Deutscher Familiengerichtstag e.V.

Kinderrechtekommission

Stellungnahme

7. Februar 2013

zum Referentenentwurf des BMJ (RefE) eines Gesetzes zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters vom 11.05.2012

Grundsätzlich begrüßt die Kinderrechtekommission das Anliegen des RefE, die Position der leiblichen Väter zu verbessern und sich der komplizierten Familienverhältnisse anzunehmen, in denen rechtliche und leibliche bzw. soziale Elternschaft auseinander fallen. Schon mit Schaffung der §§ 1600 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 und 4 BGB sowie der Neufassung von § 1685 BGB hat der Gesetzgeber versucht, das Verhältnis dieser verschiedenen Formen von Elternschaft im Bereich von Abstammungs- und Umgangsrecht zu lösen, nachdem er sich letztmalig 1998 im KindRG der sorgerechtlichen Fragen der sozialen Elternschaft angenommen hat.

Die Kinderrechtekommission begrüßt es auch, dass der Gesetzgeber der Versuchung widerstanden hat, die Grundsätze des Abstammungsrechts zu verändern. Nichtsdestotrotz vermag der Entwurf aus drei Gründen nicht ganz zu überzeugen: zum einen beschränkt sich der Gesetzgeber nur auf ein kleines Teilproblem des Kindschaftsrechts, ohne sich um eine größere Reform zu bemühen (unter I.), oder zumindest die Chance zu nutzen, sich – unter Beibehaltung der Grundsätze des Abstammungsrechts – wiederholt artikulierter Schwachstellen anzunehmen, die im Abstammungsrecht hinsichtlich der Rechtsstellung des leiblichen Vaters bestehen (dazu Rixe FamRZ 2011, 1363, 1366 f mwN; Helms FamRZ 2010, 1, 5 ff.; Staudinger/Rauscher [2011], § 1600 Rn. 15). Zum zweiten überrascht der Reformeifer des Gesetzgebers im unmittelbarem zeitlichen Anschluss an die Entscheidungen des EGMR in Sachen Anayo/Deutschland (FamRZ 2011, 1363 ff.), Schneider./.Deutschland (FamRZ 2011, 1715 ff.) als auch der Entscheidung Kutzor und Ahrens./.Deutschland (FamRZ 2012, 691) (unter II.). Und zum

Dritten ist der konkrete Gesetzesvorschlag sprachlich unausgereift und birgt Wertungswidersprüche zum Abstammungsrecht (näher unter III.). Dabei soll im nachfolgenden der Schwerpunkt auf die zentrale Regelung des Umgangsrechts gelegt werden.

I. Die Insellösung

Nahezu alle Bereiche des Kindschaftsrechts werden immer wieder mit Teilregelungen novelliert (zB KiWoMaG; Vormundschafts- und Betreuungsrechtsänderungsgesetz; Gesetzentwurf zur gemeinsamen Sorge von nicht miteinander verheirateten Eltern). Der Gesetzgeber nimmt sich aber nicht einer grundlegenden Reform des Kindschaftsrechts an, womit dieses an Stringenz verliert. Dies zeigt schon allein die Formulierungen für verschiedenste Formen von „Vätern"; es ist die Rede von dem „Vater" i.S.v § 1592 BGB, dem "Mann, der an Eides Statt versichert, der Mutter des Kindes während der Empfängniszeit beigewohnt zu haben" (§ 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB); weiter spricht das Gesetz davon, dass der Mann als Vater „gilt", wer die Voraussetzungen nach § 1600d Abs. 2 S. 1 BGB glaubhaft macht (§ 1747 Abs. 1 BGB). 2003 wurde die „enge Bezugsperson" aufgenommen, d.h. „die Person, die längere Zeit mit dem Kind in häuslicher Gemeinschaft gelebt hat" (§ 1685 BGB), womit der leibliche Vater ebenso wie der potentiell leibliche Vater erfasst wird. Während der Gesetzgeber bei Schaffung letztgenannter Norm noch dem Versuch widerstanden hat, den Begriff des leiblichen Vaters zu verwenden (anders der Vorschlag des Bundesrates BT-Drucks. 15/2253, 15), macht der jüngste Referentenentwurf das bisherige Wirrwarr komplett und spricht sowohl von einem „leiblichen Vater" als auch einem „Mann, der an Eides Statt versichert, der Mutter des Kindes während der Empfängniszeit beigewohnt zu haben" (§ 1686a S. 2 RefE).

Die Kinderrechtekommission hätte es begrüßt, wenn der Gesetzgeber sich anstelle der vorgeschlagenen Minimallösung um eine kohärente Gesamtlösung des Verhältnisses von leiblicher, sozialer und rechtlicher Elternschaft bemüht hätte.

II. Umfang von Reform- bzw. Handlungsbedarf

Die Kinderrechtekommission bezweifelt zudem, ob aus den genannten Entscheidungen des EGMR sowie den Vorgaben der EMRK der Reformbedarf abgeleitet werden muss und darf, den der Gesetzgeber gesehen hat.

