

HINWEISE

**des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht
(DIJuF) e. V.**

vom 6. Juli 2012

**zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Jus-
tiz eines Gesetzes zur Stärkung der Rechte des leibli-
chen, nicht rechtlichen Vaters
vom 11. Mai 2012**

A. Vorbemerkung

Der Referentenentwurf (RefE) ist die Reaktion auf Verurteilungen der Bundesrepublik Deutschland durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR 21.12.2010 Verfahren Anayo ./ Bundesrepublik Deutschland, Beschwerde Nr. 20578/07; 15.09.2011 Verfahren Schneider ./ Bundesrepublik Deutschland Beschwerde Nr. 17080/07). Das Ob der Änderung ist daher nicht in Frage zu stellen.

Hinsichtlich des Wie der Umsetzung widersteht der Gesetzentwurf in begrüßenswerter Weise biologistischen Tendenzen in der rechtlichen Konstruktion von Familie. Dem Referentenentwurf schafft aus Sicht des Instituts einen **gelungenen Ausgleich** zwischen den im Einzelfall zumindest partiell gegenläufigen

- Bedürfnissen von Kindern nach Beziehungskontinuität,
- Bedürfnissen von Kindern nach Aufwachsen ohne übermäßige Belastung mit Loyalitätskonflikten zwischen den (erwachsenen) Bezugspersonen,

- Interessen von Kindern an der Kenntnis ihrer Abstammung und ihren im Einzelfall möglichen Bedürfnissen nach Aufbau einer Beziehung zu ihrem biologischen, aber nicht rechtlichen Vater,
- Rechten biologischer Väter am Aufbau und/oder Erhalt einer Beziehung zu einem von ihm biologisch abstammenden Kind sowie
- Interessen der (rechtlichen) Eltern an störungsfreier Beziehungspflege zum Kind und zueinander in der Ehe bzw Partnerschaft (hierzu B.I.).

Zum **Schutz der sozial-familiären Beziehungen des Kindes** zu einem rechtlichen Vater (vgl § 1600 Abs. 2 BGB) erscheint beim Aufbau der Vorschrift zum familiengerichtlichen Verfahren (§ 163a FamFG-E) eine **Differenzierung notwendig** zwischen einerseits der verfahrensrechtlichen Zulässigkeit einer Beweiserhebung über die biologische Vaterschaft und andererseits der Prüfung des Anspruchs auf Umgang oder Auskunft. Hierbei sollten möglichst enge Grenzen für die Zulässigkeit einer Abstammungsbegutachtung gezogen werden (hierzu B.II.).

Im Übrigen führt der Gesetzentwurf deutlich vor Augen, dass die auch familienrechtlich zunehmend weite **soziale Konstruktion „Familie“** mit den von der Vater-Mutter-Kind-Triade und Ehelichkeit geprägten normativen Setzungen im Sorge- und Umgangsrecht nur noch bedingt kompatibel ist. Das Verständnis von Familie im Familienrecht hat eine Erweiterung erfahren, die sich sowohl an der emotionalen Lebenswelt von Kindern und ihrer Entwicklung orientiert als auch die wandelnden Rollenbildern sowohl im Geschlechterverhältnis sowie in der familiären Verantwortungsübernahme für Kinder berücksichtigt. Die verschiedenen „neuen“ Familienmitglieder, wie hier die biologischen Väter, sind jedoch noch nicht in ein in sich konsistentes Konzept von „Familie“ eingebunden (hierzu B.III.).

B. Zu den Änderungen im Einzelnen

I. Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters (§ 1686 BGB-E)

1. Vorrang der sozial-familiären Beziehung: Sicherung eines elementaren Bedürfnisses von Kindern

Die Entscheidung des EGMR hat die rechtlichen Konturen von „Familie“ erneut erweitert. Nicht nur rechtliche, sondern auch biologische Väter und Kinder haben Rechte im Verhältnis zueinander, selbst wenn nicht in Frage gestellt werden soll, dass rechtlicher Vater eine andere Person als der biologische Vater ist, also eine Vaterschaftsanfechtung nicht angestrebt wird. Der Gesetzentwurf widersteht mit der Einführung des § 1686a BGB-E der Versuchung, der biologischen Vaterschaft einen Vorrang einzuräumen vor der – rechtlich gesicherten und zwischen Kind und Vater gelebten – sozialen Vaterschaft. Die Anfechtung der Vaterschaft durch einen Mann, der an Eides statt versichert, der biologische Vater zu sein, bleibt weiterhin nur unter den engen Voraussetzungen zulässig, dass zwischen Kind und rechtllichem Vater keine sozial-familiäre Beziehung bestand (§ 1600 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BGB) und die Zweijahresfrist für die Anfechtung nicht abgelaufen ist (§ 1600b Abs. 1 BGB).

