Kuckuckskinder: Rechtliche Aspekte

Vaterschaftsanfechtung/-feststellung/Scheinvaterregress

Herbsttagung 2025

27. bis 29. November in Berlin

Referent
Rolf Schlünder, Mannheim
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeits- und Familienrecht

„Der Name „Kuckuck“ leitet sich von dem einfachen, aus zwei Tönen bestehenden Gesang der Vogelmännchen ab; er ist so einfach, dass manche Ornithologen ihn von einem „Gesang“ zum „Ruf“ herabzustufen…. Der Gesang (oder Ruf) des Kuckucks wird allgemein als absteigende kleine Terz bezeichnet, zu meiner Freude kann ich aber keine geringere Autorität als Beethoven zur Unterstützung meiner Wahrnehmung dessen als große Terz anführen. Der berühmte Kuckucksruf in der Symphonie „Pastorale“ geht abwärts von D zu B. Ob groß oder klein, ob Gesang oder Ruf, in jedem Fall ist er einfach – und vielleicht muss er auch einfach sein, denn das Männchen hat nicht die Chance, ihn durch Nachahmung zu lernen. Ein Kuckuck lernt seine biologischen Eltern niemals kennen. Er kennt nur die Pflegeeltern, und die können zu verschiedenen Arten gehören, deren jeweils eigene Gesänge der junge Kuckuck nicht lernen darf. Also muss der Gesang des Kuckucksmännchen genetisch fest verankert sein, und mit einem gewissen gesunden Menschenverstand kommt man zu dem vorsichtigen Schluss, dass er deshalb einfach sein muss.“

Richard Dawkins „DAS GROSSE BUCH DER EVOLUTION“ Hoffmann und Campe, 2025, Seite 291

Inhaltsverzeichnis

A. Die Anfechtung der Vaterschaft 4

I. Das Recht der Anfechtung 4
II. Die Rechtsstellung des leiblichen Vaters de lege lata 4
III. Wettlauf um die Vaterschaft - Entscheidung des *BVerfG* v. 09.04.2024 8
IV. Der Regierungsentwurf vom 29.10.2025 10
1. Das Ende des Wettlaufs: Die Neugestaltung des Anfechtungsrechts nach § 1600 BGB - E 10
2. Die sozial-familiäre Beziehung 13
3. Der Ausschluss des Anfechtungsrechts 14
4. Die „zweite, dritte, usw. Chance“ des leiblichen Vaters 15
5. Die neue Dreiererklärung – Die Vermeidung von Anfechtungsverfahren 17
6. Die Anerkennungssperre 17
V. Fortsetzung des Verfahrens nach Tod rechtlichen Vaters 18

B. Der Regress des Scheinvaters 19

I. Die materiell-rechtliche Ausgangslage 20
1. Rechtlicher Vater – Scheinvater - Dritter 20
2. Die cessio legis des Unterhaltsanspruchs 21
3. Der Umfang der Legalzession 22
4. Einwendungen des Erzeugers 22
5. Die Schutzklausel des § 1607 Abs. 4 BGB 23
6. Das Problem der Verjährung 24
II. Verfahrensrechtliche Aspekte 25
1. Der Verfahrensgegenstand - die materiellrechtliche Identität 25
2. Der sachdienliche Antrag 26
3. Der Mindestbedarf 26
4. „…ein Dritter als Vater Unterhalt gewährt.“ 27
III. Die wirksame Vaterschaftsfeststellung 28
IV. Ansprüche gegen die Mutter 31
1. Anspruch auf Preisgabe des biologischen Vaters 31
2. Schadensersatzanspruch des Scheinvaters gegen die Mutter für Unterhaltszahlungen an das Kind 32

A. **Die Anfechtung der Vaterschaft**

I. Das Recht der Anfechtung

Gesetzliche Vaterschaftszuordnung und Realität stimmen nicht zwingend überein. Nicht immer ist der Mann, der die Vaterschaft anerkannt hat oder der mit der Mutter verheiratet ist, der wirkliche Vater. Das Gesetz sieht für solche Fälle Korrekturmöglichkeiten vor: Die Anfechtung der Vaterschaft. Das Recht auf Anfechtung der Vaterschaft dient der Korrektur und damit dem Grundsatz der Abstammungswahrheit.[1] Das Verfahren hat die Feststellung zum Ziel, dass der Mann, für den die rechtliche Vaterschaft besteht, nicht der Vater des Kindes ist. Und da der Status eines Kindes nicht lange unsicher sein darf, ist die Ausübung des Anfechtungsrechts an Fristen gebunden. So bestimmt § 1600b Abs. 1 S. 1 BGB, dass die Vaterschaft binnen zwei Jahren gerichtlich angefochten werden kann. Überdies hat der Gesetzgeber in § 1600c BGB die Vermutung aufgestellt, dass das Kind von dem Mann abstammt, dessen Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 und 2, 1593 BGB besteht – mit der Folge, dass dem Anfechtenden der Beweis obliegt, diese gesetzliche Vermutung zu widerlegen.

Das Recht zur Anfechtung gesteht der Gesetzgeber in § 1600 Abs. 1 BGB einem eng **begrenzten Kreis von Berechtigten** zu; ihnen konzediert er ein rechtlich schützenswertes Interesse, eine nicht der genetischen Abstammung entsprechende Vater-Kind- Zuordnung zu beseitigen. Das Anfechtungsrecht der Mutter ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 S.1 GG, der den Eltern das Recht und die Verantwortung gewährleistet, Sorge für ihr Kind zu tragen. Zur elterlichen Sorge gehört auch die Entscheidung, ob eine bestehende Vaterschaft angefochten werden soll. Dem steht das ebenfalls durch Art. 2 Abs. 2 S.1 GG verfassungsrechtlich geschützte Recht des rechtlichen Vaters am Fortbestand seiner Elternstellung gegenüber. Und zum anderen ist das von Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Interesse des Kindes am Erhalt seiner rechtlichen und sozialen familiären Zuordnung zu berücksichtigen.[2]

II. Die Rechtsstellung des leiblichen Vaters de lege lata

De lege lata ist es um die Rechtsstellung des leiblichen Vaters nicht gut bestellt: Zwar kann er die bestehende Vaterschaft eines anderen Mannes unter den Voraussetzungen von § 1600 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 3 BGB anfechten, allerdings ist die Anfechtung nur möglich, wenn zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater keine sozial-familiäre Beziehung besteht. Eine wird angenommen, wenn der Vater im Sinne von § 1600 Abs. 1 Nr. 1 BGB zum maßgeblichen Zeitpunkt für das Kind tatsächliche Verantwortung trägt oder getragen hat. Eine Übernahme tatsächlicher Verantwortung liegt in der Regel vor, wenn der Vater im Sinne von Abs. 1 Nr. 1 mit der Mutter des Kindes verheiratet ist oder mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt hat, 1600 Abs. 3 S. 2 BGB. Die Schutzwirkung der gelebten sozialen Familie genießt Vorrang vor dem Wunsch des leiblichen Vaters, seine Vaterschaft

[1] *BGH* v. 18.03.2020 – XII ZB 321/19 –, FamRZ 2020, 1004 m. Anm. *Knittel* Rn.16.
[2] *BGH* v. 18.03.2020 – XII ZB 321/19 –, FamRZ 2020, 1004 m. Anm. Knittel Rn.16, 17.

rechtlich zu untermauern. Und nicht nur das: er hat auch keinerlei Chancen, diesen Zustand rechtlich zu ändern, denn der Familienschutz ist absolut, es handelt sich um eine *„generalisierend vorweggenommene"* Abwägung zugunsten der Ehe[3] der Mutter bzw. der bestehenden Familie, eine Abwägung der Interessen der Beteiligten lässt das Gesetz nicht zu.

Als Zeitpunkt der Feststellung gibt das Gesetz nämlich in § 1600 Abs. 3 S. 1 BGB *„zum maßgeblichen Zeitpunkt"* vor. Entsprechend allgemeiner verfahrensrechtlicher Logik sind die für die Entscheidung maßgeblichen Tatsachen somit nach dem Stand zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz oder – bei Verfahren ohne mündliche Verhandlung – nach dem Zeitpunkt zu bestimmen, in welchem die Entscheidung in der letzten Tatsacheninstanz zu erlassen ist. Diesem Prinzip wird die Verpflichtung des Gerichts entnommen, alle bis zu diesem Zeitpunkt eingetretenen Tatsachen seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Daran hat sich auch ab 01.09.2009 nach der Metamorphose des Abstammungsverfahrens als vormalige ZPO-Sache zu einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach §§ 169 ff. FamFG nichts geändert. Teilweise ist versucht worden, diesen Zeitpunkt auf den Zeitpunkt der Einleitung des Anfechtungsverfahrens vorzuverlegen, etwa in der Konstellation, wenn der leibliche Vater alles getan hat, um die rechtliche Vaterschaft zu erlangen.[4] Der BGH[5] hat sich davon allerdings nicht beeindrucken lassen und seine Linie konsequent weiterverfolgt; auch Zweifel an der Vereinbarkeit mit verfassungsrechtlichen Vorgaben nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG hat der BGH nicht gelten lassen.[6] Damit kommt es für das Bestehen der sozial-familiäre Beziehung auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz an.

Diese gesetzgeberische Vorgabe ist für den leiblichen Vater besonders misslich:

- Besteht die sozial-familiäre Beziehung zu Beginn des Verfahrens nicht, kann je nach Dauer dieses Verfahrens sich diese Beziehung bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung konstituieren mit der Folge, dass der Putativvater dann das Nachsehen hat. Die lange Dauer des Verfahrens hat die Entwicklung eines sozial – familiären Beziehung zum Kind begünstigt – eine paradoxe Konstellation, sollte das Anfechtungsverfahren dem leiblichen Vater doch Hilfe sein, seine rechtliche Vaterstellung zu etablieren. Das Anfechtungsverfahren ist in einem solchen Fall im Gegenteil ausgesprochen ineffizient. Zu Recht hat meint *Helms*[7]*: „Die Zeit spielt gegen den biologischen Vater."*

[3] *BGH* FamRZ 2007, 538, 540; FamRZ 2008, 1821 = NJW 2008, 2985 Rz 13; *Wellenhofer* FamRZ 2012, 828.
[4] *OLG Frankfurt* v. 8. 7. 2019 – 1 UF 1/19 –, FamRZ 2019, 1872.
[5] *BGHZ* 229, 239 = FamRZ 2021, 1127 m. Anm. *Wellenhofe*r Rn. 37 ff.
[6] *BGHZ* 229, 239 = FamRZ 2021, 1127 m. Anm. *Wellenhofe*r Rn.54.
[7] *Helms* FamRZ 2010, 1, 5.

Geschützt war der leibliche Vater auch nicht in den Fällen einer gezielten Ausschaltung durch die Mutter. So etwa, wenn ein anderer Mann dazu überredet wird, die Vaterschaft für ein Kind anzuerkennen, um dem leiblichen Vater zuvorzukommen. Auf diese Weise kann ein Feststellungsverfahren konterkarikiert werden: der von der Mutter Überredete anerkennt mit Zustimmung der Mutter die Vaterschaft und verhindert auf diese Art und Weise, dass der leibliche Vater seine Vaterschaft etablieren kann.

Einen Hoffnungsschimmer, zur rechtlichen Vaterschaft zu gelangen, blieb dem leiblichen Vater auch dann nicht, wenn die Beziehung der Mutter mit dem rechtlichen Vater beendet war, eine Zweitanfechtung in Form einer zweiten Chance gab es nicht. War einmal der Ausschluss des Anfechtungsrechts rechtskräftig ausgesprochen, führte kein Weg zurück, eine Abänderungsmöglichkeit hatte der leibliche Vater nach geltendem Recht nicht.[8] Bekanntlich hatten das *BVerfG*[9] und der *BGH*[10] diese Regelungen als mit der Verfassung im Einklang stehend anerkannt.

