



---

Das IPR der Kindschaftswirkungen im Lichte der europäischen Rechtsentwicklung

Author(s): Jan Kropholler

Source: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, Bd. 59, H. 3/4, Hein Kötz zum 60. Geburtstag I. Teil (Oktober 1995), pp. 407–418

Published by: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG

Stable URL: <https://www.jstor.org/stable/27877819>

Accessed: 26-02-2024 13:15 +00:00

---

JSTOR is a not-for-profit service that helps scholars, researchers, and students discover, use, and build upon a wide range of content in a trusted digital archive. We use information technology and tools to increase productivity and facilitate new forms of scholarship. For more information about JSTOR, please contact [support@jstor.org](mailto:support@jstor.org).

Your use of the JSTOR archive indicates your acceptance of the Terms & Conditions of Use, available at <https://about.jstor.org/terms>



This article is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0). To view a copy of this license, visit <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>.



Mohr Siebeck GmbH & Co. KG is collaborating with JSTOR to digitize, preserve and extend access to *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*

# Das IPR der Kindschaftswirkungen im Lichte der europäischen Rechtsentwicklung

Von JAN KROPHOLLER, Hamburg\*

## Inhaltsübersicht

I. Einleitung . . . . .	408
II. Europäische Sachrechtsvergleichung . . . . .	409
III. Europäische Kollisionsrechtsvergleichung . . . . .	410
1. Grundsatz . . . . .	410
2. Ausnahmen . . . . .	410
a) Frankreich . . . . .	410
b) Österreich . . . . .	411
3. Anknüpfungen . . . . .	411
a) Staatsangehörigkeit . . . . .	411
b) Gewöhnlicher Aufenthalt . . . . .	412
4. Zusammenfassung . . . . .	413
IV. Wertung . . . . .	413
1. Das Kind als Anknüpfungsperson . . . . .	413
2. Preisgabe des Ehwirkungsstatuts in Art. 19 II 1 EGBGB . . . . .	414
3. Staatsangehörigkeit oder gewöhnlicher Aufenthalt? . . . . .	416
a) Vorzüge und Nachteile einer Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit . . . . .	416
b) Vorzüge und Nachteile einer Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt . . . . .	417
c) Abwägung . . . . .	418
V. Gesetzesvorschlag . . . . .	418

---

\* Der Aufsatz ist aus einem Referat hervorgegangen, das ich als Mitglied der Familienrechtskommission des Deutschen Rates für IPR im Oktober 1994 gehalten habe. Meiner Assistentin *Sigrid Eschbach* danke ich für ihre wertvolle Hilfe bei der Vorbereitung des Referats.

## I. Einleitung

Das Internationale Privatrecht der Kindschaftswirkungen ist heute im wesentlichen gleichbedeutend mit dem IPR der elterlichen Sorge, nachdem für die Teilbereiche des Unterhalts und des Namens eigene Kollisionsnormen geschaffen wurden<sup>1</sup>. Das Recht der elterlichen Sorge steht daher im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen.

Im materiellen Recht hat sich in den letzten Jahrzehnten in vielen europäischen Ländern ein tiefgreifender Wandel vollzogen, indem die Rechtsstellung der nichtehelichen Kinder stark an die der ehelichen Kinder angeglichen wurde. Für das deutsche materielle Recht, das die elterliche Sorge für eheliche und für nichteheliche Kinder im BGB bislang getrennt und inhaltlich unterschiedlich regelt, wird Anschluß an diese Entwicklung gesucht. Erste Vorschläge einer Arbeitsgruppe im Bundesjustizministerium sehen vor, die Unterscheidung des BGB zwischen »elterliche Sorge für eheliche Kinder« (§§ 1626 ff. BGB) und »elterliche Sorge für nichteheliche Kinder« (§§ 1705 ff. BGB) aufzugeben<sup>2</sup>. Die Vorschrift des § 1705 BGB über die elterliche Sorge der Mutter eines nichtehelichen Kindes soll aufgehoben werden, und die neuen §§ 1626 ff. BGB sollen die elterliche Sorge für *alle* Kinder regeln. Künftig stünde danach *im Grundsatz* die elterliche Sorge allen Eltern gemeinsam zu. Dies soll freilich für Eltern, die bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet sind, nur gelten, wenn sie entweder erklären, daß sie die Sorge gemeinsam ausüben wollen, oder wenn sie einander später heiraten (vgl. § 1626a BGB i. d. F. des Referentenentwurfs von 1995).

