

kampftages.⁶ Vom Aufstehen, über das Frühstück zum Aufwärmprogramm bis hin zu den letzten Sekunden vor dem Absprung vom Startblock hat er sich jahrelang einen festen Rhythmus antrainiert, der ihm eine feste Struktur gibt und ihn auch dann seine Spitzenleistung hervorbringen lässt, wenn es darauf ankommt. Aber auch bei fast allen anderen Sportlern finden sich solche Routinen, die sie vor jedem Wettkampf automatisch ausführen, um optimal in den Wettkampfmodus hereinzukommen.

Diese Herangehensweise lässt sich auch für die Vorbereitung auf das Examen kopieren. Wenn man sich ein festes „Aufwärmprogramm“ antrainiert, hilft das, die Nervosität besser in den Griff zu bekommen und sich in dem Moment, in dem man die ersten Wörter des Sachverhalts liest, auf seinem Leistungshochs zu befinden. Ein solches Ritual könnte zum Beispiel mit einem ruhigen Frühstück, gefolgt von der schnellen Wiederholung einiger wichtiger Karteikarten, um sich für das juristische Denken aufzuwärmen, beginnen und mit dem Hören immer der gleichen Musik auf dem Weg zum Ort des Examins enden. Auch Langschläfer sollten sich rechtzeitig angewöhnen, früh aufzustehen und sich die Zeit für das Aufwärmen nehmen.

Die Rituale schaffen vor allem die nötige Sicherheit im Examenschaos. Unserem Gehirn gefällt es, wenn es Dinge schon einmal erlebt hat. Und in der Ausnahmesituation des Examins bietet ein Ritual dem Gehirn altbewährte Handlungen, die sehr beruhigend wirken. Diese Ritualisierung kostet Zeit und sollte so lange angepasst werden bis sie sich „gut anfühlt“. Ausprobieren kann man sie dann sehr gut, in dem man ein Probeexamen schreibt.

2. Die letzten Tage vor dem Examen

Ein Sportler probiert in den Tagen vor dem größten Wettkampf seiner Karriere keine neuen Trainingsmetho-

den oder Techniken aus. Genau so sollte man zum Ende der Examensvorbereitung auf keinen Fall mehr Neues lernen. Es ist wesentlich sinnvoller, das in den Monaten vorher schon häufig wiederholte Wissen noch ein letztes Mal durchzugehen. Das vermeidet Panik und gibt die vor dem Examen dringend benötigte Bestätigung, den Anforderungen gewachsen zu sein.

Denn abgesehen von den juristischen Fähigkeiten ist die eigene Überzeugung von sich selbst vielleicht der wichtigste Faktor für ein erfolgreiches Examen. Wenn man mit Selbstzweifeln und großer Unsicherheit in das Examen geht, ist zum einen die Gefahr einer mentalen Blockade wesentlich höher und zum anderen wirkt die geschriebene Klausur auch für den Korrektur nicht überzeugend. Deshalb sind ein gesundes Selbstvertrauen und die Überzeugung der eigenen Stärke im entscheidenden Moment bei der Bewältigung der anspruchsvollen Klausuren genauso unverzichtbar wie das juristische Wissen.

Daneben sollte man in den letzten Tagen bewusst noch einmal darauf achten, ausreichend zu schlafen. Denn je näher das Examen rückt, desto unruhiger werden die Nächte. Zwar hilft das Adrenalin, dass man am Tag der ersten Klausur hellwach ist. Aber am Ende der zwei Wochen kommt es auch auf die Kondition und die letzten Kraftreserven an. Die freien Nachmittage nach den Klausuren sollten deshalb auch der Erholung dienen. Dass eine gute Ernährung vor, während und nach den Klausuren elementar ist, sollte selbstverständlich sein und lässt sich natürlich vorher auch „trainieren“.

Und noch einmal: Es ist unglaublich wichtig, positiv in das Examen hereinzugehen. Wenn man nicht einmal selbst an sich glaubt, wer soll es dann tun? Mit einer guten Vorbereitung kann dann nichts mehr schiefgehen!

⁶ Vgl. die schöne Darstellung bei *Duhigg*, *The Power of Habit*, 2012, S. 109–115. Dieser Abschnitt ist auch zu finden unter <http://www.theglobeandmail.com/life/health-and-fitness/health/conditions/how-good-habits-can-win-gold-medals/article549051/?page=all> (25.06.2013).

⁶ Vgl. die schöne Darstellung bei *Duhigg*, *The Power of Habit*, 2012, S. 109–115. Dieser Abschnitt ist auch zu finden unter <http://www.theglobeandmail.com/life/health-and-fitness/health/conditions/how-good-habits-can-win-gold-medals/article549051/?page=all> (25.06.2013).

Bettina Heiderhoff*

Väterrechte

I. Einleitung

1. Problemübersicht

Das Familienrecht unterliegt ständigen Veränderungen. Grund dafür sind die Entwicklungen in der Gesellschaft. Familien sind heute beweglicher und heterogener

als früher. Zugleich hat sich die Einstellung zu „alternativen“ Lebensformen sehr verändert. Nichteheleiche Geburten, Patchworkfamilien oder gleichgeschlechtliche

* Prof. Dr. iur., Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Institut für Deutsches und Internationales Familienrecht.

Elternpaare werden nicht nur faktisch häufiger,¹ sondern sie werden auch immer seltener negativ beurteilt.²

Durch die neuen Familienformen stellen sich auch ganz neue rechtliche Fragen. Kann ein Kind zwei Mütter oder zwei Väter haben? Wer übt die Sorge für ein Kind aus, wenn die Eltern schon bei der Geburt kein Paar mehr sind? Wer übt die Sorge aus, wenn das Kind faktisch eher durch den neuen Ehemann der Mutter versorgt und erzogen wird als durch seinen (rechtlichen) Vater?

Besondere Aufmerksamkeit erhält gegenwärtig die Rechtsstellung des Vaters. Dabei gibt es Probleme auf mehreren Ebenen, die in diesem Beitrag dargestellt und kritisch beleuchtet werden sollen.

(1) Schon die Frage, wen das Gesetz überhaupt als *rechtlichen* Vater eines Kindes anerkennt (Abstammung), ist komplex. Sie hat aber entscheidende Bedeutung. Denn derjenige, der zwar ein Kind gezeugt hat, jedoch nicht dessen rechtlicher Vater ist („nur“ biologischer Vater), hat kaum väterliche Rechte und Pflichten. Die väterlichen Rechte und Pflichten liegen fast ausschließlich beim *rechtlichen* Vater. Zu diesen Rechten und Pflichten gehören ganz besonders die Ausübung der elterlichen Sorge – also das Recht und die Pflicht sich um alle Angelegenheiten des Kindes zu kümmern –, das Recht und die Pflicht zum Umgang mit dem Kind und die Pflicht, Unterhalt zu bezahlen. Die Bestimmung des rechtlichen Vaters macht vor allem dann Schwierigkeiten, wenn mehrere Männer diesen Status erhalten möchten (dazu III.).

(2) Für den *rechtlichen* Vater stellen sich weitere Probleme, wenn er nicht mit der Mutter verheiratet ist. Er hat nämlich nicht automatisch gemeinsam mit der Mutter die Sorge für das Kind, sondern er muss diese erst erwerben, was auf unterschiedliche Art möglich ist (dazu IV.).

(3) Wer nicht rechtlicher Vater ist, hat stets eine sehr eingeschränkte Rechtsstellung in Hinblick auf das Kind (dazu V.). Dabei ist zu unterscheiden zwischen dem (nur) biologischen Vater, von dem das Kind genetisch abstammt, der aber dennoch nicht die Stellung eines rechtlichen Vaters hat, und dem (nur) sozialen Vater, der die väterliche Rolle ausübt oder ausgeübt hat, ohne dass er mit dem Kind rechtlich oder genetisch verbunden ist.

¹ Nichtehelecht werden laut statistischem Bundesamt, Geburten in Deutschland 2012, S. 18 f. über ein Drittel der Kinder geboren; bei den Erstgeborenen lag der Anteil im Jahr 2010 sogar bei 43%.

² Eine umfassende, vom BMJ beauftragte Studie gibt es zur Thematik „Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften“, Marina Rupp (Hrsg.), 2009. Dort geht es auch um Diskriminierungserfahrungen; bei *Dölle*, Familienrecht (1964), ist es noch klar, dass unter Familie eine Ehe mit Kindern zu verstehen ist (S. 18); ausführlich werden die Vor- und Nachteile einer Strafbarkeit von Ehebruch und Konkubinat diskutiert (S. 36).

