch schon vorher für den Fall anerkannt werden, daß die Nichtehelecheit des Kindes festgestellt wird; Rechtswirkungen kommen dem Anerkennnis aber erst mit festgestellter Nichtehelecheit zu.

<sup>15</sup> Vgl. die Nachw. bei SCHWENZER, FamRZ 1985, 1 f.

spielhaft ist insoweit das französische Recht, wo seit der Reform des Nichteilchenrechts von 1972 Empfängnis oder Geburt während einer Ehe zwar eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung für die Vermutung der Ehelichkeit eines Kindes sind.

Entscheidende Bedeutung kommt nach französischem Recht der possession d'état, der gelebten Eltern-Kind-Beziehung zu. Fehlt zwischen Ehemann der Mutter und Kind eine solche Beziehung, so greift die pater est-Regel einmal dann nicht ein, wenn das Kind während eines Zeitraumes gezeugt wurde, in dem die Eheleute aufgrund richterlicher Anordnung getrennt gelebt haben.<sup>16</sup> Dasselbe gilt, wenn das Kind ohne Nennung des Namens des Ehemannes ins Geburtsregister eingetragen wird.<sup>17</sup> Damit liegt es primär in der Hand der Mutter, ob bei fehlender Eltern-Kind-Beziehung zwischen Ehemann und Kind die Ehelichkeitsvermutung eingreift oder nicht.

Mit der Anknüpfung an die possession d'état hat der französische Gesetzgeber eine Regelung geschaffen, die jene Fälle aus dem Anwendungsbereich der pater est-Regel ausschließt, in denen eine Vaterschaft des Ehemannes der Mutter von vornherein unwahrscheinlich ist. Lebt die Mutter bereits mit dem Vater des Kindes in nichtehelicher Gemeinschaft zusammen, so kann dieser Fall schon auf der Ebene der Ehelichkeitsvermutung einer angemessenen Lösung zugeführt werden.

Im Hinblick auf die nichteheliche Familie stellt sich freilich nicht allein die Frage nach einer Eingrenzung der Ehelichkeitsvermutung, wenn die Mutter mit einem anderen Mann verheiratet ist, sondern ebenfalls die nach einer positiven Vaterschaftsvermutung hinsichtlich des mit der Mutter zusammenlebenden Mannes. So kennen bereits verschiedene Rechtsordnungen derartige Vermutungen für den „cohabitant“.<sup>18</sup> In Frankreich steht seit 1982<sup>19</sup> nach Art. 334-8 Abs. 2 Cc die gelebte Eltern-Kind-Beziehung für die Feststellung der nichtehelichen Elternschaft dem Anerkennung oder der gerichtlichen Feststellung derselben gleich.

## 2. Ehelichkeitsanfechtung

Die allein an das formale Eheband anknüpfende Ehelichkeitsvermutung kann nach deutschem Recht grundsätzlich nur durch die primär in der Hand des Ehemannes liegende Ehelichkeitsanfechtung ausgeräumt werden. Das Recht des Kindes, seine Ehelichkeit anzufechten, ist tatbestandlich eng umgrenzt und greift praktisch nur ein, wenn Mutter und Ehemann

bereits seit drei Jahren getrennt leben oder deren Ehe inzwischen geschieden ist (§ 1596 BGB). Faktisch bedeutet dies, daß jedenfalls vor Ablauf von drei Trennungsjahren dem Ehemann der Mutter die Bestimmungsbefugnis für die rechtliche Zuordnung des Kindes zufällt. Weder die Mutter noch der wirkliche Vater können hingegen nach deutschem Recht Einfluß auf die richtige rechtliche Zuordnung des Kindes nehmen.

Daß der Mutter gleichberechtigt neben dem Ehemann de lege ferenda das Recht zur Ehelichkeitsanfechtung einzuräumen ist, dürfte bei rechtsvergleichender Betrachtung<sup>20</sup> heute kaum mehr fraglich sein. In zunehmendem Maße gewähren darüberhinaus ausländische Rechtsordnungen auch dem wirklichen Vater die Möglichkeit, die rechtliche Anerkennung seiner Vaterschaft trotz formal vorliegender Ehelichkeit des Kindes durchzusetzen. Beispielhaft steht hier wiederum das französische Recht.

