



# **Die rechtliche Stellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters – die Entwicklung der sogenannten Väterrechte**

Autorin: Franziska Pabst

Herausgeber des Titels: Prof. Dr. Jan Eickelberg, Prof. Susanne Sonnenfeld

Nr. 01/2016

Herausgeber der Reihe: Dekan Fachbereich Rechtspflege

- Die rechtliche Stellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters
- die Entwicklung der sogenannten Väterrechte -

Masterarbeit

zur Erlangung des akademischen Grades eines Master of Laws (LL.M.)

im Studiengang

Betreuung/Vormundschaft/Pflegschaft

an der

Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin

vorgelegt von Franziska Pabst

Erstkorrektor: Professor Dr. Jan Eickelberg, LL.M (Cambr.)

Zweitkorrektorin: Professorin Susanne Sonnenfeld

Eingereicht am: 01.02.2016

# INHALT

<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS:</b> .....	<b>V</b>
<b>LITERATURVERZEICHNIS</b> .....	<b>VI</b>
<b>VORBEMERKUNG</b> .....	<b>1</b>
<b>I. ABSTAMMUNG</b> .....	<b>2</b>
1. VATERSCHAFT .....	2
a. Rechtliche Vaterschaft.....	2
aa. Vaterschaft des Ehemannes, § 1592 Nr. 1 BGB .....	2
bb. Vaterschaft aufgrund Anerkennung, § 1592 Nr. 2 BGB .....	3
cc. Gerichtlich festgestellte Vaterschaft, § 1592 Nr. 3 BGB.....	4
b. Der leibliche, nicht rechtliche Vater.....	5
c. Mutterschaft.....	5
2. FAZIT .....	6
<b>II. VATERSCHAFTSANFECHTUNG, § 1599 FF. BGB.....</b>	<b>7</b>
1. AUSEINANDERFALLEN VON GENETISCHER UND RECHTLICHER VATERSCHAFT .....	7
a. Anfechtungsberechtigte .....	7
b. § 1600 Abs. 1 Nr. 1 BGB, der rechtliche Vater .....	7
c. § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB, der leibliche, nicht rechtliche Vater .....	8
d. § 1600 Abs. 1 Nr. 3 BGB, die Mutter .....	8
e. § 1600 Abs. 1 Nr. 4 BGB, das Kind.....	9
2. VERFAHREN .....	9
a. Antrag auf Anfechtung der Vaterschaft.....	9
aa. Begründeter Anfangsverdacht .....	10
bb. Anforderungen an den substantiierten Anfechtungsantrag.....	11
b. Vertretungsausschluss .....	11
c. Frist .....	12
d. Antrag des Vaterschaftsprätendenten .....	13
aa. Eidesstattliche Versicherung.....	13
bb. Keine sozial-familiäre Vater-Kind-Beziehung .....	13
cc. EMRK-Konformität von § 1600 Abs. 2, Abs. 4 BGB.....	14
dd. Verfassungsrechtliche Überprüfung von § 1600 Abs. 2, Abs. 4 BGB .....	15
ee. Tatsächliche Vaterschaft des Anfechtenden .....	15
3. AUSSCHLUSS DER VATERSCHAFTSANFECHTUNG GEMÄß § 1600 ABS. 5 BGB .....	16
a. Voraussetzungen des Ausschlusses .....	16
b. Anfechtungsrecht des Kindes .....	17
c. Anfechtungsrecht des Samenspenders .....	17
4. RECHTSFOLGEN .....	19
5. FAZIT .....	19
<b>III. ABSTAMMUNGSKLÄRUNGSVERFAHREN, § 1598A BGB.....</b>	<b>20</b>
1. RECHT AUF KENNTNIS DER EIGENEN ABSTAMMUNG .....	20
a. Vaterschaftstests.....	21
b. Beweisverwertungsverbot von heimlichen Vaterschaftstests .....	21
2. ABSTAMMUNGSKLÄRUNG GEMÄß § 1598A BGB .....	22
a. Zur Klärung Berechtigte und Verpflichtete .....	22
b. Verfahren .....	23
c. Wirkung und Ergebnis .....	24
3. FAZIT .....	24
<b>IV. SORGERECHT, §§ 1626 FF. BGB.....</b>	<b>26</b>
1. ENTSTEHUNG DES GEMEINSAMEN SORGERECHTS.....	26
a. Verheiratete Eltern, § 1626 BGB .....	26
b. Nicht miteinander verheiratete Eltern, § 1626a BGB .....	26

2. SORGERECHTSREFORM, § 1626A BGB.....	26
a. Hintergrund .....	26
b. Verfassungsrechtliche Überprüfung des Sorgerechts.....	27
c. Die Übergangsregelung des BVerfG.....	27
d. Die Reform der elterlichen Sorge durch das SorgeRG .....	28
e. Gesetzgebungsverfahren .....	29
f. Auswirkungen.....	30
3. FAZIT .....	30
<b>V. UMGANGS- UND AUSKUNFTSRECHT, § 1686A BGB .....</b>	<b>32</b>
1. RECHTE DES LEIBLICHEN, NICHT RECHTLICHEN VATERS, § 1686A BGB.....	32
a. Umgangsrecht gemäß § 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB .....	33
aa. Bestehen einer rechtlichen Vaterschaft, § 1686a Abs. 1 BGB.....	33
bb. Ernsthaftes Interesse, § 1686a Abs. 1 BGB.....	34
cc. Kindeswohl dienlichkeit, § 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB.....	34
dd. Eidesstattliche Versicherung, § 167a Abs. 1 FamFG .....	35
ee. Inzidente Vaterschaftsfeststellung, § 167a Abs. 2 FamFG .....	35
ff. Verfahren .....	36
b. Auskunftsrecht gemäß § 1686a Abs. 1 Nr. 2 BGB.....	37
2. FAZIT .....	37
<b>VI. UNTERHALTSREGRESS, § 1607 ABS. 3 S. 2 BGB .....</b>	<b>39</b>
1. REGRESS GEGEN DEN TATSÄCHLICHEN VATER .....	39
a. Rechtsausübungssperre gemäß § 1600d Abs. 4 BGB.....	39
b. Inzidente Vaterschaftsfeststellung .....	39
2. AUSKUNFTSANSPRUCH DES SCHEINVATERS .....	40
a. Verfassungsrechtliche Einwände.....	40
b. Zwischenfazit .....	41
3. FAZIT .....	41
<b>VII. RECHT ÜBER DIE ANNAHME ALS KIND .....</b>	<b>42</b>
1. EINFÜHRUNG .....	42
2. EINWILLIGUNG DER UNMITTELBAR BETEILIGTEN, § 1746 FF. BGB .....	43
a. Einwilligung des Kindes, § 1746 BGB.....	43
b. Einwilligung der Eltern zur Annahme eines Kindes, § 1747 BGB.....	44
aa. Rechtsstellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters .....	44
bb. Einwilligungsrecht des leiblichen Vaters, § 1747 Abs. 2 S. 2 BGB .....	45
cc. Entbehrlichkeit der Einwilligung gemäß § 1747 Abs. 4 BGB.....	46
3. ERSETZUNG DER EINWILLIGUNG EINES ELTERNTEILS, § 1748 BGB .....	46
a. Einwilligungsersetzung des nichtsorgeberechtigten Vaters .....	47
aa. Verfassungsrechtliche Einwände gegen § 1748 Abs. 4 BGB .....	47
bb. Verfassungskonforme Auslegung von § 1748 Abs. 4 BGB.....	48
b. Zwischenfazit .....	49
4. STIEFKIND-ADOPTION, § 9 ABS. 2 S. 2 LPARTG I.V.M. § 1754 ABS. 1 BGB.....	49
a. Beteiligung des Samenspenders am Adoptionsverfahren.....	50
aa. Einwilligung des anonymen Samenspenders, § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB.....	51
bb. Einwilligung des privaten Samenspenders, § 1747 Abs. 2 S. 2 BGB .....	51
cc. Beteiligung am Verfahren .....	52
dd. Entsprechende Anwendung von § 1747 Abs. 4 S. 1 BGB.....	52
ee. Benachrichtigung und Kenntnis des Adoptionsverfahrens.....	52
b. Zwischenfazit/ Einschätzung .....	53
5. LÖSUNGSANSÄTZE.....	54
a. Einwilligungserfordernis des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters.....	54
aa. Erweitertes Einwilligungsrecht des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters.....	55
bb. Eingeschränktes Einwilligungsrecht des Vaterschaftsprätendenten .....	56

b. Fazit .....	56
<b>VIII. VERTRAULICHE GEBURT, §§ 25 FF. SCHKG .....</b>	<b>58</b>
1. VERFAHREN DER VERTRAULICHEN GEBURT, § 26 SCHKG .....	58
a. Hintergrund .....	58
b. Ablauf des Verfahrens .....	59
2. RECHTE DES VATERS EINES VERTRAULICH GEBORENEN KINDES .....	60
a. Verfassungsrechtliche Aspekte .....	62
aa. Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung .....	62
bb. Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters aus Art. 6 Abs. 2 GG .....	65
cc. Rechtlicher Vater .....	66
b. Wahrnehmung der Rechte durch den Vater .....	66
c. Zwischenfazit .....	68
3. LÖSUNGSANSATZ .....	69
a. Aufnahme der Informationen in den Herkunftsnachweis .....	69
b. Aufnahme der Informationen in die Adoptionsvermittlungsakte .....	70
aa. Entbehrlichkeit der Einwilligung, § 1747 Abs. 4 BGB .....	71
bb. Einwilligung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters .....	72
cc. Einwilligung des rechtlichen Vaters .....	73
c. Väter als Verfahrensbeteiligte .....	73
4. FAZIT .....	74
<b>IX. SCHLUSSBETRACHTUNG .....</b>	<b>76</b>
<b>ANLAGE .....</b>	<b>79</b>

## **Abkürzungsverzeichnis:**

a. F.	alte Fassung
BAFzA	Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben
BAGLJÄ	Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BMFSFJ	Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BAGLJÄ	Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter
DAV	Deutscher Anwaltverein
DFGT	Deutscher Familiengerichtstag
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
GG	Grundgesetz
KindRG	Kindschaftsreformgesetz
LPartG	Lebenspartnerschaftsgesetz
OLG	Oberlandesgericht
SchKG	Schwangerschaftskonfliktgesetz
StN	Stellungnahme
UN-KRK	UN-Kinderrechtskonvention
VAMV	Verband alleinerziehender Mütter und Väter

## Literaturverzeichnis

### I. Kommentare

- Bamberger/Roth Beck'scher Online-Kommentar BGB, 37. Edition, Stand: 01.05.2015  
**Zitiert:** BeckOK BGB/Bearbeiter, Norm (§), Randnummer (Rn.)
- Bumiller, Ursula/  
Harders, Dirks/  
Schwamb, Werner FamFG –Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 11. Auflage, München 2015  
**Zitiert:** Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, Norm (§), Randnummer (Rn.).
- Ermann Ermann, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG,VBVG, VersAusgl und WEG,14. Auflage, Köln 2014  
**Zitiert:** Ermann/*Bearbeiter*, BGB, Norm (§), Randnummer (Rn.).
- Herberger, Maximilian/  
Rüßmann, Helmut/  
Martinek, Michael/  
Weth, Stephan juris Praxiskommentar BGB – Familienrecht, Band 4, 6. Auflage, Saarbrücken 2013  
**Zitiert:** jurisPK-BGB/*Bearbeiter*, Familienrecht, Norm (§), Randnummer (Rn.).
- Gsell, Beate/  
Krüger, Wolfgang/  
Lorenz, Stephan/  
Mayer, Jörg/  
Wellenhofer, Marina beck-online Großkommentar, Stand: 01.07.2015  
**Zitiert:** BeckOGK/*Bearbeiter*, BGB, Norm (§), Randnummer (Rn.).
- Jarass, Hans D./  
Pieroth, Bodo Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 13. Auflage, München 2014  
**Zitiert:** Jarass/Pieroth, GG, Norm (§), Randnummer (Rn.).
- Jauernig  
Stürner, Rolf Kommentar zum BGB, 16. Auflage, München 2015.  
**Zitiert:** Jauernig/*Bearbeiter*, BGB, Norm (§), Randnummer (Rn.).
- Kaiser, Dagmar  
Schnitzler, Klaus  
Friederici, Peter  
Schilling, Roger BGB – Familienrecht, Band 4: §§ 1297-1921, 3. Auflage, Baden Baden 2014  
**Zitiert:** Kaiser/Schnitzler/Friederici/Schilling/*Bearbeiter*, BGB, Norm (§), Randnummer (Rn.).
- Münchener Kommentar Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 8: Familienrecht II (§§ 1589-1921), SGB VIII, 6. Auflage, München 2012  
**Zitiert:** MüKo/*Bearbeiter*, BGB, Norm (§), Randnummer (Rn.).
- Münchener Kommentar Münchener Kommentar zum FamFG – Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) mit internationalem und Europäischem Zivilverfahrensrecht in Familiensachen (IZVRm EuZVR), 2. Auflage, München 2013.  
**Zitiert:** Müko/*Bearbeiter*, FamFG, Norm (§), Randnummer (Rn.).

- Musielak/Hans-Joachim Borth, Helmut  
Famliengerichtliches Verfahren, 1. und 2. Buch, Kommentar, 5. Auflage, München 2015  
**Zitiert:** Musielak/Borth, FamFG, Norm (§), Randnummer (Rn.).
- Palandt  
Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Auflage, München 2016  
**Zitiert:** Palandt/*Bearbeiter*, BGB, Norm (§), Randnummer (Rn.).
- Prütting, Hanns/  
Helms, Tobias  
FamFG – Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Gesetz über Gerichtskosten in Familiensachen, 3. Auflage, Köln 2014  
**Zitiert:** Prütting/Helms/*Bearbeiter*, FamFG, Norm (§), Randnummer (Rn.).
- Prütting, Hanns/  
Wegen, Gerhard/  
Weinreich, Gerd  
BGB – Kommentar, 10. Auflage, Köln 2015  
**Zitiert:** Prütting/Wegen/Weinreich/*Bearbeiter*, BGB, Norm (§), Randnummer (Rn.).
- Schulte-Bunert, Kai/  
Weinreich, Gerd  
Kommentar des FamFG, Mit FamGKG, 4. Auflage, Köln 2014  
**Zitiert:** Schulte-Bunert/Weinreich/*Bearbeiter*, FamFG, Norm (§), Randnummer (Rn.).
- Soergel  
Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungs- und Nebengesetzen, Band 19/1, Familienrecht 3/1, §§ 1589-1615n, Stuttgart 2012  
**Zitiert:** Soergel/*Bearbeiter*, FamR, Norm (§), Randnummer (Rn.).
- Staudinger  
BGB – Buch 4, Familienrecht, §§ 1589-1600d (Abstammung); Neubearbeitung, Berlin 2011  
**Zitiert:** Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, Norm (§), Randnummer (Rn.).
- Staudinger  
BGB – Buch 4, Familienrecht, §§ 1626 – 1633; RKEG, Neubearbeitung, Berlin 2015  
**Zitiert:** Staudinger/*Bearbeiter*, BGB, Norm (§), Randnummer (Rn.).

## II. Monographien

- Coutinho, Joelle/  
Krell, Claudia  
Anonyme Geburt und Babyklappen in Deutschland – Fallzahlen, Angebote, Kontexte, München 2011  
**Zitiert:** *Coutinho/Krell*, Anonyme Geburt und Babyklappen, S.
- Dethloff, Nina  
Familienrecht – Ein Studienbuch, 31. Auflage, München 2015  
**Zitiert:** *Dethloff*, Familienrecht, Paragraf (§), Randnummer (Rn.).
- Deutscher Ethikrat  
Das Problem der anonymen Kindesabgabe – Stellungnahme, Berlin 2009.  
**Zitiert:** Deutscher Ethikrat, Anonyme Kindesabgabe, S.
- Dieckmann, Inga  
Die rechtliche Stellung des lediglich biologischen Vaters im Wandel des gesellschaftlichen Familienbildes, Frankfurt 2013  
**Zitiert:** *Dieckmann*, Rechtliche Stellung des ledigl. biolog. Vaters, Seite (S.).



- Fröschle, Tobias                                 Sorge und Umgang – Elternverantwortung in der Rechtspraxis, Bielefeld 2013.  
**Zitiert:** *Fröschle*, Sorge und Umgang, Seite (S.), Randnummer (Rn.).
- Grün, Klaus-Jürgen                             Vaterschaftsfeststellung und - anfechtung, 2. Auflage, Berlin 2010  
**Zitiert:** *Grün*, Vaterschaftsfeststellung/-anfechtung, Seite (S.), Randnummer (Rn.).
- Münder, Johannes/  
Ernst, Rüdiger/  
Behlert, Wolfgang                             Familienrecht – Eine sozialwissenschaftlich orientierte Darstellung, 7. Auflage, Baden-Baden 2013  
**Zitiert:** *Münder/Ernst/Behlert*, Familienrecht, Paragraf (§), Randnummer (Rn.).
- Meyer, Vera                                       Die Rechtsstellung des leiblichen Vaters bei der Adoption seines nichtehelichen Kindes, Frankfurt 2013  
**Zitiert:** *Meyer*, Adoption des nichtehelichen Kindes, S.
- Reinhardt, Jörg/  
Kemper, Rainer/  
Weitzel, Wolfgang                             Adoptionsrecht, Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2015  
**Zitiert:** Reinhardt/Kemper/Weitzel, Adoptionsrecht, S.
- Schwab, Dieter                                 Familienrecht, 23. Auflage, München 2015  
**Zitiert:** *Schwab*, Familienrecht, Paragraf (§), Randnummer(Rn.).
- Wellenhofer, Marina                           Familienrecht, 3. Auflage, München 2014  
**Zitiert:** *Wellenhofer*, Familienrecht, Paragraf (§), Randnummer (Rn.).

### III. Aufsätze

- Arnold, Stefan:                                 Zur Bedeutung von Verfassungsrecht und Rechtstheorie im Familienrecht – Die Vaterschaftsanfechtung des nicht anonymen Samenspenders, Juristische Rundschau; 2015 (5): 235-244.  
**Zitiert:** *Arnold*, JR 2015 (5), 235 (S.).
- Becker, Eva                                     Vertraulich oder anonym? Über eine der letzten rechtlichen Grauzonen im Familienrecht, in: Familie-Ethik-Recht, Festschrift für Gerd Brudermüller zum 65. Geburtstag, S. 1-11.  
**Zitiert:** *Becker*, FS Brudermüller, 1 (S.).
- Dethloff, Nina                                 Adoption durch gleichgeschlechtliche Lebenspartner und -partnerinnen, Informationsdienst der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, BZgA-Forum - Sexualaufklärung und Familienplanung, 1-2014, S. 37-39.  
**Zitiert:** *Dethloff*, BZgA-Forum 1-2014, 37 (S.).
- Engels, Andreas                                 (Verfassungs-)Rechtsfragen der vertraulichen Geburt, Gesundheitsrecht Heft 3/2015, S. 129 – 136.  
**Zitiert:** *Engels* GesR 3/2015, 129, (S.).

- Forschner, Benedikt Zum Auskunftsanspruch des Scheinvaters gegen die Kindesmutter – zugleich eine Besprechung zu BVerfG, Beschl. V. 24.02.2015-1BvR 472/14, FuR 2015, S. 451-453.  
**Zitiert:** *Forschner*, FuR 2015, 451 (S.).
- Frank, Rainer/  
Helms, Tobias Kritische Bemerkungen zum Regierungsentwurf eines „Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“, FamRZ 2007, S. 1277-1281.  
**Zitiert:** *Frank/Helms*, FamRZ 2007, 1277, (S.).
- Frank, Rainer/  
Helms, Tobias Rechtliche Aspekte der anonymen Kindesabgabe in Deutschland und Frankreich, FamRZ 2001, S. 1340 – 1348.  
**Zitiert:** *Frank/Helms*, FamRZ 2001, 1340, (S.).
- Gaul, Hans Friedhelm Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz, FamRZ 1997, S. 1441.1446.  
**Zitiert:** *Gaul*, FamRZ 1997, 1441 (S.).
- Hähnchen, Susanne: Vergangenheit und Zukunft der Rechte des nichtehelichen Vaters, JZ 14/2015, S. 708 ff.  
**Zitiert:** *Hähnchen*, JZ 14/2015, 708 (S.).
- Heiderhoff, Bettina: Die Vaterschaftsklärung und ihre Folgen- von der Vaterschaftsanfechtung zur Vaterschaftsbeendigung? FamRZ 2010, 8-13.  
**Zitiert:** *Heiderhoff*, FamRZ 2010, 8 (S.).
- Helms, Tobias Die Einführung der sog. Vertraulichen Geburt, FamRZ 2014, 609-614.  
**Zitiert:** *Helms*, FamRZ 2014, 609 (S.).
- Helms, Tobias Anmerkung zu EuGHMR-Beschwerde Nr. 17080/07: Schneider ./.. Deutschland, FamRZ 2011, 1715-1717, FamRZ 2011, 1717-1718.  
**Zitiert:** *Helms*, FamRZ 2011, 1717 (S.).
- Helms, Tobias Das Einwilligungsrecht des Vaterschaftsprätendenten bei der Adoption eines nichtehelichen Kindes, JAmt (DAVorm) 2001, S.57-63.  
**Zitiert:** *Helms*, JAmt 2001, 57 (S.).
- Hilbig-Lugani, Katharina Anmerkung zu BVerfG -1 BvR 2843/14-, FamRZ 2015,119-121, FamRZ 2015, 212-213.  
**Zitiert:** *Hilbig-Lugani*, FamRZ 2015, 212 (S.).
- Horndasch, K.-Peter Umgangs- und Auskunftsrecht biologischer, nicht rechtlicher Väter im Konzept des BGB, FuR Jubiläumsausgabe 2015, S. 28-33.  
**Zitiert:** *Horndasch*, FuR Jubiläumsausgabe 2015, 28 (S.).
- Hörnle, Tatjana Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte, ZIS 4/2015, S. 206-216.  
**Zitiert:** *Hörnle*, ZIS 4/2015, 206 (S.).

- Katzenmeier, Christian      Rechtsfragen der „Babyklappe“ und der medizinisch assistierten „anonymen Geburt“, FamRZ 2005, S. 1134-1139.  
**Zitiert:** *Katzenmeier*, FamRZ 2005, 1134 (S.).
- Keuter, Wolfgang            Neue Rechte für den biologischen Vater, Teil 2: Ein Kind, zwei Väter – verfahrensrechtliche Neuerungen, ZKJ 2014, S. 16-18.  
**Zitiert:** *Keuter*, ZKJ 2014, 16 (S.).
- Keuter, Wolfgang            Die Rechtsprechung des BVerfG im Familienrecht seit 2014, NZFam 2015, S. 537-543.  
**Zitiert:** *Keuter*, NZFam 2015, 537 (S.).
- Lack, Katrin                 Ein Jahr Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, FamRZ 2014, S. 1337 – 1347.  
**Zitiert:** *Lack*, FamRZ 2014, 1337 (S.).
- Löhnig, Martin              Die leibliche, nicht rechtliche Mutter, FamRZ 2015, S. 806-807.  
**Zitiert:** *Löhnig*, FamRZ 2015, 806 (S.).
- Löhnig, Martin/  
Preisner, Mareike          Anfechtung der Vaterschaft durch Samenspender -Besprechung von BGH, Urteil vom 15.05.2013 – XII ZR 49/11, BeckRS 2013, 10425, FamFR 2013, S. 340-344.  
**Zitiert:** *Löhnig/Preisner*, FamFR 2013, 340 (S.).
- Löhnig, Martin/  
Preisner, Mareike          Zur Reichweite des Einflusses der Rechtsprechung des EuGHMR auf das deutsche Kindschaftsrecht, FamRZ 2015, S. 489-496.  
**Zitiert:** *Löhnig/Preisner*, FamRZ 2015, 489 (S.).
- Löhnig, Martin/  
Riege, Iris                    Die Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters im Adoptionsrecht - revisted, FamRZ 2015, S. 9-11.  
**Zitiert:** *Löhnig/Riege*, FamRZ, 9 (S.).
- Lohse, Katharina            Hinweise für die Praxis zu OLG Karlsruhe -20 UF 63/13-, JAmt 2015, 459-463, JAmt 2015, S. 463-464.  
**Zitiert:** *Lohse*, JAmt 2015, 463 (S.).
- Peschel-Gutzeit, Lore      Der doppelte Vater – Kritische Überlegungen zum Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters, NJW 2013, S. 2465 -2469.  
**Zitiert:** *Peschel-Gutzeit*, NJW 2013, 2465 (S.).
- Peschel-Gutzeit, Lore      Das Kinderrechteverbesserungsgesetz – KindRVerbG - vom 09.04.2002- Ein weiterer Schritt auf dem Weg zur Verwirklichung des Kindeswohls, FPR 2002, 285-289.  
**Zitiert:** *Peschel-Gutzeit*, NJW 2013, 285 (289).
- Reinhardt, Jörg              Juristische Aspekte der Adoptionsvermittlung und das Gesetz zur vertraulichen Geburt, Informationsdienst der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, BZgA Forum – Sexualaufklärung und Familienplanung, 1-2014, S. 12-18.  
**Zitiert:** *Reinhardt*, BZgA Forum 1-2014, 12 (S.).

- Reinhardt, Jörg/  
Willmann, Linda/  
Kochems, Manuela Die vertrauliche Geburt – Erste Eindrücke aus der praktischen Umsetzung, JAmt 2015, S. 70-74.  
**Zitiert:** *Reinhardt/Willmann/Kochems*, JAmt 2015, 70 (S.).
- Remus, Juana/  
Liebscher, Doris Wohnst du noch bei oder sorgst du schon mit? – Das Recht des Samenspenders zur Anfechtung der Vaterschaft, NJW 2013, S. 2558-2561.  
**Zitiert:** *Remus/Liebscher*, NJW 2013, 2558 (S.).
- Reuß, Philipp M. Anmerkung zu BVerfG -1BvR 472/14 -NJW 2015, 1506-1509, NJW 2015, 1509-1510.  
**Zitiert:** *Reuß*, NJW 2015, 1509 (S.).
- Rösler, Hannes/  
Reimann, Barbara Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 27.04.2006, Az.: 1 BvR 2866/04 (Verfassungskonforme Auslegung des § 1748 IV BGB im Hinblick auf Art. 3 GG), FamRZ 1356-1357.  
**Zitiert:** *Rösler/Reimann*, FamRZ 2006, 1356 (S.).
- Schewe, Anke Mater semper certa est? Ein Plädoyer für die Abschaffung des Verbotes der Eizellenspende in Deutschland, FamRZ 2014, S. 90-93.  
**Zitiert:** *Schewe*, FamRZ 2014, 90 (S.).
- Seidel, Klaus Was gilt, wenn der rechtliche Vater nicht der biologische Vater ist? FPR 2005, S. 181-184.  
**Zitiert:** *Seidel*, FPR 2005, 181 (S.).
- Schwab, Dieter Modernisierung des Familienrechts durch das Bundesverfassungsgericht, Anwbl 2009, S. 557-566.  
**Zitiert:** *Schwab*, Anwbl 2009, 557 (S.).
- Stößer, Eberhard Anmerkung zu BGH XII ZB 510/10 FamRZ 2012, 859-862, FamRZ 2012, 862.  
**Zitiert:** *Stößer*, FamRZ 2012, 862.
- Wanitzek, Ulrike Rechtsprechungsübersicht zum Recht der elterlichen Sorge und des Umgangs, FamRZ 2015, S. 617-629,  
**Zitiert:** *Wanitzek*, FamRZ 2015, 617 (S.).
- Weber, Martin Der EGMR als Motor der effektiven Durchsetzung von Umgangsrechten, NZFam 2015, S. 337-341.  
**Zitiert:** *Weber*, NZFam 2015, 337 (S.).
- Wellenhofer, Marina Das Vaterschaftsanfechtungsrecht des leiblichen Vaters – Vorschlag zur Änderung von § 1600 BGB, FamRZ 2003, S. 1889 – 1894.  
**Zitiert:** *Wellenhofer*, FamRZ 2003, 1889 (S.).

#### IV. Internetquellen:

Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) „Fragen und Antworten zum Gesetz zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt“ (FAQs):  
**Zitiert:** BMFSFJ, FAQs, S.

<http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Abteilung4/Pdf-Anlagen/faq-vertrauliche-geburt,property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf%20> (Stand: 27.01.2016).

Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter „Empfehlungen zur Adoptionsvermittlung“, 7. Auflage, 2014:  
**Zitiert:** BAGLJÄ, Empf. S.

[http://www.bagljae.de/downloads/120\\_empfehlungen-zur-adoptionsvermittlung\\_2014.pdf](http://www.bagljae.de/downloads/120_empfehlungen-zur-adoptionsvermittlung_2014.pdf)  
(Stand: 11.01.2016).

Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter „Stellungnahme zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern“, 16.05.2012:  
**Zitiert:** BAGLJÄ, StN SorgeR, S.

[http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/17\\_wp/Sorgerecht/stellung\\_bagljae\\_refe.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/17_wp/Sorgerecht/stellung_bagljae_refe.pdf?__blob=publicationFile) (Stand: 29.01.2016).

Deutscher Anwaltverein „Stellungnahme zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern“, StN 45/2012, Mai 2012:  
**Zitiert:** DAV, StN SorgeR, S.

[http://webarchiv.bundestag.de/archive/2013/1212/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoe-rungen/archiv/32\\_Sorgerecht/04\\_Stellungnahmen/Stellungnahme\\_Schwackenberg.pdf](http://webarchiv.bundestag.de/archive/2013/1212/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoe-rungen/archiv/32_Sorgerecht/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Schwackenberg.pdf)  
(Stand: 29.01.2016).

Deutscher Ethikrat „Fragenkatalog zur öffentlichen Anhörung zu den Vorlagen zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt“, 10.05.2013:  
**Zitiert:** Deutscher Ethikrat, Fragenkatalog zur öffentlichen Anhörung, S.

[http://webarchiv.bundestag.de/archive/2013/1212/bundestag/ausschuesse17/a13/anhoerungen/Vertrauliche\\_Geburt/Stellungnahmen/17\\_13\\_265h\\_Jochen\\_Taupitz.pdf](http://webarchiv.bundestag.de/archive/2013/1212/bundestag/ausschuesse17/a13/anhoerungen/Vertrauliche_Geburt/Stellungnahmen/17_13_265h_Jochen_Taupitz.pdf)  
(Stand: 29.01.2016).

Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge „Empfehlungen des Deutschen Vereins zur vertraulichen Geburt“, 15.12.2015:  
**Zitiert:** Deutscher Verein, Empf. S.

[https://www.deutscher-verein.de/de/uploads/empfehlungen-stellungnahmen/2015/dv-35-14\\_vertrauliche-geburt.pdf](https://www.deutscher-verein.de/de/uploads/empfehlungen-stellungnahmen/2015/dv-35-14_vertrauliche-geburt.pdf)  
(Stand: 11.01.2016).

Paritätischer  
Gesamtverband                   „Stellungnahme zum Gesetzentwurf zur Reform des Sorge-  
rechts nicht miteinander verheirateter Eltern“, 29.10.2012:  
**Zitiert:** Paritätischer Gesamtverband, StN, S.

[http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/17\\_wp/Sorgerecht/stellung\\_paritaet\\_rege.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/17_wp/Sorgerecht/stellung_paritaet_rege.pdf?__blob=publicationFile) (Stand: 29.01.2016).

Verband alleinerziehender  
Mütter und Väter e.V.       „Stellungnahme zum Gesetzentwurf zur Reform des Sorge-  
rechts nicht miteinander verheirateter Eltern“, 23.11.2012:  
**Zitiert:** VAMV e.V., StN, S.

[http://webarchiv.bundestag.de/archive/2013/1212/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/32\\_Sorgerecht/04\\_Stellungnahmen/Stellungnahme\\_Schwab.pdf](http://webarchiv.bundestag.de/archive/2013/1212/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/32_Sorgerecht/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Schwab.pdf) (Stand: 19.01.2016).

Willutzki, Siegfried           „Stellungnahme Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander  
verheirateter Eltern“, 28.11.2012:  
**Zitiert:** Willutzki, StN SorgeR, S.

<http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=2930&id=1223> (Stand: 29.01.2016).

## Vorbemerkung

Der leibliche, nicht rechtliche Vater wurde kürzlich als „familienrechtlicher Star der letzten Jahre“<sup>1</sup> bezeichnet. In der Tat gab es in der jüngeren Vergangenheit zahlreiche Reformen durch welche die rechtliche Position des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters verbessert, verändert oder überhaupt wahrgenommen wurde. Während die ersten Gesetzesänderungen im Bereich der rechtlichen Stellung des Vaters, wie das Nichtehechengesetz von 1970 oder das Sorgerechtsänderungsgesetz von 1980 die Gleichstellung von verheirateten und unverheirateten Vätern als Zielsetzung hatten, beschäftigten sich die darauffolgenden Reformprozesse mit abstammungsrechtlichen Fragestellungen und möglichen Konsequenzen, wenn die rechtliche und die leibliche Vaterschaft nicht übereinstimmen. Mit der Kindschaftsrechtsreform 1998 wurde nicht nur die Vaterschaftsanfechtung eingeführt, sondern auch das Statusmerkmal der Ehelichkeit oder Nichtehelichkeit beendet<sup>2</sup> und mit der Einführung der „Abstammung“ als Zuordnungsregel bestimmt, wer als Mutter oder Vater im Rechtsinne verstanden werden sollte.<sup>3</sup> 2004 folgten ein „eigenes“ Anfechtungsrecht des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters und ein Umgangsrecht, das ihm unter bestimmten Voraussetzungen eingeräumt werden konnte, 2008 wurde das Abstammungskklärungsverfahren eingeführt. Größere Aufmerksamkeit erreichten in der rechtspolitischen Debatte und im wissenschaftlichen Diskurs die im Jahr 2013 in Kraft getretenen Neuregelungen „Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern“ und „Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters“. Zu den meisten rechtlichen Änderungen war der Gesetzgeber aufgrund höchstrichterlicher Rechtsprechung des BGH, BVerfG oder EGMR verpflichtet worden, weshalb diese auch schon als „Motor“<sup>4</sup> oder „Modernisierer“<sup>5</sup> der familienrechtlichen Entwicklung charakterisiert wurden. Auch zukünftig ist davon auszugehen, dass die rechtliche Stellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters die Rechtsprechung und den Gesetzgeber beschäftigen wird. Hier kann etwa auf die nicht abschließend geklärten Rechtspositionen des Samenspenders bei einer nicht medizinisch assistierten künstlichen Befruchtung oder des Vaters eines im Rahmen einer vertraulichen Geburt geborenen Kindes verwiesen werden. Zudem ist aktuell ein Verfahren vor dem BVerfG anhängig, das die Verfassungsmäßigkeit der in § 1598a BGB geregelten Vaterschaftsklärung zum Gegenstand hat.

Im Rahmen dieser Arbeit wird sich auf die Entwicklung der rechtlichen Stellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters der letzten Jahre konzentriert, offene und aktuelle Fragestellungen sowie mögliche Lösungsansätze werden diskutiert.

<sup>1</sup> *Löhnig*, FamRZ 2015, 806 (806).

<sup>2</sup> *Dieckmann*, Rechtliche Stellung des ledigl. biolog. Vaters, S. 150.

<sup>3</sup> BT-Drs. 13/4899, S. 51.

<sup>4</sup> *Weber*, NZFam 2015, 337 (337).

<sup>5</sup> Vgl. *Schwab*, Anwbl 2009, 557 (557).

## **I. Abstammung**

### **1. Vaterschaft**

#### **a. Rechtliche Vaterschaft**

Wer nach deutschem Recht Vater eines Kindes ist, bestimmt sich nach § 1592 BGB. Es handelt sich demnach um den Mann,

1. der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist,
2. der die Vaterschaft anerkannt hat oder
3. dessen Vaterschaft nach § 1600d oder § 182 Abs. 1 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gerichtlich festgestellt ist (§ 1592 Nr. 1-3 BGB).

Die Regelung legt abschließend und ausschließlich fest,<sup>6</sup> wer rechtlicher Vater eines Kindes ist - unabhängig davon, ob er das Kind auch tatsächlich gezeugt hat.<sup>7</sup> Das gilt selbst dann, wenn ein anderer Mann als Vater in Frage kommt.<sup>8</sup> Die rechtliche Vaterschaft hängt folglich vom Vorliegen einer der drei in § 1592 BGB genannten Zuordnungstatbestände ab, andere Tatbestände werden nicht anerkannt.<sup>9</sup> Keine dieser drei statusrechtlichen Zuordnungen ist aber dazu geeignet, eine bereits bestehende Zuordnung eines anderen Mannes zu verdrängen.<sup>10</sup> Das bedeutet, im Verhältnis untereinander, schließt jeder Zuordnungstatbestand eine andere rechtliche Zuordnung aus, solange nicht die bestehende beseitigt ist.<sup>11</sup> Diese in § 1594 Abs. 2 BGB geregelte Sperrwirkung hat zur Folge, dass die Vaterschaftsanerkennung nicht wirksam ist, solange die Vaterschaft eines anderen Mannes besteht. Die Vaterschaft wirkt folglich „für und gegen alle“.<sup>12</sup> Hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen begründen alle drei Zuordnungstatbestände dieselbe Vaterschaft mit den gleichen Rechten und Pflichten.<sup>13</sup>

#### **aa. Vaterschaft des Ehemannes, § 1592 Nr. 1 BGB**

Die rechtliche Vaterschaft gemäß § 1592 Nr. 1 BGB setzt voraus, dass eine wirksame Ehe zwischen Mutter und Vater besteht und die Geburt nach der Eheschließung und vor dem Ende der Ehe stattfindet. Besonderer Vorteil an dieser Zuordnungsregel ist, dass „die drei Zeitpunkte Geburt, Beginn der Ehe, Ende der Ehe leicht nachzuweisen sind und beweissicher festgelegt“ werden kön-

<sup>6</sup> Staudinger/Rauscher, BGB, § 1592, Rn. 10, 11.

<sup>7</sup> Grün, Vaterschaftsfeststellung /-anfechtung, S. 33, Rn. 21; Arnold, JR 2015(5), 235 (236).

<sup>8</sup> MüKo/Seidel, § 1592 Rn. 1.

<sup>9</sup> Grün, Vaterschaftsfeststellung/-anfechtung, S. 33, Rn. 21; Palandt/Brudermüller, § 1592, Rn. 1.

<sup>10</sup> Ehrmann/Hammermann, BGB, § 1592, Rn. 15.

<sup>11</sup> Staudinger/Rauscher, BGB, § 1592, Rn. 11.

<sup>12</sup> Staudinger/Rauscher, BGB, § 1592, Rn. 70.

<sup>13</sup> Dethloff, Familienrecht, § 10, Rn. 8.



nen.<sup>14</sup> Jedes in der Ehe geborene Kind ist das Kind des Ehemannes, auch wenn eine genetische Abstammung etwa aufgrund einer Zeugungsunfähigkeit unmöglich ist.<sup>15</sup>

Gemäß § 1719 BGB a.F. bestand bis zum Inkrafttreten des KindRG die Möglichkeit für „nichteheliche“ Kinder, die vor der Heirat geboren wurden, durch die Eheschließung von Vater und Mutter als „eheliche“ Kinder legitimiert zu werden. Durch die Schaffung von § 1592 BGB hat eine spätere Heirat keine Auswirkungen mehr auf den Status des Kindes. Das Entstehen der Vaterschaft ist in diesem Falle nur durch Anerkennung (§ 1592 Nr. 2 BGB) oder gerichtliche Feststellung (§ 1592 Nr. 3 BGB) möglich.<sup>16</sup>

Dasselbe gilt auch für Kinder, die nach einer Scheidung oder Aufhebung der Ehe geboren werden. Bis zum Inkrafttreten des KindRG am 01.07.1998 galt gemäß § 1591 Abs. 1 BGB a.F. auch in diesen Fällen die Vermutung, dass das innerhalb der Empfängniszeit in der Ehe gezeugte, aber nach der Ehe geborene Kind, ein „eheliches“ Kind war und rechtlich dem Ehemann als Vater zugeordnet wurde. Seit der Kindschaftsreform muss ein geschiedener Vater entweder gemäß § 1592 Nr. 3 BGB als Vater festgestellt werden oder seine Vaterschaft gemäß § 1592 Nr. 2 BGB anerkennen.<sup>17</sup> Die gesetzliche Vermutung des § 1592 Nr. 1 BGB kennt allerdings auch Ausnahmen. Gemäß § 1599 Abs. 1 BGB gilt sie nicht, wenn das Nichtbestehen der Vaterschaft durch Anfechtung rechtskräftig festgestellt ist. Darüber hinaus bestimmt § 1599 Abs. 2 BGB, dass die rechtliche Vaterschaft gemäß § 1592 Nr. 1 BGB auch dann nicht vermutet wird, wenn ein Scheidungsantrag anhängig ist und ein Dritter die Vaterschaft mit Zustimmung des Mannes, der im Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter verheiratet ist, anerkannt hat.