Der EGMR hat in den Entscheidungen Schneider./.Deutschland und Anayo./.Deutschland einen Konventionsverstoß des nationalen Umgangsrechts darin gesehen, dass es keine Prüfung ermöglicht, ob der Umgangskontakt des leiblichen Vaters mit seinem Kind in einer Situation, in der ihm das Fehlen einer sozial-familiären Beziehung nicht zugerechnet werden kann, mit dem Kindeswohl vereinbar ist (Anayo./.Deutschland FamRZ 2011, 269, 270). Angesichts der Realitäten des familiären Lebens im 21.

Jahrhundert sei er nicht mehr davon überzeugt, dass das Wohl von Kindern, die mit ihrem rechtlichen Vater zusammenleben, der nicht der leibliche Vater ist, sachgerecht durch eine allgemeine gesetzliche Vermutung bestimmt werden könne. Vielmehr sei eine angemessene Abwägung der Rechte aller Betroffenen im Einzelfall erforderlich (Schneider./.Deutschland FamRZ 2011, 1715, 1716). Zugleich betont er, dass bei einer Einschränkung des elterlichen Umgangsrechts – und gemeint ist das des leiblichen Vaters – durch die nationalen Gerichte ein strenger Prüfungsmaßstab anzulegen sei, da sie die Gefahr beinhalten, dass familiäre Beziehungen zwischen einem kleinen Kind und einem Elternteil endgültig abgebrochen würden (Anayo./.Deutschland FamRZ 2011, 269, 271 m.w.N.).

Wenn der Gesetzgeber nun in dem vorgelegten Referentenentwurf ein pflichtenfreies Umgangsrecht für einen leiblichen Vater vorsieht, der bislang noch keine Bindungen zu seinem Kind aufgebaut hat, so liegt darin eine enge Anlehnung an die Entscheidungen des EGMR, die so nicht gefordert war.

Aus den Entscheidungen lässt sich weder ein Zwang des nationalen Gesetzgebers ableiten, überhaupt tätig zu werden, noch können sie den Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers in einer Weise einschränken, dass die gesetzliche Regelung nur noch als Umsetzung der gerichtlichen Entscheidungen erscheint.

Die **Bindungswirkung** der Entscheidungen des EGMR erstreckt sich zwar, wie das BVerfG in Sachen Görgülü./.Deutschland festgestellt hat, auf alle staatlichen Organe und verpflichtet diese im Rahmen ihrer Zuständigkeit und ohne Verstoß gegen die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) einen fortdauernden Konventionsverstoß zu beenden und einen konventionskonformen Zustand herzustellen (BVerfG FamRZ 2004, 1857, 1859). Das bedeutet, dass sowohl die Gerichte als auch der Gesetzgeber grundsätzlich an die Entscheidungen des EGMR gebunden sind (BVerfG FamRZ 2004, 1857, 1861). Der Gesetzgeber kann sich aber, ebenso wenig wie die Gerichte, unter Berufung auf eine Entscheidung des EGMR von der rechtsstaatlichen Kompetenzordnung und der Bindung an Gesetz und Recht lösen. Sowohl die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des EGMR als auch deren gegen vorrangiges Recht verstoßende schematische „Vollstreckung“ können gegen Grundrechte iVm dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen (BVerfG FamRZ 2004, 1857, 1861).

Der Gesetzgeber hat sich in der Begründung aber lediglich mit dem Problem auseinander gesetzt, ob eine **konventionskonforme Auslegung von § 1685 BGB** in Betracht kommt (RefE S. 9). Dies hat er zu Recht verneint, weil die Grenze einer solchen Auslegung der Gesetzeswortlaut sowie der klar bekundete Willen des Gesetzgebers ist (BVerfG NJW 2011, 1931, 1936 Rn 93) ist. Da § 1685 BGB aber nur Bezugspersonen aufnimmt, die tatsächlich Verantwortung tragen oder getragen haben, fällt der leibliche Vater, der bislang eine solche Verantwortung nicht getragen hat, nicht unter diese Norm. Nicht in gleichem Umfang lässt sich dies für das Auskunftsrecht sagen, spricht doch § 1686 BGB

nur von „Elternteil“ und lässt damit eine konventionskonforme Auslegung im Rahmen des Wortlauts zu (iE Palandt/Diederichsen Rn. 3; Rixe FamRZ 2011, 1363, 1366).

Der RefE hat sich nicht näher mit der Frage beschäftigt, ob nicht durch die Schaffung eines Umgangsrechts des leiblichen Vaters die gesetzgeberische Grundwertung, die in den §§ 1600 und 1685 BGB steckt, aus den Angeln gehoben und damit u.U. auch Grundrechte verletzt werden. Hinter den geltenden Vorschriften steht der Vorrang der rechtlichen sowie der bestehenden sozialen Beziehung eines Vaters zum Kind vor der rein biologischen.