Der wirkliche Vater kann seine Vaterschaft trotz formaler Ehelichkeit des Kindes anerkennen, wenn zwischen Ehemann der Mutter und Kind keine gelebte Vater-Kind-Beziehung besteht.<sup>21</sup> Dies gilt auch, wenn die Vater-Kind-Beziehung zwischen Ehemann und Kind nach anfänglichem Zusammenleben zu einem späteren Zeitpunkt aufgelöst wird.<sup>22</sup> Über den so entstehenden „Vaterschaftskonflikt“ entscheidet das Gericht.

Demgegenüber hat der Bundesgerichtshof noch im Jahre 1981<sup>23</sup> die Klage eines Vaters auf Feststellung seiner Vaterschaft vor Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes mit Erwägungen zum Kindeswohl und zum Schutz von Ehe und Familie abgewiesen. Dem Vaterschaftsrecht stehe das Persönlichkeitsrecht des Kindes, konkretisiert in dem Anspruch auf ungestörtes Aufwachsen in dem unangefochtenen Status des ehelichen Kindes, und der ebenfalls verfassungsrechtlich verbürgte besondere Schutz von Ehe und Familie gegenüber.

Diese Argumentation überzeugt freilich nur, wenn Mutter und Ehemann einig sind, ihre Ehe fortzusetzen und das Kind als gemeinsames aufzuziehen.

<sup>19</sup> Gesetz Nr. 82-536 vom 25.6.1982; fast gleichzeitig mit dem Gesetzgeber im selben Sinne Cass. ass. plén., 9.7.1982, Gaz. Pal. 1982.2.513, m. Anm. MASSIP = J. C. P. 1983. II. 19993, m. Anm. CABANNES = D. 1982. I. R. 453, m. Anm. HUERT-WEILLER.

<sup>20</sup> Vgl. Nachw. bei SCHWENZER, FamRZ 1985, 1 (4 f).

<sup>21</sup> Rechtsnachschneid wird dies erreicht über eine Auslegung e contrario des Art. 334-9 Cc („Toute reconnaissance est nulle, toute demande en recherche est irrecevable, quand l'enfant a une filiation légitime déjà établie par la possession d'état.“), vgl. grundlegend Cass. civ. I<sup>re</sup>, 9.6.1976, D. 1976.593, m. Anm. RAYNAUD = Rev. trim. dr. civ. 1976, 340, m. Anm. NERSON; Cass. civ. I<sup>re</sup>, 25.11.1980, D. 1981. I. R. 296, m. Anm. HUERT-WEILLER = J. C. P. 1981. II. 19661, m. Anm. PAIRE.

<sup>22</sup> Vgl. Cass. civ. I<sup>re</sup>, 25.11.1980, vorige Fn.

<sup>23</sup> BGHZ 80, 218 ff.; vgl. auch BGH NJW 1982, 1652 (notwendige Beteiligung des nichtehelichen Vaters im Anfechtungsprozeß verneinend).

<sup>16</sup> Vgl. Art. 313 Cc.

<sup>17</sup> Vgl. Art. 313-1 Cc.

<sup>18</sup> Vgl. Nachw. bei SCHWENZER, FamRZ 1985, 1 (2).

hen.<sup>24</sup> Lebt jedoch der wirkliche Vater bereits mit Kind und Mutter zusammen, so sind die Kindesinteressen nicht mehr auf eine „Aufrechterhaltung“ der Familienbeziehung zum „Scheinvater“ gerichtet, sondern vielmehr gerade darauf, die tatsächlich gelebte Beziehung zum wirklichen Vater rechtlich abzusichern. Deshalb sollte jedenfalls dort, wo eine gelebte Vater-Kind-Beziehung besteht, dem wirklichen Vater auch ein eigenes Anfechtungsrecht bzw. die Möglichkeit der Feststellung seiner Vaterschaft trotz formaler Ehelichkeit des Kindes eingeräumt werden.<sup>25</sup>

### III. Eelterliche Sorge

In vielen ausländischen Rechtsordnungen wurde in den letzten Jahren das Sorgerecht für nichteheliche Kinder dem für eheliche Kinder angenähert, wenn nicht gar gleichgestellt.<sup>26</sup> Dies bedeutet einmal, daß die eelterliche Sorge für ein nichteheliches Kind grundsätzlich auch dem Vater übertragen werden kann, zum anderen wird zunehmend eine gemeinsame eelterliche Sorge auch nicht verheirateter Eltern anerkannt.<sup>27</sup>

