

Rotax, Horst-Heiner

Zum Recht des Kindes auf Information über seine leiblichen Eltern und zum Recht der Eltern auf Information über tatsächliche Mutter- bzw. Vaterschaft

Praxis der Kinderpsychologie und Kinderpsychiatrie 56 (2007) 2, S. 148-171



Quellenangabe/ Reference:

Rotax, Horst-Heiner: Zum Recht des Kindes auf Information über seine leiblichen Eltern und zum Recht der Eltern auf Information über tatsächliche Mutter- bzw. Vaterschaft - In: Praxis der Kinderpsychologie und Kinderpsychiatrie 56 (2007) 2, S. 148-171 - URN: urn:nbn:de:0111-opus-30468 - DOI: 10.25656/01:3046

<https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0111-opus-30468>

<https://doi.org/10.25656/01:3046>

in Kooperation mit / in cooperation with:



<http://www.v-r.de>

Nutzungsbedingungen

Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Die Nutzung stellt keine Übertragung des Eigentumsrechts an diesem Dokument dar und gilt vorbehaltlich der folgenden Einschränkungen: Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

Terms of use

We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document.

This document is solely intended for your personal, non-commercial use. Use of this document does not include any transfer of property rights and it is conditional to the following limitations: All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.

By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.

Kontakt / Contact:

peDOCS

DIPF | Leibniz-Institut für Bildungsforschung und Bildungsinformation

Informationszentrum (IZ) Bildung

E-Mail: pedocs@dipf.de

Internet: www.pedocs.de

Mitglied der


Leibniz-Gemeinschaft

ÜBERSICHTSARBEITEN

Zum Recht des Kindes auf Information über seine leiblichen Eltern und zum Recht der Eltern auf Information über tatsächliche Mutter- bzw. Vaterschaft¹

Horst-Heiner Rotax

Summary

Regarding the child's right to information about his/her natural parents and regarding the parents' right to information about the actual maternity or paternity

It is true that the Federal Constitutional Court has explicitly affirmed the child's right to know his/her own descent; the parents' right to information regarding their natural paternity can be derived from the Constitution of the Federal Republic of Germany as well. This, however, does not determine who is entitled and at what point one may request information on the actual descent of a person. Neither does the right lay down from whom information may be requested or who could be sued for what kind of information. Further it leaves unanswered who would be in the position to enforce the judgement eventually. The adoption law is the only one containing legal provisions. The judicial decisions are unclear and inconsistent. It is still possible that there is a permanent difference between the legal and the actual paternity. In Germany, there is currently no room for determining genetic maternity that would differ from the legal maternity. Only older, grown-up children and men whose legal paternity has been eliminated in previous court proceedings are entitled to sue for information regarding their biological descent. Linked to this is the prohibition of secret paternity tests. In the question who is entitled to information regarding the actual descent (and whether there is such a right), financial, fiscal, health and purely moral interests of both, the parties involved and the public authorities must be balanced. In connection with a heterologous insemination, information regarding the genetic descent must not only be provided by the mother and the (legal) father but also by public authorities and other third parties, particularly physicians. Insufficient documentation on the part of the physician involves the risk regarding the liability for damages vis-à-vis the child who is entitled to receive information.

Prax. Kinderpsychol. Kinderpsychiat. 56/2007, 148-171

Keywords

The child's right to information regarding the own descent – Legal and actual paternity – Information regarding the biological descent – Prohibition of secret paternity tests – The physician's liability for damages vis-à-vis the child entitled to receive information

Zusammenfassung

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung ausdrücklich bejaht. Auch ein Recht der Eltern auf Kenntnis ihrer leiblichen Elternschaft ist aus dem Grundgesetz ableitbar. Damit steht aber noch nicht fest, wer wann von wem welche Informationen über die tatsächliche Abstammung verlangen, einklagen und den Urteilsspruch dann auch durchsetzen kann. Außer im Adoptionsrecht gibt es dazu keine gesetzlichen Regelungen. Die Rechtsprechung ist unübersichtlich und uneinheitlich. Rechtliche und tatsächliche Vaterschaft können immer noch dauerhaft auseinander fallen. Für eine von der rechtlichen Mutterschaft abweichende Feststellung der genetischen Mutterschaft gibt es in Deutschland derzeit keinen Raum. Informationen über ihre leibliche Abstammung können allenfalls ältere und volljährige Kinder sowie Männer einklagen, deren rechtliche Vaterschaft zuvor in einem gerichtlichen Verfahren beseitigt worden ist. Dabei ist das Verbot heimlicher Abstammungsgutachten zu beachten. Bei der Frage, ob und wer einen Anspruch auf Informationen über die tatsächliche Abstammung hat, sind finanzielle, fiskalische, gesundheitliche und rein ideelle Interessen sowohl der beteiligten Personen wie öffentlicher Stellen gegeneinander abzuwägen. Auskünfte über die genetische Abstammung müssen ggf. nicht nur die Mutter und der (rechtliche) Vater, sondern auch öffentliche Stellen und andere Dritte, insbesondere Ärzte im Zusammenhang mit einer heterologen Insemination erteilen. Unzureichende Dokumentation beim Arzt birgt die Gefahr einer Schadensersatzpflicht gegenüber dem auskunftsberechtigten Kind.

Schlagwörter

Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung – Rechtliche und tatsächliche Vaterschaft – Informationen über die leibliche Abstammung – Verbot heimlicher Abstammungsgutachten – Schadensersatzpflicht des Arztes gegenüber dem auskunftsberechtigten Kind

1 Unterscheidung zwischen Recht auf Kenntnis der leiblichen Abstammung und Recht auf Verschaffung von Informationen über die Abstammung

1.1 Recht aller Kinder auf Kenntnis ihrer leiblichen Abstammung

In Deutschland sind außer im Bereich der Adoption weder das Recht auf Kenntnis der leiblichen Abstammung noch etwaige Ansprüche auf Verschaffung von Informationen über die leibliche Abstammung gesetzlich geregelt. Man kann diese Rechte nur durch Rückgriff auf allgemeine verfassungs- und einfachrechtliche Normen bestimmen. Entsprechend umstritten war und ist der Bestand derartiger Rechte. Seit Ende der 80er Jahre des letzten Jahrhunderts ist zumindest das früher heftig diskutierte Recht aller Kinder auf Kenntnis ihrer leiblichen Abstammung unstrittig geworden. Das BVerfG hat durch seine Entscheidung vom 31.1.1989² mit Gesetzeskraft festgelegt, dass das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung im allgemeinen Persönlichkeitsrecht

des Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art 1 Abs. 1 GG wurzelt. Das entspricht der durch Art. 7 Abs. 1, 9 UN-Kinderrechte-Charta vorgegebenen und von der Bundesrepublik durch Ratifikation übernommenen Verpflichtung, Kindern im Rahmen des Möglichen die Gelegenheit zu geben, ihre Eltern kennen zu lernen

1.2 Recht der Eltern auf Kenntnis ihrer leiblichen Elternschaft

Das Recht der Eltern auf Kenntnis ihrer leiblichen Elternschaft ist vor allem aus Art. 6 Abs. 3 GG herzuleiten. Was genau Eltern sind, wird vom Grundgesetz aber nicht näher definiert. Mangels verfassungsrechtlicher Bestimmung sind Eltern zunächst einmal diejenigen, die nach den Regeln des bürgerlichen Abstammungsrechts als solche angesehen werden. Danach wird zumindest die Vaterschaft jedenfalls nicht primär an die tatsächliche Abstammung geknüpft, sondern durch die Heirat mit der Mutter³, durch die – in keinem Fall von einer genetischen Abstammung abhängende – Vaterschaftsanerkennung⁴ und durch eine ebenfalls nicht zwingend auf genetischen zusammenhängenden gerichtlichen Feststellung⁵ vermittelt wird. Diese primäre rechtliche Zuordnung des Kindes zum Vater kann zwar im Rahmen des Anfechtungsrechtes weitgehend, aber eben nicht unbegrenzt korrigiert werden⁶. Der verfassungsrechtliche Elternbegriff steht allerdings nicht zur freien Disposition des einfachen Gesetzgebers⁷. Die privatrechtlichen Normen müssen es nach Auffassung des BVerfG zumindest in bestimmten Fallkonstellationen dem genetischen Vater auch ermöglichen, rechtlicher Vater zu werden⁸. Nach deutschem Verfassungsverständnis wird nämlich vermutet, dass die natürlichen Eltern von Natur aus bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Erziehung zu übernehmen⁹. Durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen, zur Registrierung von Vorsorgeverfügungen und zur Einführung von Vordrucken für die Vergütung von Berufsbetreuern vom 23.4.2004¹⁰ wurde deshalb ein begrenztes Anfechtungsrecht auch des leiblichen Vaters eingeführt¹¹.

1.3 Recht der leiblichen Mutter auf Kenntnis von ihrer leiblichen Mutterschaft

Ein Recht der leiblichen Mutter auf Kenntnis von ihrer leiblichen oder genetischen Mutterschaft kann in Deutschland jedenfalls von der Rechtsprechung nicht diskutiert werden, weil sich der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Kindschaftsrechtsreform des Jahres 1998 bewusst gegen die Möglichkeit eines Auseinanderfallens von rechtlicher und leiblicher Mutterschaft entschieden hat¹². Nach deutschem Recht wird anders als z. B. nach französischem Recht die rechtliche Mutterschaft nach wie vor allein durch das Geburtsereignis bestimmt (§ 1591 BGB). Die Anknüpfung der Mutterschaft an die Geburt als nach außen deutlich sichtbares Zeichen galt lange Jahrhunderte als selbstverständlich¹³ und beruhte auf dem römisch-rechtlichen Grundsatz „mater semper certa est“¹⁴. Die Geltung dieses Grundsatzes ist durch die Erfolge der modernen Fortpflanzungsmedizin in Frage gestellt worden¹⁵.

Gleichwohl hat ihn auch der Gesetzgeber des Kindschaftsrechtsreformgesetzes zur Verhinderung einer „gespaltenen Mutterschaft“ verbindlich festgeschrieben und – im Gegensatz zu einer primären Zuordnung zum Vater – als unanfechtbar ausgestaltet¹⁶. Eine verfassungs-, weil gleichberechtigungswidrige Behandlung von Mann und Frau wird hierin nicht gesehen: Im Gegensatz zum reinen Scheinvater habe die Gebärende immerhin körperlich an der Entstehung des Kindes mitgewirkt und vollziehe sich – auch unabhängig von einer genetischen Verbindung – zwischen der Schwangeren und dem Embryo ein psychophysischer Prozess, der sich bis über die Geburt hinaus auf die emotionale Entwicklung des Kindes auswirke.

Nun gibt es allerdings seit Einführung der sog. Babyklappen oder der tatsächlich praktizierten, wenngleich rechtswidrigen ärztlich assistierten „anonymen“ Geburt von Kindern, bei denen die Personalien der Mutter nicht festgestellt und/oder festgehalten werden, das rechtliche Bedürfnis, jedenfalls dann, wenn die sich die Mutter nachträglich zum geborenen Kind bekennt, eben diese rechtliche Mutterschaft auch festzustellen. Das ist durch eine Abstammungsfeststellungsklage beim Familiengericht möglich, wenn es der Mutter nicht gelingt, die Tatsache der Geburt für die beteiligten Behörden anderweitig zweifelfrei nachzuweisen. Mit der Frage der genetischen Abstammung hat dieses nichts zu tun. Es geht nur um die nachträglich Rekonstruktion des tatsächlichen Vorganges der Geburt. Diese Tatsache allein führt bei uns unabänderlich zur rechtlichen Mutterschaft.

