

DEUTSCHES INSTITUT
FÜR JUGENDHILFE UND
FAMILIENRECHT e. V.



FORUM FÜR FACHFRAGEN

Postfach 10 20 20
D-69010 Heidelberg

Fon 0 62 21/98 18-0
Fax 0 62 21/98 18-28

institut@dijuf.de
www.dijuf.de

HINWEISE

von Dr. Thomas Meysen

zur Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am
12. Dezember 2007

Entwurf eines Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig
vom Anfechtungsverfahren, BT-Drucks. 16/6561, 16/6649

Entwurf eines Gesetzes über genetische Untersuchungen zur Klä-
rung der Abstammung in der Familie, BT-Drucks. 16/5370

Rechtsfolgenlose Vaterschaftsfeststellung und ihre Folgen

I. Vorbemerkung

Der vorgelegte Gesetzentwurf enthält eine konsequente Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts aus dem Urteil vom 13. Februar 2007 (1 BvR 421/05). Die Konzeption erscheint schlüssig und in sich stimmig.

Der Entwurf bringt die Interessen der verschiedenen Beteiligten ganz überwiegend zu einem angemessenen Ausgleich. Aus Sicht der zukünftig vom Gesetz betroffenen Kinder sollte der Bundestag jedoch insbesondere folgende Nachbesserungen überlegen:

- Die völlige Vorraussetzungslosigkeit für die „folgenlose“ Vaterschaftsklärung übersieht, dass in der Durchführung eines solchen Tests auch eine Belastung durch den potenziell drohenden Vaterverlust und ein tief greifender Vertrauensbruch für das Kind liegt. Dem Antragsteller nach § 1598 a BGB-E sollte daher auferlegt werden, seine Zweifel darzulegen.

- Hat ein ehelicher Vater in Kenntnis der fehlenden leiblichen Abstammung eine Vaterschaft nicht angefochten oder ein Mann im Wissen der fehlenden Erzeugerschaft die Vaterschaft anerkannt, so sollte ihm späte Reue verwehrt sein und über das Verfahren nach § 1598 a BGB-E keine Legitimation finden.

II. Anspruch auf Einwilligung in eine genetische Untersuchung (§ 1598 a BGB-E)

1. Voraussetzungslosigkeit der „folgenlosen“ Vaterschaftstestung

Kinder haben in der Regel ein Interesse, dass ihre Eltern tatsächlichen Zweifeln über die Vaterschaft nachgehen. Stehen solche im Raum, beeinträchtigen sie nicht nur die Beziehung zwischen den Eltern, sondern vor allem auch die Bindungsangebote des Vaters und korrelierend auch das Bindungsverhalten des Kindes.

Auf der anderen Seite ist ein virulentes Interesse von Kindern, in Auseinandersetzungen ihrer Eltern nicht instrumentalisiert zu werden. Dazu würde das vollständige Fehlen von Voraussetzungen für eine – für die Vaterstellung zunächst – folgenlose Vaterschaftstestung Tür und Tor öffnen.

Nach der Erfahrung der Berater, Unterstützer, Beistände in den Jugendämtern ist die Behauptung, eigentlich gar nicht der Vater zu sein, seit jeher einer der Hauptgründe für eine Zahlungsverweigerung von eigentlich leistungsfähigen Vätern. Zukünftig werden daher viele Väter nach der Trennung eine genetische Abstammungsbegutachtung verlangen. Ziel bzw. Hoffnung ist in erster Linie, der Unterhaltspflicht zu entkommen. Aber auch Rachebedürfnisse gegenüber der Mutter können mit dem Test bedient werden, drückt sich in ihm doch ein tiefes Misstrauen gegenüber der ehemaligen Partnerin aus und ist er geeignet, zu verletzen.