Anders entscheidet wiederum das deutsche Recht. Nach § 1705 BGB steht das Sorgerecht für nichteheliche Kinder ausschließlich der Mutter zu.<sup>28</sup> Solange und soweit sich die Eltern einig sind, kann der Vater zwar faktisch die eelterliche Sorge für das gemeinsame Kind ausüben.<sup>29</sup> Gravierend sind die

<sup>24</sup> In diesem Sinne auch ZENZ/SALGO, Zur Diskriminierung der Frau im Recht der Eltern-Kind-Beziehung (1983), S 87.

<sup>25</sup> Daß Konstellationen denkbar sind, in denen auf ein eigenes Anfechtungsrecht des wirklichen Vaters nicht verzichtet werden kann, zeigt etwa der Sachverhalt von LG Bonn, FamRZ 1985, 105: Der Vater eines am 28.12.1978 geborenen Kindes hatte mit der Mutter ab dem Tode ihres Ehemannes im März 1978 zusammengelebt. Nach der Trennung von Mutter und Kind beantragte er im Jahre 1984 ein Umgangsrecht nach § 1711 Abs. 2 BGB, das ihm im Hinblick darauf, daß die Ehelichkeit des Kindes nicht angefochten war, jedoch verweigert wurde.

<sup>26</sup> Vgl. hierzu mit Nachw. KRONOLLER, AcP 185 (1985), 244 (272 f.); SCHWENZER, FamRZ 1985, 1202 (1204 ff.).

<sup>27</sup> Vgl. auch Art. 7 des Europäischen Übereinkommens vom 15.10.1975, European Treaty Series Nr. 85, sowie Explanatory Report, S 12 f.

<sup>28</sup> Dementsprechend hat der Vater auch keinen Anspruch auf Erziehungsurlaub nach dem BundeserziehungsurlaubG; zur Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses des Vaters, vgl. BVerfG NJW 1987, 179 (das MutterschutzG betreffend).

<sup>29</sup> Hierauf weisen insbesondere die Befürworter des geltenden Rechtszustandes hin, vgl. DIECKMANN, AcP 178 (1978), 298 (307); ders., NJW 1981, 668 (669); BOSCH, FamRZ 1980, 849 (854); HOLZHAUER, FamRZ 1982, 109 (115); KNÖPFEL, FamRZ 1983, 317 (324).

Folgen des Sorgerechtsausschlusses jedoch, wenn ein Einverständnis mit der Mutter nicht zu erzielen ist.

Trennen sich die Eltern, kann der Vater praktisch nicht gegen den Willen der Mutter das Sorgerecht für das Kind erlangen; selbst wenn seine Bindungen zum Kind und die des Kindes zu ihm enger sind als die Bindungen zur Mutter. Denn im Unterschied zum ehelichen Vater<sup>30</sup> steht ihm ein Anrecht auf Zuweisung der eelterlichen Sorge nicht zu. Auch ein gemeinsames Sorgerecht nach Trennung – wie es nach Scheidung verheirateter Eltern möglich ist<sup>31</sup> – kommt nicht in Betracht, da es schon bei bestehender Gemeinschaft nicht zulässig ist.

Schließlich kann die Mutter ihr eigenes nichteheliches Kind adoptieren<sup>32</sup> und damit das Verwandtschaftsverhältnis zum Vater zum Erlöschen bringen, ohne daß der Vater dies verhindern könnte.<sup>33</sup> Auch hier spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob zwischen Vater und Kind eine gelebte Vater-Kind-Beziehung bestanden hat oder nicht.

Der nichteheliche Vater hat nur die Möglichkeit, die Ehelichklärung des Kindes zu erwirken (§ 1723 BGB) oder das Kind seinerseits zu adoptieren (§ 1741 Abs. 3 S. 2 BGB), womit er jeweils auch die eelterliche Sorge erlangt. Beides kann jedoch nur mit Einwilligung der Mutter erfolgen (§§ 1726 Abs. 1 S. 1, 1747 Abs. 2 S. 1 BGB); eine Ersetzung der Einwilligung kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht.<sup>34</sup> Zudem wird in beiden Fällen die ursprünglich bestehende ausschließliche Sorgerechtszuständigkeit der Mutter lediglich umgekehrt.

