

Stellungnahme zu

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucksache 16/6561, 16/6649

b) Gesetzentwurf des Bundesrates BT-Drucksache 16/5370

Das BVerfG hat die Einführung einer gesetzmäßigen Möglichkeit, die Abstammung unabhängig von einem Anfechtungsverfahren zu klären, in früheren Entscheidungen mehrfach erwähnt und in der Entscheidung vom 13.2.2007 schließlich gefordert. Dem tragen beide Entwürfe Rechnung. Der Anspruch auf Klärung der Abstammung i.S.d. Art. 2 I, 1 I GG kann auf diese Weise erfüllt werden. Das weitere Ziel – die Eindämmung oder gar Verhinderung sog. heimlicher DNA-Tests – wird dagegen nur teilweise erreicht werden können, nämlich in den Fällen, in denen der Konflikt schon besteht oder Zweifel bereits geäußert wurden und in den Fällen, in denen der von der Rechtsprechung geforderte sog. Anfangsverdacht erst durch das Klärungsverfahren genügend konkretisiert wird. Soll hingegen das Kind oder der Partner oder beide von den vorhandenen Zweifeln nichts erfahren, wird von dem angebotenen neuen Verfahren nicht Gebrauch gemacht werden.

Die große Mehrheit sind in der Praxis diejenigen Fälle, in denen eine Ehe oder nichteheliche Partnerschaft scheitert und nunmehr entweder immer schon bestehende oder durch Äußerungen der Mutter oder von Dritten im Zusammenhang mit der Trennung geschürte Befürchtungen auftreten, das Kind könne womöglich nicht das eigene Kind sein. Gerade der Fall, daß zwar Zweifel bestanden, diese aber um der Erhaltung der Ehe oder Partnerschaft willen und/oder der Vater-Kind-Beziehung unterdrückt wurden und dadurch die Anfechtungsfrist verstrichen ist, ist in der Praxis nicht selten.

1. Die Gestaltung des Klärungsverfahrens

1.1 Entwurf der Bundesregierung § 1598 BGB E

1.1.1 FG-Verfahren auf Ersetzung der Einwilligung

(1)

Der Entwurf sieht vor, daß die nicht freiwillig erteilte Zustimmung Beteiligter durch das Familiengericht ersetzt wird. Die Ersetzung von fehlenden Zustimmungen ist dem Familienrecht nicht nur in vermögensrechtlichen Angelegenheiten (z.B. § 1612, 1365 Abs. 2, 1366 Abs. 3, 1426 BGB usw.) bekannt, sondern auch in personenrechtlichen Streitigkeiten (z.B. §§ 1618 S. 4, 1748, 1749 BGB). Der Lösungsvorschlag ist sachgerecht.

Es ist jedoch nur für die Entnahme der genetischen Probe vorgesehen, daß sie nach den anerkannten Grundsätzen der Wissenschaft vorgenommen werden muß. Dem gegenüber gibt es keine Kriterien für die Auswahl des Labors, dem zur Erstellung des Gutachtens die Proben überlassen werden sollen. Die Auswahl trifft allein derjenige, der den Anspruch auf Klärung der Abstammung erhoben hat. Das so eingeholte Gutachten ist in einem evtl. anschließenden gerichtlichen Verfahren nur verwertbar, wenn es von Gericht und Gegenpartei akzeptiert wird.

Das Problem ist gesehen, seine Lösung soll aber einem noch zu schaffenden Gendiagnostikgesetz vorbehalten bleiben (Begr. S. 21). Bis dahin soll die Frage ungeregelt bleiben.

(2)

Es ist fraglich, ob durch das vorgesehene Verfahren das Recht des oder der Antragsgegner auf informationelle Selbstbestimmung gewahrt ist. Der Antragsteller wird in die Lage versetzt, das sensible Material ohne jede Qualitätsprüfung einem beliebigen Labor seiner Wahl zuzu-

leiten. Insofern ist den Einwendungen des Bundesrates (Drucksache 549/01 1) zuzustimmen. Den oder die Antragsgegner auf ihre Möglichkeit zu verweisen, im Vollstreckungsverfahren einzuwenden, die Interessen seien nicht genügend gewahrt, weil das Labor nicht mitgeteilt werde oder weil das mitgeteilte Labor nicht ausreichend qualifiziert sei, ist nicht genügend. Der Schutz der Antragsgegnerseite muß schon im Erkenntnisverfahren berücksichtigt werden.

(3)

Die minimale Gestaltung wäre, in die Entscheidung aufzunehmen, daß die Antragsgegnerseite zur Einwilligung und Duldung nur verpflichtet ist, wenn gewährleistet ist, daß nur ein Labor beauftragt wird, welches nach den anerkannten Grundsätzen der Wissenschaft arbeitet.