Doch im Elternstreit darf nicht übersehen werden, dass die Durchführung eines solchen Tests vom Kind ebenfalls als Vertrauensbruch erlebt wird und zu weiteren, erheblichen Verunsicherungen führen kann. Das unterstreicht zum einen die Notwendigkeit, das Vorgehen der Erwachsenen dem Kind gegenüber von vornherein transparent zu machen, damit mit der Heimlichkeit nicht eine weitere massive Missachtung der Vertrauensbeziehung hinzukommt. Zum anderen erfordert dies aber auch, dass tatsächlich Zweifel an der Vaterschaft Anlass für den Test sind und nicht Motive, die rein dem Elternkonflikt entspringen.

Den Familienrichter/inne/n sollte daher eine Ablehnung des Tests zumindest bei offensichtlichem Missbrauch möglich sein. § 1598 a Abs. 2 BGB-E könnte hierzu etwa wie folgt ergänzt werden:

„(2) Wird der Anspruch auf Einwilligung nicht erfüllt, hat das Familiengericht die Einwilligung auf Antrag einer der in Absatz 1 genannten Personen zu ersetzen und die Duldung einer Probenentnahme nach Absatz 1 anzuordnen, wenn

die in Absatz 1 genannte Person glaubhaft vorträgt, an der Vaterschaft zu zweifeln.

Die Aufnahme einer Pflicht zu entsprechend schlüssigem, aber vom Gericht nicht weiter zu hinterfragenden Vortrag, halte ich für eminent wichtig.

2. Probenentnahme nach anerkannten Grundsätzen der Wissenschaft

Die Aufnahme der Vorgabe, dass die Probe „nach den anerkannten Grundsätzen der Wissenschaft entnommen werden“ muss (§ 1598 a Abs. 1 Satz 2 BGB-E), ist als unabdingbare Grundvoraussetzung für eine Verwertbarkeit der Testung sehr zu begrüßen. Sie erscheint insbesondere aus Sicht des Kindes unerlässlich.

Nach einer Trennung der Eltern dürfte, wie gesehen, zukünftig vermehrt mit der Durchführung von Vaterschaftstests zu rechnen sein. Die Validität der privat eingeholten Abstammungsgutachten, insbesondere die Verwertbarkeit in einem möglichen späteren Vaterschaftsanfechtungsverfahren, ist jedoch ohne Beteiligung einer öffentlichen Stelle höchst zweifelhaft. Nach den Erfahrungen der Jugendämter sind Manipulationen beim eingesandten Genmaterial besonders häufig zu beobachten, wenn eine Unterhaltspflicht abgewendet werden soll.

Im Interesse des Kindeswohls ist daher notwendig, dieser Missbrauchsmöglichkeit, wie in § 1598 a Abs. 1 Satz 2 BGB-E geschehen, mit gesetzgeberischer Verbindlichkeit vorzubeugen. Für ein Kind wäre emotional nicht zu verarbeiten, zunächst mit manipulierten Testergebnissen konfrontiert zu werden, die es fälschlicherweise glauben lassen, der Mann, den es jahrelang für seinen Vater gehalten und als Vater geliebt hat, sei gar nicht der Vater, um im anschließenden Anfechtungsverfahren den Vater wieder zurückzubekommen.

3. Abstammungsuntersuchung – nur genetisch?

Voraussetzung ist eine Entnahme des Genmaterials bzw. der Blutprobe durch eine – untechnisch gesprochen – „Amtsperson“. Das Kind ist damit automatisch in die Klärung einbezogen. Sie kann ihm gegenüber nicht „heimlich“ bleiben.

Weshalb die Formulierung in § 1598 a Abs. 1 BGB-E jedoch allein auf „genetische“ Abstammungsklärunungsverfahren abstellt, erscheint unklar. Die Blutgruppentestung ist ein mindestens ebenso probates wie sicheres Verfahren und sollte daher nicht durch die Hintertür ausgeschlossen werden:

Das Wort „genetische(n)“ sollte im Gesetzestext ersatzlos entfallen (§ 1598 a Abs. 1 Satz 1 [2x], Abs. 4 [2x], § 1600 b Abs. 7 Satz 1 BGB-E, § 640 Abs. 2 Nr. 2 ZPO-E, § 56 Abs. 1 Satz 1 FGG-E, § 94 Abs. 1 Nr. 7 KostO-E).

