

Eva Schumann

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und das deutsche Familien- und Erbrecht*

- I Einführung
 - II Der EGMR aus der Perspektive des deutschen Familienrechts
 - 1 Ein Blick zurück
 - 2 Innerstaatliche Auswirkungen einer Konventionsverletzung
 - 3 Drei Beispiele einer konventionswidrigen Ausgestaltung familiärer Rechtsverhältnisse
 - a) Erbrecht nichtehelicher Kinder
 - b) Elterliche Sorge eines nicht mit der Mutter verheirateten Vaters
 - c) Rechtsstellung des nur leiblichen, nicht rechtlichen Vaters
 - III Kritische Analyse der Rechtsprechung des EGMR: Auslegungsmethoden und Vorhersehbarkeit nationaler Beurteilungsspielräume
 - IV Fazit und Ausblick
- Anhang: Konventionsverletzungen Deutschlands in den im Text behandelten Fällen

I Einführung

Als der Praktikant JOHANN WOLFGANG GOETHE im Jahr 1772 am Reichskammergericht in Wetzlar, dem damals höchsten Gericht des Heiligen Römischen Reichs, eintraf, fand er dort beklagenswerte Zustände vor, von denen er später berichtete: „ein ungeheurer Wust von Akten lag aufgeschwollen und wuchs jährlich, da die siebzehn Assessoren nicht einmal imstande waren, das Laufende wegzuarbeiten. Zwanzigtausend Prozesse hatten sich aufgehäuft, jährlich konnten sechzig abgetan werden, und das Doppelte kam hinzu.“¹

So beeindruckend diese Zahlen sind, sie sind nichts im Vergleich zu den anhängigen Verfahren vor dem EGMR. Im Jahr 2011 wurde erstmals die Zahl von 150.000 anhängigen Beschwerden überschritten und jährlich kommen rund 65.000 Beschwerden neu hinzu.² Der Gerichtshof hat inzwischen auf diese Entwicklung reagiert und

* Meinem Mitarbeiter CARSTEN FITTING danke ich für vielfache Hilfe. Die in diesem Beitrag angegebenen URL-Adressen wurden zuletzt am 15.01.2015 abgerufen.

1 JOHANN WOLFGANG VON GOETHE, Gesamtausgabe der Werke und Schriften in zweiundzwanzig Bänden, Abt. 1: Poetische Werke, Bd. 8: Aus meinem Leben. Dichtung und Wahrheit, 1959, Teil 3, Buch 12, S. 620. Tatsächlich waren die Zustände noch viel schlimmer, denn zum damaligen Zeitpunkt waren bereits mehr als 60.000 Fälle unerledigt. Dazu WOLFGANG SELLETT, *Pax Europae* durch Recht und Verfahren, in: Leopold Auer/Werner Ogris/Eva Ortlieb (Hrsg.), *Höchstgerichte in Europa, Bausteine frühneuzeitlicher Rechtsordnungen, Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich*, Bd. 53, 2007, S. 97, 105.

2 Angesichts dieser Entwicklung hat MATTHIAS RUFFERT, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und innerstaatliches Recht*, EuGRZ 2007, S. 245, 254 bereits vor einigen Jahren darauf hingewiesen,

seit 2012 die Zahl der Erledigungen erheblich gesteigert;³ die Anzahl der jährlich neu hinzukommenden Beschwerden steigt indessen weiter.⁴ Der Gerichtshof ist zuständig für 47 Staaten, die die EMRK ratifiziert haben (darunter sämtliche Mitgliedstaaten der Europäischen Union), so dass derzeit fast 820 Mio. Menschen nach Art. 34 EMRK individualbeschwerdeberechtigt sind.

Angesichts dessen drängt sich die Frage auf, ob der Gerichtshof seinen Aufgaben überhaupt gerecht werden kann, denn es ist zu befürchten, dass sich die quantitative Überlastung⁵ auch auf die Qualität der Entscheidungen auswirkt⁶ – insbesondere in hochkomplexen Rechtsgebieten. Zu diesen gehört auch das deutsche Familienrecht, dessen Regelungen nicht nur an die Vorgaben des Grundgesetzes, der EMRK und weiterer internationaler Übereinkommen anzupassen, sondern auch mit anderen Rechtsgebieten wie dem Kinder- und Jugendhilferecht, dem Medizinrecht, dem Erbrecht,

dass man aufgrund des Anstiegs der „Zahl der Eingänge um durchschnittlich 16 % im Jahr [...] alle fünf Jahre mit einer Verdoppelung“ der Eingänge rechne.

3 Der erstmalige Rückgang der anhängigen Beschwerden ist auf das am 1. Juni 2010 in Kraft getretene Protokoll Nr. 14 zur EMRK zurückzuführen; dieses brachte folgende Neuerungen: Erstens können Beschwerden, die Trivialfälle betreffen (Art. 35 Abs. 3 lit. b EMRK), als unzulässig zurückgewiesen werden; zweitens kann die Zurückweisung der Beschwerde als unzulässig durch einen Einzelrichter erfolgen (Art. 27 Abs. 1, 2 EMRK); drittens kann ein Ausschuss aus drei Richtern auch Urteile fällen (Art. 28 Abs. 1 lit. b, 2 EMRK). Derzeit sind mehr als 96 % aller Beschwerden unzulässig; daher fand im Jahr 2011 nur in 1511, im Jahr 2012 in 1678 und im Jahr 2013 in 3659 Fällen eine Prüfung der Begründetheit statt. Dazu insgesamt JENS MEYER-LADEWIG/HERBERT PETZOLD, Trivialbeschwerden in der Rechtsprechung des EGMR, NJW 2011, S. 3126 ff.; NORBERT PAUL ENGEL, Strukturreform zur Entlastung des EGMR / EMRK-Protokoll Nr. 14 zum 1. Juni 2010 in Kraft, EuGRZ 2010, S. 148 f.; PETRA FOLLMAR-OTTO, Reform des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – eine Dauerbaustelle, AnwBl 2014, S. 307. Vgl. weiter FRANZ C. MAYER, in: Ulrich Karpenstein/Franz C. Mayer (Hrsg.), EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 2012, Einleitung, Rn. 16 ff. Des Weiteren werden zunehmend Verfahren verbunden (http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2013_ENG.pdf, S. 4 unten) und Piloturteil-Verfahren durchgeführt (Art. 61 Verfahrensordnung seit 1. April 2011). Zu letzteren MARTEN BREUER, Zur Fortentwicklung der Piloturteilstechnik durch den EGMR, EuGRZ 2012, S. 1 ff.; JÖRN ESCHMENT, Musterprozesse vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, 2011.

4 Im Jahr 2011 kamen 64.400 Individualbeschwerden neu hinzu und 52.188 Verfahren konnten erledigt werden; im Jahr 2012 waren es 64.900 neue Beschwerden, denen 87.879 erledigte Verfahren gegenüberstanden; im Jahr 2013 gingen 65.900 Beschwerden neu ein und 93.396 Verfahren wurden erledigt (http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2012_ENG.pdf; http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2013_ENG.pdf).

5 Die durch die quantitative Belastung entstehenden Missstände wurden auch vom Ministerkomitee des Europarats im Vorfeld des 15. Protokolls zur EMRK diskutiert. Im Anschluss an drei Konferenzen in Interlaken, Izmir und Brighton wurde die sog. Brighton Erklärung zur Reform des Gerichtshofs abgegeben. Darin wurde u.a. (neben der Qualität der Richter) die mit der zögerlichen Umsetzung der Vorgaben des EGMR durch die Vertragsstaaten zusammenhängende Überflutung des Gerichtshofs mit Beschwerden, die gleichgelagerte Fälle betreffen, kritisiert. Dazu <http://www.echrblog.blogspot.de/2012/04/brighton-outcomes.html>.

6 Kritisch daher ROBERT REBHAHN, Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, AcP 210 (2010), S. 489, 537.

dem Familiensozialrecht und dem Familienverfahrensrecht abzustimmen sind, und das durch ein über Jahrzehnte gewachsenes Geflecht von Gesetzgebung und Richterrecht geprägt ist. Nicht selten handelt es sich zudem im Kindschaftsrecht um mehrpolige Rechtsverhältnisse, bei denen die Gewährleistung von Grundrechten in einem Verhältnis die Einschränkung von Grundrechten in einem anderen nach sich zieht.⁷ Die zum Teil geäußerten Zweifel an der Qualität der Entscheidungen des Gerichtshofs mangels hinreichender Spezialkenntnisse der Richter in den Rechten von 47 Staaten⁸ scheinen jedenfalls auf den ersten Blick nicht ganz unberechtigt und dürften sich gerade bei schwierigen Fragen zu komplexen Rechtsgebieten bemerkbar machen.⁹

7 Vgl. auch BVerfGE 111, S. 307, 327: „Die Entscheidungen des Gerichtshofs können auf durch eine differenzierte Kasuistik geformte nationale Teilrechtssysteme treffen. In der deutschen Rechtsordnung kann dies insbesondere im Familien- und Ausländerrecht [...] eintreten [...], in denen widerstreitende Grundrechtspositionen durch die Bildung von Fallgruppen und abgestuften Rechtsfolgen zu einem Ausgleich gebracht werden.“

8 Entsprechend der Anzahl der Vertragsstaaten sind am EGMR 47 Richter tätig, die für neun Jahre von der Parlamentarischen Versammlung des Europarats aus den von den einzelnen Vertragsstaaten erstellten Listen gewählt werden (Art. 20, 22, 23 EMRK). Die Richter verteilen sich auf fünf Sektionen des Gerichtshofs, wobei jede Sektion für Beschwerden gegen diejenigen Staaten zuständig ist, denen die Richter angehören (Art. 26 EMRK). Von den 640 Mitarbeitern der Kanzlei, die die Richter unterstützen, sind 270 Juristen. Zuständig für offensichtlich unzulässige Beschwerden ist der Einzelrichter; der Ausschuss mit drei Richtern kann zusätzlich Konventionsverletzungen in Rechtsfragen mit gefestigter Rechtsprechung des EGMR feststellen, wobei eine einstimmige Entscheidung erforderlich ist; die mit sieben Richtern besetzte Kammer kann Unzulässigkeitsentscheidungen und Urteile fällen; die Große Kammer mit 17 Richtern entscheidet, wenn eine Partei einen Antrag auf Verweisung der Sache an die Große Kammer stellt. Entscheidungen der Kammer und der Großen Kammer werden mit einfacher Mehrheit gefällt. Dazu insgesamt CHRISTIANE SCHMALTZ, Menschenrechte auf dem Prüfstand, Abordnung an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, DRiZ 2010, S. 120; http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/howitworks&c=#newComponent_1346157759256_pointer.

9 Vgl. etwa PIA MARIA SCHULZE, Das deutsche Kindschafts- und Abstammungsrecht und die Rechtsprechung des EGMR, 2012, S. 237 f. (wobei sich die Kritik gerade für Kindschaftssachen auch darauf bezieht, dass dem Gerichtshof „das notwendige ‚sozialwissenschaftliche Rüstzeug‘ fehlt, um selbst fundierte Einschätzungen zum Kindeswohl abzugeben“). Neben dieses strukturelle Problem tritt aber noch ein weiteres, nämlich das derzeit unbefriedigende Verfahren der Nominierung von Richtern. So hat beispielsweise die Ukraine im Jahr 2007 im Ergebnis erfolgreich eine 33-jährige Juristin vorgeschlagen, die zu diesem Zeitpunkt eine erst zweijährige Berufserfahrung als Rechtsanwältin vorweisen konnte. Dazu SCHULZE, ebd., S. 239; NORBERT PAUL ENGEL, Konsequenzen eines Beitritts der Europäischen Union zur EMRK für die EU selbst, für den Europarat und den EGMR, EuGRZ 2010, S. 259, 260 f.; DERS., Richterwahl beim EGMR und Qualifikation der von den Regierungen nominierten Richter-Kandidaten, EuGRZ 2010, S. 368 f. Kritisch zur Qualifikation der Richter auch RUFFERT (Anm. 2), EuGRZ 2007, S. 254: „In der jüngeren Vergangenheit sind erhebliche Bedenken hinsichtlich der Qualifikation der Richter und ihrer Unabhängigkeit von internationalen (Generalsekretär des Europarates) wie nationalen Instanzen laut geworden, wobei im letzteren Fall Nepotismus und vordeмократische politische Einflussnahme erkennbar waren.“ Vgl. jetzt aber auch ARMIN VON BOGDANDY/CHRISTOPH KRENN, Zur demokratischen Legitimation von Europas Richtern, JZ 2014, S. 529, 533 f.

II Der EGMR aus der Perspektive des deutschen Familienrechts

1 Ein Blick zurück

Der (Rück-)Blick auf die Entwicklung der Rechtsprechung des EGMR aus der Perspektive des deutschen Familienrechts ist nicht nur meiner Profession geschuldet, sondern folgt methodisch dem geisteswissenschaftlichen Ansatz der Kulturtransferforschung.¹⁰ Diese geht davon aus, dass nicht nur das Transfergut (d.h. in diesem Fall die vom EGMR auf der Grundlage der EMRK entwickelten Standards) und die Mechanismen auf Seiten der Ausgangskultur zur Weitergabe dieses Guts, sondern auch die Rezeptionskultur und deren Aneignungsprozesse, d.h. das Bedürfnis und die Möglichkeiten, das Transfergut in die eigene Kultur zu integrieren, sowie die Vermittlerpersönlichkeiten in den Blick zu nehmen sind.¹¹

Da im Falle der Rechtsprechung des EGMR ein Transfer in 47 Staaten stattfindet, wäre es ausgesprochen reizvoll, die unterschiedlichen Aneignungsprozesse in einzelnen europäischen Staaten einer genaueren Analyse zu unterziehen und diese zu vergleichen. Dass sich diese Prozesse, d.h. die nationalen Mechanismen zur Anwendung der EMRK und zur Umsetzung der Entscheidungen des EGMR, zum Teil deutlich unterscheiden, legt bereits ein Vergleich der drei deutschsprachigen Länder¹² nahe: So macht es auf der Anwendungsebene einen Unterschied, ob die EMRK wie in Österreich Verfassungsrang bzw. wie in der Schweiz eine verfassungsrangähnliche

10 Dieser Ansatz geht auf MICHEL ESPAGNE/MICHAEL WERNER, Deutsch-französischer Kulturtransfer im 18. und 19. Jahrhundert, Zu einem neuen interdisziplinären Forschungsprogramm des C.N.R.S., Francia, Forschungen zur westeuropäischen Geschichte 13 (1985), S. 502, 504 ff. zurück. Vgl. weiter STEFAN SCHLELEIN, Chronisten, Räte, Professoren, Zum Einfluß des italienischen Humanismus in Kastilien am Vorabend der spanischen Hegemonie (ca. 1450 bis 1527), 2010, S. 44 ff.; MATTHIAS MIDDELL, Von der Wechselseitigkeit der Kulturen im Austausch, Das Konzept des Kulturtransfers in verschiedenen Forschungskontexten, in: Andrea Langer/Georg Michels (Hrsg.), Metropolen und Kulturtransfer im 15./16. Jahrhundert: Prag – Krakau – Danzig – Wien, 2001, S. 15-51; EVA SCHUMANN, Rechts- und Sprachtransfer am Beispiel der volkssprachigen Praktikerliteratur, in: Andreas Deutsch (Hrsg.), Historische Rechtssprache des Deutschen, Schriftenreihe des Deutschen Rechtswörterbuchs, Akademiekonferenzen 15, 2013, S. 123, 158 ff.

11 Zur Rolle des BVerfG als Vermittler vgl. nur ANDREAS VOßKUHLE, Der Rechtsanwalt und das Bundesverfassungsgericht – Aktuelle Herausforderungen der Verfassungsrechtsprechung, NJW 2013, S. 1329, 1330: „Dem BVerfG kommt die Aufgabe zu, die Entscheidungen des EGMR in das nationale Recht zu ‚übersetzen‘.“

12 Zur Wirkung der EMRK in Deutschland, Österreich und der Schweiz auch REBHAWN (Anm. 6), AcP 210 (2010), S. 532 ff., insb. 537: „Die ‚Rezeption‘ der EMRK in den drei Staaten geht somit recht unterschiedliche Wege, alle drei Rechtssysteme sind aber für das Einwirken der EMRK heute in weiten Bereichen offen. Blickt man allein auf den Stufenbau der Rechtsordnung der drei Staaten, so ist die Stellung der EMRK in Österreich stärker als in der Schweiz und dort wiederum stärker als in Deutschland.“

Stellung¹³ oder wie in Deutschland „nur“ Gesetzesrang hat.¹⁴ Auch bei der Umsetzung der Entscheidungen des EGMR stellt sich die Frage, wie konventionsfreundlich das nationale Recht ausgestaltet ist – beispielsweise ob und unter welchen Voraussetzungen die nationalen Prozessordnungen einen Wiederaufnahmegrund bei einer konventionswidrigen Entscheidung vorsehen.¹⁵

Auch wenn die EMRK in Deutschland „nur“ Gesetzesrang hat, so wurde ihr Stellenwert doch in mehreren Schritten durch das BVerfG aufgewertet. Im Jahr 1987 wies das BVerfG der EMRK zwei grundlegende Funktionen zu, nämlich erstens „eine normative Leitfunktion“ für das einfache Recht und zweitens die Funktion einer Auslegungshilfe im Rahmen der Grundrechtsinterpretation.¹⁶ Die Konsequenzen dieser

13 Dazu IRENE FAHRENHORST, Familienrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, Das Ehe- und Familienrecht der Bundesrepublik Deutschland und seine Vereinbarkeit mit der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten – dargestellt anhand von ausgewählten Beispielen –, 1994, S. 10 f.; REBHAIN (Anm. 6), AcP 210 (2010), S. 534 f.

14 Durch das Zustimmungsgesetz (gemäß Art. 59 Abs. 2 GG) wurde die EMRK in das deutsche Recht transformiert, und zwar im Range eines Bundesgesetzes; st. Rspr. des BVerfG, etwa BVerfGE 111, S. 307, 316 f.

15 In Deutschland sind die Wiederaufnahmeverfahren in § 359 Nr. 6 StPO (seit 1998) und in § 580 Nr. 8 ZPO (seit 2006) geregelt. Der Wiederaufnahmegrund in Zivilverfahren gilt über § 48 Abs. 2 FamFG auch in Familiensachen. Zur Einführung des Wiederaufnahmegrunds in Zivilverfahren BT-Drucks. 16/3038, S. 38 ff.; die Reform war durch die Empfehlung Nr. R (2000) 2 des Ministerkomitees des Europarats vom 19.01.2000 (694. Sitzung der Ministerdelegierten), Vollstreckung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR): Restitutio in integrum und Wiedererwägung bzw. Wiederaufnahme von innerstaatlichen Verfahren, EuGRZ 2004, S. 808 f. veranlasst worden. Ende 2006 sahen lediglich die Prozessordnungen von Norwegen, Bulgarien, Kroatien, Litauen, Rumänien, der Slowakischen Republik, der Türkei, der Ukraine und der Schweiz eine Wiederaufnahme vor (BT-Drucks. 16/3038, S. 39). Kritisch zur Wiederaufnahme in Zivilverfahren JOHANN BRAUN, in: Wolfgang Krüger/Thomas Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 2: §§ 355-1024, 4. Aufl. 2012, § 580, Rn. 75 ff. In der Schweiz ist nach Art. 122 des schweizerischen Bundesgerichtsgesetzes seit 01.01.2007 die Möglichkeit einer Revision der durch die nationalen Gerichte getroffenen konventionswidrigen Entscheidung vorgesehen, wenn die Verletzung nicht durch eine Entschädigung ausgeglichen, sondern nur durch eine Revision beseitigt werden kann. Dazu WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, Kontrolldichte und Kontrollfragen beim nationalen und europäischen Schutz von Freiheitsrechten in mehrpoligen Rechtsverhältnissen – Aus der Sicht des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 2006, S. 492, 498. In Österreich gibt es bei Zivilverfahren keinen Wiederaufnahmegrund, während § 363a StPO die Möglichkeit einer „Erneuerung des Strafverfahrens“ bei Feststellung einer Konventionsverletzung vorsieht.

16 BVerfGE 74, S. 358, 370 stellte klar, dass erstens Gesetze „im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland auszulegen und anzuwenden [seien]“, und dass zweitens bei „der Auslegung des Grundgesetzes [...] auch Inhalt und Entwicklungsstand der Europäischen Menschenrechtskonvention in Betracht zu ziehen [seien], sofern dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes [führe]. Deshalb dien[e] insoweit auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes.“ Bestätigt durch BVerfGE 111, S. 307, 317 f. Zu beiden Aussagen RUFFERT (Anm. 2), EuGRZ 2007, S. 247: „Auf diese Weise erhält die EMRK in der Auslegung des EGMR eine normative Leitfunktion.“ Und wei-

Entscheidung für das nationale Recht wurden zunächst erfolgreich verdrängt, bis das BVerfG mit der *Görgülü-Entscheidung* von 2004 den deutschen Juristenstand wach gerüttelt hat.¹⁷ In dieser, das Kindschaftsrecht betreffenden Entscheidung hob das BVerfG in aller Deutlichkeit hervor, dass das „Grundgesetz [...] eine weitgehende Völkerrechtsfreundlichkeit“ wolle; daher dürfe der Gesetzgeber nur dann ausnahmsweise Völkervertragsrecht nicht beachten, wenn „nur auf diese Weise ein Verstoß gegen tragende Grundsätze der Verfassung abzuwenden“ sei.¹⁸ Es hat ferner dargelegt, dass die Entscheidungen des EGMR in Verfahren gegen einen anderen Staat „den nicht beteiligten Staaten [...] Anlass [geben], ihre nationale Rechtsordnung zu überprüfen und sich bei einer möglicherweise erforderlichen Änderung an der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zu orientieren“ (sog. *Orientierungswirkung*).¹⁹ Des Weiteren gehöre zur Bindung der Verwaltung und Justiz an Gesetz und Recht „auch die Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Entscheidungen des Gerichtshofs im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung“.²⁰

Die im Anschluss an die *Görgülü-Entscheidung* von 2004 vor allem im Öffentlichen Recht geführte Diskussion²¹ kann hier nicht nachgezeichnet werden, vielmehr

ter: „Dadurch überwölbt die EMRK die Grundrechtsinterpretation.“ Zur EMRK als Auslegungshilfe JAN MORITZ SCHILLING, Deutscher Grundrechtsschutz zwischen staatlicher Souveränität und menschenrechtlicher Europäisierung, Zum Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, 2010, S. 46 ff. Vgl. auch aus der Rechtsprechung BVerwGE 110, S. 203, 210: „Der Auslegung der Konvention durch den Gerichtshof kann jedoch unter bestimmten Voraussetzungen über den entschiedenen Einzelfall hinaus eine normative Leitfunktion beigemessen werden, an der sich die Vertragsstaaten zu orientieren haben. Lässt sich aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofs eine verallgemeinerungsfähige und allgemeine Gültigkeit beanspruchende Auslegung einer Konventionsbestimmung feststellen, haben die deutschen (Verwaltungs-)Gerichte dem vorrangig Rechnung zu tragen“.

17 Zu diesem Zeitpunkt kam es auch zu einem öffentlich ausgetragenen Disput zwischen den Richtern des BVerfG und des EGMR, vgl. RENATE JAEGER, „Straßburg muss mehr Rücksicht nehmen“, taz vom 28.10.2004, S. 12; LUZIUS WILDHABER, „Das tut mir weh“, Der Spiegel Nr. 47 vom 15.12.2004, S. 50 ff.; HANS-JÜRGEN PAPIER, „Straßburg ist kein oberstes Rechtsmittelgericht“, FAZ Nr. 288 vom 09.12.2004, S. 5. Dazu auch STEFAN MÜCKL, Kooperation oder Konfrontation? – Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, Der Staat 2005, S. 403, 405; GEORG RIXE, FamRZ 2005, S. 176 f. (Anm. zu BVerfG FamRZ 2005, S. 173).

18 BVerfGE 111, S. 307, 319; bestätigt durch die Entscheidungen des BVerfG zur Sicherungsverwahrung von 2011 und 2012 (BVerfGE 128, S. 326, 366 ff.; BVerfGE 131, S. 268, 295 f.).

19 BVerfGE 111, S. 307, 320; zur Orientierungswirkung der Urteile des EGMR auch JENS MEYER-LADEWIG/HERBERT PETZOLD, Die Bindung deutscher Gerichte an Urteile des EGMR, Neues aus Straßburg und Karlsruhe, NJW 2005, S. 15, 18 f.; MÜCKL (Anm. 17), Der Staat 2005, S. 418 f. Kritisch CHRISTOPH GRABENWARTER, Grundrechtsvielfalt und Grundrechtskonflikte im europäischen Mehrebenensystem – Wirkungen von EGMR-Urteilen und der Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten, EuGRZ 2011, S. 229, 230 („Nebelbegriff“).

20 BVerfGE 111, S. 307, 323. Dazu insgesamt auch SCHILLING (Anm. 16), S. 65 ff.

21 Für eine stärkere Gewichtung der EMRK etwa MEYER-LADEWIG/PETZOLD (Anm. 19), NJW 2005, S. 15 ff. Kritisch zur Entscheidung des BVerfG HANS-JOACHIM CREMER, Zur Bindungswirkung von

soll der Hinweis genügen, dass die Entscheidung des BVerfG von 1987 eine völkerrechtsfreundliche Geste war, deren Preis nicht besonders hoch erschien. Denn damals sicherte die EMRK nach allgemeinem Verständnis nur einen menschenrechtlichen Mindeststandard in Europa, der bei weitem nicht an die Garantien der deutschen Grundrechte heranreichte.²² Dementsprechend war Deutschland bis zum Jahr 1987, d.h. in einem Zeitraum von fast drei Jahrzehnten, auch nur in sieben Fällen wegen einer Konventionsverletzung verurteilt worden. Zudem zeichnete sich die Rechtsprechung des EGMR in der Anfangszeit durch einen „souveränitätsfreundliche[n] völkerrechtliche[n] Stil“ aus.²³

Diese, der Entscheidung des BVerfG von 1987 zugrundeliegende „Geschäftsgrundlage“ änderte sich aber mit Inkrafttreten des 11. Zusatzprotokolls zur EMRK am 1. November 1998, das zu einer Professionalisierung der Arbeit des Gerichtshofs führte und als Ausgangspunkt einer Verbesserung des Schutzes der Menschenrechte und Grundfreiheiten der EMRK verstanden wurde.²⁴ Mit dieser Erweiterung sei der EGMR – so CHRISTIAN HILLGRUBER – „von den Fesseln einer bloß fakultativen, zeitlich befristeten Unterwerfung der Konventionsstaaten befreit, dazu [übergegangen], die Konventionsgarantien verstärkt dynamisch-evolutiv, das heißt ohne Rücksicht auf den maßgeblichen Willen der Konventionsstaaten auszulegen und anzuwenden“.²⁵

Begibt man sich auf die Ebene des deutschen Familienrechts und fragt, ob diese Zäsur Ende der 1990er Jahre auch hier eine Rolle gespielt hat, so lässt sich zunächst feststellen, dass die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR bis in die 1990er Jahre hinein von der Familienrechtswissenschaft und -praxis so gut wie gar nicht wahr-

EGMR-Urteilen, EuGRZ 2004, S. 683 f., 692 ff.; ECKART KLEIN, JZ 2004, S. 1176, 1177 f. (Anm. zu BVerfGE 111, S. 307).

22 So auch CHRISTIAN HILLGRUBER, Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach 60 Jahren, JZ 2011, S. 861, 870. Vgl. auch FAHRENHORST (Anm. 13), S. 54, 156 f. m.w.N.; IRENE HOFFMANN, Der Grundsatz der Subsidiarität im Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention, Rechtliche Fundierung, Besonderheiten und Bedeutung, 2007, S. 34, 219 ff.

23 FAHRENHORST (Anm. 13), S. 19.

24 11. Zusatzprotokoll zur EMRK vom 11.05.1994. Die bisherigen Durchsetzungsorgane (die Europäische Kommission für Menschenrechte, der EGMR und das Ministerkomitee) wurden durch den neuen ständigen Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ersetzt.