#### **bb. Vaterschaft aufgrund Anerkennung, § 1592 Nr. 2 BGB**

Gemäß § 1592 Nr.2 BGB wird auch der Mann, der die Vaterschaft anerkannt hat, rechtlicher Vater eines Kindes. Die Anerkennung stellt eine einseitige, formbedürftige, aber nicht empfangsbedürftige Willenserklärung eines Mannes dar,<sup>18</sup> dessen rechtsgeschäftlicher Wille darauf gerichtet sein muss, die Vaterstellung einnehmen zu wollen und dass ihm das Kind statusrechtlich zugerechnet wird.<sup>19</sup> Dies gilt selbst dann, wenn es sich bei dem rechtlichen Vater nicht um den Erzeuger handelt.<sup>20</sup> Eine Überprüfung der wahren Abstammungsverhältnisse erfolgt insoweit nicht.<sup>21</sup> Die Vaterschaftsaner-

<sup>14</sup> MüKo/Wellenhofer, BGB, § 1592, Rn. 6.

<sup>15</sup> MüKo/Wellenhofer, BGB, § 1592, Rn. 13.

<sup>16</sup> MüKo/Wellenhofer, BGB, § 1592, Rn. 6.

<sup>17</sup> Prütting/Wegen/Weinreich/Friederici, BGB, § 1592, Rn. 2.

<sup>18</sup> Schwab, Familienrecht, § 49, Rn. 555.

<sup>19</sup> Soergel/Schmidt-Recla, BGB, § 1592, Rn. 29; Staudinger/Rauscher, BGB, § 1592, Rn. 51.

<sup>20</sup> Soergel/Schmidt-Recla, BGB, § 1592, Rn. 29.

<sup>21</sup> Wellenhofer, Familienrecht, § 31, Rn. 10.

kennung bedarf gemäß § 1595 Abs. 1 BGB der Zustimmung der Mutter. Ist sie insoweit nicht sorgeberechtigt, muss das Kind gemäß § 1595 Abs. 2 BGB ebenfalls zustimmen.

Die Anerkennungserklärung muss zudem höchstpersönlich erfolgen; die Anerkennung durch einen Bevollmächtigten ist gemäß § 1596 Abs. 4 BGB ausgeschlossen.<sup>22</sup> Sie kann nicht bedingt oder befristet abgegeben werden, § 1594 Abs. 3 BGB, und bedarf gemäß § 1597 Abs. 1 BGB der öffentlichen Beurkundung, um eine sachgerechte Beratung zu ermöglichen und den Schutz vor übereilten Erklärungen sicherzustellen.<sup>23</sup> Auch ist es aufgrund von § 1594 Abs. 4 BGB möglich, die Vaterschaft bereits vor der Geburt des Kindes anzuerkennen, um im Interesse des Kindes eine möglichst frühzeitige Klärung des Personenstandes erreichen zu können.<sup>24</sup> Dabei ist die bereits angesprochene Sperrwirkung aufgrund von § 1594 Abs. 2 BGB zu beachten. Aus dem Wortlaut der Vorschrift, wonach die Anerkennung der Vaterschaft nicht wirksam ist, solange die Vaterschaft eines anderen Mannes besteht, kann gefolgert werden, dass die Erklärung schon während des Bestehens der Vaterschaft eines anderen Mannes abgegeben werden kann.<sup>25</sup> In diesem Fall bleibt die Anerkennung jedoch schwebend unwirksam, bis die andere Vaterschaft beseitigt ist.<sup>26</sup> Auch die bewusst wahrheitswidrig erklärte Anerkennung ist grundsätzlich wirksam und nicht „per se“ nichtig.<sup>27</sup> Die Anerkennung ist gemäß § 1598 Abs. 1 BGB nur unwirksam, wenn sie den Erfordernissen der Vorschriften § 1594 ff. BGB nicht genügt. Durch diese Formalisierung soll die Bestandskraft der Anerkennung aufgrund ihrer statusverändernden Wirkung und dadurch auch das Kind geschützt werden.<sup>28</sup>

### **cc. Gerichtlich festgestellte Vaterschaft, § 1592 Nr. 3 BGB**

Wenn keine Vaterschaft gemäß §§ 1592 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB besteht, ist gemäß § 1600d Abs. 1 BGB die Vaterschaft gerichtlich festzustellen. Diese Zuordnungsmöglichkeit betrifft vor allem Kinder von unverheirateten Müttern, aber auch Fälle, in denen der Ehemann seine Vaterschaft angefochten hat.<sup>29</sup>

Das gerichtliche Vaterschaftsfeststellungsverfahren setzt einen Antrag gemäß §§ 171 Abs. 1 S. 1, 169 Nr. 1 FamFG voraus. Das Antragsbegehren ist auf die Feststellung gerichtet, dass ein bestimmter Mann der leibliche Vater eines Kindes und demnach rechtlich als dessen Vater anzusehen ist.<sup>30</sup> Antragsberechtigt sind das Kind, der mutmaßliche Vater und die Mutter.<sup>31</sup> Der Antrag ist be-

<sup>22</sup> *Wellenhofer*, Familienrecht, S. 31, Rn. 11.

<sup>23</sup> *Dethloff*, Familienrecht, § 10, Rn. 15.

<sup>24</sup> *Palandt/Brudermüller*, BGB, § 1594, Rn. 8.

<sup>25</sup> *Dethloff*, Familienrecht, § 10, Rn. 15.

<sup>26</sup> *Wellenhofer*, Familienrecht, § 31, Rn. 15.

<sup>27</sup> *Soergel/Schmidt-Recla*, BGB, § 1592, Rn. 31.

<sup>28</sup> *Schwab*, Familienrecht, § 49, Rn. 561; *Dethloff*, Familienrecht, § 10, Rn. 26.

<sup>29</sup> *MüKo/Wellenhofer*, BGB, § 1592, Rn. 16.

<sup>30</sup> *Schwab*, Familienrecht, § 49, Rn. 586.

<sup>31</sup> *Staudinger/Rauscher*, BGB, § 1592, Rn. 64.

gründet, wenn feststeht, dass der Mann der genetische Vater des Kindes ist, was in der Regel durch die Einholung von genetischen Abstammungsgutachten unmittelbar nachgewiesen wird.<sup>32</sup> Die Entscheidung, in der die Vaterschaft festgestellt wird, wirkt gemäß § 184 Abs. 1, Abs. 2 FamFG für und gegen alle. Die Statusänderung tritt unmittelbar rückwirkend ein, wobei die Rückwirkung des Beschlusses erst vom Zeitpunkt der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung an geltend gemacht werden kann.<sup>33</sup>

### **b. Der leibliche, nicht rechtliche Vater**

Die klaren Zuordnungstatbestände bewirken, dass solange ein Mann nicht als Vater im Sinne von § 1592 Nr.1-3 BGB anerkannt ist, ihm keine elterlichen Rechte zustehen, selbst wenn er der leibliche Vater des Kindes ist.<sup>34</sup> Er kann nur über die Zuordnungstatbestände Ehe, Anerkennung oder gerichtliche Feststellung rechtlicher Vater werden. Das BVerfG hat entschieden, dass auch der leibliche, nicht rechtliche Vater mit seinem Kind eine durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Familie bilde, wenn zwischen ihm und seinem Kind eine sogenannte „sozial-familiäre“ Beziehung besteht.<sup>35</sup> Diese müsse darauf beruhen, dass der leibliche, nicht-rechtliche Vater zumindest eine Zeitlang tatsächlich Verantwortung für das Kind getragen habe.<sup>36</sup> Auch kann der leibliche, nicht rechtliche Vater jederzeit die Vaterschaft seines Kindes anerkennen oder im Falle einer Zustimmungsverweigerung der Mutter seine Vaterschaft gerichtlich feststellen lassen. Aufgrund der von § 1594 BGB ausgehenden Sperrwirkung gilt dies jedoch nur, solange kein anderer Vater im Rechtssinne vorhanden ist.

Einen Sonderfall bildet die künstliche Befruchtung mittels Samenspende durch einen Spender, der nicht der Ehemann ist (sog. „heterologe Insemination“).<sup>37</sup> Auch er ist leiblicher, nicht rechtlicher Vater, der zwar von der Geltendmachung seiner Rechte ausgeschlossen werden kann, bspw. § 1600 Abs. 5 BGB, wenn es bereits rechtliche Eltern für das Kind gibt. Ist jedoch kein rechtlicher Vater vorhanden, kann ein Samenspender auch gegen seinen Willen als rechtlicher Vater gemäß § 1592 Nr. 3 BGB festgestellt werden.<sup>38</sup>

### **c. Mutterschaft**

Bis zum Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes (KindRG) am 01.07.1998 galt für das Bestehen der Mutterschaft, die Rechtsregel „*mater semper certa est*“ (=“Die Mutter ist immer sicher“). Der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches verzichtete auf eine Definition, da er zum

<sup>32</sup> MüKo/Wellenhofer, BGB, § 1592, Rn. 17.

<sup>33</sup> Palandt/Brudermüller, BGB; § 1600d, Rn. 19; MüKo/Wellenhofer, BGB, § 1592, Rn. 17.

<sup>34</sup> Schwab, Familienrecht, § 67, Rn. 818.

<sup>35</sup> BVerfG -1 BvR 1493/96, 1 BvR 1724/01- FamRZ 2003, 816 (816).

<sup>36</sup> BVerfG -1 BvR 1493/96, 1 BvR 1724/01- FamRZ 2003, 816 (822).

<sup>37</sup> Schwab, Familienrecht, § 49, Rn. 592; Bei der künstlichen Befruchtung mit dem Samen des Ehemannes spricht man von „homologer Insemination“.

<sup>38</sup> Hähnchen, JZ 14/2015, 708 (713).

Zeitpunkt der Entstehung des BGB selbstverständlich davon ausging, dass es sich bei der genetischen Mutter und der Frau, die das Kind geboren hat, um dieselbe Person handele.<sup>39</sup> Die durch die Schaffung von § 1591 BGB eingeführte statusrechtliche Klarstellung, nach der diejenige Frau Mutter eines Kindes ist, die das Kind geboren hat, ist dem Voranschreiten der Fortpflanzungsmedizin geschuldet.<sup>40</sup> Beachtlich ist hier, dass die Mutterschaft der Gebärenden von vornherein und unverrückbar feststeht und nicht durch Anfechtung beseitigt werden kann.<sup>41</sup> Dies begründet der Gesetzgeber mit der Vermeidung einer „gespaltenen Mutterschaft“ im familienrechtlichen Sinne und der Verhinderung von Leihmutterschaften.<sup>42</sup> Um die rechtliche Beziehung zwischen Mutter und Kind zu beenden, müsste eine Adoption durchgeführt werden, zu der die rechtliche Mutter im Sinne des § 1591 BGB gemäß § 1747 Abs. 1 S. 1 BGB ihre Zustimmung erteilen müsste.<sup>43</sup>

## 2. Fazit

Die Abstammungsregeln stellen zwingendes Recht dar, die nicht unter die Dispositionsfreiheit der Beteiligten fallen. So können weder die Empfängniszeit frei gewählt, noch Abstammungsvermutungen ausgeschlossen werden.<sup>44</sup> Die rechtliche Zuordnung und das Ausschließlichkeitsprinzip führen dazu, dass selbst bei offenkundigem Auseinanderfallen von genetischem und rechtlichem Vater der Abstammungsstatus nicht formlos verändert werden kann. Er bleibt solange wirksam, bis er rechtskräftig durch eine Gerichtsentscheidung beseitigt worden ist.<sup>45</sup> Die rechtliche Zuordnung soll das Kind vor ständigen abstammungsrechtlichen Veränderungen schützen. Es wird auch als „Aufgabe des Familienrechts“ bezeichnet, die Rechtsstellung des Kindes zu seinen Eltern hinsichtlich aller Lebensverhältnisse zu ordnen und seinen Status von Beginn an fest zu verankern, um dieses möglichst auf Dauer gegen unkontrollierte Anzweiflungen sichern zu können.<sup>46</sup> Dem ist zuzustimmen, wenn gleich auch die Frage gestellt werden muss, ob die derzeitige Ausgestaltung des Abstammungsrechts in der Lage ist, die gesellschaftlich gelebten Realitäten von Familie und ihrer Erscheinungsform so abzubilden, dass die Interessen aller Beteiligten berücksichtigt und in Ausgleich gebracht werden können.

---

<sup>39</sup> BT-Drs. 13/4899, S. 30.

<sup>40</sup> *Grün*, *Vaterschaftsfeststellung /-anfechtung*, S. 27, Rn 11.

<sup>41</sup> *Palandt/Brudermüller*, § 1591 Rn. 2; BT-Drs. 13/4899, S.82.

<sup>42</sup> BT-Drs. 13/4899, S. 82.

<sup>43</sup> *Löhnig*, *FamRZ* 2015, 806 (807).

<sup>44</sup> *Dethloff*, *Familienrecht*, § 10, Rn. 2.

<sup>45</sup> *Seidel*, *FPR* 2005, 181 (182).

<sup>46</sup> *Gaul*, *FamRZ* 1997, 1441 (1446).

## II. Vaterschaftsanfechtung, § 1599 ff. BGB

### 1. Auseinanderfallen von genetischer und rechtlicher Vaterschaft

Da aufgrund des „Ein-Vater-Prinzips“<sup>47</sup> eine „doppelte Vaterschaft“<sup>48</sup> nicht möglich ist, ist es notwendig, ein Auseinanderfallen von leiblichem und rechtlichem Vater korrigieren zu können.<sup>49</sup> Im Rahmen der Vaterschaftsanfechtung kann die rechtliche Zuordnung eines Mannes als Vater gemäß § 1592 Nr. 1, Nr. 2 BGB, wenn es sich bei ihm nicht auch um den genetischen Vater handelt, durch das Vaterschaftsanfechtungsverfahren gemäß §§ 1599 ff. BGB beseitigt und „Abstammungswahrheit“ verwirklicht werden.<sup>50</sup>

#### a. Anfechtungsberechtigte

Der Kreis der Personen, die gemäß § 1600 BGB eine Vaterschaft anfechten können, hat sich stetig gewandelt. Während bis 1961 nur der Ehemann anfechten durfte, erhielten die Mutter und das Kind 1998 und zuletzt 2004 der leibliche Vater das Recht, die Vaterschaft unter bestimmten Voraussetzungen anfechten zu können.<sup>51</sup> Die im Jahr 2008 eingeführte Behördenanfechtung erklärte das BVerfG 2013 für verfassungswidrig und nichtig.<sup>52</sup> Das Anfechtungsrecht der Eltern eines verstorbenen Ehemannes als Scheinvater bestand bis zum 30.06.1998 und entfiel ebenfalls mit der Kindschaftsrechtsreform.<sup>53</sup> Weitere Verwandte, wie Eltern oder Kinder eines Mannes, für den eine rechtliche Vaterschaft besteht, können die Vaterschaft nicht anfechten.<sup>54</sup> Der in § 1600 Abs. 1 BGB genannte Personenkreis ist abschließend.<sup>55</sup> Dies hat das BVerfG mit Beschluss vom 23.11.2015 als verfassungskonform bestätigt und klargestellt, dass aus dem grundrechtlichen Schutz der familiären Bindungen zwischen nahen Verwandten nicht umgekehrt folge, dass der Beschwerdeführerin von Verfassungswegen eine Möglichkeit eingeräumt werden müsse, durch Fortführung eines durch den Sohn eingeleiteten Vaterschaftsanfechtungsverfahrens die rechtliche Verbindung zu ihrem „aufgedrängten“ Enkelkind zu lösen.<sup>56</sup>

#### b. § 1600 Abs.1 Nr. 1 BGB, der rechtliche Vater

Nach § 1600 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist der Mann, für den eine Vaterschaft gemäß § 1592 Nr. 1 oder § 1592 Nr. 2 BGB besteht oder gemäß § 1592 Nr. 2, § 1593 S. 3 BGB unterstellt wird,<sup>57</sup> anfechtungsberechtigt. Das Recht auf Anfechtung des Ehemannes ergibt sich aus der Tatsache, dass es sich

<sup>47</sup> Grün, Vaterschaftsfeststellung /-anfechtung, S. 33, Rn. 21.

<sup>48</sup> MüKo/Wellenhofer, BGB § 1592, Rn. 2.

<sup>49</sup> Schwab, Familienrecht, § 49, Rn. 544.

<sup>50</sup> Wellenhofer, Familienrecht, § 31, Rn. 24; Arnold, JR 2015 (5), 235 (237).

<sup>51</sup> Wellenhofer, Familienrecht, § 31, Rn. 24; Arnold, JR 2015 (5), 235 (237).

<sup>52</sup> BVerfG-1BvL 6/10- FamRZ 2014, 449 (457).

<sup>53</sup> Musielak/Borth, FamFG, § 169, Rn. 15; Dethloff, Familienrecht, § 10, Rn. 30.

<sup>54</sup> Schwab, Familienrecht, § 49, Rn. 565.

<sup>55</sup> jurisPK-BGB/Nickel, Familienrecht, § 1600, Rn. 12.

<sup>56</sup> BVerfG, 23.11.2015 - 1 BvR 2269/15- (Stand: 21.01.2016):

[www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/11/rk20151123\\_1bvr226915.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/11/rk20151123_1bvr226915.html)

<sup>57</sup> Palandt/Brudermüller, BGB, § 1600, Rn. 2.

bei seiner Vaterschaft um eine institutionelle Zuordnung handelt,<sup>58</sup> ohne dass es auf die tatsächliche Vaterschaft ankommt. Wenn die Vaterschaft gemäß § 1592 Nr. 3 BGB festgestellt wurde, existiert kein Anfechtungsrecht.<sup>59</sup>

### **c. § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB, der leibliche, nicht rechtliche Vater**

Mit Beschluss vom 09.04.2003 hat das BVerfG<sup>60</sup> entschieden, dass der bis dahin geltende ausnahmslose Ausschluss des biologischen Vaters von der Vaterschaftsanfechtung diesen in seinen Grundrechten aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG verletze.<sup>61</sup> Auch der leibliche, nicht rechtliche Vater müsse eine verfahrensrechtliche Möglichkeit erhalten, mit der er die rechtliche Vaterposition erlangen könnte, wenn der Schutz der familiären Beziehung zwischen dem Kind und seinen Eltern nicht entgegenstehe.<sup>62</sup> Das BVerfG verneinte zwar die Eigenschaft des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters als Träger des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Gleichzeitig bejahte es aber den Grundrechtsschutz aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, da die Norm den leiblichen Vater in seinem Interesse schütze, die Rechtsstellung als Vater einzunehmen<sup>63</sup> und bestimmte, dass der Gesetzgeber bis zum 30.04.2004 eine verfassungskonforme Rechtslage schaffen sollte.<sup>64</sup> Der gesetzgeberische Handlungsbedarf betraf vor allem die Schaffung eines Verfahrensweges für den leiblichen Vater, mittels dem die eigene Vaterschaft im rechtlichen Sinne, notfalls auch gegen den Willen der Mutter, geklärt und durchgesetzt werden könne.<sup>65</sup>

Dem kam der Gesetzgeber mit der Schaffung des „Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes“ vom 23.04.2004 nach.<sup>66</sup> Das Gesetz erweiterte den Kreis der Anfechtungsberechtigten in § 1600 BGB um den „Mann, der an Eides statt versichert, der Mutter des Kindes während der Empfängniszeit beigewohnt zu haben“. Darüber hinaus ist es gemäß § 1600 Abs. 2 BGB für die Begründetheit des Antrags Voraussetzung, dass zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind keine sozial-familiäre Beziehung besteht und es sich beim Anfechtenden um den leiblichen Vater des Kindes handelt.

### **d. § 1600 Abs. 1 Nr. 3 BGB, die Mutter**

Mit Inkraft-Treten der Kindschaftsrechtsreform am 01.07.1998 wurde auch der Mutter des Kindes die Anfechtung aus eigenen Rechten und nicht nur als gesetzliche Vertreterin des Kindes einge-

<sup>58</sup> *Dethloff*, Familienrecht, § 10, Rn. 31.

<sup>59</sup> *Prütting/Wegen/Weinreich/Friederici*, BGB, § 1600, Rn. 1.

<sup>60</sup> BVerfG – BvR 1493/96- FamRZ, 2003, 816-826.

<sup>61</sup> *Grün*, Vaterschaftsfeststellung /-anfechtung, S. 142, Rn. 231.

<sup>62</sup> BVerfG -1 BvR 1493/96, 1724/01- FamRZ 2003, 816 (816).

<sup>63</sup> BVerfG -1 BvR 1493/96, 1724/01- FamRZ 2003, 816 (818).

<sup>64</sup> BVerfG -1 BvR 1493/96, 1724/01- FamRZ 2003, 816 (816).

<sup>65</sup> *Wellenhofer*, FamRZ 2003, 1889 (1890).

<sup>66</sup> BGBl.2004 Teil I Nr. 18, S. 598-600.

räumt.<sup>67</sup> Eine Mutter, die allein sorgeberechtigt ist, erhielt in der Folge eine Art „Wahlrecht“ und kann dadurch entscheiden, ob sie das Verfahren zur Anfechtung der Vaterschaft im eigenen Namen oder im Namen des Kindes betreiben möchte.<sup>68</sup> Die in § 1600a Abs. 4 BGB enthaltene Kinderschutzklausel, die eine Anfechtung des Kindes durch den gesetzlichen Vertreter nur dann zulässt, wenn sie dem Kindeswohl dient, kann folglich umgangen werden, wenn die Mutter angibt, das ihr zustehende Anfechtungsrecht gemäß § 1600 Abs. 1 Nr. 3 BGB auszuüben.<sup>69</sup>

#### **e. § 1600 Abs. 1 Nr. 4 BGB, das Kind**

Das Recht des Kindes zur Anfechtung hängt nicht vom Vorliegen spezieller Gründe ab und gilt einheitlich und uneingeschränkt.<sup>70</sup> Das BVerfG hat entschieden, dass verfassungsrechtliche Gründe nicht entgegenstehen, da die mit der Anfechtung des Kindes einhergehende Gefährdung des Familienfriedens zumutbar sei.<sup>71</sup> Das durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht beinhalte auch das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung.<sup>72</sup> Daraus folge kein Anspruch auf „Verschaffung von Kenntnissen über die eigene Abstammung, sondern [es] schütze nur vor der Vorenthaltung erlangbarer Informationen“.<sup>73</sup> Bei der Realisierung des Wunsches des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung müsse seinen Interessen höheres Gewicht eingeräumt werden, da in Anfechtungsverfahren grundsätzlich die Gefahr bestehe, dass geschützte Rechtsgüter der rechtlichen Eltern entgegenstehen.<sup>74</sup> § 1600a Abs. 4 BGB ist hier ebenfalls beachtlich. Ob das Verfahren dem Wohl des Kindes entspricht, hat das Familiengericht im Rahmen einer Inzidentprüfung selbst vorzunehmen.<sup>75</sup>

## **2. Verfahren**

Beim Anfechtungsverfahren handelt es sich um eine Abstammungssache gemäß § 169 Nr. 4 FamFG, für welche die Familiengerichte gemäß § 23 a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GVG in Verbindung mit §§ 111 Nr. 3, 169 Nr. 4 FamFG zuständig sind.

### **a. Antrag auf Anfechtung der Vaterschaft**

Gemäß § 171 Abs. 1 FamFG wird das Verfahren durch einen Antrag eingeleitet. Für Vaterschaftsanfechtungsverfahren gilt eine erweiterbare Darlegungslast, die aus § 171 Abs. 2 S. 2 FamFG folgt,

<sup>67</sup> Palandt/*Brudermüller*, BGB, § 1600, Rn. 4; BT-Drs. 13/4899, S. 54.

<sup>68</sup> *Schwab*, Familienrecht, § 49, Rn. 567.

<sup>69</sup> Prütting/*Wegen/Weinreich/Friederici*, § 1600a, Rn. 5f.

<sup>70</sup> Musielak/Borth, FamFG, § 169, Rn. 15.

<sup>71</sup> BVerfG -1 BvL 17/87- FamRZ 1989, 255 (259).

<sup>72</sup> BVerfG -1 BvL 17/87- FamRZ 1989, 255 (258).

<sup>73</sup> BVerfG -1 BvR 421/05- FamRZ 2007, 441 (443); -1 BvL 17/87-FamRZ 1989, 255 (258).

<sup>74</sup> BVerfG -1 BvL 17/87-FamRZ 1989, 255 (258).

<sup>75</sup> *Grün*, Vaterschaftsfeststellung/-anfechtung, S. 155, Rn. 257.

wonach die Antragsteller die Umstände, die gegen die Vaterschaft sprechen, sowie den Zeitpunkt, in dem diese Umstände bekannt wurden, angeben sollen.<sup>76</sup>

### **aa. Begründeter Anfangsverdacht**

Bei den gemäß § 171 Abs. 2 S. 2 FamFG vorzubringenden Umständen, die gegen eine Vaterschaft sprechen, muss es sich um objektive Umstände handeln, die in der Lage sind, Zweifel an einer bestehenden rechtlichen Vaterschaft hervorzurufen. Bloße Behauptungen sind hierfür nicht ausreichend.<sup>77</sup> Die Notwendigkeit eines begründeten Anfangsverdacht geht auf eine Entscheidung des BVerfG vom 13.02.2007 zurück.<sup>78</sup> Es stellte klar, dass eine erweiterte Darlegungslast verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei, denn nur so könne dem Schutz des Familienverbandes aus Art. 6 Abs. 1 GG entsprochen werden. Ohne tatsächliche Anhaltspunkte würde die Regelung über die zweijährige Anfechtungsfrist ins Leere laufen, da sonst der Vater selbst bestimmen könne, zu welchem Zeitpunkt er seine Zweifel vorbringt.<sup>79</sup> Gleichzeitig betonte das BVerfG, dass der Maßstab nicht zu hoch angesetzt werden dürfe. Es sei insofern an der Rechtsprechung des BGH festzuhalten, nach der Umstände vorgetragen werden müssten, die es nicht ganz fernliegend erscheinen lassen dürften, dass das Kind nicht vom rechtlichen Vater abstamme.<sup>80</sup>

Dem folgte auch der Gesetzgeber in seiner Begründung zur Schaffung der Vorschrift des § 171 Abs. 2 S. 1 BGB, in der er bestätigte, dass „keine zu hohen Anforderungen an die Darlegungslast der bei objektiver Beurteilung geeigneten Zweifel an der Abstammung gestellt“ werden dürften.<sup>81</sup> In der Literatur gibt es viele Einwände gegen die Voraussetzung eines substantiierten Anfangsverdachts. So wird argumentiert, dass der Schutz des Kindes vor Klagen „ins Blaue“ hinein aufgrund des Kostenrisikos nicht überzeugend sei.<sup>82</sup> Zudem überspanne das Erfordernis die Möglichkeiten eines rechtlichen Vaters, Kenntnisse über einen möglichen anderen Vater zu haben.<sup>83</sup> Die hohen, durch die Rechtsprechung gesetzten, Anforderungen würden im Gegenteil dazu führen, dass ein bereits zweifelnder rechtlicher Vater den Zeitpunkt des Anfangsverdacht selbst bestimmen könne, da noch nicht einmal ein starker Verdacht ausreichend sei.<sup>84</sup> Insgesamt sei dadurch die Rechtsdurchsetzung durch die verfahrensrechtlichen Anforderungen erschwert.<sup>85</sup>

<sup>76</sup> Musielak/Borth, FamFG, § 172, Rn. 4.

<sup>77</sup> BVerfG -1 BvR 421/05- FamRZ 2007, 441 (445).

<sup>78</sup> BVerfG -1 BvR 421/05- FamRZ 2007, 441 - 447.

<sup>79</sup> BVerfG -1 BvR 421/05- FamRZ 2007, 441 (445).

<sup>80</sup> BGH - XII ZR 229/96- FamRZ 1998, 955 (957).

<sup>81</sup> BT-Drs. 16/6308, S. 244.

<sup>82</sup> Wellenhofer, Familienrecht, § 31, Rn. 26.

<sup>83</sup> Schulte-Bunert/Weinreich/Schwonberg, FamFG, § 171, Rn. 12.

<sup>84</sup> Heiderhoff, FamRZ 2010, 8 (10).

<sup>85</sup> Schulte-Bunert/Weinreich/Schwonberg, FamFG, § 171, Rn. 12.



## **bb. Anforderungen an den substantiierten Anfechtungsantrag**

Die Schlüssigkeit des Anfechtungsantrags ist davon abhängig, ob die zur Anfechtung berechtigte Person den Anfangsverdacht substantiiert darlegen konnte. Mittlerweile gibt es zahlreiche Entscheidungen, die die Anforderungen an einen hinreichend substantiierten Anfechtungsantrag konkretisieren.<sup>86</sup> Für die Annahme eines begründeten Anfangsverdacht ist u.a. ausreichend, wenn die intime Beziehung zur Mutter in der Empfängniszeit gezeugnet wird,<sup>87</sup> der Nachweis erbracht wird, dass der Vater zeugungsunfähig ist<sup>88</sup>, die Mutter einräumt oder es einen begründeten Nachweis über „Mehrverkehr“ gibt<sup>89</sup> oder die Mutter sich während der Empfängniszeit prostituiert hat<sup>90</sup>. Unbegründet ist ein Anfangsverdacht, der u.a. auf Gerüchte und Mutmaßungen<sup>91</sup>, eine nicht vorhandene Ähnlichkeit mit dem rechtlichen Vater<sup>92</sup> oder einen anonymen Anrufer, der angibt, er sei der tatsächliche Vater des Kindes,<sup>93</sup> gestützt wird.

Wenn durch einen zur Anfechtung berechtigten Antragsteller Anhaltspunkte vorgetragen werden, die den Voraussetzungen für die Annahme eines Anfangsverdacht entsprechen, prüft das Familiengericht von Amts wegen, ob die Frist für die Anfechtung gemäß § 1600b BGB eingehalten wurde und die weiteren Anfechtungsvoraussetzungen vorliegen.<sup>94</sup>

## **b. Vertretungsausschluss**

Grundsätzlich gilt die Gesamtvertretung beider Eltern gemäß § 1629 Abs. 1 S. 1 BGB, es sei denn, ein Elternteil ist Inhaber der Alleinsorge.<sup>95</sup> Der rechtliche Vater, der das Anfechtungsverfahren durchführt, ist jedoch von der gesetzlichen Vertretung des minderjährigen Kindes gemäß §§ 1795 Abs. 2, 181, 1629 Abs. 2 S. 1 BGB ausgeschlossen. Dies gilt auch für die Fälle, in denen das Vaterschaftsanfechtungsverfahren durch einen Vaterschaftsprätendenten gemäß § 1600 Nr. 2 BGB angestrebt wird. Dieser einheitliche Vertretungsausschluss des rechtlichen Vaters geht auf eine Entscheidung des BGH vom 21.03.2012<sup>96</sup> zurück. Nach Auffassung des BGH könne ein rechtlicher Vater das minderjährige Kind grundsätzlich nicht im Vaterschaftsanfechtungsverfahren vertreten, da das Verfahren auf eine Statusbeseitigung zwischen ihm und dem Kind gerichtet sei. Gleichzeitig wurde der Ausschluss der mit dem rechtlichen Vater verheirateten Mutter in entsprechender Anwendung von § 1795 Abs. 1 Nr. 3 BGB festgestellt.<sup>97</sup> Diese Beschränkung wird in der Literatur ver-

<sup>86</sup> *Wellenhofer*, Familienrecht, § 31, Rn. 26.

<sup>87</sup> *Grün*, Vaterschaftsfeststellung /-anfechtung, S. 164, Rn. 171.

<sup>88</sup> *Wellenhofer*, Familienrecht § 31, Rn. 26.

<sup>89</sup> OLG Karlsruhe -2 WF 22/01-2 WF 63/01- FamRZ 2001, 1532 (1532).

<sup>90</sup> BGH -XII ZR 207/03- FamRZ 2006, 771 (773).

<sup>91</sup> *Schulte-Bunert/Weinreich/Schwonberg*, FamFG, § 171, Rn. 14.

<sup>92</sup> BGH - XII ZR 173/04- FamRZ 2008, 501 (502).

<sup>93</sup> BGH - XII ZR 173/04- FamRZ 2008, 501 (501).

<sup>94</sup> *Musielak/Borth*, FamFG, § 172, Rn. 4.

<sup>95</sup> *Prütting/Wegen/Weinreich/Ziegler*, BGB, § 1629, Rn. 5.

<sup>96</sup> BGH -XII ZB 510/10- FamRZ 2012, 859-862.

<sup>97</sup> BGH -XII ZB 510/10- FamRZ 2012, 859 (861 f.).

schiedentlich kritisiert, da dies nicht verhindern könne, dass auch eine nicht verheiratete und nicht am Statusverhältnis beteiligte Mutter in einem Verfahren nur ihre eigenen Interessen verfolge.<sup>98</sup>

Liegt ein Vertretungsausschluss vor, muss für das Kind gemäß § 1909 Abs. 1 BGB ein Ergänzungspfleger bestellt werden.<sup>99</sup> Auch ist gemäß § 1600a Abs. 4 BGB die Kinderschutzklausel zu beachten, da sie für jede Vertretung gilt.<sup>100</sup>

### **c. Frist**

Gemäß § 1600b Abs. 1 S. 1 BGB kann die Vaterschaft binnen zwei Jahren gerichtlich angefochten werden. Die Frist beginnt gemäß § 1600b Abs. 1 S. 2 BGB mit dem Zeitpunkt, in dem der Berechtigte von den gegen die Vaterschaft sprechenden Umständen erfährt. Daher ist bei Antragstellung gemäß § 171 Abs. 1 FamFG der Zeitpunkt zu nennen, an dem der Antragsteller Kenntnis von den zur Anfechtung berechtigenden Umständen erlangt hat.<sup>101</sup> Einschränkend ist zu beachten, dass gemäß § 1600b Abs. 2 BGB die Frist nicht vor der Geburt des Kindes und nicht vor Wirksamwerden der Vaterschaftsanerkennung gemäß § 1592 Nr. 2 BGB beginnen kann. Der Anfechtungsberechtigte „erfährt“ im Sinne von § 1600b Abs. 1 S. 2 BGB von Umständen, die gegen die Vaterschaft sprechen, wenn er sichere Kenntnisse<sup>102</sup> über Tatsachen erhält, die bei sachlicher Beurteilung dazu geeignet sind, Zweifel an der Vaterschaft hervorzurufen und dies „nicht schon als in hohem Maße unwahrscheinlich (...) und (...) ganz fernliegend“ anzusehen ist.<sup>103</sup> Beim anfechtungsberechtigten Kind ist § 1600b Abs. 3 BGB zu beachten, wonach ein Wiederaufleben des Anfechtungsrechts nach Eintritt der Volljährigkeit dann möglich ist, wenn der gesetzliche Vertreter eines geschäftsunfähigen Anfechtungsberechtigten es versäumt hat, die Vaterschaft rechtzeitig anzufechten.<sup>104</sup> Erlangt das Kind Kenntnis, aufgrund derer die Folgen einer Vaterschaft für es unzumutbar werden, beginnt gemäß § 1600b Abs. 6 BGB die Frist ab diesem Zeitpunkt erneut. Für den gemäß § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB anfechtungsberechtigten Vaterschaftsprätendenten, ist der Zeitpunkt der Kenntnis der Umstände, die gegen eine Vaterschaft sprechen, für den Fristbeginn maßgeblich. Das Bestehen einer sozial-familiären Beziehung zwischen rechtllichem Vater und Kind hindert gemäß § 1600b Abs. 1 S. 2, 2. Hs. BGB den Fristablauf nicht.

<sup>98</sup> Stöber, FamRZ 2012, 862.

<sup>99</sup> Stöber, FamRZ 2012, 862.

<sup>100</sup> Prütting/Wegen/Weinreich/Friederici, BGB, § 1600a, Rn. 10.

<sup>101</sup> Musielak/Borth, FamFG, § 172, Rn. 4.

<sup>102</sup> Palandt/Brudermüller, BGB, § 1600b, Rn. 11.

<sup>103</sup> BGH -XII ZR 58/12- NJW, 2014, 629 (630); BGH -IV ZR 36/72- FamRZ 1973, 592 (593);

Palandt/Brudermüller, BGB, § 1600b, Rn. 10; Wellenhofer, Familienrecht, § 31, Rn. 36.

<sup>104</sup> Schwab, Familienrecht, § 49, Rn. 573.

#### **d. Antrag des Vaterschaftsprätendenten**

Da die Anfechtung der rechtlichen Vaterschaft durch einen Vaterschaftsprätendenten zu Eingriffen in die verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgüter des Familienlebens und der Persönlichkeitssphäre der Familienmitglieder führen kann, gelten für seinen Anfechtungsantrag zusätzliche Voraussetzungen.<sup>105</sup> Man spricht insofern von einem „eingeschränkten Anfechtungsrecht“.<sup>106</sup>

##### **aa. Eidesstattliche Versicherung**

Der mögliche leibliche Vater muss gemäß § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB an Eides statt versichern, der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt zu haben.<sup>107</sup> So soll verhindert werden, dass beliebig Anträge gestellt<sup>108</sup> oder leichtfertig Anfechtungsverfahren „ins Blaue hinein“ betrieben werden.<sup>109</sup> Dies wird in der Literatur kritisch bewertet und als zu restriktiv bezeichnet.<sup>110</sup> Zweifel an der Abstammung könnten auch ohne Erinnerung an den genauen Zeitpunkt der Beiwohnung geweckt werden.<sup>111</sup>

##### **bb. Keine sozial-familiäre Vater-Kind-Beziehung**

Zudem darf gemäß § 1600 Abs. 2 BGB zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind keine sozial-familiäre Beziehung bestehen. Von einer solchen Beziehung wird gemäß § 1600 Abs. 4 S. 1 BGB ausgegangen, wenn der rechtliche Vater für das Kind im entscheidenden Zeitpunkt auch tatsächlich Verantwortung trägt oder getragen hat. Der Regelfall wird von § 1600 Abs. 4 S. 2 BGB bestimmt, wonach vermutet wird, dass eine tatsächliche Verantwortung dann vorliegt, wenn die Mutter mit dem rechtlichen Vater verheiratet ist oder mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt hat. Zweck der Regelungen in § 1600 Abs. 2, Abs. 4 BGB ist auch hier der Schutz der familiären Gemeinschaft vor Störungen von außen<sup>112</sup> und der Schutz der sozial-familiären Bindungen des Kindes zu der Familie, der es rechtlich zugeordnet ist.<sup>113</sup> Dies entspricht im Wesentlichen dem Schutzgedanken, mit dem der ehemalige Ausschluss des leiblichen Vaters vom Anfechtungsrecht begründet wurde.<sup>114</sup> Der gelebten Realität wird somit Vorrang vor der leiblichen Abstammung eingeräumt und zwar in Form eines „die rechtliche Abstammung vermittelnden Elements“.<sup>115</sup> Nur, wenn es sich bei der Vaterschaft, von der die Sperrwirkung gemäß §§ 1594 Abs. 2,

<sup>105</sup> BT-Drs. 15/2253, S. 10 f.

<sup>106</sup> Ermann/*Hammermann*, BGB, § 1600, Rn. 8.

<sup>107</sup> Kaiser/Schnitzler/Friederici/Schilling/*Gutzeit*, BGB - Familienrecht, § 1600, Rn. 7.

<sup>108</sup> *Schwab*, Familienrecht, § 49, Rn. 569.

<sup>109</sup> Kaiser/Schnitzler/Friederici/Schilling/*Gutzeit*, BGB - Familienrecht, § 1600, Rn. 7.

<sup>110</sup> *Dieckmann*, Rechtliche Stellung des biologischen, nicht rechtlichen Vaters, S. 186.

<sup>111</sup> Kaiser/Schnitzler/Friederici/Schilling/*Gutzeit*, BGB - Familienrecht, § 1600, Rn. 10.

<sup>112</sup> *Schwab*, Familienrecht, § 49, Rn. 569.

<sup>113</sup> BGH - XII ZR 117/97- FamRZ 1999, 716 (716); *Schwab*, Familienrecht § 49, Rn. 569.

<sup>114</sup> Kaiser/Schnitzler/Friederici/Schilling/*Gutzeit*, BGB - Familienrecht, § 1600, Rn. 11.

<sup>115</sup> *Becker*, FS Bruder Müller, 1 (9).

