

## **Stellungnahme** **zum Entwurf eines Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft** **unabhängig vom Anfechtungsverfahren**

### **A. Ausgangslage**

Nachdem der BGH mit Urteilen vom 12. Januar 2005 entschieden hatte, dass heimlich eingeholten DNA-Gutachten das Recht des Betroffenen (i. d. R. des Kindes) auf informationelle Selbstbestimmung verletzen (BGHZ 162, 1 ff. = FamRZ 2005, 340 ff. und FamRZ 2005, 340 ff.) und das Bundesverfassungsgericht mit Urteil vom 13. Februar 2007 diese Rechtsprechung bestätigt hat, gleichzeitig aber dem Gesetzgeber aufgegeben hat, ein von der Vaterschaftsanfechtung unabhängiges Verfahren zur Klärung der Abstammung zu schaffen (FamRZ 2007, 441 ff.), wurde darüber diskutiert, wie der Auftrag des BVerfG am besten umgesetzt werden kann. Ziel ist die Schaffung eines an den Vorgaben des BVerfG orientierten, die familiengerichtliche Praxis und die Staatskasse (über Prozesskostenhilfeaufwendungen) möglichst wenig belastenden Gesetzes.

Denkbar war ein gerichtliches Feststellungsverfahren ohne Statusfolgen, wie es die FDP in der vergangenen Legislaturperiode vorgeschlagen hatte (BT-Drs. 15/4727) oder die Beschränkung auf ergänzende Regelungen für eine ausdrücklich für zulässig erklärte außergerichtliche Klärung der Abstammung. Der jetzige Gesetzentwurf geht den zweiten Weg, indem er den Familienmitgliedern (rechtlicher Vater, Mutter, Kind) einen Anspruch auf Einwilligung in eine genetische Untersuchung zur Klärung der Abstammung und auf Duldung der Entnahme einer für die Untersuchung geeigneten Probe einräumt. Dieser Anspruch soll, wenn er nicht freiwillig erfüllt wird, in einem familiengerichtlichen Verfahren durchgesetzt werden können. Das stimmt im Ergebnis mit dem Gesetzentwurf des Freistaates Bayern überein, der inzwischen als Gesetzentwurf des Bundesrates beschlossen worden ist (Bundesratsdrucksache 369/05).

### **B. Zu den voraussichtlichen Auswirkungen der geplanten Regelung**

Der Vollzugsaufwand für die neue Antragsmöglichkeit zur Durchführung von Abstammungsgutachten ist sicher geringer als bei Einrichtung eines gerichtlichen Feststellungsverfahrens. Bei der Kalkulation etwa entstehender Kosten darf allerdings nicht übersehen werden, dass eingesparte Kosten an der einen Stelle schnell zu höheren Kosten an anderer Stelle führen können. Wenn, wie es der Entwurf vorsieht, keinerlei Qualitätsvorgaben für die Durchführung der zugelassenen genetischen Untersuchungen machen will, nimmt man in Kauf, dass in dem sich möglicherweise anschließenden Statusverfahren höhere Kosten auf die Staatskasse zukommen, weil das privat eingeholte Sachverständigengutachten gerichtlich wegen Qualitätsmängeln nicht verwertbar ist. Wie generell im Familiengerichtsverfahren muss auch bei Abstammungsstreitigkeiten mit einem hohen Anteil an Prozesskostenhilfebewilligungen gerechnet werden. Nach § 93c ZPO werden bei erfolgreicher Anfechtungsklage die Kosten gegeneinander aufgehoben, die Gutachterkosten also geteilt. Die auf das beklagte Kind oder die beklagte Mutter entfallende Kostenhälfte wird danach wohl in den meisten Fällen voll von der Staatskasse zu tragen sein. Nach meinen bisherigen Erfahrungen befinden sich auch unter den klagenden Vätern nicht wenige, die voll PKH in Anspruch nehmen können.

Zwar wird, wie die Entwurfsverfasser zu Recht unterstellen, der vorgeschlagene Anspruch wegen seiner niedrigen Anspruchsvoraussetzungen häufig bereits ohne ein gerichtliches

Verfahren durchsetzbar sein. Auch wird die Klärung der Abstammung durch ein Privatgutachten häufig das Anfechtungsverfahren entbehrlich machen, weil die Abstammungsuntersuchung die Vaterschaft bestätigt. Ob das aber gegenwärtig etwa 80 Prozent der wegen Zweifeln an der Vaterschaft durchgeführten Privatgutachten der Fall ist, vermag ich nicht zu sagen. Zwar verfüge ich über keine aussagekräftige Statistik, kann aber mit Bestimmtheit sagen, dass jedenfalls deutlich mehr als die Hälfte aller Anfechtungsklagen erfolgreich sind. Je schlechter (weil billiger) die privat eingeholten Abstammungsgutachten sein werden, umso größer ist, wenn sich dieses einmal herumgesprochen haben wird, die Wahrscheinlichkeit, dass auch ein die Vaterschaft bestätigendes Privatgutachten eine Anfechtungsklage nicht verhindert. Dann aber müssen ggfls. neben den Prozesskostenhilfekosten für das die fehlende Einwilligung eines Beteiligten ersetzende Vorverfahren auch noch die Prozesskostenhilfekosten des Anfechtungsverfahrens von der Staatskasse übernommen werden. Der Einwand, es sei mutwillig, trotz eines die Vaterschaft bestätigenden Privatgutachtens noch eine Anfechtungsklage zu erheben, wird nicht durchgreifen, wenn zum einen die Zweifel an der Qualität dieses Privatgutachtens und zum anderen konkrete Anhaltspunkte für vernünftige Zweifel an der Vaterschaft vorgetragen werden.