2. Historische Grundlagen

a) Diskriminierung von Frau und Kind

Die Rechtslage und die gegenwärtig dazu geführten Diskussionen sind erkennbar davon beeinflusst, dass das rechtliche Verhältnis der Eltern zum Kind lange Zeit von einer Diskriminierung der Frau und vielleicht sogar noch mehr von einer Diskriminierung des nichtehelichen Kindes geprägt war. Nicht immer hatte man der Mutter die Ausübung der elterlichen Sorge überhaupt zugetraut. Lange Zeit hatte der Mann die Alleinsorge für die Kinder; im Rahmen des Gleichberechtigungsgesetzes von 1957 wurde dann der berühmte „Stichentscheid“ in Erziehungsfragen eingeführt. Damals erhielten zwar endlich beide Eltern die gemeinsame Sorge für die Kinder, jedoch blieb beim Streit das letzte Wort beim Vater. Der Stichentscheid war allerdings nur kurz in Kraft, weil er der Rechtsprechung des BVerfG nicht standhielt.³

Außerhalb der Ehe stand nach § 1707 BGB bis ins Jahr 1970 der Mutter nur die „Personensorge“ zu. Die gesetzliche Vertretung und die Vermögenssorge hatte stets ein Vormund. Immerhin konnte ab 1962 die Mutter die Übertragung der Sorge auf sich selbst beantragen (§ 1707 II BGB). In abgeschwächter Form fand sich dieser Gedanke sogar noch bis 1998 im BGB. Kinder unverheirateter Mütter erhielten nämlich automatisch einen Pfleger, welcher sich um bestimmte Angelegenheiten kümmerte, vor allem um die Feststellung der Vaterschaft und die Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs.

b) Selbstverständnis des nichtehelichen Vaters

Nimmt man die Perspektive der Väter ein, so ist davon auszugehen, dass nichteheliche Väter früher oft weniger Interesse an dem Kind hatten, z. B. weil es aus einem gesellschaftlich nicht gebilligten Seitensprung stammte. Die alte Gesetzeslage spiegelte auch dies wider, insbesondere indem der nichteheliche Vater nach § 1589 II BGB bis 1970 als nicht mit dem Kind verwandt galt. Wollte er rechtlicher Vater seines Kindes werden, so musste er es adoptieren.

c) Rechtsentwicklung bis heute

Die Rechtsentwicklung der letzten Jahrzehnte musste also viele erhebliche Missstände abbauen. Die Diskriminierung des Kindes und seiner Mutter musste überwunden und der nichteheliche Vater in die Verantwortung eingebunden werden. Je weiter dieser Prozess fortgeschritten war, desto mehr entwickelte sich jedoch eine dominante neue Bewegung, die man vielleicht als „Väterlobby“ bezeichnen darf. Es wurde nun aufgezeigt,

³ Bis 1958 lautete § 1627 BGB: „Der Vater hat kraft der elterlichen Gewalt das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen.“ Durch das Gleichberechtigungsgesetz wurde zwar die gemeinsame Sorge eingeführt, § 1628 BGB lautete jedoch: Können sich die Eltern nicht einigen, so entscheidet der Vater; er hat auf die Auffassung der Mutter Rücksicht zu nehmen. Das wurde vom BVerfG am 29. Juli 1959, BVerfGE 10, 59, für verfassungswidrig erklärt.

dass erhebliche Rechtsdefizite für die zunehmend engagierten nichtehelichen Väter bestanden.

Insbesondere geriet die mit der Kindschaftsrechtsreform im Jahr 1998 eingeführte sorgerechtliche Vorrangstellung der Mutter in die Kritik. 1998 war zum einen die eben erwähnte ergänzende Pflegschaft für nichteheliche Kinder abgeschafft worden, zum anderen wurde § 1626a BGB in das BGB eingeführt, der endlich eine differenzierte Regelung für unverheiratete Eltern vorsah. Danach hatte die Mutter, wenn sie nicht mit dem Vater des Kindes verheiratet ist, zwar weiterhin zunächst die Alleinsorge. Durch sogenannte Sorgeerklärungen konnten jedoch die Eltern bewirken, dass sie die gemeinsame Sorge erhielten. Ohne eine entsprechende der Erklärung der Mutter war der Vater allerdings von der Sorge ausgeschlossen.

3. Zielsetzung des Beitrags

Analysiert werden muss aus heutiger Sicht also, ob eine Balance der Rechte aller Beteiligten besteht oder ob bei der nach und nach erfolgten Stärkung der Rechtsposition der Mutter zugleich die Rechte des Vaters über die Maßen beschnitten wurden. Denn letztlich gilt es zu erreichen, dass – bei uneingeschränkter Berücksichtigung des Kindeswohls – beide Elternteile – und möglicherweise weitere Personen – die bestmögliche Rechtsposition erhalten.

II. Verfassungsrechtlicher Rahmen

1. Art. 6 II GG – nicht alle Väter sind Eltern i. S. d. Grundgesetzes

Art. 6 II GG ist die verfassungsrechtliche Grundlage für die Rechtsstellung der Eltern. Wenn Art. 6 II GG auf „die Eltern“ Bezug nimmt, darf der Begriff nicht ohne weiteres in völliger Parallelität zu den Regeln des BGB interpretiert werden. Die Elternstellung i. S. d. Art. 6 II GG innezuhaben, kann vielmehr auf das BGB ausstrahlen und ist daher auch im Rahmen der hier vorzunehmenden privatrechtlichen Überlegungen wichtig.

Faktisch sind die Unterschiede zwischen dem privatrechtlichen und dem verfassungsrechtlichen Verständnis der Elternstellung allerdings eher klein. Eine etwas großzügigere Betrachtungsweise erfolgt im Verfassungsrecht insbesondere für den (nur) biologischen Vater. Das BVerfG sieht von Art. 6 II GG, wengleich in eingeschränktem Maße, auch den biologischen Vater erfasst.⁴ Der EGMR vertritt für Art. 8 EMRK ebenfalls einen solchen erweiterten Begriff der Vaterschaft.⁵

Dagegen erkennt das BVerfG (nur) soziale Väter nicht als „Eltern“ i. S. d. Art. 6 II GG an. Dennoch stehen diese ver-

⁴ BVerfGE 108, 82; BVerf FamRZ 2008, 2257; BVerfG FamRZ 2010, 1621.

⁵ EGMR FamRZ 2011, 269.

fassungsrechtlich nicht schutzlos. Hier ist vielmehr auch Art. 6 I GG zu berücksichtigen, der die Familie schützt, und damit die gelebte Familie meint. Somit erreicht das BVerfG im Ergebnis dennoch, dass auch soziale Eltern einen gewissen Schutz ihrer Rolle erhalten.

Wenn der biologische Vater zumindest im Grundsatz als Elternteil i. S. d. Grundgesetzes anerkannt wird, kann es zur Konkurrenz mehrerer Väter kommen. In diesem Fall stuft das BVerfG ab und der biologische Vater tritt insbesondere dann zurück, wenn er nicht die soziale Vaterstellung ausübt.⁶ Bisher hat das BVerfG – soweit es überhaupt über den Rahmen des Status hinausgeblickt hat – stets eher die soziale und statusrechtliche als die (nur) biologische Beziehung geschützt.⁷

2. Art. 3 GG – Vater ist nicht gleich Mutter

Wenn man über die Rechtsstellung von Vätern nachdenkt, dann muss man immer auch die Rechtsstellung von Müttern mitbedenken und es scheint zunächst ein Gleichbehandlungsproblem vorzuliegen. Allerdings bedeutet Art. 3 I GG nicht, dass Vater und Mutter in jeder Hinsicht die gleiche Rechtsstellung haben müssten, denn die biologischen Unterschiede sind erheblich. Am deutlichsten wird das bei der Abstammung. Hier gilt bisher recht unumstritten die Regelung, dass Mutter die Frau ist, die das Kind geboren hat (§ 1591 BGB). Ein vergleichbarer Anknüpfungspunkt lässt sich für den Vater nicht finden.

Bei der Verteilung der Sorge zwischen den Eltern sind die biologischen Unterschiede aber schon weniger relevant. Ob man hier die biologische Nähe der Mutter zum Kind für so entscheidend hält, dass sie einen Ausschluss des Vaters von der gemeinsamen Sorge zu rechtfertigen vermag, ist zumindest diskussionswürdig.

III. Die väterliche Abstammung

1. Rechtliche Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1–3 BGB

Im Folgenden soll es zunächst um die grundlegende Frage gehen, wie der rechtliche Vater eines Kindes im Privatrecht bestimmt wird.