25 HILLGRUBER (Anm. 22), JZ 2011, S. 870. Kritisch auch GRABENWARTER (Anm. 19), EuGRZ 2011, S. 231 (die „Einrichtung des ständigen Gerichtshofes seit 1998 ließ jedoch deutliche Uniformierungstendenzen erkennen“). Zu den Veränderungen vgl. auch RUDOLF BERNHARDT, Der Übergang vom „alten“ zum „neuen“ Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: Jürgen Bröhmer/Roland Bieber/Christian Calliess/Christine Langenfeld/Stefan Weber/Joachim Wolf (Hrsg.), Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Ress, 2005, S. 911 ff.; JULIE VONDUNG, Die Architektur des europäischen Grundrechtsschutzes nach dem Beitritt der EU zur EMRK, 2012, S. 13 f.; JÖRGEN RUBEL, Entscheidungsfreiräume in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshofes, Ein Beitrag zur Beantwortung der Kontrollrichtfrage, 2005, S. 116 f., 150 (Entwicklung vom „ursprünglichen Rechtsprechungsauftrag – die Schaffung von Mindeststandards im europäischen Menschenrechtsschutz – hin zu einem Harmonisierungsauftrag“).

genommen wurden.²⁶ Als Anfang der 1990er Jahre kurz hintereinander die ersten beiden Monographien zur Vereinbarkeit des deutschen Familienrechts mit der EMRK auf den Markt kamen, handelte es sich um zwei völkerrechtliche Dissertationen.²⁷

26 So auch TOBIAS HELMS, *Kindesrecht und Elternkonflikt – Internationale Vorgaben, insbesondere durch Art. 8, 14 EMRK*, in: Martin Löhnig/Dieter Schwab/Dieter Henrich/Peter Gottwald (Hrsg.), *Kindesrecht und Elternkonflikt, Beiträge zum europäischen Familienrecht* 14, 2013, S. 53 f. Eine Ausnahme bilden einige kürzere Beiträge um das Jahr 1980, in denen unter Berufung auf die Feststellung einer Konventionsverletzung im Fall EGMR (13.06.1979 – 6833/74, Marckx ./ Belgien) NJW 1979, S. 2449 darauf hingewiesen wurde, dass das deutsche Nichteheleichenrecht nicht mit der EMRK vereinbar sei: ERIK JAYME, *Europäische Menschenrechtskonvention und deutsches Nichteheleichenrecht*, NJW 1979, S. 2425, 2427 f.; HANS A. STÖCKER, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zur Diskriminierung „nichtehelicher Kinder“*, DAVorm 1980, Sp. 249 ff. mit dem Hinweis in Sp. 251: „Im übrigen schätzt die Praxis die Bedeutung der durch die Konvention eröffneten zusätzlichen Rechtsschutzmöglichkeit wohl eher zurückhaltend ein.“ Weiter heißt es zu Art. 8 EMRK in Sp. 253 f.: „Nunmehr erweist sich die Bestimmung als Eingangstor, um weite Bereiche des Familienrechts in den Diskriminierungsschutz des Art. 14 EMRK einzubeziehen. Sieht man auf das deutsche Recht, so ist damit vor allem die Regelung der elterlichen Sorge in Frage gestellt. [...] Bemerkenswert ist ferner, daß der Gerichtshof auch das subjektive Erbrecht zwischen Kindern, Eltern und Großeltern als ‚Teil des durch Art. 8 EMRK geschützten Familienlebens‘ anerkennt [...]. Damit hat der Gerichtshof die Möglichkeit eröffnet, die Ungleichbehandlung ‚nichtehelicher‘ Kinder im Erbrecht – und damit sehr fest verwurzelte Diskriminierungspraktiken, die nicht selten auch Reformgesetze zu überdauern vermögen – an der Konvention zu messen.“ Zu nennen ist weiter FRITZ STURM, *Das Straßburger Marckx-Urteil zum Recht des nichtehelichen Kindes und seine Folgen*, FamRZ 1982, S. 1150 ff. Die Ausführungen STURMS zeigen jedoch, dass Art. 8 EMRK von Teilen der Literatur gar nicht auf Eltern-Kind-Verhältnisse bezogen wurde; so heißt es auf S. 1155, dass „Art. 8 EMRK nicht einen zivilrechtlichen Status gewährleisten [wolle], ja überhaupt nicht auf die Familie als Rechtsverhältnis abstellen, sondern das Zuhause, das Familienleben als solches gegen staatliche Eingriffe schützen, wie sie in totalitären Staaten – man denke an die faschistische und kommunistische Tyrannei – gang und gäbe sind (Pochen an die Haustür morgens um vier, Anbringen von Abhörgeräten, Überwachen des Fernsprechverkehrs, Ausspionieren durch Kinder, Trennung von Familienangehörigen). Mit vollständiger Gleichstellung des ne. Kindes kann ja [...] diesem auch gar kein Zuhause, kein Aufwachsen in einer Familie garantiert werden. Alles hängt von der Mutter ab: Sie kann das Kind in ein Heim stecken oder zur Adoption freigeben. Die Überdehnung von Art. 8 EMRK bewirkt dann gar nichts, sondern bleibt ein Schlag ins eiskalte Wasser.“ Schon vor dem Marckx-Urteil: HANS A. STÖCKER, *Über die Anwendung der Menschenrechte auf „Nichteheleiche“*, DAVorm 1978, Sp. 481 ff.

27 MARTINA PALM-RISSE, *Der völkerrechtliche Schutz von Ehe und Familie*, Schriften zum Völkerrecht 94, 1990, 411 S. (= Diss. Bonn 1989/90); ACHIM BRÖTEL, *Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens, Rechtsgrund und Grenzen staatlicher Einwirkungsmöglichkeiten in familiäre Rechtspositionen nach der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, dargestellt an ausgewählten Beispielen des deutschen Familienrechts, 1991, 457 S. (= Diss. Heidelberg 1990/1991). Aus den folgenden Jahren sind die bereits erwähnte Dissertation von IRENE FAHRENHORST (Anm. 13) sowie die Arbeit von CORNELIA KOPPER-REIFENBERG, *Kindschaftsrechtsreform und Schutz des Familienlebens nach Art. 8 EMRK, Zur Vereinbarkeit der deutschen Reform des Kindschaftsrechts mit der Europäischen Menschenrechtskonvention – eine kritische Analyse*, Schriften des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes – Rechtswissenschaft 33, 2001, 651 S. (= Diss. Saarbrücken 2001) zu nennen.

Dies änderte sich ab Mitte der 1990er Jahre²⁸ mit der Entscheidung des EGMR „Keegan gegen Irland“, die die Freigabe eines nichtehelichen Kindes zur Adoption ohne Zustimmung des Vaters betraf. Diese Entscheidung wurde in den familienrechtlichen Zeitschriften ausführlich besprochen,²⁹ und erstmals wurde 1998 anlässlich der Kindschaftsrechtsreform auch unter Berufung auf diese Entscheidung eine Gesetzesänderung (Erfordernis einer Zustimmung des Vaters zur Adoption seines nichtehelichen Kindes) vorgenommen.³⁰ Mitte der 1990er Jahre wurden zudem mehrere Individualbeschwerden in Straßburg anhängig, mit denen sich Väter gegen Entscheidungen deutscher Gerichte auf der Grundlage der bis 1998 geltenden Regelung zum Umgang mit dem nichtehelichen Kind (§ 1711 BGB a.F.) richteten. Diese Individualbeschwerden wurden zwar erst in den Jahren 2000 bis 2003 entschieden und damit zu einem Zeitpunkt, als die diskriminierende Umgangsregelung durch die Kindschaftsrechtsreform längst beseitigt war, sie erfuhren aber dennoch Aufmerksamkeit, weil die Bundesrepublik Deutschland in vier Fällen (Elsholz, Hoffmann, Sahin, Sommerfeld)³¹ zur

28 Im Palandt wurde erstmals in der 53. Auflage von 1994 zur EMRK Stellung genommen (UWE DIERICHSEN, in: Otto Palandt (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 53. Aufl. 1994, Einl. v. § 1297, Rn. 7) und 1996 erschien der Sammelband von PETER KOEPEL (Hrsg.), Kindschaftsrecht und Völkerrecht im europäischen Kontext, 1996 mit mehreren Beiträgen zum Einfluss der EMRK auf das deutsche Kindschaftsrecht. Auch das BVerfG hat in Entscheidungen zum Eltern-Kind-Verhältnis erst seit 1995 auf die Rechtsprechung des EGMR Bezug genommen; dazu EVA SCHUMANN, Die nichteheliche Familie, Reformvorschläge für das Familienrecht mit einer Darstellung der geschichtlichen Entwicklung und unter Berücksichtigung des Völker- und Verfassungsrechts, 1998, S. 149 (Fn. 62) m.w.N.

29 EGMR (26.05.1994 – 16969/90, Keegan ./, Irland) NJW 1995, S. 2153 = FamRZ 1995, S. 110. Dazu ACHIM BRÖTEL, Adoption nichtehelicher Kinder durch Dritte, Die grundrechtliche Stellung des Vaters bei der Adoption seines nichtehelichen Kindes durch Dritte, FamRZ 1995, S. 72 ff.; IRENE FAHRENHORST, Die Rechtsstellung des Vaters bei Inkognito-Adoption seines nichtehelichen Kindes unter dem Blickwinkel der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), FuR 1995, S. 107 ff. In der NJW 1995 erschienen unmittelbar hintereinander die Entscheidung des EGMR sowie eine Entscheidung des BVerfG (BVerfGE 92, S. 158 = NJW 1995, S. 2155), die die Diskriminierung des Vaters bei der Adoption seines nichtehelichen Kindes im deutschen Recht für verfassungswidrig erklärte. Zudem hat das AG Kamen (FamRZ 1995, S. 1077) als Reaktion auf die Entscheidung des EGMR im Fall Keegan eine Norm (§ 1705 BGB a.F.), die der Richter für konventionswidrig hielt, nicht mehr angewandt und die Lücke durch eigene Rechsschöpfung auf der Grundlage der EMRK geschlossen (und den beiden nicht miteinander verheirateten Eltern die gemeinsame elterliche Sorge erteilt). Zu dieser Entscheidung auch KOPPER-REIFENBERG (Anm. 27), S. 53 ff.; SCHUMANN (Anm. 28), S. 150 f.

30 BT-Drucks. 13/4899, S. 112 (es handelt sich um die einzige Stelle in der Drucksache, in der auf eine Entscheidung des EGMR eingegangen wird); es wird aber auch die Entscheidung BVerfGE 92, S. 158 = NJW 1995, S. 2155 genannt.

31 Zu § 1711 BGB a.F.: EGMR (13.07.2000 – 25735/94, Elsholz ./, Deutschland) NJW 2001, S. 2315; EGMR (11.10.2001 – 34045/96, Hoffmann ./, Deutschland) BeckRS 2008, 06770; EGMR (11.10.2001 – 30943/96, Sahin ./, Deutschland) EuGRZ 2002, S. 25; EGMR (11.10.2001 – 31871/96, Sommerfeld ./, Deutschland) FamRZ 2002, S. 381; EGMR Große Kammer (08.07.2003 – 30943/96, Sahin ./, Deutschland und 31871/96, Sommerfeld ./, Deutschland) FamRZ 2004, S. 337. Keine Konventionswidrigkeit wurde im Fall EGMR (12.01.2006 – 38282/97, 68891/01, W. P. ./, Deutschland) BeckRS 2008, 06771

Zahlung immaterieller Entschädigungen in Höhe von insgesamt 70.000 Euro verurteilt wurde.³² Angesichts dieser hohen Entschädigungssummen überrascht es nicht, dass seitdem mehr und mehr Anwälte auch den Gang nach Straßburg wagten.³³

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass sich ein spürbarer Einfluss der Rechtsprechung des EGMR auf das deutsche Familienrecht erst seit fünfzehn Jahren nachweisen lässt. Dass in Kindschaftssachen seit dem Jahr 2000 in sechsundzwanzig Fällen³⁴ eine Verletzung der EMRK durch die Bundesrepublik Deutschland bejaht wurde, während in den vierzig Jahren davor nicht in einem einzigen familienrechtlichen Fall eine Konventionswidrigkeit festgestellt wurde, muss angesichts des ursprünglich stark diskriminierenden nichtehelichen Kindschaftsrechts³⁵ und des deutlichen Abbaus diskriminierender Regelungen durch die Kindschaftsrechtsreform von 1998 überraschen. Andererseits bestätigt dieser Befund aber die Annahme, dass nicht so sehr das nationale Recht als vielmehr die Neuausrichtung des EGMR infolge des 11. Zusatzprotokolls zur EMRK von 1998 zu diesen Veränderungen geführt hat.

2 Innerstaatliche Auswirkungen einer Konventionsverletzung

Bis Ende 2013 wurde die Bundesrepublik Deutschland in 173 Fällen verurteilt, wobei in rund 70 % dieser Fälle die Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK verletzt waren.³⁶ Bis zum Inkrafttreten des neuen Familienverfahrensgesetzes (FamFG) im Jahr 2009

angenommen. Vgl. dazu auch DIETER HENRICH, Der Schutz des „Familienlebens“ durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: Gerrit Manssen/Monika Jachmann/Christoph Gröpl (Hrsg.), Nach geltendem Verfassungsrecht, Festschrift für Udo Steiner, 2009, S. 294, 300 f. Das BVerfG hatte § 1711 BGB a.F. hingegen für verfassungsgemäß erklärt (BVerfGE 56, S. 363, 390 ff.). Dazu auch HELMS (Anm. 26), S. 62.

32 Die Verfahrenskosten betragen insgesamt mehr als 14.000 Euro (Elsholz: ca. 12.600 DM; Hoffmann: 2.500 DM; Sommerfeld: 2.500 Euro; Sahin: 4.500 Euro); die immateriellen Entschädigungen setzten sich wie folgt zusammen: 35.000 DM im Fall Elsholz, 25.000 DM im Fall Hoffmann und jeweils 20.000 Euro in den Fällen Sahin und Sommerfeld (insgesamt 70.677 Euro).

33 Wenngleich von den im Anhang abgedruckten Beschwerden rund ein Drittel von einem Anwalt, dem Bielefelder Rechtsanwalt GEORG RIXE, erfolgreich vertreten wurde.

34 Hinzu kommt noch der unter Ziff. II. 3.a) behandelte Fall, der das Erbrecht eines nichtehelichen Kindes betrifft; EGMR (28.05.2009 – 3545/04, Brauer ./ Deutschland) NJW-RR 2009, S. 1603.

35 So stellte beispielsweise die Verweigerung eines gemeinsamen Sorgerechts für nicht miteinander verheiratete Eltern im Jahr 1984 für die Europäische Kommission für Menschenrechte keine Verletzung des Familienlebens dar, weil den Eltern die Möglichkeit einer Eheschließung zur Erlangung des gemeinsamen Sorgerechts offen stand (Kommission, 15.03.1984 – 9639/82, B., R. und J. ./ Deutschland, Decisions and Reports 36, S. 130 ff.). Auch die Stiefkindadoption durch den Ehemann der Mutter eines nichtehelichen Kindes ohne Zustimmung des Vaters stellte 1988 noch keine Verletzung von Art. 8 EMRK dar (Kommission, 13.10.1988 – 13226/87, Edwards ./ Deutschland).

36 Dies ergibt sich aus einer Auswertung von: Overview 1959-2013, Violations by Article and by State (www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592013_ENG.pdf). Bei dem Gebot angemessener Verfahrensdauer handelt es sich um eine vom EGMR entwickelte neue Garantie; dazu GRABENWARTER

gehörten hierzu auch *Kindschaftssachen mit überlanger Verfahrensdauer*, vor allem Umgangsrechtsverfahren von Vätern nichtehelicher Kinder (im Anhang unter Ziff. 4).³⁷ Die vom EGMR entwickelten verfahrensrechtlichen Garantien spielen in Sorge- und Umgangsrechtsverfahren auch deshalb eine große Rolle, weil gerade bei kleinen Kindern die Gefahr besteht, dass die Entscheidung durch Zeitablauf faktisch präjudiziert wird.³⁸ Aufgrund des seit 2009 in Kindschaftssachen geltenden Beschleunigungsgrundsatzes und weiterer Verbesserungen der verfahrensrechtlichen Stellung der Beteiligten durch das FamFG dürfte dieses Problem nun weitgehend behoben sein.³⁹

(Anm. 19), EuGRZ 2011, S. 231. Zur Bedeutung der Garantie des fairen Verfahrens und einer Entscheidung in angemessener Frist auch SCHULZE (Anm. 9), S. 47 f.

37 Eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK (ohne zusätzliche Verletzung von Art. 8, 14 EMRK) hat der EGMR in folgenden Sorge- oder Umgangsrechtsverfahren von Vätern nichtehelicher Kinder bejaht: EGMR (04.12.2008 – 44036/02, Adam ./.) Deutschland) BeckRS 2009, 22678 = FamRZ 2009, S. 1037 (LS) m. Anm. GEORG RIXE; EGMR (24.06.2010 – 39444/08, Afflerbach ./.) Deutschland) FamRZ 2010, S. 1721; EGMR (08.07.2010 – 40014/05, Döring ./.) Deutschland) NJW 2013, S. 1055; EGMR (21.04.2011 – 41599/09, Kuppinger ./.) Deutschland) FamRZ 2011, S. 1283; EGMR (27.03.2003 – 39547/98, Niederböster ./.) Deutschland) BeckRS 2008, 06773; EGMR (10.05.2007 – 76680/01, Skugor ./.) Deutschland) BeckRS 2008, 06735. Im Fall EGMR (15.05.2008 – 58364/00, Lück ./.) Deutschland) BeckRS 2009, 86226 ging es um das Umgangsrecht des nur leiblichen Vaters (Anerkennung der Verletzung ohne Verurteilung). In weiteren fünf Fällen waren Eltern ehelicher Kinder von einer überlangen Verfahrensdauer betroffen, nämlich in den Fällen EGMR (26.11.2009 – 54215/08, Abduvalieva ./.) Deutschland) BeckRS 2010, 90117; EGMR (09.04.2009 – 1182/05, Hub ./.) Deutschland) BeckRS 2009, 71209; EGMR (20.01.2011 – 21980/06, 26944/07, 36948/08, Kuhlen-Rafsandjani ./.) Deutschland) FamRZ 2011, S. 533; EGMR (21.01.2010 – 42402/05, 42403/05, Wildgruber ./.) Deutschland) FamRZ 2010, S. 1721; EGMR (24.02.2005 – 60534/00, Wimmer ./.) Deutschland) BeckRS 2008, 06638.

38 So auch HELMS (Anm. 26), S. 58 f.; VERA MEYER, Die Rechtsstellung des leiblichen Vaters bei der Adoption seines nichtehelichen Kindes, 2013, S. 156 f.

39 Ähnlich GEORG RIXE, Der EGMR als Motor einer Harmonisierung des Familienrechts in Europa, FPR 2008, S. 222, 227. Vgl. auch EGMR (21.04.2011 – 41599/09, Kuppinger ./.) Deutschland) FamRZ 2011, S. 1283, 1284 (Rn. 51): „Der EuGHMR begrüßt, dass der Gesetzgeber mit Wirkung zum 1.9.2009 eine Neuregelung geschaffen hat, die die Gerichte veranlasst, ihre Verpflichtung zur zügigen Bearbeitung von Umgangsverfahren dadurch zu erfüllen, dass diese vorrangig und beschleunigt durchzuführen sind und ein Termin spätestens einen Monat nach Beginn des Verfahrens stattfinden soll (§ 155 FamFG).“ Problematisch ist allerdings, dass das FamFG keinen effektiven Rechtsbehelf vorsieht, mit dem bei einer unangemessenen Dauer des Verfahrens Abhilfe geschaffen werden kann. Dies bemängelt der EGMR für alle zivilrechtlichen Verfahren, vgl. EGMR (08.06.2006 – 75529/01, Sürmeli ./.) Deutschland) FamRZ 2007, S. 1449 m. Anm. GEORG RIXE; EGMR (02.09.2010 – 46344/06, Rumpf ./.) Deutschland) NJW 2010, S. 3355 m. Anm. JENS MEYER-LADEWIG = FamRZ 2010, S. 1965 m. Anm. GEORG RIXE, in besonderem Maße aber für Kindschaftssachen. Hier hat der EGMR in den letzten Jahren bereits dreimal eine Verletzung von Art. 13 EMRK bejaht: EGMR (24.06.2010 – 39444/08, Afflerbach ./.) Deutschland) und EGMR (21.01.2010 – 42402/05, 42423/05, Wildgruber ./.) Deutschland) beide: FamRZ 2010, S. 1721 sowie EGMR (21.04.2011 – 41599/09, Kuppinger ./.) Deutschland) FamRZ 2011, S. 1283, 1284 (Rn. 55): „Der Gerichtshof hat bereits entschieden, dass es im deutschen Recht keinen effektiven Rechtsbehelf gibt, mit dem Abhilfe bei einer unangemessenen Dauer zivilgerichtlicher Verfahren geschaffen werden kann“. Das inzwischen in Kraft getretene Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren vom 24.11.2011 (BGBl. I, S. 2302) stellt allerdings nur eine Minimallösung dar.

Auf Platz drei der Konventionsverletzungen durch die Bundesrepublik Deutschland liegen mit rund 8 % aller Verurteilungen Fälle, in denen das Recht auf Achtung des Familienlebens nach Art. 8 EMRK oder Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK verletzt wurde (vierzehn Fälle).⁴⁰ Diese Konventionsverletzungen im Bereich des materiellen Kindschaftsrechts machen die Mehrheit aller Fälle auf dem Gebiet des Zivilrechts aus.⁴¹

Zu unterscheiden sind dabei zwei Gruppen: In die erste gehören Fälle, in denen die Verletzung in einer *konventionswidrigen Anwendung* deutschen Rechts durch Gerichte oder Behörden lag. Hierzu gehören insbesondere Konflikte nach einer Herausnahme von Kindern aus der Herkunftsfamilie und deren Unterbringung in einer Pflegefamilie (dies betrifft im Anhang die Fälle unter Ziff. 5.: Kutzner, Haase, Nanning sowie B. B. und F. B., aber auch in einer leicht abweichenden Konstellation den Fall Görgülü).⁴² In diesen fünf *Pflegekindfällen* sind die zugrundeliegenden Normen konventionsgemäß oder könnten jedenfalls konventionsgemäß ausgelegt werden, in den entschiedenen Fällen war dies aber nicht geschehen. Für das vorliegende Thema sind diese Fälle aber auch deshalb weniger interessant, weil hier die Rechtsprechung des BVerfG und diejenige des EGMR grundsätzlich auf einer Linie liegen.⁴³

Die zweite Gruppe betrifft Fälle, bei denen eine konventionsgemäße Anwendung deutschen Rechts daran scheitert, dass die einschlägigen Normen keinen Raum für eine (methodisch noch vertretbare) konventionskonforme Auslegung lassen. Diese Fälle, denen eine *konventionswidrige Rechtslage* zugrundeliegt, sind aus der Perspektive der Rezeptionskultur deutlich spannender als die der ersten Gruppe, denn hier stellt sich nicht nur die Frage, ob – und wenn ja, wie und wie schnell – der Gesetzgeber die konventionswidrige Rechtslage korrigiert,⁴⁴ vielmehr ist auch zu klären, welche Handlungsoptionen die nationalen Gerichte im Umgang mit der konventions-

40 Hinzu kommen elf Verurteilungen ausschließlich wegen überlanger Verfahrensdauer in Kindschaftssachen (siehe Anm. 37).

41 Die Zahlen stützen sich einerseits auf Overview 1959-2013, Violations by Article and by State (www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592013_ENG.pdf) und beruhen andererseits auf einer eigenen Auswertung der Entscheidungen zum Familienrecht.

42 EGMR (26.02.2002 – 46544/99, Kutzner ./, Deutschland) FamRZ 2002, S. 1393; EGMR (08.04.2004 – 11057/02, Haase ./, Deutschland) FamRZ 2005, S. 585; EGMR (26.02.2004 – 74969/01, Görgülü ./, Deutschland) NJW 2004, S. 3397; EGMR (12.07.2007 – 39741/02, Nanning ./, Deutschland) BeckRS 2008, 06727; EGMR (14.03.2013 – 18734/09, 9424/11, B. B. und F. B. ./, Deutschland) FamRZ 2013, S. 845. Dazu auch HENRICH (Anm. 31), S. 301 ff.

43 Etwa BVerfG NJW 2013, S. 1867 (LS 2): „Den strengen Anforderungen des Art. 6 GG an Ausschluss oder Beschränkung des elterlichen Umgangs mit ihrem in Pflege genommenen Kind entspricht der vom EGMR aus Art. 8 EMRK hergeleitete Schutz des elterlichen Umgangs mit ihrem Kind.“ Siehe auch die Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EGMR in den Gründen S. 1868, Rn. 24 f. Dennoch hatte das BVerfG die angegriffenen Entscheidungen der Fachgerichte gebilligt. Dies gilt allerdings für nahezu alle Verurteilungen durch den EGMR in Kindschaftssachen; so auch HELMS (Anm. 26), S. 60.

44 BVerfGE 111, S. 307, 325: „Hat der Gerichtshof eine innerstaatliche Vorschrift für konventionswidrig erklärt, so kann diese Vorschrift entweder in der Rechtsanwendungspraxis völkerrechtskonform ausgelegt werden, oder der Gesetzgeber hat die Möglichkeit, diese mit der Konvention unvereinbare innerstaatliche Vorschrift zu ändern.“ Die Formulierung „hat die Möglichkeit“ umschreibt bei einem

widrigen Rechtslage bis zu einer konventionskonformen Gesetzesänderung haben:⁴⁵ Für eine *Richtervorlage an das BVerfG* nach Art. 100 Abs. 1 GG⁴⁶ dürfte die Feststellung der Konventionswidrigkeit der Norm allein noch nicht genügen,⁴⁷ vielmehr müsste das vorliegende Gericht die entscheidungserhebliche Norm auch für verfassungswidrig halten. Es müsste darlegen, dass unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR die einschlägige Grundrechtsnorm jetzt so zu interpretieren sei, dass sich daraus die Verfassungswidrigkeit des nationalen Rechts ergebe.⁴⁸ Hat das BVerfG zu einem früheren Zeitpunkt die Verfassungsmäßigkeit der entscheidungserheblichen Norm bejaht, so müsste weiter vorgetragen werden, dass sich aufgrund der Entscheidung des EGMR die Rechtslage geändert habe und daher eine erneute Vorlage an das BVerfG gerechtfertigt sei.⁴⁹ Im Falle des konventionswidrigen Ausschlusses des Vaters

nicht konventionsgemäß auslegbaren Gesetz nichts anderes als den Umstand, dass der Gesetzgeber nur mit einer Gesetzesänderung einen konventionsgemäßen Zustand herstellen kann.

45 Zur Problematik ausführlich KRISTIN ROHLEDER, Grundrechtsschutz im europäischen Mehrebenen-System, Unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, 2009, S. 334 ff. Vgl. weiter MEHRDAD PAYANDEH, Konventionswidrige Gesetze vor deutschen Gerichten, DÖV 2011, S. 382, 386 ff.; MÜCKL (Anm. 17), Der Staat 2005, S. 424 ff.; SCHILLING (Anm. 16), S. 164 ff.; sowie auch schon SCHUMANN (Anm. 28), S. 151 f.

46 Die Frage, ob eine Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG im Falle der konventionswidrigen Stichtagsregelung (Ausschluss der vor dem 1. Juli 1949 geborenen nichtehelichen Kinder vom Erbrecht nach dem Vater, siehe unten 3.a) möglich ist, haben die zuständigen Gerichte unterschiedlich beantwortet. So geht das KG FamRZ 2010, S. 2104, 2105 davon aus, dass eine konventionswidrige Norm (hier: Art. 12 § 10 Abs. 2 S. 1 NEheLG) nicht mehr angewandt werden dürfe und daher auch „nicht mehr entscheidungserheblich im Sinne von Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG [sei], was Voraussetzung für eine Richtervorlage an das BVerfG wäre“ (wobei aber angenommen wird, dass die Konventionswidrigkeit einen Verstoß gegen europäisches Gemeinschaftsrecht bedeute). Das OLG Stuttgart FamRZ 2010, S. 674, 675 geht hingegen davon aus, dass es aufgrund der Bestätigung der Verfassungsgemäßheit der Norm durch das BVerfG vor der Feststellung der Konventionswidrigkeit „ausschließlich um die Problematik [gehe], ob und gegebenenfalls in welchem Ausmaß und mit welchem Ergebnis die Pflicht der deutschen Gerichte [...] zur konventionsgemäßen Auslegung“ der Norm bestehe, während eine Vorlage an das BVerfG gemäß Art. 100 Abs. 1 GG nicht in Betracht komme. Ähnlich auch OLG Köln ZEV 2011, S. 129, 131 sowie BGH NJW 2012, S. 231, 232 (eine Vorlage an das BVerfG komme aufgrund der wiederholten Vereinbarkeitserklärung durch das BVerfG nicht in Frage).