Der Entwurf verweist auch zu Recht darauf, dass die Bereitschaft zu außergerichtlichen Lösungen durch Beratungsangebote der Jugendhilfe gefördert werden kann. Ob dem Bund hier für eine Erweiterung der Beratungspflichten im SGB VIII jetzt tatsächlich die Gesetzgebungskompetenz fehlt oder aber auch hier eine Lage vorliegt, wie sie der Bundesrat in seiner Stellungnahme (BR-Drs. 549/07) für § 49a Abs. 2a FGG-E festgestellt hat, vermag ich nicht abschließend zu beurteilen. Es spricht leider vieles dafür, dass die Föderalismusreform hier eine bundeseinheitliche Regelung eher behindert.

### 3. Zu den geplanten Bestimmungen im einzelnen:

#### a. Zu § 1598a BGB-E

Die gesetzliche Überschrift über dieser Bestimmung suggeriert, dass ein Anspruch auf Klärung der leibliche Abstammung von beiden Elternteilen besteht und insoweit ein genetisches Gutachten gerichtlich durchgesetzt werden kann. Das führt insoweit in die Irre, als unsere Rechtsordnung eine rechtliche Klärung der leiblichen Mutterschaft ausdrücklich nicht kennt und nicht will. Der Gesetzgeber hat sich im Zusammenhang mit der Kindschaftsrechtsreform des Jahres 1998 bewusst gegen die Möglichkeit eines Auseinanderfallens von rechtlicher und leiblicher Mutterschaft entschieden<sup>1</sup>. Nach deutschem Recht wird anders als z.B. nach französischem Recht die rechtliche Mutterschaft nach wie vor allein durch das Geburtsergebnis bestimmt (§ 1591 BGB). Die Anknüpfung der Mutterschaft an die Geburt als nach außen deutlich sichtbares Zeichen galt lange Jahrhunderte als selbstverständlich<sup>2</sup> und beruhte auf dem römisch-rechtlichen Grundsatz „mater semper certa est“<sup>3</sup>. Die Geltung dieses Grundsatzes ist nun durch die Erfolge der modernen Fortpflanzungsmedizin in Frage gestellt worden<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> BT-Dr 13/4899, 5. 82. Von „gespaltener“ Elternschaft spricht man überall dort, wo „genetische“ und „soziale“ Elternschaft auseinander fallen. Schon im Ansatz soll der Entstehung der nur faktisch gespaltenen Mutterschaft durch Spezialregeln entgegengewirkt werden (krit. *Kuch*, Fortpflanzungsmedizin im europäischen Rechtsvergleich, Internetangebot der Zeitschrift „Das Parlament“, Stand: 1. 6. 2002

([www.bundestag.de/dasparlament/2001/27/beilage/2001\\_27\\_OOL5836.html](http://www.bundestag.de/dasparlament/2001/27/beilage/2001_27_OOL5836.html), 5. 4 f. m. w. Nachw.); Verboten ist zum einen die medizinische Assistenz bei Ei- und Embryoneospende, § 1 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 6 EmbryonenschutzG, zum anderen auch die Vermittlung einer Leihmutter, die nach einem Embryonentransfer kein eigenes Kind im genetischen Sinne gebären würde (§§ 13 c, 13 d AdoptionsvermittlungG).

<sup>2</sup> Vgl. Delle, Familienrecht II, § 105 I, 5. 442

<sup>3</sup> Digesten 2.4.5.

<sup>4</sup> Vgl. Steeb, Praxis der Fortpflanzungsmedizin, 2001; Wanitzek, Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, 2002, 5. 185ff.; *Kenner*, Neue Formen gespaltener Elternschaft, Internetangebot der Zeitschrift „Das Parlament“, Stand: 1. 6. 2002 ([www.bundestag.de/dasparlament/2001/27/Beilage/2001...27\\_007\\_5\\_835.html](http://www.bundestag.de/dasparlament/2001/27/Beilage/2001...27_007_5_835.html), 5. 5). Ein Hinweis auf die neue Fragwürdigkeit findet sich auch bei Frank/Helme, FamRZ 2001, 1340 (1341)

Gleichwohl hat ihn auch der Gesetzgeber des Kindschaftsrechtsreformgesetzes zur Verhinderung einer „gespaltenen Mutterschaft“ verbindlich festgeschrieben und — im Gegensatz zu einer primären Zuordnung zum Vater — als unanfechtbar ausgestaltet<sup>5</sup>. Eine verfassungs-, weil gleichberechtigungswidrige Behandlung von Mann und Frau wird hierin nicht gesehen: Im Gegensatz zum reinen Scheinvater habe die Gebärende immerhin körperlich an der Entstehung des Kindes mitgewirkt und vollziehe sich — auch unabhängig von einer genetischen Verbindung — zwischen der Schwangeren und dem Embryo ein psychophysischer Prozess, der sich bis über die Geburt hinaus auf die emotionale Entwicklung des Kindes auswirke.