1600d Abs. 1 BGB ausgeht, nicht auch um eine gelebte Vaterschaft handelt oder jemals gehandelt hat, kann der leibliche, nicht rechtliche Vater diese beseitigen.<sup>116</sup>

### **cc. EMRK-Konformität von § 1600 Abs. 2, Abs. 4 BGB**

Die Frage nach der Vereinbarkeit der Regelung von § 1600 Abs. 2, Abs. 4 BGB mit Art. 6 und Art. 8 EMRK und ihrer korrekten Anwendung durch die nationalen Gerichten, hatte der EGMR im Fall *Kautzor ./. Deutschland* zu beantworten.<sup>117</sup> In dem dort vorgelegten Fall beehrte der Beschwerdeführer die Anerkennung und rechtlichen Feststellung seiner Vaterschaft. Seine Rüge betraf insgesamt drei Aspekte:

#### **(1) Die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör:**

Es wurde gerügt, dass die Mutter eines nichtehelichen Kindes durch Zustimmungserteilung oder -verweigerung allein bestimmen könne, wer die rechtliche Vaterschaft erhalte, wenn es zwei potenzielle Väter gebe. Der andere mögliche Vater werde in diesem Verfahren nicht gehört.

#### **(2) Verhinderung der Anfechtung:**

Der Beschwerdeführer rügte weiter, dass er aufgrund des Bestehens einer sozial-familiären Beziehung an der Anfechtung der -unter Verletzung seines rechtlichen Gehörs- anerkannten und festgestellten Vaterschaft gehindert worden sei.

#### **(3) Keine Möglichkeit zur Anerkennung der Vaterschaft:**

Schließlich brachte der Beschwerdeführer vor, dass es ihm verwehrt worden sei, seine Vaterschaft ohne rechtliche Statusänderung für das Kind anerkennen zu lassen.<sup>118</sup>

Der EGMR stellte noch einmal grundsätzlich klar, dass sich, wenn es die Umstände rechtfertigten, das in Art. 8 EMRK geschützte Recht auf Familienleben auch auf „potentielle Beziehungen erstrecken [kann], die sich zwischen einem nichtehelichen Kind und dessen leiblichem Vater entwickeln.“<sup>119</sup> Auch erinnerte er an Entscheidungen, in denen wiederholt festgestellt wurde, dass Verfahren von potenziellen Vätern, die eine Anfechtung oder Feststellung der Vaterschaft zum Gegenstand haben, das in Art. 8 EMRK geschützte Recht auf Privatleben des Mannes berührten.<sup>120</sup> Die Prüfung des EGMR ergab, dass die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Inhalte keine Verstöße gegen die EMRK darstellen. Insbesondere habe Deutschland seinen Beurteilungsspielraum fehlerfrei ausgeübt, der sehr weit gefasst werden könne. Dies ergebe sich aus dem fehlenden „gefestigten Konsens“, was die Festlegung des Rechtsstatus´ eines Kindes in einer solchen Situation ange-

<sup>116</sup> *Fröschle*, Sorge und Umgang, S. 270, Rn. 1271 f.

<sup>117</sup> EGMR -23338/09- S. 1-16, juris (Stand: 02.10.2015).

<sup>118</sup> EGMR -23338/09- 10/16, Rn. 67, juris (Stand: 02.10.2015).

<sup>119</sup> EGMR -23338/09- 10/16, Rn. 61, juris (Stand: 02.10.2015).

<sup>120</sup> EGMR -23338/09-15/16, Rn 63, juris ; EGMR-19535/08) NJW 2012, 2015 (2015), (Pascaud./Frankreich); EGMR -8777/79- NJW 1986, 2176 (2177), (Rasmussen ./. Dänemark).

he.<sup>121</sup> Aus der sich im Verfahren *Anayo./Deutschland* ergebenden Prüfpflicht, ob es Kindeswohl-dienlich ist, dem leiblichen, nicht rechtlichen Vater bspw. durch Gewährung eines Umgangsrechts die Möglichkeit zu geben, eine Beziehung zu dem Kind aufzubauen,<sup>122</sup> könne nicht notwendigerweise auf eine Verpflichtung zur Schaffung einer Anfechtungsmöglichkeit geschlossen werden.<sup>123</sup> Ein Verstoß gegen Art. 14 EMRK in Verbindung mit Art. 8 EMRK, die das Diskriminierungsverbot und das Recht auf Achtung des Familienlebens beinhalten, konnte ebenfalls nicht festgestellt werden.

Der EGMR betonte, dass Art. 14 EMRK „im Hinblick auf den Genuss der nach der Konvention garantierten Rechte und Freiheiten, Schutz vor Ungleichbehandlung von Menschen in vergleichbaren Situationen biete, wenn es dafür keinen sachlichen Grund gibt.“<sup>124</sup> Die Gewährung eines Vorranges der bestehenden familiären Beziehung zwischen einem Kind und seinen rechtlichen Eltern gegenüber der Beziehung eines möglichen Vaters zu seinem Kind bewege sich innerhalb des Ermessensspielraumes des Staates.<sup>125</sup>

#### **dd. Verfassungsrechtliche Überprüfung von § 1600 Abs. 2, Abs. 4 BGB**

Auch das BVerfG<sup>126</sup> hat den Ausschluss des möglichen leiblichen Vaters zum Schutz der rechtlich-sozialen Familie aus verfassungsrechtlicher Sicht für unbedenklich erklärt.<sup>127</sup> Dies gelte auch für den Fall, in dem über mehrere Jahre hinweg eine sozial-familiäre Beziehung zwischen dem leiblichen, nicht rechtlichen Vater und dem Kind bestand, wenn dieser die Vaterschaftsanerkennung oder Vaterschaftsfeststellung über mehrere Jahre versäumt habe.<sup>128</sup> Wird in der Zwischenzeit ein anderer Mann rechtlicher Vater des Kindes und entsteht eine sozial-familiäre Beziehung zum Kind, ist der leibliche, nicht rechtliche Vater auch dann nicht berechtigt, die Vaterschaft anzufechten. Ein weitergehender Schutz des Interesses des leiblichen Vaters, auch die rechtliche Stellung als Vater einzunehmen, sei verfassungsmäßig nicht geboten.<sup>129</sup>

#### **ee. Tatsächliche Vaterschaft des Anfechtenden**

Wie aus § 1600 Abs. 2 BGB folgt, muss es sich bei dem gemäß § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB Anfechtenden auch um den leiblichen Vater des Kindes handeln. Daraus lässt sich schließen, dass das Nichtbestehen der leiblichen Vaterschaft zur Unbegründetheit des Anfechtungsantrages führt und

<sup>121</sup> EGMR - 23338/09; 45071/09- FamRZ 2012, 691 (692).

<sup>122</sup> EGMR - 20578/07- FamRZ 2011, 269 (271).

<sup>123</sup> EGMR -23338/09; 45071/09- FamRZ 2012, 691 (692).

<sup>124</sup> EGMR -23338/09- 15/16, Rn 91, juris (Stand: 02.10.2015).

<sup>125</sup> EGMR -23338/09- 15/16, Rn 92, juris (Stand: 02.10.2015).

<sup>126</sup> BVerfG - 1 BvR 562/13- FamRZ 2015, 817 (817).

<sup>127</sup> BVerfG - 1 BvR 562/13- FamRZ 2015, 817 (817); Keuter, NZFam 2015, 537 (537).

<sup>128</sup> BVerfG -1 BvR 562/13- FamRZ 2015, 817 (817).

<sup>129</sup> BVerfG -1 BvR 562/13- FamRZ 2015, 817 (817).

die rechtliche Vaterschaft bestehen bleibt.<sup>130</sup> Dadurch soll vermieden werden, dass ein Kind „vaterlos“ wird, wenn das Vaterschaftsanfechtungsverfahren zum Ergebnis hat, dass es sich weder bei dem rechtlichen Vater noch bei dem Vaterschaftsprätendenten um den genetischen Vater des Kindes handelt.<sup>131</sup> Da das Bestehen der Vaterschaft entscheidungserheblich ist, muss darüber gemäß §§ 177 Abs. 2, 169 Nr. 4 FamFG Beweis erhoben werden, was in der Regel über die Einholung eines Abstammungsgutachtens erfolgt.<sup>132</sup> Soweit erforderlich hat gemäß § 178 Abs. 1 FamFG jede Person zur Feststellung der Abstammung Untersuchungen insbesondere die Entnahme von Blutproben zu dulden. Wird im Rahmen dieser Untersuchung die leibliche Vaterschaft des Anfechtenden festgestellt, ist gleichzeitig erwiesen, dass die biologische und die rechtliche Zuordnung des rechtlichen Vaters auseinanderfallen und seine tatsächliche Vaterschaft nicht besteht.<sup>133</sup>

### **3. Ausschluss der Vaterschaftsanfechtung gemäß § 1600 Abs. 5 BGB**

#### **a. Voraussetzungen des Ausschlusses**

Durch das Kinderrechteverbesserungsgesetz (KindRVerbG) wurde 2002 der Anfechtungsausschluss der Mutter und des Mannes eingeführt, wenn das Kind durch vereinbarte künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt wurde.<sup>134</sup> Für die Anwendbarkeit von § 1600 Abs. 5 BGB ist es unerheblich dabei, ob es sich um Ehegatten oder ein unverheiratetes Paar handelt und der Mann die Vaterschaft gemäß § 1594 ff. BGB anerkannt hat.<sup>135</sup> Der gesetzliche normierte Ausschluss wird damit begründet, dass sich der Mann und die Mutter zur Zeugung eines Kindes entschieden und sie deshalb besondere Verantwortung für die Existenz des Kindes tragen.<sup>136</sup> Zugleich sollen dadurch der verwandtschaftsrechtliche Status des Kindes und seine personelle und soziale Einbindung geschützt werden.<sup>137</sup> Es muss sich dabei um eine „heterologe Insemination“, also die künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten handeln und das Paar muss zuvor in die künstliche Befruchtung eingewilligt haben<sup>138</sup>. Der Begriff der künstlichen Befruchtung wird sehr weit gefasst. Insbesondere ist keine medizinisch assistierte Vornahme notwendig.<sup>139</sup>

Das OLG Hamm<sup>140</sup> hat hierzu klargestellt, dass unter einer künstlichen Befruchtung im Sinne von § 1600 Abs. 5 BGB „nicht nur Methoden zu verstehen [sind], die nach standesrechtlichen geordneten medizinischen Techniken erfolgen“, sondern für alle Fälle gelte, in denen die Befruchtung unter Zu-

<sup>130</sup> Kaiser/Schnitzler/Friederici/Schilling/ *Gutzeit*, § 1600, Rn. 18.

<sup>131</sup> *Schwab*, Familienrecht, § 49, Rn. 569.

<sup>132</sup> Musielak/Borth, FamFG, § 177, Rn. 2.

<sup>133</sup> *Wellenhofer*, Familienrecht, § 31, Rn. 32.

<sup>134</sup> *Peschel-Gutzeit*, FPR 2002, 285 (285).

<sup>135</sup> Kaiser/Schnitzler/Friederici/Schilling/*Gutzeit*, § 1600, Rn. 30; Palandt/*Brudermüller*, Rn. 11.

<sup>136</sup> *Dethloff*, Familienrecht, § 10, Rn. 80.

<sup>137</sup> Palandt/*Brudermüller*, BGB, § 1600, Rn. 11; *Peschel-Gutzeit*, FPR 2002, 285 (287).

<sup>138</sup> *Wellenhofer*, Familienrecht, § 10, Rn. 40.

<sup>139</sup> *Wellenhofer*, Familienrecht, § 31, Rn. 39.

<sup>140</sup> OLG Hamm -9 UF 19/06- FamRZ 2008, 630.

hilfenahme von technischen Hilfsmitteln erfolge und dies gelte auch für eine Selbstvornahme.<sup>141</sup> Das Anfechtungsrecht bleibt hingegen bestehen, wenn das Kind nicht aus einer gemeinsam entschiedenen künstlichen Befruchtung, sondern aus einem Seitensprung stammt oder die Samen verwechselt wurden.<sup>142</sup>

### **b. Anfechtungsrecht des Kindes**

Das Anfechtungsrecht des Kindes wird durch den Ausschluss der Mutter und des rechtlichen Vaters nach einer künstlichen Befruchtung mit dem Samen eines Dritten, nicht tangiert. Ist das Kind minderjährig, ist auch hier die Schutzvorschrift des § 1600 Abs. 4 BGB zu berücksichtigen.<sup>143</sup>

### **c. Anfechtungsrecht des Samenspenders**

Ob dem Samenspender als genetischem Vater ein Anfechtungsrecht eingeräumt werden soll, oder ob dieser ebenfalls von der Anfechtung ausgeschlossen ist, ist streitig. Der Gesetzgeber war bei der Schaffung der Vorschrift der Auffassung, dass eine Anfechtungsberechtigung des Samenspenders aus § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB verneint werden müsse, da er der Frau gerade nicht beigewohnt habe und es an der Voraussetzung für die Anfechtungsberechtigung fehle.<sup>144</sup> Zudem verzichte der Samenspender durch seine Bereitschaft zur Samenspende konkludent auf seine rechtliche Vaterschaftsstellung.<sup>145</sup> Die Argumentation wird seitens der Literatur als wenig überzeugend bezeichnet. Zum einen handele es sich bei der Vaterschaftsanfechtung um ein unverzichtbares Recht und zum anderen könne nicht eingesehen werden, aus welchen Gründen die Erlangung der rechtlichen Stellung als Vater durch den Samenspender auch dann ausgeschlossen sein soll, wenn der rechtliche Vater keine sozial-familiäre Beziehung zu dem ihm rechtlichen zugeordneten Kind aufgebaut habe oder gar nicht aufbauen wolle.<sup>146</sup>

Der BGH hat zur Frage nach dem Ausschluss des Samenspenders entschieden, dass es für ein Anfechtungsrecht des Samenspenders als biologischer Vater maßgeblich auf die zugrundeliegende Fallkonstellation ankomme.<sup>147</sup> Zudem hat er festgestellt, dass die „Beiwohnung“ auch die Samenspende mitumfasse. Sinn und Zweck der Vorschrift des § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB würde eine Anwendung auch auf „eine ohne Geschlechtsverkehr mögliche genetische Vaterschaft“ erforderlich machen, „wenn der Zeugung des Kindes keine auf die Vaterschaft eines Dritten als Wunschvater gerichtete Vereinbarung i.S.v. § 1600 Abs. 5 BGB vorausgegangen ist (sog. ‚konsentierter heterolo-

<sup>141</sup> OLG Hamm -9 UF 19/06- FamRZ 2008, 630.

<sup>142</sup> Palandt/*Brudermüller*, § 1600, Rn. 11; Peschel-Gutzeit, FPR 2002, 285 (287).

<sup>143</sup> Palandt/*Brudermüller*, BGB, § 1600, Rn. 11.

<sup>144</sup> BT-Drs. 15/2492, S. 9.

<sup>145</sup> BT-Drs. 15/2492, S. 9.

<sup>146</sup> Kaiser/Schnitzler/Friederici/Schilling/*Gutzeit*, BGB, § 1600, Rn. 31.

<sup>147</sup> BGH -XII ZR 49/11- NJW 2013, 2589 (2591).

ge Insemination').<sup>148</sup> Nach Ansicht des BGH sei es auch nur in dieser Konstellation möglich, den Samenspender auf die Rolle des Herausgebers des Spermias zu beschränken, da sich die Mutter, der werdende rechtliche Vater und der Samenspender in diesem Fall einig wären, dass die Übernahme der Elternverantwortung durch den (Wunsch-)Vater erfolgen solle, während der Samenspender meist anonym bleiben wolle.<sup>149</sup>

Wenn aber nicht schon mit der Hergabe der Samenspende auf die Begründung eines eigenen Elternrechts verzichtet wird, hält der BGH es für verfassungsrechtlich geboten, dem Samenspender wenigstens den Zugang zu einem möglichen Erwerb der Elternstellung einzuräumen.<sup>150</sup> Dies ergebe sich auch aus der Systematik des Abstammungsrechts. In Fällen, in denen die Existenz eines Kindes auf der Abrede zwischen drei Beteiligten beruhe, sei sogar ein über den Wortlaut hinausgehender Ausschluss des Samenspenders möglich und zu rechtfertigen, selbst wenn keine sozial-familiäre Beziehung zwischen rechtlichem Vater und dem Kind bestehe.<sup>151</sup> Gebe es keinen (Wunsch-)Vater, der in eine künstliche Befruchtung einwilligen könnte, könne die Vaterschaft des Samenspenders gemäß § 1600d BGB ohne weiteres festgestellt werden. Der BGH weist zudem darauf hin, dass die Vaterschaft eines Mannes, der erst im Nachhinein in die durch künstliche Befruchtung herbeigeführte Zeugung einwilligt, gesetzlich nicht besonders gesichert sei. Insbesondere sei zu beachten, dass § 1600 Abs. 5 BGB nicht zur Anwendung komme, wenn die Vaterschaft erst nachträglich anerkannt werde, da dann keine Einwilligung vorliege. In diesen Fällen liege auch keine Rechtfertigung für den Ausschluss des Samenspenders vor, so dass dieser, bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen von § 1600 Abs. 2 BGB, auch die Vaterschaft anfechten könne.<sup>152</sup>

Die Entscheidung des BGH wurde kritisch diskutiert. Insbesondere wurde die Schaffung von „erheblicher Rechtsunsicherheit“<sup>153</sup> bemängelt sowie die „diskriminierende Rechtslage“<sup>154</sup> für lesbische Paare als Ursache für die vermehrt auftretende „private“ Samenspende genannt, was der BGH in seiner Beurteilung verkenne. Die Möglichkeit, wirksam auf das Anfechtungsrecht verzichten zu können, wird von einigen Stimmen bezweifelt.<sup>155</sup> Der Gesetzgeber sei nun gefordert, das Familienrecht in „ein stimmiges Gesamtkonzept zu überführen“<sup>156</sup> und „flexible Regelungsmöglichkeiten“<sup>157</sup> zu schaffen, die den gelebten Realitäten der Beteiligten gerecht werden müssen.<sup>158</sup>

<sup>148</sup> BGH -XII ZR 49/11- NJW 2013, 2589 (2590).

<sup>149</sup> BGH -XII ZR 49/11- NJW 2013, 2589 (2590).

<sup>150</sup> BGH -XII ZR 49/11- NJW 2013, 2589 (2591).

<sup>151</sup> BGH -XII ZR 49/11- NJW 2013, 2589 (2591).

<sup>152</sup> BGH -XII ZR 49/11- NJW 2013, 2589 (2591).

<sup>153</sup> *Löhnig/Preisner*, FamFR 2013, 340 (343).

<sup>154</sup> *Remus/Liebscher*, NJW 2013, 2558 (2560).

<sup>155</sup> Palandt/*Brudermüller*, BGB, §1600, Rn.12; *Löhnig/Preisner*, FamFR 2013, 340 (344); *Remus/Liebscher*, NJW 2013, 2558 (2560).

<sup>156</sup> *Löhnig/Preisner*, FamFR 2013, 340 (344).

<sup>157</sup> *Remus/Liebscher*, NJW 2013, 2558 (2561).

<sup>158</sup> *Löhnig/Preisner*, FamFR 2013, 340 (344).



#### 4. Rechtsfolgen

Wenn der Anfechtungsantrag begründet ist, wird festgestellt, dass die rechtliche Vaterschaft nicht besteht.<sup>159</sup> Der Beschluss erschöpft sich in einer negativen Wirkung auf den Status des Kindes, da eben nicht festgestellt wird, wer der wirkliche Vater des Kindes ist.<sup>160</sup> Die rechtliche Vaterschaft wird mit rechtskräftigem gerichtlichen Beschluss ex-tunc gemäß § 184 Abs. 2 FamFG beseitigt,<sup>161</sup> die gesetzlichen Vermutungen aus §§ 1592 Nr. 1, Nr. 2 BGB gelten gemäß § 1599 Abs. 1 S. 1 BGB nicht mehr. Bei der begründeten Anfechtung des leiblichen Vaters enthält der Beschluss gemäß §§ 182 Abs. 1 FamFG, 1592 Nr. 3 BGB darüber hinaus auch die Feststellung der Vaterschaft des Anfechtenden, denn diese wurde im Verfahren bereits nachgewiesen. Besteht keine leibliche Vaterschaft des Anfechtenden, wird sein Antrag abgewiesen.<sup>162</sup>

#### 5. Fazit

Das Anfechtungsverfahren hat sich stetig weiterentwickelt. Zum Schutz der sozialen Familie, des Familienfriedens und der Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten sind das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung und die rechtliche Zusammenführung von leiblichen Eltern und ihren Kindern als schützenswerte Güter hinzugetreten.<sup>163</sup> Der sich aus dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung ableitende Anspruch, dass keine erlangbaren Informationen, die zur Kenntnis der eigenen Abstammung führen könnten, vorenthalten werden dürfen, hat zum Anfechtungsrecht des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters geführt, dessen Ausschluss zu Recht vom BVerfG für nicht verfassungskonform erklärt worden war.<sup>164</sup>

Das „Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes“ hat zwar die Vorgaben des BVerfG vollumfänglich umgesetzt. Damit ist der Gesetzgeber seiner Verpflichtung nachgekommen, eine verfassungskonforme Regelung zu schaffen, hat es aber letztlich versäumt, eine rechtspolitisch „konsequente und kraftvolle Lösung“<sup>165</sup> zu schaffen. Insbesondere privilegiert die in § 1600 Abs. 4 S. 2 BGB geregelte Vermutung den Vater, der mit der Mutter verheiratet ist, da allein der Status der Ehelichkeit dazu führt, dass vom Bestehen einer sozial-familiäre Beziehung zwischen Mann und Kind ausgegangen wird. Dabei werden nicht nur rechtliche Väter im Sinne von § 1592 Nr. 2 und Nr. 3 BGB benachteiligt, sondern auch verkannt, dass zum einen das Bestehen einer sozialen Beziehung auch ohne Zusammenleben möglich ist und zum anderen wird bei einem verheirateten Vater „prima facie“ auf

<sup>159</sup> *Dethloff*, Familienrecht, § 10, Rn. 55.

<sup>160</sup> *Schwab*, Familienrecht, § 49, Rn. 578.

<sup>161</sup> *Wellenhofer*, Familienrecht, § 31, Rn. 42.

<sup>162</sup> *Schulte-Bunert/Weinreich/Schwonberg*, FamFG, § 182, Rn. 9.

<sup>163</sup> *Arnold*, JR 2015 (5), 235 (237).

<sup>164</sup> BVerfG -1 BvR 1493/96, 1724/01- FamRZ 2003, 816 (821).

<sup>165</sup> *Staudinger/Rauscher*, BGB, § 1600, Rn. 15.

das Vorliegen einer solchen, tatsächlichen Beziehung verzichtet.<sup>166</sup> Diese Bevorzugung des mit der Mutter verheirateten Vaters bewirkt trotz der grundsätzlichen Widerlegbarkeit der Vermutung eine deutliche Schlechterstellung des anfechtenden biologischen Vaters, da er auch in diesen Fällen das Nichtbestehen einer sozial-familiären Beziehung beweisen muss. Als Antragsteller ist er beweisbelastet und trägt die Feststellungslast, ob das Fehlen einer sozial-familiären Beziehung im Sinne von § 1600 Abs. 4 BGB zutrifft oder nicht.<sup>167</sup> Im Falle eines „non liquet“ geht der fehlende Nachweis zu seinen Lasten.<sup>168</sup>

Darüber hinaus wird der leibliche, nicht rechtliche Vater in seinen Rechten beschnitten, als weder er noch das minderjährige Kind zwischen Mutter und Ehemann verabredete „Verdeckungsstrategien“<sup>169</sup> durchbrechen können. Ferner lässt die aktuelle Rechtslage wenig Spielraum. Weder, was die einzelfallbezogene, ausgewogene Berücksichtigung der Interessen der Beteiligten, noch, was eine Beurteilung des Kindeswohls betrifft.<sup>170</sup> Zudem muss hier die Frage gestellt werden, ob dies „den gelebten familiären Zusammenschlüssen in der Gesellschaft“ noch gerecht wird.<sup>171</sup>

Der Forderung nach einem Anfechtungsrecht in Form einer „Generalklausel ohne Vermutungen“,<sup>172</sup> die den Schutz der sozialen Familien bereits im Rahmen des Anfechtungsrechts mit dem Interesse des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters abwägen würde,<sup>173</sup> stellt einen unterstützungswürdigen Ansatz dar, um aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung und in der Gesellschaft in künftige Entscheidungen mit einbeziehen zu können. Auf diese Weise könnte der fortschreitende Wandel, den das Familienbild seit einigen Jahrzehnten in der Gesellschaft und innerhalb der Rechtsordnung durchläuft<sup>174</sup> und die Anforderungen an die rechtliche Ausgestaltung der Familie im Rechtssinne miteinander verbunden werden.

### **III. Abstammungsklarungsverfahren, § 1598a BGB**

#### **1. Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung**

Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist nach Ansicht des BVerfG ein höchstpersönliches Recht, das aus dem in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und der in Art. 1 Abs. 1 GG garantierten Menschenwürde hervorgeht.<sup>175</sup> Die Abstammung nehme „im Bewusstsein des Einzelnen eine Schlüsselstellung für seine Individualitätsfindung

<sup>166</sup> Staudinger/Rauscher, BGB, § 1600, RN. 15.

<sup>167</sup> BGH -XII ZR 164/04- FamRZ 2007, 538 (540), MüKo/Wellenhofer, BGB, §1600, Rn. 8.

<sup>168</sup> Soergel/Schmidt-Recla, BGB § 1600, Rn. 28; MüKo/Wellenhofer, BGB, § 1600, Rn. 8.

<sup>169</sup> Staudinger/Rauscher, BGB, § 1600, Rn. 15.

<sup>170</sup> MüKo/Wellenhofer, BGB, § 1600, Rn. 6.

<sup>171</sup> Dieckmann, Rechtliche Stellung des ledigl. biolog. Vaters, S. 265.

<sup>172</sup> Staudinger/Rauscher, BGB, § 1600, Rn. 16.

<sup>173</sup> Staudinger/Rauscher, BGB, § 1600, Rn. 16.

<sup>174</sup> Hähnchen, JZ 14/2015, 708 (713).

<sup>175</sup> BVerfG -1 BvL 17/87- FamRZ 1989, 255 (257); Wellenhofer, Familienrecht, § 31, Rn. 50.

wie für sein Selbstverständnis und sein familiäres Verhältnis zu anderen ein.“<sup>176</sup> Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung schützt aber nicht nur die Rechte des Kindes, das erfahren möchte, von wem es genetisch abstammt, sondern räumt auch spiegelbildlich dem Mann das Recht ein, zu erfahren, ob ein Kind von ihm abstammt.<sup>177</sup>

### **a. Vaterschaftstests**

Seit dem Jahr 2003 ist es möglich, eine Vaterschaft mit Hilfe von Laboruntersuchungen zweifelsfrei nachzuweisen oder auszuschließen.<sup>178</sup> Durch private Anbieter von sogenannten Vaterschaftstests konnte in der weiteren Entwicklung die Vaterschaft nicht mehr nur im Rahmen der gesetzlich bestehenden Möglichkeit der Vaterschaftsanfechtung und damit „erstmalig außerhalb von Gerichtssälen“ überprüft werden.<sup>179</sup> Mit Hilfe der privaten Vaterschaftstests konnten Männer von diesem Zeitpunkt an die Abstammungsverhältnisse ermitteln, ohne damit zugleich eine bestehende rechtliche Vaterschaft gemäß § 1592 BGB entfallen zu lassen. Schwierigkeiten ergaben sich jedoch in den Fällen, in denen die Mutter zur Frage nach dem Kindsvater schwieg oder die Mitwirkung am Test versagte.<sup>180</sup> Holte der Vater infolgedessen ein heimliches Gutachten zur Vaterschaft ein, konnte dies in einem späteren Verfahren nicht verwertet werden. Die Frage nach den rechtlichen Folgen eines privaten Vaterschaftsgutachtens, das ohne Kenntnis des Kindes eingeholt worden war und nach dessen Verwertbarkeit hatte das BVerfG zu entscheiden.<sup>181</sup> Da die bisherige Praxis der „unbemerkt“ Gutachten zu einer unbefriedigenden Situation für alle Beteiligten führte, änderte das BVerfG mit seiner Rechtsprechung die Rechtslage und bereitete damit den Weg für die Einführung des Abstammungsklärungsverfahrens.

### **b. Beweisverwertungsverbot von heimlichen Vaterschaftstests**

Die der Entscheidung zugrundeliegende Verfassungsbeschwerde richtete sich gegen die Rechtsprechung des BGH, der zuvor entschieden hatte, dass heimlich eingeholte Vaterschaftstests das Persönlichkeitsrecht des Kindes in Form des informationellen Selbstbestimmungsrechts aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG und das über das Elternrecht geschützte Sorgerecht der Mutter aus Art. 6 Abs. 2 GG verletzen.<sup>182</sup> Auf diese Art und Weise erlangte Vaterschaftsanalysen sah der BGH als rechtswidrig an - mit der Folge, dass diese in Verfahren über die Vaterschaftsanfechtung gegen den Willen des Kindes oder seines gesetzlichen Vertreters nicht verwertbar sei-

<sup>176</sup> BVerfG -1 BvR 421/05- FamRZ 2007, 441 (442).

<sup>177</sup> BVerfG -1 BvR 421/05- FamRZ 2007, 441 (442).

<sup>178</sup> *Dieckmann*, Rechtliche Stellung des ledigl. biolog. Vaters, S. 197.

<sup>179</sup> *Dieckmann*, Rechtliche Stellung des ledigl. biolog. Vaters, S. 198; *Staudinger/Rauscher*, BGB, Einl. §1589 ff. Rn. 141.

<sup>180</sup> *Wellenhofer*, Familienrecht, § 31, Rn. 58.

<sup>181</sup> BVerfG -1 BvR 421/05- FamRZ 2007, 441 (442).

<sup>182</sup> BGH -XII ZR 227/03- FamRZ 2005, 340 (342).

en.<sup>183</sup> Das BVerfG bestätigte das Verwertungsverbot aufgrund der Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung des Kindes, bewertete aber gleichzeitig die Möglichkeiten eines Mannes, sein ihm durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG zustehendes Recht zur Klärung der Abstammung eines ihm rechtlich zugeordneten Kindes zu realisieren, als unzureichend.<sup>184</sup> Es forderte den Gesetzgeber auf, ein Verfahren zu schaffen, durch das geklärt werden könne, ob ein Kind tatsächlich von seinem rechtlichen Vater abstamme, ohne dass gleichzeitig die Vaterschaft angefochten werden müsse.<sup>185</sup> Das Recht auf Kenntnis der Abstammung müsse realisiert werden können, ohne dabei grundsätzlich den Status des Kindes gefährden zu müssen.<sup>186</sup> Das bis dahin zur Abstammungsklärung einzig zur Verfügung stehende Anfechtungsverfahren gemäß §§ 1600 ff. BGB erfülle diese Voraussetzungen nicht. Das Verfahren diene nicht nur dem Ziel, das Recht auf Kenntnis der Abstammung verwirklichen zu können, sondern gleichzeitig auch dazu, dem aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG folgenden Gebot, möglichst eine Übereinstimmung zwischen biologischer und rechtlicher Vaterschaft zu erhalten.<sup>187</sup>

## **2. Abstammungsklärung gemäß § 1598a BGB**

Die Entscheidung des BVerfG vom 13.02.2007 kann folglich als „Regelungsauslöser“<sup>188</sup> für die Einführung der am 26.03.2008 in Kraft getretenen Vorschrift § 1598a BGB bezeichnet werden. Eine Vaterschaftsklärung im Rahmen der gesetzlichen vorgesehenen Abstammungsklärung gemäß § 1598a BGB hat weder status- noch sonstige familienrechtliche Konsequenzen,<sup>189</sup> da sie isoliert erfolgt.<sup>190</sup> Dadurch wurde eine legale Möglichkeit geschaffen, die Vaterschaft klären zu lassen und die Verwertbarkeit der so eingeholten Abstammungsgutachten sicherzustellen.<sup>191</sup>

### **a. Zur Klärung Berechtigte und Verpflichtete**

Das Verfahren zur Klärung der Abstammung ist darauf gerichtet, zu überprüfen, ob der rechtlichen Verwandtschaft eine genetische Abstammung zugrunde liegt. Obwohl die Klärung der Mutterschaft bei der Schaffung der Regelung nicht im Vordergrund stand, soll sie vom Wortlaut des § 1598a BGB mitumfasst sein.<sup>192</sup> Anspruchsberechtigt sind Vater, Mutter und Kind, die ein rechtliches Verwandtschaftsverhältnis verbindet – leiblichen Vätern steht ein Anspruch aus § 1598a BGB nicht zu.<sup>193</sup> Der Ausschluss des leiblichen Vaters wurde im Gesetzgebungsverfahren damit begründet,

<sup>183</sup> BGH -XII ZR 227/03- FamRZ 2005, 340 (342); Staudinger/*Peschel-Gutzeit*, BGB, Vorb. § 1626 ff., Rn. 36.

<sup>184</sup> *Dethloff*, Familienrecht, § 10, Rn. 66; BVerfG -1 BvR 421/05- FamRZ 2007, 441 (442).

<sup>185</sup> *Schwab*, Familienrecht, § 49, Rn. 598.

<sup>186</sup> BVerfG -1 BvR 421/05- FamRZ, 2007, 441 (441).

<sup>187</sup> BVerfG -1 BvR 1493/96, 1724/01-FamRZ 2003, 816 (820); -1 BvR 421/05-2007, 441 (445).

<sup>188</sup> *Grün*, Vaterschaftsfeststellung/-anfechtung, S. 203, Rn. 342.

<sup>189</sup> Palandt/*Brudermüller*, BGB, § 1598a, Rn. 7.

<sup>190</sup> Heiderhoff, FamRZ 2010, 8 (8).

<sup>191</sup> Prütting/*Wegen/Weinreich/Friederici*, BGB, § 1598a, Rn. 3.

<sup>192</sup> *Schwab*, Familienrecht, § 49, Rn. 603; Palandt/*Diederichsen*, § 1598a Rn. 6; Wellenhofer, Familienrecht, § 31, Rn. 59; *Dethloff*, Familienrecht, § 10, Rn. 68.

<sup>193</sup> BT-Drs. 16/6561, S. 10.

dass ein biologischer Vater nur dann Anspruchsberechtigter zur Klärung seiner Abstammung sein solle, wenn er auch Verantwortung für das Kind übernehmen wolle. Daher sei es ihm zumutbar, das Anfechtungsverfahren anstrengen zu müssen.<sup>194</sup> Verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die fehlende Berechtigung des leiblichen Vaters wird entgegen gehalten, dass das Interesse des leiblichen Vaters an einer Abstammungsklä rung ohne Übernahme entsprechender Elternpflichten nicht schutzwürdiger sei als der Schutz der sozialen Familie vor Eingriffen Dritter.<sup>195</sup> Der Gesetzgeber wollte mit dem Ausschluss des rein biologischen Vaters aus dem Kreis der Klärungsberechtigten verhindern, dass ein mutmaßlicher oder vermeintlicher Vater lediglich aufgrund seines Interesses Zweifel in eine Familie bringen könne.<sup>196</sup>

Das BVerfG hatte gegen den Ausschluss des genetischen Vaters keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Das Interesse des leiblichen Vaters, die Rechtsstellung des Vaters einnehmen zu können, sei zwar durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützt, führe jedoch nicht zu einem Anspruch, der einem potenziell biologischen Vater eine vorrangig zu beachtende Vaterstellung vor dem rechtlichen Vater einräume.<sup>197</sup> Der EGMR hatte in einer Entscheidung zu beurteilen, ob die Beschränkung der zur Abstammungsklä rung Berechtigten auf die rechtlichen Eltern und das Kind, eine Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 14 EMRK darstelle.<sup>198</sup> Der EGMR stellte fest, dass es mit der EMRK vereinbar sei, wenn ein Staat – innerhalb des im zustehenden Ermessensspielraumes – der bestehenden familiären Beziehung eines Kindes mit seinen „rechtmäßigen Eltern“ Vorrang vor der Beziehung zu einem potenziellen Vater einräume.<sup>199</sup> Das Kind hat ebenfalls keinen Anspruch auf Klä rung der Abstammung gegen seinen tatsächlichen leiblichen Vater,<sup>200</sup> sondern kann sich lediglich durch einen Anspruch gegen den rechtlichen Vater ein mögliches Nichtbestehen einer genetischen Vaterschaft bestätigen lassen.

## **b. Verfahren**

Ein Abstammungsgutachten wird vom Anspruchsberechtigten selbständig und auf eigene Rechnung in Auftrag gegeben.<sup>201</sup> Der Anspruch richtet sich auf die Einwilligung in eine genetische Abstammungsuntersuchung, § 1598a Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB, und die Duldung einer Entnahme einer für die Untersuchung geeigneten genetischen Probe, § 1598a Abs. 1 S. 1, 2. Alt. BGB, nach anerkannten Grundsätzen der Wissenschaft, § 1598a Abs. 1 S. 2 BGB.

---

<sup>194</sup> BT-Drs. 16/6561, S. 10

<sup>195</sup> *Grün*, Vaterschaftsfeststellung/-anfechtung, S. 205. Rn. 344.

<sup>196</sup> BT-Drs. 16/6561, S. 12.

<sup>197</sup> BVerfG -1 BvR 1548/03- FamRZ 2008, 2257 (2258); jurisPK-BGB/*Nickel*, FamR, § 1598a, Rn.7.

<sup>198</sup> EGMR, Urteil vom 22. März 2012 – 23338/09- 15/16, Rn. 89 juris (Stand: 02.10.2015).

<sup>199</sup> EGMR, Urteil vom 22. März 2012 – 23338/09- 10/16, Rn. 92 juris (Stand: 02.10.2015)

<sup>200</sup> Palandt/*Brudermüller*, BGB, § 1598a, Rn. 6.

<sup>201</sup> *Dieckmann*, Rechtliche Stellung des lediglich biologischen Vaters, S. 200; Palandt/*Brudermüller*, BGB, § 1598a, Rn. 14.

Gegenstand des Antrags ist nicht die Abstammungsklärung selbst, sondern nur die Verpflichtung auf Einwilligung und Duldung.<sup>202</sup> Wird die Einwilligung nicht erteilt und eine Duldung zur Probeentnahme abgelehnt, kann das Familiengericht gemäß § 1598a Abs. 2 BGB auf Antrag die nicht erteilte Einwilligung ersetzen und die Probeentnahme anordnen. Bei der Antragstellung des minderjährigen Kindes ist zu berücksichtigen, dass Vater und Mutter gemäß § 1629 Abs. 2a BGB von der gesetzlichen Vertretung ihres Kindes im Abstammungsklarungsverfahren nach § 1598a BGB ausgeschlossen sind und ein Ergänzungspfleger den Antrag stellen muss.<sup>203</sup> Die Duldung zur Probeentnahme kann gemäß § 96a FamFG erzwungen werden. In Ausnahmefällen kann im Anwendungsbereich der Kindesschutzklausel von § 1598a Abs. 3 BGB das Verfahren ausgesetzt werden, wenn und solange die Klärung der leiblichen Abstammung eine erhebliche Beeinträchtigung des Wohls des minderjährigen Kindes begründen würde.<sup>204</sup>

### c. Wirkung und Ergebnis

Das Abstammungsklarungsverfahren nach § 1598a BGB hemmt die Frist im Anfechtungsverfahren gemäß § 1600d Abs. 5 BGB in Verbindung mit § 204 Abs. 2 BGB. Das Ergebnis des Gutachtens führt nicht zu einem familiengerichtlichen Statusbeschluss,<sup>205</sup> jedoch können sich rechtliche Konsequenzen daraus ergeben, wenn das eingeholte Gutachten in einem späteren Verfahren zur Anfechtung der Vaterschaft gemäß §§ 1600 ff. verwendet wird.<sup>206</sup> Gemäß § 1598a Abs. 4 BGB sind Mitwirkungsverpflichtete berechtigt, vom Klärungsberechtigten Einsicht in das Gutachten oder Aushändigung des Gutachtens oder eine Abschrift zu verlangen.<sup>207</sup>

### 3. Fazit

Die Schaffung einer Vorschrift, die eine Klärung der genetischen Abstammung ermöglicht, ohne gleichzeitig soziale und rechtliche Beziehungen zerstören zu müssen,<sup>208</sup> ist grundsätzlich begrüßenswert. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung von § 1598a BGB der gelebten Verantwortung eine Vorrangstellung gegenüber einer eindeutigen genetischen Zuordnung eingeräumt hat.<sup>209</sup> Insgesamt muss die Reform aber als unvollständig bezeichnet werden, da sie nicht weiterhilft, wenn eine „wirkliche Abstammung“ festgestellt werden soll.<sup>210</sup> Denn zum einen kann weder das Kind, wenn es sich bei seinem rechtlichen Vater nicht auch um seinen leiblichen Vater handelt, nicht isoliert klären lassen, wer sein tatsächlicher Vater ist.<sup>211</sup> Noch kann

<sup>202</sup> Schwab, Familienrecht, § 49, Rn. 602.