Rechtlicher Vater eines Kindes wird ein Mann zunächst nur dann von Gesetzes wegen, wenn seine Ehefrau ein Kind bekommt (§ 1592 Nr. 1 BGB). Wenn ein Kind dagegen außerhalb der Ehe des Mannes geboren wird, dann bedarf es weiterer Schritte.

⁶ BVerfG FamRZ 2006, 1661 „Art. 6 Abs. 2 GG ist nicht verletzt, weil der Beschwerdeführer nicht Träger des mit dieser Grundrechtsnorm geschützten Elternrechts ist. Inhaber des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG ist danach, wer zugleich die Elternverantwortung trägt, unabhängig davon, ob sich die Elternschaft auf Abstammung oder auf Rechtszuweisung gründet.“

⁷ Insbesondere BVerfGE 108, 82 (100); dem folgend BVerfG FamRZ 2008, 2257.

Im Normalfall kann der biologische Vater das Kind als sein Kind anerkennen (§ 1592 Nr. 2 BGB). Das geschieht durch öffentlich zu beurkundende Erklärung, die üblicherweise beim Jugendamt oder beim Standesamt abgegeben wird. Die Anerkennung ist der absolute Regelfall, wenn der Vater des Kindes mit seiner Partnerin in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammenlebt. Für eine solche Anerkennung ist es aber gar nicht nötig, dass der Anerkennende wirklich der biologische Vater des Kindes ist. Ein Mann kann also auch ein von einem anderen Mann gezeugtes Kind anerkennen. Es ist unerheblich, ob ihm die fehlende biologische Abstammung bekannt ist. Solche Anerkennungen fremder Kinder sind vom Gesetz durchaus gewünscht. Sie erfolgen gar nicht selten, wenn die Mutter noch während der Schwangerschaft oder in den ersten Jahren nach der Geburt einen neuen Partner findet, der gern die Vaterrolle ganz einnehmen möchte.

Allerdings setzt eine Anerkennung immer voraus, dass die Mutter des Kindes einverstanden ist. Darin liegt zum einen ein wichtiges Regulativ, damit nicht ganz fremde Männer ungebeten ein Kind anerkennen. Es bedeutet aber zum anderen auch eine Hürde für den biologischen Vater, dessen rechtliche Vaterschaft die Mutter nicht gutheißt.

Er kann in diesen Fällen nur noch versuchen, den dritten Weg zu gehen, den das Gesetz für die Erreichung der Vaterstellung vorsieht. Er kann auf Feststellung seiner Vaterschaft klagen (§ 1592 Nr. 3 BGB). Diese Feststellungsklage steht nicht nur dem Vater zur Verfügung, sondern auch der Mutter. Denn noch immer besteht ihre wichtigste Funktion darin, den biologischen Vater als rechtlichen Vater feststellen zu lassen, der sich seiner Verantwortung entziehen möchte und daher das Kind nicht freiwillig anerkennt.

2. Rechtliche Vaterschaft durch Anfechtung nach §§ 1600 I Nr. 2 BGB, 281 FamFG

a) Grundlagen

Leider bewirken die vorstehend beschriebenen Regelungen nicht, dass ein biologischer Vater immer auch rechtlicher Vater eines Kindes werden kann.⁸ Sowohl die Anerkennung als auch die Feststellung der Vaterschaft scheiden nämlich aus, wenn das Kind bereits einen anderen Mann zum rechtlichen Vater hat. Und das ist gar nicht so selten. Der typischste Fall ist dann gegeben, wenn das Kind aus einem Seitensprung stammt. Die Mutter ist also verheiratet, aber nicht ihr Ehemann, sondern ihr Liebhaber hat das Kind gezeugt.

Der biologische Vater muss dann einen anderen, komplizierteren Weg gehen. Es gilt, zunächst die Vaterstellung des Ehemanns zu beseitigen, um dann doch noch in die Vaterstellung eintreten zu können. Das geschieht auf dem Wege der Vaterschaftsanfechtung. Eine biologisch falsche rechtliche Vaterstellung ist nämlich gerichtlich anfechtbar (§ 1600 BGB). Unter bestimmten Umständen kann der biologische Vater daher folgendermaßen vorgehen: Er ficht zunächst die Vaterschaft des falschen rechtlichen Vaters an, und wird dann (im gleichen Verfahren – § 183 I FamFG) selbst als rechtlicher Vater festgestellt.

Hier liegt nun ein erstes viel diskutiertes Problem. In welchen Fällen soll der biologische Vater die Vaterschaft des rechtlichen Vaters anfechten dürfen? Zunächst sieht man vielleicht keinen Grund dafür, überhaupt eine Beschränkung vorzusehen. Um die Komplexität der Situation zu verstehen, ist es hilfreich, sich vielleicht einmal eine mögliche Beispielfamilie bildlich vorstellen:

Die Mutter ist seit vielen Jahren verheiratet und liebt ihren Ehemann. Die beiden haben drei Kinder. Das mittlere Kind stammt allerdings nicht von dem Ehemann ab – denn in einer vorübergehenden Ehekrise hatte die Mutter eine kurze außereheliche Beziehung zu ihrem Schulfreund gehabt, aus der das Kind entstand. Der Ehemann weiß davon nichts. Der Schulfreund bemerkt aber bei einem zufälligen Treffen mit der Familie, dass das inzwischen fünfjährige Kind ihm selbst sehr ähnelt. Er gerät in große Begeisterung und möchte die rechtliche Vaterstellung einnehmen. Soll das Gesetz ihm das ermöglichen?

Der Widerstreit vieler Interessen wird hier offen erkennbar. Neben das eigene Interesse des Schulfreunds an der Vaterschaft treten Interessen des Kindes, die womöglich zwiespältig sind. Ist es wichtiger, dass seine heile Welt nicht unzerstört bleibt, oder wichtiger, dass es seine wahre Abstammung kennt und leben darf? Das Interesse der Mutter ist vermutlich gegen eine Störung durch ein Anfechtungsverfahren gerichtet – und auch ihr Ehemann dürfte meist eher die negativen Seiten des Anfechtungsverfahrens empfinden, als die positiven (die z. B. darin liegen könnten, dass er von seiner Unterhaltspflicht für das „Kuckuckskind“ befreit wird).

Das Gesetz enthält hierzu in § 1600 II BGB eine Regelung, die versucht, einen Mittelweg zu finden. Sie ist deutlich auf eine Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2003 gestützt, in welcher dieses immerhin gewisse Rechte des biologischen Vaters anerkannte. Es sprach aus, dass Art. 6 II 1 GG den biologischen Vater in seinem Interesse schütze, die rechtliche Stellung als Vater einzunehmen. Es schränkte dies aber sogleich ein. Das BVerfG meint nämlich, es reiche aus, wenn er in den Fällen die rechtliche Vaterposition erlangen könne, in welchen dem „der Schutz einer familiären Beziehung zwischen dem Kind

⁸ Zu allem näher Helms, Die Stellung des potenziellen biologischen Vaters im Abstammungsrecht, FamRZ 2010, 1 ff.

und seinen rechtlichen Eltern“ nicht entgegenstehe.⁹ Dementsprechend darf auch nach dem Gesetz der biologische Vater des Kindes die Vaterschaft des „falschen“ rechtlichen Vaters nur dann anfechten, wenn zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater keine „sozial-familiäre“ Beziehung besteht. Was damit gemeint ist, bestimmt § 1600 IV BGB noch näher.

b) § 1600 IV BGB – die Anforderungen an die sozial-familiäre Beziehung zwischen rechtlichem Vater und Kind

Nach § 1600 IV 1 BGB soll es darauf ankommen, ob der rechtliche Vater für das Kind tatsächliche Verantwortung trägt. Das sei in der Regel anzunehmen, wenn der Vater mit der Mutter des Kindes verheiratet sei oder mit dem Kind „längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt“ habe. Damit verbleibt noch viel Spielraum für die Rechtsprechung. Verschiedene Gerichte haben angedeutet, dass sie bereit sind, die Norm einschränkend zu verstehen. So meinte das OLG Hamburg, vielleicht müsse § 1600 II BGB übergangen werden, wenn das Kind zu seinem biologischen Vater ebenfalls eine sozial-familiäre Beziehung pflege (oder gepflegt habe), welche in der Qualität nicht hinter der Beziehung zum rechtlichen Vater zurückbleibe.¹⁰ In dem Fall kam es letztlich darauf aber nicht an, weil die Qualität der Beziehung zum rechtlichen Vater enger war. Spinnt man den Gedanken dennoch weiter, so muss man erkennen, dass es sich bei den Erwägungen des Gerichts methodisch allerdings um eine teleologische Reduktion der Norm handeln würde. Es müssten also die Anforderungen an eine Analogie erfüllt sein: Der Fall müsste ungewollt ungeregt geblieben sein, und die Reduktion müsste dem Sinn und Zweck der Norm entsprechen. Das wird sich schwerlich bejahen lassen – es sind eher allgemeine Gerechtigkeitserwägungen, die für die Idee des OLG Hamburg sprechen.