Wenn der Gesetzgeber diese Wertung nun mit Blick auf die Rechtsprechung des EGMR ändern will, so darf dies nicht ohne nähere Auseinandersetzung mit dem bestehenden System und einer Abwägung der betroffenen Grundrechte von Eltern und Kind, vor allem aus Art. 1, 2, 6 GG und der Auslegung des BVerfG, erfolgen. Dieses hat aber § 1685 BGB für mit Art. 6 Abs. 1 und 2 GG vereinbar angesehen. Art 6 Abs. 2 S. 1 GG sei nicht verletzt, weil der Beschwerdeführer nicht Träger des Elternrechts sei und auch Art. 6 Abs. 1 GG verlange, dass der leibliche Vater zumindest eine Zeit lang tatsächlich Verantwortung für das Kind getragen hat; eine (vorgeburtliche) Bereitschaft zur Verantwortungsübernahme reiche dagegen nicht aus (BVerfG FamRZ 2006, 1661 in Sachen Schneider). Ob das BVerfG unter Berücksichtigung der jüngsten Entscheidungen des EGMR anders entschieden hätte, kann zwar dahinstehen, weil der Gesetzgeber entschieden hat. Hätte das Gericht aber entscheiden können oder müssen, so wäre nicht zwingend die Verfassungswidrigkeit von § 1685 BGB die Folge gewesen. Auch das BVerfG hat die Vorgaben der EMRK sowie die Rechtsprechung des EGMR zu „berücksichtigen“ und sie in seine Entscheidungsfindung einzubeziehen (BVerfG FamRZ 2004, 1857, 1862); es ist aber nicht zu einer Änderung seiner Rechtsprechung etwa zu Art 6 GG gezwungen (überzeugend Löhnig/Preisner FamRZ 2012, 489, 495).

Die Bindung an die EMRK und die Entscheidungen des EGMR besteht also immer nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung. Hiergegen verstößt jedoch der vorgelegte Gesetzentwurf (näher nachfolgend unter III.1.).

III. Die Regelungen im RefE zum Umgangsrecht im Einzelnen

1. Das Konzept des Umgangsrechts im Lichte von Art. 6 GG

a) Die „Elternschaft light“

Im Unterschied zu § 1685 BGB muss das Umgangsrecht vom leiblichen Vater geltend gemacht werden, d.h. es scheidet die Möglichkeit aus, dass die Kindesmutter wie bei § 1685 BGB beim zuständigen Familiengericht ein Umgangsverfahren anregt, wenn etwa der rechtliche Vater den Umgang des Kindes seinem leiblichen Vater ablehnt (hierzu im

Rahmen von § 1685 BGB BT-Drucks. 13/4899, S. 107), d.h. es ist nicht als Recht iSv § 1684 oder § 1685 BGB ausgestaltet; vielmehr erinnert S. 2 eher an einen Anspruch.

Diesem „Recht“ **fehlt auch jegliches Pflichtmoment**, wie dies in § 1684 Abs. 1 zweiter HS und Abs. 2 BGB für den (rechtlichen) Elternteil sowie in § 1685 Abs. 3 BGB und der dort enthaltenen Verweisung auf das Umgangsrecht der Eltern für das Umgangsrecht der Bezugspersonen des Kindes geregelt ist. Nicht zuletzt fehlt jegliche Regelung darüber, ob und inwieweit das Familiengericht über den Umfang des Umgangsrechts und seine Ausübung, auch gegenüber Dritten (sprich rechtlichen Eltern sowie weiteren Bezugspersonen) entscheiden kann. Diese Rechtskonstruktion erklärt auch, warum der Gesetzgeber nicht versucht hat, die Umgangsregelung in § 1685 BGB und die Auskunftsregelung in § 1686 BGB zu integrieren, sondern einfach eine zudem systematisch höchst unglückliche Sondervorschrift gebildet hat. Damit schafft der Gesetzgeber bewusst eine „Elternschaft light“; dies ergibt sich bereits aus der Gesetzesbegründung zum Tatbestandsmerkmal „solange die Elternschaft eines anderen Mannes besteht“, wo es wörtlich heißt: „Angesichts des Interesses des Kindes daran, einen rechtlichen Vater zu haben, soll sich der biologische Vater dort, wo es an einem rechtlichen Vater fehlt, nicht mit einer „Elternschaft light“ begnügen können, die ihm nur das Umgangs- bzw. Auskunftsrecht beschert, ihn aber von den Vaterpflichten im übrigen freistellt“ (RefE S. 13).