4. Aussetzung bei Unzumutbarkeit für das Kind (Absatz 3)

a) Die vorgeschlagene Bestimmung soll offensichtlich folgenden Ausführungen des BVerfG Rechnung tragen (vgl. S. 18 der Begründung):

„Allerdings ist der Gesetzgeber gehalten, Sorge dafür zu tragen, dass im Vaterschaftsanfechtungsverfahren das von Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Interesse insbesondere des Kindes, gegebenenfalls eine rechtliche und soziale familiäre Zuordnung zu behalten, auch weiterhin Berücksichtigung findet. Auch dabei hat der Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum. So kann er sicherstellen, 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 führte.“

Das BVerfG hat diese Einschränkung nur *auf das Anfechtungsverfahren* bezogen. Es ist zu begrüßen, dass diese Schranke nach dem vorgelegten Gesetzentwurf auch im Verfahren über die Anordnung, die Probenentnahme zu dulden, gelten soll.

b) In der Entwurfsbegründung wird allerdings zugleich der Ausnahmecharakter des – zeitweiligen – Ausschlussgrunds deutlich hervorgehoben. Die Härteklausele solle „den Fällen Rechnung tragen, in denen das Abstammungsgutachten aufgrund außergewöhnlicher Umstände atypische, besonders schwere Folgen für das Kind auslöst.“ In Betracht kämen dafür insbesondere „psychische und physische Gründe in der Person des Kindes, die dazu führen können, dass das Ergebnis des Gutachtens das Kind außergewöhnlich belastet (z. B. Suizidgefahr oder Gefahr der gravierenden Verschlechterung einer bereits bestehenden schweren Krankheit).“

Diese Ausführungen sind natürlich nicht mehr als eine Auslegungshilfe. Sie lassen dennoch erkennen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers nur in ganz seltenen Fällen eine derartige Aussetzung in Betracht kommen soll. Dies erscheint gerechtfertigt.

III. Ausschluss der Vaterschaftsanfechtung wegen Unzumutbarkeit für das Kind (§ 1600 Abs. 5 BGB-E)

1. Erweiterter Anwendungsbereich

Der Ausschlussgrund in § 1600 Abs. 5 BGB-E soll zu Recht für sämtliche Anfechtungen gelten. Der Gesetzgeber trägt damit dem Umstand Rechnung, dass die Klärung der Abstammung zukünftig viel leichter als bisher herbeigeführt werden kann. Aus Sicht

des Kindeswohls ist dies nicht nur uneingeschränkt zu begrüßen, sondern auch unbedingt zu fordern.

2. Identischer Wortlaut – unterschiedliche Auslegung?

Der Gesetzentwurf wählt für den „Kindeswohlvorbehalt“ sowohl in § 1600 Abs. 5 BGB-E als auch in § 1598 a Abs. 3 BGB-E einen identischen Wortlaut. Die Gesetzesbegründung legt jedoch nahe, bei den unterschiedlichen Abwägungsvorgängen unterschiedlich zu gewichten. In Anbetracht der infrage stehenden Eingriffe in Grundrechte des Kindes – einerseits Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), andererseits Recht auf Schutz der Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) – erscheint dies auch nicht nur gerechtfertigt, sondern zwingend. Dem Legitimieren einer Begutachtung steht eine Statusänderung für das Kind gegenüber.

Es ist allerdings zu bezweifeln, dass diese – auch vom Gesetzgeber intendierten – unterschiedlichen Wertungen bei identischem Gesetzeswortlaut in der späteren Praxis tatsächlich sinnvoll und verlässlich sicherzustellen sind. Eine Differenzierung auch im Gesetzestext erscheint daher unbedingt vorzugswürdiger.

