

Abstammung

Dogmatik einer normativen Kategorie

Dissertation

Zur Erlangen der Doktorwürde

der Fakultät für Rechtswissenschaft

der Universität Regensburg

vorgelegt von

Andreas Gietl

Stand: 26. Dezember 2013

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Martin Löhnig
Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Anatol Dutta, M. Jur (Oxford)

Tag der mündlichen Prüfung: 23.7.2014

A)	Einleitung.....	1
I	Das Thema.....	1
II	Forschungsstand.....	1
III	Forschungsdefizite.....	4
IV	Forschungsfragen.....	5
V	Begriffe.....	6
VI	Methode.....	6
1)	Probleme aufgrund der Gesetzesgenese.....	6
2)	Verhältnis von Verfahrensrecht und materiellem Recht.....	9
B)	Methodische Grundfragen.....	10
I	Geschichtliche Entwicklung der teleologischen Auslegung.....	10
II	Gesetzgeberischer Wille als Primat der Auslegung.....	11
III	Bedeutung für die Rechtswissenschaft.....	13
IV	Verfassungsrechtliche Vorgaben für eine rechtswissenschaftliche Methode.....	13
V	Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	14
1)	„Subjektive“ Rechtsprechung des BVerfG.....	14
2)	„Objektive“ Rechtsprechung des BVerfG.....	17
3)	Unterscheidung von Gesetzesauslegung und Ermessenanwendung in der Rechtsprechung des BVerfG.....	20
4)	Fazit.....	21
VI	Die obersten Gerichtshöfe für Zivilsachen.....	21
VII	Stellungnahme zur Rechtsprechung.....	22
VIII	Stellungnahme zu den Methoden insgesamt.....	23
1)	Kommunikationstheoretische Sicht.....	23
2)	Logische Probleme einer objektiv-teleologischen Methode.....	24
3)	Vorrangregel.....	25
4)	Der Wille des Gesetzgebers.....	25
(a)	Der Gesetzgeber.....	25

(b)	Der Wille.....	26
5)	Besondere Probleme der Methode in der vorliegenden Arbeit	27
(a)	Schichtenproblematik.....	27
(b)	Wille des vorkonstitutionellen Gesetzgebers.....	29
(aa)	Verfassungskonforme Auslegung.....	29
(bb)	Einfachrechtliche Auslegung	30
(c)	Anerkennung eines Funktionswandels?.....	31
6)	Folgen aus dieser Methodenwahl	31
IX	Fazit	33
C)	Verwandtschaft und Abstammung im materiellen Recht.....	33
I	Einleitung.....	33
II	Mutterschaft.....	36
1)	Begründung von Mutterschaft	36
(a)	Überblick zur Entstehung des § 1591 BGB	37
(b)	Einordnung des § 1591 BGB	38
(c)	Mutterschaft im BGB 1900.....	39
(aa)	Die Motive	39
(bb)	Diskussion in der Literatur zu Beginn des 20. Jahrhunderts	40
(d)	Die Diskussion um die artifizielle Befruchtung.....	42
(aa)	Leihmutterschaft ohne Eizellentransfer mit Samenspende	42
(bb)	Leihmutterschaft mit Eizellentransfer.....	43
(cc)	Grundlagen der Diskussion.....	43
(dd)	Keine Diskussion des § 1589 BGB.....	44
(aaa)	die h.M.: Geburtsmutterschaft	44
(bbb)	Genetische Mutterschaft.....	45

(ccc) Doppelte Mutterschaft.....	45
(ee) Lösungen unter Diskussion des § 1589 BGB.....	46
(aaa) Neutralität des § 1589 BGB.....	46
(bbb) Genetische Mutterschaft.....	47
(ccc) Doppelmutterschaft.....	47
(ff) Stellungnahme.....	48
(aaa) Neutralität des § 1589 BGB.....	48
(bbb) Mutterschaft kraft § 1589 BGB?.....	50
i. § 1589 BGB als Norm zur Begründung von Abstammung.....	50
[1]. Genetische Verwandtschaft als absolute Geltungsanordnung des § 1589 BGB?	
51	
[a]. Motive.....	52
[b]. Literatur Anfang des 20. Jahrhunderts.....	53
[c]. Entwicklung eines eigenständigen Rechtsbegriffs „blutsmäßige Abstammung“.....	54
[d]. Die Abstammungsfeststellungsklage des RG beim unehelichen Kind.....	56
[a]. Die Abstammungsfeststellungsklage des RG beim ehelichen Kind.....	57
[b]. Fazit zur Abstammungsfeststellungsklage des RG.....	59
[c]. Diskussion in der BRD.....	59
[2]. Regelungsbedürfnis am Anfang des 20. Jahrhunderts?.....	60
[3]. Fazit.....	60
(gg) Fazit zur Mutterschaft vor dem KindRG.....	61
(e) Die Diskussion um § 1591 BGB.....	62
(aa) Normtheoretische Einordnung.....	62

(aaa)	Meinungsstand.....	63
(bbb)	Diskussion	64
(ccc)	Einfluss des § 1589 BGB auf die Diskussion.....	65
i.	Verändertes Verständnis des § 1589 BGB durch das KindRG	66
(f)	Fazit	67
2)	Geltendmachung und Bestreiten der Mutterschaft.....	67
3)	§ 1591 BGB im Internationalen Privatrecht	68
(a)	Fazit	72
4)	Ergebnisse zur Mutterschaft	72
III	Vaterschaft	73
1)	Gewicht der „Abstammungsprinzipien“	73
(a)	Darstellung und Analyse der Literatur	73
(b)	Fazit	75
2)	Begründung und Beendigung von Vaterschaft	75
(a)	Sachstand in der Literatur	75
(aa)	Die Rechtsausübungssperren	76
(aaa)	§§ 1594 I und 1600d Abs. 4 BGB	76
(bbb)	§ 1599 I BGB.....	76
(ccc)	Allgemeine Folgen	77
(ddd)	Sachliche Reichweite	77
(bb)	Beginn der Vaterschaft mit Geburt: die latente Vaterschaft	77
(cc)	Konstitutive oder deklaratorische Zuordnung	78
(dd)	Rückwirkung	78
(ee)	Fazit	78
3)	Einordnung des § 1592 BGB in der Literatur	79

(aa)	§ 1592 Nr. 1 BGB als Vermutung?	80
(bb)	§ 1592 Nr. 1 BGB als Fiktion?	82
(cc)	§ 1592 Nr. 1 BGB als Definitionsnorm oder Zuordnungsnorm?.....	84
(dd)	§ 1592 Nr. 2, Nr. 3 BGB.....	85
(ee)	Stellungnahme.....	86
(b)	Das Modell einer konstitutiven Vaterschaft.....	89
4)	Funktion und Geschichte der Abstammung vom Vater unter besonderer Berücksichtigung der sog. Rechtsausübungssperren	90
(a)	Objektive Analyse der Normen	90
(b)	Genetisch-historische Auslegung	91
(c)	Der 1. Entwurf zum BGB / Die Motive.....	92
(aa)	Entwurfstext	92
(bb)	Grundsätzliches	93
(cc)	Insbesondere die Anfechtung	94
(d)	Der zweite Entwurf zum BGB	96
(aa)	Normtext	96
(bb)	Analyse	97
(e)	Die Urfassung des BGB	98
(aa)	Normtext	98
(bb)	Analyse der Änderungen	98
(cc)	Analyse der Verknüpfung von materieller und formeller Vaterschaft im BGB 1900	99
(aa)	Nach Tod des Ehemanns	100
(bbb)	Fazit.....	100
(dd)	Rechtsprechung.....	101

(ee)	Literatur zum BGB 1900	101
	(aaa) Materielles Recht	101
	(bbb) Gestaltungs- oder Feststellungsklage	104
(ff)	These zur Funktion der Rechtsausübungssperren	105
(f)	Entwicklung bis zum KindRG	106
	(aa) Reform 1938.....	106
	(aaa) Änderungen im Detail	107
	(bbb) Sachliche Reichweite der Sperre und Doppelfunktion	107
	(ccc) Rechtsprechung und Literatur.....	108
(bb)	Reform 1943	109
(cc)	FamRÄndG 1962	111
(dd)	Rezeption des § 1593 BGB in Literatur und Rechtsprechung zwischen 1938 und dem KindRG112	
	(aaa) Rechtsprechung und Literatur.....	113
	i. Feststellungsklage	113
	ii. „Scheinvaterregress“	115
	[1]. Grundlagen.....	115
	[2]. Rechtsprechung vor 1945	115
	[3]. Reaktionen auf die Rechtsprechung des RG	116
	[4]. Die Instanzenrechtsprechung und ihre Kritiker nach 1945	117
	iii. Analyse	121
	[1]. Die Ursprünge des weiten Verständnisses	121
	[2]. Ergebnis zu den Ursprüngen	124
	iv. Schadensersatz für Dritte	125

v.	Scheidungsprozesse.....	125
vi.	Schadensersatz des Scheinvaters gegen Dritte	127
vii.	Verjährung der Ansprüche gegen den Erzeuger.....	128
viii.	Analyse	130
ix.	Einordnung der von der Rechtsprechung zugewiesenen Funktionen des § 1593 BGB 131	
x.	Fazit	133
(g)	Das NeG	133
(aa)	Die eheliche Abstammung.....	133
(bb)	Die nichteheliche Abstammung	134
(aaa)	Die positive Sperre	134
i.	Objektive Auslegung.....	135
ii.	Genetisch-historische Auslegung	135
[1].	Erster Entwurf	135
[a].	Rezeption des Entwurfs in der Literatur	136
[2].	Genese des Wortlauts des § 1600a BGB NeG.....	138
[3].	Methodischer Umgang mit dieser Genese	139
[4].	Fazit	140
(bbb)	Die negative Sperre.....	141
(ccc)	Analyse	143
(ddd)	Überblick über die RA-Sperren nach dem NeG	145
(eee)	Rezeption in der Literatur	146
(fff)	Konstitutive Meinungen	146
(ggg)	Deklaratorische Meinungen: Der Scheinvaterregress.....	147

(hhh)	Analyse.....	149
(iii)	Rezeption in der Rechtsprechung	151
	i. IPR.....	151
	ii. Unterhalt	152
	iii. Scheinvaterregress	153
	iv. Anerkennung eines zugeordneten Kindes.....	153
	v. Abstammungsfeststellungsklage.....	154
	vi. Strafgerichte	154
	vii. Öffentlich-rechtliche Entscheidungen	155
(jjj)	Abschließende Stellungnahme zu § 1600a S. 2 BGB	157
	i. Verhältnis von § 1600a zu § 1589 BGB.....	157
	ii. Konstitutiv oder deklaratorisch	158
	iii. Zweck des § 1600a S. 2 BGB	159
(h)	Das KindRG	159
	(aa) Die Anfechtung nach dem KindRG	160
	(bb) § 1599 IBGB als negative Sperre?.....	160
	(cc) Positive Sperren.....	162
	(dd) Rezeption in Rechtsprechung und Literatur.....	163
	(aaa) Scheinvaterregress	163
	i. Rechtsprechung.....	163
	ii. Analyse	165
	[1]. Lösung unter Geltung eines konstitutiven Systems.....	167
	(bbb) Versorgungsausgleich I	171
	i. Rechtsprechung.....	171

ii.	Analyse	172
(ccc)	Unterhaltskürzung	174
i.	Analyse	174
(ddd)	Versorgungsausgleich II	175
i.	Rechtsprechung	175
ii.	Analyse	175
(eee)	Feststellung der Nichtabstammung	175
(fff)	Erb- und Pflichtteilsrecht	176
(ee)	Fazit zur Rezeption	176
(i)	Fazit	177
5)	Das Verhältnis von § 1592 und § 1589 BGB	178
(a)	BGB 1900	178
(b)	Funktion nach dem NeG	179
(c)	Funktion nach dem KindRG	181
(d)	Ergebnis	182
6)	Ergebnis zur Begründung der Vaterschaft	182
7)	Die zeitliche Komponente: Rückwirkung oder Begründung ab Geburt	182
(a)	Die Rückwirkung	182
(aa)	Rückabwicklung	183
(bb)	Anspruchsbegründung	184
(cc)	Erfüllungswirkung	185
(dd)	Statuswirkung	185
(b)	Die latente Vaterschaft	185
(aa)	Rückabwicklung	186

(bb)	Anspruchsbegründung	187
(cc)	Erfüllbarkeit und einstweiliger Rechtsschutz	187
(dd)	Vermeidung von Vaterlosigkeit	188
(ee)	Rückwirkung	188
(c)	Fazit	189
(d)	Beendigung.....	189
(aa)	Sonderfall „scheidungsakzessorischer Statuswechsel“	190
(aaa)	Stellungnahme	191
(bb)	Fazit	192
8)	Ergebnisse zur Vaterschaft	192
IV	Wechselwirkungen zwischen Mutterschaft und Vaterschaft	193
1)	Vaterschaft kraft Ehe, § 1592 Nr. 1 BGB	194
(a)	Möglichkeiten zur Erlangung der rechtlichen Elternschaft	194
(aa)	Probleme einer möglichen Adoption	195
(bb)	Verfassungsrechtliche Wertung	196
(cc)	Rechtstechnische Durchsetzung der sozialen Familie.....	197
(dd)	Menschenrechtliche Bewertung	198
(b)	Fazit	199
2)	Vaterschaft durch Anerkennung, § 1592 Nr. 2 BGB.....	199
3)	Scheidungsakzessorischer Statuswechsel, § 1599 II (2) BGB	200
4)	Gerichtliche Vaterschaftsfeststellung, § 1592 Nr. 3 BGB	200
5)	Anfechtung der Vaterschaft durch die Mutter.....	201
6)	Analyse	202
V	Zusammenfassung der Verwandtschaft, Ausblick und Würdigung des gefundenen Ergebnisses in verfassungs- und menschenrechtlicher Sicht.....	202
1)	Zusammenfassung.....	202

2)	Ausblick.....	204
3)	Menschenrechtliche Sicht	205
4)	Verfassungsrechtliche Sicht.....	207
5)	Ausstrahlung in das Erbrecht	207
D)	Prozessuale Aspekte des Abstammungs- und Verwandtschaftsrechts.....	208
I	Die gerichtlichen Statusentscheidungen.....	208
1)	Die Rechtsnatur der gerichtlichen konstitutiven Statusentscheidungen.....	208
2)	Die Rechtskraft der Statusentscheidungen	211
(a)	Zeitlich	211
(b)	Sachliche Reichweite der Rechtskraft inter omnes.....	212
(aa)	Positive Vaterschaftsfeststellung	212
(bb)	Erfolgreiche Anfechtung.....	212
(cc)	Erfolgslose Anfechtung.....	212
(dd)	Entgegenstehende weitere Rechtskraft?	213
(aaa)	Erneute Feststellung nach pos. Feststellung.....	213
(bbb)	Beseitigung der Feststellung durch Anfechtung?	213
i.	Grundsatz	214
ii.	Anfechtung durch den biologischen Vater	214
(c)	Persönliche Reichweite	216
(aa)	Geschichte der Rechtskraft inter omnes von Anfechtungsurteilen	217
(bb)	Verständnis des § 184 II FamFG in der Literatur	219
(cc)	Fazit	221
3)	Die deklaratorischen gerichtlichen „Statusentscheidungen“	221
4)	Der Tod eines Beteiligten vor und nach dem Prozess.....	222
5)	Die Antragsberechtigung im Verfahren nach § 1600d I BGB	223
(a)	Voraussetzungen der Antragsbefugnis im Feststellungsverfahren.....	223

(b)	Die Mutter	224
(c)	Die Eltern des Putativvaters	225
(d)	Der beseitigte Scheinvater	227
(e)	Ergebnis	227
II	Der Anfangsverdacht	227
1)	Geschichte des Anfangsverdachts	228
(a)	Einführung und Weiterentwicklung der Kenntnisfrist durch den Gesetzgeber	228
(b)	Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur	230
(aa)	Dissertation Grünkorns	230
(aaa)	Wortlaut	230
(bbb)	Teleologische Argumentation	231
(ccc)	Rezeption der These Grünkorns	232
(bb)	Begründung des Anfangsverdachts durch den BGH	233
(cc)	Einfluss des § 1598a BGB	235
(aaa)	Der Anfangsverdacht und seine herkömmlichen Funktionen	235
i.	Belastung von Mutter und Kind	235
ii.	Systematik der Anfechtungsfristen	235
iii.	Beweis- und Darlegungslast für Anfechtungsfrist	236
iv.	Zusammenfassung bzgl. der herkömmlichen Funktionen	237
(bbb)	Neue Funktionen für den Anfangsverdacht?	238
(ccc)	Abschaffung durch die Rechtsprechung?	239
2)	Die Lage nach dem FamFG	240
(a)	Allgemeine Regeln	240
(b)	Sonderregel § 171 II S. 2 FamFG	241

III	Fazit	242
E)	Beantwortung der Forschungsfragen.....	244
F)	Thesen	246

A) Einleitung

I Das Thema

Abstammung und Verwandtschaft sind zentrale Begriffe des Familienrechts. Das Familienrecht kennt zur Herstellung einer familienrechtlichen Beziehung zwei Möglichkeiten: Verwandtschaft und die Ehe/Lebenspartnerschaft.

Diese Tatbestandsmerkmale sind Grundlage fast aller familienrechtlicher Ansprüche und stellen ein Dauerrechtsverhältnis¹ dar. Sie werden gemeinhin als Statusverhältnisse charakterisiert. Darunter versteht die Rechtswissenschaft ein Rechtsverhältnis, das nicht wie andere Tatbestandsmerkmale bei jedem Rechtsstreit erneut inzident zu prüfen ist, sondern ein Rechtsverhältnis, das einer Inzidentprüfung grundsätzlich entzogen ist und nur in bestimmten Verfahren beseitigt und hergestellt werden kann.²

Eines dieser beiden Statusverhältnisse, die sog. „Abstammung“ und damit in der Folge auch die „Verwandtschaft“ als Tatbestandsmerkmal vieler familienrechtlicher Ansprüche soll im Folgenden untersucht werden. Hauptaugenmerk liegt dabei auf den dogmatischen Grundlagen ihrer Begründung, Wirkung der Verwandtschaft sowie auf dem Wegfall der Verwandtschaft und deren Folgen. Dabei sollen auch die notwendigen verfahrensrechtlichen Grundlagen dargestellt werden. Es soll also eine vollständige systematische Erfassung des Abstammungsstatus erfolgen.

Die Arbeit widmet sich bei der Bearbeitung des Themas nicht Detailproblemen oder vermeintlichen „Prinzipien“ des Abstammungsrechts, sondern grundsätzlichen Fragen rechtsdogmatischer Natur. Dabei fällt auf, dass das Abstammungsrecht im Vergleich zum restlichen BGB einige Anomalien aufweist: Die Rückwirkung der Begründung und Beendigung, eine behauptete „latente Verwandtschaft“, die nur durch sog. „Rechtsausübungssperren“ keine Wirkung zeigt, und die Rechtskraft inter omnes von Statusentscheidungen. Die Arbeit dient insbesondere dem Zweck, diese „Anomalien“ zu untersuchen, zu erklären und möglichst in die Dogmatik des restlichen Zivilrechts einzuordnen.

II Forschungsstand

Zum Abstammungsrecht gibt es bereits zahlreiche Monographien, die sich aber fast alle mit Detailproblemen befassen.

¹ Hahn, in: BeckOK-BGB (29), § 1589 Rn 3.

² Peschel-Gutzeit, FPR 2011, 392, 392.

Wanitzek beschäftigt sich in ihrer Dissertation mit den Fragen der „rechtlichen Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung“.³ Dabei hat sie sich insbesondere auch mit dem Begriffsinhalt der Abstammung im „Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung“ auseinandergesetzt und aufgezeigt, dass dieses Recht bei medizinisch assistierter Fortpflanzung nicht deckungsgleich sein muss mit dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung bei natürlicher Zeugung. Die Abstammungsfeststellungsklage, die zur Klärung der biologischen Abstammung vor dem 2. Weltkrieg entwickelt wurde, fand nach einer Entscheidung des BVerfG 1989 und ihrer Abschaffung durch die BGH-Rechtsprechung wieder Eingang in die Literatur und wurde daher auch von *Wanitzek* untersucht. Daher befasst sich die Monographie vor Einführung des § 1598a BGB durch den Gesetzgeber mit der Zulässigkeit einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage, die sie mangels feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses ablehnt. Mit der Geschichte dieser Klage hat sich auch *Zimmermann* 1990 in seinem Werk „Geschichte der Klage auf Feststellung der Abstammung“ auseinandergesetzt.⁴

Mit der Geschichte dieser Klage zur Zeit des Nationalsozialismus setzt sich *Dickhut-Harrach* in seiner Abhandlung „Gerechtigkeit statt Formalismus“ auseinander und legt dabei sein Hauptaugenmerk auf die Rechtskraft eines solchen Feststellungsurteils.⁵

Nachdem das BVerfG am 13.2.2007 erneut die Einführung eines solchen Verfahrens zur Klärung der biologischen Abstammung gefordert und der Gesetzgeber mit Einführung des § 1598a BGB reagiert hatte, befasste sich *Süß* mit der „Feststellung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“⁶ und ging mit dem Gesetzgeber hart ins Gericht. So sei die Norm unzureichend, weil das Kind die Abstammung von einem nur biologischen Vater nicht klären könne und das Kind die Abstammung nach der Mutter nicht überprüfen könne. Eine Umsetzung des BVerfG-Urteils sei jedoch ohne Änderung des Abstammungsrechts, an dem grundsätzlich festzuhalten sei, machbar, da es einen angemessenen Ausgleich schaffe.

Ebenfalls kritisch steht dem neuen § 1598a BGB *Ostermann*⁷ in „Das Klärungsverfahren gemäß § 1598a BGB“ gegenüber. Sie stellt fest, dass § 1598a BGB verfassungswidrig sei, da der Eingriff in die Grundrechte der Beteiligten unverhältnismäßig sei. Im Gegensatz zu *Süß* kommt sie zu dem Ergebnis, eine Feststellung der Mutterschaft sei möglich. Einig sind sich jedoch beide Autoren dahingehend, dass der Anfangsverdacht durch § 1598a BGB weitgehend nutzlos geworden ist.

³ *Wanitzek*, Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung.

⁴ *Zimmermann*, Geschichte der Klage auf Feststellung der Abstammung.

⁵ *Dickhut-Harrach*, Gerechtigkeit statt Formalismus.

⁶ *Süß*, Die Feststellung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren.

⁷ *Ostermann*, Das Klärungsverfahren gemäß § 1598a BGB.

Deichfuß analysiert in seiner Dissertation „Abstammungsrecht und Biologie“⁸ die Frage, inwiefern das Abstammungsrecht tatsächlich der sog. „Abstammungswahrheit“, also der Übereinstimmung von biologischer und rechtlicher Elternschaft, verpflichtet ist. Dabei stellt er alle historischen Gesetzesschichten und die Motive für Änderungen jeweils eingehend dar. Überzeugend kommt er zu dem Schluss, dass eine Orientierung des Abstammungsrechts an der biologischen Wahrheit als absolute Zielbestimmung niemals Gesetz war. Vielmehr war die Abstammungswahrheit immer nur einer von mehreren Gründen der Zuordnung. In der modernen Literatur wird hingegen weitläufig die These vertreten, dass sich das Abstammungsrecht an der Abstammungswahrheit orientiert, was sich in seiner Arbeit als falsch erwiesen habe.

In „Die Prinzipien des Abstammungsrechts“⁹ analysiert *Luh* eingehend alle de lege lata vorhandenen Möglichkeiten der Begründung und Beendigung von Abstammung und untersucht sie auf die Verwirklichung der Prinzipien „Abstammungswahrheit“, „Abstammungswahrheit“ und „Statusstabilität“ sowie darauf hin, inwiefern die Begründung des Status vom Willen der Beteiligten getragen ist. Daraus entwickelt sie einen eigenen Vorschlag für ein künftiges Abstammungsrecht. Ihr Ergebnis deckt sich mit dem von *Deichfuß*: Das Abstammungsrecht sei genetisch determiniert, die Abstammungswahrheit werde jedoch zugunsten von Abstammungsklarheit und dem Willen der Beteiligten zurückgestellt.

Unter beweisrechtlichem Vorzeichen beschäftigt sich die Dissertation von *Eichberger* mit „Aktuellen Problemen der Feststellung der Abstammung (§ 372a ZPO).“¹⁰

Umfassend bearbeitet sind die Probleme von „Scheinvaterschaften“ durch *Zimmermann*.¹¹ Eine Scheinvaterschaft liege vor, wenn das Auseinanderfallen von biologischer und rechtlicher Vaterschaft das gewollte Ergebnis der Eltern sei. Zwar stimmt er auch den anderen Autoren zu, dass das Abstammungsrecht nicht eine zwingende Übereinstimmung von Biologie und rechtlicher Abstammung verlange. Allerdings seien seit Abschaffung der Zustimmung des Kindes zur Anerkennung mit dem KindRG 1998 neue Probleme entstanden, die er eingehend darstellt. Dabei kommt er zu dem Ergebnis, dass es sich um eine weitgehende Verkürzung der Rechte des Kindes handelt, die nicht notwendig ist, um die Wahrnehmung des Elternrechts zu ermöglichen. Vielmehr sei das Verfahren so auszugestalten, dass das Kind ausreichend Mitwirkungsmöglichkeiten habe. Es liege eine „verfassungsrechtliche Schiefelage“ vor; dies vor allem, weil das Kind einer Anerkennung nicht zustimmen müsse.

⁸ *Deichfuß*, Abstammungsrecht und Biologie.

⁹ *Luh*, Die Prinzipien des Abstammungsrechts.

¹⁰ *Eichberger*, Aktuelle Probleme der Feststellung der Abstammung (§ 372a ZPO).

¹¹ *Zimmermann*, Scheinvaterschaften die notwendige Beteiligung des Kindes an der Vaterschaftsfeststellung.

Einem ähnlichen Thema widmet sich *Kühnel* in „Die missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung im System des Abstammungsrechts und deren behördliche Anfechtung“.¹²

Mit der auch in der vorliegenden Arbeit untersuchten Systematik des Abstammungsrechts befasste sich 2012 *Vollersen*¹³ umfassend. Bei dieser Arbeit dürfte es sich, neben der vorliegenden, um die einzige Arbeit handeln, die sich in systematischer Hinsicht mit dem Abstammungsrecht befasst. Die Arbeit leistet für die vorgelegte Dissertation eine wertvolle Vorarbeit, auf sie wird im Folgenden noch häufiger einzugehen sein.

In Kommentaren wird die Abstammung zwar in den §§ 1589ff BGB bearbeitet, allerdings findet sich dort keine umfassende Analyse. Die Kommentare beschränken sich auf die Darstellung der Rechtsprechung und ihrer Fortentwicklung, ohne dass eine kritische Gesamtanalyse zu erkennen ist. Auch Zeitschriftenbeiträge befassen sich oft nur mit den einzelnen Reformschritten oder Einzelfragen, ohne vertiefte dogmatische Fragestellungen aufzugreifen, weshalb hier kein Beitrag herauszuheben ist.

III Forschungsdefizite

Der oben aufgezeigte Forschungsstand zeigt, dass es Vorarbeiten zu Teilfragen des Abstammungsrechts gibt. Diese Arbeiten widmen sich meist den Prinzipien des Abstammungsrechts und ihrer Geschichte oder gewissen neuen Entwicklungen wie dem § 1598a BGB oder künstlicher Befruchtung.

In systematisch-dogmatischer Hinsicht hat *Vollersen* mit seiner Monographie hier vor kurzem eine Lücke geschlossen. Allerdings nimmt *Vollersen* die oben angesprochenen Anomalien des Abstammungsrechts schlicht hin, ohne ihnen auf den Grund zu gehen. Das erklärt sich m.E. insbesondere aus seiner Methode, die sich allein aufgrund des Normtextes und der Systematik mit dem Thema befasst, ohne den Versuch zu unternehmen, durch historische Aufarbeitung die verbleibenden Unstimmigkeiten zu lösen. Das gilt insbesondere für die sog. Rechtsausübungssperren, die *Vollersen* in seiner Arbeit als Hilfsnormen einordnet und sie als überflüssig einordnen muss, ohne erklären zu können, wieso sie dann existieren.

Hinzu kommt, dass insbesondere im Zusammenhang mit den verfahrensrechtlichen Fragestellungen eine Darstellung fehlt, die über Einzelaspekte hinausgeht. So werden gewisse Wirkungen der Begründung und Vernichtung der Vaterschaft weitgehend begründungslos hingenommen: Die

¹² *Kühnel*, Die missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung im System des Abstammungsrechts und deren behördliche Anfechtung.

¹³ *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts.

Rückwirkung der Statusbegründung oder -vernichtung beispielsweise kann durchaus als Dogma bezeichnet werden, das jedoch in neuerer Zeit keinerlei Begründung mehr erfährt.

Auch die Rechtskraft der Entscheidungen im Abstammungsprozess wurde bisher keiner monographischen Klärung im Zusammenhang mit materiellen Fragen unterzogen. Sie wird schlicht behauptet, ohne dass ihre Funktion infrage gestellt wird.

Auch Grundbegriffe dieses Teilgebiets des Familienrechts können als ungeklärt bezeichnet werden. So ist eine befriedigende Antwort auf die Frage, wie der Begriff der Verwandtschaft in § 1589 BGB zu verstehen ist, bisher nicht gegeben worden. Hier wird vielmehr stets behauptet, es handle sich um eine Blutsverwandtschaft, die nur nicht geltend gemacht werden könne, da die Rechtsausübungssperren dies verhinderten. *Vollersen* hat dieses Dogma zwar angegriffen, ohne jedoch einzelne Argumente umfassend widerlegen zu können.

Auch im Erbrecht, das im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge an das Familienrecht anknüpft, ist ungeklärt, ob hier eine Inzidentfeststellung zulässig ist, wie oft behauptet wird, oder ob auch hier an den Status anzuknüpfen ist.

IV Forschungsfragen

Diese Arbeit soll daher manche verbleibenden dogmatischen Fragen klären. Dazu gilt es, als zentrales Kernproblem, zu analysieren, wie das Verhältnis von § 1589 BGB und §§ 1591ff BGB ausgestaltet ist. Handelt es sich um widersprüchliche Normen, dergestalt, dass § 1589 BGB die Blutsverwandtschaft definiert und die §§ 1591 und 1592 BGB davon abweichende Anordnungen treffen? Oder definieren vielmehr die §§ 1591 und 1592 BGB die Abstammung im Sinne des § 1589 BGB, wie *Vollersen* es schon behauptet hat?

Welche Funktion haben die Rechtsausübungssperren, wenn man die §§ 1591ff BGB als Definition der Abstammung versteht, überhaupt noch, oder sind vielmehr die Rechtsausübungssperren das entscheidende systematische Argument für die Ansicht, § 1589 BGB definiere die Blutsverwandtschaft?

Welche Funktion hat eine Rückwirkung der Statusentscheidungen überhaupt, wenn tatsächlich die Blutsverwandtschaft durch § 1589 BGB definiert wird, da dann durch Geburt die Verwandtschaft entsteht und eine Rückwirkung unnötig ist?

Als Folgefragen schließen sich daran die Fragen der Rechtskraft der gerichtlichen Statusentscheidungen an. Aber auch die weiteren Anomalien, wie der Anfangsverdacht und die enge Antragsbefugnis der Kernfamilie im Feststellungsverfahren sollen untersucht werden, da sie allesamt im materiellen Recht wurzeln.

V Begriffe

Eine Begriffsbildung bereits am Anfang dieser Arbeit fällt schwer, weil gerade die Bildung der Begriffe im Vordergrund der Arbeit steht.

Folgende Begriffe werden jedoch als Ausgangsbasis verwendet:

Biologischer Vater

ist der Mann von dem das Spermium stammt, das die Eizelle befruchtet hat, aus der das Kind entstanden ist.

Rechtlicher Vater

ist der Mann, dem nach § 1592 BGB zu einem beliebigen Zeitpunkt die Vaterschaft zugewiesen war oder ist.

Scheinvater

soll, trotz der häufig vorgebrachten Kritik an diesem Begriff, derjenige Mann sein, der ohne biologischer Vater zu sein, rechtlicher Vater ist.

Geburtsmutter

ist die Frau, die das Kind geboren hat, also die Mutter im Sinne des § 1591 BGB. Diese fällt bei natürlicher Insemination mit der genetischen Mutter zusammen.

Genetische Mutter

ist die Frau, von der die Eizelle stammt, aus der das Kind entstanden ist. Sie fällt bei natürlicher Insemination mit der Geburtsmutter zusammen.

VI Methode

Bevor in einem gesonderten Kapitel eine methodische Stellungnahme bezüglich der angewendeten Auslegungsmethode insgesamt, erfolgt, soll vorweg die aufgrund des Themas spezielle methodische Problematik dargestellt werden. Denn die Auslegung des geltenden Abstammungsrechts stellt den Rechtswissenschaftler vor besondere methodische Probleme, die zunächst unabhängig von der Frage, ob methodisch eine sog. subjektive oder objektive Gesetzesauslegung stattfindet, vorgestellt werden sollen.

1) Probleme aufgrund der Gesetzesgenese

Diese Probleme ergeben sich einerseits aus der lebendigen Geschichte dieses Normenkomplexes. Die §§ 1591ff BGB und das Recht der unehelichen Kinder, das früher in §§ 1705ff BGB geregelt war,

bestehen aus drei relevanten historischen Schichten, die zwischendurch noch punktuell geändert wurden. Diese sollen nun vereinfacht dargestellt werden, bevor sich die Arbeit der Entwicklung der einzelnen Probleme im Detail widmet.

Die ursprüngliche Fassung des BGB regelte als echte Abstammung nur die eheliche Abstammung nach dem Vater, die durch Geburt in der Ehe, Legitimation durch Heirat oder Ehelichkeitserklärung erlangt werden konnte. Hingegen war die „Abstammung“ als solche nicht explizit geregelt. Die nichteeliche Abstammung führte zu keiner Verwandtschaft, sie war nicht als Verwandtschafts- und Statusverhältnis ausgestaltet, sondern als Verhältnis mit quasi-schuldrechtlichen Pflichten. Als solche begründete sie kein Erbrecht und auch keine Unterhaltspflichten nach § 1601 BGB in beide Richtungen für alle Generationen, sondern nur ein unidirektionales Unterhaltsrecht des Kindes.

In der Folge wurden kleinere Änderungen im Detail vorgenommen, die jedoch die grundlegende Dogmatik des Abstammungsrechts nicht verändert haben.

Erst zum 1.7.1970, mit Inkrafttreten des NeG, wurde ein echtes Abstammungsrecht der nichteelichen Kinder eingeführt. Zwar blieb die Zweiteilung in eheliche und nichteeliche Abstammung erhalten, so dass die Abstammung der nichteelichen Kinder in §§ 1600a – 1600o BGB gesondert geregelt wurde, allerdings handelte es sich nun um einen echten familienrechtlichen Status, der mit den Ansprüche der ehelichen Kinder identische Ansprüche begründete.

Zum 1.7.1998 trat mit dem KindRG die aktuell in ihren Grundlagen geltende Fassung in Kraft. Sie führte mit § 1592 BGB eine zentrale Norm für die Frage ein, wer rechtlicher Vater eines Kindes ist und regelte die Anfechtung der ehelichen und nichteelichen Abstammung einheitlich.

Diese drei großen historischen Schichten führen in vielfacher Hinsicht zu methodischen Problemen bei der Auslegung des geltenden Normkomplexes.

Zunächst finden sich an vielen Punkten Normen, die der Gesetzgeber „von Reform zu Reform geschleppt hat“. Ein Beispiel: Für ein zentrales Thema dieser Arbeit, ob das geltende Recht ein konstitutives oder ein deklaratorisches Statussystem bereitstellt und damit ganz zentral für die Frage nach der Rückwirkung von Statusakten ist, wird auf Wirkung der Rechtsausübungssperren einzugehen sein. Sie werden in der Literatur im Umkehrschluss als Argument für eine Rückwirkung bemüht. Es stellt sich jedoch die Frage, ob eine Norm, die möglicherweise unreflektiert aus einer alten Gesetzesschicht, in der eine Rückwirkung zweifellos vorhanden war, Ausgangspunkt eines Umkehrschlusses sein kann, oder ob die Norm dabei nicht in ihrer systematischen Auslegung überspannt wird. Dabei soll es nicht darum gehen, der Norm jede Funktion zu nehmen. Jedoch ist ein Umkehrschluss mehr als nur die Auslegung der einzelnen Norm. Mit einem Umkehrschluss wirkt die

Auslegung einer Norm auf alle weiteren Normen ein, die man zu einem systematischen Auslegungskomplex zusammenfasst. Um einen solchen Umkehrschluss tragfähig annehmen zu können, muss der Norm daher eine gewisse aktuelle Systemrelevanz zukommen. So kann eine Norm in einem alten System folgerichtig eingepasst gewesen sein. Wurde sie ohne größere Änderungen in ein neues System übertragen, steht sie als einzige Vertreterin eines alten Regelungskomplexes im Gesetz und ist, aufgrund ihrer fehlenden Einpassung in ein neues System, für eine systematische Auslegung, und damit als Ausgangspunkt eines Umkehrschlusses, ungeeignet.

Diese Frage wirkt auf die gesamte systematische Auslegung des Abstammungsrechts ein: Wie weit kann die Veränderung einer einzelnen Norm, die vom Normgeber nicht derogierten Normen durch systematische Auslegung beeinflussen und unter welchen Voraussetzungen bleibt das System bestehen? Unter welchen Voraussetzungen ändert sich das System?

Diesem Problem soll in der folgenden Arbeit durch folgende Arbeitsweise begegnet werden: Das geltende System und die ihm durch Literatur und Rechtsprechung zugewiesenen Eigenschaften sollen analysiert werden. Dabei werden in je einem Kapitel die Mutterschaft und die Vaterschaft untersucht.

Am Beispiel der Mutterschaft soll insbesondere untersucht werden, ob es eine grundlegende Norm gibt, die abseits der Spezialnormen Verwandtschaft definiert. Hintergrund ist, dass die Mutterschaft erst mit dem KindRG 1998 eine Regelung in § 1591 BGB erfahren hat und daher ihre Diskussion vor Einführung des § 1591 BGB einen Blick auf die Grundlagen der Verwandtschaft freigeben kann. Die dabei verwendeten Argumente sollen dann auf ihre Ursprünge in der Rechtsgeschichte hin untersucht und anhand dessen auf ihre Vertretbarkeit untersucht werden. Grund für die Relevanz der rechtshistorischen Methode ist die hier angewendete „subjektive“ Auslegungsmethode, die im ersten Kapitel vorgestellt wird.

Das zweite Kapitel widmet sich der Vaterschaft als materiell-rechtlicher Begriff. In diesem Kapitel soll ebenfalls untersucht werden, in welcher Gesetzesschicht die dem Abstammungsrecht zugewiesenen Eigenschaften ihre Wurzeln haben. Diese Wurzel kann der ausdrückliche Normtext, eine möglicherweise rechtsfortbildende oder auslegende Entscheidung der Rechtsprechung oder eine Literaturmeinung sein. Dabei soll es nicht darum gehen, den ersten Vertreter einer Meinung aufzufinden, sondern die Ausgangsargumentation einer Gesetzesschicht zuzuordnen.

Sodann soll überprüft werden, mit welcher Argumentation und auf welchen Wegen die Eigenschaften in die Zeit nach den jeweiligen Reformen übergeleitet wurden.

Stellt sich dabei heraus, dass eine Eigenschaft im Wortlaut keine Stütze mehr findet, kann berechtigt die Frage gestellt werden, ob der Gesetzgeber mit der Reform diese Eigenschaft aufgeben wollte, mithin also in Bezug auf diese Eigenschaft ein Systemwechsel stattgefunden hat. Zur näheren Erforschung, ob ein solcher Systemwechsel stattgefunden hat oder ob die Eigenschaft aufrechterhalten werden sollte, müssen der Zweck der Eigenschaft und der Zweck der Reform auf ihre Kompatibilität untersucht werden. Abschließend bleibt als letzter Schritt die Überprüfung, ob eine Rechtsfortbildung des neuen Systems bzgl. dieser Eigenschaft notwendig und nutzbringend ist.

2) Verhältnis von Verfahrensrecht und materiellem Recht

Das Abstammungsrecht kennt heute in den §§ 169 ff FamFG ein eigenes Verfahrensrecht, welches im letzten Kapitel in Teilfragen dargestellt wird. Ein solches besonderes Verfahren kannte die CPO von 1877 noch nicht, es wurde aber 1900 mit den (mit Schaffung des FamFG 2009 aufgehobenen) §§ 640ff ZPO eingeführt. Weiter bestehen Regelungen im PStG, die im Laufe der Jahrzehnte ebenfalls geändert wurden.

Die Regelungen beider Verfahrensgesetze haben Änderungen in der Literatur und Rechtsprechung zum Abstammungsrecht beeinflusst. Der Einfluss dieser Normen und die starken Bezüge zwischen den Normkomplexen soll ebenfalls untersucht werden. Dazu werden die Probleme des Anfangsverdachts, der Wiederaufnahme, der Rechtskraft und der Antragsbefugnis in eigenen Kapiteln untersucht, da hier eine starke Verknüpfung zwischen Prozessrecht und materiellem Recht besteht.

B) Methodische Grundfragen

Eine wissenschaftliche Arbeit setzt die Begründung und Offenlegung der eigenen Methode voraus. Im Folgenden soll daher kurz dargestellt werden, welche methodischen Grundlagen der folgenden Arbeit ihr Fundament geben. Dabei soll auch ein Ausblick auf wiederkehrende methodische Probleme der Arbeit gegeben werden, die hier vorab einer generellen Lösung zugeführt werden sollen. Dies insbesondere deshalb, weil sich hier, wie im vorhergehenden Kapitel gezeigt, aufgrund der häufigen Gesetzesänderungen seit Einführung des BGB, methodische Probleme besonderer Art stellen. Von besonderem Interesse ist dabei die Frage, inwieweit der Wille des Gesetzgebers Berücksichtigung zu finden hat.

I Geschichtliche Entwicklung der teleologischen Auslegung

In methodischer Hinsicht wird als Ausgangspunkt, auch heute noch, zumeist der klassische Auslegungskanon von *von Savigny* zitiert.¹⁴ Dieser hat den Willen des Gesetzgebers vollständig ausgeblendet und sich auf vier Teilmethoden beschränkt: Grammatik¹⁵, Logik, Historie und Systematik.¹⁶ Dabei meint Logik den Zusammenhang der einzelnen Teile des Gesetzes zueinander. Die Historie bezieht sich nicht auf die Umstände des Gesetzeserlasses, sondern allein auf die vorher geltende Rechtslage, die verändert werden sollte, während die systematische Auslegung alle Rechtsinstitute zu einer Einheit verknüpfen sollte. Letzteres würde man heute wohl „Einheit der Rechtsordnung“ nennen. Im Unterschied zur Logik war die Systematik daher auf die Bezüge des Gesetzes zu anderen Gesetzen und Gesetzesteilen angelegt. Nach *von Savigny* sind diese Methoden abschließend,¹⁷ stellen aber ein bewegliches System dar, weshalb keine Methode Vorrang vor den jeweils anderen für sich beanspruchen kann.¹⁸

Bezüglich der Auslegung nach dem Zweck war *von Savigny* sehr skeptisch: „Ungleich bedenklicher, und nur mit großer Vorsicht zulässig, ist der Gebrauch des Gesetzesgrundes zur Auslegung des Gesetzes“.¹⁹ Dabei hat *von Savigny* zwar die objektiven Zwecke anerkannt, die rein subjektiven aber, die aus dem Denken des Gesetzgebers herrühren, vollständig abgelehnt: „Solchen subjectiven Beziehungen müssen wir selbst den beschränkten Gebrauch gänzlich absprechen...“.²⁰ Subjektiv war

¹⁴ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 11 beginnt etwa mit diesem Kanon; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 35.

¹⁵ *v. Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, S. 213.

¹⁶ *v. Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, S. 214.

¹⁷ *v. Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, S. 215 spricht von der Vollendung der Auslegung.

¹⁸ *v. Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, S. 220 spricht davon, dass bald die eine, bald die andere wichtiger sein wird.

¹⁹ *v. Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, S. 220.

²⁰ *v. Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, S. 220f.

dabei für ihn auch schon der Anlass für die Gesetzgebung. Insofern handelte es sich bei der Methode von Savignys um eine objektive Methode in Reinform.

In der Folge hat sich aber die teleologische Auslegung, trotz der Skepsis von Savignys, durchgesetzt. Zu ihrer Anerkennung hat insbesondere Jhering beigetragen.²¹ Mittlerweile ist die Auslegung nach dem Telos im Zivilrecht die vorrangige Methode.²² Damit geht die Mehrzahl der Rechtswissenschaftler davon aus, dass jede Norm einen Zweck hat, dieser ermittelt werden kann und sollte, und die Norm dann so ausgelegt werden muss, dass sich dieser Zweck möglichst durchsetzt.

Dabei stellt sich zwingend die Folgefrage, wie dieser Zweck ermittelt werden kann.

II Gesetzgeberischer Wille als Primat der Auslegung

Die grundsätzliche Linie bei der Ermittlung des Zwecks verläuft anhand der Frage, ob allein der Wortlaut und andere objektive Umstände der Norm den Zweck maßgeblich bestimmen sollen, oder ob der gesetzgeberische Wille ggf. Vorrang vor diesen objektiven Kriterien beanspruchen kann.

Letztlich geht es dabei nicht um die Frage, ob man eine Norm subjektiv oder objektiv auslegt, sondern um die Frage, ob ein Kriterium, nämlich der Wille des Gesetzgebers, als Teil der Auslegungskriterien anzuerkennen ist und ob er sich über die anderen Auslegungskriterien hinwegsetzen kann, also um die Frage einer Rangfolge von Auslegungskriterien.²³

Bei der Auslegung von Gesetzen orientieren sich die rein objektiv-teleologischen Methoden an dem vorgefundenen Wortlaut, dem Zusammenhang der Normen im geltenden Recht und der Entstehungsgeschichte der Normen. Aus diesen Gesichtspunkten wird der Zweck der Norm ermittelt und sodann entschieden, wie der vorliegende Fall zu lösen ist, um diesen Zweck oder diese Zwecke zu verwirklichen. Dabei kann sich der Zweck einer Norm auch im Lauf der Zeit ändern. Je nach individueller Methode werden, bei der Ermittlung des Zwecks, dabei auch die Zwecke der Privatrechtsordnung insgesamt oder die Einheit der Rechtsordnung mit einbezogen.

Hinzu treten weitere Auslegungsmittel, wie die rechtsgeschichtliche Methode, die versucht, den Ursprung, den Anlass, die Wertvorstellungen, die sozialen Verhältnisse und die praktische Umsetzung der Normen zum Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes zu ermitteln. Mit diesen Ergebnissen können die, in Jahrzehnten seit Erlass des Gesetzes, in Rechtsprechung und Literatur gefundenen Thesen auf

²¹ Coing, Honsell, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2004), Einleitung zum BGB Rn 151.

²² Coing, Honsell, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2004), Einleitung zum BGB Rn 153; Herzberg, JuS 2005, 1, 6; Canaris, in: FS Medicus, S. 59; Saueressig, Jura 2005, 525, 530 spricht vom bedeutendsten Schritt der Gesetzesauslegung; Müller, Juristische Methodik Bd. 1. Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis., Rn 582.

²³ Müller, Juristische Methodik Bd. 1. Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis., Rn 494; Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 34.

ihre Authentizität überprüft werden, wenn Brüche in der Auslegung des Gesetzes gefunden werden und auf ihre methodische Vertretbarkeit zum Zeitpunkt ihres Entstehens hin untersucht werden. In neuerer Zeit ist noch die europarechtskonforme Auslegung hinzugekommen.

Die herrschende Zivilrechtslehre bedient sich allerdings nicht zwingend dieser neuen Auslegungsmethoden. Vielmehr kann sie auch allein bei den objektiv erkennbaren Informationen stehen bleiben, es handelt sich also weiter um ein „bewegliches System“, bei dem auch noch einzelne Teile jederzeit aus dem Auslegungskanon entfernt und eingefügt werden können.²⁴

Die am Willen des Gesetzgebers orientierte sog. subjektive-teleologische Methode hingegen kennt diese Grundsätze ebenfalls an, versucht aber dem subjektiven Willen des Gesetzgebers zur Geltung zu verhelfen.²⁵ Zweck des Gesetzes wäre dann die Durchsetzung des Willens des Gesetzgebers und nicht ein objektiv ermittelter Zweck. Sie räumt dem historisch-genetischen Argument den Vorrang ein.²⁶

Daher wird der Gegensatz zwischen diesen Methoden oftmals mit objektiver und subjektiver Methode umschrieben.²⁷

Teilweise wird eine Mischung aus sowohl objektiven, als auch subjektiven Methoden angewendet, ohne dass eine Vorrangregel definiert²⁸ oder das genetische Argument als nachrangig eingestuft wird.²⁹

Die Frage, ob man ein Kriterium bei der Auslegung als vorrangig betrachtet, spielt bei der Auslegung und der Rechtsfortbildung eine entscheidende Rolle und nimmt so maßgeblichen Einfluss auf die Ergebnisse eines wissenschaftlichen Gutachtens.³⁰ Es ist daher vorab eine Entscheidung notwendig, ob man einem Auslegungskriterium Vorrang gewährt.

²⁴ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 343 ff hingegen verlangt alle von ihm aufgezählten Methoden anzuwenden und gibt auch bei erkennbarem Willen des Gesetzgebers diesem den Vorzug.

²⁵ Saueressig, Jura 2005, 525, 530.

²⁶ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 344 der auch bei einem Wandel der Normsituation „in der Regel“ den Zweck noch als bindend ansieht; Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, S. 302 ff der aber davon abweichen will, wenn es vernünftige Gründe gibt (S. 305); Koch, Juristische Begründungslehre, S. 176ff; Beaucamp, Methoden und Technik der Rechtsanwendung, Rn. 192, 194, 195 wenn nicht Plausibilität und Evidenz gegen dieses Ergebnis sprechen; Hillgruber, in: MaunzDuerig-GG(67), Art. 97 GG Rn 57ff.

²⁷ Coing, Honsell, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2004), Einleitung zum BGB Rn 135; Wank, Die Auslegung von Gesetzen, S. 65, 69.

²⁸ Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 103ff will eine Abwägung vornehmen; Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 271f.

²⁹ Arnim, Methodik der Rechtsbildung unter dem Grundgesetz, S. 266.

³⁰ Hassemer, ZRP 2007, 213, 217.

III Bedeutung für die Rechtswissenschaft

Die Rechtswissenschaft nimmt für sich in Anspruch, dass die von ihr gefundenen Ergebnisse allgemeingültig sind. Dazu gehört m.E. auch, soweit man nicht Rechtspolitik betreibt oder de lege ferenda argumentiert, dass die Ergebnisse einer wissenschaftlichen Arbeit in der Gerichtspraxis umsetzbar sind. Damit meine ich explizit nicht tatsächliche Hürden, wie fehlende zeitliche oder personelle Ressourcen, die möglicherweise, für sehr feinsinnige Unterscheidungen notwendige, tatsächliche Feststellungen erschweren bis unmöglich machen. Vielmehr ist damit gemeint, dass der Richter sich der Ergebnisse bedienen kann, ohne gegen das Gesetz zu verstoßen.

Auch wenn der einzelne Rechtswissenschaftler nicht an die, noch zu erläuternden, Normen des Grundgesetzes gebunden ist, muss eine Lösung der Frage, wie seine Methode funktioniert, daher ihren Ausgangspunkt im Verfassungsrecht des Grundgesetzes haben. Soweit die Methode durch das Grundgesetz vorgegeben ist, müssen also alle Rechtswissenschaftler auch diese Grundlagen des GG umsetzen. Daher ist es erforderlich, der Frage, ob das Grundgesetz methodenflexibel ist, nachzugehen.

Wer behauptet, das Grundgesetz gibt eine Methode vor³¹, diese aber in der Rechtswissenschaft nicht anwendet, betreibt dagegen versteckte Rechtspolitik oder -fortbildung, aber nicht Gesetzesauslegung für die Bundesrepublik Deutschland. Setzt man sich mit der Frage nicht auseinander, geht man implizit von einer Neutralität des Grundgesetzes in Methodenfragen aus.

IV Verfassungsrechtliche Vorgaben für eine rechtswissenschaftliche Methode

Die rein objektive Gewinnung des Zwecks einer Norm ist insbesondere deshalb problematisch, weil nur der Gesetzgeber unmittelbar demokratisch legitimiert ist. Aufgrund der Unabhängigkeit der Judikative ist eine demokratische Legitimation von Rechtsfortbildung äußerst schwach ausgestaltet.³² Lediglich bei der Berufung der Bundesrichter hat der mit den Justizministern und Bundestagsabgeordneten paritätisch besetzte Bundeswahlausschuss die Möglichkeit, Einfluss zu nehmen auf die Besetzung der Gerichte. Danach ist jedoch kein Einfluss mehr möglich und denkbar, so dass eine Korrekturmöglichkeit in personeller Hinsicht fehlt. Bei der Wahl der Legislative hingegen kann der Wähler seine Entscheidung alle vier Jahre³³ revidieren.³⁴ *Pieroth/Aubel* sprechen in diesem

³¹ *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, S. 512; *Müller*, Juristische Methodik Bd. 1: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, S. 140.

³² *Beaucamp*, Methoden und Technik der Rechtsanwendung, Rn. 191; *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 631.

³³ beim Bundestag.

³⁴ *Kirchner*, in: Methodiken für die judikative Rechtsfortbildung im Zivilrecht: die institutionenökonomische Perspektive, S. Rn 1305.

Zusammenhang davon, der Richter habe nur ein beschränktes Mandat und dürfe nicht nach eigener Dezision entscheiden.³⁵

Die demokratische Legitimation der Judikative ist daher, wegen ihrer Unabhängigkeit, notwendigerweise so schwach, dass die Anerkennung einer weitgehenden Auslegungs- und Fortbildungskompetenz gegen den Willen des Gesetzgebers ein Problem der Demokratie darstellt.

Durch die Bindung an den Willen des Gesetzgebers und nicht nur den Wortlaut und die juristische Begründungsstringenz, wird daher die Bindung des Richters an das Gesetz (Art. 97 I, 20 III GG) und die Gewaltenteilung (Art. 20 II GG) sichergestellt. Zudem wird die Zuweisung der Verwerfungskompetenz an das BVerfG durch Art. 100 I GG beachtet, während hingegen eine objektive Auslegung, auch wenn sie als verfassungskonforme stattfindet, zu einer faktischen Derogation an Art. 100 I GG vorbei führt.

V Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Nun soll die Rechtsprechung des BVerfG zu diesem Thema dargestellt werden und untersucht werden, wie diese Rechtsprechung in der Literatur und von den Fachgerichten rezipiert wird.

1) „Subjektive“ Rechtsprechung des BVerfG

Zuletzt 2011 hat sich das BVerfG im Familienrecht³⁶ grundlegend mit der Methodik der Rechtsprechung des BGH zur Drittelmethode beschäftigt. Das Gericht hat in diesem Beschluss Art. 20 III GG in methodischer Hinsicht deutlich fruchtbar gemacht: „Richterliche Rechtsfortbildung darf nicht dazu führen, dass der Richter seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzt (vgl. BVerfGE 82, 6, 12 = NJW 1990, 1593; BVerfGK 8, 10 [14] = NJW 2006, 3340).“³⁷ Aufgrund der offenen Formulierungen von Gesetzen und der Veränderungen der Lebenswirklichkeit, erkennt das Gericht zwar die Zulässigkeit von Rechtsfortbildung an, stellte aber fest, der Richter „muss die gesetzgeberische Grundentscheidung respektieren und den Willen des Gesetzgebers unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung bringen.“³⁸ Negativ formuliert das BVerfG dann: „Eine Interpretation, die als richterliche Rechtsfortbildung den klaren Wortlaut des Gesetzes hintanstellt, keinen Widerhall im Gesetz findet und vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich oder – bei Vorliegen einer erkennbar planwidrigen Gesetzeslücke – stillschweigend

³⁵ *Pieroth/Aubel*, JZ 2003, 504, 504.

³⁶ in methodischer Hinsicht beschäftigt sich *Rüthers*, JuS 2011, 865 mit dieser Entscheidung.

³⁷ BVerfGE 128, 193 - Abs-Nr. 52 = NJW 2011, 836 = FamRZ 2011, 437 = FPR 2011, 172 = FF 2011, 159 = DNotZ 2011, 291 = MDR 2011, 424 = EuGRZ 2011, 167 = Streit 2011, 115.

³⁸ BVerfGE 128, 193 - Abs-Nr. 53 (= o. Fn 37).

gebilligt wird, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein (vgl. BVerfGE 118, 212, 243] = NJW 2007, 2977).“³⁹

Der Senat hat diese Rechtsprechung in seiner Entscheidung zum freiwilligen Delisting einer Aktiengesellschaft weiter präzisiert:⁴⁰ Die Fachgerichte hatten von einer börsennotierten Aktiengesellschaft verlangt, dass sie vor dem Rückzug von der Börse, ein gesetzlich nicht vorgeschriebenes Pflichtangebot zum Rückkauf aller Aktien aussprechen müssen. Diese Rechtsprechung hat das BVerfG gebilligt und die Rechtsfortbildung insbesondere nicht daran scheitern lassen, dass § 39 II BörsG abschließend wäre, da sich dafür keinerlei Gründe in der Historie oder der Systematik finden lassen würden.⁴¹ Auch habe der Gesetzgeber den Anfängen dieser Rechtsfortbildung nicht entgegengetreten, sondern habe diese sogar zustimmend aufgegriffen.⁴²

Dem ist der zweite Senat in einer Entscheidung zur richtlinienkonformen Auslegung, teilweise wortgleich, ausdrücklich gefolgt.⁴³ Das BVerfG kontrolliere auf Verfassungsbeschwerden hin nur, „ob das Fachgericht bei der Rechtsfindung die gesetzgeberische Grundentscheidung respektiert und von den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung in vertretbarer Weise Gebrauch gemacht hat.“⁴⁴ Dabei beruft sich das Gericht auf eine ständige Rechtsprechung ausgehend von der Entscheidung zur Anwendung der §§ 569a, 569b auf nichteheliche Lebensgemeinschaften.

Bereits in dieser Entscheidung hatte das BVerfG die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen einer Analogie geprüft. Dabei war der Akzent jedoch noch leicht anders gesetzt: Das BVerfG prüfte nicht, ob die Fachgerichte den gesetzgeberischen Willen möglichst zuverlässig zur Geltung gebracht haben, sondern nur, ob es sich bei den Judikaten grundsätzlich um die Ersetzung einer gesetzgeberischen Grundsatzentscheidung handelte.⁴⁵ Es stellte jedoch auch hier schon klar, dass der Richter eine eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers „nicht aufgrund eigener rechtspolitischer Vorstellungen verändern und durch eine Judikative Lösung ersetzen“⁴⁶ darf.

³⁹ BVerfGE 128, 193 - Abs-Nr. 53 (= o. Fn 37); BVerfG, HFR 2012, 545 - Abs-Nr. 23.

⁴⁰ dazu in methodischer Hinsicht *Sanders*, JZ 2012, 1070.

⁴¹ BVerfG, DB 2012, 1618 - Abs-Nr. 79 = ZIP 2012, 1402 = WM 2012, 1378 = NZG 2012, 826 = BB 2012, 2010 = AG 2012, 557 = NJW 2012, 3081 = JZ 2012, 1065 = WuB I G 7 Börsen- und Kapitalmarktrecht 1.12.

⁴² BVerfG, DB 2012, 1618 - Abs-Nr. 84 (= o. Fn 41).

⁴³ BVerfG, NJW 2012, 669 = EuZW 2012, 196 = ZIP 2012, 911 = WM 2012, 1179 = WuB IV D § 5 HWiG 1.12; BVerfGE 122, 248 - Abs-Nr. 37 = EuGRZ 2009, 143 = NJW 2009, 1469 = JR 2009, 245 = JZ 2009, 675 = StV 2010, 497.