Das KG konstruierte eine Einschränkung der Norm auf andere Weise. Es meinte, wenn die Beziehung zwischen rechtlichem Vater und Kind erst in höherem Alter des Kindes (im Fall zwei Jahre) begonnen habe, so müsse sie eine gewisse Dauer aufweisen, um unter § 1600 II und IV BGB subsumiert werden zu können. Im konkreten Fall meinte es, zwei Jahre seien zu verlangen. Denn zur sozial-familiären Beziehung gehöre auch die Haltung des rechtlichen Vaters zum Kind. Brauche dieser mehrere Jahre, um in seine Rolle einzutreten, liege eine potentiell instabile Vater-Kind-Beziehung vor, deren vorrangiger Schutz mit dem Kindeswohl nicht vereinbar sei.¹¹

Insgesamt spricht Einiges dafür, die Norm ihrem Zweck (Schutz der sozialen Familie) entsprechend variabel auszulegen. Wenn eine Störung der sozialen Familie nicht

zu befürchten wäre, könnte man dann die Anfechtung durch den biologischen Vater zulassen. Jedoch muss man sich klarmachen, dass der Gesetzgeber dies anders meinte. Der rechtliche Vater, der die rechtliche Vaterschaft auch gern behalten will (sonst kann er selbst anfechten), ist immer dann vorrangig geschützt, wenn er nur – überhaupt – die soziale Vaterrolle ausübt. Diese Linie haben bisher der EGMR und das BVerfG bestätigt, wenn sie auch betonen, dass der Gesetzgeber Spielraum habe.¹²

c) Fristen und verfahrensrechtliche Anforderungen

Eine weitere Belastung bedeutet es für den biologischen Vater, dass die Anfechtung der Vaterschaft immer nur binnen zwei Jahren nach Kenntnis der Fehlerhaftigkeit möglich ist. Weiß ein Mann also beispielsweise ab der Geburt, dass er biologischer Vater des Kindes ist, so verliert er die Anfechtungsmöglichkeit mit dessen zweiten Geburtstag. Trennen sich die Mutter und der rechtliche Vater des Kindes also nach diesem Tag, so kann der biologische Vater nicht mehr die Vaterschaft anfechten, und zwar selbst dann nicht, wenn der Kontakt zum rechtlichen Vater ganz abbricht. Das ist dann nicht so schlimm, wenn der rechtliche Vater nach der Trennung von der Mutter die Vaterschaft seinerseits anfechtet. Das wird er häufig tun wollen. Allerdings gilt für ihn ebenfalls die Zweijahresfrist, so dass auch er nicht mehr anfechten kann, wenn er die Falschheit der Vaterschaft bereits seit zwei Jahren kannte.

Auf der anderen Seite ist die Anfechtung *erst* dann möglich, wenn der Antragsteller einen „Anfangsverdacht“ hat. Für die Zulässigkeit des Antrags muss er schlüssig darlegen können, dass die bestehende rechtliche Vaterschaft nicht der biologischen Abstammung entspricht. Eine Anfechtung „ins Blaue hinein“ scheidet also aus.¹³ Dieses Hindernis ist aber für den biologischen Vater selbener relevant, weil er ja darauf verweisen kann, dass er im Empfängniszeitraum eine sexuelle Beziehung zu der Mutter hatte. Es stellt eher für den rechtlichen Vater ein Problem dar, wenn dieser den nur vagen Verdacht hat, seine Frau könne fremdgegangen sein.

d) Bewertung

Die gegenwärtige Gesetzeslage muss differenziert gewürdigt werden. Es überzeugt, dass die Möglichkeit des biologischen Vaters, die Anfechtung durchzuführen, eingegrenzt wird. Für das Kind ist es wichtig, den sozialen Vater, der sich als zuverlässig erwiesen hat, nicht einfach zu verlieren. Auf der anderen Seite ist es kaum zu vertreten, den biologischen Vater rechtlich gänzlich von

⁹ Insbesondere BVerfGE 108, 82 (Leitsätze).

¹⁰ OLG Hamburg FamRZ 2013, 1824.

¹¹ KG FamRZ 2012, 1739.

¹² EGMR NJW 2013, 1937; EGMR FuR 2012, 473; BVerfG vom 04.12.2013, 1 BvR 1154/10.

¹³ Insbes. BGHZ 162, 1; die Notwendigkeit eines Anfangsverdacht wurde von der Rechtsprechung indirekt daraus abgeleitet, dass eine Frist ab Kenntnis gilt – Kenntnis (bzw. hinreichender Verdacht) sei also Voraussetzung der Anfechtung. Vgl. jetzt auch § 171 II FamFG, der auf dieses Erfordernis Bezug nimmt.

seinem Kind „abzuschneiden“. Man könnte jedoch zwei grundlegende Änderungen erwägen.

Zum einen wird derzeit viel überlegt, ob nicht der biologische Vater neben den rechtlichen Vater treten könnte.¹⁴ Dann hätte das Kind zwei Väter, die allerdings vielleicht eine unterschiedliche Rechtsposition innehaben müssten. Diese Frage ist zuletzt sehr relevant geworden, weil im Jahr 2013 erstmals Rechte für den biologischen Vater in das BGB aufgenommen worden. Im Grunde ist damit, wenn auch nicht bewusst, bereits ein Schritt auf dem Weg zu mehreren Vätern gegangen worden.¹⁵

Zum anderen ließe sich andenken, ob die Fristenregelung mit der starren Zwei-Jahres-Grenze nicht differenzierter gefasst werden könnte. Denn zwei Jahre können dann sehr kurz sein, wenn sich – z. B. im dritten Lebensjahr des Kindes – alle Betroffenen einig werden, dass der biologische Vater auch rechtlicher Vater werden sollte, der vormalige rechtliche Vater jedoch aus der Verantwortung ausscheiden sollte. Sie können aber auch recht lang sein, wenn z. B. der rechtliche Vater eines zwölfjährigen Kindes plötzlich erfährt, dass er nicht der biologische Vater ist, und nun – womöglich mit Wissen des Kindes und unter ständigen familiären Auseinandersetzungen – zwei Jahre lang überlegen kann, ob er die Vaterstellung behalten möchte oder nicht.

3. Gestaltungsmöglichkeiten für Mütter

Ein ganz anderes Problem des Abstammungsrechts ergibt sich daraus, dass der Mutter erhebliche Einflussmöglichkeiten gegeben sind. Das ist teilweise sehr vernünftig, teilweise kann aber eher ein besonderer Schwachpunkt darin gesehen werden. So bietet es Müttern etwa auch die Möglichkeit, dem biologischen Vater die Vaterstellung zu verwehren, ohne dass es notwendig einen verlässlichen sozialen Vater gibt.¹⁶

Das erste wesentliche Mitbestimmungsrecht der Mutter wurde bereits angesprochen: Der neue Partner der Mutter kann die Vaterschaft anerkennen. Dann hat das Kind einen rechtlichen Vater, und nur noch unter den soeben vorgestellten hohen Anforderungen des § 1600 I Nr. 2, II BGB ist die Anfechtung und damit die „Verdrängung“ dieses von der Mutter bevorzugten Vaters möglich. Das ist eine gewollte Zuweisung von Verantwortung an die Mutter, die wie gezeigt nicht unbedingt negativ zu beurteilen ist, weil sie der Herstellung einer sozialen Familie

dienen kann. Dennoch stammt die Norm aus einer Zeit, als der Gesetzgeber den verantwortungswilligen biologischen Vater noch nicht im Blick hatte. Man kann aus heutiger Sicht Zweifel daran haben, ob nicht der biologische Vater eine Art Vetorecht haben müsste, für den Fall, dass er selbst die rechtliche und soziale Vaterrolle einnehmen möchte.

Noch komplizierter ist die Situation, wenn die Mutter in einer gleichgeschlechtlichen Beziehung lebt, und ihre Partnerin zur Co-Mutter machen möchte. Eine solche Co-Mutterschaft lässt sich nur durch Adoption erreichen. Es fragt sich also, ob der biologische Vater dann trotzdem noch die Vaterstellung erhalten kann bzw. ob er die Adoption verhindern kann.

