

NEUERE ENTWICKLUNGEN IM DEUTSCHEN FAMILIENRECHT* REFORMANSÄTZE, REFORMVERWIRKLICHUNG UND ANDERES

*Prof. Dr. Gerhard HOHLOCH***

I. Einführung/allgemeine Vorbemerkungen:

Meine sehr geehrten Damen und Herren, verehrte Kolleginnen und Kollegen,

anlässlich der heutigen Veranstaltung darf ich Ihnen neuere Entwicklungen und Reformvorhaben im deutschen Kindschafts- bzw. Eheschließungsrecht vorstellen. Es handelt sich hierbei um ein durch aus aktuelles Thema, da nach jahrelangen Debatten und zahlreichen Beanstandungen des Bundesverfassungsgerichts sich nunmehr eine gesetzgeberische Lösung etlicher Probleme dieser Rechtsgebiete abzeichnet. Nach dem jetzigen Stand der Dinge plant die Bundesregierung, mit einer Art "Gesamtreform" einige große Gebiete des Familienrechts zu reformieren¹. So wurden von der Bundesregierung unlängst Gesetzentwürfe zur Reform des Kindschaftsrechts (vom 28.2.1996), zur erbrechtlichen Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder (vom 23.11.1995) und zur Neuordnung des Eheschließungsrechts (vom 9.2.1996) beschlossen. Außerdem liegt ein Entwurf zum sog. Beistandsschaftsgesetz vor. Entwürfe zum sog. Mißhandlungsverbotsgesetz, zur Beschränkung der Minderjährigenhaftung und zur Reform des Kindesunterhalts werden derzeit vorbereitet². Insbesondere die Entwürfe der Bundesregierung zum Kindschaftsrechtsreformgesetz, zum

* Vortrag Ankara, 21 November 1996; Fünfzigjähriges Bestehen der Juristischen Fakultät der Universität Ankara).

** Direktor des Instituts für Ausländisches und Internationales Privatrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br. Richter am Oberlandesgericht Stuttgart.

1. *Baer*, Zfj 1996, 123.

2. BT-Drucks, 13/4899 S. 77 f.

Erbechtsgleichstellungsgesetz und zum Eheschließungsgesetz sind meiner Ansicht nach in die entscheidende Phase des deutschen Gesetzgebungsverfahrens eingetreten. Eine Verabschiedung dieser Gesetzentwürfe scheint mir in naher Zukunft wahrscheinlich zu sein. Eine eingehende Auseinandersetzung mit den vorliegenden Gesetzentwürfen halte ich deshalb für angebracht.

Beginnen möchte ich mit der kritischen Vorstellung der wesentlichen Reformpunkte des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zum Eheschließungsrecht, um mich dann ebenfalls mit den Gesetzentwürfen zum Kindeschaftsrechtsreformgesetz und Erbechtsgleichstellungsgesetz zu befassen.

II. Zur Reform des Eheschließungsrechts:

Das Eheschließungsrecht befaßt sich-wie schon aus dem Begriff ersichtlich ist- zum einen mit den Voraussetzungen der Eheschließung als formalem Akt zur Begründung einer Ehe, und zum anderen mit den Fragen der Nichtigkeit bzw. Aufhebbarkeit der Ehe. Sie werden sich nun unter Umständen fragen - wie übrigens auch die einschlägigen deutschen Tageszeitungen³ -ob es nicht dringendere Reformvorhaben als das des Eheschließungsrechts gebe. Da das vorliegende Reformvorhaben allerdings nicht nur den Standort, sondern auch wichtige Inhalte und dogmatische Strukturen dieses Rechtsgebiets verändert und zudem auch unter historischem Aspekt Beachtung verdient, ist es für die juristische Fachwelt von hinreichendem Interesse.

1. Die Wiedereingliederung des Eheschließungsrechts in BGB:

Ins Auge stechender Punkt des vorliegenden Gesetzentwurfes der Bundesregierung ist die beabsichtigte Wiedereingliederung, der bislang im Ehegesetz geregelten Vorschriften über die Eheschließung in das BGB. Bis zum Jahre 1938 waren die Vorschriften über die materiellen Voraussetzungen der Eheschließung in den §§ 1303 ff BGB geregelt. Es bestand kein Zweifel darüber, daß die Vorschriften über die Eheschließung systematisch und prinzipiell ebenso in das BGB gehörten, wie auch die Vorschriften über die Form anderer Rechtsgeschäfte⁴.

3. Prantl, in "Süddeutsche Zeitung" vom 26.1.1996 u.a.

4. Barth/Wagenitz, FamRZ 1996, s.833.

Im Jahre 1938 waren die damaligen nationalsozialistischen Machthaber allerdings der Auffassung, in Anbetracht, "das völkischen Werts der Ehe, werde das Eherecht von anderen Grundvorstellungen getragen, als das auf der Gleichordnung beruhende allgemeine bürgerliche Recht"⁵. So wurde anlässlich des Anschlusses Österreichs an das Deutsche Reich und der deshalb zu schaffenden Rechtseinheit auf dem Gebiet des Eherechts das "Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung" beschlossen, und das Eheschließungsrecht, somit aus dem BGB⁶ ausgelagert. Die seither geschehene Gesetzgebung war noch nicht imstande, die Lücke zu schließen; weder die Erneuerung des Ehegesetzes durch das Ehegesetz von 1946 noch spätere Gesetzgebungsarbeiten auf dem Gebiet des Familienrechts haben die 1938 geschehene Auslagerung rückgängig machen können bzw. wollen. Die Lücke zwischen § 1302 und § 1353 BGB besteht so nach wie vor.

Erst die deutsche Wiedervereinigung brachte die Frage der Wiedereingliederung des Eheschließungsrechts in das BGB erneut auf die Tagesordnung. Die Verhandlungsführer der ehemaligen DDR wandten sich bei der Aushandlung des Einigungsvertrags generell gegen die Ersetzung ihres Familienrechts durch in Westdeutschland fortgeltendes Besatzungsrecht⁶. Der Entwurf der Bundesregierung zum Eheschließungsrecht ist demnach als späte Einlösung der damals gemachten Zusage der westdeutschen Delegation zu verstehen, wonach das EheG aufzuheben sei und das Eheschließungsrecht wieder seinen angestammten Platz in den § 1303 ff BGB zu erhalten habe.

Neben dieser begrüßenswerten Rückführung des Eheschließungsrechts ins BGB enthält dieser Entwurf der Bundesregierung einige wichtige inhaltliche Neuerungen. Die wichtigsten dieser Neuerungen möchte ich im folgenden vorstellen:

2. Die Abschaffung des § 1300 BGB:

Der Entwurf der Bundesregierung nimmt die Reform des Eheschließungsrechts zum Anlaß, den veralteten, wohl verfassungswidrigen und sicherlich obsoleten § 1300 BGB ersatzlos zu

5. Nachweis bei *Barth/Wagenitz*, aaO 833 Fn. 8.

6. WOLF, DZ 1995, 386, 387.

streichen⁷. § 1300 gewährt mit dem oft erwähnten "Kranzgeld" einer, unbescholtenen Verlobten, die ihrem Verlobten die Beiwohnung gestattet hat, eine billige Entschädigung in Geld für den Nichtvermögensschaden. Dieser rechtsvergleichend betrachtet einmalige Anspruch⁸ stellt ein kurioses und antiquiertes Stück Vergangenheit dar.

Die Bundesregierung sieht deshalb heute § 1300 BGB zu Recht als rechtspolitisch überholt an. Da die Vorschrift weitestgehend obsolet geworden ist und in ihrem Kern dem heutigen Grundverständnis der Gleichberechtigung von Mann und Frau widerspricht, ist ihre Streichung eindeutig zu befürworten.

3. Die Abschaffung des Aufgebots:

Als weitere unzeitgemäße Vorschrift soll durch die Reform des Eheschließungsrechts das **Aufgebot** abgeschafft werden. Unter dem Aufgebot versteht man einen Aushang am Standesamt, der eine bevorstehende Eheschließung verkündet. Das Aufgebot dient der Prüfung der Ehefähigkeit der Verlobten und der Ermittlung etwaiger Eheverbote. Es hat seine historischen Wurzeln in der Bekanntgabe des Eheschließungswunsches eines Paares in der örtlichen Kirche. Da die ortsansässige Bevölkerung dem Aufgebot jedoch kaum mehr Beachtung schenkt, und der Zweck des Aufgebots zuverlässiger durch ein ausgefeiltes Personenstandswesen erreicht werden kann, ist es nicht mehr zeitgemäß. Dies gilt insbesondere in Ansehung der datenschutzrechtlichen Problematik der Vorschrift⁹. So wird das Aufgebot heute insbesondere und zweckfremd dazu benutzt, die Heiratenden als für die Werbewirtschaft und den Handel interessante Zielgruppe zu erfassen.