47 BGH NJW 2011, S. 240, 242.

48 Dazu PAYANDEH (Anm. 45), DÖV 2011, S. 388 ff. mit Kritik am BVerfG, das für diese Konstellation keine befriedigende Lösung entwickelt habe. Kritisch auch schon KOPPER-REIFENBERG (Anm. 27), S. 53 ff. Vgl. weiter DIETER LEIPOLD, EGMR contra BVerfG: Die erbrechtliche Diskriminierung der „alten“ nichtehelichen Kinder ist nicht länger hinnehmbar, ZEV 2009, S. 488, 492 (zur Stichtagsregelung nach Art. 12 § 10 Abs. 2 S. 1 NEheLG).

49 BVerfGE 128, S. 326, 364 f. (zur Sicherungsverwahrung): „Zwar stellt die Rechtskraft einer Vereinbarkeitserklärung im Tenor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf eine erneute Normenkontrolle grundsätzlich ein Prozesshindernis dar [...]. Das Prozesshindernis entgegenstehender Rechts- und Gesetzeskraft entfällt jedoch nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wenn später rechtserhebliche Änderungen der Sach- und Rechtslage eintreten [...]. Auch wenn Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte als feststellende

eines nichtehelichen Kindes vom gemeinsamen Sorgerecht wäre eine solche Richtervorlage im Ergebnis wohl auch erfolgreich gewesen (siehe unten Ziff. 3.b); ob dies aber in allen Fällen, in denen eine konventionskonformen Auslegung nicht möglich ist, gelingen kann, erscheint zumindest fraglich.⁵⁰

Angesichts dieser erheblichen innerstaatlichen Auswirkungen überrascht es, dass der EGMR den Eindruck vermittelt, als seien die innerstaatlichen Folgen sowohl bei Feststellung einer konventionswidrigen Rechtsanwendung durch Behörden oder Gerichte als auch bei Vorliegen einer konventionswidrigen Rechtsnorm mehr oder weniger gleich. Daran ist richtig, dass sich die unmittelbare Wirkung der Urteile des EGMR auf die bloße Feststellung einer Konventionsverletzung⁵¹ und gegebenenfalls auf die Verpflichtung des Vertragsstaats zur Zahlung einer gerechten Entschädigung nach Art. 41 EMRK beschränkt. Ein solches Feststellungsurteil gestaltet den angegriffenen nationalen Rechtsakt nicht um,⁵² sondern verpflichtet den Vertragsstaat ledig-

Judikate keine unmittelbare Änderung der Rechtslage, zumal auf der Ebene des Verfassungsrechts, herbeiführen, können sie gleichwohl für die Auslegung des Grundgesetzes rechtserhebliche Bedeutung erlangen. Soweit verfassungsrechtlich entsprechende Auslegungsspielräume eröffnet sind, versucht das Bundesverfassungsgericht wegen des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, Konventionsverstöße zu vermeiden [...]. Vor diesem Hintergrund können Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte einer rechtserheblichen Änderung gleichstehen.“ So auch PAYANDEH (Anm. 45), DÖV 2011, S. 388; MÜCKL (Anm. 17), Der Staat 2005, S. 424 („[...] die neuerliche Vorlage einer vom BVerfG bereits für verfassungsmäßig erachteten Norm [wäre] zwar grundsätzlich unzulässig, doch läge in einem späteren Urteil des EGMR eine relevante Änderung der Rechtslage, die eine erneute Befassung des BVerfG rechtfertig[e]“); MARTEN BREUER, in: Ulrich Karpenstein/Franz C. Mayer (Hrsg.), EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 2012, Art. 46, Rn. 61.

50 Dazu die Darstellung bei PAYANDEH (Anm. 45), DÖV 2011, S. 387 f.

51 Dazu BVerfGE 111, S. 307, 320: „Die Vertragsparteien haben sich durch Art. 46 EMRK verpflichtet, in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, das endgültige Urteil des Gerichtshofs zu befolgen. Aus dieser Vorschrift folgt, dass die Urteile des Gerichtshofs für die an dem Verfahren beteiligten Parteien verbindlich sind und damit auch begrenzte materielle Rechtskraft haben“. Vgl. weiter MÜCKL (Anm. 17), Der Staat 2005, S. 410 f. zur Wirkung der endgültigen Urteile des Art. 46 Abs. 1 EMRK: „[...] die Urteile des EGMR [...] sind [...] damit unanfechtbar und unabänderlich (formelle Rechtskraft). Weiter stellen sie für die Parteien und ihre Rechtsnachfolger mit verbindlicher Wirkung fest, was zwischen ihnen rechtens ist (materielle Rechtskraft).“

52 Vgl. nur BT-Drucks. 16/3038, S. 38 ff. zur Erfüllung der Verpflichtung nach Art. 46 Abs. 1 EMRK durch Einführung des Wiederaufnahmegrundes in § 580 Nr. 8 ZPO: „Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat weder die Kompetenz, Rechtsnormen für nichtig zu erklären, noch die Möglichkeit, Urteile der nationalen Gerichte aufzuheben, durch die Rechte der Konvention verletzt werden. [...] Es kann also dazu kommen, dass der EGMR eine Konventionsverletzung feststellt, aber das die Konvention verletzende rechtskräftige Urteil nicht aus der Welt geschafft werden kann. [...] Mit der vorgeschlagenen Ergänzung des § 580 ZPO wird Abhilfe geschaffen, so dass künftig auch die Zivilprozessordnung einen spezifischen Wiederaufnahmegrund für den Fall, dass der EGMR eine Konventionsverletzung festgestellt hat, enthalten wird. [...] Die EMRK und auch das deutsche Verfassungsrecht verpflichten zwar nicht dazu, eine Wiederaufnahme zu ermöglichen. [...] Es sind aber durchaus Fälle denkbar, in denen die Konventionsverletzung nur durch eine Wiederaufnahme beendet bzw. auf befriedigende Weise abgestellt werden kann. Hierauf weist auch die Empfehlung Nr. R (2002)2 des

lich dazu, den konventionswidrigen Zustand zu beseitigen (Art. 46 Abs. 1 EMRK), wobei er einen Gestaltungsspielraum hat, wie er dieser Verpflichtung nachkommt.

In der ersten *Fallgruppe der konventionswidrigen Rechtsanwendung* ist der EGMR allerdings vor etwa zehn Jahren dazu übergegangen, in einzelnen Fällen den Vertragsstaaten im Urteil *konkrete Weisungen* zu erteilen bzw. diese zu konkreten Abhilfemaßnahmen zu verpflichten,⁵³ mit der Folge, dass sich der Gestaltungsspielraum der nationalen Träger öffentlicher Gewalt auf die Umsetzung der Weisung verengt. So wurde beispielsweise die Bundesrepublik Deutschland im Fall Görgülü verpflichtet, dem Vater als Beschwerdeführer „mindestens de[n] Umgang mit seinem Kind“ zu gestatten.⁵⁴

In der zweiten Fallgruppe, d.h. bei *Vorliegen einer konventionswidrigen Rechtsnorm*, die keiner (methodisch vertretbaren) konventionskonformen Auslegung zugänglich ist,⁵⁵ reduziert sich der Gestaltungsspielraum des Vertragsstaats faktisch darauf, eine Gesetzesänderung vorzunehmen (sog. Änderungspflicht).⁵⁶ Bei den Ent-

Ministerkomitees des Europarates vom 19. Januar 2000 hin, in der die Mitgliedstaaten ausdrücklich dazu aufgerufen werden, die Wiederaufnahme des Verfahrens in ihren nationalen Rechtsordnungen vorzusehen. [...] Mit der vorgeschlagenen Ergänzung in § 580 ZPO wird sich Deutschland in die Reihe derjenigen Staaten einreihen, die der Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates bereits gefolgt sind und damit in besonderem Maße dem Prinzip einer konventionsfreundlichen Ausgestaltung des innerstaatlichen Rechts entsprochen haben.“

53 ROHLEDER (Anm. 45), S. 457 f. m.w.N. Dies wird von deutscher Seite auch grundsätzlich anerkannt, vgl. nur BT-Drucks. 16/3038, S. 39 („Vorstellbar sind auch Entscheidungen des EGMR, mit denen dieser neben einem Feststellungsanspruch konkrete Weisungen ausspricht“).

54 EGMR (26.02.2004 – 74969/01, Görgülü ./ Deutschland) NJW 2004, S. 3397. Die Verpflichtung lautet in der englischen Fassung (Rn. 64 am Ende): „Furthermore, subject to monitoring by the Committee of Ministers, the respondent State remains free to choose the means by which it will discharge its legal obligation under Article 46 of the Convention, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court’s judgment [...]. In the case at hand this means *making it possible for the applicant to at least have access to his child.*“ [Hervorhebung durch Verf.]. Kritisch zu dieser Verpflichtung MEYER-LADEWIG/PETZOLD (Anm. 19), NJW 2005, S. 18.

55 Eine konventionskonforme Auslegung des nationalen Rechts muss im Rahmen geltender methodischer Auslegungs- und Abwägungsspielräume möglich sein und darf auch nicht gegen höherrangiges Recht (insbesondere nicht gegen ein Grundrecht einer der am Verfahren beteiligten Parteien) verstoßen (BVerfGE 111, S. 307, 323, 329).

56 Zur Änderungspflicht auch RUFFERT (Anm. 2), EuGRZ 2007, S. 251: „Eine konsequente Fortsetzung des rechtsstaatlichen Ansatzes kann nur in eine objektive Pflicht zur Änderung der EMRK-widrigen Regelung münden. Dogmatisch lässt sich der Grund für diese Änderungspflicht in der Kombination von völkerrechtlicher Bindung [...] und dem Rechtsstaatsprinzip – hier als Gebot der Rechtsklarheit – verorten. Rechtsstaatliche Klarheit gebietet, die Völkerrechtskonformität des Gesetzesrechts möglichst durch Gesetzesänderung herzustellen und nicht auf die völkerrechtskonforme Anwendung zu bauen, die zudem Grenzen unterliegt.“ Vgl. weiter MÜCKL (Anm. 17), Der Staat 2005, S. 417 f.; HEIKE KRIEGER, Positive Verpflichtungen unter der EMRK: Unentbehrliches Element einer gemein-europäischen Grundrechtsdogmatik, leeres Versprechen oder Grenze der Justiziabilität?, ZaöRV 2014, S. 187, 198 f. Ablehnend MARTIN LÖHNIG/MAREIKE PREISNER, Zur Reichweite des Einflusses der Rechtsprechung des EuGHMR auf das deutsche Kindschaftsrecht, FamRZ 2012, S. 489, 494 f.

scheidungen zu Art. 8 EMRK (i.V.m. Art. 14 EMRK) lässt sich in den letzten Jahren eine Zunahme von Feststellungen dieser Art beobachten,⁵⁷ obwohl der EGMR nicht müde wird, zu betonen, dass es nicht seine Aufgabe sei, innerstaatliche Rechtsvorschriften abstrakt zu prüfen.⁵⁸ Seit 2009 hat der EGMR auf diese Weise drei Reformen im deutschen Familien- und Erbrecht veranlasst, wobei in sämtlichen Fällen das BVerfG zuvor entschieden hatte, dass die jeweils einschlägigen Rechtsnormen verfassungsgemäß seien.

3 Drei Beispiele einer konventionswidrigen Ausgestaltung familiärer Rechtsverhältnisse

In den folgenden drei Beispielen unter a) bis c) (im Anhang unter Ziff. 1-3) geht es um das Verhältnis zwischen nichtehelichen Kindern und ihren Vätern sowie um das Verhältnis von außerehelich gezeugten Kindern verheirateter Frauen zu ihren leiblichen Vätern.⁵⁹ Diese Kinder werden in Deutschland traditionell sehr schematisch und unter Zurücksetzung oder gar vollständigem Ausschluss der leiblichen Väter den Müttern und gegebenenfalls deren Ehemännern zugeordnet,⁶⁰ während viele andere europäische Rechtsordnungen in diesen Konstellationen Einzelfalllösungen zum Wohle des Kindes zulassen. Daher wird für diesen Bereich auch angenommen, dass die vom EGMR erzwungenen Reformen Ausdruck einer Harmonisierung des Kindschaftsrechts in Europa seien.⁶¹

57 Kritisch dazu etwa die Sondervoten der Richter WILDHABER, PALM, LORENZEN, JUNGWIERT, GREVE, LEVITS und MULARONI im Fall EGMR (08.07.2003 – 31871/96, Sommerfeld ./ Deutschland) FamRZ 2004, S. 337, 343: „Nach unserer Auffassung ist [es] nicht Aufgabe des Gerichtshofs, die innerstaatlichen Vorschriften abstrakt zu prüfen, sondern in welcher Weise sie unter den besonderen Umständen des Einzelfalles auf den Bf. angewandt wurden [...]. Das bedeutet, dass die formelle Bezugnahme auf eine bestimmte Vorschrift des BGB und einzelne Formulierungen in den innerstaatlichen Urteilen nicht entscheidend sind.“

58 Etwa EGMR (12.01.2006 – 38282/97, 68891/01, W. P. ./ Deutschland) BeckRS 2008, 06771; EGMR (20.02.2007 – 16013/04, Kleinert ./ Deutschland) BeckRS 2008, 06507; EGMR (03.12.2009 – 22028/04, Zaunegger ./ Deutschland) NJW 2010, S. 501, 502, Rn. 45. Vgl. auch REBHAWN (Anm. 6), AcP 210 (2010), S. 503: „Der EGMR differenziert aus diesem Grund nicht scharf zwischen der Prüfung von Gerichtsurteilen und von Gesetzen (die er ja als solche nicht prüfen kann).“

59 Auffällig ist, dass von den siebenundzwanzig Fällen, in denen in Bezug auf Eltern-Kind-Verhältnisse eine Verletzung der EMRK festgestellt wurde, nur neun Fälle eheliche Kinder betreffen, während fünfzehn Fälle nichteheliche Kinder und drei Fälle Kinder aus einem Ehebruch betreffen, obwohl im einschlägigen Zeitraum das Verhältnis zwischen ehelich und nichtehelich geborenen Kindern in Deutschland zunächst bei 3 : 1 lag und heute noch immer 2 : 1 beträgt.

60 Die rechtliche Zurücksetzung des Vaters war (in einer anders gelagerten Konstellation) auch die Ursache für den Verlauf der Verfahren im Fall Görgülü.

61 So insbesondere RIXE (Anm. 39), FPR 2008, S. 225 ff., 230. Die Zielsetzung einer Rechtsharmonisierung durch den EGMR wird in der Familienrechtswissenschaft durchaus auch kritisch gesehen; ablehnend etwa HENRICH (Anm. 31), S. 309 f. Vgl. weiter REBHAWN (Anm. 6), AcP 210 (2010), S. 506, 540.

a) Erbrecht nichtehelicher Kinder

BGB 1900	<i>Keine rechtliche Verwandtschaft</i> zwischen dem nichtehelichen Kind und seinem Vater nach § 1589 Abs. 2 BGB (keine erbrechtlichen Ansprüche).
Grundgesetz 1949	Art. 6 Abs. 5 GG: Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die <i>gleichen Bedingungen</i> für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern.
Nichtehelichengesetz v. 19.08.1969 [01.07.1970-31.03.1998]	<i>Erbrecht/Erbersatzanspruch</i> (und Anspruch auf vorzeitigen Erbausgleich) für nichteheliche Kinder, die nach dem 1. Juli 1949 geboren worden sind; Kinder, die vor dem 1. Juli 1949 geboren worden sind, haben keinen Anspruch (<i>Stichtagsregelung</i> in Art. 12 § 10 Abs. 2 NEhelG).
ZGB DDR 1976 [01.01.1976-02.10.1990]	<i>Erbrechtliche Gleichstellung</i> nichtehelicher Kinder (§§ 365 ff. ZGB DDR; § 15 Abs. 1, 2 Nr. 1, 2, 37 EGZGB DDR).
Einigungsvertrag v. 31.08.1990	Erbrechtliche Gleichstellung nichtehelicher Kinder, die vor dem Beitritt in der ehemaligen DDR geboren wurden; <i>kein Erbrecht</i> für nichteheliche Kinder aus dem Beitrittsgebiet, die vor dem 1. Juli 1949 geboren wurden und deren Vater am 2. Oktober 1990 seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der BRD hatte (Art. 235 § 1 EGBGB).
Erbrechtsgleichstellungsgesetz v. 16.12.1997 [01.04.1998-28.05.2009]	Erbrechtliche Gleichstellung nichtehelicher Kinder mit Ausnahme der vor dem 1. Juli 1949 geborenen Kinder.
EGMR Brauer ./. Deutschland (28.05.2009 – 3545/04)	<i>Stichtagsregelung</i> ist konventionswidrig (Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK).
Zweites Erbrechtsgleichstellungsgesetz v. 12.04.2011	Erbrechtliche Gleichstellung der vor dem 1. Juli 1949 geborenen Kinder, wenn der Erbfall ab dem 29. Mai 2009 eingetreten ist.

Im Fall Brauer⁶² ging es um eine Regelung, nach der nichteheliche Kinder, die vor dem 1. Juli 1949 auf dem Gebiet der ehemaligen DDR geboren wurden, kein gesetzliches Erbrecht nach ihrem Vater hatten, wenn dieser zum Zeitpunkt des Beitritts seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der BRD hatte. Diese Rechtslage ergab sich aus der im EGBGB anlässlich der Wiedervereinigung vorgenommenen Erstreckung der Stichtagsregelung des Art. 12 § 10 Abs. 2 NEhelG⁶³ auf nichteheliche Kinder aus dem

⁶² EGMR (28.05.2009 – 3545/04, Brauer ./., Deutschland) NJW-RR 2009, S. 1603.

⁶³ Das Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19.08.1969 (BGBl. I, S. 1243) gewährte den nichtehelich geborenen Kindern erstens einen Erbersatzanspruch (Geldanspruch in Höhe des Wertes des gesetzlichen Erbteils nach § 1934a BGB a.F.), wenn auch eheliche Abkömmlinge

Beitrittsgebiet.⁶⁴ Das BVerfG hatte diese *Stichtagsregelung* insgesamt dreimal in den Jahren 1976, 1996 und 2003 gebilligt.⁶⁵ Der EGMR ging hingegen im Fall Brauer von der Konventionswidrigkeit der Stichtagsregelung aus und begründete die Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK damit, dass „unter Berücksichtigung des sich verändernden europäischen Umfelds, das er bei seiner notwendigerweise dynamischen Auslegung der Konvention [...] nicht außer Acht lassen [könne], der Gesichtspunkt des Schutzes des ‚Vertrauens‘ des Erblassers und seiner Familie dem Gebot der Gleichbehandlung nichtehelicher und ehelicher Kinder unterzuordnen“ sei.⁶⁶ Die der nichtehelichen

bzw. der Ehegatte des Erblassers Erben waren (das nichteheliche Kind sollte in diesen Fällen nicht Mitglied der Erbengemeinschaft werden), und zweitens einen Anspruch auf vorzeitigen Erbaugleich (§ 1934d BGB a.F.). Die vor dem 1. Juli 1949 geborenen nichtehelichen Kinder waren jedoch von den ab 1. Juli 1970 geltenden erbrechtlichen Neuregelungen ausgeschlossen.

64 Da in der DDR nichteheliche Kinder seit 1976 vollständig (und nach § 9 des Einführungsgesetzes zum Familiengesetzbuch der DDR von 1966 bereits teilweise) mit ehelichen Kindern gleichgestellt waren, wurde diese Rechtsstellung im Einigungsvertrag erhalten, wenn der Erblasser am 2. Oktober 1990 seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der DDR hatte (Art. 235 § 1 Abs. 2 EGBGB i.V.m. Art. 230 EGBGB in der Fassung von 1990); im Übrigen (d.h. bei gewöhnlichem Aufenthalt des Erblassers in der BRD am 2. Oktober 1990) galt die Stichtagsregelung des Nichtehelichengesetzes.

65 Die Stichtagsregelung wurde vom BVerfG 1976 (damals für in Westdeutschland geborene Kinder) für verfassungsgemäß erklärt (BVerfGE 44, S. 1 ff.). Von der Verfassungsmäßigkeit der Erstreckung der Stichtagsregelung auf das Beitrittsgebiet sind das BVerfG in zwei Nichtannahmebeschlüssen vom 03.07.1996 (BeckRS 1996, 12504) und 20.11.2003 (BVerfG FamRZ 2004, S. 433 f.) und der Gesetzgeber (Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder vom 16.12.1997, BGBl. I, S. 2968 und BT-Drucks. 13/4183, S. 12 f.; Kinderrechtsverbesserungsgesetz vom 09.04.2002, BGBl. I, S. 1239 und BT-Drucks. 14/2096, S. 11) auch in der Folgezeit ausgegangen (seit 1998 konnte der Vater allerdings mit seinem vor dem 1. Juli 1949 geborenen Kind einen sog. Gleichstellungsvertrag schließen; Art. 14 § 14 Kindschaftsrechtsreformgesetz, BGBl. I 1997, S. 2942, 2965). Zur Kritik des Bundesrates am Festhalten an der Stichtagsregelung: BT-Drucks. 13/4183, S. 15 f. (Stellungnahme des Bundesrates), S. 17 (Gegenäußerung der Bundesregierung); Einspruch des Bundesrats am 28.11.1997, BR-Drucks. 910/97, S. 2 (Beschluss): „Der Bundesrat hält es für dringend geboten, auch die vor dem 1. Juli 1949 geborenen nichtehelichen Kinder in erbrechtlicher Hinsicht [...] gleichzustellen.“ Vgl. weiter BT-Drucks. 14/2096, S. 8 f. Dazu insgesamt auch HORST BESTELMEYER, Lücken und Tücken des alten und neuen Nichtehelichenerbrechts, RPflegler 2012, S. 361 ff. (mit tabellarischer Übersicht auf S. 372 f.); LEIPOLD (Anm. 48), ZEV 2009, S. 488 ff.; MILES B. BÄSSLER, Die erbrechtliche Stellung vor dem 1.7.1949 geborener nichtehelicher Kinder in Gleichbehandlung mit den ehelichen Halbgeschwistern?, ZErB 2011, S. 92 (Fn. 6); ANSGAR KREGEL-OLFF, Der Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf das deutsche Erbrecht, 2011, S. 99 ff., 120 ff.

66 EGMR (28.05.2009 – 3545/04, Brauer ./, Deutschland) NJW-RR 2009, S. 1603, 1605, Rn. 40, 43 (= FamRZ 2009, S. 1293, 1294 m. Anm. DIETER HENRICH). Dazu auch LEIPOLD (Anm. 48), ZEV 2009, S. 489 ff. Im Schrifttum war die Stichtagsregelung vor der Entscheidung des EGMR zwar als „brisante“ Regelung, die gewissen rechtlichen Bedenken begegnet“, angesehen worden, diese sei jedoch „aus Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes sowie des dem Gesetzgeber in Übergangs- und Stichtagsregelungen zukommenden Gestaltungsspielraums noch als konventionskonform zu werten“; so KOPPER-REIFENBERG (Anm. 27), S. 475.

Tochter in Folge des Urteils durch die Bundesrepublik Deutschland gewährte Entschädigung betrug 115.000 Euro.⁶⁷

Die Konventionswidrigkeit der Rechtslage konnte die Bundesrepublik Deutschland nur durch eine Gesetzesänderung beseitigen, die mit dem Zweiten Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder vom 12. April 2011 auch erfolgte.⁶⁸ Die Neuregelung sieht vor, dass der Stichtag 1. Juli 1949 rückwirkend für Erbfälle ab dem 29. Mai 2009 (also ab dem Tag nach der Verkündung der Entscheidung des EGMR) aufgehoben ist,⁶⁹ wobei diese *beschränkte Rückwirkung* der Gesetzesänderung damit begründet wurde, dass der Staat „weitere Konventionsverletzungen möglichst wirksam unterbinden [müsse und im] hier gegebenen Zusammenhang [...] eine auf den Zeitpunkt der Entscheidung des EGMR rückwirkende Rechtsänderung die am besten geeignete Möglichkeit [sei], diesen Anforderungen nachzukommen“.⁷⁰

67 Die Bundesrepublik Deutschland einigte sich am 22. September 2009 mit der Beschwerdeführerin, dass dieser ein Ausgleich in der genannten Höhe für die konventionswidrige Versagung des Erbrechts gewährt wird. Dazu LG Saarbrücken ZEV 2010, S. 526; DIETER LEIPOLD, Gesetzliches Erbrecht und Pflichtteilsrecht nichtehelicher Kinder, die vor dem 1.7.1949 geboren sind, FPR 2011, S. 275, 276; KREGEL-OLFF (Anm. 65), S. 130.

68 Zweites Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder vom 12.04.2011, BGBl. I, S. 615. Dazu LEIPOLD (Anm. 67), FPR 2011, S. 276 ff. Zum Gesetzgebungsverfahren auch KREGEL-OLFF (Anm. 65), S. 131 ff.

69 Eine weitergehende Rückwirkung ist nur für Fälle vorgesehen, in denen das Erbrecht des Fiskus nach § 1936 BGB zum Zuge kam; in diesen Fällen wird den Kindern ein Wertersatzanspruch eingeräumt.

70 BT-Drucks. 17/3305, S. 7 f. (mit schwacher Begründung): „Denn nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann die Entscheidung des EGMR nicht unberücksichtigt bleiben [...]. Die Bindungswirkung einer Entscheidung des EGMR erstreckt sich auf alle staatlichen Organe und verpflichtet diese grundsätzlich, ohne Verstoß gegen die Bindung an Gesetz und Recht einen fortdauernden Konventionsverstoß zu beenden und einen konventionsgemäßen Zustand herzustellen [...]. Seit der Entscheidung des EGMR bestand daher ein Zustand der Rechtsunsicherheit, so dass ein gefestigtes und damit schutzwürdiges Vertrauen in die Beständigkeit des bislang geltenden Rechtszustandes nicht mehr angenommen werden konnte. Gerade diese Rechtsunsicherheit – bewirkt durch eine bestimmte, die geltende Rechtslage in Frage stellende Rechtsprechung – berechtigt den Gesetzgeber, die Rechtslage zur Behebung dieser Rechtsunsicherheit rückwirkend zu ändern [...]. Eine solche rückwirkende Gesetzesänderung ist auch im Hinblick auf die Rechtsprechung des EGMR veranlasst. Ab der Verkündung der Entscheidung kann ein Festhalten an der bisherigen Rechtslage ohne Berücksichtigung einschlägiger Rechtsprechung des EGMR einen neuen Konventionsverstoß Deutschlands begründen. [...] Der Staat muss vielmehr weitere Konventionsverletzungen möglichst wirksam unterbinden. Im hier gegebenen Zusammenhang ist eine auf den Zeitpunkt der Entscheidung des EGMR rückwirkende Rechtsänderung die am besten geeignete Möglichkeit, diesen Anforderungen nachzukommen.“ Vgl. auch Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags, BT-Drucks. 17/4776, S. 7. Inzwischen ist das Gesetz zum Schutz des Erbrechts und der Verfahrensbeteiligungsrechte nichtehelicher und einzeladoptierter Kinder im Nachlassverfahren vom 21.03.2013 am 29.03.2013 in Kraft getreten, mit dessen Hilfe die schlechtere Stellung der nichtehelichen Kinder im Nachlassverfahren ausgeglichen wird (das Gesetz geht auf eine Initiative des Bundesrates zurück); zum Reformbedarf BT-Drucks. 17/9427, S. 7 ff.