Zunächst ist es unstrittig, dass ein Mann nicht die Vaterschaft für ein Kind anerkennen oder feststellen lassen kann, welches bereits zwei Mütter hat. Ausdrücklich ist das zwar nirgends geschrieben, aber der Grundsatz, dass ein Kind nur zwei Elternteile haben kann, wird als ungeschriebener Rechtsgrundsatz angesehen.¹⁷ Hat die Adoption einmal stattgefunden, so ist der biologische Vater also, vorbehaltlich der engen Aufhebungsvorschrift in § 1760 BGB, von der Vaterschaft endgültig ausgeschlossen.

Insbesondere nützt das Anfechtungsrecht aus § 1600 I Nr. 2 BGB ihm hier nichts. Zum einen gibt es Mutterchaftsanfechtung ohnehin nicht. Aber selbst wenn der Adoptierende ein Mann wäre (was ebenfalls nicht selten vorkommt), oder man § 1600 I Nr. 2 BGB analog anwenden wollte, könnte die durch Adoption begründete Elternstellung nicht angefochten werden. Das ergibt sich aus verschiedenen Zusammenhängen. Zum einen gibt es für die Auflösung einer Adoption speziellere Normen, die anderen Normen verdrängen (§§ 1759 ff. BGB). Zum anderen folgt es aus § 1599 BGB. Die Anfechtung bewirkt nämlich nur, dass die §§ 1592, 1593 BGB nicht gelten. Sie kann also nur dann eine Wirkung haben, wenn ein Kind auf dem Weg über diese Normen einen Vater bekommen hat.

Der Vater muss also früher handeln, und darf keinesfalls warten, bis die Adoption erfolgt ist. Aber wie? Nach § 1747 I 1 BGB ist für die Adoption die Einwilligung des Vaters erforderlich. Nach § 1747 I 2 BGB ist dabei, sofern das Kind keinen rechtlichen Vater hat, derjenige als Vater anzusehen, der die Vaterschaft glaubhaft macht (Vaterschaftsprätendent). Der biologische Vater kann also durch Verweigerung der Einwilligung die Adoption verhindern.

Wenn die Mutter die Identität des Vaters im Adoptionsverfahren geheim hält, bzw. wenn sie behauptet, den Na-

¹⁴ Näher Heiderhoff, Kann ein Kind mehrere Väter haben?, FamRZ 2008, 1901 ff.; Coester-Waltjen, Steuerliche Folgen der Stärkung der Rechte der nichtehelichen Väter, FamRZ 2013, 1693 (1699).

¹⁵ Kritisch Peschel-Gutzeit, Der doppelte Vater – Kritische Überlegungen zum Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters, NJW 2013, 2465; allgemein zu den Entwicklungen auch Coester-Waltjen, FamRZ 2013, 1693 (1698 ff.).

¹⁶ Umfassend zu den „Wertungswidersprüchen“ des Abstammungsrechts Coester-Waltjen, FamRZ 2013, 1693 (1698 ff.).

¹⁷ Andeutend BVerfG NJW 2013, 847 (849, Rn. 52); deutlicher BVerfGE 108, 82 (103).

men nicht zu kennen, so entfällt für den Vater allerdings meist auch diese Option, da er von dem Annahmeverfahren gar nichts erfährt. Dann kommt allenfalls die Aufhebung nach § 1760 V BGB in Betracht.

Die Mutter kann nun eine Art doppelten Trick anwenden. Sie lässt das Kind zunächst von einem Freund anerkennen, der dies aus reiner Gefälligkeit tut und bereit ist, später in die Adoption einzuwilligen. Sodann leitet sie die Adoption durch ihre Lebenspartnerin ein. Dem Familiengericht wird die Einwilligung des rechtlichen Vaters vorgelegt, so dass es die Adoption ohne weiteres ausspricht.

Der BGH hatte kürzlich über einen solchen Fall zu entscheiden. Jedoch war dort der betroffene biologische Vater zu allem Überfluss ein sogenannter Becherspender.¹⁸ Er hatte also seinen Samen in einem Gefäß der Mutter des Kindes zur Verfügung gestellt.

In dem Fall ging es letztlich darum, ob der betroffene biologische Vater die Adoption noch stoppen konnte, indem er seine Einwilligung verweigerte. Dazu müsste er Vaterschaftsprätendent i. S. d. § 1747 I 1 BGB gewesen sein. Die Einwilligung des biologischen Vaters als „Vaterschaftsprätendenten“ ist nach dem Wortlaut der Norm aber nur dann erforderlich, wenn es keinen anderen Vater gibt. Da hier ein anderer Vater vorhanden war, nämlich der Freund der Mutter, der dieser einen bloßen Gefallen tun wollte, konnte der biologische Vater also jedenfalls nur dann darauf hoffen, dass seine Einwilligung erforderlich sein würde, wenn er die Vaterschaft des anderen Mannes noch beseitigen und seine eigene Vaterschaft feststellen lassen konnte. Nur darüber, ob die Möglichkeit der Anfechtung hier bestand, musste der BGH entscheiden. Das Problem war dabei, dass es sich um einen Becherspender handelte. Hätte der biologische Vater der Mutter ganz gewöhnlich „beigewohnt“, so wäre die Anfechtung nach § 1600 I Nr. 2, II, IV BGB ohne weiteres möglich gewesen. Denn es bestand ja zwischen dem rechtlichen Vater, der der Mutter bloß einen „Freundschaftsdienst“ erwies, und dem Kind keine sozial-familiäre Beziehung.

Da der biologische Vater Samenspender war, war die Sache viel schwieriger. Schon der Wortlaut des § 1600 I Nr. 2 BGB ist so formuliert, dass nicht jeder biologische Vater die Vaterschaft anfechten kann, sondern eben nur derjenige, der „der Mutter beigewohnt“ hat. Allgemein wurde daraus bisher abgelesen, der Samenspender solle nicht anfechten können.¹⁹ Und § 1600 V BGB, der zwar nicht für den Samenspender selbst, sondern nur für die

Wunscheltern gilt, scheint der Anfechtung durch einen Samenspender auch eher entgegenzustehen.²⁰

Der BGH hat den Wortlaut des § 1600 I Nr. 2 BGB aber überzeugend ignoriert, und meinte, § 1600 V BGB sei die entscheidende Norm dafür, wann ein Samenspender von der Anfechtung ausgeschlossen sei. Nach der dort formulierten Regelung komme es darauf an, ob es sich um eine durch die Mutter, den Wunschvater und den Samenspender konsenterte heterologe Insemination handele.²¹ Denn nur dann könne aus dem Handeln des Samenspenders, der seinen Samen abgibt, ein konkludenter Verzicht auf die rechtliche Vaterstellung und die Anfechtung geschlossen werden. Man könnte die Abgrenzung vielleicht auch anders ziehen, und sagen, dass jeder Samenspender ausgeschlossen ist, der seinen Samen anonym bei einer Samenbank abgibt. Denn damit erklärt er zum einen den „ernstlichen Verzicht“, den auch der BGH für relevant hält. Es ist dem Samenspender vermutlich gleichgültig, welche Absprachen zwischen den ihm unbekanntem Eltern des Kindes zustande gekommen. Zum anderen passt eine solche Auslegung gut zum Wortlaut der Norm: Mit dem Begriff „Samenspende“ wird üblicherweise die (meist kommerzielle) Spende bei einer Samenbank gemeint.²² Ganz allgemein ist allerdings zu bemerken: Wenn man – wie der BGH und auch die hier vertretene Variante von dessen Ansicht – bei den Rechten des Samenspenders dessen konkludent erklärten Willen bei der Abgabe des Samen für sehr wichtig hält, dann ist es nur ein kleiner Schritt, auch einen im Privaten erklärten Verzicht auf irgendwelche väterliche Rechte für relevant zu halten. Man käme dann sehr schnell zu einer Lösung, bei der der Mann im Moment der Hingabe von Samen darüber entscheiden könnte, ob er Vater werden will oder nicht. Das wäre sicherlich insgesamt ein wenig überzeugendes Modell. Es ist also wichtig, die anonyme Samenbank als Sonderfall zu behandeln.

Ein Abstellen auf die Willensäußerung des Spenders führt übrigens nicht dazu, dass dem Kind durch einseitige Erklärung ganz wesentliche Rechte genommen werden. Denn ausgeschlossen bleibt nur das Recht des Spenders, einen bereits vorhandenen, wenn auch biologisch „falschen“, rechtlichen Vater zu verdrängen. Die Feststellung der Vaterschaft des Spenders bleibt dagegen stets möglich und kann nicht ausgeschlossen werden.²³

¹⁸ BGHZ 197, 242; dazu *Wellenhofer*, Vaterschaftsanfechtung durch den Samenspender, JuS 2013, 1038.