Einer Abschaffung des Aufgebots stehen meines Erachtens keine nennenswerten Vorzüge entgegen.

4. Die Reduzierung der Eheverbote:

Eine wichtige Neuerung sieht der Entwurf der Bundesregierung mit der **Reduzierung der Eheverbote** vor. So sollen die Eheverbote der "Schwägerschaft", der **fehlenden Wartezeit** und des

7. Vgl. das *Amtsgericht Münster* FamRZ 1993, 707, S. f. *BVerfG* (3. Kammer des 1. Senats), FamRZ 1993, 662; s. dazu *Soergel-Hohloch*, BGB 12. Aufl. Nachtragsband § 1300 Rz. 1 ff.

8. *Münchener-Kommentar-Wacke*, BGB 3. Aufl. 1992 § 1300 Rdnr. 7.

9. So sprachen sich schon 1983 die Datenschutzbeauftragten von Bund und Ländern für eine solche Abschaffung aus (Nachweis bei FN 32 bei *Barth/Wagenitz*, FamRZ 96, 834.

fehlenden Auseinandersetzungeszeugnisses ersatzlos gestrichen werden.

a) Das geltende Ehegesetz verbietet in § 4 die Eheschließung, "zwischen Verschwägerten in gerader Linie". Verboten ist demnach die Ehe mit einer Person, die vom früheren Ehegatten abstammt (also Sohn oder Tochter des Ex-Partners), oder von der früher Ehegatte abstammt (Vater oder Mutter des Ex-Partners).

Da ein solches Verbot der Schwägerschaft weder durch erbblologische noch durch ethische Erwägungen zu rechtfertigen ist, und eine Befreiung von diesem Verbot gem. § 21 II EheG schon heute die gesetzliche Regel darstellt¹⁰, ist die Streichung des Verbots der Schwägerschaft zu unterstützen.

b) Auch das noch geltende Verbot der **fehlenden Wartezeit** gem. § 8 EheG, welches vorsieht, daß eine Ehe vor Ablauf von 10 Monaten nach Auflösung oder Nichtigklärung einer Vorehe nicht geschlossen werden darf, soll nach dem Entwurf der Bundesregierung ersatzlos gestrichen werden.

Der Zweck der Wartezeit besteht in der Vermeidung von Zweifeln darüber, aus welcher von zwei aufeinanderfolgenden Ehen ein Kind stammt. Seit der Einführung des § 1600 I BGB im Jahre 1943, wonach das Kind im Zweifel stets als Kind des zweiten Mannes galt, führte das Eheverbot der Wartezeit zu einer bedenklichen Entwicklung. Während der Gesetzgeber mit § 1600 BGB anerkennt, daß das Kind typischerweise Kind des zweiten Partners ist, bezweckt das Eheverbot der Wartezeit, daß eine Eheschließung mit diesem Partner unterbleibt, wonach das Kind eben doch als Kind des ersten Ehemannes gilt¹¹.

Auch das Verbot der fehlenden Wartezeit ist durch die Befreiungsmöglichkeit gem. § 8 II EheG und § 7a PStG bereits faktisch entkräftet, da durch den Standesbeamten fast ausnahmslos Befreiung vom Eheverbot der Wartezeit erteilt wird¹². Außerdem ist das Verbot der fehlenden Wartezeit nicht sanktionsbewehrt. Das heißt, nach geltendem Recht kann eine verbotswidrig vor Ablauf der Wartezeit geschlossene Ehe weder für nichtig erklärt noch aufgehoben werden¹³. Aus diesen Gründen ist auch die Streichung des Eheverbots der fehlenden Wartezeit zu begrüßen.

10. *Barth/Wagenitz*, a.a.O. S. 835.

11. *Barth/Wagenitz*, S. 836.

12. *Barth/Wagenitz*, a.a.O. S. 835.

13. BR-Drucks. 79/96 S. 33.

c) Weiterhin soll nach dem Entwurf der Bundesregierung das Verbot des **fehlenden Auseinandersetzungszuzeugnisses** gestrichen werden. Gem. § 9 EheG soll derjenige, "der für das Vermögen eines Kindes zu sorgen hat oder mit einem minderjährigen oder einem in Vermögensangelegenheiten unter Betreuung stehenden Abkömmling in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebt, eine Ehe nicht eingehen, bevor er nicht ein Zeugnis des Vormundschaftsgerichts darüber beigebracht hat, daß er dem Kind oder dem Abkömmling gegenüber die ihm aus Anlaß der Eheschließung obliegenden Pflichten erfüllt hat oder daß ihm keine solchen Pflichten obliegen".

Dieses Eheverbot ist ebenfalls vom geltenden Recht sanktionlos gestellt. Außerdem geht es inhaltlich zu weit¹⁴. Zum einen wird auch der zukünftige Ehegatte durch das Eheverbot geschädigt, zum anderen kann wirtschaftlichen Nachteilen für ein Kind oder einen Abkömmling infolge der Eheschließung schon durch eine Anzeige des Standesbeamten gegenüber dem Vormundschaftsgericht begegnet werden¹⁵. Insofern bedarf es des "schweren Geschützes" des Eheverbots nicht.

Auch der Streichung dieses Eheverbots stehen also keine Einwände entgegen.

5. Die Vereinfachung der Eheschließung mit Auslandsberührung:

Als weiteren Reformpunkt sieht der Entwurf der Bundesregierung **Vereinfachungen bei der Eheschließung mit Auslandsbezug** vor.

Dabei werden insgesamt vier Punkte der bestehenden Regelung verbessert bzw. vereinfacht.

Nach geltendem Recht (§ 10 EheG) soll ein Ausländer eine Ehe nicht eingehen, bevor er ein Zeugnis der inneren Behörde seines Heimatlandes beigebracht hat, daß der Eheschließung ein in den Gesetzen des Heimatlandes begründetes Eehindernis nicht entgegensteht. Kann ein solches Ehefähigkeitszeugnis nicht be-

14. BR Drucks. 79/96 S.34.

15. *Barth/Wagenitz* S.836.

schaftt werden, muß der zuständige Präsident des Oberlandesgerichts von dieser Vorschrift Befreiung erteilen.

Der Entwurf schränkt nun zunächst den Personenkreis ein, der ein Ehefähigkeitszeugnis beizubringen hat. Während in § 10 EheG bestimmt ist, daß "*Ausländer*" keine Ehe eingehen sollen, bevor sie ein Ehefähigkeitszeugnis beigebracht haben, soll dies künftig nur für diejenigen gelten, der "hinsichtlich der Voraussetzungen der Eheschließung vorbehaltlich des Art. 13 II EGBGB ausländischem Recht unterliegt". Der zunächst kompliziert klingende Regelungsvorschlag dient der Rechtsvereinfachung, indem er den Kreis der Personen, die ein Ehefähigkeitszeugnis vorlegen (oder hiervon befreit werden) müssen, entsprechend dem Sinn der Regelung einschränkt. So soll ein Ehefähigkeitszeugnis nur noch dann erforderlich sein, wenn die Ehefähigkeit des Betroffenen sich grundsätzlich nach fremdem Recht bestimmt, der vom Erfordernis des Ehefähigkeitszeugnisses verfolgte Zweck einer Erleichterung der Prüfung dieses Heimatrechts also erreicht werden kann. Praktische Bedeutung hat die Novellierung indes nur für die wenigen Staaten, deren IPR durch "Domizilanknüpfung" zu einem gemäß Art. 4 Abs. 1 EGBGB beachtlichen Renvoi führt (z.B. England, USA, Skandinavien)¹⁶.

Desweiteren sollen künftig auch Zeugnisse anerkannt werden, die von anderen als den "*inneren Behörden*" ausgestellt worden sind. Der neue § 1309 I, S.2 BGB-E sieht vor, daß als Zeugnis einer inneren Behörde auch eine solche Bescheinigung gilt, "die von einer anderen Stelle nach Maßgabe eines mit dem Heimatstaat geschlossenen Vertrags erteilt ist". Dieser Öffnungsklausel soll umgehend durch die überfällige Ratifikation des von der internationalen Zivilstandskommission (CIEC) aufgelegten "Übereinkommens über die Ausstellung von Ehefähigkeitszeugnissen" ein Anwendungsbereich eröffnet werden.

Weiterhin soll das Erfordernis einer *Zuständigkeitsbescheinigung des deutschen Konsuls* für ausländische Ehefähigkeitszeugnisse als mittlerweile überflüssig gewordene Formalie entfallen¹⁷. Diese "Liberalisierung" wird freilich der praktischen Brauchbarkeit der Zeugnisse kaum dienen.