Von einer Aufhebung der Stichtagsregelung für Erbfälle vor dem 29. Mai 2009 hat der Gesetzgeber unter Hinweis auf Vertrauensschutzgründe auf Seiten des Erblassers und seiner Familie abgesehen.⁷¹ Die Frage einer weitergehenden Rückwirkung ist damit aber nicht endgültig entschieden, denn im Anschluss an das EGMR-Urteil im Fall Brauer erhoben mehrere vor dem 1. Juli 1949 geborene nichteheliche Kinder, deren Väter vor dem 29. Mai 2009 gestorben waren, Klage auf Beteiligung am väterlichen Nachlass. Mehrere Instanzgerichte⁷² hielten jedoch – ebenso wie der BGH 2012⁷³ – eine weitergehende Rückwirkung nicht für geboten. Zuletzt hat sich am 18. März 2013 das BVerfG⁷⁴ mit dieser Frage befasst und die Begrenzung der Rückwirkung der erbrechtlichen Gleichstellung der vor dem 1. Juli 1949 geborenen nichtehelichen Kinder auf Erbfälle ab dem 29. Mai 2009 für verfassungsgemäß erklärt.⁷⁵

Zwischenzeitlich war der Ball jedoch schon längst wieder vom innerstaatlichen auf das völkerrechtliche Feld zurückgespielt worden, denn im Februar 2013 hatte der EGMR in einem im Hinblick auf die Rückwirkungsproblematik ähnlich gelagerten Fall gegen Frankreich nochmals entschieden, dass nichteheliche Kinder im Erbrecht auch rückwirkend gleichzustellen sind.⁷⁶ Die Bundesregierung hat sich im Mai 2013 zu dieser neuen Entscheidung des EGMR geäußert und darauf hingewiesen, dass diese

71 BT-Drucks. 17/3305, S. 7 f. Dazu WALTER KRUG, Die Umsetzung des EGMR-Urteils zum Nichtehelichenerbrecht in die forensische und rechtsgestalterische Praxis, ZEV 2010, S. 505.

72 KG FamRZ 2010, S. 2104 = FGPrax 2010, S. 294 m. krit. Anm. GABRIELE MÜLLER; OLG Stuttgart FamRZ 2010, S. 674 m. Anm. PAUL GRÖTSCH; OLG Köln ZEV 2011, S. 129 m. krit. Anm. WALTER KRUG. Vgl. weiter KRUG (Anm. 71), ZEV 2010, S. 505 f.; KREGEL-OLFF (Anm. 65), S. 131, 135 ff. m.w.N.

73 BGH NJW 2012, S. 231 = JR 2013, S. 26 m. Anm. MARKUS THIEL; m. krit. Anm. ANNE RÖTHEL, LMK 2012, 327388.

74 BVerfG NJW 2013, S. 2103 = FamRZ 2013, S. 847 m. Anm. WOLFGANG REIMANN; Anm. KNUT WERNER LANGE, ErbR 2013, S. 183 f. Kritisch zu den Entscheidungen des BVerfG und des BGH DIETER LEIPOLD, Auswirkungen der EGMR-Entscheidung Fabris gegen Frankreich auf das deutsche Nichtehelichen-Erbrecht, ZEV 2014, S. 449, 451 ff.

75 Kritisch zu vermerken ist, dass das BVerfG (BVerfGE 112, S. 332, 347 = NJW 2005, S. 1561, 1562) in einem anderen Fall entschieden hat, dass die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 GG eine „grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass [...] gewährleist[e]“. Diese Gewährleistung lässt sich aber kaum mit der völligen Versagung einer Beteiligung nichtehelicher Kinder am väterlichen Nachlass vereinbaren, zumal das BVerfG zum Pflichtteilsrecht nichtehelicher Kinder ausführt (BVerfGE 112, S. 332, 354, Rn. 75): „Dieser einerseits freiheitsbegrenzenden und andererseits familienschützenden Funktion des Pflichtteilsrechts kommt insbesondere dann Bedeutung zu, wenn Kinder des Erblassers aus einer früheren Ehe oder Beziehung vorhanden sind, die ohne ein Pflichtteilsrecht an dem Vermögen des Erblassers oftmals nicht teilhaben würden. Dies gilt im besonderen Maße für nichteheliche Kinder des Vaters. Das Pflichtteilsrecht ist für das nichteheliche Kind eine einfachrechtliche Ausprägung des durch Art. 6 Abs. 5 GG begründeten Schutzauftrags des Gesetzgebers im Bereich des Erbrechts. Diese Verfassungsnorm gebietet es, dem nichtehelichen Kind eine angemessene Beteiligung am väterlichen Nachlass in Form eines Erbrechts oder jedenfalls eines Geldanspruchs zuzuerkennen [...]“.

76 EGMR (07.02.2013 – 16574/08, Fabris ././ Frankreich) BeckRS 2013, 07656. Dazu LEIPOLD (Anm. 74), ZEV 2014, S. 449 ff.

in Bezug auf das französische Erbrecht erlassene Entscheidung nicht auf die deutsche Rechtslage übertragbar sei. Zudem habe das BVerfG in der Entscheidung vom 18. März 2013 die Beschränkung der Rückwirkung als verfassungsgemäß eingestuft.⁷⁷

Tatsächlich könnte die Rechtslage jedoch etwas komplizierter sein, denn erstens hat der EGMR im Fall Brauer ja bereits eine Rückwirkung für einen Erbfall aus dem Jahr 1998 anerkannt und dabei den Grundsatz aufgestellt, dass der Vertrauensschutz des Erblassers und seiner Familie in den Fortbestand der Rechtslage dem Gebot der erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder unterzuordnen sei.⁷⁸ Und genau diesen Grundsatz hat der EGMR in der Entscheidung gegen Frankreich unter Verweis auf die Entscheidung Brauer erneut bestätigt.⁷⁹ Somit ist derzeit offen, in welchen Konstellationen der EGMR an diesem Grundsatz festhalten bzw. in welchen „Alterbfällen“ er eine Ausnahme von diesem Grundsatz zulassen und den Vertrauensschutz über das Gleichstellungsgebot stellen würde.⁸⁰ Zweitens steht zu erwarten, dass der EGMR jedenfalls vergleichbare Fälle genauso wie den Fall Brauer entscheiden wird, auch wenn der Erbfall bereits vor dem 29. Mai 2009 eingetreten ist. Davon scheint auch das BVerfG auszugehen; zumindest hat es offengelassen, ob eine über die Reform hinausgehende Rückwirkung in Betracht zu ziehen sei, wenn die Fälle „in tatsächlicher Hinsicht dem durch den EGMR im Urteil vom 28.5.2009 entschiedenen [Fall] vergleichbar“ seien.⁸¹

Die Problematik lässt sich anhand der bereits entschiedenen Fälle veranschaulichen, bei denen deutsche Gerichte in den letzten drei Jahren eine erbrechtliche Beteiligung von nichtehelichen Kindern, die jeweils vor dem 1. Juli 1949 geboren worden waren und deren Vater vor dem 29. Mai 2009 verstorben war, ablehnten:

⁷⁷ BT-Drucks. 17/13579, S. 20 (Erklärung der Bundesregierung, warum kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestehe).

⁷⁸ EGMR (28.05.2009 – 3545/04, Brauer ./ . Deutschland) NJW-RR 2009, S. 1603, 1605, Rn. 43. Zustimmung RUTH KÖNIG, Gleichstellung aller ehelichen und nichtehelichen Kinder im Erbrecht, FPR 2010, S. 396 ff. Vgl. auch LEIPOLD (Anm. 74), ZEV 2014, S. 451 ff.

⁷⁹ EGMR BeckRS 2013, 07656 (Rn. 68): „[...]“protecting the ‘legitimate expectation’ of the deceased and their families must be subordinate to the imperative of equal treatment between children born outside and children born within marriage” (see Brauer, cited above, § 43).“

⁸⁰ Die beschränkte Rückwirkung auf den 29. Mai 2009 wird daher von Teilen der Literatur für problematisch gehalten; etwa WOLFGANG REIMANN, Auch künftig keine Gleichstellung nichtehelicher Kinder bei Alterbfällen?, FamRZ 2012, S. 604, 606; DANIEL LEHMANN/REBECCA HAHN, ZEV-Report Zivilrecht, ZEV 2013, S. 192; KRUG (Anm. 71), ZEV 2010, S. 507; KREGEL-OLFF (Anm. 65), S. 138.

⁸¹ BVerfG NJW 2013, S. 2103, 2106. So auch LEIPOLD (Anm. 67), FPR 2011, S. 279; WOLFGANG REIMANN, FamRZ 2013, S. 851 (Anm. zu BVerfG NJW 2013, S. 2103 = FamRZ 2013, S. 847). Zur Rückwirkungsproblematik auch ANGELIKA NUßBERGER, Die Europäische Menschenrechtskonvention und das Erbrecht, ErbR 2014, S. 468, 470 f.

<i>Datum der Entscheidung</i>	<i>Tod des Vaters</i>
EGMR 28.05.2009 (Brauer)	03.07.1998
KG 29.06.2010 (FamRZ 2010, S. 2104)	01.05.2009
Zweites Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder vom 12.04.2011 (BGBl. I, S. 615): Erbrechtliche Gleichstellung für alle Erbfälle ab dem 29.05.2009	
BGH 26.10.2011 (NJW 2012, S. 231) [siehe auch BVerfG]	26.06.2006
BVerfG 18.03.2013 (NJW 2013, S. 2103) [zwei Beschwerden, u.a. Fall des BGH]	23.10.2007

Sollte in einem dieser Fälle eine Individualbeschwerde zum EGMR erhoben werden, so stellt sich die Frage, ob der EGMR diese Erbfälle, die sich acht bis elf Jahre nach dem Erbfall in der Sache Brauer ereigneten, anders beurteilen würde. Der Fall des Kammergerichts aus dem Jahr 2010 ist zudem nahezu identisch mit dem Fall Brauer; auch hier ging es um ein 1948 in der DDR geborenes Mädchen, bei dem der Vater zum Zeitpunkt der Wiedervereinigung seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der BRD hatte. Zwischen der Klägerin und ihrem Vater hatte es von Anfang an eine familiäre Beziehung gegeben: Der Vater hatte mit Mutter und Tochter nach der Geburt drei Jahre lang zusammengelebt. Nach der Trennung der Eltern gab es regelmäßig Kontakte (auch nach dem Mauerbau) und nach der Wiedervereinigung Besuche unter Einbeziehung der Familie der Tochter, einschließlich eines gemeinsamen Urlaubs, an dem auch die Ehefrau des Erblassers teilnahm. Die Beziehung der nichtehelichen Tochter zu ihrem Vater war daher noch enger als im Fall Brauer. Der einzige Unterschied zum Fall Brauer besteht darin, dass dort nur Erben der dritten Ordnung vorhanden waren, während im vorliegenden Fall die Ehefrau des Erblassers zusammen mit einer Erbin zweiter Ordnung das Erbe antrat. Aufgrund dieser Abweichung verneinte das Kammergericht eine Konventionsverletzung bei Anwendung der Stichtagsregelung.⁸²

Die Frage, für welche Konstellationen und ab welchem Zeitpunkt der EGMR die Stichtagsregelung für konventionswidrig ansehen dürfte, lässt sich in der Tat nicht sicher beantworten,⁸³ aber immerhin gibt es in der Entscheidung Anhaltspunkte für eine Antwort. Denn der EGMR hat die Konventionsverletzung im Mai 2009 nicht nur mit der Rechtsentwicklung in Europa begründet, sondern explizit darauf hingewiesen, dass die Stichtagsregelung zwar bei ihrer Einführung 1970 auf objektiven Gründen beruhte, jedoch „durch die deutsche Wiedervereinigung und die rechtliche Gleichstellung nichtehelicher Kinder mit ehelichen in weiten Teilen des Bundesgebiets eine neue Situation entstanden“ sei.⁸⁴

⁸² KG FamRZ 2010, S. 2104, 2105. Kritisch dazu KRUG (Anm. 71), ZEV 2010, S. 506.

⁸³ So auch GABRIELE MÜLLER, FGPrax 2010, S. 296 (Anm. zu KG FamRZ 2010, S. 2104): „die Bedeutung und Reichweite der EGMR-Entscheidung [sei] weitgehend unklar“.

⁸⁴ EGMR NJW-RR 2009, S. 1603, 1605.

Da die Europäische Kommission für Menschenrechte im Jahr 1992 die Stichtagsregelung noch gebilligt hatte,⁸⁵ dürfte die Konventionswidrigkeit zwischen 1992 und 1998, spätestens aber mit Inkrafttreten des (ersten) Erbrechtsgleichstellungsgesetzes im April 1998⁸⁶ eingetreten sein. Dies dürfte jedenfalls dann gelten, wenn beim Erbfall weder eine Ehefrau noch eheliche Kinder vorhanden waren und der Erblasser zu seinem nichtehelichen Kind eine familiäre Beziehung hatte (auf beide Kriterien stellt der EGMR zentral ab).⁸⁷ In diesen Fällen besteht dann ein wechselseitiges gesetzliches Erbrecht im Verhältnis des nichtehelichen Kindes zum Vater und den väterlichen Verwandten.⁸⁸ Allerdings mag man sich gar nicht vorstellen, wie die „Rückabwicklung“ von möglicherweise zigtausenden von Erbfällen seit 1998 bewältigt werden sollte.⁸⁹ Andererseits wird man auch nicht hinnehmen können, dass in einer Vielzahl von Fällen die Bundesrepublik Deutschland nach einer Verurteilung durch den EGMR Entschädigungssummen in Höhe der entgangenen fiktiven Erbquoten nach Art. 41 EMRK aufzubringen hat, denn dies hätte zur Folge, dass der Schutz des Vertrauens der Familie des Erblassers von der Allgemeinheit finanziert würde.⁹⁰

85 Kommission (30.06.1992 – 17750/91, H. R. ./). Deutschland).

86 Auch LEIPOLD (Anm. 48), ZEV 2009, S. 492 will auf den Zeitpunkt des (ersten) Erbrechtsgleichstellungsgesetzes (also auf den 1. April 1998) abstellen.

87 EGMR NJW-RR 2009, S. 1603, 1605. Nach LEIPOLD (Anm. 67), FPR 2011, S. 279 f. soll es genügen, wenn zwischen dem Erblasser und dem nichtehelichen Kind eine familiäre Beziehung bestand.

88 Zudem haben die Kinder ein Pflichtteilsrecht am Nachlass des Vaters und der Vater hat ein Pflichtteilsrecht am Nachlass des Kindes; dazu REIMANN (Anm. 80), FamRZ 2012, S. 606. BESTELMEYER (Anm. 65), RPfleger 2012, S. 370 weist darauf hin, dass die wechselseitigen Erbansprüche auch entfernter Verwandter jedenfalls für alle Erbfälle ab dem 29. Mai 2009 gelten, und zwar auch dann, wenn der Vater und/oder das Kind, die die Verwandtschaft zum jeweiligen Erblasser vermitteln, bereits vor dem 29. Mai 2009 verstorben sind.

89 Der Anspruch des erbrechtlich gleichgestellten nichtehelichen Kindes aus § 2018 BGB verjährt in 30 Jahren ab Entstehung des Anspruchs, § 197 Abs. 1 Nr. 2, § 200 S. 1 BGB. Bei den in drei Jahren verjährenden Pflichtteilsansprüchen stellt sich die Frage, ab wann die Verjährungsfrist zu laufen beginnt, wenn es zu einer rückwirkenden Änderung der Rechtslage kommt. Dazu auch KRUG (Anm. 71), ZEV 2010, S. 507; REIMANN (Anm. 80), FamRZ 2012, S. 606.

90 Kritisch dazu BÄSSLER (Anm. 65), ZErb 2011, S. 93 f., 97.

b) Elterliche Sorge eines nicht mit der Mutter verheirateten Vaters

Kindschaftsrechtsreformgesetz v. 16.12.1997 [01.07.1998-20.07.2010]	Beteiligung des Vaters an der Sorge mit Einverständnis der Mutter (§ 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB) / Übertragung der Sorge auf den Vater nur mit Zustimmung der Mutter (§ 1672 Abs. 1 S. 1 BGB) → „ <i>Vetorecht</i> “ der Mutter
BVerfGE 107, S. 150 (29.01.2003)	§ 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB ist verfassungsgemäß; Pflicht des Gesetzgebers zur Beobachtung der tatsächlichen Entwicklung
BVerfG FamRZ 2003, S. 1447 (23.04.2003)	§ 1672 Abs. 1 S. 1 BGB ist verfassungsgemäß
<i>EGMR Zaunegger ./.</i> Deutschland (03.12.2009 – 22028/04)	§ 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB ist konventionswidrig (Verstoß gegen Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK)
BVerfGE 127, S. 132 (21.07.2010) [21.07.2010-18.05.2013]	§ 1626a Abs. 1 Nr. 1 und § 1672 Abs. 1 BGB sind verfassungswidrig; Übergangslösung „zur vorübergehenden Sicherstellung eines verfassungs- und konventionsgemäßen Zustandes“
Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern v. 16.04.2013 [seit 19.05.2013]	Neuregelung des § 1626a Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Abs. 3 BGB (gemeinsame elterliche Sorge) und des § 1671 Abs. 2 BGB (Übertragung der elterlichen Sorge allein auf den Vater)

Auch in diesem zweiten Beispiel liegen die divergierenden Entscheidungen des BVerfG und des EGMR in einem zeitlichen Abstand von sechs Jahren: 2003 entschied das BVerfG, dass das in § 1626a BGB vorgesehene „*Vetorecht*“ der Mutter bei einer Beteiligung des Vaters an der gemeinsamen elterlichen Sorge verfassungsgemäß sei.⁹¹ Es gab allerdings dem Gesetzgeber auf, die tatsächliche Entwicklung zu beobachten und zu prüfen, ob die der Norm zugrundeliegenden Prämissen vor der Wirklichkeit Bestand hätten.⁹² Diesem Auftrag kam der Gesetzgeber jedoch so schleppend nach,⁹³ dass der EGMR der Erfüllung dieses Auftrags zuvorkam und am 3. Dezember

⁹¹ BVerfGE 107, S. 150, 177 (= NJW 2003, S. 955 = FamRZ 2003, S. 285): „Der Gesetzgeber durfte davon ausgehen, dass eine Mutter, gerade wenn sie mit dem Vater und dem Kind zusammenlebt, sich nur ausnahmsweise und nur dann dem Wunsch des Vaters nach einer gemeinsamen Sorge verweigert, wenn sie dafür schwerwiegende Gründe hat, die von der Wahrung des Kindeswohls getragen werden, dass sie also die Möglichkeit der Verweigerung einer Sorgeerklärung nicht etwa als Machtposition gegenüber dem Vater missbraucht.“ Kritisch dazu SIEGFRIED WILLUTZKI, *Elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern*, Das Urteil des EuGHMR und seine Konsequenzen für den deutschen Gesetzgeber, ZKJ 2010, S. 86, 87; JENS M. SCHERPE, FamRZ 2010, S. 108 (Anm. zu EGMR NJW 2010, S. 501 = FamRZ 2010, S. 103).

⁹² BVerfGE 107, S. 150, 179 f. Außerdem wurde der Gesetzgeber verpflichtet, für sog. Altfälle eine Übergangsregelung vorzusehen (diese wurde mit Art. 224 § 2 Abs. 3-5 EGBGB a.F. geschaffen). Vgl. weiter BVerfG FamRZ 2003, S. 1447 (zur Verfassungsmäßigkeit des § 1672 Abs. 1 S. 1 BGB) m. krit. Anm. MICHAEL COESTER, FamRZ 2004, S. 87 f.

⁹³ Zu ersten Bemühungen BT-Drucks. 16/10047, S. 8 ff. („Umfrage des Bundesministeriums der Justiz bei Jugendämtern und Rechtsanwälten zur gemeinsamen Sorge nicht miteinander verheirateter El-

2009 im Fall Zaunegger⁹⁴ entschied, dass der im deutschen Kindschaftsrecht vorgesehene „allgemeine Ausschluss einer gerichtlichen Überprüfung der ursprünglichen Übertragung der Sorge allein auf die Mutter“ Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK verletze.⁹⁵ In der deutschen Familienrechtswissenschaft stieß die Entscheidung auf breite Zustimmung und der EGMR wurde für die nunmehr erforderliche Korrektur im nichtehelichen Kindschaftsrecht geradezu gefeiert.⁹⁶

Ebenso wie bei der erbrechtlichen Stichtagsregelung hatte der EGMR auch im Fall Zaunegger mit der Rechtslage in der Mehrheit der Vertragsstaaten argumentiert: „Die Konvention [sei] ein lebendes Instrument und [müsse] unter Berücksichtigung der heutigen Umstände ausgelegt werden.“ Auch wenn es keinen europäischen Konsens darüber gebe, „ob Väter nichtehelicher Kinder ein Recht haben, die gemeinsame Sorge auch ohne Zustimmung der Mutter zu beantragen“, sei es „der gemeinsame Ausgangspunkt in der Mehrheit der Mitgliedsstaaten [...], dass Entscheidungen über das Sorgerecht auf das Kindeswohl gestützt sein [müssten] und dass bei Streit zwischen den Eltern die Gerichte entsch[ie]den“.⁹⁷ Vor allem hob der EGMR aber hervor, dass das deutsche Recht Elternkonflikte in Abhängigkeit vom *Status der Eltern* unterschiedlich behandle und dies jedenfalls bei Vätern nichtehelicher Kinder, die nach der Geburt des Kindes mit der Mutter jahrelang zusammengelebt und tatsächlich Verantwortung für das Kind übernommen hätten, jedoch mangels Mitwirkung der Mutter kein gemeinsames Sorgerecht erhalten könnten, gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK verstoße.⁹⁸

tern – Zusammenfassung“).

94 Dem Fall Zaunegger lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die nicht miteinander verheirateten Eltern lebten seit 1993 zusammen, 1995 wurde die gemeinsame Tochter geboren; 1998 trennten sich die Eltern und die Tochter wurde bis 2001 vom Vater betreut. 2001 zog die Tochter in den Haushalt der Mutter, wobei dem Vater ein sehr umfangreiches Umgangsrecht zugebilligt wurde, so dass die Tochter jährlich etwa vier Monate beim Vater lebte.

95 EGMR (03.12.2009 – 22028/04, Zaunegger ./ Deutschland) NJW 2010, S. 501 = FamRZ 2010, S. 103 m. abweichendem Sondervotum SCHMITT (das Urteil erging mit 6 : 1 Stimmen) und m. Anm. DIETER HENRICH, JENS M. SCHERPE; Anm. STEPHAN HAMMER, FamRZ 2010, S. 623 f. Das BVerfG hatte die Verfassungsbeschwerde im Fall Zaunegger durch Kammerbeschluss vom 15. Dezember 2003 ohne Begründung nicht zur Entscheidung angenommen. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang noch zwei weitere Entscheidungen: Im Fall EGMR (07.12.2010 – 38102/04, Sude ./ Deutschland) hat die Bundesrepublik Deutschland die Verletzung von Art. 14 i.V.m. 8 EMRK anerkannt und an den Vater eine Entschädigung i.H.v. 8.000 Euro gegen Streichung des Individualbeschwerdeverfahrens aus dem Register des EGMR geleistet. Zum Fall Döring siehe unten Anm. 100.

96 Dazu HELMS (Anm. 26), S. 55 m.w.N.; MICHAEL COESTER, Sorgerechtliche Impulse aus Straßburg, NJW 2010, S. 482, 485 („Dafür, dass das ‚Ob‘ einer Reform für nicht miteinander verheiratete Eltern nunmehr außer Streit steht, sollten wir dem EGMR dankbar sein.“).

97 EGMR NJW 2010, S. 501, 504.

98 EGMR NJW 2010, S. 501, 504. Zu beiden Argumenten auch HELMS (Anm. 26), S. 63 f.; CHRISTINE HOHMANN-DENNHARDT, Eltern-Recht(s)-Ansichten, FF 2011, S. 181, 187; der Beitrag ist unter dem Titel „Eltern-Recht(s)-Ansichten, Die Entscheidungen des BVerfG und des EGMR zur gemeinsamen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern für ihr Kind“ auch veröffentlicht in: Christine Hohmann-Denn-

Da das deutsche Kindschaftsrecht den Familiengerichten keine Möglichkeit eröffnete, § 1626a BGB (methodisch vertretbar) konventionskonform dahingehend auszulegen, das „Veto“ der Mutter einer gerichtlichen Überprüfung zu unterziehen,⁹⁹ konnte ein konventionsgemäßer Zustand auch hier nur mittels einer Gesetzesänderung erreicht werden.¹⁰⁰ Doch noch vor einem Tätigwerden des Gesetzgebers kam ein halbes Jahr nach der Entscheidung des EGMR das BVerfG erneut zum Zuge.¹⁰¹ Unter Aufgabe der eigenen Rechtsprechung aus dem Jahr 2003 entschied es im Sommer 2010, dass der Ausschluss einer gerichtlichen Überprüfung des „Vetorechts“ der Mutter bei der Begründung einer gemeinsamen Sorge sowie bei der Übertragung der Sorge auf den Vater Art. 6 Abs. 2 GG verletze. Zur „Sicherstellung eines verfassungs- und konventionsgemäßen Zustandes“ entwickelte das BVerfG eine Übergangslösung,¹⁰² die

hardt/Peter Masuch/Mark Villiger (Hrsg.), Grundrechte und Solidarität, Durchsetzung und Verfahren, Festschrift für Renate Jaeger, 2011, S. 653-673.

99 So auch NINA DETHLOFF, Kindeswohl und Väterrechte, Die neue Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Bonner Rechtsjournal 2010, S. 38, 42.

100 Die Konventionswidrigkeit des § 1626a BGB wird in der Entscheidung des EGMR klar benannt (NJW 2010, S. 501, 503, Rn. 48, 57): „Die Gerichtsentscheidungen und die ihnen zugrundeliegende Gesetzgebung zeigen, dass der Bf. als Vater eines nichtehelichen Kindes bei der Übertragung der Sorge im Vergleich zu der Mutter und zu verheirateten Vätern ungleich behandelt worden ist. [...] Trotzdem war ihm kraft Gesetzes von Anfang an verwehrt, eine gerichtliche Prüfung herbeizuführen, ob die Übertragung der gemeinsamen Sorge dem Kindeswohl am besten entspricht, und eine möglicherweise willkürliche Weigerung der Mutter, einer Sorgeerklärung zuzustimmen, durch eine gerichtliche Entscheidung ersetzen zu lassen.“ Gleichzeitig betont der EGMR aber auch in dieser Entscheidung, dass es nicht seine Aufgabe sei, „auf eine Individualbeschwerde die staatliche Gesetzgebung abstrakt zu prüfen“ (NJW 2010, S. 502, Rn. 45). In der Entscheidung EGMR (21.02.2012 – 50216/09, Döring ./ Deutschland) NJW 2013, S. 1055, 1056 weist der Gerichtshof erneut darauf hin, „dass er bereits geprüft [habe], ob die Vorschriften des BGB, nach denen die alleinige Sorge für ein Kind nicht verheirateter Eltern der Mutter zusteht und eine Übertragung des Sorgerechts oder eines Teilbereichs davon auf den Vater ihrer Zustimmung bedarf, [...] mit Art. 8 i.V. mit Art. 14 EMRK vereinbar [seien]. Der Gerichtshof [habe] festgestellt, dass der grundsätzliche Ausschluss einer gerichtlichen Überprüfung der ursprünglichen Zuweisung des alleinigen Sorgerechts an die Mutter [...] Art. 14 i.V. mit Art. 8 EMRK verletz[e]“.

101 BVerfGE 127, S. 132 (= NJW 2010, S. 3008 = FamRZ 2010, S. 1403 m. Anm. HORST LUTHIN = JZ 2010, S. 1004 m. krit. Anm. THOMAS RAUSCHER).