Nun gibt es allerdings seit Einführung der sog. Babyklappen oder der tatsächlich praktizierten, wenngleich rechtswidrigen ärztlich assistierten „anonymen“ Geburt von Kindern, bei denen die Personalien der Mutter nicht festgestellt und/oder festgehalten werden, das rechtliche Bedürfnis, jedenfalls dann, wenn die sich die Mutter nachträglich zum geborenen Kind bekennt, eben diese rechtliche Mutterschaft auch festzustellen. Das ist auch durch eine Feststellungsklage beim Familiengericht möglich, wenn es der Mutter nicht gelingt, die Tatsache der Geburt für die beteiligten Behörden anderweitig zweifelfrei nachzuweisen. Mit der Frage der genetischen Abstammung hat dieses aber nichts zu tun. Es geht nur um die nachträglich Rekonstruktion Vorganges der Geburt. Diese Tatsache allein führt bei uns unabänderlich zur rechtlichen Mutterschaft.

Es empfiehlt sich deshalb, allein auf die „leibliche Abstammung vom Vater“ abzustellen, wenn man denn schon den Begriff „Vaterschaft“ vermeiden will.

#### **b. zu § 1598a Abs. 1 BGB-E**

Der Entwurf stellt hier an sich eine gute Regelung dar, die so verständlich ist, dass sie viele gerichtliche Streitigkeiten wird vermeiden helfen. Es entspricht den Vorgaben des BVerfG, wenn der hier geregelte Anspruch auf Mitwirkung zeitlich nicht befristet und an keine besonderen Voraussetzungen gebunden wird. Ich bezweifle aber im Gegensatz zu den Entwurfsfassern, dass die neuen rechtlichen Möglichkeiten dazu beitragen, Auseinandersetzung in der Familie zu entschärfen und die Familie in ihrem sozialen Bestand zu sichern, weil dadurch Anfechtungsverfahren in einer nennenswerten Anzahl überflüssig würden. Zweifelt ein Mann – mehr sogar noch eine Mutter – an der Abstammung des Kindes vom rechtlichen Vater, ist der Bestand der sozialen Gemeinschaft ernsthaft gefährdet, übrigens regelmäßig unabhängig davon, ob der Zweifel berechtigt ist oder nicht<sup>6</sup>. Stellt sich dann – hoffentlich mit ausreichender Überzeugungskraft wegen ausreichender Qualität der Gutachten - heraus, dass der rechtliche Vater doch tatsächlich der leibliche Vater ist, bedarf es regelmäßig zusätzlicher erheblicher Anstrengungen, um das aufgetretene, den Bestand der Gemeinschaft bedrohende Misstrauen wieder zu beseitigen. Es ist ein Irrglaube unserer Zeit, dass Wissen allein ausreicht, um Gefühle zu verändern.

Auch das BVerfG ist m.E. diesem Irrglauben erlegen, wenn es im Gegensatz zum BGH meint, dass das Recht auf Nichtkenntnis keineswegs die negative Kehrseite des Rechtes auf Kenntnis der Abstammung sei, und ausführt, dass das Recht, sich auf eine möglicherweise fehlerhafte Annahme oder Vermutung zu stützen, grundsätzlich geringeres Gewicht habe als das Recht auf Kenntnis von der tatsächlichen Abstammung. Aufklärung, Fakten und unsere auf tendenziell unbegrenzter Information beruhende Wissenschaftsgesellschaft hat sicher viele gute Seiten, aber die für die Identitätsfindung eines Menschen in der Tat erforderliche persönliche Gewissheit wird weithin anders als durch die Kenntnis wissenschaftlicher Zu-

---

<sup>5</sup> Personenstandsrechtlich wird dieses durch die §§ 517 bis 20 PStG abgesichert; Krit. : Gaul, FamRZ 1997; vgl. im übrigen das Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts vom 16. 12. 1997, BGBl I, 2942 ff., in Kraft getreten am 1. 7. 1998.

<sup>6</sup> Zu Recht vermerkt das BVerfG in seiner Entscheidung vom 13. 2. 2007 in diesem Zusammenhang, dass der Familienfriede allein schon durch geäußerte Zweifel eines rechtlichen Vaters an der Abstammung seines Kindes von ihm beeinträchtigt werden und nicht erst durch ein Verfahren, das die bezweifelte Abstammung kläre.

sammenhänge hergestellt. Die Kenntnis naturwissenschaftlicher Zusammenhänge führt keineswegs immer und zwingend zur persönlichen Gewissheit. In meiner beruflichen Praxis habe ich zu viele Fälle erlebt, in denen Väter und Mütter auch nach wirklich eindeutigen Gutachten außerstande waren, das keinen wissenschaftlichen Zweifel erlaubende Ergebnis zu akzeptieren.

Mit dem Bundesrat bin ich der Meinung, dass sich der Klärungsanspruch nur auf solche Gutachten erstrecken darf, die bestimmten Qualitätsstandards genügen. Dabei sind für mich nicht nur die bereits erörterten Risiken für die Familiengerichte und die Staatskasse von Bedeutung, sondern – wie beim Bundesrat – mindestens ebenso sehr die Sorge um unzumutbare Belastungen für die Klärungsverpflichteten, insbesondere das Kind, die sich u.U. zweimal der zumindest psychisch belastenden Prozedur einer Probenentnahme unterziehen und auf das Untersuchungsergebnis warten müssen. Das ist auch unter dem Gesichtspunkt eines Eingriffs in die körperliche und seelische Integrität eines Menschen verfassungsrechtlich fragwürdig und auf das absolute Mindestmaß zu begrenzen.