⁴⁴ BVerfG, NJW 2012, 669 - Abs-Nr. 43 (= o. Fn 43).

⁴⁵ BVerfGE 82, 6 - Abs-Nr. 28 = Nds MBl 1990, 679 = NJW 1990, 1593 = Grundeigentum 1990, 599 = WuM 1990, 241 = WM 1990, 1071 = DVBl 1990, 690 = FuR 1990, 171 = FamRZ 1990, 727 = BayVBl 1990, 465 = ZMR 1990, 290 = DWW 1990, 199 = JZ 1990, 811 = MDR 1990, 895 = EzFamR BGB § 569a Nr 1 = RES VIII, Anhang I Nr 18 = StRK GG Art 20 R.32.

⁴⁶ BVerfGE 82, 6 - Abs-Nr. 20 (= o. Fn 45).

In einer Entscheidung zur Beschränkung der Haftung des gerichtlichen Sachverständigen hat das BVerfG Rechtsfortbildung ebenfalls grundsätzlich akzeptiert, aber die inkriminierte Rechtsprechung u.a. mit dem Argument für verfassungswidrig erklärt, dass „diese Entscheidung ersichtlich auf eigenen rechtspolitischen Erwägungen“ beruhe, „kraft deren das deliktsrechtliche System der Jedermann-Haftung durch eine gesetzlich nicht vorgesehene Ausnahme durchbrochen wird.“⁴⁷ Dabei hat das Gericht jedoch in dieser Entscheidung die Grenzen der Rechtsfortbildung ausdrücklich offen gelassen.⁴⁸

In der Soraya-Entscheidung überprüfte das BVerfG, ob der BGH gegen die Verfassung verstoßen hat, in dem er rechtsfortbildend Schadensersatz für die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewährte. Es billigte die Rechtsprechung des BGH, weil sie „auf einem zivilrechtlich zumindest diskutablen, jedenfalls den Regeln zivilrechtlicher Hermeneutik nicht offensichtlich widersprechenden Wege gewonnen wurde“ und gerade der Durchsetzung eines verfassungsrechtlichen gewährten Grundrechts (Art. 2 I GG) diene und somit „nicht im Gegensatz, sondern als Ergänzung und Weiterführung des geschriebenen Gesetzes“ stehe.⁴⁹

Hier könnte man von einer materiellen Derogation kraft Verfassung sprechen, da § 253 BGB 1900 immateriellen Schadensersatz grundsätzlich ausschloss.⁵⁰ Das darf jedoch nicht überbewertet werden, weil, ein vorkonstitutionelles Gesetz wie das BGB einer verfassungskonformen Auslegung leichter zugänglich ist, als ein nachkonstitutionelles (siehe dazu S. 29).⁵¹

Damit schlägt sich das BVerfG in jüngerer Zeit für die Frage der Methode der Rechtsfortbildung ganz klar auf die Seite derjenigen Autoren, die eine Rechtsfortbildung nur anhand von gesetzgeberischen Grundentscheidungen zulassen und diesen unbedingt möglichst weitreichend zur Durchsetzung verhelfen sollen. Es fordert einerseits die Beachtung der gesetzgeberischen Grundentscheidung, sowie andererseits die Einhaltung der anerkannten Methoden. Darin ist eine Abkehr von der These zu sehen, dass allein die Einhaltung der gängigen Methoden der Rechtsauslegung genügt, um nicht gegen das Grundgesetz zu verstoßen. Damit ist das BVerfG ein Vertreter der als abgeschwächt⁵² subjektiv bezeichneten Theorie, die den Plan des Gesetzgebers als notwendiges und wichtiges Element der Auslegung und Rechtsfortbildung ansieht.

⁴⁷ BVerfGE 49, 304 - Abs-Nr. 33 = DVBl 1978, 994 = DRiZ 1979, 88 = JZ 1979, 60 = NJW 1979, 305 = EuGRZ 1978, 526 = DRsp I= 239 = VerRspr Art 2 GG, Nr 259 = MDR 1979, 201 = BB 1979, 130.

⁴⁸ BVerfGE 49, 304 - Abs-Nr. 28 (= o. Fn 47).

⁴⁹ BVerfGE 34, 269 - Abs-Nr. 43 = DÖV 1973, 456 = AP Nr 21 zu Art 2 GG DRiZ 1973, 243 MDR 1973, 737 JuS 1973, 718 VersR 1973, 1132 NJW 1973, 1221 = JZ 1973, 662 = DVBl 1973, 784.

⁵⁰ *Bydlinski*, in: Symposium Canarias, S. 83 ff.

⁵¹ Ulsamer, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz (39), § 80 Rn 71 unter e).

⁵² Coing, Honsell, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2004), Einleitung zum BGB Rn 133.

Die Kontrolldichte des Verfassungsgerichts scheint sich dabei im Laufe der Jahrzehnte erhöht zu haben. Während ältere Entscheidungen davon sprechen, dass die Rechtsprechung keine gesetzgeberische Grundsatzentscheidung ersetzen dürfe, verlangt das Gericht nun für die Rechtsfortbildung die „stillschweigende Billigung“ des Gesetzgebers zum Lückenschluss.

Der dogmatische Anknüpfungspunkt des BVerfG schwankt dabei: Teilweise wird Art. 2 I iVm 20 III GG bemüht, teilweise Art. 20 III GG mit einem besonderen im konkreten Einzelfall einschlägigen Grundrecht. In jüngerer Zeit hat das Gericht aber stets an Art. 20 II und Art. 20 III GG angeknüpft.⁵³ Insgesamt lässt sich aber für das Zivilrecht keine andere Kontrolldichte als im öffentlichen Recht nachweisen, weshalb auch Entscheidungen des Gerichts zur Auslegung des öffentlichen Rechts fruchtbar gemacht werden können.⁵⁴ Im Strafrecht hingegen geniest der Wortlaut wegen Art. 103 GG natürlich einen höheren Rang⁵⁵ und der Wille des Gesetzgebers genügt nicht, um strafweiternde Auslegung zu rechtfertigen. Soweit jedoch aus verfassungsrechtlichen Gründen die Restriktion einer Strafnorm geboten ist, hält das BVerfG das nur für möglich, wenn der erkennbare Wille des Gesetzgebers nicht dagegen spricht.⁵⁶

Ein Unterschied bzgl. Auslegung und Rechtsfortbildung in der Frage des Vorrangs des gesetzgeberischen Willens existiert mangels Unterscheidbarkeit nicht, weshalb die gefundenen Ergebnisse auch für die Auslegung herangezogen werden können.⁵⁷ Das zeigt sich insbesondere bei der Frage der verfassungskonformen Auslegung (dazu S. 28).

2) „Objektive“ Rechtsprechung des BVerfG

Teilweise wird das BVerfG entgegen der gerade aufgezeigten Rechtsprechung als Beleg für die Verfassungskonformität der sog. objektiven Methode benannt. Dabei wird behauptet, das Gericht habe in älteren Entscheidungen dieser Methode zugeneigt.⁵⁸ Diese Entscheidungen sollen nun daraufhin untersucht werden, ob Besonderheiten des Einzelfalls vorliegen, die eine Erklärung für diese Divergenz zur jüngeren Rechtsprechung bieten.

⁵³ *Pieroth/Aubel*, JZ 2003, 504, 505.

⁵⁴ *Pieroth/Aubel*, JZ 2003, 504, 509.

⁵⁵ BVerfGE 110, 226 - Abs-Nr. 91 = Information StW 2004, 330 = NStZ 2004, 259 = StraFo 2004, 162 = AnwBl 2004, 309 = WM 2004, 1005 = StV 2004, 254 = wistra 2004, 217 = EuGRZ 2004, 333 = JZ 2004, 670 = wistra 2004, 295 = WuB IX § 261 StGB 1.05 = Stbg 2005, 465.

⁵⁶ BVerfGE 110, 226 - Abs-Nr. 148 (= o. Fn 55).

⁵⁷ *Pieroth/Aubel*, JZ 2003, 504, 509.

⁵⁸ *Müller*, Juristische Methodik Bd. 1: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, Rn. 493 bezeichnet dies als ständige Rechtsprechung des BVerfG; unter *Müller*, Juristische Methodik Bd. 1: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, Rn. 362 wird aber aufgezeigt, dass die objektive Methode des BVerfG letztlich dem historischen und genetischen Argument dem Vorrang einräumt. Sie stellt daher wohl eine rein rhetorische Begründung dar.

In der Literatur wird vor allem die Entscheidung BVerfGE 1, 299 zur Wohnbauförderung zitiert. Hier schrieb das Gericht: „Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist. Nicht entscheidend ist dagegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung. Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können.“

Dieses Urteil weist, ohne dass dies, von denjenigen, die das Urteil zitieren, benannt wird, schon prozessual eine Besonderheit auf: Es handelte sich bei diesem Verfahren um eine sonstige öffentliche Streitigkeit nach Art. 93 I Nr. 4 Fall 1 GG, bei der das BVerfG ausnahmsweise nicht nur Verfassungsrecht überprüfte, sondern ein einfaches Bundesgesetz zur Anwendung bringen musste. Soweit ersichtlich handelt es sich dabei um die einzige Entscheidung zu diesem Verfahrenstyp.⁵⁹ In der zitierten Passage ging es um die genaue Auslegung der Formulierung „im Einvernehmen mit den Ländern“. Für diese Formulierung gab es keine Gesetzesmaterialien, weil die Vorschrift im Gesetzgebungsverfahren mehrfach geändert wurde. Auf die, für diese vorangehenden Änderungen, vorliegenden Materialien geht das Gericht dann auch umfassend ein und begründet damit den Gesetzesgehalt der Norm, in Differenz zu den nicht umgesetzten Vorschlägen, maßgeblich. Insoweit mag rhetorisch zwar eine objektive Auslegung vorliegen, in praxi wurde der subjektive Wille des Gesetzgebers aber gründlich erforscht.

Weiter trifft der zweite Satz des BVerfG-Zitats auch sicherlich noch unter der jüngeren Rechtsprechung des Gerichts zu: Die Meinung der einzelnen Organe oder gar derer Mitglieder ist nicht entscheidend, sondern nur deren gemeinsamer Wille, soweit er sich denn tatsächlich ermitteln lässt. Aber auch der erste Satz des Zitats lässt erkennen, dass der Wille nicht unbeachtlich ist, denn entscheidend soll sein der „objektivierte Wille, wie er im Gesetz seinen Ausdruck gefunden hat“, also nicht der objektive Normtext allein.

Man sollte aber diese Passage ohnehin nicht überstrapazieren, denn das BVerfG argumentiert an dieser Stelle dezidiert nicht verfassungsrechtlich, sondern legt handwerklich das Gesetz aus, ohne die Methode der Gesetzesauslegung verfassungsrechtlich zu begründen. Als Beleg für die verfassungsrechtliche Fundierung einer objektiven Methode taugt die Fundstelle daher nicht, lediglich als Beleg dafür, dass das BVerfG beim Fehlen konkreter Materialien eine Auslegung anhand

⁵⁹ außerdem muss das BVerfG noch in Parteiverbotsverfahren das PartG unmittelbar anwenden.

des Wortlauts für zulässig erachtet. Das aber ist ohnehin selbstverständlich: Ist kein Wille feststellbar, kann er nicht zur Auslegung herangezogen werden.

Im Übrigen scheint die Anführung des objektivierten Willens durch das BVerfG allein eine rhetorische Figur zu sein, weil das Gericht dabei stets den genetischen Argumenten den Vorzug gegeben hat.⁶⁰

Als Beleg für eine objektive Methode des BVerfG kommt allerdings eine Entscheidung zur Vereinbarkeit des Notaufnahmegesetzes mit dem Grundrecht auf Freizügigkeit des GG in Frage. Hier sprach das BVerfG noch von einem allgemeinen Grundsatz, nach dem ein Gesetz nicht für nichtig erklärt werden darf, wenn es verfassungskonform ausgelegt werden könne. Für eine solche Auslegungsmöglichkeit spreche eine Vermutung. Eine derartige Auslegung bedient sich natürlich immer einer rein objektiven Methode. Wenn ein Gesetz entgegen des klaren gesetzgeberischen Willens verfassungskonform ausgelegt wird, so wird damit zwingend der gesetzgeberische Wille missachtetmißachtet.

Das Gericht führt fort, dass es „sich von selbst“ verstehe, dass der Gesetzeszweck dabei nicht außer Acht gelassen werden darf.⁶¹ Das Besondere an dieser Entscheidung ist jedoch, dass es hier darum ging, die ermessensleitenden Gesichtspunkte einer Behördenentscheidung verfassungskonform herauszuarbeiten und nicht um die Auslegung einer Norm, die ohne jeden Spielraum eine Rechtsfolge forderte. Gewährt der Gesetzgeber aber der Behörde Ermessen, zeigt er ja gerade, dass er gewillt ist, anderen Wertungen, die nicht im konkreten Gesetz verankert sein müssen, einen Einfluss auf die Entscheidung zu gewähren. Insofern kann man nicht davon sprechen, dass der Wille des Gesetzgebers hier missachtetmißachtet wird, wenn man die ermessensleitenden Gesichtspunkte verfassungskonform bestimmt.

Hinzu kommt, dass sich das BVerfG an der relevanten Stelle der Begründung auf eine Entscheidung des BayVerfGH beruft.⁶² In dieser Entscheidung ging es aber gerade nicht um die Auslegung eines Gesetzes, sondern einer Verordnung aus dem Jahre 1946. Diese wiederum beruhte auf einem Kontrollratsgesetz. Die Kontrollratsgesetze und die daraus abgeleiteten Verordnungen standen aber in der Normenhierarchie über der Landesverfassung. Daher kam es in der Entscheidung des BayVerfGH zum Sonderfall verfassungswidrigen Rechts, das im Rang über der Verfassung steht. Die Verordnung konnte daher natürlich nicht für verfassungswidrig erklärt werden, aber bei dessen Auslegung war die Verfassung trotzdem zu beachten.

⁶⁰ Müller, Juristische Methodik Bd. 1. Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis., Rn 362.

⁶¹ BVerfGE 2, 266 - Abs-Nr. 40.

⁶² BayVerfGH DÖV 52, 373.

Auch diese Entscheidung des BVerfG trägt daher nicht, weil sie sich einerseits auf eine auf einen Sonderfall bezogene Rechtsprechung des BayVerfG beruft und andererseits sich mit dem Ermessen der Behörde beschäftigt und nicht mit der Auslegung einer konkreten Gesetzesnorm.

Das wird fortgeführt in der Brokdorf-Entscheidung. Hier spricht das BVerfG von einer verfassungskonformen Auslegung, ohne den Willen des Gesetzgebers exakt zu ermitteln oder ihn als Grenze aufzuzeigen.⁶³ Auch hier ist aber m.E. zu beachten, dass es sich bei der fraglichen Norm, § 15 VersammlG, um eine Ermessensvorschrift handelt, mit der der Gesetzgeber bewusst anderen, auch verfassungsrechtlichen Erwägungen, Einfluss auf die Behördenentscheidung geben wollte. Daher dürfte es sich bei der Auslegung von § 15 VersammlG eher um eine verfassungsgeleitete Ermessenskontrolle als eine Gesetzesauslegung handeln.

3) Unterscheidung von Gesetzesauslegung und Ermessenanwendung in der Rechtsprechung des BVerfG

M.E. muss daher klar unterschieden werden, ob das BVerfG eine Norm auslegt, die Ermessen gewährt, oder eine zwingende Norm. Mit der Eröffnung des Ermessens gibt der Gesetzgeber von sich aus die konkrete Entscheidungsfindung in die Hand der Verwaltung und bindet sie gerade nicht bis ins letzte Detail. Dann sind natürlich die „objektiven Wertentscheidungen“ des GG in das Ermessen mit einzubeziehen, weil die Exekutive an diese gebunden ist, Art. 1 III GG. Darin liegt dann aber keine verfassungskonforme Auslegung, sondern eher eine verfassungskonforme Ermessensanwendung.

Das verkennt *Canaris*, wenn er aus der, gerade besprochenen Brokdorf-Entscheidung, einen generellen Vorrang der verfassungskonformen Auslegung entwickelt, weil der Respekt vor dem Gesetzgeber es verlange, seine Normen nicht für verfassungswidrig zu erklären und nicht anzuwenden, sondern sie vielmehr auf ihr zulässiges Mindestmaß zu reduzieren.⁶⁴ Dabei handle es sich um eine objektiv-systematische Auslegung.

Tatsächlich stellt die vorgeschlagene verfassungskonforme Auslegung von *Canaris* in der Sache nichts anderes dar, als die Nichtanwendung eines Gesetzes, wenn es gegen die Verfassung verstößt und die Ersetzung des Gesetzes durch eine verfassungsgemäße Regelung. Die Entscheidung, ob ein Gesetz verfassungswidrig und daher nichtig ist, weist aber Art. 100 I GG exklusiv dem BVerfG zu. Dieser Interpretation der Rechtsprechung des BVerfG kann daher nicht gefolgt werden. Auch übersieht *Canaris* den besonderen Charakter der Entscheidung, die sich v.a. zu den Ermessensleitlinien äußert.

⁶³ BVerfG, Az. 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81 vom 14. Mai 1985 - Abs-Nr. 80 ff.

⁶⁴ *Canaris*, in: FS Kramer, S. 151ff.

4) Fazit

Eine Fundstelle, in der das BVerfG konkret eine objektive Auslegung eines Gesetzes, das kein Ermessen gewährt, billigt, lässt sich nicht zuverlässig auffinden. Vielmehr fordert das BVerfG in jüngerer Zeit die Gesetzesbindung der Judikative insofern ein, als es eine Anwendung von Gesetzen anhand des reinen Wortlauts entgegen dem gesetzgeberischen Willen für verfassungswidrig erklärt. Soweit das Gericht zitiert wird, um eine objektive Methode zu stützen, befassen sich die Entscheidungen entweder mit Ermessensnormen oder sind prozessualen Sonderkonstellationen geschuldet. Die Interpretation der Rechtsprechung insbesondere von *Canaris* ist entschieden entgegen zu treten, sie missachtet insbesondere Art. 100 I GG und ist somit verfassungswidrig.

VI Die obersten Gerichtshöfe für Zivilsachen

Jüngere Entscheidungen der Bundesgerichte scheinen hingegen der Auffassung zu sein, dass Rechtsfortbildung gegen den Willen des Gesetzgebers zulässig ist und berufen sich teilweise explizit auf BVerfG-Entscheidungen. Sie begründen damit offene Rechtsfortbildung gegen den Willen des Gesetzgebers:

Das BAG hat sich in NZA 2011, 905⁶⁵ explizit entschieden, dem Willen des Gesetzgebers nicht zu folgen. Stattdessen hat es eine Auslegung nach den objektiven Methoden herangezogen und sich dabei auf BVerfG, NVwZ-RR 2002, 117 berufen. In der zitierten Entscheidung des Verfassungsgerichts jedoch findet sich klar die Aussage: „Eine verfassungskonforme Auslegung findet dort ihre Grenzen, wo sie dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzes widerspricht. Im Wege der Auslegung darf einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz nicht ein entgegengesetzter Sinn verliehen, der normative Gehalt der auszulegenden Norm nicht grundlegend neu bestimmt oder das gesetzgeberische Ziel nicht in einem wesentlichen Punkt verfehlt werden (vgl. BVerfGE 18, 97, 111[= NJW 1964, 1563; BVerfGE 54 227, 299ff. = NJW 1981, 39; BVerfGE 71, 105] = NJW 1986, 1093).“⁶⁶ Diese Stelle zitiert das BAG aber nicht, sondern eine Stelle, an der das BVerfG feststellt, dass eine verfassungskonforme Auslegung vorzunehmen ist. Dies tut das BVerfG dort jedoch erst, nachdem es zuvor dargestellt hatte, dass ein gesetzgeberischer Wille in der Frage nicht erkennbar ist. Wenn ein solcher erkennbar wäre, hätte das BVerfG das Gesetz aber für nichtig erklärt und nicht verfassungskonform ausgelegt, was das Gericht eindeutig formuliert.

Offen gegen den Willen des Gesetzgebers verstößt auch der BGH, wenn er den klaren Willen des Gesetzgebers bzgl. § 439 III S. 3 BGB ermittelt und dann aufgrund eines Verstoßes gegen eine Richtlinie eine Regelungslücke annimmt und diese dann mit dem Inhalt der Richtlinie schließt.

⁶⁵ *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, S. 516 kritisiert diese Rechtsprechung als „überholt“.

⁶⁶ BVerfG, NVwZ-RR 2002, 117 - Abs-Nr. 15.

Das stößt in mehrerer Hinsicht auf Bedenken. Zunächst verlangt selbst der EuGH nur, die europarechtsfreundliche Auslegung nationaler Normen vorzunehmen, wenn die nationale Methode dies zulässt. Eine Auslegung *contra legem* (und damit *contra Grundgesetz*) darf nicht erfolgen.⁶⁷ Einen Anwendungsvorrang können Richtlinien nur verlangen, wenn die Umsetzungsfrist abgelaufen ist und die Richtlinie hinreichend bestimmt ist.⁶⁸ Einen solchen Vorrang behauptet der BGH im entschiedenen Fall aber auch gar nicht. Insofern fehlt es schon an einem europarechtlichen Zwang, eine solche Auslegung durchzuführen.

Bedenklich ist aber vor allem, dass sich der BGH über den klar geäußerten Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt. Zwar kann der BGH für seine Auslegung auf den hinter dem Gesetz stehenden Willen rekurren, dass dieser die entsprechende Richtlinie umsetzen wollte.⁶⁹ Wenn aber entscheidendes Kriterium der Auslegung der Wille des Gesetzgebers ist, dann muss man eine solche Auslegungsmethode als unzulässig ablehnen. Denn der Gesetzgeber mag zwar generell den Willen gehabt haben, eine Richtlinie umzusetzen; der Gesetzgeber hat sich aber für eine Integration der Richtlinie in die Kodifikation BGB entschieden und dabei konkrete Umsetzungsentscheidungen getroffen. Daher wurde der Wille, die Richtlinie umzusetzen nicht in ein formelles Gesetz objektiviert. Dieser Wille war lediglich hinter dem Erlass des Artikelgesetzes stehendes Motiv. Hingegen hatte der Gesetzgeber für die konkrete Norm einen von der Richtlinie (unerkannt) abweichenden Willen gefasst, welcher die Rechtsprechung bindet.

Zuletzt behauptet der BGH dann, es könne nicht von einer faktischen Derogation gesprochen werden, weil der Norm ein Anwendungsbereich für die relative Unverhältnismäßigkeit bleibe.⁷⁰ Damit zeigt der BGH, dass er wohl davon ausgeht, dass ihm eine Derogation der Norm eigentlich nicht zusteht. Allerdings verkennt er den Begriff der Derogation m.E.: Eine Derogation liegt natürlich auch schon vor, wenn eine Norm nur teilweise nicht angewendet wird.

VII Stellungnahme zur Rechtsprechung

Das BVerfG hat in jüngerer Zeit der subjektiven Methode den Vorzug gegeben, ohne sich mit den alten, eventuell missverständlichen Entscheidungen auseinander zu setzen. Es verlangt, den Willen

⁶⁷ EuGH Große Kammer, Slg 2005, I - Abs-Nr. 47 = ABI EU 2005, Nr C 193, 3 = EuZW 2005, 433 = JZ 2005, 838 = EWS 2005, 405 = DVBI 2005, 1189 = NJW 2005, 2839 = EuGRZ 2005, 373 = EzAR-NF 098 Nr 5 = StV 2006, 1; dazu *Hummel*, NVwZ 2008, 36, 37f.

⁶⁸ *Hummel*, NVwZ 2008, 36 der dieser Entscheidung eine Abweichung davon sieht, die sich aber m.E aus der Besonderheit der Konstellation ergibt: Der Gesetzgeber hatte nach Verabschiedung der Richtlinie das Gesetz entgegen des Richtlinienzwecks geändert, was einen Verstoß gegen das Gebot des unionsfreundlichen Verhaltens darstellt.

⁶⁹ BGHZ 192, 148 - Abs-Nr. 32f = ZIP 2012, 430 = BB 2012, 792 = NJW 2012, 1073 = DAR 2012, 206 = CR 2012, 221 = BauR 2012, 793 = JZ 2012, 468 = VuR 2012, 154 = ZfBR 2012, 341 = VersR 2012, 623 = RIW 2012, 313 = WM 2012, 1143 = WuB IV A § 439 BGB 1.12 = DNotZ 2012, 671 = MMR 2012, 664.

⁷⁰ BGHZ 192, 148 - Abs-Nr. 45 (= o. Fn 69).

des Gesetzgebers dann zu beachten, wenn er eindeutig zu ermitteln ist. Nur, wenn kein gegenläufiger Wille des Gesetzgebers zu ermitteln ist, kann eine verfassungskonforme Auslegung stattfinden.⁷¹ Auch eine Rechtsfortbildung muss so erfolgen, dass der Regelungsplan des Gesetzgebers verwirklicht wird und nicht eine eigene Gerechtigkeitsvorstellung des Richters. Die obersten Bundesgerichte im Zivilrecht hingegen hängen offensichtlich einer objektiven Methode an, berufen sich aber teilweise weiter auf das BVerfG, zitieren es dabei aber unvollständig.

VIII Stellungnahme zu den Methoden insgesamt

Im Folgenden soll zu den, kurz angerissenen, Vorrangfragen Stellung genommen werden, wobei insbesondere der Frage nachgegangen werden wird, wie der Wille des Gesetzgebers konkret ermittelt werden kann. Damit soll dargestellt werden, wie die verfassungsrechtlichen Vorgaben umgesetzt werden können und weitere Gründe für eine am gesetzgeberischen Willen orientierte Auslegung gefunden werden.

1) Kommunikationstheoretische Sicht

In dieser Diskussion kann auch die Kommunikationstheorie m.E. einen Beitrag leisten, weil sie erklärt, wie der Informationsfluss zwischen Gesetzgeber und Rechtsanwender strukturiert ist, und wie die Interpretation von Texten und damit Gesetzen prinzipiell funktioniert.

Kommunikationstheoretisch handelt es sich bei Gesetzen um situationsgebundene Texte, die es erfordern, zur Erfassung des Informationsgehalts weitere Informationen einzubeziehen. Dazu gehören die Ausgangssituation, die regelungsbedürftig war, die Zielvorstellungen des Autors und die Details des Verfahrens.⁷² Dazu gehört es auch, den Gesetzgebungsprozess als arbeitsteilig zu begreifen und zu beschreiben.⁷³ Das Argument, ein historisch-psychologischer Wille des „Gesetzgebers“ könne nicht ermittelt werden, kann so überwunden werden. Es geht nicht um einen historisch-psychologischen Willen sondern um einen historisch-institutionellen. Damit ist eine genetisch Auslegung, also eine subjektive Auslegung, möglich.⁷⁴

Aus kommunikationstheoretischer Sicht wird durch eine rein objektive Auslegung der Norm eine Information entnommen, die der Verfasser nicht in sie hineingelegt hat, und diese Abweichung oft nicht erkannt.⁷⁵ Grund dafür ist, dass die objektive Auslegung nur aus der Perspektive des

⁷¹ BVerfG, NVwZ-RR 2002, 117 - Abs-Nr. 15; ähnlich BVerfGE 110, 226 - Abs-Nr. 145 (= o. Fn 55); BVerfGE 90, 263 - Abs-Nr. 38 = FamRZ 1994, 881 = StAZ 1994, 252 = NJW 1994, 2475 = FuR 1994, 230 = EuGRZ 1994, 575 = EzFamR BGB § 1598 Nr 2 = FPR 1995, 22 = FPR 1996, 251. BVerfG, NVwZ-RR 2002, 117 II 1.

⁷² *Baden*, Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß, S. 265 Thesen Nr. 40-44.

⁷³ *Müller*, Juristische Methodik Bd. 1. Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis., Rn 361.

⁷⁴ *Müller*, Juristische Methodik Bd. 1. Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis., Rn 361d – 362.

⁷⁵ *Baden*, Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß, S. 265 Thesen Nr. 16-27; *Müller*, Juristische Methodik Bd. 1. Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis., Rn 505 bezeichnet den

Interpreten stattfindet, ohne den Verfasser mit einzubeziehen.⁷⁶ Dass die Rechtswissenschaft sich dessen oftmals nicht bewusst ist, zeigen etwa die Argumente *Kelsens*. Bei der Frage danach, ob es ein rein objektives Verständnis von Normen geben könne, geht er davon aus, dass Interpretation reine Reproduktion ist.⁷⁷ Dadurch ignoriert er eine wesentliche „Fehlerquelle“ der Gesetzesauslegung.

Wenn Auslegung aber den Zweck hat, den Regelungsbefehl, den der Gesetzgeber an die Betroffenen gibt, über die Gesetzesanwendung umzusetzen,⁷⁸ dürfen diese Erkenntnisse nicht verkannt werden. Die Gesetzgebung und -anwendung ist daher auch als Kommunikationsprozess zu verstehen. Dabei kann die rechtshistorische, subjektive Methode helfen, den Befehl des Gesetzgebers korrekt zu erfassen.⁷⁹ Um zu verhindern, dass die historischen Materialien nur zur Begründung herangezogen werden, wenn sie das objektiv gefundene Ergebnis stützen,⁸⁰ ist ausnahmslos auf die auffindbaren Materialien einzugehen oder ihr Fehlen zu erklären.

2) Logische Probleme einer objektiv-teleologischen Methode

Eine nur auf objektiv-teleologischen Prinzipien beruhende Methode muss, auch aus rein logischen Gesichtspunkten, abgelehnt werden. Denn die Ermittlung eines Gesetzeszwecks ist bei rein objektiver Methode ein Zirkelschluss: Das Erkennen des Zwecks einer Norm setzt die Erkenntnis ihres Inhalts voraus. Dieser Inhalt aber soll, gerade durch den Zweck, erschlossen werden.⁸¹ Die Argumentation wird tautologisch und unüberprüfbar, weil die Behauptung eines objektiv vernünftigen Ergebnisses einer Überprüfung nicht zugänglich ist,⁸² denn „[o]hne Kenntnis des Zwecks scheitert die Sinnauslegung.“⁸³

Müller/Christensen sprechen in diesem Zusammenhang davon, dass die Auslegung nach dem Telos keine Methode sei, sondern bereits ihr Ergebnis. Mit dem Zweck könne man daher erst arbeiten, wenn man ihn einzeln begründet habe.⁸⁴

Die Auslegung nach dem objektiven Zweck führt daher nicht weiter, und der Zweck darf daher bei erkennbarem Willen m.E. nicht objektiv ermittelt werden: Der Zweck muss durch eine subjektive

Ansatz, dass ein objektivierter Wille des Gesetzgebers textlich objektiviert durch den Richter zum Urteilsspruch vermittelt werde als illusorisch.

⁷⁶ *Baden*, Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß, S. 265 These Nr. 15.

⁷⁷ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 104; dazu *Elsner*, Das Ermessen im Lichte der Reinen Rechtslehre, S. 138.

⁷⁸ *Müller*, Juristische Methodik Bd. 1: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, Rn. 505 spricht davon, dass nach herrschender Lehre Gesetz einen Inhalt haben, der vom Willen ihres Autors bestimmt ist.

⁷⁹ *Baden*, Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß, S. 265 Thesen Nr. 51-53.

⁸⁰ *Baden*, Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß, S. 265 These Nr. 18.

⁸¹ *Herzberg*, JuS 2005, 1, 8; unter Berufung auf *Schlehofer*, JuS 1992, 572, 576.

⁸² *Kirchner*, in: Methodiken für die judikative Rechtsfortbildung im Zivilrecht: die institutionenökonomische Perspektive, S. Rn 1306; *Beaucamp*, Methoden und Technik der Rechtsanwendung, Rn. 190.

⁸³ *Schröder*, Recht als Wissenschaft, S. 367.

⁸⁴ *Müller*, Juristische Methodik Bd. 1. Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis., Rn 364.

Auslegung gewonnen werden, weil nur so eine überprüfbare und demokratisch legitimierte Entscheidung gefunden werden kann.

3) Vorrangregel

Damit ist also zunächst gezeigt, dass eine rein objektive Methode nicht zuverlässig und nachprüfbar einen Zweck einer Norm ermitteln kann. Erkennt man daher die teleologische Auslegung an, kommt man nicht umhin dem historischen Willen des Gesetzgebers einen Platz im Methodenkanon zu gewähren.

Daher ist es m.E. auch notwendig, diesem Willen Vorrang gegenüber den objektiv gefundenen Ergebnissen einzuräumen, weil ansonsten das Ergebnis nicht zuverlässiger wird, als das einer objektiv durchgeführten Methode. Die Frage der Begründung und Willkür verlagert sich dann nur auf die Ebene einer Abwägung und das genetische Argument erschöpft sich in einem reinen Begründungszwang. Wenn sich der Zweck daher anhand der Genese eindeutig feststellen lässt, muss er sich zwingend durchsetzen. Der Wille des Gesetzgebers hat daher Vorrang vor allen anderen Methoden.

4) Der Wille des Gesetzgebers

Dabei kommt es zunächst auf das Regelungsmotiv des Gesetzgebers an. Dieses Motiv ergibt sich aus historischen Gegebenheiten, gesellschaftlichen Problemen oder einer Reformidee. Hier ist auf die rechtsgeschichtliche Methode und die Materialien zurückzugreifen. Dieses Motiv beeinflusst als nächst kleinere Einheit die einzelnen Normen. Diese Normen dienen in ihrem Zusammenspiel dieser Regelungsidee, haben jedoch im komplexen Gefüge des formellen Gesetzes einen jeweils eigenständigen Zweck, den ihnen der Gesetzgeber zugedacht hat. Dabei können einzelne Normen auch dem Hauptmotiv der Reform entgegenlaufen: Sie können etwa Bestandsschutz gewähren oder einen Interessenausgleich bewirken. Es genügt daher nicht, allein das Gesetzesmotiv zu erkennen und anzuwenden, weil so derartige Normen nicht korrekt interpretiert werden können.

Damit stellt sich (zwingend) die Folgefrage nach der Methode zur Ermittlung dieses Willens des Gesetzgebers.

(a) Der Gesetzgeber

Zunächst ist dabei die Frage zu klären, wer eigentlich der Gesetzgeber ist.

Der Gesetzgebungsakt findet seinen formellen Abschluss zwar im Parlament, um dessen Willen es letztlich auch bei der Erforschung des Willens des Gesetzgebers geht. Mangels Willenserklärung des Parlaments über einzelne Änderungen oder die Zustimmung oder Ablehnung des Gesetzes hinaus, ist jedoch auch die vorparlamentarische Geschichte und die Vorgänge in den Ausschüssen und

Unterausschüssen des Parlaments bei der Auslegung heranzuziehen. Es ist schlicht davon auszugehen, dass das Parlament als formeller Gesetzgeber die Äußerungen all derjenigen, die am Wortlaut des Gesetzes mitgearbeitet haben, in seinen Willen aufnimmt und sich diese Überlegungen zu eigen macht. Dies jedenfalls dann, wenn keine offensichtliche Abweichung stattfand. Die Anerkennung dieser Vorarbeiten ist logische Folge, der auch vom Parlament akzeptierten Arbeitsteilung im Gesetzgebungsprozess.⁸⁵

Insofern stimmt die Aussage aus BVerfGE 1, 299, dass es nicht auf den Willen einzelner Mitglieder oder Organe ankomme. Es kommt auf den Willen des am Gesetzgebungsakt letztlich entscheidenden Organs an. Das ist bei nicht zustimmungsbedürftigen Gesetzen allein der Bundestag.

Soweit es sich um ein zustimmungspflichtiges Gesetz handelt, wird aber auch die Ansicht des Bundesrats eine Rolle spielen müssen, wenn klar erkennbar ist, dass die Zustimmung nur aufgrund einer Variante der Gesetzesauslegung erfolgt ist und das Gesetz ansonsten den Bundesrat nicht passiert hätte.

Wenn eine Änderung durch den Vermittlungsausschuss stattgefunden hat, kommt es auf den Willen dieses Ausschusses an, wenn das Gesetz anschließend vom Bundestag bestätigt wurde.

(b) Der Wille

Wichtig ist dabei, dass der Wille des Gesetzgebers, wie er durch die Materialien zu ermitteln ist, sich auch im Gesetz wiederfindet. Wurde eine Norm im Gesetzgebungsverfahren inhaltlich geändert, muss der Grund für diese Änderung untersucht werden. Und auch andere Äußerungen in den Materialien müssen daraufhin untersucht werden, ob diese Änderung Fernwirkungen auch auf andere Teile der Begründung hat.

Nur wenn kein klarer Wille zu ermitteln ist, verbleibt die objektive Methode zur Lösung einer Auslegungsfrage. Dabei ist jedoch stets der durch ein Gesetz grundsätzlich gewollte Plan des Gesetzgebers als wesentlicher Leitgedanke zu beachten. Eine Auslegung, die diesem wesentlichen Plan widerspricht, ist stark begründungsbedürftig, und es muss erklärt werden, wie trotz dieser Auslegung dem Plan des Gesetzgebers insgesamt Geltung verschafft wird.

Soweit eine Deckung von Wille und klarem Wortlaut⁸⁶ vorliegt, darf hingegen keine Abweichung stattfinden.⁸⁷ Ist der Wortlaut unklar, darf das aber nicht Anlass dazu sein, den Willen des Gesetzgebers hintanzustellen. Bei der Auswahl mehrerer Auslegungsvarianten bleibt der klar

⁸⁵ *Baden*, Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß, S. 60f.

⁸⁶ Auch wenn die Bestimmtheit von Begriffen oft überschätzt wird: *Baden*, Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß, S. 265 These Nr, 25-48.

⁸⁷ *Löhnig*, Treuhand, S. 795; *Bydlinski*, in: Symposium Canaris, S. 46ff.

ermittelte Wille maßgeblich und bindend. Ebenso wenig darf eine Rechtsfortbildung gegen den erkennbaren Willen erfolgen.⁸⁸ Das ist, wie die Entscheidung BVerfG, NVwZ-RR 2002, 117 zeigt, auch die Ansicht des BVerfG, das selbst eine verfassungskonforme Auslegung nur dort zulässt, wo der Wille des Gesetzgebers nicht entgegensteht.

5) Besondere Probleme der Methode in der vorliegenden Arbeit

Die vorliegende Arbeit untersucht einen Ausschnitt aus dem BGB, der im Laufe der fast 115jährigen Geltung des BGB oftmals verändert wurde, was weitere Probleme der Ermittlung des Willens aufwirft.

(a) Schichtenproblematik

Dabei gab es zwei große Reformen (Nichehelichengesetz und Kindschaftsreformgesetz), sowie zahllose kleine Änderungen an Anfechtungsfristen und Anfechtungsberechtigungen und dem Prozessrecht. Der Gesetzgeber hat neue Regelungen geschaffen und alte verschoben. Er hat zur Begründung dabei oftmals auf den Stand vor der Reform verwiesen, ohne seine Regelungen im Detail neu zu begründen.

Während die Urfassung des BGB aus dem deutschen Kaiserreich stammt, wurden Änderungen in der Weimarer Republik, zwischen 1933 und 1945 und der Bundesrepublik vorgenommen. Auch wenn von der Urfassung im hier relevanten Bereich nur noch wenige Sätze originär im BGB stehen, beeinflussen diese die Auslegung des geltenden Rechts nach wie vor.

Methodisch stellt sich die Frage, wie mit diesen historischen Gesetzesschichten umzugehen ist.

Diese Textschichten entstehen durch formelle Derogation einzelner Teile des BGB, wobei andere Teile unberührt bleiben. Der Gesetzgeber erlässt nicht ein komplett neues BGB, sondern ändert durch ein Artikelgesetz einzelne Teile des BGB und anderer Gesetze.

Das System des BGB wird dadurch an einzelnen Stellen geändert. Diese Änderung hat möglicherweise Einfluss auf andere Teile des BGB. Es stellt sich also die Frage, ob es auch bei der methodischen Festlegung auf den Primat eines gesetzgeberischen Willen möglich ist, derartige Teiländerungen so zu verstehen, dass sie auf andere Gesetzesteile „ausstrahlen“.

M.E. gebietet die subjektive Methode hier, die alten Normen so auszulegen, dass die neue Systematik zum Tragen kommt. Bedingung ist allerdings, dass ein Systemwechsel dem Willen des jüngeren Gesetzgebers entspricht. Dann kann auch ein klarer Wille des älteren Gesetzgebers obsolet werden.

⁸⁸ a. A. *Löhnig*, Treuhand, S. 795; a.A. auch *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 350ff.

Zur theoretischen Begründung, wieso hier keine formelle Änderung nötig ist, kann angeführt werden, dass sich der Gesetzgeber zur Änderung eines formellen Gesetzes auch nicht immer einer formellen Derogation bedienen muss. Selbst eine Änderung des Wortlauts kann also nicht nur mit einem formellen Gesetz geschehen, in dem der Wortlaut der Norm geändert wird.

Der Gesetzgeber kann sich vielmehr, anstatt einer Änderung des formellen Wortlauts, auch für den Erlass eines weiteren Gesetzes entscheiden. In diesem kann er alten Begriffen neuen Inhalt geben. Alternativ kann er ein Begleitgesetz erlassen, oder mit einem weiteren Gesetz den Anwendungsbereich einschränken oder erweitern. Insbesondere bei normativen Begriffen kann ein Bedeutungswandel durch Zuweisung eines neuen normativen Begriffsinhalts erfolgen.

Er kann einzelne Begriffe auch materiell derogieren, indem er ein Gesetz erlässt, das den gleichen Anwendungsbereich hat. Dann bleibt das alte Gesetz formell in Kraft, kann aber wegen der *lex posterior* Regel und somit materieller Derogation nicht angewendet werden. Er kann auch einfach widersprechende Bestimmungen mit Inkrafttreten des Gesetzes, ohne deren explizite Nennung, außer Kraft setzen. Dann ist aber durch Interpretation der Bestand der formellen Gesetze zu ermitteln und es kann nicht aufgrund einer rein formellen Betrachtung entschieden werden, ob ein Gesetz noch in Kraft ist.

Die Entscheidung darüber, ob ein Gesetz (materiell oder formell) derogiert wurde, obliegt jedem entscheidenden Richter, und nicht nur, wie im Fall der Kollision mit dem GG, dem BVerfG.⁸⁹ Teilweise wird dies als Ergebnis der objektiven Auslegung bezeichnet,⁹⁰ ist aber schlicht ein Ergebnis der Derogationsregeln.

Der Gesetzgeber kann daher seinen Willen in der Form eines formellen Gesetzes verlautbaren, ohne dass er explizit einen Normtext ändert. Daraus lässt sich m.E. schließen, dass eine implizite Änderung von Normen jedenfalls dann möglich ist, wenn der grundsätzliche Derogationswille bzgl. eines Systemwechsels erkennbar ist.

Die Problematik ist in der vorliegenden Arbeit insoweit eine andere, als etwa bei *Löhnig*,⁹¹ der Auswirkungen des geänderten UmwG auf die Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts und ihre Rechtsfähigkeit untersucht. Erstens stand einer derartigen Auslegung dort ein klarer Wortlaut des BGB und der ZPO entgegen. Zweitens ist bei Änderungen eines Spezialgesetzes wie des UmwG und unverändertem Wortlaut des BGB oder der ZPO der Wille des Gesetzgebers schwerer auf die alten

⁸⁹ Ulsamer, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz (39), § 80 Rn 71.

⁹⁰ Ulsamer, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz (39), § 80 Rn 71 unter Fn 1.

⁹¹ *Löhnig*, Treuhand, S. 789ff.

Gesetze zu übertragen, als bei Änderungen innerhalb einer geschlossenen Kodifikation wie dem BGB und insbesondere dem Familienrecht.

Es verbleibt die Frage, wie zu verfahren ist, wenn ein solcher Wille nicht erkennbar ist. Hier wird in der Literatur das Telos des Funktionswandels bemüht, der die Ersetzung einer historischen Regelungsabsicht durch objektive Kriterien eröffnen soll.⁹²

(b) Wille des vorkonstitutionellen Gesetzgebers

Bevor diese Frage beantwortet werden kann, muss zunächst die Frage aufgeworfen werden, ob für den Richter in der BRD eine Bindung an den vorkonstitutionellen Gesetzgeber besteht. Besteht eine solche Bindung nicht, wäre ein Konflikt zwischen dem Gesetzgeber vor 1949 und dem BRD-Gesetzgeber jedenfalls unbeachtlich und somit die meisten Probleme, bei denen ein Funktionswandel bemüht werden müsste, unproblematisch zu lösen.

(aa) Verfassungskonforme Auslegung

Das BVerfG gesteht zwar bei der verfassungskonformen Auslegung von vorkonstitutionellen Gesetzen den Gerichten die Kompetenz zu, den Willen des Gesetzgebers zu umgehen. Darin liegt aber ein Fall der materiellen Derogation durch den Erlass des Grundgesetzes. Da die Gerichte bei materieller Derogation hier selbst auch die Verwerfungskompetenz haben (Art. 100 I GG gilt nur für nachkonstitutionelle Gesetze), dürfen sie, bei verfassungswidrigem Willen des Gesetzgebers, diesen auch selbst brechen und durch einen der Systematik des Grundgesetzes entsprechenden Willen ersetzen.⁹³

Das ist zunächst eine Folge des Verwerfungsrechts des einzelnen Richters. Aus der Verwerfung entsteht eine Lücke, die aufgrund der Bindung an das GG nach Art. 20 III GG gefüllt werden muss. Das BVerfG äußert sich zur Unzulässigkeit einer Richtervorlage nach Art. 100 I GG bzgl. vorkonstitutionellen Rechts wie folgt: „Die Entscheidung über die Vereinbarkeit vorkonstitutionellen Rechts mit dem Grundgesetz lässt die Autorität der gesetzgebenden Gewalt unberührt. Wenn ein Gericht vorkonstitutionelles Recht wegen Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz für "verfassungswidrig" hält und deshalb außer Anwendung lässt, setzt es sich nicht über den ursprünglichen Willen des Gesetzgebers hinweg. Denn die Prüfung eines Gesetzes auf seine Vereinbarkeit mit einer später erlassenen Verfassung setzt gerade die ursprüngliche Rechtswirksamkeit der zu prüfenden Norm voraus; nur dann, wenn der Gesetzgebungsakt des früheren Gesetzgebers als wirksam betrachtet wird, kann sich überhaupt die Frage der Vereinbarkeit

⁹² Bydlinski, in: Symposium Canaris, S. 61ff.

⁹³ zum Ganzen Ulsamer, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz (39), § 80 Rn 71 bei e).

mit dem später erlassenen Grundgesetz erheben. Wird sie verneint, so wird dadurch nicht die Autorität des früheren Gesetzgebers geschmälert, sondern lediglich objektiv festgestellt, dass der spätere gesetzgeberische Wille dem abweichenden früheren gesetzgeberischen Willen vorgeht. Dass jener sich zugleich in einer ranghöheren Norm kundtut, ist zur Beantwortung der Frage, ob das frühere Gesetz mit dem späteren übereinstimmt, ohne Bedeutung. Insoweit ist also die Frage, ob die Gerichte die Vereinbarkeit von früherem Recht mit dem Grundgesetz zu prüfen befugt sind, ein Problem der Kollision zwischen älterem und jüngerem Recht.⁹⁴

Aus dieser Passage lässt sich ableiten, dass das BVerfG den Willen des vorkonstitutionellen Gesetzgebers für gleichrangig mit dem nachkonstitutionellen Gesetzgeber erachtet und sich das Verwerfungsrecht nicht etwa aus einer Unbeachtlichkeit des Willens herleitet, sondern schlicht aus dem allgemeinen Prüfungsrecht bzgl. der oben dargestellten Derogationsregeln.

Zur Beantwortung der Frage, ob der vorkonstitutionelle Wille also auch den Richter in der BRD bindet, kommt es auf die grundsätzliche Frage an, wieso die Bindung an das Gesetz sich auf mehr als nur die objektiv erkennbaren Teile erstreckt. Art. 100 I GG als Zuständigkeitsnorm hat, wie gezeigt, keinen Einfluss auf die Auslegung vorkonstitutionellen Rechts mehr. Einer verfassungskonformen Auslegung, auch gegen den Willen des vorkonstitutionellen Gesetzgebers, stehen daher m.E. keine Bedenken entgegen.

(bb) Einfachrechtliche Auslegung

Anders liegt aber möglicherweise der Fall, wenn keine verfassungswidrige Norm vorliegt. Dann fehlt es an einer materiellen Derogation durch Art. 123 I GG. Vielmehr bleibt es bei der Bindung durch Art. 97 I, 20 II und III GG in unveränderter Hinsicht, so dass die Judikative zunächst an die gesetzgeberische Entscheidung gebunden ist. Ein größerer Spielraum, je nach Alter des Gesetzes, ist nicht anzuerkennen.⁹⁵ Ein durch den Gesetzgeber in anderen Gesetzgebungsakten gezeigter Funktionswandel oder Systembruch kann jedoch auf die Auslegung ausstrahlen. Keinesfalls darf ein solcher Wandel aber allein aufgrund objektiver Wertungen behauptet werden.

Keinen Einfluss hat m.E. auch die Frage, wie in den jeweiligen Epochen methodisch gearbeitet wurde.⁹⁶ Denn die Gewaltenteilung und die Gesetzesbindung als Geltungsgrund gelten für die Richter unter dem GG uneingeschränkt. Nachdem die BRD und ihre Vorgängerstaaten als Staaten identisch sind, der deutsche Staat also beide Weltkriege überdauert hat und die Bonner Republik keine

⁹⁴ BVerfGE 2, 124 - Abs-Nr. 20.

⁹⁵ Hillgruber, in: MaunzDuerig-GG(67), Art 97 GG Rn 60.

⁹⁶ zur Methode des RG vor und nach dem ersten Weltkrieg: *Klemmer*, Gesetzesbindung und Richterfreiheit; *Nörr*, Zwischen den Mülsteinen.

Neugründung war⁹⁷, ist eine Zurechnung des Willens des alten Gesetzgebers auf den Gesetzgeber der BRD möglich. Im Übrigen stellt auch die (oftmals unbewusste) Entscheidung des Gesetzgebers, die Rechtsordnung unverändert zu lassen, eine anzuerkennende Größe dar, die der Rechtsprechung einen Übergriff in diese Sphäre verbietet.⁹⁸

(c) *Anerkennung eines Funktionswandels?*

Wenn schon eine verfassungskonforme Auslegung vorkonstitutioneller Gesetze an der Gesetzesbindung scheitert, weil auch sie nur aufgrund materieller Derogation möglich ist, erscheint mir der Topos vom „Funktionswandel“ ebenfalls verfassungsrechtlich bedenklich. Ein Funktionswandel einer Norm kann daher nicht allein aufgrund objektiver Kriterien behauptet werden, vielmehr ist der erkennbare Wille des Gesetzgebers zum Systembruch zu ermitteln.⁹⁹ Ansonsten muss der Vorrang des „alten“ Gesetzgebers beachtet werden.

Das gilt selbstverständlich nicht, wenn der Gesetzgeber die Norm mit offenen Rechtsbegriffen und Generalklauseln formuliert hat. Dann hat er, wie bei der Ermessenausübung, die Norm ja absichtlich dem Einfluss anderer Wertungen geöffnet. Dann ist diese Öffnung eben sein subjektiver Wille und daher zu beachten. Darin liegt aber kein Funktionswandel, weil die Funktion der Norm ja gerade unverändert bleibt.

6) Folgen aus dieser Methodenwahl

Die subjektive Methode kann das Gesetz nicht „schlauer machen [...] als seinen Schöpfer“.¹⁰⁰ Sie muss daher offen legen, dass der Gesetzgeber einen Fall nicht bedacht hat, der unter den objektiven Wortlaut fällt. Dann muss sie entweder die Norm restriktiv auslegen oder umgekehrt begründen, wieso der historische Wortlaut extensiv auszulegen ist, obwohl der Begriff heute dem Wortlaut entspricht. Sie kann sich auch nicht einfach eines übergeordneten Prinzips bedienen und die Normen nach diesem Prinzip auslegen, wenn der Gesetzgeber dieses Prinzip nicht insgesamt und generell umsetzen wollte. Die subjektive Methode erfordert daher zunächst zwingend die Arbeit mit

⁹⁷ so die herrschende Meinung: *Möllers*, Staat als Argument, S. 136 (mit weiteren Nachweisen); *Heydte*, in: Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither, S. 25 These B 1-4; *Dürig*, in: Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither, S. 56 These Nr. I 2; *Arndt*, in: Gesammelte Juristische Schriften, S. 101.

⁹⁸ Hillgruber, in: MaunzDuerig-GG (67. EG), Art 97 GG Rn 60.

⁹⁹ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 350 ff spricht davon, dass in der Regel der Zweck des Gesetzgebers bindet. Anders aber, wenn der ursprüngliche Zweck unerreichbar oder gegenstandslos geworden sei.

¹⁰⁰ *Baden*, Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß, S. 265 These Nr. 20, formuliert als Kritik an der herkömmlichen Methode.

historischem Material und gibt in der Folge dem subjektiven Willen des Gesetzgebers den Ausschlag. Bei einer objektiv-teleologischen Auslegung hingegen ist die Gesetzesbindung wesentlich lockerer.¹⁰¹

Dabei ist aber trotzdem der objektive Tatbestand des Gesetzes als Ausgangspunkt zu ermitteln, um anschließend, begründet durch die Ermittlung des gesetzgeberischen Willens, davon abzuweichen oder zu begründen, warum trotz der gewandelten Verhältnisse an ihm festzuhalten ist. Letzteres ist dann aber nicht Auslegung sondern Rechtsfortbildung, die auch als solche offen gelegt werden muss.

Dadurch ändert sich auch der Bezugspunkt etwa der Auslegungsregeln: „Jede Norm ist so auszulegen, dass sie eine Funktion erfüllt.“ So kann es durchaus sein, dass aus heutiger Sicht die Funktion einer Norm nicht mehr erkennbar ist. Hat sich die Funktion der Norm für den heutigen Rechtsanwender dergestalt erledigt, so kann dieser Norm nicht einfach aus objektiven Gründen eine neue Funktion gegeben werden. Vielmehr ist dieser historische Zweck zu ermitteln, offen zu legen und damit zu begründen, dass die Norm entweder heutzutage gar keine Funktion mehr erfüllt oder etwa nur eine klarstellende Funktion hat (siehe S. 216ff und S. 90ff).

Das wird bei Normen, die aus dem Ur-BGB stammen, insbesondere dann der Fall sein, wenn sich der Gesetzgeber mit einer Norm zwischen konkurrierenden Partikularrechten oder Auslegungen etwa des römischen Rechts entscheiden wollte (siehe S. 43 ff). Für den Gesetzesanwender am Anfang des 20. Jahrhunderts, der die Partikularrechte, das kanonische Recht oder das römische Recht kannte, war sofort klar, dass der BGB-Gesetzgeber sich damit gegen eine Variante und für eine andere entscheiden wollte. Der Gesetzesanwender heute ist dann leicht geneigt, dieser Norm einen weitergehenden Sinngehalt zu geben, weil er die vom Gesetzgeber damit getroffene Entscheidung nicht mehr erkennen kann.

Einem solchen normativen funktionslosen Überbleibsel kann mit der subjektiven Methode durch Auslegung keine neue Funktion zugewiesen werden. Sie kann aber natürlich „Träger“ einer Rechtsfortbildung sein, indem sie teleologisch erweiternd angewandt wird. Das muss aber offen gelegt werden. Die Anwendung der subjektiven Methode ist gerade hier wertvoll, da so verhindert wird, dass eine solche Norm überinterpretiert wird und dem Gesetz eine Aussage beigelegt wird, die nicht mehr ins bestehende System passt. Dadurch können systemstörende Normen durch Auslegung beseitigt oder so reduziert werden, dass das System störungsfrei funktioniert. Umgekehrt kann eine objektive Auslegung dieser Normen diese Normen als systembildend einstufen und das System nach dieser Norm auslegen, obwohl sie eigentlich ein Überbleibsel aus einem überwundenen System

¹⁰¹ *Kirchner*, in: *Methodiken für die judikative Rechtsfortbildung im Zivilrecht: die institutionenökonomische Perspektive*, S. Rn 1305.

darstellt. So kann sich das alte System, gegen den Willen des neuen Gesetzgebers, versteckt in solchen Normen gegen ein neues System durchsetzen oder es jedenfalls empfindlich stören.

In argumentativer Hinsicht passiert dies vor allem dann, wenn eine solche Norm analog angewendet wird, oder sie für einen Umkehrschluss oder eine Auslegung nach dem Rechtsgedanken dieser Norm passiert (siehe dazu S. 90ff, S. 46ff).

IX Fazit

Die subjektive Methode kann zwar niemals alle Auslegungsfragen klären, da für die wenigsten Detailfragen der Gesetzgeber tatsächlich einen Willen hatte. Der Wille des Gesetzgebers kann jedoch Varianten zwingend ausschließen. Er kann eine Überinterpretation einzelner Normen verhindern, verhindern, dass in den Normtext eine nicht vorhandene Information hineingelegt wird¹⁰² und er kann helfen, den Zweck einer Regelung zu erkennen. In diesem Sinn soll die subjektive Methode in der folgenden Arbeit angewendet werden. Eine rein objektive Methode, die den artikulierten Willen des Gesetzgebers ignoriert, ist verfassungswidrig. Das heißt nicht, dass die subjektive Methode die eine richtige Lösung für eine Rechtsfrage, die es m.E. gar nicht geben kann, ermitteln kann. Sie ist aber in der Lage einzelne – jedenfalls objektiv - vertretbare Lösungen auszuschneiden und die demokratische Bindung der Rechtsprechung sicher zu stellen.

C) Verwandtschaft und Abstammung im materiellen Recht

Das erste dem eigentlichen Thema verschriebene Kapitel der Arbeit befasst sich mit der Verwandtschaft und Abstammung im materiellen Recht. Das umfasst die Verwandtschaft als solche und die Frage ihrer Beziehung zu Vaterschaft und Mutterschaft.

I Einleitung

Dem Titel „Abstammung“ ist im BGB der Titel „Verwandtschaft“ vorgestellt. Dieser Abschnitt ist für das vorliegende Thema insofern von Relevanz, als die Abstammung im Sinne der §§ 1591ff BGB augenscheinlich keine Rechtsfolgen auslöst. Denn als Tatbestandsmerkmal anderer Normen findet die Abstammung keine Verwendung.

Die Verwandtschaft hingegen, definiert in § 1589 BGB, löst Rechtswirkungen aus und begründet ein Rechtsverhältnis. Die in praxi wohl wichtigste Wirkung der Verwandtschaft ist die Unterhaltspflicht nach § 1601 BGB. Hinzu kommen die erbrechtlichen Rechtsfolgen: Abkömmlinge im Sinne des

¹⁰² *Baden*, Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß, S. 265 These Nr, 18.

Erbrechts sind alle in absteigender Richtung Verwandten. Damit begründet die Verwandtschaft auch die meisten Fälle des gesetzlichen Erbrechts und des Pflichtteilsrechts.

Bei unbefangener objektiver Analyse der Normen gewinnt man daher schnell den Eindruck, die Abstammung im Sinne der §§ 1591ff BGB ist ein Tatbestandsmerkmal des § 1589 I S. 1 BGB. Denn dieser lautet: Personen, deren eine von der anderen abstammt, sind in gerader Linie verwandt.“ Alleine die Lektüre der Norm des § 1589 I S. 1 BGB in Zusammenschau mit § 1591 („Mutter ist ...“), und § 1592 („Vater ist ...“) die im Abschnitt „Abstammung“ stehen, müsste daher bei objektiver Auslegung zu dem Ergebnis kommen, dass § 1589 I S. 1 BGB auf die §§ 1591ff BGB als Definitionsnormen zurück greift.

Trotz dieses schon objektiv vorhandenen Ergebnisses kommt die h.L. jedoch zu einem anderen Ergebnis.