16. s. *Erman-Hohloch*, BGB 9. Aufl. 1993, Art. 13 EGBGB Rz. 5 m.w.N.

17. BR-Drucks, 79/96 S. 36.

Daneben wird die örtliche *Zuständigkeit der Präsidenten der Oberlandesgerichte* für das Befreiungsverfahren neu geordnet. Während sich deren Zuständigkeit bislang danach richtet, in welchem Bezirk eine Ehe geschlossen werden soll, soll nach dem Entwurf der Bunderegierung der OLG-Präsident tätig werden, in dessen Bezirk der Standesbeamte seinen Sitz hat, bei dem die Eheschließung angemeldet worden ist. Dies soll die Zusammenarbeit ortsnaher Behörden sicherstellen und die Verfahrensabläufe in der Praxis erleichtern.

Die angeführten Reformvorhaben stellen allesamt Verbesserungen für die praktische Tätigkeit der Behörden dar und sind insofern zu befürworten.

6. Die Rechtsfolgen der fehlerhaften Ehe:

Der dritte Teil des Entwurfs sieht neue Regelungen bzgl. der **fehlerhaften Ehe** vor.

Zum einen werden die Tatbestände der fehlerhaften Ehen neu und übersichtlich geordnet. Zum anderen sieht der Entwurf eine neue, einheitliche Regelung bzgl. der Rechtsfolgen einer fehlerhaft zustande gekommenen Ehe vor.

Bzgl. der Neuordnung der Fehlertatbestände der Ehe ist anzumerken, daß insbesondere die Regelungen über die *Geschäftsfähigkeit* übersichtlicher zusammengefaßt wurden. Außerdem wird durch den Entwurf der Unterschied zwischen *Ehe und Nichtehe* klarer dargestellt¹⁸. Inhaltlich ist anzumerken, daß der bislang im geltenden Recht (§ 23 EheG) vorhandene Aufhebungsgrund "*Irrtum über Eigenschaften des Ehegatten*" nach dem Entwurf hinwegfallen soll. Die "Lehrbuchfrage", ob die verheimlichte Schwangerschaft einer Frau von einem anderen Mann eine solche Eigenschaft darstelle, die für den Partner der Eheschließung die Aufhebung der Ehe rechtfertigt¹⁹, fällt damit weg.

Bzgl. der Rechtsfolgen einer fehlerhaften Ehe beseitigt der Entwurf die nicht immer einsichtige Unterscheidung zwischen

18. Fehlt ein Konsens vor dem Standesbeamten, so liegt nach § 1310 BGB-E keine Ehe und damit auch hier Nichtehe vor.

19. S. Palandt-Diederichsen, BGB 55. Aufl. 1996 § 32 EheG Rdnr. 10 und BGH NJW 1986, 1689.

Nichtigkeit und Aufhebbarkeit der Ehe. An die Stelle der (rückwirkenden) Nichtigkeit von Ehen einerseits und der (lediglich zukünftig wirkenden) Aufhebung von Ehen andererseits tritt nunmehr ausschließlich die Möglichkeit, fehlerhaft geschlossene Ehen mit Wirkung für die Zukunft aufzulösen. Gem. § 1318 BGB-E bestimmen sich die Folgen der Aufhebung der Ehe nach den Vorschriften über die Scheidung.

Diese *einheitliche Fehlerfolge* beseitigt die Unterschiede, die sich bislang aus der Rückwirkung einer Nichtigkeitsklärung und der nur für die Zukunft wirkenden Aufhebung einer Ehe ergeben. Die Auswirkungen dieser einheitlichen Fehlerfolge dürften allerdings nicht gravierend sein, da sich auch nach geltendem Recht die Unterscheidung von Nichtigkeit und Aufhebbarkeit der Ehe nur noch im Erb- und Namensrecht sowie -auf Antrag- im Ehevermögensrecht (§ 33 EheG) auswirkt. So zerstört die Nichtigkeitsklärung das Namensband der Ehegatten. Die Möglichkeit einer Nichtigkeitsklärung überdauert den Tod und zerstört damit das Erbrecht. Auf Antrag des an der Nichtigkeit "unschuldigen" Ehegatten entfallen Nachwirkungen der Ehe wie Unterhalt, Zugewinnausgleich und Versorgungsausgleich.

Da diese Unterschiede jedoch nur in einer sehr geringen Anzahl von Fällen relevant geworden sind²⁰, ist eine Abschaffung der divergierenden Rechtsfolgen zu Gunsten einer einheitlichen, praktikableren Regelung zwar wohl nicht stets gerecht, aber doch vertretbar.

In diesem Zusammenhang ist noch auf ein signifikantes Detail unter den Neuerungen des Entwurfs hinzuweisen. So soll das Recht zur Erhebung der Nichtigkeitsklage, das derzeit wie seit alters neben den Ehegatten der nichtigen Ehe oder auch den Partnern der durch die (nichtige) Doppelehe betroffenen alten Ehe dem **Staatsanwalt** zusteht (§ 24 EheG), künftig einer besonderen Verwaltungsbehörde übertragen werden. Die Bundesregierung rechtfertigt diesen Aspekt des Neuerungsvorhabens mit der Idee der "Entkriminalisierung" des Verfahrens. Ich sehe mich insofern nicht überzeugt, geht es doch bei der Beseitigung der nichtigen Ehe um einen Vorgang, der im öffentlichen Interesse liegt. Ein Eingreifen

20. Im Jahre 1991 wurden lediglich 35 Ehen für nichtig erklärt und 120 aufgehoben, im Jahre 1992 48 bzw. 113 (BR-Drucks. S. 47).

zum Wohle des öffentlichen Interesses aber ist seit je vornehme Aufgabe einer Behörde, die Justizbehörde ist und sich ihrer Objektivität rühmt und die angesichts der geringen Zahl der jährlich vorkommenden Fälle von praktisch erheblicher Belastung nicht sprechen kann.

7. Die Heilung fehlerhafter Ehen:

Als letzter Reformpunkt im Entwurf der Bundesregierung zum Eheschließungsrecht ist die sog. **„statusrechtliche Heilung nicht standesamtlicher Eheschließungen“** zu nennen. Es geht um ein Problem des internationalen Eherechts, und zwar der sogenannten **„hinkenden Ehe“** (*„matrimonium claudicam“*). Das deutsche Eheschließungsrecht beruht seit der Schaffung des Reichspersonenstandsgesetzes von 1875 auf dem ausschließlichen Prinzip der obligatorischen Zivilehe. Ebenso läßt das IPR (Art. 13 III 1 EGBGB) im Prinzip nur die **„Ortsform“** eben dieser obligatorischen Zivilehe zu, gleichviel ob zwei Ausländer, die im deutschen Inland die Ehe eingehen wollen, nach ihrem Heimatrecht bzw. ihren Heimatrechten in anderer Form (fakultative Zivilehe, Eheschließung vor dem Geistlichen, Eheschließung durch privaten Kontrakt) die Ehe eingehen können. § 15 a EheG 1946 und der an seine Stelle getretene heutige Art. 13 III 2 EGBGB haben dieses harte Prinzip durch die Einräumung der Trauungsbefugnis an bestimmte von der Regierung eines fremden Staates benannte Personen bzw. Amtsträger nur unwesentlich gemildert. Die kollisionsrechtliche Regelung hat vielmehr immer wieder und insbesondere seit der Zeit unmittelbar nach dem II. Weltkrieg zu Ehen geführt, die aus deutscher Sicht Nichtehen, aus der Sicht einer anderen Rechtsordnung aber vollgültige Ehen und damit eben **„hinkende Ehen“** waren²¹. Die Reform will hier nicht zu Unrecht **„Gnade vor Recht“** ergehen lassen und partiellen Vertrauensschutz gewähren.

Der Entwurf geht in § 1310 III BGB-E dahin, das Vertrauen der Ehepartner auf den Bestand der Ehe zu schützen, wenn diese zehn Jahre -beim frühzeitigen Tod eines Ehegatten zumindest fünf Jahre- **zusammengelebt** haben und das Verhalten eines deutschen Standesbeamten den Betroffenen genügend Anlaß gegeben hat, sich für **verheiratet zu halten** (etwa durch Eintragung in ein Personenstandsbuch oder dergleichen).

21. Vgl. *Erman-Hohloch*, aaO Art. 13 EGBGB Rz. 10, 16 m.w.N.

Neues vollbringt der Entwurf damit freilich nicht. Die projektierte und -sehr eng begrenzte- statusrechtliche Heilungsmöglichkeit beruht auf Rechtsprechung, die schon seit einigen Jahren die Partner einer sog. "hinkenden Ehe" partiell als Ehegatten behandelte²².