1.4 Recht auf Verschaffung von Informationen über die leibliche Abstammung

Zunächst war angenommen worden, dass es ein Recht auf Verschaffung von Kenntnissen über die tatsächliche Abstammung nur im Rahmen der im bürgerlichen Recht geregelten Vaterschaftsanfechtungs- und Vaterschaftsfeststellungsverfahren gibt. Zunehmend wurde dann darüber diskutiert, ob es auch außerhalb dieser geregelten Verfahren ein Recht auf Kenntnis von der leiblichen Abstammung gibt, d. h. ob und unter welchen Voraussetzungen und Einschränkungen ggf. die Kinder und Väter ein Recht auf Auskunft, d. h. auf Verschaffung von Informationen über die leibliche Abstammung auch und gerade ohne Einleitung eines förmlichen Statusverfahrens haben. Das mag eine für den juristischen Laien zunächst verblüffend erscheinende Paradoxie sein: Zwar ist ein – sogar verfassungsrechtlich verbrieftes - Recht auf Kenntnis der Abstammung ausdrücklich anerkannt worden, man kann dieses aber möglicherweise mangels ausreichender Informationen und Auskunftsrechten nicht befriedigen, etwa weil man in einem Anfechtungsverfahren keine ausreichend konkreten Anhaltspunkte für Zweifel an der bestehenden Vaterschaft geben kann. Der vermeintliche Widerspruch ergibt sich daraus, dass die Grundrechte unserer Verfassung nach ganz h. M. (nur) als Schutz- und Abwehrrechte gegen den Staat ausgestaltet sind und aus ihnen unmittelbare Ansprüche von Privatpersonen gegeneinander (unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten) nur selten und allenfalls über die Auslegung des einfachen Rechts und

hier insbesondere die Generalklauseln des bürgerlichen Rechtes (mittelbare Drittwirkung) folgen. Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG schützen die Grundrechte zunächst einmal nur vor staatlichen Eingriffen, wozu auch das „Vorenthalten erlangbarer Informationen über die Abstammung“¹⁷ durch staatliche Stellen gehört und zwingen den Staat, d. h. u. U. auch den Gesetzgeber, ggf. zum Tätigwerden¹⁸. Die Grundrechte selbst berechtigen einen Bürger nicht dazu, von einem anderen Informationen zu verlangen. Bei der Ausgestaltung der (einfachrechtlichen) Informationsrechte und -pflichten der Bürger in diesem Zusammenhang hat der Gesetzgeber und haben die Gerichte bei der ihnen gestatteten verfassungskonformen Fortbildung des Rechts einen erheblichen Gestaltungs- oder Beurteilungsspielraum. Sie müssen vor allem die jeweils grundrechtlich geschützten, aber gegenläufigen Interessen der verschiedenen Betroffenen berücksichtigen und unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in eine „praktische Konkordanz“ bringen¹⁹.

2 Das Spannungsfeld zwischen rechtlicher Zuordnung und genetischer Abstammung

Ausgangspunkt der hier zu untersuchenden Frage ist also die Tatsache, dass nach unserem bürgerlichen Recht biologische und rechtliche Vaterschaft auseinander klaffen können. Biologische Elternschaft ist in unserem Recht eben nur ein Anknüpfungspunkt für die rechtliche Elternschaft. Daneben gibt es die Möglichkeit rechtlicher Vaterschaft ohne leibliche Vaterschaft, sei es durch Adoption²⁰, sei es durch schlichte Vaterschaftsanerkennung oder gerichtliche Vaterschaftsfeststellung, wenn das Kind noch keinen rechtlichen Vater besitzt²¹.

Auch heute noch hat der wahre Erzeuger nicht die Möglichkeit, eine Vaterschaft im Rechtssinn herbeizuführen, wenn die Mutter mit dem Ehemann zusammenlebt oder ein anderer, mit der Mutter in familiärer Gemeinschaft lebender Mann ihm mit einer wirklichen Vaterschaftsanerkennung zuvor kommt²². Grund für diese Regelung war und ist der auf Art. 6 I GG gestützte Gedanke, dass nicht nur die Ehe, sondern auch die tatsächlich gelebte Familie²³ unter dem „besonderen“ Schutz der staatlichen Ordnung steht.

Umgekehrt dienen die vaterschaftserhaltenden Normen des geltenden Anfechtungsrechtes nur dem Schutz des Kindes und der bisherigen rechtlichen Familie, nicht aber auch dem Schutz des leiblichen Vaters vor einer Inanspruchnahme als rechtlicher Vater. Das hat das OLG Thüringen in einer neueren Entscheidung ausdrücklich klargestellt²⁴.

Nach geltendem Recht ist die Vaterschaftsanfechtung (nur für Mutter und Vater, nicht für das Kind) ausgeschlossen, wenn das Kind mit Einwilligung des Mannes und der Mutter durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden ist²⁵. Zulässig bleibt hier allerdings die Anfechtungsklage von Mann und Mutter mit der Behauptung, das Kind stamme gar nicht aus der Befruchtung mittels Samenspende, der der Mann zugestimmt hat, oder die Zustimmung sei unwirksam erteilt worden.

Da sich Zeugung und Empfängnis unmittelbar nicht so zweifelsfrei feststellen lassen wie die Geburt, hat sich das deutsche Recht bei der Feststellung der Vaterschaft immer schon mit Vermutungen beholfen²⁶ und verfährt auch noch heute so, wenn sich einmal ausnahmsweise trotz aller modernen Labormethoden die genetische Abstammung nicht feststellen lässt, z.B. weil keine Untersuchungspersonen zur Verfügung stehen oder aber diese so entfernt verwandt sind, dass unter Zugrundelegung statistischer Wahrscheinlichkeiten keine ausreichend sichere Aussage über eine Abstammung gemacht werden kann.

In unserem heutigen Recht gilt in Zweifelfällen immer noch der römische Rechtsatz „*pater est, quem nuptiae demonstrant*“²⁷ im heutigen § 1592 Nr. 1 BGB, der das Kind dem Mann zuweist, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Gebärenden verheiratet ist. Daneben erfolgt eine Zuordnung kraft Anerkennung (§§ 1594 bis 1598 BGB) sowie durch gerichtliche Feststellung der Vaterschaft (§§ 1600d und 1600e BGB), wenn die Zuordnung kraft Heirat nicht möglich ist, weil eine Ehe zwischen den Eltern nicht (mehr) besteht.

Die modernen Reproduktionsmethoden²⁸, insbesondere die Zeugung durch heterologe Insemination bei in Deutschland verbotener, gleichwohl aber hier oder im Ausland durchgeführter – sog. Leihmutterchaft²⁹ kann zur Notwendigkeit einer Klärung der genetischen Identität beider Eltern führen, weil völlig unklar geworden sein kann, von wem hier das Kind eigentlich abstammt.

Nach deutschem Recht kann ein Mann ganz bewusst die Vaterschaft anerkennen oder durch Heirat Vater werden, auch wenn er nach eigenem Wissen sicher nicht der Erzeuger des Kindes ist. Dabei ist nicht nur an die ethisch eher hochstehenden Fälle der Anerkennung eines vor- oder außerehelich geborenen Kindes durch den mit der Mutter zusammenlebenden Mann zu denken, sondern auch an die zweifelhaften Fälle, in denen ein wildfremder, aber in Deutschland Aufenthaltsberechtigter, teilweise gegen Bezahlung, die Vaterschaft anerkennt, um dem Kind (und damit möglicherweise auch der Mutter) neben einem Aufenthaltsrecht in Deutschland die Berechtigung zum Bezug öffentlicher Transferleistungen zu verschaffen³⁰.

Schon immer auseinander gefallen sind rechtliche und leibliche Elternschaft bei der Volladoption. Gerade hier gibt es aber schon seit langem das auch rechtlich anerkannte Interesse, zumindest Kenntnis von der leiblichen Abstammung zu erhalten, auch wenn sich die rechtliche Zuordnung – jedenfalls bei Minderjährigen – nur in wenigen Ausnahmefällen korrigieren lässt.

Die Folgen rechtliche Zuordnung als Vater, Mutter oder Kind im Erb- und Pflichtteilsrecht, beim Unterhalt und bei der Möglichkeit zur Erlangung der elterlichen Sorge lassen vermuten, die Klärung der genetischen Abstammung sei nur in Fällen mangelnder rechtlicher Zuordnung von Interesse. Die genetische Abstammung hat in unserer Rechtsordnung aber auch dann eine rechtliche Bedeutung, wenn eine rechtliche Zuordnung nur zu einem Dritten, nicht aber zum leiblichen Elternteil (mehr) besteht. Das zeigt sich u.a. im Eherecht. So begründet § 1307 BGB ein absolutes Eehindernis zwischen blutsmäßigen Verwandten

in gerader Linie sowie zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Geschwistern³¹. Im Strafrecht bestimmt § 173 Abs. 1, 2 StGB, dass nur der zwischen leiblichen Verwandten auf- und absteigender Linie und leiblichen Geschwistern vollzogenen Beischlaf unter Strafe steht. Hier kommt es allein auf die genetische, nicht auf die rechtliche Verwandtschaft an.

3 Unterschiedliche Interessen für eine Verpflichtung zur Auskunft

Betrachtet man die Fälle, in denen nach deutschem Recht genetische Abstammung und Elternschaft auseinander fallen, mit den nach bürgerlichem Recht gegebenen Möglichkeiten, diese Diskrepanz wider zu beseitigen, fällt auf, dass ganz unterschiedliche Interessen berücksichtigt werden. Man kann öffentliche und private Interessen unterscheiden.

Öffentlich ist das in den §§ 1307 BGB, 173 StGB zum Ausdruck kommende Interesse an genetischer Klarheit. Öffentlich bleibt dieses Interesse auch dann, wenn es in Gestalt der privaten Frage auftaucht: Darf ich diese Person überhaupt heiraten oder ohne strafrechtliches Risiko mit ihr geschlechtlich verkehren? Die Ratio des Eheverbotes und des Verbotes des Beischlafs zwischen Verwandten³² ist allerdings strittig. Möglicherweise liegt sie mehr in den eugenischen Risiken bei Reproduktionen zwischen nahen Verwandten und nicht so sehr in der moralische Tabuisierung der sexuellen Beziehung zwischen nächsten Verwandten³³. Keine Rolle dürften in diesem Zusammenhang mehr die unseligen nationalsozialistischen Überlegungen zur „Rassenreinheit“ spielen.

Ein öffentliches, hier klar fiskalisches Interesse an der leiblichen Abstammung wird deutlich in § 1 Abs. 3 UVG, wonach ein Elternteil keinen Anspruch auf Unterhaltsvorschuss für ein minderjähriges Kind hat, wenn er sich weigert, bei der Feststellung der Vaterschaft mitzuwirken³⁴.