- *„Soweit der leibliche Vater sich grundsätzlich auch auf seine durch Art. 6 Abs. 2 GG geschützte Elternschaft berufen kann, umfasst dieser Schutz zwar auch sein Interesse, die Rechtsstellung als Vater des Kindes einzunehmen, und damit den Zugang zu einem Verfahren, das dies ermöglicht. Dem steht aber das* ***mindestens gleichwertige*** *Interesse des rechtlichen Vaters gegenüber, der diese Rechtsstellung bereits schon einnimmt und die sich daraus ergebende Verantwortung auch wahrnimmt. Träger des Elternrechts nach Art. 6 Abs. 2 GG kann aber nur einer von beiden sein.“*[11]

Der *EuGHMR* hatte demgegenüber eine di**ff**erenzierende Haltung angenommen. Im Verfahren *Kroon u.a./Niederlande*[12] lebte der leibliche Vater in einer sozial-familiären Beziehung mit Mutter und Kind, er müsse – so das Gericht - eine Möglichkeit haben, eine status-rechtliche Zuordnung des Kindes zu ihm zu erreichen. Im Fall *Rozanski/Polen*[13] ging es um einen Vater, der bereits längere Zeit mit der Mutter zusammengelebt hatte. Nachdem sie zusammen mit dem Kind verschwunden war und ihr neuer Lebenspartner die Vaterschaft anerkannt hatte, wollte der leibliche Vater seine rechtliche Vaterschaft etablieren. Das Gericht führt aus, der leibliche Vater, der bereits eine familiäre Beziehung zu seinem Kind aufgebaut hatte, müsse grundsätzlich ein Anfechtungsrecht haben.[14] In der Entscheidung Koychev/Bulgarien[15] hat der *EuGHMR* wie in den Entscheidungen zuvor betont, unter der Geltung von Art. 8 EMRK müsse den schutzwürdigen Interessen aller Beteiligten gleichermaßen in einer Abwägungsentscheidung Rechnung getragen werden. Anders der

[8] *Rixe* FPR 2008, 222,225; *ders.* Anm. zu Anayo/Deutschland FamRZ 2011, 1366.
[9] *BVerfG* v. 13.10.2008 – 1 BvR 1548/03 -, FamRZ 2008, 2257
[10] *BGH* v. 06.12.2006 – XII ZR 164/04 –, FamRZ 2007,538.
[11] *BGH* v. 06.12.2006 – XII ZR 164/04 –, FamRZ 2007, 538, 540.
[12] *EuGHMR* v. 24.11.2005 – 74826/01 FamRZ 2006,181, m. Anm. *Henrich*
[13] *EuGHMR* v. 27.10.1994 – 29/1993/424/503, FamRZ 2003, 813 m. Anm. *Rixe.*
[14] Ein Anfechtungsrecht des leiblichen Vaters gab es in Polen zum Zeitpunkt der Entscheidung nicht.
[15] *EuGHMR* v. 13.10 2020 Beschwerde Nr. 32495/15, FamRZ 2021, 111 m. Anm. *Frank.*

BGH[16]: „*Bei Bestehen einer sozial-familiären Beziehung zwischen Kind und rechtlichen Vater ist der Antrag des leiblichen Vaters auf Anfechtung der Vaterschaft stets unbegründet.*“ (Leitsatz 1) und ob zwischen dem genetischen Vater und dem Kind eine sozial-familiäre Beziehung besteht, sei sie auch noch so besonders intensiv, sei nach deutschem Recht unwesentlich (Leitsatz 2). Die vom deutschen Gesetzgeber getroffene Entscheidung habe der EuGHMR in mehreren Entscheidungen als im Rahmen des nationalen Beurteilungsspielraums zulässig angesehen - so der BGH in der genannten Entscheidung vom 15.11.2017, eine Einschätzung, die in dieser Form mit Sicherheit nicht zutrifft.[17] Schon *Helms*[18] hat in seinem Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag 2016 die starre Ausrichtung allein auf die sozial – familiäre Beziehung kritisiert:

- *„Nicht zu überzeugen vermag am deutschen Lösungsansatz vor allem, dass § 1600 Abs. 2 BGB den Blick allein auf die sozial-familiäre Beziehung zwischen rechtlichem Vater und Kind richtet. Ob eine solche Beziehung auch zum leiblichen Vater besteht oder vielleicht einmal bestanden hat, warum diese gegebenenfalls wieder abgebrochen ist oder nie aufgebaut werden konnte, spielt keine Rolle.“*

Der vom BMJV eingesetzte Arbeitskreis Abstammungsrecht[19] hatte de lege ferenda im Abschlussbericht 2017 vorgeschlagen, bei der Anfechtung der Vaterschaft nicht nur die sozial-familiäre Beziehung des Kindes zum rechtlichen Vater zu berücksichtigen, sondern auch die sozial-familiäre Beziehung zwischen dem Kind und seinen genetischen Vater in den Blick zu nehmen. Einen ähnlichen Vorschlag unterbreitete der vom BMJV im April 2019 vorgelegte Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Abstammungsrecht[20], wonach der Vorrang der sozial-familiären Beziehung zum rechtlichen Vater nicht gelten solle, wenn auch eine sozial- familiäre Beziehung des Kindes zum anfechtenden Vater besteht und diese Beziehung für das Kind wichtiger sei.

Rixe[21] hatte an den Gesetzgeber appelliert, nicht weitere Entscheidungen des europäischen Gerichtshofs abzuwarten, sondern zeitnah die „*gebotenen Schlussfolgerungen aus der bisherigen Rechtsprechung*“ zu ziehen. Es war dann aber doch nicht der Gesetzgeber, der sich den drängenden Fragen der Rechtsprechung des *EuGHMR* gestellt hat, sondern, wie bekannt, das *BVerfG* in der weithin beachteten Entscheidung vom 09.04.2024.[22]

[16] *BGH* v. 15.11.2017 – XII ZB 389/16 –, FamRZ 2018, 275.
[17] Frank FamRZ 2021, 112; *Helms* FamRZ 2014, 277.
[18] *Helms*, Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag, Essen 2016 „*Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen,*“ Seite F 44 ff.
[19] *BMJV* (Hg.) Arbeitskreis Abstammungsrecht – Abschlussbericht: Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrecht, 2017, Seite 52 (These 29).
[20] dazu *Schwonberg* FamRZ 2019, 1303.
[21] Anm. zu Anayo/Deutschland FamRZ 2011, 1366.
[22] *BVerfG* v. 9.4.2024 1 BvR 2017/21 – FamRZ 2024, 846 m. Anm. *Reuß; Wenzel* FF 2025, 184.

III. **Wettlauf um die Vaterschaft** - Entscheidung des *BVerfG* v. 09.04.2024

Nach der Entscheidung des *BVerfG* ist § 1600 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 BGB mit Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG unvereinbar. Die Entscheidung betrifft die bekannte Problematik des *"Wettlaufs um die Vaterschaft."* Die Mutter verhindert mit ihrer Zustimmung zur Anerkennung der Vaterschaft die Bemühungen des genetischen, aber nicht rechtlichen Vaters, seine rechtliche Elternstellung durchzusetzen. Ein anderer Mann, der neue Partner, anerkennt mit Zustimmung der Mutter die Vaterschaft und verhindert damit die erfolgreiche Anfechtung der Vaterschaft durch den genetischen Vater, wenn zwischenzeitlich, wie im Fall des *BVerfG* geschehen, zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind eine sozial-familiäre Beziehung entstanden ist: Die erfolgreiche Anfechtung setzt nämlich voraus, dass zwischen dem Kind und seinem Vater keine Beziehung dieser Art besteht. Eine solche wird nach Abs. 3 S. 1 angenommen, wenn der Vater zum maßgeblichen Zeitpunkt für das Kind tatsächliche Verantwortung trägt oder getragen hat. Darin sieht das BVerfG eine Verletzung des Rechts des genetischen, nicht rechtlichen Vaters aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 BGB und stellt die Verfassungswidrigkeit der genannten Vorschriften des Familienrechts fest. Dem Gesetzgeber wurde bis 30.03.2026 eine Frist eingeräumt, eine Neuregelung zu schaffen.[23] Bis zu einer Neuregelung sind die Verfahren von Anfechtungsberechtigten auf Antrag auszusetzen.

Leibliche Väter, deren Elternschaft im verfassungsrechtlichen Sinn aus der genetischen Verbindung mit dem Kind aufgrund natürlichen Zeugungsakts mit dessen Mutter folgt, und bei denen die Bereitschaft zur Übernahme von Elternverantwortung angenommen werden kann, sind Träger des Elterngrundrechts und können sich auf die Gewährleistungen von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG stützen (Rn.42). Damit hat das BVerfG den biologischen Vater in den erlauchten Kreis der Träger des Elterngrundrechts nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 aufgenommen.

- *„Unabhängig von einer fachrechtlichen Zuordnungsregel sind jedenfalls die im herkömmlichen Sinn leiblichen Eltern des Kindes, also der Mann und die Frau, die das Kind durch Geschlechtsverkehr mit ihren Keimzellen gezeugt haben, wenn diese Frau anschließend das Kind geboren hat (Randnote 3 …) Eltern im verfassungsrechtlichen Sinn…"*[24]

Das gilt auch, wenn nach den familienrechtlichen Regelungen zugleich die Mutter und der rechtliche Vater des Kindes Grundrechtsträger sind. Das *BVerfG* bezieht abweichend von der bisherigen Rechtsprechung[25] einen recht modernen Standpunkt: Möglich wäre es, die rechtliche Elternschaft allen drei Personen, der Mutter, dem rechtlichen und dem leiblichen Vater zuzuordnen, das Grundgesetz steht **einer abstammungsrechtlichen Mehrelternschaft** explizit nicht entgegen, die allerdings verfassungsrechtlich nicht gefordert wird (Rn.41, 42).[26]

---

[23] das *BVerfG* hat die ursprünglich bis 30.6.2025 befristete Fortgeltungsanordnung bis zum 31.03.2026 Verlängert; dazu *Greve* FamRZ 2025, 1073.

[24] *BVerfG* v. 9.4.2024 1 BvR 2017/21 – FamRZ 2024, 846 m. Anm. *Reuß* Rn.38

[25] *BVerfG* FamRZ 2003, 816.

[26] Anmerkung *v. Reuß* FamRZ 2024, 864.

Jedoch hatte der damalige Bundesminister der Justiz Marco Buschmann im unmittelbaren Anschluss an die Entscheidung unmissverständlich öffentlich gemacht, dass der deutsche Gesetzgeber am Zwei-Eltern-Prinzip festhalten werde.

Im vorliegenden Kontext sollen in aller Kürze die Gründe der Entscheidung dargelegt werden. Im Wesentlichen macht das BVerfG die Verfassungswidrigkeit an drei Verstößen fest:

- Der Grundrechtsverstoß resultiert aus der Negativvoraussetzung des § 1600 Abs. 2 Alt.1 BGB, wonach Art und Umfang der dem Anfechtungsantrag vorausgehenden Bemühungen des leiblichen Vaters um die rechtliche Vaterschaft oder Umgang mit dem Kind kategorisch unberücksichtigt bleiben; Bemühungen dieser Art ließen aber regelmäßig auf den Willen schließen, die rechtlicher Elternverantwortung zu übernehmen: „*Wenn eine sozial – familiäre Beziehung des Kindes zum leiblichen Vater besteht, bestanden hat oder infolgedessen ernsthaften Bemühens darum bestehen könnte, überschreitet ein genereller Ausschluss der Vaterschaftsanfechtung durch den leiblichen Vater die Grenzen der Typisierungsbefugnis für Regelungen im Familienrecht.*“ [27]

- Im Übrigen kann die Dauer eines Anfechtungsverfahrens zu einer sozialfamiliären Beziehung des Kindes zum rechtlichen Vater führen, die bei Einleitung des Anfechtungsverfahrens aber noch gar nicht vorhanden war. Daraus leitet das BVerfG die fehlende **Effektivität des Anfechtungsverfahren** ab.[28]

- „*Das nicht unerhebliche Gewicht der Beeinträchtigung folgt zudem daraus, dass zur Übernahme von Elternverantwortung bereiten leiblichen Vätern als Trägern des Elterngrundrechts ein Anfechtungsrecht auch dann versagt bleibt, wenn nach einer ersten, wegen des damaligen Eingreifens der Negativvoraussetzung aus § 1600 Abs. 2 Alt.1 BGB erfolglosen Anfechtung eine sozial- familiäre Beziehung des Kindes zu seinem rechtlichen Vater nicht mehr besteht. Nach der erfolglosen Durchführung einer Vaterschaftsanfechtung können leibliche Väter nicht mehr auf der Grundlage ihnen im Fachrecht gewährter Rechte die rechtliche Vaterschaft für ihr Kind erlangen.*“[29]

[27] *BVerfG* v. 9.4.2024 1 BvR 2017/21 – FamRZ 2024, 846 m. Anm. *Reuß* Rn.103
[28] *BVerfG* v. 9.4.2024 1 BvR 2017/21 – FamRZ 2024, 846 m. Anm. *Reuß* Rn.47
[29] *BVerfG* v. 9.4.2024 1 BvR 2017/21 – FamRZ 2024, 846 m. Anm. *Reuß* Rn.84

IV. Der Regierungsentwurf vom 29.10.2025

Der nunmehr vorgelegte *Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zur Vaterschaftsanfechtung vom 29.10.2025* verlässt die bisherigen fundamentalen Bahnen des Abstammungsrecht nicht: Er hält am Zwei-Eltern-Prinzip fest und behält auch die Typisierungen bei der Zuordnung der rechtlichen Vaterschaft (Ehemann oder Anerkennung der Vaterschaft) bei. Allerdings werden mehrere Maßnahmen vorgeschlagen, um die Entscheidung des BVerfG umzusetzen und den *„Wettlauf um die Vaterschaft“* sachgerecht aufzulösen:

- Im Zentrum steht die völlige Neugestaltung des Anfechtungsrechts durch den leiblichen Vater, getragen von dem Willen des Gesetzgebers, abhängig vom Lebensalter des Kindes den Grundrechten aller Beteiligten angemessen Rechnung zu tragen;
- Im Übrigen wird eine Anpassung von § 1600 BGB vorgenommen, Abs. 6 sieht einen Ausschluss des Anfechtungsrechts in bestimmten Fällen vor;
- die Anhörung des Kindes im Anfechtungsverfahren wird mit § 175 FamFG -E ausgeweitet werden;
- Dem leiblichen Vater, der wegen einer sozial- familiäre Beziehung eines anderen Mannes zum Kind mit seiner Anfechtung gescheitert ist, seine Elternschaft zu etablieren, wird eine „zweite Chance“ (und dritte und vierte usw.) eingeräumt in Form der Wiederaufnahme des rechtskräftig abgeschlossenen Anfechtungs-verfahrens;
- Anerkennung der Vaterschaft ohne Feststellungsverfahren oder Scheidungsverfahren, sog Dreiererklärung;
- Die Anerkennungssperre im laufenden Feststellungsverfahren.

1. **Das Ende des Wettlaufs:** Die Neugestaltung des Anfechtungsrechts nach § 1600 BGB - E

Die Vorschrift des § 1600 BGB wird völlig neugestaltet; sie erhält die Überschrift *Anfechtungsberechtigte; Ausschluss der Anfechtung*. Wie bisher auch, wird in § 1600 Abs. 1 S. 1 die Berechtigung, die Vaterschaft anzufechten, dem rechtlichen Vater (Nr. 1), dem mutmaßlich leiblichen Vater (Nr. 2), der Mutter (Nr. 3) und dem Kind (Nr. 4) eingeräumt. Die Vorschrift differenziert in den folgenden Absätzen danach, wer die Vaterschaft anficht: Die Abs. 2-5 stellen besondere Voraussetzungen auf, wenn der mutmaßlich leibliche Vater das Anfechtungsverfahren betreibt, Abs. 6 betrifft Ausschlussgründe für den Fall, dass die Anfechtung der Vaterschaft durch den rechtlichen Vater oder die Mutter erfolgt.