Vor dem Hintergrund der Wandlungen im materiellen Recht stellt sich die Frage, ob auch im IPR der Kindschaftswirkungen Veränderungen angezeigt sind und in welche Richtung diese gehen sollten. Es liegt nahe, diese Frage nicht nur mit Blick auf das deutsche Recht zu beantworten, sondern die europäische Rechtsentwicklung in die Betrachtung einzubeziehen. Deshalb sei zunächst das Sach- und Kollisionsrecht der anderen europäischen Staaten skizziert, bevor für das geltende deutsche IPR der Kindschaftswirkungen ein Reformvorschlag entwickelt wird.

---

<sup>1</sup> Siehe das Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht vom 24. 10. 1956, BGBl. 1961 II 1013; ferner das Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 2. 10. 1973, BGBl. 1986 II 837. Das deutsche EGBGB hat die Vorschriften des letztgenannten Übereinkommens in seinem Art. 18 übernommen; für den Namen enthält Art. 10 EGBGB eine gesonderte Regelung, auf die hier ebensowenig wie auf das Unterhaltsrecht näher eingegangen werden kann.

<sup>2</sup> Siehe die Presseerklärung des Bundesministeriums der Justiz, Reform des Kindschaftsrechts: DAVorm. 1994, 755–760 (zitiert: Presseerklärung); so neuesten auch der Referentenentwurf (RefE) eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts vom 24. 7. 1995.

## II. Europäische Sachrechtsvergleichung

Aus neueren umfangreichen Untersuchungen des Kindschaftsrechts der europäischen Staaten ergibt sich in groben Zügen folgendes Bild<sup>3</sup>: Die meisten europäischen Rechte haben die Trennung zwischen ehelichen und nicht-ehelichen Kindern zugunsten eines im Prinzip einheitlichen Rechts der Kindschaftswirkungen aufgegeben oder die Unterscheidung zumindest deutlich abgeschwächt. In beinahe allen untersuchten Rechten ist eine gemeinsame elterliche Sorge auch dann möglich, wenn die Eltern nicht miteinander verheiratet sind; Voraussetzung ist allenthalben, daß die Vaterschaft – durch Anerkennung oder amtliche Entscheidung – festgestellt ist.

Im übrigen herrscht Vielfalt<sup>4</sup>. Teilweise tritt die gemeinsame elterliche Sorge nach der Vaterschaftsfeststellung ohne entsprechende Erklärungen der Eltern kraft Gesetzes ein (Ungarn, ehemalige Tschechoslowakei), teilweise unter der Voraussetzung eines *freiwilligen* Vaterschaftsanerkenntnisses (so in Polen und Spanien). Abweichendes gilt nur bei Getrenntleben der Eltern. In Frankreich und Italien führt eine Anerkennung des Kindes durch beide Eltern in Verbindung mit ihrem Zusammenleben zu gemeinsamer elterlicher Sorge kraft Gesetzes. Andere Rechte verlangen eine entsprechende Willenserklärung beider Eltern, um die gemeinsame Sorge ex lege entstehen zu lassen; hilfsweise ermöglichen sie eine staatliche Ermessensentscheidung auf Antrag eines Elternteils (so England, Frankreich, Norwegen und Schweden). Wieder andere Länder fordern – neben einer Einigung der Eltern – stets eine entsprechende staatliche Entscheidung (so etwa Dänemark, die Niederlande und Österreich, wo gemäß § 167 Satz 1 ABGB außerdem eine häusliche Gemeinschaft der Eltern vorausgesetzt ist).

Die Einzelheiten müssen hier nicht vertieft werden. Wichtig ist die in vielen europäischen Staaten zu beobachtende Tendenz zu einem einheitlichen Recht der elterlichen Sorge für eheliche und nichteheliche Kinder, der sich auch das deutsche Recht auf Dauer nicht verschließen können.

---

<sup>3</sup> Siehe im einzelnen: Kindschaftsrecht im Wandel, hrsg. von *Dopffel* (1994) (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 40); Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrechts, hrsg. von *Schwab/Henrich* (1994) (Beiträge zum europäischen Familienrecht, 1) (zitiert: Europ. Kindschaftsrecht).

<sup>4</sup> Siehe zum folgenden *Dopffel/Martiny*, Kindschaftsrecht im Wandel, in: Kindschaftsrecht im Wandel 598 ff.; *Henrich*, Entwicklungslinien des deutschen Kindschaftsrechts im europäischen Kontext, in: Europ. Kindschaftsrecht 185 ff. (196) (beide vorige Note); ferner die Länderberichte in beiden Werken.

### III. Europäische Kollisionsrechtsvergleichung

Spiegelt sich der skizzierte Wandel des materiellen Rechts auch im Kollisionsrecht der europäischen Staaten wider?

