Deutscher Anwaltverein
Arbeitsgemeinschaft Familienrecht

Familien Anwälte
In jeder Beziehung.

Mitgliederversammlung und Herbsttagung
24. bis 26. November 2016
in Nürnberg

Recht auf (Kenntnis der) Abstammung

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Dagmar Coester-Waltjen
LL.M. (univ. of Michigan)
Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. Dr. h.c. Dagmar Coester-Waltjen, LL.M.

Das Recht auf (Kenntnis der eigenen) Abstammung

I. Das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung

1. Psychologische Erkenntnisse

2. Mögliche rechtliche Verankerung

a. Art. 1 Abs. 1 GG: Die Würde des Menschen ist unantastbar

b. Art. 2 Abs. 1 GG: Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

c. Art. 7 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention (KRK): Jedes Kind…. hat … soweit möglich das Recht, seine Eltern zu kennen und von Ihnen betreut zu werden.

d. Art. 8 Abs. 1 EMRK: Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens,…..

3. BVerfG und EuGHMR zur grundsätzlichen Achtung dieses Rechts

BVerfG, NJW 1988, 1310: für Anspruch des Kindes gegen die Mutter auf Auskunft über den biologischen Vater ergibt sich dieses Recht aus Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 5 GG; „Die Eltern eines nichtehelichen Kindes haben im Regelfall ihre Interessen denjenigen des Kindes unterzuordnen, denn sie haben die Existenz des Kindes und seine Nichtehelichkeit zu vertreten."

BVerfGE 79, 256: „Verständnis und Entfaltung der Individuen sind mit der Kenntnis der für sie konstitutiven Faktoren eng verbunden. Die Abstammung legt nicht nur die genetische Ausstattung des Einzelnen fest, sondern prägt seine Persönlichkeit mit. Sie nimmt im Bewusstsein des Menschen eine Schlüsselstellung für Individualitätsfindung und Selbstverständnis ein…. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) umfasst auch das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung. §§ 1593, 1598 i. V. mit § 1596 Abs. 1 BGB sind mit dem Grundgesetz **unvereinbar,** soweit sie dem volljährigen Kind, von den gesetzlichen Anfechtungstatbeständen abgesehen, nicht nur die Änderung seines familienrechtlichen Status, sondern auch die **gerichtliche Klärung seiner Abstammung ausnahmslos** verwehren.

EuGHMR v. 7. Febr. 2002, Nr. 53176/05 – Mikulic/Kroatien Rn. 54: Die Achtung vor dem Privatleben verlangt, dass es jedem möglich sein sollte, Einzelheiten seiner Identität als menschliches Individuum festzustellen. Der Anspruch des Individuums auf diese Informationen ist von Bedeutung, weil sie entscheidende Auswirkungen auf seine Persönlichkeit haben.

4. Gegenstand und Umfang dieses Rechts

a. Kein Recht auf Informationsverschaffung, aber Recht darauf, dass erlangbare Informationen nicht vorenthalten werden:

BVerfGE 79, 256; EuGHMR v. 7. Febr. 2002, Nr. 53176/05 – Mikulic/Kroatien Rn. 54.

b. Unterscheidung zwischen Kenntnis und Status:

BVerfGE 79, 256: Es ist Sache des Gesetzgebers, wie er der verfassungsrechtlichen Beanstandung Rechnung tragen will. Er wird insbesondere darüber zu entscheiden haben, ob er dem Anspruch des nicht vom Ehemann der Mutter stammenden Kindes auf Kenntnis seines leiblichen Vaters durch Erweiterung der Gründe für eine zulässige Anfechtung der Ehelichkeit entsprechen will oder ob er etwa - bei Aufrechterhaltung der §§ 1598, 1596 Abs.1 Nr. 2 BGB - dem Kind daneben andere, von § 1593 BGB bisher ausgeschlossene Klagemöglichkeiten einräumen will und wie diese im einzelnen ausgestaltet werden sollen.