Ficht der leibliche Vater die Vaterschaft an, unterscheidet die Vorschrift jetzt danach, ob das von der Anfechtung betroffene Kind im maßgeblichen Zeitpunkt volljährig ist, dann gilt Abs. 2, oder minderjährig ist, dann gelten die Absätze 3 bis 5.[30] Wenn im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung das Kind das 18. Lebensjahr bereits vollendet hat, hängt der Erfolg der Anfechtung davon ab, ob das Kind der Anfechtung widerspricht. Widerspricht das Kind der Anfechtung nicht, hat die Anfechtung Erfolg. Mit zunehmendem Alter gewinnt der Wille des minderjährigen Kindes an Bedeutung in dem Maße wie andere Kriterien, auch die Interessen der Eltern, zunehmend an Gewicht verlieren. Das Kindeswohl alleine kann daher nicht mehr den Ausschlag geben, sobald das Kind volljährig geworden ist. Zudem war dem Kind bis zu diesem Zeitpunkt ein rechtlicher Vater zugeordnet gewesen, möglicherweise für einen langen Zeitraum, sodass eine Statusänderung gegen seinen Willen, vom leiblichen Vater ausgehend, problematisch sein könnte. Schließlich erlöschen mit der Volljährigkeit das Elterngrundrecht des leiblichen Vaters und dasjenige des rechtlichen Vaters - die Interessen beider haben hinter dem Wunsch und Willen des dann volljährigen Kindes keine Priorität mehr.[31]

„Ist das Kind minderjährig, ist die Anfechtung nach Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ausgeschlossen, wenn zwischen dem Kind und dem Mann, dessen Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 oder 2 oder § 1593 besteht, eine sozial-familiäre Beziehung besteht,“ so § 1600 Abs. 3 S. 1 BGB in der neuen Fassung. Das entspricht der bisherigen Regelung: Zum Schutz gewachsener Bindungen und Beziehungen soll die Anfechtung des leiblichen Vaters keinen Erfolg haben, im Fall, dass zwischen Kind und dem rechtlichen Vater eine sozial-familiäre Beziehung besteht.

Hier hatte der Referentenentwurf eine Fristenlösung[32] vorgesehen: Ficht der leibliche Vater die Vaterschaft innerhalb der ersten sechs Lebensmonate des Kindes an, hat die Anfechtung uneingeschränkten Erfolg, weil der Ausschlussgrund der sozial-familiären Beziehung des Kindes zu seinem rechtlichen Vater in einem so frühen Alter noch nicht entwickelt sein kann. Diesen Lösungsansatz übernimmt der Regierungsentwurf zwar nicht, bietet aber eine in Abs. 5 S. 3 normierte Regelvermutung für das erste Jahr nach Begründung der rechtlichen Vaterschaft: *In der Regel liegt noch keine sozial- familiäre Beziehung nach Abs. 3 S. 1 vor, wenn die Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 oder 2 oder § 1593 vor weniger als einem Jahr begründet wurde.* Fristbeginn ist entweder die Geburt, wenn die Elternstelle durch den Ehemann besetzt wird, oder der Zeitpunkt der Anerkennung gemäß § 1592 Nr. 2 BGB.[33]

[30] die Abs. 2,3 und 5 ersetzen die vom BVerfG für unvereinbar mit dem Elterngrundrecht des leiblichen Vaters aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG erklärten §§ 1600 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 BGB.
[31] Regierungsentwurf S. 41.
[32] Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 4.7.2025 S. 6.
[33] *Oldenburger* NJW 2025, 879, 881.

Das BVerfG hatte de lege lata den kategorischen Ausschluss des Anfechtungsrechts bemängelt auch in den Fällen, in welchen eine sozial- familiäre Beziehung des Kindes zum leiblichen Vater besteht, bestanden hat oder infolge dessen ernsthaften Bemühens darum bestehen könnte. Diesen ausnahmslosen Ausschluss des Anfechtungsrechts gibt der Gesetzgeber jetzt auf, indem er drei in der Entscheidung des BVerfG vorgegebene Ausnahmevorschriften ergänzt und zusätzlich eine *„Auffanggruppe für Ausnahmefälle“* [34] in Nr. 4 vorsieht. Die Vorschrift des § 1600 Abs. 3 S. 2 BGB – E sieht eine Reihe von Rückausnahmen vor, bei deren Vorliegen die Anfechtung nicht ausgeschlossen ist:

- Zwischen dem Kind und seinem leiblichen Vater besteht ebenfalls eine sozial-familiäre Beziehung (Nummer. 1)
- zwischen dem Kind und seinem leiblichen Vater bestand zu einem früheren Zeitpunkt eine sozial-familiäre Beziehung, deren Abbruch der leibliche Vater nicht zu vertreten hat (Nummer. 2);
- der leibliche Vater hat sich ernsthaft um den Aufbau einer sozial-familiären Beziehung zu dem Kind bemüht, hatte damit aber aus von ihm nicht zu vertretenden Umständen keinen Erfolg (Nummer. 3);
- wenn der von S. 1 angeordnete Ausschluss der Anfechtung aus einem anderen, vom leiblichen Vater nicht zu vertretenden Grund grob unbillig wäre (Nummer 4).

Es gilt der **Amtsermittlungsgrundsatz** nach § 26 FamFG: Die für die Entscheidung erheblichen Tatsachen sind von Amts wegen zu erheben. Zugunsten des rechtlichen Vaters entscheidet das Gericht, wenn es die Voraussetzungen der in § 1600 Abs. 3 S. 3 BGB – E genannten Fallgruppen nicht feststellen kann, eine weitere Abwägung und Kindeswohlprüfung ist nicht erforderlich. Sind die Voraussetzungen einer der Rückausnahmen erfüllt, hat die Anfechtung des leiblichen Vaters grundsätzlich Erfolg.

Neu ist die Härtefallklausel nach § 1600 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 BGB – E. Hier werden Situationen adressiert, in denen zwar keine eigene sozial-familiäre Beziehung des leiblichen Vaters zum Kind oder ein vergebliches Bemühen darum vorliegt, die bisherige rechtliche Vaterschaft an sich beibehalten werden müsste, gleichwohl aber die Beibehaltung der bisherigen rechtlichen Vaterschaft für das Kindeswohl und der berechtigten Interessen der Beteiligten ausnahmsweise dennoch zu einer groben Unbilligkeit des Anfechtungsausschlusses führen würde. Der Regierungsentwurf konzediert, dass solche Fragen in der Praxis bisher keine Rolle gespielt haben, könnten aber infolge der Entscheidung des BVerfG künftig mehr diskutiert werden. Gedacht wird an Fälle, wenn die sozial – familiäre Beziehung zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind zwar besteht, aber durch häusliche oder sexualisierte Gewalt

[34] Regierungsentwurf S. 42.

oder andere gravierende Formen der Vernachlässigung des Kindes stark belastet ist und das Familiengericht nach § 1666 BGB eine längerfristige Fremdunterbringung des Kindes prüfen muss. In einer solchen Konstellation könnte der leibliche Vater die eigene rechtliche Vaterschaft anstreben - die gesetzliche Regelung sollte eine Einzelfallprüfung möglich sein.

- *„Wird der leibliche Vater in dieser Situation aktiv, weil er die Vaterschaft des anderen Mannes zwar bisher akzeptiert hat, das Kind dem aber so nicht ausgesetzt sehen will und deshalb über eine fristgerechte Anfechtung der Vaterschaft die eigene rechtliche Vaterschaft anstrebt, wäre zumindest eine Einzelfallprüfung durch das Familiengericht sachgerecht und könnte für alle Beteiligten Härten abwenden.“*[35]

Hat der leibliche Vater mit seinem Anfechtungsantrag Erfolg, liegt also eine der Rückausnahmen nach § 1600 Abs. 3 S. 2 – E BGB vor, ist nach S. 3 eine Kindeswohlprüfung durchzuführen, „*wenn der Fortbestand der Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 oder 2 oder § 1593 unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Beteiligten für das Wohl des Kindes erforderlich ist.*“

2. Die sozial-familiäre Beziehung

Nach § 1600 Abs. 5 S. 1 BGB – E besteht eine sozial-familiäre Beziehung im Sinn des Abs. 3, wenn der Mann für das Kind tatsächliche Verantwortung trägt. Eine Übernahme tatsächlicher Verantwortung liegt nach S. 2 – E in der Regel vor, wenn der Mann mit dem Kind längere Zeit in **häuslicher Gemeinschaft** zusammengelebt hat. Nach Auffassung des Gesetzgebers behält Abs. 5 S. 1 die bisherige Definition der sozial-familiären Beziehung bei ebenso wie den maßgeblichen Zeitpunkt für die Feststellung, ob eine solche Beziehung vorliegt. Im Einklang mit dem *BVerfG* schließt nur eine im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung aktuell noch bestehende sozial-familiäre Beziehung des Kindes zum rechtlichen Vater die Anfechtung aus. Bestand eine solche Beziehung zu einem früheren Zeitpunkt und ist sie, gleichgültig aus welchen Gründen, zwischenzeitlich entfallen, steht dies künftig einer Anfechtung des biologischen Vaters nicht mehr im Weg.[36]

Ab wann eine sozial familiäre Beziehung nicht mehr vorliegt, bedarf einer umfassenden Würdigung der Umstände des Einzelfalles. Der Auszug des rechtlichen Vaters alleine aus dem vormals gemeinsamen Haushalt mit dem Kind wird in aller Regel für sich genommen nicht ausreichen, den Wegfall der sozial-familiären Beziehung zu begründen, insbesondere dann nicht, wenn er weiterhin regelmäßigen Kontakt in Form des Umgangs mit dem Kind pflegt. Der Gesetzgeber legt Wert auf eine Gesamtbetrachtung, um den Grundrechten der Beteiligten angemessen Rechnung tragen zu können. Nach S. 2 reicht es nicht mehr aus, dass die Mutter mit dem Man verheiratet ist, um die Übernahme tatsächlicher Verantwortung für das Kind anzunehmen, sollte das Kind nicht zugleich über einen längeren Zeitraum mit ihm in

[35] Regierungsentwurf S. 44.
[36] Regierungsentwurf S. 47.

häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt haben: Nicht mehr die Form der Beziehung zwischen Mutter und rechtlichen Vater ist von Bedeutung, sondern entscheidend ist das tatsächliche Zusammenleben.

Die neue Vorschrift des § 1600 Abs. 5 S. 3 BGB – E stellt eine weitere Regelvermutung auf: *In der Regel liegt noch keine sozial-familiäre Beziehung nach Abs. 3 S. 1 vor, wenn die Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 oder 2 oder § 1593 vor weniger als einem Jahr begründet wurde.* Ist das Kind minderjährig, ist die Anfechtung im Fall einer sozial- familiären Beziehung zwischen rechtlichem Vater und Kind ausgeschlossen, Abs. 3 S. 1. Aber: Eine sozial-familiäre Beziehung kann nach der genannten Vermutungsregel im ersten Jahr der Begründung der rechtlichen Vaterschaft nicht entstehen. Entweder gelingt es dem rechtlichen Vater doch, den Nachweis einer sozial-familiären Beziehung zu führen, dann ist die Anfechtung des leiblichen Vaters ausgeschlossen. Aber was ist, wenn dieser Nachweis - wie vermutlich in aller Regel - nicht gelingen wird? Nach welchen Kriterien wird das Gericht dann entscheiden. Der Regierungsentwurf ist hier zurückhaltend[37], es heißt, die hierzu *in der familien-gerichtlichen Rechtsprechung etablierten Maßstäbe* blieben durch die gesetzlichen Änderungen unberührt. Aber welche Maßstäbe sind dies? Ist es das Kindeswohl? Der neue Gesetzestext enthält dazu keine explizite Bestimmung. Die Regelausnahmen das Abs. 3 S. 2 können nicht gelten; denn diese Alternativen setzen voraus, dass zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind eine sozial – familiäre Beziehung nach S. 1 besteht. Satz 3 bezieht sich auf das Kindeswohl, die Vorschrift ist allerdings eine Rückausnahme zu S. 2.

3. Der Ausschluss des Anfechtungsrechts

Die neue Vorschrift des § 1600 Abs. 6 BGB– E sieht für den rechtlichen **Vater und die Mutter** Ausschlüsse des Anfechtungsrechts vor. Besteht die Vaterschaft eines Mannes, ist die Anfechtung ausgeschlossen, wenn er bei Anerkennung der Vaterschaft wusste, dass das Kind nicht von ihm abstammt oder wenn das Kind mit Einwilligung des Mannes und der Mutter durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden ist. Ziel der Regelung ist, eine reine „Sperrvaterschaft“ unattraktiv zu machen: Erfolgt die Anerkennung mit dem Ziel, den leiblichen Vater von der rechtlichen Vaterschaft auszuschließen, dann soll sich der Anerkennende später nicht mit der Anfechtung von der rechtlichen Vaterschaft unter Berufung auf die fehlende leibliche Abstammung lösen können.

Entsprechende Regelungen sind für die Mutter vorgesehen: Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn sie bei Zustimmung zur Anerkennung der Vaterschaft wusste, dass das Kind nicht von dem Anerkennenden abstammt oder wenn das Kind mit Einwilligung des Mannes durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden ist und sie darin eingewilligt hat. Die Vorschrift ist eine abstammungsrechtliche Ausprägung des Grundsatzes *venire contra factum proprium* - Verbot des widersprüchlichen Verhaltens. Wer eine Vaterschaft anerkannt oder ihr zugestimmt hat in dem Wissen, dass das Kind biologisch

[37]Regierungsentwurf S. 48.

nicht von dem anerkennenden Mann abstammt, kann nicht später bei passender Gelegenheit die Vaterschaft unter Berufung auf die fehlende leibliche Abstammung anfechten.