¹⁹ So auch die Gesetzesbegründung, siehe nur BT-Drucks. 15/2253, S. 15, 20; *Brudermüller*, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 1600 Rn. 3; *Bamberger/Roth/Hahn*, 12. Aufl. 2012, § 1600 Rn. 3; *Wellenhofer*, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 1600 Rn. 7, die jeweils allgemein vom Ausschluss des „Samenspenders“ sprechen.

²⁰ BGHZ 197, 242.

²¹ Dazu *Remus/Liebscher*, Wohnst du noch bei oder sorgst du schon mit? – Das Recht des Samenspenders zur Anfechtung der Vaterschaft, NJW 2013, 2558 (2559), die in diesen Fällen von einer „Privatspende“ reden.

²² Wohl noch weiter *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 53 Rn. 15 (alle Samenspender als Beiwohnende).

²³ Nur *Wellenhofer*, Die Samenspende und ihre (späten) Rechtsfolgen, FamRZ 2013, 825 (827).

4. Exkurs: Rechtspolitische Überlegungen zur gleichgeschlechtlichen Elternschaft

Was man an dieser Stelle nicht übersehen sollte, ist die derzeit bestehende radikale Unterscheidung von gleichgeschlechtlichen und heterosexuellen Paarbeziehungen im Abstammungsrecht.²⁴

Wenn ein Ehepaar einen Becherspender bittet, dann ist der Ehemann nach § 1592 Nr. 1 BGB Vater und der Becherspender hat hinterher meist keine Möglichkeit, rechtlicher Vater zu werden. Wenn zwei Lebenspartnerinnen einen Becherspender bitten, dann kann der Becherspender auch gegen den Willen der Mutter nach § 1592 Nr. 3 BGB Vater werden und die Lebenspartnerin hat meist keine Möglichkeit, Mutter zu werden.

Natürlich kann man leicht Gründe für diese Ungleichbehandlung finden. So beruht die im Fall des Ehepaars eingreifende pater-est-Regel auf einer Wahrscheinlichkeitsannahme. Der Ehemann ist häufig der biologische Vater des Kindes der Ehefrau – während man vergleichbares für die Lebenspartnerin nicht behaupten kann.²⁵ Daraus zu schließen, dass die Lebenspartnerin im Grunde nie, der Ehemann jedoch, wenn er dies möchte, immer Vater wird, ist aber noch ein weiter Sprung, der nicht unbedingt überzeugen kann.

Einige Rechtsordnungen versuchen derzeit mit Vorsicht, wenigstens bei lesbischen (Ehe-)Paaren die Partnerin der Mutter bereits mit der Geburt des Kindes zur rechtlichen Mutter des Kindes zu machen.²⁶ Minimalanforderung dafür sind aber entsprechende Erklärungen der Mutter, der Co-Mutter und des Samenspenders.

Für die verpartnerten Väter sind ähnliche Regelungen noch nicht vorgesehen. Ihnen bleibt bisher nur der Weg der Adoption.

5. Reformideen

Für das Kind ist es im Grunde eine wunderbare Situation, wenn gleich zwei Männer sich darum streiten, die Vaterposition innezuhaben. Und wenn zu zwei Müttern der biologische Vater als weiterer Elternteil hinzutreten will, ist das ebenfalls zunächst eine positive Angelegenheit. Das Gesetz ist aber bisher in keiner Weise offen dafür, drei Personen als Eltern vorzusehen. Sollte das geändert werden? Bevor man dies vorschnell bejaht, muss man sich die Folgen näher ansehen:

²⁴ Remus/Liebscher, NJW 2013, 2558 (2560) sehen hier sogar einen Verstoß gegen das Recht auf Gleichbehandlung gem. Art. 3 I GG und auf Nichtdiskriminierung gem. Art. 3 III GG.

²⁵ Einen Gleichheitsverstoß (vorsichtig) verneinend auch Wellenhofer, FamRZ 2013, 825 (830); ebenso für die pater-est-Regel als solche BVerfG FamRZ 2010, 1621 (1622).

²⁶ So Dänemark, dazu Fötschl, Die neue Mitmutterchaft nach dänischem Recht, FamRZ 2013, 1445; Spanien, dazu OLG Celle FamRZ 2011, 1518.

Zunächst üben die Eltern in der Regel gemeinsam die elterliche Sorge aus (näher sogleich IV.). Dazu ist es erforderlich, dass sie bereits sind, einvernehmlich zu entscheiden. Schon für zwei Elternteile ist das nicht immer leicht, vor allem, wenn sie nicht zusammenleben oder gar eine streitige Trennung hinter sich haben. Drei Elternteilen die elterliche Sorge zuzuweisen, wäre sicher nur in den Fällen möglich, in denen alle drei Beteiligten dies wünschen und gut kooperieren können. Man müsste also, wenn man mehr als zwei Elternteile zuließe, für die Sorge differenzierte Regelungen einführen.

Nicht ganz so problematisch ist das Umgangsrecht, also das Recht der Eltern, Kontakt zu dem Kind zu haben. Auch hier muss man aber bedenken, dass es für Kinder schon anstrengend sein kann, wenn sie zwischen zwei Elternteilen hin- und hergereicht werden. Drei Elternteile, die womöglich nicht in der Nähe voneinander wohnen, aber alle regelmäßigen Kontakt mit dem Kind wünschen, können da Leben eines Kindes erheblich belasten. Auch hier müsste daher eine vernünftige, das Kindeswohl berücksichtigende, maßvolle Regelung geschaffen werden.

Zentral ist auch die Frage von Unterhaltspflicht und Unterhaltsrecht. Das Kind hat einen Anspruch auf Unterhalt gegen seine Eltern (§ 1601 BGB). Natürlich wäre es zunächst gut, wenn es sich, anstelle an nur einen Vater, an zwei Väter deswegen wenden könnte. Aber in welchem Verhältnis sollen die Ansprüche zueinander stehen. Wer ist vorrangig verpflichtet? Der biologische Vater als „echter“ Erzeuger? Diese Fragen scheinen allenfalls dann simpel, wenn man sich nicht näher hineindenkt. Die beiden Väter können ja in sehr unterschiedlichen finanziellen Verhältnissen leben. Vielleicht hat der biologische Vater kein Geld, der soziale Vater dagegen ist reich. Auch diese Probleme sind aber sicher nicht unlösbar. Für das Kind belastend können seine Unterhaltspflichten sein. § 1601 BGB begründet nämlich auch eine Unterhaltspflicht des Kindes gegenüber seinen Eltern. Auch hierfür ließen sich aber gewiss Regelungen finden, die eine Überbelastung des Kindes ausschließen würden.

Beim Erbrecht würden sich ebenfalls Veränderungen ergeben. Hier stellt sich vor allem die Frage, wer von dem Kind erbt, falls es vor seinen Elternteilen stirbt. Fragen könnte man aber auch Folgendes: Wenn in einer Familie drei Kinder leben, und davon ein Kind zwei Väter hat, soll dann das Kind mit dem zweiten Vater im Fall des Todes des ersten Vaters trotzdem erbrechtlich seinen Geschwistern vollständig gleich gestellt sein?

Letztlich lassen sich für die zukünftige Rechtsentwicklung viele Lösungen diskutieren. Es erscheint aber vieles dafür zu sprechen, sich von dem Grundsatz zu lösen, dass es höchstens zwei Eltern geben darf. Er spiegelt nicht mehr die Realität vieler Kinder wieder, die in ihrer

eigenen Vorstellung längst zwei Papas oder Mamas haben. In Kalifornien wurde, nach kontroverser Diskussion, gerade im Herbst 2013 die Regelung eingeführt, dass das Gericht drei Eltern bestimmen darf. Eine Sorge- und Umgangsregel, die dem Wohl des Kindes entspricht, muss immer zugleich getroffen werden.²⁷

IV. Rechtsstellung des mit der Mutter nicht verheirateten rechtlichen Vaters

Wenn der Vater mit der Mutter nicht verheiratet ist, können sich weitere rechtliche Schwierigkeiten für ihn ergeben. Insbesondere hat er die elterliche Sorge für das Kind nicht automatisch inne. Das bedeutet, dass die Mutter allein über alle wichtigen Fragen entscheiden darf. Sie bestimmt unter anderem, wie das Kind heißt, wo es lebt, welche Religion es hat, welche medizinische Versorgung es erhält, welche Schule es besucht, sie vertritt das Kind rechtlich und sie verwaltet sein Vermögen. Dem Vater, der nicht die elterliche Sorge hat, steht nur ein Umgangsrecht (§ 1684 BGB) zu. Das bedeutet, dass er einen Anspruch darauf hat, das Kind regelmäßig zu sehen.