Eine solch starke Rechtsposition des leiblichen Vaters läuft aber den Wertungen des Gesetzgebers in § 1626 Abs. 3 BGB zuwider, wonach zum Wohl des Kindes in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen sowie den in § 1685 BGB genannten Personen (von § 1626 Abs. 3 S. 2 BGB erfasst) gehört, aber eben nur zu diesen! Der leibliche Vater, der noch keine soziale Beziehung zu dem Kind hat, fällt nicht unter diese Vorschrift und der Gesetzgeber hat diese Norm im Referentenentwurf auch nicht in Bezug genommen.

Umgekehrt führt die mangelnde Verweisung auf das Wohlverhaltensgebot des § 1684 Abs. 2 BGB dazu, dass die rechtlichen Eltern nach wie vor in Ausübung ihres Aufenthaltsbestimmungsrechts nach § 1632 Abs. 2 BGB auch den Umgang mit dem leiblichen Elternteil verhindern können, ohne dass die Sanktionsfolge des § 1684 Abs. 3 S. 3 BGB oder etwa ein Teilentzug der elterlichen Sorge droht.

b) Verfassungsrechtliche Bedenken

Eine Regelung, die die Rechtsstellung des leiblichen, aber nicht rechtlichen Vaters mit Blick auf den Umgang gegenüber dem Kind stärker ausgestaltet als die Rechtsstellung des rechtlichen Vaters, ist aber nicht nur mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG, sondern auch Art. 6 Abs. 2 GG bedenklich, da ein solches Umgangsrecht eine erhebliche Einschränkung des Elternrechts des leiblichen Vaters darstellt. Zugunsten des leiblichen Vaters spricht lediglich das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 GG,

nicht aber Art. 6 Abs. 2 GG. Zwar steht auch der leibliche Vater eines Kindes unter dem Schutz von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG (BVerfG FamRZ 2008, 2257). Er wird dadurch aber noch nicht zum Träger des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG (BVerfG FamRZ 2008, 2257). Vielmehr kann es nach bisheriger Rechtsprechung des BVerfG für jedes Kind nur einen Vater und eine Mutter geben (BVerfG FamRZ 2003, 816, 819). Wer aber das Elternrecht für sich in Anspruch nimmt, kann, wie das BVerfG deutlich herausgestellt hat, „nicht nur Rechte gegenüber dem Kind einfordern, sondern muss auch Pflichten tragen. So ist auch das Umgangsrecht Teil der Elternverantwortung. Wenn aber das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG Rechte nur zusammen mit Pflichten vermittelt, kann auch Inhaber dieses Rechts nur sein, wer zugleich die Elternverantwortung trägt, unabhängig davon, ob sich die Elternschaft allein auf Abstammung oder auf Rechtszuweisung gründet“ (BVerfG FamRZ 2003, 816, 819 mwN). Ein Nebeneinander von zwei Vätern, denen zusammen mit der Mutter jeweils die gleiche grundrechtlich zugewiesene Elternverantwortung für das Kind zukommt, ist jedenfalls nach der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG mit der Wertung des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nicht vereinbar.

Bislang wird von diesem Grundsatz nur insoweit eine Ausnahme anerkannt, als der leibliche Vater in seinem Interesse zu schützen sei, die rechtliche Stellung als Vater zu gelangen. Art 6 Abs. 2 S. 1 GG gewährleistet also einen verfahrensrechtlichen Zugang zum Elternrecht (BVerfG FamRZ 2003, 816, 820). Dagegen fällt der leibliche Vater mit seinem Interesse, eine sozial-familiäre Beziehung zum Kind aufzubauen, nicht unter Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Zugunsten seinen Gunsten greift auch Art. 6 Abs. 1 GG nicht, da Familie i.S. dieser Vorschrift nur eine tatsächlich Lebens- und Erziehungsgemeinschaft umfasst (BVerfG FamRZ 2003, 816, 822), nicht aber eine nur angestrebte (BVerfG FamRZ 2006, 1661; OLG Karlsruhe FamRZ 2007, 924).

Dies sieht zwar der EGMR anders: In Sachen Anayo und Schneider./.Deutschland hat er die Frage noch dahinstehen lassen, ob das beabsichtigte Familienleben unter das Tatbestandsmerkmal „Familienleben“ iSv Art. 8 EMRK fällt; jedenfalls werde durch die Verweigerung des Umgangsrechts in das Recht auf Achtung seines Privatlebens nach Art. 8 EMRK eingegriffen (EGMR FamRZ 2011, 269, 270; EGMR FamRZ 2011, 1715, 1716). In der Sache Kautzor./.Deutschland (EGMR v. 22.3.2012 Rn. 61) und schon früher in der Sache Hülsmann./.Deutschland (NJW-RR 2009, 1585, 1586) hat der EGMR dagegen auch das beabsichtigte Familienleben unter den Schutz „Familienleben“ iSv Art. 8 EMRK gefasst, wenn der Umstand, dass das Familienleben noch nicht vollständig hergestellt ist, nicht dem Beschwerdeführer zuzurechnen ist.