4. Die „**zweite, dritte, usw. Chance**“ des leiblichen Vaters

Einen weiteren Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG hat das *BVerfG* in der Entscheidung des Gesetzgebers gesehen, dem leiblichen Vater die zweite Chance zu versagen. Den leiblichen Vätern, die bereit sind, die Elternverantwortung zu übernehmen, ist das Anfechtungsrecht auch dann versagt, wenn nach einer erfolglosen rechtskräftigen Anfechtung wegen Eingreifens der Negativvoraussetzung aus § 1600 Abs. 2 1. Alt. BGB die sozial-familiäre Beziehung des Kindes zu seinem rechtlichen Vater nicht mehr besteht.

- *„Nach der erfolglosen Durchführung einer Vaterschaftsanfechtung können leibliche Väter nicht mehr auf der Grundlage ihnen im Fachrecht gewährter Rechte die rechtliche Vaterschaft für ihr Kind erlangen. Diese ist aber Voraussetzung für den Erhalt des (Mit-) Sorgerechts. Dessen wiederum bedarf es im Grundsatz, um die rechtliche Elternverantwortung überhaupt ausüben zu können, die das Elterngrundrecht des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG prägt. Im Ergebnis bleibt ihnen die Elternverantwortung nach erfolgloser Erster Anfe**chtung damit dauerhaft** verwehrt.“*[38] (Hervorh. d. Verf.)

In Vollzug der Vorgaben des *BVerfG* sieht der Regierungsentwurf in § 185a FamFG – E eine Möglichkeit vor, das zum Nachteil des leiblichen Vaters rechtskräftig abgeschlossene Verfahren wieder aufzunehmen. Ein **Restitutionsantrag des leiblichen Vaters** ist nach dieser Vorschrift statthaft, wenn er schlüssig vortragen kann, dass die sozial-familiäre Beziehung zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater jetzt beendet ist. Auch wenn der leibliche Vater schlüssig vorträgt, dass zwischen dem Kind und ihm eine sozial-familiäre Beziehung besteht, ist sein Restitutionsantrag nach Abs. 1 Nr. 2 statthaft. Nach § 1600 Abs. 4 BGB – E ist eine Kindeswohlprüfung vorgesehen für Verfahren auf Anfechtung der Vaterschaft, die nach § 185a FamFG – E wieder aufgenommen wurden. In beiden Fällen des § 185a Abs. 1 S. 1 FamFG -E prüft das Familiengericht im Verfahren der Restitution, ob tatsächlich nach § 1600 Abs. 3 S. 1 BGB – E eine sozial-familiäre Beziehung zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater besteht. Die Anfechtung bleibt gleichwohl ohne Erfolg, wenn der Fortbestand der Vaterschaft unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Beteiligten für das Wohl des Kindes erforderlich ist.

[38] *BVerfG* v. 9.4.2024 1 BvR 2017/21 – FamRZ 2024, 846 m. Anm. *Reuß* Rn.84

Die Neuregelung sieht eine wiederholte Aufnahmemöglichkeit vor nach Ablauf von jeweils zwei Jahren ab Rechtskraft des zurückweisenden Beschlusses. Das bedeutet, in jedem Fall muss innerhalb der Anfechtungsfrist von zwei Jahren die gerichtliche Überprüfung beantragt werden. Wird dem Antrag aufgrund einer bestehenden sozialfamiliären Beziehung nicht stattgegeben, kann nach Ablauf von zwei Jahren erneut einen Antrag gestellt werden, wenn sich entweder eine eigene sozial familiäre Beziehung entwickelt hat oder die vormalige entfallen ist. Nach einem gegebenenfalls erneut zurückweisenden Beschluss kann wieder nach Ablauf von zwei Jahren ein Antrag gestellt werden- ein aus Sicht der Anwaltschaft sicher durchaus begrüßenswerte Lösung.

Der Referentenentwurf sah noch eine Hemmung der Anfechtungsfrist für den leiblichen Vater vor, solange eine sozial-familiäre Beziehung zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater bestand; diese Hemmung der Anfechtungsfrist wurde nicht mehr übernommen. Gegenüber dem Referentenentwurf ist die Wiederaufnahme des Verfahrens erweitert worden: Sie soll nicht nur möglich sein, wenn die sozial – familiäre Beziehung zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater beendet ist, sondern auch in Fällen, wenn zwischen dem Kind und seinen leiblichen Vater eine sozial – familiäre Beziehung besteht. Ergänzt wurde weiter, dass eine Wiederaufnahme frühestens zwei Jahre nach einer erfolglosen Anfechtung erfolgen kann und schließlich kann ein erneuter Antrag auf Wiederaufnahme nach zwei weiteren Jahren gestellt werden. Der Regierungsentwurf stellt sicher, dass im Rahmen des wiederaufgenommenen Anfechtungsverfahrens stets eine Kindeswohlprüfung zu erfolgen hat.

Die neue Regelung mit den in**fi**niten Wiederaufnahmemöglichkeiten bedeutet, dass in jedem Fall die gerichtliche Überprüfung innerhalb der Anfechtungsfrist von zwei Jahren beantragt werden muss. Besteht eine sozial- familiäre Beziehung und wird dem Antrag nicht stattgegeben, kann nach Ablauf von zwei Jahren erneut einen Antrag gestellt werden, sei es, dass sich eine eigene soziale familiäre Beziehung des biologischen Vaters entwickelt hat oder die Beziehung zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind entfallen ist. Wird der Antrag des biologischen Vaters erneut zurückgewiesen, kann wieder nach Ablauf von zwei Jahren ein Antrag gestellt werden; auf diese Art und Weise wird die problematische Feststellung der Hemmungsvoraussetzungen umgangen. Mit der Möglichkeit des wiederholten Restitutionsantrag geht der Gesetzgeber weit über die Vorgaben des *BVerfG* hinaus. Es stellt sich die Frage, ob sich eine derart weitgehende Möglichkeit der sich wiederholenden Anfechtungen vor dem Hintergrund der Statusbeständigkeit wünschenswert ist, so sehr mit dieser Regelung möglicherweise den Interessen des biologischen Vaters entgegengekommen wird.

5. Die neue Dreiererklärung – Die Vermeidung von Anfechtungsverfahren

Der neue § 1595a BGB – E regelt den Fall der **Anerkennung der Vaterschaft trotz bestehender Vaterschaft** – die sog. Dreiererklärung. Ist die Mutter bei der Geburt des Kindes mit einem anderen Mann verheiratet und ist dieser dem Kind kraft Ehe als Vater zugeordnet, soll der leibliche Vater künftig einfacher auch der rechtliche Vater des Kindes werden können. Mit Zustimmung der Mutter, des Kindes und des rechtlichen Vaters soll der leibliche Vater die Vaterschaft anerkennen können, ohne dass ein Anfechtungsverfahren durchzuführen ist. Vor der Eintragung in die Geburtsurkunde des Kindes muss der leibliche Vater gegenüber dem Standesamt den Nachweis führen, das Kind gezeugt zu haben. Anders als nach geltendem Recht soll es dazu nicht mehr zwingend der Scheidung der Ehe der Mutter und des rechtlichen Vaters bedürfen. Die Anerkennung trotz bestehender Vaterschaft eines anderen Mannes soll künftig auch dann möglich sein, wenn der bisherige rechtliche Vater dem Kind kraft Anerkennung zugeordnet ist. Auch in diesem Fall soll die Mutter, das Kind und der bisherige rechtliche Vater die Anerkennung des nachweislich leiblichen Vaters zustimmen müssen.

6. Die Anerkennungssperre

In § 1594 BGB ist die Anerkennung der Vaterschaft geregelt. Der Vorschrift wird ein neuer Abs. 5 hinzugefügt:

- *„Eine Anerkennung, die nach Einleitung eines Verfahrens erfolgt, in dem die Vaterschaft eines anderen Mannes als des Anerkennenden für das Kind festgestellt werden soll, ist nicht wirksam, solange das Verfahren anhängig ist. S. 1 gilt nicht, wenn der Anerkennende die Anerkennung zur Niederschrift des Gerichts nach § 180 Abs. 2 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit erklärt.“*

Nach geltendem Recht kann der erfolgreiche Abschluss eines Verfahrens zur gerichtlichen Feststellung der rechtlichen Vaterschaft gezielt vereitelt werden, indem die Anerkennung durch einen Bekannten oder neuen Partner der Mutter nur erfolgt, um eine „Sperrvaterschaft“ auszulösen, also um zu verhindern, dass der leibliche Vater des Kindes als dessen rechtlicher Vater festgestellt wird. Mit der Anerkennung wird der Feststellungsantrag des leiblichen Vaters unzulässig, wenn ein anderer Mann während des laufenden Verfahrens die Vaterschaft mit Zustimmung der Mutter anerkennt. Dann muss der leibliche Vater, um in einem solchen Fall selbst rechtlicher Vater zu werden, die Vaterschaft des anderen Mannes anfechten und scheitert in aller Regel, wenn eine sozial – familiäre Beziehung zwischen dem durch Anerkennung zum rechtlichen Vater gewordenen Mann und dem Kind besteht – soweit das geltende Recht.

Solange ein Verfahren zur Feststellung der Vaterschaft eines Mannes für ein Kind anhängig ist, soll kein anderer Mann daher künftig die Vaterschaft für dieses Kind wirksam anerkennen können. Wenn jedoch die leibliche Vaterschaft des Mannes feststeht, der die Vaterschaft für das Kind anerkennen möchte, besteht kein Grund mehr, den Ausgang des Feststellungsverfahrens abzuwarten. Eine Sperre macht in einer solchen Konstellation keinen Sinn mehr.

V. Fortsetzung des Verfahrens nach Tod rechtlichen Vaters

Eine spannende Frage ist, ob Eltern des Mannes, für den eine Vaterschaft besteht (oder sonstige Verwandte), zur Anfechtung berechtigt sind. Das ist vor allem für erbrechtliche Fragen von streitentscheidender Bedeutung. Der Fall des *BGH*[39] zeigt dies recht anschaulich: Kann die Mutter des anfechtenden Mannes nach dessen Tod das Abstammungsverfahren fortsetzen?

Der Mann hatte die Vaterschaft für das betroffene Kind anerkannt, zwei Jahre später aber angefochten. Nach Zustellung des Schriftsatzes am 17.05.2013 starb er am 27.05.2013. Im Anhörungstermin vom Juli 2013 stellte das Amtsgericht die Unterbrechung des Verfahrens fest und wies darauf hin, dass es nur fortgesetzt werde, wenn ein Beteiligter dies innerhalb einer Frist von einem Monat verlange; nachdem binnen dieser Frist kein Fortsetzungsantrag eingegangen war, hatte das Amtsgericht die Erledigung des Verfahrens mit Verfügung vom August 2013 festgestellt. Und jetzt, danach, tritt die Mutter des verstorbenen Mannes auf dem Plan und beantragt, sie zum Verfahren hinzuzuziehen und dieses fortzusetzen. Amtsgericht und OLG haben den Antrag zurückgewiesen. Dem folgt der BGH.

Das Anfechtungsrecht der Eltern des verstorbenen Mannes, der die Vaterschaft anerkannt hatte, ist seit der Kindschaftsrechtsreform 1998 Rechtsgeschichte: anfechten kann seither nur noch der Vater selbst; aber kann die Mutter des verstorbenen Vaters ein Verfahren, welches dieser eingeleitet hatte, dann fortsetzen, wenn dieser nach Antragstellung aber vor der Rechtskraft der Endentscheidung stirbt? Die Mutter hatte zwei Anträge gestellt, einmal, sie als Beteiligte hinzuzuziehen und zum Zweiten, das Verfahren fortzusetzen.

(1) Die erste Frage ist Gegenstand der Entscheidung vom 28. Juli 2015 – XII ZB 670/14.[40] An sich ist die Beteiligung in Abstammungssachen in § 172 FamFG geregelt. Danach sind das Kind, die Mutter und der Vater sowie in bestimmten Fällen auch das Jugendamt (auf seinen Antrag) zu beteiligen. Allerdings: Die Aufzählung ist nicht abschließend. Sind die Voraussetzungen von § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG gegeben, muss das Gericht weitere Person als sog. Mussbeteiligte zum Verfahren hinzuzuziehen. Danach ist Voraussetzung ein „Verfahren". Aber an einem solchen fehlt es. Stirbt ein Beteiligter in einem Abstammungsverfahren vor Rechtskraft der Endentscheidung, hat das Gericht nach § 181 S. 1 FamFG die übrigen

[39] *BGH* v. 28.07.2015 – XII ZB 670/14 –, FamRZ 2015, 1786 und *BGH* v. 28.07.2015 – XII ZB 671/14 –, FamRZ 2015, 1787 m. Anm. *Stößer* S. 1876.
[40] *BGH* v. 28.07.2015 – XII ZB 670/14 –, FamRZ 2015, 1786.

Beteiligten darauf hinzuweisen, dass das Verfahren nur fortgesetzt wird, wenn ein Beteiligter innerhalb einer Frist von einem Monat dies durch Erklärung gegenüber dem Gericht verlangt. Im vorliegenden Verfahren hatte daher kein Beteiligte innerhalb der Frist die Fortsetzung des Verfahrens verlangt, sodass damit das Verfahren in der Hauptsache erledigt war. Damit scheitert mangels Verfahren auch eine Hinzuziehung als Mussbeteiligte.