EuGHMR v. 13. Juli 2006, Nr. 58757/00 - Jäggi/Schweiz:
Rn. 34: The Court observes that in the instant case the Swiss authorities refused to sanction a DNA test which would have allowed the applicant to know for certain that A.H., his putative father, was indeed his biological father. That refusal affected the applicant's private life...Rn. 43: Indeed, the Government themselves asserted that recognition of biological paternity would have no effect on the register of births, deaths and marriages.

c. Recht unabhängig von Zeugungsart:

BGH v. 23.1.2015, XII ZR 201/13, FamRZ 2015, 642: Das Interesse des durch heterologe Insemination gezeugten Kindes an der Kenntnis der eigenen Abstammung ist schützenswert.

EuGHMR v. 26 Juni 2014, Nr. 65197/11 – Mennesson /Frankreich:

Rn. 99: The Court can accept that France may wish to deter its nationals from going abroad to take advantage of methods of assisted reproduction that are prohibited on its own territory (see paragraph 62 above). Having regard to the foregoing, however, the effects of non-recognition in French law of the legal parent-child relationship between children thus conceived and the intended parents are not limited to the parents alone, who have chosen a particular method of assisted reproduction prohibited by the French authorities. **They also affect the children themselves, whose right to respect for their private life – which implies that everyone must be able to establish the substance of his or her identity, including the legal parent-child relationship – is substantially affected.** Accordingly, a serious question arises as to the compatibility of that situation with the children's best interests, respect for which must guide any decision in their regard.

Rn. 100: This analysis takes on a special dimension where, as in the present case, one of **the intended parents is also the child's biological parent.** Having regard to

the importance of biological parentage as a component of identity (see, for example, Jäggi [v. Switzerland, no. 58757/00], § 37), it cannot be said to be in the interests of the child to deprive him or her of a legal relationship of this nature where the biological reality of that relationship has been established and the child and parent concerned demand full recognition thereof.

d. Identifizierende und nicht identifizierende Informationen

(1) medizinische Daten

(2) Name, Adresse

(3) Aussehen, Größe, Herkunft etc.

e. Welche „Eltern"?

(1) rechtlicher Vater

(2) genetischer Vater

(3) genetische Mutter

(4) Leihmutter

(vgl. **EuGHMR v. 7. Juli 1989, Nr. 10454/83 – Gaskin/Vereinigtes Königreich:**

Rn. 49: In the Court's opinion, persons in the situation of the applicant have a vital interest, protected by the Convention, in receiving the information necessary to know and to understand their childhood and early development. On the other hand, it must be borne in mind that confidentiality of public records is of importance for receiving objective and reliable information, and that such confidentiality can also be necessary for the protection of third persons. Under the latter aspect, a system like the British one, which makes access to records dependent on the consent of the contributor, can in principle be considered to be compatible with the obligations under Article 8 (art. 8), taking into account the State's margin of appreciation. The Court considers, however, that under such a system the interests of the individual seeking access to records relating to his private and family life must be secured when a contributor to the records either is not available or improperly refuses consent. Such a system is only in conformity with the principle of proportionality if it provides that an independent authority finally decides whether access has to be granted in cases where a contributor fails to answer or withholds consent. No such procedure was available to the applicant in the present case.)

5. Grenzen

a. Generell

BVerfG, NJW 1988, 1310: „Die Eltern eines nichtehelichen Kindes haben im Regelfall ihre Interessen denjenigen des Kindes unterzuordnen, denn sie haben die Existenz des Kindes und seine Nichtehelichkeit zu vertreten."

BVerfGE 79, 256: Danach kann nur das gesetzgeberische Anliegen, Störungen des Familienfriedens und der Ehe der Mutter zu vermeiden, bei der Zumutbarkeitsprüfung erheblich sein.

BVerfG v. 19.4.2016, 1 BvR 3309/13:

Rn.32: 2. Der Schutz der Kenntnis der eigenen Abstammung ist nicht absolut (vgl. *Di Fabio* in *Maunz/Dürig*, GG I, 39. EL 2001, Art. 2 I Rn. 212; *Enders*, NJW 1989, 881), vielmehr muss das zu Grunde liegende allgemeine Persönlichkeitsrecht mit widerstreitenden Grundrechten (unten 3) in Ausgleich gebracht werden. Der Gesetzgeber verfügt dabei über Spielraum.

