

lität prüft der BGH sodann, ob diese Handlung den Erfolg verhindert hätte. Dies verneint der BGH, da ein von D eingeschalteter Richter die Fortdauer der Ingewahrsamnahme mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit angeordnet hätte. Der Freiheitsentzug wäre also auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten des D nicht entfallen, sein Unterlassen war folglich nicht kausal für den Erfolg. Durch die Figur der „hypothetischen Richteranordnung“ zieht der BGH im Ergebnis die Ebenen von objektivem Tatbestand und Rechtswidrigkeit zu einem Gesamt-Unrechtstatbestand zusammen und überträgt die Erwägungen des rechtmäßigen Alternativverhaltens auf die Rechtswidrigkeitsebene.<sup>4</sup>

Ungeachtet dieser komplexen dogmatischen Konstruktion, begegnet die Lösung des BGH auch erheblichen kriminalpolitischen Bedenken. Bei einer hoheitlichen Freiheitsentziehung – als dem intensivsten Eingriff in das in Art. 2 II GG geschützte Grundrecht auf Freiheit – bewirkt sie eine erhebliche Schwächung des durch Art. 104II GG verfassungsrechtlich gebotenen Richtervorbehalts. Polizeibeamte können sich danach bei Ver-

<sup>4</sup> Eine ähnliche dogmatische Konstruktion, bei der ebenfalls die Konzeption der objektiven Zurechnung des Erfolges auf die Ebene der Rechtswidrigkeit übertragen wird, findet sich bei der Figur der „hypothetischen Einwilligung“, die bei ärztlichen Heileingriffen im Rahmen des § 223 StGB diskutiert wird; vgl. *Kuhlen*, Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen, JR 2004, 227; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 119 ff. Zu Begriff, Funktion und Abgrenzung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit sowie der Frage eines zwei- oder dreistufigen Verbrechenaufbaus, vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 116 ff.; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, § 7 Rn. 4 ff. und § 10 Rn. 3 ff.

stoß gegen den Richtervorbehalt zwar theoretisch der Freiheitsberaubung strafbar machen. In der Praxis wird man jedoch – unter Berücksichtigung von *in dubio pro reo* – nur in seltenen Ausnahmefällen zu dem Ergebnis kommen, dass ein Richter die Anordnung des Gewahrsams verweigert hätte. Die Lösung des BGH überrascht um so mehr, als er selbst betont, dass es sich beim Richtervorbehalt nicht nur um eine rein formale Voraussetzung der Gewährung richterlichen Gehörs handelt, sondern dessen Sinn und Zweck auch darin besteht, dass sich eine unabhängige Instanz vom konkret-gegenwärtigen Zustand der betroffenen Person überzeugt.<sup>5</sup> Dieser Aspekt kann durch hypothetische *ex post* Erwägungen nicht neutralisiert werden. Berücksichtigt man zudem die jüngere Rspr. des BVerfG, wonach alle staatlichen Organe verpflichtet sind, dafür Sorge zu tragen, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird,<sup>6</sup> wird man entgegen der Auffassung des BGH zu dem Ergebnis kommen müssen, dass der Richtervorbehalt bei hoheitlichem Freiheitsentzug – zumindest bei bewusster Missachtung oder, wie vorliegend, grober Verkenning des Richtervorbehalts – hypothetischen Erwägungen nicht zugänglich ist.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Unter Verweis auf BVerfG NJW 2007, 3560.

<sup>6</sup> Grundlegend BVerfGE 103, 142 (zu Art. 13 II GG); vgl. auch BVerfGE 105, 239 (zu Art. 104 II GG).

<sup>7</sup> Vgl. hierzu auch *Schluckebier*, in: Leipziger Kommentar-StGB, 12. Aufl. 2015, § 239 Rn. 23 f., 27. Im Strafprozessrecht wird der „hypothetische Ersatzeingriff“ im Zusammenhang mit den Beweisverboten diskutiert: Können unter Verstoß gegen den Richtervorbehalt (z. B. aus Art. 13 II GG bei Durchsuchungen), also rechtswidrig erlangte Beweismittel im Verfahren verwertet werden? Vgl. hierzu *Rogall*, Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozess, NStZ 1988, 385 m. w. N.

Ulrike Lembke\*

## Zum Auskunftsanspruch des Scheinvaters über Sexualpartner der Mutter

**Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG** Zu Notwendigkeit und Voraussetzungen einer gesetzlichen Grundlage für einen Auskunftsanspruch des Scheinvaters gegen die Mutter auf Nennung ihrer Sexualpartner.