102 BVerfGE 127, S. 132, 164 f. (= FamRZ 2010, S. 1403, 1410 = NJW 2010, S. 3008, 3015) zur Übergangslösung: (1) In Ergänzung zu § 1626a Abs. 1 Nr. 1 hat „das Familiengericht den Eltern auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge gemeinsam“ zu übertragen, sofern „dies dem Kindeswohl entspricht“. (2) In Ergänzung zu § 1672 Abs. 1 hat „das Familiengericht dem Vater auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge“ zu übertragen, „soweit eine gemeinsame elterliche Sorge nicht in Betracht kommt und zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl am besten entspricht“. Das BVerfG leitet aus § 35 BVerfGG (wonach das BVerfG in seiner Entscheidung die Art und Weise der Vollstreckung regeln kann) die Befugnis ab, auch Übergangsregelungen (an Stelle des Gesetzgebers) anzuordnen. Dazu KLAUS SCHLAICH/STEFAN KORIOTH, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl. 2012, Rn. 473 f.

dann fast drei Jahre lang bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern galt.¹⁰³

In den Gründen der Entscheidung des BVerfG wird zwar auf das Urteil des EGMR im Fall Zaunegger hingewiesen,¹⁰⁴ als tragender Grund für die Entscheidung wird jedoch angeführt, dass sich inzwischen herausgestellt habe, dass sich „die dem geltenden Recht zugrunde liegende Annahme des Gesetzgebers, dass die Zustimmungsverweigerung von Müttern in aller Regel auf einem sich nachteilig auf das Kind auswirkenden elterlichen Konflikt basier[e] und von Gründen getragen [sei], die nicht Eigeninteressen der Mutter verfolg[ten], sondern der Wahrung des Kindeswohls dien[ten], [...] nicht bestätigt“ habe.¹⁰⁵ In diesem Sinne kommentierte auch die an der Entscheidung beteiligte Richterin am Bundesverfassungsgericht CHRISTINE HOHMANN-DENNHARDT die Ausführungen: Dem BVerfG hätten 2010 „dank des Prüfungsauftrags, den das BVerfG dem Gesetzgeber“ 2003 erteilt habe, neue empirische Erkenntnisse vorgelegen, aufgrund derer sich die Prognoseentscheidung des Gesetzgebers in der Praxis zwischenzeitlich als unrichtig herausgestellt habe.¹⁰⁶ Freilich standen dem EGMR diese Erkenntnisse überhaupt nicht zur Verfügung, weswegen er seine Entscheidung auf die bereits genannten Gründe, nämlich auf die Ungleichbehandlung von Elternkonflikten in Abhängigkeit vom Status der Eltern im deutschen Recht sowie auf die Rechtslage in der Mehrheit der Vertragsstaaten gestützt hatte.

Vor allem das zweite Argument wollte HOHMANN-DENNHARDT jedoch nicht gelten lassen: Ein „vom Gerichtshof erkannter Staatenkonsens [sei] für sich genommen gewiss kein schlagkräftiges Argument, das gegen die deutsche Regelung zu Felde geführt werden“ könne.¹⁰⁷ Weiter heißt es dort:

103 Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern vom 16.04.2013, BGBl. I, S. 795 (das Gesetz trat am 19.05.2013 in Kraft). Der Gesetzgeber begründete die Reform mit den Entscheidungen des EGMR im Fall Zaunegger und der Entscheidung des BVerfG vom 21.07.2010; BT-Drucks. 17/11048, S. 11. Zur Neuregelung des § 1626a Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 BGB sowie zum vereinfachten Verfahren nach § 155a FamFG umfassend EVA SCHUMANN, in: BeckOGK BGB, Familienrecht, Edition 1, 2015, § 1626a BGB, Rn. 69 ff., 86 ff.; DIES., in: Thomas Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zum FamFG, 2. Aufl. 2013, § 155a FamFG, Rn. 5 ff.

104 BVerfGE 127, S. 132, 137 f., 156, 164. Unter Teil A. der Gründe wird auch erwähnt, dass Deutschland innerhalb der 27 EU-Mitgliedsstaaten eine Sonderrolle einnehme, weil in achtzehn EU-Ländern das Sorgerecht für eheliche und nichteheliche Kinder (weitgehend) gleich ausgestaltet sei und in weiteren sieben EU-Staaten zwar unterschiedliche Regelungen im Bereich des Sorgerechts für eheliche und nichteheliche Kinder beständen, aber auch in diesen Ländern ein gemeinsames Sorgerecht kraft richterlicher Entscheidung begründet werden könne (S. 139 f.).

105 BVerfGE 127, S. 132, 146 (nochmals auf S. 157).

106 HOHMANN-DENNHARDT (Anm. 98), FF 2011, S. 187: „Allerdings hat der EGMR seine Entscheidung zu einem Zeitpunkt getroffen, bis zu dem seit dem Inkrafttreten der deutschen Sorgerechtsregelungen mehr als zehn Jahre lang Erfahrungen darüber gesammelt werden konnten, wie sich diese in der Praxis auswirken; Erfahrungen, die bei der Entscheidung des BVerfG noch nicht vorhanden waren.“

107 HOHMANN-DENNHARDT (Anm. 98), FF 2011, S. 187.

Der Wunsch nach mehr Vereinheitlichung des Familienrechts in Europa hat dabei draußen vor zu bleiben. Er darf für die Rechtsprechungsorgane kein Beweggrund ihrer Entscheidungen sein. Dies gilt letztlich auch für den EGMR. *Dessen Aufgabe ist nicht, Rechtsangleichung zu betreiben.* Er hat vielmehr nur gleiches Maß an die unterschiedlichen Regelungen der nationalen Familienrechte anzulegen, wenn er deren Menschenrechtskonformität überprüft. [...] So bleibt die *Verschiedenartigkeit der nationalen Regelungen des Familienrechts* Fakt, auf deren jeweilige Besonderheiten sich die nationalen Gerichte wie der EGMR einzulassen haben.¹⁰⁸

Tatsächlich handelte es sich im vorliegenden Beispiel eher um ein spezifisch innerdeutsches Problem, nämlich um eine Ausblendung der familiären Lebensbedingungen in Ostdeutschland durch eine westdeutsch dominierte Bundespolitik. Zwar musste der bundesdeutsche Gesetzgeber auch schon vor der Wiedervereinigung zu nahezu jeder Reform im Nichteheleichenrecht vom BVerfG gezwungen werden,¹⁰⁹ betrachtet man jedoch die Entwicklung seit 1990, dann ist sein Handeln nicht mehr erklärbar.

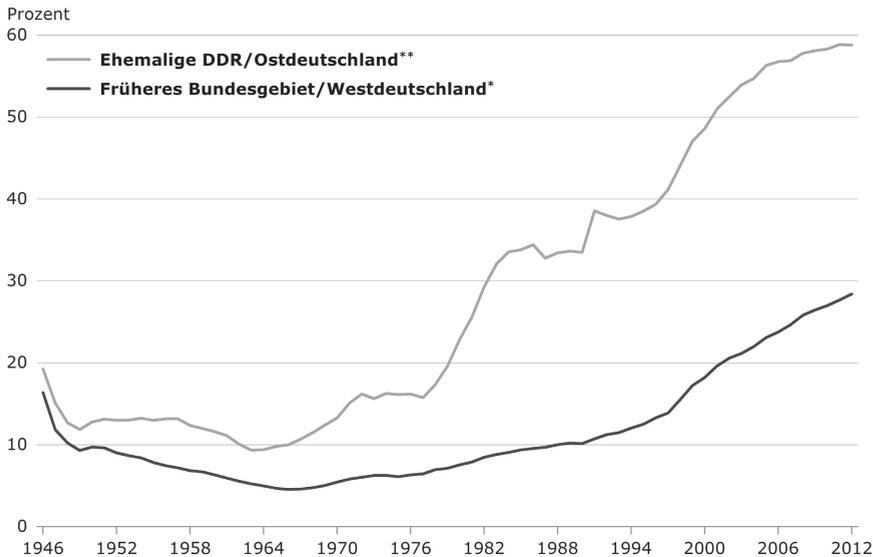
In der ehemaligen DDR waren nichteheliche Kinder seit 1966 weitgehend und seit 1976 nahezu vollständig den ehelichen Kindern gleichgestellt; eine Übertragung des sog. Erziehungsrechts auf den Vater war möglich.¹¹⁰ Mit dem Einigungsvertrag traten jedoch in weitem Umfang die BGB-Regelungen in Kraft, wobei dies zu einer Verschlechterung der Rechtslage für nichteheliche Kinder und ihre Väter führte. So sah Art. 234 § 11 Abs. 1 S. 2 EGBGB (in der Fassung vom 29. September 1990) vor, dass das Vätern nichtehelicher Kinder zustehende Erziehungsrecht mit dem Tage des Beitritts erlosch und stattdessen den Vätern die Rechtsstellung eines Vormundes zugewiesen wurde. Lediglich die Amtspflegschaft für Mütter nichtehelicher Kinder (die in der ehemaligen DDR schon 1950 abgeschafft worden war) wurde im Beitrittsgebiet nicht eingeführt, wobei dieser Umstand zum Anlass genommen wurde, in den Erläuterungen zum Einigungsvertrag auf die Notwendigkeit einer Reform des Nichteheleichenrechts hinzuweisen.¹¹¹

108 HOHMANN-DENNHARDT (Anm. 98), FF 2011, S. 183 f. [Hervorhebung durch Verf.].

109 Die Liste der einschlägigen Entscheidungen des BVerfG mit anschließenden Reformen ist inzwischen lang und wird seit einigen Jahren zudem durch Entscheidungen des EGMR ergänzt: Die erste Mahnung des BVerfG (BVerfGE 8, S. 210) an den Gesetzgeber im Jahr 1958, den Auftrag aus Art. 6 V GG umzusetzen, blieb ohne Erfolg. Auf die zweite Mahnung 1969 (BVerfGE 25, S. 167) und die Setzung einer kurzen Frist reagierte der Gesetzgeber mit dem Nichteheleichenengesetz, das am 01.07.1970 in Kraft trat. Dazu und zur weiteren Entwicklung SCHUMANN (Anm. 28), S. 126 ff.; ILONA OSTNER/EVA SCHUMANN, Steuerung der Familie durch Recht?, in: Dieter Schwab/Laszlo A. Vaskovics (Hrsg.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft, Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog, Sonderheft 8/2011 der Zeitschrift für Familienforschung, 2011, S. 289, 306 ff. m.w.N.

110 Das am 1. Oktober 1990 in Kraft getretene, noch von der Volkskammer verabschiedete Erste Familienrechtsänderungsgesetz sah sogar noch für zwei Tage bis zum Inkrafttreten des BGB am 3. Oktober 1990 ein gemeinsames Erziehungsrecht auf Antrag der nicht miteinander verheirateten Eltern vor. Dazu SCHUMANN (Anm. 28), S. 134 f.

111 BT-Drucks. 11/7817, S. 36. Mit dieser Reform ließ sich der Gesetzgeber so viel Zeit, dass das BVerfG bis Mitte der 1990er Jahren in zwei Entscheidungen zum nichtehelichen Kindschaftsrecht erneut Re-

Nichtehelichenquote für West- und Ostdeutschland, 1946 bis 2012

* ab 1990 einschließlich Berlin

** ab 1990 ohne Berlin

Datenquelle: Statistisches Bundesamt, Berechnungen: BiB

© BiB 2014

Grafik 1 (Quelle: Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung, http://www.bib-demografie.de/DE/Zahlen-undFakten/06/Abbildungen/a_06_04_nichtehelichenquote_w_o_ab1946.html)

Von Anfang an fiel auch die Verteilung nichtehelicher Geburten in Ost- und Westdeutschland stark auseinander (siehe Grafik 1); der Anteil nichtehelicher Geburten lag zum Zeitpunkt der Wiedervereinigung in den neuen Bundesländern bereits bei rund 35 % und in den alten Bundesländern bei nur 10 %. In den neuen Bundesländern stieg die Zahl der nichtehelichen Geburten in der Folge rapide an und lag bei Inkrafttreten der Kindschaftsrechtsreform 1998 bereits bei fast 50 %.¹¹² Die Motive des

formbedarf anmahnte: Gemeint ist die bereits erwähnte Entscheidung vom 07.03.1995 zur Rechtsstellung des Vaters bei der Adoption seines nichtehelichen Kindes (BVerfGE 92, S. 158 = NJW 1995, S. 2155) sowie die Entscheidung vom 07.05.1991 zum Ausschluss der nicht miteinander verheirateten Eltern vom gemeinsamen Sorgerecht (BVerfGE 84, S. 168 = NJW 1991, S. 1944). Die Kindschaftsrechtsreform von 1998 beseitigte zwar die verfassungswidrige Rechtslage in diesen beiden Bereichen, führte aber keineswegs zu der angekündigten Gleichstellung nichtehelicher Kinder.

112 Die erheblichen Unterschiede zwischen Ost- und Westdeutschland beruhen auf vielfältigen Ursachen, insbesondere auf einer stärker katholisch geprägten Bevölkerung verbunden mit einem stärkeren Festhalten an traditionellen Familienbildern in Westdeutschland sowie einer höheren sozialen Akzeptanz nichtehelicher Kinder und einer auf besseren Kinderbetreuungsmöglichkeiten beruhenden höheren Frauenerwerbstätigkeit in Ostdeutschland (so dass versorgungsorientierte Eheschließungen weniger attraktiv waren und sind). Dazu MARTIN BUJARD U.A., (Keine) Lust auf Kinder?, Geburtenentwicklung in Deutschland, hrsg. vom Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung, 2012,

Gesetzgebers bei der Kindschaftsrechtsreform (Schutz der Mutter-Kind-Beziehung vor Beeinträchtigungen durch den Vater)¹¹³ stellten daher schon damals für die Hälfte aller in Ostdeutschland geborenen Kinder eine in keinster Weise zu rechtfertigende Diskriminierung dar. In ganz Deutschland wurden zwischen dem Inkrafttreten der Kindschaftsrechtsreform 1998 und der Entscheidung des EGMR 2009 rund 2,3 Mio. nichteheliche Kinder geboren, bei denen die Beteiligung des Vaters an der elterlichen Sorge allein vom Willen der Mutter abhängig war.¹¹⁴

Inzwischen wissen wir auch, dass fast 80 % aller nichtehelichen Kinder in eine nichteheliche Lebensgemeinschaft hineingeboren werden und bei weiteren rund 10 % die Eltern eine Beziehung ohne Haushaltsgemeinschaft führen. Da allerdings vor der Reform 2013 nur etwa die Hälfte aller nicht miteinander verheirateten Eltern

S. 18, 55 f.; JOHANNES HUININK/MICHAELA KREYENFELD/HEIKE TRAPPE, Familie und Partnerschaft in Ost- und Westdeutschland. Eine Bilanz, in: dies. (Hrsg.), Familie und Partnerschaft in Ost- und Westdeutschland, Ähnlich und doch immer noch anders, Sonderheft 9/2012 der Zeitschrift für Familienforschung, 2012, S. 9, 16 ff.; ANJA VATTERROTT, Selektion, Adaption oder Sozialisation?, Eine Analyse nichtehelicher Geburten von Ost-West-Migrantinnen innerhalb Deutschlands, ebd., S. 147, 149 f. Vgl. weiter JÜRGEN DORBRITZ/NORBERT F. SCHNEIDER, Wo bleiben die Kinder? Der niedrigen Geburtenrate auf der Spur, APuZ 10-11/2011, S. 26, 30 ff.

113 BT-Drucks. 13/4899, S. 59 f.: „Dies würde aber bedeuten, daß die Alleinsorge der Mutter eines nichtehelichen Kindes bis zu dessen Volljährigkeit unter dem jederzeitigen Vorbehalt stünde, ohne Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung auf den Vater überzugehen, sobald dieser nur als der für das Kind „bessere“ Elternteil erscheint. Krankheiten oder andere vorübergehende Probleme der Mutter, die ihre Erziehungsfähigkeit vorübergehend beeinträchtigen könnten, würden dadurch eine neue, für die Mutter gefährliche Dimension erhalten; sie müßte mit einem Sorgewechsel rechnen, obwohl der Fortbestand ihrer elterlichen Sorge das Kindeswohl nicht in einschneidender Weise beeinträchtigen würde.“ Dazu kritisch SCHUMANN (Anm. 28), S. 331 f.

114 Nach einer vom Bundesjustizministerium durchgeführten Befragung von 440 Jugendämtern und 109 Rechtsanwälten war bereits im Jahr 2006 bekannt, dass zwischen 25 und 75 % aller zusammenlebenden Eltern nichtehelicher Kinder kein gemeinsames Sorgerecht begründen (BT-Drucks. 16/10047, S. 8 ff.). 80 % der Jugendämter gaben an, dass sich die Motive der Mutter bei der Ablehnung der gemeinsamen Sorge vorrangig an emotionalen Befindlichkeiten der Mutter orientierten und überwiegend als kindeswohlferne Gründe einzuordnen seien (S. 12). Obwohl die Prämissen für das „Vetorecht“ der Mutter in § 1626a BGB durch die Befragung gerade nicht bestätigt wurden, vielmehr alles dafür sprach, dass die Prämissen falsch waren, sollte die Befragung noch durch eine wissenschaftliche Studie abgesichert werden (S. 14). Die Ergebnisse dieser vom Bundesjustizministerium erst 2008 in Auftrag gegebenen wissenschaftlichen Studie lagen erst nach den Entscheidungen des EGMR von 2009 und des BVerfG von 2010 vor (der vorgezogene Endbericht für das Projekt „Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern“ von KARIN JURCZYK und SABINE WALPER wurde erst am 30. November 2010 veröffentlicht: http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Endbericht_Sorgerecht_final.pdf). Auch rechtsvergleichende Argumente wurden ignoriert, denn die Erfahrungen in England (bei vergleichbarer Rechtslage) widersprachen klar den Prämissen des deutschen Gesetzgebers: In England wurden 2006 von fast 10.000 Anträgen von Vätern auf gerichtliche Beteiligung an der elterlichen Sorge (*parental responsibility*) nur 1,5 % abschlägig beschieden. Dazu JENS M. SCHERPE, Nichteheliche Kinder, elterliche Sorge und die Europäische Menschenrechtskonvention, RabelsZ 73 (2009), S. 935, 940; DERS., FamRZ 2010, S. 108 (Anm. zu EGMR NJW 2010, S. 501 = FamRZ 2010, S. 103) jeweils mit Hinweis auf die Judicial and Court Statistics 2006.

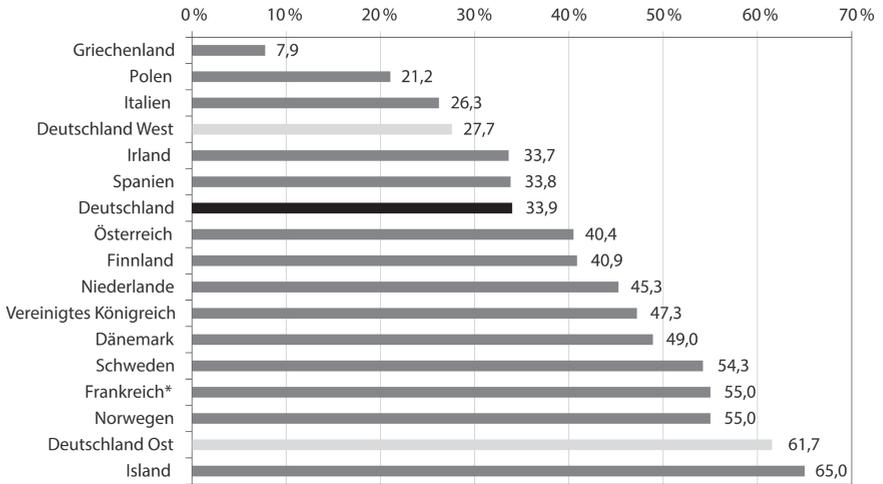
ein gemeinsames Sorgerecht begründet haben,¹¹⁵ ist davon auszugehen, dass seit der Kindschaftsrechtsreform 1998 bei insgesamt fast einer Million nichtehelicher Kinder zwar von Seiten der Väter tatsächlich Verantwortung getragen wurde, dies jedoch ohne rechtliche Absicherung geschah, was für die Kinder dramatische Folgen im Falle einer Trennung der Eltern haben konnte.¹¹⁶

Die im Sommer 2013 in Kraft getretene Reform zum gemeinsamen Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern war somit überfällig. Dass sie letztlich vom EGMR „erzungen“ werden musste, mag man auch als Ausdruck einer Rechtsangleichung an europäische Standards werten. Vor allem aber steht dieses Kapitel des deutschen Kindschaftsrechts für eine längst fällige innerdeutsche Harmonisierung der Lebensbedingungen von Kindern in Ost- und Westdeutschland, zu der auch die rechtliche Absicherung der Beziehung zum Vater gehört. Denn inzwischen beträgt das Verhältnis von nichtehelichen zu ehelichen Kindern in Ostdeutschland fast 2 : 1, womit die neuen Bundesländer im europäischen Vergleich zu den Spitzenreitern gehören, während die alten Bundesländer nach wie vor eine sehr niedrige Nichteheleichenquote haben (siehe Grafiken 2 und 3).

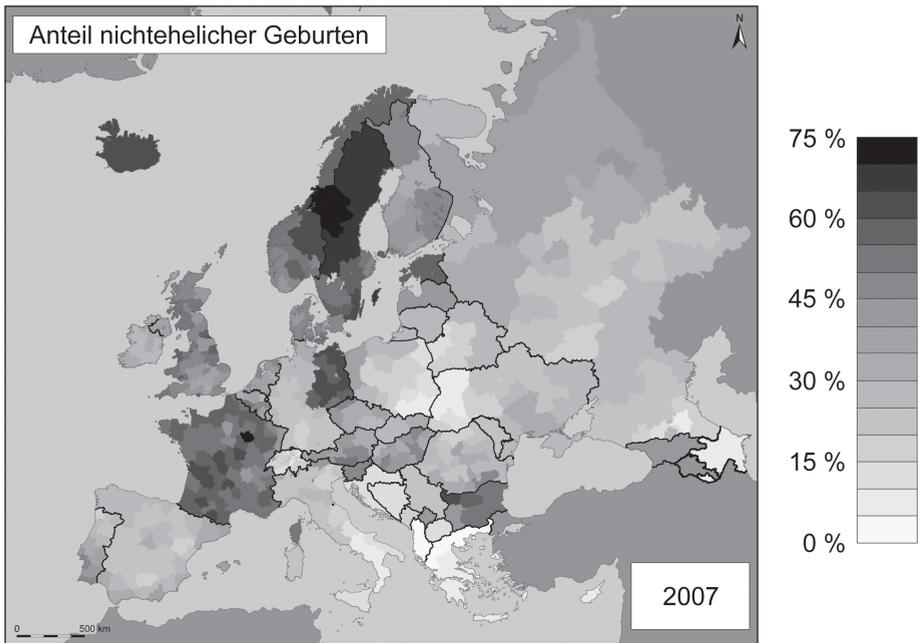
115 SABINE WALPER/ALEXANDRA LANGMEYER, Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern aus interdisziplinärer Perspektive, in: Dagmar Coester-Waltjen/Volker Lipp/Eva Schumann/Barbara Veit (Hrsg.), Reformbedarf im nichtehelichen Eltern-Kind-Verhältnis, Göttinger Juristische Schriften 13, 2012, S. 37, 41 f., 46. Bereits in den ersten Jahren nach Inkrafttreten der Kindschaftsrechtsreform 1998 haben rund 40 % aller nicht miteinander verheirateten Eltern Sorgeerklärungen abgegeben; dazu SANDRA FINK, Die Verwirklichung des Kindeswohls im Sorgerecht für nichtverheiratete Eltern, 2004, S. 141 ff.

116 So hatte beispielsweise die Mutter eines nichtehelichen Kindes die Zustimmung zur Übertragung der Sorge auf den Vater verweigert, obwohl das gemeinsame Kind seit zwei Jahren im Haushalt des Vaters lebte und von diesem erzogen wurde, weil sie verhindern wollte, nach Übertragung der elterlichen Sorge auf Zahlung von Kindesunterhalt in Anspruch genommen zu werden; AG Potsdam FamRZ 2006, S. 500 f.

Anteil der nichtehelich geborenen Kinder an allen Lebendgeborenen im europäischen Vergleich (2011)



Grafik 2 (Quelle: Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Familienreport 2012, S. 23, Abbildung 14)



Grafik 3 (Quelle: Max-Planck-Institut für demografische Forschung, http://www.demogr.mpg.de/de/ausbildungskarriere/was_ist_demografie_1908/kinder_ja_ehe_nein_daten_3010/default.htm)

c) Rechtsstellung des nur leiblichen, nicht rechtlichen Vaters

Dem dritten und letzten Beispiel liegt folgende Familienkonstellation zugrunde: Dem leiblichen Vater ist die Herstellung eines Rechtsverhältnisses und damit auch einer Beziehung zu seinem Kind dadurch verwehrt, dass ein anderer Mann rechtlicher Vater des Kindes ist, weil dieser entweder mit der Mutter des Kindes zum Zeitpunkt der Geburt verheiratet war oder mit Zustimmung der Mutter die Vaterschaft anerkannt hat. Im Hinblick auf die Rechtsstellung des nur leiblichen Vaters hatten zunächst das BVerfG und dann der EGMR über zwei Fragen zu befinden: (1) Unter welchen Voraussetzungen soll der nur leibliche Vater ein Recht auf Anfechtung der rechtlichen Vaterschaft haben, damit er anschließend selbst die Stellung als rechtlicher Vater einnehmen kann? (2) Unter welchen Voraussetzungen soll dem nur leiblichen Vater ein Recht auf Umgang mit seinem Kind gewährt werden?¹¹⁷

Das BVerfG hat sich in einer grundlegenden Entscheidung vom 9. April 2003 zu diesen Fragen geäußert und zwei geschützte Rechtspositionen des leiblichen Vaters anerkannt: So schütze Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG „den leiblichen, aber nicht rechtlichen Vater [...] in seinem Interesse, die rechtliche Stellung als Vater einzunehmen. Ihm [sei daher] verfahrensrechtlich die Möglichkeit zu eröffnen, die rechtliche Vaterposition zu erlangen, wenn dem der Schutz einer familiären Beziehung zwischen dem Kind und seinen rechtlichen Eltern nicht entgegensteh[e]“. Des Weiteren bilde der nur leibliche Vater „mit seinem Kind eine von Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Familie, wenn zwischen ihm und dem Kind eine sozial-familiäre Beziehung besteh[e]“, wobei „der Grundrechtsschutz [...] auch das Interesse am Erhalt dieser Beziehung“ umfasse. Daher verstoße es „gegen Art. 6 Abs. 1 GG, den so mit seinem Kind verbundenen biologischen Vater auch dann vom Umgang mit dem Kind auszuschließen, wenn dieser dem Wohl des Kindes dient“.¹¹⁸ Dem Gesetzgeber wurde vom BVerfG aufgegeben, die Rechtslage in beiden Punkten binnen Jahresfrist mit der Verfassung in Einklang zu bringen,¹¹⁹ was dann auch mit dem Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes

117 Außerdem mussten das BVerfG und der EGMR darüber entscheiden, ob der nur leibliche Vater ein Recht hat, seine Vaterschaft ohne statusrechtliche Wirkung klären zu lassen. Das BVerfG (NJW 2009, S. 423, 424 = FamRZ 2008, S. 2257, 2258) hat es abgelehnt, aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) einen Anspruch des nur leiblichen Vaters auf Klärung der Vaterschaft ohne statusrechtliche Wirkung abzuleiten: „Der Gesetzgeber hat bei der Ausgestaltung des Verfahrens, in dem die tatsächliche Abstammung eines Kindes geklärt werden kann, sowohl das Interesse des Kindes an der Stabilität seiner rechtlichen und sozial-familiären Zuordnung als auch das Interesse von Mutter und Kind vor Preisgabe persönlicher Daten und Offenlegung intimer Begebenheiten zu schützen [...]. Von seinem insofern ihm verfassungsrechtlich eingeräumten Gestaltungsspielraum hat der Gesetzgeber mit § 1598a BGB Gebrauch gemacht.“ Auch der EGMR (22.03.2012 – 23338/09, Kautzor ./, Deutschland) NJW 2013, S. 1937, 1940 geht davon aus, dass einem nur leiblichen Vater nicht das Recht eingeräumt werden muss, seine Vaterschaft ohne statusrechtliche Folgen klären zu lassen.

118 BVerfGE 108, S. 82 f. = NJW 2003, S. 2151 (Leitsätze).

119 BVerfGE 108, S. 82, 121 = NJW 2003, S. 2151, 2158.

vom 23. April 2004 geschah.¹²⁰ Der nur leibliche Vater ist seitdem unter engen Voraussetzungen (§ 1600 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 und 4 BGB) berechtigt, die Vaterschaft des rechtlichen Vaters anzufechten,¹²¹ um den Weg zur Anerkennung seines Kindes frei zu machen. Besteht hingegen die rechtliche Vaterschaft fort, so hat der leibliche Vater nach § 1685 Abs. 2 BGB nur dann ein Umgangsrecht mit seinem Kind, wenn er zu diesem bereits eine sozial-familiäre Beziehung aufgebaut hat und der Umgang dem Kindeswohl dient.