Der Gesetzgeber kann hier zum einem auf den jeweiligen aktuellen Stand der Wissenschaft verweisend, er könnte – wie teilweise im Ausland - nur zertifizierte Gutachter zulassen oder aber inhaltliche Qualitätserfordernisse festschreiben. Das Argument, Qualitätsstandards hätten im BGB nichts zu suchen, führt sich selbst ad absurdum, wenn man im gleichen Atemzuge für die Entnahme einer Probe – völlig zu Recht - Qualitätsstandards benennt. Es ist nicht nötig, die Qualitätsstandards für die Begutachtung anders oder näher auszuführen als die für die Probenentnahme. Deshalb erscheint mir der Vorschlag des Bundesrates, in § 1598a Abs. 1 S. 2 lediglich ein „und untersucht“ einzufügen, sinnvoll und ausreichend. Alles Nähere kann man getrost dem angekündigten Gentechnikgesetz überlassen. Dieser Meinung scheint übrigens auch das BVerfG zu sein, dass zum Schluss seiner Entscheidung ausdrücklich betont, dass „die Verwertung eines auf diese Weise (d.h. nach dem Vorschlag des Freistaates Bayern) zustande gekommenen Gutachtens verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden wäre“.

### **Zu Abs. 1 Nr. 2**

Zu Recht gesteht der Entwurf auch der Mutter das Recht auf Klärung zu, obwohl das BVerfG in seiner Entscheidung vom 13. 2. 2007 ihr einen dem Vater und dem Kind zugestandenen Anspruch auf Verschaffung der Kenntnis der tatsächlichen Abstammung des Kindes vom Vater nicht ausdrücklich zugesprochen hat. Die Mutter kommt in der Entscheidung sowieso eher schlecht weg. Das BVerfG konstatiert, die (weitgehend) voraussetzungslose Feststellbarkeit der tatsächlichen Abstammung durch Vater und Kind berühre das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Mutter und ihren unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung schon deshalb nicht, weil die Mutter dem Mann selbst Zugang zu ihrer Intimsphäre eröffnet, ihn an ihrem Geschlechtsleben habe teilnehmen lassen und dadurch selbst ein Kenntnisinteresse des Mannes an der Abstammung ihres Kindes mitbegründet habe. Hier wird m.E. eine männliche Urangst deutlich, die wenig mit einer vernunftgemäßen Abwägung von Grundrechten eigentlich gleichberechtigter Menschen zu tun hat.

Auch wenn man der Rechtsgüterabwägung des BVerfG im Ergebnis noch zustimmen kann, hinterlässt die Argumentation einen schlechten Beigeschmack wegen des Verdachtes, dass hier doch und zwar in einseitiger Weise moralisiert werde. Schließlich hat sich der Mann in Kenntnis der Tatsache, dass sich Vaterschaft nun einmal von Natur aus manchmal nur schwer feststellen lässt, auf eine Intimbeziehung mit der Mutter eingelassen. Wieso ist sein Begehren auf Kenntnis dann eigentlich mehr wert als der Wunsch der Mutter, die ohne eindeutige Klärung von den gesetzlichen Vermutungen ausgehen will und muss? Die gleiche Frage stellt sich im Zusammenhang mit der Festlegung des BVerfG, das Recht des Kindes auf informationelle Selbstbestimmung sei weniger schutzwürdig als das gleiche Recht des Vaters.

**Zu Abs. 1 Nr. 3**

Primär ging es dem BVerfG und geht es dem Entwurf es in der Entscheidung um die Rechte eines Vaters, der – aus welchem Grunde auch immer – Zweifel an seiner tatsächlichen Vaterschaft hat. Zugleich hat das BVerfG aber auch dem betroffenen Kind das gleiche Recht auf leichte Feststellung seiner tatsächlichen Abstammung eingeräumt. Der Entwurf sieht deshalb zunächst einmal zu Recht auch keine Einschränkung des Rechtes eines Kindes auf Klärung seiner leiblichen Abstammung vor. Er kennt aber auch keinerlei Beschränkung des Rechtes auf Geltendmachung des Anspruches durch das Kind unter Alters- oder sonstigen Kindeswohlgesichtspunkten. Offenbar wird damit gar nicht ernsthaft gerechnet. Ich vermisse – hier wie an anderer Stelle, etwa im Zusammenhang mit Umgangs- oder Sorgerechtsregelungen - eine Klarstellung der prozessualen Möglichkeiten des auf Durchsetzung eines Grundrechtes, hier: die Klärung seiner Abstammung, dringenden Kindes durch den Gesetzgeber. Das Kind muss sich schließlich wohl regelmäßig gegen zwei Eltern durchsetzen. Das kann nicht grenzenlos sinnvoll sein. Ab welchem Alter soll der Anspruch auf Klärung geltend gemacht werden können? Befürchtet nicht fast jeder Jugendliche im Laufe seiner Pubertät einmal, nicht von seinen Eltern abzustammen und sagen uns die Entwicklungspsychologen nicht, dass es sich dabei um ein ganz normales Durchgangsstadium im Ablösungsprozess von den Eltern handelt? Ich fürchte mich vor derartigen Anträgen pubertierender Jugendlicher, die die Staatskasse zusätzlich belasten können. Man wird derartige Anträge nicht mit allgemeinen Rechtsmissbrauchsüberlegungen zurückweisen können, solange an die Erfüllung des Klärungsverlangens im Gesetz keine inhaltlichen oder prozessualen Bedingungen geknüpft werden.