Ebenfalls fiskalischer Natur ist das Interesse an einer Beseitigung der durch (Schein-)Heirat oder (Schein-)Anerkennung vermittelten Vaterschaft³⁵.

Im privaten Bereich stehen neben ganz oder überwiegend monetären Interessen (Wer muss für das Kind Unterhalt zahlen? Wer ist Erbe eines Erblassers?) gesundheitlich/eugenische Interessen (Mit welchen (Erb-)Krankheiten habe ich zu rechnen bzw. welche Heilungschancen bestehen? Bestehen Möglichkeiten der Organspende?), eher immaterielle Interessen wie die nach einem bestimmten Familiennamen und rein immaterielle wie das für die eigene Persönlichkeitsentwicklung wichtige Interesse nach den eigenen Wurzeln und der Zugehörigkeit zu bestimmten Individuen³⁶.

Wert und Rang dieser Interessen sind unterschiedlich. Die Unterschiede wirken sich aus bei der Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen und Einschränkungen ein Bürger von einem anderen Auskunft über Tatsachen verlangen kann, die zur Klärung der leiblichen Abstammung führen (können).

4 Anspruch des Kindes gegen die Eltern auf Auskunft über seinen Erzeuger

4.1 Anspruch des Kindes gegen die Mutter, wenn diese bei der Geburt nicht verheiratet war

Über diese Fallkonstellation ist bisher am meisten geschrieben und entschieden worden. Sie hat zur Ausprägung des generellen Anspruches auf Kenntnis von der eigenen Abstammung am meisten beigetragen und ist heute am sichersten zu beurteilen. Als Anspruchsgrundlage wird überwiegend die in § 1618a BGB geregelte wechselseitige Beistandspflicht zwischen Eltern und Kindern angesehen. Das ist vom BVerfG ausdrücklich gebilligt worden³⁷. Teilweise stützt man den Anspruch auf Auskunft auch auf die aus Art. 6 Abs. 5 GG i. V. m. dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kindes folgende staatlichen Verpflichtung, nichteheliche Kinder³⁸ ehelichen Kindern gleichzustellen³⁹. Die berechtigten Interessen des Kindes müssen stets mit denen der Mutter im Einzelfall abgewogen werden. Die Rechtsprechung unterscheidet dabei deutlich nach dem Alter des auskunftsbegehrenden Kindes.

4.1.1 Anspruch des kleinen Kindes

Nach wohl einhelliger Meinung geht hier das Informationsinteresse des Kindes dem Elterninteresse der Mutter, aber auch ihrem Individualinteresse auf Wahrung ihrer Familiengeheimnisse eindeutig nach. Man verweist auf Entwicklungspsychologie und Pädagogik, die hier annehmen, dass ein ernsthaftes Interesse an der eigenen Identität beim Kind erst etwa mit der Pubertät beginne, das Kind auch erst zu einem relativ späten Zeitpunkt die Folgen des Auskunftsverlangens einschätzen könne und eine vollständige Aufklärung des Kindes zu einem früheren Zeitpunkt diesem regelmäßig eher schade. Die – in der Regel - sorgeberechtigte Mutter darf nicht gezwungen werden, etwas zum Schaden des Kindes zu tun⁴⁰. Aber auch, wenn sie nicht sorgeberechtigt sein sollte, ist sie gehalten, das Kindeswohl nicht zu gefährden. Als Sorgeberechtigte und -verpflichtete hat sie wegen des verfassungsrechtlichen Schutzes des Elternrechtes einen weiten Beurteilungsspielraum. Ob und wie sie dem Kind die Einzelheiten seiner Geburt und Abstammung erklärt, liegt in ihrer weithin nicht überprüfbaren elterlichen Verantwortung. Zwar könne auch schon ein kleines Kind Grundrechtsträger sein, es könne seine Grundrechte aber erst bei ausreichendem Verständnis der Situation selbst geltend machen. Die Fähigkeit, Grundrechtspositionen durchzusetzen, stehe solange treuhänderisch dem Sorgeberechtigten zu⁴¹. Dieses ist in der Regel die Mutter, die sich selbst schlecht Auskunft erteilen kann und muss.

Soweit nach dem früheren Recht Amtsvormünder oder –pfleger als gesetzliche Vertreter der nichtehelichen Kinder Auskunft über die Abstammung von der Mutter begehren, spielten ganz überwiegend das monetäre Interesse an der Sicherung des Unterhalts für das Kind und das fiskalische Interesse, keine oder geringere Sozialleistungen erbringen zu müssen oder erbrachte Leistungen zurückfordern zu können, die entscheidende

Rolle. Ob diese Interessen hinter das ideelle Interesse des Kindes auf Kenntnis von seiner Abstammung zurückzutreten hatten oder jenes überwogen, kann heute weitgehend dahingestellt bleiben. Denn seit dem 1.7.1989 gibt es keine gesetzliche Amtsvormundschaft oder -pflegschaft für nichteheliche Kinder mehr, die auch das Recht auf Feststellung der Vaterschaft beinhaltet. Es liegt vielmehr regelmäßig im Belieben der Mutter, ob sie das Jugendamt als Beistand einschaltet oder nicht. Gegen ihren Willen ist eine solche Beistandschaft nicht mehr möglich⁴². In Betracht kommen jetzt nur noch Fälle, in denen die elterliche Sorge der Mutter nach § 1666 BGB entzogen und vom Familiengericht ein Vormund eingesetzt worden ist. Hier dürften wie auch sonst die bereits genannten Kindeswohlgesichtspunkte den Ausschlag geben, wonach es erst dem heranwachsenden Kind möglich und zuzumuten ist, die Mutter auf Auskunft in Anspruch zu nehmen. Ebenso wenig wie das Familiengericht nach § 1697a BGB dürfen der Vormund/Pfleger gegen das Kindeswohl verstoßen⁴³. Nur in Ausnahmesituationen und bei offenkundigen Fehlen von Geheimhaltungsinteressen der Mutter dürfte danach ein Auskunftsanspruch des Kindes bestehen.

4.1.2 Anspruch des heranwachsenden und volljährigen Kindes

Beim verständigen heranwachsenden und volljährigen Kind sind nach der Rechtsprechung die Persönlichkeitsrechte der Mutter und des Kindes umfassend und offen gegeneinander abzuwägen. Das BVerfG sieht derzeit keine grundsätzliche Höherwertigkeit der Kindesinteressen gegenüber denen der Mutter⁴⁴ und hat deshalb eine auf einem solchen Vorrang beruhende Entscheidung des LG Münster aufgehoben, die ansonsten eine umfassende Interessenabwägung vorgenommen hatte⁴⁵. Im Gegensatz dazu wird in der Literatur die Meinung vertreten, dass den ideellen Interessen des Kindes jedenfalls solange ein faktischer Vorrang einzuräumen sei, wie die Mutter nicht überwiegende eigene Interessen geltend mache⁴⁶. Als solche werden z. B. anerkannt:

- der indirekte Zwang, eine frühere Prostitution der Mutter offen legen zu müssen, oder
- die Gefahr für die Mutter, den Arbeitsplatz als Angestellte in einer Pflegeeinrichtung zu verlieren, wenn öffentlich würde, dass das Kind von einem der – finanziell unbemittelten – kranken Betreuten abstammt, oder
- Vergewaltigung und inzestuöse Beziehungen.

Dagegen sollen – zumindest regelmäßig – keine das Kindesinteresse überwiegenden Gründe sein:

- Einwand des Mehrverkehrs;
- etwaige Nachteile für die leiblichen Väter und ihre inzwischen gegründeten Familien;
- das Geheimhaltungsversprechen der Mutter gegenüber dem Vater⁴⁷.

Voraussetzung für eine Pflicht der Mutter auf Nennung des Namens des leiblichen Vaters ist in jedem Fall, dass die Mutter dazu überhaupt in der Lage ist. Sie kann nur verpflichtet werden etwas zu tun, was ihr auch möglich ist. Hat sie z. B. zur

Empfängniszeit mit verschiedenen Männern geschlechtlich verkehrt und kennt den Erzeuger deshalb selbst nicht, ist sie nur verpflichtet, die Namen aller in Betracht kommenden Männer zu nennen.

Schwierig wird es, wenn sie bloß überwiegende Interessen vorträgt oder behauptet, sich an den oder die Namen nicht mehr zu erinnern. Dann stellt sich die Frage, wie zu entscheiden ist, wenn man nach dem Ergebnis der gesamten Verhandlung und Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten einschließlich des sog. gesunden Menschenverstandes unsicher bleibt, ob ihr zu glauben ist oder nicht. Juristisch gesprochen ist das die Frage nach der Darlegungs- und Beweis- oder auch Argumentationslast. Diese sind in Literatur und Rechtsprechung umstritten⁴⁸. Wenn man mit dem BVerfG keinen Vorrang der einen oder anderen Interessen anerkennt und einen Auskunftsanspruch nur zubilligt, wenn die gebotene Abwägung tatsächlich zugunsten des Kindes ausgeht, wird man hier bei nicht ausräumbaren Zweifeln zu einer Klagabweisung kommen müssen.

4.2 Anspruch des Kindes gegen die Mutter, wenn diese bei der Geburt verheiratet war

Hier kollidiert das Interesse des Kindes auf Kenntnis von seiner Abstammung nicht nur mit den elterlichen und Individualinteressen der Mutter, sondern auch mit dem Interesse von rechtl. Vater und der Mutter an der Aufrechterhaltung ihrer Familienbeziehung. Überwiegend wird die Meinung vertreten, dass ein Auskunftsrecht des Kindes gegen seine Mutter auf Nennung des „wahren“ Vaters nur zulässig ist, wenn zuvor der Rechtsschein der Vaterschaft kraft Heirat durch ein rechtskräftig abgeschlossenes Ehelichkeitsanfechtungsverfahren beseitigt worden ist⁴⁹. Würde man nämlich zur Vorbereitung einer Anfechtungsklage einen Anspruch auf Auskunft bejahen, wäre das gesetzliche Verbot unterlaufen, die Vaterschaft eines Mannes anzunehmen, solange die rechtliche Vaterschaft eines anderen besteht⁵⁰. Dagegen wird eingewandt, dass diese Ansicht das Anfechtungsrecht des Kindes praktisch entwertet, weil es ohne konkreten Tatsachenvortrag keine zulässige Anfechtungsklage erheben könne⁵¹. Für die Zukunft wird sich dieser Streitpunkt erledigen, wenn in dem neu zu schaffenden FamFG, zu dem bisher allerdings nur ein Referentenentwurf vorliegt, das Ehelichkeits- und Vaterschaftsanfechtungsverfahren im Gegensatz zum geltenden Recht zu einem reinen Amtsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gemacht wird: Dann muss das Familiengericht von Amts wegen umfassend tätig werden, wenn nur ein Anfechtungsberechtigter die Prüfung der genetischen Abstammung verlangt. Ein konkreter Vortrag, aus dem ein vernünftiger Denker hinreichende Zweifel an der bisherigen Vaterschaft ableiten kann, ist dann nicht mehr erforderlich⁵².