#### 1. Grundsatz

Die Frage ist im Grundsatz zu bejahen. Die Gleichstellung oder starke Annäherung der Stellung von ehelichen und nichtehelichen Kindern im Sachrecht schlägt im allgemeinen auf das IPR durch. Die Rechtsordnungen, welche die elterliche Sorge materiellrechtlich im Ansatz einheitlich für alle Kinder regeln, unterscheiden auch in der kollisionsrechtlichen Anknüpfung der Kindschaftswirkungen regelmäßig nicht mehr danach, ob die Eltern miteinander verheiratet sind oder nicht. Das gilt selbst dort, wo – wie in der Schweiz – ein gemeinsames Sorgerecht zwar nur miteinander verheirateten Eltern zugestanden wird<sup>5</sup>, die Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern aber im Prinzip aufgegeben ist.

#### 2. Ausnahmen

Freilich gibt es auch Gegenbeispiele.

##### a) Frankreich

In Frankreich ist zwar neuerdings in ein und derselben Sachnorm (Art. 372 Code civil) ein gemeinsames Sorgerecht für eheliche und für nichteheliche Kinder vorgesehen; dabei wird aber deutlich danach unterschieden, ob es sich um verheiratete Eltern handelt (Art. 372 I Code civil) oder um nichteheliche Kinder (Art. 372 II Code civil)<sup>6</sup>. Änderungen des französischen Kollisionsrechts der Kindschaftswirkungen im Sinne einer einheitlichen Regel für alle Kinder erscheinen deshalb wohl nicht zwingend geboten. Jedenfalls finden sich noch die überkommenen, von der Rechtsprechung entwickelten Regeln, die für eheliche Kinder das Ehwirkungsstatut und für nichteheliche das

<sup>5</sup> Siehe etwa *Michael Becker*, Schweiz – Ausgewählte Rechtsfragen des schweizerischen Kindschafts- und Unterhaltsrechts nach der Reform von 1972/76, in: *Kindschaftsrecht im Wandel* (oben N. 3) 53f.

<sup>6</sup> Zu deutsch lautet Art. 372: »(1) Wenn die beiden Elternteile miteinander verheiratet sind, wird die elterliche Sorge von ihnen gemeinsam ausgeübt.

(2) Sie wird ebenfalls gemeinsam ausgeübt, wenn die Eltern eines nichtehelichen Kindes, die beide das Kind anerkannt haben, bevor es ein Jahr alt wurde, im Zeitpunkt der gleichzeitigen bzw. der späteren (zweiten) Anerkennung zusammenlebten.« Übersetzung *Ferrand*, in: *Europ. Kindschaftsrecht* (oben N. 3) 222.

Heimatrecht des Kindes berufen<sup>7</sup>. Das Ausbleiben einer neuen IPR-Norm mag sich aber auch daraus erklären, daß es in Frankreich an einer geschlossenen IPR-Kodifikation, die man hätte reformieren können, bislang fehlt.

#### b) Österreich

In Österreich kann das Pflegschaftsgericht den Eltern zwar unter engen Voraussetzungen (vgl. § 167 Satz 1 ABGB) die gemeinschaftliche »Obsorge« für ihr nichteheliches Kind überlassen, doch unterscheidet das ABGB trotz mehrerer kindschaftsrechtlicher Reformen im Grundsatz immer noch zwischen ehelichen und »unehelichen« Kindern. Folglich sah man bislang auch keinen Anlaß, diese Unterscheidung im österreichischen IPR-Gesetz von 1978 aufzugeben. Hinzu kommt, daß § 24 öst. IPR-Gesetz für die »Wirkungen der Ehelichkeit« ohnehin die gleiche Anknüpfung enthält wie § 25 II IPR-Gesetz für die »Wirkungen der Unehelichkeit«; beidemale wird das »Personalstatut« des Kindes berufen, also nach § 9 I 1 IPR-Gesetz sein Heimatrecht.

### 3. Anknüpfungen

Unter den in Europa zahlreichen Kollisionsnormen, welche die Kindschaftswirkungen für eheliche und nichteheliche Kinder einheitlich erfassen, herrschen zwei Gruppen vor. In der einen Normengruppe wird die Staatsangehörigkeit des Kindes für maßgeblich erklärt, in der anderen der gewöhnliche Aufenthalt bzw. Wohnsitz des Kindes.

#### a) Staatsangehörigkeit

An die Staatsangehörigkeit des Kindes knüpfen, ohne nach Ehelichkeit oder Nichtehelichkeit zu fragen, grundsätzlich etwa Polen, Spanien, Tschechien und Ungarn an<sup>8</sup>; auch das italienische IPR-Gesetz von 1995 sieht dies vor<sup>9</sup>. Allerdings kennen das tschechische und das ungarische IPR eine weitreichende Ausnahme zugunsten des eigenen Aufenthaltsrechts; lebt das Kind nämlich in Tschechien oder in Ungarn und liegt die Anwendung des eigenen Rechts im Interesse des Kindes oder ist sie für das Kind günstiger, so gilt das tschechische bzw. das ungarische Recht<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> *Audit*, Droit international privé (1991) Nr. 717 und 687.