1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt mit der Intimsphäre auch das Recht, selbst zu entscheiden, ob, wie und wem gegenüber Informationen über das eigene Sexualleben inklusive bestimmter Sexualpartner/innen offenbart werden.

2. Die gerichtliche Entscheidung, auf Grundlage von § 1353 I i. V. m. § 242 BGB eine Mutter zu verpflichten, dem Scheinvater zur Durchsetzung seines Unterhalts-Regressanspruches Auskunft über die Person

des mutmaßlichen Vaters des Kindes zu geben, überschreitet die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung.

BVerfG, Beschluss vom 24.02.2015, Az. 1 BvR 472/14.

### Die angegriffenen Gerichtsentscheidungen

Das Amtsgericht Bad Segeberg und das Schleswig-Holsteinische OLG hatten entschieden, dass der vormalig rechtliche, aber nicht biologische Vater eines Kindes (sog.

Scheinvater) nach erfolgreicher Vaterschaftsanfechtung gegen die Mutter des Kindes einen Anspruch aus § 242 BGB auf Auskunft über die Person des mutmaßlichen biologischen Vaters habe, damit er seinen Unterhaltsregressanspruch aus § 1607 III BGB gegen letzteren durchsetzen könne.<sup>1</sup>

## Die Gesetzeslage

Rechtlicher Vater eines Kindes wird ein Mann nach § 1592 BGB, wenn er mit der Mutter verheiratet ist, die Vaterschaft anerkannt hat oder seine Vaterschaft gerichtlich festgestellt wurde. Die rechtliche Vaterschaft setzt die biologische nicht voraus; im Konfliktfall war sie vielmehr lange Zeit vorrangig. Hatte ein Kind einen gesetzlichen Vater (meist der Ehemann der Mutter), galt der nur-biologische Vater als mit dem Kind nicht verwandt und hatte auch keinerlei Rechte.<sup>2</sup> Mit veränderten gesellschaftlichen Diskursen über die Bedeutung genetischer Verwandtschaft, der Entwicklung von Vaterschaftstests zum preisgünstigen Massenverfahren, dem Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung und dem Aufstieg des biologischen Vaters in der Rechtsprechung des EGMR entstand auch Änderungsbedarf für die deutsche Rechtslage.<sup>3</sup>

Die Rechte des biologischen Vaters erfuhren eine erhebliche Stärkung.<sup>4</sup> Die Regelungen über die Anfechtung der Vaterschaft in §§ 1600 ff. BGB wurden mehrfach geändert.<sup>5</sup> Der rechtliche Vater nach § 1592 Nr. 1 oder 2 BGB (durch Ehe oder Anerkennung) ist gemäß §§ 1600 I Nr. 1, 1600b BGB berechtigt, seine Vaterschaft innerhalb von zwei Jahren nach Kenntniserlangung von Umständen, welche Zweifel an seiner Vaterschaft begründen, anzufechten. Ist die Vaterschaftsanfechtung erfolgreich, kann der sog. Scheinvater nun gemäß § 1607 III S. 2 BGB den mutmaßlichen biologischen Vater auf Erstattung des dem Kind geleisteten Unterhalts verklagen („Scheinvaterregress“). Nicht nur mit Blick auf das Kindeswohl erscheint

der dadurch entstehende erhebliche finanzielle Anreiz für eine Anfechtung der Vaterschaft mehr als fragwürdig.<sup>6</sup>

Da dem sog. Scheinvater der biologische Vater oft nicht bekannt ist, sprachen ihm die Zivilgerichte bisher grundsätzlich einen Auskunftsanspruch gegen die Mutter aus § 242 BGB zu, der auch durch Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden konnte.<sup>7</sup> Dabei sollte es sich um eine Ausprägung des allgemeinen Auskunftsanspruchs nach § 242 BGB handeln, der bei Streitigkeiten über Rechtsverhältnisse besteht, in denen die anspruchsberechtigte Person in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang ihres Rechts im Ungewissen ist, und die anspruchspflichtige Person unschwer die zur Beseitigung dieser Ungewissheit erforderlichen Auskünfte erteilen kann. Eine explizite gesetzliche Regelung über diesen Auskunftsanspruch des sog. Scheinvaters existiert nicht.