Zwischen 2008 und 2013 hatte der EGMR über acht Individualbeschwerden von nur leiblichen Vätern aus Deutschland zu entscheiden, wobei die vier jüngsten Entscheidungen aus den Jahren 2012 und 2013 (Kautzor, Ahrens, Koppikar und Hülsmann) die Frage betrafen, ob die engen Voraussetzungen zur Anfechtung der Vaterschaft durch den nur leiblichen Vater mit Art. 8 EMRK vereinbar sind, was der EGMR in den konkreten Fällen bejahte.¹²² Hingegen vertrat der EGMR eine andere Auffassung als das BVerfG in den Fällen Anayo und Schneider,¹²³ in denen es um die Frage ging, unter welchen Voraussetzungen dem nur leiblichen Vater ein Umgangsrecht einzuräumen ist.¹²⁴ In beiden Fällen stammten die Kinder aus außerehelichen Bezie-

120 Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes [...] vom 23.04.2004, BGBl. I, S. 598. Der Gesetzgeber hat die Rechtslage in enger Anlehnung an die Entscheidung des BVerfG geändert; dazu BT-Drucks. 15/2253, S. 7 ff.

121 Voraussetzung ist u.a., dass zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater keine sozial-familiäre Beziehung besteht oder im Zeitpunkt des Todes des Vaters bestand und die leibliche Vaterschaft des Anfechtenden festgestellt wird (§ 1600 Abs. 2 BGB).

122 EGMR (22.03.2012 – 23338/09, Kautzor ./ Deutschland) NJW 2013, S. 1937, 1940; EGMR (22.03.2012 – 45071/09, Ahrens ./ Deutschland) BeckRS 2012, 09754; EGMR (11.12.2012 – 11858/10, Koppikar ./ Deutschland); EGMR (05.11.2013 – 26610/09, Hülsmann ./ Deutschland) NJW 2014, S. 3083. Zuletzt dazu auch wieder BVerfG (Nichtannahmebeschluss vom 04.12.2013) FamRZ 2014, S. 191. Dies bedeutet freilich nicht, dass die Anfechtungsmöglichkeiten für den nur leiblichen Vater in allen Fällen ausreichend sind. Es ist durchaus denkbar, dass der EGMR in einer anderen Konstellation die Konventionswidrigkeit bejahen könnte. Zu denken ist insbesondere an Fälle, in denen der rechtliche Vater, zu dem das Kind eine sozial-familiäre Beziehung hatte, inzwischen verstorben ist (zu dieser Konstellation EGMR FamRZ 2014, S. 1257, 1258, wobei im konkreten Fall eine Konventionsverletzung abgelehnt wurde). Vgl. auch GEORG RIXE, FamRZ 2011, S. 1363, 1366 (Anm. zu EGMR NJW 2011, S. 3565 = FamRZ 2011, S. 269); DERS. (Anm. 39), FPR 2008, S. 225; MARINA WELLENHOFER, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und das Vaterschaftsanfechtungsrecht des leiblichen Vaters, FamRZ 2012, S. 828, 831 f.; TOBIAS HELMS, Die Stellung des potenziellen biologischen Vaters im Abstammungsrecht, FamRZ 2010, S. 1, 5 f. Vgl. aber auch die Entscheidung *contra legem* durch das AG Herford FamRZ 2008, S. 1270 f.

123 In den Fällen Anayo und Schneider hatte das BVerfG die eingelegten Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung angenommen; zum Fall Schneider BVerfG FamRZ 2006, S. 1661 f. (die Entscheidung des BVerfG im Fall Anayo ist nicht veröffentlicht). Im Fall Schneider hatte der nur leibliche Vater zwischenzeitlich ein Wiederaufnahmeverfahren nach § 580 Nr. 8 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 2 FamFG angestrengt; der Restitutionsantrag wurde in letzter Instanz vom BGH (FamRZ 2014, S. 927) zurückgewiesen, weil das Umgangsrechtsverfahren vor Einführung des § 580 Nr. 8 ZPO abgeschlossen worden war.

124 Im ähnlich gelagerten Fall Hülsmann hatte der EGMR (18.03.2008 – 33375/03, Hülsmann ./ Deutschland) NJW-RR 2009, S. 1585 eine Konventionsverletzung verneint, weil die deutschen Gerichte dazu Stellung genommen hatten, dass das Umgangsrecht mit dem Vater aufgrund der konkreten

hungen der verheirateten Mütter; die Ehemänner der Mütter übernahmen die Vaterrolle und die leiblichen Väter hatten bis zur Entscheidung des EGMR keine Kontakte zu ihren Kindern, wenngleich sie sich schon bald nach der Geburt der Kinder darum bemüht hatten, im Wege einer gerichtlichen Entscheidung Umgang mit ihren Kindern zu erhalten. Der einzige Unterschied zwischen den beiden Fällen besteht darin, dass im Fall Anayo die Vaterschaft unter den Beteiligten nicht streitig war, während im Fall Schneider nach Aussage der Mutter auch der Ehemann als Vater in Frage kam.

Der EGMR geht in beiden Entscheidungen davon aus, dass erstens allein die biologische Verwandtschaft zwischen einem Elternteil und seinem Kind nicht ausreicht, um ein Familienleben im Sinne des Art. 8 EMRK zu begründen; vielmehr müssten weitere Umstände hinzukommen, aus denen sich eine persönliche Beziehung ergebe. Jedoch soll zweitens ein von Seiten des leiblichen Vaters *beabsichtigtes Familienleben* (*intended family life*) vom Schutz des Art. 8 EMRK dann umfasst sein, wenn der Vater sich um eine persönliche Beziehung zum Kind bemüht hat, diese jedoch aus Gründen scheitert, die dem Vater nicht zugerechnet werden können. Schließlich sollen drittens persönliche Beziehungen, die nicht vom Schutz des Familienlebens erfasst werden, grundsätzlich unter den Begriff des Privatlebens nach Art. 8 EMRK fallen.¹²⁵

Eine dogmatisch saubere Abgrenzung zwischen der zweiten und der dritten Fallgruppe nimmt der EGMR indessen nicht vor. Aufgrund des bekundeten Interesses des leiblichen Vaters an seinem Kind sei „nicht auszuschließen, dass die [...] beabsichtigte Beziehung [...] unter den Begriff des ‚Familienlebens‘ i.S. von Art. 8 EMRK [falle]. Jedenfalls [betreffe] die Feststellung der rechtlichen Beziehung zwischen dem [Vater und seinem Kind] – d.h. die Frage, ob der [Vater] ein Recht auf Umgang mit [seinem Kind] und auf Auskünfte über seine persönlichen Verhältnisse [habe] – *einen wichtigen Teil der Identität* [...] und damit sein ‚Privatleben‘ i.S. von Art. 8 I EMRK, falls es sich dabei nicht um Familienleben hande[le]. Die Entscheidung der deutschen Gerichte, ihm den Umgang und Auskünfte zu versagen, [sei] deswegen ein Eingriff in sein Recht auf Achtung *jedenfalls seines Privatlebens*“.¹²⁶

Man muss diese Ausführungen wohl so verstehen, dass sich der EGMR noch nicht festlegen wollte, ob bereits die Einleitung eines Umgangsrechtsverfahrens genügt, um eine „beabsichtigte Beziehung“ und damit ein Familienleben im Sinne des Art. 8 EMRK zu bejahen. Akzeptiert man indessen die Konstruktion eines „beabsichtigten

Umstände auch nicht dem Wohl des Kindes entsprach. Im Fall Lück hatte der EGMR (15.05.2008 – 58364/00, Lück ./ Deutschland) NJOZ 2009, S. 5003, 5005 f. (Rn. 22) die Entscheidung BVerfGE 108, S. 82 als eine die Konventionsverletzung ausgleichende Wiedergutmachung angesehen.

125 EGMR (21.12.2010 – 20578/07, Anayo ./ Deutschland) NJW 2011, S. 3565 = FamRZ 2011, S. 269 m. Anm. GEORG RIXE, FamRZ 2011, S. 1363; EGMR (15.09.2011 – 17080/07, Schneider ./ Deutschland) NJW 2012, S. 2781 = FamRZ 2011, S. 1715 m. Anm. TOBIAS HELMS.

126 EGMR NJW 2012, S. 2781, 2785 [Hervorhebung durch Verf.]. Nach der Rechtsprechung des EGMR scheint die „Achtung des Privatlebens“ als Auffangtatbestand zu dienen, wenn das genetische Eltern-Kind-Verhältnis ausnahmsweise nicht unter den Schutz des Familienlebens fällt; vgl. jüngst wieder EGMR (05.06.2014 – 31021/08, I. S. ./ Deutschland) FamRZ 2014, S. 1351 m. Anm. ANDREAS BOTTHOFF.

Familienlebens“, so stellt sich die Frage, was dem leiblichen Vater außer dem Gang vor die Gerichte noch abverlangt werden soll, um ein solches anzuerkennen. Im Ergebnis ist jedoch festzuhalten, dass sich der Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 EMRK nach der Rechtsprechung des EGMR auf (mutmaßliche) nur leibliche Väter, die ein Familienleben mit ihrem (mutmaßlichen) Kind beabsichtigen, erstreckt,¹²⁷ wobei jedenfalls das Recht auf Achtung des Privatlebens betroffen ist. Die Argumentation der Bundesregierung, dass die deutsche Rechtslage bereits das Ergebnis einer Abwägung zwischen den *Interessen des leiblichen Vaters*, dem *Schutz der rechtlich-sozialen Familie* und dem *Kindeswohl* sei, wobei typisierend davon auszugehen sei, dass ein dem Kindeswohl dienendes Umgangsrecht des nur leiblichen Vaters eine bereits vorhandene soziale Beziehung zu diesem voraussetze, hat der EGMR mit eher schwachen Argumenten abgelehnt.¹²⁸

127 Der EGMR (NJW 2012, S. 2781, 2786) ist der Auffassung, dass dem Umgangsrechtsverfahren kein gesondertes Anfechtungsverfahren oder die Feststellung, dass der Antragsteller der leibliche Vater des Kindes ist, vorausgehen müsse. Vielmehr soll nach Vorstellung des EGMR im Umgangsrechtsverfahren zunächst geprüft werden, ob der Kontakt zwischen Antragsteller und Kind dessen Wohl dient; falls dies bejaht wird, ist dann die Vaterschaft zu klären („Die Frage der Feststellung der leiblichen – im Gegensatz zur rechtlichen – Vaterschaft in einem Umgangsverfahren wird sich nur stellen, wenn man unter den besonderen Umständen des Falls davon ausgeht, dass ein Umgang zwischen dem mutmaßlichen leiblichen Vater – unter der Annahme, er ist es tatsächlich – und dem Kind dem Kindeswohl dient.“). Die u.U. schwierige und mit Hilfe eines Sachverständigengutachtens zu entscheidende Frage, ob der Umgang dem Kindeswohl dient, sollte aber sinnvollerweise erst nach der Klärung der Vaterschaft angegangen werden, zumal die Begutachtung des Kindes und seiner Familie zu erheblichen Konflikten und Belastungen führen kann, die – sollte sich später herausstellen, dass der Antragsteller nicht Vater ist – unnötigerweise herbeigeführt würden (kritisch auch TOBIAS HELMS, FamRZ 2011, S. 1717 [Anm. zu NJW 2012, S. 2781 = FamRZ 2011, S. 1715]). Der deutsche Gesetzgeber hat die Vorgaben des EGMR sehr eng umgesetzt: Nach dem Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters (s. Anm. 131) steht es im Ermessen des Gerichts, ob es zunächst die biologische Vaterschaft oder das Kindeswohl prüft (BT-Drucks. 17/12163, S. 13).

128 In der Entscheidung *Anayo* heißt es dazu (EGMR NJW 2011, S. 3565, 3567, Rn. 68): „Eine rechtsvergleichende Studie zeigt[e], dass es unter den Mitgliedsstaaten des Europarats keine Übereinstimmung [gebe], ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen ein leiblicher Vater ein Umgangsrecht mit seinem Kind [habe], wenn es zugleich einen rechtlichen Vater [gebe]. Doch könn[t]en die Gerichte in einer Reihe von europäischen Staaten prüfen, ob der Umgang eines leiblichen Vaters [...] mit seinem Kind dessen Wohl dienen würde, und sie könn[t]en in dem Fall dem Vater Umgang gewähren“. Da es in dieser Frage gerade keinen europäischen Konsens gibt, hätte an sich der nationale Beurteilungsspielraum weit ausfallen müssen. Da der EGMR (NJW 2012, S. 2781, 2786, Rn. 100) zudem darauf hinweist, dass „im Hinblick auf die große Vielfalt möglicher familiärer Konstellationen [...] eine Prüfung der besonderen Umstände des Einzelfalls für eine faire Abwägung der Rechte aller Beteiligten erforderlich“ sei, könnte man die beiden Urteile auch als Befürwortung einer „Enttypisierung“ des Gesetzesrechts verstehen und den Schluss ziehen, dass sich der EGMR von einem *case-law*-System mit weiten Beurteilungsspielräumen der Gerichte eine bessere Verwirklichung des Kindeswohls im Einzelfall verspricht. So auch THOMAS RAUSCHER, in: Julius von Staudinger (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4: Familienrecht, §§ 1684-1717 (Elterliche Sorge 3 - Umgangsrecht), Neubearbeitung 2014, § 1684 BGB, Rn. 16d. Vgl. auch HELMS (Anm. 26), S. 66 f. (dies sei eine „Methode, die eher typisch für den durch das case law geprägten an-

Allerdings betont der EGMR (wie auch in vielen anderen Entscheidungen), dass es nicht seine Aufgabe sei, „die staatliche Gesetzgebung abstrakt zu prüfen“, und räumt gleichzeitig ein, ihm sei bewusst, dass die deutschen Richter gar nicht anders hätten entscheiden können.¹²⁹ Tatsächlich konnte auch in diesem dritten Beispiel ein konventionsgemäßer Zustand nur mit Hilfe einer Gesetzesänderung hergestellt werden.¹³⁰ Dies geschah im Sommer 2013 mit der Einführung von zwei neuen Regelungen durch das Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters vom 4. Juli 2013.¹³¹ Die Neuregelung des § 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB sieht vor, dass ein leiblicher Vater, der ein *ernsthafte Interesse* an dem Kind gezeigt hat (so dass ein beabsichtigtes Familienleben im Sinne des Art. 8 Abs. 1 EMRK anzunehmen ist), ein Recht auf Umgang hat, wenn der Umgang dem Kindeswohl dient, wobei die Einräumung des Umgangs voraussetzt, dass innerhalb des Umgangsrechtsverfahrens eine Inzidentprüfung der leiblichen Vaterschaft vorgenommen wird (die Voraussetzungen für die Duldung der dazu notwendigen Untersuchungen sind in § 167a Abs. 2 FamFG geregelt).¹³² Dass auch diese Reform allein durch die Entscheidungen des EGMR veranlasst ist, ergibt sich in aller Deutlichkeit aus der Begründung des Regierungsentwurfs. Dort heißt es unter der Überschrift „Zielsetzung und Notwendigkeit des Gesetzesentwurfs“:

Die Änderungen beseitigen den mit Artikel 8 EMRK nicht zu vereinbarenden Zustand, dass der biologische Vater, der keine enge Bezugsperson des Kindes ist, auch dann kategorisch und ohne Prüfung des Kindeswohls vom Umgang mit seinem Kind ausgeschlossen ist, wenn ihm der Umstand, dass eine sozial-familiäre Beziehung nicht aufgebaut wurde, nicht zuzurechnen ist. [...] *Die Gesetzesänderung ist durch die Urteile des EGMR vom 21. Dezember 2010 (A. ./ Bundesrepublik Deutschland) und vom 15. September 2011 (S. ./ Bundesrepublik Deutschland) veranlasst.* Der darin vom EGMR geäußerten Kritik an der derzeitigen gesetzlichen Ausgestaltung des Umgangs- und Auskunftsrechts biologischer Väter kann nur durch eine Gesetzesänderung Rechnung getragen werden. *Eine überzeugende Möglichkeit, im Wege der Auslegung der bestehenden Vorschriften zu einem konventionsgemäßen Zustand zu gelangen, ist nicht ersichtlich.* [...] Durch die Neuregelung des Umgangs- und Auskunftsrechts des biologischen Vaters wird entsprechend dem Ziel des Gesetzes ein mit der EMRK konformer Zustand hergestellt.¹³³

gloamerikanischen Rechtskreis“ sei). Einigen Familienrechtlern dient die Entscheidung schließlich als Beleg dafür, dass der EGMR dem sozial fundierten Kindeswohlbegriff des deutschen Rechts einen eigenen genetisch fundierten Kindeswohlbegriff gegenüberstelle; so LÖHNIG/PREISNER (Anm. 56), FamRZ 2012, S. 491 f. Auch der Görgülü-Entscheidung liegt schon ein genetisch fundierter Kindeswohlbegriff zugrunde.

129 EGMR NJW 2011, S. 3565, 3567 (Rn. 69, 70).

130 So auch HELMS (Anm. 26), S. 69.

131 Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters vom 04.07.2013, BGBl. I, S. 2176. Dazu DORIS KLOSTER-HARZ, Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters auf Umgang und Auskunft – Umsetzung der Rechtsprechung des EGMR durch den deutschen Gesetzgeber, FamFR 2013, S. 337 ff.

132 Dazu auch HELMS (Anm. 26), S. 65 f.

133 BT-Drucks. 17/12163, S. 9, 11 [Hervorhebungen durch Verf.].

III Kritische Analyse der Rechtsprechung des EGMR: Auslegungsmethoden und Vorhersehbarkeit nationaler Beurteilungsspielräume

Da in den unter Ziff. II 3 angeführten drei Beispielen die konventionswidrigen Rechtsnormen vom BVerfG jeweils für verfassungskonform befunden worden waren, stellt sich die Frage, warum das BVerfG bei der Bestimmung von Inhalt und Umfang der jeweils einschlägigen Grundrechte die EMRK offensichtlich nicht hinreichend berücksichtigt hat. Es liegt nahe, dass dies nicht an einer völkerrechtsunfreundlichen Haltung des BVerfG liegt, sondern daran, dass die nationalen Beurteilungsspielräume auf der Grundlage der Rechtsprechung des EGMR in vielen Fällen kaum prognostizierbar sind.

Nach einer Durchsicht von mehr als 50 familienrechtlichen Entscheidungen des EGMR aus den letzten fünfzehn Jahren lässt sich zunächst mit dem ehemaligen Präsidenten des EGMR, LUZIUS WILDHABER, festhalten: „Der EGMR hat keine ausgefeilte Theorie über Kerngehalte von Menschenrechten herausgebildet.“¹³⁴ Tatsächlich ist die Feststellung einer Konventionsverletzung nur selten das Ergebnis einer Schritt für Schritt entwickelten Auslegung des Schutzzumfangs der einschlägigen Menschenrechte, vielmehr erwecken die Ausführungen häufig den Eindruck, dass einer ergebnisorientierten Einzelfallentscheidung eine irgendwie geartete Begründung nachgeschoben ist. Damit kann man sicherlich besser umgehen, wenn die Entscheidung tatsächlich nur einen Einzelfall betrifft oder wie im Fall Görgülü sogar einen extremen Sonderfall. Schwieriger wird es aber, wenn es – wie in den genannten drei Beispielen – um die Konventionswidrigkeit von Rechtsnormen geht.

Auch wenn in diesem Rahmen keine umfassende Analyse der Auslegungsmethoden des EGMR erbracht werden kann, soll anhand eines letzten Beispiels gezeigt werden, dass sich der EGMR an seine eigenen Vorgaben nur sehr begrenzt hält. Wie bereits erwähnt legt der EGMR die Garantien der Konvention unter Berücksichtigung der sich verändernden gesellschaftlichen Verhältnisse *evolutiv-dynamisch* aus. Die Anpassung der Konventionsgarantien an den gesellschaftlichen Wandel bedingt zwangsläufig eine rechtsgestalterische Tätigkeit des EGMR, wobei diese im Einklang mit den den nationalen Rechtsordnungen der Vertragsstaaten zugrundeliegenden Wertvorstellungen erfolgen muss.¹³⁵ Um diesen Spagat zu bewältigen, prüft der EGMR, ob sich zu der konkreten Rechtsfrage bereits ein *europäischer Standard* herausgebildet hat oder ob *einschlägige völkerrechtliche Übereinkommen* zu dieser Frage Stellung nehmen. Ist dies der Fall, so wird dies nicht nur bei der Auslegung der Reichweite der Garantien (Schutzbereich) berücksichtigt, vielmehr gilt auch die Formel,

¹³⁴ LUZIUS WILDHABER, Ein Überdenken des Zustands und der Zukunft des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, EuGRZ 2009, S. 541, 544.

¹³⁵ So SCHULZE (Anm. 9), S. 30.

dass der *nationale Beurteilungsspielraum* (*margin of appreciation*) in der betreffenden Rechtsfrage umso kleiner ist, je klarer sich ein bestimmter europäischer Standard abzeichnet oder konkrete Vorgaben in völkerrechtlichen Übereinkommen enthalten sind. Umgekehrt vergrößert sich der Beurteilungsspielraum, je weniger klar eine einheitliche Richtung in den Vertragsstaaten erkennbar ist.¹³⁶

Abgesehen davon, dass sich der EGMR nicht immer an seine eigenen Vorgaben hält, wird die eben beschriebene Formel durch die Rechtsprechung zum Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK überlagert, denn diese führt nicht selten dazu, dass nationale Sonderwege fortgeschrieben werden. Ich möchte dies im Folgenden anhand von drei, die *Stiefkindadoption* betreffenden Entscheidungen gegen die Schweiz, Frankreich und Österreich darlegen:

Im ersten Fall aus dem Jahr 2007 adoptierte ein Schweizer die volljährige pflegebedürftige Tochter seiner Lebensgefährtin. Für diesen Fall sieht Art. 267 Abs. 2 ZGB (ebenso wie das deutsche Adoptionsrecht in §§ 1741 Abs. 2, 1754 Abs. 2, 1755 BGB) das Erlöschen der verwandtschaftlichen Beziehung zur Mutter vor. Die Mutter erhob Individualbeschwerde und der EGMR stellte daraufhin fest, dass die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge, nämlich das Erlöschen der rechtlichen Verwandtschaft zwischen Mutter und Kind, Art. 8 Abs. 1 EMRK verletze.¹³⁷ Seine Entscheidung begründete er wie folgt: Der Gerichtshof „erkenn[e] an, dass die Logik dieser Konzeption der Adoption [...] der von der großen Mehrheit der Mitgliedsstaaten des Europarats vertretenen Auffassung entspricht.“ Es sei weiter „richtig, dass Art. 10 II des Europäischen Übereinkommens über die Adoption von Kindern klar vorschreibt, dass die Rechte und Pflichten der leiblichen Eltern eines Kindes mit dessen Adoption erlöschen.“ Allerdings solle „nach dem Entwurf einer Neufassung des Übereinkommens der nationale Gesetzgeber vorsehen können, dass der Ehegatte oder registrierte Partner des Adoptierenden seine Rechte und Pflichten gegenüber dem adoptierten Kind behält, wenn dieses sein leibliches Kind ist“.¹³⁸

Obwohl das neue *Adoptionsübereinkommen von 2008* den nationalen Gesetzgebern gerade keine verpflichtenden Vorgaben macht,¹³⁹ betrachtet der Gerichtshof dieses Übereinkommen „als ein Indiz für eine wachsende Anerkennung des Fortbestehens der Rechtsbeziehungen zwischen dem leiblichen Elternteil und seinem Kind

136 Zum Beurteilungsspielraum auch URSKA PREPELUH, Die Entwicklung der Margin of Appreciation-Doktrin im Hinblick auf die Pressefreiheit, ZaöRV 61 (2001), S. 771, 772 ff.; KRIEGER (Anm. 56), ZaöRV 2014, S. 204 ff., 208 f.; MAYER (Anm. 3), Einleitung, Rn. 60 ff.; CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, Ein Studienbuch, 5. Aufl. 2012, S. 131 ff. (§ 18, Rn. 20 ff.); GRABENWARTER (Anm. 19), EuGRZ 2011, S. 231; HELMS (Anm. 26), S. 64; FAHRENHORST (Anm. 13), S. 124 ff.

137 EGMR (13.12.2007 – 39051/03, Emonet u.a. ./ Schweiz) FamRZ 2008, S. 377 m. Anm. DIETER HENRICH. Zur Entscheidung auch FELIX SCHÖBI, Stiefkindadoption und Konkubinat, recht 2008, S. 99, 104 ff.

138 EGMR FamRZ 2008, S. 377, 378 f., Rn. 80, 84.

139 Zu Art. 7 des Europäischen Adoptionsübereinkommens von 2008 siehe unten Anm. 151.

auch in Fällen der hier in Rede stehenden Adoption“.¹⁴⁰ Da die Rechtslage in der Schweiz derjenigen in nahezu allen Vertragsstaaten sowie dem damals einschlägigen Europäischen Adoptionsübereinkommen entsprach und selbst dem bereits vorliegenden Entwurf des neuen Übereinkommens nicht widersprach, gab es einen der Entscheidung gerade entgegenstehenden europäischen Konsens, den der EGMR mit seiner Lösung vollständig ignorierte.¹⁴¹ Zu der dem europäischen Standard entsprechenden unterschiedlichen Behandlung verheirateter und nicht verheirateter Paare bei der Stiefkindadoption heißt es nur: „Zum Argument der Regierung, die Mutter und ihr Lebensgefährte hätten das gewünschte Ziel durch eine Heirat erreichen können, ist der Gerichtshof der Meinung, dass es nicht Sache der nationalen Behörden ist, den bet[eiligten] Personen Ratschläge zu erteilen, wie sie ihr Zusammenleben gestalten sollen.“¹⁴²

In der zweiten Entscheidung aus dem Jahr 2012 sah der EGMR in der Beschränkung der Stiefkindadoption auf Ehegatten im französischen Recht und in dem damit verbundenen Ausschluss registrierter gleichgeschlechtlicher Paare von dieser Möglichkeit keinen Verstoß gegen Art. 14 i.V.m. 8 EMRK. Eine mit einem verheirateten Paar vergleichbare Rechtslage liege nicht vor; stattdessen müsse die Lage der Beschwerdeführer im Vergleich mit heterosexuellen unverheirateten Paaren gesehen werden. Hier gebe es aber keine unterschiedliche Behandlung wegen der sexuellen Orientierung, weil nach französischem Recht verschieden- und gleichgeschlechtliche Paare eine registrierte Partnerschaft (*Pacte civil de solidarité*) eingehen könnten und alle registrierten Paare von einer Stiefkindadoption ausgeschlossen seien. Dem Argument der Beschwerdeführer, dass sie keine Ehe eingehen könnten, hält der EGMR entgegen, dass die Vertragsstaaten nicht verpflichtet seien, gleichgeschlechtlichen Paaren die Ehe zu ermöglichen, vielmehr genüge es, wenn den Paaren ein anderes Rechtsinstitut zur Anerkennung ihrer Paargemeinschaft zur Verfügung gestellt werde, wobei die Staaten bei der Ausgestaltung dieses Instituts einen gewissen Beurteilungsspielraum hätten.¹⁴³ Dabei ignoriert der Gerichtshof, dass homosexuelle Paare gegenüber heterosexuellen Paaren dadurch benachteiligt werden, dass letztere frei entscheiden können, ob sie eine Ehe mit sämtlichen Rechten und Pflichten eingehen oder eine

140 EGMR FamRZ 2008, S. 377, 379, Rn. 84.

141 So wenig überzeugend die Begründung der Entscheidung ist, so weitreichend könnten aber ihre Folgen sein – jedenfalls, wenn man die vom BVerfG anerkannte Orientierungswirkung der Entscheidungen des EGMR ernst nimmt. Zur Orientierungswirkung oben Anm. 19. Vgl. weiter zum konkreten Fall DIETER HENRICH, FamRZ 2008, S. 379 (Anm. zu EGMR FamRZ 2008, S. 377).