<sup>8</sup> Art. 19 § 1 poln. IPR-Gesetz; Art. 9 IV span. Código civil; § 24 I 1 tschech. IPR-Gesetz; § 45 I ung. GesetzesVO Nr. 13/1979.

<sup>9</sup> Art. 36 des Gesetzes; siehe den Text in: Gazz. Uff. Nr. 128 vom 3. 6. 1995, Suppl. ord.

<sup>10</sup> § 24 I 2 tschech. IPR-Gesetz nennt das Interesse des Kindes als Kriterium; § 46 ung. GesetzesVO Nr. 13/1979 beruft das ungarische Recht, wenn es für das Kind »günstiger« ist.

## b) Gewöhnlicher Aufenthalt

Auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes stellt das Schweizer IPR-Gesetz ab. Nach seinem Art. 82 I unterstehen die Beziehungen zwischen Eltern und Kind dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes<sup>11</sup>. Das dänische IPR führt zum gleichen Ergebnis<sup>12</sup> und mit Einschränkungen etwa auch das norwegische<sup>13</sup>.

Vor allem aber sind die kindschaftsrechtlichen Haager Übereinkommen zu nennen, die von vielen europäischen Staaten in Kraft gesetzt sind und dem nationalen IPR der Kindschaftswirkungen regelmäßig nicht mehr viel Raum lassen. Diese Übereinkommen knüpfen – ohne Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern – an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes an. Das galt schon für das Haager Unterhaltsübereinkommen von 1956 (Art. 1 I) und wurde im Unterhaltsübereinkommen von 1973 fortgeschrieben (Art. 4 I). Das für Sorgerechtsmaßnahmen einschlägige Minderjährigenschutzabkommen (MSA) von 1961 erklärt für Schutzmaßnahmen in erster Linie die Behörden am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes für zuständig und beruft insoweit das Aufenthaltsrecht (Artt. 1, 2 MSA). Das Heimatrecht des Kindes ist erst zu berücksichtigen, wenn ein »ex-lege-Gewaltverhältnis« – wie die elterliche Sorge – anerkannt werden muß (Art. 3 MSA); doch hat sich dieses Zugeständnis an das Staatsangehörigkeitsprinzip im Rahmen des Übereinkommens nicht bewährt<sup>14</sup>. Schließlich stellt das Haager Kindesentführungsübereinkommen von 1980<sup>15</sup> für das Vorliegen einer »Entführung« darauf ab, ob ein Sorgerecht verletzt ist, das nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes besteht (Art. 3 I lit. a sowie Artt. 14f.).

---

<sup>11</sup> Die Frage, ob diese Bestimmung durch Art. 3 des Haager Übereinkommens über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5. 10. 1961 (BGBl. 1971 II 219) bei gewöhnlichem Aufenthalt des Kindes in einem Vertragsstaat verdrängt wird, mag hier dahinstehen; siehe zum Meinungsstand *Staudinger(-Kropholler)*, Kommentar zum BGB<sup>13</sup>, EGBGB (1994) Vorbem. zu Art. 19 EGBGB Rz. 284.

<sup>12</sup> Nach dänischem IPR untersteht das Eltern-Kind-Verhältnis dem Recht am Ort des Familiendomizils; lebt das Kind von einem oder beiden Eltern getrennt, so dürfte es für die Frage nach dem Bestehen eines elterlichen Sorgerechts auf das Domizil des Kindes ankommen; so *Bergmann/Ferid(-Dopffel)*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht<sup>6</sup> (Loseblattslg. 1983 ff.) Dänemark unter III A 2 m.

<sup>13</sup> In Norwegen, das die Anwendung des norwegischen Kindschaftsrechts an die inländische Entscheidungsgewalt koppelt, bildet der Wohnsitz des Kindes ein Anknüpfungsmerkmal (unter mehreren) für die Zuständigkeit; siehe §§ 66, 64 I lit. b des norwegischen Kindergesetzes vom 8. 4. 1981.

<sup>14</sup> Siehe die rechtspolitische Kritik bei *Boelck*, Reformüberlegungen zum Haager Minderjährigenschutzabkommen von 1961 (1994) 91–112 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 41); *Kropholler*, Gedanken zur Reform des Haager Minderjährigenschutzabkommens: *RabelsZ* 58 (1994) 1–19 (9f.).

<sup>15</sup> Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. 10. 1980, BGBl. 1990 II 207.

#### 4. Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt die Rechtsvergleichung folgenden Befund:

(1) Der Wandel des materiellen Rechts, im Bereich der elterlichen Sorge grundsätzlich nicht mehr danach zu unterscheiden, ob die Eltern miteinander verheiratet sind oder nicht, setzt sich im IPR fort.