## Grundrechtlicher Intimitätsschutz und Zivilgerichtsbarkeit

Interessant an der Entscheidung des BVerfG ist zum einen der souveräne Umgang mit der Thematik sexueller Interaktion, auch wenn die verwendete Begrifflichkeit „geschlechtlicher Beziehungen“ etwas veraltet anmutet. Trotz der weiterhin erheblichen Bedeutung rechtlicher Regelungen für (einverständliche) sexuelle Interaktionen<sup>8</sup> ist die Rechtsprechung des BVerfG zur sexuellen Selbstbestimmung jenseits strafrechtlich zu verwirklichender Schutzpflichten recht spärlich. Nun aber stärkt es seine früheren, eher beiläufigen Überlegungen zum Schutz vor der Kenntniserlangung Anderer im Interesse sexueller Entfaltung<sup>9</sup> und stellt fest: „Für die meisten Menschen dürfte es wenige Vorgänge von größerer Intimität geben, deren Geheimhaltung ihnen um ihrer persönlichen Integrität willen wichtiger wäre als ihre geschlechtlichen Beziehungen.“<sup>10</sup>

Den Zivilgerichten wirft das BVerfG vor, diese erhebliche Bedeutung verkannt zu haben. Das ist insofern etwas ungerecht, als die verfassungsgerichtliche Entscheidung zur Vaterschaftsfeststellung<sup>11</sup> dem Recht der Mutter, selbst darüber zu befinden, ob, in welcher Form und wem sie Einblick in ihre Intimsphäre und ihr Geschlechtsleben gibt, gegenüber dem Recht des gesetzlichen Vaters zu erfahren, ob es sich wirklich um ein genetisch von ihm

\* Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Universität Hamburg.

<sup>1</sup> OLG SH vom 28.01.2014, Az. 15 UF 165/13; AG Bad Segeberg vom 27.09.2013, Az. 13a F 40/13.

<sup>2</sup> Zu den diesbezüglichen Diskussionen bei der Konzeption des Grundgesetzes vgl. *Wapler*, Familie und Familienschutz im Wandel, in: *Rechtswissenschaft 1/2014*, S. 57 (57 ff.).

<sup>3</sup> Ausf. *Lembke*, Was darf der Staat? Insbesondere zur Bedeutung des Grundgesetzes für das Abstammungsrecht, in: *Anne Röthel/Bettina Heiderhoff* (Hg.), *Regelungsaufgabe Vaterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?*, 2014, S. 37–71.

<sup>4</sup> Vorläufiger Schlusspunkt war das Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters vom 04.07.2013, BGBl. I, S. 2176; vorhergehend EGMR vom 11.12.2012, Nr. 11858/10; EGMR vom 22.03.2012, Nr. 23338/09; EGMR vom 15.09.2011, Nr. 17080/07; EGMR vom 21.12.2010, Nr. 20578/07; BVerfGE 127, 132–165; BVerfGK 18, 274–283; BVerfG vom 29.11.2005, Az. 1 BvR 1444/01. Erst mit BVerfGE 92, 158–190, Rn. 61–65, war der nur-biologische Vater in den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG einbezogen worden.

<sup>5</sup> Dazu BVerfG FamRZ 2014, 449 ff.; BVerfG FamRZ 2014, 191 ff.; BVerfGE 117, 202–244. Ferner *Schenkel*, Die Reduzierung des Konfliktpotentials in der Vaterschaftsanfechtung, 2012, S. 93 ff., m. w. N.

<sup>6</sup> Sehr kritisch auch *Heiderhoff*, Die Vaterschaftsklärung und ihre Folgen – von der Vaterschaftsanfechtung zur Vaterschaftsbeendigung, FamRZ 2010, S. 8 (9 f.).

<sup>7</sup> Zuletzt BGH FamRZ 2014, 1440 ff.; BGHZ 196, 207 ff.; BGHZ 191, 259 ff.

<sup>8</sup> Vgl. dazu die Beiträge in: *Lembke* (Hg.), *Regulierungen des Intimen*, erscheint 2015.

<sup>9</sup> BVerfGE 101, 361, 382 – *Caroline von Monaco II*.

<sup>10</sup> BVerfG vom 24.02.2015, Az. 1 BvR 472/14, Rn. 28.

<sup>11</sup> BVerfGE 117, 202–244.

abstammendes Kind handele, ausgesprochen wenig Bedeutung beimaß.<sup>12</sup> Nun aber stellt das BVerfG die Abwägung zwischen der Intimsphäre der Mutter und den finanziellen Interessen des sog. Scheinvaters in den Mittelpunkt seiner Überlegungen und befindet, dass letztere nur überwiegen könnten, wenn ein früheres schädigenes Verhalten der Mutter gegenüber dem sog. Scheinvater vorliegt.