Die statusrechtliche Heilungsmöglichkeit von Ehen schafft m. E. in den angesprochenen Fällen eine billige Lösung, dürfte allerdings in ihrer Relevanz wegen der sehr strengen Voraussetzungen der Regelung nur von geringer Bedeutung sein.

8. Stellungnahme:

Als abschließendes Fazit möchte ich einerseits festhalten, daß der Entwurf der Bundesregierung zur Reform des Eheschließungsrechts insbesondere wegen der längst überfälligen Wiedereingliederung des Eheschließungsrechts in das BGB zu begrüßen ist. Auch die vorgenommenen inhaltlichen Änderungen sind im wesentlichen zu befürworten, da sie insgesamt Modernisierung bewirken, alte Zöpfe abschneiden und für mehr Klarheit und Vereinfachung in diesem Rechtsgebiet sorgen.

Festzuhalten bleibt freilich andererseits auch Kritik. Erhebliche inhaltliche Neuerungen bringt der Entwurf nicht und kann er nicht bringen, da das Prinzip obligatorischer Eheschließung vor dem Standesbeamten nicht wankt und auch nicht wanken soll. Der Rest ist Rechtsbereinigung, nicht aber Reform im eigentlichen Sinne des Wortes. Rechtsbereinigung hat ihren Wert, ihre Verfechter sollten indes bescheiden genug sein, diese Idee ins Licht zu stellen und die Angelegenheit nicht mit Dimension auszustatten, die sie nicht hat.

III. Zur Reform des Kindschaftsrecht bzw. zum Entwurf des Erbrechtsgleichstellungsgesetzes

Ich komme dann zum zweiten Abschnitt meines Vortrages.

Wie Ihnen aus der Vielzahl der einschlägigen Publikationen bekannt sein dürfte, besteht seit geraumer Zeit in vielen Rechtsordnungen und so auch in der deutschen Reformbedarf im Kindschaftsrecht und in den angrenzenden Rechtsgebieten. Dieser

22. BVerfG 62, 323.

Reformbedarf beruht auf verschiedenen Gründen. Zum einen liegen die Gründe im beständigen gesellschaftlichen Wandel. Zum anderen ist das Bundesverfassungsgericht ein unermüdlicher Beweger des Familienrechts. So hat das Bundesverfassungsgericht schon vor Jahren²³ eine ganze Reihe von Vorschriften aus dem Gebiet des Kindschaftsrechts für verfassungswidrig erklärt. Die Anforderungen des BVerfG an den Gesetzgeber sind bis zum heutigen Tage zwar durch die Fachgerichte, nicht aber auch durch den Gesetzgeber umgesetzt worden.

Auch die Wiedervereinigung machte eine Reform des Kindschaftsrechts notwendig. So besteht in einigen Bereichen des Kindschafts- bzw. damit zusammenhängenden Erbrechts eine Rechtsspaltung zwischen den neuen und alten Bundesländern ein Zustand, der auf Dauer nicht zu rechtfertigen ist (vgl. Art. 230 I, II EGBGB i.V.m. Art.234, 235 EGBGB).

Aber auch aus dem internationalen Bereich kommen Anstöße zu einer Reform des Kindschaftsrechts. Insbesondere die UN-Kinderrechtskonvention hat hier den Diskussionsprozeß beflügelt²⁴.

Die derzeit im Gesetzgebungsverfahren befindliche "Kindschaftsrechtsreform" sieht sich deshalb als Gesamtreform anstehender Probleme. Die Bundesregierung bzw. das Bundesministerium der Justiz favorisiert dabei wohl aus Gründen der parlamentarischen Vernunft und Ökonomie²⁵ eine Zergliederung des vielfach eingeforderten Gesamtpakets in mehrere Teile. So liegen neben dem Entwurf zur Reform des Kindschaftsrechts ein Gesetzentwurf der Bundesregierung zur erbrechtlichen Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder ("Erbrechtsgleichstellungsgesetz") sowie der Entwurf eines Beistandschaftsgesetzes²⁶ vor. Geplant sind weiterhin die Reform des Kindesunterhaltsrechts sowie die Beschränkung der Haftung volljährig gewordener Abkömmlinge²⁷. Auch der Entwurf eines Mißhandlungsverbotsgesetzes wurde bereits erarbeitet²⁸.

23. Erstmals im Nov. 1982 zum gemeinsamen Sorgerecht der Eltern.

24. *Walter FamRZ* 95, 1539; *Ramm*, *JZ* 1996, 927 ff.

25. Vgl. *Dickmeis* *DAV* 96, 564.

26. *BT-Drucks.* 13/892.

27. *Dickmeis*, *DAV* 1996, 564.

28. *BT-Drucks.* 12/6343.

Eine Diskussion sämtlicher genannter Reformvorschläge würde allerdings den Rahmen des heutigen Vortrags bei weitem sprengen. Aus diesem Grunde möchte ich mich im folgenden auf die Darstellung der wesentlichen Reformpunkte des Entwurfs zur Reform des Kindschaftsrechts sowie des Entwurfs zum Erbrechts-gleichstellungsgesetz nichtehelicher Kinder²⁹ beschränken.

Beginnen möchte ich mit der Vorstellung des Entwurfs der Bundesregierung zum Kindschaftsrechtsreformgesetz.

1. Das Kindschaftsrechtsreformgesetz:

Der Entwurf des Kindschaftsrechtsreformgesetzes sieht Neuerungen im Bereich des Abstammungsrechts, des elterlichen Sorge-rechts, des Umgangsrechts, des Betreuungsunterhalts, des Adoption-rechts, des Namensrechts sowie des Verfahrensrechts vor. Er bildet im Rahmen der vorgesehenen Neuordnung des gesamten Kindschaftsrechts den umfangreichsten und gewichtigsten Teil des geplanten Reformpakets³⁰. Ziel des Entwurfs der Bundesregierung zum Kindschaftsrechtsreformgesetz ist eine Verbesserung der Rechte der Kinder und der bestmöglichen Förderung des Kindes-wohls, der Abbau noch bestehender rechtlicher Unterschiede zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern und die Stärkung der Rechtspositionen der Eltern vor unnötigen staatlichen Eingriffen. Außerdem soll das geltende Recht einfacher und überschaubarer werden³¹.

Der Entwurf zum Kindschaftsrechtsreformgesetz befindet sich derzeit in der "heißen Phase" der parlamentarischen Beratung: Der Entwurf der Bundesregierung³² wurde am 28.2.1996 verabschiedet³³. Dazu erfolgte eine Stellungnahme des Bundesrates vom 3.5.1996³⁴. Die 1. Lesung des Gesetzentwurfs zum Kindschaftsrechtsreformgesetz fand noch vor der Sommerpause statt. Derzeit befindet sich der Entwurf zum Kindschaftsrechtsreformgesetz in den Ausschüssen. Für den 4. Dezember ist eine Sach-verständigenanhörung geplant³⁵.

29. BT-Drucks. 12/7819.

30. Walter, FamRZ 1995, 1538.

31. BT-Drucks. 12/4899 S.29.

32. BT-Drucks. 13/4899; der Referentenentwurf datiert vom 24.7.1995.

33. Bundesministerium der Justiz, DAV 96, 538.

34. BR-Drucks. 180/96.

35. Informationen von Frau Nowotsch, Bundesministerium der Justiz.

Im folgenden möchte ich Ihnen nun die besonders wichtigen und umstrittenen Teile des Entwurfs vorstellen.

a) *Das Abstammungsrecht:*

Beginnen möchte ich die Vorstellung des Entwurfs der Bundesregierung zum Kindschaftsrechtsreformgesetz mit der Erläuterung der geplanten Änderungen im Abstammungsrecht. Hier sind umfangreiche Neuerungen vorgesehen.

Das heutige Abstammungsrecht unterscheidet strikt zwischen ehelicher und nichtehelicher Abstammung. Der Entwurf strebt nun zunächst an, die "Ehelichkeit" bzw. "Nichtehelichkeit" eines Kindes solle künftig kein der Person anhaftendes Statusmerkmal mehr sein³⁶. Deshalb soll die has heutige Abstammungsrecht prägende Unterscheidung zwischen ehelicher und nichtehelicher Abstammung zugunsten einer *einheitlichen Regelung* aufgegeben werden³⁷.

Als Folge dieser einheitlichen Regelung sollen nach dem Entwurf zunächst die bislang geltenden unterschiedlichen Regelungen bzgl. der *Anfechtung der Vaterschaft* aufgehoben werden. Bislang kann das eheliche Kind seine Ehelichkeit nur bei Vorliegen ganz bestimmter Umstände (gem. § 1596 I Nr. 1-5 BGB z.B. Heirat der Mutter mit dem genetischen Vater) anfechten. Solcher besonderer Umstände bedarf es für die Anfechtung der Vaterschaft durch das nichteheliche Kind nach geltendem Recht nicht.