Nach wohl einhelliger Meinung geht das Informationsinteresse des Kindes dem Elterninteresse im Range nach. Man verweist auf Entwicklungspsychologie und Pädagogik, die hier annehmen, dass ein ernsthaftes Interesse an der eigenen Identität beim Kind erst etwa mit der Pubertät beginne, das Kind auch erst zu einem relativ späten Zeitpunkt die Folgen des Auskunftsverlangens einschätzen könne und eine vollständige Aufklärung des Kindes zu einem früheren Zeitpunkt diesem regelmäßig eher schade. Die sorgeberechtigten Eltern dürften nicht gezwungen werden, etwas zum Schaden des Kindes zu tun<sup>7</sup>. Als Sorgeberechtigte und -verpflichtete haben sie wegen des verfassungsrechtlichen Schutzes des Elternrechtes einen weiten Beurteilungsspielraum. Ob und wie sie dem Kind die Einzelheiten seiner Geburt und Abstammung erklären, liege in ihrer weithin nicht überprüfbareren elterlichen Verantwortung. Zwar könne auch schon ein kleines Kind Grundrechtsträger sein, es könne seine Grundrechte aber erst bei ausreichendem Verständnis der Situation selbst geltend machen. Die Fähigkeit, Grundrechtspositionen durchzusetzen, stehe solange treuhänderisch dem Sorgeberechtigten zu<sup>8</sup>. Das spricht gegen die Möglichkeit, jedem Kind zu jeder Zeit eine Klärung seiner Abstammung zu gestatten.

Soweit Amtsvormünder oder –pfleger als gesetzliche Vertreter der Kinder Klärung der Abstammung begehren, besteht die Gefahr, das monetäre Interesse an der Sicherung des Unterhalts für das Kind und das fiskalische Interesse, keine oder geringere Sozialleistungen erbringen zu müssen oder erbrachte Leistungen zurückfordern zu können, überzubewerten. Ob diese Interessen hinter das ideelle Interesse des Kindes auf Kenntnis von seiner Abstammung zurückzutreten haben oder jenes überwiegen, kann heute zwar weitgehend dahingestellt bleiben. Denn seit dem 1. 7. 1989 gibt es keine gesetzliche Amtsvormundschaft oder –plegschaft für nichteheliche Kinder mehr, die auch das Recht auf Feststellung der Vaterschaft beinhaltete. Wenn das Gericht aber künftig für das Kind einen Ergänzungspfleger bestellen wird, wird es sich dabei regelmäßig um einen Amtspfleger handeln. Dieser darf ebenso wenig wie das Familiengericht nach § 1697a BGB gegen das Kindeswohl versto-

---

<sup>7</sup> Bei einer Gefährdung des Kindeswohl müsste das Familiengericht nach § 1666 BGB von Amts wegen Maßnahmen zur Sicherung des Kindeswohls einleiten und ggfls. der Mutter die elterliche Sorge entziehen.

<sup>8</sup> Vgl. Eidenmüller, JuS 1998, 789, 793 m.w.Hinweisen.

ßen<sup>9</sup>. Das aber zwingt eigentlich zu einer deutlichen Einschränkung des Klärungsrechtes des Kindes, mindestens aber zu einer Einschränkung seiner prozessualen Möglichkeiten.

Der Entwurf ist insoweit widersprüchlich. Nach § 1629 Abs. 2a BGB-E sollen die Eltern das Kind nur im gerichtlichen Verfahren nicht vertreten können, während im außergerichtlichen Verfahren nach Meinung der Entwurfsverfasser kein Bedürfnis für eine Beschränkung der Vertretungsmacht der Eltern bestehe. Vielmehr könne und müsse hier davon ausgegangen werden, dass die Einigkeit der Eltern regelmäßig zu kindeswohlgerechten Ergebnissen führe. Nun ist zwar richtig, dass wir seit der Kindschaftsrechtsreform 1998 von dem gesetzlichen Grundsatz ausgehen, dass die Eltern, vor allem, wenn sie sich einig sind, regelmäßig besser wissen, was dem Kind nutzt als ein Außenstehender und dass wir auch als Familienrichter deshalb ihre elterliche Entscheidung zu respektieren haben<sup>10</sup>. Nur, wenn ein halbwegs verständiges Kind Anlass zur Klärung seiner Abstammung vom Vater sieht und die Eltern dieses einvernehmlich für Unfug halten und sich verweigern, wird man ihm von Verfassung wegen das Recht zur Klärung nicht verwehren können, will man den vom BVerfG festgestellten Anspruch nicht völlig entwerten. Tritt das Kind als Klärungsberechtigter auf, kann es grundsätzlich – und zwar außergerichtlich ebenso wie im gerichtlichen Verfahren – nicht durch seine Eltern vertreten werden. Hier eine Entscheidung des Familiengerichts nach § 1629 Abs. 2 Satz 3 in Verbindung mit § 1796 BGB zu fordern, verkennt die Tatsachen- und Rechtslage. Vielmehr muss zumindest in diesem Fall dem Kind von Amts wegen ein Ergänzungspfleger bestellt werden. Das aber sollte für jeden aus dem Gesetz abzulesen sein.