Von der Zivilgerichtsbarkeit verlangt das BVerfG eine entsprechend differenzierte Abwägung im Einzelfall. Die Sentenz von den Generalklauseln als Einfallstore für die Grundrechte im Privatrecht wird mit Leben gefüllt. Geradezu überschwänglich lobt das BVerfG die durch Generalklauseln eröffneten Möglichkeiten der Zivilgerichte zur Effektivierung der grundrechtlichen Schutzgebote, welche die gesetzgeberischen Möglichkeiten weit übersteigen würden, und lässt unschwer erkennen, dass es sich hierbei um Pflichten handelt. Angesichts der verbreiteten Konzeption des Zivilrechts als Regelung der Beziehungen zwischen Privaten hätte es sich ggf. angeboten, die Bedeutung der Zivilgerichte als staatliche Institutionen, welche zur Verwirklichung der Grundrechte verpflichtet sind, aber auch hoheitliche Eingriffe in diese vornehmen können, sowie die daraus folgende Notwendigkeit gesetzlicher Grundlagen für solche Eingriffe zu betonen, wie der letzte Abschnitt der Entscheidung zeigt.

### Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung?

Obwohl der Erfolg der Verfassungsbeschwerde schon gesichert war, nachdem das BVerfG festgestellt hat, dass die Zivilgerichte die Bedeutung der Grundrechte der Beschwerdeführerin nicht hinreichend berücksichtigt haben, lässt es seine Entscheidung und deren weiterreichende Wirkungen letztlich darauf beruhen, dass für einen Auskunftsanspruch des sog. Scheinvaters die notwendige gesetzliche Grundlage fehlt.

Im Gegensatz zum allgemeinen Auskunftsanspruch komme eine Herleitung des Anspruchs des sog. Scheinvaters aus § 242 BGB im Wege richterlicher Rechtsfortbildung nicht in Betracht. Dieses Ergebnis ist sicher richtig, der Weg dorthin allerdings primär verwirrend. Angesichts des vom BVerfG betonten schwer wiegenden Eingriffs in die Intimsphäre als Kernbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts hätte die geeignete Leserin nun Ausführungen zu Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeitstheorie erwartet, welche das Urteil auch wesentlich verkürzt hätten. Streitentscheidend war nämlich nicht die Frage nach Voraussetzungen und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung,<sup>13</sup> sondern die Frage, ob als

gesetzliche Grundlage des Eingriffs in die Intimsphäre § 242 BGB genügt oder ein spezielleres Gesetz notwendig ist; es ging also primär um den Gesetzgeber, nicht die Gerichte. Davon lenken allgemeine Überlegungen zur Rechtsfortbildung genauso ab wie langatmige Ausführungen zu widerstreitenden Interessen im Privatrecht.

Die vom BVerfG gewählte Argumentation vom Anspruch statt vom Eingriff her mag auf eine erhöhte Zugänglichkeit dieser Entscheidung für Zivilgerichte abzielen, ist aber mit methodischen Unklarheiten und einer kaum erklärlichen Fokussierung auf die (finanziellen) Interessen des sog. Scheinvaters erkaufte, während der grundrechtliche Intimitätsschutz der Mutter zum gegenläufigen Interesse wird, dessen Bedeutung immer wieder betont werden muss. Im Rahmen der vorliegenden Verfassungsbeschwerde hätte sich eine umgekehrte Konzeptionierung mehr als angeboten. Überdies lassen die abschließenden Worte an den Gesetzgeber, mit denen das BVerfG auf die hohen Hürden der Einführung eines gesetzlichen Auskunftsanspruchs hinweist, vermuten, dass es letztlich um die Korrektur einer aus verfassungsgerechter Sicht als kritikwürdig angesehenen Entwicklung der Gesetzeslage<sup>14</sup> geht. Das auszusprechen, ist das BVerfG sonst auch nicht schüchtern.

Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, genannt, der sich auf 250 Seiten schon nicht festlegen will, ob es um Lückenschließung, Rechtswandel, Konkretisierung, Normkorrektur oder generelle Regelungen gehen soll. Die erheblichen Vorteile eines kompetenzorientierten Ansatzes entfaltet dagegen instruktiv *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004.

<sup>14</sup> Dazu passt auch, dass das BVerfG ausdrücklich darauf hinweist, dass der Gesetzgeber zu einer solchen Regelung weder durch Grundrechte des sog. Scheinvaters noch einen europäischen Konsens angehalten sei. Der Unterstellung, der Gesetzgeber habe den Auskunftsanspruch des sog. Scheinvaters absichtlich nicht geregelt, mangelt es allerdings an Plausibilität.

<sup>12</sup> Besonders bedenklich war die Begründung, sie habe ihm doch schon Zugang zu ihrer Intimsphäre eröffnet und ihn an ihrem Geschlechtsleben teilhaben lassen.

<sup>13</sup> Exemplarisch für die methodologischen Probleme sei *Wank*,