Das Institut begrüßt ausdrücklich, dass der Gesetzentwurf an dieser konsequenten Orientierung an einer Sicherung der Beziehungskontinuitäten des Kindes als elementarem kindlichem Bedürfnis festhält. Das Hinzukommen weiterer Bezugspersonen belastet Kinder nicht per se, sondern insbesondere damit einhergehende Konflikte zwischen und mit den erwachsenen Bezugspersonen. Die Erkenntnis, dass der (rechtliche) Vater nicht der einzige Vater ist, wird vor allem dann zur Belastung, wenn die Beziehung zu ihm darunter nachhaltig leidet.

2. Eigene Konstellation sowohl für Umgang als auch Auskunft

Überzeugend ist auch die Einfügung der Vorschrift als eigene Regelung, in welcher die Sonderkonstellation einer Beziehung des Kindes zu seinem biologischen Vater, der nicht gleichzeitig rechtlicher Vater ist, die Klammer spannt vom Umgangsrecht zum Auskunftsanspruch. Damit werden nicht nur Doppelungen vermieden, sondern vor allem auch deutlich gemacht, dass das Recht hier eine spezielle Situation behandelt, die nicht unmittelbar vergleichbar ist mit dem Umgangsrecht von Eltern (§ 1684 BGB) oder anderen Bezugspersonen (§ 1685 BGB), aber auch nicht mit dem Recht auf Auskunft rechtlicher Eltern (§ 1686 BGB).

3. Überzeugender Kindeswohl-Maßstäbe in § 1686a Satz 1 BGB-E

Die **positiv-feststellende Anforderung** „dem Kindeswohl dienen“ anstelle eines negativ-abgrenzenden „dem Kindeswohl widersprechen“ für die Begründung des Rechts des biologischen Vaters auf Umgang überzeugt (**§ 1686a Satz 1 Nr 1 BGB-E**). Der Umgang mit dem biologischen Vater kann einem Bedürfnis des Kindes nach Kenntnis seiner Abstammung entsprechen. Ein solches haben Kinder und Jugendliche aber nicht immer und vor allem nicht zu jeder Zeit. Das Kind kann auch ein weitergehendes Interesse am Aufbau bzw dem Wiederaufleben einer Beziehung zum biologischen Vater haben. Dem können bspw Loyalitätskonflikte mit den (rechtlichen) Eltern oder negative Vorerfahrungen im Kontakt mit dem biologischen Vater entgegenstehen.

Der Maßstab der **Kindeswohldienlichkeit** ermöglicht dem Familiengericht, die Bedürfnisse des Kindes tatsächlich zum Ausgangspunkt zu machen. Sie werden bei der Entscheidung nicht überlagert von Rechten des biologischen Vaters auf Umgang, hinter denen die Interessen des Kindes bis zu einer gewissen Grenze zurücktreten müssten. Das damit gesetzlich vorgegebene Verhältnis der Rechte von Kind und biologischem Vater erscheint angemessen.

Mit der gleichen Argumentation verdient auch die Modifikation des Ausgleichs zwischen den Rechtspositionen von Kind und biologischem Vater Zustimmung. Die geringere bzw im Einzelfall häufig auch fehlende Belastung, die eine Geltendmachung eines Auskunftsanspruchs für das Kind bedeutet, rechtfertigt, den **Maßstab negativ-abgrenzend** mit der Voraussetzung „dem Wohl des Kindes nicht widerspricht“ zu bestimmen (**§ 1686a Satz 1 Nr 2 BGB-E**). Der Gesetzgeber – und in der Folge das Familiengericht – darf in einer indirekten normativen Setzung davon ausgehen, dass dem Recht des biologischen Vater grundsätzlich Vorrang einzuräumen ist, außer es sind ausnahmsweise Gründe ersichtlich, weshalb die Auskunft dem Wohl des Kindes widerspricht.

II. Untersuchungen in Verfahren nach § 1686a BGB-E (§ 163a FamFG-E)

Auch im DJuF wird die Notwendigkeit zur Einführung einer verfahrensrechtlichen Vorschrift gesehen, mit welcher in Zweifelsfällen die Beweiserhebung über die biologische Vaterschaft ermöglicht wird. Allerdings könnte aus unserer Sicht die knappe Regelung des § 163a FamFG-E noch an Verständlichkeit und Überzeugungskraft gewinnen, wenn sie **im Einstieg stärker differenzieren** würde.