4.3 Anspruch bei künstlicher heterologer Insemination

In den Fällen künstlicher heterologer Insemination, die die rechtlichen Eltern einvernehmlich haben durchführen lassen, wird heute ein Recht des Kindes auf Auskunft

nicht nur gegen die Mutter und den Arzt, sondern auch gegen den rechtlichen Vater auf Nennung des Samenspenders angenommen⁵³. Dabei ist es rechtlich unerheblich, ob der Mann durch Heirat oder Vaterschaftsanerkennung die Stellung eines rechtlichen Vaters erhalten hat. Hier überwiegt das Informationsinteresse des Kindes das Geheimhaltungsinteresse der rechtlichen Eltern eindeutig und generell, denn hier ist der Zeugungsvorgang durch Einbeziehung fremder Personen seines intimen Charakters entkleidet, technisiert und zu einem quasi-öffentlichen Tatbestand gemacht worden.

4.4 Prozessrechtliche Fragen bei der Umsetzung des Auskunftsanspruches

Der Auskunftsanspruch des Kindes gegen die Mutter, bei heterologer Insemination ggf. auch gegen den Vater, stellt nach h.M. keine Kindschaftssache i.S.d. §§ 640 ff. ZPO, 23a Nr. 1 GVG dar⁵⁴ mit der Folge, dass eine solche Klage nicht vor den Familiengerichten, sondern vor den normalen Zivilgerichten einzuklagen ist. Solange für nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten das Landgericht allein zuständig war, brauchte man sich keine Gedanken über die Höhe des Streitwertes zu machen. Jetzt wird man das allein ideelle Interesse des Kindes wohl mit weniger als 5.000.- €⁵⁵, ein monetäres Interesse an Unterhaltszahlungen oder Erbbeteiligungen aber möglicherweise mit mehr als 5.000.- € zu bewerten haben. Betrachtet man die Auskunftsklage als Vorbereitung eines Unterhaltsverfahrens wäre nach § 23a Nr. 2 GVG das Familiengericht ausschließlich zuständig.

Eine isolierte Abstammungsfeststellungsklage, die den Status des Kindes nicht berührt, wird heute unter Hinweis auf das geschlossene System der Vaterschaftsfeststellung in BGB und ZPO überwiegend abgelehnt⁵⁶.

Umstritten ist schließlich die Frage der Vollstreckbarkeit eines rechtskräftigen Auskunftsurteiles. Hier wird die Auffassung vertreten, dass die Höchstpersönlichkeit der Auskunftsverpflichtung die Vollstreckbarkeit in Analogie zu § 888 Abs. 3 ZPO ausschliesse und es ausreiche, der Mutter ihre rechtliche Verpflichtung zur Auskunft durch ein rechtskräftiges Urteil vor Augen zu führen⁵⁷. Gegen diese bis zur eindeutigen Bejahung eines Auskunftsanspruches des Kindes durch das BVerfG ganz h.M. spricht, dass die Frage der Unzumutbarkeit der Auskunftserteilung bereits umfassend im Rahmen der Prüfung berücksichtigt wurde, ob die Mutter überhaupt zur Auskunft verpflichtet ist. Es sind eigentlich keine Fallgestaltungen mehr denkbar, in denen materiell-rechtlich die Auskunft der Mutter zumutbar, vollstreckungsrechtlich aber unzumutbar sein soll⁵⁸.

Die Auskunftsverpflichtung der Mutter gegenüber dem Kind und auch die Vollstreckbarkeit dieser gerichtlich festgestellten Verpflichtung ändern nichts daran, dass die Mutter im Abstammungsverfahren des Kindes gegen den leiblichen Vater oder den Ehemann der Mutter ein gesetzliches Aussageverweigerungsrecht⁵⁹ hat. Denn die Auskunftspflicht gilt nur im Verhältnis zwischen Mutter und Kind. In einem Verfahren des Kindes gegen Dritte muss die Mutter als nächste Angehörige des Kindes prinzipiell nicht aussagen, ohne dass das Gericht aus der Aussageverweigerung irgendwelche ihr negativen Schlüsse ziehen dürfte⁶⁰.

5 Anspruch des Kindes oder der Eltern auf Auskunft gegen Dritte, vor allem den Arzt

5.1 Anspruch bei heterologer Insemination

Hier geht es in erster Linie um die Klärung der leiblichen Abstammung in den Fällen künstlicher heterologer Insemination⁶¹. Weder die Dokumentationspflicht noch die Auskunftsrechte sind bisher gesetzlich geregelt. Das Kind und vielleicht auch der Samenspende, der sich nachträglich für das Ergebnis seiner Samenspende interessiert, können sich lediglich auf die Generalklausel des § 242 BGB i. V. m. dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und ein Einsichtsrecht nach § 810 BGB berufen. Für das Kind streitet dann noch § 9 Abs. 1 MBO Ärzte i. V. m. den „Richtlinien zur Durchsetzung des intratubalen Gametentransfers, der In-vitro-Fertilisation mit Embryonentransfer und anderer verwandter Methoden“ des 98. Deutschen Ärztetages⁶², wonach es vom Arzt Auskunft über die Identität des Samenspenders verlangen kann. Da das Persönlichkeitsrecht des Kindes das Anonymitätsinteresse des Spenders überwiegt, erfolgt die Verletzung einer nur dem Spender gegenüber bestehenden ärztlichen Schweigepflicht rechtmäßig. Besteht die ärztliche Schweigepflicht der Mutter gegenüber, muss diese eventuell auf Erklärung einer Befreiung des Arztes von der Schweigepflicht gem. § 383 II ZPO verklagt werden; diese Klage wird Erfolg haben, wenn gegen die Mutter ein vollstreckbarer Auskunftsanspruch besteht.

Ob der Samenspende, der in der Regel bewusst ohne eigenes Interesse am Ergebnis der Verwendung seines Samens handelt, die gewollte Unkenntnis später soll beseitigen können, erscheint zweifelhaft.

Dokumentiert der Arzt nicht sachgerecht, ist das Auskunftsrecht selbst wenig wert. Zwar ist der Arzt dem Kind dann ggf. nach § 823 Abs. 1 BGB i. V. m. dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der ihm durch das Unterlassen sachgerechter Dokumentation und Erfüllung der Auskunftsspflicht entsteht. Ein konkreter Schaden ist aber häufig nicht nachweisbar. Allerdings kann man in geeigneten Fällen eine Verurteilung des Arztes zur Zahlung des angemessenen Unterhalts denken, etwa wenn die rechtlichen Eltern dazu nicht in der Lage sind. Denkbar ist auch ein Schmerzensgeld wegen negativer seelischer Folgen der Unkenntnis über die eigene Abstammung. Ob und in wie weit der Lebensbedarf eines Kindes überhaupt Gegenstand eines vom Arzt zu ersetzenden Schadens sein kann, ist in der Rechtsprechung sehr umstritten. Der Schutzbereich des vom Arzt mit seinen Patienten geschlossenen Behandlungsvertrages bildet hier eine Grenze. Das Kind selbst aber steht in keinerlei vertraglichen Beziehungen zum Arzt und wie weit der Schutzbereich des Deliktrechtes geht, ist offen. Gerichtsentscheidungen zu diesem Bereich sind nicht erkennbar.

Änderung und Klarheit auf diesem Gebiet sind, soweit man sehen kann, auch nicht in Sicht. So ist u.a. umstritten, ob der Staat überhaupt verpflichtet ist, unter Beachtung des vom BVerfG genannten verfassungsrechtlichen Verbots der Vorent-

haltung erlangbarer Informationen über die Abstammung, Dokumentationspflichten festzulegen⁶³. Der in der Bevölkerung durchaus weit verbreitete und akzeptierte Wunsch, bei bisheriger Unfruchtbarkeit unter allen Umständen doch noch zu einem eigenen Kind zu kommen, lässt es als wenig wahrscheinlich erscheinen, dass man eine die Samenspende faktisch beschränkende gesetzliche Regelung schaffen und den Arzt zur (strafbewehrten) Dokumentation zwingen wird.

Seit zur Vermeidung weiterer divergierender und für viele kaum verständlicher Rechtsprechung⁶⁴ eine Regelung in den § 1600 BGB⁶⁵ aufgenommen wurde, wonach bei einvernehmlicher heterologer Insemination die Anfechtung der Vaterschaft durch den (rechtlichen) Vater und die Mutter ausgeschlossen ist, ist das Problem nur vermindert, nicht aber beseitigt.

5.2 Anspruch bei Unkenntnis der Mutter über den Namen des außerehelichen Vaters

Häufiger als der Fall einer (anonymen) heterologen Insemination ist der Fall der Mutter, die außer dem Vornamen des außerehelichen Vaters nur seine Handy-Nr. kennt, die dem Kind aber nicht weiterhilft, weil der Anschlussinhaber sich bei Anrufen nicht meldet. Hier hat das AG Düsseldorf auf Klage eines Kindes gegen das Mobilfunkunternehmen entschieden, dass dieses zur Nennung des Namens des Anschlussinhabers verpflichtet sei⁶⁶ und hat sich dabei ausdrücklich auf das verfassungsmäßige Recht des Kindes auf Kenntnis von seiner Abstammung berufen.

6 Anspruch des (bisherigen) rechtlichen Vaters auf Auskunft über den leiblichen Vater

6.1 Ausgangslage

Weil das minderjährige und das in einer Ehe geborene Kind regelmäßig keinen Anspruch auf Auskunft über seine tatsächliche Abstammung hat und deshalb zur Aufklärung der wahren Verhältnisse nicht beitragen kann, möchten gar nicht so selten der an seiner Vaterschaft zweifelnde bisherige rechtliche Vater wissen, wer denn der wahre Vater sei. Dieses Interesse dürfte in der Regel – aber nicht nur – monetären Charakter haben. Man will sich nämlich von eigenen Unterhaltsverpflichtungen befreien und den Unterhalt, den man dem vermeintlich eignen Kind bisher geleistet hat, zurückholen. Das ist möglich, weil der Unterhaltsanspruch des Kindes gegen seinen wahren Vater nach § 1607 Abs. 3 BGB auf den Scheinvater übergegangen ist, soweit dieser diesen Unterhaltsanspruch tatsächlich erfüllt hat. Der Scheinvater muss sich die von ihm erfüllten Unterhaltsansprüche des Kindes nicht erst abtreten lassen, sie gehen kraft Gesetzes auf ihn über.

6.2 Verbot heimlich eingeholter Abstammungsgutachten

Um festzustellen, ob man als rechtlicher Vater auch leiblicher Vater ist, bedarf es heute keiner Auskünfte Dritter mehr, sondern in der Regel nur noch eines genetischen Abstammungsgutachtens, das immer preiswerter und auch leichter zu erreichen ist. Allerdings gibt es hier rechtliche Hürden. In Rechtsprechung und Literatur war längere Zeit umstritten, ob ein heimlich, d.h. ohne Zustimmung der Mutter und des Kindes eingeholtes Abstammungsgutachten, aus dem sich klar die fehlende Abstammung des Kindes vom Vater ergibt, im Anfechtungsprozess überhaupt verwandt werden darf⁶⁷. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der Verwendbarkeit eines solchen Gutachtens als Sachverständigenbeweis und der Verwendung als Stütze für einen ausreichend konkreten Vortrag zu Zweifeln an der leiblichen Vaterschaft, der dann ggf. zur Einholung eines zusätzlichen gerichtlichen Gutachtens führen kann. Stellt man sich auf den Standpunkt, dass für heimlich eingeholte ein umfassendes Beweisverwertungsverbot gilt, wäre mangels sonstigen ausreichenden Vortrages die Klage abzuweisen, und zwar auch noch in der Berufungsinstanz, selbst wenn ein vom erstinstanzlichen Gericht eingeholte gerichtliches Sachverständigengutachten eindeutig die Nichtvaterschaft ergeben hat.