(2) Anknüpfungsperson für die Kindschaftswirkungen ist im IPR der europäischen Staaten meist das Kind – ohne Unterscheidung zwischen Ehelichkeit und Nichteelichkeit.

(3) Vorherrschendes Anknüpfungsmoment in den nationalen IPR-Kodifikationen ist entweder die Staatsangehörigkeit oder der gewöhnliche Aufenthalt bzw. Wohnsitz des Kindes. In den einschlägigen Haager Übereinkommen, die in vielen europäischen Staaten die nationalen Kollisionsnormen weitgehend verdrängen, wird die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt bevorzugt.

#### IV. Wertung

Es ist ein bekanntes Phänomen, daß Wandlungen im materiellen Recht auf das Kollisionsrecht ausstrahlen<sup>16</sup>. Auch in unserem Zusammenhang erscheint diese Ausstrahlung berechtigt. Denn wenn im Sachrecht der Kindschaftswirkungen die prinzipielle Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern aufgehoben wird, wie dies bei einer Reform des deutschen Kindschaftsrechts vorgesehen ist, wäre es ein Wertungswiderspruch, im IPR, das auf das materielle Recht bezogen ist, abweichend zu entscheiden.

Daß ausländische Rechte, die von unserem IPR berufen werden können, teilweise noch zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern differenzieren, hindert nicht daran, im inländischen IPR der Kindschaftswirkungen auf die Unterscheidung zu verzichten. Zusätzliche Schwierigkeiten in der Rechtsanwendung sind von einer derartigen, auf alle Kinder anwendbaren Kollisionsnorm nicht zu erwarten.

##### 1. Das Kind als Anknüpfungsperson

Die Wahl des Kindes als Anknüpfungsperson, die sich in den meisten europäischen Rechten und in den kindschaftsrechtlichen Haager Übereinkommen findet, erscheint im Ansatz überzeugend<sup>17</sup>. Sie ist gerechtfertigt, weil auch das Kollisionsrecht nach Möglichkeit diejenige Person in den

<sup>16</sup> Siehe etwa *Stehr*, Wechselwirkungen zwischen Kollisionsrecht und Sachrecht: *RabelsZ* 37 (1973) 466–484 (478–480); *Schurig*, Kollisionsnorm und Sachrecht (1981) 210–213.

<sup>17</sup> Eingehend zur Berechtigung der Bevorzugung des Kindes als Anknüpfungsperson



Mittelpunkt stellen muß, deren Interessen die Rechtsordnung vorwiegend zu dienen hat<sup>18</sup>. Wenn wir im materiellen Recht den Akzent von den Elternrechten auf die Kindesrechte verlagern, ist es rechtspolitisch nur konsequent, diese Entwicklung im IPR mitzuvollziehen.

Eine Anknüpfung an die »Eltern« würde bei einer Einbeziehung der nicht-ehelichen Kinder in eine einheitliche Kollisionsnorm Schwierigkeiten bereiten. Denn bei den außerhalb einer Ehe geborenen Kindern steht die Vaterschaft bei der Geburt des Kindes oft noch nicht fest. »Eltern« als Anknüpfungspersonen sind also nicht immer gleich vorhanden.

## 2. Preisgabe des Ehwirkungsstatuts in Art. 19 II 1 EGBGB

Das geltende deutsche IPR der Kindschaftswirkungen unterscheidet bekanntlich nicht schlicht nur zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern, sondern es stellt die ehelichen Kinder in unvollständigen Familien den nichtehelichen Kindern gleich. Für eheliche Kinder wird an die Eltern angeknüpft; gemäß Art. 19 II 1 EGBGB gilt das Ehwirkungsstatut. Für nichteheliche Kinder wird auf das Kind abgestellt; gemäß Art. 20 II EGBGB ist das Recht seines gewöhnlichen Aufenthalts maßgebend. Das Aufenthaltsrecht gilt gemäß Art. 19 II 2 EGBGB aber auch für eheliche Kinder, wenn die Ehe der Eltern durch Scheidung oder Tod aufgelöst ist.

Die vom Gesetzgeber so gezogene Trennungslinie beruht auf dem Gedanken, daß bei vollständigen Familien das Ehwirkungsstatut alle Rechtsbeziehungen in der Familie präge, so daß eine elternbezogene Anknüpfung gerechtfertigt sei; bei unvollständigen Familien dagegen steige das Anpassungs- und Integrationsinteresse des Kindes hinsichtlich seiner Umwelt stark an, so daß der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes entscheiden müsse<sup>19</sup>.