#### **Zum Fehlen einer Nr. 4**

Der Entwurf sieht bewusst davon ab, auch dem leiblichen, bisher noch nicht rechtlichen Vater einen Klärungsanspruch zuzugestehen, sondern hält es ohne ausreichende Begründung für angemessen, ihn auf den - regelmäßig teureren und rechtlich belastenderen – Weg der Vaterschaftsfeststellungsklage zu verweisen. Das verblüfft. Denn das BVerfG behandelt ihn, solange es noch keinen rechtlichen Vater gibt, weitgehend dem rechtlichen Vater gleich, der Zweifel an der Abstammung des Kindes von ihm hat. Nach den Festlegungen des BVerfG muss das zu schaffende Verfahren die Interessen sowohl des rechtlichen Vaters wie des leiblichen, aber nicht rechtlichen Vaters und des Kindes berücksichtigen, nicht allerdings die Individualinteressen der Mutter. Nach Meinung des BVerfG kann es das Fehlen einer rechtlichen Zuordnung des Kindes zum nur leiblichen Vater allerdings rechtfertigen, insoweit strengere Anforderungen zu stellen. So könne von ihm der Vortrag von Umständen verlangt werden, die es möglich erscheinen lassen, dass er der biologische Vater des Kindes sein könnte, um das Kind und die Mutter vor der Preisgabe persönlicher Daten und der Offenlegung intimer Begebenheiten in grundlos von Männern angestregten Verfahren zu schützen, zu denen sie in keiner rechtlichen oder sozialen Beziehung stehen. Anders als bei Vater und Kind braucht das „einfache Verfahren auf Klärung der Abstammung“ hier also nicht voraussetzungslos zu sein, man wird es aber wohl grundsätzlich auch für diese Männer eröffnen müssen.

Mit dem Gedanken, dass nur über das Vaterschaftsfeststellungsverfahren sichergestellt werden könne, dass er gegebenenfalls Verantwortung für das Kind übernehme, wird das verfas-

---

<sup>9</sup> In der Vergangenheit haben verschiedene Gerichte Auskunftsverlangen kleiner Kinder, die von Pflegern oder Vormündern geltend gemacht wurden aus verschiedenen Gründen zurückgewiesen, so etwa das OLG Hamm, FamRZ 1991, 1229 f., weil es sei bei dem Auskunftsrecht um ein höchstpersönliches Recht handele, dass nur das verständige Kind selbst geltend machen dürfe; ähnlich wohl OLG Zweibrücken, NJW 1990, 719, 720, das dem Jugendamt ein Vorgehen gegen den Willen des über 14jährigen Kindes versagte; LG Essen, das allein finanzielle Interessen als Grund für ein Auskunftsbegehren ausschloss; ähnlich AG Rastatt, FamRZ 1996, 1299, 1301; AG Schwetzingen, DAVorm 1992, 88 ff., wobei letzteres auch noch eine besondere Konfliktlage bei der Mutter (Prostitution) angenommen hat

<sup>10</sup> vgl. u.a. die Regelung in § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB, wo das Gericht an die Einigkeit der Eltern gebunden ist, wenn nicht ein über 14 Jahre altes Kind widerspricht oder eine Kindeswohlgefährdung vorliegt

sungsrechtlich abgesicherte Interesse auf folgenlose Feststellung, (nicht) der leibliche Vater zu sein, nicht hinreichend geschützt. Der Gedanke, es müsse verhindert werden, dass der vermeintlich leibliche Vater allein mit seinem Klärungsinteresse Zweifel in eine funktionierende soziale Familie hineintrage, übersieht, dass es hier nicht nur um den anfechtenden, sondern um den sich von einem Vaterschaftsverdacht befreienden Mann handeln kann oder schlicht um einen, der einfach mal wissen will. Zudem lässt sich bei fehlender rechtlicher Zuordnung des Kindes zu einem Mann schlecht von einer rechtlich zu schützenden „funktionierenden sozialen Familie“ sprechen. Die von den Entwurfsverfassern angestellten Überlegungen betreffen ausschließlich den Fall, dass es einen rechtlichen Vater gibt, der möglicherweise nicht der leibliche Vater ist. Für diesen Fall haben wir in §§ 1600 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BGB eine ausreichende Regelung. Hier aber geht es um die Fälle, in denen es noch keinen rechtlichen Vater gibt. M.E. muss der Mann, der eidesstattlich versichert, mit der Mutter in der gesetzlichen Empfängniszeit geschlechtlich verkehrt zu haben, die Möglichkeit bekommen, ebenso wie Vater, Mutter und Kind die Abstammung klären zu lassen.

### **c. zu § 1598a Abs. 3 BGB-E**

Danach muss das Gericht das Verfahren aussetzen, wenn und solange die Klärung der leiblichen Abstammung eine erhebliche Beeinträchtigung des Wohls des minderjährigen Kindes begründen würde, die auch unter Berücksichtigung der Belange des Klärungsberechtigten für das Kind unzumutbar wäre. Das ist eine für die Praxis schwer handhabbare Vorschrift, die eher verfahrensvermehrend als verfahrensverhindernd wirken dürfte. Der Entwurfsbegründung ist zu entnehmen, dass nach den Vorstellungen der Entwurfsverfasser eine Aussetzung so gut wie nie vorkommen dürfte.