<sup>203</sup> Palandt/Brudermüller, BGB, § 1598a, Rn. 10.

<sup>204</sup> Kaiser/Schnitzler/Friederici/Schilling/Gutzeit, Familienrecht, § 1598a, Rn. 14 f.

<sup>205</sup> Prütting/Wegen/Weinreich/Friederici, BGB, § 1598a, Rn. 4.

<sup>206</sup> Dethloff, Familienrecht § 10 Rn. 67.

<sup>207</sup> Juris-PK/Nickel, Familienrecht, § 1598a Rn. 9.

<sup>208</sup> Dethloff, Familienrecht, § 10, Rn. 66.

<sup>209</sup> Hähnchen, JZ 14/2015, 708 (712).

<sup>210</sup> Schwab, Familienrecht, § 49, Rn. 605.

<sup>211</sup> Schwab, Familienrecht, § 49, Rn. 605.

zum anderen nachvollzogen werden, warum der biologische Vater nicht zur Klärung berechtigt ist. Um den grundrechtlichen Schutz des leiblichen Vaters auf Kenntnis, ob ein Kind von ihm genetisch abstammt, zu gewährleisten, könnte eine Anspruchsberechtigung unter erweiterten Voraussetzungen eine geeignete Maßnahme darstellen, um ihn nicht gänzlich davon auszuschließen. Hierbei müsste aber zwingend sichergestellt werden, dass der Schutz der sozial-familiären Beziehungen der rechtlichen Familie nicht durch Eingriffe Dritter gefährdet würde.<sup>212</sup>

Zudem führt der Ausschluss auch dazu, dass leibliche Väter weiter die Klärung der Abstammung des Kindes über den heimlichen Test suchen werden.<sup>213</sup> Die Möglichkeit, das Ergebnis des Gutachtens der Abstammungsklä rung auch für eine spätere Vaterschaftsanfechtung nutzen zu können, erscheint problematisch. Ziel der Neuregelung von § 1598a BGB war es ja gerade, eine isolierte Abstammungsfeststellungsklage zu ermöglichen, um das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung verwirklichen zu können, ohne dadurch den familienrechtlichen Status zu berühren.<sup>214</sup> Zu Recht wird daher argumentiert, dass derjenige, der die Klärung der Abstammungsverhältnisse erzwingt, darauf verwiesen werden müsse, dass ihm eben lediglich die Befriedigung seines Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung zustehe und daraus keine statusrechtlichen Vorteile gezogen werden dürften.<sup>215</sup>

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch die derzeit beim BVerfG anhängige Verfassungsbeschwerde<sup>216</sup>, die zum einen die Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses der leiblichen Väter vom Abstammungsklä rungsverfahren und zum anderen die damit einhergehende Unkenntnis der eigenen Abstammung hinterfragt.<sup>217</sup> In dem BVerfG vorliegenden Fall wendet sich eine Tochter gegen die Ausgestaltung des Abstammungsklä rungsverfahrens in seiner derzeit gültigen Form und möchte erreichen, dass ihr potenzieller leibliche Vater zur Duldung der körperlichen Untersuchung verpflichtet wird. Das in der Vorinstanz mit der Sache befasste OLG sah in der Nicht-Einbeziehung eines potenziellen leiblichen Vaters in den Kreis der Anspruchsverpflichteten nach § 1598a BGB weder eine Verletzung des Gleichheitsgrundrechts aus Art. 3 Abs. 1 GG, noch die Verletzung einer staatlichen Sorgfaltspflicht.<sup>218</sup> Die noch ausstehende Entscheidung des BVerfG wird zeigen, ob und wenn ja, in welcher Form der Gesetzgeber bei der Vorschrift des § 1598a BGB nachbessern muss.

---

<sup>212</sup> Kaiser/Schnitzler/Friederici/Schilling/*Gutzeit*, Familienrecht, § 1598a, Rn. 6.

<sup>213</sup> *Wellenhofer*, Familienrecht, § 32, Rn. 61.

<sup>214</sup> *Frank/Helms*, FamRZ 2007, 1277 (1281).

<sup>215</sup> *Frank/Helms*, FamRZ 2007, 1277 (1281).

<sup>216</sup> 1 BvR 3309/13 (anhängig)

<sup>217</sup> Pressemitteilung Nr. 76/2015 vom 27. Oktober 2015 des BVerfG:

<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2015/bvg15-076.html>

<sup>218</sup> OLG Hamm, 12 UF 121/13, 23.10.2013; (Stand: 19.01.2016):

[https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2013/12\\_UF\\_121\\_13\\_Beschluss\\_20131023.html](https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2013/12_UF_121_13_Beschluss_20131023.html)

## **IV. Sorgerecht, §§ 1626 ff. BGB**

### **1. Entstehung des gemeinsamen Sorgerechts**

#### **a. Verheiratete Eltern, § 1626 BGB**

Die elterliche Sorge ist in § 1626 Abs. 1 S. 1 BGB legaldefiniert und beinhaltet die Pflicht und das Recht der Eltern, für das minderjährige Kind zu sorgen.

#### **b. Nicht miteinander verheiratete Eltern, § 1626a BGB**

Nicht miteinander verheirateten Eltern steht die elterliche Sorge in den Fällen von § 1626a Abs. 1 Nr. 1-3 BGB gemeinsam zu: wenn sie erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen, wenn sie einander heiraten oder soweit ihnen das Familiengericht die elterliche Sorge gemeinsam überträgt. Andernfalls hat die Mutter gemäß § 1626a Abs. 3 BGB die Alleinsorge. Im Falle einer Heirat erhalten die Eltern gemäß § 1626a Abs. 1 Nr. 2 BGB automatisch die elterliche Sorge, wenn die Elternschaft gemäß §§ 1591 ff. BGB feststeht.<sup>219</sup> Für die Entstehung der gemeinsamen Sorge ex lege kommt es im Übrigen nicht darauf an, in welcher Reihenfolge bspw. eine Anerkennung gemäß § 1592 Nr. 2 BGB und eine spätere Heirat erfolgen.<sup>220</sup> Sie wurde auch in dem Fall bejaht, in dem ein Vater zuerst die Mutter heiratete und dann die Vaterschaft anerkannte.<sup>221</sup> Überdies ist ein Zusammenleben der Eltern zur Abgabe der Sorgeerklärung oder eines Antrages auf Übertragung der elterlichen Sorge nicht erforderlich.<sup>222</sup>

### **2. Sorgerechtsreform, § 1626a BGB**

Mit der Sorgerechtsreform erhielten Väter nichtehelich geborener Kinder erstmals die Möglichkeit, auch gegen den Willen der Mutter sorgeberechtigt werden zu können. Die Reform war rechtspolitisch sehr umstritten und soll aufgrund ihrer Auswirkungen auf die Rechtsstellung nichtehelicher Vätern vertieft dargestellt werden.

#### **a. Hintergrund**

Erst mit der Kindschaftsrechtsreform im Jahr 1998 erhielten nichteheliche Eltern die Möglichkeit durch Abgabe einer gemeinsamen Sorgeerklärung das Sorgerecht gemeinsam auszuüben.<sup>223</sup> Weigerte sich die Mutter, war jedoch keine gerichtliche Überprüfung vorgesehen.<sup>224</sup> Dieses „Veto-Recht“ der Mutter und die vom Willen der Mutter abhängige väterliche Beteiligung an der elterlichen Sorge galt als eine unverhältnismäßige Zurückstellung des Elternrechts des Vaters und galt verfassungsrechtlich als äußerst bedenklich.<sup>225</sup>

<sup>219</sup> BGH -XII ZB 407/10- NJW 2011, 2360 (2360).

<sup>220</sup> OLG Celle -10 WF 42/14-, 15.08.2014, juris (Stand: 20.01.2016).

<sup>221</sup> *Wanitzek*, FamRZ 2015, 617 (620); OLG Celle, 15.08.2014, juris (Stand: 20.01.2016).

<sup>222</sup> *Grziwotz*, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, § 27. Rn. 9.

<sup>223</sup> *Dieckmann*, Rechtliche Stellung des ledigl. biolog. Vaters, S. 156.

<sup>224</sup> *Schwab*, Familienrecht, § 54, Rn. 636.

<sup>225</sup> *MüKo/Huber*, BGB, § 1626a, Rn. 3; BVerfG -1BvR 420/09 - FamRZ 2010, 1403 (1407).



## **b. Verfassungsrechtliche Überprüfung des Sorgerechts**

Mit Beschluss vom 21.07.2010 stellte das BVerfG fest, dass die bis dahin geltenden Regelungen zum Sorgerecht für nicht miteinander verheiratete Eltern nicht mit den Grundrechten aus Art. 6 Abs. 2 GG vereinbar waren.<sup>226</sup> In seiner Begründung führte das BVerfG aus, dass es verfassungsrechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden sei, wenn die elterliche Sorge für ein nichtehelich geborenes Kind zunächst der Mutter allein übertragen und beiden Eltern die Möglichkeit eingeräumt werde, gemeinsam die Sorge für ihr Kind zu tragen. Allerdings sei es nicht hinnehmbar, dass der Vater regelmäßig von der Sorgetragung ausgeschlossen sei, wenn die Mutter ihre Zustimmung für die gemeinsame Sorge verweigere, ohne dass dem Vater eine Möglichkeit zur gerichtlichen Überprüfung eingeräumt werde. Nicht die mütterliche Zustimmung sei entscheidend, sondern das Kindeswohl müsse ausschlaggebend sein.<sup>227</sup> Damit war das BVerfG der Entscheidung des EGMR im Falle *Zaunegger./.Deutschland* gefolgt,<sup>228</sup> worin dieser die deutschen Vorschriften für nicht vereinbar mit der EMRK erklärt und seine Begründung vor allem auf Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot gemäß Art. 14 EMRK in Verbindung mit Art. 8 EMRK, dem Recht auf Achtung des Familienlebens, gestützt hatte.<sup>229</sup>

Das BVerfG kam ferner zu dem Schluss, dass die bis dato geltende Vorschrift auf einer Fehlannahme beruhe. Der Gesetzgeber war davon ausgegangen, dass die Mutter die Zustimmung zur Ausübung des gemeinsamen Sorgerechts nur dann verweigere, wenn dabei das Kindeswohl gefährdet werde. Dies konnte durch statistische Daten widerlegt werden.<sup>230</sup>

## **c. Die Übergangsregelung des BVerfG**

In der Zeit zwischen der Entscheidung des BVerfG vom 21.07.2010 und dem Inkrafttreten des Gesetzes am 19.05.2013 ordnete das BVerfG eine Übergangsregelung an, die eine fortdauernde Grundrechtsbeeinträchtigung nichtehelicher Väter und die Unvereinbarkeit der bis dahin geltenden Regelung mit der EMRK beseitigen sollte.<sup>231</sup> Das sogenannte „Antragsmodell“ sah die gerichtliche Übertragung des gemeinsamen Sorgerechts auch ohne Elternkonsens vor<sup>232</sup> und beinhaltete, dass das Familiengericht den Eltern auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge gemeinsam übertragen sollte, wenn zu erwarten sei, dass dies dem Kindeswohl entspreche. Wenn keine gemeinsame elterliche Sorge in Betracht komme, könne die elterliche Sorge ganz oder zum Teil auf Antrag dem Vater übertragen werden, wenn zu erwarten sei, dass dies

<sup>226</sup> BVerfG -1BvR 420/09 -FamRZ 2010, 1403 (1403)

<sup>227</sup> BVerfG -1BvR 420/09-FamRZ 2010, 1403 (1405).

<sup>228</sup> EGMR -22028/04- FamRZ 2010, 103 ff. (Zaunegger ./ Deutschland)

<sup>229</sup> EGMR -22028/04- FamRZ 2010, 103 (103).(Zaunegger ./ Deutschland)

<sup>230</sup> BVerfG -1BvR 420/09- FamRZ 2010, 1403 (1405).

<sup>231</sup> BVerfG -1BvR 420/09- FamRZ 2010, 1403 (1410).

<sup>232</sup> Staudinger/Coester, BGB, § 1626a Rn. 3.

dem Kindeswohl am besten entspricht.<sup>233</sup> Wegen der Übergangsregelung wurde von einer Fristsetzung für den Gesetzgeber abgesehen.<sup>234</sup>

#### **d. Die Reform der elterlichen Sorge durch das SorgeRG**

Zentraler Regelungsinhalt des Gesetzentwurfs war die Neuregelung der gemeinsamen elterlichen Sorge gemäß § 1626a BGB, wonach das Familiengericht auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge beiden Eltern gemeinsam übertragen sollte, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht. Damit folgte der Gesetzgeber einem Grundgedanken; „dass möglichst eine gemeinsame Sorgetragung erfolgen soll, wo es dem Kindeswohl nicht widerspricht“, der auch unter dem Schlagwort „negative Kindeswohlprüfung“ bekannt wurde.<sup>235</sup> Die verfahrensrechtliche Umsetzung der familiengerichtlichen Übertragung gemäß §§ 1626a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB dieser nunmehr dritten Möglichkeit zur Erlangung der gemeinsamen elterlichen Sorge, ist in § 155a FamFG geregelt:

(1) Das Gericht stellt dem anderen Elternteil den Antrag auf Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge zu (§ 155a Abs. 2 S. 2, 1. HS. FamFG).

(2) Es setzt dabei eine Frist zur Stellungnahme, die für die Mutter frühestens sechs Wochen nach der Geburt endet (§ 155a Abs. 2 S. 2, 2. HS. FamFG).

(3) Das Gericht soll (in der Regel) im schriftlichen Verfahren ohne Anhörung des Jugendamtes und ohne persönliche Anhörung der Eltern entscheiden (§ 155a Abs. 3 S. 1 FamFG).

(4) Das Gericht teilt dem zuständigen Jugendamt die Entscheidung mit (§ 155a Abs. 3 S. 3 FamFG).<sup>236</sup>

Diese Verfahrensausgestaltung schränkt den Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 26 FamFG ein und stellt für die Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge auf den Vortrag der Beteiligten sowie unter Berücksichtigung der dem Gericht sonst bekannt gewordenen Tatsachen ab.<sup>237</sup> Wird kein Antrag auf Übertragung der elterlichen Sorge gestellt, bleibt die Mutter allein sorgeberechtigt. Eine originäre Alleinsorge des Vaters ist jedoch nicht vorgesehen.<sup>238</sup>

<sup>233</sup> Staudinger/Coester, BGB, § 1626a Rn. 3.

<sup>234</sup> BVerfG -1BvR 420/09- FamRZ 2010, 1403 (1410).

<sup>235</sup> BT-Drs. 17/11048, S. 17.

<sup>236</sup> Münder/Ernst/Behlert, Familienrecht, S. 192.

<sup>237</sup> Lack, FamRZ 2014, 1337 (1339); BT-Drs. 17/11048, S. 17.

<sup>238</sup> Grziwotz, Nichtehele Lebensgemeinschaft, § 27, Rn. 10.

## e. Gesetzgebungsverfahren

Den Prüfmaßstab der gerichtlichen Entscheidung nicht mehr von der positiven Feststellung des Kindeswohls abhängig machen zu wollen, stellte eine familienrechtliche Kehrtwende dar und führte zu kontroversen Einschätzungen und Diskussionen. Auf der einen Seite wurden die Reforminhalte abgelehnt,<sup>239</sup> auf der anderen Seite wurde die Neuregelung zwar befürwortet, jedoch meist mit der Einschränkung, dass der Gesetzgeber das gemeinsame Sorgerecht nicht zeitgleich mit der Anerkennung der Vaterschaft kraft Gesetzes entstehen lassen habe.<sup>240</sup> Auch die Einführung des vereinfachten Verfahrens und die damit einhergehenden Einschränkungen zentraler Grundsätze des kindschaftsrechtlichen Verfahrens, wie bspw. die Amtsermittlungspflicht, standen im Fokus der Kritik.<sup>241</sup> Die Regelung habe in Teilen eher den Charakter einer gerichtlichen Registrierung,<sup>242</sup> weise Elemente einer ansonsten in Kindschaftssachen unzulässigen Säumnisentscheidung auf<sup>243</sup> und habe somit einen verfahrensrechtlichen Sonderstatus im Kindschaftsrecht.<sup>244</sup> Die Neuregelungen wurden als „nicht optimal“<sup>245</sup> und „systemfremd“,<sup>246</sup> das neue Leitbild als „ideologisch“<sup>247</sup>, „kontraproduktiv“<sup>248</sup> oder „ungeeignet“<sup>249</sup> bezeichnet. Die während des Gesetzgebungsverfahrens geäußerten Bedenken führten dazu, dass die ursprüngliche Formulierung, die zwingend eine Entscheidung im vereinfachten Verfahren vorsah, in eine Soll-Vorschrift geändert wurde.<sup>250</sup>

Bemerkenswert war, dass sich sowohl Kritiker als auch Befürworter der Reform darüber einig waren, dass die Umsetzung des Gesetzesvorhabens bedenklich sei. Insbesondere betraf dies die Amtsermittlung, das schriftliche Verfahren, das Schweigen der Mutter als Zustimmung zum Antrag<sup>251</sup>, die Fristsetzung zum Widerspruch der Mutter oder der Verzicht auf die Anhörung der Beteiligten sowie den nicht vorgesehenen Verfahrensbeistand.<sup>252</sup> Ein weiterer kritischer Aspekt betraf die Perspektive, aus der die gesetzliche Neuregelung formuliert wurde. Die Erwachsenenperspektive räume allein dem bisher nicht sorgeberechtigten Elternteil ein, Rechte geltend zu machen - eine spiegelbildliche Möglichkeit seitens des Kindes, das Recht auf gemeinsame elterliche Sorge einzufordern, wenn ein Elternteil diese ablehne, gebe es hingegen „vielleicht typischerweise“ nicht.<sup>253</sup> Auch hätten es nun gerade die nicht an Zugeständnissen interessierten Väter einfacher als bis-

<sup>239</sup> Paritätischer Gesamtverband, StN SorgeR, S. 11; VAMV e.V., StN SorgeR, S. 10.

<sup>240</sup> Sogenannte „große Lösung“ –befürwortet u.a.: Willutzki, StN SorgeR, S. 3; DAV, StN S.4.

<sup>241</sup> Prütting/Helms/Hammer, § 155a, Rn. 2.

<sup>242</sup> Coester, FamRZ 2012, 1337, 1342.

<sup>243</sup> Holldorf ZKJ, 2012, 475, 477.

<sup>244</sup> Prütting/Helms/Hammer, FamFG, § 155a, Rn. 1.

<sup>245</sup> Hähnchen, JZ 14/2015, (708) 711.

<sup>246</sup> Keuter, FamRZ 2012, 825 (826).

<sup>247</sup> VAMV e.V. StN SorgeR S. 9.

<sup>248</sup> BAGLJÄ, StN SorgeR, S. 9.

<sup>249</sup> Paritätischer Gesamtverband, StN SorgeR, S. 9.

<sup>250</sup> BT-Drs. 17/12198, S. 4.

<sup>251</sup> U.a. Deutscher Juristinnenbund, Pressemitteilung; <http://www.djb.de/Kom/K2/pm12-30/>

<sup>252</sup> Lack, FamRZ 2014, 1337 (1347).

<sup>253</sup> Münder/Ernst/Behlert, Familienrecht, § 10, Rn. 23.

her,<sup>254</sup> da kompromissbereite und für eine gemeinsame Sorge besonders geeignete Väter gerichtliche Auseinandersetzungen im Interesse einer guten Beziehung zur Mutter und damit in einem kindeswohlförderlichen Sinne eher vermeiden würden.<sup>255</sup>

#### **f. Auswirkungen**

Eine erste Auswertung der veröffentlichten Rechtsprechung durch *Lack* ein Jahr nach Inkrafttreten der Neuregelung hat gezeigt, dass sich durch die Reform nichts an der Tatsache geändert hat, dass Gerichte ihre Entscheidungen gemäß § 1697a BGB unter Berücksichtigung des Kindeswohls, der tatsächlichen Gegebenheiten, Möglichkeiten und berechtigten Interessen der Beteiligten treffen.<sup>256</sup> Auch bleibe es nach der Neufassung dabei, dass die gemeinsame Ausübung eines Sorgerechts eine tragfähige soziale Beziehung zwischen den Eltern voraussetze und ein Mindestmaß an Übereinstimmung zwischen ihnen erfordere, die sich am Kindeswohl zu orientieren habe. Der Gesetzgeber sei selbst davon ausgegangen, dass es auch nach der Reform häufiger vorkommen könne, dass Familiengerichte die gemeinsame Sorgerechtsausübung wegen fehlender Kooperationswilligkeit oder -fähigkeit ablehnen müssten.<sup>257</sup> Damit scheint sich die Annahme des Gesetzgebers bestätigt zu haben, dass die gesetzliche Vermutung und eine Entscheidung im vereinfachten Verfahren nur selten in Betracht kommen würden.<sup>258</sup> Hieran müsse sich die Frage anschließen, welche Gründe die Annahme des Gesetzgebers rechtfertigten, dass der Ausnahmefall die sachgerechte Lösung darstelle und inwieweit dieser tatsächlich der Verfahrensbeschleunigung dienen könne.<sup>259</sup>

#### **3. Fazit**

Die rechtliche Stellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters bleibt auch im Rahmen der Neuregelung der elterlichen Sorge schwach und verbessert sich durch die Reform trotz entsprechend diskutierter Lösungsansätze nicht. Denn § 1626a BGB setzt das Feststehen der Elternschaft gemäß § 1591 ff. BGB voraus.<sup>260</sup> Eine Klärung der Vaterschaft gemäß § 1598a Nr. 1 BGB ist nicht ausreichend, da diese mit dem Sorgerecht eines rechtlichen Vaters kollidieren könnte.<sup>261</sup> Das bedeutet, ein leiblicher Vater, der nicht beabsichtigt, die Mutter zu heiraten, muss zuerst auch die rechtliche Vaterschaft durch Anerkennung oder familiengerichtliche Feststellung erlangen, um einen Antrag auf Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge stellen oder gemeinsam mit der Mutter gemäß § 1626 Abs. 1 Nr. 1 BGB eine Sorgeerklärung abgeben zu können. Die notwendigen Schritte, um das gemeinsame Sorgerecht erlangen oder beantragen zu können, unterscheiden sich im Falle der

<sup>254</sup> *Hähnchen*, JZ 14/2015, 708 (712).

<sup>255</sup> *Heiderhoff*, JZ 2013, 82.

<sup>256</sup> *Lack*, FamRZ 2014, 1337 (1345).

<sup>257</sup> OLG Frankfurt- 6 UF 326/13- FamRZ 2014, 1120 (1121); BT-Drs. 17/11048, S. 17.

<sup>258</sup> *Lack*, FamRZ 2014, 1337 (1346); BT-Drs. 17/11048, S. 17.

<sup>259</sup> *Lack*, FamRZ 2014, 1337 (1346).

<sup>260</sup> BGH - XII ZB 407/10- NJW 2011, 2360 (2360).

<sup>261</sup> Palandt/Götz, § 1626a BGB, Rn. 2.

Abgabe von gemeinsamen Sorgeerklärungen kaum von denen unverheirateter rechtlicher Väter. Die Anerkennung/Erklärung der Vaterschaft kann mit der Abgabe einer gemeinsamen Erklärung vor dem Jugendamt erfolgen. Kann zwischen den Eltern kein Einvernehmen erzielt werden, muss in einem ersten Schritt die rechtliche Vaterschaft geklärt werden, bevor in einem zweiten Schritt der Antrag auf Sorgerechtsübertragung gemäß § 155a FamFG beim Familiengericht gestellt werden kann.

Der Ansicht, dass der rein leibliche Vater im Zuge dieser Neuregelung ein „entsorgtes Elternteil“ bleibe, der dem Bild des „familienfernen Lovers der Ehefrau“<sup>262</sup> entspreche und dieses Bild in der Gesellschaft auch weiterhin Bestand habe,<sup>263</sup> muss widersprochen werden, da die Aussage in zweierlei Hinsicht relativiert werden kann. Zum einen müssen Eltern zum Zeitpunkt der Abgabe der Sorgeerklärungen nicht zusammenleben, sondern eine gemeinsame Sorge soll auch dann begründet werden können, wenn weder eine nichteheliche Lebensgemeinschaft besteht, noch geplant ist.<sup>264</sup> Das Bestehen einer Familie oder einer familienähnlichen Lebenssituation ist gerade keine Voraussetzung. Zum anderen ist es aus Gründen des Kindeswohls zumutbar, dass zuerst die rechtliche Vaterschaft festgestellt wird, bevor die elterliche Sorge gemeinsam erklärt oder beantragt werden kann. Hinzu kommt die Tatsache, dass auch Eltern, die nicht miteinander verheiratet sind, obwohl sie zusammenleben, keine Sorgeerklärungen abgeben.<sup>265</sup> Als Gründe kommen hierfür mangelndes Wissen über Sorgerechtmöglichkeiten<sup>266</sup> oder das fehlende Bedürfnis nach einer offiziellen Begründung der gemeinsamen Sorge, wenn ohnehin sämtliche Entscheidungen gemeinsam getroffen werden, in Betracht.<sup>267</sup>

Die rechtliche Stellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters wird auch nicht im Sinne einer erneuten Schlechterstellung durch die Reform abgewertet. Vielmehr bestehen auch in diesem Zusammenhang dieselben grundsätzlichen rechtlichen Schwierigkeiten, wenn es neben dem leiblichen Vater auch noch einen rechtlichen Vater gibt. Das Bild eines „Störers des Familienfriedens“ dürfte insofern nur dann zutreffen, wenn es bereits einen rechtlichen Vater gibt. Aufgrund der in Deutschland geltenden Zuordnungsregeln, wer rechtlicher Vater eines Kindes ist, hätte auch die unter dem Stichwort „große Lösung“ diskutierte Reformüberlegung das Sorgerecht „automatisch“<sup>268</sup> mit dem Feststellen der rechtlichen Vaterschaft entstehen zu lassen, keine tatsächliche Verbesserung für den leiblichen Vater bedeutet, wenn zum selben Zeitpunkt noch ein „weiterer“ Vater im Rechtssinne

<sup>262</sup> Dieckmann, Rechtliche Stellung des ledigl. biolog. Vaters, S. 230.

<sup>263</sup> Dieckmann, Rechtliche Stellung des ledigl. biolog. Vaters, S. 230.

<sup>264</sup> Schwab, Familienrecht § 54, Rn. 646.

<sup>265</sup> Dethloff, Familienrecht, § 13, Rn. 28.

<sup>266</sup> Dethloff, Familienrecht, § 13, Rn. 28.

<sup>267</sup> BT-Drs. 16/10047, S. 14.

<sup>268</sup> DAV, StN Sorgerecht, S. 4.

existiert. Ist dies nicht der Fall, würde die rechtliche Stellung des leiblichen Vaters, nach der Vaterschaftsanerkennung oder -feststellung unmittelbar beeinflusst werden, in dem er automatisch ein „Mehr“ an Verantwortung erhalten würde. Das führt zu der Frage, ob dies nicht gleichzeitig auch zu einem „Mehr“ an Verpflichtungen für alle Väter führen müsste – und zwar unabhängig davon, ob sie das Sorgerecht auch tatsächlich ausüben wollen.

Es ist daher zu begrüßen, dass die gerichtliche Praxis die positive Feststellung des Kindeswohls bei Entscheidungen zum Sorgerecht nach wie vor zum Maßstab gerichtlicher Entscheidungen macht und die Neuregelung des § 1626a BGB in bislang nur sehr wenigen Fällen zur Entstehung der elterlichen Sorge im schriftlichen Verfahren geführt hat. Folglich wird die Debatte, zu welchem Zeitpunkt ein gemeinsames Sorgerecht bei unverheirateten Eltern entstehen sollte, wohl nicht in nächster Zukunft wieder aufgegriffen werden.

## **V. Umgangs- und Auskunftsrecht, § 1686a BGB**

Die Umgangsrechte bestimmen sich nach den §§ 1684 ff. BGB. Danach hat das Kind ein Recht auf Umgang mit jedem Elternteil und jedes Elternteil ist zum Umgang berechtigt und verpflichtet (§ 1684 Abs. 1 BGB). Erfasst sind insoweit die rechtlichen Eltern im Sinne von §§ 1591, 1592 BGB.<sup>269</sup> Großeltern, Geschwister oder andere Bezugspersonen, zu denen eine sozial-familiäre Beziehung „für längere Zeit“<sup>270</sup> besteht oder bestand, können auch Umgangsrechte geltend machen, wenn es dem Kindeswohl entspricht, § 1685 Abs. 1, Abs. 2 BGB. Bezugspersonen können Stiefeltern, Lebensgefährten, Pflegepersonen sein. Auch der leibliche, nicht rechtliche Vater, zu dem eine sozial-familiäre Beziehung besteht,<sup>271</sup> zählt zu den Bezugspersonen. Für diese Fälle bejahte der BVerfG ein mögliches Umgangsrecht.<sup>272</sup> Dem leiblichen, nicht rechtlichen Vater, der keine sozial-familiäre Beziehung zu dem Kind hatte, stand hingegen bis zum 13.07.2013 kein Umgangsrecht zu.<sup>273</sup> Dies änderte sich mit der Einführung des Gesetzes zur Stärkung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters.

### **1. Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters, § 1686a BGB**

§ 1686a BGB räumt dem leiblichen, nicht rechtlichen Vater unter bestimmten Voraussetzungen, auch gegen den Willen der Mutter, ein Umgangsrecht mit seinem Kind und ein Auskunftsrecht über dessen persönliche Verhältnisse ein.<sup>274</sup> Die Einführung von § 1686a BGB erfolgte in Reaktion auf die Rechtsprechung des EGMR in Sachen *Anayo./Deutschland*<sup>275</sup> und *Schneider./Deutschland*.<sup>276</sup>

<sup>269</sup> *Wellenhofer*, Familienrecht, § 34, Rn. 16.

<sup>270</sup> *Münder/Ernst/Behlert*, Familienrecht, S. 256, Rn. 13.

<sup>271</sup> *Dethloff*, Familienrecht, § 13, Rn. 98.

<sup>272</sup> BVerfG -1 BvR1493/96 u.1724/01-FamRZ 2003, 816 (820).

<sup>273</sup> *Dethloff*, Familienrecht, § 13, Rn. 99.

<sup>274</sup> *Peschel-Gutzeit*, NJW 2013, 2465 (2465).

<sup>275</sup> EGMR- 20578/07, *Anayo./Deutschland*, FamRZ 2011, 269-271

Der EGMR entschied entgegen dem BVerfG<sup>277</sup>, dass Art. 8 EMRK ein Umgangs- und Auskunftsrecht des leiblichen Vaters gewährleiste, auch wenn er noch keine sozial-familiäre Beziehung zu seinem Kind aufbauen konnte.<sup>278</sup> Er bejahte einen nicht gerechtfertigten Eingriff in Art. 8 EMRK, wenn ein leiblicher, nicht rechtlicher Vater, der sich um das Kind bemüht, vom Umgangsrecht ausgeschlossen werde, ohne dass hierbei die Frage, ob dies dem Kindesinteresse entspricht oder nicht, berücksichtigt werde.<sup>279</sup> In Bezug auf das Erfordernis der sozial-familiären Beziehung entschied der EGMR, dass das deutsche Recht nicht danach unterscheide, aus welchem Grund eine solche Beziehung bislang nicht hergestellt worden sei. Dies führe dazu, dass auch Fälle erfasst würden, in denen eine bislang unterbliebene sozial-familiäre Beziehung dem Vater nicht zuzurechnen sei.<sup>280</sup> Darüber hinaus stelle das Verweisen auf ein gesondertes Vaterschaftsanfechtungsverfahren keinen ausreichenden Rechtsbehelf dar. Insbesondere, wenn ein Anfechtungsverfahren aufgrund § 1600 Abs. 2 BGB keine Aussicht auf Erfolg habe.<sup>281</sup>

### **a. Umgangsrecht gemäß § 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB**

Der vom Gesetzgeber neu geschaffene Anspruch auf Einräumung eines Umgangs- oder Auskunftsrechts ist nicht abhängig vom Bestehen einer sozial-familiären Beziehung zwischen dem leiblichen Vater und seinem Kind im Sinne von § 1685 Abs. 2 BGB, sondern bestimmt sich danach, ob er dem Kindeswohl dient oder nicht.<sup>282</sup> Das Umgangsrecht anderer Bezugspersonen aus § 1685 Abs. 2 BGB wird grundsätzlich nicht berührt.<sup>283</sup> Eine weitere Anwendung auf leibliche, nicht rechtliche Väter, die eine sozial-familiäre Beziehung zu ihrem Kind haben, ist seit der Einführung von § 1686a BGB nicht länger möglich.<sup>284</sup> Dies folgt aus der Begründung des Gesetzentwurfs, der davon spricht, dass das Umgangsrecht nicht nur dann bestehen soll, wenn der leibliche, nicht rechtliche Vater „als Bezugsperson des Kindes angesehen werden kann“.<sup>285</sup> Allerdings muss sichergestellt sein, dass bisher nach § 1685 Abs. 2 BGB eingeräumte Umgangsrechte in gleicher Weise auch durch § 1686a BGB bestehen bleiben.<sup>286</sup>

### **aa. Bestehen einer rechtlichen Vaterschaft, § 1686a Abs. 1 BGB**

Das Bestehen einer rechtlichen Vaterschaft im Sinne von §§ 1592 Nr. 1, Nr. 2 oder § 1593 BGB eines anderen Mannes ist gemäß § 1686a Abs. 1 BGB eine der Voraussetzungen, um den An-

---

<sup>276</sup> EGMR - 17080/07, Schneider./Deutschland, FamRZ 2011, 1715-1717.

<sup>277</sup> BVerfG -1 BvR1493/96, 1724/01-FamRZ 2003, 816 (822).

<sup>278</sup> EGMR -17080/07- Schneider ./ Deutschland, FamRZ 2011, 1715 (1715).

<sup>279</sup> EGMR -20578/07 - FamRZ 2011, 269 (271). (Anayo./Deutschland)

<sup>280</sup> EGMR -20578/07 - FamRZ 2011, 269 (271). (Anayo./Deutschland)

<sup>281</sup> EGMR -17080/07 - FamRZ 2011, 1715 (1716).(Schneider ./ Deutschland)

<sup>282</sup> Ermann/Döll, BGB, § 1686a, RN. 1.

<sup>283</sup> Staudinger/Rauscher, BGB, § 1686a, Rn. 8.

<sup>284</sup> Staudinger/Rauscher, BGB, § 1686a, Rn. 8.

<sup>285</sup> BT-Drs. 17/12163, S. 10.

<sup>286</sup> Staudinger/Rauscher, BGB, § 1686a, Rn. 9.

spruch auf Umgangsrecht geltend machen zu können.<sup>287</sup> Der dahinterstehende Zweck ist, nur dem leiblichen Vater ein Umgangsrecht zu ermöglichen, der dieses nicht durch die Einnahme der rechtlichen Vaterschaft erlangen kann.<sup>288</sup> In diesem Fall ist ihm ein Zurückgreifen auf § 1686a BGB versagt.<sup>289</sup> Ob der leibliche, nicht rechtliche Vater die rechtliche Vaterschaft anfechten kann, ist hierbei nicht relevant, da es nicht dem Kindesinteresse entspricht, wenn der Umgang nur dadurch gewährt werden könnte, dass das Kind seinen rechtlichen Vater verliert.<sup>290</sup>

#### **bb. Ernsthaftes Interesse, § 1686a Abs. 1 BGB**

Der Antragsteller muss im Verfahren substantiiert darlegen, dass er ein ernsthaftes Interesse an dem Kind hat.<sup>291</sup> Dieses kann sich in seinem tatsächlichen Verhalten äußern, indem der leibliche Vater bspw. die Schwangerschaft begleitet hat, bei der Entbindung anwesend war, den Wunsch nach Kontakt und Umgang formuliert hat, das Kind in seine Lebensplanung einbezogen hat, ob er zur Verantwortungsübernahme bereit war oder er das Kind freiwillig finanziell unterstützt hat.<sup>292</sup> Aber auch das ernsthafte Bemühen um eine sozial-familiäre Beziehung kann ausreichend sein, wenn dem Vater ein Misslingen nicht zuzurechnen ist.<sup>293</sup> Durch die Prüfung eines „ernsthaften Interesses“ erhalten die Familiengerichte den erforderlichen Ermessensspielraum, um im Einzelfall zu überprüfen, wie sich das behauptete Interesse äußert und ob ein „ausreichendes Interesse manifest geworden ist.“<sup>294</sup> Da der Vater sein ernsthaftes Interesse am Kind gezeigt haben muss, muss dieses durch sein Verhalten auch nach außen erkennbar werden.<sup>295</sup> Verneint wurde das „ernsthafte Interesse“ bspw. in dem Fall eines leiblichen Vaters, der die Mutter nach der Information über die Schwangerschaft verlassen und erstmals Interesse am Umgang mit dem Kind bekundet hatte, als dieses fast sieben Jahre alt war.<sup>296</sup>

#### **cc. Kindeswohldienlichkeit, § 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB**

Um die Kindeswohldienlichkeit eines Umgangs annehmen zu können, ist es nicht ausreichend, dass dieser dem Kindeswohl nicht widerspricht, sondern der Umgang muss dem Kindeswohl förderlich sein.<sup>297</sup> Dabei müssen alle kindeswohlbezogenen Aspekte im Rahmen einer umfassenden Kindeswohlprüfung berücksichtigt, ermittelt und abgewogen werden.<sup>298</sup> Zu berücksichtigende Faktoren

<sup>287</sup> *Horndasch*, FuR Jubiläumsausgabe 2015, 28 (30).

<sup>288</sup> BT-Drs. 17/12163, S. 12.

<sup>289</sup> *Jauernig/Budziekiewicz*, BGB, § 1686a, Rn. 2.

<sup>290</sup> BT-Drs. 17/12163, S. 12; *Kaiser/Schnitzler/Friederici/Peschel-Gutzeit*, BGB, § 1686a, Rn. 7.

<sup>291</sup> *MüKo/Heilmann*, FamFG, § 167a, Rn. 11.

<sup>292</sup> BT-Drs. 17/12163, S. 13; *Horndasch*, FuR JA 2015, 28 (31); *Wellenhofer*, Familienrecht, § 34, Rn. 20; *Ermann/Döll*, BGB, § 1686a, Rn. 4; *Palandt/ Götz*, BGB, § 1687, Rn.4.

<sup>293</sup> *Staudinger/Rauscher*, BGB, § 1686a, Rn. 15.

<sup>294</sup> BT-Drs. 17/12163, S. 13.

<sup>295</sup> *Fröschle*, Sorge und Umgang, S. 273, Rn. 1283.

<sup>296</sup> OLG Bremen -5 UF 89/14- NJW 2015, 259 (260).

<sup>297</sup> OLG Karlsruhe -20 UF 63/13- JAmt 9/2015, 459 (461); *Staudinger/Rauscher*, 1686a, Rn. 16.