Rn. 45: dd) Hingegen muss es dem rechtlichen Vater grundsätzlich möglich sein, die leibliche Abstammung des ihm rechtlich zugeordneten Kindes überprüfen zu können. Für diesen Fall hat das *BVerfG* im Jahr 2007 die Bereitstellung eines isolierten Abstammungsklärungsverfahrens verlangt. Es hat festgestellt, dass zum Recht eines Mannes auf Kenntnis, ob ein Kind von ihm abstammt, auch die rechtliche Möglichkeit gehört, in einem Verfahren die Abstammung des Kindes von ihm klären und feststellen zu lassen, ohne dass daran zwingend weitere rechtliche Folgen geknüpft werden. Die gegenläufigen Interessen der anderen Beteiligten haben in dieser Konstellation hinter dem Anspruch des Vaters zurückzutreten. Dem Gesetzgeber verbleibt insofern ausnahmsweise kein Spielraum (vgl. *BVerfGE* 117, NJW 2007, 753).

Rn.46: Dieser Verdichtung des verfassungsrechtlichen Schutzes der Abstammungskenntnis zu dem konkreten grundrechtlichen Anspruch auf Bereitstellung eines Klärungsverfahrens liegt – anders als in der hier zu beurteilenden Situation – eine Konstellation zu Grunde, in der das Verfahren der Überprüfung einer bestehenden rechtlichen Vaterschaft dient.

Rn. 52: b) Die Verpflichtung des mutmaßlich leiblichen Vaters zur Mitwirkung an der Abstammungsklärung kann je nach Fallkonstellation verschiedene Personen in ihren Grundrechten beeinträchtigen.

b. Mutterschaft, anonyme Geburt:

EuGHMR v. 13. Febr. 2003 Nr. 42326/98 - Odièvre/Frankreich:

Rn. 47: The Court observes that most of the Contracting States do not have legislation that is comparable to that applicable in France, at least as regards the child's permanent inability to establish parental ties with the natural mother if she continues to keep her identity secret from the child she has brought into the world. However, it notes that some countries do not impose a duty on natural parents to declare their identities on the birth of their children and that there have been cases of child abandonment in various other countries that have given rise to renewed debate about the right to give birth anonymously. In the light not only of the diversity of practice to be found among the legal systems and traditions but also of the fact that various means are being resorted to for abandoning children, the Court concludes that States must be afforded a margin of appreciation to decide which measures are apt to ensure that the rights guaranteed by the Convention are secured to everyone within their jurisdiction.

Rn. 48: The Court observes that in the present case the applicant was given access to non-identifying information about her mother and natural family that enabled her to trace some of her roots, while ensuring the protection of third-party interests.

EuGHMR v. 25. Sept. 2012, 33783/09- Godelli/Italien :

Rn. 52: The Court reiterates that the choice of the means calculated to secure compliance with Article 8 in the sphere of the relations of individuals between themselves is in principle a matter that falls within the Contracting States' margin of appreciation. In this connection, there are different ways of ensuring respect for private life, and the nature of the State's obligation will depend on the particular aspect of private life that is at issue (see Odièvre, cited above, § 46). The extent of the State's margin of appreciation depends not only on the right or rights concerned but also, as regards each right, on the very nature of the interest concerned. The Court considers that the right to an identity, which includes the right to know one's parentage, is an integral part of the notion of private life. In such cases, particularly rigorous scrutiny is called for when weighing up the competing interests.

c. Vaterschaft, Exhumierung:

EuGHMR v. 13. Juli 2006, Nr. 58757/00 - Jäggi/Schweiz:

Rn. 37: The extent of the State's margin of appreciation depends not only on the right or rights concerned but also, as regards each right, on the very nature of the interest concerned. **The Court considers that the right to an identity, which includes the right to know one's parentage, is an integral part of the notion of private life. In such cases, particularly rigorous scrutiny is called for when weighing up the competing interests.**

d. Vaterschaft (rechtliche Zuordnung)

EuGHMR v. 16. 6. 2011, Nr. 19535/08 - Pascaud/Frankreich:

Rn. 64: Der Schutz der Interessen des mutmaßlichen biologischen Vaters kann allein nicht ausreichen, um dem Bf. seine Rechte nach Art. 8 EMRK zu nehmen.