Desweiteren ist vorgesehen, die Vaterschaftsanfechtung einheitlich für eheliche und nichteheliche Kinder zu regeln (gem. § 1600 b BGB-E)³⁸. Durch die Streichung der besonderen Voraussetzungen für die Anfechtung der Vaterschaftserklärung soll zudem einer Beanstandung des BVerfG Rechnung getragen werden. Das BVerfG hatte in seinem Urteil vom 31. Januar 1989³⁹ erklärt, die §§ 1593, 1598 i.V.m. § 1596 Abs. 1 BGB seien mit dem GG unvereinbar, soweit sie dem volljährigen Kind (von den gesetzlichen Anfechtungstatbeständen abgesehen) nicht nur die Änderung seines

36. BR-Drucks. 13/4899 S.51.

37. vgl. § 1591 ff BGB-E (BT-Drucks. 13/4899).

38. BR-Drucks. 13/4899 S.51.

39. BVerfGE 79, 256.

familienrechtlichen Status sondern auch die gerichtliche Klärung seiner Abstammung verweigern. In diesem Urteil stellte das BVerfG das viel zitierte sog. *Recht des Kindes auf Kenntnis seiner eigenen Abstammung* auf.

Durch die geplante, von besonderen Umständen unabhängige Anfechtungsmöglichkeit des Kindes (gem. § 1600 b BGB-E) dürfte den Beanstandungen des BVerfG genügt werden.

In diesem Zusammenhang soll auch die vom BVerfG⁴⁰ ohnehin für verfassungswidrig erklärte Norm des § 1598 BGB, wonach *ab Volljährigkeit des Kindes eine Anfechtungsfrist von zwei Jahren unabhängig von der Kenntnis des Kindes gilt*, gestrichen werden. Nach dem Entwurf der Bundesregierung (§ 1600 bI BGB-E) soll die Anfechtung der Vaterschaft zwar auch künftig nur binnen zwei Jahren möglich sein, allerdings beginnt die Frist erst ab dem Zeitpunkt, in dem der Berechtigte von den Umständen erfährt, die gegen die Vaterschaft sprechen⁴¹.

Weiterhin sollen durch den Entwurf die Probleme des derzeitigen Abstammungsrechts beseitigt werden, die sich dann ergeben, wenn eine Frau kurz nach der Trennung oder Scheidung ein Kind von ihrem neuen Lebensgefährten erwartet. Gem. § 1592 I BGB gilt ein Kind, das innerhalb von 302 Tagen nach einer Scheidung geboren wird, grundsätzlich noch als *Kind des geschiedenen Ehemannes*. Selbst wenn alle Beteiligten sich über die Abstammung des Kindes einig sind, verlangt das Gesetz die Durchführung des Anfechtungsverfahrens zur Herbeiführung eines rechtskräftigen Urteils über die Nichtehelichkeit des Kindes⁴². Erst danach kann das Kind von seinem leiblichen Vater anerkannt werden.

Wegen des der Scheidung in der Regel vorausgehenden Trennungsjahres ist es wiederum in der Regel heute wenig wahrscheinlich, daß ein nach der Ehe geborenes Kind gleichwohl vom früheren Ehemann abstammt. In solchen Fällen geht die Beiwohnungsvermutung des geltenden Rechts an der Wirklichkeit vorbei und führt zu überflüssigen Ehelichkeitsanfechtungsverfahren, in den in der Regel ein kostspieliges Abstammungsgutachten erstellt werden muß⁴³. Aus diesen Gründen soll künftig die gesetzliche

40. BVerfG FamRZ 1994, 881.

41. Bt-Drucks. 13/4899 S.56.

42. Schumann JuS 96, 506.

43. BT-Drucks. 13/4899.

Vermutung entfallen, daß ein nach Rechtskraft der Scheidung geborenes Kind vom früheren Ehemann der Mutter abstammt. Falls ausnahmsweise doch der geschiedene Ehemann der Vater des Kindes ist, kann er die Vaterschaft anerkennen.

Da inzwischen die weitaus meisten Fälle der Ehelichkeitsanfechtung die nach Scheidung geborenen Kinder betreffen⁴⁴, ist eine solche Regelung insbesondere aus praktischen Gründen zu befürworten.

Bei aller Kritik an einzelnen Voraussetzungen der empfohlenen Neuregelung⁴⁵ bleibt festzuhalten, daß die Regelung in ihrer Zielsetzung einem großen praktischen Bedürfnis entspricht.

Bzgl. der mütterlichen Abstammung hält der Entwurf am bisherigen nicht normierten Grundsatz "mater semper certa" fest⁴⁶. Damit wird eine angesichts der modernen Fortpflanzungsmedizin entstandene Regelungslücke geschlossen. Wird ungeachtet des Verbots der "Leih- bzw Ersatzmutterschaft" durch das Embryonenschutzgesetz - ein Kind im Wege einer *Ei-oder Embryonenspende* von einer anderen Frau als der genetischen Mutter ausgetragen, so ist nur die Frau, die das Kind geboren hat, im rechtlichen Sinne als Mutter anzusehen. Es wäre freilich des Nachdenkens wert gewesen, für diese Fälle ein Anfechtungsrecht vorzusehen.

Umstritten ist weiterhin, wie das Anfechtungsrecht der Vaterschaft in Fällen der *heterologen Insemination* zu behandeln ist. Der Entwurf der Bundesregierung schweigt zu dieser Frage. Nach derzeitiger Rspr. des BGH⁴⁷ besteht das Anfechtungsrecht des Ehemannes auch, wenn er der heterologen Insemination zugestimmt hat. Diese unbefriedigende Rechtslage soll durch eine Empfehlung des Bundesrates zum Entwurf des Kindschaftsrechtsreformgesetz geändert werden. Der Bundesrat empfiehlt, in diesen Fällen ein Anfechtungsrecht durch den Mann oder die Mutter gesetzlich auszuschließen⁴⁸. Die Bundesregierung wendet sich jedoch

44. Bundesministerium der Justiz Mitteilung in DAV 96, 539.

45. BR-Drucks. 180/96, S.1, 2.

46. Walter FamRZ 95, 1538.

47. BGHZ 87, 169 ff.

48. BR-Drucks. 180/96 S.4.

gegen den Ausschluß der Anfechtung als isolierter Rechtsfolge einer konsentierten heterologen Insemination. Zunächst müßten insoweit schwierige Rechtsfragen zur Zulässigkeit einer solchen Maßnahme und zu den Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung (etwa notarielle Beurkundung) geklärt werden⁴⁹. Die Frage der Anfechtungsmöglichkeit der Vaterschaft nach der Einwilligung zu einer heterologen Insemination bleibt also weiterhin spannend.

Als weitere Neuregelung im Abstammungsrecht sieht der Entwurf ein *eigenes Recht der Mutter vor, die Vaterschaft anzufechten*, wenn dies dem Wohle des Kindes dient. Bislang war der Mutter eines ehelichen Kindes diese Anfechtungsmöglichkeit verwehrt geblieben.

Ein solches Anfechtungsrecht der Mutter ist grundsätzlich zu befürworten, da gerade die Mutter des Kindes am besten wissen muß, von wem das Kind wirklich abstammt⁵⁰. Außerdem muß in diesem Zusammenhang beachtet werden, daß die erfolgreiche Anfechtung ganz erhebliche mittelbare Wirkungen auf die Rechtsstellung der Mutter entfaltet, etwa bei der elterlichen Sorge.

Fraglich ist lediglich, ob dieses Anfechtungsrecht gem. § 1600 Abs. 2 Nr.1 BGB-E auf die Fälle einzuschränken ist, in denen die Anfechtung dem Wohle des Kindes dient (in der Stellungnahme des Bundesrates zum KindRG kritisiert)⁵¹. Nach der Stellungnahme der Bundesregierung⁵² soll nun anscheinend auf die Kindeswohlklausel verzichtet werden.

b) Die elterliche Sorge:

Seit das BVerfG 1982⁵³ die zwingende Zuordnung der elterlichen Sorge zu nur einem Elternteil nach der Scheidung § 1671 IV 1 für verfassungswidrig erklärt hat, kennt die Rechtspraxis ein *gemeinsames Sorgerecht* geschiedener Eltern. Dieses gemeinsame Sorgerecht der Eltern nach Scheidung soll nach dem Entwurf der Bundesregierung (§ 1671 BGB-E) nunmehr in Umkehrung der

49. BT-Drucks. 13/4899.

50. Bundesministerium der Justiz, Mitteilung in DAV 1996, 540.

51. vgl. zur Kritik des Bundesrates BR-Drucks. 180/96 S.3.

52. BR-Drucks. 13/4899 S.166.

53. BVerfG NJW 1983, 101.

bisherigen Rechtslage als gesetzlicher Regelfall anzusehen sein⁵⁴. Damit wird der Forderung des BVerfG mehr als entsprochen.