Zunächst wird begrifflich wird in der Literatur zwischen verschiedenen Typen von Verwandtschaft differenziert.

Die Verwandtschaft im engeren Sinne, auch genannt Blutsverwandtschaft. Sie soll sich in § 1589 BGB finden.¹⁰³ Das Gesetz soll Verwandtschaft regelmäßig im Sinne des § 1589 BGB also als Blutsverwandtschaft verstehen (§ 1589 BGB und 51 EGBGB).¹⁰⁴

In ähnlicher Weise soll der „Abkömmling“, wie der absteigend Verwandte v.a. im Erbrecht heißt, derjenige sein, der blutsmäßig von der Generation darüber abstammt.¹⁰⁵

Darüber hinaus soll es eine Verwandtschaft im weiteren Sinn geben, die auch die Schwägerschaft nach § 1590 BGB umfasst, auch genannt „Verwandtschaft im Rechtssinne“.¹⁰⁶ Sie soll auch die Adoption umfassen.

Als Gründe für die Entstehung von Verwandtschaft werden Geburt oder bei Adoption eine gerichtliche Entscheidung genannt.¹⁰⁷ Teilweise wird auch vertreten, dass die Verwandtschaft (wohl bei Geburt außerhalb der Ehe) durch Anerkennung entstehen soll. Die gleichen Autoren vertreten dann teilweise aber, dass Verwandtschaft durch reine Blutsverwandtschaft entsteht¹⁰⁸ Formuliert

¹⁰³ Schmidt-Recla, in: Soergel (13), § 1589 BGB Rn 9; Seidel, in: Müko-BGB (6), § 1589 BGB Rn 1; Gutzeit, in: Kaiser/Schnitzler/Frederici, § 1589 BGB Rn 4; Rauscher, in: Staudinger (Neubearbeitung 2011), Einleitung zu § 1589 BGB Rn 1.

¹⁰⁴ Schmidt-Recla, in: Soergel (13), § 1589 BGB Rn 11; Seidel, in: Müko-BGB (6), § 1589 BGB Rn 1.

¹⁰⁵ Schmidt-Recla, in: Soergel (13), § 1589 BGB Rn 16.

¹⁰⁶ Schmidt-Recla, in: Soergel (13), § 1589 BGB Rn 10; Seidel, in: Müko-BGB (6), § 1589 BGB Rn 1. Rauscher, in: Staudinger (Neubearbeitung 2011), Einl zu § 1589 BGB Rn 1.

¹⁰⁷ Schmidt-Recla, in: Soergel (13), § 1589 BGB Rn 20.

¹⁰⁸ Kaiser/Schnitzler/Frederici, § 1589 BGB Rn 6;

wird auch, dass die §§ 1591 – 1598 BGB die Herstellung der Verwandtschaft regeln¹⁰⁹ und dann aber vom gleichen Autor der Beginn der Verwandtschaft mit der Geburt angesetzt wird.¹¹⁰

Hier liegt m.E. auf den ersten Blick ein Widerspruch begründet: Ein System, das allein auf Blutsverwandtschaft beruht, benötigt nicht zusätzlich einen Statusakt der Anerkennung zu seiner Begründung. Ansonsten müsste auch die falsche Anerkennung zur Begründung der Verwandtschaft führen, was aber mit dem System einer Blutsverwandtschaft prima facie nicht zu vereinbaren ist. Es liegt daher möglicherweise ein offener Widerspruch im System der h.M. vor.

Diese Ansicht der h.L. dass § 1589 BGB ein System der Blutsverwandtschaft darstellt, lässt sich daher in mehrfacher Hinsicht bezweifeln.

Zunächst ist das Prinzip der Blutsverwandtschaft durch § 1591 BGB durchbrochen: Mutter im Rechtssinn ist nicht die genetische Mutter, wie man es aufgrund der Blutsverwandtschaft annehmen müsste, sondern die Geburtsmutter.

Vor dem Hintergrund, dass mit § 1592 Nr. 1 und Nr. 2 BGB zwei Möglichkeiten der Begründung von Vaterschaft abweichend von der biologischen Vaterschaft bestehen, stellt sich weiter überhaupt die Frage, ob denn die Blutsverwandtschaft der korrekte Anknüpfungspunkt für die Verwandtschaft im Sinne des § 1589 BGB ist, oder ob nicht vielmehr § 1591 und §§ 1592ff BGB das Tatbestandsmerkmal „abstammen“ des § 1589 BGB ausfüllen und so nicht die Blutsverwandtschaft, sondern die rechtlich ausgeformte Abstammung dieser Normen für die Verwandtschaft relevant sind. Möglicherweise wird auch der Begriff Blutsverwandtschaft schlichtweg irreführend gebraucht.

Wenn Verwandtschaft durch Mutterschaft oder Vaterschaft vermittelt wird, dann stellt sich eben die Folgefrage, ob die rechtliche oder die biologische Vater- und Mutterschaft für diese Frage entscheidungserheblich sind.¹¹¹ *Seidel* spricht nunmehr angesichts dieser Verwirrungen davon, dass die Systematik der Abstammung deswegen jetzt „offen ungereimt wäre“.¹¹² Die rechtlichen Tatbestände der Verwandtschaft sollen sich nicht mit der Definition in § 1589 BGB vereinbaren lassen, sie müssen sie aber laut *Seidel* umfassen, soweit es um die Fälle der Leihmutterschaft, Embryonenspende oder die konsentierten heterologen Insemination (§ 1600 Abs. 5 BGB) geht.¹¹³

Dieser Frage, ob tatsächlich eine unsystematische Regel durch den Gesetzgeber vorliegt oder ob nicht vielmehr durch die Gesetzesinterpretation erst ein unsystematischer

¹⁰⁹ Rauscher, in: Staudinger (Neubearbeitung 2011), Einl zu § 1589 BGB Rn 40.

¹¹⁰ Rauscher, in: Staudinger (Neubearbeitung 2011), § 1589 BGB Rn 20.

¹¹¹ zur Mutterschaft: *Seidel*, in: Müko-BGB (6), § 1589 BGB Rn 2, 12.

¹¹² *Seidel*, in: Müko-BGB (6), § 1589 BGB Rn 13.

¹¹³ *Seidel*, in: Müko-BGB (6), § 1589 BGB Rn 14.

Regelungskomplexentstanden ist, soll im Folgenden mehrstufig auf den Grund gegangen werden. Zunächst soll untersucht werden, wie Mutterschaft begründet wird und ob die Mutterschaft durch § 1589 BGB als Blutsverwandtschaft gelten kann.

Im Weiteren wird die – viel problematischere – Vaterschaft, v.a. im Hinblick auf die Frage untersucht werden, zu welchem Zeitpunkt und durch welchen Akt sie hergestellt und beendet wird. Also ob sie ab Geburt besteht, ob sie rückwirkend entsteht und entfällt und ob es eine Kategorie der rechtlichen Vaterschaft materiell-rechtlich gibt oder ob sie lediglich aufgrund der Rechtsausübungssperren im Verfahren wirkt. Kern der Frage ist, ob es eine rechtliche anzuerkennende Vaterschaft allein aufgrund der biologischen Abstammung gibt, die neben die Vaterschaft aufgrund § 1592 BGB tritt. Die Konkurrenz dieser beiden Vaterschaften wäre dann so zu lösen, dass die erste die materiell wirksame ist und letztere nur aufgrund der Rechtsausübungssperren im Verfahren zur Geltung kommt.

Aus den Erkenntnissen, wie Vaterschaft und Mutterschaft, als Teilbereiche der Verwandtschaft funktionieren, soll also nach deren Darstellung erneut die Frage aufgegriffen werden, ob es ein „Abstammungsrecht“ und eine „Verwandtschaftsrecht“ gibt, also § 1589 und §§ 1591ff BGB nebeneinander stehen. Oder ob nicht vielmehr die beiden Bereiche einen systematischen Gesamtkomplex darstellen.

II Mutterschaft

Zunächst soll hier die Mutterschaft genauer untersucht werden. Dies deshalb, weil im System des Abstammungsrechts der Mutterschaft eine tragende Rolle zukommt: Sie ist selbst eine der beiden Möglichkeiten der Abstammung. Zugleich ist sie Anknüpfungspunkt auch der anderen Variante, nämlich der Zuordnung zum Vater: Nach § 1592 Nr. 1 BGB ist der Ehemann der Mutter Vater des Kindes. Bei der Anerkennung eines Kindes nach § 1592 Nr. 2 BGB muss die Mutter zustimmen, § 1595 Abs. 1 BGB. Und auch im Verfahren der Vaterschaftsfeststellung ist sie immerhin eine von mehreren Antragsberechtigten. Die Frage nach der Mutter ist daher für die Beantwortung der Frage nach dem Vater notwendig zuerst zu beantworten.

Im folgenden Kapitel soll daher untersucht werden, wie Mutterschaft entsteht und welche Auswirkungen die dogmatische Ausgestaltung der Mutterschaft hat. Dabei soll aus den gewonnenen Erkenntnissen auch wieder ein Rückschluss auf das Verwandtschaftsrecht insgesamt und v.a. auf § 1589 BGB als „Grundnorm“ erfolgen. Zuletzt wird die Frage aufgeworfen, wie sich eventuelle Fehler bei der Mutterschaft auf die Vaterschaft durchschlagen.

1) Begründung von Mutterschaft

Seit dem KindRG 1998 ist die Frage der Mutterschaft gesetzlich in § 1591 BGB geregelt: Die Mutterschaft knüpft seitdem an die Tatsache der Geburt an, § 1591 BGB. Mutter ist diejenige Frau,

die das Kind geboren hat (Geburtsmutter), ohne dass es nach dem Wortlaut des Gesetzes auf eine genetische Verbindung zwischen Mutter und Kind ankommt (genetische Mutterschaft). Damit verwendet das Gesetz den nach außen erkennbaren Geburtsvorgang, als für alle sichtbarer Vorgang, als die Mutterschaft begründendes Tatbestandsmerkmal. Eine genetische Verwandtschaft braucht nach dem eindeutigen Wortlaut zwischen Mutter und Kind daher nicht zu bestehen. Bis zum KindRG fand sich im BGB keine Regelung der Mutterschaft. Für die Vaterschaft oder jedenfalls für die Ehelichkeit eines Kindes, gab es dagegen seit Beginn des BGB und auch in den zuvor bestehenden Partikularordnungen jeweils Regelungen.

Die Regelung war notwendig geworden durch moderne Fortpflanzungstechniken. Durch die Möglichkeit der Befruchtung einer Eizelle außerhalb des Körpers (in-vitro-Fertilisation) und Übertragung dieser Eizelle auf eine andere Frau (donogene In-vitro-Fertilisation) konnten Geburtsmutter und genetische Mutter auseinanderfallen.

(a) Überblick zur Entstehung des § 1591 BGB

Das Nichtehechengesetz war bereits neun Jahre verabschiedet, als 1978 mit der Geburt von Luise Brown das erste Kind nach In-vitro-Fertilisation zur Welt kam. Dabei handelte es sich zwar um eine homologe In-Vitro-Fertilisation, bei der die Eizelle auch von der Geburtsmutter stammte. Allerdings war vor diesem Schritt auch eine donogene Insemination nicht denkbar, weil die notwendigen Techniken nicht existierten.

Zu Recht wird in der Literatur daher darauf hingewiesen, dass eine Regelung der Mutterschaft nicht notwendig war, solange keine medizinisch-assistierte Fortpflanzung mit der Möglichkeit des Auseinanderfallens von Geburts- und genetischer Mutter denkbar war. Insofern wird behauptet, dass sich der Gesetzgeber vor dem KindRG letztlich über diese Frage gar keine Gedanken gemacht hat.¹¹⁴

Auf diesen medizinischen Fortschritt reagierte der deutsche Gesetzgeber 1990 in einem ersten Schritt und verbot die donogene In-vitro-Fertilisation in § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG.¹¹⁵ Dabei handelt es sich jedoch nur um eine strafrechtliche Norm, die abgesehen von der Unwirksamkeit von Verträgen nach § 134 BGB zwischen dem Fruchtbarkeitsarzt und den Wunscheltern,¹¹⁶ keine zivilrechtlichen Folgen hat. Eine direkte Auswirkung auf das Abstammungsrecht hatte dieses Gesetz nicht.

Erst acht Jahre später wurde dann mit § 1591 BGB-KindRG auch eine Norm geschaffen, die das Problem im Abstammungsrecht bewältigt.

¹¹⁴ Coester-Waltjen, FamRZ 1984, 230, 232.

¹¹⁵ in Kraft getreten am 1.1.1991.

¹¹⁶ Coester-Waltjen, FamRZ 1992, 369, 371.

(b) Einordnung des § 1591 BGB

Die Norm des § 1591 BGB ist insofern als Konfliktnorm zu verstehen. Sie regelt Fälle, in denen trotz des deutschen Verbots eine solche Behandlung im Inland vorgenommen wurde oder diese zulässigerweise im Ausland (siehe dazu auch S. S. 68).¹¹⁷ Weiter ist die sog. Embryonenadoption im Inland rechtmäßig möglich, denn das Gesetz verbietet nicht die Spende, sondern die Befruchtung mit dem Ziel der Spende.¹¹⁸ Mit der Embryonenadoption sind Fälle gemeint, in denen erst nach Befruchtung des Embryos in-vitro ein Hindernis auftritt, das einen Transfer in die Gebärmutter verhindert. Dieser Vorgang unterfällt weder § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG noch Nr. 7, so dass ein Transfer legal vorgenommen werden darf, wenn die austragende Frau das Kind später keiner anderen Frau überlassen will. Auch hier greift § 1591 BGB.

§ 1591 BGB gilt ohne Übergangsregelung auch für Geburten vor seinem Inkrafttreten, weshalb es auf den Zeitpunkt der Insemination oder Geburt nicht ankommt. Die Norm regelt daher auch Fälle, in denen die Insemination bereits vor dem Verbot erfolgte oder vor dem Verbot bereits stattgefunden hat.

Mit der Einführung der Norm schuf der Gesetzgeber scheinbar eine rechtliche Mutterschaft neben der genetischen Mutterschaft. In § 1591 BGB wird daher eine Aufweichung bzw. Durchbrechung des Prinzips der Blutsverwandtschaft nach § 1589 BGB gesehen.¹¹⁹

Um die tatsächliche Bedeutung des § 1591 BGB analysieren zu können, ist zunächst der Zustand vor Schaffung der Norm zu darzustellen. Nur so kann erklärt werden, auf welchen Regelungszustand der Gesetzgeber mit dieser Norm reagiert hat. Außerdem verspricht die Analyse des Rechtszustands vor Schaffung der Norm einen tieferen Einblick in die Grundlagen des Verwandtschafts- und Abstammungsrechts: Soweit eine Grundnorm oder ein Grundprinzip des Abstammungsrechts existiert, müsste es vor Geltung des § 1591 BGB zur Entscheidung der bis dahin unregulierten Mutterschaft herangezogen worden sein. Insbesondere gilt hier zu untersuchen, ob § 1589 BGB tatsächlich ein Prinzip der Blutsverwandtschaft festlegt¹²⁰, von dem durch § 1591 BGB abgewichen wurde. Soweit ersichtlich ist diese Fragestellung noch nicht untersucht worden, weshalb hiervon durchaus ein Erkenntnisgewinn zu erwarten ist, der über die reine Deskription einer Rechtsgeschichte der Mutterschaft hinausgeht.

¹¹⁷ zur Anwendung des deutschen Abstammungsrechts: Art. 19 EGBGB.

¹¹⁸ BT-Drs. 11/5460, S. 8.

¹¹⁹ Rauscher, in: Staudinger (2011), § 1591 Rn 11; *Diederichsen*, NJW 1998, 1977, 1979.

¹²⁰ Coing, Honsell, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2004), Einleitung zum BGB, Rn. 150ff. ein solches Prinzip behaupten: *Diederichsen*, NJW 1998, 1977, 1979; Schmidt-Recla, in: Soergel (13), § 1591 Rn 6; Wellenhofer, in: MüKo-BGB (6), § 1591 Rn 26; Rauscher, in: Staudinger (Neubearbeitung 2011), § 1591 Rn 11; *Gaul*, FamRZ 1997, 1441, 1463.

(c) *Mutterschaft im BGB 1900*

Vor dem KindRG fand die Mutterschaft im BGB als abstammungsrechtliche Kategorie keine Erwähnung. Allerdings fand sich im Nichteheleichen-Recht des BGB von 1900 eine Norm mit Bezug zur Mutterschaft:

„**§ 1705.** Das uneheliche Kind hat im Verhältnisse zu der Mutter und zu den Verwandten der Mutter die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes.“¹²¹

Das BGB stellte damit klar, dass das nichteheliche Kind nur gegenüber dem Vater eine Sonderrolle einnahm. Denn nach dem unehelichen Vater war durch § 1589 Abs. 2 BGB 1900 die Verwandtschaft ausgeschlossen. Dagegen sollte das Kind von der Mutter und ihren Verwandten gesetzlich erben können und alle anderen aus der Verwandtschaft folgenden Rechte haben, soweit nicht die §§ 1705ff BGB 1900 anderes vorgaben.

Mit der Einführung des § 1705 BGB reagierte das BGB auf die zuvor bestehende uneinheitliche Gesetzeslage in den Partikularordnungen. Die Frage der Stellung des nichtehelichen Kindes im Verhältnis zur Mutter und ihren Verwandten war in den Partikularrechten verschieden geregelt, so dass teilweise das Kind auch mit den Verwandten der Mutter als nicht verwandt galt.¹²²

§ 1705 BGB 1900 bezog sich dem Wortlaut nach aber ausdrücklich nicht auf die Verwandtschaft sondern auf die rechtliche Stellung, die die eines ehelichen Kindes sei. Die Verwandtschaft wird damit also von § 1705 BGB 1900 vorausgesetzt. Eine Regelung der (unehelichen) Mutterschaft ist daher auch in § 1705 BGB 1900 nicht zu sehen.

(aa) Die Motive

Nachdem keine spezielle Norm für die Mutterschaft existierte, liegt der Verdacht nahe, dass möglicherweise die Regelung der Mutterschaft in der allgemeinen Norm § 1589 BGB 1900 zu suchen ist. Diese befand sich im ersten Entwurf noch im allgemeinen Teil unter § 30 BGB-E1. Dort findet sich der Hinweis, dass nach § 1705 BGB 1900¹²³ die Mutter auch mit dem unehelichen Kind verwandt sei, was sich aus § 30 Abs. 3 BGB-E1 ausdrücklich ergebe.¹²⁴ § 30 Abs. 3 BGB-E1 lautete:

¹²¹ http://www.koeblergerhard.de/Fontes/BGB/BGB1896_RGBl_S.195.htm

¹²² Motive FamR, S. 853f.

¹²³ die Norm war im E1 noch § 1568 BGB-E1.

¹²⁴ Motive Allg. Teil, S. 65; *Fraenkel*, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich unter Ausschluß des Vormundschaftsrechts, S. 167.

„Durch uneheliche Abstammung wird, soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt, ein Verwandtschaftsverhältnis nur zwischen dem unehelichen Kinde sowie dessen Abkömmlingen einerseits und der Mutter des Kindes sowie deren Verwandten andererseits begründet“.¹²⁵

Dieser § 30 Abs. 3 BGB-E1 wurde schließlich zum § 1589 Abs. 2 BGB 1900, wobei dieser auf den Satz reduziert wurde, dass nur zwischen Vater und unehelichem Kind keine Verwandtschaft bestehen soll. Die uneheliche Mutter fand somit nur noch in § 1705 BGB 1900 ihre Erwähnung.

Die eheliche Mutter fand in keinem Entwurfs- oder Gesetzesstadium eine Erwähnung. Nachdem aber sicherlich auch das eheliche Kind mit seiner Mutter verwandt sein sollte, ist die Begründung der Mutterschaft weiter außerhalb des § 1705 BGB 1900 zu suchen. Eine solche Norm, in der die Mutterschaft begründet werden soll, wird aber in allen Gesetzesmaterialien nicht diskutiert. Der Gesetzgeber sah die Frage der Mutterschaft wohl einfach als völlig unproblematisch an.

Selbst wenn man in § 30 Abs. 3 BGB-E1 die Mutterschaft insgesamt geregelt sehen will, so fehlt es immer noch an einer konkreten Definition. Der Begriff „Mutter“ wird hier einfach vorausgesetzt und im Gegensatz zum heutigen § 1591 BGB KindRG weder definiert noch umschrieben.

(bb) Diskussion in der Literatur zu Beginn des 20. Jahrhunderts

Dieser erste Eindruck spiegelt sich auch in der zeitgenössischen Literatur wieder, die die Frage der Mutterschaft kaum diskutiert und nie problematisiert. *Opet* erwähnt die Begründung der Mutterschaft in seiner Monographie „Verwandtschaftsrecht des BGB“ von 1899 nicht.¹²⁶ *Fraenkel* geht im Familienrecht von 1898 nur insoweit darauf ein, als auch das nichteheliche Kind kraft Gesetzes mit seiner Mutter verwandt sei.¹²⁷ Auch bei der Diskussion der unehelichen Kinder wird die Mutterschaft nur in ihren Rechtswirkungen diskutiert, ohne dass Ausführungen zu der Frage folgen, wie Mutterschaft entsteht.¹²⁸ *Benoit*¹²⁹ spricht nur die Möglichkeiten der Unterschiebung oder Verwechslung als Probleme der Mutterschaft an. *Endemann* spricht davon, dass die Abstammung von der Mutter durch die Geburt „erwiesen“ wird.¹³⁰ Auch *Ullersberger* geht einfach davon aus, dass das Kind mit seiner Mutter verwandt ist, ohne eine Norm zu zitieren.¹³¹

¹²⁵ Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, S. 7.

¹²⁶ *Opet*, Das Verwandtschaftsrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

¹²⁷ *Fraenkel*, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich unter Ausschluß des Vormundschaftsrechts, S. 167ff.

¹²⁸ *Fraenkel*, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich unter Ausschluß des Vormundschaftsrechts, S. 167ff.

¹²⁹ *Benoit*, Die Anfechtung der Ehelichkeit von Kindern, S. 61.

¹³⁰ *Endemann*, Familienrecht, S. 519.

¹³¹ *Ullersberger*, Das Rechtsverhältnis der unehelichen Kindschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Code civil, S. 31.

Die Frage des Anknüpfungspunktes der Mutterschaft behandelt möglicherweise *Spahn*. Er schreibt im Kapitel „uneheliche Abstammung“, dass bei ehelichen Kindern Mutter die Frau sei, die das Kind geboren hat, und Vater der Ehemann der Mutter sei.¹³² Darin ist aber einerseits sicherlich nur die Bezugnahme auf die Vorschriften zur ehelichen Abstammung nach dem Vater in Kontrast zur unehelichen Abstammung gemeint. Bei der ehelichen Abstammung knüpft das Gesetz ja tatsächlich an die Geburt in der Ehe an. Zudem ist darin keine reflektierte Auseinandersetzung mit der Frage der Mutterschaft zu sehen sondern eine phänomenologische Beschreibung.

Von *Hirsch* hat § 1589 BGB 1900 zwar durchaus die Funktion zugeschrieben, ein Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem unehelichen Kind und seinem Vater zu begründen, welches § 1589 Abs. 2 BGB 1900 wieder durch Fiktion ausschließe.¹³³ Dies folge aus § 1705 BGB, der den unehelichen Kindern auf mütterlicher Seite die Rechtsstellung eines ehelichen Kindes einräume.¹³⁴ Bzgl. der Mutterschaft will er die Mutterschaft durch die Geburt des Kindes begründet wissen,¹³⁵ und spricht dann einige Seiten später davon, § 1589 BGB begründe die Mutterschaft durch Abstammung, welche immer gewiss sei, weil die Mutterschaft durch Geburt bewiesen werden könne.¹³⁶

Darin ist aber im Hinblick auf die Frage der Geburts- oder genetische Mutter keine Entscheidung für die Geburtsmutter zu sehen. Diese Aussage ist vielmehr in Bezug zu der Rechtslage in einigen Partikularrechte zu sehen, die zusätzlich zur Geburt eine Anerkennung durch die uneheliche Mutter verlangten.¹³⁷ Insofern ist die Aussage, durch die Geburt werde die Frau Mutter, die das Kind geboren hat, als Abgrenzung zu sehen zu Rechtsordnungen in denen eine Mutterschaftsanerkennung nötig war.

Zur Frage der Mutterschaft wird aber auch hier klar, dass die Unterscheidung zwischen Geburts- und genetischer Mutter nicht bekannt war, sondern die Fälle zweifelhafter Mutterschaft sich nur auf falsche Eintragungen im Geburtenregister beziehen.¹³⁸ Im Verhältnis zum unehelichen Vater bleibt es jedoch dabei, dass kein Verwandtschaftsverhältnis bestand und somit auch kein Rechtsverhältnis.¹³⁹ Die uneheliche Vaterschaft knüpfte das BGB an die Gewissheit der Zeugung, wie es § 1717 BGB zeige. Eine Regelung, wer der Vater sei, unterbleibe, vielmehr stelle § 1717 BGB nur eine Rechtsvermutung

¹³² *Spahn*, Verwandtschaft und Vormundschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, S. 43.

¹³³ *Hirsch*, Die Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 1.

¹³⁴ *Hirsch*, Die Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 2.

¹³⁵ *Hirsch*, Die Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 2f.

¹³⁶ *Hirsch*, Die Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 6.

¹³⁷ das ergibt sich m.E. aus dem Kontext bei *Hirsch*, Die Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 2f.

¹³⁸ *Hirsch*, Die Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 6.

¹³⁹ *Hirsch*, Die Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 15, 17.

für den Beischläfer auf, dessen Vaterschaft möglich sei, wenn kein weiterer Beischläfer vorhanden ist.¹⁴⁰ Diese Vermutung gelte nur für die Vorschriften §§ 1707ff BGB und sei ansonsten im BGB irrelevant.¹⁴¹ Daher mag man vielleicht § 1589 BGB teilweise als Norm für die Begründung von Mutterschaft verstanden haben, diese allerdings hat man inhaltlich mit der Geburtsmutter stets als personenidentisch angesehen.

Es ist daher davon auszugehen, dass die Frage der Mutterschaft Anfang des 20. Jahrhunderts tatsächlich einfach nach dem Prinzip „Mater semper certa est“ bestimmt wurde, ohne dass über den Grund der Abstammung tatsächlich nachgedacht wurde. Man wusste einfach, wer Mutter war. Man sprach zwar davon, dass die Mutterschaft durch Abstammung vermittelt werde, sah aber den Beweis für die Abstammung entweder unproblematisch und zweifelsfrei in der Geburt oder verwendete beides auf mütterlicher Seite schlicht synonym.

(d) Die Diskussion um die artifizielle Befruchtung

Das änderte sich aber in 1980er Jahren durch das erste „Retortenbaby“. Auch in der juristischen Literatur kam die Diskussion um die Mutterschaft und Leihmutterschaft ausgelöst durch die erste In-vitro Fertilisation (sog. „Retortenbaby“) 1978 auf.¹⁴² Ausgehend vom Gesetzesstand des NeG, der im Hinblick auf die Mutterschaft dem Gesetzesstand von 1900 entsprach, wurde auch im Abstammungsrecht versucht, des Problems Herr zu werden.

(aa) Leihmutterschaft ohne Eizellentransfer mit Samenspende

Die Problematik der Leihmutterschaft ohne Eizellentransfer, bei der eine Frau mit dem Spermium eines fremden Mannes künstlich befruchtet wird, warf dabei keine größeren Probleme auf. In diesen Konstellationen spendete der Ehemann der Frau, die das Kind später „erhalten“ sollte (Wunschkinder) seine Gameten an eine andere Frau (Leihmutter). Deren Eizellen wurden entweder in vivo oder in vitro befruchtet und diese Frau gebar später auch das Kind. Die Wunschkinder trug zu dieser Konstellation nichts bei. Dieses Kind sollte aber nach der Vorstellung aller Beteiligten später das rechtliche Kind der Wunschkinder werden.

In der Literatur war man sich einig, dass der Wille zur Mutterschaft allein nicht ausreichen kann, um diese zu begründen. Die Leihmutter war also auch die Mutter des Kindes.¹⁴³ Die Wunschkinder hatte weder Eizelle noch Schwangerschaft beigetragen, weshalb für eine Mutterschaft jeder Beitrag fehlte. Die Wunschkinder musste daher zur Erlangung der Mutterschaft das Kind adoptieren. Die Lösung

¹⁴⁰ Hirsch, Die Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 64f.

¹⁴¹ Hirsch, Die Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 64.

¹⁴² Louise Joy Brown, kam am 25. Juli 1978 zur Welt und gilt als der erste Retortenbaby der Welt Retortenbaby, Retortenbaby.

¹⁴³ Coester-Waltjen, NJW 1982, 2528, 2259; Deutsch, NJW 1986, 1971, 1974.

der Fälle barg letztlich abstammungsrechtlich nur auf der väterlichen Seite die Problematik, dass es zu keiner Beiwohnung im Sinne von Geschlechtsverkehr kam und so die Vaterschaftsvermutungen möglicherweise nicht griffen.

(bb) Leihmutterschaft mit Eizellentransfer

Problematisch waren hingegen die Fälle der Eizellenspende. In diesen Konstellationen sind Schwangere/Gebärende (Geburtsmutter) und die Frau, von der die Eizelle stammt, (genetische Mutter) personenverschieden. Dabei ist sowohl denkbar, dass die Geburtsmutter die Wunschmutter ist, als auch dass die genetische Mutter die Wunschmutter werden soll, je nach Grund für die Fruchtbarkeitsbehandlung.

Die hierzu geführte Diskussion lässt sich auch heute noch heranziehen, weil sie einen Blick auf die Auffassungen zu den Grundlagen des Abstammungsrechts gibt. Anhand der Diskussion kann insbesondere das Verständnis des § 1589 BGB in seiner auch heute noch geltenden Fassung geschärft werden. Sowohl Konstruktionen, die den § 1589 BGB als Grundlage der Abstammung bemühen, zeigen das Verständnis der Norm auf, als auch Konstruktionen, die ohne sie auskommen.

Wenn § 1589 BGB nicht herangezogen wird, dann scheint er auch nach Ansicht der Verfasser Verwandtschaft nicht konstituieren zu können. Da sich im Schrifttum zum geltenden Recht eine Auseinandersetzung mit dem Gehalt von § 1589 BGB nur im Zusammenhang mit § 1591 oder § 1592 BGB findet, ist diese Frage besonders interessant. Da das heutige Recht keine Lücke mehr kennt, in der nach § 1592 BGB kein Vater oder nach § 1591 BGB keine Mutter zugeordnet werden könnte, gibt die Diskussion dieser damals existierenden Lücke möglicherweise den Blick auf die Grundlagen des § 1589 BGB frei. Eine Untersuchung dieser Diskussion wurde bisher, soweit erkennbar, nicht für die Debatte des Abstammungsrechts fruchtbar gemacht.

(cc) Grundlagen der Diskussion

Die im Folgenden dargestellten Literaturmeinungen werden auf zwei Merkmale hin untersucht. Zunächst soll untersucht werden, ob die Autoren der Meinung waren, dass die Lösung des Problems „Geburtsmutter oder genetische Mutter“ durch den Gesetzgeber vorgegeben und es sich somit um Auslegung handelt oder ob sie davon ausgingen, dass Rechtsfortbildung betrieben wird. Diese Unterscheidung ist wesentlich, weil sich daraus Aussagen für das Verständnis des Abstammungsrechts insgesamt herleiten lassen. War eine Rechtsfortbildung nötig, scheint es nach Ansicht des Verfassers kein universelles Prinzip im Gesetz zu geben, auf das sich Abstammung stets begründen lässt. Das spricht dann auch gegen ein grundlegendes Prinzip der „Blutsverwandtschaft“. Geht eine Auffassung hingegen davon aus, dass nur das Gesetz angewendet wurde, geht der Autor davon aus, dass es eine universelle Regel gibt, aus der sich stets Abstammung begründen lässt.

Dabei wird jeweils als zweites Kriterium ein besonderes Augenmerk darauf liegen, ob § 1589 BGB eine Rolle für die Begründung der Literaturmeinung spielt. § 1589 BGB soll nach Ansicht vieler die Abstammung nach dem BGB aufgrund einer Blutsverwandtschaft begründen und insofern § 1591 und § 1592 BGB vorgeschaltet sein. Dieses Prinzip wird dann ggf. durch §§ 1591ff BGB durchbrochen. Da im Diskurs um die Leihmutterschaft noch keine Norm existierte, die das Prinzip des § 1589 BGB hätte durchbrechen können, soll aus dieser Diskussion ein Verständnis für den § 1589 BGB im Ganzen gewonnen werden.

(dd) Keine Diskussion des § 1589 BGB

Eine Strömung in der Literatur betrieb offen Rechtsfortbildung. Sie ging daher offensichtlich davon aus, dass es keine Norm gibt, die Abstammung aus einer allgemeinen Regel heraus begründet. Durch die Fortbildung des Rechts gelangten die Autoren dabei zu insgesamt drei möglichen Lösungen: Geburtsmutterschaft als maßgebliches Kriterium, genetische Mutterschaft oder die Mutterschaft beider Frauen (Doppelmutterschaft).

(aaa) die h.M.: Geburtsmutterschaft

Die herrschende Meinung¹⁴⁴ entschied sich für die Geburtsmutterschaft. Da die Autoren offen Rechtsfortbildung betrieben, verwundert es kaum, dass die Autoren sich mit § 1589 BGB nicht auseinandersetzten. Das spricht allerdings dafür, dass sie § 1589 BGB kein Prinzip der Blutsverwandtschaft entnommen haben, da sie ansonsten jedenfalls begründen müssten, wieso sie von § 1589 BGB abweichen.

Als Argument für die Geburtsmutter wurde im Diskurs insbesondere die Erkennbarkeit nach außen angeführt.¹⁴⁵ Nur die Geburt biete ausreichend Rechtssicherheit, um schnell und klar feststellen zu können, wer Mutter und daran nach § 1591ff BGB NeG anknüpfend auch Vater eines Kindes ist.¹⁴⁶ Die Feststellung der genetischen Mutter hingegen sei mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Nur die Geburtsmutter biete aufgrund der psychologischen und biologischen Verbindung während der Schwangerschaft ausreichend Gewähr dafür, dass das Kind eine Mutter habe.¹⁴⁷ Auch solle kein Anreiz geschaffen werden, Leihmutterschaft und Eizellenspende zu fördern.¹⁴⁸

¹⁴⁴ umfassender Streitstand bei *Küppers*, Die zivilrechtlichen Folgen der entgeltlichen Tragemutterschaft, S. 49; *Hesral*, Inhalt und Wirksamkeit von Leihmutterschafts- und Eizellenspendeverträgen, S. 7.

¹⁴⁵ *Schumacher*, FamRZ 1987, 313, 315; *Hesral*, Inhalt und Wirksamkeit von Leihmutterschafts- und Eizellenspendeverträgen, S. 12; *Deutsch*, NJW 1986, 1971, 1974; *Knöpfel*, FamRZ 1983, 317, 322; *Kollhosser*, JA 1985, 553, 555; *Coester-Waltjen*, in: 56. DJT, S. 111 f.

¹⁴⁶ *Küppers*, Die zivilrechtlichen Folgen der entgeltlichen Tragemutterschaft, S. 33.

¹⁴⁷ *Schumacher*, FamRZ 1987, 313, 315; *Petersen*, Retortenbefruchtung und Verantwortung, S. 51; *Laufs*, JZ 1986, 769, 776; *Kaufmann*, in: FS Oehler, S. 661; *Hesral*, Inhalt und Wirksamkeit von Leihmutterschafts- und Eizellenspendeverträgen, S. 12.

¹⁴⁸ *Schumacher*, FamRZ 1987, 313, 315, 322.

Dabei gehen alle Autoren von einer Rechtsfortbildung mittels Gesamtanalogie oder Rechtsgedanken aus. Lediglich das Kammergericht wendet die § 1591ff BGB in einer Entscheidung unmittelbar an, in dem es annimmt, Eltern müsste dasjenige Ehepaar sein, in deren Ehe das Kind hineingeboren wird.¹⁴⁹ Damit knüpft das KG faktisch auch an die Geburtsmutterschaft an.

Die Regelungslücke soll sich, soweit sie überhaupt dargestellt wird, aus der Unvorstellbarkeit des Sachverhalts für den Gesetzgeber ableiten.¹⁵⁰ Alternativ soll sie sich daraus ergeben, dass aufgrund der Tatsache, dass beide Frauen für die biologische Reifung des Kindes notwendig sind, das BGB keine Entscheidung in dieser Frage präjudiziere. Denn bei der Vaterschaft gehe es um die Entscheidung zwischen einem an der Zeugung beteiligten und ansonsten an der Zeugung vollständig nicht beteiligten Mann, während bei der Mutterschaft beide beteiligt wären.¹⁵¹

(bbb) Genetische Mutterschaft

Bilsdorfer hingegen vertritt eine genetische Mutterschaft und kommt ebenfalls argumentativ ohne § 1589 BGB aus. Er überträgt die seiner Meinung nach in § 1591 ff BGB NeG steckende Wertung der genetischen Vaterschaft auf die Mutter und will diese als Statusmutter des Kindes wissen.¹⁵² Auch dieser Vorschlag war erkennbar rechtsfortbildend angelegt. *Bilsdorfer* richtete darüber hinaus einen Appell an den Gesetzgeber, da diese Situation im Regelfall nicht dem Ziel der Beteiligten entspräche, sondern die Geburtsmutter bei der Embryonenspende die Statusmutter werden solle. Geholfen werde könne jedoch jetzt schon über die Adoption.

(ccc) Doppelte Mutterschaft

Coester-Waltjen schlug vor, die primäre Zuordnung des Kindes zur Mutter anhand einer Gesamtanalogie zur ehelichen Vaterschaft zu gestalten. Demnach sei zunächst die Geburtsmutter zuzuordnen, die sich jedoch durch Anfechtung davon lösen könne.¹⁵³ Entscheidendes Argument für die Geburtsmutter sei dabei die Anknüpfung an eine offen sichtbare Voraussetzung. Nach einer Anfechtung sei dann die biologische Mutter festzustellen, wobei offen blieb, wie diese Zuordnung geschehen soll und ob § 1589 BGB dafür Zuordnungsnorm ist. Da hier die Geburtsmutter durch Anfechtung beseitigt werden kann, liegt darin eine Sonderform der Doppelmutterchaft.

Die herrschende Meinung ging jedoch davon aus, dass eine doppelte Mutterschaft gegen fundamentale Prinzipien des Familienrechts verstößt. Insbesondere zeigten alle Regelungen des BGB,

¹⁴⁹ KG Berlin, OLGZ 1985, 291 - Abs-Nr. 3 = FamRZ 1985, 735 = ZfJ 1985, 301 = Rpfleger 1985, 295 = MDR 1985, 765 = NJW 1985, 2201 = JZ 1985, 1053 = JuS 1986, 65.

¹⁵⁰ *Küppers*, Die zivilrechtlichen Folgen der entgeltlichen Tragemutterschaft, S. 39ff.

¹⁵¹ *Hesral*, Inhalt und Wirksamkeit von Leihmutterchafts- und Eizellenspendeverträgen, S. 10ff.

¹⁵² *Bilsdorfer*, MDR 1984, 803, 805.

¹⁵³ *Coester-Waltjen*, FamRZ 1984, 230, 233.

dass das Gesetz von maximal zwei Elternteilen ausgeht und nicht von drei oder mehr.¹⁵⁴ In der Praxis sei eine doppelte Mutterschaft schlicht undenkbar.¹⁵⁵

Lediglich *Selb* hat eine Doppelmutterschaft umfassend begründet.¹⁵⁶ Ausgehend von der Prämisse, dass das Abstammungsrecht in der Form des NeG keine Regelung der Mutterschaft für die Fälle des Eizellentransfers kennt, entwickelte er seine Lösung. Dabei lehnt er jede Übertragung der Prinzipien der Vaterschaft ab, da keine Vergleichbarkeit bestehe und weist beiden Frauen die Mutterrolle zu. Insbesondere sei eine Berufung auf die natürliche Situation, dass ein Kind nur eine Mutter haben könne, „schlicht abwegig“, die Situation bei der Vaterschaft bei der eine doppelte schlichtweg undenkbar sei, nicht vergleichbar.¹⁵⁷

Seiner Meinung nach ist die Vermeidung der Doppelmutterschaft vor allem der Vermeidung des Folgeproblems der Verdopplung des Sorgerechts geschuldet, was jedoch davon losgelöst behandelt werden müsse.¹⁵⁸ Daher müsse offen bleiben, wer das Kind letztlich aufzieht, da je nach Situation entweder die Geburtsmutter oder die genetische Mutter die Wunschkumter sei.¹⁵⁹ Dieser Sorgerechtskonflikt solle dann anhand des Kindeswohls entschieden werden. Diesem wiederum sei dann möglicherweise am besten gedient, wenn man der Wunschkumter das Sorgerecht zuspräche, was allerdings, wenn dies ohne Prüfung des tatsächlichen Kindeswohls passiere, einer Umgehung des Adoptionsrechts darstelle.¹⁶⁰

(ee)Lösungen unter Diskussion des § 1589 BGB

Während sich die bereits gezeigten Meinungen nicht mit § 1589 BGB auseinandersetzten, gab es auch Literaturstimmen, die § 1589 BGB diskutierten und eine Abstammung kraft „Blutsverwandtschaft“ darauf stützten. Folgerichtig gelang es diesen dann zu meist nicht, sich vom biologischen Prinzip zu lösen, weshalb sie dazu tendierten, eine genetische Mutterschaft der Eizellenspenderin anzunehmen. Interessanterweise wurde § 1589 BGB aber auch häufig als „neutral“ verstanden, so dass dann wiederum eine Lösung unter Abweichung vom biologischen Prinzip möglich war.

(aaa) Neutralität des § 1589 BGB

Soweit in dieser Diskussion der Wortlaut des § 1589 BGB herangezogen wird, kommen die Autoren teilweise zum Schluss, dass § 1589 BGB bzgl. der Abstammung neutral sei. Die Norm enthalte den

¹⁵⁴ *Küppers*, Die zivilrechtlichen Folgen der entgeltlichen Tragemutterschaft, S. 37.

¹⁵⁵ *Gernhuber*, Lehrbuch des Familienrechts (3. Auflage), § 57 I (6).

¹⁵⁶ *Selb*, Rechtsordnung, S. 72ff.

¹⁵⁷ *Selb*, Rechtsordnung, S. 76.

¹⁵⁸ *Selb*, Rechtsordnung, S. 76.

¹⁵⁹ *Selb*, Rechtsordnung, S. 76.

¹⁶⁰ *Selb*, Rechtsordnung, S. 80f.

Begriff der „Abstammung“, der auf die genetische Abstammung bezogen sei. Zugleich stelle § 1589 S. 3 BGB aber auf die Geburt ab, was für die Geburtsmutterschaft spreche.¹⁶¹

Deutlich formuliert das *Küppers*, der auch auf die Namen der Titel „Allgemeiner Teil“ (§§ 1589f BGB) und „Abstammung“ (§§ 1591ff BGB) abstellt. Daraus schließt er systematisch, dass die Abstammung nach dem Vater in §§ 1591ff BGB geregelt sei und § 1589 BGB die Verwandtschaft regle. Die Mutterschaft sei dagegen schlicht ungeregelt geblieben.¹⁶²

(bbb) Genetische Mutterschaft

Ostendorf, der sich 1983 mit der Frage der Mutterschaft nach Eizellenspende befasst hat, geht davon aus, dass § 1589 BGB die genetische Mutterschaft festlege¹⁶³ und §§ 1591ff BGB NeG nicht analog anwendbar seien.¹⁶⁴ Denn dieser Normkomplex diene allein der Erleichterung der Vaterschaftsfeststellung, weshalb die Vermutungen nur für den Vater widerlegbar wären.¹⁶⁵ Interessanterweise stellt *Ostendorf* aber selbst fest, dass der Gesetzgeber an dieses Problem der unsicheren Mutterschaftsfeststellung nicht gedacht hat,¹⁶⁶ sieht aber in seinem Ausblick für die Rechtslage de lege ferenda keinen Regelungsbedarf.¹⁶⁷ Er setzt sich auch mit der Regelung des § 21 PStG 1957 als Argument für eine Geburtsmutterschaft auseinander.¹⁶⁸ Das PStG stelle zwar auf die Geburt ab, trotzdem müsse § 1589 BGB Vorrang haben.¹⁶⁹

Soweit in der Literatur die genetische Mutter unter Berufung auf § 1589 BGB als Unterhaltsschuldner angenommen wird,¹⁷⁰ liegt dem jedenfalls die Annahme zugrunde, dass das Kind und die Mutter aufgrund der genetischen Verwandtschaft auch rechtlich verwandt sind. Vereinzelt Literaturstimmen folgten dem auch explizit.¹⁷¹

(ccc) Doppelmutterschaft

Teilweise wurde die gezeigte Begründung auch herangezogen, um eine Mutterschaft kraft § 1589 BGB neben einer rechtlichen zu begründen: Jedenfalls ein Erbrecht wurde unter Verweis auf

¹⁶¹ *Schumacher*, FamRZ 1987, 313, 315; so auch *Küppers*, Die zivilrechtlichen Folgen der entgeltlichen Tragemutterschaft, S. 34, der davon spricht, die Norm gebe für die Zuordnung „nichts her“.

¹⁶² *Küppers*, Die zivilrechtlichen Folgen der entgeltlichen Tragemutterschaft, S. 35.

¹⁶³ *Ostendorf*, in: *Jüdes*, S. 177, 190: „[...] fußt auf der Blutsverwandtschaft (§ 1589 BGB).[...] muß dies auch für den Fall einer Fremdschwangerschaft gelten.“

¹⁶⁴ *Ostendorf*, in: *Jüdes*, S. 190.

¹⁶⁵ *Ostendorf*, in: *Jüdes*, S. 191.

¹⁶⁶ *Ostendorf*, in: *Jüdes*, S. 194f.

¹⁶⁷ *Ostendorf*, in: *Jüdes*, S. 194f.

¹⁶⁸ der Wortlaut entspricht im Wesentlichen dem heutigen § 21 PStG.

¹⁶⁹ *Ostendorf*, in: *Jüdes*, S. 190, 191.

¹⁷⁰ *Lauff, Arnold*, ZRP 1984, 279, 281f.

¹⁷¹ *Gaul*, in: *Soergel-BGB* (11), § 1593 BGB.

bestehende Literaturquellen auch nach beiden Frauen behauptet.¹⁷² Angenommen wurde hier eine natürliche Zuordnung anhand § 1589 BGB für die genetische Mutter und zweite Mutterschaft als „hergestellte“ kraft „Mutterschaftsvermutung“ nach der Geburtmutter. Da eine Rechtsausübungssperre nach Vorbild der damals geltenden § 1593 und 1600a S. 2 BGB NeG¹⁷³ für die Mutter fehle, könne das Kind nach Beiden gesetzlich erben.

Hierzu sei angemerkt, dass diese Konstruktion davon ausgeht, dass die natürliche Zuordnung neben der rechtlichen Zuordnung der Mutterschaft besteht. Das lässt sich aber aus den dort angeführten Literaturquellen zur Geburtmutter nicht belegen. Der Verfasser wollte aber erkennbar keine neue Abstammungstheorie begründen. Es werden m.E. abstammungsrechtliche Vorarbeiten lediglich „falsch“ interpretiert. Zum Status dieses Kindes äußert sich diese Meinung dann auch nicht, sondern konstruiert eine Erbfolge zweigliedrig aufgrund Status und Biologie. Eine explizite Theorie der Doppelmutter liegt daher hier nicht vor.

(ff) Stellungnahme

(aaa) Neutralität des § 1589 BGB

Zunächst soll die angebliche Neutralität des § 1589 BGB genauer betrachtet werden, die sich aus dem Gegensatz der Begriffe „abstammen“ in S. 1 und „Geburt“ in S. 3 ergeben soll.

Grundsätzlich ist schon fraglich, ob der Begriff „Geburt“, den das BGB in § 1589 S. 3 BGB verwendet,¹⁷⁴ einfach aufgrund einer objektiven Auslegung dem Wort „Abstammung“ in S. 1 entgegen gestellt werden kann. Eine zutreffende Auslegung der Norm setzt voraus, dass auch die Funktion des einzelnen Normteils historisch korrekt interpretiert wird und daraus Schlüsse gezogen werden. Soweit nur anhand des Wortlauts argumentiert wird, ohne das historische Verständnis für Funktion und Bedeutung von Wort und Norm heranzuziehen, ist das methodisch fragwürdig und ohne demokratische Legitimation.¹⁷⁵ Dabei ist es ohne Belang, dass die Norm nicht unter Geltung des GG erlassen wurde. Für eine rein objektive Methode der Gesetzesanwendung ist im demokratischen Rechtsstaat mit Gesetzesbindung der Richter kein Raum (siehe dazu insgesamt S. 13ff).¹⁷⁶

¹⁷² *Mansees*, FamRZ 1986, 756.

¹⁷³ heute §§ 1594 I, 1599 I, 1600d Abs. 4 BGB

¹⁷⁴ Die Regel stammt aus dem römischen Recht: *Fraenkel*, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich unter Ausschluß des Vormundschaftsrechts, S. 103; *Spahn*, Verwandtschaft und Vormundschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, S. 7.

¹⁷⁵ das klingt aber bei *Schumacher*, FamRZ 1987, 313, 315. an, der nur auf den objektiven Wortlaut abstellt.

¹⁷⁶ *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, S. 512f.

Auch die objektive Auslegung der Norm ergibt aber schon, dass 1589 S. 3 BGB lediglich das Verfahren zur Bestimmung des Verwandtschaftsgrads bestimmt. Die Geburt soll das Ereignis sein, anhand dessen der Verwandtschaftsgrad gezählt werden soll.

Das wird zusätzlich aus der Historie der Norm deutlich. Der Gesetzgeber knüpft mit dieser Zählweise an die römische Tradition der Ahnenbilder an, bei denen die Geburten durch Bänder dargestellt wurden.¹⁷⁷ Aus den Motiven zu § 31 BGB-E1¹⁷⁸ geht klar hervor, dass die Regelung vor allem in Abkehr von der kanonischen Zählweise gewählt wurde, die auf die Anzahl der Generationen zum gemeinsamen Stammvater abstellte.¹⁷⁹ Eine echte materielle Regelung, die irgendeine Aussage zur Mutterschaft oder des Grundes für Verwandtschaft regelte, war darin also nicht zu sehen.¹⁸⁰

Allenfalls zeigt die Verwendung der Begriffe Abstammung und Geburt in § 1589 BGB, dass dem Gesetzgeber nicht bewusst war, dass es sich dabei um zwei Dinge handeln kann, die auseinander fallen können.¹⁸¹ Nicht nachweisbar und kaum denkbar ist, dass der Gesetzgeber damit eine Regelung zur Abstammung nach der Mutter in irgendeiner Weise regeln wollte, in den Materialien findet sich dazu nichts.

Im Übrigen ist § 1589 S. 3 BGB in seiner Funktion zur Ermittlung des Verwandtschaftsgrads unabhängig von der Frage, ob man sich für die Geburtsmutter oder die genetische Mutter entscheidet. Denn auch wenn man die genetische Mutter als Mutter eines Kindes nach Eizellenspende annimmt, würde eine Geburt diese Verwandtschaft vermitteln und die beiden wären ersten Grades verwandt. Die vermittelnde Geburt würde zwar durch eine andere Frau erfolgen, aber die Zählweise bliebe unverändert.

Ein Funktionswandel oder eine Veraltung der Norm, die eine vom historischen Gesetzgeber abweichende Auslegung der Norm rechtfertigen könnte,¹⁸² ist nicht erkennbar. § 1589 S. 3 BGB regelt nach wie vor den Grad der Verwandtschaft und dieser Grad ist nach wie vor regelungsbedürftig, weil sich danach z.B. der Rang der Unterhaltspflichtigen bestimmt, § 1606 BGB. Der historische Wille des Gesetzgebers ist daher auch heute noch der Auslegung zugrunde zu legen.

Von einer Neutralität des § 1589 BGB kann daher nicht gesprochen werden, weil S. 3 im Regelungszusammenhang „Abstammung“ schlicht keine Funktion besitzt.

¹⁷⁷ *Spahn*, Verwandtschaft und Vormundschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, S. 7.

¹⁷⁸ Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, S. 7. Die Norm fand Eingang in § 1589 S. 3 BGB 1900.

¹⁷⁹ Motive Allg. Teil, S. 66f; Engelmann, in: Staudinger-BGB (3./4. Aufl.), § 1589 Anm 2.

¹⁸⁰ *Münzer*, Fortpflanzungsmedizin und Zivilrecht, S. 48f.

¹⁸¹ so auch die Begründung zum KindRG: Bt-Drs 13/4899, S. 42.

¹⁸² *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, S. 520.

Will man also die Eizellenspende anhand des „Abstammungsprinzips“ des § 1589 BGB lösen, steht S. 3 definitiv nicht im Wege. Nicht § 1589 BGB im Ganzen ist wie behauptet neutral, sondern § 1589 S. 3 BGB ist neutral. Daher kann nicht § 1589 S. 3 BGB gegen S. 1 „ausgespielt“ werden, vielmehr ist S. 1 für sich allein zu betrachten, weil nur er den betrachteten Regelungskomplex „Abstammung“ erfasst.

(bbb) Mutterschaft kraft § 1589 BGB?

Es stellt sich daher die Frage, ob § 1589 S. 1 BGB ohne weitere Normen, die Frage nach der rechtlichen Mutter beantworten kann. Dies setzt m.E. methodisch zwei Dinge voraus, deren Erörterung die aufgezeigten Literaturstimmen schuldig bleiben.

Erstens muss es sich bei § 1589 BGB um eine Norm handeln, die Verwandtschaft allein ohne weitere „Hilfsnormen“ begründen will und die Abstammung nicht nur voraussetzt. Das ist wie einleitend dargestellt eine der Forschungsfragen dieser Arbeit.

Zweitens muss der Gesetzgeber mit dem Begriff „Abstammung“ in § 1589 S. 1 BGB dann tatsächlich die Blutsverwandtschaft im Sinne „genetischer Verwandtschaft“ als absolute Geltungsanordnung gemeint haben, die ohne Ausnahme immer die Verwandtschaft festlegt. Hat sich der Gesetzgeber erkennbar über einen Anwendungsfall, der unter den Wortlaut fällt, keine Gedanken gemacht, muss eine teleologische Restriktion überlegt werden und bei Vorliegen der Voraussetzungen eine Lösung anhand anderer Kriterien gefunden werden. Unterbleibt diese Diskussion und wird nur auf den Wortlaut verwiesen, ist die Lösung keine Lösung des Gesetzgebers und somit keine Auslegung sondern letztlich nur Zufall. Dies gilt jedenfalls dann, wenn gute Gründe bestehen, an einer solchen Lösung zu zweifeln.¹⁸³ *Rüthers* spricht in diesem Zusammenhang davon, dass der Normgeber nur regeln könne, was er als regelungsbedürftig erkannt habe.¹⁸⁴ Das ist eine Folge der hier gewählten subjektiven Methode.

i. § 1589 BGB als Norm zur Begründung von Abstammung

Schon im Grundsatz bestehen Zweifel, dass § 1589 BGB überhaupt die Abstammung regeln will. Die Überschrift der Norm lautet „Verwandtschaft“ und auch der Wortlaut spricht dafür, dass die Norm die Abstammung nicht definiert, sondern eher voraussetzt: „Personen, deren eine von der anderen abstammt, sind in gerader Linie verwandt.“ Die Abstammung ist also bereits auf den ersten Blick Tatbestandsmerkmal und nicht Definitionsgegenstand der Norm.

Auch die Systematik des BGB 1900 spricht dafür, dass die Norm eine Abstammung nicht regelt. Mit „Verwandtschaft“ war der zweite Abschnitt des Buch Familienrecht überschrieben. Darunter fand

¹⁸³ so auch *Selb*, Rechtsordnung, S. 73., der formuliert: „Es bleibt von der überkommenen Regelung nichts, was noch auf die neuen Verhältnisse anwendbar wäre.“

¹⁸⁴ *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, S. 520.

sich dann der erste Titel „Allgemeine Vorschriften“ (§§ 1589f BGB) gefolgt vom zweiten Titel „eheliche Abstammung“ (§§ 1591ff BGB). Der zweite Titel widmete sich dann auch nur der Frage der ehelichen Vaterschaft und ihrer Beendigung durch Anfechtung. Die eheliche Abstammung nach dem Vater hatte also ihre Regelung gefunden, die uneheliche war nach § 1589 II BGB verwandtschaftsrechtlich unbeachtlich. Es stellt sich daher schon bei objektiver Auslegung die Frage, welchen Zweck denn § 1589 BGB im Hinblick auf die Begründung von Abstammung haben sollte, wenn alle Teile des Abstammungsrechts, die man als regelungsbedürftig erkannt hat, in eigenen Normen ihren Niederschlag gefunden haben. Denn die mütterliche Abstammung war nicht regelungsbedürftig und ebenso, mangels rechtlicher Wirkungen, die nichteheliche Vaterschaft. Die eheliche Vaterschaft aber war in §§ 1591ff BGB geregelt.

Noch deutlicher ist die systematische Auslegung des heutigen Gesetzesstands: Der zweite Titel heißt jetzt „Abstammung“. Unter diesem Titel finden sich Normen zur Vaterschaft für uneheliche und eheliche Kinder sowie zur Mutterschaft. Auch heute gibt es daher auf den ersten Blick keinen Regelungsbereich für eine Norm, die abweichend von den Spezialnormen eine Abstammung regeln sollte.

Diese Funktionslosigkeit spricht daher schon aus objektiven Gründen dafür, dass § 1589 BGB Abstammung nicht definiert, sondern sie voraussetzt und so auf die Sondernormen verweist.

Zur Begründungsnorm von Abstammung wird die Norm erst, wenn man ihr einen von den §§ 1591ff BGB abweichenden Gehalt gibt und das Wort „Abstammung“ in der Norm nicht als normativen Begriff versteht, sondern als biologischen im Sinne von genetischer Verwandtschaft, die immer auch zur rechtlichen Verwandtschaft führt. Dann wäre das Wort „abstammen“ in § 1589 S. 1 BGB als „genetisch verwandt“ zu verstehen. Die Norm würde also „übersetzt“ lauten: „Personen, deren eine mit der anderen genetisch verwandt ist, sind in gerader Linie verwandt.“

[1]. Genetische Verwandtschaft als absolute Geltungsanordnung des § 1589 BGB?

Es gilt also zunächst zu ermitteln, ob § 1589 BGB wirklich der Umsetzung einer genetischen Verwandtschaft diene. Hier wird in der Literatur gemeinhin unter Verweis auf die Motive davon gesprochen, dass § 1589 BGB die „Blutsverwandtschaft“ begründe. Es gilt also zu untersuchen, ob mit dieser Blutsverwandtschaft das Gleiche gemeint ist, das wir heute als „genetische Verwandtschaft“ verstehen und ob mit der Norm überhaupt die Blutsverwandtschaft unabhängig von anderen Normen begründet werden sollte.