Die damit bestehende Diskrepanz zwischen dem Schutzumfang von Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 8 EMRK muss aber nicht i.S. der EMRK aufgelöst werden. Eine völkerrechtsfreundliche Auslegung des Verfassungsrechts verlangt nicht, dass beide

Begriffe identisch ausgelegt werden müssen. Vielmehr behalten beide Rechtsordnungen ihre begriffliche Autonomie. Folgt man demnach bei Auslegung des Familienbegriffs der Sicht des BVerfG, so kann der **leibliche Vater** sein Umgangsrecht nur auf **Art. 2 Abs. 1 GG** stützen, das folglich auch nur in den dort genannten Schranken geschützt ist, mithin weiteren Einschränkungen unterliegt als das Umgangsrecht des rechtlichen Vaters bzw. der sonstigen Bezugspersonen, die sich auf Art. 6 Abs. 1 GG stützen können. Dieser grundrechtlichen Wertung läuft aber die Schaffung eines grenzenlosen Umgangsrechts des leiblichen Vaters zuwider.
Der Gesetzgeber muss also, um diesen derzeit verfassungsrechtlich bedenklichen Zustand zu beseitigen, **genauere Regelungen zum Beziehungsgeflecht** des leiblichen Vaters zu den vom Umgang betroffenen Mitglieder der rechtlichen und sozialen Familie einschließlich der Bezugspersonen, denen nach § 1685 BGB ein Umgangsrecht zusteht.

2. Unklarheit des Tatbestandsmerkmals „solange die Vaterschaft eines anderen Mannes besteht“

a) Umgangsrecht trotz möglicher Vaterschaftsanfechtung ?

Obwohl der Gesetzgeber v.a. die Entscheidungen des EGMR in Sachen Anayo./.Deutschland und Schneider./.Deutschland nachzeichnen wollte (s Begründung des Ref.E S. 6 f.), die beide die Besonderheit aufwiesen, dass eine Anfechtungsrecht nach § 1600 BGB mit dem Ziel eines Umgangsrechts nach § 1684 BGB ausschied, geht der RefE über diese Fallgestaltung hinaus und erfasst auch den Vater, der zwar anfechten kann, aber von seinem Anfechtungsrecht keinen Gebrauch macht; auch dann liegt die Voraussetzung vor, dass die Vaterschaft eines anderen Mannes besteht. Zwar würde in diesem Fall ein Umgangsrecht im Einzelfall daran scheitern, dass er mangels Erheben der Anfechtungsklage nicht gezeigt hat, dass er für das Kind tatsächlich Verantwortung getragen hat. Jedoch ist auch denkbar, dass er mit Rücksicht auf die bestehende Rechtsbeziehung zwischen Vater und Kind eine Anfechtungsklage bisher unterlassen hat und eine solche – nicht zuletzt mit Blick auf die unterhaltsrechtlichen Folgen – auch nicht erheben will. Es ist jedoch kein Bedürfnis ersichtlich, diesem Vater neben § 1684 BGB noch ein „Umgangsrecht light“ zu geben. Deshalb bedürfte es auf jeden Fall einer Beschränkung des betroffenen Personenkreises von leiblichen Vätern auf diejenigen, denen kein Anfechtungsrecht nach § 1600 BGB zusteht.

b) Das Problem der inzidenten Feststellung der Vaterschaft des leiblichen Vaters

Der RefE hat sich mit der Möglichkeit einer inzidenten Vaterschaftsfeststellung vorschnell gegen wiederholt erhobene Vorschläge gewandt, dem biologischen Vater das Verfahren nach § 1598a BGB zu eröffnen (dafür 19. DFGT 2011, Arbeitskreis 21, http://www.dfgt.de/resources/2011_Arbeitskreis_21.pdf (Beschluss Nr. 6 und 7); 18. DFGT 2009, Brühler Schriften zum Familienrecht, Band 16, 2010, S. 112; Helms FamRZ 2011, 1715, 1717; Wellenhofer FamRZ 2012, 828, 831). Die Begründung des Gesetzgebers, mit diesem Ansatz würde die Stabilität der sozialen Familie unangemessen gefährdet (Ref.E. S. 10), vermag nicht uneingeschränkt zu überzeugen, weil dies auch dem Umgangsrechtsstreit immanent ist. Der Versuch des Gesetzgebers, strikt zwischen Abstammungs- und Umgangsfragen zu trennen, entspricht zwar dem Ansatz des EGMR (nach Ansicht des EGMR [Schneider./.Deutschland FamRZ 2011, 1715, 1716] sind die Ziele unterschiedlich]. Es hätte aber einer überzeugenderen Begründung bedurft als nur den Hinweis auf die Schutzbedürftigkeit der Sozialbeziehung zwischen rechtlichem Vater und Kind. Der vorliegende Entwurf zeigt überdeutlich, dass eine strikte Trennung beider Fragen gerade nicht möglich ist.