<sup>298</sup> *Ermann/Döll*, BGB, § 1686a, Rn. 5.



können dabei u.a. sein: die Persönlichkeitsentwicklung, Identitätsfindung des Kindes, dessen Alter, aber auch Resilienzen, sowie die seelische Belastung des Kindes, die Bindung an die sozialen Eltern, das Konfliktpotenzial zwischen den Beteiligten, die familiäre Situation und die Stabilität der Familie.<sup>299</sup> So wurde beispielsweise die Kindeswohldienlichkeit in einem Fall verneint, in dem der Umgangskontakt mit dem leiblichen Vater von den rechtlichen Eltern aus Überforderung nicht bewältigt werden konnte und die Gefahr bestand, dass „sich dies negativ auf den bestehenden familiären Rahmen auswirken“ könnte.<sup>300</sup>

#### **dd. Eidesstattliche Versicherung, § 167a Abs. 1 FamFG**

Die Voraussetzung der eidesstattlichen Versicherung der Beiwohnung gemäß § 167a Abs. 1 FamFG soll zum einen die rechtlichen Eltern und das Kind vor wahllosen Umgangs- oder Auskunftsverfahren schützen; gleichzeitig wird dadurch der anonyme Samenspender, der durch künstliche Befruchtung leiblicher Vater geworden ist, ausgeschlossen.<sup>301</sup>

#### **ee. Inzidente Vaterschaftsfeststellung, § 167a Abs. 2 FamFG**

Soweit die Vaterschaft zwischen den Beteiligten streitig ist,<sup>302</sup> hat gemäß § 167a Abs. 2 FamFG jede Person, soweit es zur Klärung der Vaterschaft erforderlich ist, im Rahmen eines Verfahrens über das Auskunfts- oder Umgangsrecht nach § 1686a BGB, Untersuchungen zu dulden, es sei denn, es ist unzumutbar. Das BVerfG hat die Verfassungsmäßigkeit dieser Duldung von Abstammungsuntersuchungen erst kürzlich bestätigt.<sup>303</sup> Zwar stellten die Anordnung und Durchführung der Untersuchung einen Eingriff in das durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Familienleben einer bestehenden Familie dar, der Eingriff wurde aber als verfassungsrechtlich gerechtfertigt bewertet, da dieser aufgrund einer gesetzlichen Regelung erfolge und auch verhältnismäßig gewesen sei.<sup>304</sup> Das Familiengrundrecht werde vorbehaltlos gewährleistet, es sei aber dennoch ausgestaltungsbedürftig und aufgrund verfassungsimmanenter Schranken beschränkbar. Als verfassungsimmanente Schranke des Schutzes der bestehenden Familie bezeichnete das BVerfG den „verfassungsrechtlich grundsätzlich anzuerkennenden Wunsch des leiblichen Vaters nach Umgang und Auskunft über das Kind“.<sup>305</sup> Gleichzeitig wurde klargestellt, welcher Maßstab an die Verhältnismäßigkeitsprüfung angelegt werden muss: Die Abstammungsuntersuchung dürfe nicht angeordnet und durchgeführt werden, wenn diese für eine Entscheidung über Ansprüche nach § 1686a BGB nicht erforderlich sei und das Familienleben dadurch unnötig belasten würde.<sup>306</sup>

<sup>299</sup> Palandt/Götz, BGB, § 1686a, Rn. 5; *Horndasch*, FuR Jubiläumsausgabe 2015, 29 (31).

<sup>300</sup> OLG Karlsruhe -20 UF 63/13- JAmt 9/2015, 459 (462).

<sup>301</sup> *MüKo/Heilmann*, FamFG, § 167a, Rn. 9; *Wellenhofer*, Familienrecht, § 34, Rn. 19.

<sup>302</sup> *Wellenhofer*, Familienrecht, § 34, Rn. 20.

<sup>303</sup> BVerfG -1 BvR 2843/14- FamRZ 2015, 119 -121.

<sup>304</sup> BVerfG -1 BvR 2843/14- FamRZ 2015, 119 (120).

<sup>305</sup> BVerfG -1 BvR 2843/14- FamRZ 2015, 119 (120).

<sup>306</sup> BVerfG -1 BvR 2843/14- FamRZ 2015, 119 (120).

Gleichzeitig äußerte sich das BVerfG zu der Frage, in welcher Reihenfolge die Prüfung der Voraussetzungen durch das Familiengericht zu erfolgen hat. Diese ergibt sich weder aus § 1686a BGB, noch aus § 167a FamFG. Nach Auffassung des Gesetzgebers steht diese im Ermessen des Gerichts, das frei darüber entscheiden könne, welche Frage zuerst geklärt werden soll.<sup>307</sup> Rechtsprechung und Literatur waren sich bis dahin darin einig, dass das Ermessen sich regelmäßig reduziere. Die Frage der Prüfungsreihenfolge war allerdings streitig. Während die Literatur davon ausging, dass die Vaterschaft vor „allen weiteren Schritten“ zu klären sei,<sup>308</sup> wurde in der Rechtsprechung die Prüfung der sonstigen Anspruchsvoraussetzungen des leiblichen Vaters auf Umgang und Auskunft häufig vor der Abstammungsklärung vorgenommen.<sup>309</sup> Das BVerfG hat dagegen eingewendet, dass es sich aus der Verfassung heraus verbiete, die Reihenfolge der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen in das Belieben des Gerichts zu stellen.<sup>310</sup> Dies folge daraus, dass Betroffene nicht mit unnötigen Grundrechtseingriffen belastet werden dürften. Insbesondere dürfe die Reihenfolge nicht allein aus das Gerichtsverfahren betreffende Praktikabilitätsabwägungen erfolgen.<sup>311</sup> Zur Vermeidung nicht erforderlicher Eingriffe könne es geboten sein, die Abstammungsklärung erst nach der Prüfung der sonstigen Anspruchsvoraussetzungen herbeizuführen. Sei es hingegen absehbar, dass sich diese Prüfung ungleich belastender für die Familie darstelle, könne es umgekehrt geboten sein, die Abstammungsuntersuchung zuerst durchzuführen.<sup>312</sup>

Das BVerfG erteilt demzufolge einer festgelegten Prüfungsreihenfolge eine Absage, da es weder der Kindeswohlprüfung noch der Abstammungsklärung den Vorrang einräumt.<sup>313</sup> Es stellt klar, dass die Ermessensausübung durch das Gericht in verfassungskonformer Weise zu erfolgen hat,<sup>314</sup> in dem es die familiären Auswirkungen und den Eingriff in das Familiengrundrecht als zu berücksichtigende Entscheidungskriterien festlegt.<sup>315</sup>

## ff. Verfahren

Das Verfahren nach § 1686a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BGB wird gemäß § 167a Abs. 1 FamFG nur auf Antrag eingeleitet. Es handelt sich um ein echtes Antragsverfahren, da im Unterschied zu den sonstigen Umgangsverfahren nach §§ 1684, 1685 BGB eine Amtseinleitung nicht möglich ist.<sup>316</sup> An-

<sup>307</sup> BT-Drs. 17/12163, S. 13; Keuter, ZKJ 2014, 16 (17).

<sup>308</sup> MüKo/Heilmann, FamFG, § 167a Rn. 12; Staudinger/Rauscher, BGB, § 1686a, Rn. 10; Helms, FamRZ 2011, 1717 (1717); Prütting/Helms/Hammer, FamFG, § 167a, Rn. 18.

<sup>309</sup> OLG Bremen -5 UF 89/14- NJW 2015, 259 (261); OLG Bamberg -2 UF 210/11- FamRZ, 2013, 712.

<sup>310</sup> BVerfG -1BvR 2843/14-FamRZ 2015, 119-121.

<sup>311</sup> BVerfG -1BvR 2843/14-FamRZ 2015, 119 (120).

<sup>312</sup> BVerfG -1BvR 2843/14-FamRZ 2015, 119 (119).

<sup>313</sup> Hilbig-Lugani, FamRZ 2015, 212 (213).

<sup>314</sup> BVerfG-1BvR 2843/14-FamRZ 2015, 119 (119); Hilbig-Lugani, FamRZ 2015, 212 (212).

<sup>315</sup> BVerfG-1BvR 2843/14-FamRZ 2015, 119 (119).

<sup>316</sup> Prütting/Helms/Hammer, FamFG, § 167a, Rn. 6; MüKo/Heilmann, § 167a, Rn. 8.

tragsberechtigt ist nur der mutmaßliche leibliche Vater - die Mutter oder das Kind sind nicht berechtigt, ein Verfahren nach § 1686a BGB einzuleiten.<sup>317</sup>

## **b. Auskunftsrecht gemäß § 1686a Abs. 1 Nr. 2 BGB**

Mit Ausnahme des Maßstabes für die Kindeswohlprüfung entsprechen die Voraussetzungen des Anspruchs auf Auskunft gemäß § 1686a Abs. 1 Nr. 2 BGB zu den persönlichen Verhältnissen des Kindes, den Anforderungen des Umgangsrechts.<sup>318</sup> Bei der Prüfung des Auskunftsrechts muss das Kindeswohl nicht positiv festgestellt werden, allein die Auskunft darf dem Kindeswohl nicht widersprechen.<sup>319</sup> Ein Widerspruch kann zum Beispiel bejaht werden, wenn bspw. der Verdacht besteht, dass der leibliche Vater die erlangten Informationen dafür benutzen möchte, um ein Umgangsverbot zu umgehen und dennoch Kontakt zu seinem Kind aufzunehmen<sup>320</sup> oder er das Auskunftsrecht zur Überwachung der Mutter ausnutzen möchte.<sup>321</sup>

## **2. Fazit**

Die Einführung von § 1686a BGB war eine ausdrückliche Reaktion auf die Urteile des EGMR.<sup>322</sup> Die Vorschrift wurde bereits während des Gesetzgebungsverfahrens und wird seit ihrem In-Kraft-Treten am 13.07.2013 kritisch bewertet. Insbesondere wird bemängelt, dass der Gesetzgeber ein widersprüchliches Gesetz geschaffen habe, das dem biologischen Vater zwar beträchtliche Rechte einräumt, aber keinerlei Pflichten auferlegt.<sup>323</sup> Die dadurch geschaffene Rechtsposition für den leiblichen, nicht rechtlichen Vater wird auch als „Elternschaft light“<sup>324</sup> bezeichnet. Dass der Vater hier zwar berechtigt werden kann, Umgang und Auskunft zu seinem Kind zu erhalten, ihm aber gleichzeitig keine Pflichten daraus erwachsen, kann damit verdeutlicht werden, dass dem Kind hingegen aus § 1686a BGB kein Recht auf Umgang mit seinem leiblichen Vater erwächst.<sup>325</sup> Des Weiteren wird dem Vater de facto ein Wahlrecht eingeräumt, wenn die sozial-familiäre Beziehung zum rechtlichen Vater nicht (mehr) besteht. Nach der derzeitigen Rechtslage kann der leibliche Vater sich hier entscheiden, ob er statt der rechtlichen Vaterschaft nicht lieber „nur“ das Umgangsrecht beanspruchen möchte, um zum Beispiel Unterhaltungspflichten zu vermeiden.<sup>326</sup> Hinzu kommen weitere Inkonsistenzen: Es passt nicht zusammen, wenn dem leiblichen Vater auf der einen Seite durch das Umgangsrecht eine Möglichkeit eröffnet wird, eine sozial-familiäre Beziehung zu seinem Kind aufzubauen, während ihm auf der anderen Seite der Zugang zur Vaterschaftsanfechtung und damit der

<sup>317</sup> MüKo/Heilmann, FamFG, § 167a, Rn. 8.

<sup>318</sup> Staudinger/Rauscher, BGB, § 1686a, Rn. 20.

<sup>319</sup> Kaiser/Schnitzler/Friederici/Peschel-Gutzeit, BGB, § 1686a, Rn. 24.

<sup>320</sup> OLG Naumburg, FamRZ 2001, 513 (513); Fröschle, Sorge und Umgang, S. 283, Rn. 1337.

<sup>321</sup> Kaiser/Schnitzler/Friederici/Peschel-Gutzeit, BGB, § 1686a, Rn. 24.

<sup>322</sup> Hähnchen, JZ 14/15, 708 (709).

<sup>323</sup> Peschel-Gutzeit, NJW 2013, 2465 (2469).

<sup>324</sup> Hähnchen, JZ 14/15, 708 (709).

<sup>325</sup> Palandt/Götz, BGB, § 1686a, Rn. 1; MüKo/Heilmann, FamFG, § 167a, Rn. 8..

<sup>326</sup> Hähnchen, JZ 14/15, 708 (709).

Weg, selbst rechtlicher Vater zu werden, abgeschnitten wird, wenn gleichzeitig eine sozial-familiäre Beziehung zum rechtlichen Vater besteht.<sup>327</sup>

Darüber hinaus läuft die Rechtsposition des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters ins Leere, wenn die sozial-rechtliche Familie sein „Auftauchen“ nicht verkräftet.<sup>328</sup> In diesen Fällen wird das Familiengericht keine Kindeswohldienlichkeit feststellen können. Obwohl grundsätzlich Unterstützungsleistungen, wie etwa die in § 18 Abs. 3 SGB VIII geregelten Hilfe- und Unterstützungsleistungen bei der Ausübung von Umgangsrechten, zur Verfügung stehen, können die rechtlichen Eltern nicht dazu verpflichtet werden, Hilfeleistungen zu beanspruchen, um den Umgang mit dem leiblichen Vater zu realisieren.<sup>329</sup> Auch die mangelnde Kompensationsfähigkeit innerhalb der sozial-rechtlichen Familie geht zulasten des Umgangsrechts des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters. Insofern gilt es, Lösungswege zu finden, „die Tendenz, den leiblichen, nicht rechtlichen Vater ‚als ‚Störenfried‘ der behüteten rechtlichen Familie anzusehen“<sup>330</sup>, konsequenter zu überwinden und vorzubeugen, dass daraus keine „grundlegende Vermutung gegen die Kindeswohldienlichkeit“<sup>331</sup> erwächst.

Bereits während des Gesetzgebungsverfahrens wurde die Forderung nach einem „stimmigen Gesamtkonzept“<sup>332</sup> laut, da die Lösung einzelner Probleme nicht die Notwendigkeit einer Anpassung des Rechts an den gesellschaftlichen Wandel und die Wertefortentwicklung im Bereich von Elternschaft und Familie ersetzen könne.<sup>333</sup> Drastisch drückte sich *Helms* aus, der die Reform als Einführung „statusunabhängiger biologischer Nebenvaterschaften“ bezeichnete und für eine abstammungsrechtliche Lösung plädierte.<sup>334</sup> Auch *Peschel-Gutzeit* macht die bewusste Abstandnahme des Gesetzes von der Änderung des Abstammungsrechts für die vielen dadurch entstandenen Regelungs- und Systemwidersprüche verantwortlich.<sup>335</sup> Der Forderung nach einer umfänglichen Lösung muss zugestimmt werden. Die Lösung einzelner Rechtsfragen verhindert nicht nur eine zeitgemäße Berücksichtigung von Familie und Elternschaft, sondern führt auch zu Widersprüchen. Wie etwa die Tatsache, dass eine Frau, die eine Eizelle spendet, als leibliche, nicht rechtliche Mutter kein Umgangs- oder Auskunftsrecht gemäß § 1686a BGB beantragen kann, obwohl ihr ein solches aber aufgrund des Gleichbehandlungssatzes aus Art. 3 GG eigentlich zugestanden werden müsste.<sup>336</sup>

<sup>327</sup> Palandt/*Götz*, BGB, § 1600, Rn. 8.

<sup>328</sup> OLG Karlsruhe -20 UF 63/13- JAmt 9/2015, 459 (460).

<sup>329</sup> *Lohse*, JAmt 2015, 463 (464).

<sup>330</sup> Staudinger/*Rauscher*, BGB, § 1686a, Rn. 16.

<sup>331</sup> Staudinger/*Rauscher*, BGB, § 1686a, Rn. 16.

<sup>332</sup> *Horndasch*, FuR Jubiläumsausgabe 2015, 28 (33).

<sup>333</sup> *Horndasch*, FuR Jubiläumsausgabe 2015, 28 (33).

<sup>334</sup> *Helms*, FamRZ 2011, 1717 (1718).

<sup>335</sup> Kaiser/*Schnitzler/Friederici/Peschel-Gutzeit*, BGB, § 1686a, Rn. 24.

<sup>336</sup> *Löhnig*, FamRZ 2015, 806 (807).

## **VI. Unterhaltsregress, § 1607 Abs. 3 S. 2 BGB**

Mit der Rechtskraft eines Beschlusses gemäß §§ 182 Abs. 1 FamFG, 1592 Nr. 3 BGB wird das Nichtbestehen der Vaterschaft des bisherigen rechtlichen Vaters und die Vaterschaft des Anfechtenden mit ex tunc-Wirkung festgestellt. Gleichzeitig steht in diesem Fall auch fest, dass der bis dahin unterhaltsverpflichtete Vater in der Vergangenheit überhaupt nicht zu Unterhaltszahlung an das Kind verpflichtet war.<sup>337</sup> Häufig wird der sogenannte „Scheinvater“ in diesen Fällen versuchen, den „wirklichen Vater“ in Regress zu nehmen.<sup>338</sup>

### **1. Regress gegen den tatsächlichen Vater**

Gemäß § 1607 Abs. 3 S. 2 BGB geht der Unterhaltsanspruch, den das Kind gegen einen unterhaltspflichtigen Elternteil hat, im Wege der Legalzession auf den Dritten, der als Vater Unterhalt gewährt hat, über.<sup>339</sup> § 1613 Abs. 1 BGB, der einer Geltendmachung von Unterhalt für die Vergangenheit eigentlich entgegensteht, kommt in diesem Fall wegen § 1613 Abs. 2 Nr. 2a BGB nicht zur Anwendung.<sup>340</sup> Dies folgt aus dem Forderungsübergang gemäß § 1607 Abs. 3 S. 2 BGB, wonach § 1613 Abs. 2 Nr. 2 BGB auch für „den Dritten“ gelte.<sup>341</sup>

#### **a. Rechtsausübungssperre gemäß § 1600d Abs. 4 BGB**

Wegen der Sperrwirkung aus §§ 1594 Abs. 2, 1600d Abs. 4 BGB kann ein Mann jedoch erst dann in Anspruch genommen werden, wenn seine rechtliche Vaterschaft mit Wirkung für und gegen alle durch Anerkennung gemäß § 1592 Nr. 2 BGB oder gerichtliche Vaterschaftsfeststellung gemäß § 1592 Nr. 3 BGB feststeht.<sup>342</sup>

#### **b. Inzidente Vaterschaftsfeststellung**

In Ausnahmefällen lässt die Rechtsprechung ein Unterhaltsregressverfahren gegen den mutmaßlichen leiblichen Vater bereits schon dann zu, wenn dessen Vaterschaft noch nicht gerichtlich festgestellt wurde.<sup>343</sup> In diesen Fällen wird die ansonsten ausgeschlossene inzidente Vaterschaftsfeststellung in Unterhaltsverfahren<sup>344</sup> zugelassen, um zu verhindern, dass der Scheinvater rechtlos gestellt wird.<sup>345</sup> Denn die gestaltende Feststellung der Vaterschaft nach einem Vaterschaftsfeststellungsver-

<sup>337</sup> *Wellenhofer*, Familienrecht, § 31, Rn. 48.

<sup>338</sup> *Schwab*, Familienrecht, § 49, Rn. 579.

<sup>339</sup> *Jarass/Pieroth/Budziekiewicz*, BGB, § 1607, Rn. 13.

<sup>340</sup> *Schwab*, Familienrecht, § 49, Rn. 579.

<sup>341</sup> *Ehrmann/Hammermann*, BGB, § 1613, Rn. 33; *MüKo/Born*, BGB, § 1613, Rn. 98.

<sup>342</sup> BGH -XII ZR 238/91- NJW 1993, 1195 (1196); *Ehrmann/Hammermann*, BGB, § 1607, Rn.

24; *Soergel/Lettmaier*, § 1607, Rn. 34; *Jarass/Pieroth/Budziekiewicz*, BGB, § 1607, Rn. 14.

<sup>343</sup> BGH -XII ZR 144/06- NJW 2008, 2433 (2435); -XII ZR 46/07- NJW 2009, 505 (506); -XII ZR 136/09- NJW 2012, 450 (450); -XII ZR 194/09- NJW 2012, 852 (853); *Schwab*, Familienrecht, § 49, Rn. 590.

<sup>344</sup> *Ermann/Hammermann*, BGB, § 1607, Rn. 24.

<sup>345</sup> *Jarass/Pieroth/Budziekiewicz*, BGB, § 1607, Rn. 14.

fahren steht gemäß § 172 FamFG nur der Mutter, dem Kind und dem tatsächlichen Vater zu.<sup>346</sup> Eine Inzidentprüfung kann laut BGH insbesondere dann in Betracht kommen, wenn davon auszugehen ist, dass ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren auf längere Zeit nicht stattfinden werde, weil die zur Antragstellung Berechtigten dies ausdrücklich ablehnten oder von einer solchen Möglichkeit seit längerer Zeit keinen Gebrauch gemacht hätten.<sup>347</sup> Darüber hinaus ist es Voraussetzung, dass der Scheinvater seine Vaterschaft wirksam angefochten hat, da andernfalls die Inzidentfeststellung eine doppelte Vaterschaft verursachen könnte.<sup>348</sup>

## **2. Auskunftsanspruch des Scheinvaters**

Um seine Unterhaltsforderungen gemäß § 1607 Abs. 3 S. 2 BGB gegen den leiblichen Vater des Kindes geltend machen zu können, muss der Scheinvater über die Identität des tatsächlichen Vaters informiert sein. War ihm diese unbekannt, konnte er bislang von der Mutter entsprechende Aufklärung verlangen.<sup>349</sup> Der BGH gewährte dem Scheinvater regelmäßig einen auf § 242 BGB gestützten Auskunftsanspruch gegen die Mutter, wenn sein Anspruch auf effektiven Rechtsschutz in der Abwägung das Persönlichkeitsrecht der Mutter überwog.<sup>350</sup> Als Kriterium hatte der BGH die Zumutbarkeit der Auskunftserteilung vorausgesetzt.<sup>351</sup>

### **a. Verfassungsrechtliche Einwände**

Dieser Rechtsprechung hat das BVerfG eine Absage erteilt und festgestellt, dass das aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG folgende allgemeine Persönlichkeitsrecht auch das Recht schütze, „selbst darüber zu befinden, ob, in welcher Form und wem Einblick in die Intimsphäre und das eigene Geschlechtsleben gewährt wird.“<sup>352</sup> Dies umfasse auch das negative Recht, geschlechtliche Beziehungen zu einem bestimmten Partner nicht offenbaren zu müssen.<sup>353</sup> Die gerichtliche Verpflichtung der Mutter zur Durchsetzung eines Regressanspruchs des Scheinvaters, Auskunft über den mutmaßlichen Kindsvater zu erteilen, überschreitet aus Sicht des BVerfG die verfassungsrechtlichen Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung, „weil es hierfür an einer hinreichend deutlichen Grundlage im geschriebenen Recht fehlt.“<sup>354</sup> Wenn der Regressanspruch des Scheinvaters gestärkt werden soll, müsse der Gesetzgeber tätig werden.<sup>355</sup> „Wie das Interesse der Mutter an der Geheimhaltung intimer Daten ihres Geschlechtslebens einerseits und das finanzielle

<sup>346</sup> Soergel/Lettmaier, BGB, § 1607, Rn. 34; Ermann/Hammermann, BGB § 1607, Rn. 24.

<sup>347</sup> BGH - XII ZR 46/07- FamRZ 2009, 32 (32); Soergel/Lettmaier, BGB, § 1607, Rn. 34.

<sup>348</sup> BGH - XII ZR 194/09- NJW 2012, 852 (853).

<sup>349</sup> Schwab, Familienrecht, § 49, Rn. 582.

<sup>350</sup> BGH - XII ZR 136/09 NJW 2012, 450 (452); - XII ZB 412/11- NJW 2013, 2108 (2110).

<sup>351</sup> BGH - XII ZB 201/13- NJW 2014, 2571 (2572).

<sup>352</sup> BVerfG -1BvR 472/14- NJW 2015, 1506 (1506).

<sup>353</sup> BVerfG -1BvR 472/14- NJW 2015, 1506 (1506).

<sup>354</sup> BVerfG -1BvR 472/14- NJW 2015, 1506 (1508 f.).

<sup>355</sup> BVerfG- 1BvR 472/14- NJW 2015, 1506 (1509).

Regressinteresse des Scheinvaters andererseits in Ausgleich zu bringen sind, liegt im Ausgestaltungsspielraum des Privatrechtsgesetzgebers.<sup>356</sup>

### **b. Zwischenfazit**

Die Entscheidung des BVerfG ist bemerkenswert, da er der bereits gefestigten Rechtsprechung des BGH die Grundlage entzieht.<sup>357</sup> Kennt der Scheinvater den leiblichen Vater nicht, ist die Mutter die einzige Person, die verlässlich Auskunft über dessen Identität erteilen kann. Wird diese verweigert, laufen sein Regressanspruch und sein Recht auf effektiven Rechtsschutz leer.<sup>358</sup> Um den Unterhaltsregress nach § 1607 Abs.3 S. 2 BGB nicht nur in den Fällen zu ermöglichen, in denen der Scheinvater den leiblichen Vater ohnehin kennt oder zufällig von ihm erfährt, muss der Gesetzgeber tätig werden. Nicht zuletzt auch, um die mit § 1607 Abs. 3 S. 2 BGB verfolgten Ziele abzusichern.<sup>359</sup>

Was die rechtliche Stellung des Vaters betrifft, zeigt die Entscheidung des BVerfG gleich zwei Wirkungen. Zum einen wird die Rechtsposition des ehemals rechtlichen Vaters eingeschränkt, wenn dieser nicht weiß, wer der tatsächliche Vater des Kindes ist, da er dann auf die Informationen der Mutter angewiesen ist, um einen Anspruchsgegner zu erhalten. Zum anderen wird auch die rechtliche Stellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters beeinflusst. Die bisherige Praxis, im Rahmen eines Gerichtsverfahrens durch die Auskunftspflicht der Mutter als tatsächlicher Vater offenbart zu werden, wird zukünftig wohl nicht mehr möglich sein. Dies mag auf der einen Seite bei den Vätern für Erleichterung sorgen, die das Aufdecken ihrer leiblichen Vaterschaft und die daraus folgenden Konsequenzen fürchten. Auf der anderen Seite überlässt das BVerfG die Entscheidung, ob ein leiblicher Vater für die Zahlung vergangener Unterhaltsleistungen in Regress und für zukünftige Unterhaltszahlungen in Anspruch genommen werden kann, faktisch allein der Mutter. Da aber nicht nur die finanziellen Interessen des Scheinvaters durch die Kenntnis über den tatsächlichen Vater beeinflusst werden, sondern auch die des Kindes davon abhängen, scheint es angebracht, diese auch künftig verlässlich absichern zu können.

### **3. Fazit**

Die rechtliche Stellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters wird durch die In-Regressnahme eines Scheinvaters unmittelbar beeinflusst. Hat der Scheinvater die Vaterschaft wirksam angefochten und ist der leibliche Vater bekannt, wird dessen rechtliche Vaterschaft direkt festgestellt. Er ist dadurch nicht nur verpflichtet, dem vormals rechtlichen Vater die Unterhaltsleistungen gemäß § 1607 Abs. 3 S. 2 BGB zu erstatten, sondern er erhält auch gleichzeitig die aus der Vaterschaftsfeststellung erwachsenden Rechte oder kann diese beantragen. Insofern führt die finanzielle Inan-

<sup>356</sup> BVerfG- 1BvR 472/14 - NJW 2015, 1506 (1509).

<sup>357</sup> Keuter, NZFam 2015, 537 (538).

<sup>358</sup> Reuß, NJW 2015, 1509 (1510).

<sup>359</sup> Forschner, FuR 2015, 451 (453).

spruchnahme auf der einen Seite zu einer Stärkung seiner Rechtsposition auf der anderen Seite. Was die Pflichten betrifft, muss einschränkend hinzugefügt werden, dass der tatsächliche Vater zwar zur Zahlung des bereits geleisteten Unterhalts verpflichtet werden kann, jedoch nicht zur Wahrnehmung seiner übrigen, möglich gewordenen Väterrechte und -pflichten. An dieser Stelle sei auf eine Entscheidung des BGH<sup>360</sup> hingewiesen, die jüngst zur Frage einer Unterhaltsverpflichtung nach heterologer Insemination erging. Darin wurde klargestellt, dass ein Mann sich nicht auf die fehlende Vaterschaftsstellung berufen kann, wenn er sich zuvor dazu bereit erklärt hatte, für das Kind wie ein rechtlicher Vater eintreten zu wollen. Und dies gelte selbst dann, wenn er zu diesem Zeitpunkt weder der rechtliche noch der leibliche Vater ist.<sup>361</sup>

## VII. Recht über die Annahme als Kind

Im Bereich der Rechte über die Annahme als Kind sind für die Frage nach der rechtlichen Stellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters und zur Bewertung seiner Rechtsposition die Vorschriften über die erforderlichen Einwilligungen gemäß §§ 1746 ff. BGB von besonderer Relevanz. So werden zum einen die Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters ausdrücklich berücksichtigt und zum anderen ist die Frage, in welchen Fallkonstellationen die Einwilligung eines leiblichen, nicht rechtlichen Vaters entbehrlich ist oder zwingend vom Familiengericht eingeholt werden müsste, Gegenstand aktueller höchstrichterlicher Rechtsprechung<sup>362</sup>.

### 1. Einführung

Da die Annahme eines Kindes einen schweren Eingriff in die bisherige oder künftige Familie eines Kindes bedeutet, sind die Einwilligungen des Kindes gemäß § 1746 BGB, seiner Eltern gemäß § 1747 BGB und der jeweiligen Ehegatten gemäß § 1749 als unmittelbar Betroffene einzuholen.<sup>363</sup> Gemäß § 1755 Abs. 1 S. 1 BGB erlischt das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes und seiner Abkömmlinge zu den bisherigen Verwandten und die sich aus ihm ergebenden Rechten und Pflichten.

Die Annahme als Kind, oder auch Adoption, erfolgt gemäß § 1752 Abs. 1 BGB durch Beschluss des Familiengerichts auf Antrag des Annehmenden. Der notwendige Konsens zwischen den beteiligten Personen stellt ein wesentliches Element beim Ausspruch über die Annahme als Kind dar.<sup>364</sup> Aber selbst wenn alle Einwilligungen vorliegen, muss das Gericht gemäß § 1741 Abs. 1 BGB überprüfen, ob die Annahme als Kind dem Kindeswohl dient und das Entstehen einer Eltern-Kind-Beziehung zu

<sup>360</sup> BGH -XII ZR 99/14- NJW 2015, 3434 ff.

<sup>361</sup> BGH -XII ZR 99/14- NJW 2015, 3434 (3434).

<sup>362</sup> BGH -XII ZB 437/09- NJW 2015, 1820 ff.

<sup>363</sup> *Wellenhofer*, Familienrecht, § 36, Rn. 8.

<sup>364</sup> *Schwab*, Familienrecht, § 68, Rn. 822.



erwarten ist. Gemäß § 1745 BGB darf es die Annahme nur aussprechen, wenn die Interessen der Beteiligten nicht entgegenstehen oder gefährdet werden.<sup>365</sup> In diesen Regelungen kommt eine Vorgabe aus Art. 21 UN-KRK zum Tragen, wonach die Vertragsstaaten zu gewährleisten haben, „dass dem Wohl des Kindes bei der Adoption höchste Bedeutung zugemessen wird“. Auch muss die Annahme als Kind jeglicher privater Disposition entzogen und die Möglichkeit, Vermögensvorteile aus Kindesannahmen zu ziehen, ausgeschlossen sein.<sup>366</sup>

## **2. Einwilligung der unmittelbar Beteiligten, § 1746 ff. BGB**

Während die Überprüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Annahme als Kind dem Familiengericht obliegt, kann die Einwilligung in die Annahme nur durch die unmittelbar Beteiligten persönlich erfolgen.<sup>367</sup> Sie ist eine Willenserklärung, die nicht auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts gerichtet ist, sondern stellt eine Verfahrenshandlung im vormundschaftsgerichtlichen Verfahren dar.<sup>368</sup> Die Einwilligungserklärung muss gemäß § 1750 Abs. 1 S. 1 BGB gegenüber dem Familiengericht erklärt werden und bedarf gemäß § 1750 Abs. 1 S. 2 BGB der notariellen Beurkundung. Gemäß § 1750 Abs. 2 BGB darf sie nicht unter einer Bedingung oder einer zeitlichen Befristung erteilt werden und ist unwiderruflich. Regelungszweck des Einwilligungserfordernisses ist der Schutz der Abstammung und das damit verbundene natürliche Elternrecht.<sup>369</sup>

### **a. Einwilligung des Kindes, § 1746 BGB**

Die Einwilligung des Kindes ist zur Annahme gemäß § 1746 Abs. 1 S. 1 BGB erforderlich. Ist es geschäftsunfähig oder noch nicht 14 Jahre alt, handelt gemäß § 1746 Abs. 1 S. 2 BGB der gesetzliche Vertreter für das Kind und damit die sorgeberechtigten Eltern, §§ 1626 Abs. 1 S. 2, 1629 Abs. 1 BGB.<sup>370</sup> Ist das Kind beschränkt geschäftsfähig und mindestens 14 Jahre alt, kann nur das Kind selbst die Einwilligung erklären. Es bedarf hierzu aber der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, § 1746 Abs. 1 S. 3 BGB. Wenn die Eltern des Kindes nicht miteinander verheiratet sind, muss das Familiengericht prüfen, ob eine Sorgeerklärung nach § 1626a BGB abgegeben wurde.<sup>371</sup> Wenn das Kind 14 Jahre alt und nicht geschäftsunfähig ist, kann es seine Einwilligung gemäß § 1746 Abs. 2 S. 1 BGB bis zum Wirksamwerden des Ausspruchs der Annahme gegenüber dem Familiengericht widerrufen. Dies stellt eine Ausnahme zur Unwiderruflichkeit der Einwilligung dar, die explizit in § 1750 Abs. 2 S. 2, 2. HS BGB festgeschrieben ist. Dadurch soll das Selbstbestimmungsrecht des Kindes gewahrt werden.<sup>372</sup> Einer Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf es gemäß § 1746

<sup>365</sup> Schwab, Familienrecht, § 68, Rn. 823.

<sup>366</sup> Reinhardt/Kemper/Weitzel, Adoptionsrecht, S. 25.

<sup>367</sup> Schwab, Familienrecht, § 69, Rn. 829.

<sup>368</sup> Soergel/Liermann, BGB, § 1747, Rn. 25.

<sup>369</sup> MüKo/Maurer, BGB, § 1747, Rn. 3; BT-Drs. 7/3061, S. 36.

<sup>370</sup> Schwab, Familienrecht, § 69, Rn. 830.

<sup>371</sup> Prütting/Wegen/Weinreich/Friederici, BGB, § 1747, Rn. 2.

<sup>372</sup> Schwab, Familienrecht, § 69, Rn. 830.

Abs. 2 S. 3 BGB nicht, da hier nur die Einwilligung des Kindes, die es gemäß § 1746 Abs. 1 S. 2 BGB persönlich zu erklären hat, beseitigt wird.<sup>373</sup> Gemäß § 1746 Abs. 2 S. 2 BGB muss der Widerruf in öffentlich beurkundeter Form erklärt werden. Die strengen Formerfordernisse sollen sicherstellen, dass ein Minderjähriger, der seine Einwilligung widerruft, durch den Notar oder eine andere Urkundsperson über die rechtliche Wirkung des Widerrufs belehrt wird und dieser nicht leichtfertig vorgenommen wird.<sup>374</sup>

## **b. Einwilligung der Eltern zur Annahme eines Kindes, § 1747 BGB**

Gemäß § 1747 Abs. 1 S. 1 BGB müssen die Eltern in die Annahme einwilligen. Dabei ist es unerheblich, ob die elterliche Sorge besteht oder nicht.<sup>375</sup> Auch für den nichtehelichen Vater besteht das Einwilligungserfordernis.<sup>376</sup> Um die Eltern vor überstürzten Handlungen zu schützen, kann die Einwilligung gemäß § 1747 Abs. 2 BGB erst erteilt werden, wenn das Kind acht Wochen alt ist.<sup>377</sup> Für nicht miteinander verheiratete Eltern, die keine Sorgeerklärungen gemäß § 1626a BGB abgegeben haben, bestehen gesonderte Bestimmungen, die in § 1747 Abs. 3 BGB geregelt sind, wie die Möglichkeit der vorgeburtlichen Einwilligung, § 1747 Abs. 3 Nr. 1 BGB oder die Verzichtserklärung gemäß § 1747 Abs. 3 Nr. 3 BGB.

### **aa. Rechtsstellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters**

Wie viele der für die Frage nach der rechtlichen Stellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters relevanten Vorschriften, hat auch § 1747 BGB durch die Schaffung des KindRG eine grundlegende Änderung erfahren.<sup>378</sup> Die bis zur Reform des Kindschaftsrechts geltende Fassung von § 1747 BGB a.F. von 1976 sah eine deutliche Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Vätern bei Adoptionen des Kindes durch Dritte vor, in dem nur der eheliche Vater ein Einwilligungsrecht hatte.<sup>379</sup> Der nichteheliche Vater konnte aber entweder sein Kind annehmen (§ 1741 Abs. 3 S. 2 BGB a.F.) oder beantragen, das Kind als sein eheliches Kind legitimieren zu lassen (§ 1723 BGB a.F.).<sup>380</sup> Dadurch sollte das fehlende Einwilligungsrecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes ausgeglichen werden und die Adoption durch Dritte durch eine positive vormundschaftsgerichtliche Entscheidung über die Annahme durch den Vater selbst oder über die Ehelicherklärung ausgeglichen werden.<sup>381</sup> Ein solcher Ausgleich war jedoch dann unmöglich, wenn die Mutter ihr nichteheliches Kind selbst annahm, § 1747 Abs. 2 S. 2 BGB a.F.. Eine Annahme durch die Mutter konnte der Vater

<sup>373</sup> MüKo/Maurer, BGB, § 1746, Rn. 18.

<sup>374</sup> Prütting/Wegen/Weinreich/Friederici, BGB, § 1746, Rn. 6.

<sup>375</sup> Schwab, Familienrecht, § 69, Rn. 831.

<sup>376</sup> Schwab, Familienrecht, § 69, Rn. 831.

<sup>377</sup> Wellenhofer, Familienrecht, § 36, Rn. 10.

<sup>378</sup> Soergel/Liermann, FamR, § 1747, Rn. 1.

<sup>379</sup> Soergel/Liermann, FamR, § 1747, Rn. 4, 16 ff.

<sup>380</sup> Soergel/Liermann, FamR, § 1747, Rn. 2.

<sup>381</sup> Soergel/Liermann, FamR, § 1747, Rn. 2.

also nie verhindern.<sup>382</sup> Zudem war ihre Einwilligung sowohl in die Annahme durch den Vater als auch in die Ehelichklärung erforderlich, weshalb die „Sperrwirkung“ der Anträge bei fehlender Zustimmung der Mutter ins Leere liefen und der Vater in diesen Fällen keine vorrangige Stellung gegenüber anderen Adoptionsbewerbern einnehmen konnte.<sup>383</sup> Der offensichtlichen Besserstellung der Mutter begegneten solange keine verfassungsrechtlichen Bedenken, „als die Ungleichbehandlung gegenüber dem Kindsvater noch den tatsächlichen Lebensverhältnissen entsprach.“<sup>384</sup>

#### **bb. Einwilligungsrecht des leiblichen Vaters, § 1747 Abs. 2 S. 2 BGB**

Auch hier wurde der Gesetzgeber durch das BVerfG zur Beseitigung dieser Ungleichbehandlung verpflichtet.<sup>385</sup> In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt hatte u.a. ein leiblicher, nichtehelicher Vater die Verletzung des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG geltend gemacht, da eine Einwilligung des leiblichen Vaters im Falle einer Adoption eines nichtehelichen Kindes durch die Mutter allein oder durch die Mutter und ihren Ehemann nicht erforderlich sei.<sup>386</sup> Das BVerfG stellte in seiner Entscheidung klar, dass auch ein nicht mit der Mutter verheirateter Mann Träger des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG ist.<sup>387</sup> Darüber hinaus müsse ein nichtehelicher Vater am Adoptionsverfahren beteiligt werden, denn sein Elternrecht sei unabhängig davon verletzt, ob der Gesetzgeber ihm materielle Rechte bezüglich der Adoption eingeräumt habe. Da der Vater des nichtehelichen Kindes durch die Adoption seine Vaterstellung mit allen Rechten und Pflichten verliere.<sup>388</sup> Die Möglichkeit des Vaters, die Adoption durch den Ehemann der Mutter durch Ehelichklärung oder Adoption zu verhindern, wurde als ungeeignet bezeichnet, denn mit der Einwilligung der Mutter könne nicht gerechnet werden, wenn diese plane, das Kind gemeinsam mit ihrem Ehemann zu erziehen.<sup>389</sup> Das BVerfG erklärte § 1747 Abs. 1 BGB in seiner bis dahin geltenden Fassung für verfassungswidrig<sup>390</sup> und forderte den Gesetzgeber auf, spätestens bis „zum Ende der Legislaturperiode“ die Rechtslage mit der Verfassung in Einklang zu bringen.<sup>391</sup>

Da die Reform des Kindschaftsrechts zur selben Zeit vorbereitet wurde, erachtete es das BVerfG aufgrund des engen Zusammenhangs der zu schaffenden Neuregelung als sachgerecht, die Frist zur Umsetzung der verfassungsgerichtlichen Vorgaben bis spätestens 26.10.1998 zu begrenzen.<sup>392</sup> Dieser Verpflichtung kam der Gesetzgeber im Zuge der Kindschaftsrechtsreform 1998 nach und

<sup>382</sup> Meyer, Adoption des nichtehelichen Kindes, S. 120.