[a]. Motive

Schon die Motive unterscheiden zwischen der „Verwandtschaft“ und der „natürlichen Verwandtschaft“. Erstere habe die eheliche Abstammung (§ 1591ff BGB 1900) zur Grundlage. Für die natürliche Verwandtschaft hingegen sei die Ehelichkeit nicht von Belang, weil die Blutsgemeinschaft die gleiche sei, ob ehelich oder nicht ehelich. Die Verwandtschaft aber soll die eheliche Geschlechtsverbindung der Eltern vermitteln.¹⁸⁵ Zurecht wird daher bereits 1908 von *Engelmann* darauf hingewiesen, dass das Gesetz beim Begriff „Abstammung“ in § 1589 BGB nur die eheliche Abstammung im Auge habe.¹⁸⁶ Lediglich für die Verwandtschaft mit der Mutter genüge auch die uneheliche Geburt.¹⁸⁷

Weitere Stellen zeigen, dass sich der historische Gesetzgeber durchaus bewusst war, dass mit Verwandtschaft ein normativer Begriff gemeint war und kein vorrechtlich-natürliches Institut, wie es die Verfechter einer Definition von § 1589 BGB als abstammungsbegründende Norm vertreten. In den Entwürfen I bis III zum BGB war der Ausschluss der Verwandtschaft zwischen unehelichem Vater und Kind noch nicht als Fiktion sondern als Definition formuliert: „Zwischen einem unehelichen Kinde und dessen Vater besteht keine Verwandtschaft“.¹⁸⁸ Erst durch die Redaktionskommission wurde die Formulierung zum § 1598 II BGB 1900 geändert: „(2) Ein uneheliches Kind und dessen Vater gelten nicht als verwandt.“ Der Wortlaut wurde hier geändert, ohne dass der Normtext oder das System des Abstammungsrechts ansonsten angetastet wurde. Diese neue Formulierung wurde allein aus Rücksicht auf das natürliche Sprachverständnis gewählt. Dem Antrag der Reichstagskommission, die Vorschrift zu streichen, wurde jedoch explizit nicht zugestimmt.¹⁸⁹ Die alten Formulierungen zeigen jedoch, dass kein definitiv biologischer Verwandtschaftsbegriff dem Abstammungsrecht zugrunde gelegt werden sollte, sondern ein normativer. Es ist auch nicht davon auszugehen, dass die Formulierung der Redaktionskommission weitreichenden Einfluss auf das Gesamtsystem des Familienrechts haben sollten, denn grundlegende Änderungen des Abstammungsrechts hätten die Väter des BGB nicht der Redaktionskommission überlassen. Im Übrigen stellt auch die Fiktion des § 1589 II BGB 1900 eine normative Beeinflussung des Abstammungsrechts dar, weil darin auch eine Ausnahme vom biologischen Prinzip zu sehen ist. Auch durch die Schaffung der Ehelichkeitsvermutung akzeptierte der Gesetzgeber bereits mit Inkrafttreten des BGB die soziale

¹⁸⁵ Motive Allg. Teil, S. 65.

¹⁸⁶ Engelmann, in: Staudinger-BGB (3./4. Aufl.), § 1589 Anm. 3.

¹⁸⁷ Motive Allg. Teil, S. 65.

¹⁸⁸ so BGB-E2, § 15; ähnlich § 30 BGB-E1: „Durch uneheliche Abstammung wird, soweit das Gesetz nicht ein anderes bestimmt, ein Verwandtschaftsverhältnis nur zwischen unehelichem Kinde sowie dessen Abkömmlingen einerseits und der Mutter des Kindes sowie deren Verwandten begründet.“

¹⁸⁹ Engelmann, in: Staudinger-BGB (3./4. Aufl.), § 1589 Anm. 3 d.

Vaterschaft unabhängig von der biologischen Rolle und zeigte, dass es ihm eben nicht auf die Biologie ankam.¹⁹⁰

Zur generellen Terminologie des BGB äußern sich die Motive dahingehend, dass die Begriffe „Vater“, „Mutter“, „Großvater“ etc. stets in dem Sinne gebraucht sind, dass sie die eheliche Verwandtschaft meinen und nicht die biologischen Begriffe.¹⁹¹

Einen Regelungsbereich abseits der Aussage, dass Verwandtschaft durch eheliche Vaterschaft und durch die als selbstverständlich vorausgesetzte Mutterschaft begründet wird, war daher für § 1589 S. 1 BGB durch den Gesetzgeber nicht vorgesehen. Der Gesetzgeber hat daher m.E. Abstammung in § 1589 BGB als Verweis auf § 1591ff BGB gesehen.

[b]. Literatur Anfang des 20. Jahrhunderts

Dieses Verständnis zeigt sich auch größtenteils in der zeitgenössischen Literatur: Das zeigen schon die folgenden Zitate: „Soweit es sich um die Verwandtschaft als Grundlage des Familienrechts handelt, so kommt nur die durch eheliche Abstammung begründete Verwandtschaft in Betracht. [...] Als verwandt gilt dagegen das uneheliche Kind mit seiner Mutter [...] (§ 1705 BGB).“¹⁹² Oder ähnlich: „Ob die Verwandtschaft auf ehelicher oder unehelicher Abstammung beruht, ist für das natürliche Verwandtschaftsverhältnis ohne Bedeutung, das BGB stellt aber nur bei der durch Frauen vermittelte Verwandtschaft eheliche und uneheliche Geburt gleich, während es die Verwandtschaft eines Abkömmlings mit seinem Vater nur die durch eheliche Geburt begründet werden läßt.“¹⁹³ Zum Abschluss seines Kapitels zählt *Spahn* dann auch die Entstehungsmöglichkeiten von Blutsverwandtschaft abschließend auf: eheliche Abstammung, Gleichgestellte aus nichtiger Ehe, Legitimation, Adoption, uneheliche Geburt für Mutter und das Kind und für die Verwandten.¹⁹⁴

Im umfassenden Familienrechtslehrbuch von *Endemann* aus dem Jahr 1908 wird zwar die Blutsverwandtschaft unterschieden von der rechtlichen Verwandtschaft durch Adoption.¹⁹⁵ Allerdings wird unter dem Gesichtspunkt rechtliche Verwandtschaft zwischen ehelichen Kindern, die wirklich vom Vater abstammen und solchen, die von anderen Männern abstammen, nicht unterschieden. Die ehelichen Kinder werden insgesamt als blutsverwandt bezeichnet. *Engelmann* in

¹⁹⁰ *Küppers*, Die zivilrechtlichen Folgen der entgeltlichen Tragemutterschaft, S. 34.

¹⁹¹ Motive Allg. Teil, S. 66.

¹⁹² *Fraenkel*, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich unter Ausschluß des Vormundschaftsrechts, S. 103f.

¹⁹³ *Spahn*, Verwandtschaft und Vormundschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, S. 8.

¹⁹⁴ *Spahn*, Verwandtschaft und Vormundschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, S. 10.

¹⁹⁵ *Endemann*, Familienrecht, S. 516.

der 3./4. Auflage des Staudinger schreibt von der „künstlichen“ Verwandtschaft neben der auf Abstammung beruhenden (natürlichen).¹⁹⁶

Kuttner befasste sich schon 1908 mit der Frage des Rechtsverhältnisses zwischen unehelichem Kind und seinem „Vater“. Grund für die Beschränkung seiner Arbeit auf das uneheliche Kind war, dass nur dort das BGB sich der reinen Blutsverwandtschaft bediente, die durch die Zeugung vermittelt wurde.¹⁹⁷ Aber auch hier ist die Formulierung Blutsverwandtschaft in Abgrenzung zu den teilweise in den alten Rechten vertretenen Ansichten zu sehen, nachdem der Beischlaf mit der Mutter und nicht die Zeugung Rechtsgrund für die Unterhaltspflicht sei, weshalb es dort auf eine biologische Verwandtschaft überhaupt nicht ankam.¹⁹⁸ Auch bemühte er gerade nicht den § 1589 BGB zur Begründung einer Feststellungsklage des unehelichen Kindes gegen seinen Vater, sondern die Vielzahl der Ansprüche zwischen Kind und unehelichem Vater.¹⁹⁹

Nur vereinzelt wurde § 1589 BGB zwar durchaus die Funktion zugeschrieben, ein Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem unehelichen Kind und seinem Vater zu begründen, welches § 1589 II BGB wieder durch Fiktion ausschließe.²⁰⁰ Die Frage allerdings, wieso der Gesetzgeber die Vaterschaft hätte definieren wollen, obwohl sie keine Rolle spielt, bleibt offen.

Das spricht dafür, dass der Begriff Blutsverwandtschaft um 1900 nicht die echte biologische Gemeinschaft meinte, sondern vielmehr der Gegenbegriff zur rechtlichen Verwandtschaft etwa kraft Adoption war. Der Begriff hat dann später einen noch zu untersuchenden Bedeutungswandel erfahren, hin zur genetischen Verwandtschaft, der ihm damals nicht zukam. Allenfalls für das nichteheliche Kind war die genetische Abstammung der Rechtsgrund für den Unterhaltsanspruch. Das aber ist in Abkehr zu den alten Partikularordnungen zu verstehen, in denen nur der Beischlaf mit der Mutter diese Ansprüche begründete, ohne dass es auf die Frage ankam, ob daraus tatsächlich das Kind entstanden ist.

[c]. Entwicklung eines eigenständigen Rechtsbegriffs „blutmäßige Abstammung“

Erst in den 1930er Jahren wurde § 1589 BGB vereinzelt als Definition des genetischen Prinzips verstanden. Zu dieser Zeit erfolgte wohl auch die Definition eines veränderten Verständnisses der Blutsverwandtschaft im Sinne einer genetischen Verwandtschaft. Dabei muss allerdings angemerkt werden, dass dies v.a. geschah, um damit eine Feststellungsklage bzgl. der biologischen Abstammung

¹⁹⁶ Engelmann, in: Staudinger-BGB (3./4. Aufl.), § 1589 Anm. 1. d.

¹⁹⁷ *Kuttner*, JherJB 50, 412, 438.

¹⁹⁸ *Kuttner*, JherJB 50, 412, 438.

¹⁹⁹ *Kuttner*, JherJB 50, 412.

²⁰⁰ *Hirsch*, Die Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 1.

begründen zu können. Auch sollte durch dieses Verständnis nicht das Abstammungsrecht beeinflusst werden.

Durch die Entwicklung des nationalsozialistischen Rassegedankens war die biologische Abstammung im Rechtsverkehr wichtig geworden und sie hatte insbesondere außerhalb des Zivilrechts eine Funktion bekommen, die neben die Funktion der rechtlichen Verwandtschaft trat. Daher bemühte sich die Literatur eine Feststellungsklage bzgl. der biologischen Abstammung herzuleiten.

So benutzt *Engländer* bereits im Jahr 1935 den § 1589 BGB, um hinter dem geltenden juristischen Abstammungssystem des BGB das versteckte biologische System aufzudecken und die Rechtsordnung so auszulegen, dass eine Feststellungsklage auf die biologische Verwandtschaft möglich wurde.²⁰¹ Sie stellte dazu neben die rechtliche Verwandtschaft, als zweite rechtliche Terminologie, die biologische Verwandtschaft, die der Gesetzgeber in § 1589 BGB definiert habe. Der Unterschied zwischen rechtlicher und biologischer Verwandtschaft sollte dabei aber erhalten bleiben, es ging nicht um die Auslegung des Abstammungsrechts sondern um die Schaffung eines neuen rechtlichen Instituts der biologischen Abstammung als feststellungsfähigem Rechtsverhältnis.²⁰²

Das wird in der Literatur teilweise deutlich ausgesprochen: Entgegen der Auffassung des Nationalsozialismus sei das uneheliche Kind mit seinem Erzeuger nicht verwandt, aber § 1589 II BGB schließe nur das besondere Rechtsverhältnis der Verwandtschaft aus, eine generelle Feststellungsklage werde aber dadurch nicht verboten.²⁰³ Die blutmäßige Abstammung der einen von der anderen Person sei eine dauernde Beziehung mit weitreichenden Rechtsfolgen und daher ein Rechtsverhältnis.²⁰⁴

Die Gegenansicht hingegen vertrat, dass es außerhalb der bürgerlich-rechtlichen Ansprüche zwischen unehelichem Kind und seinem Vater keine Klage auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung geben könne, weil dafür das besondere Interesse an der Feststellung fehle.²⁰⁵ Es handle sich nicht um ein Rechtsverhältnis sondern um eine Tatsache, die lediglich inzident zu prüfen sei, wenn sie Tatbestandsmerkmal sei.²⁰⁶ Eine solche Klage müsste daher der Gesetzgeber schaffen.²⁰⁷

²⁰¹ *Engländer*, Auswertung der natürlichen väterlichen Abstammung gegenüber einer fiktiven rechtlichen Ehelichkeit, S. 15.

²⁰² *Engländer*, Auswertung der natürlichen väterlichen Abstammung gegenüber einer fiktiven rechtlichen Ehelichkeit, S. 16.

²⁰³ *Freiherr von Scheurl*, DR 1936, 235, 261.

²⁰⁴ *Freiherr von Scheurl*, DR 1936, 235, 237.

²⁰⁵ *Roquette*, DR 1936, 486, 487.

²⁰⁶ *Roquette*, DR 1936, 486, 486.

²⁰⁷ *Fischer*, DR 1936, 237, 239.

Es bleibt aber festzuhalten, dass alle Literaturstimmen streng zwischen der biologischen Abstammung und der Verwandtschaft als verschiedene Rechtsverhältnisse unterschieden haben. Die biologische Abstammung wurde nicht als Berufungsgrund einer Verwandtschaft im Rechtssinne gesehen.

[d]. Die Abstammungsfeststellungsklage des RG beim unehelichen Kind

Das RG ließ eine solche Klage dann 1938 für das uneheliche Kind zu und berief sich dabei auf die Vorarbeiten von *Kuttner* (1906).²⁰⁸

Dementsprechend zog das RG, wie *Kuttner*, auch nicht § 1598 BGB zur Begründung des Rechtsverhältnisses heran, sondern berief sich auf die Vielzahl der Rechtswirkungen insgesamt, die die nichteheliche Abstammung begründe. Dabei betont das RG den Unterschied zwischen der Klage auf Feststellung der Zahlvaterschaft und der Klage auf Feststellung des wirklichen Vaters.²⁰⁹ Aufgrund der Vielzahl der Rechtswirkungen liege ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 256 ZPO vor und auch ein Feststellungsinteresse bestehe.²¹⁰ Das Feststellungsinteresse könne dabei auch öffentlich-rechtlicher Art sein, was hier wegen der nationalsozialistischen Gesetzgebung der Fall sei.²¹¹ In Konsequenz hat das RG dann die negative Feststellungsklage des zum Unterhalt verurteilten im Regelfall mangels Feststellungsinteresse für unzulässig gehalten. Die Nichtabstammung habe im Regelfall keine öffentlich-rechtliche Konsequenz, was im Einzelfall aber anders sein könne.²¹²

Während das RG in diesen ersten Entscheidungen noch die Vorschriften über das normale Zivilverfahren angewendet hatte, kam es wenig später zu dem Schluss, dass die §§ 640ff ZPO analog anzuwenden seien und somit Amtsermittlung und die Rechtskraft *inter omnes* anzuwenden seien. Unter Berufung auf die Bedeutung der blutsmäßigen Abstammung für das „Volksganze“ änderte das RG seine Rechtsprechung.²¹³ Damit war auch ein Feststellungsinteresse nicht mehr notwendig, da § 256 ZPO keine Anwendung mehr fand.²¹⁴ Auch war ein Vergleich mangels Dispositionsbefugnis der Parteien nicht mehr zulässig²¹⁵ und die Fortsetzung gegen den Erben des Erzeugers nicht möglich.²¹⁶

In allen Entscheidungen des RG findet § 1589 BGB keine Erwähnung, das Rechtsverhältnis hatte sich zunächst aus anderen Folgenormen ergeben sollen und war später einfach durch die blutsmäßige

²⁰⁸ RG, JW 1938, 245; dazu umfassend *Deichfuß*, Abstammungsrecht und Biologie, S. 44 ff.

²⁰⁹ RG, JW 1938, 245, 245; RGZ 161, 277, 161.

²¹⁰ RG, JW 1938, 245, 247.

²¹¹ RG, JW 1938, 245, 247.

²¹² RG, RGZ 159, 58.

²¹³ RGZ 160, 293, 160.

²¹⁴ RGZ 160, 293, 299.

²¹⁵ RGZ 164, 62, 164.

²¹⁶ RGZ 163, 100, 163.

Abstammung als solche ersetzt worden. Zwar geht *Deichfuß* davon aus, dass in der Zulassung dieser Klage eine Einschränkung von § 1589 II BGB lag,²¹⁷ dem ist m.E. aber nicht zu folgen. Vielmehr zeigt die Zulassung dieser Klage, dass es sich bei der Abstammungsfeststellungsklage – wie das RG auch immer wieder betont hat – um die Feststellung der biologischen Abstammung ging und nicht um die Verwandtschaft oder Abstammung im Rechtssinn.

Auch wenn das RG dann ausführt, beide Klagen würden sich mit der Abstammung befassen und deshalb könne ein späteres Abstammungsfeststellungsurteil die Rechtskraft eines Unterhaltstitels durchbrechen,²¹⁸ liegt darin kein Widerspruch zu § 1589 II BGB oder den hier vertretenen Thesen. Da der nichteheliche Vater mit dem Kind nach § 1589 II BGB 1900 gerade nicht verwandt war und die Zeugung durch den Vater Tatbestandsmerkmal des Unterhaltsanspruchs nach § 1717 BGB war, war dies nur konsequent. Aber auch hier bleibt § 1589 BGB unerwähnt, weil das RG natürlich davon ausging, dass das nichteheliche Kind und sein Vater nicht verwandt sind, § 1589 II BGB 1900.

Der BGH führte die Rechtsprechung des RG gebilligt durch das BVerfG²¹⁹ fort und wandte für das Verfahren die §§ 640 bis 643 ZPO an.²²⁰ Das Feststellungsinteresse liege grundsätzlich vor, könne aber etwa dann fehlen, wenn ein bereits zum Unterhalt verurteilter „Zahlvater“ eine negative Feststellungsklage erhob.²²¹ Insofern widersprach der BGH dem RG: Letzteres sah in dem Feststellungsurteil zuletzt auch ein Gestaltungsurteil, das die Rechtskraft des Unterhaltsurteils durchbrechen konnte.²²² In der Rechtsprechung des BGH wurde dann auch der Rassegedanke wieder durch die ursprüngliche Argumentation ersetzt, wobei das Feststellungsinteresse nun durch die Auswirkungen vermögensrechtlicher und personenrechtlicher Art ersetzt wurde, insbesondere die Wirkung des § 37 PStG 1937.

[a]. Die Abstammungsfeststellungsklage des RG beim ehelichen Kind

Die Ansicht, dass darin keine Einschränkung von § 1589 II BGB 1900 zu sehen ist, wird bestätigt durch die Rechtsprechung des RG zur Abstammungsfeststellungsklage der ehelichen Kinder.

Hier trat als weiteres Problem die Konkurrenz zur Anfechtungsklage hinzu.²²³ Dabei hatte sich das RG mit dem deutschen²²⁴ Recht insoweit zu befassen, als aufgrund der nationalsozialistischen Weltanschauung möglicherweise die Anfechtungsfristen des BGB als unwirksam angesehen wurden.

²¹⁷ *Deichfuß*, Abstammungsrecht und Biologie, S. 46.

²¹⁸ RGZ 169, 129, 132; *Frantz*, DR 1943, 62, 62.

²¹⁹ BVerfGE 8, 210.

²²⁰ BGHZ 5, 385 = NJW 1952, 780; BGH, LM Nr 11 zu § 256 ZPO = NJW 1952, 935 = MDR 1952, 486 = JZ 1952, 479.

²²¹ BGHZ 5, 385 (= o. Fn 220).

²²² RGZ 169, 129.

²²³ *Deichfuß*, Abstammungsrecht und Biologie, S. 92ff.

²²⁴ ansonsten existieren viele Entscheidungen dazu zum österreichischen ABGB.

Literaturstimmen forderten, die Fristen zu ignorieren, weil es der Idee des Nationalsozialismus widerspräche, das Kind oder den Vater an einen falschen Status festzuhalten. Dem stellte sich das RG entgegen und argumentierte anfangs explizit mit der Zulässigkeit einer Abstammungsfeststellungsklage auch für das eheliche Kind. Die Beschränkungen des § 1593 BGB oder die Vermutungen für die Ehelichkeit stünden dem nicht entgegen, da es sich dabei um verschiedene Dinge handele.²²⁵ Die Frist sei daher für die Frage irrelevant, die biologische Abstammung könne ohne Auswirkung auf den ehelichen Status des Kindes festgestellt werden.

Wiederholt beschäftigte sich das RG mit dieser Frage für das österreichische Recht und bejahte stets die Zulässigkeit auch nach Ablauf der Frist.²²⁶

Eine anderslautende Entscheidung des OLG Danzig²²⁷ nach Inkrafttreten des FamRÄndG billigte das RG jedoch²²⁸, während das OLG Hamburg²²⁹ unverändert auch bei Ablauf der Fristen die Feststellungsklage zulassen wollte. Der Große Zivilsenat des RG hat sich dann 1943 endgültig *Frantz*²³⁰ angeschlossen und wegen der Konkurrenz von Anfechtungs- und Abstammungsfeststellungsklage, letztere für unzulässig gehalten.²³¹ Ab dem Jahr 1943 war daher die Abstammungsfeststellungsklage für das eheliche Kind unzulässig.

Das ist allerdings für die hier zu behandelnde Frage insofern irrelevant, als die geänderte Rechtsprechung allein auf die Änderung im Vaterschaftsrecht zurückzuführen ist, durch die das öffentliche Interesse als Feststellungsinteresse in Wegfall geriet. Dort wird darauf noch einmal zurückzukommen sein (S. 111). Im Übrigen ist anzumerken, dass das OLG Danzig die Zweigleisigkeit von biologischer Abstammung und rechtlicher Verwandtschaft sogar explizit betont, beides jedoch gleich behandeln wollte. Diesen Aspekt hebt auch *Scanzoni* in seiner Anmerkung zur Entscheidung des OLG Hamburg hervor, der die Streitgegenstände der beiden Verfahren untersucht.²³²

Auch andere Entscheidungen sprechen nicht gegen die hier vertretene Ansicht: Eine Entscheidung des KG aus dem Jahr 1917, die eine Feststellung der Unehelichkeit wegen § 1593 BGB ablehnt, bezieht sich explizit nicht auf die biologische Abstammung sondern auf den Status. Sie kann daher nicht als Beleg für eine abweichende Meinung dienen.²³³

²²⁵ RGZ 152, 390, 394 f.

²²⁶ RGZ 161, 325, 328f; weitere Nachweise bei *Deichfuß*, Abstammungsrecht und Biologie, S. 94 Fußnote 60.

²²⁷ OLG Danzig, DR 1942, 1335.

²²⁸ RG, DR 1942, 1335.

²²⁹ OLG Hamburg, DR 1941, 216.

²³⁰ *Frantz*, DR 1943, 62, 65.

²³¹ RG, StaZ 1943, 107.

²³² *Scanzoni*, DR 1941, 217.

²³³ KG, KGJ 50 A 38 (Nr. 11).

Daher billigte das RG zunächst eindeutig eine „zweigleisige“ Abstammung auch beim ehelichen Kind: eine rechtliche mit den familienrechtlichen Folgen und eine biologische, die im Familienrecht ohne Wirkung blieb. Geändert wurde diese Rechtsprechung nur weil das Feststellungsinteresse für die Klage durch eine Gesetzesänderung in Wegfall geriet.

[b]. Fazit zur Abstammungsfeststellungsklage des RG

Die Abstammungsfeststellungsklage, die explizit der Ermittlung der biologischen Wahrheit diene, wurde zwar von der Literatur teilweise auf § 1589 BGB gestützt, aber in der Rechtsprechung maßgeblich mit der Rassenideologie begründet. Selbst der BGH berief sich nach Ende des 2. Weltkriegs nicht auf § 1589 BGB, als einem allgemeinen Prinzip der Blutsverwandtschaft, sondern stützte sich auf die Rechtsfolgen, die die nichteheliche „Erzeugerschaft“ begründete.²³⁴ Das war möglich, weil die Zeugung durch den „Zahlvater“ unmittelbar Tatbestandsmerkmal des Unterhaltsanspruchs war und kein echter Status des nichtehelichen Kindes bestand. Letztlich stand hinter der Zulassung die heute wieder stark diskutierte Anerkennung des „Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung“, das auch heute durch § 1598a BGB losgelöst vom familienrechtlichen Status geregelt ist.²³⁵

[c]. Diskussion in der BRD

Es scheint, dass in den Gründungsjahren der Bundesrepublik die Bedeutung des § 1589 BGB als Norm zur Begründung von Verwandtschaft ihren Anfang fand. Ab nun finden sich in der Literatur Sätze wie „Verwandtschaft ist, auch im Rechtssinne, von jeder positiven Gesetzesregelung einmal abgesehen, grundsätzlich natürlich Blutsverwandtschaft.“, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der biologischen Abstammung fallen.²³⁶

An Brisanz gewann die Diskussion aber erst mit Einführung des NeG. Denn zuvor war wegen § 1593 BGB die wahre Abstammung des ehelichen Kindes ohne Einfluss auf familienrechtliche Folgeansprüche. Beim nichtehelichen Kind war Zahlvater auch immer der Erzeuger und somit lag eine direkte Verknüpfung von Biologie und Verpflichtung vor. Und die Mutterschaft war völlig unproblematisch. Eine Notwendigkeit zu behaupten, § 1589 BGB begründe verwandtschaftliche Beziehungen, die aber nicht geltend gemacht werden können,²³⁷ kam daher erst auf, als das nichteheliche Kind nicht mehr allein aufgrund der Zeugung sondern aufgrund Status einen Unterhaltsanspruch hatte, wie mit Schaffung des § 1600a BGB NeG geschehen (S. 131 ff). Das erklärt,

²³⁴ BGHZ 5, 385 (= o. Fn 220).

²³⁵ zu dieser Entwicklung *Deichfuß*, Abstammungsrecht und Biologie, S. 114ff.

²³⁶ *Kötter*, JR 1951, 395, 395.

²³⁷ *Bökelmann*, FamRZ 1972, 527, 528.

warum sich bis dahin kaum Belege für die Transformation des § 1589 BGB finden lassen: Sie wäre schlicht nutzlos gewesen.

[2]. Regelungsbedürfnis am Anfang des 20. Jahrhunderts?

Für den Gesetzgeber im ausgehenden 19. Jhd. war völlig klar, dass es eine Geburt nur nach künstlicher oder natürlicher Befruchtung in-vivo geben konnte und das Kind von den beiden Eltern abstammt, die diese Befruchtung mit ihren eigenen Gameten vorgenommen haben. Eine personelle Trennung von Befruchtung und Geburt war für den Gesetzgeber auf Seite der Mutter schlicht nicht vorstellbar,²³⁸ was sich in der Formulierung der Motive auch deutlich zeigt. Nur beim nichtehelichen Kind wurde die Blutsverwandtschaft nicht als Verwandtschaft im engeren Sinn gewertet.²³⁹

Zwar finden sich bereits 1908 erste Entscheidungen über künstliche Befruchtung mit den Gameten des Mannes²⁴⁰, die erste In-vitro-Fertilisation fand jedoch erst 1978 statt. Insofern kann dem historischen Gesetzgeber des BGB keine Entscheidung in der Frage, ob die genetische oder die Geburtsmutterschaft entscheidend ist, unterstellt werden: Für den historischen Gesetzgeber war eine Aufteilung der beiden Rollen auf zwei Personen undenkbar, weshalb auch eine Regelung der Mutterschaft unterblieben ist. Auch im weiteren Verlauf der Gesetzgebung im Bereich des Abstammungsrechts bis zum KindRG fand die In-vitro-Fertilisation keine Beachtung, weil sie noch nicht existent war.

M. E. ist es daher unzulässig, § 1589 BGB in historischer Perspektive als Normierung der Blutsverwandtschaft in Abgrenzung zur Geburtsmutterschaft aufzufassen.²⁴¹ Der historische Gehalt der Norm ist in dieser Hinsicht schlicht neutral.²⁴² Durch die Berufung auf § 1589 BGB wurde letztlich versteckt Rechtsfortbildung contra legem betrieben, da dem Gesetzgeber eine Wertung unterstellt wird, die er nicht getroffen hat.

[3]. Fazit

Die Diskussion leidet letztlich darunter, dass der Verwandtschaftsbegriff und der Mutterschaftsbegriff nicht als normativer, sondern als naturwissenschaftlicher Begriff verstanden

²³⁸ Pieper, FuR 1998, 33, 34; Schumacher, FamRZ 1987, 313, 315; Coester-Waltjen, FamRZ 1984, 230, 231; Selb, Rechtsordnung, S. 73; Vollersen, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 67ff; Valentin, Biologische Abstammung als Maßstab rechtlicher Zuordnung?, S. 52.

²³⁹ Lade, in: Soergel-BGB (9), § 1589 Rn 3.

²⁴⁰ Engelmann, in: Staudinger-BGB (9), § 1591 Anm 5 a unter Verweis auf RG JW 08, 485; die erste Entscheidung des BGH zur heterologen Insemination ist NJW 1983, 2073.

²⁴¹ So aber Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1463: „Damit ist eindeutig die genetische Abstammung gemeint.“, der aber anschließend schreibt, dass § 1589 S. 3 zeige, „daß für den historischen Gesetzgeber die Frau, die das Kind ‚empfangen‘ hat, mit der Frau, die es ‚geboren‘ hat, identisch war.“; Mutschler, FamRZ 1996, 1381, 1385 spricht davon, dass § 1591 die erste Ausnahme von der natürlichen (genetischen) Abstammung wäre.

²⁴² so auch Pieper, FuR 1998, 33, 34; Küppers, Die zivilrechtlichen Folgen der entgeltlichen Tragemutterschaft, S. 25.

wird. Dabei ist bei einem abweichenden normativen Sprachgebrauch vom natürlichen Sprachgebrauch für den Rechtsanwender natürlich der normative Begriff verbindlich.²⁴³

Dabei ist der Begriff „Mutter“ als Baustein der Verwandtschaft seit der Möglichkeit der In-vitro-Fertilisation schlicht nicht mehr eindeutig. Diese Unschärfe wird aber argumentativ durch eine Berufung auf die Blutsverwandtschaft, die in § 1589 BGB stecken soll, zu überwinden versucht. Abgesehen davon, dass der Begriff „Blutsverwandtschaft“ um 1900 in Abgrenzung zur rechtlichen Verwandtschaft kraft Adoption als gleichbedeutend mit ehelicher Abstammung verstanden wurde und daher nicht einfach als genetische Verwandtschaft verstanden werden darf, führt der Verweis auf den in § 1589 BGB interpretierten Begriff der „Blutsverwandtschaft“ ohnehin nicht weiter: dieser historische Begriff ist auf der Seite der Mutter interpretationsbedürftig. Dem Gesetzgeber von 1900 zu unterstellen, er hätte das Problem der donogenen invitro-Fertilisation zugunsten der Mutterschaft der Eizellenspenderin gelöst, ist daher nicht tragfähig, da 1900 diese Vorstellung schlichtweg undenkbar war.

Als nun die ersten Zweifel über die Mutterschaft auftauchten, musste man nach Regeln suchen, wie die Mutterschaft bestimmt werden sollte. Man konnte nun das, angeblich der Vaterschaft zugrunde liegende, biologische Prinzip auch auf die Mutter übertragen und auf die Herkunft der Eizelle abstellen. Während sich aber pränatal die Mitwirkung des Mannes auf die Bereitstellung des genetischen Materials beschränkt, erschöpft sich auf Seiten der Mutter ihre Mitwirkung nicht in der Bereitstellung der Eizelle. Vielmehr muss sie den Embryo neun Monate in ihrem Bauch tragen und ihn schließlich gebären.²⁴⁴ Keine der beiden Beiträge einer Frau zur Mutterschaft ist für sich allein hinreichend. Beide sind zusammen notwendig. Es „hat die Gebärende auch körperlich an der Entstehung des Kindes mitgewirkt“²⁴⁵. Die genetische Mutterschaft allein als die biologische Mutterschaft zu begreifen, ist daher eine verkürzte Sicht auf die pränatalen Funktionen einer Frau bei der Fortpflanzung. Vielmehr wird bei einem solchen Konzept das vorgefundene System der Vaterschaft (Mitwirkung bei Zeugung und/oder Ursprung der Gameten) einfach auf die Mutterschaft übertragen. Somit wird letztlich einem der beiden Funktionen der Mutter willkürlich der Vorzug vor der anderen Funktion gegeben.

(gg)Fazit zur Mutterschaft vor dem KindRG

Soweit in der Diskussion vor Inkrafttreten dem KindRG offen rechtsfortbildend gearbeitet wurde, fand interessanterweise trotz des in der Literatur oft behaupteten Prinzips der Blutsverwandtschaft keine Entscheidung für die genetische Mutter, sondern zumeist für die Geburtsmutter oder für eine

²⁴³ dazu *Schröder*, *Recht als Wissenschaft*, S. 409.

²⁴⁴ *Selb*, *Rechtsordnung*, S. 75 spricht davon, dass beide Mütter natürliche Verbindungen zum Kind aufweisen.

²⁴⁵ *Pieper*, *FuR* 1998, 33, 34.

Doppelmutterschaft statt. Das spricht entschieden gegen ein Prinzip der Blutsverwandtschaft, das dem Abstammungsrecht vorgeschaltet wäre.

Methodisch ist hier v.a. die Arbeit von *Selb*²⁴⁶ hervorzuheben, der u.a. deshalb zu einer Entscheidung für die Doppelmutterschaft gelangt, weil er das rechtspolitische Argument der Verhinderung einer Leihmutterschaft nicht akzeptiert. Seiner Meinung nach gibt es für die Durchsetzung einer solchen Wertung keine gesetzgeberische Entscheidung, was 1987, also drei Jahre vor Verabschiedung des Embryonenschutzgesetzes, auch tatsächlich zutraf.

Die Diskussion zeigt m. E. Eines eindrucksvoll auf: § 1589 BGB ist nicht die Normierung eines absoluten Prinzips der Blutsverwandtschaft und war als ein solches nach den Quellen aus der Entstehungszeit des BGB auch nie gedacht. Wäre darin tatsächlich die Normierung einer Blutsverwandtschaft zu sehen, die ohne weitere Hilfsnormen auskommt, dann hätte sie auch die Mutterschaft geregelt; eine Diskussion um die Frage, ob der Geburts- oder genetischen Mutter die rechtliche Mutterschaft zukommen soll, hätte sich tatsächlich erübrigt. Und das auch dann, wenn der Gesetzgeber den Fall schlichtweg nicht bedacht hätte, er aber erkennbar stets auf die genetische Verbindung abgestellt hätte. Davon kann aber gerade nicht ausgegangen werden.

(e) Die Diskussion um § 1591 BGB

Im Folgenden soll nun die Diskussion um § 1591 BGB weiter untersucht werden. Dabei wird ein besonderes Augenmerk darauf gelegt, welches Vorverständnis von Abstammung der jeweiligen Literaturmeinung zugrunde liegt. Es konnte bereits gezeigt werden, dass es nach der Vorstellung des Gesetzgebers kein Prinzip der „genetischen Verwandtschaft“ gibt, das sich aus § 1589 BGB herleiten ließe. Sollte daher § 1591 BGB als Bruch mit einem allgemeinen Prinzip aufgefasst werden oder als Beweisnorm oder Vermutung, ergibt sich daraus wiederum ein Schluss auf das generelle Verständnis des jeweiligen Autors auf das Abstammungsrecht.

(aa) Normtheoretische Einordnung

Zunächst soll untersucht werden, wie die Vorschrift in normtheoretischer Hinsicht klassifiziert wird. Denn daraus lassen sich Rückschlüsse ziehen: Wird § 1591 BGB als Beweisnorm, Vermutungsnorm oder Fiktion verstanden, lässt sich daraus schließen, dass es neben der Mutterschaft kraft § 1591 BGB eine verdrängte Mutterschaft kraft einer anderen Norm oder eines anderen Prinzips geben soll.

²⁴⁶ *Selb*, Rechtsordnung.

(aaa) Meinungsstand

Mit der normtheoretischen Einordnung des § 1591 BGB hat sich *Vollersen* eingehend beschäftigt.²⁴⁷ Nach einer umfassenden Literaturlauswertung kommt er zu dem Schluss, dass die herrschende Meinung zu Recht von einer Definitionsnorm ausgeht. Teilweise wird wohl inhaltlich identisch von einer unwiderleglichen gesetzlichen Festlegung²⁴⁸, gesetzlicher Festlegung²⁴⁹ oder Bestimmung der Mutter im Rechtssinne²⁵⁰ gesprochen.

Die von *Vollersen* in der Literatur teilweise angedeuteten Einordnungen als Mutterschaftsvermutung sind hingegen m.E. nicht nachweisbar. Soweit er *Gaul* eine solche Ansicht unterstellt,²⁵¹ ist das unzutreffend. In der Formulierung „Denn mit § 1591 BGB n.F. soll nicht nur eine Mutterschaftsvermutung aufgestellt, sondern eine definitive Zuweisungsnorm gesetzt werden.“²⁵², will *Vollersen* eine Einordnung als Vermutung sehen. Das ist aber unzutreffend. Der Satz stellt vielmehr ein Stufenverhältnis zu der von *Gaul* vorab referierten Lösung als Mutterschaftsvermutung dar. *Gaul* geht explizit davon aus, dass § 1591 nicht lediglich eine Vermutungsregel sei sondern mehr als diese, nämlich eine Definitionsnorm. Das ergibt sich auch aus der Einordnung der Norm als Legaldefinition im Absatz über diesem Satz. Ebenso sind m.E. die Äußerungen von *Rauscher* im Kommentar Staudinger zu verstehen.²⁵³

Wellenhofer kritisiert § 1591 BGB in den Fällen des Embryonentransfers dahingehend, dass darin ein Bruch mit § 1589 S. 1 BGB stecke und eine fiktive Zuordnung erfolge. Der Gesetzgeber hätte § 1589 BGB korrigieren müssen, um Widersprüche zu vermeiden, wolle man nicht den § 1589 S. 3 BGB dahingehend verstehen, dass er auch Abstammung vermitteln könne.²⁵⁴ Hier zeigt sich die oben gezeigte Diskussion um § 1589 BGB weiter. Versteht man § 1589 BGB tatsächlich als Zuordnungsnorm, kann man zu dem Ergebnis kommen, dass § 1591 BGB einen offenen Bruch mit diesem Prinzip darstellt.

Wanitzek geht davon aus, dass § 1591 BGB keine Änderung gebracht hat und das Prinzip der Geburtsmutterschaft dem BGB auch schon vorher zugrunde lag.²⁵⁵ Sie bezieht sich dabei auf die Gesetzesmaterialien zum KindRG: Die Begründung zum KindRG unterstelle dem § 1589 BGB, dass er das biologische Abstammungsprinzip begründe, aber in seinem Satz 3 BGB auch zeige, dass er auf die

²⁴⁷ *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 62–86.

²⁴⁸ *Löhnig/Preisner/Gietl*, Das Recht des Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern, Rn 7.

²⁴⁹ *Wolf*, FuR 1998, 392, 392.

²⁵⁰ *Wohn*, Medizinische Reproduktionstechniken und das neue Abstammungsrecht, S. 54.

²⁵¹ *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 76 ff.

²⁵² *Gaul*, FamRZ 1997, 1441, 1463.

²⁵³ *Rauscher*, in: Staudinger (Neubearbeitung 2011), § 1591 Rn 9, 11.

²⁵⁴ *Wellenhofer*, in: MüKo-BGB (6), § 1591 Rn 26; in der Voraufgabe Seidel, in: MüKo-BGB (5), § 1591 Rn 4.

²⁵⁵ *Wanitzek*, Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, S. 27.

Geburt abstelle und somit eine Trennung von Geburt und Abstammung auf mütterlicher Seite bei der Schaffung des BGB schlicht undenkbar war und das Kind natürlich auch genetisch von der Geburtsmutter abstammt.²⁵⁶ Daraus zieht *Wanitzek* den Schluss, dass Abstammung im Sinne des § 1589 BGB sowohl aus genetischer Abstammung als auch aus Geburt folgen könne.²⁵⁷

Teilweise wurde in der Norm lediglich eine klarstellende Regelung, die v.a. der Durchsetzung des Verbots der Leihmutterschaft dient gesehen.²⁵⁸ Auch ohne § 1591 BGB nF könne die Leihmutter nicht Mutter im Rechtssinne werden.²⁵⁹ Mit dieser Terminologie ist jedoch sicherlich auch eine Definitions- oder Zuordnungsnorm gemeint; der Begriff Klarstellung beschreibt lediglich die Motivation des Gesetzgebers.²⁶⁰

Andere Literaturstimmen sahen in der Norm hingegen eine Abweichung von der bisherigen Regelung. Offen formuliert dies *Gaul*, der in § 1591 BGB einen Bruch mit dem durch § 1589 S. 1 BGB geregelten Abstammungsprinzip sieht, der natürlich die genetische Abstammung meine.²⁶¹ Auch das OLG Stuttgart geht in einer aktuellen Entscheidung davon aus, dass § 1591 BGB eine Abweichung vom Abstammungsprinzip des § 1589 BGB festlege.²⁶²

(bbb) Diskussion

Es existiert also eine kleine Mindermeinung, die annimmt, § 1591 BGB sei eine fiktive Zuordnung. Wie *Vollersen* zu Recht anmerkt, scheidet ein Verständnis von § 1591 BGB als Fiktion oder Vermutung aber. Eine Fiktion kann schon deshalb nicht vorliegen, weil die Einordnung in den meisten Fällen zutrifft. Eine Fiktion setzt aber voraus, dass der Gesetzgeber bewusst eine Anordnung getroffen hat, die meist nicht der Wahrheit entspricht.²⁶³ Abwegig ist aber das Argument *Vollersens*, dass bei einer Fiktion dann auch die genetische Mutter die Mutter sein müsste, da § 1591 BGB die Geburtsmutter fingiere und daneben – folgte man der Ansicht von *Wellenhofer* - nach § 1589 S. 1 BGB die genetische Mutter aus § 1589 S. 1 BGB Mutter sein müsste. Denn § 1591 BGB begründe nur die Mutterschaft der Geburtsmutter und schließe die der genetischen Mutter nicht aus.²⁶⁴ Darin steckt letztendlich die logische Weiterentwicklung der Meinung von *Wellenhofer*. Bei einem Verständnis als Fiktion entstünde letztlich eine Doppelmutterschaft, wenn man § 1591 BGB nicht

²⁵⁶ Bt-Drs 13/4899, S. 82.

²⁵⁷ *Wanitzek*, Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, S. 29.

²⁵⁸ *Diederichsen*, NJW 1998, 1977, 1979; *Helms*, FuR 1996, 178, 180 spricht davon, dass die Geburtsmutter nach h.M. auch bis zum KindRG schon als Mutter anzusehen war.

²⁵⁹ *Diederichsen*, NJW 1998, 1977, 1979.

²⁶⁰ Auch *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 62 ordnet diese Meinungen bei den Definitionen ein.

²⁶¹ *Gaul*, FamRZ 1997, 1441, 1463f.

²⁶² OLG Stuttgart, NJW-RR 2012, 389, 390.

²⁶³ *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 80f.

²⁶⁴ *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 81.

auch dahingehend versteht, dass § 1591 BGB den § 1589 BGB verdrängt, was aber sicherlich von *Wellenhofer* impliziert ist.

Eine widerlegliche Vermutung kann schon deshalb nicht vorliegen, weil die Norm keine Widerlegungsmöglichkeit vorsieht. Vielmehr steht für das BGB unumstößlich die Geburtsmutter als Mutter fest. Auch das Telos der Norm spricht gegen eine Widerlegungsmöglichkeit. Ausweislich der Materialien sollen mit der Wahl der Geburtsmutter als rechtliche Mutter Anreize für donogene In-vitro-Fertilisationen verhindert werden.²⁶⁵ Sieht man diese Zuordnung aber als widerleglich an, dann wird dieser Zweck gerade nicht mehr erreicht, weil die genetische Mutter eine Zuordnung erreichen kann.²⁶⁶ Die Norm sieht weiter in ihrem Wortlaut und System ohnehin keine Möglichkeiten des Gegenbeweises vor.

Alle Einordnungen, die § 1591 BGB nicht als Definition oder Zuordnungsnorm begreifen wollen, krankten daher daran, dass keine „Reservenorm“ existiert. Diese Meinungen müssen erklären, wer wirkliche Mutter ist, von der kraft Vermutung oder Fiktion abgewichen werden soll.

(ccc) Einfluss des § 1589 BGB auf die Diskussion

Letztlich dürfte der Kern der Diskussion das Verständnis des § 1589 S. 1 BGB sein. Nur wenn man diesen als Definitionsnorm für die „Blutsverwandtschaft“ versteht und dieses Verständnis dem Abstammungsrecht zugrunde legt, kommt die Norm als Vermutung oder als Fiktion in Frage.

Hinter all den Einordnungen als Fiktion, Vermutung oder dem Vorwurf einer Abweichung von § 1589 S. 1 BGB steckt letztlich die Kritik, der Gesetzgeber habe damit die Geltung einer Rechtsfolge (Mutterschaft) angeordnet, obwohl er wusste, dass diese nicht der Wahrheit entspricht. Die Gründe dafür sind m.E. in einem vorrechtlichen Verständnis des Mutterschaftsbegriffes zu suchen. Auch die teils heftige Kritik²⁶⁷ an der Norm als einen Bruch mit § 1589 BGB ist hierin begründet. Jeder Rezipient des § 1591 BGB hat eine Vorstellung davon, wer Mutter eines Kindes ist. Seitdem sich Menschen Gedanken über das Konzept der Mutterschaft gemacht haben, galt der Grundsatz der Übereinstimmung von genetischer und Geburtsmutterschaft. Hinzu kam, dass diese Mutterschaft stets sichtbar hervortrat. Man hatte ein natürliches Verständnis von Mutterschaft, das nicht rechtlich überformt war. Deshalb war auch eine Regelung im BGB unterblieben.²⁶⁸

²⁶⁵ Bt-Drs 13/4899.

²⁶⁶ Bt-Drs 13/4899, S. 82.

²⁶⁷ Rauscher, in: Staudinger (2011), § 1591 Rn 11; *Gaul*, FamRZ 1997, 1441, 1463; *Mutschler*, FamRZ 1996, 1381, 1385.

²⁶⁸ OLG Stuttgart, NJW-RR 2012, 389.

i. Verändertes Verständnis des § 1589 BGB durch das KindRG

Möglicherweise hat der Gesetzgeber aber durch das KindRG ein verändertes Verständnis des § 1589 BGB gebracht.

Insbesondere *Wanitzek* (siehe oben S. 64) beruft sich auf die Gesetzesmaterialien zur Begründung einer Einordnung von § 1591 BGB als Fiktion. Es wurde bereits dargestellt, dass § 1589 BGB eine Abstammung überhaupt nicht begründen kann und dass insbesondere Satz 3 der Vorschrift keinerlei Bezug zum Abstammungsrecht aufweist, sondern nur den Grad der Verwandtschaft betrifft. Die von *Wanitzek* zitierten Gesetzesmaterialien behaupten dann an der angegebenen Stelle auch nicht, dass mit S. 3 eine solche Abstammung durch Geburt ermöglicht werde. Vielmehr erkennen die Materialien explizit an, dass der Gesetzgeber sich schlicht ein Auseinanderfallen von Geburts- und genetischer Mutter nicht vorstellen konnte:

„Der in § 1589 Satz 1 und 2 enthaltene Begriff der Abstammung ist im Sinne genetischer Abstammung zu verstehen. Andererseits - dies macht § 1589 Satz 3 deutlich - sah der damalige Gesetzgeber die genetische Abstammung von der Frau, die das Kind geboren hat, als selbstverständlich an.“²⁶⁹

Wenn *Wanitzek* daraus schließt, der Gesetzgeber gehe davon aus, dass Abstammung auch qua Geburt durch § 1589 S. 3 BGB definiert werde, verkennt sie, dass ein Auseinanderfallen ja gerade undenkbar war und somit der Gesetzgeber diesen Fall gerade nicht vor Augen hatte. Insofern überdehnt *Wanitzek* hier die Gesetzesbegründung. Die Gesetzesbegründung nimmt auch gar keine Stellung zu der Frage, wer vor dem KindRG Mutter eines Kindes nach einer Eizellenspende war.

Allerdings stellt sich die Frage, wie mit dem ersten Satz dieser Begründung, § 1589 BGB meine die Abstammung im genetischen Sinne, umzugehen ist. Denn § 1589 S. 1 BGB, der den Begriff der Abstammung enthält, definiert ja tatsächlich die Verwandtschaft und nicht die Abstammung. Zunächst ist festzustellen, dass mit dieser Passage der Gesetzgeber nur die, nach Meinung der Entwurfsverfasser, bisher geltende Rechtslage referiert wird. Durch eine solche Darstellung der seiner Meinung nach gültigen Rechtslage wird m.E. der Rechtszustand nicht beeinflusst. Zwar kann der Gesetzgeber Änderungen der Rechtslage auch durch Änderungen anderer Normen bewerkstelligen und so implizit das Gesetz ändern. Das Mittel der Wahl zur Änderung eines Gesetzes ist aber das Gesetz und nicht die Gesetzesbegründung. Nur soweit dieses veränderte Verständnis von § 1589 S. 1 BGB auch Niederschlag im Gesetz gefunden hat, kann daraus ein verändertes Verständnis der Norm hergeleitet werden.

²⁶⁹ Bt-Drs 13/4899, S. 82.

Die Systematik des KindRG spricht aber gerade gegen eine veränderte Sicht. Der Gesetzgeber hat mit § 1591 BGB eine Norm geschaffen, die nun auch die Mutterschaft definiert und den Namen des 2. Abschnitts auf Abstammung geändert hat, ein Begriff, an den § 1589 S. 1 BGB offensichtlich anknüpft. Durch das KindRG steht mit § 1591 BGB und § 1592 BGB ein vollständiger „Bausatz“ zur Begründung von Mutterschaft und Vaterschaft zur Verfügung. Das spricht dafür, dass für § 1589 BGB als von §§ 1591ff BGB unabhängiger Norm zur Begründung einer Elternschaft nur aufgrund von biologischer Verwandtschaft gerade kein Raum mehr ist. Vielmehr spricht die nun vollständige „Definition“ aller Möglichkeiten der Begründung von Abstammung dafür, dass, wie oben bereits gezeigt, § 1589 BGB weiter auf §§ 1591ff BGB verweist. Eine rein „latente“ Abstammung aufgrund von biologischer Abstammung wäre auch völlig sinnentleert und funktionslos. Sie ist daher dogmatisch abzulehnen (siehe S. 185ff).

Ein verändertes Verständnis von § 1589 BGB ist daher durch das KindRG nicht bezweckt.

(f) Fazit

Mutterschaft wird durch § 1591 BGB abschließend definiert. Mutter ist qua Geburt ohne weiteren Rechtsakt die Frau, die das Kind geboren hat. Eine neben dieser Mutterschaft stehende Mutterschaft kraft § 1589 BGB oder „Blutsverwandtschaft“ ist nicht anzuerkennen.

Es handelt sich um eine Definitionsnorm, von der keine Abweichung möglich ist. Die Mutterschaft kennt keine Beendigung, sie endet allenfalls durch Adoption.

2) Geltendmachung und Bestreiten der Mutterschaft

Angesichts der umfassenden Diskussion, wie und ob aufgrund der Rechtsausübungssperren eine Vaterschaft geltend gemacht werden kann, soll der Frage, wie die Mutterschaft geltend gemacht werden kann, nachgegangen werden.

Die Mutterschaft ist weder durch BGB noch durch PStG oder FamFG mit einer „Absicherung“ gegen inzidenten Bestreiten geschützt.²⁷⁰ Das steht im Gegensatz zur Vaterschaft, die gegen Inzidentbestreiten geschützt ist (siehe S. 76ff).

Allerdings kommt der Eintragung im Personenstandsregister nach § 54 I PStG, 1 I PStG eine Beweiswirkung zu, die jedoch nach § 54 III PStG durch Nachweis der Unrichtigkeit entkräftet werden kann. Im Gegensatz zum Bestreiten der Vaterschaft ist dafür jedoch kein gesondertes Verfahren nötig. Ein solches Bestreiten kann jederzeit im ohnehin anhängigen Rechtsstreit inzident geschehen. Zur Beseitigung dieser Beweiskraft steht das Berichtigungsverfahren nach § 47 PStG zur Verfügung.

²⁷⁰ Gaul, in: Soergel-BGB (11), § 1593 Rn 10; BayOBIG, 1979, 50, 54ff.

Das Fehlen einer materiellen Absicherungsnorm ist der Konstruktion der Mutterschaft geschuldet. Da die Mutterschaft schlicht an die Geburt anknüpft, ohne dass eine Beseitigung möglich ist, ist auch eine Absicherung nicht nötig. Die Rechtsfolge tritt kraft Gesetzes ein, ebenso wie bei § 1592 Nr. 1 BGB. Die Mutterschaft ist daher, bis auf die Frage der Beseitigung durch Anfechtung, absolut parallel zu § 1592 Nr. 1 BGB zu sehen. Auch dort existiert eine Rechtsausübungssperre für die Frage der Begründung nicht im Gesetz.

Ausnahmsweise kann die Frage der Mutterschaft (ebenso wie die Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 BGB) in Rechtskraft erwachsen, wenn nach § 169 Nr. 1 FamFG ein Streit über die Frage ausgetragen wurde, wer Geburtsmutter war. Der Beschluss in dieser Sache hat nach § 184 II FamFG mit Rechtskraft Wirkung für und gegen alle. Damit steht sie der Wirkung eines Beschlusses eines Vaterschaftsfeststellungsverfahrens gleich (siehe S. 211). Damit ist *inter omnes* festgestellt, dass die Frau die Mutter des betreffenden Kindes im Sinne des § 1591 BGB ist. Diese Feststellung erwächst in Rechtskraft, so dass die Mutterschaft von niemandem mehr außerhalb des Restitutionsverfahrens nach § 185 FamFG bestritten werden kann. In dieser Konstellation hat daher die Rechtskraft *inter omnes* des § 184 II FamFG eine echte Funktion, während eine solche bei der Vaterschaft fast vollständig fehlt (siehe S. 221).

3) § 1591 BGB im Internationalen Privatrecht

Eine umfassende Darstellung des Verwandtschaftsrechts darf bei § 1591 BGB nicht bei rein nationalen Sachverhalten stehen bleiben. Denn die Norm wurde auch vor allem im Hinblick auf Fruchtbarkeitsbehandlungen im Ausland durchgeführt. Insofern muss untersucht werden, ob mit der Norm eine Lösung dieser Sachverhalten gelungen ist und wie sie in diesem Zusammenhang anzuwenden ist.

Bereits eingangs wurde dargelegt, dass § 1591 BGB eingeführt wurde, um Sachverhalte mit Auslandsberührung zu regeln, wenn am Ort der Fertilitätsbehandlung die Embryonenspende oder Leihmutterschaft erlaubt ist. Nach deutschem Internationalem Privatrecht unterliegt die Abstammung einer gleichrangigen²⁷¹ alternativen Anknüpfung. Demnach kann entweder an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes angeknüpft werden, an das Ehwirkungsstatut oder an die Staatsbürgerschaft der Eltern, Art. 19 EGBGB. Hier kann es durchaus zu Konstellationen kommen, in denen ein Sachrecht Anwendung findet, dass der Wunschmutter die rechtliche Mutterschaft zuspricht.

²⁷¹ so die h.M. Henrich, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2008), Art. 19 EGBGB Rn 70ff mit umfassender Darstellung des Streitstands; Heiderhoff, in: BeckOK-BGB (29), Art 19 EGBGB Rn 19; Klinkhardt, in: MüKo-BGB (5), Art 19 EGBGB Rn 14; BGH, FamRZ 2006, 1745; a.A. OLG Celle, NJW-RR 2007, 1456.

So ist etwa in Griechenland nach gerichtlicher Genehmigung der Eizellenspende die genetische Mutter zunächst vermutete Mutter, was aber durch die Geburtsmutter angefochten werden kann.²⁷²

In Großbritannien kann nach Leihmutterschaft oder Eizellenspende die Wunschmutter mit Zustimmung der Geburtsmutter zur rechtlichen Mutter werden.²⁷³ Ähnlich ist die Lage in Israel, wo eine genehmigte Leihmutterschaft nach Geburt zur gerichtlichen Anordnung der Wunscheltern als Eltern führen kann.²⁷⁴

In den USA ist die Ausgestaltung dieser Frage den einzelnen Bundesstaaten überlassen, wobei der bundeseinheitliche Normalfall die Geburtsmutterschaft ist. Einzelne Staaten wie z.B. Texas erlauben aber die Leihmutterschaft mit abweichender Rechtsfolge. Dabei entsteht das Verwandtschaftsverhältnis zwischen den Eltern, die im Leihmuttervertrag als Eltern genannt sind. Das wird vom Gericht nach Geburt bestätigt.²⁷⁵

Erfolgt die Behandlung unter den genannten Voraussetzungen, stellt sich die Frage, wie mit diesen Sachrechten umzugehen ist.

Soweit das Sachrecht eine Feststellung der Eltern durch gerichtliche Entscheidung vorsieht, liegt keine Frage der Anknüpfung im IPR vor, sondern eine Frage der Anerkennung einer ausländischen Entscheidung nach § 108 FamFG. Diese kann hier u.a. abgelehnt werden, weil ein Verstoß gegen den ordre public vorliegt, § 109 I Nr. 4 FamFG oder weil ein ausländische Gerichte nach deutschem Recht unzuständig sind, § 109 I Nr. 1 FamFG.

Ein solcher Verstoß gegen den ordre public wird insbesondere vorliegen, wenn die Leihmutter nicht bereit ist, das Kind herauszugeben, wobei offen bleiben kann, ob man das über die Anknüpfungsalternativen oder den ordre public löst.²⁷⁶ Insgesamt bleibt aber festzuhalten, dass der Gesetzgeber sich entschieden hat, mit Art. 19 EGBGB trotz der Regelung des § 1591 BGB ein flexibles Anknüpfungssystem zu schaffen. Es verbietet sich daher, über den Umweg des ordre public auf dem Rücken des Kindes den § 1591 BGB und die dahinter stehenden generalpräventiven Aspekte durchzusetzen.²⁷⁷ Denn das Kindeswohl stellt sicherlich einen zentralen Aspekt des deutschen Familienrechts dar. Dabei ist auch dem deutschen Recht die Begründung einer Verwandtschaft mütterlicherseits mit Zustimmung der Mutter durch Adoption nicht fremd, weshalb ein derartiger

²⁷² Wellenhofer, in: MüKo-BGB (6), § 1591 BGB Rn 20.

²⁷³ Wellenhofer, in: MüKo-BGB (6), § 1591 BGB Rn 21.

²⁷⁴ Wellenhofer, in: MüKo-BGB (6), § 1591 BGB Rn 22.

²⁷⁵ Wellenhofer, in: MüKo-BGB (6), § 1591 BGB Rn 23.

²⁷⁶ Heiderhoff, in: BeckOK-BGB (29), Art 19 EGBGB Rn 36.

²⁷⁷ Henrich, in: FS Schwab, S. 1152; Heiderhoff, in: BeckOK-BGB (29), Art 19 EGBGB Rn 36; a.A. Looschelders, IPRax 1999, 420.

ordre public nicht zu begründen ist. Man kann also nicht von einem „Kernbestand der deutschen Rechtsordnung“²⁷⁸ sprechen, den das ausländische Recht hier antasten würde. Hingegen geht das Kammergericht davon aus, dass die Leihmutterschaft einen Verstoß gegen die Menschenwürde der Leihmutter darstellt und deshalb eine Anerkennung eines ausländischen Urteils, das die Wunschmutter zur Mutter erklärt, unterbleiben muss.²⁷⁹

Für die Frage, an welches Recht im IPR anzuknüpfen ist, ist § 1591 BGB dabei nicht heranzuziehen, also nicht jeweils das Recht anzuwenden, nach dem die Geburtsmutter Mutter des Kindes ist. Denn es ist ja gerade fraglich, ob § 1591 BGB oder eine andere ausländische Norm anzuwenden ist. Zudem ist der Begriff der Mutterschaft im IPR nicht identisch mit dem des deutschen Sachrechts, weshalb die Definition hier keine Anwendung findet.²⁸⁰

Daher ist nach Kindeswohlgesichtspunkten an das Recht anzuknüpfen, das dem Kindeswohl zur Geltung verhilft. Das wird regelmäßig das Recht sein, nach dem die Wunschmutter auch die Mutter ist, jedenfalls soweit die Geburtsmutter das Kind nicht behalten will.²⁸¹

Das widerspricht auch nicht dem Gedanken, § 1591 BGB als „Konfliktnorm“ für Auslandsfälle zu begreifen. Denn der zu lösende Konflikt ist die Frage nach der Mutterschaft und die Frage des anzuwendenden Rechts. Hätte der Gesetzgeber den deutschen Gerichten verwehren wollen, die Wunschmutter bei gespaltener Mutterschaft als Mutter anzunehmen, hätte er zusätzlich zu § 1591 BGB auch Art 19 EGBGB ändern müssen.