Der weitgehende Ausschluß des Vaters gilt aber nicht nur, wo es um konkurrierende Sorgerechtszuständigkeit zwischen Mutter und Vater geht, sondern auch dort, wo die Mutter das ihr zustehende Sorgerecht nicht ausüben kann oder will. Beim Tod der Mutter oder Sorgerechtsentziehung fehlt es – wiederum im Gegensatz zur Regelung für eheliche Eltern nach §§ 1681 Abs. 1 S. 2, 1680 Abs. 2 BGB – an einem gesetzlich normierten Vorrecht des nichtehelichen Vaters zum Eintritt in die Sorgerechtsposition. Will die Mutter das Kind zur Fremdadoption wegeben, erscheinen die Chancen des Vaters, dies zu verhindern, ebenfalls als sehr gering. Seiner Einwilligung zur

<sup>30</sup> Vgl. § 1671 BGB.

<sup>31</sup> Vgl. die grundlegende Entscheidung BVerfGE 61, 358 ff. = NJW 1983, 101 ff.

<sup>32</sup> Auch hier besteht ein wesentlicher Unterschied zum ehelichen Kindschaftsrecht, wo eine Adoption des eigenen Kindes nicht möglich ist, vgl. OLG Hamm, FamRZ 1978, 735; kritisch zur unterschiedlichen Behandlung des Vaters eines nichtehelichen Kindes RAINER FRANK, Grenzen der Adoption (1978), S 115.

<sup>33</sup> Vgl. § 1747 Abs. 2 BGB.

<sup>34</sup> Vgl. §§ 1727 Abs. 1, 1748 Abs. 1 BGB; Nachw. zur Rechtsprechung bei STRAUDINGER/GÖPPINGER, BGB (12. Aufl. 1985), § 1727 RdNr 8.

Adoption bedarf es nicht (§ 1747 Abs. 1 S. 1 BGB). Auch schützt ihn der in § 1747 Abs. 2 S. 2 BGB niedergelegte Vorrang jedenfalls dann nicht, wenn die Mutter die Einwilligung gerade zur Fremdadoption gibt, sie jedoch zur Ehelicherklärung oder Adoption des Kindes durch den Vater verweigert. Der geltende Rechtszustand wurde vom Bundesverfassungsgericht<sup>35</sup> im Jahre 1981 ausdrücklich gebilligt.<sup>36</sup> Dabei wird dem Vater, der mit seinem nichtehelichen Kind zusammenlebt, zwar ein Elternrecht nach Art. 6 Abs. 2 GG nicht abgesprochen; jedoch rechtfertigt Art. 6 Abs. 5 GG dessen Einschränkung. Das nichteheliche Kind sei, auch wenn es mit beiden Eltern zusammenlebe, besonders schutzbedürftig, da es in die rechtliche Folgenlosigkeit bei Zerbrechen der Verbindung der Eltern einbezogen sei. Diese besondere Schutzbedürftigkeit habe der Gesetzgeber in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise dadurch berücksichtigt, daß das Kind entweder der Familie der Mutter oder – im Falle der Adoption oder Ehelicherklärung – ausschließlich der Familie des Vaters zugeordnet werde.

Diese Argumentation erscheint in mancher Hinsicht als angelegentlich. So vermißt man zunächst einen Hinweis darauf, daß bei bestehender Gemeinschaft die Gesamtorgerechterteilung am besten dem Kindeswohl entspricht, was für eheliche Kinder unbestritten ist.<sup>37</sup> Nun stellt freilich das Bundesverfassungsgericht nicht auf die bestehende Gemeinschaft, sondern auf die derzeitige Beendbarkeit dieser Gemeinschaft ab. Bereits dieser Ausgangspunkt vermag allerdings nur schwer zu überzeugen.