Das Maximum wäre, wenn das Gericht das Gutachten selbst einholt. Dieses Verfahren hätte seine Vorzüge: Es wäre gewährleistet, daß jede Partei das Gutachten erhält (und nicht entsprechend dem vorgeschlagenen Absatz 4 womöglich in einem neuen Verfahren die Einsicht oder Herausgabe erkämpfen muß – wobei klar ist, daß der Absatz 4 gegen einen nicht herausgabebereiten Antragsteller leer läuft). Es wäre auch der Zeitpunkt der Kenntnisnahme, der für den Fristbeginn im Sinn des § 1600 Abs. 7 BGB E maßgebend ist, durch die gerichtliche Zustellung gesichert. Schließlich könnte ein solches Gutachten in einem etwa nachfolgenden Anfechtungsprozeß verwertet werden. Es ist jedoch nicht zu übersehen, daß nach den bisherigen Erfahrungen der bei weitem größte Teil der Klärungsverfahren nicht in ein nachfolgendes Anfechtungsverfahren übergehen wird. Das spricht gegen diese Maximallösung.

Eine vermittelnde Lösung wäre, daß der Antragsteller das Labor als Teil seiner Antragsbegründung benennen und das Gericht ggf. davon überzeugen muß, daß dort nach den anerkannten Grundsätzen der Wissenschaft gearbeitet wird. Die Begutachtung wird sodann allein vom Antragsteller in Auftrag gegeben.

(4)

Wenn es bei Absatz 4 bleibt, sollte klargestellt werden, daß „eingewilligt“ auch denjenigen betrifft, dessen Einwilligung ersetzt wurde. Zweckmäßig wäre, wenn im Rahmen der Zustellung des Gutachtens durch das Gericht eine Belehrung über die in § 1600 Abs. 7 BGB E enthaltene Anfechtungsfrist an alle Beteiligten erteilt würde.

1.1.2 Verfahrensbeteiligte

(1)

Nach dem Regierungsentwurf sind verfahrensbeteiligt Vater, Mutter und Kind. Der Zusammenhang und auch die Begründung ergeben, daß „Vater“ im Sinne dieser Verfahrensordnung allein der rechtliche Vater ist. Der „mutmaßliche biologische Vater“ wird nicht einbezogen. Ihm wird, obgleich ihm (Begründung S. 18) ein Interesse an der Gewissheit über die Vaterschaft nicht abzusprechen ist, das folgenlose Klärungsverfahren nicht zugestanden, auch nicht unter den Voraussetzungen, die § 1600 Abs. 2, 3 BGB für die Anfechtung durch den biologischen Vater aufstellt, weil die Folgen gem. § 640 h Abs. 2 S. 1 ZPO beim Klärungsverfahren nicht möglich sind. Im Sinne des Schutzes insbesondere des Kindes dürfte diese Gestaltung verfassungsrechtlich vertretbar sein.

(2)

Ein Klärungsverfahren des Kindes gegen den biologischen Vater ist gleichfalls nicht geregelt. Das Kind kann, wenn rechtliche Vaterschaft nicht (mehr) besteht, ein Feststellungsverfahren gem. § 1600 d BGB durchführen, hat aber kein folgenloses Klärungsverfahren. Es ist wohl ein Unterschied, ob die Möglichkeit gegeben sein muß, einen Vater zu behalten und gleichwohl die Abstammung zu klären oder ob die Abstammung geklärt werden, aber der Betreffende

nicht als Vater angenommen werden soll. Akzeptiert man diese Unterscheidung, wird der Entwurf auch insoweit verfassungsrechtlich vertretbar sein.

1.1.3 Verfahrensziel

§ 1598 a BGB E spricht von der Klärung der „leiblichen Abstammung des Kindes“, könnte damit also die Abstammung nicht nur vom Vater, sondern auch von der Mutter meinen. Dies ist offensichtlich nicht gemeint, wie der weitere Text des Entwurfs und mittelbar auch die Begründung ergeben. Die Frage, ob in Fällen der sog. Ei-Spende statt des nicht gegebenen Statusverfahrens eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO möglich ist, ist durchaus umstritten und sollte klargestellt werden und zwar in dem Sinn, daß die Abstammung auch von der Mutter im Klärungsverfahren geprüft werden kann.

1.2 Der Entwurf des Bundesrats

1.2.1

In § 1600 f BGB E fehlt der Anspruch auf Einwilligung, der sich gegen die Mutter richtet.

1.2.2

Verfahrensrechtlich erscheint der Vorschlag lückenhaft. § 1628 Abs. 2 BGB E und § 1629 Abs. 2 BGB E befassen sich ausschließlich mit der fehlenden Einwilligung des Kindes. Der Fall, daß die Einwilligung des Vaters oder der Mutter fehlt, wird nicht geregelt. Der Entwurf sagt weder, welches Verfahren hierzu vorgesehen ist, noch welches Gericht zuständig ist.