Im Übrigen stellt sich schon bei Anwendung des Art. 19 EGBGB die Frage, wer denn überhaupt die Eltern des Kindes sind. Denn bei Anknüpfung nach dessen S. 2 ist die Staatsangehörigkeit der Eltern entscheidend. Für die Frage der Bestimmung der Abstammung im Sinne des deutschen § 1589 BGB als Erstzuordnung ist daher zwingend ein autonomes Verständnis von Elternschaft in Art. 19 EGBGB notwendig. Hier bietet es sich bei der Mutterschaft an, sowohl die Geburts- als auch die biologische Mutter als Mutter im Sinne des Art. 19 EGBGB anzusehen.

Ansonsten kommt es zu der Situation, dass nur dann überhaupt ein Sachrecht zu ermitteln ist, wenn die Definition in Art. 19 EGBGB mit dem Sachrecht übereinstimmt. Würde beispielsweise nach Art. 19 EGBGB auf ein Sachrecht verwiesen, dass die Wunschmutter als Mutter annimmt und diese wäre Deutsche, so würde Art 19 EGBGB gar nicht mehr auf ausländisches Sachrecht verweisen und es wäre keine Mutter zu bestimmen.

²⁷⁸ so die Beschreibung des Begriffs ordre public in BT-Drucks 10/504 S. 42.

²⁷⁹ KG Berlin, Az. 1 W 413/12 vom 8. Januar 2013.

²⁸⁰ Henrich, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2008), Art 19 EGBGB Rn 78.

²⁸¹ Henrich, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2008), Art 19 EGBGB Rn 78.

Es muss daher in einem ersten Schritt bestimmt werden, welche Sachrechte bei der Anknüpfung an die Staatsbürgerschaft der Mutter in Frage kommen, das sind die der Geburtsmutter und die der Wunschmutter. Sodann ist das Ergebnis der Anwendung des Sachrechts zu ermitteln und dieses in eine Günstigerprüfung einzustellen.

Das Problem ist allerdings entschärft, da Art. 19 I S. 2 EGBGB die Verweisung nur annimmt, wenn die ausländische Sachnorm zur Elternschaft des entsprechenden Elternteils führt.²⁸² Art. 19 I S. 2 EGBGB ermöglicht also nur die Mutterschaft der Wunschmutter nach bspw. amerikanischem Recht, wenn die Wunschmutter die Staatsangehörigkeit der USA besitzt. In solchen Fällen ist daher ein Ergebnis abweichend von § 1591 BGB denkbar.

Anderer Ansicht scheint hier das OLG Stuttgart zu sein, das es in einem Fall deutscher Wunscheltern und einer US-amerikanischen Geburtsmutter bei der Feststellung belässt, dass es gleichgültig sei, ob nach dem Recht des US-Staats die Wunschmutter die rechtliche Mutter sei, weil Mutter immer die Geburtsmutter sei.²⁸³ Damit scheidet das OLG das amerikanische Sachrecht schon vorweg aus und erwägt dessen Anwendung gar nicht. Dabei wäre ja gerade bei der Lösung des OLG, nach dem die Geburtsmutter zwingend die Mutter ist, eine Erörterung des amerikanischen Sachrechts notwendig. Möglicherweise steckt aber dahinter auch unausgesprochen die Rechtsansicht, dass vorrangig an den gewöhnlichen Aufenthalt abzustellen sei.

Wer die Anknüpfungsvarianten in Art. 19 EGBGB nicht als gleichrangig ansieht, sondern den gewöhnlichen Aufenthalt als vorrangig, kommt nur dann zu diesem Problem, wenn kein gewöhnlicher Aufenthalt feststellbar ist.

Die Frage der Mutterschaft spielt über den Umweg der Staatsangehörigkeit auch für die Beurkundung im Geburtenregister nach § 36 I S. 1 PStG eine entscheidende Rolle. Soweit die deutsche Staatsbürgerschaft nur aufgrund Geburt erworben werden konnte, spielt die zivilrechtliche Abstammung die entscheidende Rolle.²⁸⁴

Die Möglichkeit zur Durchsetzung der Leihmutterschaft über den Umweg des Internationalen Privatrechts besteht daher nur, wenn die Möglichkeit der Anwendung ausländischen Sachrechts nach Art. 19 EGBGB besteht. Dann führt aber § 1591 BGB auch nicht dazu, dass stets ein Verstoß gegen den *ordre public* anzunehmen ist. Vielmehr ist dieser stets im Einzelfall anhand des Ergebnisses zu prüfen und nicht anhand eines abstrakten Normenvergleichs. Dieses Ergebnis muss offensichtlich mit

²⁸² KG Berlin, Az. 1 W 413/12 vom 8. Januar 2013.

²⁸³ OLG Stuttgart, NJW-RR 2012, 389, 390.

²⁸⁴ OLG Stuttgart, NJW-RR 2012, 389.

wesentlichen Grundsätzen des deutschen materiellen Rechts unvereinbar sein.²⁸⁵ Hier gelten die gleichen Grundsätze, die bereits oben bei der Anerkennung ausländischer Gerichtsurteile aufgezeigt wurden.

(a) Fazit

§ 1591 BGB ist eine Sachnorm, die sich auf Art. 19 EGBGB nicht auswirkt. Als Mutter im Sinne des Art. 19 EGBGB sind sowohl die Geburtsmutter als auch die genetische Mutter anzusehen. Bei verschiedenen Ergebnissen der infrage kommenden Sachrechte ist eine Günstigerprüfung durchzuführen.

4) Ergebnisse zur Mutterschaft

§ 1591 BGB stellt eine Definitionsnorm der Mutterschaft dar. Als Definition bedarf die Mutterschaft keiner Stabilisierung in Art einer Rechtsausübungssperre, kann jedoch inzident bestritten werden. Ein Bruch mit § 1589 BGB liegt nicht vor, weil das darin weithin gesehene Prinzip der Blutsverwandtschaft jedenfalls für die Mutterschaft nicht existiert.

Im Internationalen Privatrecht ist § 1591 BGB ohne Bedeutung, weil ansonsten die Anknüpfung nach Art. 19 EGBGB anhand der Staatsbürgerschaft der Eltern in fraglichen Fällen nicht funktioniert.

²⁸⁵ Lorenz, in: BeckOK-BGB (29) Art. 6 EGBGB, Rn 10.

III Vaterschaft

Im vorangegangenen Kapitel wurde bereits dargestellt, nach welchen Kriterien die Mutter eines Kindes bestimmt wird und wie die Mutterschaft dogmatisch funktioniert. Nachdem Verwandtschaft sich aus den Bausteinen Mutterschaft und Vaterschaft in sowohl aufsteigender wie absteigender Richtung vollumfänglich definieren lässt, soll nun die Vaterschaft untersucht werden. Dabei ist es zunächst nicht entscheidend, ob man von einer Blutsverwandtschaft oder eine rechtlichen Verwandtschaft ausgeht. Verwandtschaft entsteht immer aufgrund Mutterschaft oder Vaterschaft, dann ist eben nur die Frage, ob die rechtliche oder die biologische jeweils entscheidend ist. Es muss daher untersucht werden, ob auch für die Vaterschaft stets die biologische oder die rechtliche Vaterschaft den Baustein für die Verwandtschaft darstellt, bevor abschließend ein System der Verwandtschaft aufgezeigt werden kann. Auch hier ist zunächst wieder zu untersuchen, wie die Abstammung im Sinne des § 1592 BGB zu verstehen ist, bevor der Zusammenhang zwischen § 1589 und § 1592 BGB dargestellt werden kann.

Dabei soll vorab der Frage nachgegangen werden, inwiefern die in der Literatur heftig diskutierten Fragen der Abstammungsprinzipien überhaupt eine Rolle für die Dogmatik der Vaterschaft spielen und wenn ja welche, bevor auf die Begründung und Beendigung der Vaterschaft eingegangen wird.

1) Gewicht der „Abstammungsprinzipien“

In der Literatur wurde teilweise versucht, jedem der drei Tatbestandsalternativen des § 1592 BGB ein Prinzip zuzuordnen. Nach diesem behaupteten Prinzip soll die Vaterschaft nach Ansicht dieser Literaturmeinungen jeweils begründet werden.²⁸⁶ Dabei wurden als Gründe für die Herstellung der Abstammung die „biologische Abstammung“ und der „Wille zur Vaterschaft“ oder die „Wahrscheinlichkeit der Abstammung“ herangezogen. Diese seien jeweils in den unterschiedlichsten Mischformen oder in Reinform Grund für die verschiedenen Formen der Zuordnung nach den §§ 1592, 1593 BGB. Es stellt sich daher die Frage, ob diese Abstammungsprinzipien für die vorliegende Arbeit eine Rolle spielen- Da in der Arbeit ein System des Abstammungsrechts entwickelt werden soll, stellt sich also die Frage: „Beeinflussen diese Prinzipien die Auslegung der §§ 1592ff BGB?“

(a) Darstellung und Analyse der Literatur

Luh gewinnt beispielsweise durch die eingehende Analyse der Abstammungsnormen §§ 1591ff BGB zwar durchaus Erkenntnisse über die dem Abstammungsrecht zugrunde liegenden Wertungen²⁸⁷ und verbessert damit sicherlich auch das Verständnis der Grundgedanken hinter den Normen. Eine Rolle

²⁸⁶ eine ganze Monographie widmet diesem Thema *Luh*, Die Prinzipien des Abstammungsrechts.

²⁸⁷ *Luh*, Die Prinzipien des Abstammungsrechts, S. 282ff.

bei der Auslegung der Normen spielen diese Erkenntnisse jedoch nicht. Vielmehr werden daraus insbesondere Erkenntnisse für ein mögliches Abstammungsrecht *de lege ferenda* gefunden.²⁸⁸

Das liegt sicherlich einerseits daran, dass die Normen in weit geringerem Umfang auslegungsbedürftig sind als andere Normen, die in ihrem Sprachgebrauch wesentlich unpräziser sind. Die §§ 1591ff BGB sind „technische“ Normen, die mit einigen wenigen Tatbestandsmerkmalen auskommen, die einer wertenden Auslegung nicht zugänglich sind.

Im Übrigen stellt sich bei der Auslegung nach der *ratio legis* die Frage, ob Zweck dieser Normen tatsächlich die in der Literatur dargestellten Prinzipien sind. Ebenfalls in Frage kommt, dass diese technischen Normen vielmehr nur die Zuordnung eines Kindes bezwecken. Wenn die Normen derart konzipiert sind und keine übergeordneten Prinzipien regeln, läuft der Rechtsanwender Gefahr, durch eine Gewinnung der Prinzipien einem Zirkelschluss zu erliegen. In einem ersten Schritt gewinnt man die Prinzipien durch Auslegung aus den Normen und in einem zweiten Schritt legt man sie der Auslegung der gleichen Normen wieder zugrunde und verstärkt somit nur das vorher gefundene Ergebnis.

Bei technischen Normen wäre vielmehr davon auszugehen, dass die den Zuordnungskriterien zugrundeliegenden Ideen durch die Konkretisierung im Gesetz konsumiert sind. Durch das Anknüpfen an weitgehend eindeutige Vorgänge, wie die „Geburt in der Ehe“, „Anerkennung durch den Vater“ und „Feststellung durch das Gericht“ hätte sich die textliche Fassung vollständig vom Zweck gelöst. Für eine Auslegung anhand dieser Prinzipien wäre dann kein Raum, da diese von den Tatbestandsmerkmalen konsumiert sind und nicht erneut bei einer teleologischen Auslegung heranzuziehen sind. Ansonsten käme es zu einer Überbetonung der jeweiligen hinter der Norm stehenden Prinzipien über den Wortlaut und *Telos* der Norm hinaus.

Tatsächlich besteht auch hinsichtlich der Frage, ob die Voraussetzungen der jeweiligen Normen vorliegen, kaum Streit, so dass für eine Auslegung von Zweifelsfragen anhand der *ratio* ohnehin kein Raum besteht. Die Diskussionen verlaufen alle um dahinterstehende systematische und dogmatische Probleme. Allenfalls einige wenige Einzelprobleme werden in der Literatur diskutiert, die sich insbesondere auf die Konkurrenz mehrerer Formen von Vaterschaft wie Anerkennung trotz Ehe, doppelte pränatale Anerkennnisse u.ä. beziehen.²⁸⁹ Aber auch hier können die Prinzipien keinen Beitrag zur Lösung leisten, weil eine Rangfolge der Prinzipien, wie sie dann nötig wäre, nicht existiert.

²⁸⁸ *Luh*, Die Prinzipien des Abstammungsrechts, S. 285ff.

²⁸⁹ dazu *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 318 ff.

(b) Fazit

Meines Erachtens ist es daher für die Anwendung der Normen irrelevant, ob die Abstammung in der Ehe auf einer „Wahrscheinlichkeit der Abstammung“ beruht oder anderen gesetzgeberischen Erwägungen. Die Rechtsfolgen, Abstammung vom Ehemann der Mutter bei Geburt, sowie die Auslegung der Voraussetzungen „Ehe“, „Mutter“, „Geburt“ werden dadurch nicht beeinträchtigt. Das gilt auch für die exakt gleiche Frage bei der Anerkennung und der Feststellung. Die Frage mag rechtspolitisch interessant sein, dogmatisch führt sie nicht weiter.

Die Prinzipien sollen also im Folgenden keine (relevante) Rolle spielen. Lediglich dort, wo sie in der Literatur zur Lösung von Problemen herangezogen werden, wird darauf zurückzukommen sein.

2) Begründung und Beendigung von Vaterschaft

Nachdem nun die behaupteten Abstammungsprinzipien als Einfluss auf die Auslegung ausgeschieden werden konnten, widmet sich der folgende Abschnitt der Frage, wie die Vaterschaft in dogmatischer Hinsicht entsteht und beendet wird. Das umfasst die Frage des Entstehungs- und Beendigungszeitpunkts sowie die Frage der jeweiligen Mechanismen. Das Ergebnis wiederum muss in einen Bezug zu § 1589 BGB gesetzt werden, um die Frage, wann Personen miteinander väterlicherseits verwandt sind, beantworten zu können.

Die Vaterschaft findet seit dem KindRG ihre Regelung in § 1592 BGB. Dabei existieren drei Varianten für ihre Begründung: Ehe mit der Mutter bei Geburt (§ 1592 Nr. 1 BGB), Anerkennung durch den Mann (§ 1592 Nr. 2 BGB) und gerichtliche Feststellung der Vaterschaft (§ 1592 Nr. 3 BGB).

Fraglich ist hier insbesondere, ob eine Verwandtschaft mit dem Erzeuger (im Folgenden biologischer Vater) ab Geburt auch ohne Statusakt entsteht und wie das Verhältnis des Kindes zum nicht-biologischen, aber rechtlich zugeordneten Vater (im Folgenden Scheinvater) ausgestaltet ist. Hierauf wird ein Schwerpunkt zu legen sein, um Aussagen darüber treffen zu können wie und wann Vaterschaft im Sinne des § 1592 BGB entsteht.

(a) Sachstand in der Literatur

Bevor in eine eigene Auslegung der Normen eingetreten werden kann, soll zunächst anhand des Sachstands in der Literatur die relevanten Problemkreise dargestellt werden. Im Rahmen der Begründung und Beendigung der Vaterschaft bestehen hier insbesondere folgende Teilkomplexe, die anhand der herrschenden Meinung in der Literatur dargestellt werden sollen und anschließend auf ihre Ursprünge und ihre Relevanz sowie auf ihre dogmatische Notwendigkeit und Alternativen hin untersucht werden.

(aa) Die Rechtsausübungssperren

Als erste Anomalie sollen die Rechtsausübungssperren betrachtet werden. Diese können, um es mit den Worten von *Eggert*²⁹⁰ zu formulieren, als „Rätlecke“ des Vaterschaftsrechts gelten.

Mit § 1594 I, 1599 I, 1600d IV BGB finden sich im heutigen BGB gleich drei Normen, die von der Literatur und Rechtsprechung als sogenannte Rechtsausübungssperren eingeordnet werden. Ihrer Struktur nach verbieten die ersten beiden die Geltendmachung der Rechtswirkung der Vaterschaft, solange nicht die Anerkennung oder die gerichtliche Feststellung voll wirksam sind. § 1599 I BGB hingegen regelt den Fall, dass die Vaterschaft entfallen soll. Die Existenz solcher Normen ist insofern ungewöhnlich, weil auf den ersten Blick bereits alleine die Tatsache, dass die Anerkennung oder Feststellung noch nicht erfolgt sind, der jeweilige Tatbestand des § 1592 Nr. 2 oder § 1592 Nr. 3 BGB noch gar nicht erfüllt sind und so schon per Definition keine Vaterschaft vorliegen kann. Dieser scheinbare Widerspruch hat denn auch zu vielen Auslegungsschwierigkeiten geführt und zu Rückschlüssen auf das System der Vaterschaft insgesamt.

(aaa) §§ 1594 I und 1600d Abs. 4 BGB

So sollen die beiden erstgenannten Normen nach Ansicht der h.M. deutlich machen, dass Ansprüche zwischen Vater und Kind vor Anerkennung und Feststellung schon bestehen, aber nicht geltend gemacht werden können,²⁹¹ diese Ansprüche seien suspendiert.²⁹² Das umfasse Unterhaltsansprüche, Erbrechte, Pflichtteilsansprüche und das Umgangsrecht. Allerdings komme unter gewissen Umständen eine Durchbrechung in Frage.²⁹³ Inzidentfeststellungen der Vaterschaft bzgl. dieser Ansprüche seien wegen dieser Normen verboten, diese Feststellung daher generell dem Statusverfahren vorbehalten.²⁹⁴

(bbb) § 1599 I BGB

§ 1599 I BGB soll die Rechtsausübungssperren aus § 1594 I und § 1600d Abs. 4 BGB ergänzen, also die Inanspruchnahme des Scheinvaters bis zur Anfechtung sicherstellen und die anderen möglichen biologischen Väter sperren.²⁹⁵ Die Norm verhindere das Bestreiten der Vaterschaft des zugeordneten Mannes.²⁹⁶ § 1599 I BGB verhindere unkontrollierte „Inzidentanzweiflungen“ der Vaterschaft.²⁹⁷

²⁹⁰ *Eggert*, MDR 1974, 445.

²⁹¹ Hahn, in: BeckOK-BGB (29), § 1600d Rn 12; Wellenhofer, in: MüKo-BGB (6), § 1600d Rn 117; *Huber*, FPR 2005, 189, 189; *Gaul*, FamRZ 1997, 1441, 1449; *Rauscher*, FPR 2002, 359, 360f.

²⁹² Schmidt-Recla, in: Soergel (13), § 1594 Rn. 13.

²⁹³ Hahn, in: BeckOK-BGB (29), § 1600d Rn 12.

²⁹⁴ Rauscher, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2011), § 1600d Rn. 89.

²⁹⁵ Wellenhofer, in: MüKo-BGB (6) § 1600d Rn 117; *Schwab*, Familienrecht, Rn. 553.

²⁹⁶ Rauscher, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2011), § 1600d Rn 91.

²⁹⁷ Schmidt-Recla, in: Soergel (13), § 1592 Rn 37.

(ccc) Allgemeine Folgen

Wegen der Sperren können Ansprüche nicht verjähren, weil sie noch nicht im Sinne des § 1599 I Nr. 1 BGB entstanden sind.²⁹⁸ Auch der Schuldnerverzug ist daher ausgeschlossen.²⁹⁹

(ddd) Sachliche Reichweite

Über die Sperrung von Ansprüchen hinaus verbieten die Normen generell, die biologisch wahre Abstammung rechtlich zu beachten.³⁰⁰ Damit ist gemeint, dass auch die Tatsache der anderweitigen als der durch § 1592 BGB vorgegeben Vaterschaft unbeachtlich sein soll. So bspw. wenn die fehlende Abstammung vom Ehemann zum Beweis eines außerehelichen Geschlechtskontakts bemüht werden soll und nicht nur Ansprüche aus der Vaterschaft geltend gemacht werden sollen.

(bb) Beginn der Vaterschaft mit Geburt: die latente Vaterschaft

Wie oben (S. 75) gezeigt, werden die Rechtsausübungssperren als Argument dafür bemüht, dass die Ansprüche aus der Vaterschaft ab Geburt bestehen.³⁰¹ Weil diese Vaterschaft aber keine Rechtswirkungen zeitigt, denn diese sollen ja gesperrt sein, wird diese von der Literatur behauptete Vaterschaft im Folgenden als „latente Vaterschaft“ bezeichnet. Diese Meinung zeigt sich in Formulierungen wie „Die Anerkennung begründet den gesetzlichen Vaterschaftsbestand des § 1592 Nr. 2 und bestätigt das zwischen dem Kind und seinem Vater von Geburt an bestehende echte Verwandtschaftsverhältnis iSv § 1589 S. 1 [...]“.³⁰² Es wird behauptet, die Existenz der Rechtswirkungen der Vaterschaft sei von diesen Normen (§§ 1592ff BGB) unberührt, das Kind sei kraft der biologischen Abstammung nicht vaterlos³⁰³ und die Unterhaltsansprüche bestünden von Geburt an, seien aber gehemmt.³⁰⁴

Das wird noch deutlicher, wenn man auch die Frage der Verwandtschaft generell mit in die Betrachtung einbezieht. Die Kommentierungen zu § 1589 BGB beinhalten vielfach die Aussage: Verwandtschaft entsteht durch Geburt oder Adoption,³⁰⁵ also durch Blutverwandtschaft. Abkömmlinge seien alle Blutsverwandten absteigender Linie inkl. Adoptivkindern.³⁰⁶ § 1589 S. 1 BGB

²⁹⁸ Wellenhofer, in: MüKo-BGB (6), § 1600d Rn 118; Wellenhofer, in: MüKo-BGB (6), § 1594 Rn. 15; Schmidt-Recla, in: Soergel (13), § 1594 Rn. 14.

²⁹⁹ Wellenhofer, in: MüKo-BGB (6), § 1600d Rn 118.

³⁰⁰ Rauscher, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2011), § 1594 Rn. 8.

³⁰¹ *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 133.

³⁰² Wellenhofer, in: MüKo-BGB (6), § 1594 Rn 17; Rauscher, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2011), § 1600d Rn 90.

³⁰³ Rauscher, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2011), § 1594 Rn 8.

³⁰⁴ Schmidt-Recla, in: Soergel (13), § 1594 Rn 14.

³⁰⁵ Schmidt-Recla, in: Soergel (13), Vor §§ 1589 ff Rn 20, § 1589 Rn 1; Hahn, in: BeckOK-BGB (29), § 1589 Rn 1; Rauscher, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2011), § 1589 Rn 20, 21.

³⁰⁶ Hahn, in: BeckOK-BGB (29), § 1589 Rn 2.

wird in der Literatur immer wieder als Argument dafür bemüht, dass die Verwandtschaft mit Geburt entsteht.³⁰⁷

(cc) Konstitutive oder deklaratorische Zuordnung

Ebenfalls auf das Engste mit den beiden vorangegangenen Fragen verwoben ist die Frage, ob die Zuordnung durch Anerkennung oder Feststellungsbeschluss ein konstitutiver oder ein deklaratorischer Akt ist.³⁰⁸ Dahinter steht die gleiche Problematik, die auch hinter der Anerkennung einer latenten Vaterschaft steht. Wenn man eine latente Vaterschaft anerkennt, dann beseitigt die Anfechtung und die anschließende Anerkennung oder Feststellung nur die Wirkung der Rechtsausübungssperren und gibt den Blick auf die schon ab Geburt bestehende, eben latente Vaterschaft frei. Dann ist die Feststellung und Anerkennung nur deklaratorisch und hat keine vaterschaftsbegründende Wirkung.³⁰⁹ Teilweise wird dann für die biologisch unzutreffende Anerkennung und Feststellung, die ja nicht nur den Blick freigeben kann, ausnahmsweise eine konstitutive Wirkung angenommen.³¹⁰

Nimmt man umgekehrt an, die Vaterschaft bestehe nicht schon latent, sind Anfechtung und Zuordnung zwingend konstitutiv, begründen also die Vaterschaft erst.

Hingegen ist mit dieser Frage nicht notwendig die Rechtsnatur des Beschlusses nach § 1600d BGB verbunden. Auch bei rein konstitutiver Entscheidung kann ein Gestaltungsurteil vorliegen (siehe dazu S. 208).

(dd) Rückwirkung

Ebenfalls mit diesen Fragen verknüpft ist die Frage einer Rückwirkung von Zuordnung und Anfechtung. Für die Befürworter einer latenten Vaterschaft ergibt sich die Rückwirkung schon aus der Natur der Sache, denn der Vater war ja von Geburt an der Vater. Eine echte technische Rückwirkung der Zuordnung müssten sie daher eigentlich nur bemühen, wenn ein Vater festgestellt wird, der nicht der biologische Vater ist. Trotzdem wird hier davon gesprochen, dass die Anerkennung „rechtsgestaltend auf den Zeitpunkt der Geburt zurück“ wirke.³¹¹

(ee) Fazit

Dieser kurze Einblick in die herrschende Meinung zu Begründung und Beendigung der Vaterschaft zeigt grundsätzlich ein homogenes Meinungsspektrum, die sich allenfalls in Nuancen unterscheidet,

³⁰⁷ *Billig*, Der scheidungsakzessorische Statuswechsel gemäß § 1599 II BGB, S. 103; *Veit*, FamRZ 1999, 902, 904.

³⁰⁸ *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 134.

³⁰⁹ *Wellenhofer*, in: MüKo-BGB (6), § 1594 Rn 17.

³¹⁰ *Rauscher*, in: *Staudinger*, § 1592 BGB Rn 34.

³¹¹ *Wellenhofer*, in: MüKo-BGB (6), § 1594 Rn 16.

ohne dass es sich bei diesen Nuancierungen meiner Meinung nach um absichtliche Abweichungen handelt. Diese Äußerungen finden sich so in allen Kommentaren und wird auch monographischen Arbeiten zu Grunde gelegt.

Dabei ist auffällig, dass diese Meinung nicht widerspruchsfrei ist. So soll zwar einerseits die Verwandtschaft ab Geburt bestehen und so die Feststellung nur deklaratorisch sein, aber gleichzeitig die Anerkennung rechtsgestaltend zur Geburt zurückwirken. Wieso aber soll eine solche Rückwirkung nötig sein, wenn die Ansprüche bereits bestehen und nur nicht geltend gemacht werden können? Auch mutet die Konstruktion einer wirkungslosen „latenten Vaterschaft“ auf den ersten Blick seltsam an.

Es soll daher untersucht werden, ob die §§ 1594, 1600d Abs. 4, 1599 I BGB tatsächlich Argumente für die Existenz solcher latenter Ansprüche sind und ob die „latente Vaterschaft“ im System des Abstammungsrechts eine sinnvolle Funktion hat, oder ob sie lediglich ein funktionsloses Argumentationsgerüst ist, das möglicherweise für die Begründung einer vom Gesetz abweichenden Ansicht bemüht werden kann.

3) Einordnung des § 1592 BGB in der Literatur

Zu beginnen hat die Untersuchung aber bei der Grundnorm der Vaterschaft: § 1592 BGB. Möglicherweise gibt schon sie allein den Ausschlag in eine bestimmte Richtung.

Nachdem aber Dreh- und Angelpunkt der Argumentation für eine latente Vaterschaft in der Literatur die Rechtsausübungssperren sind, soll später in jedem Fall ausführlich auf diese eingegangen werden und dabei die jeweils aufgeworfenen Fragen beantwortet werden.

Relevant ist hier die, vor allem von *Vollersen* diskutierte Frage³¹² nach der rechtstheoretischen Einordnung des § 1592 BGB. Für die Systematik des Abstammungsrechts macht es m.E. einen erheblichen Unterschied, ob es sich in der Terminologie von *Vollersen* um eine Vermutungsregel, eine Fiktion, eine unwiderlegliche Vermutung oder um eine Definition handelt oder ob gar ein gemischter Typ vorliegt oder ob einer materiell-prozeduralen Deutung der Vorzug zu geben ist.³¹³

Die Einordnung der Norm ist insbesondere für die Anerkennung einer latenten Vaterschaft und für die Frage einer Rückwirkung von Relevanz. Denn die Einordnung als Vermutung würde klar für die Existenz einer latenten Vaterschaft sprechen, die lediglich prozessual durch die Vermutung verdeckt wird.

³¹² *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 87ff.

³¹³ *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 88ff.

Gerade bei dieser Frage zeigt sich m.E., dass die oben erörterte Diskussion (S. 72) um die Prinzipien und die Regelungsidee des § 1592 BGB nicht nur irrelevant ist, sondern sogar geeignet ist, Verwirrung zu stiften.

(aa) § 1592 Nr. 1 BGB als Vermutung?

So wird in der Literatur bzgl. § 1592 Nr. 1 BGB oft argumentiert, es läge eine gesetzliche Vermutung vor, weil das Gesetz aufgrund bestimmter sozialer Umstände die Vaterschaft annehme.³¹⁴ Damit wird aber m.E. in unzulässiger Weise eine Vermischung zwischen dem Grund für die Regelung und ihrem Inhalt vorgenommen. Tatbestand der Norm ist mit der Ehe tatsächlich ein sozialer Umstand und ebenso, mit der Geburt in der Ehe, eine Tatsache. Aber nicht jede Norm, die typisierend eine soziale Wirklichkeit aufnimmt und ihr eine Rechtsfolge gibt, ist eine Vermutung. Eine Vermutung liegt vielmehr nur dann vor, wenn der Gesetzgeber einen typischen Sachverhalt als Anknüpfungspunkt nimmt, um auf eine andere Tatsache zu schließen.

Mit der Einordnung der Norm als Vermutung wird daher wohl vor allem eines ausgedrückt: Vaterschaft soll eine Tatsache sein und kein Rechtsbegriff. Denn nur eine Tatsache kann vermutet und dann nach § 292 ZPO widerlegt werden.

Als Prämisse nimmt daher diese Ansicht hin, dass dem Abstammungsrecht des BGB die biologische Abstammung zugrunde liegt. Dieser Grundsatz wird dem § 1589 BGB entnommen.³¹⁵ Daher ist *Vollersen* dahingehend zuzustimmen, dass einiges dafür spricht, dass entweder der Sprachgebrauch der Autoren ungenau ist oder aber der Widerspruch zwischen rechtlicher und biologischer Vaterschaft durch diese Terminologie überdeckt werden soll.³¹⁶ Letztlich dürfte es sich aber bei vielen dieser Beiträge auch einfach um solche handeln, die nicht eine rechtstheoretische oder rechtsdogmatische Einordnung der Norm vornehmen. Vielmehr handelt es sich um Erörterungen der Frage, ob die Regelung sinnvoll ist.³¹⁷

Die entsprechende Passage bei *Luh* beispielsweise stellt explizit darauf ab, dass die Regelung „gerechtfertigt erscheint“, gerade weil für diese „gesetzliche Vermutung“ eine Korrekturmöglichkeit durch Anfechtung bleibt. Eine echte normtheoretische Einordnung dürfte damit sicherlich nicht verbunden sein, vielmehr dient die Benennung als Vermutung hier nur der Darstellung der Möglichkeit der Anfechtung und der Beantwortung der Frage, ob das Prinzip

³¹⁴ dazu *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 90.

³¹⁵ *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 161ff.

³¹⁶ *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 91f.

³¹⁷ das klingt auch bei *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 95 an, wenn er sich mit den „gemischten Ansätzen“ auseinandersetzt.

„Abstammungswahrheit“ hier noch ausreichend verwirklicht ist.³¹⁸ Es handelt sich um eine spezifisch rechtspolitische Äußerung, nicht um eine dogmatische. Die weitere Verwendung in der Diskussion um Reformvorschläge hingegen zielt auf die Debatte vor Geltung des KindRG ab, als die Terminologie der Ehelichkeitsvermutung für § 1591 BGB allgemeine Ansicht war.³¹⁹ Auch bei der Diskussion des KindRG wird der Begriff Vaterschaftsvermutung verwendet,³²⁰ insbesondere unter Verweis auf einen Beitrag von *Gaul*.

Dieser formuliert zwar tatsächlich eine Vaterschaftsvermutung, er stellt diese jedoch eher der vor dem KindRG geltenden zweistufigen Vermutung in Beischlafvermutung und Zeugungsvermutung als kombinierte Ehelichkeitsvermutung gegenüber und bezeichnet sie daher im Gegensatz dazu als „Vaterschaftsvermutung“. Eine Auseinandersetzung damit, ob es sich überhaupt um eine Vermutung handelt, findet auch dort nicht statt. Vielmehr wird nur die Einstufigkeit der Vermutung hervorgehoben und somit scheinbar einfach das vor dem KindRG geltende System der Vermutung unreflektiert übernommen.³²¹

Die Verwendung der Wortes „gilt“ bei *Luh*³²² ist im Zusammenhang mit der Formulierung „in § 1592 Nr. 1 BGB enthaltene gesetzliche Vermutung“ zu sehen.³²³ Auch hier ist m.E. weniger eine rechtstechnische Einschätzung der Autorin zu sehen, als vielmehr eine Beschreibung der Zustands, dass die Zuordnung in Anbetracht der Korrekturmöglichkeiten eine vorläufige ist und dass der Norm eine Vermutung zugrunde liegt.

Die Formulierung an dieser Stelle der Untersuchung Luhs stimmt mit der Wortwahl von *Eckersberger* überein, der an dieser Stelle auch zitiert wird.³²⁴ Auch dort findet sich jedoch keine Auseinandersetzung mit dieser Terminologie. Vielmehr ist auch hier das Hauptaugenmerk der Arbeit auf die vertragliche Disposition über das Abstammungsrecht nach heterologer Insemination, sowie auf die Beseitigung durch Anfechtung gerichtet. Die Äußerungen sind daher in diesem Zusammenhang zu verstehen, so dass nicht von einer reflektierten Meinung in normtheoretischer Hinsicht gesprochen werden kann.

Auch der von *Vollersen* zum Beleg für die Existenz einer solchen Literaturmeinung angeführte Beitrag zur Reform des Abstammungsrechts von *Helms* trägt nicht die Annahme, es liege eine Vermutung

³¹⁸ *Luh*, Die Prinzipien des Abstammungsrechts, S. 178.

³¹⁹ *Luh*, Die Prinzipien des Abstammungsrechts, S. 180.

³²⁰ *Luh*, Die Prinzipien des Abstammungsrechts, S. 48.

³²¹ *Gaul*, FamRZ 1997, 1441, 1446.

³²² *Luh*, Die Prinzipien des Abstammungsrechts, S. 93.

³²³ *Luh*, Die Prinzipien des Abstammungsrechts, S. 94.

³²⁴ *Eckersberger*, MittBayNot 2002, 261, 262.

vor.³²⁵ Denn auch er setzt sich lediglich mit der neuen Regelung im Vergleich zur vorher bestehenden zweistufigen Vermutung auseinander, ohne sich eingehend mit der neuen Regel in dogmatischer Hinsicht zu beschäftigen.

Das gleiche Bild zeigt sich in der Monographie von *Rütz*. Sie diskutiert den Begriff „Vaterschaftsvermutung“ nur in Differenz zur alten Ehelichkeitsvermutung, ohne sich dazu zu äußern, ob sich der Normcharakter möglicherweise vollständig gewandelt hat.³²⁶

Insgesamt erscheint der Beitrag von *Helms*³²⁷, der bereits 1996 erschien, der Ursprung der Formulierung „Vaterschaftsvermutung“ im Zusammenhang mit 1592 Nr. 1 BGB zu sein, da an vielen Stellen die Differenz zur Ehelichkeitsvermutung unter Geltung des NeG betont wird, wie *Helms* es herausgearbeitet und es von *Gaul*³²⁸ weiter vertieft wurde.

Daher verwundert es auch nicht, dass eine Einordnung als „unwiderlegliche Vermutung“ bisher in der Literatur nicht vertreten wurde.³²⁹ Denn gerade im Hinblick auf die Möglichkeiten zur Widerlegung durch Anfechtung wurde diese Terminologie vermutlich gerade erst gewählt, ohne damit aber der Norm ein beweisrechtliches Gepräge geben zu wollen.

Hingegen sind andere Äußerungen in der Literatur in diese Richtung, die eher beiläufig von der „Vaterschaftsvermutung des § 1592 Nr. 1 BGB“ sprechen, wohl auf einen unreflektierten Sprachgebrauch zurückzuführen.³³⁰ Dies insbesondere deshalb, weil eine Begründung für diesen Sprachgebrauch oder ein Zitat völlig fehlt und auch keine Folgerungen aus dieser Einordnung gezogen werden. Es scheint sich vielmehr um eine phänomenologische Beschreibung zu handeln.

Insgesamt lässt sich sagen, dass die Begrifflichkeiten bei § 1592 Nr. 1 BGB oft zufällig gewählt bzw. unreflektiert aus der Literatur zum NeG übernommen scheinen. Aus der Begrifflichkeit „Vermutung“ hier Folgerungen abzuleiten, verbietet sich daher m.E.

(bb) § 1592 Nr. 1 BGB als Fiktion?

Auch die Bezeichnung als „Fiktion“, wie sie in der Literatur für biologische unzutreffende Vaterschaften verwendet wird,³³¹ scheint nicht wirklich eine rechtstheoretische Einordnung zu sein.

³²⁵ *Helms*, FuR 1996, 178, 180.

³²⁶ *Rütz*, Heterologe Insemination - Die rechtliche Stellung des Samenspenders, S. 99.

³²⁷ *Helms*, FuR 1996, 178, 180.

³²⁸ *Gaul*, FamRZ 1997, 1441.

³²⁹ *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 94.

³³⁰ *Seidel*, FPR 2005, 181, 183.

³³¹ dazu *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 93.

Denn eine Fiktion ist die Anordnung einer Tatsache oder rechtlicher Umstände durch das Gesetz als wahr wider besseres Wissen.³³²

Die Terminologie Fiktion wurde im Abstammungsrecht schon 1935 von *Engländer* verwendet für den ehelichen Vater, der sein Anfechtungsrecht verloren hatte, ohne auch der biologische Vater zu sein (oben S. 54).³³³ Hingegen nimmt das Gesetz in § 1592 Nr. 1 BGB keine Unterteilung in Vaterschaften vor, die der biologischen Wahrheit entsprechen und solchen, die das nicht tun. Es liegt daher ein einheitlicher Tatbestand vor, der jedoch in den meisten Fällen den biologischen Tatsachen entsprechen wird. Eine Fiktion scheidet daher schon aus, weil diese voraussetzt, dass ihre Anordnung typischerweise nicht der Wahrheit entspricht.

Auch diese Meinung sieht sich weiter dem Einwand ausgesetzt, dass dieses Normverständnis voraussetzt, dass man Vaterschaft im Sinne des § 1592 Nr. 1 BGB als biologischen Begriff versteht. Nur dann kann überhaupt eine Abweichung von der „Realität“ vorliegen. Insofern wird auch hier der Begriff der „Blutsverwandtschaft“, wie man ihn seit den 1930er Jahren versteht (siehe S. 54) unausgesprochen der Norminterpretation zugrunde gelegt. Versteht man Vaterschaft hingegen als Rechtsbegriff, scheidet ein solches Normverständnis aus.

Allerdings zeigt ohnehin die Auseinandersetzung mit den Quellen dieser Ansicht wie bspw. die Kommentierung von *Wellenhofer*³³⁴, dass der Begriff Fiktion gar nicht im Rechtssinne verwendet wird. So verwendet *Wellenhofer* zwar den Begriff „fingieren“, spricht dann aber auch wieder davon, dass die „Abstammung im Rechtssinne [...] nur eine fingierte ist“. Das bedeutet explizit nicht, dass § 1592 Nr.1 BGB eine Fiktion sei, sondern dass eine solche Fiktion dem möglicherweise zugrunde liegt.

Die Auseinandersetzung mit diesen beiden Strömungen in der Literatur erscheint daher auch wenig fruchtbar, jedenfalls soweit es um die Einordnung des § 1592 Nr. 1 BGB in normtheoretischer Hinsicht geht. Diese Literaturmeinungen setzen sich eher deskriptiv mit dem vorgefundenen Regelungszusammenhang auseinander und ordnen ihn nicht theoretisch ein.

Auch die von *Vollersen* sog. „gemischten Tatbestände“³³⁵ dürften denn eher auf der Vermischung von gesetzgeberischer Motivation und ungenauem Sprachgebrauch beruhen, denn auf tatsächlich konzeptioneller Äußerung.

³³² *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 45.

³³³ *Engländer*, Auswertung der natürlichen väterlichen Abstammung gegenüber einer fiktiven rechtlichen Ehelichkeit.

³³⁴ *Wellenhofer*, in: MüKo-BGB (6), Vor § 1591, 20 ff.

³³⁵ *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 94 ff.

(cc) § 1592 Nr. 1 BGB als Definitionsnorm oder Zuordnungsnorm?

Genauer analysiert werden sollen jedoch diejenigen Beiträge, die sich tatsächlich begründet mit einer Einordnung auseinander gesetzt haben.

So hält *Rauscher* die Norm für eine Zuordnungsnorm³³⁶ und lehnt die Einordnung als Vermutung ab. Dabei weist er zu Recht darauf hin, dass dies durchaus logisch sei, wenn man nicht juristische und naturwissenschaftliche Vaterschaft miteinander verwechsle oder vermenge. Der Ehemann der Mutter sei daher nicht kraft Vermutung, sondern kraft Gesetzes der Vater des Kindes. Dass diese Vaterschaft im Anfechtungsverfahren beseitigt werden könne, ändere daran nichts, dann wirke § 1592 Nr. 1 BGB im Anfechtungsverfahren wie eine widerlegliche Vermutung, weil § 1600c BGB eine solche an die Vaterschaft anknüpfe.

In wenigen Sätzen setzt sich auch *Zimmermann* in seiner sehr umfangreichen Monographie mit der Einordnung des § 1592 Nr. 1 BGB auseinander.³³⁷ Dabei spricht er in einer Stellungnahme vom „Ziel der gesetzlichen Typisierung“ die tatsächliche Vaterschaft zu erfassen, die jedoch korrigierbar sein soll. Auch diese Äußerung spricht wiederum eher für eine Analyse der Motive des Gesetzgebers, weniger der Norm und ihrer Systematik. Allerdings stellt er fest, dass die Vaterschaft allein aufgrund der Geburt in der Ehe ohne weitere Tatbestandsmerkmale zugeordnet werde, so dass dadurch die „Vaterschaft im Rechtssinne“ entstehe. Diese Äußerung scheint dafür zu sprechen, dass er § 1592 Nr. 1 BGB nicht als Vermutungsregel oder Fiktion, sondern als echte abschließende Zuordnungsregel versteht.

Mit dem Begriff der Vaterschaftsvermutung im Zusammenhang mit § 1592 Nr. 1 BGB beschäftigt sich auch *Wax*.³³⁸ Er erklärt sich die Terminologie vor allem damit, dass in der Literatur eine Vermischung von § 1600c BGB und § 1592 Nr. 1 BGB in der Diskussion stattfindet. Er hält jedoch § 1592 Nr. 1 BGB für eine reine Zuordnungsnorm. Daher soll dem Wort „Vaterschaftsvermutung“ sowohl die Zuordnungsfunktion des § 1592 Nr. 1 BGB als auch die Beweisfunktion des § 1600c BGB zukommen.

Dass § 1592 Nr. 1 BGB über § 1600c BGB, der die rechtliche Vaterschaft als Anknüpfungspunkt für eine Vermutung der biologischen Wahrheit nimmt, eine Vermutungswirkung zukommt, kann kaum bestritten werden. Das gilt jedoch genauso für alle anderen Formen der Vaterschaft, die nicht durch Vaterschaftsfeststellung begründet wurden. Das bringt jedoch für das Normverständnis des § 1592 Nr. 1 BGB keinen Gewinn, vielmehr besteht auch hier die Gefahr einer Verschleierung und

³³⁶ Rauscher, in: Staudinger, § 1592 BGB, Rn 15.; ohne Auseinandersetzung damit auch Genenger, Vom Erzeuger zum Vater, S. 36; Gietl/Löhnig/Preisner, S. 24ff.

³³⁷ *Zimmermann*, Scheinvaterschaften die notwendige Beteiligung des Kindes an der Vaterschaftsfeststellung, S. 382.

³³⁸ Wax, in: FamRefK, § 1592 Rn 4.

Vermischung. Daher ist § 1600c BGB streng getrennt von 1592 Nr. 1 BGB zu untersuchen, aber nicht Gegenstand dieser Arbeit.

Auch *Vollersen* kommt in seiner umfangreichen Monographie zu dem Ergebnis, es handle sich um eine Definitionsnorm,³³⁹ mit der der Gesetzgeber seinen gesetzlichen Sprachgebrauch abweichend von einem natürlichen oder allgemein-sprachlichen Begriff regelt. Mangels eigener Rechtsfolge der Norm handle es sich um eine typische definitorische Ergänzungsnorm.³⁴⁰

(dd) § 1592 Nr. 2, Nr. 3 BGB

Bei der Vaterschaft kraft Anerkennung und Feststellung stellt sich die Problematik des zeitlichen Beginns der Vaterschaft in verschärfter Form, denn hier hat das Kind keinen Vater nach § 1592 Nr. 1 BGB ab Geburt. Vielmehr wird dieser erst durch die Anerkennung oder gerichtliche Feststellung Vater im Sinne des § 1592 BGB. Hier werden also die Rechtsausübungssperren nach § 1594 I BGB und § 1600d Abs. 4 BGB ggf. von Geburt an relevant. Beim ehelichen Kind hingegen stehen streng genommen zwei Ausübungssperren zwischen biologischem Vater und dem zugeordneten Ehemann, denn § 1599 I BGB sperrt nach h.M. zusätzlich die Leugnung der Vaterschaft des Ehemanns. Insofern zeigt sich bei der Diskussion der § 1592 Nr. 2 und Nr. 3 BGB das grundsätzliche Verständnis der Autoren vom Abstammungsrecht deutlicher, als beim in der Ehe geborenen Kind.

Hier liegt nach Meinung der h.M. ab Geburt eine latente Vaterschaft vor.³⁴¹ Teilweise wird dabei explizit auf § 1589 S. 1 BGB Bezug genommen, der eine solche Verwandtschaft begründe, welche nur nicht geltend gemacht werden könne.³⁴²

Andere Literaturmeinungen gehen hingegen von einer konstitutiven Begründung der Vaterschaft aus, durch die ein Verwandtschaftsverhältnis nach § 1589 BGB begründet werde.³⁴³

Vollersen geht in konsequenter Weiterentwicklung seiner Thesen zu § 1592 Nr. 1 BGB auch hier von Definitionsnormen aus. Das entscheidende Gegenargument der h. M., nämlich die Rechtsausübungssperren, versucht er zu entkräften, in dem er diesen eine neue Funktion zuweist. Es

³³⁹ *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 121.

³⁴⁰ *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 120.

³⁴¹ *Genenger*, Vom Erzeuger zum Vater?, S. 69; *Rauscher*, FPR 2002, 359, 352; Rauscher, in: Staudinger, § 1592 Rn. 19.

³⁴² *Schwonberg*, FamRZ 449, 450; *Badenberg*, Das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung unter Berücksichtigung der Problematik der anonymen Geburt, S. 55.

³⁴³ *Valentin*, Biologische Abstammung als Maßstab rechtlicher Zuordnung?, S. 74, 109ff; *Wanitzek*, Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, S. 373; *Billig*, Der scheidungsakzessorische Statuswechsel gemäß § 1599 II BGB, S. 4f, 9.

handle sich bei § 1594 I und § 1600d Abs. 4 BGB um den § 1592 Nr. 2 und Nr. 3 BGB ergänzende Normen.³⁴⁴

Nach seiner Ansicht wäre ein Verhältnis zwischen Vater und Kind, das keinerlei Wirkungen zeigt, auch nicht als latentes Verhältnis zu verstehen, sondern als gar kein Verhältnis. Hinzu kommt, dass dann § 1599 I BGB die positive Vaterschaft, bei von der biologischen Vaterschaft abweichender Feststellung, fingieren müsste. Die Wirkung der Anerkennung läge in der Begründung der rechtlichen Vaterschaft, die wiederum eine wirksame Anerkennungserklärung voraussetze. Denn nur dieses Verständnis der Anerkennung als rechtsgestaltend sei in der Lage, auch die falsche Anerkennung und Feststellung widerspruchsfrei zu erklären. Bei nicht angefochtener falscher Vaterschaft habe die biologische Vaterschaft keine Wirkungen, weshalb nicht erkennbar sei, wie eine latente Vaterschaft aussehen soll. Auch eine beweisrechtliche Einordnung sei „merkwürdig“, weil dem genetischen Vater materiell die Ausübung seines Rechts untersagt werde und der festgestellte Vater in einer prozessuale Beweissituation gefangen sei, die zum materiellen Recht im Widerspruch stehe.³⁴⁵

(ee)Stellungnahme

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass eine Auffassung von § 1592 Nr. 1 BGB als Vermutung oder Fiktion als begründete Meinung nicht zu finden ist. Vielmehr sprechen die Stellen an denen eine Auseinandersetzung stattfindet, eher gegen eine solche Einordnung durch diese Quellen.

Allein die Verwendung der Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 BGB als Tatbestandsmerkmal in der unstreitig als Vermutungsregel ausgestalteten Norm § 1600c Abs. 1 BGB macht diese nicht zu einer gesetzlichen Vermutung. Alle Ansichten, die von einer Vermutung oder Fiktion sprechen, gehen unausgesprochen davon aus, dass Vaterschaft nur durch Blutsverwandtschaft, also Zeugung, begründet werden kann. Nur so lässt sich die dahinterstehende Aussage, dass etwas der Wahrheit Widersprechendes vermutet oder fingiert wird, verstehen.

Die Annahme einer beweisrechtlichen Funktion des § 1592 Nr. 1 BGB führt zwingend zu der Annahme einer latenten Vaterschaft des biologischen Vaters ab Geburt des Kindes. Dieses Verständnis versteht *Vollersen* als „materiell-prozedurales“ Verständnis des § 1592 Nr. 1 BGB.³⁴⁶ Dieses Normverständnis, dass er explizit nur wenigen Autoren zszuschreiben will,³⁴⁷ liegt m.E. dem Normverständnis aller Autoren zugrunde, die von einer Vermutung oder Fiktion ausgehen. Denn logisch weitergedacht erfüllen alle ihre Systeme die von *Vollersen* genannten Kriterien: Der nach § 1592 Nr. 1 BGB als Vater Anzusehende ist nur als solcher vermutet bis zum Beweis des Gegenteils

³⁴⁴ *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 136, 142.

³⁴⁵ *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 137f.

³⁴⁶ *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 98.

³⁴⁷ *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 97.

oder wird als solcher fingiert. Der biologische Vater wird nur durch die Rechtsausübungssperre der § 1594 I BGB und § 1600d IV BGB an der Geltendmachung von Ansprüchen gehindert und nur durch diese vor Ansprüchen geschützt. Der rechtliche Vater wird durch § 1599 I BGB daran gehindert, die Vaterschaft zu verleugnen, da nur durch Anfechtung die Vermutungswirkung entfallen kann.³⁴⁸

Das Urteil im Anfechtungsprozess wäre konsequenterweise nach *Vollersen* ein Feststellungs-, kein Gestaltungsurteil,³⁴⁹ auch wenn dies teilweise unter Verweis auf die „Gestaltungswirkung hinsichtlich des Entfallens der Vermutung“ anders gesehen wird. Hier kommt es m. E. entscheidend auf die Frage an, wie man Feststellungs- und Gestaltungsurteil voneinander abgrenzt und weniger auf die konkreten Auswirkungen, so dass die Frage des Entstehungszeitpunkts nicht entscheidend für diese Frage ist (siehe unten S. 209).

Insofern kann man diese Literaturmeinungen alle als „materiell-prozedurale“ Auffassungen verstehen. Der Status wird bei diesen durch die Rechtsausübungssperren gesichert und nicht durch das materielle Recht. Die Aufspaltung des Meinungsspektrums in „Vermutung“, „Fiktion“, „materiell-prozedural“ erscheint mir künstlich und rührt vor allem aus einem uneinheitlichen Sprachgebrauch innerhalb einzelner Werke her. Die Einordnung mancher Meinungen als „materiell-prozedural“ und anderer wiederum nicht, beruht wohl darauf, dass manche Werke sich weitergehend mit den Folgen von Begründung und Aufhebung des Status beschäftigen, während andere diesen Aspekt ausblenden. Konsequenterweise weiter gedacht handelt es sich dabei jedoch um ein einheitliches Meinungsbild.

Letztlich muss man dann, auch bei einem Verständnis der Rechtsausübungssperren, als eine die wahre „latente Vaterschaft“ verdeckende Normen, auch bei Nr. 2 und Nr. 3 von einer materiell-prozeduralen Ansicht sprechen.

Diese Meinung soll nun in ihren einzelnen systemkritischen Details untersucht werden, ob sie einer systematischen Auslegung standhält. Dabei wird ein besonderes Augenmerk auf das m.E. entscheidende Argument der Vertreter einer „latenten Vaterschaft“ zu legen sein: Dem Umkehrschluss aus den Rechtsausübungssperren.

Dadurch soll untersucht werden, ob die von *Vollersen* umfangreich begründete These der „Definitionsnorm“³⁵⁰ weiter gestützt werden kann. Diese These mag zwar aus sich heraus überzeugend sein, weil eine systematische Auslegung mit durchaus überzeugenden Argumenten für diese Einordnung spricht. Ihm gelingt es jedoch nicht, ein stimmiges Gesamtkonzept zu begründen,

³⁴⁸ *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 97f.

³⁴⁹ so auch *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 108.

³⁵⁰ *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 120ff.

weil er den Rechtsausübungssperren keine eigene Funktion zuweist und insbesondere nicht in der Lage ist, den Umkehrschluss zu entkräften. So stellt *Vollersen* in einem Satz die §§ 1594 I und 1600d Abs. 4 BGB in einem rechtlichen System dar: „Als Rechtsausübungssperren können die [...] dann aber nicht bezeichnet werden.“³⁵¹

Diese Formulierung ist auf *Küppers* zurückzuführen, der sie für den vor dem KindRG geltenden § 1600a I BGB gewählt hat. Dieser stellt fest: § 1600a I BGB drücke nur eine Selbstverständlichkeit aus, nämlich dass die nichteheliche Abstammung nicht vor dem Statusurteil geltend gemacht werden darf, da sie nicht bestehe, sondern durch konstitutiven Akt, das Abstammungsurteil, erst erzeugt werde.³⁵²

Zwar geht er noch einen Schritt weiter und weist den Normen einen „komplementären“ Regelungsgehalt neben § 1592 BGB zu. Als Begründung führt er aber nur logische und systematische Argumente an, die nicht zwingend sind. So ist, wie *Vollersen* selbst zugibt, durchaus auch ein Verständnis, wie es die h.M. sich vorstellt, denkbar. Die latente Vaterschaft könnte etwa die Funktion haben, einstweiligen Rechtsschutz³⁵³ zu ermöglichen oder in Zusammenhang mit der Rückwirkung ihren Platz haben.

Das Problem der rein logischen und systematischen Argumentation setzt sich im Verhältnis zu § 1589 BGB fort. Hier muss *Vollersen* sich damit begnügen, zu behaupten, die Norm hätte einmal die Funktion gehabt, die Verwandtschaft zu definieren, während § 1592 BGB die Ehelichkeit definierte. Deshalb hätte § 1589 BGB früher ein biologisches Verständnis gehabt, was nun aber durch § 1592 BGB hinfällig geworden sei und sich die Funktion nun gewandelt habe.

Diese Argumentation kann aber nicht überzeugen, weil sie bei einer rein objektiv-systematischen Auslegung stehen bleibt. Das gilt für das Verhältnis von § 1589 BGB zu § 1592ff BGB genauso wie für die Funktion der Rechtsausübungssperren.

Ein echter Beweis gelingt ihm deshalb nicht. Vielmehr wird zwar stringent (logisch) dargestellt, dass ein Verständnis des § 1592 BGB als Definitionsnorm nahe liegt und ein Verständnis der Rechtsausübungssperren als Komplementärnormen diesem Ergebnis nicht entgegensteht. Möglich ist aber aufgrund objektiver Kriterien auch das Verständnis der h.M. Die Argumentation *Vollersens* entscheidet sich daher m.E. vorab für ein Verständnis von § 1592 BGB als Definitionsnorm und damit für ein konstitutives Vaterschaftsverständnis. Schließlich prüft er, ob sich das in der Gesamtsystematik durchhalten lässt, ohne schließlich zwingende Argumente finden zu können, die

³⁵¹ *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 226.

³⁵² *Küppers*, NJW 1993, 2918, 2918.

³⁵³ BT-Drs 5/2370, S. 109.

einen Umkehrschluss aus den Rechtsausübungssperren und einer systematischen Argumentation aus § 1589 BGB ausschließen würden.

Damit ist *Vollersen* ebenso wie den Vertretern der herrschenden Meinung entgegen zu halten, dass Sie bei einer objektiven Auslegung der Normen stehen bleiben und sich nicht historisch mit den Normen befassen. Die in der methodischen Einleitung dargestellte Problematik, dass die Begründungen daher oft tautologisch wirken, findet sich hier bestätigt (S. 23). Es soll nun erstmalig in der deutschen Familienrechtsliteratur der Versuch unternommen werden, die objektiv von *Vollersen* u.a. vorgedachte Theorie durch eine an der Gesetzgebung orientierte Auslegung zu unterstützen oder zu widerlegen und so eine Entscheidung zwischen den beiden vorgestellten Modellen zu ermöglichen. Dabei sollen auch die in der Praxis von Rechtsprechung und Literatur aufgezeigten Probleme jeweils untersucht werden und anhand der subjektiven Methode einer Lösung zugeführt werden.

(b) Das Modell einer konstitutiven Vaterschaft

Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist die Annahme, dass § 1592 BGB zusammen mit den jeweiligen Normen, die die Vaterschaft konstituieren (also §§ 1594ff BGB für die Anerkennung und §§ 1600ff BGB für die Vaterschaftsfeststellung), gesetzliche Definitionen darstellen. Damit ist gemeint, dass die Vaterschaft im Sinne des § 1592 BGB nur eine rechtliche ist und nur so begründet werden kann. Ein Rückgriff auf ein biologisches Verständnis ist damit ausgeschlossen.

Durch Geburt in der Ehe wird also der Ehemann Vater, eine rechtliche Beziehung zum abweichenden biologischen Vater besteht nicht. Diese Verbindung kann nur durch Anfechtung beendet werden.

Durch Anerkennung und komplementärer Zustimmung der Mutter wird der Anerkennende Vater. Eine rechtliche Beziehung zum abweichenden biologischen Vater besteht nicht. Diese Verbindung kann durch Anfechtung beendet werden.

Durch Feststellungsbeschluss nach § 1600d BGB wird der dort festgestellte Beteiligte Vater. Eine rechtliche Beziehung zum abweichenden biologischen Vater besteht nicht. Diese Verbindung kann durch Restitutionsantrag beendet werden, § 185 FamFG.

Wenn aber eine rechtliche Verbindung zu den jeweils abweichenden biologischen Vätern schon aufgrund der Normstruktur des § 1592 BGB nicht besteht, dann besteht auf den ersten Blick ein Widerspruch zum Verständnis der § 1594 I BGB und § 1600d Abs. 4 BGB als Rechtsausübungssperren. Denn eine „Geltendmachung“ des Anspruchs ist schon aufgrund fehlender Schuldner- oder Gläubigereigenschaft des biologischen Vaters ausgeschlossen, so dass dies einer Regelung nicht bedurft hätte.