Die im Gesetz vorgesehene inzidente Vaterschaftsfeststellung im Rahmen des Umgangs- bzw. Auskunftsverfahrens dient zwar dem berechtigten Anliegen, nur dem Mann ein Umgangs- bzw. Auskunftsrecht zu geben, der auch biologischer Vater ist. Der Gesetzgeber flankiert die materiell-rechtliche Regelung mit einer dem § 178 Abs. 1 FamFG nachgebildeten Regelung, die verhindern soll, dass die Kindesmutter oder eine sonstige Person die Feststellung der biologischen Vaterschaft vereiteln kann, indem sie die erforderliche Untersuchung verweigert (§ 163 a FamFG). Damit schafft der Gesetzgeber eine Möglichkeit zur Klärung der Abstammung, die bislang nicht vorgesehen war.

Grundsätzlich wird die Abstammung in einem isolierten Verfahren mit inter omnes Wirkung geklärt; hieran ändert auch die Regelung des § 1598a BGB nichts. Eine inzidente Feststellung der Vaterschaft in einem Verfahren, das Rechtsfolgen an die festgestellte Abstammung knüpft, kennt das Abstammungsrecht dagegen nicht. Der BGH hat zwar im Unterhaltsrecht wiederholt inzidente Vaterschaftsfeststellungen zugelassen, so etwa in einem Verfahren, in dem es um die Annahme eines Härtegrundes i.S.v. § 1579 Nr 7 BGB (BGH FamRZ 2012, 779 mwN) oder um einen Regressprozess des nur rechtlichen Vaters gegen den mutmaßlichen Erzeuger des Kindes ging (BGH FamRZ 2012, 437 ff.). In keinem der Fälle war aber unmittelbar das Verhältnis des (rechtlichen) Vaters zum Kind betroffen, sondern nur das Anspruchsverhältnis zwischen Erwachsenen.

Insoweit bildet die Inzidentprüfung im Rahmen des Umgangsverfahrens ein Novum, das zudem von den Grundsätzen, die der BGH für eine Inzidentprüfung aufgestellt hat, weiter abweicht. Da die Inzidentfeststellung im Rahmen von § 1686a RefE nichts an der

rechtlichen Vaterschaft des Mannes ändert, der mit dem Kind in einer sozial-familiären Beziehung lebt, führt die Ermittlung der biologischen Vaterschaft eines anderen Mannes zu einer **doppelten Vaterschaft**, die mit den derzeit geltenden Grundsätzen des Abstammungsrechts unvereinbar ist (BGH FamRZ 2012, 437, 439), wirkt doch die statusrechtliche Folge der Vaterschaft nach § 1592 Nr 1 BGB für und gegen jedermann, d.h. auch gegenüber dem biologischen Vater. Mit der Neuregelung setzt der Gesetzgeber also neue Maßstäbe für das Abstammungsrecht, was seinem Grundanliegen, Umgangs- und Abstammungsfragen strikt getrennt zu halten, zuwiderlaufen würde.

Nicht zuletzt sei noch auf eine **kostenrechtliche Schieflage** hingewiesen. Im Fall einer Abstammungsklärung nach § 1598a BGB hat der Anspruchsberechtigte die Kosten der Abstammungsbegutachtung zu tragen und zwar auch dann, wenn der Anspruch nach Abs. 1 BGB in einem Verfahren nach Abs. 2 realisiert wird, weil sich der Duldungsanspruch aus § 1598a BGB ergibt und nicht aus § 178 FamFG (s Staudinger/Rauscher § 1598a Rn. 26). Wenn nun § 163a FamFG den Duldungsanspruch für das Umgangsverfahren nach § 1686a RefE im Verfahrensrecht verortet, trägt die Staatskasse die Kosten für die Inzidentfeststellung. Wieso aber ein völlig pflichtenloser leiblicher Vater im Umgangsverfahren hinsichtlich der Feststellung seiner Vaterschaft besser stehen soll als ein rechtlicher Vater im Verfahren nach § 1598a BGB, ist nicht einzusehen. Diesen Widerspruch zwischen § 1598a BGB und § 163a FamFG gilt es zu beheben.

3. Wille zur tatsächlichen Verantwortungsübernahme durch entsprechendes Verhalten in der Vergangenheit

Die Formulierung „der durch sein Verhalten gezeigt hat, dass er Verantwortung übernehmen will“ ist zu unbestimmt. Ohne Bildung von Fallgruppen oder konkretisierenden Beispielsfällen bleiben- auch unter Einbeziehung der Begründung des Gesetzentwurfs- zu viele Fragen, offen. Nach dem Wortlaut genügt es, wenn der leibliche Vater versucht, seine (vermeintlichen) Rechte gegenüber den rechtlichen Eltern, dem Jugendamt und oder dem Gericht geltend zu machen; ob dahinter aber auch ein wirkliches Interesse für das Kind steckt, lässt sich allenfalls mutmaßen. Es wird deswegen ein tatsächliches Verhalten in Bezug auf das Kind verlangt werden müssen, wie etwa wiederholte Unterhaltszahlungen. Unklar bleibt auch die Bedeutung der Beziehung zur Kindesmutter. Muss er mit ihr zusammengelebt haben (so EGMR Hülsmann./.Deutschland NJW-RR 2009, 1585, 1586)? Warum genügt ein einmaliger Sexualkontakt nicht, soweit auch dieser Mann nachweisen kann, dass aus Gründen, die ihm nicht zugerechnet werden können, ihm die Begründung einer sozial-familiären Beziehung zum Kind versagt blieb?