142 EGMR FamRZ 2008, S. 377, 378, Rn. 82.

143 EGMR (15.03.2012 – 25951/07, Gas u. Dubois ./). Frankreich) NJW 2013, S. 2171, 2172 f. Dass nach Auffassung des EGMR homosexuellen Paaren nicht die Möglichkeit, eine Ehe zu schließen, gewährt werden muss, hängt mit der Formulierung in Art. 12 EMRK zusammen, der von einer Eheschließung zwischen Mann und Frau spricht. Dazu auch CHRISTIAN MAIERHÖFER, Homosexualität, Ehe und Gleichheit: Ein Missverständnis im Dialog der Gerichte, Die Urteile des BVerfG und des EGMR vom 19. Februar 2013, EuGRZ 2013, S. 105, 111 f.

registrierte Partnerschaft mit weniger Rechten und Pflichten wählen, während gleichgeschlechtliche Paare diese Wahl nicht haben, so dass ihnen die Möglichkeit einer Stiefkindadoption in jedem Fall genommen ist.¹⁴⁴

Die dritte Entscheidung betrifft den Ausschluss einer Stiefkindadoption bei gleichgeschlechtlichen (nicht registrierten) Paaren in Österreich,¹⁴⁵ die zufälligerweise am selben Tag (19. Februar 2013) wie die Entscheidung des BVerfG zum Verbot der sog. Sukzessivadoption in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft erging.¹⁴⁶ Das österreichische Kindschaftsrecht ermöglicht auch die Stiefkindadoption in nichtehelichen Lebensgemeinschaften, denn eine Einzeladoption durch eine unverheiratete Person (§ 179 Abs. 1 ABGB a.F. = § 191 Abs. 1 ABGB) führt nur zum Erlöschen der rechtlichen Beziehungen zu einem Elternteil: In Anlehnung an die Lebensumstände einer „natürlichen“ Familie beendete die Einzeladoption durch einen Mann nur die rechtliche Beziehung zum leiblichen Vater und die Einzeladoption durch eine Frau diejenige zur leiblichen Mutter (§ 182 Abs. 2 S. 2 ABGB a.F.) – mit der Folge, dass gleichgeschlechtliche Paare von dieser Option ausgeschlossen waren. Während der EGMR keine Verletzung von Art. 14 i.V.m. 8 EMRK im Vergleich zur Rechtslage bei Ehegatten, denen auch in Österreich die Stiefkindadoption erlaubt ist, annahm,¹⁴⁷ bejahte er einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot im Verhältnis zur Rechtslage bei unverheirateten heterosexuellen Paaren.¹⁴⁸

Interessant sind aber auch hier die Aussagen des EGMR zum Europäischen Übereinkommen über die Adoption von Kindern von 2008, das in dem einschlägigen Art. 7 Abs. 2 den Vertragsstaaten völlige Freiheit in dieser Frage lässt: Nach Ansicht des EGMR könnten die Wertungen dieses Übereinkommens nicht herangezogen werden,

144 Insgesamt legen die Entscheidungsgründe nahe, dass der Unterschied zum erstgenannten Fall vor allem darin lag, dass das Schweizer Paar die Stiefkindadoption bereits vollzogen und damit Fakten im Hinblick auf das Erlöschen des Rechtsverhältnisses zum leiblichen Elternteil geschaffen hatte, so dass es um eine bestehende Beeinträchtigung des Familienlebens ging, während es bei dem lesbischen Paar aus Frankreich, das für eine Stiefkindadoption des mittels künstlicher Befruchtung in die Partnerschaft hineingeborenen Kindes kämpfte, nur um die Verwehrung einer rechtlichen Gestaltungsmöglichkeit ging und Art. 8 EMRK nach der Rechtsprechung des EGMR keinen Anspruch auf Adoption begründet, EGMR (22.01.2008 – 43546/02, E. B. ./, Frankreich) NJW 2009, S. 3637, 3638.

145 EGMR (19.02.2013 – 19010/07, X u.a. ./, Österreich) NJW 2013, S. 2173.

146 BVerfG NJW 2013, S. 847; dazu INGE KROPFENBERG, Unvereinbarkeit des Verbots der sukzessiven Stiefkindadoption durch eingetragene Lebenspartner mit dem Grundgesetz, NJW 2013, S. 2161. Beide Gerichte kamen zum Ergebnis, dass der gesetzlich vorgesehene Ausschluss der Adoption den allgemeinen Gleichheitssatz bzw. das Diskriminierungsverbot verletzte, wobei das BVerfG die Situation bei der Sukzessivadoption mit der Rechtslage bei Ehegatten sowie mit der Rechtslage bei der Adoption des leiblichen Stiefkinds innerhalb einer eingetragenen Lebenspartnerschaft verglich. Vgl. zu beiden Entscheidungen auch MAIERHÖFER (Anm. 143), EuGRZ 2013, S. 105 ff.; HANS-ULRICH MAURER, Zum Recht gleichgeschlechtlicher Partner auf Adoption, FamRZ 2013, S. 752 ff.

147 Dazu auch MAIERHÖFER (Anm. 143), EuGRZ 2013, S. 110.

148 EGMR NJW 2013, S. 2173, 2179, Rn. 153. Kritisch zu dieser Entscheidung (insbesondere zur fehlenden Berücksichtigung des Kindeswohls) BEATRIX KRAUSKOPF-MAYERHÖFER, (K)ein Recht auf Adoption?, Eine Analyse der Judikatur des EGMR, iFamZ 2014, S. 156, 162 ff.

weil es von Österreich noch nicht ratifiziert sei und angesichts der bislang geringen Zahl von Ratifizierungen auch zweifelhaft sei, ob das Übereinkommen überhaupt eine gemeinsame Haltung der europäischen Staaten wiedergebe.¹⁴⁹ Richtig ist, dass Art. 7 des revidierten Europäischen Übereinkommens über die Adoption von Kindern höchst umstritten war: Die Parlamentarische Versammlung des Europarats hatte Ende 2007 empfohlen, die Adoption durch nichteheliche Lebensgefährten derjenigen durch Ehegatten gleichzustellen, was das Ministerkomitee des Europarates jedoch abgelehnt hatte.¹⁵⁰ Das 2008 verabschiedete Adoptionsübereinkommen stellt daher den Staaten ausdrücklich frei, ob sie die Adoption auf registrierte Partnerschaften und nichteheliche Lebensgemeinschaften erstrecken wollen.¹⁵¹ Da es – wie auch der Gerichtshof einräumt – in dieser Frage jedoch gerade keinen europäischen Konsens gibt, hätte man erwarten dürfen, dass der nationale Beurteilungsspielraum eher weit

149 EGMR NJW 2013, S. 2173, 2179, Rn. 149 f.: „Schließlich, und um auf den Vortrag der Regierung zu erwidern, dass es keinen europäischen Konsens gibt, ist zu berücksichtigen, dass die vom Gerichtshof zu entscheidende Frage nicht ist, ob gleichgeschlechtliche Paare allgemein die Möglichkeit einer Stiefkindadoption haben sollen, sondern die unterschiedliche Behandlung von unverheirateten verschiedengeschlechtlichen und gleichgeschlechtlichen Paaren wegen dieser Form der Adoption [...]. Deswegen können nur die zehn Mitgliedsstaaten des Europarats für einen Vergleich herangezogen werden, welche die Stiefkindadoption unverheirateten Paaren erlauben. Von diesen behandeln sechs Staaten verschiedengeschlechtliche und gleichgeschlechtliche Paare gleich, während vier dieselbe Regelung haben wie Österreich. Diese Vergleichsgrundlage ist so begrenzt, dass daraus kein Schluss über einen Konsens zwischen den Mitgliedsstaaten des Europarats gezogen werden kann. Das gilt auch für das Europäische Übereinkommen über die Adoption von Kindern von 2008. Es ist von Österreich nicht ratifiziert worden. Außerdem ist angesichts der geringen Zahl von Ratifikationen zweifelhaft, ob das Übereinkommen eine gemeinsame Haltung der Europaratsstaaten wiedergibt.“ Davor (Rn. 148) heißt es: „Wie weit der den Staaten zustehende Ermessensspielraum bei Art. 8 EMRK ist, auf den sich die Regierung beruft, hängt von einer Reihe von Umständen ab. Wenn es sich um einen besonders wichtigen Aspekt der Existenz oder der Identität einer Person handelt, ist er grundsätzlich eng. Wenn es keinen Konsens unter den Mitgliedsstaaten des Europarats über die Bedeutung des betroffenen Interesses gibt oder die beste Art und Weise, es zu schützen, insbesondere in Fällen heikler moralischer oder ethischer Fragen, ist der Spielraum weiter [...]“. In der englischen Fassung wird noch darauf hingewiesen, dass Art. 7 Abs. 2 des Adoptionsübereinkommens jedenfalls so zu verstehen sei, dass die Staaten nicht frei seien, gleichgeschlechtliche und verschiedengeschlechtliche Paare in stabiler Partnerschaft unterschiedlich zu behandeln.

150 Dazu SCHÖBI (Anm. 137), recht 2008, S. 105; HENRICH (Anm. 31), S. 307 f.

151 European Convention on the Adoption of Children (Revised) vom 27.11.2008, Art. 7 Conditions for adoption: „1. The law shall permit a child to be adopted: a) by two persons of different sex (1) who are married to each other, or (2) where such an institution exists, have entered into a registered partnership together; b) by one person. 2. States are free to extend the scope of this Convention to same-sex couples who are married to each other or who have entered into a registered partnership together. They are also free to extend the scope of this Convention to different-sex couples and same-sex couples who are living together in a stable relationship.“ Art. 7 des Übereinkommens wird durch Art. 11 Abs. 2 ergänzt, wonach der Ehegatte oder der Partner des Annehmenden seine Rechte und Pflichten gegenüber dem Adoptivkind behält, wenn dieses sein Kind ist. Das Übereinkommen haben im November 2014 siebzehn Staaten gezeichnet, wobei davon sieben das Übereinkommen auch ratifiziert haben.

ausfällt, wobei dies offenbar auch die Meinung einer relativ großen Minderheit der an der Entscheidung beteiligten Richter war, denn diese erging mit 10 zu 7 Stimmen. Der österreichische Gesetzgeber hat zur Vermeidung weiterer Verurteilungen innerhalb von sechs Monaten die Konventionswidrigkeit durch Einführung der Stiefkindadoption für gleichgeschlechtliche (registrierte und nichtregistrierte) Paare beseitigt (§ 197 Abs. 4 ABGB; die Sukzessivadoption und die gemeinsame Fremdkindadoption sind jedoch weiterhin Ehegatten vorbehalten).¹⁵²

Waren diese drei Entscheidungen des EGMR zur Stiefkindadoption vorhersehbar? Und auf welche Weise sollten sie Orientierungswirkung für andere Staaten entfalten? Wäre es nicht vielmehr Aufgabe des EGMR, am Kindeswohl ausgerichtete Mindeststandards zu entwickeln und anhand dieser den nationalen Gesetzgebern einen Orientierungsrahmen vorzugeben? So stellen sich im Zusammenhang mit der Stiefkindadoption Grundsatzfragen, zu denen sich der EGMR durchaus hätte positionieren können, weil die Beziehung zwischen Kind und Stiefelternteil unter den Schutz des Art. 8 EMRK fällt, wenn eine enge persönliche Bindung zwischen beiden besteht. Des Weiteren hat der Gerichtshof mehrfach betont, dass *de-facto*-Familien rechtlich anzuerkennen sind.¹⁵³ Daran anknüpfend wäre die Frage zu beantworten, unter welchen Voraussetzungen die Vertragsstaaten eine von allen Beteiligten gewünschte und dem Kindeswohl dienende Verrechtlichung einer bereits vorhandenen sozial-familiären Beziehung zwischen Kind und Stiefelternteil verhindern dürfen und welche Bedeutung in diesem Zusammenhang dem Status der Eltern oder deren sexueller Orientierung zuzumessen ist.¹⁵⁴

152 Im Ministerialentwurf zum Adoptionsrechts-Änderungsgesetz 2013 (528/ME) heißt es unter „Ziele“: „Keine weitere Verurteilung Österreichs durch den EGMR im Hinblick auf die Möglichkeiten der Stiefkindadoption für gleichgeschlechtliche Paare.“ Die Änderung erfolgte mit dem 179. Bundesgesetz, mit dem das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz geändert werden (Adoptionsrechts-Änderungsgesetz 2013) vom 06.08.2013 (die Änderungen traten zum 01.08.2013 in Kraft).

153 EGMR (12.07.2001 – 25702/94, K. u. T. ./ Finland) NJW 2003, S. 809, 810 (Rn. 150); EGMR (28.06.2007 – 76240/01, Wagner und J. M. W. L. ./ Luxemburg) FamRZ 2007, S. 1529, 1530 m. Anm. DIETER HENRICH; im Zusammenhang mit einer Stiefkindadoption: EGMR (13.12.2007 – 39051/03, Emonet u.a. ./ Schweiz) FamRZ 2008, S. 377, 378; EGMR (09.02.2013 – 19010/07, X u.a. ./ Österreich) NJW 2013, S. 2173, 2179, Rn. 145: „Im Gegensatz zur Einzeladoption oder gemeinsamen Adoption, die normalerweise eine Beziehung zu einem Kind herstellen sollen, das mit dem Annehmenden nicht verwandt ist, überträgt die Stiefkindadoption Rechte wegen des Kindes auf den Partner eines Elternteils. Der *Gerichtshof* hat wiederholt betont, dass es wichtig ist, *de-facto*-Familienleben rechtlich anzuerkennen.“

154 Warum sollte etwa bei Kindern ohne zweiten leiblichen Elternteil (also bei Kindern aus einer Samenspende oder bei Kindern, bei denen der zweite Elternteil unbekannt oder verstorben ist) der Status der Eltern oder deren sexuelle Orientierung überhaupt eine Rolle für die Stiefkindadoption spielen, wenn es nur um die Verrechtlichung einer bestehenden sozial-familiären Beziehung geht?

IV Fazit und Ausblick

Sämtliche der hier vorgestellten und durch den EGMR veranlassten Reformen stehen mit dem Grundgesetz in Einklang; die Frage, ob nationale Organe ausnahmsweise die Rechtsprechung des EGMR nicht hätten beachten sollen, weil „nur auf diese Weise ein Verstoß gegen tragende Grundsätze der Verfassung abzuwenden ist“,¹⁵⁵ ist somit klar zu verneinen. Im Gegenteil ist anzuerkennen, dass wir dem EGMR auch längst überfällige Reformen im deutschen Nichtehelichenrecht verdanken. Zudem hat der EGMR im Hinblick auf die verfahrensrechtliche Beschleunigung in Kindschaftssachen wichtige Impulse gesetzt. Dennoch ist nicht zu verkennen, dass das deutsche Recht mit den meist eng an die Vorgaben des EGMR angelehnten Reformen einen *case-law-Touch* erhält, und auch die „Kommerzialisierung“ von Grundrechten (durch die Gewährung von teilweise hohen Entschädigungen) hat einen anglo-amerikanischen Beigeschmack, an den man sich erst noch gewöhnen muss.¹⁵⁶

Vor allem ist aber kritisch zu vermerken, dass es sich bei der Rechtsprechung des EGMR häufig um *ergebnisorientiertes Fallrecht* handelt, das nicht durch eine „belastbare“ Rechtsdogmatik unterfüttert ist, kaum vorhersehbar ist¹⁵⁷ und (wie die Entscheidung zum Erbrecht nichtehelicher Kinder zeigt) erhebliche Rechtsunsicherheiten erzeugen kann. Vor einigen Jahren hat ein französischer Autor die Vorgehensweise des EGMR sogar als „*méthode tyrannique*“ bezeichnet, weil die Entscheidungen nicht vorhersehbar, zufällig und launenhaft („*capricieuse*“) ausfielen und damit zentrale Merkmale wie die Gewährleistung von Rechtssicherheit missachteten.¹⁵⁸ Auch ein *case law* kann systematisch sein, d.h. mit einer Summe sachlich begründeter Entscheidungen das Recht so rahmen und fortentwickeln, dass ein System erkennbar ist.¹⁵⁹ Dass dem EGMR dies nur begrenzt gelingt, dürfte auch damit zusammenhängen, dass sich die Rechtsprechung nicht auf *eine* Rechtsordnung, sondern auf die Rechte von 47 Staaten bezieht. So erscheint es nahezu ausgeschlossen, dass die Richter des EGMR sämtliche Rechtsgebiete der 47 Vertragsstaaten und deren politische und soziale Rahmenbedingungen so durchdringen, dass sie auf diesem Fundament ein eigenes System aufbauen könnten. Dies gilt umso mehr, wenn es um hochkomplexe Rechtsgebiete wie etwa das deutsche Familienrecht geht. Denn dessen

¹⁵⁵ BVerfGE 111, S. 307, 319.

¹⁵⁶ Kritisch dazu auch SCHÖBI (Anm. 137), recht 2008, S. 107.

¹⁵⁷ REBHAIN (Anm. 6), AcP 210 (2010), S. 493; und weiter (S. 551 f.): „Im Spannungsfeld von (Einzel-) Fallrecht und systematischem Rechtsdenken steht der EGMR (m.E. leider) auf der Seite des (Einzel-) Fallrechts. [...] Man kann immer weniger vorhersehen, wie das/ein Gericht entscheiden wird.“

¹⁵⁸ BERNARD EDELMAN, *La Cour européenne des droits de l'homme: une juridiction tyrannique?*, Recueil Dalloz 2008, S. 1946. Dazu auch HENRICH (Anm. 31), S. 309.

¹⁵⁹ Auch REBHAIN (Anm. 6), AcP 210 (2010), S. 552 (Fn. 330) weist darauf hin, dass „ein Case-law System [...] systematisch orientiert sein [kann]. Voraussetzung dafür ist allerdings unter anderem, dass Gerichte klare Begründungen geben und sich an *precedent rulings* orientieren (diese also auch herauszuarbeiten versuchen)“.

Dogmatik ist durch ein über Jahrzehnte gewachsenes Geflecht von Gesetzgebung und Richterrecht sowie durch ein Zusammenspiel mit anderen Materien wie dem Erbrecht, aber auch öffentlich-rechtlichen Materien wie dem Kinder- und Jugendhilferecht und dem Familiensozialrecht geprägt.

Ob sich die hier für das deutsche Familien- und Erbrecht erbrachte Analyse auch auf andere Rechtsgebiete und andere Staaten übertragen lässt, muss offen bleiben. Festhalten lässt sich aber, dass die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK (i.V.m. 14 EMRK) eher Rätsel auf- als Orientierung vorgibt. Sollte man etwa den Stiefkind-Entscheidungen des EGMR entnehmen, dass der Ausschluss einer Stiefkindadoption in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft bei konventionskonformer Auslegung des Grundgesetzes gegen Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG verstößt? Man könnte die Entscheidung des EGMR gegen die Schweiz dahingehend interpretieren, dass eheliche und nichteheliche Stieffamilien bei der Stiefkindadoption gleichzubehandeln sind, zumal aufgrund der Rechtslage in elf Vertragsstaaten, die eine Stiefkindadoption in nichtehelichen Lebensgemeinschaften zulassen, auch schon ein entsprechender europäischer Trend erkennbar ist. Sicher prognostizierbar ist aber eine solche Linie des EGMR nicht.

Des Weiteren ist festzuhalten, dass die für Deutschland geltende dualistische Konzeption zweier unterschiedlicher, nicht immer deckungsgleicher Rechtskreise des Völkerrechts einerseits und des nationalen Rechts andererseits notwendigerweise dazu führt, dass bestehende Diskrepanzen aufgelöst werden müssen. Dies könnte und sollte – wie das BVerfG vor einigen Jahren formulierte – im Dialog geschehen;¹⁶⁰ derzeit werden die Diskrepanzen aber eher im Nachgang zu den Entscheidungen des EGMR durch konfliktvermeidende Strategien des BVerfG¹⁶¹ und des deutschen Gesetzgebers beseitigt.¹⁶² Dieses Vorgehen erzeugt den Schein eines Gleichlaufs nationaler und supranationaler Interessen, verdeckt aber gleichzeitig die Ursachen der Divergenzen, die nicht nur in der Methodik der Rechtsprechung des EGMR liegen, sondern auch darin, dass sich der Gerichtshof nicht mehr auf seine originäre Aufgabe, die Sicherung von (materiellen) Mindestanforderungen der Menschenrechtsgewährleistungen, beschränkt:

160 BVerfGE 128, S. 326, 369; FERDINAND KIRCHHOF, Grundrechtsschutz durch europäische und nationale Gerichte, NJW 2011, S. 3681, 3682 f.

161 Dies als „Bereitschaft des Aufeinanderzugehens“ zu bezeichnen, zeichnet ein geschöntes Bild der Realität; so aber HOHMANN-DENNHARDT (Anm. 98), FF 2011, S. 182 im Zusammenhang mit dem Fall Zaunegger.

162 Kritisch dazu LÖHNIG/PREISNER (Anm. 56), FamRZ 2012, S. 492 ff.; HILLGRUBER (Anm. 22), JZ 2011, S. 871. Zudem fehlen Foren, in denen sich – wie dies im deutschen Familienrecht der Fall ist – Vertreter der verantwortlichen Ministerien, der Rechtspraxis und der Rechtswissenschaft, aber auch Richter des BVerfG regelmäßig austauschen und damit im Vorfeld von Reformen zu deren Ausgestaltung und nach Inkrafttreten zu deren Akzeptanz beitragen. Kritisch dazu REBHAIN (Anm. 6), AcP 210 (2010), S. 553.

(1) So hat der EGMR bislang kein befriedigendes Konzept zur *Konfliktlösung in Dreieckskonstellationen* entwickelt, wie sie typischerweise (aber nicht nur) in Kindersachssachen vorliegen. Dabei könnte er auf Lösungen aus den Vertragsstaaten zurückgreifen, wie Grundrechte in mehrpoligen Rechtsverhältnissen, bei denen die Gewährleistung von Rechten in einem Verhältnis häufig die Einschränkung von Rechten in einem anderen nach sich zieht, interessengerecht gewährleistet werden können.¹⁶³

(2) Ein zweites methodisches Problem liegt darin, dass die strikte Anwendung des Diskriminierungsverbots und die Vergleichsgruppenbildung bezogen auf die Rechtsordnung nur eines Staates dazu führen, dass nationale Sonderwege fortgeschrieben werden. Dabei unterbleiben nicht nur Aussagen zur materiellen Schutzgewährleistung der einzelnen Menschenrechte,¹⁶⁴ vielmehr besteht auch die Gefahr, dass trotz ähnlicher Lebenssachverhalte die Gleichheits-Rechtsprechung des EGMR zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen führt (wie am Beispiel der Entscheidungen zur Stiefkindadoption gezeigt werden konnte).¹⁶⁵ Eine Orientierungswirkung können die

163 Zu nennen ist etwa das vom BVerfG angewandte Prinzip der praktischen Konkordanz. Der Begriff stammt von KONRAD HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, S. 142 f. (Rn. 317 ff.); aus der st. Rspr. des BVerfG vgl. etwa BVerfGE 41, S. 29, 51; BVerfGE 77, S. 240, 255; BVerfGE 83, S. 130, 143. Vgl. weiter die von GERTRUDE LÜBBE-WOLFF, Der Grundrechtsschutz nach der Europäischen Menschenrechtskonvention bei kollidierenden Individualrechten – Plädoyer für eine Korridor-Lösung, in: Martin Hochhuth (Hrsg.), Nachdenken über Staat und Recht, Kolloquium zum 60. Geburtstag von Dietrich Murswiek, 2010, S. 193 ff. vorgeschlagene Lösung, die auch schon bei HOFFMANN-RIEM (Anm. 15), EuGRZ 2006, S. 497 anklingt.

164 EGMR (09.02.2013 – 19010/07, X u.a. ./ Österreich) NJW 2013, S. 2173, 2178, Rn. 134: „Der vorliegende Fall kann zwar vor dem Hintergrund der grundsätzlichen Diskussion über Elternrechte von gleichgeschlechtlichen Paaren gesehen werden. Der Gerichtshof muss aber nicht über die Stiefkindadoption bei einem gleichgeschlechtlichen Paar entscheiden, und schon gar nicht über die Adoption bei gleichgeschlechtlichen Paaren im Allgemeinen. Er muss vielmehr über die eng umrissene Frage der behaupteten Diskriminierung zwischen unverheirateten verschiedengeschlechtlichen Paaren und gleichgeschlechtlichen Paaren bei der Stiefkindadoption entscheiden.“ Vgl. auch EGMR (07.11.2013 – 29381/09, 32684/09, Vallianatos u.a. ./ Griechenland) FamRZ 2014, S. 189. Kritik üben auch KATHARINA WEILERT, Heterologe In-vitro-Fertilisation als europäisches Menschenrecht?, MedR 2012, S. 355, 356 ff. (vor allem S. 358) und FERDINAND WOLLENSCHLÄGER, Das Verbot der heterologen In-vitro-Fertilisation und der Eizellspende auf dem Prüfstand der EMRK, MedR 2011, S. 21, 24 f.

165 Zudem kann eine von materiellen Schutzgewährleistungen weitgehend abgekoppelte Gleichheits-Rechtsprechung auch dazu führen, dass radikale Lösungen gegenüber vermittelnden bevorzugt werden. Dies zeigt sich etwa bei einem Vergleich der Entscheidungen EGMR (15.03.2012 – 25951/07, Gas u. Dubois ./ Frankreich) und EGMR (19.02.2013 – 19010/07, X u.a. ./ Österreich). Zur dieser Problematik vgl. auch im Zusammenhang mit der Rauchverbotsentscheidung des BVerfG (BVerfGE 121, S. 317, in der ein striktes Rauchverbot für zulässig erachtet, während ein gewisse Ausnahmen verfolgendes Konzept als verfassungswidrig eingestuft wurde) die Sondervoten von BRYDE (S. 378 ff.) und MASING (S. 381 ff.) sowie aus der Literatur MATTHIAS BÄCKER, Anmerkung zum Urteil des BVerfG in Sachen Rauchverbot, DVBl. 2008, S. 1180, 1182 ff. Kritisch zur „gleichheitsrechtliche[n] Hintertür“ auch MAIERHÖFER (Anm. 143), EuGRZ 2013, S. 112.

EGMR-Entscheidungen aber nur dann sinnvoll entfalten, wenn die Rechtsprechung in sich kohärent ist.¹⁶⁶

(3) Des Weiteren wirken nicht wenige Entscheidungen des EGMR entgegen den Beteuerungen des Gerichtshofs, nur den Einzelfall zu entscheiden und nicht abstrakt Normen des nationalen Rechts zu prüfen, weit über den konkreten Fall hinaus oder beinhalten sogar die Feststellung der Konventionswidrigkeit einzelner Rechtsnormen. Die Bundesrepublik Deutschland nimmt insoweit das Prinzip einer „weitgehende[n] Völkerrechtsfreundlichkeit“¹⁶⁷ ernst und passt im Anschluss an die Feststellung der Konventionswidrigkeit einzelner Normen die innerstaatliche Rechtslage entsprechend den Vorgaben des EGMR zeitnah an.¹⁶⁸ Dass die Vorgaben der EMRK nicht bereits deutlich früher, d.h. im Rahmen der Gesetzgebungsverfahren, Berücksichtigung finden, dürfte auch daran liegen, dass Inhalt und Umfang einzelner Konventionsrechte nicht klar erkennbar sind (woran nicht selten auch eine die Rechtsprechung des EGMR einbeziehende Auslegung des nationalen Rechts scheitert). Klarheit und Konsistenz der Rechtsprechung wären aber zwingende Voraussetzungen dafür, den nationalen Gesetzgeber in die Lage zu versetzen, Reformvorhaben systematisch daraufhin abzugleichen, ob sie mit den Garantien der EMRK vereinbar sind.¹⁶⁹

(4) Vor allem besteht aber aufgrund der immer stärker in die nationalen Beurteilungsspielräume eingreifenden Rechtsprechung des EGMR die Gefahr einer Aushöhlung des Demokratieprinzips, weil mit den meist eng an die Vorgaben des EGMR angelehnten Reformen letztlich dessen Judikatur zur nationalen Rechtsquelle umgeformt wird und der EGMR an die Stelle des demokratisch legitimierten Gesetzgebers tritt.¹⁷⁰ Zwei Effekte verstärken diese Entwicklung, nämlich zum einen die Einschränkung des nationalen Beurteilungsspielraums unter Hinweis auf einen europäischen Trend und zum anderen die Orientierungswirkung der Entscheidungen für andere

166 Massive Kritik an der Rechtsprechung des EGMR übt daher ANTJE VON UNGERN-STERNBERG, Die Konsensmethode des EGMR, Eine kritische Bewertung mit Blick auf das völkerrechtliche Konsens- und das innerstaatliche Demokratieprinzip, Archiv des Völkerrechts 51 (2013), S. 312, 329 ff., 337.