6. Problem der einfachrechtlichen Anspruchsgrundlage:

a. § 1598a BGB: nur beschränkter Anwendungsbereich

b. analoge Anwendung von § 1598a BGB:

Teile der Literatur : ja

BVerfG v. 19.4.2016, 1 BvR 3309/13: nein

c. § 242 BGB: BGH v. 23.1.2015, XII ZR 201/13, FamRZ 2015, 642: wohl ja;

aber Vorsicht: BVerfG v. 24.2.2015, 1BvR 472/14 (§ 242 nicht für Scheinvaterregress)

d. **§ 10 Entwurf Samenspenderregistergesetz** bei offizieller Samenspende: beschränkter Anwendungsbereich

II. Das Recht auf Kenntnis des eigenen Nachwuchses

1. Das Recht der rechtlichen Eltern

Zur Anfechtung der Vaterschaft Anfangsverdacht erforderlich: BGH, JZ 1999, 40

Heimliche Vaterschaftstest nicht als Beweismittel verwertbar: BGH, NJW 2005, 497

Statusunabhängiger Kenntnisanspruch: BVerfGE 117, 202:

Rn.59 Die Möglichkeit, sich als Individuum nicht nur sozial, sondern auch genealogisch in eine Beziehung zu anderen zu setzen, wird deshalb vom Schutz des Persönlichkeitsrechts mit umfasst und begründet aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG ein Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung ebenso wie es einem Mann das Recht auf Kenntnis einräumt, ob ein Kind von ihm abstammt (vgl. BVerfGE 108, 82 <105>). Dies betrifft sowohl die Annahme eines Mannes, er könnte Erzeuger eines ihm rechtlich nicht zugeordneten Kindes sein, als auch die Zweifel, ein Kind, als dessen Vater der Mann rechtlich angesehen und behandelt wird, könnte doch nicht von ihm abstammen. Beide Interessen berühren das Verhältnis, in das sich ein Mann zu einem Kind und seiner Mutter setzt, und die emotionalen wie sozialen Beziehungen, die er zu diesen entwickelt. Das Wissen um die Abstammung des Kindes hat auch maßgeblichen Einfluss auf das Selbstverständnis des Mannes sowie die Rolle und Haltung, die er dem Kind und der Mutter gegenüber einnimmt.

Rn. 63: Eine Verletzung des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit liegt auch dann vor, wenn der Gesetzgeber es unterlässt, die Verwirklichung des Grundrechts auf Kenntnis der Abstammung in einem dafür geeigneten Verfahren zu ermöglichen.

Rn.74: …..Konsequenz dieser verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Vermutungsregelungen, die der Gesetzgeber in § 1592 Nr. 1 und 2 BGB aufgestellt hat, ist, dass sie zu Zweifeln über die wahre Vaterschaft führen können. Entscheidet sich der Gesetzgeber für diesen rechtlichen Weg, die leibliche Vaterschaft in weiten Teilen nicht zu klären, sondern zu vermuten, hat er aber zugleich ein Verfahren vorzusehen, in dem im Einzelfall derartige Zweifel geklärt werden können. Das in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG enthaltene Recht eines Mannes auf Kenntnis der Abstammung eines Kindes von ihm verlangt für solche Fälle die Eröffnung eines Verfahrens, in dem die Abstammung geklärt werden kann, ohne dass daran zwingend weitere rechtliche Folgen geknüpft werden.