In der Literatur wird daher aus der Existenz dieser Ausübungssperren ein Umkehrschluss dahingehend gezogen, dass die Beziehung zum biologischen Vater durch Blutsverwandtschaft entsteht und latent vorhanden ist und nur die Geltendmachung der Ansprüche gehindert ist.

Daher soll im Folgenden untersucht werden, ob die Funktion der Rechtsausübungssperren und ihre Genese im Zusammenhang der jeweiligen Norm zur Begründung der Vaterschaft hier möglicherweise Licht ins Dunkel bringen kann. Sollte es gelingen zu erklären, wie es zum herrschenden Verständnis gekommen ist, kann aufgeklärt werden, ob es sich dabei um einen Irrweg der Rechtsgeschichte handelt, oder ob begründeter Anlass besteht, das rein objektiv gefundene und begründete Ergebnis von *Vollersen* durch eine genetisch-teleologische Auslegung zu stützen.

4) Funktion und Geschichte der Abstammung vom Vater unter besonderer Berücksichtigung der sog. Rechtsausübungssperren

Wie bereits gezeigt, kann eine Analyse von § 1592 BGB allein keine zufriedenstellende Lösung herbeiführen, weil in der Relation von § 1592 BGB und den sog. Rechtsausübungssperren nicht erklärt werden kann, welche der beiden Normen die systembildende ist. Nachdem die Rechtsausübungssperren der wesentlich älteren Normschicht entspringen (die Ursprünge sind in §§ 1593 und 1596 BGB 1900 zu suchen), soll im Folgenden deren Geschichte, stets im Zusammenhang mit ihrer Funktion im gesamten Abstammungsrecht, dargestellt werden. Zuvor muss allerdings erst eine Auslegung anhand objektiver Kriterien erfolgen, um die Probleme der Auslegung konkret fassen zu können.

(a) Objektive Analyse der Normen

Eine objektive Analyse der Normen § 1594 I und § 1600d Abs. 4 BGB ist wenig ergiebig. Ihrem Wortlaut nach können die Rechtswirkungen der Anerkennung und der gerichtlichen Feststellung schlicht nicht vor deren Wirksamkeit geltend gemacht werden. Das scheint, wie *Küppers* schon für § 1600a BGB ausgedrückt hat, tatsächlich nur eine Selbstverständlichkeit zu sein.³⁵⁴ Denn wieso sollte man eine Rechtsfolge geltend machen können, bevor ihre Tatbestandsmerkmale vollständig erfüllt sind. Einen Sinn ergibt die Norm daher bei objektiver Betrachtung tatsächlich nur, wenn man ihr einen komplementären Gehalt zuweist wie *Vollersen* oder aber, wenn man das Abstammungsrecht, wie es die h.M. tut, mit einem biologischen Verständnis auflädt.

Die Auslegung der Norm mit objektiven Auslegungskriterien stößt aber insgesamt relativ schnell an ihre Grenzen:

³⁵⁴ *Küppers*, NJW 1993, 2918, 2918.

1. In grammatischer Hinsicht sind die Begriffe „Rechtswirkungen“ und „geltend machen“ kaum zu beherrschen. Umfasst die Rechtswirkung neben der Anerkennung und Feststellung auch die Behauptung der biologische Abstammung, wie das von der h.M. vertreten wird oder umfasst sie nur die Geltendmachung der Vaterschaft als Tatbestandsmerkmal im Sinne eines familienrechtlichen Status? Das erstreckt sich dann auf den Begriff der Geltendmachung, die je nach Verständnis des Begriffs Rechtswirkung mal als Prozesshindernis, als Beweisverbot, materielle Einrede oder generelles Behauptungsverbot oder als eine Norm, die alle Funktionen erfüllt, aufgefasst werden kann.
2. In systematischer und logischer Hinsicht stellen sich v.a. die oben aufgezeigten Fragen im Verhältnis zur Begründung und Beendigung der Vaterschaft generell. Es kann allein aufgrund des Wortlauts und der Stellung von § 1592 und § 1594 I und § 1600d Abs. 4 BGB nicht gesagt werden, welche der beiden Normgruppen die systembildende ist. Das System ist daher, bei objektiver Auslegung „offen ungereimt“. ³⁵⁵ Deshalb konnte auch *Vollersen*, der § 1592 BGB als systembildende Norm begreift, umgekehrt nicht die Funktion der Rechtsausübungssperren überzeugend erklären, während diejenigen, die den Rechtsausübungssperren die entscheidende Bedeutung beimessen, die Funktion des § 1592 und § 1589 BGB nicht wirklich überzeugend erklären können.
aufgrund objektiver Auslegung kann daher nicht gesagt werden, ob die Normen gegen eine Einordnung als Definitionsnorm sprechen oder diese These stützen.
Allerdings kann der Konflikt mit § 1589 BGB möglicherweise auf objektiver Ebene aufgelöst werden (siehe oben S. 50), so dass § 1592 BGB die Abstammung nach dem Vater vorgeben würde. Aber auch hierauf soll erneut eingegangen werden.
3. Eine teleologische Auslegung allein anhand objektiver Kriterien ist, wie im einleitenden Methodenkapitel gezeigt, in Fällen, in denen objektiv keinerlei Konsens erzielt werden kann, ohnehin grundsätzlich abzulehnen. Zudem fehlt für eine solche Argumentation hier schon jeder Anhaltspunkt, weil die Behauptung eines Zwecks der Normen bei fraglicher Struktur und Systematik des ganzen Systems einer Behauptung ins Blaue gleich kommt.

(b) Genetisch-historische Auslegung

Daher verbleibt, als letztes Kriterium, die genetisch-historische Auslegung. Wie das gesamte Abstammungsrecht, sind die heute geltenden Normen das Resultat diverser Änderungen des Gesetzestextes (siehe S. 6). Dabei wurde teilweise das Abstammungsrecht grundlegend geändert, ohne den Wortlaut dieser Normen anzutasten und diese teilweise innerhalb des Gesetzes verschoben. Eine zutreffende Auslegung und Einordnung dieser Normen setzt daher die Analyse ihrer

³⁵⁵ Seidel, in: Müko-BGB, § 1589 BGB Rn 13.

Geschichte und damit des gesamten Abstammungsrechts zwingend voraus. Dieses Vorhaben ist insofern vielversprechend (siehe S. 27), weil aufgrund der häufigen Änderungen der Verdacht besteht, dass hier möglicherweise Normen weiter verwendet wurden, deren einstmaliger Zweck sich erledigt hat oder vergessen wurde und diese daher fehlinterpretiert wurden.

Nur aus einer solchen in sich stimmigen und historisch-kritischen Auslegung können daher systematisch zutreffende Schlüsse auf den Rest des Abstammungsrechts gezogen werden. Eine nur an Wortlaut und Systematik orientierte Auslegung ist unzureichend und kann nicht befriedigend gelingen. Eine grundlegende Analyse des Abstammungsrechts im Hinblick auf diese Probleme wurde bisher nicht geleistet. Gerade deswegen erscheint eine solche Analyse vielversprechend.

Vorweg ist dabei zu erwähnen, dass mangels nichtehelicher Abstammung bis zum NeG und der Beibehaltung der Unterscheidung in eheliche und nichteheliche Abstammung die ersten Gesetzesgeschichten streng genommen nicht die Frage der Vaterschaft bzgl. eines Kindes sondern die Frage der Ehelichkeit eines Kindes regelten. Nachdem aber eine Verwandtschaft nach dem nichtehelichen Vater nicht bestand, ist inhaltlich damit letztlich das Gleiche gemeint.

(c) Der 1. Entwurf zum BGB / Die Motive

Für das Verständnis der Normen genügt es nicht, mit der ersten Fassung des BGB zu beginnen, vielmehr ist für ein umfassendes Verständnis eine Analyse des ersten Entwurfs von Nöten. Denn bereits hier wurden aus einem ursprünglichen Entwurf einzelne Normen verändert, ohne daraus folgende Probleme umfassend zu lösen.

(aa) Entwurfstext

Die für die Auslegung der Ausübungssperren relevanten Normen im 1. Entwurf hatten folgenden Wortlaut:³⁵⁶

„§ 1466 Ein eheliches Kind ist nicht nur dasjenige, welches die Ehefrau während der Ehe von dem Ehemanne empfangen hat, sondern auch dasjenige, welches die Ehefrau vor Schließung der Ehe von dem Ehemanne empfangen und nach Schließung der Ehe geboren hat.

§ 1468 Es wird vermuthet, daß das von der Ehefrau geborene Kind, dessen Empfängniszeit ganz oder zum Theil in die Zeit während der Ehe fällt, von dem Ehemanne erzeugt sei.

§ 1469 Die in § 1468 bezeichnete Vermutung kann nur durch den Beweis entkräftet werden, daß der Ehemann innerhalb der Empfängniszeit, soweit diese in die Zeit während der Ehe fällt, mit der Ehefrau den Beischlaf nicht vollzogen hat.

³⁵⁶ Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, S. 349 ff.

§ 1470 Ein nach Schließung der Ehe von der Ehefrau geborenes Kind, dessen Empfängniszeit in die Zeit vor Schließung der Ehe fällt, gilt als von dem Ehemanne erzeugt, wenn dieser innerhalb der Empfängniszeit mit der Ehefrau den Beischlaf vollzogen hat. [...]

§ 1471 Die Unehelichkeit eines von der Ehefrau während der Ehe oder innerhalb von dreihundert Tagen nach Auflösung der Ehe geborenen Kindes kann nur geltend gemacht werden, wenn der Ehemann entweder die Ehelichkeit nach Maßgabe der §§ 1472 bis 1474 angefochten hat oder, ohne das Recht der Anfechtung verloren zu haben, gestorben ist.

Hat der Ehemann die Anfechtungsklage erhoben, so kann die Unehelichkeit des Kindes, solange der Rechtsstreit über die Anfechtungsklage nicht erledigt ist, in anderer Art als durch diesen Rechtsstreit nicht geltend gemacht werden.

§ 1476 Auf den Rechtsstreit, welche die Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes zum Gegenstand hat, finden in Ansehung des Ehemanns die Vorschriften des § 1254 mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, daß die Anfechtungsklage von dem gesetzlichen Vertreter nicht erhoben werden kann. Die Zurücknahme der Anfechtungsklage bewirkt, daß die Anfechtung als nicht erfolgt anzusehen ist und das Anfechtungsrecht des Mannes erlischt. Dasselbe gilt, wenn der Ehemann nach erfolgter Anfechtung, aber vor Erledigung des Rechtsstreits über die Anfechtungsklage das Kind nach Maßgabe des § 1472 als das seinige anerkennt.

§ 1477 Das auf die Anfechtungsklage erlassene, noch während der Lebenszeit des Ehemanns und des Kindes rechtskräftig gewordene Urtheil wirkt für und gegen alle.“

(bb) Grundsätzliches

Hier finden sich in § 1471 I und § 1471 II BGB-E1, schon in sprachlicher Hinsicht, eindeutig die Vorläufer der heutigen Rechtsausübungssperren. Sie waren natürlich nicht auf die Vaterschaft bezogen, sondern auf die Anfechtung der Ehelichkeit durch den Mann.

Grundlegend ist in diesem Entwurf die Ehelichkeit anhand der Empfängnis vom Ehemann definiert. Eine Anfechtung der Ehelichkeit war möglich, wenn der Ehemann nicht der biologische Vater war. Die Definition der Ehelichkeit (Abstammung vom Vater, § 1466 BGB-E1) und der Grund für die Anfechtung (fehlende Abstammung vom Vater) waren in diesem Entwurfsstadium vollständig übereinstimmend und ohne Überschneidung.

Da aber die Abstammung mangels naturwissenschaftlicher Methoden nicht bewiesen werden konnte, half eine Vermutung, die nur durch den Beweis, dass gar kein Beischlaf stattgefunden hat

entkräftet werden konnte (§ 1469 BGB E-1), wenn die Empfängniszeit des Kindes in die Ehe fiel.³⁵⁷ Für den Fall, dass die Empfängniszeit vor der Ehe lag (§ 1470 BGB-E1) musste hingegen der Beischlaf positiv bewiesen werden, dann wurde aber die Zeugung durch den Ehemann auch fingiert. Aufgrund dieser Vermutung sollte daher der mögliche eheliche Vater kraft Fiktion³⁵⁸ als Vater des Kindes gelten.³⁵⁹ Die Motive sprechen sich eindeutig gegen die Zulassung weiterer Indizien zur Entkräftung der Ehelichkeit aus,³⁶⁰ ließen jedoch offen, ob der Mangel der Zeugungsfähigkeit möglicherweise schon begrifflich die Vollziehung des Beischlafs ausschließe.³⁶¹

(cc) Insbesondere die Anfechtung

Ausweislich der Protokolle lagen dem Vorentwurf, der weitestgehend als den erster Entwurf (E1) übernommen wurde, bzgl. der Anfechtung folgende Prinzipien zugrunde:³⁶²

1. Nur der Ehemann kann die Unehelichkeit im Wege eines formellen Anfechtungsaktes geltend machen. Dieses Recht geht durch Zeitablauf oder Anerkennung verloren.
2. Zu Lebzeiten des Ehemanns kann nur er diesen Akt durchführen. Niemand anderes wird „zur Entkräftung der Vermutung des § 273³⁶³ zugelassen“.
3. Hat er das Recht verloren, werden auch alle anderen präjudiziert, so dass die Unehelichkeit nicht mehr geltend gemacht werden kann.

Bis zur Erklärung der Anfechtung in Form der Klage als einseitiges Rechtsgeschäft des Ehemanns³⁶⁴ ist das Kind aufgrund der Vermutungen in jedem Fall als ehelich anzusehen, weil die Vermutung nur durch die Anfechtungsklage des Ehemanns beseitigt werden kann, § 1471 I BGB-E1. Bis zum Ende des Prozesses gilt die Vermutung fort, obwohl die Ehelichkeit angefochten ist und so jeder grundsätzlich die Unehelichkeit geltend machen könnte, § 1471 II BGB-E1.³⁶⁵

Die Zurücknahme der Anfechtungsklage oder Anerkennung des Kindes führten zum Entfallen der Wirkung der Anfechtung, § 1476 S. 2 BGB-E1. Zweck dieser Regelung war es, eine einheitliche

³⁵⁷ Das kritisierte *Klöppel*, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts Jg. 33 = 4.F. Jg. 3, 1889, 338, 348 weil der Ehemann zum Beischlaf verpflichtet sei und er dies deshalb nicht einwenden dürfe.

³⁵⁸ Gegen die Verwendung des Begriffs Fiktion wandte sich *Klöppel*, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts Jg. 33 = 4.F. Jg. 3, 1889, 338, 349 weil man ja nicht wisse, dass der Tatbestand falsch sei.

³⁵⁹ Motive Familienrecht, S. 654.

³⁶⁰ Motive Familienrecht, S. 654f; kritisiert von *Klöppel*, in Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Jg. 33 = 4.F. Jg. 3, 1889, S. 338 – 363, 347ff.

³⁶¹ Motive Familienrecht, S. 656

³⁶² vgl. Protokolle I, S. 7458.

³⁶³ wortgleich mit § 1468 E1.

³⁶⁴ Motive Familienrecht, S. 663, 658; auf S. 670 sprechen die Motive eindeutig von der Doppelnatur der Klageerhebung.

³⁶⁵ Motive Familienrecht, S. 662, 672, dort ist die Rede davon, dass das Kind aufgrund § 1471 II BGB trotz der in der Erhebung der Anfechtungsklage steckenden Anfechtung weiter als eheliches gilt.

Feststellung zu ermöglichen, also die Inter-omnes-Wirkung des Anfechtungsurteils zu schützen. Hinzu kam der Aspekt, auch die Anerkennung der Ehelichkeit ebenfalls mit Wirkung inter omnes oder auch eine spätere Zurücknahme der Klage zu ermöglichen, ohne dass während des Prozesses schon abweichende Urteile ausgesprochen werden können.³⁶⁶ Erst mit dem stattgebenden Urteil oder mit der Erledigung durch den Tod des Ehemanns oder des Kindes tritt die seit der Anfechtung suspendierte Anfechtungswirkung, hervor und jeder kann die Unehelichkeit (v.a. inzident) geltend machen.³⁶⁷ Der Wortlaut "Erledigung des Rechtsstreits" umfasst dabei mehr als das stattgebende Urteil und war mit Absicht gewählt, so dass insbesondere auch der Tod des Ehemanns darunter fiel.

Die Wirkungen der Rücknahme der Klage zeigen eines ganz deutlich: Die Erhebung der Anfechtungsklage hatte doppelte Wirkung. Sie machte die Klage anhängig und war zudem materielle Erklärung, die unmittelbar die Ehelichkeit inter omnes beseitigte.³⁶⁸ Wenn erst das Urteil diese Wirkung gehabt hätte, wäre eine Regelung für die Klagerücknahme nicht notwendig gewesen, die den vorherigen Zustand wiederhergestellt hätte. Das Anfechtungsurteil bestätigte dann die Wirksamkeit der Anfechtung mit Rechtskraft gegenüber allen, § 1477 BGB-E1.

Der Anfechtungsprozess war als Prozess zur Widerlegung der Vermutung ausgestaltet, die Ehelichkeit war klar definiert als Erzeugung durch den Ehemann und Geburt in der Ehe. Es fand also eine deutliche Trennung zwischen Definition der Ehelichkeit und Vermutungsregeln statt. Materiell war das Kind entweder von Anfang an ehelich, weil vom Ehemann gezeugt, oder es war unehelich. Durch die Anfechtung konnte die Unehelichkeit geltend gemacht werden, inzident aber erst nach Erledigung der Anfechtungsklage.

Die Anfechtung hatte Rückwirkung,³⁶⁹ was sich zwingend logisch aus der gewählten Konstruktion ergibt: Der Tatbestand der ehelichen Abstammung war von Anfang nicht erfüllt, die Vermutung ersetzte nur die Tatsachenbasis, schuf aber keine rechtliche Vaterschaft.

In diesem Entwurf war daher eine Trennung von materiellem Recht und durchsetzbarem Recht durchaus angelegt, aber anders als dies heute verstanden wird: Zunächst war das Kind, das in der Ehe geboren wurde, als eheliches Kind anzusehen, weil eine positive Beweisregel dies anordnete, obwohl es nach der Definition nicht ein eheliches war. Es stellt sich allerdings die Frage, ob der Gebrauch der Worte „wird vermuthet“ und „gilt“ tatsächlich im Sinne einer Trennung von Prozess- und materiellem Recht verwendet wurde, oder ob die Wirkung der Vermutungen nicht eher eine materielle war, so

³⁶⁶ Motive Familienrecht, S. 663.

³⁶⁷ Motive Familienrecht, S. 663.

³⁶⁸ Motive Familienrecht, S. 663, 658; auf S. 670 sprechen die Motive eindeutig von der Doppelnatur der Klageerhebung.

³⁶⁹ Motive Familienrecht, S. 663.

dass ein einheitlicher Tatbestand gemeint war und kein Auseinanderfallen von materiellem und formellem Recht. Letztlich sollte aber das Kind in jeder Beziehung ehelich sein, bis zur Erklärung der Anfechtung, weshalb die Unterscheidung in jeder Hinsicht irrelevant ist.

Die Rechtsausübungssperren sicherten aber für den Zeitraum zwischen Erhebung der Anfechtungsklage, die die Ehelichkeit entfallen ließ, und Erledigung der Anfechtungsklage, dass das Kind weiter als eheliches anzusehen war, obwohl die Gestaltung schon mit Prozessbeginn erfolgt war. Diese Erkenntnis ist hier noch einmal hervorzuheben, weil diese historische Funktion der Rechtsausübungssperren möglicherweise in der Lage ist, auch für die heutige Rechtslage Aufschluss zu geben. Hinzu kommt, dass diese Geschichte der Rechtsausübungssperren in den letzten Jahrzehnten völlig in Vergessenheit geraten ist und daher als Kriterium für ihre Auslegung nicht mehr herangezogen werden konnten.

(d) Der zweite Entwurf zum BGB

(aa) Normtext

§ 1486 Ein Kind, daß nach der Schließung der Ehe geboren wird, ist ehelich wenn die Frau es vor oder während der Ehe empfangen und der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt hat. Das Kind ist nicht ehelich, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Frau das Kind von dem Manne empfangen hat.

Es wird vermuthet, daß der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt habe. Soweit die Empfängniszeit in die Zeit vor der Ehe fällt, gilt die Vermuthung nur, wenn der Mann gestorben ist, ohne die Ehelichkeit angefochten zu haben.

§ 1488 Die Unehelichkeit eines während der Ehe oder innerhalb dreihundertundzwei Tagen nach der Auflösung der Ehe geborenen Kindes kann nur geltend gemacht werden, wenn der Mann die Ehelichkeit angefochten hat oder, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben, gestorben ist.

§ 1492 Die Anfechtung der Ehelichkeit erfolgt bei Lebzeiten des Kindes durch Erhebung der Anfechtungsklage. Die Klage ist gegen das Kind zu richten.

Vor der Erledigung des Rechtsstreits kann die Unehelichkeit nicht anderweit geltend gemacht werden.

Die Zurücknahme der Klage bewirkt, daß die Anfechtung als nicht erfolgt anzusehen ist. Das Gleiche gilt, wenn der Mann vor der Erledigung des Rechtsstreits das Kind als das seinige anerkennt.

(bb) Analyse

In diesem Entwurf steckt eine wesentliche Änderung im Vergleich zum ersten Entwurf: Die Rechtsausübungssperren fanden sich nun in § 1488 und § 1492 II BGB-E2, wurden also in zwei verschiedene Normen verschoben.

Es fällt aber auch auf, dass die Definition der Ehelichkeit komplett (§ 1466 BGB-E1) entfallen ist. Dies geht zurück auf eine Entscheidung der Redaktionskommission. Dieser wurde bei der Diskussion des ersten Entwurfs die Frage, ob die Norm wegen ihres theoretischen Charakters als selbstverständlich wegfallen oder mit anderen Vorschriften verbunden werden sollte, zur Entscheidung überwiesen.³⁷⁰ Die Kommission hat sich dann zur Streichung der Definition entschieden, ging also offensichtlich davon aus, dass die Norm insoweit selbstverständlich und damit überflüssig war.

Die Möglichkeit, die Vermutung zu widerlegen, wurde in § 1486 II BGB-E2 verschoben und dahingehend umformuliert, dass die offenbare Unmöglichkeit der Zeugung ausreiche. Die Beischlafvermutung blieb bestehen und der Beischlaf wurde als Tatbestandsmerkmal in § 1486 I S. 1 BGB-E2 aufgenommen. Letztlich blieb es aber insgesamt bei der Regel, dass die Möglichkeit (oder fehlende offenbare Unmöglichkeit) des Ehemanns ausreicht, um das Kind zum ehelichen zu machen, wie sie die Motive auch für den ersten Entwurf formuliert hatten.

Die Vermutungen und der Tatbestand der Ehelichkeit waren aber im Wortlaut nicht mehr deckungsgleich. Während im ersten Entwurf die Zeugung vom Ehemann noch Tatbestand war und diese auch nach § 1468 BGB-E1 komplett vermutet wurde, setzt § 1486 BGB-E2 zwar dem Wortlaut nach nicht mehr die Zeugung vom Ehemann, sondern nur noch die Geburt in der Ehe und die fehlende offensichtliche Unmöglichkeit der Zeugung voraus. Es ist jedoch davon auszugehen, dass das nur die Folge der Streichung der als selbstverständlich empfundenen Regel war.

Durch den Wegfall des § 1468 BGB-E1 ergab sich aber ein Problem: Im ersten Entwurf hätte in einem Inzidentprozess § 1468 BGB-E1 sichergestellt, dass die Ehelichkeit positiv angenommen werden kann. Da die Unehelichkeit mangels Anfechtung in einem solchen Inzidentprozess nicht geltend gemacht werden konnte, also der Gegenbeweis nach § 1469 BGB-E1 nicht angetreten werden durfte, war im E1 konstruktiv vollständig sichergestellt, dass im Prozess das Kind als ehelich anzusehen war.

Nach Wegfall der vollständigen Vermutung war eine solche Lösung nach dem Wortlaut konstruktiv nicht mehr möglich, denn für den Fall, dass die Abstammung offensichtlich unmöglich war, stand keine positive Vermutung mehr zur Verfügung. Das ursprüngliche gewünschte Ergebnis war jedoch aufrecht zu erhalten, weil an den drei Prinzipien, wie sie oben aufgezeigt wurden, nicht gerüttelt

³⁷⁰ Protokolle I, S. 5777.

werden sollte, sie wurden inhaltlich nicht verändert.³⁷¹ Trotzdem liegt hierin wohl der Grund, warum die spätere Literatur und Rechtsprechung den Rechtsausübungssperren einen vollständig anderen Regelungsgehalt zugewiesen hat (siehe unten S. 112ff). Denn es fehlte eine Vermutungsregel, die sicherstellt, dass der Tatbestand in Inzidentprozessen positiv begründet werden konnte. Stattdessen findet sich in § 1486 BGB-E2, jedenfalls dem Wortlaut nach, keine Vermutung mehr, sondern eine Definition. Diese wirkte jedoch letztlich wie eine Vermutung, da die Unehelichkeit kraft offenerer Unmöglichkeit die Ausnahme war und bewiesen werden konnte. § 1468 BGB-E 2 ersetzte daher die Vermutung der Ehelichkeit und war daher als Grund für eine positive Annahme der Ehelichkeit zu sehen.

(e) Die Urfassung des BGB

(aa) Normtext³⁷²

§ 1593. Die Unehelichkeit eines Kindes, das während der Ehe oder innerhalb dreihundertundzwei Tagen nach der Auflösung der Ehe geboren ist, kann nur geltend gemacht werden, wenn der Mann die Ehelichkeit angefochten hat oder, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben, gestorben ist.

§ 1596. (1) Die Anfechtung der Ehelichkeit erfolgt bei Lebzeiten des Kindes durch Erhebung der Anfechtungsklage. Die Klage ist gegen das Kind zu richten.

(2) Wird die Klage zurückgenommen, so ist die Anfechtung als nicht erfolgt anzusehen. Das Gleiche gilt, wenn der Mann vor der Erledigung des Rechtsstreits das Kind als das seinige anerkennt.

(3) Vor der Erledigung des Rechtsstreits kann die Unehelichkeit nicht anderweit geltend gemacht werden.

(bb) Analyse der Änderungen

Der Entwurf 2 wurde letztlich in den relevanten Teilen Gesetz. Es stellt sich zwar die Frage, wieso überhaupt mit § 1593 BGB und § 1596 BGB zwei Normen zur Verfügung standen, die die Geltendmachung der Nichtehehlichkeit verhinderten. Das aber erklärt sich aus den unterschiedlichen Situationen, in denen es zum Bestreiten kommen kann.

Insgesamt wird aber insbesondere aus dem Fortbestand der Regelung des § 1596 II S. 1 BGB 1900 eines klar: Nicht das Urteil im Prozess hatte gestaltende Wirkung, sondern die Anfechtung. Das Urteil im Prozess hingegen hatte nur deklaratorische Wirkung, aber nicht im Hinblick auf die Ehelichkeit sondern im Hinblick auf die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Anfechtung. Das ergibt sich aus

³⁷¹ Protokolle I, S. 7462.

³⁷² Nach http://www.koeblergerhard.de/Fontes/BGB/BGB1896_RGBl_S.195.htm

Abs. 2 S. 1, weil diese Norm dann überflüssig wäre, wenn die Erhebung der Anfechtungsklage keinerlei Wirkung hätte, dann müsste sie nicht „rückabgewickelt“ werden. Hier jedoch wird explizit klargestellt, dass die Anfechtung dann als nicht erfolgt anzusehen ist. In der Annahme, die Wirkung der Klage könne beseitigt werden, steckt implizit die Aussage, dass die Gestaltung bereits durch die Erhebung der Klage stattfindet und nicht durch das Urteil. Das Gleiche gilt für die Anerkennung des Kindes während des Prozesses, das eben auch die Wirkung der Anfechtung beseitigte. Dieser Gesichtspunkt (siehe oben S. 95) aus den Motiven zum ersten Entwurf ist daher Gesetz geworden. Dieses Kriterium soll daher im Folgenden immer wieder bei Gesetzesnovellen untersucht werden, um zu überprüfen, ob die Novelle noch von einer Doppelnatur der Anfechtungserklärung ausgeht.

(cc) Analyse der Verknüpfung von materieller und formeller Vaterschaft im BGB 1900

Die Verknüpfung des materiellen Rechts und des Prozessrechts an dieser Stelle erfolgte also nicht dadurch, dass man die Gestaltung durch ein Urteil wählte, sondern eine formbedürftige Gestaltungserklärung (Anfechtung in Form der Anfechtungsklage) in Verbindung mit einer Feststellung über die Wirksamkeit dieser Erklärung durch das Gericht und somit durch Urteil. Das ergibt sich aus der Diskussion um die Rechtskraft *inter omnes*, die bei einem Gestaltungsurteil nach Ansicht des Gesetzgebers unnötig gewesen wäre.³⁷³ Im Grundsatz war also die Beendigung der Vaterschaft eine Frage des materiellen Rechts alleine. Ein Urteil war nur zusätzlich notwendig, um einen zuverlässigen Anknüpfungspunkt zu haben.

§ 1596 BGB stellte im Verhältnis zu § 1593 BGB nur klar, dass die vorher erfolgte, materiell voll wirksame, Anfechtung nicht anderweitig geltend gemacht werden kann, bevor der Prozess durch rechtskräftiges Urteil entschieden ist.³⁷⁴ § 1593 BGB zwang also in die Anfechtungsklage, § 1596 BGB verbot Inzidentfeststellungen. Das „anderweitig“ in § 1596 BGB 1900 verweist m.E. auf die Geltendmachung der Unehelichkeit im Anfechtungsprozess, denn dort musste natürlich die Unehelichkeit behauptet und bewiesen, also geltend gemacht werden. Der Begriff der Geltendmachung bezieht sich in diesem Zusammenhang also auf die Widerlegung der Vermutung im Inzidentprozess durch jedermann – auch den Vater.

Eine Rechtsausübungssperre vor Ausübung der Anfechtung war hingegen nicht nötig, da insofern bereits § 1591 BGB die Ehelichkeit begründete, die aber durch Anfechtung beseitigt werden konnte. Bis zur Anfechtung wurde also die Ehelichkeit aufgrund § 1591 BGB positiv vermutet, ab Anfechtung wurde die Geltendmachung durch § 1593 BGB außerhalb des Anfechtungsprozesses (§ 1596 III BGB)

³⁷³ *Planck/Schubert*, Beendigung der Ehe, Recht der Abkömmlinge, Vormundschaftsrecht, S. 1243.

³⁷⁴ *Knitschky*, S. 26: „Vor seiner Erledigung darf die Unehelichkeit nicht anderweitig geltend gemacht werden, obwohl in der Erhebung der Klage die Anfechtung durch den Ehemann liegt und somit die Bedingung des § 1593 erfüllt ist.“; so ganz eindeutig *Opet*, Verwandtschaftsrecht, 1899, S. 31 Fußnote 84; *Deichfuß*, S. 85.

verhindert. Insgesamt war die zweistufige Sperre zur Geltendmachung durch § 1593 und § 1596 III BGB unnötig kompliziert und die Normen schlecht aufeinander abgestimmt, was sicherlich die Entstehung von Missverständnissen begünstigt hat. Eine Norm, die es erlaubt hätte, in einem Inzidentprozess die Ehelichkeit eines Kindes positiv zu vermuten, fehlte dem Wortlaut nach schlicht, war jedoch in § 1591 BGB 1900 zu suchen.

(aaa) Nach Tod des Ehemanns

Ausnahmsweise konnte die Unehelichkeit des Kindes geltend gemacht werden, wenn der Ehemann ohne sein Anfechtungsrecht verloren zu haben verstorben war, § 1593 I 2. Alt. BGB 1900. Nachdem die Anfechtungsfrist bereits mit Kenntnis von der Geburt zu laufen begann, war das regelmäßig der Fall, wenn der Ehemann vor Geburt oder im ersten Lebensjahr des Kindes verstarb.

In diesen Fällen konnte die Unehelichkeit von jedermann in einem Inzidentprozess geltend gemacht werden. Eine Feststellung nach Anfechtung mit Wirkung *inter omnes* war dann nicht mehr möglich. Einen Vorschlag, statt dieser Inzidentfeststellungen, ein Anfechtungsrecht der Erben des Mannes für diesen Fall vorzusehen und so ein formelles Verfahren zu wählen, wurde von der Kommission abgelehnt. Ausweislich der Begründung der Kommission sollte eine einheitliche Feststellung deswegen verhindert werden, weil das Kind ansonsten aufgrund der wirtschaftlichen Interessen der Erben insgesamt als uneheliches gelten würde. Die Lösung des BGB hingegen führe dazu, dass bei einer Geltendmachung durch die Erben lediglich für die Frage der Erbenstellung die Unehelichkeit feststehe und das Kind ansonsten noch ein eheliches sei.³⁷⁵

Eine Befristung der Möglichkeit des Inzidentbestreitens auf 10 Jahre wurde ebenfalls abgelehnt. Begründet wurde dies damit, dass das jeweilige Interesse am Bestreiten oft erst später hervortrete und die Behauptung dann abgeschnitten wäre. Im Gegensatz zur Ehe, wo eine solche Frist nach Eintragung im Personenstandsregister bestehe, fehle es an einer tatsächlichen Grundlage für eine solche Ausschlussfrist.³⁷⁶

(bbb) Fazit

Insbesondere die Möglichkeit, nach dem Tod des Ehemanns vor Ablauf der Anfechtungsfrist die Ehelichkeit inzident bestreiten zu können und die in den Motiven eindeutig belegte Doppelnatur der Anfechtungsklage (nicht des Urteils) sprechen dafür, dass die Rechtsausübungssperren den Zweck hatten, den Ehemann in die Anfechtungsklage zu zwingen, um so eine *inter omnes* Feststellung zu ermöglichen, und nicht die Ehelichkeit grundsätzlich zu schützen.

³⁷⁵ Protokolle I, S. 5799ff.

³⁷⁶ Protokolle I, S. 5804ff.

Ob § 1591 BGB eine nur in der Form der Anfechtungsklage widerlegliche Vermutung oder eine Definition war, kann dabei dahinstehen, weil eine latente Vaterschaft des biologischen Vaters über § 1589 II BGB 1900 ausgeschlossen war. Da das Kind in jeder Hinsicht als ehelich zu gelten hatte, spielte die Einordnung des § 1591 BGB keine Rolle. Erst ab Anfechtung griff dann § 1593 BGB ein.

(dd) Rechtsprechung

Gegen dieses Ergebnis spricht auch nicht die Rechtsprechung des KG aus dem Jahr 1917. Das KG hatte sich mit der Frage zu befassen, ob die Unehelichkeit eines Kindes vom neuen Ehemann der Mutter über eine Feststellungsklage geltend gemacht werden könne. Dieser wollte das Kind anschließend selbst als ehelich legitimieren. Das KG lehnte diese Klage wegen § 1593 BGB zu Recht ab. Denn Ziel des Klägers war es die Ehelichkeit des Kindes negativ festzustellen.³⁷⁷ Es handelt sich daher um eine Inzidentfeststellung bzgl. der Ehelichkeit und nicht um die Frage der biologische Abstammung (siehe dazu im Übrigen S. 56).

(ee) Literatur zum BGB 1900

Die Literatur um die Entstehungszeit des BGB spricht ebenfalls für ein derartiges Normverständnis.

(aaa) Materielles Recht

So geht *Ullersberger* davon aus, dass die Unehelichkeit ab dem Zeitpunkt der Anfechtung von jedermann geltend gemacht werden könne, und diese Wirkung durch § 1593 BGB bis zum Ende des Verfahrens nicht geltend gemacht werden könne. Das Urteil wirke deklaratorisch, weil es nur die bereits erfolgte Anfechtung bestätige. Alle Geschäfte des Ehemanns für das Kind würden nichtig.³⁷⁸

Opet spricht davon, dass in den Fällen, in denen die Anfechtung nicht erfolgt ist und der Vater nicht verstorben ist, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben, die „Ehelichkeitsvermutung praktisch ebenfalls den Charakter einer praesumptio iuris ac de iure“, also einer unwiderleglichen Rechtsvermutung gewinne.³⁷⁹ Er kritisiert im Folgenden, dass dadurch der Ehemann in die Lage versetzt werde, materiell gar nicht vorhandene Verwandtschaftsverhältnisse zu begründen, und so eine von der materiellen Lage vollständig abweichende, jedoch rechtlich gültige Situation zu schaffen.³⁸⁰

³⁷⁷ KG, KGJ 50 A 38 (Nr. 11) , 40.

³⁷⁸ *Ullersberger*, Das Rechtsverhältnis der unehelichen Kindschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Code civil, S. 18.

³⁷⁹ *Opet*, Das Verwandtschaftsrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, S. 21.

³⁸⁰ *Opet*, Das Verwandtschaftsrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, S. 22.

Fraenkel schreibt im Hinblick auf den Ehemann, nach Ablauf der Frist könne die Unehelichkeit „weder von ihm noch von einem Dritten jemals mehr geltend gemacht werden.“³⁸¹ Den Sinn des § 1596 III BGB sieht er darin, dass der Ehemann jederzeit durch Zurücknahme der Klage oder durch Anerkennung des Kindes als eheliches die Folgen der Anfechtung beseitigen könne.³⁸² Die Wirkung der Anfechtung sei eine rückwirkende, die Geschäfte der gesetzlichen Vertreter würden hinfällig.³⁸³

Dem folgt die Kommentierung von *Engelmann* in der 3./4. Auflage des Staudinger.³⁸⁴

Endemann schreibt: „Die Anfechtung der Ehelichkeit durch den Ehemann bildet die zwingende, materiell-rechtliche Voraussetzung für jede Geltendmachung der Unehelichkeit eines in der Ehe geborenen Kindes.“³⁸⁵ Die Rücknahme der Klage hebe die Wirkungen der Klage auf³⁸⁶, durch das Urteil wird „die in der Anfechtungserklärung des Vaters enthaltene vernichtende Verfügung [...] bestätigt und in Vollzug gesetzt“.³⁸⁷ Im Weiteren verweist er zur Wirkung des Urteils als „Bestätigungsurteil“ auf die Klage bzgl. der Ehenichtigkeit. Das Charakteristikum dieser Klage sei das Zusammenwirken von materieller Erklärung in Form der Anfechtungserklärung und bestätigendem Urteil, die hier zusammen wirken.³⁸⁸

Benoit spricht davon, dass durch die Anerkennung oder Rücknahme die „Wirkung der Anfechtung beseitigt“ werde.³⁸⁹

Engelmann geht 1908 in seiner Kommentierung davon aus, dass die Norm § 1593 BGB insbesondere eine Abkehr von verschiedenen Partikularrechten darstellt, die das Bestreiten der Ehelichkeit durch jedermann zuließen.³⁹⁰ § 1593 BGB gelte für jedermann, also auch den Mann selbst, der nur durch Anfechtung die Unehelichkeit geltend machen könne.³⁹¹ Nach Erhebung der Klage sei die Geltendmachung abweichend vom Grundsatz des § 1593 BGB weiter durch § 1596 BGB ausgeschlossen, um eine einheitliche Feststellung aller Rechtsverhältnisse des Kindes

³⁸¹ *Fraenkel*, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich unter Ausschluß des Vormundschaftsrechts, S. 107.

³⁸² *Fraenkel*, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich unter Ausschluß des Vormundschaftsrechts, S. 108.

³⁸³ *Fraenkel*, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich unter Ausschluß des Vormundschaftsrechts, S. 108, 109; *Lehmann*, Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches einschließlich Jugendfürsorgerecht, S. 193 in Bezug auf die Rückwirkung.

³⁸⁴ *Engelmann*, Staudinger (3./4.), § 1599 BGB Anm. 2.

³⁸⁵ *Endemann*, Familienrecht, S. 531.

³⁸⁶ *Endemann*, Familienrecht, S. 534 Fußnote 21.

³⁸⁷ *Endemann*, Familienrecht, S. 535.

³⁸⁸ *Endemann*, Familienrecht, S. 220.

³⁸⁹ *Benoit*, Die Anfechtung der Ehelichkeit von Kindern, S. 88.

³⁹⁰ *Engelmann*, in: Staudinger-BGB (3./4.), § 1593 BGB Anm. 1.

³⁹¹ *Engelmann*, in: Staudinger-BGB (3./4.), § 1593 BGB Anm. 1b.

sicherzustellen.³⁹² Die Erhebung der Anfechtungsklage habe doppelten Charakter als Anfechtungsakt und prozessualer Akt.³⁹³

In der 9. Auflage des Staudinger (1926) erkennt *Engelmann* diesen Doppelcharakter noch und schreibt diese Wirkung der Anfechtung zu und spricht von einem formellen einseitigen Rechtsgeschäft.³⁹⁴

Winkler sieht in der Erhebung der Anfechtungsklage sowohl einen rechtsgeschäftlichen Akt, als auch eine prozessualen Akt.³⁹⁵

Lehmann spricht von der Anfechtung als rechtsgeschäftlichen Akt, durch den der Wille, das Kind nicht als eheliches behandeln zu wollen, deutlich werde.³⁹⁶ Dabei ist schon die Tendenz erkennbar, dass das Anfechtungsmonopol des Vaters nicht mehr den Vorstellungen entspricht, man vielmehr auch dem Kind ein Anfechtungsrecht geben sollte, wie es die Entwürfe zur Reform des Anfechtungsrechts von 1922 und 1925 vorsahen.³⁹⁷

Raape formulierte in seinem Aufsatz „Vorläufige Ehelichkeit“ von 1922 ziemlich eindeutig: „Jedes von der Ehefrau [...] geborene Kind ist ehelich.“³⁹⁸ Denn das Wort ehelich habe einen natürlichen und einen rechtlichen Sinn und letzteres sei eben derjenige, den das Gesetz regelt.³⁹⁹ Die Anfechtung durch den Ehemann richte sich daher auch nur gegen das Rechtsverhältnis und nicht gegen die Tatsache.⁴⁰⁰

Der Großteil der Autoren ging also davon aus, dass die Ehelichkeit durch eine Gestaltungserklärung „Anfechtung“ beseitigt wird. Dabei wird zwar teilweise von einer Vermutung der Ehelichkeit gesprochen, diese konnte aber nur durch die Anfechtung entkräftet werden, weshalb eine materielle Deutung durchaus nahe liegt.

Hingegen nimmt *Rüdinger* in seiner Monographie über die doppelte Ehelichkeit von Kindern an, dass das Kind ein uneheliches sei, aber mangels Anfechtung dies nur nicht geltend gemacht werden kann.⁴⁰¹ Zur Wirkung der Anfechtung selbst äußert sich *Rüdinger* dann konsequent gar nicht.

³⁹² Engelmann, in: Staudinger-BGB (3./4.), § 1593 BGB Anm. 1b alpha; § 1596 BGB Anm 4.

³⁹³ Engelmann, in: Staudinger-BGB (3./4., Neubearb. Aufl.), § 1596 BGB Anm 2.

³⁹⁴ Engelmann, in: Staudinger-BGB (3./4. Aufl.), § 1593 Anm 6.

³⁹⁵ *Winkler*, Die Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes, S. 47.

³⁹⁶ *Lehmann*, Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches einschließlich Jugendfürsorgerecht, S. 192.

³⁹⁷ siehe dazu Deichfuß, S. 86f.

³⁹⁸ *Raape*, AcP 1922, 194, 194.

³⁹⁹ *Raape*, AcP 1922, 194, 195.

⁴⁰⁰ *Raape*, AcP 1922, 194, 200.

⁴⁰¹ *Rüdinger*, Über die Duplizität der Ehelichkeit eines Kindes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, S. 13.

Insgesamt scheinen die Autoren sich nicht ganz sicher zu sein, ob nun eine materielle oder eine prozessuale Konstruktion der Vaterschaft vorliegt. Es ist aber klar erkennbar, dass die Sperren §§ 1593 und 1596 BGB 1900 für den Zeitraum, nach dem durch Gestaltungserklärung die Ehelichkeit vernichtet wurde, greifen sollen, für die Zeit bis zu Anfechtung wird ihnen keine Funktion zugeschrieben.

(bbb) Gestaltungs- oder Feststellungsklage

In prozessualer Hinsicht wurde die Anfechtungsklage ebenfalls untersucht, wobei insbesondere diskutiert wurde, ob das Anfechtungsurteil ein Feststellungs- oder ein Gestaltungsurteil war.

Blume ging unter Berufung auf die Motive und den Wortlaut des § 643 ZPO von einer Feststellungsklage aus⁴⁰², maß der Vaterschaftsvermutung des § 1591 BGB aber eine materielle Wirkung zu.⁴⁰³

Andere Autoren formulierten, die Anfechtungsklage sei eine negative Feststellungsklage, es werde festgestellt, dass das Kind kein eheliches sei.⁴⁰⁴ Es handle sich nicht um ein Gestaltungsurteil.⁴⁰⁵

Hingegen existierte schon damals eine beachtliche Gegenmeinung, die von einer Gestaltungsklage ausging. *Hellwig* geht von einem Gestaltungsurteil aus.⁴⁰⁶ *Seckel* sprach von einem Doppeltatbestand der Ehelichkeitsanfechtung. Zur privatrechtlichen Gestaltungserklärung müsse noch das rechtskräftige Gestaltungsurteil hinzukommen.⁴⁰⁷ Er ging davon aus, dass nicht nur das Urteil sondern Erklärung plus Urteil zusammen die Rechtslage gestalteten.⁴⁰⁸ So erkläre sich, dass die Gestaltungswirkung nicht eintrete, wenn es nicht zur rechtskräftigen Entscheidung komme.⁴⁰⁹ Gleichzeitig komme dem Gestaltungsurteil aber Feststellungswirkung zu, weil es feststelle, dass das Gestaltungsrecht bestanden habe.⁴¹⁰

In Bezug auf die Nichtigkeit der Ehe, die konstruktiv ähnlich gestrickt war und deren Ergebnisse er auf die Anfechtung der Ehelichkeit übertrug, schrieb *Langheineken*, es gehe nicht an, dass man von einer Ehe spreche, die eigentlich nichtig sei, deren Nichtigkeit aber nicht geltend gemacht werden könne. Man könne einen konkreten Vorgang nicht gleichzeitig für unfähig zur Erzeugung von

⁴⁰² *Blume*, in: *Opet-Blume*, § 1596 Anm. 3.

⁴⁰³ *Blume*, in: *Opet-Blume*, § 1593 Anm. 1.

⁴⁰⁴ *Fraenkel*, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich unter Ausschluß des Vormundschaftsrechts, S. 108; *Knitschky*, Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 27.

⁴⁰⁵ *Lehmann*, Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches einschließlich Jugendfürsorgerecht, S. 193.

⁴⁰⁶ *Hellwig*, System des deutschen Zivilprozessrechts, S. 34.

⁴⁰⁷ *Seckel*, in: Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, S. 239.

⁴⁰⁸ *Seckel*, in: Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, S. 241.

⁴⁰⁹ *Seckel*, in: Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, S. 242.

⁴¹⁰ *Seckel*, in: Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, S. 243.

Rechtswirkungen und gleichzeitig verbunden mit diesen bezeichnen.⁴¹¹ Die Ehe sei daher einfach wirksam, bis die Nichtigkeit durch Urteil festgestellt werde. Weil das Urteil aber ausspreche, dass es nie eine Ehe gegeben habe, müsse diese fiktive Ehe rückwirkend wieder aufgehoben werden, weshalb es sowohl bei der Anfechtung der Ehe und der Ehelichkeit um eine Aufhebungsklage, keine Feststellungsklage gehe.⁴¹²

Letztlich ist die Frage danach, ob das Urteil die Rechtslage selbst gestaltet oder sie feststellt aber aus materiellen Gesichtspunkten irrelevant. Dabei kann die Argumentation von *Langheineken* auf die Ehelichkeit von Kindern nicht übertragen werden, da die gesetzliche Regelung bei der Ehe gerade keine vorherige Anfechtung vorsah.

Insgesamt dürfte der Meinungsstreit über die Klageart zur Anfangszeit des BGB eher der Frage geschuldet sein, wie man eine Gestaltungsklage definiert und weniger der Funktionsweise der Ehelichkeitsanfechtungsklage. Die Autoren, die den Entfall der Sperrwirkung der §§ 1593, 1596 III BGB als Gestaltungswirkung einer Klage genügen lassen, nehmen eine Gestaltungsklage an. Derjenige, der davon ausgeht, dass die Gestaltung schon mit der Anfechtung passiere und das Entfallen der „Sperrung“ nicht als Gestaltungswirkung genügen lässt, nimmt eine Feststellungsklage an, ohne dass in der Sache eine wirklich abweichende Behandlung der Frage zu erkennen ist. Es handelt sich also weniger um eine inhaltliche Diskussion bzgl. des Abstammungsrechts als um einen Meinungsstreit darüber, was die Gestaltungsklage von der Feststellungsklage unterscheidet. Im Übrigen scheint der Gesetzgeber von einem Feststellungsurteil ausgegangen zu sein (zur Rechtsnatur der Urteile siehe S. 208).

(ff) These zur Funktion der Rechtsausübungssperren

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die heute sog. sogenannten Rechtsausübungssperren ihren Ursprung in der materiellen Ausgestaltung des Anfechtungsrechts haben. Eine ihrer Funktionen war, die Geltendmachung der Unehelichkeit des Kindes für die Zeit der Rechtshängigkeit der Anfechtungsklage auszuschließen. Dies war notwendig, weil die Ehelichkeit materiell bereits durch die Erhebung der Klage beseitigt wurde. Bis zur Erhebung der Klage war der Status durch die Exklusivität des Anfechtungsrechts des Vaters gesichert, der die Unehelichkeit nur durch Erhebung der Anfechtungsklage geltend machen konnte. Auch durch die Definition der Ehelichkeit als Geburt in der Ehe bzw. durch die Doppelvermutung bzgl. Beischlafs und Kausalität wurde die Ehelichkeit geschützt. Den Schutz des Kindeswohls oder der Privatsphäre der Mutter hat die Rechtsausübungssperre dagegen nicht bezweckt, es sollten lediglich für diesen Schwebezeitraum

⁴¹¹ *Langheineken*, Der Urteilsanspruch, S. 245.

⁴¹² *Langheineken*, Der Urteilsanspruch, S. 245, 267f.

Inzidentfeststellungen verhindert werden. Zwar werden die Gefahren für das Kind, die Ehre der Ehefrau und das Glück der Familie durch eine spätere Aufdeckung der Unehelichkeit des Kindes durchaus diskutiert in den Motiven.⁴¹³ Diese Äußerung bezieht sich aber auf die Möglichkeit der Anerkennung des Kindes, die in den Partikularordnungen oftmals nicht bestand. Sie bezieht sich nicht auf die Funktion des § 1471 BGB–E1. Der Zweck des § 1471 II BGB-E1 wird hingegen später allein mit der einheitlichen Feststellung und der Möglichkeit der Zurücknahme der Klage und Anerkennung im Prozess erreicht beschrieben.⁴¹⁴

Wichtig ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass eine latente Unehelichkeit der zeitgenössischen Literatur und auch den Motiven unbekannt war, da die Ehelichkeit bis zur Anfechtung durch den Vater durch § 1592 I S. 1 BGB mit Geburt in der Ehe feststand. Das Reichsgericht und das KG haben festgestellt, dass allein die Geburt in der Ehe die Ehelichkeit begründet, auch wenn die Voraussetzungen des § 1592 I S. 2 BGB vorlagen, das Kind also offensichtlich unmöglich vom Ehemann stammte. Erst durch Anfechtung entfiel die Ehelichkeit,⁴¹⁵ ohne dass das Kind von Geburt an eigentlich unehelich war und dies nur verdeckt war.

Eine latente Vaterschaft des wirklichen biologischen Vaters neben dem Ehemann kam auch schon deshalb nicht in Frage, weil zwischen unehelichem Kind und seinem Vater nach § 1589 II BGB gar keine Verwandtschaft bestand. Daher verbietet es sich, den Nachfolgenormen der § 1593 BGB und § 1596 BGB eine Sperrwirkung gegenüber nur-biologischen Vätern zuzumessen, wenn der Gesetzgeber nicht der Norm eine dahingehende Funktion durch eine der zahlreichen Gesetzesnovellen zugeschrieben hat.

§ 1593 und § 1596 BGB 1900 hatten daher nur den Sinn, eine einheitliche Behandlung des Status des Kindes sicherzustellen. Ein darüber hinaus gehender Aussagegehalt lässt sich nicht feststellen. Insbesondere erstreckt sich die Funktion nicht über die Ehelichkeit als Tatbestandsmerkmal hinaus nicht auf die biologische Abstammung, so dass ein Umkehrschluss dahingehend als äußerst fraglich erscheint.

(f) Entwicklung bis zum KindRG

(aa) Reform 1938

Bis zum NeG wurden die relevanten Normen vereinzelt geändert. So wurde 1938 die Möglichkeit, die Ehelichkeit zu bestreiten, wenn der Mann vor Verlust seines Anfechtungsrechts gestorben ist, gestrichen (diese Möglichkeit wurde auf S. 98 besprochen). § 1593 BGB lautete daher vom 27.4.1938

⁴¹³ Motive FamR, S. 659.

⁴¹⁴ Motive FamR, S. 662f.

⁴¹⁵ RGZ 157, 356; KG, DJ 1938, 868 = JW 1938, 1171.

bis 1.3.1943: „Die Unehelichkeit eines Kindes, das während der Ehe oder innerhalb dreihundertundzwei Tagen nach der Auflösung der Ehe geboren ist, kann nur geltend gemacht werden, wenn die Ehelichkeit angefochten ist.“

(aaa) Änderungen im Detail

Die Änderungen hatten ausweislich der Begründung zwei Ziele: Die Berechtigung, nach dem Tod des Ehemanns die Ehelichkeit auch inzident bestreiten zu dürfen, sollte entfallen. Das hatte seinen Grund insbesondere darin, dass durch die Einführung eines unbefristeten Anfechtungsrechts des Staatsanwalts (§ 1595a BGB 1938) nun jeder die Möglichkeit hatte, diesen zur Anfechtung zu bewegen, und zwar auch nach dem Tod des Ehemanns.⁴¹⁶ Der Tod des Ehemanns und in der Folge des einzigen Anfechtungsberechtigten musste daher nicht mehr kompensiert werden. Zudem sollte durch den Wegfall der Möglichkeit zum Inzidentbestreiten nach dem Tod sichergestellt werden, dass diese Frage immer in einem Prozess mit Rechtskraft *inter omnes* und Amtsermittlung stattfindet.⁴¹⁷

Textlich musste die Vorschrift an die neue Anfechtungsmöglichkeit des Staatsanwalts angepasst werden, weshalb der Wortlaut so geändert wurde, dass er nicht nur auf die Anfechtung durch den Ehemann passt.⁴¹⁸ Ansonsten sollten mit der Änderung der Norm aber keine inhaltlichen Änderungen durchgeführt werden.

Die Reform erfolgte insbesondere deshalb, weil aufgrund des nationalsozialistischen Rassegedankens die wahre Abstammung eine stärkere Betonung erhalten sollte. Die Aufdeckung der wahren Abstammung lag im öffentlichen Interesse, weshalb der Staatsanwalt nun anfechten konnte.

(bbb) Sachliche Reichweite der Sperre und Doppelfunktion

Die Norm § 1596 III BGB 1900 blieb unverändert in Geltung, weshalb grundsätzlich weiter von einer Doppelfunktion der Anfechtungserklärung auszugehen ist.

In der Begründung ist auch kein Anhaltspunkt dafür erkennbar, dass mit der Reform die sachliche Reichweite des § 1593 BGB verändert werden sollte. Die Begründung spricht zwar davon, dass die Anfechtung den Zweck habe, die blutsmäßige Abstammung des Kindes zu offenbaren und so zu verhindern, dass die Ehe zur Verschleierung der Herkunft eines Kindes missbraucht wird. Dadurch solle die Ermittlung der wahren Abstammung des Kindes ermöglicht werden.⁴¹⁹ Das aber bezieht sich auf die Ehelichkeit, die beseitigt werden soll, und nicht auf eine anders geartete Feststellung der biologischen Abstammung.

⁴¹⁶ *Rexroth*, DJ 1938, 707, 714; *Amtliche Begründung*, DJ 1938, 619, 620.

⁴¹⁷ *Amtliche Begründung*, DJ 1938, 619, 620.

⁴¹⁸ *Amtliche Begründung*, DJ 1938, 619, 620.

⁴¹⁹ *Amtliche Begründung*, DJ 1938, 619, 619f.

(ccc) Rechtsprechung und Literatur

Das Kammergericht hielt daher auch nach der Reform an seiner Rechtsprechung fest, dass biologische Abstammung und rechtliche Verwandtschaft getrennte Dinge seien. Daher könne eine Abstammungsfeststellungsklage keine Grundlage für die Änderung des Personenstands oder des Namens sein (siehe S. 56). § 1593 BGB wird hierbei vom KG nicht thematisiert, also die Abstammungsfeststellungsklage grundsätzlich nicht in Verbindung mit der Norm gebracht.⁴²⁰ Das Gericht trennt hier sogar begrifflich zwischen rechtlicher Verwandtschaft und Blutsverwandtschaft. Auch das OLG Hamburg ließ die Klage weiter zu. Letzteres befasste sich ausführlich mit der Frage, ob § 1593 BGB diese Klage sperren würde und stellte fest: „Der Kläger will gar nicht die Unehelichkeit des Kindes geltend machen; [...] Der Kläger will vielmehr – [...] festgestellt wissen, daß er nicht der blutsmäßige Vater dieses als ehelich geltenden Kinde ist“. ⁴²¹

Das OLG Schleswig lehnte, nach Inkrafttreten der Reform, zwar eine Klage auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung eines ehelichen Kindes, unter Verweis auf den neuen § 1595a BGB, ab.⁴²² Dabei war jedoch tragendes Argument nur die, nun unbefristet mögliche, Anfechtung durch den Staatsanwalt, wodurch das öffentliche Interesse an der Feststellung der Nichteelichkeit durch diesen wahrgenommen werden sollte. Ein verändertes Verständnis von § 1593 BGB zeigte das Gericht nicht. Ebenso wenig das OLG Danzig.⁴²³

Die Kommentarliteratur ging auch nach dieser Änderung davon aus, dass die Tatsache der Anfechtung alleine die Ehelichkeit grundsätzlich beseitigte und die Befugnis zur Geltendmachung der Unehelichkeit von der Anfechtung zu trennen sei.⁴²⁴ Es wurde daher weiter der Dualismus der Anfechtung erkannt.

Allerdings schreibt der RGRK in seiner 9. Auflage der Norm nun auch grundsätzlich die Funktion zu, dass niemand vor Erledigung des Rechtsstreits die Unehelichkeit geltend machen dürfe, was so zuvor dort nicht vertreten wurde.⁴²⁵

Selbst wenn man diese Auslegung als zutreffend unterstellt, fehlt der Norm jeder darüber hinausgehende Aussagegehalt. Denn letztlich macht es nach der Gesetzeslage in den 1940er Jahren keinen Unterschied, ob § 1591 BGB 1900 oder § 1593 BGB 1938 den Status ab Geburt bis zur Anfechtung sichern. Sinn und Zweck blieb weiter, die Einheitlichkeit des Status sicherzustellen, was

⁴²⁰ KG, DJ 1938, 868, 869 (= o. Fn 415).

⁴²¹ OLG Hamburg, DR 1941, 216.

⁴²² OLG Schleswig, DJ 1938, 1764.

⁴²³ OLG Danzig, DR 1942, 1335.

⁴²⁴ Hallamit, in: RGRK-BGB (9.), § 1593 Anm 1.