<sup>383</sup> Staudinger/Frank, BGB, § 1747, Rn. 2; Soergel/Liermann, FamR, § 1747, Rn. 2.

<sup>384</sup> Soergel/Liermann, FamR, § 1747, Rn. 2;

<sup>385</sup> BVerfG -1 BvR 790/91- NJW 1995, 2155 (2158).

<sup>386</sup> BVerfG -1 BvR 790/91- NJW, 1995, 2155; Löhnig/Riege, FamRZ 2015, 9 (10).

<sup>387</sup> BVerfG -1 BvR 790/91- NJW 1995, 2155 (2155).

<sup>388</sup> BVerfG -1 BvR 790/91- NJW 1995, 2155 (2158).

<sup>389</sup> BVerfG -1 BvR 790/91- NJW 1995, 2155 (2157).

<sup>390</sup> Löhnig/Riege, FamRZ 2015, 9 (10).

<sup>391</sup> BVerfG -1 BvR 790/91- NJW 1995, 2155 (2158).

<sup>392</sup> BVerfG -1 BvR 790/91- NJW 1995, 2155 (2158).

ergänzte den bis heute gültigen Satz in § 1747 Abs. 1 BGB:<sup>393</sup> „Sofern kein anderer Mann nach § 1592 als Vater anzusehen ist, gilt im Sinne des Satzes 1 und des § 1748 Abs. 4 BGB als Vater, wer die Voraussetzung des § 1600d Abs. 2 S. 1 BGB glaubhaft macht.“ Dadurch soll der Schutz des möglichen Vaters im laufenden Adoptionsverfahren sichergestellt werden, da eine Anerkennung der Vaterschaft gemäß § 1595 Abs. 1 BGB an der fehlenden Zustimmung der Mutter scheitern kann und eine durch den Vaterschaftsprätendenten erhobene Vaterschaftsfeststellungsklage zwar möglich, aber in der Regel sehr zeitaufwendig ist.<sup>394</sup>

### **cc. Entbehrlichkeit der Einwilligung gemäß § 1747 Abs. 4 BGB**

Die Einwilligung ist gemäß § 1747 Abs. 4 BGB entbehrlich, wenn ein Elternteil zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande (bspw. dauerhafter, geschäftsunfähiger Zustand,<sup>395</sup> Koma,<sup>396</sup> keine mündliche oder schriftliche Verständigungsmöglichkeit<sup>397</sup>) oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist (bspw. beim Auffinden eines Findelkinds,<sup>398</sup> in „Kriegswirren“<sup>399</sup> oder Naturkatastrophen<sup>400</sup>, Aufenthaltsermittlung nicht innerhalb von 6 Monaten möglich<sup>401</sup>). Maßstab der Entscheidung, nach welchem Zeitraum die für die Entbehrlichkeit der Einwilligung erforderlichen Voraussetzungen als erfüllt gelten, ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.<sup>402</sup>

### **3. Ersetzung der Einwilligung eines Elternteils, § 1748 BGB**

§ 1748 BGB regelt, unter welchen Voraussetzungen die Einwilligung eines Elternteils ersetzt werden kann. Dies ist dann möglich, wenn ein Elternteil seine elterlichen Aufgaben nicht erfüllt und dies zu einem ungewöhnlichen Nachteil für das Kind gereichen würde. Der Normzweck besteht darin, dass eine der Fürsorge dienende, aber nicht erteilte, obwohl erforderliche Einwilligung zur Annahme als Kind in den Fällen ersetzt werden kann, wenn das Kind dieser Fürsorge bedarf, zum Beispiel weil es in einem Heim oder wechselnden Pflegestellen aufwächst.<sup>403</sup> Es handelt sich hierbei um eine Ausnahmeregelung, mittels derer das Familiengericht zur Gewährleistung des Kindeswohls in das grundgesetzlich geschützte Elternrecht eingreifen darf,<sup>404</sup> wenn das überwiegende Kindesinteresse dies rechtfertigt.<sup>405</sup> Das Familiengericht kann gemäß § 1748 BGB in fünf Tatbestandsvarian-

<sup>393</sup> *Löhnig/Riege*, FamRZ 2015, 9 (10).

<sup>394</sup> *Staudinger/Frank*, BGB, § 1747, Rn. 16; BT-Drs. 13/4899, S. 113.

<sup>395</sup> BayObLG -1Z BR 6/99- FamRZ 1999, 1688 (1689).

<sup>396</sup> *Staudinger/Frank*, BGB, § 1747, Rn. 46.

<sup>397</sup> *Soergel/Liermann*, BGB, § 1747, Rn. 32.

<sup>398</sup> *Staudinger/Frank*, BGB, § 1747, Rn. 48.

<sup>399</sup> *MüKo/Maurer*, BGB, § 1747, Rn. 31

<sup>400</sup> *Staudinger/Frank*, BGB, § 1747, Rn. 48.

<sup>401</sup> OLG Köln -16 Wx 74/98- DAVorm 1998, 936 (936); BAGLJÄ, Empfehlungen, S. 82.

<sup>402</sup> *Ermann/Saar*, BGB, § 1747, Rn. 17.

<sup>403</sup> *MüKo/Maurer*, BGB, § 1748, Rn. 1.

<sup>404</sup> *Reinhardt/Kempler/Weitzel*, Adoptionsrecht, S. 174, Rn. 1.

<sup>405</sup> BVerfG -1 BvL 2063, 31/66, 5/67- NJW 1968, 2233 (2235).

ten die elterliche Einwilligung ersetzen,<sup>406</sup> wobei es sich um vier Regelfälle und eine Sonderregelung handelt.<sup>407</sup>

Die Ersetzungstatbestände (1) bis (4) gelten für die nach § 1747 BGB einwilligungsberechtigten Eltern. Wenn die Einwilligung beider Eltern ersetzt werden soll, führt das Fehlverhalten des einen Elternteils nicht ohne weiteres zu einer Zurechnung beim anderen Elternteil.<sup>408</sup> In § 1748 Abs. 4 BGB ist der Sonderfall für den nichtehelichen Vater ohne Sorgeberechtigung geregelt. Ob sich hieraus Aussagen zur rechtlichen Stellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters ableiten lassen, soll in der Folge überprüft werden.

#### **a. Einwilligungsersetzung des nichtsorgeberechtigten Vaters**

§ 1748 Abs. 4 BGB ermöglicht es dem Familiengericht, die Einwilligung des Vaters in den Fällen, in denen die Mutter gemäß § 1626a Abs. 3 BGB die Alleinsorge inne hat, erleichtert zu ersetzen, wenn das Unterbleiben der Annahme dem Kind zu unverhältnismäßigem Nachteil gereichen würde. Diese Bestimmung wurde mit dem KindRG eingeführt und damit begründet, dass § 1747 Abs. 1 BGB die Einwilligung der Eltern unabhängig vom Bestehen der elterlichen Sorge verlange und eine erleichterte Ersetzung dann gerechtfertigt sei, wenn der Vater zu keinem Zeitpunkt weder der Inhaber der elterlichen Sorge gewesen sei, noch die Verantwortung für das Kind getragen habe.<sup>409</sup> Andernfalls hätte der Vater, der nie die elterliche Sorge oder Verantwortung ausgeübt habe, ein Vetorecht gegen die Annahme.<sup>410</sup>

#### **aa. Verfassungsrechtliche Einwände gegen § 1748 Abs. 4 BGB**

Die Regelung ist äußerst umstritten und seit ihrer Einführung verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG und des Gleichbehandlungsgrundsatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG ausgesetzt.<sup>411</sup> Obwohl die Anwendbarkeit auf den gemäß § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB einwilligungsberechtigten präsumentiven Vater<sup>412</sup> dafür sprechen könnte, etwa eine bereits erteilte mütterliche Einwilligung zu schützen und nicht blockieren zu können, muss die Regelung aufgrund ihres Benachteiligungscharakters und ihrer Begründung als nicht überzeugend bewertet werden.<sup>413</sup> Zum einen ist § 1748 Abs. 4 BGB nicht notwendig, um die einseitige Ablehnung des Vaters einer Annahme zu verhindern: Gäbe es § 1748 Abs. 4 BGB nicht, müsste seine Einwilli-

<sup>406</sup> Ermann/Saar, BGB, § 1748, Rn. 1.

<sup>407</sup> Reinhardt/Kemper/Weitzel, Adoptionsrecht, S. 174, Rn. 2.

<sup>408</sup> MüKo/Maurer, BGB, § 1748, Rn. 4.

<sup>409</sup> BT-Drs. 13/4899, S. 114.

<sup>410</sup> Reinhardt/Kemper/Weitzel, Adoptionsrecht, S. 177, Rn. 18.

<sup>411</sup> Ermann/Saar, BGB, § 1748, Rn. 17; Staudinger/Frank, Rn. 59; MüKo/Maurer, Rn. 58.

<sup>412</sup> Ermann/Saar, BGB, § 1748, Rn. 16.

<sup>413</sup> MüKo/Maurer, BGB, § 1748, Rn. 58.

gung unter den „sehr viel strengeren Voraussetzungen der Absätze 1-3“ ersetzt werden.<sup>414</sup> Zum anderen unterstellt die Regelung allen nicht sorgeberechtigten Vätern mangelnde Bereitschaft zur Verantwortungsübernahme<sup>415</sup> und übersieht dabei die Möglichkeit, dass eine gemeinsame Betreuung und gemeinsames Zusammenleben beider Eltern mit dem Kind auch ohne Sorgeerklärung denkbar ist, etwa wenn beide keine Sorgeerklärung gemäß § 1626a Abs. 1 BGB abgegeben haben.<sup>416</sup>

Der BGH hat sich zwar den Einwänden der Literatur angeschlossen, sah aber den Vorwurf der Verfassungswidrigkeit nicht als erfüllt an, da ein verfassungskonformes Ergebnis durch das Erfordernis der Unverhältnismäßigkeit der Nachteile ermöglicht werden könnte.<sup>417</sup> Auch die Differenzierung zwischen Vätern und Müttern würde nicht gegen die Verfassungsmäßigkeit der Regelung sprechen, da die Mutter ein berechtigtes Schutzbedürfnis habe, nicht an der Freigabe zur Adoption gehindert und so mit dem Kind „allein gelassen“ werden zu können.<sup>418</sup> Zur näheren Begriffsbestimmung „unverhältnismäßiger Nachteil“ hat der BGH folgende Vorgabe gemacht: „Wenn die unterbliebene Adoption einen so erheblichen Vorteil für das Kind bieten würde, dass ein sich verständig um sein Kind sorgender Elternteil auf der Erhaltung des Verwandtschaftsbandes nicht bestehen würde.“<sup>419</sup>

#### **bb. Verfassungskonforme Auslegung von § 1748 Abs. 4 BGB**

Durch den Beschluss des BVerfG vom 27.04.2006<sup>420</sup> und die darin enthaltene Vorgabe dem BGH<sup>421</sup> dahingehend zu folgen, die Norm verfassungsgemäß auszulegen, wurde die Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit der Regelung beendet.<sup>422</sup> Die verfassungskonforme Auslegung von § 1748 Abs. 4 BGB beinhalte die Abwägung zwischen dem Elternrecht des Vaters und den Interessen des Kindes anhand der aufgestellten Maßstäbe des „unverhältnismäßigen Nachteils“ und setze ferner das Bestehen eines „gelebten Vater-Kind-Verhältnisses“ voraus.<sup>423</sup> Eine Ungleichbehandlung zwischen sorgeberechtigten und nichtsorgeberechtigten Vätern könne somit verhindert werden, da dadurch sichergestellt sei, dass auch das Vorverhalten des Vaters und die Gründe, die die Aufnahme oder Herstellung eines Eltern-Kind-Verhältnisses verhindert haben, im Rahmen einer gerichtlichen Prüfung der Voraussetzungen von § 1748 Abs. 4 BGB berücksichtigt werden müssen.<sup>424</sup>

<sup>414</sup> MüKo/Maurer, BGB § 1748, Rn. 58; Staudinger/Frank, BGB, § 1748, Rn. 58.

<sup>415</sup> Ermann/Saar, BGB, § 1748, Rn. 17.

<sup>416</sup> MüKo/Maurer, BGB § 1748, Rn. 58.

<sup>417</sup> BGH -XII ZB 10/03- FamRZ 2005, 891 (892).

<sup>418</sup> BGH -XII ZB 10/03- FamRZ 2005, 891 (892).

<sup>419</sup> BGH -XII ZB 10/03- FamRZ 2005, 891 (892).

<sup>420</sup> BVerfG -1 BvR 2866/04- FamRZ 2006, 1355-1356.

<sup>421</sup> BGH -XII ZB 10/03- FamRZ 2005, 891- 893.

<sup>422</sup> Rösler/Reimann, Anm. BVerfG FamRZ 2006, 1355 - 1356 (1357).

<sup>423</sup> BVerfG -1 BvR 2866/04- FamRZ 2006, 1355 (1355).

<sup>424</sup> BVerfG -1 BvR 1444/01- FamRZ 2006, 94 (97); 1 BvR 2866/04- FamRZ 2006, 1355 (1356).

## **b. Zwischenfazit**

Dass den Interessen des nichtehelichen und nicht sorgeberechtigten Vaters bei der Ersetzung seiner Einwilligung ein hoher Stellenwert eingeräumt wird, folgt zum einen aus der fortbestehenden kritischen Bewertung von § 1748 Abs. 4 BGB und zum anderen aus den hohen Anforderungen, die an eine Ersetzung im Rahmen dieses Sondertatbestandes angelegt werden. § 1748 Abs. 4 BGB muss im Lichte von Art. 6 Abs. 2 GG eng ausgelegt werden, „damit es nicht zu einer vollständigen Entwertung des Elternrechts kommt.“<sup>425</sup> Dass die Rechtsprechung sich an die eng gefassten Maßstäbe hält, zeigt eine Entscheidung des BVerfG, in der es die Zulässigkeit der Ersetzung der Einwilligung noch nicht einmal in dem Fall bejahte, in dem ein Vater nachweislich kein Interesse an seinem Kind gezeigt hatte, Unterhaltsleistungen verweigerte und sich zum Zeitpunkt der Entscheidung nicht um sein Kind kümmern konnte, da er eine Haftstrafe verbüßte, während das Kind in der neuen Familien integriert war und ein Vater-Kind-Verhältnis zum Annehmenden bereits bestand.<sup>426</sup>

Bedauerlicherweise hat der Gesetzgeber trotz der schon während des Gesetzgebungsverfahrens geäußerten Kritik, an der Formulierung von § 1748 Abs. 4 BGB festgehalten.<sup>427</sup> Umso begrüßenswerter ist es, dass die Rechtsprechung des BGH und des BVerfG die Interessen der nichtehelichen und nicht sorgeberechtigten Väter zum Maßstab richterlicher Überprüfungen gemacht und somit die Rechte der Väter nicht nur gestärkt, sondern auch sichtbar gemacht hat. Ob sich durch die Auslegungsregelungen der gesetzgeberische Handlungsbedarf erledigt hat, erscheint allerdings fraglich. Aus der Praxis der Familiengerichte erfolgte jüngst die Forderung, das Interesse des Kindes an stabilen und rechtlich gesicherten Verhältnissen stärker in den Vordergrund der Abwägung bei der Auslegung und Anwendung der Ersetzungstatbestände zu stellen.<sup>428</sup>

## **4. Stiefkind-Adoption, § 9 Abs. 2 S. 2 LPartG i.V.m. § 1754 Abs. 1 BGB**

Das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG kann auch zwei gleichgeschlechtlichen Personen zustehen.<sup>429</sup> Zwar ist es Menschen, die in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft nach dem LPartG leben, nach wie vor nicht möglich, ein Kind gemeinsam zu adoptieren. Aber seit der Einführung der sogenannten „Stiefkind-Adoption“ können Lebenspartner/-innen das Kind des/der Partner/-in mit der Wirkung annehmen, dass das Kind die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen Kindes der Lebenspartner/-innen erhält, § 9 Abs. 7 LPartG in Verbindung mit § 1754 Abs. 1 BGB.<sup>430</sup> Die Stiefkindadoption stellt für Lebenspartner/-innen die einzige Möglichkeit dar, ihre soziale Elternschaft rechtlich abzusichern. Im Gegensatz zu verheirateten Paaren, die sich gemeinsam für eine künstliche Befruchtung entscheiden, erfolgt bei der Lebenspartnerschaft keine abstammungsrechtliche

<sup>425</sup> Reinhardt/Kemper/Weitzel, S. 177, Rn. 19; BGH -XII ZB 10/03- FamRZ 2005, 891 (892).

<sup>426</sup> BVerfG -BvR 2866/04- NJW 2006, 2470 (2470); Reinhardt/Kemper/Weitzel, S. 177, Rn. 19.

<sup>427</sup> BT-Drs. 13/4899, S. 157.

<sup>428</sup> 21. DFGT 2015: [http://www.dfgt.de/resources/2015\\_Vorstandsempfehlungen.pdf](http://www.dfgt.de/resources/2015_Vorstandsempfehlungen.pdf). (Stand:11.01.2016).

<sup>429</sup> BVerfG -1 BvL 1/11- FamRZ 2013, 521 (524); Schwab, Familienrecht, § 100, Rn. 1037.

<sup>430</sup> Schwab, Familienrecht, § 100, Rn. 1040.

Zuordnung, wie sie in §§ 1592 Nr. 1, 1600 Abs. 5 BGB für den Ehemann geregelt ist.<sup>431</sup> Insofern kann sich keine unmittelbare Elternstellung ab dem Zeitpunkt der Geburt ergeben.<sup>432</sup> Lebenspartnerinnen sind folglich dazu verpflichtet, die weiteren zusätzlichen Schritte, wie Adoptionspflege und Kindeswohlprüfung im Einzelfall durch das Jugendamt durchzuführen, bevor die annehmende Partnerin Elternteil im Rechtssinne werden kann.<sup>433</sup> Relevant wird die Stiefkind-Adoption für die rechtliche Stellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters, da sich viele gleichgeschlechtliche lesbische Paare in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft für eine künstliche Befruchtung mit Spendersamen entscheiden.<sup>434</sup> Die Frage, in welcher Form sich dabei die sogenannte „anonyme“ von der sogenannten „privaten“ Samenspende unterscheidet und in welcher Art und Weise der Samenspender am Adoptionsverfahren zu beteiligen ist, hatte der BGH zu entscheiden.

### **a. Beteiligung des Samenspenders am Adoptionsverfahren**

Die Antragstellerin beantragte die Annahme des leiblichen und mittels privater Samenspende gezeugten Kindes ihrer eingetragenen Lebenspartnerin. Der Antrag zur sogenannten Stiefkindadoption war vom erstinstanzlichen Familiengericht mangels Zustimmung des leiblichen Vaters zurückgewiesen worden. Die Antragstellerin hatte gegen den Beschluss Beschwerde eingelegt und diese damit begründet, dass der leibliche Vater zwar bekannt sei, aber nicht am Verfahren beteiligt werden wolle. Die Beschwerde wurde abgewiesen. Dagegen legte die Antragstellerin Rechtsbeschwerde beim BGH ein. Die Beschwerde führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.<sup>435</sup>

Der BGH hatte sich mit der Frage auseinander zu setzen, ob der Samenspender am Adoptionsverfahren beteiligt werden müsse. In seinem Beschluss weist der BGH daraufhin, dass auch die Stiefkindadoption die Zustimmung des anderen Elternteils und des Kindes gemäß §§ 1746, 1747 BGB voraussetze. Der fehlende ausdrückliche Verweis in § 9 Abs. 7 S. 2 LPartG stehe dem nicht entgegen, da der Gesetzgeber nur hinsichtlich der Besonderheiten bei der Stiefkindadoption gesonderte Bestimmungen getroffen habe und die übrigen adoptionsrechtlichen Vorschriften anwendbar sein sollten.<sup>436</sup> Bei der Frage, ob eine Zustimmung des leiblichen Vaters gemäß § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB erforderlich sei, müsse unterschieden werden, ob es sich um einen anonymen oder privaten Samenspender handle, da dies Auswirkungen auf die rechtliche Vaterstellung habe.<sup>437</sup>

<sup>431</sup> Palandt/*Brudermüller*, BGB, § 9 LPartG, Rn. 12; Dethloff, Familienrecht, § 15, Rn. 18.

<sup>432</sup> *Dethloff*, Familienrecht, § 15, Rn. 18.

<sup>433</sup> *Dethloff*, Familienrecht, § 15, Rn. 18.

<sup>434</sup> *Dethloff*, BZgA-Forum 1-2014, 37 (38).

<sup>435</sup> BGH -XII ZV 473/13- NJW 2015, S. 1820 -1823.

<sup>436</sup> BGH -XII ZV 473/13- NJW 2015, 1820 (1820); BVerfG -1 BvL 1/11- FamRZ 2013, 521 (522);

Ermann/*Kaiser*, BGB, § 9 LPartG, Rn.14; Staudinger/*Voppel*, Rn.71; BT-Drs.15/3445, S. 15.

<sup>437</sup> BGH -XII ZV 473/13- NJW 2015, 1820 (1820).



### **aa. Einwilligung des anonymen Samenspenders, § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB**

Bei der sogenannten anonymen Samenspende kann nach Ansicht des BGH regelmäßig davon ausgegangen werden, dass der potenzielle leibliche Vater von vornherein nicht die Rechtsstellung des rechtlichen Vaters einnehmen wolle.<sup>438</sup> Bei einer medizinisch assistierten Zeugung würden bereits die Umstände dafür sprechen, dass der leibliche Vater sein grundrechtlich geschütztes Interesse, die Rechtsstellung als Vater des Kindes einzunehmen, nicht wahrnehmen wolle.<sup>439</sup> Daher sei weder eine Einwilligung in die Adoption noch seine Beteiligung am Verfahren erforderlich.<sup>440</sup> Auch bedürfe es keiner Personen- oder Aufenthaltsermittlung nach dem FamFG.

### **bb. Einwilligung des privaten Samenspenders, § 1747 Abs. 2 S. 2 BGB**

Bei der privaten Samenspende kann aus Sicht des BGH nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass der Vater seine Grundrechtsstellung als Elternteil von vornherein nicht geltend machen werde.<sup>441</sup> Im Beschluss wird daher die Erforderlichkeit einer Einwilligung des Samenspenders als möglicher Vater in die Adoption gemäß § 1747 Abs. 1, S. 1 BGB geprüft, die eine Glaubhaftmachung der Vaterschaft gemäß § 1747 Abs. 1, S. 2 BGB in Verbindung mit § 1600d Abs. 2 BGB voraussetzt. Die umstrittene Frage,<sup>442</sup> ob die Vaterschaftsvermutung gemäß § 1600d Abs. 2 BGB, die zur gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung nach § 1592 Nr. 3 BGB führen kann, auch für Samenspender anwendbar sein soll, wird im zugrundeliegenden Beschluss offengelassen, da sie nicht entscheidungserheblich sei. Dies ergebe sich aus der besonderen Zweckrichtung der vorliegend zur Anwendung kommenden Vorschriften § 1600d Abs. 2 in Verbindung mit § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB, wonach der potenzielle Vater, sofern keine anderweitige rechtliche Vaterschaft feststeht, bezeichnet werden könne und er dadurch die Möglichkeit erhalte, sich am Adoptionsverfahren zu beteiligen.<sup>443</sup> Der BGH stellt fest, dass der Samenspender jedenfalls von den Vorschriften umfasst werde. Dies werde auch aus der Gesetzesbegründung deutlich, da demnach eine Einwilligungsberechtigung des Vaters eines nicht in der Ehe geborenen und nicht legitimierten Kindes nur effektiv sei, wenn er rechtzeitig vor einer Adoption seine Vaterschaft auch gegen den Willen der Mutter geltend machen könne.<sup>444</sup>

Darüber hinaus entspreche die durch die Vaterschaftsfeststellung mögliche Geltendmachung der Elternrechte auch dem Schutz aus Art. 6 Abs. 2, S. 1 GG. Zwar sei der lediglich leibliche Vater nach der Rechtsprechung des BVerfG noch nicht selbst Träger des Elternrechts, das Interesse, die

<sup>438</sup> BGH -XII ZV 473/13- NJW 2015, 1820 (1820).

<sup>439</sup> BGH -XII ZV 473/13- NJW 2015, 1820 (1821); BVerfG -1 BvL 1/11- FamRZ 2013, 521 (522); -1 BvR 1493/96, -1 BvR 1724/01- FamRZ 2003, 816 (817).

<sup>440</sup> BGH -XII ZV 473/13- NJW 2015, 1820 (1821).

<sup>441</sup> BGH -XII ZV 473/13- NJW 2015, 1820 (1821).

<sup>442</sup> MüKo/Wellenhofer, BGB, 1600d, Rn. 98.

<sup>443</sup> BGH -XII ZV 473/13- NJW 2015, 1820 (1821).

<sup>444</sup> BGH -XII ZV 473/13- NJW 2015, 1820 (1821); BT-Drs. 13/4899,113.

Rechtsstellung als Vater des Kindes zu erhalten, sei aber von der Norm geschützt.<sup>445</sup> Die Schutzrichtung von § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB umfasse auch den vermuteten Vater, unabhängig davon, ob das Kind natürlich oder durch Samenspende gezeugt wurde. Eine Beiwohnung im Wortsinn sei keine Voraussetzung.<sup>446</sup>

### **cc. Beteiligung am Verfahren**

Um am Adoptionsverfahren beteiligt werden zu können, muss der potenzielle Vater nach Ansicht des BGH die Möglichkeit seiner leiblichen Vaterschaft auch tatsächlich glaubhaft machen. Dies setze eine aktive Interessenwahrnehmung des Vaterschaftsprätendenten im Verfahren voraus.<sup>447</sup> Nur dann sei er auch schutzbedürftig. Wenn er keinen Gebrauch davon mache, müsse er auch nicht gemäß § 188 Abs. 1 Nr. 1b FamFG am Verfahren beteiligt werden.<sup>448</sup> Wird von einer Glaubhaftmachung abgesehen, ist die Zustimmung entbehrlich. Dies setzt jedoch voraus, dass der leibliche Vater Kenntnis von Geburt und Adoptionsverfahren hat.<sup>449</sup> Daraus folgert der BGH unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EGMR, dass der leibliche Vater, der in Unkenntnis des Verfahrens nicht tätig wird, nicht schutzlos gestellt und ihm allein deswegen nicht schon ein grundsätzliches Desinteresse unterstellt werden dürfe.<sup>450</sup>

### **dd. Entsprechende Anwendung von § 1747 Abs. 4 S. 1 BGB**

Der BGH überprüfte im Rahmen der Entscheidung auch die entsprechende Anwendbarkeit von § 1747 Abs. 4 S. 1 BGB, in dem die Ausnahmen des gesetzlichen Einwilligungserfordernisses zur Annahme als Kind festgelegt sind. Der BGH hat in seiner Entscheidung klargestellt, dass auch ein Samenspender Vater im Sinne von § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB sein könne.<sup>451</sup> Die Vorschrift muss aus Sicht des BGH auf einen möglichen leiblichen Vater entsprechend anwendbar sein. Dieser stehe nicht besser als der rechtliche Vater, der gemäß § 1747 Abs. 4 S. 1 BGB nicht zu einer Zustimmung imstande oder dessen Aufenthalt unbekannt sei.<sup>452</sup>

### **ee. Benachrichtigung und Kenntnis des Adoptionsverfahrens**

Die entsprechende Anwendung von § 1747 Abs. 4 S. 1 BGB hat zur Folge, dass ein möglicher leiblicher Vater in jedem Fall Kenntnis vom Adoptionsverfahren erhalten muss. Die Zustimmung des Vaterschaftsprätendenten zur Adoption ist nur in den Fällen nicht zwingend erforderlich, in denen

<sup>445</sup> BGH -XII ZV 473/13- NJW 2015, 1820 (1821); BVerfG -1 BvL 1/11- FamRZ 2013, 521 (522); -1 BvR 1493/96, 1 BvR 1724/01- FamRZ 2003, 816 (817).

<sup>446</sup> BGH -XII ZV 473/13- NJW 2015, 1820 (1821).

<sup>447</sup> Staudinger/*Frank*, BGB, § 1747, Rn. 14.

<sup>448</sup> BGH -XII ZV 473/13- NJW 2015, 1820 (1821).

<sup>449</sup> BGH -XII ZV 473/13- NJW 2015, 1820 (1821).

<sup>450</sup> BGH -XII ZV 473/13- NJW 2015, 1820 (1821); EGMR -16/1993/411/490- NJW 1995, 2153 (Keegan./Irland).

<sup>451</sup> BGH -XII ZV 473/13- NJW 2015, 1820 (1820); -XII ZR 49/11- NJW 2013, 2589 (2591).

<sup>452</sup> BGH -XII ZV 473/13- NJW 2015, 1820 (1822).

der Vater wirksam auf seine Rechte verzichtet hat oder der Aufenthalt „dauerhaft unbekannt“ im Sinne von § 1747 Abs. 4 BGB ist. Hierzu hat der BGH festgehalten, dass diese Tatbestandsvoraussetzung nicht bereits dadurch erfüllt ist, dass keine Angaben zu Person und Aufenthalt des Samenspenders seitens der Annehmenden gemacht werden. Eine solche Weigerung der Identitätspreisgabe erfülle die Voraussetzungen von § 1747 Abs. 4 S. 1 BGB nicht.<sup>453</sup> Ferner lasse auch die Versicherung der Annehmenden, dass der Vater einverstanden sei, die gerichtliche Benachrichtigungspflicht nicht entfallen.<sup>454</sup>

## **b. Zwischenfazit**

Die Entscheidung des BGH enthält wichtige Aussagen zu den Rechten des Samenspenders. Insofern ist beachtlich, dass die Möglichkeit der Vaterschaft eines Samenspenders bestätigt wurde. Darüber hinaus wird klargestellt, welche Voraussetzungen bei einer Stiefkindadoption einzuhalten sind, wenn die Zeugung im Wege einer privaten Samenspende vollzogen wurde. Der Beschluss des BGH hat nicht nur Auswirkungen auf die Rechtsposition des Samenspenders. Die entsprechende Anwendbarkeit von § 1747 Abs. 4 S. 1 BGB auf bestimmte Fälle von leiblicher, nicht rechtlicher Vaterschaft, erhöht die Anforderungen an eine Entbehrlichkeit der Einwilligung zugunsten der leiblichen, nicht rechtlichen Väter, die unter Umständen noch gar nichts von ihrer Vaterschaft wissen. Gleichwohl lässt der Beschluss noch klärungsbedürftige Fragen offen. Bspw. bleibt ungeklärt, wie und unter welchen formellen Voraussetzungen auf die Vaterschaft verzichtet werden kann, was in Konstellationen jenseits der Samenspende beachtet werden sollte<sup>455</sup> und wie die Berücksichtigung des Rechts des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung sichergestellt werden kann.

Darüber hinaus erhöht der BGH die Anforderungen an die Stiefkindadoption für eingetragene Lebenspartner/-innen. Insofern stellt sich die Frage, ob gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht und bspw. das Einwilligungserfordernis des leiblichen Vaters explizit im LPartG geregelt werden sollte, um den Besonderheiten dieser Familienkonstellation gerecht werden und Konflikten mit Blick auf den Familienfrieden und den Kindesinteressen vorbeugen zu können. Die Notwendigkeit eines gesetzgeberischen Handlungsbedarfes wurde bereits für die Fälle, in denen Kinder mittels privater Samenspende gezeugt wurden, in den Bereichen Umgangs- und Unterhaltsrecht formuliert.<sup>456</sup> Dieser ergebe sich daraus, dass bei einer Samenspende regelmäßig weder die Unterhaltspflicht noch die Einmischung des biologischen Vaters seitens der Beteiligten gewollt sei.<sup>457</sup> Ein weiterer Lösungsansatz befürwortet die Schaffung eines Verfahrens, in dem Lebenspartnerinnen die Inanspruchnahme einer assistierten anonymen Samenspende ermöglicht werden sollte und beide un-

<sup>453</sup> BGH -XII ZV 473/13- NJW 2015, 1820, (1823).

<sup>454</sup> BGH -XII ZV 473/13- NJW 2015, 1820 (1821).

<sup>455</sup> Heiderhoff, Anm. BGH NJW 2015, 1820 (1823).

<sup>456</sup> Hähnchen, JZ 14/2015, 708 (713).

<sup>457</sup> Hähnchen, JZ 14/2015, 708 (713).

mittelbar als Mütter registriert werden könnten.<sup>458</sup> Zur Schaffung eines rechtssicheren Verfahrens nach privater Samenspende, könnte auch die Formulierung einer Regelung für einen wirksamen Verzicht des leiblichen Vaters auf seine Beteiligung am Verfahren eine Möglichkeit darstellen.<sup>459</sup> Zwar wird die Abgabe einer notariellen Erklärung als angemessen eingestuft,<sup>460</sup> jedoch würde eine eindeutige Vorschrift neben der Klarstellungsfunktion einen weiteren Vorteil bieten: Die ohnehin in der Praxis stattfindende „private“ Samenspende würde rechtlich abgesichert und anerkannt. Dadurch würde nicht nur Rechtssicherheit, sondern auch eine Notwendigkeit geschaffen werden, sich über die Art der Beteiligung eines potenziellen Vaters bereits im Vorfeld der Zeugung verständigen zu müssen.

## 5. Lösungsansätze

### a. Einwilligungserfordernis des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters

§ 1747 Abs. 1 S. 2 BGB bestimmt, dass nur in den Fällen, in denen kein rechtlicher Vater gemäß § 1592 BGB vorhanden ist, die Einwilligung auch vom leiblichen, nicht rechtlichen Vater eingeholt werden muss. Das führt dazu, dass ein leiblicher, nicht rechtlicher Vater nicht verhindern kann, dass ein Dritter das Kind adoptiert, da er selbst keine Möglichkeiten hat, die Adoption zu blockieren, um selbst rechtlicher Vater zu werden.<sup>461</sup> Die rechtliche Stellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters als „gestärkt“<sup>462</sup> zu bezeichnen, kann daher nur für Sachverhalte bestätigt werden, in denen es (noch) keinen rechtlichen Vater im Sinne von § 1592 BGB gibt. Die derzeit gültige Fassung von § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB wirft in diesen Fällen nach wie vor Probleme auf.<sup>463</sup> Der Begründungstext des Gesetzesentwurfs zum KindRG befasst sich nicht mit der Schwierigkeit, dass die Einwirkungsmöglichkeit des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters bei der Adoption seines Kindes dadurch beeinflusst werden kann, dass ein anderer Mann die Vaterschaft anerkennt.

Der Gesetzgeber erklärt die Ausgestaltung von § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB damit, dass die Neuregelung eine vorläufige Vaterschaftsvermutung für die Zwecke des Adoptionsverfahrens schaffe und nunmehr derjenige als Vater vermutet werde, der glaubhaft mache, der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt zu haben. Diese vorläufige Vermutung sei auf die Geltendmachung des Einwilligungsrechts beschränkt und greife „naturgemäß nicht ein, solange ein anderer Mann – nach der allgemeinen Regel des § 1592-E [BGB] als Vater anzusehen“ sei.<sup>464</sup> Die Begründung entspricht insoweit dem Ausschließlichkeitsprinzip<sup>465</sup> der rechtlichen Vaterschaft. Der Schutz einer bereits be-

<sup>458</sup> Heiderhoff, Anm. BGH NJW 2015, 1820 (1823).

<sup>459</sup> Dagegen: Löhnig/Preisner, FamFR 2013, 340 (344).

<sup>460</sup> Heiderhoff, Anm. BGH NJW 2015, 1820 (1823).

<sup>461</sup> Löhnig/Riege, FamRZ 2015, 9 (10).

<sup>462</sup> Schwab, Familienrecht, § 69, Rn. 835,

<sup>463</sup> Meyer, Adoption des nichtehelichen Kindes, S. 235.

<sup>464</sup> BT-Drs. 13/4899, S. 113.

<sup>465</sup> Staudinger/Rauscher, BGB, § 1592, Rn. 10, 11; siehe Fußnote 4.

stehenden „Vater-Kind-Zuordnung“ steht in diesem Fall dem aus Art. 6 Abs. 2 GG geschützten Interesse des leiblichen Vaters, die Elternposition einnehmen zu können, gegenüber. Die Bewertung der Norm fällt in der Literatur unterschiedlich aus.

#### **aa. Erweitertes Einwilligungsrecht des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters**

Einerseits wird die derzeit gültige Fassung mit den Vorgaben des BVerfG verglichen und festgestellt, dass die gute Absicht des Gesetzgebers, den leiblichen, nicht rechtlichen Vater über ein „eigenes“ Einwilligungsrecht zu schützen dann zum Erliegen komme, wenn dieses durch die Mutter bei Zustimmung zu einer wahrheitswidrigen Vaterschaftsanerkennung eines anderen Mannes unterlaufen bzw. ausgehöhlt werden kann.<sup>466</sup> Die Wirkung eines wissentlich falsch abgegebenen Vaterschaftsanerkennnisses gehe auch nach der Reform zulasten des leiblichen Vaters. Die Gleichstellung mit dem rechtlichen Vater sei ihm letztlich versagt geblieben.<sup>467</sup> Dem leiblichen Vater stehe in diesem Falle auch weiterhin keine Möglichkeit zu, der Adoption seines Kindes durch Dritte zuvor zu kommen<sup>468</sup> und sein durch Art. 6 Abs. 2 GG geschütztes Interesse, die Vaterschaftsstellung einnehmen zu können, wahrzunehmen.<sup>469</sup>

Als Lösung wird hier eine Ergänzung von § 1747 Abs. 1 S. 1 BGB vorgeschlagen, die eine grundsätzliche Einwilligung für diejenigen Männer vorsieht, die unter Einhaltung der Voraussetzungen von § 1600d Abs. 2 BGB glaubhaft machen, der Mutter des Kindes während der Empfängniszeit beigewohnt zu haben.<sup>470</sup> Das Bestehen oder Nichtbestehen einer strittigen biologischen Vaterschaft könnte dann, in Anlehnung an § 1686a BGB, innerhalb des Adoptionsverfahrens geklärt werden.<sup>471</sup> Dieser Vorschlag von *Löhnig/Riege* würde dem Vaterschaftsprätendenten ein Entscheidungsrecht einräumen, dessen Rechtswirkung im Folgenden verdeutlicht werden soll:

- **Willigt der Vaterschaftsprätendent in die Annahme ein**, verliert er ab dem Einwilligungszeitpunkt sein Umgangsrecht und ab dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Annahmebeschlusses sämtliche Rechte aus § 1686a BGB.
- **Verweigert der leibliche, nicht rechtliche Vater die Einwilligung**, kann er die rechtliche Vaterschaftsstellung durch Anfechtung anstreben. Wenn der rechtliche Vater in die Annahme einwilligt, würde aufgrund der Rechtswirkung von § 1751 Abs. 1 S. 1 BGB die elterliche Verantwortung ruhen und der leibliche, nicht rechtliche Vater wäre nicht mehr wegen des Bestehens einer sozial-familiären Beziehung gemäß § 1600 Abs. 2 und Abs. 4 BGB von der Anfechtung ausgeschlossen.

<sup>466</sup> Helms, JAmt 2001, 57 (63); Meyer, Adoption des nichtehelichen Kindes, S. 236.

<sup>467</sup> Meyer, Adoption des nichtehelichen Kindes, S. 236.

<sup>468</sup> Löhnig/Riege, FamRZ 2015, 9 (11).

<sup>469</sup> BVerfG -1 BvR1493/96, 1724/01- FamRZ 2003, 816 (818).

<sup>470</sup> Löhnig/Riege, FamRZ 2015, 9 (11).

<sup>471</sup> Löhnig/Riege, FamRZ 2015, 9 (11).