Diese kollisionsrechtliche Unterscheidung steht heute auf unsicherem Boden. Nach einer Erklärung des Bundesjustizministeriums widersprechen die im deutschen Recht anzutreffenden Unterschiede in der Rechtsstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder der Tatsache, daß »viele nichteheliche Kinder in intakte Lebensgemeinschaften ihrer Eltern hineingeboren werden und sich

*Allinger*, Das Haager Minderjährigenschutzabkommen (1988) 20–25; siehe auch bereits *Neuhaus/Kropholler*, *RabelsZ* 44 (1980) 331 f.

<sup>18</sup> Vgl. aber die drastisch formulierte gegenteilige Sicht im Diskussionsbericht in: Reform des deutschen internationalen Privatrechts, hrsg. von *Dopffel/Drobnig/Siehr* (1980) 60: Die Wahl des Kindes als Anknüpfungsperson sei »pervers«: »Wer in der Familie die Lasten trage, dessen Recht solle auch angewandt werden. Das Kind dagegen sei abhängig und als Gegenstand elterlicher Fürsorge ungeeignet, Anknüpfungsperson zu sein.«

<sup>19</sup> Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, Deutscher Bundestag, Drucks. 10/504 vom 20. 10. 1983, 66 (zitiert: Begründung).

ihre soziale Lage kaum von der ehelicher Kinder unterscheidet<sup>20</sup>. Die Reform des materiellen deutschen Rechts der elterlichen Sorge will dem – wie eingangs erwähnt – Rechnung tragen, indem auch nicht miteinander verheirateten Eltern die Sorge gemeinsam zustehen soll, wenn sie nur entsprechende übereinstimmende Erklärungen abgeben. Auch nach einer Scheidung sollen Eltern die gemeinsame Sorge behalten, solange kein Antrag auf Alleinsorge gestellt wird<sup>21</sup>. Mit diesem Wandel im sozialen und materiellrechtlichen Bereich stünde es nicht in Einklang, wenn das deutsche IPR der elterlichen Sorge nach dem Kriterium gespalten bliebe, ob eine Ehe der Eltern besteht oder nicht.

Mit Recht wird gegenüber der Regelung in Art. 19 II EGBGB außerdem eingewandt, daß der Übergang zum Aufenthaltsrecht des Kindes beim Zerbrechen der vollständigen Familie einen *Statutenwechsel* herbeiführen kann, der nicht unbedingt einleuchtet<sup>22</sup>. Wieso soll bis zum Tod des Ehemannes bei einer rein italienischen Familie mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland das italienische Heimatrecht der Eltern gelten, nach dem Tod des Ehemannes jedoch unvermittelt das deutsche Aufenthaltsrecht? Die Gefahr eines unmotiviert erscheinenden Statutenwechsels wird vermieden, wenn das Kriterium, ob eine Ehe besteht, im IPR der Kindschaftswirkungen künftig aufgegeben wird.

Eine Preisgabe des Ehwirkungsstatuts in Art. 19 II 1 EGBGB bedeutet freilich auch, daß das gesetzgeberische Ziel in den Hintergrund tritt, mit der kindschaftsrechtlichen Anknüpfung die *Familieneinheit* zu fördern<sup>23</sup>. Während nämlich die Maßgeblichkeit des Ehwirkungsstatuts dazu führt, daß das Verhältnis zwischen den Eltern und allen ihren Kindern – unabhängig von Staatsangehörigkeit oder gewöhnlichem Aufenthalt der Kinder – stets demselben Recht unterliegt, kann die Berufung des Kindesrechts zur Folge haben, daß die Kindschaftswirkungen für Geschwister verschiedenen Rechten zu entnehmen sind. Freilich wird dies selten sein, weil Geschwister regelmäßig dieselbe Staatsangehörigkeit bzw. denselben gewöhnlichen Aufenthalt besitzen.

<sup>20</sup> Presseerklärung (oben N. 2) 755.

<sup>21</sup> Presseerklärung (oben N. 2) 757 sowie § 1671 I BGB i. d. F. des RefE (oben N. 2).

<sup>22</sup> Siehe Kodifikation des deutschen IPR, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht zum Regierungsentwurf von 1983: RabelsZ 47 (1983) 595–690 (645 f.); Rauscher, Neues internationales Kindschaftsrecht – Schwerpunkt der Reform: StAZ 1987, 121–134 (126 f.); Boelck (oben N. 14) 89.

<sup>23</sup> Für die Verwirklichung dieses Ziels z. B. Beitzke, Bemerkungen zum Recht der ehelichen Kindschaft, in: Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen-, Familien- und Erbrechts, hrsg. von dems. (1981) 156–160 (157); Kühne, IPR-Gesetz-Entwurf (1980) 122.