Im BJM wird seit einiger Zeit erörtert, ob man die rechtlichen Unklarheiten auf diesem Gebiet nicht durch ein ausdrückliches, bußgeld- oder strafbewehrtes Verbot heimlicher Abstammungsgutachten beseitigen sollte.

Zunächst hat sich jetzt aber der BGH geäußert und unter Berufung auf ähnliche Rechtsauffassungen im benachbarten Europa und Kanada (Quebec) ein weitreichendes Beweisverwertungsverbot ausgesprochen⁶⁸. Danach ist die Einholung eines Abstammungsgutachtens ohne Zustimmung des Kindes und der Mutter immer rechtswidrig. Aus der Vorlage eines solchen Gutachtens, selbst wenn sich aus ihm zweifelsfrei die fehlende Abstammung vom rechtlichen Vater ergibt, darf nach Meinung des BGH ein Anfangsverdacht zu Zweifeln an der Vaterschaft nicht hergeleitet werden. Das gleiche gilt für die Weigerung, an einer außergerichtlichen Begutachtung mitzuwirken. Sie stellt keinen Fall der Beweisvereitelung dar⁶⁹. Das soll auch dann gelten, wenn die Kinder einer Begutachtung zunächst ausdrücklich zugestimmt, diese später aber widerrufen haben⁷⁰.

Die neuere Rechtsprechung des BGH schließt die Berücksichtigung eines heimlich eingeholten Sachverständigengutachtens allerdings auch heute nicht vollständig aus. Auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH bleibt eine Anfechtungsklage des rechtlichen Vater trotz nicht zu beachtenden heimlich eingeholten Gutachtens zulässig und eine Beweisaufnahme durch ein (erneutes) Sachverständigengutachten ist zulässig, wenn im Laufe des Verfahrens die Mutter Mehrverkehr während der gesetzlichen Empfängniszeit ausdrücklich einräumt⁷¹. Allerdings muss das Gericht hier darauf achten, dass die – vielleicht von früheren Erklärungen der Mutter abweichende – Aussage nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Erörterung eines heimlich eingeholten Abstammungsgutachtens erfolgt, um ein Unterlaufen des Beweisverwertungsverbotes zu vermeiden.

Das vom BGH verfügte umfassende Beweisverwertungsverbot ist überdies nicht so umfassend, wie es auf den ersten Blick scheinen mag. Denn der BGH selbst lässt die Verwertung gerichtlich eingeholter Abstammungsgutachten selbst dann zu, wenn das Gericht sie allein auf der Grundlage eines vorgerichtlichen heimlichen Gutachtens eingeholt hat. Hier unterscheidet er fein zwischen dem nicht verwertbaren außergerichtlichen Gutachten und dem zwar möglicherweise verfahrensfehlerhaft, weil auf keinem ausreichenden Sachvortrag beruhenden, aber dennoch grundsätzlich zulässigerweise eingeholten gerichtlichen Gutachten⁷².

Durch das vom BGH verfügte weitreichende Beweisverwertungsverbot ist das vom Bundesjustizministerium in die Diskussion gebrachte gesetzliche Verbot heimlicher Abstammungsgutachten zwar weniger dringlich, aber nicht überflüssig geworden. Denn nach wie vor ist weder den Vätern noch den Instituten, die Abstammungsgutachten anbieten, die Anforderung und Erstellung eines derartigen Gutachtens verboten. Nach derzeitige Rechtslage verweist das LG München wohl zur Recht auch darauf, dass eine Werbung für die Erstellung von Abstammungsgutachten ohne Einwilligung des betroffenen Kindes bzw. der sorgeberechtigten Mutter bei einer abwägenden Betrachtungsweise nicht gegen die guten Sitten verstößt⁷³. Aus den vom BGH für das Beweisverwertungsverbot herangezogenen Überlegungen (Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Familienfrieden) spricht vieles dafür, derartige Gutachten umfassend zu verbieten.

In der rechtspolitischen Debatte zu diesem Punkt wird zu Recht darauf hingewiesen, daß ein Gesetz, das es dem an seiner Vaterschaft zweifelnden Vater unnötig schwer macht, diese Zweifel in möglichst unkomplizierter Form zu beseitigen, nicht akzeptabel und vielleicht sogar verfassungswidrig ist⁷⁴. Hier mischen sich zwei unterschiedliche Argumentationslinien: eine allgemein rechtssoziologisch-psychologische und eine am Grundrechtskatalog des GG und der EMRK orientierte.

Offensichtlich gehört es zu den von Männern kaum zu ertragenden, weil ihr Selbstbewusstsein und ihre Macht infrage stellenden Mysterien dieser Welt, dass sie praktisch nie ganz sicher sein können, der Vater eines von „ihrer“ Frau geborenen Kindes zu sein. Die Medien und die Geschichtsschreibung sind voll von ebenso grauenhaften wie genüsslichen Erzählungen, in denen es Frauen gelungen ist, trotz abartigster Kontrollmaßnahmen des Mannes von einem anderen Mann schwanger zu werden. Man denke u.a. nur an die Erfindung des Keuschheitsgürtels, des bewachten Harems mit Eunuchen als Wächter, technisch aufwendige Überwachungsmaßnahmen durch Überwachungskameras oder Privatdetektive. Nichts erscheint schmerzhafter für viele, wenn nicht die meisten Männer, als dadurch bloßgestellt zu werden, dass ihnen teilweise jahrelang und häufig auch wider besseres Wissen der Mutter ein so genanntes Kuckuckskind untergeschoben wird. Das zeigt sich nicht zuletzt auch in der veröffentlichten Rechtsprechung. In der Rechtsprechung zum Verlust von Unterhaltsansprüchen oder Ansprüchen auf Versorgungsausgleich gibt beredte Beispiele für die ihrer Verletzung entsprechhenden hohen Empörung der Männer über derartig unmoralisches Verhalten der Mütter⁷⁵. Nicht weniger schmerzhaft ist es, wie die familien-

gerichtliche Praxis zeigt, vorzugsweise in Streitsituationen und bei Trennungen mit der Behauptung konfrontiert zu werden, nicht der Vater des bisher mitversorgten und betreuten Kindes zu sein. Zentraler als mit derartigen Behauptungen kann man einen Mann kaum treffen. Ein Recht, das diesen archaischen Zusammenhang ausblendet, kann nicht damit rechnen, als gerechtes Recht akzeptiert zu werden.

Es gibt aber auch an den Grund- und Menschenrechten orientierte Überlegungen für eine möglichst leichte Überprüfbarkeit der Zweifel am Bestehen einer leiblichen Vaterschaft, auch wenn hier nicht die Vernunft Auslöser und Träger der Auseinandersetzung über die Reichweite von Grund- und Menschenrechten ist, sondern tief sitzende Empfindungen maßgeblich sind, die durch Art. 1 GG (Schutz der Menschenwürde) und Art. 2 GG (Allgemeines Persönlichkeitsrecht) geschützt werden. In dem als Referentenentwurf vorliegenden FamFG wird diese Forderung voll erfüllt⁷⁶.

6.3 Auskunftsanspruch des rechtlichen Vaters gegen die Mutter

Ein heimlich eingeholtes Abstammungsgutachten kann äußerstenfalls den Anfechtungsprozess erleichtern, verschafft dem Scheinvater aber keine Kenntnis über den leiblichen Vater. Dazu ist er nach wie vor auf Auskünfte vor allem der Mutter (und des Kindes) angewiesen. Rechtsprechung und Literatur zum Auskunftsanspruch des Scheinvaters gegen die Mutter sind nicht sonderlich ergiebig⁷⁷. Das liegt vor allem an den Grenzen des Rückgriffsanspruchs. Auch nach Änderung des BGB insoweit steht außer Frage, dass der Scheinvater gegen den wahren Vater erst vorgehen kann, wenn der wahre Vater als rechtlicher Vater feststeht. Der Scheinvater muss danach nicht nur seine Vaterschaft erfolgreich angefochten haben, sondern die Vaterschaft des anderen muss entweder durch Vaterschaftsanerkennung oder durch gerichtliche Feststellung feststehen⁷⁸. Diese Feststellung ist dem leiblichen Vater nach § 1600 Abs. 2, 3 BGB nur ausnahmsweise möglich, nämlich wenn eine sozial-familiäre Beziehung zwischen Kind und dem Scheinvater nicht besteht oder bestand. Der Scheinvater muss ggf. warten, bis ein anderer Klagberechtigter, nämlich der wahre Vater oder das Kind die Feststellung betreibt. Solange kein Klagberechtigter die Vaterschaft des wahren Vaters feststellen lässt, nutzt dem Scheinvater damit die Kenntnis des wahren Vaters so gut wie nichts. Er kann gegen ihn finanziell nicht vorgehen. Das aber beseitigt nach h.M. auch das Rechtsschutzbedürfnis für eine Auskunftsklage gegen die Mutter. Der Scheinvater kann sich die seine Rückgriffsklage vorbereitenden Auskunftsansprüche des Kindes über die Abstammung des Kindes vom wahren Vater nach h.M. nicht abtreten lassen, weil diese höchstpersönlicher Natur seien und deshalb nach § 399 BGB eine Abtretung ausgeschlossen sei.

Wurde die Vaterschaft des Scheinvaters beseitigt, hat er nach h. M. nur dann, wenn ihn die Mutter in „sittenwidrig schädigender“ Weise über seine Vaterschaft getäuscht hat, nach § 826 BGB einen Anspruch auf Ersatz des ihm durch die arglis-

tige Täuschung verursachten Schadens und in diesem Zusammenhang auch einen vorbereitenden Anspruch auf Nennung auch des wahren Vaters. Die Tatsache des Ehebruchs allein reicht für einen solchen Anspruch nicht aus, weil der Innenbereich der Familie nicht durch Deliktsrecht, sondern nur durch das Familienrecht geschützt werde. Dieses aber sieht einen Schadensersatz wegen ehelicher Untreue nicht vor. Ein Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB wird nur bei ganz besonderen Umständen angenommen, etwa wenn die Frau den Mann in unmittelbarer oder bedingter Schädigungsabsicht bewusst getäuscht und so vielleicht zur Heirat noch vor der Geburt des nicht von ihm abstammenden Kindes veranlasst hat. Nicht ausreichend ist insoweit, dass die Frau dem Mann einen Ehebruch oder die Nichtabstammung des vor der Heirat gezeugten Kindes verschweigt⁷⁹.