167 BVerfGE 111, S. 307, 319.

168 Zwischen der Entscheidung des EGMR im Fall Brauer (Mai 2009) und dem Zweiten Erbrechtsgleichstellungsgesetz (April 2011) lagen nicht ganz zwei Jahre. Im Fall Zaunegger (Entscheidung des EGMR im Dezember 2009) wurde durch die Übergangsregelung des BVerfG vom Juli 2010 nach sieben Monaten eine konventionsgemäße Rechtslage hergestellt. Bei der Umsetzung der Entscheidung im Fall Anayo (Dezember 2010) ließ sich der Gesetzgeber hingegen 2 ½ Jahre (bis Juli 2013) Zeit.

169 Anderenfalls wird der Gesetzgeber in die Rolle, erst im Anschluss an die Feststellung einer Konventionsverletzung zu agieren, geradezu hineingedrängt.

170 So auch REBHAIN (Anm. 6), AcP 210 (2010), S. 491. REBHAIN (S. 539) sieht diese Verschiebung der Kompetenzen vom nationalen Gesetzgeber zum europäischen Richter kritisch: Sie entziehe in „Einzelfragen die wesentliche Wertung dem demokratischen politischen Prozess, auch wenn die Vorgaben von Parlamenten gebilligt“ würden, und führe zu einer „Entlastung der Parlamente von Verantwortung, aber auch zu deren Machtverlust“. Kritik üben auch VON UNGERN-STERNBERG (Anm. 166), Archiv des Völkerrechts 51 (2013), S. 321 f., 323 ff.; LÖHNIG/PREISNER (Anm. 56), FamRZ 2012, S. 494 f. Vgl. weiter KRIEGER (Anm. 56), ZaöRV 2014, S. 187 ff., 209 ff.; FAHRENHORST (Anm. 13), S. 151 ff.

Staaten, die – wenn sie ernst genommen wird – den Trend weiter verstärken. Gerade im Bereich des Familienrechts sollte aber die Grundsatzfrage, ob die kulturelle Vielfalt in den europäischen Familienrechten einer zunehmenden Vereinheitlichung geopfert werden soll, politisch entschieden werden.¹⁷¹

171 Allerdings ist ein politisches Signal bereits darin zu sehen, dass die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union gerade keine Kompetenz zur Angleichung im Familienrecht zugewiesen haben und selbst Maßnahmen zur Harmonisierung des internationalen Familienrechts unter den Vorbehalt eines einstimmigen Beschlusses des Rates gestellt haben (Art. 81 Abs. 3 AEUV). Dazu HENRICH (Anm. 31), S. 309 f.; CHRISTIAN KOHLER, Zur Gestaltung des europäischen Kollisionsrechts für Ehesachen: Der steinige Weg zu einheitlichen Vorschriften über das anwendbare Recht für Scheidung und Trennung, FamRZ 2008, S. 1673, 1680. Kritisch auch bezogen auf die Rechtsprechung des EGMR zur Fortpflanzungsmedizin WEILERT (Anm. 164), MedR 2012, S. 356 ff.

Anhang: Konventionsverletzungen Deutschlands in den im Text behandelten Fällen

1. Erbrecht nichtehelicher Kinder (Stichtagsregelung)

BRAUER 3545/04	28.05.2009	Art. 14 i.V.m. 8 EMRK Entschädigung i.H.v. 115.000 Euro
-------------------	------------	--

2. Elterliche Sorge des Vaters eines nichtehelichen Kindes

SUDE 38102/04	07.12.2010	Art. 14 i.V.m. 8 EMRK (Übertragung der Sorge auf den Vater) Entschädigung i.H.v. 8.000 Euro ¹
DÖRING 40014/05	08.07.2010	Art. 6 Abs. 1 EMRK (Verfahrensdauer) Entschädigung i.H.v. 4.000 Euro
ZAUNEGGER 22028/04	03.12.2009	Art. 14 i.V.m. 8 EMRK (Beteiligung des Vaters an der Sorge) keine Entschädigung

3. Umgangsrecht des nur leiblichen Vaters

SCHNEIDER 17080/07	15.09.2011	Art. 8 Abs. 1 EMRK Entschädigung i.H.v. 5.000 Euro
ANAYO 20578/07	21.12.2010	Art. 8 Abs. 1 EMRK Entschädigung i.H.v. 5.000 Euro
LÜCK 58364/00	15.05.2008	Art. 6 Abs. 1 EMRK (Verfahrensdauer) Entschädigung i.H.v. 10.800 Euro ²

4. Umgang des Vaters mit seinem nichtehelichen Kind

KUPPINGER 41599/09	21.04.2011	Art. 6 Abs. 1; Art. 13 EMRK (Verfahrensdauer; fehlender effektiver Rechtsbehelf) Entschädigung i.H.v. 5.200 Euro
TSIKAKIS 1521/06	10.02.2011	Art. 6 Abs. 1; Art. 8 Abs. 1 EMRK (Verfahrensdauer; Umgangausschluss) Entschädigung i.H.v. 7.000 Euro
AFFLERBACH 39444/08	24.06.2010	Art. 6 Abs. 1; Art. 13 EMRK (Verfahrensdauer; fehlender effektiver Rechtsbehelf) Entschädigung i.H.v. 7.000 Euro

¹ Die Bundesregierung hat die Verletzung durch einseitige Erklärung anerkannt.

² Die Bundesregierung hat die Verletzung durch einseitige Erklärung anerkannt; die Verletzung hinsichtlich Art. 8 Abs. 1 EMRK wurde durch Urteil des BVerfG beendet.

ADAM 44036/02	04.12.2008	Art. 6 Abs. 1 EMRK (Verfahrensdauer) Entschädigung i.H.v. 4.500 Euro
SKUGOR 76680/01	10.05.2007	Art. 6 Abs. 1 EMRK (Verfahrensdauer) Entschädigung i.H.v. 1.000 Euro
[SIEBERT 59008/00	23.03.2006	Art. 6 Abs. 1 EMRK (Verfahrensdauer)] ³
NIEDERBÖSTER 39547/98	27.02.2003	Art. 6 Abs. 1 EMRK (Verfahrensdauer) keine Entschädigung
SOMMERFELD 31871/96	11.10.2001; 08.07.2003	Art. 14 i.V.m. 8 EMRK (Umgang nach § 1711 BGB a.F.) Entschädigung i.H.v. 20.000 Euro
SAHIN 30943/96	11.10.2001; 08.07.2003	Art. 14 i.V.m. 8 EMRK (Umgang nach § 1711 BGB a.F.) Entschädigung i.H.v. 20.000 Euro
HOFFMANN 34045/96	11.10.2001	Art. 6 Abs. 1; Art. 14 i.V.m. 8 EMRK (Umgang nach § 1711 BGB a.F.) Entschädigung i.H.v. 25.000 DM
ELSHOLZ 25735/94	13.07.2000	Art. 6 Abs. 1; Art. 8 Abs. 1; Art. 14 i.V.m. 8 EMRK (Umgang nach § 1711 BGB a.F.) Entschädigung i.H.v. 35.000 DM

5. Elternrechte bei Fremdunterbringung der Kinder

B.B. und F.B. 18734/09; 9424/11	14.03.2013	Art. 8 Abs. 1 EMRK (Sorgerechtsentzug) Entschädigung i.H.v. 50.000 Euro
NANNING 39741/02	12.07.2007	Art. 6 Abs. 1; Art. 8 Abs. 1 EMRK (Verfahrensdauer; Ausschluss des Umgangs) Entschädigung i.H.v. 8.000 Euro
HAASE 11057/02	08.04.2004	Art. 8 Abs. 1 EMRK (Sorgerechtsentzug) Entschädigung i.H.v. 45.000 Euro
GÖRGÜLÜ 74969/01	26.02.2004	Art. 8 Abs. 1 EMRK (Nichterteilung der Sorge; Ausschluss des Umgangs) Entschädigung i.H.v. 15.000 Euro
KUTZNER 46544/99	26.02.2002	Art. 8 Abs. 1 EMRK (Sorgerechtsentzug; eingeschränkter Umgang) Entschädigung i.H.v. 15.000 Euro

³ Vergleich *ohne* Anerkennung einer Verletzung; Entschädigung i.H.v. 9.000 Euro.

Diskussion zum Vortrag von Eva Schumann

Leitung: EBERHARD EICHENHOFER

EICHENHOFER:

Sehr verehrte Frau Schumann, herzlichen Dank für diesen sehr klaren und tiefgehenden Vortrag, der uns nicht allein in das Familienrecht hineingeführt hat, sondern auch die Bedeutung internationaler Gerichte sehr plastisch und drastisch vor Augen geführt hat. Die Zeit ist weit vorangeschritten; ich bitte um Konzentration. Herr Stürner, Herr Paulus, Herr Oestmann, Herr Grabenwarter.

STÜRNER:

Frau Schumann, ganz herzlichen Dank für dieses beeindruckende Referat. Sie haben ja durchaus kritisch die Rechtsprechung des EGMR beleuchtet, aber auf der anderen Seite auch gesagt, dass sie wesentliche Impulse für das deutsche Recht gegeben hat. Daran will ich anknüpfen. Sie haben betont, dass die Umsetzung dieser Vorgaben meist durch den Gesetzgeber oder durch das BVerfG erfolgt. Meine Frage geht dahin, inwieweit die einfachen Gerichte hier ins Spiel kommen können, Stichwort „konventionskonforme Auslegung“. Im Fall Zaunegger hatten wir diese lange Zeit zwischen dem Erlass des Urteils 2009 und der Gesetzesänderung 2013, in der letztlich nur die Übergangsregelung des BVerfG geholfen hat. Ist es möglich – und da würde ich gerne eine Parallele zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung im Nachgang zu Entscheidungen des EuGH ziehen und Sie fragen, ob Sie dies mittragen würden –, dass man das nationale Recht konventionskonform fortbildet, mit allen Konsequenzen, so dass beispielsweise bei § 1626a BGB ein einfaches Gericht sagen könnte: „Durch teleologische Auslegung oder Rechtsfortbildung kommen wir ohne das BVerfG und ohne den Gesetzgeber bereits dazu, dass wir dem nichtehelichen Vater das Sorgerecht zubilligen können“? Ich sehe schon, dass der Unterschied zum EU-Recht ein massiver ist, dennoch: Wenn man die Tendenz ansieht, dass die EMRK immer weiter an Bedeutung gewinnt, dann könnte das auch Anlass sein, darüber nachzudenken, ob die Gerichte nicht in diese Richtung weiterdenken sollten.

EICHENHOFER:

Danke, Herr Stürner. Herr Paulus und Herr Oestmann und dann Frau Schumann.

PAULUS:

Zunächst einmal vielen Dank für dieses wirklich erschöpfende Referat. Es zeigt sich doch, dass das BVerfG gar nicht so respektlos gegenüber dem Gesetzgeber ist wie offenbar der EGMR. Aber das ist nur eine ironische Vorbemerkung. Zwei kleine Anmerkungen zu den Fällen und dann noch etwas Generelles: Zum Fall Brauer – ich halte mich zurück, weil ich Berichterstatter in dem letzten Kammerverfahren des BVerfG zu dieser Sache war: Sie haben zu Recht dargestellt, dass es sich um Einzelfälle handelt und dass das BVerfG eine Klausel offengelassen hat, ob man weitergeht

als der Gesetzgeber es jetzt getan hat. Darunter ist ein Präklusionsfall, da wurden die Nähebeziehung des nichtehelichen Kindes zum Vater und die Ferne zu den wirklichen Erben erst zu spät dargestellt. Die Frage ist, ob die Bundesregierung das gegebenenfalls rechtzeitig vor dem EGMR vorbringen wird. Ich darf noch auf eine Differenz hinweisen zum französischen Recht: Im französischen Recht gibt es die Sonderkategorie der „Ehebruchskinder“. Das ist natürlich noch etwas anderes als nichteheliche Kinder und deswegen war das BVerfG vielleicht doch nicht ganz so schlecht beraten, den Fabris-Fall nicht zu erwähnen und auch den Gesetzgeber darauf hinzuweisen, dass es um unterschiedliche Sachverhalte geht. Dennoch ist es natürlich bedenklich, wenn man sieht, dass der Gesetzgeber ja auch abwägt – die Rechte der Erben und die Rechte der nichtehelichen Kinder, die nach der Stichtagsregelung nicht voll erben durften – und dass man, wenn man einen *margin* schon anerkennt, dann auch dem Gesetzgeber einen gewissen Spielraum lassen muss. Deswegen tut sich das BVerfG schwer, dem Gesetzgeber zu sagen: „Du musst anders abwägen.“ Wir sind ja schon froh, wenn er abwägt – das ist ja das, was wir immer fordern. Aber auch die neue Tendenz des EGMR im Fall Fabris, rückwirkend Umsetzung zu verlangen – also nicht nur für die Fälle, in denen Individualbeschwerde eingelegt worden ist, sondern auch für alle anderen Fälle, wo dies gerade nicht passiert ist –, das halte ich für sehr bedenklich und dem sollte man doch einen gewissen Widerstand entgegensetzen. Zum Fall Zaunegger darf ich nur sagen: Hat der EGMR das BVerfG gezwungen? Die Tendenz, die es schon in der ersten Entscheidung gezeigt hat, dann aber auch noch empirisch untermauern wollte, hat der EGMR lediglich ein Jahr früher vollzogen. Ich möchte aber doch anhand dieser Fälle noch einmal deutlich machen: Der EGMR ist ein Einzelfallgericht und nicht jeder Einzelfall muss gleich zu einer gesetzgeberischen Aktion führen. Es gibt ja auch den Notnagel der Entschädigung. Das sollte nicht einreißen – wir sind nicht Russland, das immer nur entschädigt und nie befolgt –, aber wir sollten auch nicht nur vorseilenden Gehorsam walten lassen. Die Entscheidungen der Kammern sind auch anders zu behandeln als Entscheidungen der Großen Kammer, das sollte man noch einmal betonen. Und es sind nicht immer die Gerichte, es ist auch der Gesetzgeber, wie Sie zu Recht betont haben, der umsetzen muss. Gelegentlich müssen wir den Gesetzgeber auch mehr respektieren. Am Ende ist es so, dass die Entschädigung nur selten die Lösung sein wird und wir weiterhin den EGMR beachten müssen – das haben Sie ja sehr schön dargestellt.

EICHENHOFER:

Herzlichen Dank. Herr Oestmann.

OESTMANN:

Ich habe zwei kurze Punkte. Das erste ist: Ganz am Anfang Ihres Vortrags haben Sie sich auf die kulturwissenschaftliche Transfertheorie berufen und da muss ich jetzt kritisch sagen: Das machen immer ganz viele und hinterher weiß ich gar nicht, welche Relevanz das für die Methode und das Ergebnis hat. Kommt es wirklich darauf an, ob man von Transfer redet oder von irgendetwas anderem? Also dieser Unterschied zwi-

schen Transplantation, Rezeption und Transfer, was er wirklich in der Sache bringt, ist mir eigentlich nicht ganz klar.

Und das zweite ist eine Frage: Sie haben zweimal die dynamische Auslegung angesprochen. Ist das nicht ein relativ allgemeines Problem, wenn es vergleichsweise alte Gesetze und sich relativ schnell verändernde Moral- und Rechtsvorstellungen gibt? Das muss man irgendwie auf den Punkt bringen und ist das Familienrecht eigentlich der typische Fall dafür? Wo gibt es das noch? Das ist eine allgemeine Frage und dann kommt – würde ich jetzt kritisch sagen – wahrscheinlich auch ein bisschen Fortschrittsgeschichte dazu. Das ist längst überfällig. Immer wenn es diese Spannungslage gibt, gibt es Gewinner und Verlierer und der Gute ist immer der Gewinner. Deswegen kommt man mit diesem vorausseilenden Gehorsam, denn man weiß ja sowieso: In fünf Jahren wird man wieder überrollt. Das ist doch eine ganz schwierige Situation, wenn man praktisch das Gefühl hat, man kann die Zukunft voraussagen.

EICHENHOFER:

Herzlichen Dank. Frau Schumann.

SCHUMANN:

Zur ersten Frage: Was sollen die Gerichte machen? Es war in den geschilderten Erbrechtsfällen so, dass sich die Gerichte überlegt haben: Können wir mit Art. 100 GG operieren? Können wir direkt zum BVerfG vorlegen? Und mich hat überrascht, mit welchen unterschiedlichen Begründungen dies abgelehnt wurde. Da wäre es sicherlich hilfreich, wenn man eine klare Rechtslage zu der Frage hätte: Wie soll man mit einer konventionswidrigen Rechtsnorm umgehen, die nicht auslegungsfähig ist, bis ein neues Gesetz da ist? Denn man muss dem Gesetzgeber auch zubilligen, dass er eine gewisse Zeit benötigt, um etwas Neues zu schaffen. Diese Schwierigkeit sehe ich und das BVerfG hat sich auch noch nicht klar positioniert, ob Art. 100 GG in der Frage greifen soll. Hier wäre es vielleicht für die Gerichte eine Hilfe, wenn man dazu eine klare Aussage des BVerfG hätte.

PAULUS:

Wo soll das Problem sein? Wenn das Gesetz verfassungswidrig ist und von außen Einfluss auf die Fallentscheidung hat, dann ist Art. 100 Abs. 1 GG einschlägig.

SCHUMANN:

Das Problem liegt darin, dass die Gerichte nicht wissen, was sie tun sollen, wenn ein Gesetz konventionswidrig ist, aber das BVerfG dieses Gesetz zuvor für verfassungsgemäß erklärt hat.

Zur Frage von Herrn Stürner, ob wir eine Entwicklung wie beim EU-Recht bekommen könnten, möchte ich sagen, dass ich nicht wüsste, wie man das von unten bewerkstelligen sollte.

STÜRNER:

Durch Rechtsfortbildung: § 1626a BGB wird teleologisch über § 242 BGB oder über das Kindeswohlprinzip oder wie auch immer dahingehend erweitert, dass man ungeschrieben die neue Nummer 3 schon drin hat. Methodisch ist das denkbar. Aber vielleicht nicht gewollt. Es käme darauf an, ob – analog zu dem vom BGH bezüglich der EU-Richtlinien postulierten generellen Umsetzungswillen des Gesetzgebers – eine Art genereller Konventionsumsetzungswille besteht, der auch eine Rechtsfortbildung *contra legem* ermöglicht.

SCHUMANN:

Da findet jedenfalls im Familienrecht noch keine Diskussion in diese Richtung statt. So sehr ich Ihr Anliegen nachvollziehen kann, halte ich es doch methodisch nur für vertretbar, wenn die jeweilige Norm auch entsprechend auslegungsfähig ist.

Ja, dann zu Herrn Paulus: Ich habe die Fabris-Entscheidung gegen Frankreich deswegen zitiert, weil ich denke, dass es bei der *Rückwirkung* eine vergleichbare Rechtslage gibt. In der Tat geht es einmal um „Ehebruchskinder“, die in Frankreich noch schlechter gestellt waren als nichteheliche Kinder, aber der EGMR zitiert genau an der Stelle, an der es um die Rückwirkung geht, den Fall Brauer, nämlich sinngemäß: „Wie wir schon im Fall Brauer entschieden haben, hat Vertrauensschutz hinter der Gleichstellung zurückzutreten“, und insofern meine ich, dass man *diese* Wertung aus dem EGMR-Urteil herauslesen kann. Ich halte dies im Ergebnis auch für sehr problematisch, vor allem wenn man sich überlegt, wie eine „Rückabwicklung“ unzähliger Erbfälle praktisch durchgeführt werden soll. Man mag sich gar nicht vorstellen, was das für Konsequenzen haben kann, je nachdem, wie weit man zurückgeht. Und das würde ich auch ein bisschen anders sehen als Sie: Natürlich sind das Einzelfälle, aber was soll denn der Gesetzgeber mit so einem Einzelfall machen? Er weiß ja nicht: Würde denn der EGMR schon bei der zweiten Ordnung genauso entscheiden? Muss eine eheliche Familie vorhanden sein? Wie weit reicht die Rückwirkung nach Ansicht des EGMR denn nun genau zurück? Die Schwierigkeit liegt darin, dass einerseits nur der Einzelfall entschieden wird und andererseits eine konventionsrechtswidrige Rechtslage besteht, die geändert werden muss.

PAULUS:

Ja, jedenfalls zur Großen Kammer sollte man gehen, wenn das Gesetz aufgehoben wird, denn mit einer Kammer-Entscheidung sollte man sich in solchen Fällen nicht zufrieden geben.

SCHUMANN:

Und dann noch zu Herrn Oestmann. Die Kulturtransferdebatte finde ich zum Beispiel hilfreich, wenn man sich mit der Rezeption des römischen Rechts beschäftigt, weil es in der Römischen Rechtsgeschichte immer noch die Auffassung gibt, dass die praktische Rezeption eine Verfälschung oder Verflachung des römischen Rechts darstellt. Wenn man sich hingegen auf die Ebene der Rezeptionskultur begibt und fragt:

„Was braucht diese denn?“, dann kommt man zu einer ganz anderen Sichtweise. Und bei meinem heutigen Thema sehe ich das auch so: Wenn wir uns die Beiträge des öffentlichen Rechts zu diesem Thema ansehen, dann sind diese doch sehr stark auf eine Analyse der Rechtsprechung des EGMR ausgerichtet, es wird aber nicht gesehen, welche Probleme wir mit der konkreten Umsetzung im einfachen Recht haben. Ein weiteres interessantes Thema, das ich hier nicht behandeln konnte, ist die Beschäftigung mit den Vermittlerpersönlichkeiten – in unserem Fall das BVerfG. VOßKUHLÉ hat einmal gesagt: „Wir müssen die Rechtsprechung des EGMR übersetzen“. Und in der Tat stellt sich die Frage: Wie wird das in den einzelnen Ländern gemacht und welche Vermittlerpersönlichkeiten gibt es dort? Das finde ich eine sehr interessante Perspektive und wir nehmen diese viel zu selten ein. Deswegen meine ich, dass sich der Ansatz der Kulturtransferdebatte für dieses Thema eignen könnte.

Und dann zum Punkt „Fortschrittsgeschichte schreiben“: Das ist eine rein historische Perspektive, die ich auch in gewisser Weise teilen kann, aber ich sehe auf der anderen Seite auch die Fälle, in denen Kinder, nachdem sich die Eltern getrennt haben, jahrelang bei Vätern leben, die kein Sorgerecht haben und auch keines bekommen können. Also einerseits ja, wenn wir diesen Punkt rein historisch betrachten, und andererseits nein, wenn man sich die Situation in den konkreten Fällen vor Augen führt.

EICHENHOFER:

Vielen Dank. Herr Grabenwarter hat sich noch gemeldet.

GRABENWARTER:

Frau Schumann, Ihr Referat war in jeder Hinsicht beeindruckend und ich glaube, es hat auch bewiesen, dass das Familienrecht aus verschiedenen Gründen ein besonders gutes Referenzgebiet ist, um die Qualität der Rechtsprechung des EGMR zu diskutieren. Das betrifft vor allem das mehrpolige Grundrechtsverhältnis, aber insbesondere Ihre Europakarte hat gezeigt: Zwischen Island und Süditalien liegen, was nichteheliche Kinder angeht, glaube ich 58 % – das zeigt die Problematik, wenn man gemeineuropäische Standards zur Auslegung heranzieht. Eine Ihrer Aussagen war, dass – und das würde ich hundertprozentig unterschreiben – der Hinweis auf den europäischen Standard bzw. dessen Nichtvorliegen, das einen Beurteilungsspielraum eröffnet, häufig nur ein Lippenbekenntnis ist. Das können Sie an vielen Bereichen durchspielen. Das war im Grunde auch schon bei der Caroline-Entscheidung so. Denn was hat der EGMR dort gemacht? Er hat letztlich die französische Rechtslage, die CAROLINE VON MONACO gewohnt war, zugrundegelegt. Aber wenn sie nach Großbritannien gegangen wäre, hätte sie schon gesehen, dass Deutschland dazwischen liegt und keine Extremposition einnimmt. Und im Familienrecht kommt hinzu, dass wir uns in einem Feld befinden – Sie haben das angedeutet –, in dem in besonderem Maße eine gesellschaftliche Entwicklung stattfindet. Ich habe den Eindruck, der EGMR versteht sich stärker als jedes Verfassungsgericht als Motor der gesellschaftlichen Entwicklung – das haben Sie auch herausgearbeitet. Ihre Kritik an der Grund-

rechtsdogmatik kann man nur unterstreichen. Ein Problem – und da komme ich jetzt zu der Transferfrage zurück – ist: Ein *bestimmter* Wissenstransfer findet nämlich *nicht* statt: Der EGMR nimmt wissenschaftliche Diskussionen praktisch nicht wahr. Es gibt nicht wie bei dem nationalen Verfassungsgericht einen Diskurs. Dass die Richter aus sprachlichen Gründen – häufig aber auch schlicht wegen der Arbeitslast oder der Distanz – zumeist nicht die Kritik an den eigenen Entscheidungen wahrnehmen, das ist eine große Schwäche.

Ich möchte noch zwei Bemerkungen anfügen. Die eine: Sie haben dieses Lavieren beim Schutzbereich schön an die Wand geworfen. Ich meine, wir haben da einen Begriff des Familienlebens – und viel mehr, als dass die Voraussetzungen für biologische Vaterschaft erfüllt sind und man zum Gericht geht, viel mehr kann man sich ja nicht vorstellen. Es ist natürlich am Ende egal, warum Art. 8 EMRK anwendbar ist, aber Vaterschaft auf „Privatleben“ zu reduzieren – wenn man bedenkt, was noch alles unter das „Privatleben“ fällt –, das scheint mir einigermaßen problematisch. Zweitens: Sie haben in zwei Seitenbemerkungen und auch mit Ihrer Statistik auf die Kommerzialisierung von Menschenrechten hingewiesen. Ich möchte da nur ergänzen: Das, was wir hier an Fällen sehen, ist nur die Spitze eines Eisbergs. Die EMRK sieht die gütliche Einigung vor und es gibt nicht wenige Fälle von Konventionswidrigkeiten, in denen die Bundesregierung mit Erfolg das Aufscheinen in der Verurteilungsstatistik vermeidet, indem sie durch die Zahlung von Geld eine gütliche Einigung erreicht und damit eine Verurteilung verhindert.

SCHUMANN:

Vielleicht kurz zum letzten Punkt: Unter den in dem von mir ausgegebenen Papier aufgelisteten Entscheidungen sind auch zwei dabei, die aus dem Register gestrichen wurden, nachdem eine Verletzung anerkannt worden war.

Zur Rechtswissenschaft: Ich hatte ursprünglich dazu noch einen Absatz in meinem Vortrag vorgesehen, den ich aus Zeitgründen gestrichen habe. Das sehe ich natürlich auch als ein großes Problem. Wir haben im nationalen Recht – gerade im Familienrecht seit Jahrzehnten – einen Austausch zwischen Vertretern der Ministerien, der Rechtspraxis und Rechtswissenschaft sowie den Richtern des BVerfG, und das führt dazu, dass – auch im Vorfeld von Reformen – viele Fragen ausgiebig diskutiert werden. Dann wird, wenn die Reform da ist, die Frage „Wie kann man das in der Praxis umsetzen?“ auch in alle Richtungen kommuniziert. Da sehe ich einen großen Vorteil im Umgang mit dem BVerfG, weil wir Foren haben, in denen man solche Dinge diskutieren kann. Allerdings stellt sich bei der Rechtsprechung des EGMR das Problem, wie man diesen Austausch bei 47 unterschiedlichen Rechten der Konventionsstaaten bewältigen soll. Soll man sich dann Großkonferenzen vorstellen, bei denen Wissenschaftler aus allen Ländern anwesend sind? Daher glaube ich, dass der EGMR ein Stück weit überfordert ist mit dem, was er mit der Orientierung an europäischen Standards erreichen will, weil er diese gar nicht erfassen kann. Ich sehe erhebliche Schwierigkeiten, wenn man über einen relativ niedrigen Menschenrechts-

standard, den der EGMR ursprünglich angesetzt hat, hinauswill und gesellschaftliche Veränderungen in einer dogmatisch überzeugenden Art und Weise bewirken will. Und dann kommt noch die Problematik mit Art. 14 EMRK hinzu, die dazu führt, dass Sonderwege einzelner Länder, die in das europäische Gesamtsystem nicht hineinpassen, fortgeschrieben werden. Sicher gäbe es kleine Punkte, die man besser machen könnte, ich sehe aber derzeit nicht das große Konzept, mit dem man eine Lösung zur Verbesserung der Grundrechtsdogmatik des EGMR herbeizaubern könnte.

EICHENHOFER:

Dies verschieben wir auf die Abschlussdiskussion und beenden die Diskussion an dieser Stelle.