- **Verweigert er die Einwilligung und möchte nicht die rechtliche Vaterschaftsstellung einnehmen**, könnte das ernsthafte Interesse des Vaters an seinem Kind verneint und die Einwilligung gemäß § 1748 BGB ersetzt werden. Gesetzliche Anpassungen müssten insoweit bei der Wirkung der Einwilligung in § 1751 BGB, bezüglich der Vorschrift über das Erlöschen von verwandtschaftlichen Verhältnissen gemäß § 1755 BGB, bei der Ersetzung der Einwilligung gemäß § 1748 BGB und in einer Erweiterung von § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB vorgenommen werden.<sup>472</sup>

#### **bb. Eingeschränktes Einwilligungsrecht des Vaterschaftsprätendenten**

Andererseits wird argumentiert, dass der Gesetzgeber durch die Norm eine verfahrensrechtliche Möglichkeit geschaffen habe, während des Adoptionsverfahrens als Vater des Kindes gelten zu können, wenn eine Vaterschaft bloß behauptet wird.<sup>473</sup> Die derzeitige Fassung gehe insofern noch über die Vorgaben des BVerfG hinaus.<sup>474</sup> Dies entspricht auch der Rechtsauffassung des Bundesrates, der in seiner Stellungnahme davor gewarnt hatte, dass die geplante und letztlich beibehaltene Fassung von § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB zu „unwürdigen und unhaltbaren Zuständen und Ergebnissen führe.“<sup>475</sup> Insbesondere würde sich die Frage stellen, wie mit der Tatsache umzugehen sei, wenn mehrere Männer behaupteten, Vater des Kindes zu sein oder sich eine Behauptung als unrichtig herausstelle.<sup>476</sup> Ein möglicher Lösungsansatz wird darin gesehen, dass eine durch § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB eintretende Vaterschaftsvermutung nur für die Männer gelten solle, die eine Anerkennung oder Feststellung der Vaterschaft auch förmlich betreiben.<sup>477</sup> Eine andere Meinung empfiehlt, die Anerkennung bereits jetzt standardmäßig zu verlangen, um der Behauptung Ausdruck zu verleihen.<sup>478</sup> Zwar sei ein gerichtliches Vaterschaftsfeststellungsverfahren keine Voraussetzung für die Beteiligung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters am Adoptionsverfahren, das Nichtbetreiben und die Gründe hierfür könnten aber dennoch im Rahmen der Beweiswürdigung Beachtung finden.<sup>479</sup>

#### **b. Fazit**

Die Annahme als Kind ist ein komplexes Verfahren, das seitens der beteiligten Personen und der mit der Durchführung betrauten Stellen ein hohes Maß an verbindlichem Handeln erfordert. Daher erscheint es auf der einen Seite richtig und nachvollziehbar, die Beteiligung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters in jedem Fall ermöglichen zu wollen, um Aufhebungen von Annahmeverhältnissen wegen fehlender Erklärungen gemäß § 1760 BGB sicher ausschließen zu können. Auf der an-

<sup>472</sup> Löhnig/Riege, FamRZ 2015, 9 (11).

<sup>473</sup> Soergel/Liermann, FamR, § 1747, Rn. 8.

<sup>474</sup> Soergel/Liermann, FamR, § 1747, Rn. 8.

<sup>475</sup> BT-Drs. 13/4899, S. 156.

<sup>476</sup> BT-Drs. 13/4899, S. 156.

<sup>477</sup> Soergel/Liermann, FamR, § 1747, Rn. 8.

<sup>478</sup> MüKo/Maurer, BGB, § 1747, Rn. 13.

<sup>479</sup> MüKo/Maurer, BGB § 1747, Rn. 13; Palandt/Diederichsen, BGB, § 1747, Rn. 5.

deren Seite bietet der Lösungsansatz, der ein Einwilligungsrecht nur beim gleichzeitigen Betreiben eines Vaterschaftsfeststellungsverfahrens gewähren will, Schutz vor „wahllosen“ Behauptungen. Dies scheint vor allem hinsichtlich der Kindesinteressen sinnvoll, denn nicht jedes Vorbringen sollte eine bevorstehende Adoption verhindern können. Vor dem Hintergrund des Beschlusses des BGH zur Stiefkindadoption<sup>480</sup> erscheint es jedoch schwierig, das Einwilligungserfordernis eines Vaterschaftsprätendenten grundsätzlich vom aktiven Betreiben eines Vaterschaftsfeststellungsverfahrens abhängig zu machen. Denn der BGH hat klargestellt, dass in den Fällen, in denen ein Mann nichts von seiner Vaterschaft weiß, keine aktiven Handlungen verlangt werden könnten und er insofern dem rechtlichen Vater gleichgestellt und über das Verfahren benachrichtigt werden müsse.<sup>481</sup> Die Hürden an das Einwilligungsrecht dürfen daher nicht zu hoch angesetzt werden.

Der vorgeschlagene Lösungsansatz, der eine grundsätzliche Einwilligung eines möglichen Vaters befürwortet, berücksichtigt die Rechte der leiblichen, nicht rechtlichen Väter in hohem Maße. Mit diesem Vorschlag könnte auch die bewusst wahrheitswidrige Vaterschaftsanerkennung verhindert werden, die den faktischen Ausschluss des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters aus dem Annahmeverfahren zur Folge hat, wenn die Mutter der Anerkennung einer „falschen“ rechtlichen Vaterschaft zustimmt, um die erforderliche Einwilligung gemäß § 1747 Abs. 1 S. 1 BGB zu erhalten. Dieses Vorgehen stellt nach Auffassung des BGH einen Missbrauch des Elternrechts dar, das „allein zu dem Zweck eingesetzt würde, den dauerhaften Ausschluss des leiblichen Vaters vom Elternrecht zu erreichen.“<sup>482</sup>

Kritisch an der von *Löhnig/Riege* vorgeschlagenen Lösung erscheint aber, dass das Einwilligungserfordernis eines Mannes, der seine Vaterschaft im Sinne von § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB in Verbindung mit § 1600d Abs. 2 BGB glaubhaft machen kann, zusätzlich zum Einwilligungsrecht eines rechtlichen Vaters bestehen können soll<sup>483</sup> und dies zum Zustimmungserfordernis von zwei oder sogar mehr „Vätern“ führen könnte.<sup>484</sup> Dies lässt sich aber dadurch entkräften, dass sich bereits die Bedenken aus dem Gesetzgebungsverfahren, die vor einer Geltendmachung des Einwilligungsrechts von mehreren potenziellen Vätern gleichzeitig und vor Falschbehauptungen gewarnt hatten,<sup>485</sup> nicht bewahrheitet haben. Im Gegenteil: Aus der familiengerichtlichen Praxis gibt es die Empfehlung, dass alle am Adoptionsverfahren beteiligten Stellen darauf hinzuwirken hätten, dass ein leiblicher Vater die Rechtsstellung als Vater, wie es in § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB vorgesehen sei, auch einnehmen könne und der Gefahr entgegengewirkt werden müsse, dass diese durch eine

<sup>480</sup> BGH –XII ZV 473/13- NJW 2015, 1820 ff.

<sup>481</sup> Palandt/Götz, BGB, § 1747, Rn. 3.

<sup>482</sup> BGH –XII ZR 49/11- NJW 2013, 2589 (2592).

<sup>483</sup> *Löhnig/Riege*, FamRZ 2015, 8 (9).

<sup>484</sup> *Schwab*, Familienrecht, § 69, Rn. 835.

<sup>485</sup> BT-Drs. 13/4899, S. 156; <sup>485</sup> *Soergel/Liermann*, FamR, § 1747, Rn. 8.

Adoption ins Leere laufe. Damit einhergehende Verfahrensverzögerungen müssten hingenommen werden, wenn sie dem Kindeswohl nicht widersprächen.<sup>486</sup>

Es besteht offensichtlich Handlungsbedarf, was die Effektivität der Rechtswahrnehmung und ihre Durchsetzung durch den leiblichen, nicht rechtlichen Vater im Bereich des Einwilligungsrechts und seiner Rechtsstellung aus § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB betrifft. Mögliche Reformansätze müssten folglich nicht nur die Vorgaben des BGH umsetzen, sondern vor allem die sich gegenüberstehenden Interessen der beteiligten Personen in Ausgleich bringen und dafür Sorge tragen, dass die Rechtswahrnehmung nicht nur theoretisch, sondern auch tatsächlich möglich ist.

### **VIII. Vertrauliche Geburt, §§ 25 ff. SchKG**

Seit dem 01.05.2014 gilt das „Gesetz zum Ausbau der Hilfen für Schwangere in Not und zur Regelung der vertraulichen Geburt. Dadurch haben schwangere Frauen, die ihre Schwanger- oder Mutterschaft geheim halten wollen, gemäß § 2 Abs. 1, Abs. 4 SchKG die Möglichkeit, sich anonym zu möglichen Hilfe- und Unterstützungsleistungen beraten und Wege aufzeigen zu lassen, die zur Aufgabe der Anonymität oder zu einem Leben mit dem Kind führen könnten. Fraglich ist dabei, wie und ob die Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters bei Kenntnis der Schwangerschaft oder Geburt geltend gemacht werden können und ob diese im Rahmen des Verfahrens ausreichend Berücksichtigung findet.

#### **1. Verfahren der vertraulichen Geburt, § 26 SchKG**

Um die rechtlichen Fragestellungen hinsichtlich der Rechte der Väter an den jeweiligen Verfahrensschritten darstellen zu können, werden die Grundzüge des Verfahrens im Folgenden erörtert.

##### **a. Hintergrund**

Dem „Gesetz zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt“ ging die Veröffentlichung der Studie „Anonyme Geburt und Babyklappen“ des Deutschen Jugendinstituts (DJI) voraus. Die Autorinnen der Studie kamen in einer Befragung der Träger von Angeboten der anonymen Kindesabgabe zu dem Ergebnis, dass zwischen den Jahren 1999 und 2010 insgesamt 973 Kinder anonym geboren, anonym übergeben oder in eine Babyklappe gelegt wurden.<sup>487</sup> Die Situation der Frauen und Kinder wurde als nicht zufriedenstellend eingeschätzt und als zentrales Erfordernis die Beseitigung der fehlenden Handlungssicherheit aller Beteiligten genannt.<sup>488</sup>

<sup>486</sup> 21. DFGT 2015, [http://www.dfgt.de/resources/2015\\_Vorstandsempfehlungen.pdf](http://www.dfgt.de/resources/2015_Vorstandsempfehlungen.pdf). (Stand: 11.01.2016).

<sup>487</sup> Coutinho/Krell, Anonyme Geburt und Babyklappen S. 11.

<sup>488</sup> BT-Drs. 17/12814, S. 1 ; Coutinho/Krell, Anonyme Geburt und Babyklappen, S. 21.



Insbesondere wurde die Schaffung einer eindeutigen Rechtslage als notwendig erachtet, da die Angebote der anonymen Kindesabgabe im Widerspruch zu geltenden Gesetzen stünden und die Manifestation von rechtlichen Grauzonen durch ständige Praxis weder rechtmäßig noch fachlich angemessen wäre.<sup>489</sup> Gleichzeitig wurde die Opferzahl der jährlich ausgesetzten oder getöteten Kinder auf 20-35 Fälle berechnet.<sup>490</sup> Der Gesetzgeber sah das „Phänomen der Kindsaussetzung und Kindstötung“ als Folge einer psychosozialen Notlage der Mütter, die nicht rechtzeitig durch professionelle Hilfe- und Unterstützungsleistungen erreicht werden konnten.<sup>491</sup> Um dieser Gefährdung des ungeborenen Lebens und der Gefahr für Mutter und Kind, der sie sich bei medizinisch unbegleiteten Geburt aussetzen, entgegen wirken zu können, wurde die Regelung der vertraulichen Geburt geschaffen. Der Gesetzgeber begründete den Gesetzentwurf damit, dass Schwangere, die Angst davor hätten, im Rahmen der Entbindung ihren Namen preiszugeben, bessere Hilfe bräuchten, damit sie ihre Kinder medizinisch versorgt in einer Klinik zur Welt bringen und sich überall in Deutschland für ein Leben mit dem Kind entscheiden könnten. Es sei „Aufgabe des Staates, diesen Frauen umfassende Hilfe anzubieten und für mehr Handlungssicherheit in diesem Bereich zu sorgen.“<sup>492</sup>

## **b. Ablauf des Verfahrens**

Der Verfahrensablauf ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz. Dieser wird im Folgenden verkürzt auf die für die Fragestellung relevanten Verfahrensschritte dargestellt:<sup>493</sup>

- Die Beratung in den Schwangerschaftsberatungsstellen sieht ein zweistufiges Verfahren vor. In der ersten Stufe wird Frauen mit Anonymitätswunsch Unterstützung und Hilfe angeboten, § 2 Abs. 4 SchKG. Möchte sie weiter anonym bleiben, wird sie in einer zweiten Stufe über die Möglichkeit der vertraulichen Geburt beraten, § 25 Abs. 1, Abs. 2 SchKG. Die Beratungsstelle informiert über den Ablauf des Verfahrens und die Rechtsfolgen, über die Rechte des Kindes und die Rechte des Vaters, über Möglichkeiten, wie die Frau ihre Rechte gegenüber dem Kind nach der Geburt ausüben kann, wenn sie sich doch für ein Leben mit ihrem Kind entscheidet und erläutert den Ablauf des Adoptionsverfahrens, § 25 Abs. 2 SchKG.

- Entscheidet sich die Frau für eine vertrauliche Geburt, werden die Personalien der Schwangeren durch die Beratungsstelle vertraulich aufgenommen, § 26 Abs. 2 SchKG. Die Personalien der Mutter werden in einem Umschlag verschlossen, § 26 Abs. 3 SchKG. Auf diesem sogenannten Her-

<sup>489</sup> Coutinho/Krell, Anonyme Kindesabgabe und Babyklappen, S. 21.

<sup>490</sup> Coutinho/Krell, Anonyme Geburt und Babyklappen, S. 41,

<sup>491</sup> BT-Drs. 17/12814, S. 1

<sup>492</sup> BT-Drs. 17/12814, S. 1

<sup>493</sup> Es gibt verschiedene Zeitpunkte, zu denen Frauen sich für eine vertrauliche Geburt entscheiden können. Um die sich mit der vertraulichen Geburt ergebenden Rechtsfragen aufzuwerfen, ist es aber ausreichend, einen möglichen Ablauf darzustellen, weshalb sich hier auf den Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Beratung vor der Geburt beschränkt wird.

kunfts nachweis werden u.a. ein Pseudonym der Mutter und nach der Geburt der Geburtstermin und der Geburtsort des Kindes vermerkt, § 26 Abs. 3 SchKG. Nach der Geburt wird dieser an das BAFZA übersendet und dort sicher aufbewahrt, § 27 Abs. 1 SchKG. Mit Vollendung des 16. Lebensjahres kann das Kind die Identität seiner leiblichen Mutter erfahren, § 31 SchKG, wenn diese der Einsichtnahme nicht widerspricht. In diesem Fall entscheidet das Familiengericht auf Antrag des Kindes unter Abwägung beider Interessen, ob das Kind ein Einsichtsrecht erhält, §§ 31 Abs. 2-4, 32 SchKG.<sup>494</sup>

- Die Geburt wird unter dem gewählten Pseudonym dokumentiert. Nach der Geburt teilen die Geburtshilfeeinrichtung oder die Hebamme der zuständigen Beratungsstelle Geburtsdatum und -ort des Kindes mit, § 26 Abs. 6 SchKG. Diese Daten, das Pseudonym der Mutter und die für das Kind gewünschten Vornamen werden an das Standesamt weitergeleitet mit dem Vermerk, dass es sich um eine vertrauliche Geburt handelt, § 18 Abs. 1, Abs. 2 PStG. Auf der Grundlage dieser Angaben trägt das Standesamt die Geburt des Kindes in das Geburtenregister ein und stellt eine Geburtsurkunde aus, § 21 Abs. 1, Abs. 2 PStG. Im Anschluss werden der beurkundete Name des Kindes und das Pseudonym der Mutter an das BAFZA weitergeleitet (§ 26 Abs. 7 SchKG). Das BAFZA kann so den Herkunftsnachweis dem Kind zuordnen.

- Die elterliche Sorge der Mutter ruht gemäß § 1674a BGB und das Kind erhält gemäß § 1773 Abs. 1 Alt. 1 BGB einen Vormund.<sup>495</sup> Die elterliche Sorge kann bis zum Adoptionsbeschluss wieder aufleben, wenn das Familiengericht feststellt, dass die Mutter die für den Geburtseintrag erforderlichen Angaben gemacht hat und keine Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung vorliegen.<sup>496</sup>

- Wenn die Mutter sich nicht für ein Leben mit ihrem Kind entscheidet, wird ein Adoptionsverfahren eingeleitet. Der Aufenthalt einer Mutter eines gemäß § 25 Abs. 1 SchKG vertraulich geborenen Kindes gilt als dauernd unbekannt, bis sie gegenüber dem Familiengericht die für den Geburtseintrag ihres Kindes erforderlichen Angaben macht, § 1747 Abs. 4 S. 2 BGB.

## **2. Rechte des Vaters eines vertraulich geborenen Kindes**

Im Entwurf des Gesetzes zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt werden die Rechte der Väter explizit thematisiert. Der hohe Stellenwert, den der Gesetzgeber der Rechtsstellung des Vaters eines vertraulichen geborenen Kindes einräumt, ergibt sich aus der Begründung des Gesetzentwurfs. Ein bundeseinheitliches Gesetz sei erforderlich, da dadurch dem Geheimhaltungsinteresse der Schwangeren Rechnung getragen werden könne, dies

<sup>494</sup> Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, Einl, Rn. 106.

<sup>495</sup> BeckOK BGB/Veit, § 1674a, Rn. 6.

<sup>496</sup> BeckOGK, BGB/Schwedler, § 1674a BGB, Rn. 57.

für alle Beteiligten eine rechtsichere Grundlage biete und gleichzeitig die Rechte des Kindes und des Vaters so gering wie möglich belastet würden.<sup>497</sup> Verwunderlich ist daher, dass sich aus Sicht des Gesetzgebers keine „neuen“ rechtlichen Aspekte bei der Bewertung der Rechte eines rechtlichen Vaters oder eines leiblichen, nicht rechtlichen Vaters ergeben sollen. Hinsichtlich der Änderungen in § 1674a BGB, wonach das Ruhen der elterlichen Sorge der Mutter eines vertraulich geborenen Kindes vorgesehen ist oder § 1747 Abs. 4 BGB, der die Entbehrlichkeit der Einwilligung in die Annahme eines vertraulich geborenen Kindes regelt, stellt der Gesetzgeber in seiner Begründung lediglich fest: „Die elterliche Sorge des Vaters wird von dieser Regel nicht betroffen.“ Und: „Die Rechtslage für den Vater des Kindes wird nicht verändert.“<sup>498</sup> Das Gesetz geht davon aus, dass eine Schwangere die vertrauliche Geburt nur dann in Anspruch nimmt, wenn und solange sie davon ausgeht, dass ihre Schwangerschaft anderen Personen nicht bekannt ist. Wenn der Vater von der Schwangerschaft oder von der Geburt des Kindes wisse, könne er die Identität der Eltern bei Standesamt melden und seine Rechte geltend machen.<sup>499</sup>

Während des Gesetzgebungsverfahrens hatte es bereits Einwände gegen diese Annahme gegeben. Der Bundesrat sah in der Ausgestaltung des Gesetzentwurfs die Gefahr, dass betroffene Väter durch die vertrauliche Geburt auch dann faktisch von der Wahrnehmung ihrer Sorge- und Umgangsrechte ausgeschlossen werden könnten, wenn sie nicht mit dieser einverstanden wären. Zudem stelle die im Gesetzentwurf der Bundesregierung vorgesehene Hinweispflicht, dass die Mutter im Rahmen der Beratung darüber informiert werden müsse, dass ihr Anonymitätswunsch das Recht des rechtlichen Vaters auf Ausübung seiner elterlichen Sorge verletze, kein „ausreichendes Instrument zum Schutz der Väterrechte dar“.<sup>500</sup> Darüber hinaus sei unklar, wie ein Vater, demgegenüber zwar die Schwangerschaft bekannt geworden sei, der aber gleichzeitig keine Kenntnis über den Verbleib des Kindes habe, dieses Kind finden solle und seine Väterrechte überhaupt geltend machen könne, da der Gesetzentwurf weder Einsichts- noch Auskunftsrechte vorsehe.<sup>501</sup>

Die Fragen nach den Konsequenzen der rechtlichen Stellung des Vaters eines vertraulich geborenen Kindes werden durch die Gesetzesbegründung nicht zufriedenstellend beantwortet. Insbesondere gibt es keine Ausführungen, wie mögliche Rechte der Väter durchgesetzt oder verwirklicht werden können.

---

<sup>497</sup> BT-Drs. 17/12814, S. 9.

<sup>498</sup> BT-Drs. 17/12814, S. 16.

<sup>499</sup> BT-Drs. 17/12814, S. 16.

<sup>500</sup> BR-Drs. 214/13 (Beschluss), S. 5.

<sup>501</sup> BR-Drs. 214/13 (Beschluss), S. 6.

## **a. Verfassungsrechtliche Aspekte**

Der Gesetzentwurf macht keine Angaben zu verfassungsrechtlichen Aspekten, wie bspw. einer möglichen Beeinträchtigung des Rechts des Kindes auf Kenntnis seiner väterlichen Abstammung oder der Rechte aus Art. 6 Abs. 2 GG auf Seiten eines möglichen Vaters. Es scheint daher fraglich, ob die rechtliche Position eines rechtlichen oder eines leiblichen, nicht rechtlichen Vaters durch die Regelung zur vertraulichen Geburt tatsächlich nicht geändert oder beeinträchtigt wird, bzw. seine Interessen und die des Kindes ausreichend berücksichtigt werden.

### **aa. Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung**

Dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung wird eine Schlüsselstellung hinsichtlich Individualitätsfindung und Selbstverständnis zugesprochen.<sup>502</sup> Bei einem nach § 25 Abs. 1 SchKG geborenen Kind stellt sich die Frage, wie es sein ihm aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG zustehendes Recht auf Kenntnis seiner Abstammung wahrnehmen kann, wenn das derzeitige Verfahren eine Beteiligung des Vaters nicht vorsieht. Zu beachten ist, dass das Kind keinen Rechtsanspruch auf Verschaffung von Kenntnissen hat, sondern das Recht auf Kenntnis der eigenen Herkunft das Kind vor der Vorenthaltung erlangbarer Informationen schützt.<sup>503</sup> Der Maßstab der Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Bestimmung, die das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung berührt, richtet sich nach der Rechtsprechung des BVerfG danach, ob sie dem Kind die gerichtliche Klärung der Abstammung ausnahmslos verwehrt oder nicht.<sup>504</sup> Eine aktive Verweh- rung durch den Gesetzgeber muss bei den Regelungen zur vertraulichen Geburt verneint werden, da die Vorenthaltung der Informationen zur biologischen Abstammung unmittelbar auf der Ent- scheidung der Mutter, ihre Identität nicht preisgeben zu wollen beruht und diese nur mittelbar durch die gesetzlichen Vorschriften ermöglicht wird.<sup>505</sup> Ein Eingriff in das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Herkunft ist trotzdem zu bejahen, da die gesetzlichen Bestimmungen jedenfalls eine Ursache für die Vorenthaltung darstellen.<sup>506</sup> Der Eingriff in dieses Grundrecht des Kindes wäre nur gerecht- fertigt, wenn er geeignet, erforderlich und angemessen ist und dem Grundsatz der Verhältnismä- ßigkeit entspricht.<sup>507</sup>

<sup>502</sup> BVerfG -1 BvL 17/87- FamRZ 1989, 255 (258); *Katzenmeier*, FamRZ 2005, 1134 (1137).

<sup>503</sup> BVerfG -1 BvL 17/87- FamRZ 1989, 255 (258); *Engels*, GesR 3/2015, 129 (133).

<sup>504</sup> *Engels*, GesR 3/2015, 129 (133); BVerfG -1 BvL 17/87-FamRZ 1989, 255 (258).

<sup>505</sup> *Engels*, GesR 3/2015, 129 (134).

<sup>506</sup> *Engels*, GesR 3/2015, 129 (134).

<sup>507</sup> BeckOGK/*Schwedler* BGB, § 1674a, Rn. 24.1; Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1, Rn. 46.

## **(1) Geeignetheit**

Geeignetheit bedeutet, dass mit dem Eingriff ein legitimer Zweck verfolgt wird,<sup>508</sup> dessen „gewünschter Erfolg“ durch die Maßnahme gefördert wird.<sup>509</sup> Da dem Geheimhaltungsinteresse der Mutter nicht grundsätzlich ein höherer Schutz eingeräumt werden kann, als dem Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung,<sup>510</sup> kann nur die staatliche Schutzpflicht gegenüber dem Grundrecht auf Leben und körperlicher Unversehrtheit als Maßstab der verfassungsrechtlichen Abwägung herangezogen werden.<sup>511</sup> Auch wenn nicht belegt werden kann, dass die Schaffung der Regelung zur vertraulichen Geburt die Tötung eines neugeborenen Kindes verhindern kann, muss die Geeignetheit der Regelung wohl angenommen werden, da die Einschätzung des Gesetzgebers, dass durch die Schaffung der Verfahrens der vertraulichen Geburt ungeborenes Leben und die Gesundheit des Kindes geschützt werden kann, im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative liegt.<sup>512</sup> Die Geeignetheit kann nur dann verneint werden, wenn die Einschätzung des Gesetzgebers sich als offensichtlich falsch erweist, oder die Regelung „offensichtlich oder schlechthin ungeeignet“ ist.<sup>513</sup> Davon kann bei der Schaffung der §§ 25 ff. SchKG nicht ausgegangen werden. Seit Inkrafttreten der Regelung am 01.05.2014 haben bereits 155 Frauen ihr Kind im Rahmen einer vertraulichen Geburt entbunden.<sup>514</sup> Die Motive und Problemlagen der Frauen sind vielschichtig und sehr unterschiedlich und lassen sich nicht eindeutig nachvollziehen. Aus diesem Grund muss auch die bloße Möglichkeit, durch die Ausgestaltung des Gesetzes Kindstötungen vermeiden zu können, als ausreichend bewertet werden.

## **(2) Erforderlichkeit**

Erforderlich ist eine Maßnahme dann, wenn ihr Ziel nicht durch ein anderes, gleich wirksames Mittel erreicht werden kann und dadurch das betreffende Grundrecht nicht oder deutlich weniger eingeschränkt würde.<sup>515</sup> Fraglich ist also, ob die bereits vorhandenen Möglichkeiten für Frauen mit Geheimhaltungsinteresse ein Kind auf die Welt zu bringen, dasselbe Ziel verwirklichen können.<sup>516</sup> Die Angebote zur anonymen Kindesabgabe, wie Babyklappe, anonyme Übergabe, anonyme Geburt, oder Babykörbchen existieren nach wie vor und werden vom Gesetzgeber auch nach Schaffung des Verfahrens der vertraulichen Geburt geduldet.<sup>517</sup> Gegen diese Möglichkeiten der anonymen Kindesabgabe gibt es zahlreiche Bedenken: Mehrfach wurde darauf hingewiesen, dass diese An-

<sup>508</sup> Jarass/Pieroth, GG, Art. 20, Rn. 84I

<sup>509</sup> BVerfGE -1 BvR 2011/07, 1 BvR 2959/07- 126, 112 (144); -1BvR 2226/94, 1 BvR 2420/95, 1 BvR 2437/95-100, 313 (373).

<sup>510</sup> EGMR -33783/09- FamRZ 2012, 1935 (Godelli ./I. Italien).

<sup>511</sup> Engels, GesR 3/2015, 129 (134).

<sup>512</sup> Engels, GesR 3/2015, 129 (134)

<sup>513</sup> BVerfGE -1 BvL 13/76- 47, 109 (117); Jarass/Pieroth, GG, Art. 20, Rn. 87a.

<sup>514</sup> Telefonische Abfrage beim BAFzA am 22.10.2015.

<sup>515</sup> Jarass/Pieroth, GG, Art. 20, Rn. 85.

<sup>516</sup> Engels, GesR 3/2015, 129 (134).

<sup>517</sup> Helms, FamRZ 2014, 609 (611).

gebote im „Widerspruch zu geltenden Gesetzen“<sup>518</sup> stünden, was in der Rechtslehre nicht umstritten sei.<sup>519</sup> Andere Meinungen bezeichnen die Angebote als „objektiv rechtswidrig“.<sup>520</sup> In der Tat können sich die Eltern bei der anonymen Kindesabgabe bspw. wegen Personenstandsunterdrückung gemäß § 169 Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar machen;<sup>521</sup> das Kind verliert u.a. im Familienrecht jegliche auf der Abstammung beruhende familiäre Rechte - Unterhalts- und Erbrechte, sowie das Recht auf Fürsorge und Erziehung laufen aufgrund der Anonymität ins Leere.<sup>522</sup> „Konstruktive Ergebnisse“<sup>523</sup> wären folglich bei einer weiteren Duldung oder des ausschließlichen Bestehens dieser Angebote nicht zu erwarten. Aber selbst wenn es möglich wäre, außerhalb des Verfahrens der vertraulichen Geburt mittels anonymer Beratung, anonymer Adoption und Sperrvermerken eine Geburt geheim zu halten,<sup>524</sup> kann dies die Erforderlichkeit des Gesetzes nicht widerlegen. Es muss nämlich beachtet werden, dass die besondere Ausgestaltung des Verfahrens die Ausnahmesituation einer schwangeren Frau in einer Notlage berücksichtigen soll. Auch trägt die Neuregelung der Tatsache Rechnung, dass in der Vergangenheit zu wenige Frauen erreicht wurden und beinhaltet daher auch die bessere Bekanntmachung des Hilfe- und Unterstützungssystems.<sup>525</sup>

Die Verwirklichung des Rechtes des Kindes auf Kenntnis seiner Herkunft aus Art. 2. Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG wird nur durch das Verfahren der vertraulichen Geburt sichergestellt. Der Schutz des Lebens und der Gesundheit von Mutter und Kind können nicht im selben Maß durch die bestehenden Möglichkeiten gewährleistet werden. Die Regelung ist demnach auch erforderlich.

### **(3) Angemessenheit**

Das Gebot der Angemessenheit erfordert, dass die Maßnahme und das mit ihr verfolgte Ziel „in angemessenem Verhältnis zu dem Gewicht und der Bedeutung des Grundrechts“ stehen.<sup>526</sup> Es hat ein Interessenausgleich im Wege der praktischen Konkordanz zu erfolgen.<sup>527</sup> Der Eingriff in das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG durch das Gesetz zur Regelung der vertraulichen Geburt muss in einem angemessenen Verhältnis zur staatlichen Schutzpflicht hinsichtlich des Grundrechts auf Leben und körperlicher Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG stehen.<sup>528</sup> Die Angemessenheit der Regelung könnte mit dem Argument verneint werden, dass die Regelung der vertraulichen Geburt alle nach § 25 Abs. 1 SchKG geborenen Kinder in der Wahrnehmung ihres Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstam-

<sup>518</sup> *Couthinho/Krell*, Anonyme Geburt und Babyklappen, S. 21

<sup>519</sup> BT-Drs. 17/190, S. 12.

<sup>520</sup> *Katzenmeier*, FamRZ 2005, 1134 (1139).

<sup>521</sup> BT-Drs. 17/190, S. 13 Unterrichtung durch den deutschen Ethikrat.

<sup>522</sup> BT-Drs. 17/190, S. 12.

<sup>523</sup> BT-Drs. 17/190, S. 12.

<sup>524</sup> *Engels*, GesR 3/2015, 129 (135).

<sup>525</sup> BT-Drs. 17/12814, S. 9.

<sup>526</sup> BVerfGE -1 BvR 1494/78- 67, 157 (173); Jarass/Pieroth, GG, Art. 20, Rn. 86.

<sup>527</sup> *Katzenmeier*, FamRZ 2005, 1134 (1139).

<sup>528</sup> *Engels*, GesR 3/2015, 129 (134).

mung beeinträchtigt, es aber unwahrscheinlich ist, dass diese insgesamt von einer drohenden Tötung oder Aussetzung betroffen sind.<sup>529</sup> Diesem grundsätzlichen Einwand soll die besondere Ausgestaltung des Verfahrens in Form der zweistufigen Beratung Rechnung tragen und einen Interessenausgleich herbeiführen.<sup>530</sup> Dies sieht auch der Gesetzentwurf vor, der durch die zwingend einzuhaltende Reihenfolge der Verfahrensschritte die Beratung zur vertraulichen Geburt erst dann vorsieht, wenn die nach § 2 Abs. 4 SchKG vorgesehenen Lösungsmöglichkeiten ausgeschöpft sind.<sup>531</sup> Zudem wird dem Kind das Recht auf Kenntnis seiner Herkunft nicht vollständig verwehrt, da es ihm ermöglicht wird, dieses Recht familiengerichtlich durchzusetzen.<sup>532</sup> Die Angemessenheit ist daher anzunehmen.

#### **bb. Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters aus Art. 6 Abs. 2 GG**

Hinsichtlich der rechtlichen Stellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters sind insbesondere die grundrechtlichen Spannungsfelder zwischen den durch die Regelungen geschützten Rechtsgütern von Mutter und Kind und den dadurch eingeschränkten Grundrechtspositionen des möglichen Vaters relevant. Durch die Einführung der vertraulichen Geburt wird zum einen das durch Art. 6 Abs. 2 GG geschützte Interesse des leiblichen Vaters, selbst die Rechtsstellung des Vaters einzunehmen, berührt und zum anderen wird in diesem Zusammenhang auch das ebenfalls durch Art. 6 Abs. 2 GG geschützte Recht auf Kenntnis der eigenen Nachfahren relevant.<sup>533</sup> Die Verfassungsmäßigkeit orientiert sich auch hier daran, ob der Vater durch die Schaffung der Bestimmungen über die vertrauliche Geburt grundsätzlich an der Ausübung seiner Rechte gehindert wird. Insofern kann bei der Argumentation, dass es sich hierbei um eine unmittelbare Entscheidung der Mutter und lediglich um eine mittelbare Beeinträchtigung durch das Gesetz handelt, auf die soeben dargestellten Ausführungen verwiesen werden. Dasselbe gilt für die Bewertung der Geeignetheit und der Erforderlichkeit, die bezüglich der Rechte des leiblichen Vaters in der Argumentation nicht abweicht. Die Frage nach der Angemessenheit hängt davon ab, in welchem Maße die Interessen des Vaters hinter den Interessen der Mutter und dem Schutz des Kindes zurücktreten müssen. Da die Wahrnehmung seiner Interessen durch die bestehenden rechtlichen Regelungen theoretisch möglich ist, werden seine Rechte hinter einem Geheimhaltungsinteresse der Mutter aufgrund einer drohenden Gefährdung zurücktreten müssen. Auch überwiegen die Grundrechte des Kindes auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG in der Abwägung.

Zweifel bleiben aber insofern bestehen, als der Gesetzgeber bei der Schaffung der Regelung davon ausgegangen ist, dass schwangere Frauen sich niemandem anvertrauen werden und die Rechte

<sup>529</sup> Deutscher Ethikrat, Anonyme Kindesabgabe, S. 68; *Katzenmeier*, FamRZ 2005, 1134(1138).

<sup>530</sup> *Katzenmeier*, FamRZ 2005, 1134 (1138 f.).

<sup>531</sup> BT-Drs. 17/12814, S. 18.

<sup>532</sup> *Engels*, GesR 3/2015, 129 (135).

<sup>533</sup> *Engels*, GesR 3/15, 129 (133).

des Vaters – aufgrund seiner grundsätzlichen Unkenntnis – von der Regelung nicht berührt werden.<sup>534</sup>

### **cc. Rechtlicher Vater**

Auch die Rechtsstellung des rechtlichen Vaters wird durch die Regelung der vertraulichen Geburt berührt, da diese in sein Elternrecht gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG eingreift und ihn von der Wahrnehmung seiner diesbezüglichen Rechte und Pflichten ausschließt. Die Beeinträchtigung seiner Rechte wird aber ebenfalls aufgrund der kollidierenden Grundrechte des Kindes hinzunehmen sein.<sup>535</sup>

### **b. Wahrnehmung der Rechte durch den Vater**

Die Regelung der vertraulichen Geburt enthält keine Bestimmungen, die sich auf einen möglichen Vater eines vertraulich geborenen Kindes beziehen. Daher werden die Wahrnehmungsmöglichkeiten der Rechte der rechtlichen und der leiblichen, nicht rechtlichen Väter im Folgenden anhand der verschiedenen Verfahrensschritte dargestellt und bewertet.

#### **aa. Ruhen der elterlichen Sorge der Mutter, § 1674a BGB**

Die elterliche Sorge der Mutter ruht gemäß § 1674a BGB, wenn ihr Kind im Rahmen einer vertraulichen Geburt nach § 25 Abs. 1 SchKG geboren wurde. Durch diese Regelung soll ein „Nebeneinander“ von Vormundschaft und elterlicher Sorge zuverlässig ausgeschlossen werden.<sup>536</sup> Die Möglichkeit des Wiederauflebens der mütterlichen elterlichen Sorge wurde bereits erwähnt. Zuständig ist das Familiengericht gemäß § 151 Nr. 1 FamFG. Neben der Angabe der in § 21 Abs. 2a PStG vorgegebenen Personenstandsdaten gegenüber dem Familiengericht, ist ein familiengerichtlicher Beschluss erforderlich, § 38 Abs. 1 FamFG. Die Mutter bleibt zwar Inhaberin des Sorgerechts, ist aber gemäß § 1675 BGB an seiner Ausübung gehindert.<sup>537</sup> An der Rechtsstellung als Mutter gemäß § 1591 BGB ändert sich nichts. Diese verliert sie erst, wenn im Rahmen des Adoptionsverfahrens eine andere Person an ihre Stelle tritt.<sup>538</sup>

Für den Mann, der mit der Mutter verheiratet ist, bedeutet dies, dass er gemäß § 1592 Nr. 1 BGB mit der Geburt des Kindes auch sein rechtlicher Vater und nach dem Ruhen der elterlichen Sorge der Mutter in der Regel gemäß § 1678 Abs. 1 BGB ipso iure allein sorgeberechtigt wird. Dasselbe gilt für den Vater, der vorgeburtlich die Vaterschaft gemäß §§ 1592 Nr. 2, 1594 Abs. 4 BGB anerkannt hat und Sorgerklärungen gemäß § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB abgegeben hat. Bei fehlenden

<sup>534</sup> BT-Drs. 17/12814, S. 16.

<sup>535</sup> BeckOGK/Schwedler, BGB, § 1674a, Rn. 24.

<sup>536</sup> BT-Drs. 17/12814, S. 16.

<sup>537</sup> Palandt/Götz, BGB, § 1675, Rn. 1; BeckOK BGB/Veit, § 1674a, Rn. 3.

<sup>538</sup> Katzenmeier, FamRZ 2005, 1134 (1136).



Sorgeerklärungen steht die Alleinsorge der Mutter gemäß § 1626a Abs. 3 BGB zu. Die Sorgeübertragung würde dann gemäß § 1678 Abs. 2 BGB durch das Familiengericht erfolgen, wenn dies dem Kindeswohl nicht widerspricht. Gemäß § 1632 Abs. 1 BGB kann der rechtliche und alleinsorgeberechtigte Vater, wenn dies dem Kindeswohl nicht widerspricht, das Kind auch grundsätzlich gemäß § 1632 Abs. 1 BGB sofort heraus verlangen.<sup>539</sup>

Der leibliche, nicht rechtliche Vater ist bei Kenntnis der Schwangerschaft und Geburt zwar nicht daran gehindert, seine Rechte auszuüben. Anders als der mit der Mutter verheiratete Vater oder ein sorgeberechtigter rechtlicher Vater kann er jedoch nicht sofort die elterliche Sorge für das Kind erhalten. Zum einen setzt dies voraus, dass kein anderer rechtlicher Vater vorhanden ist, ansonsten müsste er dessen Vaterschaft zuerst anfechten. Zum anderen müsste der leibliche, nicht rechtliche Vater seine Vaterschaft zunächst nachweisen und die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft gemäß §§ 1592 Nr. 3, 1600d BGB beantragen. Das Familiengericht könnte dann im Anschluss, wenn dies dem Kindeswohl nicht widerspricht, gemäß § 1678 Abs. 2 BGB dem Vater die Alleinsorge übertragen.

#### **bb. Einwilligung in die Annahme eines Kindes, § 1747 Abs. 1 BGB**

Grundsätzlich ist die Einwilligung der Eltern zur Annahme eines Kindes gemäß § 1747 Abs. 1 BGB erforderlich. Dies betrifft die Eltern, die als Mutter und Vater im rechtlichen Sinne gemäß §§ 1591, 1592 BGB feststehen, unabhängig davon, ob sie gleichzeitig auch sorgeberechtigt sind oder nicht.<sup>540</sup> Der sogenannte Vaterschaftsprätendent ist, wie bereits aufgezeigt, gemäß § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB zu beteiligen. Von besonderer Relevanz ist auch im Verfahren der vertraulichen Geburt die Frage nach der Entbehrlichkeit der Einwilligung in eine Adoption gemäß § 1747 Abs. 4 BGB. Für die Mutter hat der Gesetzgeber eine eigene Regelung geschaffen. Ihre Einwilligung ist gemäß § 1747 Abs. 4 S. 1 BGB nicht erforderlich, da der Aufenthalt einer Mutter, die ein Kind im Rahmen einer vertraulichen Geburt entbunden hat, gemäß § 1747 Abs. 4 S. 2 BGB als dauernd unbekannt gilt, solange sie nicht die für den Geburtseintrag ihres Kindes erforderlichen Angaben gegenüber dem Familiengericht gemacht hat. Nach dem Gesetzentwurf wird die Rechtslage des Vaters nicht verändert und das bestehende Recht ist anzuwenden. Folgt man dieser Vorgabe, gelangt man zu folgendem Ergebnis:

<sup>539</sup> Empf. des Deutschen Vereins, S. 15.