Im Gegensatz zum gemeinsamen Sorgerecht geschiedener Eltern, das längst praktiziert wird (zwischen 1994 und 1995 haben in den alten Bundesländern zwischen 15,3% und 24% der Eltern nach Scheidung die gemeinsame Sorge erhalten⁵⁵), können die Eltern eines nichtehelichen Kindes bis heute ein solches gemeinsames Sorgerecht nicht erlangen. Gem. § 1705 steht nach bisher geltendem Recht die alleinige Sorge über ein nichteheliches Kind allein der Mutter zu. Der Vater kann die elterliche Sorge nur auf dem Wege einer Ehelicheitserklärung erlangen, wodurch aber die Mutter die Sorge verliert. Dies gilt selbst dann, wenn die Eltern des nichtehelichen Kindes übereinstimmend die gemeinsame elterliche Sorge beanspruchen.

Diese Regelung wurde vom BVerfG beanstandet, da der generelle Ausschluß des gemeinsamen Sorgerechts für Eltern nichtehelicher Kinder aus Gründen des Kindeswohls nicht geboten erscheint⁵⁶. Nach dem Entwurf der Bundesregierung sollen künftig Eltern, die nicht miteinander verheiratet sind, die gemeinsame Sorge innehaben, wenn sie dahingehende übereinstimmende Erklärungen (sog. Sorgeerklärungen) abgegeben haben. Diese können hiernach schon vor der Geburt des Kindes abgegeben werden und bedürften (gem. § 1626 d BGB-E) der Beurkundung eines Notars oder des Jugendamtes.

Selbst wenn eine derartige gemeinsame Sorge dem Willen der Mutter nicht entspricht, soll der Vater eines nichtehelichen Kindes künftig von der elterlichen Sorge nicht gänzlich ausgeschlossen sein. Nach der derzeitigen Rechtslage ist es dem Vater gegen den Willen der Mutter bislang nur möglich, die elterliche Sorge auszuüben, wenn er zum Vormund über sein Kind ernannt werden kann, was faktisch nur schwer möglich ist. Selbst wenn die Mutter erkrankt oder stirbt oder ihr das Sorgerecht entzogen wird, kann dem Vater des nichtehelichen Kindes nach geltendem Recht die Alleinsorge nicht übertragen werden,

54. vgl. *Salgo FamRZ* 96, 449.

55. *Bundesministerium der Justiz*, DAV 1996, 539.

56. *BVerfG* 84, 168 [181].

Durch das vom Entwurf vorgesehene *subsidiäre Sorgerecht* kann dem Vater des nichtehelichen Kindes in den angeführten Fällen vom Familiengericht die elterliche Sorge übertragen werden, wenn dies dem Wohle des Kindes dient. Selbst wenn die elterliche Sorge der Mutter nicht auf die beschriebene Art and Weise endet, besteht nach dem Entwurf die Möglichkeit, daß der Vater im Wege gerichtlicher Entscheidung das Sorgerecht alleine bzw. zusammen mit der Mutter erhält, soweit dies dem Wohl des Kindes dient⁵⁷.

Insofern schafft der Entwurf für den Vater eines nichtehelichen Kindes eine erhebliche Verbesserung seiner Rechtsstellung in bezug auf die elterliche Sorge.

c) Das Umgangsrecht:

Während bei geschiedenen Ehegatten dem nicht personensorgeberechtigten Elternteil grundsätzlich ein Recht zum Umgang mit dem Kind zusteht (§ 1634 I) BGB, wird beim nichtehelichen Kind regelmäßig der Mutter die Entscheidungsbefugnis überlassen, ob und in welchem Umfang der Vater Gelegenheit haben soll, mit seinem Kind zusammen zu sein (§ 1705 i.V.m. § 1711 BGB). Die Regelung des § 1711 BGB geht davon aus, daß in den Fällen, in denen die Mutter Kontakte des Vaters zu seinem Kind ablehnt, dies im Interesse des Kindes in der Regel zu akzeptieren sei. Nur ausnahmsweise steht die Einräumung des Umgangsrechts gemäß § 1711 II BGB im Ermessen des Vormundschaftsgerichts, sofern ein persönlicher Umgang dem Kindeswohl dient.

Schon 1989 legte die Bundesregierung einen Gesetzentwurf vor, der den Umgang zwischen dem nichtehelichen Kind und seinem Vater in stärkerem Maße als bisher ermöglichen sollte (sog. Nichtehelichen-Umgangsgesetz)⁵⁸. Durch den Entwurf zum Kindschaftsrechtsreformgesetz wird dieses Vorhaben nun erneut aufgegriffen.

Das Kindschaftsrechtsreformgesetz sieht nunmehr ein *einheitliches Umgangsrecht* für Väter (und Mütter) ehelicher und nichtehelicher Kinder vor. Beiden soll ein Umgangsrecht zustehen, das nur eingeschränkt werden darf, soweit dies zum Wohle des Kindes

57. Walter FamRZ, 95, §1541.

58. BT-Drucks. 11/5494.

erforderlich ist. Auch Großeltern, Geschwister, Stiefelternteile und frühere Pflegeeltern sollen künftig ein Umgangsrecht haben, wenn dies dem Wohle des Kindes dient (§ 1685 BGB-E). Das Anliegen trägt der sozialwissenschaftlichen Erkenntnis Rechnung, daß die Beziehungen des Kindes zu seiner Familie einer Regelung wert sind, die über die engste Kernfamilie (Vater-Mutter-Kind) hinausblicken muß.

d) Der Betreuungsunterhalt:

Bereits seit dem 1. Oktober 1995 ist der Vater eines nichtehelichen Kindes gem. § 1615 1 Abs. 2 S.2 verpflichtet, der Mutter in den ersten drei Jahren nach Geburt des Kindes Betreuungsunterhalt zu zahlen. Die Mutter braucht in den ersten drei Jahren nach Geburt des Kindes keiner Erwerbstätigkeit nachzugehen. Nach den Vorschlägen des Entwurfs soll der Betreuungsunterhalt künftig auch über die Dreijahresgrenze hinaus gewährt werden können, wenn eine Beendigung nach Ablauf von drei Jahren-insbesondere unter Berücksichtigung der Belange des Kindes-grob unbillig wäre. Dieser Fall wäre etwa dann gegeben, wenn das Kind behindert und deshalb auf eine intensivere Betreuung durch die Mutter angewiesen ist⁵⁹.

Für den Fall, daß der nicht mit der Mutter verheiratete Vater des Kindes dessen Betreuung übernimmt, gewährt § 1615 1 V BGB-E dem Vater des Kindes einen Betreuungsanspruch gegen seine Mutter⁶⁰. Der Regelungsvorschlag ist im Sinne des Reformanspruchs, festgelegte Rollensverständnisse nicht mehr anerkennen zu wollen, konsequent. Soll gesichert sein, daß auch das nicht in einer Ehe aufwachsende Kind -von "nichtehelichem Kind" kann in Zukunft ja kaum mehr gesprochen werden - eine in seinem Interesse ständig und kontinuierlich vorhandene Betreuungsperson in den Jahren der Frühentwicklung um sich hat, dann entspricht dieser Regelungsvorschlag nicht nur einem verfassungsrechtlichen, sondern einem ganz und gar praktischen Bedürfnis.

e) Die Adoption nichtehelicher Kinder:

Nach der derzeitigen Rechtslage müssen in die Adoption eines ehelichen Kindes beide Elternteile einwilligen, während bei der

59. Bundesministerium der Justiz, DAV 1996, 541.

60. Walter, FamRZ 96, 1542.

Adoption eines nichtehelichen Kindes nur die Einwilligung der Mutter erforderlich ist (gem. § 1747 II 1 BGB).

Durch den Entwurf zum Kindschaftsrechtsreformgesetz sollen nichteheliche Kinder keine Sonderbehandlung mehr erfahren. Der Entwurf erhebt daher zum Grundsatz, daß die Adoption eines Kindes der *Einwilligung beider Elternteile* bedarf. Außerdem wird durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz die *Abschaffung der Adoption des eigenen nichtehelichen Kindes* vorgesehen. Damit wird insbesondere einer Entscheidung des BVerfG⁶¹ Rechnung getragen, wonach die Verfassungsmäßigkeit der Adoption des nichtehelichen Kindes durch die Mutter ohne Einwilligung des Vaters verneint worden ist.

Soweit die Eltern allerdings nicht verheiratet sind, soll das Vormundschaftsgericht die Einwilligung des Vaters zur Adoption bereits immer dann ersetzen können, wenn das Unterbleiben der Annahmen dem Kind zu unverhältnismäßigem Nachteil gereichen würde⁶².