(2) Zur zweiten Frage hat der BGH in einer parallelen Entscheidung vom 28. Juli 2015 – XII ZB 671/14[41] Stellung genommen. Nach Auffassung des BGH können nur diejenigen Beteiligten einen Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens nach § 181 FamFG stellen, die schon zum Zeitpunkt des Todes des anderen Beteiligten am Verfahren beteiligt waren, die bis zu diesem Zeitpunkt zu Unrecht nicht beteiligt worden sind oder die zeitlich noch nicht beteiligt werden konnten. Damit sind bei Versterben eines Beteiligten nur fortsetzungsberechtigt der rechtliche Vater, die Mutter und das Kind sowie der biologische Vater, möglicherweise auch das Jugendamt und ein bestellter Verfahrensbeistand. Im Fall des BGH können also die Großeltern nicht verhindern, dass sie dem Enkelkind gegenüber gegebenenfalls unterhaltspflichtig werden und dass nicht sie den verstorbenen Vater beerben, sondern das Kind.[42]

B. Der Regress des Scheinvaters

Terminologisch ist der Scheinvater Hauptakteur eines verwirrenden Rollenspiels. Er ist zunächst einmal Vater, auch rechtlicher Vater, weil er in dieser Eigenschaft im Sinne von § 1592 BGB aufgrund seiner daraus folgenden gesetzlichen Unterhaltspflicht für das Kind Sorge getragen, sprich Unterhalt geleistet hat. Rechtlicher Vater, weil er mit der Mutter verheiratet ist, § 1592 Nr. 1 BGB, oder kraft (irrtümlicher) Vaterschaftsanerkennung gemäß § 1592 Nr. 2 BGB oder aufgrund unzutreffender gerichtlicher Vaterschaftsfeststellung nach § 1592 Nr. 3 BGB. Solange er diese Rolle hat, scheidet ein Regress zwingend aus, was der BGH[43] bereits recht früh im Jahr 1954 im 14. Band anerkannt hatte: Solange die Ehelichkeit eines in der Ehe geborenen Kindes nicht angefochten ist, können keine Unterhaltsansprüche im Regress geltend gemacht werden für den geleisteten Kindesunterhalt. Zum **Dritten** wird der Scheinvater, sobald seine Vaterschaft wirksam nach §§ 1599 ff BGB angefochten ist bzw. eine gerichtliche Vaterschaftsfeststellung im Restitutionsverfahren aufgehoben wurde. Es ist das Gesetz, § 1607 Abs. 3 S. 2 BGB, das ihn nach Beseitigung der rechtlichen Vaterschaft zu **Dritten** macht, der dem Kind als Vater Unterhalt geleistet hat, um dessen Rückforderung vom Erzeuger es jetzt geht und ihn zum Regress fordernden Scheinvater macht.[44] Und schließlich kennt das Familienrecht den wissenden Scheinvater[45], der als Ehemann die außereheliche Abstammung des Kindes kannte oder als nichtehelicher Partner seine

[41] *BGH* v. 28.07.2015 – XII ZB 671/14 –, FamRZ 2015, 1787 m. Anm. *Stößer* S. 1876.
[42] *Stößer* FamRZ 2015, 1876.
[43] *BGHZ* 14, 358 und *BGHZ* 24, 9,11, 12.
[44] Koch/*Wellenhofer,* Handbuch Unterhaltsrecht 13. Aufl. § 6 Rn. 39.
[45] Koch/*Wellenhofer,* Handbuch Unterhaltsrecht 13. Aufl. § 6 Rn. 40.

Vaterschaft bewusst falsch anerkannt hatte.[46] Denn auch dem wissenden Scheinvater steht ein Regressanspruch zu, was nicht auf Anhieb einleuchtet: Wie kann man „als Vater" Unterhalt leisten, wenn man weiß, nicht Vater zu sein? Wem seine fehlende Vaterschaft bekannt ist, wird in der Regel kaum Leistungen „als" verantwortlichen Vater erbringen können, höchstens „wie" ein Vater.[47] Die überwiegende Meinung wendet jedoch die Vorschrift des § 1607 Abs. 3 S. 2 BGB vor dem Hintergrund des Gesetzeszwecks an, die **Unterhaltsbereitschaft** von **nicht unterhaltspflichtige**n Verwandten durch eine Legalzession trotz fehlender Verp**fl**ichtung zu fördern.[48] Die wenig attraktive Alternative für den wissenden Scheinvater wäre der Verweis auf den Weg über § 677 ff BGB oder §§ 812 ff BGB.

Die vielfältigen verfahrensrechtlichen und materiellrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit dem Scheinvaterregress können exemplarisch am Fall des BGH vom 19.09.2018[49] erläutert werden:

Der Antragsteller (rechtlicher Vater und späterer Scheinvater) und die Kindesmutter waren von 1972 bis 1988 verheiratet. Im Mai 1975 wurde der Sohn Y geboren. In einer notariellen Scheidungsfolgenvereinbarung hatte sich der Antragsteller zur Zahlung von Kindesunterhalt für den im Haushalt der Kindesmutter lebenden Y von monatlich 400 DM verpflichtet, solange dieser die Berufsausbildung zum Versicherungskaufmann absolvierte. Bis zum Abschluss der Ausbildung im Juli 92 zahlte der Antragsteller den titulierten Unterhalt. Nachdem der Sohn Ende 2014 von Zweifeln an der Vaterschaft des Antragstellers erfahren hatte, ließen beide ein privates Sachverständigengutachten erstellen, nach dessen Ergebnis die Vaterschaft des Antragstellers praktisch ausgeschlossen war. Die Vaterschaft des Antragstellers wurde angefochten und der Antragsgegner 2016 als Vater des Sohnes gerichtlich festgestellt.

I. Die materiell-rechtliche Ausgangslage

1. Rechtlicher Vater – Scheinvater - **Dritter**

Ausgangspunkt ist zunächst § 1592 Nr. 1 BGB, wonach der mit der Mutter verheiratete Mann (der spätere Scheinvater) als rechtlicher Vater gilt und damit unterhaltsverpflichtet ist. Der Unterhaltsanspruch des Kindes ergibt sich aus §§ 1601, 1603 BGB; der als rechtlicher Vater geltende Mann erfüllt diese Ansprüche. Kommt es zu einer rechtswirksamen Anfechtung der Vaterschaft durch den rechtlichen Vater, gilt § 1592 Nr. 1 BGB nicht mehr, § 1599 Abs. 1 BGB. In diesem Fall ist nach § 1600d Abs. 1 BGB die Vaterschaft gerichtlich festzustellen. Ist sie festgestellt, stammt das Kind nicht mehr vom Scheinvater ab und ist auch nach § 1589 Abs. 1 S. 1 BGB nicht mit diesem verwandt. Zwingende rechtliche Folge ist die fehlende

[46] *LG Bochum v*. 12. 11. 1985 – 11 S 170/85 -, FamRZ 1986, 298; Koch/*Wellenhofer,* Handbuch Unterhaltsrecht 13. Aufl. § 6 Rn. 39.
[47] *Forschner* FamRZ 2013, 1700.
[48] BT-Drucks. 13/7338, S. 21; *Forschner* FamRZ 2013, 1700; Koch/*Wellenhofer,* Handbuch Unterhaltsrecht 13. Aufl. § 6 Rn.40.
[49] *BGH* v. 19.09.2018 – XII ZB 385/17 –, FamRZ 2019, 112; Vorinstanz *OLG Celle* v. 7.7.2017 – 21 UF 53/17 -, FamRZ 2018, 98.

Unterhaltspflicht nach §§ 1601, 1603 BGB des Scheinvaters gegenüber dem Kind. Wohl aber besteht die Unterhaltspflicht des Erzeugers gegenüber dem mit ihm verwandten Kind nach §§ 1601, 1603 BGB. Und jetzt greift die Legalzession nach § 1607 Abs. 3 S. 1 BGB - damit geht der Unterhaltsanspruch des Kindes gegen den Erzeuger auf den Scheinvater über. Man beachte: Der Übergang wird nicht an der rechtlich bestehenden Unterhaltspflicht festgemacht, sondern daran, ob der *Dritte*, gemeint ist der Scheinvater, *als Vater Unterhalt gewährt bzw. gewährt hat.*

Probleme ergeben sich bekanntlich, wenn Unterhalt für die Vergangenheit geltend gemacht wird. Die Vorschrift des § 1613 Abs. 1 S. 1 BGB schließt dies in der Regel aus; für die Vergangenheit kann der Berechtigte Unterhalt nur von dem Zeitpunkt an fordern, (1) in welchem der Verpflichtete entweder aufgefordert wurde, Auskunft über seine Einkünfte oder Vermögen zu erteilen, (2) im Fall des Verzugs oder (3) im Fall, dass der Unterhaltsanspruch rechtshängig geworden ist. Keine dieser Alternativen liegen im Fall des Scheinvaterregresses vor. Allerdings kann nach Abs. 2 Nr. 2 ohne die Einschränkung des Abs. 1 Erfüllung für die Vergangenheit verlangt werden für den Zeitraum, in dem der Berechtigte aus rechtlichen Gründen an der Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs gehindert war - und dies war hier der Fall;[50] denn die Rechtswirkungen der Vaterschaft können, soweit sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt, nach § 1600d Abs. 5 BGB erst vom Zeitpunkt ihrer Feststellung an geltend gemacht werden, will heißen, mit Rechtskraft der Anfechtungsentscheidung geht dieser Anspruch auf den Scheinvater über.[51]

Der Anspruch des Scheinvaters ergibt sich also aus §§ 1607 Abs. 3 S. 2, 1601, 1602, 1613 Abs. 2 Nr. 2 BGB.

- *„Der streitgegenständliche Unterhaltsanspruch des Kindes nach § 1601 BGB gegen den Anspruchsgegner als seinen rechtlichen Vater setzt neben Unterhaltsbedarf (§ 1610 BGB) und Bedürftigkeit (§ 1602 BGB) voraus, dass der Antragsgegner während des Unterhaltszeitraums nicht leistungsunfähig war (§ 1603 BGB). Dementsprechend trifft den Antragsteller die Darlegungs- und Beweislast bezüglich des Unterhaltsbedarfs und der Bedürftigkeit des Kindes während des streitbefangenen Unterhaltszeitraums. Dagegen hat der Antragsgegner seine etwa mangelnde oder eingeschränkte Leistungsfähigkeit darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen*.“ [52]

2. Die cessio legis des Unterhaltsanspruchs

Wegen des Identitätsprinzips gelten für den übergegangenen Anspruch die unterhaltsrechtlichen Bestimmungen, jedoch mit gewissen Modifikationen. Einwendungen gegen die Unterhaltspflicht bleiben grundsätzlich erhalten und können auch gegen den

[50] *BGH* v. 17.09.2009 – XII ZB 82/09 –, FamRZ 2009, 1402 m. Anm. *Hau* Rn 11.
[51] *BGH* v. 19.09.2018 – XII ZB 385/17 –, FamRZ 2019, 112 Rn. 23=NJW 2018, 3648; *Maurer* FamRZ 2019, 94.
[52] *BGH* v. 19.09.2018 – XII ZB 385/17 –, FamRZ 2019, 112 Rn.24=NJW 2018, 3648.

neuen Gläubiger nach §§ 404, 412 BGB geltend gemacht werden. Auch die Vorschrift über den regelmäßigen Verjährungsfrist nach § 197 Abs. 2 BGB ist anzuwenden. Dagegen ist der übergegangene Anspruch abtretbar[53] und er ist ohne die Privilegien von ZPO § 850d pfändbar und verpfändbar. Es kann außerdem gegen ihn aufgerechnet werden.[54]

3. Der Umfang der Legalzession

Unterhaltsansprüche können nur übergehen, soweit sie entstanden sind. Für die Vergangenheit kann Unterhalt nur verlangt werden in den Schranken von § 1613 Abs. 2 BGB. Nach Abs. 2 Nr. 2a BGB kann der Berechtigte für die Vergangenheit ohne die Einschränkung des Abs. 1 Erfüllung verlangen für den Zeitraum, in welchem er aus rechtlichen Gründen daran gehindert ist, den Unterhaltsanspruch geltend zu machen. Vor der wirksamen Vaterschaftsfeststellung bzw. Anerkennung ist das unterhaltsberechtigte Kind allerdings gehindert, Unterhaltsansprüche gegen seinen Erzeuger geltend zu machen, §§ 1594 Abs. 1, 1600d Abs. 4 BGB.

Der Umfang des Regressanspruchs ist doppelt begrenzt. Er reicht nach § 1607 Abs. 3 S. 1 BGB zunächst maximal nur „soweit“, wie der Scheinvater selbst geleistet hat. Allerdings geht nur der konkrete Anspruch des Kindes gegen den Erzeuger auf den Scheinvater über, sodass sich eine weitere Grenze aus der Leistungsfähigkeit des Erzeugers ergibt.[55] Nähere Ausführungen zur Leistungsfähigkeit kann sich der Scheinvater allerdings ersparen, wenn er, wie dargelegt, den Mindestunterhalt einfordert.

Weiter ist anerkannt, dass gemäß § 1607 Abs. 3 S. 2 BGB analog der Scheinvater vom Erzeuger auch den Ersatz der gesamten **Vaterschaftsanfechtungskosten** verlangen kann.[56]

4. Einwendungen des Erzeugers

Zunächst trifft den Erzeuger nach den allgemeinen Regeln gemäß § 1603 Abs. 1 BGB die Darlegungs- und Beweislast für seine mangelnde oder eingeschränkte Leistungsfähigkeit.[57] Beruft er sich auf § 1603 Abs. 3 S. 1 BGB und trägt vor, auch die Mutter des Kindes könne, gegebenenfalls für bestimmte Zeiträume, gleichfalls unterhaltspflichtig gewesen sein, trifft ihn dafür ebenfalls die Darlegung- und Beweislast. Vorzutragen sind die Umstände, die zur Barunterhaltspflicht auch der Mutter führen sowie die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Mutter sowie des Scheinvaters.[58]

[53] *BGH* v. 24.9.1981 IX ZR 80/80 -, FamRZ 82, 50.
[54] Grüneberg/*von Pückler* BGB § 1607 Rn. 14.
[55] *BGH* v. 20.2.2013 – XII ZB 412/11 -, FamRZ 2013, 939.
[56] Huber FamRZ 2004, 145, 146
[57] *BGH* v. 19.09.2018 – XII ZB 385/17 –, FamRZ 2019, 112 Rn.24=NJW 2018, 3648; BGHZ 209,243 = FamRZ 2016,887 m. Anm. *Seiler* Rn. 27; BGHZ 205,165 = FamRZ 2015,1172 m. Anm. *Hauß* Rn.38.
[58] *Maurer* FamRZ 2019, 94, 97.