Denn einmal ist der statistische Nachweis einer besonderen Stör- und Trennungsanfälligkeit nichtehelicher Familien bislang noch nicht geführt<sup>38</sup>; zum anderen ist der Hinweis darauf, daß sich die Eltern jederzeit trennen können, angesichts der heutigen Scheidungsziffern und der Tatsache, daß praktisch kein Scheidungsbegehren abgewiesen wird, für verheiratete Eltern kaum minder zutreffend, ganz abgesehen davon, daß die für die Kinder ent-

<sup>35</sup> BVerfGE 56, 363 ff. Auch das KG, FamRZ 1982, 95 ff hat sich dieser Ansicht ausdrücklich angeschlossen.

<sup>36</sup> Zur Kritik an dieser Entscheidung vgl. ZENZ/SALCO, Zur Diskriminierung der Frau im Recht der Eltern-Kind-Beziehung (1983), S 64 ff; DE WITT/HUFMANN, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft (2. Aufl. 1986), S 124 ff, RdNr. 239 ff; KROHNOLLER, AcP 185 (1985), 244 (270).

<sup>37</sup> Vgl. nur BVerfG NJW 1983, 101.

<sup>38</sup> Nach einer Felduntersuchung in Neuseeland, vgl. TAPP, in: EKKELAAR/KATZ, Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies (1980), S 437 (444), entsprechen nichteheliche Familien dort dem Bevölkerungsdurchschnitt und stellen keine erhöhte Risikogruppe dar. In Dänemark sollen 38% der nichtehelichen Gemeinschaften schon länger als 5 Jahre bestehen, vgl. BULL. 30 Sc.St.L. 29 (44) (1986).

scheidende faktische Trennung verheirateter Eltern kaum durch die Ausgestaltung des Scheidungsrechts verhindert werden kann.<sup>39</sup>

Wenn das Bundesverfassungsgericht die feste Zuordnung des Kindes zur Mutter gerade für den Fall der Auflösung der nichtehelichen Familie fordert, so erstart der Begriff des Kindeswohls zu einer Leerformel. Im Gegensatz zum ehelichen wird dem nichtehelichen Kind die individuelle Beurteilung seiner Situation verwehrt. Die fortbestehende gemeinsame Elternverantwortung wird ausgeschlossen, und bei Streit um das Sorgerecht wird dem Kind ein Verfahren verweigert, in dem das Sorgerecht Mutter oder Vater entsprechend dem Kindeswohl übertragen werden kann.

Damit aber kehrt sich die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts in ihr Gegenteil: Gerade das Wohl des nichtehelichen Kindes fordert die grundsätzliche Möglichkeit gemeinsamer elterlicher Sorge oder der Zuteilung der elterlichen Sorge an den Vater nach Auflösung der Gemeinschaft.

#### IV. Namensrecht

Nach § 1617 BGB erhält das nichteheliche Kind den Familiennamen, den die Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes führt. Mit Einwilligung der Mutter kann jedoch – über die Fälle der Legitimation, Ehelicherklärung und Adoption hinaus – der Vater dem Kind seinen Namen erteilen (§ 1618 Abs. 1 BGB). Praktisch stellt damit das Namensrecht das Spiegelbild der elterlichen Sorge dar; auch vom Namen her wird das Kind entweder der Familie der Mutter oder der des Vaters ausschließlich zugeordnet.

Daß auch in diesem Bereich andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten denkbar sind, verdeutlicht wiederum das französische Recht. Nach Art. 334-1 Cc trägt das nichteheliche Kind grundsätzlich den Namen des Vaters, wenn beide Eltern die Elternschaft gleichzeitig anerkannt haben.<sup>40</sup> Seit der Reform des Namensrechts im Dezember 1985 steht es jedoch jedem Kind offen, seinem rechtlichen Namen den Namen des anderen Elternteils als sog. „titre d'usage“ beizufügen.<sup>41</sup>

In jüngerer Zeit haben in der Bundesrepublik vermehrt in nichtehelicher Familie lebende Eltern den Versuch unternommen, nach § 3 Abs. 1 NÄG eine öffentlich-rechtliche Namensänderung für ihr Kind zu erwirken. Ziel war regelmäßig ein aus den Familiennamen beider Eltern zusammengesetz-

<sup>39</sup> Vgl. nur RHEINSTERN, Marriage Stability, Divorce, and the Law (1972), passim.