Auch an dieser Stelle weise ich darauf hin, dass der Entwurf nicht ernsthaft mit der Möglichkeit rechnet, dass ein Kind, d.h. ein nach Abs. 1 Nr. 2 Klärungsberechtigter, seinen Anspruch durchsetzen will. Denn ansonsten hätte er eine differenziertere Regelung zur Sicherung des Kindeswohls und vielleicht auch Regeln zur altersmäßigen Begrenzung der Geltendmachung des Anspruches durch Kinder geschaffen. Es hätte nahe gelegen, hier wie in § 1671 BGB, eine Altersgrenze von 14 Jahren einzuführen.

### **d. zu § 1600 Abs. 5 BGB-E**

Diese Vorschrift wird die familiengerichtliche Praxis vor erhebliche Probleme stellen, weil sie sehr unbestimmt ist. Der sprachliche Gleichklang mit der Ausnahmeregelung des § 1598a Abs. 3 BGB-E und die dazu getroffenen Feststellungen in der Entwurfsbegründung zwingen zur Annahme, dass auch im Anfechtungsverfahren nur in extremen Ausnahmefällen eine Anfechtung ausgeschlossen sein soll. Das aber wird m.E. den verfassungsrechtlichen Vorgaben des BVerfG in seiner Entscheidung vom 13. 2. 2007 nicht gerecht. Hier wird verlangt, der Gesetzgeber habe „sicherzustellen, dass die nun leichter zu erwerbende Kenntnis des rechtlichen Vaters, nicht biologischer Vater zu sein, im Anfechtungsverfahren nicht sogleich zur Beendigung der rechtlichen Vaterschaft führt, wenn dies wegen der Dauer der rechtlichen und sozialen Bindung zwischen dem Kind und seinem rechtlichen Vater sowie der besonderen Lebenssituation und Entwicklungsphase, in der sich das Kind gerade befindet, zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Kindeswohls führt.“ Das klingt nicht nach absoluter Ausnahmeregelung und lässt m.E. durchaus auch finanzielle Gesichtspunkte, insbesondere solche der Sicherung des bisherigen Lebensstandards in den Abwägungsüberlegungen zu. Allerdings wird der Gesetzgeber der familiengerichtlichen Praxis hier gewisse Leiden nicht ersparen können. Es ist und bleibt Aufgabe der Rechtsprechung, im Einzelfall für eine verfassungsrechtliche Konkordanz konkurrierender Grundrechtspositionen zu sorgen. Die jetzt gewählte Formulierung lässt eine differenzierende und differenzierte Rechtsprechung unter Beachtung der Festlegungen des BVerfG zu. Mehr kann man vernünftigerweise nicht erwarten.

### e. Zu § 1600b Abs. 5, 7 BGB-E:

Dass die Anfechtungsfrist durch die Einleitung eines Verfahrens nach § 1598a Abs. 2 gehemmt wird und § 204 Abs. 2 BGB entsprechend angewandt werden soll, versteht sich eigentlich von selbst. Die Klarstellungen sind zu begrüßen. Anders ist das mit der in Abs. 7 vorgesehenen Regelung.

#### Zu Abs. 7 S. 1

Gegen diese Vorschrift bestehen erhebliche Bedenken, und zwar sowohl unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten wie aus der Sicht der familiengerichtlichen Praxis. Sie hebt im Ergebnis nämlich die Anfechtungsfrist praktisch vollständig auf und gefährdet damit ohne ausreichenden Grund das verfassungsmäßige Recht des Kindes auf Sicherung seiner sozialen Familie.

Den Entwurfsverfassern ist darin zuzustimmen, dass der Gesetzgeber eine Balance zwischen dem zeitlich unbefristeten Klärungsanspruch nach § 1598a BGB und dem zeitlich befristeten Anfechtungsanspruch nach § 1600 BGB finden muss. Man kann aber von keiner Balance sprechen, wenn man sich einseitig für die praktisch unbefristete Anfechtungsmöglichkeit entscheidet. Jedenfalls von dem Zeitpunkt an, wo der Klärungsberechtigte ein Wahlrecht bekommt zwischen folgenloser Abstammungsklärung und mit rechtlichen Konsequenzen für den Status des Kindes verbundenen Anfechtung der rechtlichen Zuordnung einem Vater, kann und muss der Klärungs- und Anfechtungsberechtigte m.E. auch die Konsequenzen seiner Wahl tragen. Unterlässt er trotz konkreter und vernünftiger Zweifel an der Abstammung sowohl eine Klärung wie eine Anfechtung, kann und muss die Anfechtungsfrist verstreichen. Er verdient keinen besonderen Schutz. Durch die beabsichtigte Regelung wird aber, anders als von den Entwurfsverfassern ausgeführt, auch die bisherige Familie nicht geschützt. Der zaudernden Zweifler mag aner kennenswerte oder auch weniger aner kennenswerte Gründe haben, seine Zweifel nicht offen zu legen. Dadurch, dass er dieses später dann doch darf, wird keine soziale Familie wirklich geschützt. Zu Unrecht bezieht sich der Entwurf auf die Situation, dass die Familie trotz der Großherzigkeit des Vaters zerbricht. An keiner Stelle der gesetzlichen Regelung wird das Anfechtungsrecht nämlich auf diese oder ähnliche Situationen beschränkt. Den Entwurfsverfassern war erkennbar auch bewusst, dass die Regelung in Abs. 7 S. 1 offensichtlich unausgewogen ist, wie nicht zuletzt die Gegenüberstellung der Bundesregierung vom 10. 10. 2007 (BT-Drs. 16/6649) zeigt.