Nach § 1613 Abs. 3 S. 1 BGB kann in den Fällen des Abs. 2 Nr. 2 Erfüllung nicht, nur in Teilbeträgen oder erst zu einem späteren Zeitpunkt verlangt werden, soweit die volle oder die sofortige Erfüllung für den Verpflichteten eine unbillige Härte bedeuten würde; dies gilt nach S. 2 auch im Fall, dass ein Dritter vom Verpflichteten Ersatz verlangt, weil er anstelle des Verpflichteten Unterhalt gewährt hat. Es ist streitig, ob es sich dabei um eine Einrede oder um eine Einwendung handelt – eine Einrede müsse der Schuldner ausdrücklich geltend machen, die Einwendung wäre nicht davon abhängig, ob sich der Pflichtige auf sie beruft. Das *OLG Brandenburg*[59] hat ohne eine nähere Prüfung eine Einrede angenommen, dagegen *Borth*, der von einer Einwendung ausgeht. Das OLG hat sich auf die Bundestagsdrucksache zur Begründung des KindUG V. 06.04.1998[60] berufen, mit welchem die Vorschrift neu eingeführt wurde. Der maßgebliche Satz lautet: *Die Billigkeitsgründe müssen vom Unterhaltsverpflichteten bei einer außergerichtlichen oder gerichtlichen Verfolgung des Anspruchs auf Rückstände eingewendet werden.* Diese Formulierung spricht eher für eine Einwendung, als für eine Einrede. Im praktischen Ergebnis dürfte dieser Unterschied nicht ins Gewicht fallen, denn in beiden Fällen muss der Unterhaltspflichtige sämtliche Voraussetzungen der unbilligen Härte vortragen wie dies auch zu § 1579 BGB der Fall ist.

Der Härteregelung nach Abs. 3 unterliegen nur Ansprüche auf rückständigen Unterhalt im Sinne von § 1613 Abs. 2 Nr. 2 BGB, an deren rechtzeitiger Geltendmachung der Unterhaltsberechtigte aus rechtlichen oder faktischen Gründen verhindert war.[61] Für eine unzumutbare Härte ist wesentlich, ab wann der Unterhaltsschuldner mit einer Inanspruchnahme rechnen musste.[62] Darüber hinaus ist in einer Gesamtbetrachtung auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Scheinvater mehr als die Hälfte des Unterhaltszeitraums mit dem unterhaltsberechtigten Kind und der Kindesmutter in familiärer Gemeinschaft zusammengelebt hat.[63]

Maßnahmen nach Abs. 3 sind die Stundung, die Ratenzahlung und der Teilerlass; das *OLG Celle* hat die Reduzierung um die Hälfte angenommen bei einer Inanspruchnahme nach mehr als 23 Jahren für einen Zeitraum von etwa 17 Jahren. Die geschuldeten rückständigen Unterhaltsbeträge sind nicht an die laufenden Lebenshaltungskosten anzupassen, wie dies im Güterrecht bei der Bilanzierung des Anfangsvermögens erfolgt.[64]

5. Die Schutzklausel des § 1607 Abs. 4 BGB

Der Übergang des Unterhaltsanspruchs auf den Legalzessionar kann nicht zum Nachteil des unterhaltsberechtigten Kindes geltend gemacht werden. Das wirft Rangfragen auf: Die künftigen Unterhaltsansprüche des Kindes sollen nicht gefährdet werden und deswegen geht

[59] *OLG Brandenburg* v. 08.10.2020 – 9 UF 11/19 –, FamRZ 2021,1039 m. Anm. *Borth*.
[60] BT-Drucks. 13/7338, S. 32.
[61] Grüneberg/*von Pückler* § 1613 Rn. 15.
[62] *OLG Brandenburg* v. 08.10.2020 – 9 UF 11/19 –, FamRZ 2021, 1039 m. Anm. *Borth*.
[63] *OLG Celle* v. 10.04.2019 – 21 UF 53/17 –, FamRZ 2019, 1787.
[64] *OLG Celle* v. 10.04.2019 – 21 UF 53/17 –, FamRZ 2019, 1787.

die Regressforderung dem Anspruch des Kindes auf laufenden Unterhalt im Rang nach mit der Wirkung, dass bei der Bemessung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners für den künftigen Unterhalt die Verpflichtung aus dem Forderungsübergang nicht berücksichtigt wird. Nach Ansicht des KG[65] ist die Schutzklausel sowohl gegen den familienrechtlichen Ausgleichsanspruch des Scheinvaters auf Ersatz von Kosten des Vaterschaftsanfechtungsprozesses als auch gegenüber einem etwaigen Bereicherungsanspruch anzuwenden.

6. Das Problem der Verjährung

Der im Scheinvaterregress übergegangener Anspruch ist mit dem ursprünglichen Unterhaltsanspruch identisch, sodass er – wie dieser – nach § 195 BGB der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren unterliegt. Nach § 199 Abs. 1 BGB beginnt die regelmäßige Verjährungsfrist in der Regel mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den Umständen, die den Anspruch begründen, und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Ein Anspruch ist in dem Zeitpunkt „entstanden", in dem der Berechtigte den Anspruch erstmals geltend machen und notfalls Klage erheben kann, um die Hemmung der Verjährung zu erreichen.[66]

Ein gesetzlicher Anspruch auf Zahlung von Kindesunterhalt gegen den biologischen Vater kann unabhängig von der tatsächlichen Abstammung von vornherein nicht entstehen, wenn und solange ein anderer Mann aufgrund von § 1592 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB als Vater des Kindes und damit als Unterhaltspflichtiger anzusehen ist. Erst nach rechtskräftiger Anfechtung der Vaterschaft steht rückwirkend auf den Zeitpunkt der Geburt des Kindes (§ 1600d Abs. 5 BGB) mit Wirkung für und gegen jeden (§ 184 Abs. 2 FamFG) fest, dass das Kind nicht vom bisherigen rechtlichen Vater abstammt. Damit steht gleichzeitig, ebenfalls rückwirkend auf den Zeitpunkt der Geburt fest, dass der bisherige rechtliche Vater, jetzt Scheinvater oder Dritter, dem Kind keinen gesetzlichen Unterhalt schuldet.[67]

- *„Die Verjährungsfrist für gesetzliche Unterhaltsansprüche gegen den mutmaßlichen Erzeuger des Kindes kann deshalb frühestens am Schluss des Jahres beginnen, in dem die Entscheidung über die erfolgreiche Anfechtung der Vaterschaft rechtskräftig geworden ist."*[68]

Diese Auffassung des BGH ist nicht ganz unproblematisch. Denn mit der Anfechtung als solcher steht noch nicht fest, wer rechtlicher Vater des Kindes ist. Ein Unterhaltsanspruch entsteht erst, wenn der Vater festgestellt ist oder zumindest das Vaterschaftsfeststellungsverfahren läuft, § 248 Abs. 2 FamFG. Denn dann erst entsteht „Verwandtschaft", wie sie § 1601 BGB für einen Unterhaltsanspruch voraussetzt.[69] Der *BGH* geht aber von einer

[65] *KG* v. 15.03.1999 – 18 WF740/99 –, FamRZ 2000, 441.
[66] *BGH* v. 22.03.2017 – XII ZB 56/16 –, FamRZ 2017, 900 m. Anm. *Wellenhofer* Rn. 13.
[67] *BGH* v. 11.01.2012 – XII ZR 194/09 –, FamRZ 2012, 437m.Anm. *Wellenhofer,* Rn. 16 ff.
[68] *BGHZ* 48,361, 367 = FamRZ 1968, 76, 77 f. zu § 1593 a.F. BGB).
[69] *Wellenhofer* in der Anmerkung zu *BGH* v. 22.03.2017 – XII ZB 56/16 –, FamRZ 2017, 900.

cessio legis und einem fixen und fertigen Unterhaltsanspruch bereits dann aus, wenn rechtskräftig über die erfolgreiche Anfechtung der Vaterschaft entschieden worden ist, ohne dass es der Feststellung der Vaterschaft oder Anerkennung bedarf.

Nichts anderes gilt in den Fällen, in denen die Rechtsausübungssperre nach § 1600d Abs. 5 durchgebrochen wird. Es bleibt – nach Ansicht des BGH - daher auch in diesen Fällen dabei, dass für den Beginn der Verjährung in objektiver Hinsicht nur auf die Rechtskraft der Entscheidung im Vaterschafts- anfechtungsverfahren abzustellen ist.[70]

II. Verfahrensrechtliche Aspekte

1. Der Verfahrensgegenstand - **die materiellrechtliche Identi**tät

Den Scheinvaterregress bewerkstelligt das Gesetz mittels einer Legalzession. Der Unterhaltsanspruch, der dem Kind gegen seinen Erzeuger zusteht, geht kraft Gesetzes über, wenn der Scheinvater, vom Gesetz in § 1607 Abs. 3 S. 2 als Dritter bezeichnet, *dem Kind als Vater Unterhalt gewährt.* Nicht übergehen kann der Anspruch des Kindes gegen den Scheinvater, denn dieser Anspruch ist bereits nach § 362 Abs. 1 BGB erfüllt: Der Scheinvater hat als rechtlicher Vater dem Kind monatlich Natural- und/oder Barunterhalt gewährt. Der *BGH*[71] spricht von der „*materiellrechtlichen Identität*" des Regressanspruchs mit dem gesetzlichen Anspruch des Kindes. Tatsächlich erwirbt der Scheinvater kraft gesetzlicher Abtretung den noch nicht erfüllten Anspruch des Kindes gegen den als Vater festgestellten Erzeuger; es handelt sich also nicht um einen gesetzlichen Regressanspruch des Scheinvaters gegen den Erzeuger, sondern schlicht um den Unterhaltsanspruch des Kindes, der auf den Scheinvater übergegangen ist.

- *„Nach § 1607 Abs. 3 S. 2 BGB geht der Unterhaltsanspruch eines Kindes gegen einen Elternteil, soweit ein Dritter als Vater Unterhalt gewährt, auf diesen über. Der nach dieser Vorschrift kraft Gesetzes auf den sog. Scheinvater übergegangene Anspruch ist* ***mit dem ursprünglichen Unterhaltsanspruch grundsätzlich identisch.*** *Verfahrensgegenstand des Regressverfahrens ist daher der gesetzliche Unterhaltsanspruch (§ 1601 ff. BGB) des Kindes.*[72](Hervorh. d. Verf.)

Das hat verfahrensrechtliche Konsequenzen. Gegenstand des Verfahrens ist ein Unterhaltsanspruch nach §§ 111 Nr. 8 FamFG. Die erstinstanzliche Zuständigkeit ergibt sich aus unterhaltsrechtlichen Verfahrensvorschriften, nämlich§ 231 Abs. 1 Nr. 1 FamFG. Die Zuständigkeit des Familiensenats beim Beschwerdegericht ergibt sich unabhängig vom

[70] *BGH* v. 22.03.2017 – XII ZB 56/16 –, FamRZ 2017, 900 m. Anm. *Wellenhofer* Rn. 19.
[71] *BGH* v. 19.09.2018 – XII ZB 385/17 –, FamRZ 2019, 112 Rn.22=NJW 2018, 3648: vgl. auch *BGH* v. 22.03.2017 – XII ZB 56/16 –, FamRZ 2017, 900 m. Anm. *Wellenhofer* Rn. 11, 14.
[72] *BGH* v. 19.09.2018 – XII ZB 385/17 –, FamRZ 2019, 112 Rn.22=NJW 2018, 3648.

Gegenstand des Verfahrens allerdings bereits aus § 119 Abs. 1 Nr. 1a GVG, weil im ersten Rechtszug das Amtsgericht als Familiengericht entschieden hat.[73]

2. Der sachdienliche Antrag

Im familiengerichtlichen Streitverfahren muss die Antragsschrift **„einen bestimmten Antrag"** enthalten, §§ 113 Abs. 1 S. 2 FamFG, § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Und das gleiche gilt im Beschwerdeverfahren: Nach § 117 Abs. 1 S. 1 FamFG hat der Beschwerdeführer in Familienstreitsachen zur Begründung seiner Beschwerde einen **bestimmten Sachantrag** zu stellen. Allerdings verlangt der BGH in ständiger Rechtsprechung keine besondere Formalisierung und lässt es durchaus genügen, dass „*die innerhalb der Begründungsfrist eingereichten Schriftsätze ihrem gesamten Inhalt nach eindeutig ergeben, in welchem Umfang und mit welchem Ziel die Entscheidung angefochten werden soll.*"[74] Aber: Wird ein Unterhaltsanspruch geltend gemacht, müsste sich aus der Begründung zweifelsfrei entnehmen lassen, welche monatlichen Beträge für welchen Zeitraum geltend gemacht werden – diese Beträge und Zeiträume müssen zwar nicht in einem formalisierten Antrag - komprimiert - formuliert werden, sie können sich auch aus der Begründung ergeben, daraus aber mindestens.

Der Scheinvater hat die uneingeschränkte Darlegungs- und Beweislast für den übergegangenen Unterhaltsanspruch. Er hat die von beiden rechtlichen Eltern abgeleitete Lebensstellung bei Anwendung der Düsseldorfer Tabelle darzulegen, mithin, dass und in welchem Umfang der Antragsgegner/biologische Vater im betreffenden Zeitraum Einkommen erzielt hat. Es ist die Darlegung des jeweiligen **Nettoeinkommens** erforderlich. Allerdings ist die Darlegungs- und Beweislast eingeschränkt, wenn der gesetzlich festgelegte Mindestbedarf nach § 1612a Abs. 1 S. 2 BGB geltend gemacht wird, in diesem Fall kommen dem Scheinvater Erleichterungen bei der Darlegungs- und Beweislast zugute.