Die Aufspaltung einerseits der Übertragung nach § 1628 und andererseits der Ersetzung nach § 1629 BGB des Entwurfs ist nicht glücklich.

2. Die Kindeswohlklauseln

2.1 Der Entwurf der Bundesregierung

2.1.1 Vorschläge des Entwurfs

Es sind drei Kindeswohlklauseln jeweils mit verschiedenen Folgen vorgesehen:

§ 1598 a Abs. 3 für das Klärungsverfahren mit Folge der Verfahrensaussetzung;

§ 1600 Abs. 5 für die Anfechtungsklage mit der Folge der Klageabweisung (daneben bleibt wohl § 1600 a Abs. 4 BGB stehen); schließlich § 1600 b VII für die nach Kenntnis vom genetischen Gutachten erneut eingeräumte Anfechtungsfrist mit der Folge, daß dann eine neue Anfechtungsfrist nicht gewährt wird.

2.1.2 §§ 1598 a, 1600 Abs. 5 BGB E

(1)

Der Gesetzestext spricht von einer „erheblichen Beeinträchtigung des Wohles“ des minderjährigen Kindes, die gegen die Belange des Anfechtungsberechtigten abzuwägen ist. Die in der Begründung genannten Beispiele (Suizidgefahr, Gefahr der gravierenden Verschlechterung einer bereits bestehenden schweren Krankheit, S. 20 der Begründung) sind Fälle der Kindeswohlgefährdung und nicht nur einer „erheblichen Beeinträchtigung“. Es sollte klargestellt sein, was gemeint ist.

(2)

Die Begründung der unterschiedlichen Rechtsfolgen im Klärungsverfahren einerseits, im Anfechtungsverfahren andererseits überzeugt nicht. Insbesondere ist nicht einzusehen, daß dem Anfechtenden doppelte Verfahrenskosten zugemutet werden, obwohl das Ausübungshindernis immer zeitlich befristet ist (längstens durch den Eintritt der Volljährigkeit). Es sollte auch im Fall der Anfechtungsklage eine Aussetzung des Verfahrens anstelle einer Abweisung der Anfechtungsklage vorgesehen werden.

(3) § 1600 b VII BGB E

(a) Satz 2 des Entwurfs sollte überprüft werden.

Auch in diesem Fall sollte die Güterabwägung stattfinden, wie sie in § 1600 V BGB E in Satz 1 vorgesehen ist.

(b) Bedenken bestehen auch dagegen, daß der Zeitpunkt der Kenntnis vom Ergebnis der genetischen Untersuchung zugleich der Beurteilungszeitpunkt für die Kindeswohlbeeinträchtigung sein soll. Der Wortlaut des Entwurfs ergibt dies nicht, wohl aber die Begründung (S. 24). Konsequenterweise soll keine erneute Anfechtungsmöglichkeit gegeben sein, wenn die Kindeswohlbeeinträchtigung wieder entfällt. Das würde z. B. bedeuten, daß dann, wenn kurz vor dem 18. Geburtstag des Kindes das genetische Gutachten eingeht, gleichwohl nach dem 18. Geburtstag des Kindes eine Anfechtungsklage nicht möglich ist (sofern die erste Frist verstrichen war), wenn die Anfechtung vor dem Eintritt der Volljährigkeit das Wohl des (minderjährigen) Kindes erheblich beeinträchtigt hätte. Auch wäre denkbar, daß das minderjährige Kind zunächst durch das Ergebnis der Begutachtung stark betroffen und daher beeinträchtigt ist, sich im Laufe der darauffolgenden 2 Jahre aber die Situation ändert und die Betroffenheit des Kindes abklingt. In den beiden anderen Fällen der Kindeswohlbeeinträchtigung ergibt schon der Wortlaut, daß die spätere Änderung einschließlich des Eintritts der Volljährigkeit die Fortsetzung des Verfahrens bzw. die Anfechtungsklage ermöglicht („wenn und solange“). Es ist nicht erkennbar, warum dies im Falle des § 1600 b Abs. 7 BGB E nicht der Fall sein soll.

2.2 Der Entwurf des Bundesrates

Im Entwurf des Bundesrates wird das Kindeswohl nicht unmittelbar angesprochen. Es wird in der Begründung auf § 1697 a BGB verwiesen. Es ist richtig, daß dort nicht generell das Kindeswohl Entscheidungsmaßstab ist, sondern daß die Interessen der weiteren Beteiligten mit abzuwägen sind. Insgesamt ist aber angesichts der Bedeutung, die das BVerfG in der Entscheidung 13.2.2007 der Berücksichtigung des Kindeswohls zugemessen hat, nicht ausreichend, nur auf § 1697 a hinzuweisen.