Es bleibt weiter die Frage, ob das Bekenntnis zum Kind auch unmittelbar vor oder nach der Geburt des Kindes erfolgen sollte (in diese Richtung Kautzor./.Deutschland, 22.3.2012 Entscheidungsgründe Nr. 61; EGMR Anayo./.Deutschland FamRZ 2011, 269, 270; EGMR Hülsmann./.Deutschland NJW-RR 2009, 1585, 1586). Der Gesetzgeber lässt eine zeitliche Einschränkung vermissen, was zumindest in den Fällen problematisch ist, in denen der leibliche Vater trotz Kenntnis der Geburt ohne Grund keinen Kontakt zur Familie gesucht hat. Hier wäre zumindest zu überlegen, ob eine solche Einschränkung zur Klarstellung aufgenommen wird.

Weiter fehlt im Gesetzestext ein Zurechnungselement. Der EGMR hat wiederholt die Bedeutung eines solchen herausgestellt. Ein beabsichtigtes Familienleben falle nur dann unter den Schutz von Art. 8 EMRK, wenn die fehlende Herstellung des Familienlebens dem leiblichen Vater nicht zuzurechnen sei (EGMR Kautzor/Deutschland, Entscheidungsgründe Nr. 76; EGMR./.Anayo FamRZ 2011, 269, 270 Rn. 60; EGMR Hülsmann./.Deutschland NJW-RR 2009, 1585, 1586). Zwar erwähnt der Gesetzgeber ein solches Zurechnungselement in der Begründung (RefE S. 14). Es fehlt aber im Normwortlaut. Zumindest durch Aufnahme eines solchen Tatbestandsmerkmals könnten aber die oben genannten Fälle ausgeschaltet werden, in denen der leibliche Vater eine Anfechtungsmöglichkeit nicht genutzt hat. Zudem könnte durch ein solches Merkmal auch sichergestellt werden, dass das Verhalten der rechtlichen Eltern stärkere Berücksichtigung findet.

4. Dienlichkeit des Umgangs mit dem Kindeswohl

Die Schwelle der positiven Kindeswohlprüfung entspricht der in § 1685 BGB. Die Kinderrechtekommission begrüßt es, dass der Gesetzgeber sich gegen eine negative Kindeswohlprüfung entschieden hat, wie sie beim Auskunftsrecht verlangt wird (§ 1686a S. 1 Nr. 2 RefE). Allein das Interesse des Kindes, seine Herkunft kennen zu lernen, kann ebenso wenig den Ausschlag geben wie die Einschätzung, ein offener Umgang mit den Realitäten entspreche am ehesten den Interessen aller Beteiligten (so AG Baden/Baden als Ausgangsgericht in Sachen Anayo./.Deutschland, Rn. 12-14). Völlig unausgelotet sind demgegenüber die psychosozialen Bedürfnisse des Kindes, die weit über die Kenntnis seiner biologischen Herkunft hinausgehen und - vor allem im frühen Alter - auf Bindungssicherheit und Geborgenheit gerichtet sind. Der Konflikt zwischen biologischer und sozialer Elternschaft ist so alt wie die Menschheitsgeschichte (vgl. das Urteil des Königs Salomo (1 Könige 3, 16 – 18) und dagegen den "kaukasischen Kreidekreis" von Bertolt Brecht); angesichts der zunehmenden Fokussierung der öffentlichen Debatte auf die biologische Komponente sollte die gleichrangige psychosoziale Komponente des Kindeswohls nicht aus den Augen verloren werden.

Die Kinderrechtekommission gibt deshalb zu bedenken, dass **nicht unbesehen** der Maßstab der Kindeswohlprüfung herangezogen werden kann, der für die sonstigen Bezugspersonen des Kindes in § 1685 BGB gilt. In den Fällen des § 1685 BGB besteht bereits eine sozial- familiäre Beziehung, wogegen dies in den Fällen des § 1686a RefE gerade nicht der Fall ist, es sei denn, der Gesetzgeber verlangt – wie der EGMR – das Bestehen einer faktischen Familienbeziehung zwischen potentiellem Vater und Kindesmutter als Voraussetzung für das Entstehen auch einer potentiellen Beziehung zwischen Kindesvater und Kind. In diesem, aber nur in diesem Fall wäre die positive Kindeswohlprüfung u.U. ausreichend. In allen übrigen Fällen ist aber zu berücksichtigen, dass mit dem Umgang Gefahren für die bestehende soziale Familie des Kindes mit seinem rechtlichen Vater und für die seelische Stabilität des Kindes verbunden sein können.