3. Der Mindestbedarf

Beschränkt sich der Scheinvater darauf, den Erzeuger lediglich für den von ihm geleisteten Unterhalt nur in Höhe des Mindestbedarfs in Anspruch zu nehmen, sind weder nähere Darlegungen zum unterhaltsrechtlich relevanten Einkommen noch eine konkrete Berechnung der Unterhaltshöhe erforderlich, auch dann, wenn die Rückforderung einen langen zurückliegenden Zeitraum betrifft.[75]

In einem solchen Fall braucht der Scheinvater den Unterhalt nicht nach konkreten Zahlbeträgen darzulegen, da diese sich nach dem steuerfreien sächlichen Existenzminimum mit der Verordnung zur Festlegung des Mindestunterhalts minderjähriger Kinder nach §

[73] Im Beschwerderechtszug kann die Unzuständigkeit des Familiengerichts nicht mehr gerügt werden, ebenso wenig nach § 72 Abs. 2 FamFG im Rechtszug der Rechtsbeschwerde.
[74] *BGH* v. 15.03.2017 – XII ZB 109/16 –, FamRZ 2017, 884 Rz 25 m. Anm. *Bergschneider.*
[75] Grüneberg/*von Pückler* BGB § 1607 Rn.20 aE.

1612a Abs. 1 BGB richten und sich aus den im Gesetz festgelegten Prozentsätzen ergeben, § 1612a BGB. Es geht hier also um Gesetzesanwendung, genauso wie beim Abzug des Kindergeldes nach § 1612b Abs. 1 BGB. Nicht notwendig ist es, einen entsprechenden Bedarf des unterhaltsberechtigten Kindes darzulegen:

- *„Stets war jedoch bezüglich der gesetzlich festgesetzten Ausgangsbeträge, die in die erste Einkommensgruppe der jeweiligen Düsseldorfer Tabelle Eingang fanden, eine Darlegung des entsprechenden Bedarfs durch das unterhaltsberechtigte Kind entbehrlich.“*[76] (Hervorh. d. Verf.)

Die Vorinstanz hatte dem Antragsteller zum Vorwurf gemacht, keine konkrete Unterhaltsberechnung vorgetragen zu haben, aus der sich nach Beträgen die Höhe des geltend gemachten Unterhaltsbedarfs ergibt: eine konkrete Berechnung des geltend gemachten Unterhaltsanspruchs ergäbe sich weder aus der notariellen Vereinbarung, noch habe der Antragsteller seine insoweit maßgeblichen Einkünfte für die jeweiligen Unterhaltszeiträume konkret dargelegt. Anders der BGH: Den Anspruchsteller trifft keine Obliegenheit, die Mindestbedarfsbeträge zu bezi**ff**ern. Es handelt sich vielmehr um Gesetzesanwendung und damit eine Aufgabe des Gerichts, für die streitbefangenen Zeiträume die entsprechenden Bedarfsbeträge zu ermitteln. Die Unterhaltsberechnung ist Sache des Gerichts, nicht Sache des Antragstellers! Und dies gilt auch im Fall eines gesetzlichen Anspruchsübergangs zugunsten des neuen Gläubigers.[77]

4. **„…ein Dritter als Vater Unterhalt gewährt.“**

Nach dem Wortlaut von § 1607 Abs. 3 S. 2 BGB kommt es für den gesetzlichen Anspruchsübergang nur darauf an, in welchem Umfang der Scheinvater Unterhalt gewährt hat, nicht ist entscheidend, ob er zu dieser Unterhaltszahlung auch verp**fl**ichtet war. Wie dem Regelungszusammenhang mit § 1607 Abs. 3 S. 1 BGB entnommen werden kann, ist nicht maßgebend, ob eine gesetzliche Unterhaltspflicht der leistenden Person besteht. Der Unterschied zwischen den in § 1607 Abs. 3 S. 1 BGB genannten nicht unterhaltspflichtigen Personen und dem Scheinvater besteht darin, dass dieser zunächst unterhaltspflichtig war und diese Unterhaltspflicht mit der Aufhebung des Status als rechtlicher Vater rückwirkend entfallen ist.

Im Fall des BGH hatte sich der Scheinvater im Rahmen einer notariellen Urkunde zur Zahlung eines bestimmten (DM-)Betrages verpflichtet, sodass er seiner Darlegung – und Beweislast für von ihm erbrachte Unterhaltsleistungen genügt hat. Aber auch in der Zeit vor Inkrafttreten dieser notariellen Vereinbarung war der Scheinvater unstreitig für den Unterhalt des Sohnes aufgekommen, denn er hatte vorgetragen, den später titulierten Unterhalt bereits vorher aufgebracht zu haben, wobei es sich vermutlich im Wesentlichen

[76] *BGH* v. 06.02.2002 – XII ZR 20/00 -, FamRZ 2002, 36, 538 m. Anm. *Büttner.*
[77] *BGH* v. 27. 11 2002 – XII ZR 295/00 -, FamRZ 2003, 444, 445 zum Regress des Sozialleistungsträgers.

um Naturalunterhalt gehandelt haben dürfte; weiter konnte er vortragen, auch in dieser Zeit Alleinverdiener in der Familie gewesen zu sein.

III. **Die wirksame Vaterschaftsfeststellung**

Ohne Vaterschaftsanfechtung kein Scheinvaterregress! Unverzichtbare Voraussetzung ist, dass der Scheinvater seine Vaterschaft wirksam – rechtskräftig - angefochten hat; denn dadurch wird er im Sinne von § 1607 Abs. 3 S. 2 BGB erst zum „Dritten".[78] Außerdem muss der Unterhaltsschuldner = Erzeuger des Kindes als rechtlicher Vater feststehen, entweder kraft Vaterschaftsanerkennung oder auf Grund gerichtlicher Vaterschaftsfeststellung.[79] Vorher bestehen keine Vaterpflichten, was sich auch zwangslos aus der Rechtsausübungssperre des § 1600d Abs. 5 BGB ergibt: Die Rechtswirkungen der Vaterschaft können, soweit sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt, erst vom Zeitpunkt ihrer Feststellung an geltend gemacht werden. Allerdings ist der Scheinvater bei der Verfolgung seiner Regressansprüche darauf angewiesen, dass andere Beteiligte für ihn tätig werden, nämlich die Vaterschaft feststellen lassen, wozu der Scheinvater selbst nicht befugt ist.[80] Entscheiden sich die Antragsberechtigten, Mutter, Kind und leiblicher Vater, gegen die Einleitung eines solchen Verfahrens, ist der Scheinvater hoffnungslos blockiert. Ihm könnte geholfen werden, wenn die Sperre nach § 1600d Abs. 5 BGB Ausnahmen zuließe, wenn etwa eine Inzidentfeststellung der Vaterschaft im Regressprozess zwischen Scheinvater und Erzeuger möglich wäre, um eine „*Anspruchsvereitelung trotz bestehender Anspruchsnorm*"[81] zu vermeiden. Allerdings hat der BGH lange an der ausnahmslosen Geltung der Rechtsausübungssperre festgehalten,[82] wiewohl er sich bereits in dieser Entscheidung mit Stimmen der Literatur auseinandergesetzt hat, die eine Durchbrechung der Rechtsausübungssperre und eine Inzidentfeststellung in besonders gelagerten Fällen gefordert hatten.[83]

Erst mit seiner Entscheidung vom 16.04.2008[84] hat der BGH diese oben beschriebene missliche Lage des Scheinvaters durchbrochen. Der Fall hatte allerdings einige Ecken und Kanten:

Während der 1989 geschlossenen und 2004 geschiedenen Ehe sind drei Kinder geboren worden, die alle nicht vom Ehemann abstammten. Die Vaterschaft ist durch Urteil des FamFG 2003 angefochten worden. Der Ehemann war hier wohl konsequent betrogen worden und bei jeder Geburt wurde er im Glauben bestärkt, Vater des Kindes zu sein. Vater und Beklagter im Regressverfahren war der Lebensgefährte der Kindesmutter. Zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Anfechtung waren die Kinder 11, 9 und 8 Jahre alt, zusammengerechnet macht dies 28 Jahre Unterhaltsleistungen, worauf

[78] *BGHZ* 24, 9, 12; *BGH* v. 11.1.2012 – XII ZR 194/09 -, FamRZ 2012, 437.
[79] *BGH* v. 17.2.1993 – XII ZR 238/91 -, FamRZ 1993,696.
[80] *Wellenhofer* FamRZ 2016, 1717.
[81] so *Raiser* FamRZ 1986,942,945
[82] BGHZ 121,299=FamRZ 1993, 696; *Schwonberg* FamRZ 2008, 449, 450.
[83] MünchKomm/Mutschler, BGB, 3. Aufl. § 1600a Rn.15; Raiser FamRZ 1986,942,945.
[84] *BGH* v. 16.04.2008 – XII ZR 144/06 –, FamRZ 2008,1424

Wellenhofer zu Recht hinweist.[85] *Wenn man sich noch vergegenwärtigt, wie die beteiligten Personen als Familie zusammengelebt haben, der betrogene Vater aber gleichwohl keine Chance haben soll, einen Teil seines Aufwands erstattet zu bekommen, gerät man an die „Grenzen des Erträglichen".*

Ausgangspunkt ist der kompromisslose Wortlaut der Rechtsausübungssperre nach § 1600b Abs. 5 BGB, an welchem an sich kein Weg vorbeiführt. Der Wortlaut der Vorschrift lässt lediglich gesetzliche Ausnahmen zu, so bspw. im Sozialversicherungsrecht sowie zur Regelung dringender, zeitlich begrenzter Unterhaltsansprüche des Kindes oder der Mutter im Wege der einstweiligen Anordnung.[86] Eine weitere Ausnahme hatte der BGH bereits zuvor für den Fall des Regresses gegen einen Rechtsanwalt bejaht, der die Frist versäumt hatte, rechtzeitig den Anfechtungsantrag zu stellen.[87] In der vorgenannten Grundsatzentscheidung entschied sich der XII. Senat des BGH für eine **teleologische Reduktion** von § 1600d Abs. 5 BGB. In der Literatur war ein Weg über § 826 BGB vorgeschlagen worden, dem geht der BGH nicht näher nach; in der Tat ist das Problem nicht die Anspruchsgrundlage, sondern allein das der Vorschrift zu entnehmende Verbot der anderweitigen inzidenten Vaterschaftsfeststellung. Insofern bietet der Weg über § 826 BGB keine Vorteile, ganz im Gegenteil, dort käme noch das zusätzliche Tatbestandsmerkmal der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung hinzu, welches der Scheinvater näher darlegen müsste.[88]

„Der Rechtsprechung ist es unbenommen, den Anwendungsbereich einer gesetzlichen Vorschrift im Wege teleologischer Reduktion einzuschränken, wenn und soweit dies erforderlich erscheint, in besonders gelagerten Fällen, deren Auswirkungen der Gesetzgeber offensichtlich nicht in vollem Umfang bedacht hat, schlechthin untragbarer Ergebnisse zu vermeiden."

Ziel der Rechtsausübungssperre ist, dem nichtehelichen Kind einen für und gegen alle wirkenden Status zu geben und seine Zuordnung zum biologischen Vater im Sinne eines echten Verwandtschaftsverhältnisses herbeizuführen. Diesem Ziel läuft eine Durchbrechung der Rechtsausübungssperre des § 1600d Abs. 5 BGB nicht zuwider, wenn aufgrund besonderer Umstände auf lange Zeit ohnehin faktisch dieses Ziel nicht erreicht werden kann, hier, denn weder die die Kinder allein vertretende Mutter noch der Beklagte als möglicher biologischer Vater waren bereit, die Vaterschaft gerichtlich feststellen zu lassen.

Allerdings ist eine **Inzidentfeststellung nur unter engen Voraussetzungen** zulässig:[89]

[85] Anmerkung zu *BGH* v. 16.04.2008 – XII ZR 144/06 –, FamRZ 2008, 1424.
[86] *BGH* v. 16.04.2008 – XII ZR 144/06 –, FamRZ 2008,1424 Rn.14.
[87] *BGHZ* 72,299 = FamRZ 1979, 112.
[88] *Wellenhofer* in der Anmerkung zu *BGH* v. 16.04.2008 – XII ZR 144/06 –, FamRZ 2008, 1424.
[89] *BGH* v. 16.04.2008 – XII ZR 144/06 –, FamRZ 2008,1424 Rn.28 ff.

(1) Es muss – wie in dem vom *BGH* entschiedenen Fall – davon ausgegangen werden können, dass ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren auf längere Zeit nicht stattfinden wird, weil die möglichen Antragsteller ein solches Verfahren ausdrücklich ablehnen, oder aber von einer solchen Möglichkeit längere Zeit keinen Gebrauch gemacht haben. Die Voraussetzung „längere Zeit" ist bejaht worden nach Ablauf eines Jahres und 9 Monaten.[90] Wird ein Vaterschaftsfeststellungsantrag allerdings während der Rechtshängigkeit des Scheinvater-regressverfahrens erhoben, dürfte das Regressverfahren auszusetzen sein.

(2) Der reine Zeitablauf und das Warten allein genügen allerdings nicht; denn sonst könnte ein Antrag „ins Blaue hinein" behauptet werden in der Hoffnung, die Vaterschaft werde im Regressprozess durch ein Gutachten schon bewiesen werden. Deshalb fordert der BGH zu Recht, dass der Scheinvater Tatsachen vorträgt, die unter den Voraussetzungen des § 1600d Abs. 2 BGB die Annahme einer Vaterschaft sehr wahrscheinlich machen. Darüber ist gegebenenfalls Beweis zu erheben sein, bevor ein Gutachten in Betracht kommt. Sind die Voraussetzungen unstreitig oder reicht die Beweisaufnahme aus, um das Gericht zu überzeugen (§ 286 ZPO), erübrigt sich ein solches Gutachten, es sei denn, dass jetzt der Antragsgegner/Erzeuger ein Gutachten beantragt, um die Vermutung seiner Vaterschaft zu entkräften. Im Rahmen einer Regressklage sind an den Beweis jedoch nicht die hohen Anforderungen zu stellen, die eine inter omnes wirkende Feststellung der Vaterschaft erfordert.