Zuzustimmen ist dem Bundesratentwurf hingegen, soweit die ersatzlose Aufhebung des § 1600 b Abs. 7 S. 2 BGB E vorgeschlagen wird.

3. Anfechtungsfristen

3.1 Begünstigte gem. § 1600 b Abs. 7 BGB E

Ursprünglich war die erneuerte Anfechtungsfrist nur für den rechtlichen Vater vorgesehen; jetzt gilt er auch für das Kind, nicht aber die Mutter, weil deren Interessen nicht weit genug reichen, in das Rechtsverhältnis zwischen Vater und Kind einzugreifen (Begründung S. 24 f). Zumindest in der Zeit der Minderjährigkeit des Kindes hat das Rechtsverhältnis zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind so viele Auswirkungen auf die Lebenssituation der Mutter (gemeinsame elterliche Sorge; Umgangsrecht und die daraus für die Mutter entspringenden Beschränkungen, vom Unterhaltsanspruch ganz zu schweigen), daß während der Minderjährigkeit des Kindes die Erstreckung dieser erneuerten Anfechtungsfrist auf die Mutter erwogen werden sollte. Das Anfechtungsrecht der Mutter endet in aller Regel mit dem 2. Ge-

burtstag des Kindes. Was für den rechtlichen Vater gilt, gilt auch für die Mutter: Zur Erhaltung von Ehe und Partnerschaft wird auf die Anfechtung zunächst verzichtet; im Trennungs- und Scheidungsfall soll angefochten werden, die Frist ist längst abgelaufen.

3.2 Folgerungen

Es sollte überlegt werden, ob angesichts der veränderten tatsächlichen Lage nicht auf Anfechtungsfristen verzichtet werden könnte. Durch das Klärungsverfahren kann legalerweise Gewißheit über die Abstammung erzielt werden ohne jede Rücksicht auf abgelaufene Fristen. Das ist eine andere Situation als früher: War die Frist abgelaufen, blieb die Abstammung im Ungewissen, weil ein Gutachten nicht eingeholt wurde, sondern wegen Fristablauf die Klage abweisungsreif war. Die Rechtssicherheit – daß nicht mehr angefochten werden kann -, die als Grund für die Fristen weiterhin angegeben wird, besteht in Wirklichkeit nicht. Solange die Anfechtungsgründe (der „Anfangsverdacht“) nicht bekannt sind, läuft die Frist nicht, es ist aber jederzeit möglich, daß die Gründe doch noch bekannt werden. Sind die Gründe im Sinne eines Anfangsverdachts bekannt, hat es der Vater so gut wie das Kind in der Hand, wann das genetische Gutachten mit der Folge der neuen Fristöffnung eingeholt werden soll.

Die Fristen bewirken, daß jeder Anwalt zur Anfechtung raten muß. Anfechtungen, die sonst möglicherweise nicht stattgefunden hätten, kommen auf diese Weise zustande.

Wenn man sich nicht entschließen kann, die Fristen völlig aufzugeben, sollte erwogen werden, wenigstens die Anfechtung des rechtlichen Vaters nach Fristablauf zu erleichtern. Es kann nicht angehen, daß der Vater keinerlei Möglichkeiten der Anfechtung mehr hat, das erwachsene Kind aber recht gute. Zu den „unzumutbaren“ Folgen der Vaterschaft im Sinn des § 1600 b Abs. 5 BGB gehören z. B. die Scheidung der Mutter und des rechtlichen Vaters. Das erwachsene Kind ist hier aber nicht schutzbedürftiger als der rechtliche Vater, der vielleicht dem Kind zuliebe bisher auf die Anfechtung verzichtet hat.

4. Übergangsrecht Art. 229 § 16 EGBGB

Der Entwurf der Bundesregierung sieht vor, daß ungeachtet des Ergebnisses eines Abstammungsgutachtens die Restitutionsklage nach § 641 i ZPO nicht möglich ist, wenn die Klage wegen Fristversäumung abgewiesen worden war.

Diese Entscheidung sollte überprüft werden. Die Rechtssicherheit und ebenso die Rechtskraft eines Urteils sind Rechtsgüter. Gleichwohl: Wenn man demjenigen, der die Frist versäumt hat und dann die Anfechtungsklage gar nicht erst eingereicht hat, eine neue Anfechtungsfrist eröffnet, ist nur schwer zu begründen, warum demjenigen, der ebenfalls die Anfechtungsfrist versäumt hat, die Klage aber versucht hat, diese Möglichkeit nicht eröffnet wird. Der Zwang, aus formalen Gründen rechtlicher Vater bleiben zu müssen, hat schon in einer Zeit, in der es um einen Verdacht und nicht um Gewißheit ging, größte Verbitterung ausgelöst. Um wieviel stärker wird die Verbitterung und deren Folgen sein, wenn nicht nur ein Verdacht, sondern Gewißheit besteht.