Die neue Einwilligungsberechtigung des Vaters eines nicht in der Ehe geborenen und nicht durch die nachfolgende Eheschließung legitimierten Kindes ist allerdings nur effektiv, wenn dem Vater die Möglichkeit eröffnet wird, rechtzeitig vor einer Adoption seines Kindes durch Dritte seine Vaterschaft -auch gegen den Willen der Mutter- geltend zu machen. Der Entwurf sieht deshalb eine vorläufige Vaterschaftsvermutung für Zwecke des Adoptionsverfahrens vor. Als einwilligungsberechtigter Vater wird vermutet, wer glaubhaft macht, daß er der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt habe (gem. § 1592 BGB-E)⁶³.

f) Das Namensrecht:

Mit der vom Entwurf vorgeschlagenen grundsätzlichen Aufgabe der Unterscheidung von ehelicher und nichtehelicher Geburt ist auch für die bisherige namensrechtliche Anknüpfung nicht

61. BVerfG Beschluß v. 7. März 1995 (FamRZ 95, 789).

62. BT-Drucks. 13/4899 S.71.

63. BT-Drucks. 13/4899 S.71.

länger Raum. Der Entwurf (§§ 1616 bis 1618 BGB-E) zieht hieraus die notwendigen Konsequenzen⁶⁴: Führen die Eltern eines Kindes einen Ehenamen, so erhält das Kind wie schon nach geltendem Recht diesen Ehenamen als Geburtsnamen. Führen seine Eltern keinen Ehenamen, weil sie nicht miteinander verheiratet sind oder bei der Eheschließung keinen Ehenamen bestimmt haben, so ist nach dem Vorschlag des Entwurfs zu unterscheiden: steht den Eltern die gemeinsame Sorge zu, können sie den Namen des Vaters oder den Namen der Mutter zum Geburtsnamen des Kindes bestimmen. Steht die Sorge nur einem Elternteil zu, so erhält das Kind kraft Gesetzes den Namen dieses Elternteils als Geburtsnamen.

Mit diesen vorgeschlagenen Regelungen werden die Strukturen des 1994 in Kraft getretenen neuen Familiennamensrechts in das System des vom Entwurf vorgeschlagenen Kindschaftsrechts im wesentlichen unverändert übertragen. Zugleich wird verdeutlicht, daß das Recht der Eltern zur Bestimmung des Kindesnamens Ausfluß der elterlichen Sorge ist. Dies gilt auch für den Fall, daß der Elternteil, der allein die Sorge hat, erneut heiratet. Auf diese Weise soll die Integration des Stiefkindes in die von dem alleinsorgenden Elternteil begründete Familie gefördert werden.

g) Das neue Verfahrensrecht:

Auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht sind nach der derzeitigen Rechtslage Unterschiede zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern zu verzeichnen. Bei ehelichen Kindern sind für die Bereiche der elterlichen Sorge, des Umgangs- und des Unterhaltsrechts die Familiengerichte zuständig, während für nichteheliche Kinder in den gleichen Fragen die Prozeß- oder Vormundschaftsgerichte zuständig sind. Dies hat zur Folge, daß den ehelichen Kindern die besonders qualifizierten Richter der Familiengerichte sowie ein Drei-Instanzen-Zug bis zum BGH zur Verfügung stehen, während für nicht-eheliche Kinder in zweiter Instanz beim Landgericht der Rechtsweg ausgeschöpft ist⁶⁵. Hinzu kommt, daß die Aufteilung zu widersprüchlichen Entscheidungen bei gleichartigen Sachverhalten führt.

64. BT-Drucks. 13/4899 S.70.

65. Schumann JuS 1996, 509.

66. BT-Drucks. 13/4899 S.71 ff.

67. BVerfGE 85, 80= FamRZ 1992, 157.

Nach dem Kindschaftsrechtsreformgesetz soll künftig die *Zuständigkeit der Familiengerichte* erweitert werden und sämtliche die elterliche Sorge, das Umgangs-, Unterhalts- und Abstammungsrecht betreffende Verfahren umfassen⁶⁸. Damit kommt der Entwurf einer Forderung des Bundesverfassungsgerichts vom 5. November 1991⁶⁷ nach, das bzgl. der Vereinheitlichung des Instanzenzuges gesetzgeberischen Handlungsbedarf gegeben sah.

Weiterhin soll (gem. § 52 FGG-E) die Verpflichtung des Gerichts begründet werden, so früh wie möglich und in jeder Lage des Verfahrens auf ein Einvernehmen der Beteiligten hinzuwirken und auf bestehende Möglichkeiten der Beratung durch das Jugendamt hinzuweisen. Im Bereich des Umgangsrechtsstreits soll gem. § 52 a FGG-E die Möglichkeit geschaffen werden, das Gericht um Vermittlung zu bitten⁶⁸.

Außerdem soll künftig in bestimmten Fällen, in denen es für Kinder um bedeutsame Entscheidungen für ihr weiteres Schicksal geht, durch das Gericht ein *Verfahrenspfleger* ("Anwalt des Kindes") bestellt werden können (§ 50 I FGG-E). In Betracht kommt dies vor allem bei Maßnahmen wegen Kindeswohlgefährdung, sowie bei Sorge- oder Umgangsrechtsverfahren, wenn sie mit besonderer Belastung für die Kinder verbunden sind bzw. wenn das Interesse des Kindes zu dem seiner Eltern in erheblichem Gegensatz steht.⁶⁹

2. Das Erbrechtsgleichstellungsgesetz:

Der Entwurf eines Gesetzes zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder (Erbrechtsgleichstellungsgesetz)⁷⁰ liegt schon seit dem 9.6.1994 vor. Am 23.11.1995 wurde auf Vorschlag der damaligen Bundesjustizministerin Leutheusser-Schnarrenberger vom Bundeskabinett das Erbrechtsgleichstellungsgesetz beschlossen⁷¹.

Dieses Gesetz ist Teil des umfangreichen Reformpakets zur Gleichstellung nichtehelicher Kinder.

Nach der derzeitigen Rechtslage gibt es im Erbrecht zwei Sonderregelungen in bezug auf das Erbrecht nichtehelicher Kinder. Dies ist einerseits der das nichteheliche Kind bei schematischer Sicht benachteiligende *Erbersatzanspruch* (§§ 1934 a,b BGB) und

68. Walter FamRZ 1995, 1545.

69. vgl. Bundesministerium der Justiz, DAV 1996, 542.

70. BR-Drucks. 12/7819.

71. Bundesministerium der Justiz, DAV 1996, 543.

andererseits der das nichteheliche Kind privilegierende *vorzeitige Erbausgleich* (§ 1934 d BGB).

In diesem Zusammenhang möchte ich zunächst mit einem weitverbreiteten Mißverständnis bzgl. der derzeitigen Regelung des Erbersatzanspruchs "aufräumen". Zum einen ist das nichteheliche Kind nämlich im Verhältnis zur Mutter und deren Verwandten voll erbberechtigt und auch im Verhältnis zum Vater und den väterlichen Verwandten hat es grundsätzlich das Erbrecht der Abkömmlinge (§ 1924 BGB) - ohne Unterschied zu den bisher "ehelichen" Kindern. Die derzeitige Sonderregelung des "Erbersatzanspruchs", eines an die Stelle der "dinglichen" Berechtigung des Erben am Nachlaß tretenden schuldrechtlichen Geldanspruchs in voller Höhe der an sich gegebenen Erbquote, greift nur dann Platz, wenn im Erbfall nach dem Vater das nichteheliche Kind als Erbe mit der Ehefrau und ehelichen Abkömmlingen des Erblasser zusammentreffen würde. Der Gesetzgeber der Nichteheleichenrechtsreform von 1969 war sich sicher gewesen, mit dieser Regelung, die das nichteheliche Kind als möglichen "Störenfried" aus der Erbengemeinschaft im Interesse des Schutzes der ehelichen Familie fernhalten sollte, den Erfordernissen des Gleichbehandlungsgebots des Art. 6 V GG gerecht geworden zu sein. Das **Bundesverfassungsgericht** hatte ihm zunächst auch recht gegeben⁷², aber "tempora mutantur (... et iudices mutantur in illis). Ein kräftiges obiter dictum in der Entscheidung des BVerfG vom 7.5.1991 hat dann mit dafür gesorgt, daß die Zeit des Erbersatzanspruchs wohl demnächst vorüber sein wird.