Folge: Einführung des § 1598a BGB Anspruch auf Einwilligung in eine genetische Untersuchung zur Klärung der leiblichen Abstammung

(1) [1]Zur Klärung der leiblichen Abstammung des Kindes können
*1.*der Vater jeweils von Mutter und Kind,
*2.*die Mutter jeweils von Vater und Kind und
*3.*das Kind jeweils von beiden Elternteilen
verlangen, dass diese in eine genetische Abstammungsuntersuchung einwilligen und die Entnahme einer für die Untersuchung geeigneten genetischen Probe dulden. [2]Die Probe muss nach den anerkannten Grundsätzen der Wissenschaft entnommen werden.
……..

2. Das Recht der genetischen Eltern

a. Recht des biologischen Vaters bei Fehlen eines rechtlichen Vaters: § 1592 Nr. 3 BGB i.v.m. §§ 169, 171 FamFG (verbunden mit Status)

b. Recht des biologischen Vaters bei Bestehen einer anderweitigen rechtlichen Vaterschaft:

zunächst generell ablehnend: **BVerfG v. 23.Mai 2013, FamRZ 2013, 1195; OLG Nürnberg, FamRZ 2013,227**

(1) Bei Bemühen um Kind:

EuGHMR v. 21.Dezember 2010, Nr. 20578/07 - Anayo/ Deutschland:

(Biologische Vaterschaft unstreitig; biologischer Vater möchte Umgang)

Rn.55. Der Gerichtshof erinnert daran, dass sich der Begriff des „Familienlebens" nach Artikel 8 der Konvention nicht auf eheliche Beziehungen beschränkt und auch andere faktische „familiäre" Bindungen erfassen kann, wenn die Beteiligten in nichtehelicher Gemeinschaft zusammenleben. **Ein Kind, das aus einer solchen Beziehung hervorgeht, ist vom Augenblick seiner Geburt an und schon allein durch seine Geburt ipso iure Teil dieser „Familien"-Einheit. Rn. 56.Jedoch reicht die biologische Verwandtschaft zwischen einem leiblichen Elternteil und einem Kind allein - d.h. ohne weitere rechtliche oder tatsächliche Merkmale, die auf das Vorliegen einer engen persönlichen Beziehung hindeuten - nicht aus, um unter den Schutz von Artikel 8 zu fallen** (vgl. Lebbink, a.a.O., Rdnr. 37). **Rn. 60**. Allerdings hat der Gerichtshof festgestellt, dass auch **ein beabsichtigtes Familienleben** ausnahmsweise unter Artikel 8 fallen kann, wenn der Umstand, dass das Familienleben nicht hergestellt ist, nicht dem Beschwerdeführer zuzurechnen ist (siehe Rdnr. 57). Dies gilt insbesondere für die **Beziehung zwischen einem nichtehelichen Kind und seinem biologischen Vater**, deren natürliche Bindung unveränderlich ist, während ihre tatsächliche Beziehung aus praktischen oder rechtlichen Gründen von der Kindesmutter und, wenn sie verheiratet ist, von ihrem Ehemann bestimmt werden kann.

EuGHMR v. 15. September 2011, Nr. 17080/07 – Schneider /Deutschland

(Biologische Vaterschaft unklar; mutmaßlicher biologischer Vater möchte Umgang)

Rn. 90….Jedenfalls betraf die Feststellung der rechtlichen Beziehung zwischen dem Bf. und *F* – d. h. die Frage, ob der Bf. ein Recht auf Umgang mit *F* und auf Auskünfte über seine persönlichen Verhältnisse hatte – einen wichtigen Teil der Identität des Bf. und damit **sein „Privatleben" i. S. von Art. 8Abs.1 EMRK,** falls es sich dabei nicht um Familienleben handelte…

Rn. 97. Der Sachverhalt des vorliegenden Falls unterscheidet sich von dem in der Sache Anayo/Deutschland vor allem durch die Gewissheit der Vaterschaft des jeweiligen Bf.