IV. Erneuter Fristbeginn nach Kenntnis vom Abstammungsgutachten (§ 1600 b Abs. 7 BGB-E)

1. „Erneut“?

Hervorzuheben ist zunächst, dass § 1600 b Abs. 6 BGB-E, der allein für den Vater gelten soll, nur dann eingreift, wenn er durch eine genetische Untersuchung – die nicht zwingend durch ihn erwirkt worden sein muss, obwohl dies der Regelfall sein dürfte – Kenntnis von seiner Nichtvaterschaft erhält. Insoweit ist die Formulierung, dass die Frist für den Vater dann „erneut“ beginne, missverständlich. Sie wäre nur korrekt, wenn dem Vater einmal Umstände bekannt geworden waren, die gegen seine Vaterschaft sprachen, er aber gleichwohl von einer Anfechtung abgesehen hat.

Denkbar ist aber – zumindest nach derzeitigem Entwurf ohne oben vorgeschlagene Einschränkung (II.1.) – auch die Fallgestaltung, dass ein misstrauischer Vater einfach ins Blaue hinein ein Gutachten erzwingt, ohne Anhaltspunkte für die Erzeugerschaft eines anderen Mannes zu haben. In diesem Fall hätte die Frist nach § 1600 b Abs. 1 und 2 BGB für ihn noch gar nicht zu laufen begonnen, weil er noch nicht von Umständen erfahren hat, die gegen die Vaterschaft sprechen. Deshalb kann die Frist durch ein Gutachten, das seine Vaterschaft ausschließt, dann nicht „erneut“ in Gang gesetzt werden.

2. Erhebliche Beeinträchtigung des Kindeswohls

Die durch die Vorschrift des § 1600 b Abs. 7 BGB-E eingeführte Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeit ist – zu Recht – die weitestgehende. Das gilt zunächst inhaltlich: Hier genügt für die Nichteröffnung der („erneuten“) Frist zur Anfechtung, dass „die Folgen der Anfechtung das Kindeswohl erheblich beeinträchtigen.“ Nicht verlangt wird das zusätzliche, in § 1598 a Abs. 3 BGB-E bzw. § 1600 Abs. 5 BGB-E enthaltene Erfordernis, dass diese Beeinträchtigung so erheblich sein müsse, dass sie auch unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers bzw. Anspruchstellers (gemeint: bei der Anfechtung) für das Kind unzumutbar ist.

Damit wird naturgemäß ein größerer Kreis von Ausschlussgründen eröffnet. Zu erinnern ist daran, dass bereits § 1600 a Abs. 4 BGB bei der Anfechtung durch den gesetzlichen Vertreter verlangt, dass diese „dem Kindeswohl dienen“ müsse (vgl. hierzu *Diederichsen*, in: Palandt, BGB, 66. Aufl. 2007, § 1600 a Rn. 11). Der Rechtsprechung sind Beispielsfälle zu entnehmen, wann dies verneint wurde, z. B. wenn keine Möglichkeit besteht, die wirkliche Vaterschaft festzustellen. Es ist eine ziemlich sophistische Abgrenzungsfrage, wann eine Anfechtung, die nicht dem Kindeswohl dient, auch das Kindeswohl beeinträchtigt. Auch bei dieser Prüfung wird es aber darauf ankommen, die konkreten Vor- und Nachteile der Anfechtung miteinander abzuwägen, wobei das Gericht zudem die möglichen Auswirkungen des Anfechtungsverfahrens auf die persönlichen Beziehungen zwischen Mutter und Kind zu berücksichtigen hat.

Für die Entwicklung eines Kindes ist der Verlust eines Elternteils regelmäßig ein tief greifender, belastender Einschnitt. Insbesondere dann, wenn mit dem Verlust die eigene Herkunft und Identität in Frage gestellt wird. Der mit der Anfechtung der Vaterschaft einhergehende Vertrauensverlust beschädigt die kindliche Selbstvergewisserung, als Kind seiner „eigenen“ Eltern geliebt zu werden. Dies ist bekannt aus der Forschung mit Adoptivkindern, die spät über ihre wahre Herkunft informiert werden.