Die vorgesehene Regelung in § 1600b Abs. 7 S. 1 BGB-E macht allein Sinn in den Fällen, in denen es noch nicht die Möglichkeit einer folgenlosen Abstammungsfeststellung gab, d.h. die Vorschrift erscheint nur als **Übergangsbestimmung** für alle bis zum Inkrafttreten des neuen Gesetzes rechtskräftig abgeschlossenen Anfechtungsverfahren vertretbar, hier allerdings angesichts des verfassungsrechtlichen Ranges des Klärungsanspruches auch geboten.

Ob die Möglichkeit einer Fristdurchbrechung nur dem Vater und dem Kind, nicht jedoch der Mutter eröffnet werden darf, soll hier nicht näher diskutiert werden. Die von den Entwurfsverfassern dazu angestellten Überlegungen halten sich im Rahmen der bereits vom BVerfG vorgenommenen rechtlichen Abwertung der Belange der Mutter. Wenn die in § 1600b Abs. 7 S. 1 BGB-E vorgesehene Regelung nur als Übergangsvorschrift Gesetzeskraft erlangt, kann man mit ihr leben. Sie stellt jedenfalls keine Verschlechterung gegenüber dem geltenden Recht dar.

#### Zu Abs. 7 S. 2

Mit diesem Satz wird zumindest ein gewisser Kinderschutz versucht. Der Versuch ist allerdings misslungen, weil diese Regelung unpraktikabel und, wie der Bundesrat zu Recht moniert, im Hinblick auf das Wohl des Kindes kontraproduktiv ist. Durch eine derartige Rege-



lung wird jede Fristberechnung unkalkulierbar, was dem Ziel von Fristen, Rechtssicherheit zu schaffen, widerspricht.

Der Entwurf erscheint hier zudem widersprüchlich: Kindeswohlgesichtspunkte sollen in extremen Ausnahmefällen eine Klärung oder Anfechtung der Abstammung nur vorübergehend verhindern, unter weniger schweren Voraussetzungen dann aber eine Anfechtung doch endgültig verhindern können.

Wenn man die Regelung in § 1600b abs. 7 S. 1 BGB-E als generelle Regelung streicht und nur als Übergangsvorschrift beibehält, bedarf es m.E. der Beschränkung des Abs. 7 S. 2 nicht.

**f. zu § 1629 Abs. 2a BGB-E:**

Ich verweise auf das oben zu § 1598a Abs. 1 Nr. 3 BGB-E Gesagte.

**g. zu § 49a abs. 2a FGG-E:**

Die vorgeschlagene Ergänzung mit der bloßen Möglichkeit für das Familiengericht, das Jugendamt vor einer Entscheidung über die Ersetzung der Einwilligung in einer Abstammungsuntersuchung anzuhören, erscheint zweckmäßig und ausreichend. Die Forderung des Bundesrates nach einer obligatorischen Anhörung des Jugendamtes übersieht in der Tat, dass regelmäßig zwar nicht der allgemeine Soziale Dienst des Jugendamtes, d.h. das Jugendamt i.S.d. § 50 SGB VIII, wohl aber eine andere kompetente Abteilung des Jugendamtes, nämlich die für Vormundschaften und Pflegschaften, als Ergänzungs- und Amtspfleger mit der Wahrung der Belange des Kindes betraut sein werden. Auch wenn in der alltäglichen Praxis eine reibungslose Zusammenarbeit dieser beiden Abteilungen des Jugendamtes nicht immer gewährleistet ist, muss doch davon ausgegangen werden, dass sich die Abteilung Vormundschaften und Pflegschaften beim Allgemeinen Sozialen Dienst erkundigt und alles zur Wahrung der Belange des Kindes Erforderliche erfährt. Im Übrigen verblüfft, dass an dieser Stelle einmal der Bundesrat für mehr Beschäftigung von Landesbediensteten Sorge trägt. Ansonsten ist es eher umgekehrt.

**h. zu § 56 Abs. 3 FGG-E**

Diese Vorschrift bewirkt m.E. das exakte Gegenteil dessen, was sie bewirken soll: würde es sie nicht geben, würde ausschließlich § 621e Abs. 1 und 2 ZPO in der geänderten Fassung gelten mit der Folge, dass alle Endentscheidungen im Rahmen des § 1598a BGB-E nur mit der befristeten Beschwerde und Rechtsbeschwerde angreifbar wären. Durch den neu eingefügten § 56 Abs. 3 FGG wird dieses plötzlich in Frage gestellt. Denn der Entwurf spricht hier nur von Beschwerde, und das kann nach der Gesetzessystematik allein die allgemeine FGG-Beschwerde nach §§ 19, 20 FGG sein. Erkennbar soll sich der Regelungsgehalt des neuen § 56 FGG-E darauf beschränken, den Kreis der Beschwerdeberechtigten zu begrenzen. Dann aber wäre es besser zu formulieren:

„Gegen Entscheidungen nach § 1598a Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind nur die in § 1598a Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs genannten Personen beschwerdeberechtigt.“