Rn.102. Der *Gerichtshof* ist nicht davon überzeugt, dass ein gesondertes Statusverfahren ein wirksamer Rechtsbehelf gewesen wäre, den der Bf. in dem Umgangs- und Auskunftsverfahren hätte erschöpfen müssen. Ein solches Verfahren hätte nach geltendem deutschen Recht nicht nur keine Erfolgsaussichten gehabt, weil der Bf. kein Recht hatte, die Vaterschaft des *H* anzufechten, denn der lebte mit *F* zusammen (§ 1600 Abs. 2 BGB), sondern zielt auch darauf ab, den Status als rechtlicher Vater eines Kindes zu erhalten und die Vaterschaft eines anderen Mannes zu beenden, **was ein grundsätzlich anderes und viel weitergehendes Ziel ist als die bloße Feststellung der leiblichen Vaterschaft**, um Umgang mit dem betroffenen Kind und Informationen über seine Entwicklung zu erhalten.

Rn. 103.Die Frage der Feststellung der leiblichen – im Gegensatz zur rechtlichen – Vaterschaft in einem Umgangsverfahren wird sich nur stellen, wenn man unter den besonderen Umständen des Falls davon ausgeht, dass ein Umgang zwischen dem mutmaßlichen leiblichen Vater – unter der Annahme, er ist es tatsächlich – und dem Kind dem Kindeswohl dient.

Folge: Einführung des § 1686a BGB und § 167a FamFG

Siehe aber auch:

EuGHMR v. 22. 3. 2012, Nr. 23338/09 - Kautzor/Deutschland:

(mutmaßlicher biologischer Vater früherer Ehemann, begehrt Anfechtung der Vaterschaft des rechtlichen Vaters, der Vaterschaft anerkannt hat)

Rn.73: Zu den in diesem Fall abzuwägenden widerstreitenden Interessen ist festzustellen, dass der Bf. ein geschütztes Interesse an der **Feststellung der Wahrheit** über einen wichtigen Aspekt seines Privatlebens hatte, nämlich die behauptete Vaterschaft für *M* und deren rechtliche Anerkennung.

Rn.76: Art. 8 der Konvention kann also dahin ausgelegt werden, dass er die Mitgliedstaaten verpflichtet, zu prüfen, ob es dem Kindeswohl entspricht, dem **leiblichen Vater insbesondere durch Gewährung eines Umgangsrechts** zu gestatten, eine Beziehung zu seinem Kind aufzubauen. **Dies kann bedeuten, dass die Feststellung der leiblichen – im Gegensatz zur rechtlichen – Vaterschaft in einem Umgangsverfahren nötig ist,** wenn man unter den besonderen Umständen des Falls davon ausgeht, dass ein Umgang zwischen dem angeblichen leiblichen

Vater – unter der Annahme, er sei es tatsächlich – und dem Kind dem Kindeswohl dient (s. EuGHMR NJW 2012,2781 Nr. 103 – Schneider/Deutschland).

Rn.77: Der angebliche leibliche Vater darf also von der Möglichkeit, seine Vaterschaft feststellen zu lassen, nicht vollständig ausgeschlossen werden, sofern keine erheblichen Gründe des Kindeswohls dafür sprechen. Daraus ergibt sich jedoch nicht zwingend eine Pflicht aus der Konvention, ihm zu gestatten, die Stellung des rechtlichen Vaters anzufechten oder eine besondere Klage auf Feststellung der leiblichen – im Gegensatz zur rechtlichen – Vaterschaft zu ermöglichen. Eine derartige Verpflichtung lässt sich auch nicht aus der Rechtsprechung des *Gerichtshofs* ableiten. Der vorliegende Fall unterscheidet sich von der Sache Różański/Polen (EGMR, Urt. v. 18. 5. 2006 – Nr. 55339/00 Rn. 78), auf den sich der Bf. beruft, weil die polnischen Gerichte in jenem Fall abgelehnt hatten, sich mit dem Antrag des Bf. auf Feststellung seiner Vaterschaft zu befassen, und dabei lediglich auf die Anerkennung der Vaterschaft durch einen anderen Mann verwiesen haben, ohne den tatsächlichen Hintergrund des Falls zu prüfen, wie etwa die Frage, ob das Kind mit seinem rechtlichen Vater in einer sozial-familiären Beziehung lebte. In dem Fall Mizzi/Malta (*EGMR*, Slg. 2006-I Nrn. 108 ff.) hat der *Gerichtshof* eine Verletzung von Art.8 EMRK festgestellt, weil dem Bf., der der rechtliche, aber nicht der leibliche Vater eines Kindes verheirateter Eltern war und nie mit dem Kind zusammengelebt hatte, niemals die Möglichkeit eingeräumt worden war, mit hinreichender Aussicht auf Erfolg Klage auf Anfechtung der Vaterschaft zu erheben. Der Fall Mizzi ist vom vorliegenden zu unterscheiden, weil der Bf. dort vorgetragen hat, die Vermutung der rechtlichen Vaterschaft entspreche nicht der sozialen Wirklichkeit, weil der rechtliche Vater nie eine tatsächliche Beziehung zu dem Kind unterhalten habe (s. *EGMR*, Slg. 2006-I Nr. 11 – Mizzi/Malta). Im vorliegenden Fall stimmte die rechtliche Vaterschaft von *E* dagegen mit seiner tatsächlichen Rolle als der soziale Vater des Kindes überein.