Wegen des Interesses des Scheinvaters, durch die Auskunft von der Mutter einen Regressanspruch nach § 1607 Abs. 3 BGB vorzubereiten, wird von der Rechtsprechung die Auskunftsklage des Scheinvaters gegen die Mutter als Familiensache kraft Sachzusammenhangs angesehen. Anders als das Kind muss (oder kann) der Scheinvater also beim Familiengericht und nicht beim Zivilgericht klagen, wodurch sich auch die Frage erübrigt, ob dafür das Amts- oder das Landgericht zuständig wäre⁸⁰.

6.4 Auskunftsansprüche gegen das Kind

Nach Meinung des OLG Köln kann sich der Scheinvater mit seinem Auskunftsverlangen auch an das Kind wenden, für das er u. U. jahrelang im Ergebnis ohne rechtlichen Grund Unterhalt gezahlt hat, wenn der leibliche Vater anerkannt hat oder seine Vaterschaft gerichtlich festgestellt wurde⁸¹. Das Kind muss danach darüber Auskunft geben, ob der leibliche Vater die Vaterschaft anerkannt hat oder ob diese gerichtlich festgestellt wurde und wer der Vater ist.

7 Anspruch auf Auskunft über die Abstammung des Kindes bei Adoption

7.1 Anspruch des Kindes

Nur bei der Adoption Minderjähriger sind die Auskunftsrechte zumindest teilweise gesetzlich geregelt. Gesetzlich ungerichtet ist aber auch hier der Anspruch des Kindes gegen seine Adoptiveltern auf Information über seine leibliche Abstammung. Ebenso wie beim minderjährigen, insbesondere ehelichen Kind ist die Information des Kindes über seine leibliche Abstammung zunächst einmal Recht und Pflicht der sorgeberechtigten Adoptiveltern, in deren eigenverantwortliche Entscheidung grundsätzlich nicht eingegriffen werden darf. Ein Auskunftsanspruch des Kindes, der auch hier auf § 1618a BGB, vielleicht auch auf § 242 i. V. m. dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kindes und Art. 6 Abs. 1 GG gestützt werden kann, besteht aber in jedem Fall mit

Beginn des 16. Lebensjahres. Das ergibt sich aus Auskunftsrechten des Kindes, die sich nicht gegen seine Adoptiveltern, sondern gegen die Adoptionsvermittlungsstelle, die die Personenstandsbücher führende Stelle und das Vormundschaftsgericht richten.

Das Recht auf Kenntnis von seiner leiblichen Abstammung wird durch die durch die ausdrücklichen Dokumentationspflichten der Adoptionsvermittlungsstellen gesichert, die ihre Unterlagen über lange Zeit aufzubewahren haben⁸². Ab seinem 16. Lebensjahr hat das Kind ein eigenes Recht auf Einsicht in das Geburtenbuch und seine Adoptionsakte⁸³. Grund für diesen Zeitpunkt ist, dass nach § 1303 Abs. 2 BGB ein Jugendlicher ab 16 Jahre beim Familiengericht einen Antrag auf Befreiung vom Erfordernis der Ehemündigkeit stellen kann, die grundsätzlich erst mit Volljährigkeit eintritt. In diesem Zusammenhang muss dann geprüft werden können, ob dem Ehwunsch nicht das Ehehindernis der leiblichen Verwandtschaft entgegen steht.

Ein als Minderjähriger adoptiertes Kind muss aber in jedem Fall bei einer Heirat nicht nur die Geburtsurkunde, sondern auch die Abstammungsurkunde vorlegen⁸⁴ und ist deshalb auf die Kenntnis seiner Abstammung zwingend angewiesen.

Das Ausforschungs- und Offenbarungsverbot des § 1758 BGB kann hier auch dann nicht entgegenstehen, wenn die Adoptiveltern die Auskunft verweigern. Hier setzt sich das eigene Persönlichkeitsrecht des Kindes, das noch durch öffentliche Interessen verstärkt wird, gegen das Persönlichkeitsrecht der Adoptiveltern klar durch.

Bei Adoptivkindern wird in Literatur und Rechtsprechung außerdem teilweise eine das Adoptionsverhältnis nicht berührende, den Status des Kindes als ehelichem Kind der Adoptiveltern nicht verändernde isolierte Abstammungsfeststellungsklage gegen den leiblichen Vater anerkannt⁸⁵. Als Grund wird angegeben, dass im Ehe- und im Verfahrensrecht die leibliche Verwandtschaft trotz Adoption fortwirke (§§ 41 Nr. 3, 383 Abs. 1 Nr. 3 ZPO; §§ 22 Nr. 3, 52 Nr. 3 StPO)⁸⁶. Dagegen wird eingewandt, dass das Vorhandensein zweier Väter eher zu mehr Spannungen als zur Erfüllung berechtigter Interessen des Kindes führe⁸⁷.

Gegen die Mutter, die im gerichtlichen Adoptionsverfahren den Namen des Vaters nicht bekannt gibt, kann das Gericht durch Verhängung von Zwangsgeld nach § 33 FGG vorgehen, denn dem Elternrecht des Vaters ist vor dem Persönlichkeitsrecht der Mutter, ihren geschlechtlichen Umgang zu verschweigen, Vorrang zu geben⁸⁸. Eines gesonderten Auskunftsverfahren bedarf es hier nicht.

7.2 Anspruch der leiblichen Eltern

Insbesondere bei der sog. Inkognito-Adoption, aber auch bei anderen Adoptionsverfahren kann es vorkommen, dass die leiblichen Eltern entweder ihre Zustimmung zur Adoption später bereuen oder aber sich gegen die Ersetzung ihrer Zustimmung zur Adoption durch das Vormundschaftsgericht⁸⁹ wenden und wieder Kontakt zum Kind aufbauen möchten. Dieses Begehren hat vor allem dann Gewicht, wenn die Adoption noch gar nicht ausgesprochen oder wirksam wurde. Hier verlangen die leiblichen Eltern vom Vormundschaftsgericht und den Adoptionsvermittlungsstellen⁹⁰,

nach Wirksamwerden der Adoption ggf. auch von den die Personenstandsbücher führenden Stellen Nennung des Namens und der Anschrift der Adoptiveltern⁹¹.

Das scheitert trotz Zugestehens eines grundsätzlichen Informationsrechtes auch der leiblichen Eltern⁹² regelmäßig an der Vorschrift des § 1758 BGB, der für diese Fälle ein umfassendes Offenbarungs- und Ausforschungsverbot dergestalt enthält, dass ohne Zustimmung der Annehmenden und des Kindes über die Adoption nichts verlautbart werden darf. Eine Ausnahme sieht das Gesetz nur für den Fall vor, dass öffentliche Interessen dieses erfordern, etwa zur Aufdeckung einer Straftat, nicht aber zu kriminologischen oder anthropologischen Forschungen⁹³.

Dieses Offenbarungs- und Ausforschungsverbot genießt in der Rechtsprechung eine hohe Wertschätzung und wird sogar als Grund dafür angeführt, dass die Ersetzung der Zustimmung des leiblichen Elternteiles durch das Vormundschaftsgericht notwendig ist⁹⁴.

8 Fazit

Die Chancen von Kindern, Informationen über ihrer tatsächliche Abstammung zu erhalten, sind beschränkt. Derzeit kann kaum generell, sondern regelmäßig nur im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände entschieden werden, ob Kinder einen Anspruch auf Verschaffung konkreter Informationen zur Erlangung ihrer Kenntnis von der eigenen genetischen Abstammung haben. Dabei ist ihr Recht auf diese Kenntnis inzwischen eigentlich unstrittig. Sie tragen aber ein erhebliches Risiko, die dafür erforderlichen Informationen zu bekommen, wenn sich die möglichen Informanten, seien es die Mutter, der rechtliche Vater, der Arzt oder Dritte weigern, die notwendigen Informationen zur Verfügung zu stellen.

Die Chancen rechtlicher Väter, sich dieser Vaterschaft durch Anfechtungsklage zu entledigen, werden durch die beabsichtigte Reform des FGG deutlich steigen, weil sie künftig keine konkreten Zweifel am Bestehen ihrer Vaterschaft mehr werden vortragen müssen. Damit wird es mehr vaterlose Kinder geben als bisher.

Die Chancen leiblicher Väter, auch rechtliche Väter zu werden, sind gestiegen, aber nach wie vor beschränkt. Wird die rechtliche Familie tatsächlich gelebt, gibt es derzeit keine Möglichkeit der Feststellung der leiblichen Vaterschaft.

Genetische Mutterschaft ist derzeit kein akzeptiertes Thema im juristischen Diskurs dieser Republik und das wird dieses wohl auch so bleiben.

Literatur

¹ Dieser Aufsatz die schriftliche Fassung eines am 8. 12. 2006 vor der Ethikkommission der DGKJP gehaltenen Vortrages. An dieser Stelle bedanke ich mich ausdrücklich für die Unterstützung bei der Rechtsprechungsrecherche durch Frau Dr. Rosenboom.

² BVerfG NJW 1989 891 ff.

³ § 1592 Nr. 1 BGB

⁴ § 1592 Nr. 2 BGB

⁵ § 1592 Nr. 3 BGB

⁶ Das verhindert u.a. die Klagfrist von 2 Jahren des § 1600b BGB und bis zum 29. 4. 2004 die damals bestehende Begrenzung des Kreises der Anfechtungsberechtigten auf den rechtlichen Vater, die Mutter und das Kind

⁷ Die Bestimmung des Schutzbereichs eines Grundrechts ist bei allen Grundrechten mit Institutsgewährleistung ausfüllungsbedürftig. Eingehend zu diesem Problem Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3. Aufl., S. 96 ff.

⁸ So schon BVerfGE 79, 256 (267) = NJW 1989, 89 und. Holzhauser, FamRZ 1982, 109 (111 f.), jetzt auch BVerfG FamRZ 2003, 816 ff

⁹ BVerfGE 24, 119 (150) = NJW 1968, 2233; BVerfG FamRZ 2003, 816 ff.

¹⁰ BGBl. I S. 598, in Kraft seit dem 30. 4. 2004

¹¹ Siehe § 1600 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 3 BGB; durch § 640h Abs. 2 ZPO ist sichergestellt, dass der leibliche Vater nur dann die bisherige Vaterschaft beseitigen kann, wenn er zugleich als leiblicher Vater auch gerichtlich festgestellt wird. Sollte die Begutachtung ergeben, dass zwar der bisherige rechtliche Vater, aber auch er als vermeintlicher leiblicher Vater in Wirklichkeit nicht der Erzeuger ist, muss seine Klage als unzulässig abgewiesen werden. Das Kind kann damit durch die Anfechtungsklage des (vermeintlich) leiblichen Vaters nicht rechtlich vaterlos werden.

¹² BT-Dr 13/4899, 5. 82. Von „gespaltener“ Elternschaft spricht man überall dort, wo „genetische“ und „soziale“ Elternschaft auseinander fallen. Schon im Ansatz soll der Entstehung der nur faktisch gespaltenen Mutterschaft durch Spezialregeln entgegengewirkt werden (krit. Kuch, Fortpflanzungsmedizin im europäischen Rechtsvergleich, Internetangebot der Zeitschrift „Das Parlament“, Stand: 1. 6. 2002 (www.bundestag.de/dasparlament/2001/27/beilage/2001_27_OOL5836.html), 5. 4 f. m. w. Nachw.); Verboten ist zum einen die medizinische Assistenz bei Ei- und Embryoneospende, § 1 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 6 EmbryonenschutzG, zum anderen auch die Vermittlung einer Leihmutter, die nach einem Embryonentransfer kein eigenes Kind im genetischen Sinne gebären würde (§§ 13 c, 13 d AdoptionsvermittlungsgG).