<sup>40</sup> Die Bildung eines Doppelnamens aus den Namen beider Eltern sollte nach einer Entscheidung des Kassationshofes, Cass. civ., 12.4.1983, Bull. civ. I, Nr. 115, allerdings nicht zulässig sein.

<sup>41</sup> Vgl. dazu RUBELLIN-DEVICHI, 25 J. Fam. L. 127 (135 f) (1986/87).

ter Doppelnamen, der die Verbundenheit des Kindes mit beiden Eltern auch nach außen versinnbildlichen sollte. Die Gerichte haben bislang einen Anspruch auf eine derartige Namensänderung verneint.<sup>42</sup> Die Begründung entspricht dabei weitgehend der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts zum Ausschluß gemeinsamer elterlicher Sorge nicht verheirateter Eltern: Es spreche nicht dem Kindeswohl, wenn das Kind einen Namen führe, der sich in der Form eines Doppelnamens auf eine elterliche Gemeinschaft bezieht, die jederzeit rechtlich ungehindert beendet werden kann.<sup>43</sup>

Deutlich ist auch hier die unterschiedliche Bewertung vergleichbarer Sachverhalte, wo es um eheliche Kinder und ihre namensrechtliche Beziehung zum (geschiedenen) nicht sorgeberechtigten Vater geht. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>44</sup> entspricht die Aufrechterhaltung des Namensbandes zum nicht sorgeberechtigten Elternteil grundsätzlich auch dann dem Wohle des Kindes, wenn der sorgeberechtigte Elternteil wieder geheiratet und den Namen seines Ehepartners als Familiennamen angenommen hat. Eine Namensänderung kommt nur unter besonderen Umständen in Betracht.<sup>45</sup> Schließlich wird dem ehelichen Kind in Ausnahmefällen gestattet, was dem nichtehelichen verwehrt wird: die Führung eines Doppelnamens, gebildet aus dem bisherigen Geburtsnamen (dem Familiennamen des Vaters) und dem neuen Ehenamen der wieder verheirateten Mutter.<sup>46</sup> Hier – so die Argumentation – beuge die Führung eines Doppelnamens Loyalitätskonflikten vor und sichere und verstärke gewachsene Eltern-Kind-Beziehungen.

## V. Umgangsrecht

Entspricht schon die Regelung der elterlichen Sorge für nichteheliche Kinder, deren Eltern zusammenleben oder zusammengelebt haben, in vielen ausländischen Rechtsordnungen jener für eheliche Kinder, so gilt dies

<sup>42</sup> Vgl. BVerwG, FamRZ 1986, 674; OVG Rheinland-Pfalz, FamRZ 1985, 1164; OVG Berlin, StAZ 1985, 258; HessVGH FamRZ 1987, 627; VG Braunschweig, FamRZ 1986, 586; zust. COESTER, in: MASSPELLER/BOEHMER/COESTER, Das gesamte FamR, Bd. 1, § 1617 BGB RdNr. 2; a. A. bislang nur Schleswig-Holst. VG StAZ 1984, 136.

<sup>43</sup> Vgl. BVerwG, FamRZ 1986, 674 (675).

<sup>44</sup> Grundlegend BVerwG, NJW 1983, 1866 und 1867; vgl. auch BVerwG, FamRZ 1986, 904.

<sup>45</sup> Vgl. BVerwG, NJW 1983, 1867 (keine persönlichen Beziehungen zwischen Vater und Kind); BVerwG, FamRZ 1986, 904 (zur Bedeutung des Vorhandenseins von Stief- und Halbgeschwistern).

<sup>46</sup> Vgl. VGH Baden-Württemberg, FamRZ 1986, 585; vgl. auch schon BVerwGE 37, 301.

ebenso für ein etwaiges Umgangsrecht nach Trennung der Eltern. So zeigt etwa die französische Rechtsprechung eine deutliche Tendenz, wenn schon nicht gemeinsame elterliche Sorge nach Trennung, so doch jedenfalls ein großzügiges Besuchsrecht des nicht sorgeberechtigten Elternteils anzuerkennen.<sup>47</sup> In den USA hat sich der Supreme Court<sup>48</sup> ausdrücklich für ein verfassungsrechtlich verankertes Recht des Vaters, den eine gelebte Vater-Kind-Beziehung mit seinem nichtehelichen Kind verbindet, auf persönlichen Kontakt mit dem Kind ausgesprochen. Norwegen<sup>49</sup> schließlich differenziert bezüglich des Umgangsrechts nur danach, ob die Eltern zusammengelebt haben oder nicht, nicht jedoch ob sie verheiratet waren.