Rn. 78: Aus diesen Erwägungen, insbesondere wegen des fehlenden Konsenses zwischen den Mitgliedstaaten in dieser Frage und dem weiten Ermessensspielraum, der den Staaten bei Statusfragen zuzubilligen ist, hielt sich die Entscheidung, ob dem angeblichen leiblichen Vater die Anfechtung der Vaterschaft ermöglicht werden soll, unter den Umständen des vorliegenden Falls im Rahmen des staatlichen Ermessensspielraums.

Rn. 79: Ähnliche Erwägungen gelten für die Frage, ob ein **angeblicher leiblicher Vater berechtigt sein soll zu verlangen, dass im Wege einer genetischen Untersuchung die Abstammung des Kindes geklärt wird, ohne die Rechtsstellung des Kindes zu verändern.** Keiner der vom *Gerichtshof* untersuchten 26 Mitgliedstaaten kennt ein Verfahren zur Feststellung der leiblichen Vaterschaft ohne förmliche Anfechtung der Vaterschaft des anerkannten Vaters und ohne Änderung der Rechtsstellung des Kindes. Daher ist auch davon auszugehen, dass die Entscheidung, solch eine gesonderte Untersuchung nicht zu gestatten, innerhalb des staatlichen Ermessensspielraums liegt.

c. Recht der genetischen Mutter ?

III. Das Recht auf Abstammung

1. Die Regelungen des BGB:

a. Recht des Kindes auf rechtliche Zuordnung zum biologischen Elternteil

(1) an biologischer Abstammung ausgerichtet: § 1592 Nr. 3 BGB

(2) Zuordnung auch bei fehlender genetischer Verbindung:

§ 1591 BGB (Mutterschaft der Gebärenden)

§ 1592 Nr. 1 BGB (Zuordnung zum Ehemann der Mutter)

§ 1592 Nr. 2 BGB (Zuordnung zum Anerkennenden);

§ 1754 BGB (Zuordnung zu den Adoptiveltern, allerdings nur mit Zustimmung des Kindes § 1746 Abs. 1 BGB)

(3) Korrekturmöglichkeit des Kindes bei Zuordnung zum Ehemann und zum Anerkennenden, keine Korrektur der Mutterschaft und keine Korrektur im Falle der offiziellen Samenspende nach § 1600d Abs. 4 BGB-E.

b. Recht der genetischen Eltern auf rechtliche Zuordnung „ihres" Kindes

(1) § § 1591, 1592 Nr. 1, Nr. 2 BGB (nur wenn Vermutungstatbestand zutrifft)

(2) § 1592 Nr. 3 BGB (aber nur, wenn kein anderer Mann rechtlich zugeordnet ist.

(3) Nach § 1600d Abs. 4 BGB-E nicht im Falle der offiziellen Samenspende.

(4) Korrekturmöglichkeiten des genetischen Elternteils:

Mutterschaft: keine

Vaterschaft: § 1600 Abs. 1 Nr. 2, Abs.2 BGB: nur wenn keine sozial-familiäre Beziehung zum rechtlichen Vater besteht.