Mit dem vorzeitigen Erbausgleich (§ 1934 d BGB) hat der Gesetzgeber bislang zwei Ziele verfolgt. Zum einen wollte er dem nichtehelichen Kind eine Starthilfe zum Aufbau einer Existenz oder Familie geben - als Ausgleich für ein gegenüber ehelichen Kindern bestehendes "generelles Lebensdefizit"⁷³ - und ihm andererseits einen Anreiz verschaffen, seine erbrechtliche Stellung - zur Vermeidung möglicher späterer Konflikte - bereits vor dem Erbfall aufzugeben. Dieser Hintergrund hat die besondere Behandlung des nichtehelichen Kindes gegenüber ehelichen Abkömmlingen bisher auch gleichheitsverträglich erscheinen lassen.

72. *BVerfGe* 58, 377; *BGHZ* 76, 109; zweifelnd schon bisher *Soergel-Stein*, BGB 12. Aufl. 1992 vor § 1934 a Rdnr. 7.

73. *Schumann JuS* 1996, 508.

Spätestens durch die Vorgaben des Einigungsvertrages ist die Notwendigkeit der Streichung dieser Vorschriften nun in den Blick gerückt worden (vgl. Art. 230, 235 § 2 EGBGB). Aber auch eine Entscheidung des BVerfG⁷⁴ sowie Art. 9 des Europäischen Übereinkommens über die Rechtsstellung nichtehelicher Kinder machen die Reform des Erbrechts insoweit nötig. Die Bundesrepublik Deutschland konnte dieses Übereinkommen wegen der beschriebenen erbrechtlichen Situation bislang nicht zeichnen⁷⁵.

Jedenfalls die Regelung des Erbersatzanspruchs ist durch die Zeitläufte zu einem Musterbeispiel einer Ungleichbehandlung nichtehelicher Kinder stilisiert worden. Diese Regelung soll deshalb jetzt gestrichen werden. Bis auf wenige, aber durchaus gewichtige Stimmen in der Literatur⁷⁶ scheint darüber auch Einigkeit zu bestehen.

Ob freilich auch die Streichung des § 1934 d BGB (vorzeitiger Erbausgleich) ein richtiger Schritt ist, läßt sich füglich bezweifeln. Der Gedanke der Abfindung zwecks Starthilfe erscheint mir in heutiger Zeit, in der in Deutschland die Generation der Achtzigjährigen durch die 50-60 jährigen beerbt zu werden pflegt, denen das Erbe in einer Lebenszeit zufällt, in der sie es als "Startkapital" wohl nicht mehr nützen können, weder lebensfremd noch nicht verallgemeinerungsfähig. Ein vorwärtsschauender Gesetzgeber sollte sich nicht nur auf den -sicherlich essentiellen - Gleichheitssatz fixieren lassen, sondern gerade im Erbrecht nur solche Reformen vorantreiben, die auch wirklich zukunftsgerichtet sind.

IV. Ausblick

1. Bedeutung der Reformen

Die vorgestellten Gesetzentwürfe zum Kindschaftsrechtsreformgesetz und zum Erbrechtsgleichstellungsgesetz schaffen in ihren Grundanliegen längst überfällige Gesetzesgrundlagen. So besteht über die Notwendigkeit der vom BVerfG angemahnten Gesetzesänderungen kein Zweifel. Gleiches gilt für diejenigen Rechtsfragen, hinsichtlich derer nach wie vor Unterschiede zwischen alten und neuen Bundesländern bestehen.

74. BVerfG v.7. Mai 1991, FamRZ 1991, 913, vgl. auch die Begründung in BT-Drucks. 12/7819.

75. BT-Drucks. 12/7819 S.7.

76. Bosch FamRZ 1996, 1.

Angesichts eines stetigen Anstiegs der nichtehelichen Geburten (im alten Bundesgebiet ca. 12%, in den neuen Bundesländern ca. 42 % !)⁷⁷ und ca. 500.000 nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit minderjährigen Kindern⁷⁸ sind auch die Neuregelungen zur Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder zu begrüßen. Auch die Regelungen bzgl. der Rechte von Eltern (insbes. Vätern) nichtehelicher Kinder werden m.E. den tatsächlichen gesellschaftlichen Verhältnissen gerecht.

So bleibt nur zu hoffen, daß die geplanten Neuerungen alsbald die parlamentarischen Hürden nehmen. Angesichts der großen Arbeitsbelastung der deutschen Gesetzgebungsorgane ist dies keine Selbstverständlichkeit, wie einige Beispiele aus den letzten Legislaturperioden zeigen⁷⁹!

2. Kritik

Die derzeitigen Gesetzgebungsvorhaben machen aber überdies ein anderes Phänomen sichtbar. Das deutsche Familienrecht ist in den vergangenen Jahrzehnten Teil einer das Familienrecht in vielen Ländern und Rechtsordnungen erfassenden Hauptströmung geworden, die nicht nur zur Fortentwicklung des Familienrechts beiträgt, sondern insbesondere der Ehe und ihrer rechtlichen Bedeutung einen immer geringeren Stellenwert gibt. Der Weg ist geschickt gewählt, wird er doch so genommen, daß im Vordergrund die Verbesserung der Stellung der Kinder, d.h. zer zunächst schwächeren Teile erscheint. Die jetzt in Deutschland angepeilte Kindschaftsrechtsreform macht mich allerdings noch nicht verzweifeln ob des Schicksals der Ehe. Der Spötter wird sagen, die parallel eingebrachte Eheschließungsreform zeige, wie sehr der Gesetzgebung gerade die Ehe in heituger Zeit am Herzen liege.

Man wird mit Interesse und Aufmerksamkeit abwarten müssen. Ich gehe davon aus, daß z.B. die Bestrebungen zu einer Verrechtlichung nichtehelicher Partnerschaften ("Ehe light") ebensowenig nachlassen werden wie die Bemühungen um die Registrierung anderer Lebensmodelle⁸⁰. Einen wirklichen Nutzen sehe ich hierin freilich nicht.

77. Schumann JuS 1996, 509.

78. BT-Drucks. 13/4899 S.79.

79. Vgl. z.B. das Schicksal des *Mißhandlungsverbotsgesetzes* (DAV 1996, 564 und BR-Drucks. 13/4899 S.78).

80. S. dazu s.B. im Überblick *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht 4. Aufl. 1994 §§ 41 ff.m.w.N. Nachweise aus der jüngeren Judikatur z.B. bei *Soergel-Hohloch*, aaO vor § 1297 BGB Rdnr. 3 ff.

3. Bedeutung für das Publikum (in der Türkei)?

Ich habe, meine Damen und Herren, auszuwählen gehabt. Dem türkischen Familienrecht mit seiner starken Verflechtung mit dem Familienrecht der Schweiz sind die geschilderten Reformfragen plausibel. Ob Sie vergleichbare Wege in jedem geschilderten Fall zu gehen sich anschicken würden, wage ich zu bezweifeln. Gleichwohl denke ich, daß die Mitteilungen meines Vortrags und meine Bewertungen in ihrer Auswahl für Sie interessant sein können. Anderes hätte ich freilich auch vortragen können. Türkisches Familienrecht vor deutschen Gerichten ist mir als Kollisionsrechtler und langjährigem Richter in einem Familiensenat, der für wichtige Teile des Ruhrgebiets zuständig war, keineswegs fremd. Hätte ich Ihnen aber viel Neues erzählen können über z.B. die Rückforderung von Verlobungsgeschenken bei Ende einer Verlobung unter in Deutschland lebenden Türken⁸¹, oder z.B. über die Rückforderung des Heiratsschmucks bei "Privatscheidung" und erneuter - nur zu einer Nichtehe führender- "Verheiratung"⁸²? Oder über das Widerspruchsrecht des Ehegatten gemäß Art. 145 III TürkZGB beim Scheidungsbegehren des aus der Ehe ausbrechenden Ehegatten⁸³? Für alle diese Fälle und für viele andere mehr lassen deutsche Entscheidungen zitieren und an einer beträchtlichen Zahl habe ich, wie ich bekennen muß, mitgewirkt⁸⁴. Ich bin sicher, daß ich als Referent in einer sich dann anschließenden Diskussion viel lernen würde. Durchaus schwankend bin ich indes in meiner Auffassung, ob Sie für sich den gleichen Effekt verbuchen hätten. Ich denke, ein gewisses Erstaunen hätte auch Platz gegriffen und so hoffe ich, daß mein so zugeschnittener Beitrag im Rahmen eines Jubiläums, das zum Blick in die Zukunft - auch der Familie und des Familienrechts - nötig, engermaßen richtig gewählt war. Auf eine weitere gute Zeit für Ihre Fakultät!

81. S. z.B. *OLG Köln*, NJW-RR 1994, 1026; *Rumpf*, FamRZ 1994, 571; *Erman-Hohloch*, aaO vor Art. 13 EGBGB Rz. 7.

82. S. *OLG Hamm*, FamRZ 1993, 212.

83. *OLG Hamm*, NJW-RR 1996, 1280 ff.

84. S. z.B. vorige Fn.