¹³ Vgl. Delle, Familienrecht II, § 105 I, 5. 442

¹⁴ Digesten 2.4.5.

¹⁵ Vgl. Steeb, Praxis der Fortpflanzungsmedizin, 2001; Wanitzek, Rechtliche Elternschaft bei medizinisch ununterstützter Fortpflanzung, 2002, 5. 185ff.; Kenner, Neue Formen gespaltener Elternschaft, Internetangebot der Zeitschrift „Das Parlament“, Stand: 1. 6. 2002 (www.bundestag.de/dasparlament/2001/27/Beilage/2001...27_007_5_835.html), 5. 5). Ein Hinweis auf die neue Fragwürdigkeit findet sich auch bei Frank/Helme, FamRZ 2001, 1340 (1341)

¹⁶ Personenstandsrechtlich wird dieses durch die §§ 517 bis 20 PStG abgesichert; Krit. : Gaul, FamRZ 1997; vgl. im übrigen das Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts vom 16. 12. 1997, BGBl I, 2942 ff., in Kraft getreten am 1. 7. 1998.

¹⁷ vgl. BVerfG NJW 1989, 891, 892

¹⁸ grundlegend BVerfGE 7, 198, 204 ff, sog. Lüth-Urteil

¹⁹ vgl. BVerfG NJW 1987, 26661 f.

²⁰ Vgl. BVerfGE 24, 119 (150) = NJW 1968, 2233. Zur Position der Pflegeeltern: BVerfGE 68, 176 (187f.) = NJW 1985, 423; BVerfGE 79,51(60) = NJW 1989, 519.

²¹ Vgl. Fn 29

²² Zum Recht bis 29. 4. 2004 vgl. BGH, NJW 1999, 1632; kritisch dazu schon Coester-Waltjen, in: v. Münch/Kunig, GG-Komm., Bd. 1 (Präambel bis Art. 19), 5. Aufl., An. 6 Rn. 75 m.w. Nachw.

²³ Zum verfassungsrechtlichen Familienbegriff s. Lecheler FamRZ 1979, 1ff.

²⁴ Vgl. OLG Thüringen FamRZ 2006, 1602: Hier wollte ein leiblicher Vater Schadensersatz wegen

sittenwidriger Schädigung vom (früheren) rechtlichen Vater mit der Begründung, er habe im Vaterschaftsanfechtungsprozess vorsätzlich die Unwahrheit gesagt und zu Unrecht behauptet, erst seit weniger als 2 Jahren konkrete Zweifel an seiner Vaterschaft zu haben. Nur auf Grund dieser Unwahrheit habe das Gericht ein Gutachten eingeholt und danach die Nichtabstammung festgestellt.²⁵ § 1600 Abs. 2 BGB idF. des KindRechteVerbG v. 9. 4. 2002, in Kraft getreten am 12. 4. 2002, BGBI 1, 1239

²⁶ vgl. Erler/Kaufmann, HRG V Sp. 650.

²⁷ Digesten 2.4.5

²⁸ Zu den Befruchtungstechniken zählen 1.) die Insemination, bei der das Spermium eines anderen Mannes künstlich in die Vagina oder die Gebärmutter der Frau eingebracht wird. 2. die In-vitro-Fertilisation, bei der der Samen des Mannes und Eizellen der Frau zur Befruchtung außerhalb des menschlichen Körpers zusammengeführt werden und etwa drei bis fünf befruchtete Eizellen sodann in die Gebärmutter der Frau implantiert werden. (3.) die Embryonenspende, bei der ein in vitro oder auf anderem Weg gezeugter Embryo einer Frau implantiert wird, von der nicht die Eizelle herrührt. (4.) der intratubare Gametentransfer, bei dem Samen und Eizelle in den Eileiter eingebracht werden. Homolog nennt man die Techniken, bei denen Ei und Samen von den Wunscheltern stammen, heterolog, wenn der Samen von einem anderen Mann oder das Ei von einer anderen Frau stammen. Bei den homologen Befruchtungstechniken kann es zu einem Auseinanderklaffen rechtlicher und genetischer Elternschaft nicht kommen, da das verwendete Material (Spermium und Eizelle) von den Wunscheltern selbst herrührt, die nach der Geburt auch die rechtlichen Eltern sein werden. Eine für Dritte übernommene Mutterschaft (Leihmutterschaft) ist stets eine heterologe, und zwar auch bei der sogenannten Tragmutterschaft, bei der eine Frau ein Embryo für die genetischen Eltern austrägt und daher aus Sicht der genetischen Eltern eine homologe Befruchtung vorliegt. Rechtlich wird das Kind hier nämlich der es gebärenden Frau zugeordnet.

²⁹ vgl. §§ 13a – c des Gesetzes über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern, BGBL: 1976 I. 1762 (AdVermiG 1976), wonach jede Vermittlung und Werbung für und von Leih- oder – wie das Gesetz sie nennt: - Ersatzmüttern verboten und strafbar ist; allerdings sind sowohl die Ersatzmutter selbst wie die sog. Bestellerin von der Strafbarkeit ausdrücklich ausgenommen, § 13c Abs. 3 AdVermiG 1976

³⁰ Die Bundesregierung hat am 1. 9. 2006 durch die Einreichung des Entwurfes eines „Gesetzes zur Ergänzung des Rechts zur Anfechtung der Vaterschaft“, BRats-Drucks. 624/06, beschlossen, diesem Missstand durch eine Ergänzung des BGB abzuhelfen. Der Gesetzentwurf führt ein Anfechtungsrecht für eine öffentliche Stelle (wieder) ein. Die für die Anfechtung zuständige Behörde sollen die Länder entsprechend den Bedürfnissen vor Ort selbst bestimmen können. Der besondere Auftrag des Jugendamtes zum Schutz von Kindern und Jugendlichen soll auch bei der geplanten Anfechtung missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen zum Tragen kommen. Deshalb soll die Beteiligung des Jugendamtes am Anfechtungsverfahren in der Zivilprozessordnung verankert werden. Die Anfechtung ist nach dem Entwurf nur erfolgreich, wenn zwischen dem Kind und dem Anerkennenden keine sozial-familiäre Beziehung besteht oder im Zeitpunkt der Anerkennung bestanden hat. Dadurch wird verhindert, dass durch die Anfechtung eine vom Grundgesetz in Artikel 6 geschützte Familie auseinander gerissen wird. Außerdem setzt die Anfechtung voraus, dass durch die Anerkennung der Vaterschaft rechtliche Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt des Kindes oder eines Elternteiles geschaffen werden. Dieses Kriterium dient dazu, die Missbrauchsfälle zu erfassen, die mit diesem Gesetz unterbunden werden sollen: Vaterschaften sollen um der Kinder Willen anerkannt werden, aber nicht allein wegen der Aufenthaltspapiere. Den Regelungsbedarf für diesen Regierungsentwurf zeigt eine Erhebung der Konferenz der Innenminister von Bund und Ländern auf. Danach erteilten die Behörden von April 2003 bis März 2004 in 2338 Fällen eine Aufenthaltserlaubnis an eine unverheiratete ausländische Mutter eines deutschen Kindes. Davon waren 1694 Mütter im Zeitpunkt der Vaterschaftsanerkennung ausreisepflichtig. Darunter sind auch die Fälle von

Vaterschaft ohne Verantwortungsübernahme zu finden. Zum Text des Entwurfes vgl. die Synopse von geltendem und geplante Recht in FamRZ 2006, 1586 ff.

³¹ Zwar ist eine gegen dieses Verbot geschlossene Ehe nicht per se unwirksam, sie ist aber gem. §§ 1307, 1314 Abs. 1 BGB aufhebbar, und der Mangel ist anders als bei anderen Aufhebungsgründen nicht heilbar.

³² früher „Blutschande“ genannt

³³ vgl. Rauscher, Familienrecht, Rn. 137 und 167 mw. Nachw.

³⁴ vgl. BVerwG NJW 1992, 1522

³⁵ vgl. Fn. 28

³⁶ Vgl. Bradshaw, Familiengeheimnisse, 1997, S. 34, 68; Oerter, in: Oerter/Montada, Entwicklungspsychologie, 1982, Stichwort: Jugendalter; Ebertz, Adoption als Identitätsproblem, 1987; vgl. auch Phaseneinteilung von Erikson, in: Trautner, Lehrbuch der Entwicklungspsychologie, 1978, S. 272f.; Swientek, Wer sagt mir, wessen Kind ich bin, 1993, S. 22.

³⁷ BVerfG FamRZ 1997, 869 ff.

³⁸ Obwohl es den Begriff des nichtehelichen Kindes seit dem Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes am 1. 7. 1998 nicht mehr gibt, wird er zur Abkürzung immer noch – und damit auch hier – verwandt; eine Statusbezeichnung ist damit aber nicht mehr verbunden; „außerehelich“ wäre vielleicht die korrektere Bezeichnung, hat sich aber sprachlich bisher nicht durchgesetzt

³⁹ Zu dieser Verpflichtung, die auch die Beseitigung rein faktischer Diskriminierungen umfasst, siehe Maunz in Maunz/Dürig, GG, Art. 6 Rn. 51

⁴⁰ Bei einer Gefährdung des Kindeswohl müsste das Familiengericht nach § 1666 BGB von Amts wegen Maßnahmen zur Sicherung des Kindeswohls einleiten und ggfls. der Mutter die elterliche Sorge entziehen.

⁴¹ Vgl. Eidenmüller, JuS 1998, 789, 793 m.w. Hinweisen.

⁴² Siehe §§ 1712 – 1717 BGB, wonach die Beistandschaft durch Antrag der Mutter an das Jugendamt automatisch eintritt, durch jederzeit mögliche Rücknahme dieses Antrages aber ebenso automatisch endet. § 1716 S. 1 BGB stellt ausdrücklich klar, dass die Beistandschaft die elterliche Sorge der Mutter nicht einschränkt.