### 3. Staatsangehörigkeit oder gewöhnlicher Aufenthalt?

Die Entscheidung, ob an die Staatsangehörigkeit oder an den gewöhnlichen Aufenthalt anzuknüpfen ist, fällt – hier wie sonst – nicht leicht. Die Gesichtspunkte, die *allgemein* für und gegen die beiden Anknüpfungsmerkmale sprechen, können in diesem Rahmen nicht erörtert werden<sup>24</sup>. Vielmehr soll nur auf einige *spezifische* Vorzüge und Nachteile im Bereich der Kindtschaftswirkungen hingewiesen werden.

#### a) Vorzüge und Nachteile einer Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit

Ein Vorzug der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Kindes liegt darin, daß das soeben (unter 2) erwähnte Ziel der *Familieneinheit* bei verheirateten Eltern und ihren Kindern jedenfalls dann erreicht wird, wenn die Eltern und damit auch die Kinder die gleiche Staatsangehörigkeit besitzen. Denn dann fallen das Statut der Ehwirkungen (vgl. Art. 14 I Nr. 1 EGBGB) und das der Kindtschaftswirkungen zusammen; maßgebend ist immer das gemeinsame Heimatrecht.

Problematisch wird die Berufung des Heimatrechts des Kindes aber, wenn seine Eltern verschiedenen Staaten angehören. Nach dem heute verbreiteten staatsangehörigkeitsrechtlichen Grundsatz, daß jeder Elternteil seine Staatsangehörigkeit dem Kind vermittelt, ist das Kind dann meist *Doppelstaater*. Es entstehen teils Gerechtigkeitsprobleme aus dem Vorrang der inländischen Staatsangehörigkeit (Art. 5 I 2 EGBGB)<sup>25</sup>, teils Rechtsanwendungsschwierigkeiten aus der Ermittlung der effektiven Staatsangehörigkeit. Die Familieneinheit ist nicht gewährleistet.

Beispiel: Heiratet eine Deutsche einen Franzosen und lebt mit ihm in Frankreich, so ist Ehwirkungsstatut gemäß Art. 14 I Nr. 2 EGBGB das französische Aufenthaltsrecht. Bekommen die Eheleute ein Kind, so erwirbt es vom Vater die französische (Art. 18 Code civil), von der Mutter die deutsche Staatsangehörigkeit (§ 4 I RuStAG). Wenn nun das deutsche IPR die Kindtschaftswirkungen dem Heimatrecht des Kindes unterstellen würde, wäre auf das Verhältnis des Kindes zu seinen Eltern aus deutscher Sicht wegen Art. 5 I 2 EGBGB deutsches Recht anwendbar – ein wenig überzeugendes Ergebnis. Sachgerecht und der Familieneinheit förderlich wäre hier die Maßgeblichkeit des gewöhnlichen Aufenthalts.

<sup>24</sup> Siehe insoweit Kropholler, IPR<sup>2</sup> (1994) 243–264.

<sup>25</sup> Näher Kropholler (vorige Note) 240f.

b) Vorzüge und Nachteile einer Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt

Die Vorzüge einer Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes liegen vor allem darin, daß das *Recht der Umwelt*, in der es lebt, zur Anwendung gelangt. Es wird ebenso behandelt wie alle anderen Altersgenossen in seinem Aufenthaltsland. Dieses Interesse berücksichtigt das EGBGB bereits in Artt. 20 II, 19 II 2 bei nichtehelichen Kindern und bei ehelichen Kindern, die in unvollständigen Familien aufwachsen<sup>26</sup>. Indes ist das gleiche Interesse bei anderen Kindern gegeben, wenn auch möglicherweise weniger ausgeprägt.

Für *Schutzmaßnahmen*, einen besonders wichtigen Teilbereich des Rechts der elterlichen Sorge, hat sich die im Haager Minderjährigenschutzabkommen von 1961 vorgesehene Anwendung des Aufenthaltsrechts durch die im Regelfall tätig werdende Aufenthaltsbehörde (Artt. 1, 2 MSA) als sachgerecht und praktisch erwiesen. Die Maßgeblichkeit des Aufenthaltsrechts dürfte daher auch bei der anstehenden Reform dieses Übereinkommens Bestand haben, und sie könnte sogar auf kraft Gesetzes eintretende Schutzverhältnisse ausgedehnt werden<sup>27</sup>. Die mit dem Übereinkommen gewonnene Erfahrung, daß der Schutz der Kinder durch die Anwendung des Aufenthaltsrechts regelmäßig zufriedenstellend gewährleistet wird, ist bei der Neufassung einer deutschen Kollisionsnorm über die Kindschaftswirkungen zu berücksichtigen.