Im Gegensatz hierzu steht wiederum das deutsche Recht. Während dem nicht sorgeberechtigten, ehelichen Elternteil nach § 1634 BGB ein Umgangsrecht als Restbestandteil der elterlichen Sorge<sup>50</sup> zusteht, das nur eingeschränkt oder ausgeschlossen werden kann, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist, entscheidet über den Umgang des nichtehelichen Kindes mit seinem Vater grundsätzlich die Mutter (§ 1711 Abs. 1 BGB). Nur wenn positiv festgestellt werden kann, daß der persönliche Umgang mit dem Vater dem Wohl des Kindes dient, kann das Vormundschaftsgericht gegen den Willen der Mutter dem Vater die Befugnis zum Umgang mit dem Kind zusprechen.

Die Rechtsprechung zum Umgangsrecht des Vaters nach Auflösung einer nichtehelichen Familie weicht denn auch auffällig von jener zum Umgangsrecht des nicht sorgeberechtigten geschiedenen Vaters ab. Zwar haben sich in den 70er Jahren einzelne Landgerichte<sup>51</sup> dahingehend ausgesprochen, daß § 1711 BGB entsprechend der Regelung des § 1634 BGB auszuliegen sei, wenn der Vater den Umgang aus echtem Interesse am Kind erstrebe. Oft wird denn auch nach langjährigem Zusammenleben in nichtehelicher Familie eine positive Entscheidung des Vormundschaftsgerichts in Bezug auf den Umgang des Vaters mit seinem Kind ergehen.<sup>52</sup> Gleichwohl ist die

<sup>47</sup> Vgl. PONSARD, in: Enc. Dalloz, Rép. civ., Autorité parentale, Nr. 89; RUBELLIN-DEVICHT, J. C. P. 1986, I, 324f, Nr. 29; aus der Rechtsprechung vgl. Versailles, 7.7.1980, J. C. P. 1983, II, 19952 m. Anm. BOULLANGER.

<sup>48</sup> Vgl. LEHR v. ROBERTSON, 463 U.S. 248, 103 S. Ct. 2985, 77 L. Ed. 2d 614 (1983); vgl. auch KRAUSE, Family Law in a Nutshell (2. Aufl. 1986), S. 270.

<sup>49</sup> Vgl. § 44 Abs. 2 KinderG 1981.

<sup>50</sup> Vgl. BVerfG, FamRZ 1983, 872 (873); vgl. auch schon JANSSEN/KNÖPPEL, Das neue Unehelichengesetz (1967), S. 284.

<sup>51</sup> Vgl. LG Hamburg, FamRZ 1971, 600; LG Mainz, FamRZ 1978, 734; LG Heilbronn, DAVorm. 1975, 172; vgl. auch LG Köln, FamRZ 1977, 205, wo § 1711 BGB für verfassungswidrig gehalten wurde.

<sup>52</sup> Vgl. LG Hamburg, FamRZ 1971, 600 (4 Jahre); LG Hechingen, DAVorm. 1972, 98 (7 Jahre); LG Köln, MDR 1973, 586 (8 Jahre); AG Leutkirch, NJW 1983, 1066 (2 1/2

Tendenz der Gerichte unverkennbar, bei Spannungen zwischen den Eltern auch trotz jahrelang gelebter Vater-Kind-Beziehung das Umgangsrecht nicht zu gewähren.<sup>53</sup> Dies gilt umso mehr, wenn die Mutter inzwischen einen anderen Mann geheiratet hat. Die Integration des Kindes in eine neue eheliche Familie wird im Verhältnis zur Aufrechterhaltung der Bindungen des Kindes an seinen Vater als höherrangig angesehen. Aber auch wo ein Umgangsrecht des Vaters bejaht wird, findet sich häufig noch der Hinweis, daß dieses in seinem Umfang jedenfalls nicht dem eines ehelichen Vaters gleichkommen könne.<sup>54</sup>

Wie die Sorgerechtsregelung, so wurde auch die unterschiedliche Regelung des Umgangsrechts für eheliche und nichteheliche Kinder im Jahre 1981 vom Bundesverfassungsgericht<sup>55</sup> ausdrücklich gebilligt. Es sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber den nichtehelichen Kindern das Schicksal von Scheidungswaisen, die häufig unter gerichtlichen Umgangsregelungen zu leiden hätten, ersparen wollte.