Wenn die Gesetzesbegründung darlegt, eine erhebliche Beeinträchtigung könne sich aus einer langjährigen, engen Vater-Kind-Beziehung ergeben, so kann dies nur unterstrichen werden. Das Kind hat sich mit seinem Liebesbedürfnis auf diesen Vater als Vater eingelassen und entsprechende Bindungen aufgebaut. Es hat davon abgesehen, sich auf die Suche nach dem „eigentlichen“ Vater zu begeben. Zum Wohl des Kindes wäre es daher unverantwortlich, dürfte sich der Vater trotzdem jederzeit und willkürlich der zuvor bewusst und wissend eingegangenen Vaterrolle wieder entledigen, etwa weil er nicht mehr mit dem Kind zusammenwohnt und sich der Unterhaltspflichten entziehen will. Eltern sind insoweit ihren Kindern, deren Gefühlen und Bindungen gegenüber verpflichtet und auch über die Begrenzung der Anfechtungsmöglichkeit hinsichtlich der Vaterschaft in die Pflicht zu nehmen.

Für den neu eingefügten § 1600 b Abs. 5 BGB-E bedarf es sinnvollerweise einer begrifflichen Differenzierung im Vergleich zu der – nach dem Entwurf bislang wortlautidentischen – Unzumutbarkeitsschranke des § 1598 a Abs. 3 BGB-E (siehe oben III. 2.).

Eine Anfechtung sollte nicht erst ausgeschlossen sein, wenn sie für das Kind „unzumutbar“ ist, sondern nur zulässig, wenn sie für das Kind zumutbar erscheint.

Bei der Abwägung sind bei der Anfechtung auf Seiten des Kindes andere, weit gewichtigere Interessen zu berücksichtigen als beim Testen der tatsächlichen Abstammungsverhältnisse. Dies wird auch in der Gesetzesbegründung deutlich herauszuarbeiten sein.

3. Erstmalige Kenntnis als konstitutive Anfechtungsvoraussetzung

Nicht wenige eheliche Vaterschaften werden in positiver Kenntnis der biologischen Nichtvaterschaft akzeptiert. Auch Anerkennungen einer Vaterschaft trotz Wissens von der fehlenden Erzeugereigenschaft kommen durchaus vor. Hier erschiene es aus Perspektive des Kindes unangemessen, wenn dem Vater bei späterer Reue – etwa wegen Scheidung/Trennung, Zerwürfnissen mit dem Kind etc. – die Möglichkeit einer Anfechtung nach zuvor durchgeführter Testung eingeräumt würde.

Das Anfechtungsrecht würde dem Vater zudem ein nicht unerhebliches Druckmittel an die Hand geben. Er könnte bspw. bis ins hohe Alter mit einer (Enterbung) mittels Vaterschaftsanfechtung drohen und so bestimmtes Verhalten seines Kindes einfordern, sanktionieren bzw. „erpressen“.

Eine Anfechtung nach § 1600 b Abs. 7 Satz 1 BGB-E sollte daher nur bei „erstmaliger“ Kenntnis von der nicht bestehenden leiblichen Abstammung zulässig sein. Der Gesetztext bedarf entsprechender Ergänzung.

V. Anhörung des Kindes als Sollvorschrift (§ 56 Abs. 1 FGG-E)

Die Ausgestaltung der Kindesanhörung als Sollvorschrift für Jugendliche ab Vollendung des 14. Lebensjahrs und als Kannvorschrift für jüngere Kinder ist zu begrüßen. Die Regelung erscheint hinreichend verbindlich und eröffnet gleichzeitig ausreichend Raum für richterliche Flexibilität.