⁴²⁵ Hallamit, in: RGRK-BGB (9.), § 1593 Anm 2.

aus der Unterscheidung zwischen Ehelichkeitsfeststellung und Abstammungsfeststellung so auch aus der Kommentierung im RGRK hervorgeht.⁴²⁶ Eine latente Unehelichkeit wurde auch hier nicht diskutiert, da weiter die Anfechtung rechtsgestaltend wirkte.

Rexroth äußerte sich zur Familienrechtsnovelle umfassend. Dabei weist er dem § 1593 BGB den Zweck zu, die Familie, die Ehe und die Mutter des Kindes zu schützen. Ohne § 1593 BGB wären die Sicherheit und der Bestand der Familie der Gefahr der Erschütterung durch feindliche Willkür ausgesetzt, das Vertrauen der Eheleute durch gewissenlose Vorwürfe der Untreue unterhöhlt.⁴²⁷ Das scheint aber seiner Meinung nach bereits der Zweck des § 1593 BGB vor der Novelle gewesen zu sein. Weist man § 1593 BGB einen derartigen Zweck zu, liegt es natürlich nahe, jede Behauptung, auch der biologischen Abstammung, als Geltendmachung der Unehelichkeit anzusehen. Denn allein durch den Status kann die Würde der Frau und der Ehe, sowie das Vertrauen der Eheleute natürlich nicht gewahrt werden. Diese neue Funktion sollte sich durchsetzen, mit Gesetzesmaterialien begründen lässt sie sich allerdings nicht.

Insgesamt spricht die Streichung der Möglichkeit des Inzidentbestreitens nach dem Tod des Ehemanns dafür, dass die Stabilität der Ehelichkeit als Status, durch die Reform eher gestärkt, als geschwächt werden sollte, was gegen eine „latente Vaterschaft“ spricht und dafür spricht, dass § 1591 BGB die Ehelichkeit immer vermuten oder begründen sollte. Denn nun sollte auch nach dem Tod des Ehemannes der Status weiter geschützt sein.

(bb) Reform 1943

Anschließend wurde die Anfechtung aus § 1593 BGB entfernt und der Wortlaut lautete vom 1.3.1943-1.1.1962:

„Die Unehelichkeit eines Kindes, das während der Ehe oder innerhalb dreihundertzwei Tagen nach Auflösung der Ehe geboren ist, kann nur geltend gemacht werden, wenn sie rechtskräftig festgestellt ist.“

Hinter dieser Änderung steckte vor allem die Zusammenführung mit dem gleichzeitig aufgehobenen § 1596 III BGB. Dieser stellte klar, dass es nicht auf die Erhebung sondern Erledigung der Anfechtungsklage ankam. Er verhinderte die Geltendmachung nach der Anfechtung bis zur Erledigung außerhalb des Anfechtungsprozesses (siehe oben S. 98).

Das Wort „Erledigung“ wurde durch die Rechtskraft der Entscheidung ersetzt und das Wort „Anfechtung“ wurde durch „Feststellung“ ersetzt. Da die Anfechtungsklage weiterhin der einzig

⁴²⁶ Hallamit, in: RGRK-BGB (9.), § 1593 Anm 3.

⁴²⁷ *Rexroth*, DJ 1938, 707, 713.

mögliche Rechtsbehelf zur Feststellung der Unehelichkeit war, war dies inhaltlich mit der vorhergehenden Fassung identisch. Die Formulierung „Feststellung“ spiegelt lediglich die damals völlig herrschende Meinung wieder, dass es sich beim Urteil im Anfechtungsprozess um ein Feststellungsurteil handelte. Insbesondere wird der Begriff „Feststellung“ in der ZPO schon seit der Fassung von 1898 verwendet. Jetzt war aber klar gestellt, dass es auf die Rechtskraft des Urteils ankommt.⁴²⁸ Die zeitgenössische Literatur ging davon aus, dass eine Änderung der Rechtslage durch die Reform nur insoweit eintrat, als das Bestreiten nicht mehr möglich war, wenn nach einer Anfechtungsklage der Ehemann zwischen Erledigung und Rechtskraft stirbt. Insgesamt handle es sich aber nur um eine Klarstellung und Vereinfachung.⁴²⁹

Bei isolierter Betrachtung des Wortlauts von § 1593 BGB 1942 konnte man, wie auch schon zuvor, annehmen, die Norm regle das Verbot der Geltendmachung von der Geburt bis zur Rechtskraft der Feststellung. Darin läge, wie bereits gezeigt, die Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 1593 BGB und eine Restriktion der Funktion des § 1591 I BGB. Zudem folgt daraus ein verändertes Verständnis von der Anfechtungsklage als einseitiges Rechtsgeschäft, dessen Wirkung bis zum Abschluss des Verfahrens ausgeschlossen ist. Denn sichert § 1593 BGB den Status von der Geburt bis zur Rechtskraft, käme der Anfechtungserklärung selbst keinerlei Wirkung mehr zu, da lediglich die Geltendmachung der Unehelichkeit beschränkt wäre und somit durch die Erklärung keine Gestaltung stattfinden würde, dies vielmehr erst durch das Urteil passieren würde.

Dagegen spricht jedoch ganz klar der weitere Fortbestand des § 1596 II S. 1 BGB: „Wird die Klage zurückgenommen, so ist die Anfechtung als nicht erfolgt anzusehen.“ Die Norm wäre überflüssig, wenn nur die Feststellung durch Urteil allein den Status verändern würde. Stattdessen wurde trotz Streichung des Satz 2 der Norm und des Abs. 3 die Norm weiter im Gesetz belassen. Daher ist der Charakter der Anfechtungsklage als doppelfunktionale Norm weiter aufrecht zu erhalten. Durch die Anfechtung wird materiell der Status verändert, nach Rechtskraft des Urteils kann diese Wirkung geltend gemacht werden. Ansonsten lässt sich nicht erklären, wieso eine Norm nötig ist, die die Wirkung der Anfechtung nach Rücknahme der Klage beseitigt. Der Dualismus der Anfechtung bestand also weiter fort.⁴³⁰ Daher war auch die Funktion der Rechtausübungssperre weiter nur im Zeitraum zwischen Erklärung der Anfechtung und Rechtskraft der Entscheidung zu suchen. Ein gesetzgeberischer Wille, der Norm eine andere Funktion zuweisen, ist ohnehin nicht erkennbar.

⁴²⁸ *Deichfuß*, Abstammungsrecht und Biologie, S. 94.

⁴²⁹ Günther, ZAKDR 1943, 145.

⁴³⁰ das ergibt sich letztlich auch aus den Ausführungen von Günther, ZAKDR 1943, 145.

(cc) FamRÄndG 1962

Nach Ende des „Dritten Reichs“ war bestritten, ob die Änderungen des § 1593 und § 1596 BGB sowie das neu eingeführte Anfechtungsrecht des Staatsanwalts überhaupt weiter Bestand hätten, oder ob sie als nationalsozialistische Regelungen nicht mehr fortgelten durften.⁴³¹ Die Frage ist jedoch für das geltende Recht nicht mehr von Bedeutung: Der Gesetzgeber hat die geänderten Normen mit kleineren Korrekturen zum 1.1.1962 mit dem FamRÄndG in seinen Willen aufgenommen und dabei ausdrücklich auf die vorhergehenden Änderungen Bezug genommen.⁴³²

Zu diesem Datum fand die Anfechtung wieder Eingang in den Normtext und bis auf die Ersetzung des Wortes „Unehelichkeit“ durch „Nichtehelichkeit“ zum 1.1.1980 blieb die Norm bis zum 1.7.1998 mit Inkrafttreten des KindRG wortgleich wie folgt in Geltung:

„Die [Nicht]⁴³³/[Un]ehelichkeit eines Kindes, das während der Ehe oder innerhalb von dreihundertundzwei Tagen nach Auflösung oder Nichtigerklärung der Ehe geboren ist, kann nur geltend gemacht werden, wenn die Ehelichkeit angefochten und die [Nicht]/[Un]ehelichkeit rechtskräftig festgestellt ist.“

§ 1596 II BGB aF fand sich zum 1.1.1962 in 1599 III BGB unverändert⁴³⁴ wieder und wurde von der Kommentarliteratur auch weiter so verstanden, dass der Anfechtungsklage eine Doppelnatur zukomme.⁴³⁵ Weiterhin führte also die Rücknahme der Klage zur Beseitigung der Anfechtungswirkung. Der Dualismus von Anfechtung und Feststellung kommt auch im neuen § 1593 BGB FamRÄndG zur Geltung, der verlangt, dass die Ehelichkeit angefochten und, als zusätzliches Erfordernis, die Unehelichkeit rechtskräftig festgestellt ist.⁴³⁶

Eine Veränderung der Funktion des § 1593 i.V.m. § 1596 BGB lässt sich nicht nachweisen, weshalb § 1593 BGB immer noch den Zeitraum zwischen Anfechtung und Feststellung regelte.

Allerdings findet sich in der Kommentierung des Staudinger zu § 1593 BGB kein Hinweis mehr, dass die Funktion des § 1593 BGB sich auf die Zeit nach Erhebung der Anfechtungsklage bis zur Rechtskraft erschöpft. Eine solche Kommentierung findet sich aber noch in der Voraufgabe von 1926.⁴³⁷

⁴³¹ einen Überblick über die Diskussion liefert Warneyer, in: BGB (12.), § 1953, § 1591 BGB Vorb. 2.

⁴³² BT-Drs. III/530 S. 13f.

⁴³³ zum 1.1.1980: Art. 9 § 2 Nr. 2, § 4 des Gesetzes vom 18.7.1979 wurde Unehelichkeit durch Nichtehelichkeit ersetzt. Der Wortlaut war ansonsten unverändert.

⁴³⁴ BT-Drs. III/530 S. 16, wobei im Entwurf die Norm noch in § 1598 III BGB zu finden war.

⁴³⁵ Lauterbach, in: Staudinger (10./11.), § 1599 Rn 2.

⁴³⁶ BT-Drs. III/530 S. 14.

⁴³⁷ Engelmann, in: Staudinger-BGB (9), § 1593 Anm 2 b alpha.

Das FamRÄndG brachte zudem eine Ausweitung der Anfechtungsbefugnisse des Kindes und ein Anfechtungsrecht der Eltern des Mannes und des Ehegatten. Im Gegenzug fiel die Anfechtungsbefugnis des Staatsanwalts fort.. Ursprünglich war im Regierungsentwurf vorgesehen, den § 1593 BGB dadurch zu durchbrechen, dass die Erben des Mannes schuldrechtlich vom Kind verlangen konnten, erbrechtlich so gestellt zu werden wie wenn die Ehelichkeit angefochten wurde.⁴³⁸ Das wurde jedoch im Lauf des Gesetzgebungsverfahrens zugunsten eines Anfechtungsrechts und so zugunsten einer einheitlichen Behandlung des Status des Kindes aufgegeben. Damit wurde letztlich Gesetz, was die Verfasser des BGB noch abgelehnt hatten.

Eine echte inhaltliche Änderung der Vorschriften zur ehelichen Abstammung über das Anfechtungsrecht hinaus, fand aber in Bezug auf die Rechtsausübungssperren nicht statt. Zu erwähnen ist an dieser Stelle noch, dass § 644 ZPO im Hinblick auf den „Status“ nichtehelicher Kinder geändert wurde:

(1) Wird in einem Verfahren nach § 640 festgestellt, daß ein uneheliches Kind von einem bestimmten Manne nicht abstammt, so verliert ein Urteil, durch das der Mann zur Zahlung von Unterhalt an das Kind verurteilt ist, vom Zeitpunkt der Rechtskraft des Feststellungsurteils an seine Wirkung. Das gilt für andere Schuldtitel entsprechend.

(2) Wird in einem Verfahren nach § 640 festgestellt, daß ein uneheliches Kind von einem bestimmten Mann abstammt, so kann das Kind Unterhaltsansprüche gegen den Mann für die Zeit von der Rechtshängigkeit dieses Verfahrens an auch dann geltend machen, wenn eine Unterhaltsklage des Kindes rechtskräftig abgewiesen ist. Ist ein anderer Mann zur Zahlung von Unterhalt verurteilt, so verliert dieses Urteil vom Zeitpunkt der Rechtskraft des Feststellungsurteils an seine Wirkung; dies gilt für andere Schuldtitel entsprechend.⁴³⁹

Mit dieser Änderung wurde das Recht der nichtehelichen Kinder zumindest etwas dem Recht der ehelichen Kinder angenähert und die Rechtskraft der Urteile über die Zahlvaterschaft durchbrochen oder ihre Vollstreckbarkeit eingeschränkt. Vor allem aber war nun eine Feststellungsklage über die Abstammung des nichtehelichen Kindes von seinem Vater über § 640 ZPO wieder möglich.⁴⁴⁰

(dd) Rezeption des § 1593 BGB in Literatur und Rechtsprechung zwischen 1938 und dem KindRG

Auch wenn sich also die wesentlichen Normen inhaltlich kaum verändert haben, hat sich ihre Rezeption seit 1938 doch merklich verändert. Das soll anhand mehrerer Problemfelder, in denen die

⁴³⁸ BT-Drs. III/530 S. 14, 17.

⁴³⁹ BGBl I 1961, 1227 vom 18.8.1961.

⁴⁴⁰ BT-Drs 3/530, S. 26.

Frage virulent wurde, dargestellt werden. Dabei soll untersucht werden, wann und mit welcher Argumentation die sachliche Reichweite des § 1593 BGB ausgedehnt wurde.

Nachdem § 1593 BGB und das Recht der ehelichen Kinder mit dem NeG nicht angetastet wurde, wird in diesem Abschnitt auch die weitere Entwicklung bis zum KindRG dargestellt.

(aaa) Rechtsprechung und Literatur

Es scheint, dass das Reichsgericht sich der Unterscheidung zwischen biologischer Vaterschaft und ehelichem Status noch vollumfänglich bewusst war und so § 1593 BGB in der aufgezeigten Richtung verstanden hat. Nach Ende des 2. Weltkriegs ist dann allerdings nachweisbar, dass die Funktionen des § 1593 BGB auf einmal ausufernten.

i. Feststellungsklage

Am deutlichsten lässt sich neben dem Scheinvaterregress das Verständnis des § 1593 BGB bei der Feststellungsklage auf Bestehen oder Nichtbestehen der „blutmäßigen Abstammung“ sehen (siehe dazu auch S. 56ff).

Die vom RG bis 1942 zugelassene Klage auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung auch beim ehelichen Kind wurde von den Obergerichten ab 1942 teilweise nicht mehr zugelassen. Das nahm seinen Ausgangspunkt in einer Entscheidung des OLG Danzig.⁴⁴¹ Das OLG verneinte wegen der 1938 eingeführten Anfechtungsbefugnis des Staatsanwalts das öffentliche Interesse an einer solchen Feststellungsklage, weil dieses nunmehr durch den Staatsanwalt konzentriert wahrgenommen werde. Als weiteres Argument führte das Gericht an, dass die Beibehaltung der heftig kritisierten Anfechtungsfrist (siehe S. 109), dem Zweck diene, dass Mutter und Kind nicht ständig durch eine Anfechtungsklage bedroht seien. Das würde vereitelt, wenn der Ehemann eine Klage zur Verfügung hätte, mit der er zwar nicht die Unehelichkeit herbeiführen, aber die Feststellung der fehlenden blutmäßigen Abstammung erreichen könne. Dem schloss sich das RG - spärlich begründet - mit einer das Armenrecht (heute PKH) ablehnenden Entscheidung jedenfalls insofern an, als die Unzulässigkeit der Klage nicht zu beanstanden sei.⁴⁴²

Das OLG Braunschweig schloss sich dieser Rechtsprechung an und ließ die Klage ebenfalls scheitern. Das Gericht bemühte aber als Argumente das Wohl des Kindes und den Familienfrieden und ließ daher die Klage Erwägungen heraus an §§ 1593, 1594 BGB scheitern. Es gelte ein „unerfreuliches Durcheinander und eine schwere Gefährdung des Familienfriedens“ zu verhindern.⁴⁴³

⁴⁴¹ OLG Danzig, DR 1942, 1335.

⁴⁴² RG, DR 1942, 1335; dazu zustimmend *Frantz*, DR 1943, 62, 65.

⁴⁴³ OLG Braunschweig, FamRZ 1955, 112 = = NdsRpfl. 55, 156.

Bereits 1949 und in der Folge noch mindestens zweimal hatte sich das OLG Schleswig mit der Frage der Zulässigkeit der Feststellungsklage zu befassen. Dabei verneinte es bereits in der ersten Entscheidung wegen der Konkurrenz zur Anfechtungsklage des Ehemanns und des Staatsanwalts die Zulässigkeit einer solchen Klage, weil dies der Entscheidung des Gesetzgebers dem Ehemann und dem Staatsanwalt die Entscheidung über die Anfechtung zu überlassen unterlaufen würde.⁴⁴⁴

Auch später blieb das OLG bei seiner Rechtsprechung und entwickelte sie unabhängig von der Rechtsprechung des OLG Braunschweig fort. Dabei ging es davon aus, dass in der Geltendmachung dieser biologischen Abstammung nur eine Tatsachenfeststellung liege, weshalb die Klage unzulässig sei.⁴⁴⁵ Eheliche Vaterschaft sei nicht Teil einer „naturgesetzlichen Weltordnung“, sondern einer von „Menschen gewollten und geregelten sozialen Ordnung.“ Der Gesetzgeber habe die Abstammung vom ehelichen Vater abweichend von der biologischen geregelt, weshalb die biologische Abstammung als reine Tatsache nicht feststellungsfähig sei.⁴⁴⁶

§ 1593 BGB bemüht das Gericht zwar einleitend auch. Allerdings nur in Bezug auf die anzunehmende Ehelichkeit des Kindes. § 1593 BGB verwehre es dem Ehemann, die Unehelichkeit geltend zu machen, weshalb das Kind ein eheliches sei. Die Unzulässigkeit der Feststellungsklage entwickelt es aber aus den oben genannten Gründen.

Lediglich in einem Armenrechtsbeschluss von 1950 findet sich die Äußerung, dass die Feststellungsklage die Geltendmachung der Unehelichkeit umschlüsse, was § 1593 BGB ausschließe. Im Anschluss argumentiert das OLG dann wieder mit der Konkurrenz zur Anfechtungsklage.⁴⁴⁷ Die Äußerung des OLG steht hier möglicherweise im Zusammenhang mit der Behauptung des Klägers, er habe ein Feststellungsinteresse aufgrund „erbrechtlicher Wirkungen“. Diese Wirkungen würden aber natürlich eine rechtskräftige Anfechtung voraussetzen und gegen die erbrechtlichen Wirkungen würde § 1593 BGB natürlich Anwendung finden.

Im RGRK findet sich eine ausführliche Darstellung bzgl. der Zulässigkeit einer Abstammungsfeststellungsklage nach dem FamRÄndG. Diese wird aufgrund der nun erweiterten zulässigen Anfechtungsklage mangels Feststellungsinteresse abgelehnt. Dabei trennt die Kommentierung zwischen der Geltendmachung der Unehelichkeit, die mit der Feststellungsklage noch nie erreicht werden könne und der Geltendmachung der blutmäßigen Abstammung.⁴⁴⁸ Erstere sei unzulässig, was aber die Geltendmachung von Schadensersatz nach § 826 BGB nicht ausschließe.

⁴⁴⁴ OLG Schleswig, SchIHA 1949, 38, 39.

⁴⁴⁵ OLG Schleswig, SchIHA 1956, 349.

⁴⁴⁶ OLG Schleswig, SchIHA 1956, 349, 350.

⁴⁴⁷ OLG Schleswig, SchIHA 1950, 223, 224.

⁴⁴⁸ Hallamit, in: RGRK-BGB (9.), § 1593 Anm 3.

Die von *Hallamit* hier zitierte Entscheidung des KG aus dem Jahr 1917 befasst sich explizit nur mit der Frage, ob die Unehelichkeit als Status geltend gemacht werden könne, was an § 1593 BGB scheitere.⁴⁴⁹

ii. „Scheinvaterregress“

Besonders deutlich wurde die Problematik bzgl. Umfang und Funktion des § 1593 BGB nach Ende des 2. Weltkriegs. Es kam die Diskussion über Schadensersatz für Unterhalt und Anfechtungsprozess des scheinhelichen Kindes auf, weil viele Ehemänner aus dem Feld heimkehrten und Kinder vorfanden, die keinesfalls von ihnen stammen konnten.⁴⁵⁰ Unterließen sie eine Anfechtung, stellte sich die Frage, ob trotzdem Schadensersatz für geleisteten Unterhalt vom wahren Erzeuger zu erlangen war. Seine Wurzeln hatte diese Diskussion schon in den 1930er Jahren, weshalb ihre Entwicklung hier nachgezeichnet werden soll.

[1]. Grundlagen

Einen Scheinvaterregress nach Anfechtung der Ehelichkeit hatte der BGH unter Berufung auf das RG nach erfolgter Anfechtung stets zugelassen⁴⁵¹ und dabei § 1709 II BGB 1900 analog angewendet. Da die Anfechtung bereits erfolgt war, spielten die Rechtsausübungssperren natürlich keine Rolle. Gegenüber dem Erzeuger war ein Anspruch nach § 1709 II BGB 1900 analog vor oder ohne Anfechtung nicht möglich: Dazu hätte man die Unehelichkeit des Kindes als Status behaupten müssen, denn § 1709 II BGB 1900 setzte die Unehelichkeit des Kindes voraus. Daher versuchten die Ehemänner, Ersatz über das Deliktsrecht zu erlangen und so einen Scheinvaterregress durchzuführen, ohne anfechten zu müssen.

[2]. Rechtsprechung vor 1945

Das erste einschlägige Urteil des RG erging 1935: Hier hatte die Ehefrau des Klägers mit ihrem neuen Ehemann die vorherige Ehe gebrochen. Aus diesem Ehebruch gebar die Frau noch in der Ehezeit mit dem ersten Mann ein Kind. Im späteren Anfechtungsprozess hatten Erzeuger und Ehefrau zusammen eine erfolgreiche Anfechtung durch den Ehemann verhindert. Das RG sprach dem alten Ehemann Schadensersatz aus § 826 BGB zu. Dagegen spreche weder die Rechtskraft des Anfechtungsurteils, noch § 1593 BGB.⁴⁵² Der Kläger mache nämlich nicht die Unehelichkeit sondern gerade die Ehelichkeit des Kindes geltend.

Eine Folgeentscheidung führte dies dann noch weiter aus: Das RG nahm an, § 1593 BGB stehe einer Schadensersatzklage nach § 826 BGB nicht entgegen. Es wiederholte sein Argument, ein Anspruch

⁴⁴⁹ KG, KGJ 50 A 38 (Nr. 11).

⁴⁵⁰ Umfassende Übersicht der Entscheidungen und Literaturstimmen bei v. *Hippel*, NJW 1965, 665, 669.

⁴⁵¹ BGHZ 24, 9; RG, DR 44, 335, 334.

⁴⁵² RG, Warn-Rspr. 1935 Nr. 184.

bestehe schon deshalb, weil mit dieser Klage gerade die gesetzliche Ehelichkeit nicht bestritten werde, sondern sie Teil der Begründung sei. Denn die Ehelichkeit habe den Schaden über die tatsächlich bestehende Unterhaltspflicht des Ehemanns erst verursacht.⁴⁵³ Die Vorschrift solle zwar dem Familienfrieden dienen, tue dies aber nicht in der Art und Weise, dass die Vorschrift den unehelichen Geschlechtsverkehr der Mutter als ungeschehen behandeln wolle. Immer wenn es auf den natürlichen Vorgang ankomme, sei § 1593 BGB bedeutungslos.⁴⁵⁴

Im konkreten Fall ging es zwar nur um die Kosten der Ehelichkeitsanfechtungsklage.⁴⁵⁵ Das ist hier aber nicht relevant, weil ein weites Verständnis von § 1593 BGB jeden Schadensersatz verbieten würde. Bzgl. weiterer Schadensposten ließ das RG aber durchblicken, dass weitere Posten denkbar seien und dann ein Vorteilsausgleich stattfinden müsse, weil der Ehemann nicht die Nachteile der Kinder vom Erzeuger liquidieren und die Vorteile behalten könne.

Nach der Auffassung des RG war also eine Anfechtung vor Geltendmachung des Schadensersatzes nicht grundsätzlich nötig, wenn die Anspruchsvoraussetzungen des § 826 BGB vorlagen.

Diese Rechtsprechung des RG befindet sich bzgl. des sachlichen Umfangs vollständig auf der Linie, die oben als das Verständnis zur Zeit des BGB 1900 dargestellt wurde. § 1593 BGB verbietet nur das Bestreiten der Ehelichkeit als Rechtsverhältnis. Allerdings weitet das RG in dieser Entscheidung bereits den zeitlichen Umfang aus und begründet mit § 1593 BGB explizit die Ehelichkeit, ohne dabei auf § 1591 BGB zurückzugreifen.

[3]. Reaktionen auf die Rechtsprechung des RG

Gegen das zweite Urteil wandte sich *Roquette*, insbesondere unter dem Gesichtspunkt, dass der eheliche Vater alle Vorteile aus der Vaterschaft ziehen könne, aber alle Nachteile beim Erzeuger blieben.⁴⁵⁶ Die Stellung des scheinehelichen Kindes sei nicht nur eine inhaltslose Form, die der wahren Sach- und Rechtslage nicht entspreche. Sie sei vielmehr „der Ausfluß einer bewußten gesetzlichen Ordnung.“ Deshalb dürfe diese Ordnung nicht über das Schadensrecht wieder ausgeglichen werden.⁴⁵⁷ Allerdings billigte er das Ergebnis durchaus dann, wenn tatsächlich eine sittenwidrige Schädigung über den reinen Ehebruch hinaus vorliegt. Das sei etwa dann der Fall, wenn der Ehemann durch den Ehebrecher an der Anfechtungsklage gehindert werde.⁴⁵⁸

⁴⁵³ RGZ 152, 397, 400.

⁴⁵⁴ RGZ 152, 397, 399.

⁴⁵⁵ RGZ 152, 397.

⁴⁵⁶ *Roquette*, JW 1937, 741.

⁴⁵⁷ *Roquette*, JW 1937, 741, 742.

⁴⁵⁸ *Roquette*, JW 1937, 741, 743.

Die Kritik von *Roquette* scheint mir aber nicht darin zu liegen, dass § 1593 BGB durchbrochen wurde. Vielmehr will er nicht jeden Ehebruch als sittenwidrige Schädigung verstanden wissen. Denn wenn man jeden Ehebruch mit der Folge eines Ausgleichs nach § 826 BGB sanktioniere, läge darin ein Widerspruch zur Wertung des § 1593 BGB. Das Reichsgericht aber hat, nach der Ansicht von *Roquette*, allein den Geschlechtsverkehr als Begründungsmerkmal ausreichen lassen.

Das trifft aber nicht zu, denn das RG hat explizit geäußert, dass nicht der Verkehr alleine, sondern die Tatsache, dass die Ehefrau zum Erzeuger gesagt hat, er müsse sich nicht vorsehen, weil sie regelmäßig mit ihrem Mann verkehre und dieser daher nicht merken würde, wenn das Kind nicht von ihm sei, entscheidend war. Daher war Anknüpfungspunkt des RG auch nicht, dass ein Kind aus dem Ehebruch hervorgehen könnte, sondern dass der Beklagte davon ausging, dass der Ehemann denke, es sei sein Kind.⁴⁵⁹

In einer späteren Entscheidung hat das KG die Entscheidung des RG aufgegriffen und den Akzent verschoben. Während das RG noch davon ausging, dass § 1593 BGB gar nicht erst die Geltendmachung der biologischen Abstammung erfasse, ging das KG maßgeblich davon aus, dass die Idee der RG-Entscheidung in der Durchbrechung formeller Rechtspositionen durch § 826 BGB liege, was sich beim RG aber so nicht nachweisen lässt.⁴⁶⁰

[4]. Die Instanzenrechtsprechung und ihre Kritiker nach 1945

Das LG Berlin-West lehnte ohne Bezug zu § 1593 BGB den Ersatz der Kosten des Anfechtungsprozesses ab⁴⁶¹, ebenso das OG Berlin.⁴⁶² Dabei drehte sich die Diskussion vor allem um die Frage, ob § 823 oder § 826 BGB in solchen Fällen überhaupt Anwendung fänden und welche Fälle erfasst seien.⁴⁶³ Insofern kann aus der jeweiligen Nichterwähnung von § 1593 BGB kein Schluss auf die Meinung des Gerichts gezogen werden, ob § 1593 BGB eine Geltendmachung verhindere, weil schlicht die Anspruchsvoraussetzungen eines Schadensersatzes mangels Rechtsgutsverletzung oder anderer Erwägungen nach Ansicht des Gerichts nicht vorlagen.

Schon 1950 vertrat hingegen *Neumann-Duesberg* die Meinung, dass ein Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB gegeben sei, ohne auf § 1593 BGB auch nur einzugehen.⁴⁶⁴ Allerdings war dies für ihn nur ein Hilfsanspruch, weil er schon jeden adäquaten Schaden eines Ehebruchs über § 823 I BGB

⁴⁵⁹ RGZ 152, 397, 401; so auch das KG, DR 40, 115.

⁴⁶⁰ KG, DR 40, 115.

⁴⁶¹ LG Berlin-West, JR 1952, 170.

⁴⁶² OG Berlin, NJ 1952, 123.

⁴⁶³ ein guter Überblick findet sich bei *Boehmer*, JZ 1953, 745, 746ff.

⁴⁶⁴ *Neumann-Duesberg*, DRZ 1950, 511, 513.

ersetzen wollte, wobei die Ehe als sonstiges Rechtsgut behauptet wurde.⁴⁶⁵ Auch einzelne Gerichte sprachen den Ehemännern aufgrund § 823 I BGB oder § 826 BGB einen solchen Schadensersatz zu (teilweise nur wegen der Kosten der Anfechtungsklage), ohne dabei den § 1593 BGB überhaupt zu erwähnen.⁴⁶⁶ Soweit § 1593 BGB dabei Erwähnung fand, wurde er nur bemüht, um darzulegen, dass dem Ehemann ein Schaden entstanden ist, weil er zum Unterhalt verpflichtet war.⁴⁶⁷ § 1593 BGB spielte also nur eine Rolle, in der Hinsicht, dass der Ehemann wegen § 1593 BGB als ehelicher Vater galt und deshalb unterhaltsverpflichtet war.

Gegen die Zubilligung derartigen Schadensersatzes wandte sich ohne die Anführung von Rechtsprechung oder Literatur *Coing*.⁴⁶⁸ Seiner Meinung nach stehe § 1593 BGB der Geltendmachung der Unehelichkeit ohne Anfechtung entgegen. Die oben gezeigte Argumentation des RG bezeichnete *Coing* als „Sophisterei“. § 1593 BGB schließe die Klage aus § 826 BGB grundsätzlich aus. Die Ansicht der Rechtsprechung übersehe, dass der Statusprozess in einer gesonderten Prozessart geführt werde, um die Unehelichkeit nicht zum Gegenstand eines normalen Zivilprozesses zu machen.

Das OLG Hamm entschied ähnlich⁴⁶⁹, wobei es auch auf § 1593 BGB einging. Es hielt die Norm im Verhältnis des Ehemanns zum Ehebrecher schlicht für bedeutungslos. Darüber hinaus mache der Ehemann die Unehelichkeit gar nicht geltend.⁴⁷⁰ *Boehmer* bezeichnete diese Rechtsprechung, die auf das RG zurückgehe, als „Irrweg“. § 1593 BGB verböte rigoros und ausnahmslos, für jeden Rechtsstreit die Unehelichkeit zu behaupten und daraus rechtliche Folgerungen zu ziehen.⁴⁷¹ Diese Feststellungen sollen nur im Statusverfahren möglich sein, welches der Erforschung der materiellen Wahrheit diene. Kein Mensch mit rechtlicher Präention dürfe sich darauf berufen, bevor das nicht formell festgestellt sei. Durch diese Rechtsprechung gäbe es zudem zwei Väter, was zu einem Durcheinander führe.⁴⁷² Dabei argumentiert *Boehmer* auch mit dem „Durcheinander“, dass im Dritten Reich durch die Abstammungsfeststellungsklage entstanden sei (siehe S. 56). Derartigen „grotesken Rechtswirrar, der sich aus der „Duplizität“ der Vaterschaft ergab – der eine war „gesetzmäßiger“, der andere „blutsmäßiger“ Vater könne niemand mehr wollen.⁴⁷³

⁴⁶⁵ *Neumann-Duesberg*, DRZ 1950, 511.

⁴⁶⁶ OLG Düsseldorf, NJW 1952, 1336 = JZ 1953, 747; LG Aurich, NJW 1952, 145.

⁴⁶⁷ OLG Oldenburg, MDR 1953, 170.

⁴⁶⁸ *Coing*, NJW 1952, 1336.

⁴⁶⁹ OLG Hamm, JZ 1953, 757.

⁴⁷⁰ OLG Hamm, JZ 1953, 757, 757.

⁴⁷¹ *Boehmer*, JZ 1953, 745, 747; unter Berufung auf *Trautenbach*, RPfleger 1951, 197, 198 der davon spricht, auch die beiläufige Berufung auf die Unehelichkeit sei durch § 1593 BGB verboten.

⁴⁷² *Boehmer*, JZ 1953, 745, 747.

⁴⁷³ *Boehmer*, JZ 1953, 745, 748.

Reinicke/Reinicke gehen von einer Scheinbegründung des OLG aus und nannten sie auch logisch nicht vertretbar. Die Bestimmung des § 1593 BGB wolle den Familienfrieden wahren und das Kind schützen, weshalb ein Schadensersatz ausscheide, wenn der Mann sich bewusst gegen eine Anfechtung entschieden habe oder er von der Anfechtbarkeit keine Ahnung hatte. Nur dann, wenn arglistiges Verhalten Dritter den Ehemann zur Nichtanfechtung veranlasste, müsse § 826 BGB überwiegen. Ebenso wie bei § 826 BGB und der Rechtskraft eines Urteils dürfe nicht allein die Kenntnis von der Unrichtigkeit des Urteils (oder hier des Status) genügen um diese zu beseitigen. Die verbleibenden Härten seien zu akzeptieren.⁴⁷⁴

Auch der BGH lehnte diese Rechtsprechung, nachdem er sie zunächst in einem unbegründeten Nichtannahmebeschluss billigte⁴⁷⁵, ab und stellte sich früh dagegen.⁴⁷⁶ Zwar gewährte er einen Anspruch nach erfolgreicher Anfechtung aus analoger Anwendung des § 1709 II BGB 1900, jedoch nicht aus Deliktsrecht.⁴⁷⁷ Offen bleibt dabei in den veröffentlichten Teilen der Entscheidung, ob der BGH die Klage insgesamt schon als unzulässig erachtete, weil er einmal davon spricht, ob ein Schadensersatzanspruch zulässig wäre⁴⁷⁸, und einmal davon, dass eine solche Klage wegen § 1593 BGB unzulässig sei.⁴⁷⁹ Erst im letzten – unveröffentlichten - Absatz der Entscheidung spricht der BGH deutlich aus, dass die Klage insgesamt schon unzulässig ist: „Da somit die Zulässigkeit der erhobenen Klage schon an der Bestimmung des § 1593 BGB scheitert, [...]“⁴⁸⁰. Soweit es um Schadensersatz gegen den Erzeuger gehe, sei ein Verständnis des § 1593 BGB 1943 dergestalt, dass er sich nicht auf die Geltendmachung der leiblichen Abstammung beziehe, unzulässig, wenn daraus unmittelbar Rechtsfolgen hergeleitet werden sollen. Dieses Verständnis des § 1593 BGB 1943 erreichte der BGH, indem er der Vorschrift nun den Zweck zuwies, sie solle den Familienfrieden schützen. Zudem schütze § 1593 BGB das Kind auch davor, dass sein Status in einem Verfahren zum Gegenstand gemacht werde, dem die besonderen Sicherungen des Statusverfahrens (Amtsermittlung und Nichtöffentlichkeit) fehlen. Und dies auch, wenn die biologische Unehelichkeit ohnehin feststehe.⁴⁸¹ Da in diesem Fall über die Frage der Unehelichkeit sogar Einigkeit zwischen den Parteien bestand, hätte es nicht einmal einer Beweiserhebung bedurft, weshalb der BGH sich nicht mit einem Beweiserhebungsverbot begnügen konnte und zur Unzulässigkeit der Klage kommen musste

⁴⁷⁴ *Reinicke/Reinicke*, NJW 1955, 217.

⁴⁷⁵ auf den Beschluss v. 14. 7. 1952 - IV ZR 100/52 verweist BGH, NJW 1962, 1057, 1057.

⁴⁷⁶ BGHZ 14, 358 = NJW 1954, 1801.

⁴⁷⁷ BGH, BGHZ 26, 217 = NJW 1958, 544.

⁴⁷⁸ BGHZ 14, 358 - Abs-Nr. 6 (= o. Fn 476).

⁴⁷⁹ BGHZ 14, 358 - Abs-Nr. 9 (= o. Fn 476).

⁴⁸⁰ BGH IV_ZR_233/53 vom 30.09.1954, S. 10 des Urteils.

⁴⁸¹ BGHZ 14, 358 - Abs-Nr. 7 (= o. Fn 476).

In dieser Argumentation, so der BGH, läge kein Widerspruch zum RG, weil dieses in seiner Rechtsprechung nur den Ehescheidungsstreit oder den Strafprozess im Auge hatte. In diesen Fällen solle jedoch nicht unmittelbar aus der Unehelichkeit ein Anspruch hergeleitet werden.⁴⁸² Die Unbilligkeiten dieser Lösung seien zu akzeptieren, auch weil der Ehemann aus der Vaterstellung Vorteile wie die Personen- und Vermögenssorge, Ansprüche auf Verwaltung und Nutznießung am Kindsvermögen und Dienst- und Unterhaltsansprüche gegen das Kind habe. Insofern dürfe nicht die Unterhaltspflicht des Ehemanns isoliert schadensrechtlich ausgeglichen werden, so dass ihm nur die Vorteile verblieben.⁴⁸³

Die Begründung des BGH ist insofern grundlegend falsch, als das RG ausdrücklich auch das Deliktsrecht aus den Anwendungsbereich des § 1593 BGB ausgenommen hatte und sich zudem mit der Problematik des Vorteilsausgleichs, die der BGH zur Ablehnung heranzieht, sogar explizit befasst hat.⁴⁸⁴

In einer weiteren Entscheidung nimmt der BGH eine andere Begründung vor. Es sei für das frühere und geltende Recht der vornehmliche Zweck, dass der Status des Kindes möglichst nicht in Zweifel gezogen wird und das Kind vor einer zweideutigen Stellung bewahrt wird. Durch die Unterlassung der Anfechtung hätte der Ehemann das Kind als das seine angenommen, weshalb er die damit verbundenen Lasten tragen müsse. Ausnahmen seien auch dann nicht denkbar, wenn die Durchführung des Schadensersatzprozesses die familienrechtliche Stellung des Kindes nicht beeinträchtige. Denn allein die Untersuchungen des Kindes und die Prüfung des Vorliegens der Ausnahmen würden die Stellung des Kindes möglicherweise stören.⁴⁸⁵

Gaul formuliert in diesem Zusammenhang, unter Verweis auf diese Entscheidung, der Anspruch wäre nicht durchsetzbar,⁴⁸⁶ was sich aber wohl nicht auf die materiell-rechtliche Kategorie der „Durchsetzbarkeit“ bezieht, sondern auf die prozessuale Geltendmachung im Sinne einer Unzulässigkeit der Klage. Noch in der neunten Auflage fand sich an dieser Stelle des Soergel die Formulierung, der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes gegen seinen Erzeuger entstehe schon mit der Geburt, seine Geltendmachung sei aber erst nach erfolgter Anfechtung möglich.⁴⁸⁷

⁴⁸² BGHZ 14, 358 - Abs-Nr. 8 (= o. Fn 476).

⁴⁸³ BGHZ 14, 358 - Abs-Nr. 9, 10 (= o. Fn 476).

⁴⁸⁴ RGZ 152, 397, 399.

⁴⁸⁵ BGH, NJW 1962, 1057, 1058.

⁴⁸⁶ Gaul, in: Soergel-BGB (11), § 1593 Rn 25.

⁴⁸⁷ Lade, in: Soergel-BGB (9), § 1593 Rn 4.

iii. Analyse

In der Fallgruppe des Scheinvaterregresses hatte der BGH, unterstützt und vorbereitet von der Literatur, für § 1593 BGB einen neuen Anwendungsbereich geschaffen: Er ging davon aus, dass derartige Klagen schon unzulässig seien und wies dem § 1593 BGB dadurch eine prozessuale Funktion zu. Das gilt auch für die Frage der Zulässigkeit einer Abstammungsfeststellungsklage für das eheliche Kind. Während das RG noch davon ausging, dass § 1593 BGB zwar den Familienfrieden schützen wollte, dies aber durch die Anfechtungsfrist und durch den Status als solchen geschieht, fasste der BGH und die Literatur dies nun wesentlich weiter auf und postulierten ein generelles Bestreitensverbot, das sogar zur Unzulässigkeit der Klage führen konnte. § 1593 BGB wurde dadurch von einer Norm, die nur einen beschränkten Anwendungsbereich hatte zu einer für das Ehelichkeitsrecht absolut entscheidenden Norm.

In dieser Schärfe und mit dem weiten Anwendungsbereich, wie der BGH und das OLG Braunschweig, *Boehmer* und *Coing* dieses Verbot postulieren, war § 1593 BGB bisher noch nicht verstanden worden und auch eine Gesetzesänderung, die in den 1950ern auf einmal ein derartiges Verständnis der Norm begründen könnte, hat nicht stattgefunden. Es ist daher erforderlich, den Ursprüngen dieser Meinung auf den Grund zu gehen, um sie überprüfen zu können.

[1]. Die Ursprünge des weiten Verständnisses

Das weite Verständnis des § 1593 BGB in der Nachkriegsgeschichte scheint im Rahmen des Scheinvaterregresses auf den Publikationen von *Coing* und *Boehmer* zu beruhen. Insofern hat die Suche bei ihnen zu beginnen. Während *Coing* keine Belege für seine Ansicht anführt, bezieht sich *Boehmer* für die Begründung seiner Theorie auf *Trautenbach*.⁴⁸⁸ Dieser wiederum zitiert den Palandt⁴⁸⁹ als Beleg dafür, dass § 1593 BGB auch die „beiläufige“⁴⁹⁰ Behauptung der Unehelichkeit verböte. In der entsprechenden Auflage des Palandt findet sich dann auch die Passage, § 1593 BGB verböte das „incidente[...]“incidenter“⁴⁹¹ Bestreiten der Unehelichkeit. Das spricht eher dafür, dass nur der Status nicht bestritten werden dürfe, wie das auch die bisherige Meinung war und weniger für ein umfassendes Verbot der Behauptung. Jedenfalls wäre eine derartige Ansicht begründungsbedürftig, was aber im Palandt nicht der Fall ist. *Trautenbach* aber ging wesentlich weiter als der Palandt und verlangte explizit, dass vor jeder Geltendmachung eines Bereicherungs-

⁴⁸⁸ *Trautenbach*, RPfleger 1951, 197, 197.

⁴⁸⁹ Lauterbach, in: Palandt (8), § 1593 Anm 1.

⁴⁹⁰ *Trautenbach*, RPfleger 1951, 197, 197.

⁴⁹¹ Lauterbach, in: Palandt (8), § 1593 Anm 1.

oder Schadensersatzanspruchs die Anfechtung durchgeführt werden müsse, weil § 1593 BGB ein striktes Verbot aufstelle, die Unehelichkeit geltend zu machen.⁴⁹²

Einen Literaturnachweis dazu liefert auch er nicht. Allerdings wird an anderer Stelle in seinem Aufsatz *Fischer* zitiert, der sich in den 1930er Jahren intensiv mit der Abstammungsfeststellungsklage befasst hat (siehe S. 55). Im zitierten Beitrag lehnt Fischer es wegen § 1593 BGB grundsätzlich ab, Schadensersatz gegen den Erzeuger zuzulassen, weil darin die Geltendmachung der Unehelichkeit liege, was § 1593 BGB ohne Ausnahme verbiete. Das umfasse die unmittelbare und mittelbare Begründung oder Verneinung eines bürgerlich-rechtlichen Anspruchs und auch nur das Abstammungsverhältnis als solches.⁴⁹³ Die Norm diene dem Familienfrieden nur in zweiter Linie. Wesentlich seien die Belange des „Volksganzen“, das durch die größere Sicherheit des Verfahrens nach § 641f ZPO vor Fehlentscheidungen geschützt werde. Daher werde auch die Geltendmachung der blutsmäßigen Abstammung verboten.⁴⁹⁴ *Fischer* konnte dabei auf Vorarbeiten in der Literatur zurückgreifen, so z.B. von *Weh*, der sich dafür aussprach, die Abstammungsfeststellungsklage eines ehelichen Kindes oder seines Vaters nicht zuzulassen. *Weh* begründete dies allerdings nicht mit § 1593 BGB, sondern mit der Konkurrenz zur Anfechtungsklage.⁴⁹⁵

Das in Literatur und Rechtsprechung angeführte Argument der „Amtsermittlung“ scheint also auf *Fischer* zurück zu gehen,⁴⁹⁶ den *Coing*⁴⁹⁷ dann 1952 ohne Zitat scheinbar „wiederentdeckt“ hat. Auch *Trautenbach* hat sich offensichtlich von *Fischer* und *Weh* inspirieren lassen. Wesentlicher Leitgedanke dürfte weiter, wie von *Boehmer* herausgestellt, die Erfahrung mit der Abstammungsfeststellungsklage gewesen sein. Allerdings haben die Vertreter in der Bundesrepublik das „Volksganze“ unerwähnt gelassen und sich allein auf den Familienfrieden und das Kindeswohl berufen.

Es stellt sich also die Frage, ob es für das plötzliche Auftauchen dieser Meinung ab 1938 auch eine legislative Grundlage gab, oder ob diese schlicht auf einer objektiven Auslegung der Worte „geltend machen“ basiert. Als gesetzgeberischer Anknüpfungspunkt kommt hier die Familienrechtsnovelle von 1938 in Frage, die § 1593 BGB und § 1596 BGB zusammengeführt hat.

⁴⁹² *Trautenbach*, RPfleger 1951, 197, 202.

⁴⁹³ *Fischer*, DR 1940, 115.

⁴⁹⁴ *Fischer*, DR 1940, 115, 116.

⁴⁹⁵ *Weh*, DR 1938, 1260, 1261.

⁴⁹⁶ *Fischer*, DR 1940, 115.

⁴⁹⁷ *Coing*, NJW 1952, 1336.

Dabei ist in die Betrachtung mit einzubeziehen, dass die ursprüngliche Quelle der Meinung zur Unzulässigkeit der Abstammungsfeststellungsklage das OLG Danzig und seine Entscheidung⁴⁹⁸ aus dem Jahr 1943 zu sein scheint. Wie bereits gezeigt (siehe S. 113), ließ das OLG Danzig aber die Klage gar nicht an § 1593 BGB scheitern, sondern am fehlenden Feststellungsinteresse, das wegen des Anfechtungsrechts des Staatsanwalts entfallen sei. Auch Frantz argumentierte ausführlich in einem Beitrag zur Rechtsprechung des RG in Abstammungssachen, dass eine solche Klage ein „unerfreuliches Durcheinander“ bringen würde und es „gegen gesundes Volksempfinden“ verstoße, wenn das Kind ehelich sei und gleichzeitig aber als unehelich anzusehen sei. Sie gefährde den Familienfrieden, insbesondere wenn das Kind gegen den Vater klagen würde. Aufgrund der erweiterten Möglichkeiten zur Anfechtung durch Ehemann und Staatsanwalt, gebe es für eine solche Klage kein Bedürfnis mehr.⁴⁹⁹

Wie oben bereits gezeigt, setzte sich anlässlich der Reform *Rexroth*⁵⁰⁰ umfassend mit dem Thema auseinander und schrieb § 1593 BGB eine neue Funktion zu, ohne dass es dazu eine Veranlassung durch eine Gesetzesnovelle gab. Seine Ansicht hat sich aber wohl auch ohne eine gesetzliche Verankerung in der Literatur durchgesetzt, auch, wenn die Rechtsprechung eine Abstammungsfeststellungsklage beim ehelichen Kind nicht an § 1593 BGB scheitern ließ, sondern nach der Reform 1938 am fehlenden Feststellungsinteresse (siehe S. 56ff). Die Novelle war also wohl eher der Deckmantel, anhand dessen die Literatur in Person von *Rexroth*, *Fischer* und *Weh* ihre Ansicht begründeten, ohne dass die Novelle diese Ansicht inhaltlich gestützt hätte. Vielmehr wurde die Funktion der Fristen auf § 1593 BGB übertragen. Dabei wurde der Unterschied zwischen rechtlicher Verwandtschaft, die die Fristen unzweifelhaft schützen sollen, und biologischer Verwandtschaft verdeckt.

Die Literatur rezipierte die Entscheidungen aus der Zeit nach der Reform und gewann aus diesen Entscheidungen einen umfassenden Schutz aufgrund § 1593 BGB. Exemplarisch sei dies an der Kommentierung von *Beitzke* im Achilles-Greiff gezeigt. Dieser zitiert im Kommentar Achilles-Greiff (21. Auflage, 1958) bei § 1593 BGB die Entscheidungen des OLG Braunschweig⁵⁰¹ und des OLG Schleswig⁵⁰² als Beleg für die Unzulässigkeit der Geltendmachung der Unehelichkeit für eine Klage des Ehemannes gegen das Kind oder umgekehrt.⁵⁰³ Das OLG Braunschweig hatte hierfür aber nie § 1593 BGB bemüht. Insofern ist die Kommentierung jedenfalls missverständlich. Auch das OLG

⁴⁹⁸ OLG Danzig, DR 1942, 1335.

⁴⁹⁹ *Frantz*, DR 1943, 62, 65.

⁵⁰⁰ *Rexroth*, DJ 1938, 707.

⁵⁰¹ OLG Braunschweig, FamRZ 1955, 112 (= o. Fn 443).

⁵⁰² OLG Schleswig, SchIHA 1956, 349.

⁵⁰³ *Beitzke*, in: Achilles-Greiff (21), § 1593 Anm 4.

Schleswig hatte nicht § 1593 BGB bemüht, sondern § 1593 BGB nur für die Begründung der Ehelichkeit herangezogen und die Feststellungsklage mangels Rechtsverhältnis abgelehnt (s.o. 111). Lediglich in einer anderen Entscheidung findet sich eine Äußerung in diese Richtung.

Für die Unzulässigkeit der Klage des angeblichen wirklichen Erzeugers gegen das Kind auf Feststellung der Nichtabstammung beruft sich die Kommentierung auf das KG.⁵⁰⁴ Das KG hatte in dieser Entscheidung festgestellt, dass nach Ablauf der Anfechtungsfrist allein aufgrund einer Abstammungsfeststellungsklage kein Randvermerk in das Personenstandsregister aufgenommen werden dürfe, nachdem das Kind nicht vom dort eingetragenen ehelichen Vater abstamme. Mit keiner Silbe wird dort die Unzulässigkeit einer Abstammungsfeststellungsklage erwähnt.

Auch die zum Beweis der gleichen Behauptung zitierte Entscheidung des OLG Schleswig⁵⁰⁵ trägt das nicht. Das OLG bezieht sich nicht auf § 1593 BGB sondern allein auf das „Anfechtungsmonopol“ des Staatsanwalts nach Ablauf der Anfechtungsfrist, weshalb kein Feststellungsinteresse im Sinne des § 256 ZPO mehr gegeben sei. Denn alle Fälle, in denen ein solches denkbar sei, müssten zur Anfechtung durch den Staatsanwalt führen.

Aus diesen zahlreichen dem § 1593 BGB unterstellten Funktionen schließt *Beitzke* dann ohne Beleg, dass die Unehelichkeit auch nicht als Scheidungsgrund geltend gemacht werden könne. Diese Ansicht vertritt er auch in seinem Familienrechtslehrbuch, wo er sie damit begründet, dass eine solche Beweisaufnahme wegen § 1593 BGB „unerwünscht“ wäre.⁵⁰⁶

[2]. Ergebnis zu den Ursprüngen

Es scheint, dass die Unzulässigkeit der Feststellungsklage bzgl. des ehelichen Kindes zu der Ansicht geführt hat, die Unehelichkeit des Kindes könne in keiner Hinsicht geltend gemacht haben. Grund für die Abkehr von dieser Klage in der Rechtsprechung waren aber die neuen Anfechtungsmöglichkeiten und nicht eine Veränderung des Verständnisses von § 1593 BGB durch den Gesetzgeber. Die Literatur scheint aber aus der Unzulässigkeit der Feststellungsklage einen Erst-Recht-Schluss gezogen zu haben, nachdem auch die Beweiserhebung unzulässig sei und diese als weitere Funktion in den § 1593 BGB interpretiert.

Die Literatur und die Rechtsprechung haben hier letztlich auf Basis einer objektiven Methode, die den gesetzgeberischen Willen vollständig ausblendete, Rechtsfortbildung betrieben und den § 1593 BGB als Projektionsfläche benutzt. Der Gesetzgeber findet nur insofern Erwähnung, als er angeblich den Familienfrieden mit § 1593 BGB schützen wollte. Was der Gesetzgeber aber konkret erreichen

⁵⁰⁴ KG, DJ 1938, 868 (= o. Fn 427).

⁵⁰⁵ OLG Schleswig, DJ 1938, 1764.

⁵⁰⁶ *Beitzke*, Familienrecht, S. 107.

wollte und wie der Gesetzgeber dies tun wollte, bleibt völlig außen vor. Hinzu kommt dann die weitere Entwicklung durch den BGH, das Kindeswohl als weiteres „Schutzgut“ des § 1593 BGB zu etablieren. Die Möglichkeit, dass § 1593 BGB mit „Ehelichkeit“ nur den Status als Rechtsbegriffe meinen könnte und nicht auch die biologischen Tatsachen, wird zwar von einigen Instanzengerichten erkannt, jedoch in der Literatur so nicht rezipiert.

iv. Schadensersatz für Dritte

Noch bevor der BGH das Kindeswohl als Schutzgut des § 1593 BGB etabliert hatte, ließ er die Frage, ob § 1593 BGB auch „sperrt“, wenn ein Dritter Schadensersatz geltend macht, explizit offen. In der entschiedenen Konstellation hatte der neue Ehemann den scheinheiligen Sohn seiner Ehefrau unterhalten, weil er dachte, dieser sei von ihm erzeugt. Darüber hatte ihn zuvor der alte Ehemann getäuscht, wohl damit dieser das Kind nicht unterhalten musste.⁵⁰⁷ In Wahrheit war aber ein anderer dritter Mann der Erzeuger des Kindes.

Der BGH äußerte deshalb Zweifel daran, ob § 1593 BGB diese Klage verhindern würde, weil der Kläger in diesem Fall keine Möglichkeit hatte die Anfechtungsklage zu erheben, sondern nur der bereits verstorbene erste Ehemann und der Staatsanwalt. Dann stünde § 1593 BGB möglicherweise nicht entgegen.

Hier war also ein Begründungsstrang die Konkurrenz zur Anfechtungsklage, wie sie auch von *Weh*⁵⁰⁸ vertreten wurde. Wenn eine solche Konkurrenz mangels Anfechtungsberechtigung nicht bestand, war eine Sperrwirkung des § 1593 BGB daher möglicherweise nicht gegeben.

v. Scheidungsprozesse

Bis zur großen Familienrechtsreform war für die Scheidung einer Ehe noch die Frage des Verschuldens relevant. Ein solches Verschulden stellte der Ehebruch dar.⁵⁰⁹ Daher stellte sich die Frage, ob die Unehelichkeit eines Kindes als Beweis für den Ehebruch behauptet werden durfte. Die Situation war hier im Gegensatz zu den beiden bereits erörterten Fallgruppen insofern eine andere, als streitentscheidendes Tatbestandsmerkmal nicht die Unehelichkeit des Kindes war, sondern die Unehelichkeit des Kindes lediglich eine Hilfs Tatsache zur Begründung der Haupt Tatsache Ehebruch war. Dieser Beweis bot sich natürlich insofern an, als diese Hilfs Tatsache ein zwingender Beweis war.

Das Reichsgericht wollte eine derartige Beweisführung noch unproblematisch zulassen.⁵¹⁰ Das OLG Frankfurt sah diese Beweiserhebung schon 1956 als unzulässig an⁵¹¹ und berief sich auf das

⁵⁰⁷ BGH, NJW 1960, 481.

⁵⁰⁸ *Weh*, DR 1938, 1260.

⁵⁰⁹ Mankowski, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2011), Art 17 EGBGB Rn 26.

⁵¹⁰ RGZ 152, 397, 399.

Kammergericht.⁵¹²). Der BGH hingegen wollte in der oben dargestellten Entscheidung dem RG in diesem Punkt obiter dictum noch folgen.⁵¹³

Das OLG Karlsruhe lehnte diese strikte Ansicht dann ab und befürwortete eine differenzierte Lösung.⁵¹⁴ Das OLG wollte nach der Schwierigkeit der Beweiserhebung differenzieren: Stehe die fehlende Abstammung fest oder sei sie leicht zu beweisen, soll sie eingeführt werden dürfen, ansonsten eine Beweiserhebung ausscheiden. Nur wenn die Unehelichkeit nicht ohnehin fest stehe, soll § 1593 BGB die Beweiserhebung sperren. Hinzu komme noch, dass im vorliegenden Fall ein unzulässiger Ausforschungsbeweis vorliege, weil der Ehemann die Behauptung des Ehebruchs ins Blaue hinein aufgestellt habe.

Dagegen wandte sich *Moller* unter Berufung auf die BGH-Rechtsprechung, die eine solche Beweiserhebung stets zulasse. Grenze dieses Beweises sei nicht § 1593 BGB, sondern § 372a ZPO, für das dem Kind ein Pfleger zur Seite gestellt werden könne. Aus § 1593 BGB lasse sich ein Beweiserhebungsverbot nicht herleiten.⁵¹⁵

Schöpf will dem OLG hingegen folgen und bemüht eine analoge Anwendung des § 1593 BGB. § 1593 BGB verböte zwar nicht die Geltendmachung von Tatsachen im Scheidungsprozess, allerdings sei eine analoge Anwendung heranzuziehen. In Fällen, in denen die Nichtabstammung bekannt oder leicht zu beweisen sei, dem Kind also kein weiterer Schaden entstehe, sei eine solche Analogie unnötig. In Fällen, in denen die Nichtabstammung aber erst aufgedeckt werden müsste, sei eine Analogie geboten.⁵¹⁶

Als die Frage dann aber entscheidungsrelevant wurde, erweiterte der BGH sein Verständnis des § 1593 BGB und hielt folgerichtig eine Beweiserhebung für die Frage des Ehebruchs in einem Scheidungsprozess wegen § 1593 BGB für unzulässig.⁵¹⁷ Rein rhetorisch hielt er dabei ausdrücklich an seinen oben aufgezeigten Entscheidungen zum Scheinvaterregress⁵¹⁸ fest, wollte sie aber ergänzen.⁵¹⁹ Er erweiterte sein Verständnis des § 1593 BGB insofern, als das Verbot der Geltendmachung auch dann gelte, wenn diese dem Zweck diene, auf eine andere Tatsache zu

⁵¹¹ OLG Frankfurt, MDR 1956, 551.

⁵¹² KG, KGJ 50 A 38 (Nr. 11), 40, 41.

⁵¹³ BGHZ 14, 358 - Abs-Nr. 8 (= o. Fn 476).

⁵¹⁴ OLG Karlsruhe, FamRZ 1963, 254.

⁵¹⁵ *Moller*, FamRZ 1963, 651, 651f.

⁵¹⁶ *Schöpf*, FamRZ 1963, 652.