⁴³ In der Vergangenheit haben verschiedene Gerichte Auskunftsverlangen kleiner Kinder, die von Pflägern oder Vormündern geltend gemacht wurden aus verschiedenen Gründen zurückgewiesen, so etwa das OLG Hamm, FamRZ 1991, 1229 f., weil es sei bei dem Auskunftsrecht um ein höchstpersönliches Recht handele, das nur das verständige Kind selbst geltend machen dürfe; ähnlich wohl OLG Zweibrücken, NJW 1990, 719, 720, das dem Jugendamt ein Vorgehen gegen den Willen des über 14jährigen Kindes versagte; LG Essen, das allein finanzielle Interessen als Grund für ein Auskunftsbegehren ausschloss; ähnlich AG Rastatt, FamRZ 1996, 1299, 1301; AG Schwetzingen, DAVorm 1992, 88 ff., wobei letzteres auch noch eine besondere Konfliktlage bei der Mutter (Prostitution) angenommen hat

⁴⁴ vgl. BVerfG FamRZ 1997, 869 ff. im Gegensatz zu BVerfG FamRZ 1989, 147 f., wo das Gericht das Persönlichkeitsrecht der Mutter auf Wahrung ihrer Privatsphäre noch eindeutig dem Recht des nichtehelichen Kindes auf Kenntnis von seinem (leiblichen) Vater nachgeordnet hatte

⁴⁵ vgl. LG Münster FamRZ 1990, 1031 ff.; nach Aufhebung dieser Entscheidung durch das BVerfG hat das LG Münster allerdings erneut so wie in seiner ersten Entscheidung entschieden und dem inzwischen fast 40jährigen Kind einen Auskunftsanspruch gegen die Mutter zugestanden: NJW 1999, 726 ff. Die dagegen eingelegte Verfassungsbeschwerde hat da BVerfG durch unveröffentlichten Beschluss vom 20.12. 1998 zum Az. 1 BvR 1774/98 nicht zur Entscheidung angenommen. Das Kind hat die begehrte und ihm zugesprochene Auskunft letztlich aber nicht erhalten, weil die Mutter bei ihrer Weigerung blieb und das LG Münster dem Kind die Vollstreckung aus dem Auskunfts Urteil versagte, NJW 1999, 3787.

⁴⁶ Vgl. Eidenmüller JuS 789, 791; Muscheler/Bloch FPR 2002, 339, 348; Staudinger/Rauscher, BGB (2004), Einl zu §§ 1589 ff. Rn. 89 f. m.w.N.; zum Stand der Diskussion auch Staudinger/Coester, BGB (2000), § 1618a Rn. 47 ff.

⁴⁷ vgl. Staudinger/Coester, BGB (2000), § 1618a Rn. 49 f. m.w.N.

⁴⁸ Staudinger/Coester, BGB (2000), § 1618a Rn. 49, tritt dafür ein, dass die Mutter ihren anspruchshindernden Vortrag lediglich „andeutungsweise glaubhaft machen“ müsse, weil ansonsten ihr Persönlichkeitsschutz unterlaufen würde

⁴⁹ So OLG Oldenburg, FamRZ 1992, 351; Eidenmüller JuS 1998, 789, 793; Staudinger/Coester, BGB (2000), § 1618a Rn. 54

⁵⁰ Siehe §§ 1594 Abs. 2, 1599 Abs. 1, 1600d Abs. 4 BGB; Münchner Kommentar/Wellenhofer-Klein, BGB (2004), § 1599 Rn. 32 m. w. N.

⁵¹ So Staudinger/Rauscher, BGB (2004), Einl. vor §§ 1589 ff. Rn. 94

⁵² So § 180 FamFG-E, der in seinem Abs. 2 ausdrücklich bestimmt, dass eine Begründung des Prüfungsbegehrens nicht mehr erforderlich sei.

⁵³ vgl. Muscheler/Bloch FPR 2002, 339, 345; Münchner Kommentar/Wellenhofer-Klein, BGB (2004), § 1600 Rn. 26 m.w.N.

⁵⁴ Vgl. OLG Saarbrücken FamRZ 1990, 1371; OLG Hamm FamRZ 2000, 38; Muscheler/Bloch FPR 2002, 339, 350

⁵⁵ So auch Staudinger/Rauscher, BGB (2004), Einl. zu §§ 1589 ff. Rn. 103

⁵⁶ Staudinger/Rauscher, BGB (2004), Einl. vor §§ 1589 ff. Rn. 77 ff. unter Hinweis auf die Begründung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes, Btags-Drucks. 13/4899, 56 f., in der eine „folgenreiche“ Vaterschaftsfeststellung ausdrücklich abgelehnt worden war; a. A. Muscheler/Bloch, FPR 2002, 339, 346; Coester JZ 1992, 809, 811 unter Hinweis auf das Recht adoptierter Kinder zu einer solchen Klage

⁵⁷ So in der Tat LG Münster zum Abschluss des viele Jahre dauernden gerichtlichen Streites um das Auskunftsrecht eines zunächst 30jährigen und zum Schluss fast 40jährigen Kindes, vgl. Rn. 39; siehe außerdem Staudinger/Rauscher, BGB (2004), Einl. zu „§“ 1589 f. Rn. 105 f. m.w.N.

⁵⁸ So überzeugend Eidenmüller JuS 1998, 789, 792; OLG Bremen FamRZ 2000, 618, 619 m.w.N. zum Diskussionsstand.

⁵⁹ § 383 Abs. 1 Nr. 3 ZPO

⁶⁰ Vgl. Muscheler/Bloch, FPR 2002, 339, 351 m.w.N.

⁶¹ Vgl. Busse, Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung bei heterologer künstlicher Befruchtung, Dissertation Münster 1988, S. 143 ff.;

⁶² DÄBl. 95, Heft 49, Anhang I.4

⁶³ vgl. Muscheler/Bloch FPR 2002, 339, 345

⁶⁴ vgl. u. a. OLG Celle FamRZ 2001, 700 f., das die Anfechtung der Vaterschaft des Ehemannes durch die Mutter selbst dann für zulässig erklärt hat, wenn das Kind einvernehmlich durch heterologe Insemination gezeugt worden war und der Samenspender wegen Durchführung der Insemination im tatsächlich nicht zu ermitteln ist

⁶⁵ Ursprünglich als § 1600 Abs. 2 BGB durch das Kinderrechteverbesserungsgesetz vom 9. 4. 2002 (BGBl. I. S. 1239, mit Wirkung vom 12. 4. 2002 ins BGB eingefügt; jetzt § 1600 Abs. 4 BGB

⁶⁶ vgl. NJW 2005, 1519

⁶⁷ Ein Teil der Rspr. und Lehre hatten einen unheilbaren Verstoß gegen das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Kindes und der Mutter angenommen: OLG Celle FamRZ 2004, 481 mit Anmerkung Huber FamRZ 2004, 825, 826; OLG Thüringen FamRZ 2003, 944, 945; Mutschler FamRZ 2003, 74, während andere Gerichte angenommen haben, dass der Kläger durch ein wie auch immer zustande gekommenes Privatgutachten, aus dem auf seine Vaterschaft geschlossen werden kann, seiner Substantiierungspflicht nachgekommen ist; so wohl auch OLG Karlsruhe FamRZ 2003, 52.

⁶⁸ BGH FamRZ 2005, 340, 341, 342

⁶⁹ a. A. Mutschler FamRZ 2003, 74, 76; zur Fragwürdigkeit, ein (unbestrittenes) Beweisverwertungsverbot auch auf die Substantiiiertheit eines Sachvortrages zu erstrecken, siehe Wellenhofer FamRZ 2005, 665, 668

⁷⁰ OLG Köln FamRZ 2004, 1987 u. w. N.

⁷¹ So zu Recht AG Korbach FamRZ 2005, 290, 291; OLG Koblenz FamRZ 2006, 808

⁷² Vgl. BGH FamRZ 2006, 686 f;

⁷³ LG München FamRZ 2003, 1580, 1581 mit zustimmender Anmerkung Spickhoff

⁷⁴ im Ergebnis ähnlich Wellenhofer FamRZ 2005, 665, 668

⁷⁵ siehe zum Beispiel OLG Hamm, FamRZ 1992, 72

⁷⁶ vgl. Fn. 50

⁷⁷ So Münchner Kommentar/Seidel, BGB (2004), § 1589 Rn. 46 m.w.N.; soweit ersichtlich wurde nur vom LG Kiel bisher ein Auskunftsanspruch des Scheinvaters gegen die Mutter auf Nennung des wahren Vaters mit der Begründung bejaht, dass er nur so seinen nach § 1607 Abs. 3 BGB übergegangenen Regressanspruch gegen den wahren Vater verwirklichen könne: LG Kiel FamRZ 1993, 980

⁷⁸ vgl. BGH FamRZ 1993, 450

⁷⁹ vgl. BGH FamRZ 1990, 367; OLG Oldenburg v. 22.3.1993, FamRZ 1994, 651, OLG Bamberg, 7.5.2003, FamRZ 2004, 562; OLG Hamm, 15.6.1998, MDR 1999, 42

⁸⁰ vgl. OLG Hamm FamRZ 2005, 1844, 1845

⁸¹ vgl. OLG Köln FamRZ 2002, 1214

⁸² nämlich 60 Jahre lang, vgl. § 9b AdVermG 1976 i.F.d. Bekanntmachung vom 22.12. 2001 (BGBl. 2002 I, 354)

⁸³ §§ 61 Abs. 2 S. 1 PersStG, 9b Abs. 2 AdVermiG 1976; Auf diese Weise erfährt das Kind den Namen der Frau, die es geboren hat, und gegebenenfalls auch denjenigen seines genetischen Vaters, es sei denn, bei einem eingetragenen Mannesnamen handelt es sich um einen Scheinvater. Das Recht auf Einsicht in die Adoptionsakte des Vormundschaftsgerichts beruht auf § 34 FGG, weil das im allgemeine Persönlichkeitsrecht wurzelnde Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung ein „berechtigtes Interesse“ i.S. dieser Vorschrift ist; vgl. OLG München FamRZ 2006, 61-62; OVG Nordrhein-Westfalen FamRZ 1985, 204-206

⁸⁴ §§ 5 Abs. 1, 62 Abs. 2 PersStG

⁸⁵ So Münchner Kommentar/Mutschler, BGB, 4. Aufl., § 3 1591, 1592 Rn. 54; Muschler/Bloch FPR 2002, 339, 346 m. w. N.

⁸⁶ vgl. OLG Celle DAVorm 1980, 940 f.

⁸⁷ vgl. Staudinger/Rauscher, BGB (2004), Einl. zu §§ 1589 ff. Rn. 77 f.

⁸⁸ LG Freiburg, 28.5.2002, FamRZ 2002, 1647

⁸⁹ vgl. § 1748 BGB

⁹⁰ vgl. VG Sigmaringen vom 30. 11. 1999 zum Az. 8 K 1013/99, zitiert nach juris.de

⁹¹ vgl. den informativen Fall eines ausländischen Ehemannes, der trotz Scheidung und Ehelichkeitsanfechtung gegen die von der Mutter ohne seine Kenntnis und Zustimmung eingeleitete Inkonitoadoption des Kindes vorging und die Nennung von Namen und Anschrift der Adoptiveltern vor dem Vormundschafts-, Land- und Oberlandesgericht vergeblich versucht hat einzuklagen, in OLG Karlsruhe DAVorm 1996, 390 - 393

⁹² So in § 61 Abs. 2 PersStG

⁹³ vgl. Palandt/Diederichsen, BGB. 65. Aufl. § 1758 Rn. 2

⁹⁴ vgl. AG Kamen FamRZ 1995, 1013 - 1016 m.w.N.; Niedersächs. OVG NJW 1994, 2634-2635

Korrespondenzadresse: Horst-Heiner Rotax, Richter am Familiengericht, Bültengeweg 11a, 21365 Adendorf; E-Mail: horst-heiner.rotax@ag.justiz.hamburg.de