2. Verfassungsrechtliche und menschenrechtliche Vorgaben

a. Art. 6 Abs. 1 GG i.V.m. § 1589 BGB

b. Art. 6 Abs. 2 GG:

BVerfGE 108, 82, Rn. 56 Wenn Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG vom natürlichen Recht der Eltern spricht, kommt hiermit einerseits zum Ausdruck, dass dieses Recht nicht vom Staat verliehen, sondern als vorgegebenes von ihm anerkannt ist (vgl. BVerfGE 59, 360 <376>). Andererseits verdeutlicht dies, dass diejenigen, die einem Kind das Leben geben, von Natur aus

grundsätzlich bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen (vgl. BVerfGE 24, 119 <150>). **Deshalb ist der Gesetzgeber gehalten, die Zuweisung der elterlichen Rechtsposition an der Abstammung des Kindes auszurichten** (vgl. BVerfGE 79, 256 <267>).

Rn. 57 Der Gesetzgeber ist allerdings **nicht** verpflichtet, die rechtliche Anerkennung der Elternschaft stets von der Prüfung abhängig zu machen, von wem das Kind im Einzelfall abstammt.… Konsequenz dieser verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden gesetzlichen Vermutungsregelungen ist, dass im Einzelfall entgegen der gesetzlichen Vermutung die **rechtliche und die leibliche Vaterschaft** auseinander fallen können. Das Kind hat dann zwei Väter, die sich beide auf ihre durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschützte Elternschaft berufen können.

c. Art. 6 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1, 2 GG

BVerfGE 79, 256:

Es ist Sache des Gesetzgebers, wie er der verfassungsrechtlichen Beanstandung Rechnung tragen will. Er wird insbesondere darüber zu entscheiden haben, ob er dem Anspruch des nicht vom Ehemann der Mutter stammenden Kindes auf Kenntnis seines leiblichen Vaters durch Erweiterung der Gründe für eine zulässige Anfechtung der Ehelichkeit entsprechen will oder ob er etwa - bei Aufrechterhaltung der §§ 1598, § 1596 Nr. 2 BGB - dem Kind daneben andere, von § 1593 BGB bisher ausgeschlossene Klagemöglichkeiten einräumen will und wie diese im einzelnen ausgestaltet werden sollen.

d. Art. 7 Abs.1 UN-KRK?

e. Art. 8 EMRK

(1) Grundsätzliches Recht des Kindes auf statusmäßige Zuordnung zu seinen biologischen Eltern/bzw. auf entsprechende Statuskorrektur:

EuGHMR v. 7. Febr. 2002, Nr. 53176/05 – Mikulic/Kroatien

EuGHMR v. 20. Dez. 2007, Nr. 23890/02 –Phinikaridou/Zypern

EuGHMR v. 6. Juli 2010, Nr. 36498/05 –Backlund/Finnland

EuGHMR v. 16. Juni 2011, Nr. 19535/08 - Pascaud/Frankreich;

Aber Abwägungsprozess mit den schützenswerten Interessen der anderen Betroffenen: z. B. EuGHMR v. 13. Febr. 2003 Nr. 42326/98 - Odièvre/Frankreich:

(2) Grundsätzliches Recht auf rechtliche Zuordnung zum „eigenen“ Kind/bzw. entsprechende Statuskorrektur:

EuGHMR v. 26. Febr. 2004, Nr. 74969/01 –Görgülü/Deutschland

EuGHMR v. 18. Mai 2006 Nr. 55339/00 – Rozanski/Polen

Aber Abwägungsprozess mit den schützenswerten Interessen der anderen Betroffenen:

EuGHMR v. 22. 3. 2012, Nr. 23338/09 - Kautzor/Deutschland

3. Folgerungen für eine Reform des Abstammungsrechts

a. Notwendigkeit der Beseitigung von Widersprüchen

b. Beschränkungen der rechtlichen Zuordnung des genetischen Elternteils zulässig, wenn…

c. Rechtlichen Zuordnung des Wunschelternteils zulässig, wenn.…

das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung gewahrt ist