Nach § 1626a BGB erwirbt der Vater, der mit der Mutter bei der Geburt des Kindes nicht verheiratet ist, das Sorgerecht erst bei Vorliegen zusätzlicher Voraussetzungen.

1. Rechtslage bis 2010 – Sorgeerklärungen oder Eheschließung

Der Vater kann zum einen nach § 1626a I Nr. 1 BGB mit der Mutter gemeinsam Sorgeerklärungen abgeben. Diese Erklärungen sind darauf gerichtet, dass die Eltern die Sorge gemeinsam ausüben wollen. Er kann alternativ die Mutter heiraten (§ 1626a I Nr. 2). Letzteres passt nur für bestimmte Paare, und sei im Folgenden außer Acht gelassen.

Die Abgabe von Sorgeerklärungen ist im Grunde einfach und günstig, aber die Durchführbarkeit hängt ganz davon ab, dass auch die Mutter zur Abgabe einer Sorgeerklärung bereit ist. Die Sorgeerklärung wurde 1998 eingeführt und sehr bald kam es zu einer Richtervorlage und zu einer Verfassungsbeschwerde, weil viele Väter auch nach Einführung der Norm keine Möglichkeit hatten, die elterliche Sorge zu erreichen. Das BVerfG entschied in einer berühmten Entscheidung aus dem Jahr 2003, dass das „Kindeswohl verlangt, dass das Kind ab seiner Geburt eine Person hat, die für das Kind rechtsverbindlich handeln kann. Angesichts der Unterschiedlichkeit der Lebensverhältnisse, in die nichteheliche Kinder hineingeboren werden, ist es verfassungsgemäß, das nichteheliche Kind bei seiner Geburt sorgerechtlich grundsätzlich der Mutter zuzuordnen.“²⁸ Es führte aber aus, dass die Regelung dann nicht Bestand haben könne,

wenn sich zeige, dass die Mütter den Vätern die Sorge grundlos verweigerten. In der Tat zeigte sich bald, dass nur etwa 50% der Mütter diesen Weg der Sorgeerklärung gingen.²⁹ Nun muss man bedenken, dass bei dieser Zahl nicht etwa alle Fälle berücksichtigt wurden, sondern im Gegenteil nur die Fälle, in denen der Vater für einen längeren Zeitraum mit Mutter und Kind zusammenlebte.³⁰ Somit stand fest, dass Mütter oftmals nicht bereit waren, die Sorge mit dem Vater zu teilen, selbst wenn sie keine konkreten Gründe dafür nennen konnten.³¹

Das BVerfG erklärte die Norm daher konsequenterweise im Jahr 2010 für verfassungswidrig.³²

2. Rechtslage seit 2010 – gemeinsame Sorge durch gerichtliche Entscheidung

Seit der Entscheidung konnten Väter, welche die Sorge mit der Mutter gemeinsam ausüben wollten, einen gerichtlichen Antrag auf Erteilung der gemeinsamen Sorge stellen. Erst 2013 trat dann die gesetzliche Neuregelung in Kraft, die ein Verfahren für diese Fälle vorsieht (§ 1626 a I Nr. 3, II BGB). Die Regelung ist sicherlich ein Schritt zu mehr Rechten für den Vater, aber man muss sie kritisch sehen.³³ Denn es ist eine völlig paradoxe Situation, dass der Vater, wenn er *gemeinsam* mit der Mutter die Sorge für das Kind ausüben will, zunächst gegen diese ein Gerichtsverfahren anstrengen muss. Ein besonders entschlossener Vater wird das Verfahren sicherlich gleich durchführen wollen, wenn das Kind neugeboren ist. Dann wird das Verfahren eine besonders große Belastung für die Mutter darstellen. Der Konflikt kann leicht so heftig werden, dass an eine gemeinsame Sorge gar nicht mehr zu denken ist. Man kann sich umgekehrt aber auch vorstellen, dass viele Väter davor zurückschrecken werden, die Mutter solchermaßen unter Druck zu setzen. Diese Väter erhalten dann aber ebenfalls nicht die gemeinsame Sorge, was für das Kind vielleicht besonders bedauerlich ist. Immerhin bleibt ein erheblicher positiver Effekt der Neuregelung: Allein dadurch, dass der Vater nun prinzipiell ein gerichtlich durchsetzbares Recht auf die gemeinsame Sorge mit der Mutter hat, wird die Zahl der „freiwilligen“ Sorgeerklärungen enorm ansteigen.

Besser wäre es aber, die gemeinsame Sorge der Eltern von Gesetzes wegen vorzusehen. Man könnte etwa verlangen,

²⁹ Bundesamt für Statistik, zitiert nach BVerfGE 127, 132 (140 f.).

³⁰ Wie schwierig und unzuverlässig die Ermittlung der Zahlen war, wird näher erläutert in: *Jurczyk/Walper*, Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern – Endbericht 11/2010, S. 50.

³¹ A. a. O.

³² BVerfGE 127, 132 = JZ 2010, 1004; auch EGMR FamRZ 2010, 103 (Zaunegger).

³³ *Heiderhoff*, Gemeinsame Sorge unverheirateter Eltern – wird endlich alles gut?, JZ 2013, 82; *Heilmann*, Die Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern – Das Ende eines Irrwegs?, NJW 2013, 1473; positiver und mit näheren Ausführungen *Huber/Antomo*, Zum Inkrafttreten der Neuregelung der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, FamRZ 2013, 665.

²⁷ Abrufbar unter: http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB274 (06.01.2014).

²⁸ BVerfGE 107, 150 (Leitsatz 1).

dass der Vater einseitig eine Erklärung abgibt, dass er die Sorge mit übernehmen möchte.³⁴ So würde man uninteressierte Väter ausschließen, alle anderen aber in die Verantwortung einbinden. Dann wären zwar die Väter in einer sehr günstigen Position, weil sie, anders als Mütter, selbst entscheiden könnten, ob sie die Sorge für ein Kind übernehmen möchten oder nicht³⁵ – aber es wäre zugleich der auch für das Kind günstige Effekt erreicht, dass jeder interessierte Vater die Verantwortung für sein Kind erhalte.

V. Rechtsstellung des nur biologischen Vaters

Es wurde bereits wiederholt angesprochen, dass der nur biologische Vater sehr eingeschränkte Rechte hat. Aber seit dem 5. Juli 2013 hat sich die Rechtslage doch entscheidend geändert. Nach § 1686a BGB hat der nur biologische Vater nun ein Umgangs- und Auskunftsrecht.³⁶ Zwar ist dieses Recht sehr eng gefasst. Umgang darf er nur haben, wenn dies dem Kindeswohl *dient*. Auskunft erhält er immerhin, wenn es dem Kindeswohl *nicht widerspricht*.³⁷ Aber es wurde bereits angesprochen, dass darin eine Art Durchbruch liegen könnte. Das gilt zum einen, weil erstmals die Stellung als nur biologischer Vater als solche bereits eigene Rechte mit sich bringt.

Zum anderen muss nach § 167a II FamFG im Rahmen des gerichtlichen Streits über den Umgang des Mannes, der an Eides statt versichert, biologischer Vater zu sein, auch das Kind eine Genprobe abgeben, damit die Vaterschaft geklärt werden kann. Bisher hatte der biologische keine Möglichkeit, das zu erzwingen, solange es einen sozialen Vater gab (vgl. die Ausführungen zu § 1600 I Nr. 2 BGB).

VI. Besonderheiten beim Samenspender

Zum Abschluss sei noch kurz darauf hingewiesen, dass es auch bei den „echten“ Samenspendern zuletzt einige neue rechtliche Entwicklungen gab. So ist das Recht des Kindes, seine genetische Abstammung zu erfahren, vom OLG Hamm bejaht worden. Es meinte, dieses Recht könne im Rahmen einer Abwägung höher zu bewerten sein, als das Interesse des Samenspenders an seiner Anonymität.³⁸ Da das Kind danach die rechtliche Vaterschaft anfechten und den biologischen Vater als rechtlichen Vater feststellen lassen kann, hat dies weitreichende Folgen.³⁹

³⁴ Näher Heiderhoff, JZ 2013, 82 ff.

³⁵ Coester, Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern, FamRZ 2012, 1337 (1342f.) stellt darauf ab, dass das Elternrecht ein „Pflichtrecht“ ist und verweist dabei auf BVerfGE 24, 119 (144). Zudem wäre wegen des Kindeswohls und den tatsächlichen Gegebenheiten (Väter sind in der Regel sororgeeignet) eine grundsätzliche gemeinsame Sorge vorzugswürdig.

³⁶ Kritisch dazu Peschel-Gutzeit, NJW 2013, 2465 ff.

³⁷ Dazu ausführlich Hoffmann, FamRZ 2013, 1077 ff.