Es wäre allenfalls zu überlegen, ob eine Einschränkung dahingehend erfolgt, dass das Kind „nur“ in den Fällen angehört werden soll, in denen Anhaltspunkte für eine unzumutbare Beeinträchtigung des Kindeswohls im Sinne des § 1598 a Abs. 3 BGB-E vorliegen.

VI. Bestellung eines Ergänzungspflegers

Richtigerweise soll in § 1629 Abs. 2a BGB-E ein ausdrückliches Vertretungsverbot für die Eltern im gerichtlichen Verfahren eingeführt werden. An der Bestellung eines Er-

gänzungspflegers in Verfahren nach § 1598 a BGB führt daher kein Weg vorbei. Hierzu werden mit Sicherheit ganz überwiegend die Jugendämter bestellt werden.

VII. Beratungspflichten der Jugendämter

1. Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Derzeit hindert die bundesrechtliche Bestimmung der Kreise und kreisfreien Städte zu Trägern der öffentlichen Jugendhilfe (§ 69 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII) den Bundesgesetzgeber, den Jugendämtern – und damit den Kommunen – neue Aufgaben zu übertragen (Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG). Wenn die Gesetzesbegründung aus dem derzeitigen Hindernis aber schlussfolgert, den Ländern die Normierung entsprechender Beratungsaufgaben zu empfehlen, erweckt dies den Eindruck, als habe der Bundesgesetzgeber nach der Föderalismusreform seine gesetzgeberische Identität noch nicht wiedergefunden.

Logische Konsequenz der verfassungsrechtlichen Erkenntnis wäre vielmehr, die Vorschrift des § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII zu ändern und den Ländern die Aufgabe zu überlassen, bestimmen zu dürfen, wer örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe sein sollen. Dann könnte der Beratungsanspruch auch bundesrechtlich normiert werden. Der Bund hat – bekanntlich nach zähem Ringen – aus gutem Grund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die Kinder- und Jugendhilfe behalten (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG). Im Bemühen um einheitliche Lebensverhältnisse erscheinen bundesweit verbindlich vorgegebene Leistungen auch zukünftig unverzichtbar. Dies gilt insbesondere bei der Flankierung von Familienrechtsstreitigkeiten, die ihre Regelung im Familienrecht finden, das als bürgerliches Recht oder gerichtliches Verfahren in der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes liegt (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG).

2. Von vorhandenen Beratungsangeboten umfasst

Unabhängig von der Notwendigkeit, bundesgesetzlich einen möglichst einheitlichen Leistungskatalog vorzugeben, ist die Beratung in Fragen der Vaterschaftsklärung bereits jetzt von den bestehenden Beratungsleistungen des SGB VIII umfasst. Bis die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für eine Normierung von neuen Aufgaben im SGB VIII geschaffen sind, kann daher problemlos auf die bestehenden Beratungsangebote zurückgegriffen werden.

Der Beratungsanspruch kann dabei je nachdem gestützt werden auf die Partnerschaftsberatung zum Aufbau eines partnerschaftlichen Zusammenlebens in der Familie (§ 17 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB VIII), zur Bewältigung von Konflikten und Krisen der Familie (§ 17 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII) oder zur Schaffung von Bedingungen zur förderlichen Wahrnehmung der Elternverantwortung (§ 17 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB VIII).

Sie kann Bestandteil einer Trennungs- und Scheidungsberatung sein (§ 17 Abs. 2 SGB VIII) oder einer Beratung über die Ausübung der Personensorge (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 SGB VIII).

Ungeachtet dessen erscheint unbedingt erstrebenswert, dass bei nächster Gelegenheit in § 18 Abs. 1 SGB VIII die Frage der Klärung der Vaterschaft als weiterer Beratungs- und Unterstützungsgegenstand aufgenommen wird. Wegen der bereits bestehenden, bundesgesetzlich normierten und einschlägigen Beratungsleistungen erscheint die Empfehlung an die Länder in der Gesetzesbegründung kontraindiziert.