<sup>540</sup> Ermann/Saar, BGB § 1747, Rn. 2.

### **(1) Kenntnis von der Geburt nach Inobhutnahme durch das Jugendamt, vor Adoptionsbeschluss:**

- Der rechtliche Vater muss, hat er Kenntnis von der Geburt des Kindes, grundsätzlich gemäß § 1747 Abs. 1 BGB zustimmen.
- Der leibliche, nicht rechtliche Vater muss gemäß § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB einwilligen, wenn keine anderweitige rechtliche Vaterschaft entgegensteht und er glaubhaft machen kann, der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt zu haben, § 1600d Abs. 2 S. 1, Abs. 3 BGB. Wenn die Identität des leiblichen Vaters bekannt ist, muss ihm die Beteiligung am Adoptionsverfahren ermöglicht werden, er muss gemäß § 7 Abs. 4 FamFG über das Verfahren in Kenntnis gesetzt werden und vom Jugendamt über die Möglichkeiten zur Wahrnehmung seiner Rechte gemäß § 51 Abs. 3 SGB VIII beraten werden.<sup>541</sup>

### **(2) Kenntnis von der Geburt nach Adoptionsbeschluss:**

- Wenn ein rechtlicher oder leiblicher, nicht rechtlicher Vater erst nach dem Adoptionsbeschluss Kenntnis darüber erlangt, dass er Vater eines Kindes geworden ist, kann unter engen Voraussetzungen die Aufhebung des Annahmeverhältnisses gemäß § 1760 Abs. 1 BGB in Betracht kommen. Unter anderem ist dies möglich, wenn das Gericht zu Unrecht angenommen hat, die Erklärung eines Elternteils sei gemäß § 1747 Abs. 4 S. 1 BGB entbehrlich.<sup>542</sup> Die Aufhebung kann gemäß §§ 1760, 1762 BGB innerhalb von drei Jahren seit der Annahme verlangt werden.<sup>543</sup>

Ist der Vater nicht bekannt und liegen keine Anhaltspunkte hinsichtlich eines möglichen Vaters vor, kann nur unter den Voraussetzungen von § 1747 Abs. 4 S. 1 BGB die Einwilligung ersetzt werden. Eigene Nachforschungen seitens des Jugendamtes oder des Familiengerichtes über die Eltern des Kindes dürften sich an dieser Stelle verbieten, da dies das Verfahren der vertraulichen Geburt ad absurdum führen würde.<sup>544</sup>

### **c. Zwischenfazit**

Nimmt eine Mutter die Möglichkeit der vertraulichen Geburt in Anspruch und entbindet das Kind unter einem Pseudonym und ohne Angabe von Informationen über den möglichen Vater, ist dieser faktisch von der Wahrnehmung seiner Rechte als Vater ausgeschlossen, wenn er von der Schwangerschaft nichts wusste.<sup>545</sup> Die ausreichende Berücksichtigung der Väterrechte erscheint an dieser Stelle zweifelhaft, da auch ein rechtlicher Vater, bei dem es sich gemäß § 1678 Abs. 1 BGB aufgrund des Ruhens der mütterlichen Sorge gemäß § 1674a BGB sogar um den sorgeberechtigten

<sup>541</sup> Reinhardt/Willmann/Kochems, JAmt 2015, 70 (72); Empf. des Deutschen Vereins, S. 15.

<sup>542</sup> Palandt/Götz, BGB, § 1760, Rn. 1.

<sup>543</sup> Katzenmeier, FamRZ 2005, 1134 (1137).

<sup>544</sup> Ähnl.: BeckOK BGB/Enders, § 1747, Rn. 20.3; Empfehlungen des Deutschen Vereins, S. 13.

<sup>545</sup> Palandt/Götz, BGB, § 1747, Rn. 9.

Elternteil handeln kann, die Rechtsausübung verwehrt wird.<sup>546</sup> Darüber hinaus betrifft die fehlende Möglichkeit der Rechtsproklamation auch den zur Übernahme der elterlichen Verantwortung bereiten Vater, wenn sich beispielsweise aufgrund einer Krankheit des Kindes oder der Rücknahmemöglichkeit der Mutter keine zur Annahme des Kindes bereiten Eltern finden.<sup>547</sup> Es muss daher festgehalten werden, dass ein Vater - unabhängig vom Bestehen eines rechtlichen Status<sup>4</sup> - seine Rechte praktisch nicht durchsetzen kann.<sup>548</sup> Dies lässt sich besonders gut an der Tatsache aufzeigen, dass selbst die Kenntnis der Schwangerschaft nicht geradewegs die Möglichkeit einer Rechtsdurchsetzung nach sich zieht. Um seine Rechte als Vater geltend machen zu können, müsste ein Vater Kenntnis davon haben, in welcher Geburtshilfeeinrichtung die Frau das Kind geboren hat, da sich danach gemäß § 18 Abs. 1 PStG auch die Zuständigkeit des Standesamtes ergibt, bei dem das Kind registriert wird.<sup>549</sup> Da ein zentrales Register, in dem die Geburten von allen Kindern, die ohne Angabe ihrer Eltern registriert werden, in Deutschland nicht existiert, ist ein möglicher Vater de facto an seiner Rechtsausübung gehindert.<sup>550</sup> Einsichts- oder Auskunftsrechte sind nicht geregelt,<sup>551</sup> so dass die Rechtswahrnehmung zwar theoretisch möglich wäre, praktisch aber in den meisten Fällen ins Leere laufen wird.

An dieser Stelle muss die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Regelung zur vertraulichen Geburt erneut aufgeworfen werden. In Bezug auf die Rechtswahrnehmung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters erscheint es zweifelhaft, ob die Vorgaben des BVerfG, dass der Schutz in Art. 6 Abs. 2 GG auch den „Zugang zu einem Verfahren erfasst, auch rechtlich die Vaterstellung einnehmen zu können“,<sup>552</sup> mit der derzeitigen Verfahrensausgestaltung eingehalten werden kann.

### **3. Lösungsansatz**

Bereits während des Gesetzgebungsverfahrens wurden verschiedene Lösungsansätze diskutiert. Im Folgenden werden Ansätze aufgezeigt, die zu einer Verbesserung der derzeit bestehenden Schwierigkeiten führen könnten.

#### **a. Aufnahme der Informationen in den Herkunftsnachweis**

Die fehlende Möglichkeit, auch die Personalien des Vaters in den Herkunftsnachweis aufnehmen zu können, wurde im Gesetzgebungsverfahren vom Deutschen Ethikrat kritisch bewertet, da dies selbst dann gelte, wenn der Vater bekannt sei, benannt worden oder mit der vertraulichen Geburt

<sup>546</sup> Palandt/Götz, BGB, § 1747, Rn. 9.

<sup>547</sup> Palandt/Götz, BGB, § 1747, Rn. 9.

<sup>548</sup> Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, Einl, Rn. 105.

<sup>549</sup> Helms, FamRZ 2014, 609 (614).

<sup>550</sup> Helms, FamRZ 2014, 609 (614).

<sup>551</sup> BR-Drs.: 214/13 (Beschluss), S. 6.

<sup>552</sup> BVerfG-1 BvR1493/96 u.1724/01- FamRZ 2003, 816 (818); Engels, GesR 3/2015, 129 (133).

einverstanden gewesen sei.<sup>553</sup> Das verfassungsrechtliche Prinzip des Untermaßverbotes gebiete es, „die Rechte des Kindes nicht unnötig und unverhältnismäßig einzuschränken“.<sup>554</sup> Der Lösungsansatz beinhaltete den Vorschlag, in der Beratung der schwangeren Frau auf die Nennung des genetischen Vaters hinzuwirken und die Informationen in den Herkunftsnachweis aufzunehmen.

Der Ansatz, auch die Daten des Vaters in den Herkunftsnachweis aufzunehmen, könnte eine gute Möglichkeit darstellen, um dem grundgesetzlich geschützten Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung aus Art. 2 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG besser gerecht werden zu können. Jedoch geht der Vorschlag eines „Hinwirkens“ zur Angabe der Personalien des Vaters während des Beratungsgesprächs zu weit. Im Rahmen eines vertraulichen Beratungsgesprächs, bei dem eine schwangere Frau sich in einer emotionalen Ausnahmesituation oder unter Umständen in einer Gefährdungssituation befindet, sollte kein zusätzlicher Druck ausgeübt werden.

Es erscheint aber überzeugend, in den Fällen, in denen die Frau dies wünscht, oder der leibliche Vater bekannt ist und von der vertraulichen Geburt weiß, entsprechende Angaben in den Herkunftsnachweis aufzunehmen. Einer damit notwendigerweise einhergehenden Erweiterung von § 26 Abs. 2 SchKG hat die Bundesregierung aber bereits eine Absage erteilt und festgestellt, dass „die gesetzlichen Vorgaben, welche Angaben in den Herkunftsnachweis aufgenommen werden (...) abschließend“ sind. Herkunftsrelevante Angaben sollten in die Adoptionsvermittlungsakte aufgenommen werden.<sup>555</sup> Dies scheint auf den ersten Blick insofern konsequent, als ein eindeutiger Identitätsnachweis, wie er bei einer schwangeren Frau möglich ist, bei einem potentiellen Vater nicht mit Gewissheit erbracht werden kann. Andererseits ist es unverständlich, dass eine Frau, der es gerade auf ihre Anonymität ankommt und die unter Umständen ein Gespräch mit der Adoptionsvermittlungsstelle ablehnt, nicht im Rahmen eines vertraulichen Beratungsgesprächs auch Angaben zum Kindsvater machen kann, die das Kind später erfahren könnte.

## **b. Aufnahme der Informationen in die Adoptionsvermittlungsakte**

Der Lösungsansatz, der auch von der Bundesregierung vorgeschlagen wird, die herkunftsrelevanten Informationen über den Vater in die Adoptionsvermittlungsakte aufzunehmen, scheint auf den ersten Blick sachdienlich, um dem Kind möglichst viele Informationen zukommen zu lassen.<sup>556</sup> Dadurch könnte das Defizit der gesetzlichen Regelung, dass die sogenannten Väterrechte im Verfahren der vertraulichen Geburt eine „völlig untergeordnete Rolle“ spielen, ausgeglichen werden.<sup>557</sup> Konkrete Angaben dazu, wie ein anwesender Vater in das Verfahren eingebunden werden kann

<sup>553</sup> Deutscher Ethikrat, Fragenkatalog öffentliche Anhörung, S. 2.

<sup>554</sup> Deutscher Ethikrat, Fragenkatalog öffentliche Anhörung, S. 3.

<sup>555</sup> BMFSFJ, FAQs, S. 11.

<sup>556</sup> BMFSFJ: FAQs, S. 11.

<sup>557</sup> Reinhardt, BZgA Forum 1-2014, 12 (17).

und welche rechtlichen Voraussetzungen bei einer Beteiligung eingehalten werden sollten, macht die Bundesregierung jedoch nicht. Dabei ist dieser Verfahrensschritt äußerst relevant.

#### **aa. Entbehrlichkeit der Einwilligung, § 1747 Abs. 4 BGB**

Wie bereits festgestellt, kann die Einwilligung eines rechtlichen Vaters gemäß § 1747 Abs. 4 S. 1 BGB und die eines leiblichen, nicht rechtlichen Vaters gemäß § 1747 Abs. 4 S. 1 BGB analog nur dann ersetzt werden, wenn sein Aufenthalt dauerhaft unbekannt oder er zur Abgabe dauerhaft außer Stande ist. Ein Vater, der mit der Mutter gemeinsam die Beratung aufsucht, kann auch weiterhin als unbekannt gelten, da die Beratung anonym erfolgen kann und die Berater/-innen der Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen als Geheimnisträger/-innen gemäß § 203 Abs. 1 Nr. 4a StGB der Schweigepflicht unterliegen. Werden Informationen über ihn an die Adoptionsvermittlungsstelle weitergegeben, könnte dies unmittelbar Auswirkungen auf das spätere Verfahren über die Annahme als Kind haben.

Zum einen erscheint es fraglich, ob er noch als „dauerhaft unbekannt“ im Sinne von § 1747 Abs. 4 S. 1 BGB gilt und zum anderen könnte dies dazu führen, dass das Familiengericht sich dadurch veranlasst sieht, den Vater zu ermitteln, um den Anforderungen an § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB gerecht zu werden. Zur mangelnden Beteiligung am Adoptionsverfahren führt die Bundesregierung aus: „Zu Unrecht wurde der Vater nur dann nicht beteiligt, wenn seine Vaterschaft dem Familiengericht entweder bekannt war oder das Gericht keine gebührenden Anstrengungen unternommen hat, ihn zu ermitteln. Für eine derartige Sachlage dürften im Nachgang zur vertraulichen Geburt nur dann Anhaltspunkte vorliegen, wenn die leibliche Mutter gegenüber den Verfahrensbeteiligten Auskunft über den rechtlichen oder mutmaßlichen Kindsvater erteilt hat.“<sup>558</sup> Die Bundesregierung geht also selbst davon aus, dass in Fällen, in denen es Kenntnisse über den Vater gibt, eine Adoption nur mit seiner Einwilligung erfolgen sollte. Problematisch ist hierbei aber, dass der BGH festgestellt hat, dass das grundrechtliche geschützte Interesse des leiblichen Vaters, die Rechtsstellung des Vaters einnehmen zu können, im Rahmen eines Adoptionsverfahrens dadurch gesichert wird, dass das Familiengericht den Vater gemäß § 7 Abs. 4 FamFG über das Adoptionsverfahren zu informieren und am Verfahren zu beteiligen hat.<sup>559</sup> Zwar verbieten sich bei einer vertraulichen Geburt eigene Nachforschungen des Gerichts, damit das Verfahren nicht konterkariert wird. Es ist aber fraglich, wie mit Kenntnissen seitens der Beteiligten umzugehen ist. Auch wenn der Amtsaufklärung gemäß § 26 FamFG, den Namen und Anschrift des Vaters zu ermitteln aufgrund der entgegenstehenden Rechte von Mutter und Kind, nicht nachgekommen werden müsste, so haben die Beteiligten gemäß § 27 FamFG an der Aufklärung mitzuwirken und müssen wahrheitsgemäße und vollständige Erklärungen

---

<sup>558</sup> BMFSFJ, FAQs, S. 8.

<sup>559</sup> BGH NJW -XII ZB 473/13- 2015, 1820 (1822).

über die tatsächlichen Umstände abgeben.<sup>560</sup> Gibt es relevante Informationen, müssten diese in die Adoptionsvermittlungsakte aufgenommen werden<sup>561</sup> und dürften nicht zurückgehalten werden. Demzufolge muss davon ausgegangen werden, dass Angaben über den Vater, die im Rahmen eines Adoptionsverfahrens bekannt werden, nach derzeitiger Rechtslage zu dessen Identifizierung führen können.

Unabhängig davon, dass ein Vater, der über die Schwangerschaft informiert ist oder davon unterrichtet wird, jederzeit die Identität der Mutter aufdecken kann, können sich durch die Ermittlung des Namens und der Anschrift des Vaters auch Rückschlüsse auf die Person der Mutter ergeben. Dies birgt nicht nur die Gefahr, dass das Verfahren der vertraulichen Geburt aufgrund der unfreiwilligen Aufdeckung der Personalien der Mutter unmöglich wird, sondern kann auch unter Umständen zur Gefährdung der Mutter oder des Kindes führen, bspw., wenn Bedrohungen aus dem familiären Umfeld zur Entscheidung für eine vertrauliche Geburt geführt haben.

Es sollte daher einheitliche Vorgaben geben, wie seitens der beteiligten Akteure zu verfahren ist, wenn ein Vater davon Kenntnis hat und damit einverstanden ist, dass sein Kind vertraulich geboren werden soll. Zum einen sollte er Informationen über sich an das Kind weitergeben können. Zum anderen sollte eindeutig geregelt sein, unter welchen Umständen und Voraussetzungen von einer Benachrichtigung des Vaters abgesehen werden kann. Auch sollte es eine Verfahrensregelung geben, die klarstellt, dass sich Ermittlungen seitens der Beteiligten verbieten, wenn dies zum Schutz von Mutter und Kind erforderlich ist. Diesbezügliche Schlussfolgerungen können derzeit nur aufgrund der Zielsetzung des Gesetzes hergeleitet werden.

#### **bb. Einwilligung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters**

Beim leiblichen, nicht rechtlichen Vater sollte sich an den Vorgaben des BGH, die hinsichtlich der Beteiligung eines leiblichen Vaters am Adoptionsverfahren aufgestellt wurden, orientiert werden. Demnach kann von einer Benachrichtigung des leiblichen Vaters vom Verfahren ausnahmsweise abgesehen werden, wenn „es auf Grund der umfassend aufgeklärten Umstände unzweifelhaft ist, dass eine Beteiligung des leiblichen Vaters nicht in Betracht kommt. Das ist dann der Fall, wenn der leibliche Vater auf sein grundrechtlich geschütztes Interesse, die Rechtsstellung als Vater des Kindes einzunehmen, von vornherein verzichtet hat.“<sup>562</sup> In welcher Form ein solcher Verzicht vorgenommen werden könnte, hat der BGH in seinen Ausführungen nicht erwähnt. In Betracht könnte

<sup>560</sup> BGH NJW -XII ZB 473/13- 2015, 1820 (1822).

<sup>561</sup> Reinhardt/Willmann/Kochems, JAmt 2015, 70 (72).

<sup>562</sup> BGH NJW -XII ZB 473/13- 2015, 1820 (1822).

aber eine notarielle Erklärung kommen,<sup>563</sup> in der ein Verzicht auf die Wahrnehmung der Rechtsstellung als Vater und die Einwilligung in die Adoption erklärt werden könnte.

Darüber hinaus könnte auch die Schaffung eines neuen Regelfalls in § 1747 Abs. 4 BGB sinnvoll sein. Der „dauerhaft unbekannt Aufenthalt“ könnte auf die Fälle, in denen eine „Unzumutbarkeit, die Person eines möglichen Vaters zu benennen“<sup>564</sup> besteht, erweitert werden. Aktuell gilt für das Verfahren der vertraulichen Geburt lediglich die Mutter als dauerhaft unbekannt, gemäß § 1747 Abs. 4 S. 3 BGB, bis sie die erforderlichen Angaben macht. Eine Erweiterung der Vorschrift scheint sinnvoll, unter Klarstellungsaspekten und um der Forderung nach Rechtssicherheit nachkommen zu können.

### **cc. Einwilligung des rechtlichen Vaters**

In Bezug auf einen rechtlichen Vater besteht auch Reformbedarf, da nach derzeitiger Rechtslage bei Bestehen des gemeinsamen Sorgerechts gemäß § 1747 Abs. 2 S. 1 BGB eine Einwilligung in eine Adoption erst erteilt werden kann, wenn das Kind acht Wochen alt ist. Insofern könnte § 1747 Abs. 2 BGB um den Zusatz erweitert werden, dass dies nicht gilt, wenn es sich um ein gemäß § 25 Abs. 1 SchKG vertraulich geborenes Kind handelt.

### **c. Väter als Verfahrensbeteiligte**

Der Gesetzgeber hat im Gesetzentwurf angenommen, dass Väter regelmäßig nicht über eine mögliche Schwangerschaft informiert wären, da angenommen worden war, dass eine vertrauliche Geburt nur dann von einer Frau in Anspruch genommen werde, wenn diese davon ausgehe, dass ihre Schwangerschaft anderen Personen nicht bekannt sei.<sup>565</sup> Aufgrund dessen ist eine ausführliche Auseinandersetzung mit möglichen Rechtsfragen, die sich aus einer Beteiligung der Väter am Verfahren ergeben könnten, im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens unterblieben. Die Entscheidung des Gesetzgebers, einen möglichen Vater aus dem Verfahren über die vertrauliche Geburt herauszuhalten, verwundert insofern, als in § 2 Abs. 1 SchKG und § 6 SchKG die Beratung von Männern, bzw. die Begleitung einer Schwangeren durch den Erzeuger in der Beratung explizit geregelt ist und es sich dabei nicht um einen Einzelfall handeln dürfte, wenn ein Vater allein oder als Begleitperson eine Beratungsstelle aufsucht. Zudem gab es auch in der Studie des DJI Hinweise darauf, dass die Schwangerschaften nicht grundsätzlich vor einem möglichen Vater geheim gehalten wurden und die anonyme Kindesabgabe in wenigen Fällen gegen den Willen des Kindsvaters erfolgte.<sup>566</sup> Es hätte daher schon während des Gesetzgebungsverfahrens auf die Belange des Va-

<sup>563</sup> Anm. Heiderhoff, BGH NJW 2015, 1823.

<sup>564</sup> BGH NJW –XII ZB 473/13-2015, 1820 (1825); -XII ZB 201/13- NJW 2014, 2571 (2573).

<sup>565</sup> BT-Drs. 17/12814, S.

<sup>566</sup> Coutinho/Krell, Anonyme Geburt und Babyklappen, S. 147.

ters gesondert Rücksicht genommen werden können, besonders da bereits im Jahr 2001 eine „geheime Geburt“ in der rechtspolitischen Diskussion war, in deren Zusammenhang auch über die Verdrängung des Vaters aus seiner Rechtsposition diskutiert wurde. So bezeichneten es *Frank/Helms* als „schwer erträglich, wenn es im Belieben der Mutter stünde, durch die Wahl einer geheimen Geburt eine Adoption ‚am Vater vorbei‘ betreiben zu können.“<sup>567</sup>

Eine mögliche Lösung könnte darin bestehen, den Vater als Verfahrensbeteiligten zu behandeln und erforderliche Schritte direkt rechtssicher zu bestimmen, wie bspw. die Beratung über die Rechte des Vaters und über relevante Verfahrensschritte. Die aktuelle Regelung der vertraulichen Geburt erkennt an dieser Stelle auch die Chance, Eltern in Notsituationen gemeinsam unterstützen zu können. Es gibt denkbare Fallkonstellationen, in denen beide Elternteile ihre Identität geheim halten möchten oder evtl. sogar müssen. Gerade dann wäre eine verlässliche Regelung, die es ermöglicht, die Angaben des Vaters mit in den Herkunftsnachweis aufzunehmen, seine Einwilligung zur Adoption verbindlich zu regeln und dadurch ein baldiges Adoptionsverfahren zu ermöglichen, besonders hilfreich. Das Kind könnte so die Identität beider Elternteile erfahren, wenn auch auf Seiten des Vaters ein Geheimhaltungsinteresse besteht. Dies erscheint besonders vor dem Hintergrund sinnvoll, dass „das Wissen um die Adoption, ihre Umstände und die Herkunft für das Kind, die abgebenden und annehmenden Eltern sich als entscheidend für die Adoptionsfolgen herausgestellt hat.“<sup>568</sup>

#### **4. Fazit**

Die rechtliche Stellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters im Verfahren der vertraulichen Geburt muss als unsicher bezeichnet werden. Bei der Wahrnehmung seiner Rechte ist der leibliche Vater, der nichts von der Schwangerschaft und Geburt weiß, gänzlich ausgeschlossen. Weiß er davon, kann er seine Rechte zwar theoretisch wahrnehmen, aber faktisch nicht umsetzen. Die bereits im Rahmen des Rechtes über die Annahme als Kind angesprochenen Friktionen, wenn neben dem leiblichen auch ein rechtlicher Vater existiert, führen auch im Verfahren der vertraulichen Geburt zu einer weiteren Schwächung der Position des leiblichen Vaters. Auch dem rechtlichen Vater begegnen dieselben faktischen Hindernisse bei der Rechtsdurchsetzung. Die Entscheidung des Gesetzgebers, die Rechtswahrnehmung durch einen Vater, der Kenntnis von der Schwangerschaft und/oder der Geburt hat, nicht explizit zu regeln, mag der Fehlannahme geschuldet gewesen sein, dass schwangere Frauen in Notsituationen sich niemandem anvertrauen. Diese Annahme ist jedoch durch die Erfahrungen aus der Beratungspraxis widerlegt.<sup>569</sup> Aus diesem Grund sollte die derzeitige Ausgestaltung der rechtlichen Regelungen überarbeitet werden und vor allem darauf hingewirkt werden, dass die Bedürfnisse von Mutter, Vater und vor allem des Kindes im Verfahren be-

<sup>567</sup> *Frank/Helms*, FamRZ 2001, 1340 (1348).

<sup>568</sup> *Katzenmeier*, FamRZ 2005, 1134 (1137); BAGLJÄ, Empfehlungen, S. 37.

<sup>569</sup> Empf. des Deutschen Vereins, S. 16 f.



rücksichtigt werden und zur Verantwortung bereite Väter ihre Rechte auch tatsächlich wahrnehmen können. Wie bereits aufgezeigt, kann eine zu Unrecht unterbliebene Beteiligung eines Vaters dazu führen, dass der Beschluss über die Annahme eines Kindes bis zu drei Jahre nach der Annahme aufgehoben werden kann, §§ 1760, 1762 BGB. Da eine solche Aufhebung als massive Störung einer bereits gefestigten sozial-familiären Eltern-Kind-Beziehung zu bewerten ist, sollte dies unbedingt vermieden werden.

Eine eindeutige Regelung zur Beteiligung eines bekannten Vaters im Verfahren der vertraulichen Geburt könnte ein gangbarer Weg sein, um dies zu verhindern. Zudem könnte die bewusste Entscheidung, den Vater explizit in das Verfahren einzubinden, auch den Interessen der Mutter besser gerecht werden. So scheint die Möglichkeit einer unfreiwilligen Offenbarung der Mutter eher in den Fällen wahrscheinlich, in denen einem Vater, der Verantwortung übernehmen möchte, Schwierigkeiten bei der Rechtswahrnehmung und -durchsetzung begegnen oder der das Gefühl hat, vor vollendete Tatsachen gesetzt worden zu sein, ohne auf den weiteren Ablauf Einfluss nehmen zu können.

Seit dem In-Kraft-Treten des Gesetzes zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt am 01.05.2014 kann die Vermutung als bestätigt gelten, dass der Lebenssachverhalt um die vertrauliche Geburt, bei der die Mutter ihre Identität nicht preisgeben möchte und gleichzeitig das Kind um Kenntnis seiner Abstammung ringt,<sup>570</sup> von großen Schwierigkeiten begleitet wird. Und zwar sowohl im Bereich des Tatsächlichen, als auch im rechtlichen Bereich.<sup>571</sup> Im Jahr 2017 endet die dreijährige Evaluationsphase des Gesetzes. Spätestens dann gibt es Klarheit darüber, ob und in welcher Form die rechtlichen Regelungen angepasst oder geändert werden müssen. Bereits jetzt zeigt sich, dass die Rechtswahrnehmung durch Väter eindeutig und rechtssicher geregelt werden sollte, um Gefährdungen, Beeinträchtigungen und Belastungen der am Verfahren beteiligten Personen vorbeugen und einer am Kindeswohl orientierten Lösung gerecht werden zu können. Dies scheint insofern geboten, als der vernachlässigende Umgang mit den Vätern im Rahmen der vertraulichen Geburt diametral zu den familienrechtlichen Entwicklungen und der höchstrichterlichen Rechtsprechung in diesem Bereich steht.<sup>572</sup>

---

<sup>570</sup> Vgl. *Becker*, FS Brudermüller, 1 (10).

<sup>571</sup> *Becker*, FS Brudermüller, 1 (10).

<sup>572</sup> *Reinhardt/Willmann/Kochems*, JAmt 2015, 70 (73).

## IX. Schlussbetrachtung

Die rechtliche Stellung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters befindet sich in den letzten Jahren in einem stetigen wissenschaftlichen, gesellschaftlichen, politischen und rechtlichen Diskurs. Das noch bis vor wenigen Jahren gesellschaftliche Bild des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters, dem im Zusammenhang mit seiner Vaterschaft der „Anschein des Unmoralischen“<sup>573</sup> oder Fehlverhalten<sup>574</sup> zugeschrieben wurde, muss als überholt bewertet werden. Seine Rechtsposition hat einen Wandel erfahren,<sup>575</sup> die zahlreichen neuen Gesetze belegen dies. Beachtlich ist dabei, dass es sich bei den beschlossenen Reformen der vergangenen Jahre nahezu ausschließlich um Reaktionen im Zuge von höchstrichterlicher Rechtsprechung gehandelt hat, die den Gesetzgeber zur Anpassung der gesetzlichen Regelungen an die gesellschaftliche Entwicklung verpflichtet haben.<sup>576</sup> Hinzu kommt der medizinisch-technische Fortschritt. Zur Entstehungszeit der Vorschriften über den rechtlichen Vater, waren verwandtschaftliche Beziehungen zwischen Kindern und Vätern noch vom Bestehen einer Ehe abhängig.<sup>577</sup> Verfahren, die einen endgültigen Beweis für das Bestehen einer nichtehelichen bzw. nicht-rechtlichen Vaterschaft eines Mannes erbringen konnten, gab es zu diesem Zeitpunkt noch nicht. Die Änderung der Sichtweise auf die rechtliche Stellung des Vaters fällt insofern nicht bloß mit der Möglichkeit, Gewissheit über die biologische Vaterschaft zu erlangen, zusammen.<sup>578</sup> Vielmehr ist es naheliegend, dass der Umstand, die Vaterschaft zweifelsfrei feststellen zu können, einen maßgeblichen Anteil an der rasanten Fortbildung der Rechtsposition des leiblichen Vaters beigetragen hat.

Die gespaltene Vaterschaft, in der rechtlicher und leiblicher Vater auseinanderfallen, wird toleriert<sup>579</sup> - die gespaltene Mutterschaft hingegen soll unbedingt verhindert werden.<sup>580</sup> Da sich diese Ungleichbehandlung von männlicher und weiblicher Unfruchtbarkeit auf Dauer nur schwer rechtfertigen lassen kann,<sup>581</sup> ist es durchaus wahrscheinlich, dass sich der Gesetzgeber zukünftig auch mit der Frage nach der Erlaubnis von Eizellspenden und einer analogen Anwendung von § 1686a BGB auseinandersetzen muss.<sup>582</sup> Dies wäre nicht ungewöhnlich, da sich das Recht häufig – zwar mit Verzögerung - der Lebenswirklichkeit anpasst. Durch das Vorkommen von Eizellspenden muss der Satz „Mater semper certa est“ als nicht mehr zeitgemäß bezeichnet werden und zu Recht wird ein

<sup>573</sup> *Dieckmann*, Rechtliche Stellung des ledigl. biolog. Vaters, S. 250.

<sup>574</sup> *Heiderhoff*, FamRZ 2010, S. 8 (13).

<sup>575</sup> *Dieckmann*, Rechtliche Stellung des ledigl. biolog. Vaters, S. 248.

<sup>576</sup> *Hähnchen*, JZ 14/2015, 708 (713).

<sup>577</sup> *Dieckmann*, Rechtliche Stellung des ledigl. biolog. Vaters S. 17.

<sup>578</sup> So *Hähnchen*, JZ 14/2015, S. 708 (713).

<sup>579</sup> *Schewe*, FamRZ 2014, 90 (93).

<sup>580</sup> BT-Drs. 13/4899, S. 52; BT-Drs. 11/1856, S. 7.

<sup>581</sup> *Wellenhofer*, Familienrecht, § 31 Rn. 6a; *Schewe*, FamRZ 2014, 90 (93).

<sup>582</sup> *Löhnig*, FamRZ 2015, 806 (807).

Festhalten an der Mutterschaft, die ein mögliches Auseinanderfallen gänzlich ignoriert, als ein Beharren auf „*dass nicht sein kann, was nicht sein darf*“ bewertet.<sup>583</sup>

Wie vielfältig und komplex die auftretenden Fragestellungen sein können, zeigt auch die Entscheidung des BGH vom 10.12.2014, in der zwei eingetragene Lebenspartner die rechtliche Elternschaft eines Kindes erlangen wollten, das mittels einer anonyme Eizell-Spende und dem Sperma des einen Lebenspartners gezeugt und von einer Leihmutter in den USA ausgetragen worden war.<sup>584</sup> Unter engen Voraussetzungen hat der BGH in einem solchen Fall die Möglichkeit bejaht, das Kind beiden Lebenspartnern als Eltern zuzuordnen und diese im Geburtenregister als seine Eltern auszuweisen.<sup>585</sup> Die Frage nach der Leihmutterschaft hat der BGH vorsichtig behandelt und hervorgehoben, dass die „Generalprävention“ der Leihmutterschaft nicht weiterverfolgt werden könne und das bereits geborene Kind als Rechtsträger und seine Interessen im Mittelpunkt der rechtlichen Auseinandersetzungen stehen müssten.<sup>586</sup>

An dieser Entscheidung lassen sich zwei Aspekte gut darstellen. Zum einen der Handlungsbedarf für offene Fragestellungen, wie den Umgang u.a. mit Leihmutterschaft, Eizellspenden oder privaten Samenspenden. Zum anderen der Aspekt der Solidarität.<sup>587</sup> Dieser findet sich in vielen Teilen des Abstammungsrechts. So kann bspw. gemäß § 1592 Nr. 1 BGB der Ehemann Verantwortung ohne Rücksicht auf die biologische Vaterschaft übernehmen, gemäß § 1592 Nr. 2 BGB gibt es die Möglichkeit, ein durch einen anderen gezeugtes Kind anzuerkennen und § 1600 Abs. 5 BGB regelt den Ausschluss der Anfechtung für diejenigen, die der Samenspende zugestimmt haben. Die Entscheidungen des BGH etwa zur Leihmutterschaft oder zur Unterhaltspflicht auch desjenigen Mannes, der nicht Vater eines Kindes geworden ist, sich aber dazu bereit erklärt hatte,<sup>588</sup> stellen ebenfalls die Verantwortungsübernahme und die kindlichen Rechte in den Vordergrund.

Dieser Ansatz ist zu unterstützen und auszubauen. Identifizierte ungerechtfertigte Diskriminierungen müssen beseitigt und die soziale Verantwortung der Eltern betont werden.<sup>589</sup> Bei der Frage der Durchsetzung von Rechten muss grundsätzlich das Kindeswohl Maßstab aller Entscheidungen sein. Privilegierungen und Benachteiligungen zulasten oder zugunsten der sozial-familiären Beziehung oder der genetischen Elternschaft sind zwingend zu vermeiden. Bestehende Inkonsistenzen wie bspw. im Bereich der Auskunftsrechte und Rechtsdurchsetzungshindernisse, wie beim Verfahren der vertraulichen Geburt, müssen beseitigt werden. Aber auch die Widersprüchlichkeit, dass der

<sup>583</sup> Schewe, FamRZ 2014, 90 (93).

<sup>584</sup> BGH –XII ZB 463/13- NJW 2015, 479 (479).

<sup>585</sup> BGH –XII ZB 463/13- NJW 2015, 479 (484).

<sup>586</sup> Heiderhoff, Anm. BGH NJW 2015, 479 ff., FamRZ 2015, 485.

<sup>587</sup> Vgl. Heiderhoff, FamRZ 2010, 8 (11).

<sup>588</sup> BGH -XII ZR 99/14- NJW 2015, 3434 ff.

<sup>589</sup> Hähnchen, JZ 14/2015, 708 (713).

rechtliche Vater bei gelebter „falscher“ Vaterschaft selbst nach Jahren noch die Möglichkeit hat, sich durch Anfechtung seiner bisherigen Verantwortung zu entziehen,<sup>590</sup> zeigt auf, dass es notwendig ist, über eine grundlegende Reform nachzudenken. Die Forderungen nach einem schlüssigen Gesamtkonzept im Familienrecht sind daher nachvollziehbar und folgerichtig.<sup>591</sup> Denn eine Vielzahl an gesetzlichen Neuregelungen und Änderungen birgt immer auch die Gefahr, dass sich der Normenbestand immer weiter von einem Ideal eines umfassend durchdachten, in sich konsistenten Regelungskonzepts wegbewegt.<sup>592</sup> Bei der Entstehung des BGB nicht mitbedachte rechtliche Positionen, wie die des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters sollten dabei berücksichtigt und beachtet und grundsätzlich bei Fragen, die das Kindeswohl betreffen, in die Abwägung miteinbezogen werden. Zudem wird der Gesetzgeber nicht darum herumkommen, sich mit der Frage, „was Familie ist“ erneut ausführlich auseinanderzusetzen.

---

<sup>590</sup> Heiderhoff, FamRZ 2010, 8 (13).

<sup>591</sup> So Hähnchen, JZ 14/2015, 708 (713).

<sup>592</sup> Vgl. Hörnle, ZIS 4/2015, 206 (207).

## Anlage

### **Gesetz zur Vereinheitlichung und Änderung familienrechtlicher Vorschriften (Familienrechtsänderungsgesetz) vom 11. August 1961 – 01. Januar 1962- 01. Juli 1998**

#### **§ 1591 BGB a.F.**

(1) Ein Kind, das nach der Eheschließung geboren wird, ist ehelich, wenn die Frau es vor oder während der Ehe empfangen und der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigezogen hat; dies gilt auch, wenn die Ehe für nichtig erklärt wird.

### **Gesetz über die Annahme als Kind und zur Änderung anderer Vorschriften (Adoptionsgesetz) vom 02. Juli 1976 – 01. Januar 1977-01. Juli 1998**

#### **§ 1719 BGB a.F.**

(1) Ein nichteheliches Kind wird ehelich, wenn sich der Vater mit der Mutter verheiratet; dies gilt auch, wenn die Ehe für nichtig erklärt wird.

(2) Wird das Kind vor der Eheschließung als Minderjähriger oder nach § 1772 von einer anderen Person als seinem Vater oder seiner Mutter als Kind angenommen, so treten die in Satz 1 bestimmten Wirkungen erst ein, wenn das Annahmeverhältnis aufgehoben wird und das Verwandtschaftsverhältnis und die sich aus ihm ergebenden Rechte und Pflichten des Kindes zu seinen leiblichen Eltern wieder aufleben.

#### **§1723 BGB a.F.**

Ein nichteheliches Kind ist auf Antrag seines Vaters vom Vormundschaftsgericht für ehelich zu erklären, wenn die Ehelicherklärung dem Wohle des Kindes entspricht und ihr keine schwerwiegenden Gründe entgegenstehen.

#### **§ 1741 BGB a.F.**

(1) Ein Ehepaar kann ein Kind gemeinschaftlich als Kind annehmen, wenn zu ihm ein Eltern-Kindverhältnis hergestellt werden soll und die Annahme dem Wohl des Kindes dient.

(2) Ein Ehegatte kann sein nichteheliches Kind oder ein Kind seines Ehegatten allein annehmen. Er kann ein Kind auch dann allein annehmen, wenn der andere Ehegatte ein Kind nicht annehmen kann, weil er geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist.

(3) Wer nicht verheiratet ist, kann ein Kind allein annehmen.

(4) Der Vater oder die Mutter eines nichtehelichen Kindes kann das Kind annehmen.

#### **§ 1747 BGB a.F.**

(1) Zur Annahme eines ehelichen Kindes ist die Einwilligung der Eltern erforderlich.

(2) Zur Annahme eines nichtehelichen Kindes ist die Einwilligung der Mutter erforderlich. Die Annahme eines nichtehelichen Kindes durch Dritte ist nicht auszusprechen, wenn der Vater die Ehelicherklärung oder die Annahme des Kindes beantragt hat; dies gilt nicht, wenn die Mutter ihr nichteheliches Kind annimmt. Der Vater des nichtehelichen Kindes kann darauf verzichten, diesen Antrag zu stellen. Die Verzichtserklärung bedarf der öffentlichen Beurkundung; sie ist unwiderruflich. § 1750 gilt sinngemäß mit Ausnahme von Absatz 4 Satz 1.

(3) Die Einwilligung kann erst erteilt werden, wenn das Kind acht Wochen alt ist. Sie ist auch dann wirksam, wenn der Einwilligende den schon feststehenden Annehmenden nicht kennt.

(4) Die Einwilligung eines Elternteils ist nicht erforderlich, wenn er zur Abgabe einer Erklärung dauerhaft außerstande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist



Impressum

Herausgeber der Reihe  
Dekan Fachbereich Rechtspflege

Druck  
HWR Berlin

Berlin, Juli 2016

[www.hwr-berlin.de](http://www.hwr-berlin.de)