Die **Zulässigkeit einer Untersuchung**, ob der Mann, der an Eides statt versichert, Vater des Kindes zu sein, tatsächlich biologischer Vater ist, räumt das BGB bislang nicht ein. Eine Ausnahme macht das Gesetz in den engen Grenzen nur in den besonders gelagerten Konstellationen, in denen der biologische Vater mit der Vaterschaftsanfechtung nach § 1600 Abs. 1 Nr 2 BGB gleichzeitig die Feststellung der eigenen Vaterstellung begehrt. Sozial-familiäre Beziehungen des Kindes zum rechtlichen Vater werden hierbei geschützt (§ 1600 Abs. 2 BGB).

Die Duldungspflicht des § 163a FamFG-E würde somit implizit eine weitreichende Konsequenz beinhalten: Über die Geltendmachung von Ansprüchen nach § 1686a BGB-E könnte der Mann, der behauptet, biologischer Vater zu sein, eine Abstammungsbegutachtung erreichen, worauf er ansonsten wegen § 1600 Abs. 2 BGB aus guten, am Kindeswohl orientierten Gründen keinen Anspruch hat. Die Regelung enthält somit indirekt – in gewisser Weise auch notgedrungen – einen **Wertungswiderspruch zum Abstammungsrecht**. Zur Erhöhung der Klarheit und Verständlichkeit der Norm dürfte eine Differenzierung der zwei Regelungszwecke (Befugnis des Familiengerichts zur Beweiserhebung durch Untersuchung, Pflicht der Beteiligten zur Duldung der Untersuchung) sinnvoll sein.

Der Entwurf enthält lediglich eine implizite Hürde über eine allgemeine „Erforderlichkeit“ im Verfahren, die das Umgangs- oder Auskunftsrecht nach § 1686a BGB-E betreffen. Diese reicht aus Sicht des Instituts nicht aus, um die Rechte des Kindes auf Schutz seiner sozial-familiären Beziehung ausreichend zu schützen. Inhaltlich sollte eine solche **Abstammungsbegutachtung als Vorfrage zur Entscheidung** über den Anspruch auf Umgang oder Auskunft nach § 1686a BGB-E insoweit ausgeschlossen sein, als die Ansprüche offensichtlich nicht bestehen. Die Begutachtung sollte unzulässig sein, wenn der Mann, der behauptet biologischer Vater zu sein, durch sein Verhalten nicht gezeigt hat, tatsächliche Verantwortung für das Kind tragen zu wollen, oder wenn der Umgang nicht dem Kindeswohl dient und/oder die Auskunft dem Kindeswohl widerspricht. In diesen Fällen kommt es von vornherein nicht auf ein Abstammungsgutachten an und es sollte den Familiengerichten aufgegeben werden, zunächst eine **Plausibilitätsprüfung** vorzunehmen, bevor eine Untersuchung angeordnet wird.

Die Regelung könnte in einem Satz 1 des Absatz 1 somit einsteigen mit der Anforderung, dass eine Untersuchung dann zulässig ist, wenn Zweifel an der biologischen Abstammung bestehen und wenn die Untersuchung erforderlich ist, da das Bestehen eines Anspruchs nach § 1686a BGB-E nicht ausgeschlossen werden kann. In einem zweiten Satz könnte dann die Pflicht der Beteiligten, eine solche Untersuchung zu dulden, normiert werden.

III. RefE als Hinweis auf anstehende Nachjustierung bei der Konstruktion Familie im Familienrecht des BGB

Auch die „a“-Regelungen des vorliegenden Referentenentwurfs zum Umgangs- und Auskunftsrecht biologischer Väter in BGB und FamFG enthalten **punktueller Nachjustierungen** zum bestehenden Familienrecht und Familienverfahrensrecht. Sie ergänzen die zahlreichen, insbesondere seit der Kindschaftsreform 1998 eingeführten Vorschriften zu Personen aus der sog. „extended family“ auch im deutschen Familienrecht. Mittlerweile sind die bestehenden Regelungen des Kindschaftsrechts im BGB an so zahlreichen Stellen „nachgebessert“ worden, dass die Zeit reif sein dürfte für die Erarbeitung eines wieder in sich **rechtlich schlüssigen Konzepts der erweiterten Familie** im Familienrecht des BGB.

Im Kontext dieses Gesetzesvorhabens wird dies besonders deutlich bspw. an der normativen Setzung des § 1626 Abs. 3 BGB, wonach zum Wohl des Kindes in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen gehört. Die Vorschrift ist offensichtlich für das Getrenntleben von Eltern konzipiert. Hier erhält das Kind einen weiteren, wenn auch nicht rechtlichen, so doch biologischen Elternteil als Bezugsperson dazu. Vergleichbares gilt bei der Unterbringung in einer Pflegefamilie oder in einer Einrichtung. Die **Regelvermutung des § 1626 Abs. 3 BGB passt nicht** auf diese Konstellationen im erweiterten Familiensystem – wie auch die Kindeswohlmaßstäbe des § 1686a BGB deutlich machen.