Nun mag man sicher Zweifel daran haben können, ob eine zwangsweise Durchsetzung des Umgangsrechts dem Wohl des Kindes entspricht<sup>56</sup>, wenn gleich sich gerade in jüngerer Zeit im psychologischen Schrifttum die Stimmen mehren, die die positiven Auswirkungen eines kontinuierlichen Kontaktes des Kindes zu beiden Eltern nach Trennung für dessen weitere Entwicklung betonen.<sup>57</sup> Allein für eine unterschiedliche Behandlung des Umgangsrechts nach Scheidung einer Ehe und nach Auflösung einer nichtehelichen Familie<sup>58</sup> läßt sich aus dem Kindeswohl keine Begründung ableiten, denn in beiden Fällen hat zwischen Vater und Kind eine gelebte Eltern-Kind-Beziehung bestanden.

## VI. Zusammenfassung

Die geltende deutsche Regelung der personenrechtlichen Beziehungen zwischen dem nichtehelichen Kind und seinem Vater ist ausgerichtet an

Jahre); LG Frankfurt, FamRZ 1985, 645 (2 1/2 Jahre); LG München, FamRZ 1987, 629 (Betreuung des Kindes durch den Vater während der ersten zwei Lebensjahre).

<sup>53</sup> Vgl. LG Augsburg, DAVorm. 1971, 193; LG Berlin, DAVorm. 1981, 917; LG Hamburg, DAVorm. 1982, 693; LG Hildesheim, DAVorm. 1983, 520; vgl. auch LG Lübeck, DAVorm. 1972, 522; LG Karlsruhe, DAVorm. 1974, 562.

<sup>54</sup> So jüngst ausdrücklich LG München, FamRZ 1987, 629.  
<sup>55</sup> Vgl. BVerfGE 56, 363 (390 ff).

<sup>56</sup> So vor allem GOLDSTEIN/FREUD/SOLNIT, Jenseits des Kindeswohls (dt. 1974), S. 38.

<sup>57</sup> Vgl. FRIENAKIS/NIESSEL/KUNZE, Ehescheidung (1982), S. 138 ff m. w. Nachw.

<sup>58</sup> Wo eine gelebte Vater-Kind-Beziehung nie bestanden hat, mag man vielleicht anders urteilen. Für eine insgesamt einheitsliche Lösung KROPNOLLER, AcP 185 (1985), 244

dem Leitbild, daß zwischen Vater und Kind keine oder jedenfalls keine stabile emotionale Beziehung besteht. Nach wie vor erscheint es so, als ob eine solche nur durch ein Eheband zwischen den Eltern vermittelt werden könnte. Das deutsche Recht erweist sich damit in diesem Bereich noch als in hohem Maße statusorientiert. Für eine angemessene Lösung abweichender sozialer Sachverhalte, wie sie bei nichtehelichen Familien anzutreffen sind, ist im Rahmen des geltenden Rechts nur wenig Raum.

Demgegenüber nehmen ausländische Rechtsordnungen eine wesentlich flexiblere Position ein. Gerade im Bereich der personenrechtlichen Eltern-Kind-Beziehungen kommt der Frage, ob die Eltern des Kindes verheiratet sind oder nicht, heute keine ausschlaggebende Bedeutung mehr zu. Entscheidend ist vielmehr die Realbeziehung, das heißt vor allem, ob zwischen den Eltern und dem Kind eine gelebte Beziehung besteht oder bestanden hat. Der Anschluß an die internationale Entwicklung bleibt insoweit im deutschen Recht noch zu vollziehen.<sup>59</sup>

(287): Das vormalige Zusammenleben könne im Rahmen des Kindeswohls berücksichtigt werden.

<sup>59</sup> Vgl. schon JAYME, FamRZ 1981, 221 (222): "... in manchen Punkten eine Art Schlußlicht der Entwicklung."