³⁸ OLG Hamm NJW 2013, 1167; dazu Kingreen, FamRZ 2013, 641.

³⁹ Näher dazu Wellenhofer, FamRZ 2013, 825 ff. Für das Kind gelten

VII. Schluss

Zusammenfassend lässt sich beobachten, dass der Gesetzgeber bei der Gestaltung des Familienrechts mit den gesellschaftlichen Entwicklungen nicht vollständig Schritt hält.⁴⁰ Wenn es doch einmal grundlegend reformiert werden sollte, stellen sich allerdings erhebliche Schwierigkeiten, so dass die Zurückhaltung des Gesetzgebers nicht ganz unverständlich ist.

Hier sei zum Schluss noch über die Einzelprobleme hinausgeblickt und eine ganz generelle Frage aufgegriffen: Welche Rechtsgrundsätze wären eigentlich am wichtigsten, wenn das Sorgerecht und das Abstammungsrecht neu gestaltet würden?

Im Sorgerecht sind dabei die Parameter einfacher, denn es ist allgemein anerkannt, dass das Kindeswohl an erster Stelle stehen muss, wozu die Nichtdiskriminierung von nichtehelichen Kindern ohne weiteres gehört. Nur soweit dies gewahrt ist, treten andere Ziele, wie eben die Verwirklichung der Rechte der nichtehelichen Väter hinzu.

Im Abstammungsrecht sind dagegen die Leitgedanken offen. Meist wird daran festgehalten, dass es eine gewisse Statussicherheit geben solle.⁴¹ Das Kind soll also Gewissheit darüber haben, wer sein Vater ist – und nach gewissen Fristen hat diese Vaterschaft auch Bestand. Aber wer den Status des Vaters erhalten soll, ist fraglich.

Soll *die Biologie* allein ausschlaggebend sein? Dann würde für Väter gewissermaßen das Gleiche gelten wie für Mütter (§ 1591 BGB), zumindest solange man an den Normalfall denkt, dass eine Frau ein aus ihrer eigenen Eizelle entstandenes Kind austrägt.⁴² Allerdings müsste, um die biologische Abstammung zu sichern, bei der Geburt des Kindes ein Abstammungstest durchgeführt werden, was schon recht technokratisch erscheint. Außerdem würde ein solches Abstellen auf die Biologie mit sich bringen, dass manche Kinder ganz ungeeignete und desinteressierte Väter erhielten, obwohl mit dem Ehemann oder Partner der Mutter vielleicht ein interessierter, verlässlicher Mann bereit stünde, die Vaterrolle auszuüben. Schließlich wäre das heute verbreitete, von vielen Paaren genutzte Konzept der konsentierten heterologen Insemination mit diesem Modell nicht vereinbar sein. Es müssten also Ausnahmen für diese Fälle vorgesehen werden. Dann aber fragt sich

bestimmte Ausnahmen von der Zwei-Jahres-Frist.

⁴⁰ Hart aber zutreffend Coester-Waltjen, FamRZ 2013, 1693 (1699), die meint, das Familienbild (des Gesetzes) entspreche „weder der Realität noch den Idealvorstellungen von Familie“.

⁴¹ So z. B. BGH FamRZ 2013, 944 (945).

⁴² Das Einsetzen fremder (unbefruchteter oder befruchteter) Eizellen ist in Deutschland nach § 1 EmbryonenschutzG verboten. Zur rechtlichen Behandlung von Eispende und Ersatzmutterchaft im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen Helms, in: Röthel/Löhnig/Helms, Ehe, Familie, Abstammung – Blicke in die Zukunft, 2010, S. 49 (64 ff.).

schon wieder, warum es in manchen Konstellationen auf den Willen den Eltern ankommen kann, in anderen, wie bei der oben erwähnten Becherspende, dagegen nicht.

Soll dann *Autonomie* der (Wunsch-)Eltern gelten? Uningeschränkte Autonomie ist natürlich vollkommen ausgeschlossen. Aber wie man wieder am Beispiel der Samenspende sehen kann, gibt es schon jetzt ein Element der Autonomie, dass sicherlich noch verstärkt werden könnte. Hinzu treten müssen neben der Sicherheit für das Kind, dass es in jedem Fall einen Vater erhalten soll, aber auch Gleichheitserwartungen.⁴³

⁴³ Dazu *Remus/Liebscher*, NJW 2013, 2558 (2560f.).

Schließlich sollte wohl das *Kindeswohl* mehr Bedeutung für die Abstammung erhalten.⁴⁴ Auch hierbei stellen sich aber Probleme. Es kann nämlich nicht sein, dass der Staat die Möglichkeit bekommt, unter zwei oder mehr Anwärtern auf die Vaterstellung denjenigen auszusuchen, der konkret die besseren Perspektiven für das Kind bietet – etwa der wohlhabendere oder besser ausgebildete Mann. Vielmehr müssen die Überlegungen abstrakt bleiben.

⁴⁴ So auch *Coester*, FamRZ 2012, 1337 (1343); *Coester-Waltjen*, FamRZ 2013, 1693 (1699).

Anna-Sophie Klimke*

Klausur im Kreditsicherungsrecht: Bürgschaft und Schuldbeitritt

Die Klausur aus dem Bereich des Kreditsicherungsrechts behandelt klassische Probleme der Personalsicherheiten. Dazu gehören namentlich die Abgrenzung von Bürgschaft und Schuldbeitritt sowie die Wirksamkeitsvoraussetzungen der entsprechenden Ansprüche und etwaige bestehende Einreden. Daneben werden auch Fragen des Allgemeinen Teils des BGB und des Besonderen Schuldrechts angesprochen.

Sachverhalt

Kaufmann K ist mit B sehr gut befreundet. B ist Allein-Gesellschafter-Geschäftsführer der C-GmbH. Im Mai 2010 bittet B den K darum, der C-GmbH für ein Investitionsvorhaben unbefristet ein tilgungsfreies Darlehen über 1 Mio. € zu gewähren. K ist aus Freundschaft hierzu bereit, möchte aber gerne Sicherheiten haben. Hierauf kommt er bei einem Abendessen in einem Restaurant zu sprechen, zu dem ihn B und dessen Ehefrau E anlässlich des Geburtstages des B am 10.5.2010 eingeladen hat. Sowohl B als auch E erklären, dass sie selbstverständlich für die Rückzahlung des Darlehensbetrages nebst marktüblicher Zinsen einstehen und der Aufforderung zur Rückzahlung unverzüglich nachkommen würden. Drauf hin überweist K 1 Mio. € auf das Konto der C-GmbH. Im

Juni 2013 hat es mit der Freundschaft zwischen K und B sein Ende, nachdem B herausgefunden hat, dass K ein Verhältnis mit E hat. E beendet daraufhin das Verhältnis mit K. Im Hinblick auf das zerstörte Vertrauensverhältnis verlangt K daraufhin von B und E, die mündliche erteilte Zusage schriftlich zu bestätigen. Diesem Verlangen kommt jedoch nur die E nach.

Anfang Oktober verlangt K die sofortige Rückzahlung des Darlehens nebst Zinsen von der C-GmbH. Diese befindet sich zur Zeit in einer wirtschaftlichen Schieflage und ist deshalb nicht zur Rückzahlung des Darlehens in der Lage. Da keine Besserung in naher Zukunft zu erwarten ist, entschließt sich K am 1.11.2013 dazu, sowohl B als auch E auf Zahlung in Höhe des rückständigen Betrages in Höhe von 1 Mio. € nebst marktüblicher Zinsen in Anspruch zu nehmen.

B und E wenden gegen ihre Inanspruchnahme ein, die mündlich getroffene Abrede sei unwirksam. K ist der Ansicht, dass dieser Umstand angesichts der Allein-Gesellschafter-Geschäftsführer-Stellung des B keine Rolle spiele. Jedenfalls sei durch die Auszahlung des Darlehens an die C-GmbH und die schriftliche Bestätigung der Zusage Heilung eingetreten. Im Übrigen sei die Berufung auf die fehlende Form treuwidrig. B und E könnten sich auch nicht auf die Einrede der Vorausklage berufen, da die Zusicherung nicht als Bürgschaft, sondern als Schuldbeitritt zu qualifizieren sei. Zudem hätten B und E die sofortige Rückzahlung im Falle der Aufforderung zur Zahlung versprochen, so dass selbst unter Zugrun-

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Wintersemester 2013/2014 in der Vorlesung „Sachenrecht II“ von Prof. Dr. Robert Koch, LL.M. (McGill) an der Fakultät für Rechtswissenschaften der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Bearbeitung der Autorin wurde mit „gut“ bewertet.