Für das Aufenthaltsrecht spricht ferner, daß die *angrenzenden Gebiete* der öffentlichrechtlichen Schutzmaßnahmen und der Unterhaltsansprüche grundsätzlich ebenfalls dem Aufenthaltsrecht des Kindes unterstehen<sup>28</sup>. Auf der anderen Seite bleibt als Nachteil die Kluft zum Ehwirkungsstatut, das im Regelfall durch die gemeinsame Staatsangehörigkeit der Ehegatten bestimmt wird (Art. 14 I Nr. 1 EGBGB).

Die Schwäche der im Vergleich zur Staatsangehörigkeit *leichteren Manipulierbarkeit* des gewöhnlichen Aufenthalts wird durch das Gegengewicht des recht effektiven Haager Kindesentführungsübereinkommens von 1980 teilweise gemildert<sup>29</sup>. Bisweilen kann auch eine sinnvolle Interpretation des Begriffs gewöhnlicher Aufenthalt helfen<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Siehe Begründung der Bundesregierung (oben N. 19).

<sup>27</sup> Siehe *Boelck* und *Kropholler* (beide oben N. 14).

<sup>28</sup> Siehe Art. 4 I des Haager Unterhaltsübereinkommens von 1973 bzw. Art. 18 I 1 EGBGB.

<sup>29</sup> Siehe dazu *Pirring*, Sorgerechts- und Adoptionsübereinkommen der Haager Konferenz und des Europarats: *RabelsZ* 57 (1993) 124–154 (141): »Die Fortschritte in Sorgerechtsangelegenheiten durch das Haager Kindesentführungsübereinkommen sind insgesamt sehr beachtlich.«

<sup>30</sup> Richtungsweisend *Baetge*, *Der gewöhnliche Aufenthalt im IPR* (1994) 76–85 (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 56).

### c) Abwägung

Insgesamt ist weder die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit noch die an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes frei von Nachteilen. Das Übergewicht der Vorzüge dürfte im Bereich der Kindschaftswirkungen aber bei der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes liegen.

Für den deutschen Gesetzgeber könnte bei einer Neuregelung ausschlaggebend sein, daß das IPR der Kindschaftswirkungen schon bisher in wesentlichen Teilen auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes ausgerichtet war und daß damit befriedigende Ergebnisse erzielt wurden. Dies ist vor allem auf das Haager Minderjährigenschutzabkommen von 1961 zurückzuführen (dazu oben b), das – weil es bei gewöhnlichem Aufenthalt des Kindes in Deutschland oder in einem anderen Vertragsstaat vorrangig (vgl. Art. 3 II 1 EGBGB) anwendbar ist – bei nahezu allen Sorgerechtsentscheidungen deutscher Gerichte eingreift. Eine Erstreckung der in Artt. 20 II, 19 II 2 EGBGB bereits enthaltenen Aufenthaltsanknüpfung auf alle Kinder würde auf der nationalen Ebene also nur nachvollziehen, was durch den Vorrang der Staatsverträge in weitem Umfang tatsächlich bereits geltendes Recht ist. Wenn das Haager Minderjährigenschutzabkommen nach seiner Reform im Jahre 1996 auch die kraft Gesetzes entstehenden Schutzverhältnisse dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes unterstellen sollte, wäre eine entsprechende Anknüpfung im nationalen IPR durch die internationale Rechtsentwicklung noch deutlicher vorgegeben.

## V. Gesetzesvorschlag

Die durch den skizzierten materiellrechtlichen Wandel angezeigte kollisionsrechtliche Neuregelung der Kindschaftswirkungen führt im Ergebnis zu einer Vereinfachung des IPR, wenn die bisherigen Unterscheidungen durch Artt. 19 II und 20 II EGBGB als nicht mehr gerechtfertigt entfallen. Auch wird Art. 19 III EGBGB, der bei einer Gefährdung des Wohls ehelicher Kinder Schutzmaßnahmen nach dem Aufenthaltsrecht zuläßt, nicht mehr benötigt, wenn dieses Recht die Kindschaftswirkungen ohnehin beherrscht.

Nach alledem sollte im Interesse der angestrebten Gleichstellung aller Kinder unter Aufhebung der bisherigen Artt. 19 II, III und 20 II EGBGB folgende neue Kollisionsnorm über die Kindschaftswirkungen erlassen werden: »Das Rechtsverhältnis zwischen einem Kind und seinen Eltern unterliegt dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat«<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Die Formulierung lehnt sich an Art. 20 II EGBGB an – mit dem Unterschied, daß die Worte »Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und einem [...] Kind« durch eine das Kind voranstellende Wendung ersetzt wurden. Diese Änderung entspricht der zentralen Rolle des Kindes im Kindschaftsrecht. – Der RefE (oben N. 2) hat diesen Vorschlag in Art. 21 EGBGB-Entwurf wörtlich übernommen.