Der Gesetzgeber hat diese Gefahren bereits bei Erweiterung des Personenkreises in § 1685 BGB gesehen (BT-Drucks. 15/2253, S. 16). Wenn dieses Problem aber schon für das Verhältnis zwischen Verwandten vom Gesetzgeber artikuliert worden ist, um wie viel mehr muss es berücksichtigt werden, wenn ein Familienfremder ein Recht geltend macht und durchzusetzen sucht? Die **Erhöhung der Kindeswohlschwelle** wäre eine Möglichkeit, dieses Problems Herr zu werden.

Für diese Lösung spricht auch das Verhältnis zu den Abstammungsregeln. Der Gesetzgeber hat dort die Wertung getroffen, dass der leibliche Vater nicht anfechten kann, wenn zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater eine sozial-familiäre Beziehung besteht (§ 1600 Abs. 2 BGB). Ebenso wenig soll er in den Personenkreis nach § 1598a BGB aufgenommen werden, um die Stabilität der sozialen Familie nicht unangemessen zu gefährden (RefE S. 10). Damit will der Gesetzgeber die soziale Familie vor Störfeuern schützen, die mit Abstammungsstreitigkeiten verbunden sind. Damit steht aber in eklatantem Wertungswiderspruch, wenn zugleich dem leiblichen Vater ein Umgangsrecht eingeräumt wird, dessen Realisierung eine viel größere Gefahr für die tatsächlich gelebte Sozialbeziehung birgt als das Erstreiten von rechtlichen Positionen in einem Abstammungsverfahren. Hier ist der Gesetzgeber dringend gefordert, diesen Wertungswiderspruch aufzulösen.

5. Verhältnis der Tatbestandsmerkmale zueinander

Unklar bleibt auch, in welcher Reihenfolge die Tatbestandsmerkmale der Neuregelung geprüft werden sollen. Der aktuelle Vorschlag stellt es in das Belieben des Richters, ob erst die Vaterschaft des potentiellen leiblichen Vaters festgestellt oder erst eine Kindeswohlprüfung angestellt wird (Ref.E Begründung S. 14). Zieht man die Rechtsprechung des EGMR heran, an der der Referentenentwurf ausgerichtet ist, so

spricht einiges für die vorrangige Prüfung der Vereinbarkeit des Umgangs des vermeintlichen Kindesvaters mit dem Kindeswohl (EGMR Kautzor/Deutschland 22.3.2012, Entscheidungsgründe Nr. 77 mwN; Schneider./.Deutschland FamRZ 2011, 1715, 1717).

Die Entscheidung dieser Frage kann aber **nicht dem Richter überlassen**, sondern sollte vom Gesetzgeber geklärt werden. Zwar wird die rechtliche und soziale Familie in beiden Fällen allein schon deshalb belastet, weil ein Verfahren bezüglich des Umgangs des leiblichen Vaters anhängig ist. Die Belastung erscheint aber ungleich höher, wenn vorrangig im Rahmen einer komplexen Kindeswohlprüfung die Interessen der betroffenen Familienmitglieder untersucht und abgewogen werden. Demgegenüber geht es bei der Inzidentprüfung „nur“ um Abstammungsfragen. Soweit diese negativ beschieden wird, hat sich das Problem erledigt. Ist er dagegen als Vater festgestellt, so könnte im Einzelfall der Boden bereitet sein für eine einvernehmliche Lösung der Umgangsfrage (so zu Recht Helms FamRZ 2011, 1715, 1717). Umgekehrt kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass auch eine Inzidentfeststellung der Vaterschaft nicht ohne Wirkung auf das Verhältnis zwischen rechtlichem Vater und Kind bleiben wird (so selbst der Gesetzgeber im RefE Begründung S. 14). Dies wiederum schadet aber dem Kindeswohl. Allein schon deswegen sieht die Kinderrechtekommission ein Bedarf, das Verhältnis dieser beiden Tatbestandsmerkmale im Gesetz klarzustellen.

Mitglieder der Kinderrechtekommission:
Prof. Dr. Michael Coester (Vorsitzender); Direktor des AG Hans-Otto Burschel; Rechtsanwältin Esther Caspary; Richterin am AG Dr. Sandra Fink: Richter am OLG Dr. Stefan Heilmann; Diplom-Pädagogin Beate Holstein; Prof. Dr. Ulrike Lehmkuhl; Dr. Thomas Meysen; Richter am AG a.D. Horst-Heiner Rotax; Prof. Dr. Ludwig Salgo; Diplom-Psychologe Dr. Dr. (Univ. Prag) Josef Salzgeber; Prof. Dr. Barbara Veit)