Damit stellt sich die Frage, welche Art Indizien tatsächlich für eine inzidente Feststellung ausreichen. Allein aus dem Umstand, dass der Beklagte des Regressverfahrens mit dem Kind und dessen Mutter gemeinsam in einem Haushalt lebt, ohne dass die Vaterschaft anerkannt wird, dürfte man nicht ohne weiteres auf einen „institutionellen Rechtsmissbrauch" schließen können.[91] Erbringt allerdings der mutmaßliche Erzeuger vorbehaltslos Unterhaltsleistungen für das Kind, übernimmt er im Alltag Verantwortung und bestreitet im Regressverfahren nicht, der Vater des Kindes zu sein, dürften hinreichende Indizien vorliegen, auch wenn er sich formal auf die fehlende gerichtliche Feststellung seiner Vaterschaft beruft. Im Fall des *OLG Düsseldorf* war der Beklagte bereits im Anfechtungsverfahren – irrtümlich - in die Abstammungbegutachtung einbezogen worden und damit war seine Vaterschaft praktisch als erwiesen festgestellt.[92] Oder, wenn die Kindesmutter in einem vorausgegangenen Verfahren die intime Beziehung in der gesetzlichen Empfängniszeit allein zum Kindesvater und zum mutmaßlichen Erzeuger eingeräumt hat, sodass nur er als Vater in Betracht kommt.[93] Indizien können auch schriftliche Äußerung des Beklagten über sein Verhältnis zu den Kindern sein, z.B. Briefe, in welchen er sich dem Kind gegenüber als Vater bekennt oder gar seine Hoffnung zum Ausdruck bringt, Vater des Kindes zu sein.[94]

[90] *BGH* v. 22.10.2008 -XII ZR 46/07 -, FamRZ 2009, 32.
[91] *Schwonberg* FamRZ 2008, 449, 455.
[92] *OLG Düsseldorf* FamRZ 2000, 1032,1033; *Schwonberg* FamRZ 2008, 449, 455.
[93] Sachverhalt nach *OLG Hamm* v. 15.09.2004 – 10 WF 122/04 –, FamRZ 2005, 475; *Schwonberg* FamRZ 2008, 449, 455.
[94] *Schwonberg* FamRZ 2008, 449, 455.

(3) Der inzidenten Abstammungserklärung dürfen keine schützenswerten Kindesinteressen entgegenstehen. *„Nach Vaterschaftsanfechtung geht das Interesse des Kindes regelmäßig auf Kenntnis seines wahren Erzeugers und nicht auf Beibehaltung eines „vaterlosen" Zustandes".*[95] Eine Inzidentfeststellung der Vaterschaft steht daher dem Interesse des Kindes in aller Regel nicht nur nicht entgegen, sondern dient dem Interesse der Feststellung seines biologischen Vaters.

Das **Interesse der Kindesmutter** könnte darauf gerichtet sein, eine eheliche Untreue nicht offenbaren zu müssen. Dieses Interesse dürfte allein schon deswegen nicht zu schützen sein, weil der Tatbestand der Untreue bereits durch das erfolgreich vorausgegangene Vaterschaftsanfechtungsverfahren offenbar geworden ist. Nicht schutzwürdig ist das **Interesse des potentiellen Vaters**, nicht auf den Kindesunterhalt in Anspruch genommen zu werden, wie sich aus der Wertung des § 1607 Abs. 3 S. 2 BGB ergibt.

IV. **Ansprüche gegen die Mutter**

1. Anspruch auf Preisgabe des biologischen Vaters

Einen Anspruch des Scheinvaters gegen die Kindesmutter, den Erzeuger zu benennen, hatte die ältere Rechtsprechung des BGH angenommen. Das besondere familienrechtliche Verhältnis, auf welches ein solcher Auskunftsanspruch gestützt wurde, bestand, wenn die Mutter mit dem Scheinvater verheiratet war und die Vaterschaft erfolgreich angefochten wurde.[96] In einem solchen Fall seien die Eheleute nicht nur durch die rechtliche Vaterschaft, sondern auch durch die Ehe selbst gemäß §§ 1353 ff BGB in vielfältiger Weise miteinander verbunden. Der Anspruch ist unter der Voraussetzung gewährt worden, dass der Scheinvater ohne diese Auskunft sein Recht nicht verfolgen könne, andererseits aber die Mutter unschwer Auskunft erteilen kann.[97]

Dabei hat der *BGH* allerdings nicht verkannt, in welcher Weise eine solche Auskunftspflicht in das Persönlichkeitsrecht der Mutter eingreifen kann, selbst darüber zu befinden, ob, in welcher Form und wem Einblick in die Intimsphäre und das eigene Geschlechtsleben gewährt wird.[98] Gleichwohl hat der BGH dem Persönlichkeitsrecht der Mutter nicht das größere Gewicht eingeräumt als dem Anspruch des Scheinvaters, seinen Anspruch aus Art. 20 Abs. 3

[95] *BGH* v. 16.04.2008 – XII ZR 144/06 –, FamRZ 2008, 1424 Rn. 35 m. Anm. *Welllenhofer*; *BGH* v. 14.06.1972 – IV ZR 53/71 -, NJW 1972, 1708.
[96] *BGHZ* 196,207 = FamRZ 2013, 939 Rn. 32.
[97] *Scherpe* in der Anm. *BVerfG* v. 24.05.2015 – 1 BvR 472/14 –, FamRZ 2015, 729.
[98] *BGH* v. 02.07.2014 – XII ZB 201/13 –, FamRZ 2014, 1440 Rn. 15

GG effektiv durchzusetzen.[99] Demgegenüber sieht das *BVerfG*[100] in der Verpflichtung der Mutter, Auskunft über ihre Intimsphäre zu erteilen, als einen schwerwiegenden Eingriff in ihre Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG an und hat klargestellt, dass sowohl die Berufung auf § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB als auch § 242 BGB als Grundlage der Auskunftspflicht die Grenzen der richterlichen Fortbildung überschreitet. Das schließt Auskunftsansprüche nicht generell aus, jedoch ist eine klare gesetzliche Regelung vonnöten. Es liegt im Ausgestaltungsspielraum des Privatrechtsgesetzgebers, wie das Interesse der Mutter, intime Daten ihres Geschlechtslebens geheim zu halten, und das rein finanzielle Regressinteresse des Scheinvaters zum Ausgleich gebracht werden können.

- *„Die Beschwerdeführerin erleidet durch die Verpflichtung zur Auskunftserteilung eine schwerwiegende Beeinträchtigung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Durch die Verpflichtung, über die Person des mutmaßlichen leiblichen Vaters Auskunft zu erteilen, wird sie gezwungen, eine geschlechtliche Beziehung zu einem bestimmten Mann oder zu mehreren bestimmten Männern preiszugeben. Damit muss sie intimste Vorgänge ihres Privatlebens offenbaren. Für die meisten Menschen dürfte es wenige Vorgänge von größerer Intimität geben, deren Geheimhaltung ihnen um ihrer persönlichen Integrität willen wichtiger wäre als ihre geschlechtlichen Beziehungen.“*[101]

Der Gesetzgeber hat den Regressanspruch des Scheinvaters tatsächlich „durchsetzungsschwach“[102] ausgestaltet, in dem er es unterlassen hat, diesen durch einen entsprechenden Auskunftsanspruch zu flankieren. Um dem Regressinteresse des Scheinvaters mehr Nachdruck zu verleihen, hatte der Gesetzgeber erwogen, einen gesetzlichen Auskunftsanspruch des Scheinvaters gegen die Mutter zu normieren; das Vorhaben ist allerdings über einen Regierungsentwurf nicht hinausgekommen.[103]

2. **Schadensersatzanspruch des Scheinvaters gegen die Mutter für Unterhaltszahlungen an** das Kind

Der XII. Senat des BGH lehnt einen Schadensersatzanspruch des Ehemanns/Scheinvaters gegen die Ehefrau wegen deren begangenen Ehebruchs bzw. das bloße Verschweigen der hieraus folgenden möglichen Nichtvaterschaft ab. *Ein Ehemann kann von seiner (geschiedenen) Ehefrau wegen eines von ihr begangenen Ehebruchs, aus dem ein Kind hervorgegangen ist, grundsätzlich keinen Ersatz des Vermögensschadens verlangen, der ihm durch die Unterhaltszahlung an das scheineheliche Kind entstanden ist.*[104] Abgelehnt werden

[99] *BGHZ* 191, 259 Rn.26.
[100] *BVerfG* v. 24.05.2015 – 1BvR 472/14 –, FamRZ 2015, 729 m. Anm. *Scherpe.*
[101] *BVerfG* v. 24.05.2015 – 1BvR 472/14 –, FamRZ 2015, 729 Rn.28 m. Anm. *Scherpe.*
[102] *BVerfG* v. 24.05.2015 – 1BvR 472/14 –, FamRZ 2015, 729 Rn.46 m. Anm. *Scherpe.*
[103] *Wellenhofer* FamRZ 2016, 1717; *Frank* FamRZ 2017, 161; Koch/*Wellenhofer,* Handbuch Unterhaltsrecht 13. Aufl. § 6 Rn.57.
[104] *BGH* v. 20.02.2013 – XII ZB 412/11 –, FamRZ 2013, 939 m. Anm. *Helms* Rn 14.

sowohl deliktische Ansprüche als auch Ansprüche, die sich aus § 280 BGB ergeben könnten. Die Begründung: Die Ehe stehe außerhalb der Rechtsverhältnisse, deren Verletzung allgemeiner Ansprüche auf Ersatz von Vermögensschäden auslösen können. Eine die Lebens- und Geschlechtsgemeinschaft der Ehegatten beeinträchtigende Ehestörung wie insbesondere ein Ehebruch stelle einen innerehelichen Vorgang dar. Und solche Ehestörungen seien nicht in den Schutzzweck der deliktischen Haftungstatbestände einbezogen. Das Ehe- und Familienrecht verdrängt die zivilrechtlichen Deliktsregelungen. *„Damit sind neben den deliktischen auch alle sonstigen Ansprüche der (geschiedenen) Ehegatten gegeneinander ausgeschlossen, bei denen als verletztes Rechtsgut der Kern der Ehe und der mit diesem verfolgte Schutzzweck in Betracht käme.*“ (Rn. 15)

Eine Ausnahme von diesem Dogma lässt der BGH in Fällen zu, wenn weitere schädigende Umstände hin zu treten und ein Anspruch nach § 826 BGB begründet werden kann:

„Ein Fall des § 826 BGB kann hingegen vorliegen, wenn die Ehefrau, die bei einem Ehebruch ein Kind empfangen hat, Zweifel des Ehemannes an der Abstammung des Kindes durch unzutreffende Angaben bzw. durch ausdrückliches Leugnen des Ehebruchs zerstreut oder wenn sie den Ehemann durch eine arglistige Täuschung oder auf andere Weise etwa auch durch Drohungen, an der Erhebung der Ehelichkeitsanfechtungsklage hindert.“ (Rn.18)

An dieser Rechtsprechung hält der BGH fest, obwohl das Verschweigen der möglichen Vaterschaft eines anderen Mannes in anderem Zusammenhang teilweise gravierende familienrechtliche Folgen hat. So hat der BGH in einem solchen Verhalten der Ehefrau ein offensichtlich schwerwiegendes Fehlverhalten im Sinne von § 1579 Nr. 7 BGB gesehen, welches dazu führt, dass der nacheheliche Unterhalt teilweise oder sogar ganz versagt werden kann.[105] Das Verschweigen der möglichen Vaterschaft eines anderen Mannes hat auch zu einem Ausschluss des Versorgungsausgleichs geführt.[106] Und schließlich kam der BGH in einer weiteren Entscheidung zu dem Ergebnis, dass das Verschweigen der möglichen Vaterschaft gegenüber dem Ehemanne die Anfechtung einer schenkweisen Zuwendung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB begründen könnte.[107] Die Begründung des BGH in diesen Fällen: Der Ausschluss des jeweiligen Rechts beruhe auf „*familienrechtliche Sondervorschriften“*.

Stimmen in der Literatur[108] sehen diese Rechtsprechung kritisch. Zwischen Ehegatten bestehe ebenso wie in sonstigen familienrechtlichen Paarbeziehungen ein normales Schuldverhältnis, welches sich durch die in § 241 BGB normierten Pflichten auszeichne. Angesichts der Pflicht zum Familienunterhalt nach § 1360 BGB bestehe zwischen Ehegatten schon deshalb ein Schuldverhältnis, das auch die Pflicht zur Rücksichtnahme umfasse. Es

[105] *BGH* v. 15.02.2012 – XII ZR 137/09 -, FamRZ 2012, 779 Rn.23; *Mayer* FamRZ 2019, 1839, 1841.
[106] *BGH* v. 15.02.2012 – XII ZR 137/09 -, FamRZ 2012, 779 Rn.1.
[107] *BGH* v. 27.06.2012 – XII ZR 47/09 –, FamRZ 2012, 1363 Rn.26 ff.
[108] *Mayer* FamRZ 2019, 1839, 1841.

gehe im Wesentlichen um zwei Arten von Rücksichtspflichten, zum einen die Schutz-, Fürsorge- und Obhutspflichten, mit denen das Integritätsinteresse des jeweils anderen Teils gewahrt werden soll, zum andern um die Aufklärungspflichten, die den Aufklärungsbedürftigen vor Selbstschädigungen bewahren sollen.[109] Abschließend ist auch auf § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB hinzuweisen – welch' umfangreichen Katalog schuldrechtlicher Pflichten leitet die Rechtsprechung nicht aus dieser Vorschrift ab?

Rolf Schlünder
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familien- und Arbeitsrecht
Mitherausgeber der FamRZ
Mitglied der Wissenschaftlichen Vereinigung Familienrecht eV, Bonn
Mitglied des Gesetzgebungsausschusses Familienrecht des Deutschen Anwaltsvereins, Berlin

[109] *Mayer* FamRZ 2019, 1839, 1841.