⁵¹⁷ BGHZ 45, 356-362 - Abs-Nr. 3 = NJW 1966, 1913-1915; Lade, in: Soergel-BGB (9), § 1593 Rn 2; a. A. Gaul, in: Staudinger (12.), § 1593 Rn 29.

⁵¹⁸ BGHZ 14, 358 (= o. Fn 488); BGH, NJW 1962, 1057.

⁵¹⁹ BGHZ 45, 356-362 - Abs-Nr. 4 f (= o. Fn 517).

schließen, die außereheliche Zeugung also nur Hilfstatsache war. Dann sei eine Interessenabwägung durchzuführen. Damit führte der BGH § 1593 BGB in der Funktion eines Beweisverbots ein.

Der Schutz des Kindes an der Unanfechtbarkeit seines Personenstandes, seine Stellung in der Familie und die Ungestörtheit seiner seelischen Entwicklung erfordere es, nach § 1593 BGB von einer Beweiserhebung abzusehen. Hinzu käme das öffentliche Interesse an der Erhaltung des Rechts- und Familienfriedens als Zweck des § 1593 BGB, weshalb die Interessenabwägung zuungunsten des Ehemanns ausging.⁵²⁰ Weil der Ehemann es unterlassen habe, die Ehelichkeit des Kindes anzufechten, könne ihm das zugemutet werden.⁵²¹

In diese Richtung argumentierte auch *Schlosser*, wenn er davon ausgeht, dass die Frage eines Ehebruchs in einem Scheidungsprozess durch den Nachweis der nichtehelichen Abstammung des Kindes keine Geltendmachung der Unehelichkeit sei, da es nicht um die Geltendmachung eines präjudiziellen Rechtsverhältnisses geht. Er ging aber dann doch davon aus, dass § 1593 BGB abweichend von anderen Gestaltungsclagenormen, die Beweisaufnahme über die Tatsache ausschließen wolle, weil er dem Gedanken der Rechtsberuhigung diene.⁵²²

vi. Schadensersatz des Scheinvaters gegen Dritte

Im Gegensatz dazu ließ der BGH 1979 eine Klage des Ehemanns gegen den Anwalt, der die Anfechtungsfrist versäumt hatte, auf Schadensersatz trotz § 1593 BGB zu. Entscheidendes Argument für die Abweichung von der aufgezeigten strengen Linie, war dabei die Tatsache, dass die Nichtanfechtung der Ehelichkeit hier nicht auf einem Willensentschluss des Ehemanns beruhte, sondern er vor dem Versäumnis des Anwalts gerade die Ehelichkeit anfechten wollte.⁵²³ Dieses Argument hatte das Gericht früher bereits angedeutet.⁵²⁴ Den Schutz des Kindes vor unzumutbaren Untersuchungen sollte nun § 372a ZPO allein sicherstellen, der die Pflicht zur Duldung der körperlichen Untersuchung regelt.

Der Anwalt dürfe sich aufgrund seines schuldhaften Versäumnisses nicht auf § 1593 BGB berufen, weil seine Vertragsverletzung ansonsten folgenlos bliebe und er sich gerade auf die Norm berufen könnte, deren Eingreifen er verhindern sollte. Darin liege ein Verstoß gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens. Bei pflichtgemäßem Verhalten des RA wäre die Unehelichkeit auch im

⁵²⁰ BGHZ 45, 356-362 - Abs-Nr. 3, 5 (= o. Fn 517).

⁵²¹ BGHZ 45, 356-362 - Abs-Nr. 6 (= o. Fn 517).

⁵²² *Schlosser*, Gestaltungsclagen und Gestaltungsurteile, S. 125; *Moller*, FamRZ 1963, 651.

⁵²³ BGHZ 72, 299 = MDR 1979, 293 = FamRZ 1979, 112 = EBE/BGH 1979, 19 = DRsp I= 245 = VersR 1979, 135 = ZfSH 1979, 121 = ZblJugR 1979, 85 = NJW 1979, 418 = JuS 1979, 292 = JR 1979, 203.

⁵²⁴ BGH, NJW 1962, 1057, 1057f.

gerichtlichen Verfahren erörtert worden, weshalb dessen Schutz in der Interessenabwägung unterliege.

Damit wird aus § 1593 BGB, der zuvor schon von Amts wegen zur Unzulässigkeit der Klage führte, auf einmal eine Norm, die der Disposition der Parteien unterliegt. Denn ein Verbot des Berufens kommt ja nur in Frage, wenn eine Berufung auf § 1593 BGB überhaupt notwendig ist. Bei einer von Amts wegen zu beachtenden Norm kommt das aber kaum in Frage.

Das OLG Köln war 10 Jahre zuvor unter Berufung auf die BGH-Rechtsprechung noch zum exakt gegenteiligen Ergebnis gekommen,⁵²⁵ woraufhin *Dunz* die BGH-Rechtsprechung damals schon als zu weitreichend bezeichnete.⁵²⁶ Er bezeichnete die Rechtsprechung des RG, von der sich der BGH mit seiner Entscheidung BGHZ 14, 358 abgewandt hatte, als die Betrachtungsweise, die seit der Schaffung des BGB als selbstverständlich gegolten haben dürfte. Die nach dem Kriegsende einsetzende Polemik habe zu einer Verkennung dieser Inhalte geführt. Jede Fiktion dürfe nur auf eine abgegrenzte Rechtsfolge ausgerichtet sein. Er forderte deswegen, § 1593 BGB nur dort anzuwenden, wo ansonsten das Monopol der Anfechtungsklage angetastet würde, was aber bei Schadensersatz vom Rechtsanwalt nicht der Fall sei, weshalb dem BGH im Ergebnis zuzustimmen sei.

vii. Verjährung der Ansprüche gegen den Erzeuger

Auch die Verjährung von Ansprüchen gegen den Erzeuger wird von § 1593 BGB beeinflusst. Denn diese Ansprüche konnten vom Kind nicht geltend gemacht werden, solange die Ehelichkeit nicht angefochten war.

Das RG befasste sich mit der Frage, ab wann ein Anspruch des Kindes gegen seinen nichtehelichen Vater verjährt, wenn es zuvor als eheliches galt. Es entschied sich dafür, die Verjährung nach § 202 BGB 1900 als gehemmt anzusehen, weil „der Verpflichtete aus einem anderen Grunde vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist“⁵²⁷. Interessanterweise befasst sich das RG dabei auch mit der Frage, ob der Anspruch vor Anfechtung überhaupt bestehe. Es formuliert: „... bis zur erfolgreichen Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes stand der Geltendmachung des Anspruchs der Umstand entgegen, daß das Kind rechtlich als eheliches Kind des Kl. galt und demnach der – erst durch die erfolgreiche Ehelichkeitsanfechtung als vorhanden in Erscheinung getretene – Anspruch dem Rechtsscheine nach gar nicht bestand.“⁵²⁸ Diese Formulierung zeigt, dass auch das RG sich mit der Einordnung der Wirkung des § 1593 BGB schwer tat. Allerdings sprechen die Wörter „galt“ und „dem Rechtsschein nach gar nicht bestand“ dafür, dass das RG letztlich von einer Fiktion

⁵²⁵ OLG Köln, NJW 1967, 1090.

⁵²⁶ *Dunz*, NJW 1967, 1092.

⁵²⁷ § 200 BGB 1900.

⁵²⁸ RG, DR 44, 335.

ausging und nicht von einer echten rechtlichen Ehelichkeit oder jedenfalls im Hinblick auf den Anspruch gegen den unehelichen Vater von einer Fiktion ausging. Hier könnte der Ursprung der Ehelichkeit kraft Ausübungssperre und eine Trennung von materiellem und prozessuellem Ergebnis liegen.

Der BGH hingegen bemühte § 200 S. 2 BGB 1900⁵²⁹. Nach dieser Norm war bei familienrechtlichen Anfechtungen bzgl. des Beginns der Verjährungsfrist nicht auf die Entstehung des Anfechtungsrechts abzustellen. Der BGH verstand dies als Argument dafür, dass der Anspruch zwar schon vorher bestehe, er aber nur in seiner Geltendmachung behindert sei. Daher verjähre er so, als würde er mit erfolgter Anfechtung erst entstehen. Da dem Anspruch jede Realisierbarkeit fehle, sei insofern eine Gleichstellung mit nicht entstandenen Ansprüchen nötig. Das ergebe sich aus dem Grundgedanken des § 200 S. 2 BGB 1900.⁵³⁰

Die Rechtsfolgen, die der BGH aus § 200 S. 2 BGB aF zieht sind sicherlich zutreffend: Die Verjährung beginnt erst mit der Anfechtung. Als Grund dafür führt der BGH an, dass wegen § 1593 BGB den Ansprüchen jegliche Realisierbarkeit fehle. Allerdings ist diese Argumentation natürlich nicht zwingend im Hinblick auf den Begründungszeitpunkt von Ehelichkeit. Vielmehr kann § 200 S. 2 BGB aF identisch angewendet werden, wenn die Anfechtung Gestaltungswirkung hat und die Rechtsausübungssperre somit nur für die Zeit des anhängigen Prozesses den Anspruch sperren würde. § 200 S. 2 BGB aF ist daher eine systematisch neutrale Norm. Sie verhindert lediglich, dass die familienrechtlichen Anfechtungsrechte wie das Anfechtungsrecht nach § 119ff BGB zur Verjährung vor der Anspruchsentstehung führt. Die Norm spricht daher dafür, dass der Anspruch mit Anfechtung erst entstehe, weil dies ja der Regelfall ist.

Das LG Wuppertal hat aus § 200 S. 2 BGB aF dann auch exakt den umgekehrten Schluss gezogen und angenommen, dass die Anfechtung die Ansprüche erst (mit Rückwirkung) entstehen lasse, sie jedoch vorher nicht bestanden hätten.⁵³¹ Dabei geht das LG Wuppertal von einer konstitutiven Wirkung des Anfechtungsurteils aus, weil es die Sperrwirkung des § 1593 BGB aufhebe.⁵³² Es könne aber nicht davon gesprochen werden, dass der Anspruch vorher bestehe, und er von niemandem geltend gemacht werden könne. Mit dieser Entscheidung stellte sich das LG Wuppertal gegen die völlig h.M. in Rechtsprechung und Lehre.

M. E. stellt sich die Einordnung von § 200 S. 2 BGB 1900 wie folgt dar: Nachdem die Schöpfer des BGB den Ausnahmecharakter der familienrechtlichen Anfechtung erkannt hatten (was man an § 200 S. 2

⁵²⁹ abgeschafft durch das SMG.

⁵³⁰ BGHZ 48, 361 = NJW 1968, 35 = MDR 1968, 33 = FamRZ 1968, 76 = ZfSH 1968, 40 = JZ 1968, 105.

⁵³¹ LG Wuppertal, NJW 1966, 782; unter Berufung auf *Boehmer*, FamRZ 1960, 213.

⁵³² LG Wuppertal, NJW 1966, 782, 782f.

BGB aF erkennen kann), hätten sie, wenn sie für § 1593 BGB ein abweichendes Ergebnis erreichen wollten, nicht § 200 S. 1 BGB aF ausgeschlossen und damit auf den Verjährungsbeginn ab Entstehung verwiesen, sondern eher ihr Ziel konkret formuliert und auf die Erledigung des Anfechtungsstreits verwiesen.

Eine historische Auslegung der Norm scheidet leider, weil die Norm erst in der ersten Lesung des BGB im Reichstag als § 195 BGB enthalten war. Sie war in den Entwürfen nicht enthalten, eine Begründung ist nicht auffindbar. In der zweiten Lesung war sie nicht mehr Teil des Entwurfes, fand dann aber doch wieder Eingang ins Gesetz.

viii. Analyse

Die Auswertung zeigt, dass § 1593 BGB von einer Norm, die wie oben historisch hergeleitet, allein den Status des Kindes schützen sollte, ausgehend von einer Literaturströmung in den 1930er Jahren und gefolgt vom BGH, immer weiter ausgedehnt wurde. Er wurde zu einer Norm, die den Familienfrieden und das Kindeswohl schützen sollte. Dabei musste das Kindeswohl allerdings zurückstehen, wenn der Vater ohnehin gewillt war, anzufechten und sich so das „Leiden“ des Kindes nur vom Anfechtungsprozess in den Anwaltsregress verschob.

Dahinter steht aber eine Entwicklung, die mit der Einführung der Abstammungsfeststellungsklage und dem FamRÄndG 1938 begann: Man begann davon auszugehen, dass nur die Rechtsausübungssperren und dabei insbesondere § 1593 BGB überhaupt den Status des ehelichen Kindes absicherten. Dabei vergaß man offensichtlich den materielle Gehalt der Anfechtung und ihren Dualismus. Man konnte sich nicht erklären, wieso das Kind ehelich sein soll, wenn es doch von Anfang an unehelich, weil nicht vom Ehemann gezeugt, war. Das lag m.E. darin begründet, dass man dem § 1591 BGB nicht mehr die Funktion zusprach, die Ehelichkeit positiv zu begründen. Daher verschob sich der Akzent auf § 1593 BGB. Hinzu kam, dass die nach dem FamRÄndG teilweise angenommene Unzulässigkeit der Abstammungsfeststellungsklage zu dem Eindruck geführt hat, § 1593 BGB verböte die Feststellungsklage. Tatsächlich war aber ein fehlendes Feststellungsinteresse wegen der Anfechtungsmöglichkeit des Staatsanwalts nach § 1595a BGB 1938 das entscheidende Kriterium.

In der Folge ging man davon aus, dass das Anfechtungsurteil eine konstitutive Wirkung habe, und zwar nicht, wie ursprünglich vorgesehen, als Bestätigung der Wirksamkeit der Anfechtung, sondern als „Aufdeckung der wahren Vaterschaft.“ Die ursprüngliche Funktion des § 1593 BGB, Inzidentfeststellungen nach Erklärung der Anfechtung zu verhindern, war zwar noch vorhanden, aber sie war nur Teil eines Funktionsbündels. Da man nun, wohl ausgehend von einer Entscheidung des

RG zur Verjährung der Ansprüche nach Scheinvaterregress (dazu S. 126)⁵³³ und beeinflusst von der Diskussion um die Abstammungsfeststellungsklage (siehe S. 56), dachte, die latente Unehelichkeit bestehe materiell schon vor Ausübung der Anfechtung, musste man § 1593 BGB einen weiteren Anwendungsbereich zubilligen. Zeitlich sollte § 1593 BGB nun ab Geburt bis zur Rechtskraft des Anfechtungsurteils wirken. Aber auch sachlich fand eine Ausweitung statt.

Diese Entwicklung lief angetrieben von der BGH-Rechtsprechung linear in eine Richtung und wurde von der Literatur größtenteils unkritisch übernommen. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass die Obergerichte immer wieder unter Verweis auf frühere BGH-Rechtsprechung eine engere Ansicht vertraten, als der BGH sie dann meist wenige Jahre später entwickelte. Das zeigt, dass der BGH zwar rhetorisch immer auf einer Linie blieb, aber letztlich seine Rechtsprechung ständig geändert und ausgeweitet hat.

Vereinzelt kritische Stimmen in der Literatur zeigen jedoch, dass die hier vertretene Ansicht, keinesfalls nur einer ex post Betrachtung geschuldet ist.

ix. Einordnung der von der Rechtsprechung zugewiesenen Funktionen des § 1593 BGB

Weil man § 1591 BGB nicht als Norm zur Begründung von Ehelichkeit verstand (siehe zur Quelle des Missverständnisses oben S. 96), war man gezwungen, in § 1593 BGB normtheoretisch ein „Beweiserhebungsverbot“ oder ein „Behauptungsverbot“ und eine Zulässigkeitsnorm zu sehen. Weil im Wortlaut der §§ 1591ff BGB jeder Anknüpfungspunkt für die positive Herstellung der Ehelichkeit fehlte (siehe dazu S. 96), war eine rein materiell-rechtliche Sichtweise auf § 1593 BGB unzureichend. Denn nicht in allen Konstellationen musste eine echte materielle Einwendung abgeschnitten werden, sondern oft auch die Berufung auf ein Tatbestandsmerkmal, nämlich die Unehelichkeit im Sinne des § 1591 BGB. Insofern handelte es sich bei § 1593 BGB a.F. in seiner Anwendung auch um eine prozessuale Norm.

Beispielsweise musste im Prozess gegen den ehelichen „Scheinvater“ die Ehelichkeit des Kindes positiv festgestellt werden. Weil eine Vermutung fehlte, zog man § 1593 BGB heran und verbot dem Ehemann das Bestreiten der Ehelichkeit. Eine materielle Einrede hätte hier nicht genügt.

Das zeigt sich darin, dass die h.M. sowohl die negative Feststellungsklage als auch die positive Feststellungsklage bzgl. der biologischen Vaterschaft für unzulässig hielt. Nach der Rechtsprechung

⁵³³ RG, DR 44, 335.

des BGH ergab sich dies nicht aus einem fehlenden Rechtsschutzbedürfnis, was auf eine materielle Deutung des § 1593 BGB hindeuten würde, sondern unmittelbar aus § 1593 BGB 1938.⁵³⁴

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass Rechtsprechung und Literatur in § 1593 BGB aF eine Vorschrift gesehen haben, die sowohl die prozessuale Geltendmachung verhindern sollte als auch die Durchsetzbarkeit von Ansprüchen hemmte, also wie ein Leistungsverweigerungsrecht, ein Beweiserhebungsverbot und eine Zulässigkeitsvoraussetzung funktionierte. So jedenfalls wohl das vorherrschende Verständnis in der Rechtsprechung bis zur Einführung des KindRG. Klagen bzgl. Ansprüchen oder Rechtsverhältnissen, die eine Leugnung der Ehelichkeit des Kindes beinhalteten, waren daher unzulässig, obwohl nach Ansicht der Rechtsprechung der zugrundeliegende Anspruch bestand.

Das ist auch in sich stimmig, wenn man die „Vaterschaft“ nach § 1591 BGB als eine materielle Konstruktion versteht, da sie nicht prozessual festgestellt, sondern allein aufgrund des Vorliegens von Tatbestandsmerkmalen begründet werden konnte. Diese waren jedoch einem Beweis zugänglich, so dass in einem Prozess, in dem inzident die Vaterschaft geprüft werden musste, diese allein anhand der „Geburt in der Ehe“ geprüft werden durfte, da ansonsten die Vermutungen eingriffen. Diese Vermutungen konnten im Inzidentprozess nicht infrage gestellt werden sondern nur im Anfechtungsprozess. Nachdem die Vaterschaft also materiell unabhängig von der prozessualen Durchsetzbarkeit bestehen sollte, war es nur folgerichtig, auch die Folgeansprüche materiell entstehen und bestehen zu lassen, aber ihre Durchsetzbarkeit und gleichzeitig auch das Bestreiten der Ehelichkeit im Prozess durch § 1593 BGB aF auszuschließen.

Nach dem Verständnis der Rechtsprechung musste § 1593 BGB 1938 daher auch die Funktion bekommen, fehlende Umstände zu ersetzen, um die Vaterschaft positiv begründen zu können. Insofern ist die Norm auf der Rechtsfolgenseite mit der Funktion des § 242 BGB zur Verhinderung der „unzulässigen Rechtsausübung“ zu vergleichen. Auch hier steht nicht nur die Vernichtung sondern auch die Ersetzung von Ansprüchen im Vordergrund. So kann das materielle Verständnis der Rechtsprechung ab 1950 des § 1593 BGB 1900 vollständig erklärt werden, denn er verhindert nicht nur, dass sich der Vater gegen einen Unterhaltsanspruch verteidigt, sondern er ermöglicht es dem Kind auch, einen Anspruch geltend zu machen, obwohl der Ehemann möglicherweise gar nicht der Vater ist. Auch die Interessenabwägung, die die Rechtsprechung vornimmt, ist ein charakteristisches Merkmal des § 242 BGB.

⁵³⁴ BGHZ 80, 218 = NJW 1981, 1372 = JZ 1981, 398 = FamRZ 1981, 538 = DAVorm 1981, 460 = MDR 1981, 656 = Rpfleger 1981, 287 = JuS 1981, 770 = JR 1981, 422 = FRES 9, 20 = LM Nr 9 zu § 1593 BGB.

Mit einem rein materiell-rechtlichen Verständnis des § 1593 BGB aF konnte jedoch nicht erklärt werden, wieso eine Feststellungsklage auf Bestehen oder Nichtbestehen einer Vaterschaft nicht möglich sein soll. Die Feststellungsklage stellt nur auf ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 256 ZPO ab. Auch die Unmöglichkeit einer Klage wegen Besorgnis der Nichtleistung aus § 259 ZPO oder später regelmäßig fälliger Leistungen kann so nicht erklärt werden, wenn der Anspruch zwar besteht aber nicht durchsetzbar sein soll und in der Zukunft nach einer Anfechtung entstehen würde. Daher musste § 1593 BGB 1938 auch eine prozessuale Wirkung zukommen, die jedenfalls die Behauptung entgegen der Norm versagt, wenn solche Klagen nicht sogar schon unzulässig sein sollten. Auch eine derartige prozessuale Funktion kennt die „unzulässige Rechtsausübung“.⁵³⁵

Die Rechtsprechung behandelte § 1593 BGB 1938 wie eine spezialgesetzliche Normierung der unzulässigen Rechtsausübung. Das erklärt auch, wieso nach Ansicht des BGH eine Abwägung stattzufinden habe, die die Rechtsausübung bei gewissen Konstellationen wieder zulässig machte.

x. Fazit

All das zeigt, wie schwer sich die Praxis mit diesem ahistorisch interpretierten Abstammungssystem tat. Versteht man hingegen die Geburt in der Ehe als statusbegründend und die Anfechtung als statusvernichtend, können sowohl die positiven als auch die negativen Folgen der Ehelichkeit vollständig erklärt werden. Lediglich die nicht auf Status beruhenden Funktionen, die allein das Verbot der Geltendmachung der biologischen Vaterschaft betreffen, sind damit nicht zu erklären. Mit der Formulierung des ersten Entwurfs hätte diese Problematik gar nicht auftreten können (siehe S. 92), da dieser über vollständige Vermutungsregeln verfügte.

Aber auch die Unzulässigkeit einer Feststellungsklage kann erklärt werden, wenn man einfach annimmt, die „latente Unehelichkeit“ und die „latente Vaterschaft“ besteht nicht und kann somit auch nicht festgestellt werden. Das gleiche Ergebnis erreicht man, wenn man den Status Ehelichkeit allein durch die Geburt in der Ehe als begründet ansieht und durch die Anfechtung materiell beseitigt.

(g) Das NeG

(aa) Die eheliche Abstammung

Das Recht der ehelichen Kinder wurde durch das Nichteelichengesetz in den relevanten Teilen nicht verändert. Es wurde nur der Wortlaut von „Geltendmachung der Unehelichkeit“ auf „Geltendmachung der Nichteelichkeit“ verändert. Die Entwicklung der Rezeption des § 1593 BGB 1938 wurde daher bereits oben mit aufgezeigt.

⁵³⁵ Looschelders/Olzen, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2009), § 242 Rn 1062 ff.

Allerdings gab es nun neben der Frage, ob ein Kind ehelich oder unehelich war, noch die Frage nach der Abstammung nach einem Mann kraft Feststellung durch Anerkennung oder Klage. Daher kam nun denklogisch die Möglichkeit hinzu, eine Vaterschaft nach einem anderen Mann als dem Ehemann anzunehmen. Dann wäre offener Vater wegen § 1593 BGB der Ehemann, das Kind aber latent unehelich und gleichzeitig verdeckt/latent das Kind des unehelichen Vaters.

(bb) Die nichteheliche Abstammung

(aaa) Die positive Sperre

Das Nichteilichengesetz brachte zusätzlich eine weitere sog. Rechtsausübungssperre für die uneheliche Abstammung. Mit § 1600a S. 2 BGB fand eine dem § 1593 BGB ähnliche Formulierung für die Anerkennung und Feststellung der Vaterschaft nichtehelicher Kinder Eingang in das BGB.

Auch zuvor gab es eine Norm, die für anerkannte nichteheliche Kinder einschlägig war: § 1718 BGB 1900 verbot einem Mann, der ein uneheliches Kind anerkannt hatte, den Mehrverkehr zu behaupten und damit mittelbar die Vaterschaft zu bestreiten. Dies war allerdings nur eine prozessuale Norm, die ohne Einfluss auf ein Statusverhältnis war. Zudem verbot die Norm es nur, den Mehrverkehr zu behaupten, und schnitt daher nur diesen einen Einwand ab. Der Mann konnte aber weiter bestreiten, überhaupt Verkehr mit der Mutter gehabt zu haben.

Im Gegensatz dazu wirkte § 1600a BGB in die umgekehrte Richtung: Die Norm verbot nicht, die Vaterschaft zu leugnen, sondern sie verbot es, die Rechtswirkungen der Vaterschaft positiv vor Feststellung oder Anerkennung geltend zu machen, denn die nichteheliche Abstammung sollte nun auch nicht mehr inzident festgestellt werden. Vielmehr sollte sie, so wie die eheliche Abstammung, allein durch Geburt in der Ehe hergestellt wird, nur durch Anerkennung oder Feststellung erzeugt werden können.⁵³⁶

Die Norm lautete daher bis zu ihrem Außerkrafttreten mit dem KindRG:

§ 1600a Bei nichtehelichen Kindern wird die Vaterschaft durch Anerkennung oder gerichtliche Entscheidung mit Wirkung für und gegen alle festgestellt. Die Rechtswirkungen der Vaterschaft können, soweit sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt, erst vom Zeitpunkt dieser Feststellung an geltend gemacht werden.

Die Terminologie des Gesetzes, das sowohl Anerkennung und gerichtliche Feststellung als „Feststellung“ bezeichnet, soll im Folgenden übernommen werden, soweit zwischen den beiden Arten der Feststellung kein Unterschied zu machen ist.

⁵³⁶ Gaul, in: Staudinger (12.), Vor § 1600a BGB Rn 5.

i. Objektive Auslegung

Auch hier gilt das bereits oben Gesagte zur Unmöglichkeit der objektiven Auslegung der Rechtsausübungssperrenim Hinblick auf Funktion und Reichweite des § 1600a S. 2 BGB. Die Funktion der Norm kann daher nicht allein aus dem objektiven Wortlaut ermittelt werden: Der Wortlaut und die Systematik stimmen mit dem der geltenden Sperren überein. Vielmehr ist die Gesetzgebungsgeschichte zu untersuchen und anhand des Willens des Gesetzgebers der Norm ein Bedeutungsgehalt zuzuweisen. Das ist insofern besonders relevant für die heutige Gesetzeslage, weil § 1594 I und § 1600d Abs. 4 BGB der Norm nachgebildet sind (siehe unten S. 159).

ii. Genetisch-historische Auslegung

Auch hier ist bei der genetisch-historischen Auslegung eine umfassende Darstellung der Normgeschichte wichtig. Eine solche Auslegung stellt in der Literatur zur geltenden Rechtslage ein Novum dar. Die Gesetzesgeschichte des § 1600a BGB kann als unerforscht gelten. Eine umfangreiche Darstellung ist daher in jedem Fall notwendig. Im Folgenden soll daher ausgehend von den ersten Entwürfen analysiert werden, wie sich § 1600a BGB in das System des NEG nach Vorstellung des Gesetzgebers einfügen sollte.

[1]. Erster Entwurf

Im ersten Entwurf für das NeG lautete die vollständige Norm BGB: „Als Vater ist anzusehen: 1. Wer die Vaterschaft anerkannt hat oder 2. Wer durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung als Vater festgestellt ist.“⁵³⁷ Hingegen wollte der Bundesrat die Norm formulieren: „Vater des unehelichen Kindes ist: 1. / 2.“⁵³⁸

In der ursprünglichen Formulierung kam die Idee, eine Norm zu schaffen, nach der die Vaterschaft durch die Norm „definiert“ oder „fingiert“ werden sollte in der Formulierung „ist anzusehen“ zum Ausdruck. Auf den Vorschlag des Bundesrats entgegnete die Bundesregierung, dass in der Formulierung „Vater ist“ zum Ausdruck käme, dass die Vaterschaft erst mit Feststellung erzeugt werden sollte. Der Entwurf wolle jedoch die biologische Vaterschaft zum Ausgangspunkt der Verwandtschaft nehmen. Ansonsten wären die Unterhaltsansprüche aufgrund einstweiligen Rechtsschutzes kaum zu rechtfertigen.⁵³⁹

⁵³⁷ BT-Drs V/2370 S. 2.

⁵³⁸ BT-Drs V/2370 S. 101; Schubert, Die Reform des Nichtehelehenrechts, S. 409, 456, 468.

⁵³⁹ BT-Drs 5/2370, S. 109.

Für die Anerkennung stellte nach Ansicht des Regierungsentwurfs § 1600f I BGB NeG-RegE sicher, dass keine Inzidentfeststellungen der Vaterschaft mehr erfolgen konnten. Für die gerichtliche Feststellung stellte das die Rechtskraft *inter omnes* sicher.⁵⁴⁰

Allerdings konnte der vorgeschlagene § 1600f BGB NeG-RegE tatsächlich nur sicherstellen, dass die Anerkennung nicht als unwirksam behandelt wird. Inzidentfeststellungen verhinderte der Wortlaut des § 1600f BGB NeG-RegE jedenfalls nicht, dieser bezog sich nur auf die Wirksamkeit der Anerkennung und schloss nicht aus, dass ein anderer Mann sich der Vaterschaft berühmte. Eine weitere Anerkennung war jedoch durch § 1600b III BGB NeG-RegE ausgeschlossen und eine weitere gerichtliche Feststellung war durch § 1600n BGB NeG-RegE ausgeschlossen. Die Konkurrenz mehrerer Väter im Sinne des § 1600a BGB NeG-RegE war daher unmöglich.

[a]. Rezeption des Entwurfs in der Literatur

Die ursprüngliche Konstruktion wurde in der Literatur dahingehend kritisiert, dass weder aus § 1600a BGB NeG-RefE noch aus NeG-RegE das Verbot der Inzidentfeststellung klar genug hervorgehe.⁵⁴¹ *Göppinger* versteht die Formulierung des RefE dahingehend, dass die Verwandtschaft zwischen Vater und Kind erst mit Feststellung entstehe.⁵⁴² *Knur-Hurst* versteht die Formulierung hingegen genau gegensätzlich und geht davon aus, dass die Anerkennung die Verwandtschaft nicht schaffe, sondern diese schon vorher bestehe.⁵⁴³ Der Beitrag von *Knur-Hurst* ist aber deshalb interessant, weil er ausnahmsweise eine Begründung liefert: § 1930b BGB NeG-RefE⁵⁴⁴ solle sehr deutlich zeigen, dass die Vaterschaft schon ab Geburt bestehe. Dem soll kurz nachgegangen werden.

Die Norm § 1930b BGB NeG-RefE lautete: „Ist der Vater des unehelichen Kindes gestorben, bevor er die Vaterschaft anerkannt hat oder bevor das Kind Klage auf Feststellung der Vaterschaft des Erblassers erhoben hat, so ist das Kind nur dann zur Erbfolge berufen, wenn es vor Vollendung seines zehnten Lebensjahres und nicht später als fünf Jahre nach dem Erblasser den Antrag auf Feststellung der Vaterschaft des Erblassers gestellt hat.“

Diese Norm zeige, dass das „Verschweigen“ (wohl der Vaterschaft) die aufgrund der Abstammung gegebene Erbberechtigung ausschliesse. Die Anerkennung bekunde den Willen, sich zum Kind zu bekennen, was damit alle als wahr hinzunehmen hätten, bis das Gegenteil bewiesen ist.⁵⁴⁵

⁵⁴⁰ BT-Drs V /2370, S. 26.

⁵⁴¹ *Göppinger*, Juristische Rundschau 1967, 125, 126; *Bökelmann*, FamRZ 1966, 546, 547.

⁵⁴² *Göppinger*, FamRZ 1966, 418, 419.

⁵⁴³ *Knur-Hurst*, MittRhNotK 1967, 7, 9.

⁵⁴⁴ § 1934c des RegE und des endgültigen Gesetzes, aufgehoben mit dem ErbGleichG vom 16.12.1997.

⁵⁴⁵ *Knur-Hurst*, MittRhNotK 1967, 7, 9.

Dieses Argument geht auf *Brüggemann* zurück, der ausführlich untersucht hat, wie der Status des Kindes im RefE konstruiert ist.⁵⁴⁶ Er geht dabei zunächst davon aus, dass die Unterhaltspflichten allein auf der Erzeugerschaft beruhen⁵⁴⁷ und stellt dann ausführlich dar, welche Folgen es seiner Meinung nach hätte, wenn man Anerkennung und Feststellung eine statusbegründende Wirkung gäbe: Die Ansprüche wären erst mit Begründung klagbar und damit würden auch erst ab diesem Moment Prozesszinsen fällig werden. Auch die Verjährung wäre ein Problem. Das Gleiche gelte für Verzugszinsen. Insbesondere die Möglichkeit der freiwilligen Unterhaltsleistung spreche daher dafür, dass die Ansprüche schon vorher entstünden.

Die Erbschaft falle kraft blutmäßiger Abstammung als solcher auch ohne die Klarstellung nach § 1600a BGB RefE an. Nur wenn diese noch nicht erfolgt sei, greife § 1930b BGB. Die Norm sei so zu verstehen, dass das Kind nachträglich rückwirkend zur Erbfolge berufen sei, ebenso wie nach Ausschlagung durch einen anderen gesetzlichen Erben.⁵⁴⁸

Nun mag man den Ausführungen von *Brüggemann* folgen, was die Auswirkungen der statusbegründenden Wirkung der Feststellung betrifft (siehe dazu S. 180ff). Jedenfalls kann man wohl kaum überzeugend mit den Folgen eines Systems seine Ablehnung begründen, wenn man nicht nachweisen kann, dass diese Folgen eindeutig systemfremd oder vom Gesetzgeber unerwünscht sind. Die meisten der Probleme, die *Brüggemann* aufwirft, sollten aber aufgrund der Rückwirkung der Feststellung gelöst sein (siehe dazu S. 182). Diese Rückwirkung übersieht er wohl und bemüht deshalb die „latente Vaterschaft“.

Wieso § 1930b BGB RefE nach *Knur-Hurst* gegen eine statusbegründende Funktion sprechen soll, erschließt sich m.E. nicht. Unabhängig von der Frage, wie man § 1600a BGB genau versteht, fügt sich § 1930b BGB in dieses System exakt ein. Grundsätzlich ist das nicht festgestellte nichteheliche Kind durch § 1600a BGB entweder gehindert, Erbe zu werden, oder nur daran gehindert, diese Stellung geltend zu machen. Allerdings könnte es nach beiden Systemen zeitlich unbegrenzt nach dem Tod des Vaters die Feststellung betreiben und, wegen der Rückwirkung oder der Möglichkeit die Vaterschaft geltend zu machen, Erbe werden. Aus Gründen der Rechtssicherheit⁵⁴⁹ beschränkt daher § 1930b BGB NeG die Möglichkeit, trotz Feststellung Erbe zu werden. § 1930b BGB NeG stellt insofern keine Abweichung von § 1600a BGB dar, sondern stellt lediglich eine Frist für die nachträglich zu erlangende Erbenstellung auf. Die Feststellung an sich bleibt unbefristet möglich,

⁵⁴⁶ *Brüggemann*, FamRZ 1966, 530.

⁵⁴⁷ *Brüggemann*, FamRZ 1966, 530, 531, 532.

⁵⁴⁸ *Brüggemann*, FamRZ 1966, 530, 532.

⁵⁴⁹ Referentenentwurf eines Gesetzes über die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder, S. 119.

führt dann aber nicht mehr zur Erbenstellung. Insofern dürfte § 1930b BGB NeG kein tauglicher Beleg für die angeführte Rechtsauffassung sein.

[2]. Genese des Wortlauts des § 1600a BGB NeG

Der Wortlaut des § 1600 BGB NeG hat dann die oben gezeigte von RegE und RefE abweichende Formulierung erhalten. Der neuformulierte Satz 1 geht wohl auf die Äußerung von RiBVerfG Brüneck zurück, die die Formulierung in der Kommission des BMJ vorschlug. Sie schlug vor: „Wer Vater eines unehelichen Kindes ist, wird durch Anerkenntnis oder gerichtliche Entscheidung festgestellt.“ Ihr Ziel war dabei explizit, den durch die Formulierung „ist anzusehen“ erweckten Eindruck einer Fiktion zu zerstreuen. Gleichzeitig wollte sie aber das biologische Prinzip besser betont wissen, was wohl im Wort „festgestellt“ zum Ausdruck kommen sollte.⁵⁵⁰ Dem schloss sich *Beitzke* an und schlug vor, zu formulieren: „Das Vater-Kind-Verhältnis kann nicht geltend gemacht werden, bevor nicht die Vaterschaft festgestellt oder anerkannt worden ist.“⁵⁵¹

Ein ähnlicher Vorschlag wurde von *Bökelmann*⁵⁵² in den Beratungen des BJM mit den Landesjustizverwaltungen gemacht. Dort hatte dieser eingewandt, die alte Formulierung brächte nicht hinreichend zum Ausdruck, dass durch § 1600a BGB Inzidentfeststellungen nicht mehr zulässig seien, wie sie nach dem alten Unehelichenrecht möglich gewesen seien. Er schlug daher vor hinzuzufügen: „Solange nicht die Voraussetzungen des Satz 1 vorliegen, kann die Vaterschaft nicht geltend gemacht werden.“ Dabei sollte es sich aber nur um eine klarstellende Regelung handeln, denn *Bökelmann* ging davon aus, dass der Entwurf Inzidentfeststellungen schon bisher verhindern wollte. Dementsprechend ging auch *Knöpfel*⁵⁵³ davon aus, dass die Sperrwirkung bereits im Referentenentwurf hinreichend deutlich werde.⁵⁵⁴ Nachdem *Knöpfel* bereits in der Kommission des BMJ anwesend war, ist zudem davon auszugehen, dass er die Vorschläge von *Brüneck* und *Beitzke* kannte und insbesondere die Formulierung von *Brüneck* hier abgewandelt eingeführt hat.

Die dann Gesetz gewordene Formulierung des § 1600a BGB NeG stammt vom Unterausschuss des Rechtsausschusses des Bundestags, der diese aufgrund einer Formulierungshilfe des BMJ erhalten

⁵⁵⁰ Schubert, Die Entstehung des Unehelichenrechts, S. 156.

⁵⁵¹ Schubert, Die Entstehung des Unehelichenrechts, S. 156.

⁵⁵² Regierungsdirektor im Justizministerium Baden-Württemberg: *Schubert*, Die Reform des Nichteelichenrechts, S. LXXVI.

⁵⁵³ Regierungsdirektor im BMJ: *Schubert*, Die Reform des Nichteelichenrechts, S. 801.

⁵⁵⁴ Schubert, Die Entstehung des Unehelichenrechts, S. 272.

hatte.⁵⁵⁵ Nachdem die oben gezeigten Äußerungen vom BMJ protokolliert wurden, ist davon auszugehen, dass in den aufgeführten Äußerungen die Ursprünge der Formulierung zu sehen sind.

[3]. Methodischer Umgang mit dieser Genese

Hier stellt sich die Frage, wie mit den Äußerungen in den Gremien des BMJ bei der Auslegung des Gesetzes umzugehen ist. Der Gesetzgebungsakt findet seinen abschließenden formellen Akt zwar im Parlament, um dessen institutionellen Willen es letztlich auch bei der Erforschung des gesetzgeberischen Willens geht. Mangels Willenserklärung des Parlaments über einzelne Änderungen oder die Zustimmung oder Ablehnung des Gesetzes hinaus, sind jedoch auch die vorparlamentarische Geschichte und die Vorgänge in den Ausschüssen und Unterausschüssen des Parlaments bei der Auslegung heranzuziehen (vgl. S. 25). Insofern sind die Äußerungen in den Kommissionen durchaus bei der Auslegung des Gesetzes zu berücksichtigen, wenn der Rechtsausschuss selbst keine Begründung für die Änderungen geliefert hat. Das spricht dafür, dass die Anerkennung und Feststellung konstitutive Wirkungen haben sollten und § 1600a S. 2 BGB NeG lediglich deklaratorisch wirken sollte.

Hier sind also die Ziele die der Regierungsentwurf verfolgte weiter zu berücksichtigen. Dieser hatte ausweislich der Materialien mehrere Ziele. Einerseits sollte die unbefriedigende Situation, dass die Abstammung unehelicher Kinder nur inter partes festgestellt werden konnte und inzident überprüft werden konnte, an die Situation der ehelichen Kinder angeglichen werden.⁵⁵⁶

Weiter sollte mit der Norm § 1600a BGB NeG klargestellt werden, dass Anerkennung und gerichtliche Feststellung gleichwertige Vaterschaften begründen, „nämlich die Geltendmachung der Vaterschaft ermöglichen und den Rechtsschein der Vaterschaft begründen.“⁵⁵⁷

Die Materialien zum ursprünglichen Entwurf sprechen davon, dass vor Anerkennung oder Feststellung rechtliche Beziehungen zwischen Vater und Kind nicht geltend gemacht werden können und erheben dies zu einem Grundsatz. Zweck dieser Regel sei es, dass der Status des Kindes einheitlich im Statusverfahren festgestellt wird und nicht inzident etwa in einem Unterhaltsurteil. Davon gebe es Durchbrechungen im einstweiligen Rechtsschutz.⁵⁵⁸

Aufgrund der gezeigten Herkunft der inkraft gesetzten Formulierung ist nicht davon auszugehen, dass mit den neuen Formulierungen inhaltlich vom Referententwurf und Regierungsentwurf

⁵⁵⁵ Odersky, in: Nichtehechengesetz, § 1600a BGB Anm II 2; Schubert, Die Reform des Nichtehelichenrechts S. 489, 497, 711.

⁵⁵⁶ BT-Drs V/2370 S. 25.

⁵⁵⁷ BT-Drs V/2370 S. 26.

⁵⁵⁸ BT-Drs V/2370 S. 26.

abweichendes Recht geschaffen werden sollte, soweit es um die Frage der Zu- oder Unzulässigkeit von Inzidentfeststellungen ging. Vielmehr sollte lediglich klargestellt werden, dass neben dem rechtlichen Vater nicht auch noch der biologische Vater eine irgendwie geartete Rolle spielt, wie das in der Kommission des BMJ deutlich anklingt.⁵⁵⁹ Die Norm ist also als klare Abkehr vom fehlenden Status des nichtehelichen Kindes und der Möglichkeit der Inzidentfeststellung zu sehen.

Dem Wortlaut nach war sie erkennbar, dem zu diesem Zeitpunkt noch gültigen, § 1593 BGB 1938 nachgebildet. Zwar sprach § 1600a S. 2 BGB NeG von der Geltendmachung der Rechtswirkungen der Vaterschaft und § 1593 BGB von der Geltendmachung der Nichtehelichkeit. Die grundsätzliche Terminologie, die von „geltend machen“ spricht und insbesondere die dahinterstehende Regelungsidee sprechen aber dafür, den § 1600a S. 2 BGB NeG ähnlich wie den § 1593 BGB zu verstehen. Dazu passt, dass die Norm in der Besprechung des BMJ mit den Landesjustizverwaltungen nicht als Gegennorm zu § 1591 BGB sondern zu § 1593 BGB bezeichnet wurde, obwohl sie zu diesem Zeitpunkt noch den alten Wortlaut hatte.⁵⁶⁰ Dabei würde man vermuten, dass die Hauptnorm der nichtehelichen Vaterschaft als Gegenstück zur Begründungsnorm der ehelichen Vaterschaft, also § 1591 BGB angedacht wäre.

[4]. Fazit

Zieht man die historische Parallele zu § 1593 BGB, würde das bedeuten, die Norm würde nicht den Zeitraum von der Geburt bis zur Wirksamkeit der Anerkennung sondern nur den Zeitraum von der Abgabe der Anerkennung bis zu ihrer Wirksamkeit regeln. Ebenso wie die Anfechtung handelte es sich bei der Anerkennung um ein zweiaktiges Geschäft: materielle Anerkennungserklärung durch den Mann und Zustimmung durch das Kind oder heute die Mutter. Dafür spricht insbesondere die Möglichkeit des Widerrufs durch den Mann, wenn eine Zustimmung durch das Kind nicht binnen eines Jahres erfolgte. Damit ist die Anerkennung genau wie die Anfechtung zunächst nur „schwebend wirksam“.

Überträgt man also die Regelung des § 1593 BGB, so würde § 1600a S. 2 BGB NeG nur für diesen „Schwebezustand“ festlegen, dass die Geltendmachung von Ansprüchen erst ab dem Moment geltend gemacht werden können, ab dem die Anerkennung durch die Zustimmung des Kindes komplettiert ist. Für die gerichtliche Feststellung würde sie dann analog den Zeitraum von der Feststellung der Vaterschaft bis zur Rechtskraft regeln. Das kann aber letztlich offen bleiben, weil dieser kurze Zwischenzeitraum für diese Untersuchung letztlich unerheblich ist. Von Interesse ist hier

⁵⁵⁹ Schubert, Die Reform des Nichtehelichenrechts, S. 273.

⁵⁶⁰ Schubert, Die Reform des Nichtehelichenrechts, S. 273; so auch Jansen/Knöpfel, Das neue Unehelichengesetz, S. 108.

vor allem der Zeitraum zwischen Geburt und Feststellung, für die aber § 1600a S. 2 BGB NeG keine Regelung trifft.

Zweck des § 1600a BGB war es insbesondere, die Feststellung der Vaterschaft dem dafür vorgesehenen Verfahren mit inter-omnes-Feststellung vorzubehalten und keine Inzidentfeststellungen zu ermöglichen und so eine Gleichwertigkeit von ehelicher und nichtehelicher Vaterschaft herzustellen. Normzweck war also die Sicherung des Statusverfahrens und die Verhinderung von divergierenden Entscheidungen in Prozessen, in denen die Abstammung als Vorfrage zu klären war, wie dies zuvor schon dem § 1593 BGB zugeschrieben wurde. Die Zusammenfassung der beiden Begründungsarten in einer Norm brachte insbesondere die Gleichwertigkeit beider Arten und ihre Wirkung inter omnes zum Ausdruck.⁵⁶¹ Weitergehende Funktionen in positiver Hinsicht scheinen mir nicht zu bestehen und soweit sie behauptet werden, können dafür keine Grundlagen gefunden werden. Die weitere Analyse des NeG muss zeigen, ob diese These bekräftigt werden kann und ob insbesondere die latente Vaterschaft weiter entkräftet werden kann.

(bbb) Die negative Sperre

In negativer Hinsicht musste, analog zur ehelichen Abstammung, eine Lösung gefunden werden, damit der festgestellte Vater seine Vaterschaft nicht bestreiten kann. Ein Status, den der festgestellte Mann jederzeit bestreiten kann, ist für das Kind wertlos.

Weil es sich bei der Anerkennung um ein Rechtsgeschäft handelte, dessen Unwirksamkeit nach allgemeinen Regeln von jedermann geltend gemacht werden könne, wurde mit § 1600f I BGB NeG eine Norm geschaffen, die die Unwirksamkeitsgründe des allgemeinen Teils ausschließt und nur die Nichteinhaltung der § 1600a bis § 1600e BGB NeG als Unwirksamkeitsgründe genügen lässt. Diese anfängliche Unwirksamkeit konnte jeder geltend machen. Diese Norm findet sich heute noch in § 1598 I BGB.

War die Anerkennung wirksam, entsprach sie aber nicht der biologischen Wahrheit, sah § 1600f I 2. Alt BGB NeG zudem die Möglichkeit, vor, die Anerkennung unwirksam werden zu lassen, wenn sie angefochten und rechtskräftig festgestellt wurde, dass der Mann nicht der Vater des Kindes ist. Erst durch die Anfechtung und diese Feststellung wurde die Anerkennung unwirksam. Aus der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts ergibt sich dann auch die Rückwirkung des Wegfalls. In dieser Formulierung des § 1600f I 2. Alt BGB NeG steckt die Regelung für die „Schwebezeit“ zwischen

⁵⁶¹ *Grasnick*, Das neue Nichteheleichenrecht, S. 104.

Anfechtung und Entscheidung über die Anfechtung, die für die eheliche Abstammung § 1593 BGB NeG unverändert innehatte.

Allerdings war die Regelung insofern unstimmg, als die Unwirksamkeit der Anerkennung erst mit Rechtskraft der Entscheidung eintreten sollte, weshalb eine „Rückabwicklung“ der Anfechtung, wie § 1600I III BGB NeG sie vorsah, eigentlich unnötig erscheint: Die Anfechtung selbst löste keine Wirkung aus. Hinzukommen musste die Rechtskraft des Anfechtungsurteils. Einen echten Regelungsgehalt kann man dem § 1600I III BGB NeG daher wohl kaum zuschreiben, es handelt sich ausweislich der Begründung um eine Übernahme des § 1599 III BGB.⁵⁶² Der Dualismus der Anfechtung wurde durch § 1600f I und 1600I III BGB NeG auch im Recht der nichtehelichen Abstammung durch Anerkennung dadurch scheinbar eingeführt, ohne dass er aber nötig war, weil die Vaterschaft erst mit dem Urteil entfiel.

Ihre Ursache findet diese Unstimmigkeit wohl in nicht konsequent umgesetzten Änderungen im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens. Während der Referentenentwurf in § 1600h BGB NeG-RefE noch vorsah, die Geltendmachung der Vaterschaft zu verbieten, wenn sie nicht angefochten und festgestellt ist, wurde dies im Regierungsentwurf zum aufgezeigten § 1600f I BGB NeG-RegE. § 1600o III BGB NeG-RefE sah dann folgerichtig vor, dass die Anfechtung unwirksam wird, wenn die Klage zurückgenommen wird. Hier war der Dualismus der Anfechtung also noch vollständig ausgeprägt und die uneheliche Abstammung mit Rechtsausübungssperre in § 1600h BGBNeG-RefE zwischen Anfechtung und Rechtskraft sowie § 1600o III BGB-RefE ahmte die eheliche Abstammung noch vollständig nach.⁵⁶³

Der Referentenentwurf differenzierte weiter zwischen Unwirksamkeit der Anerkennung von Anfang an und Anfechtung nach wirksamer Anerkennung. Diese Unterscheidung wurde im Laufe des Verfahrens aufgegeben und die beiden Fälle zusammengefasst, so dass beide zur Unwirksamkeit der Anerkennung führten. § 1600I III BGB war daher unnötig geworden, denn durch die Anordnung der Unwirksamkeit erst mit Rechtskraft war klargestellt, dass die in der Anerkennung steckende Feststellung weiter bis zur Rechtskraft Bestand haben musste und die Anfechtung allein keine Wirkung hat.⁵⁶⁴ Dies wurde aber im Gesetzgebungsverfahren wohl nicht erkannt und so § 1600I III BGB NeG beibehalten, ohne dass er eine Funktion hatte.

⁵⁶² BT-Drs 5/2370, S. 35; zum Referententwurf § 1600o III: Referentenentwurf eines Gesetzes über die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder, S. 53.

⁵⁶³ Entwurf bei Schubert, die Einführung des Nichtehelehenrechts, ab S. 224.

⁵⁶⁴ Odersky, Nichehelichengesetz, § 1600f BGB II. 5. spricht diese Wirkung explizit nur gerichtlichen Feststellung zu.

Ebenfalls wurde übersehen, dass nun eine Sperre für das Bestreiten durch den durch Anerkennung festgestellten Vater, wie er im Entwurf noch in § 1600h BGB NeG-RefE zu finden war, fehlte.

Wie es zu den Änderungen kam, lässt sich auch mit den umfangreichen Materialien von *Schubert* zum NeG nicht aufklären. Hintergrund könnte die Änderung an § 1600a BGB gewesen sein, der durch den Wortlaut „wird festgestellt“ den Bedeutungsgehalt einer allseitigen Feststellung in sich trägt und so die Rechtsausübungssperre in § 1600h BGB NeG-RefE überflüssig machte.

(ccc) Analyse

Aufgrund der Formulierung im NeG-RegE und NeG-RefE, dass als Vater des Kindes gelte, wer anerkannt oder festgestellt wurde, war die dort gebräuchliche Formulierung „Rechtsschein der Vaterschaft“, die sich auf die in der Literatur gebräuchliche Formulierung für die eheliche Vaterschaft stützte, folgerichtig, auch wenn man wohl eher von einer Fiktion sprechen müsste. Diese Formulierung zieht sich durch die vollständige Begründung des Referentenentwurfs.⁵⁶⁵ Es stellt sich aber die Frage, ob durch die Änderung an § 1600a S. 1 und S. 2 BGB NeG und § 1600h BGB NeG nicht ein Systemwandel, weg vom Rechtsschein, hin zu einer Begründung der Abstammung durch Feststellung, also einem konstitutiven System stattgefunden hat.

Das Entfallen des § 1600h BGB spricht dafür, dass zwischen Referentenentwurf und Regierungsentwurf insgesamt ein Systemwandel stattgefunden hat, hin zu einer Begründung der Vaterschaft durch die Feststellung, weg von einem Rechtsscheinsystem. Hinzu kommt, dass nun nicht mehr die Formulierung „als Vater gilt“, sondern „wird festgestellt“ in § 1600a S. 1 BGB aufgenommen wurde.

Die Begründung einer echten rechtlichen Vaterschaft erklärt, wieso eine Rechtsausübungssperre in negativer Hinsicht auch für die Anerkennung nicht mehr notwendig war: Eine echte rechtliche Vaterschaft war natürlich solange wirksam, wie die Anerkennung wirksam war, also bis zur Rechtskraft des Urteils im Anfechtungsprozess. Insofern kann mit der Begründung des Regierungs- und Referentenentwurfs in dieser Sache nicht mehr zutreffend argumentiert werden, was aber in der Literatur größtenteils passiert ist.

Die Argumentation der Bundesregierung, eine Zahlung von Unterhalt im einstweiligen Rechtsschutz könne mit einem konstitutiven System so nicht begründet werden,⁵⁶⁶ kann nicht überzeugen. Eine solche einstweilige Verfügung setzt nicht zwingend voraus, dass die Anspruchsvoraussetzungen schon vorliegen. Vielmehr genügt es, wenn bei einer summarischen Prüfung der Antragsgegner

⁵⁶⁵ Referentenentwurf eines Gesetzes über die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder, S. 47.

⁵⁶⁶ BT-Drs 5/2370, S. 109.

voraussichtlich verurteilt würde. Dass dabei etwa die Mutter nach der Geburt noch ein Feststellungsverfahren gegen den Mann anstrengen muss, ist unschädlich, wenn davon auszugehen ist, dass dieses erfolgreich sein wird. Der Gesetzgeber ist natürlich frei darin, für derartige einstweilige Verfügungen Tatbestandsmerkmale festzulegen, die hinter den Anforderungen an den normalen materiellen Anspruch zurück bleiben. Eine derartige Prognose ist gerade die Natur des einstweiligen Rechtsschutzes.

Umgekehrt kann man auch argumentieren, die Sonderregeln für den einstweiligen Rechtsschutz sprechen dafür, dass eben gerade keine Verwandtschaft vor Anerkennung oder Feststellung besteht, weil ansonsten bereits die allgemeinen Regeln für einstweiligen Rechtsschutz ausreichen könnten.

Die gemeinsame Norm für Unwirksamkeit und Anfechtung der Anerkennung dürfte dagegen eher der Normökonomie geschuldet sein.

Eine korrekte Einordnung der nichtehelichen Abstammung in Bezug auf die Rechtsausübungssperren fällt schwer. Der Gesetzgeber hat unreflektiert Teile der alten Regeln für die eheliche Abstammung mit neuen Regeln zur Anerkennung kombiniert. Er hielt jedoch offensichtlich eine Regelung, die es dem Vater verbot, die Vaterschaft zu bestreiten, für unnötig. Träger der Vaterschaft dürfte daher nach Anerkennung allein die wirksame Anerkennung sein, die eine Gestaltungswirkung *inter omnes* entfaltet, ohne dass es einer Sperre bedurft hätte. Denn wenn der Gesetzgeber die Vaterschaft an die Wirksamkeit der Anerkennung knüpft und deren Unwirksamkeit nur durch Anfechtungsurteil festgestellt werden kann, dann ist ein Bestreiten der Vaterschaft im Inzidentprozess schon aus materiellen Gründen unmöglich.

Dafür spricht auch die Parallele zur Rechtskraft des Feststellungsurteils, das aus sich heraus wirkt, ohne eine Hilfsnorm zu benötigen, welche die Geltendmachung der fehlenden Vaterschaft verbietet. Das Fehlen einer solchen Rechtsausübungssperre spricht daher für ein konstitutives System.

§ 1600a S. 2 BGB NeG hingegen dürfte ausweislich der Materialien lediglich eine klarstellende Funktion gehabt haben, die den Zeitpunkt der Wirksamkeit von Anerkennung und Feststellung weiter spezifizierte und Inzidentfeststellungen verhinderte. Eine Sperrwirkung gegenüber einer latent existenten Vaterschaft, die aufgrund § 1589 BGB bestand, kann nicht nachgewiesen werden. Vielmehr sollte der Abschied von der nichtehelichen Abstammung ohne Status, wie er in §§ 1705ff BGB 1900 normiert war, geregelt werden. Das ursprünglich im RefE und RegE angeblich enthaltene biologische Abstammungsprinzip wurde durch die Neufassung von § 1600a S. 1 BGB jedenfalls aufgegeben.

Der Dualismus der Anfechtung findet sich in der nichtehelichen Abstammung nicht, § 1600I III BGB NeG war insofern zwar enthalten, er war aber überflüssig.

Auch die Folgerungen, die bei der Legitimation unehelicher Kinder gezogen wurden, sprechen für ein System einer rechtlichen Vaterschaft. Denn in der Folge änderte sich auch das Verfahren bei der Legitimationserklärung. Während zuvor das Gericht zu überprüfen hatte, ob das Kind tatsächlich vom jetzigen Ehemann abstammt, ist eine solche Prüfung nun weder nötig noch zulässig, wenn nach § 1600a BGB NeG der Ehemann als Vater festgestellt ist.⁵⁶⁷

Es fanden sich aber nicht nur Parallelen zur ehelichen Abstammung: Die nichteheliche Abstammung wurde dadurch, dass die Abstammung allein auf die Wirksamkeit der Anerkennung bzw. auf das Feststellungsurteil abstellte, auch abweichend von der ehelichen Abstammung geregelt: Während die eheliche Abstammung durch materielle Gestaltungserklärung vernichtet wurde und daher, nach Erklärung bis zur Rechtskraft, geschützt werden musste, war die nichteheliche Abstammung durch Rechtsakt begründet.

Dementsprechend war auch eine Rechtsausübungssperre für die Anfechtung unnötig, es wurde lediglich in § 1600f I BGB klargestellt, dass die Anerkennung nur unter bestimmten Umständen, bspw. nach einer rechtskräftigen Anfechtung, unwirksam war. Darin liegt ein fundamentaler Unterschied zum § 1593 I BGB 1938, der lediglich die Geltendmachung verbot und damit implizit davon ausging, dass die Unehelichkeit des Kindes materiell unabhängig davon besteht. Als Unwirksamkeitsgründe der Anerkennung waren Tatsachen oder Umstände nicht vorgesehen, sondern lediglich Fehler der Anerkennung an sich.

Durch die Anfechtung der Anerkennung wurde die Vaterschaft materiell beseitigt, denn die Anerkennung war „unwirksam“ und ohne wirksame Anerkennung gab es keine Vaterschaft nach § 1600a S. 1 BGB NeG oder sie konnte jedenfalls nicht geltend gemacht werden, § 1600a S. 2 BGB NeG.

Noch einmal gilt aber zu betonen, dass ein auf Vermutungen und Rechtsausübungssperren beruhendes System zwingend eine negative Sperre benötigt hätte, die aber nicht existierte.

(ddd) Überblick über die RA-Sperren nach dem NeG

Nach dem NeG gab es daher eine negative Sperre für die ehelichen Kinder, § 1593 BGB. Zudem gab es für die nichtehelichen Kinder eine positive Sperre in § 1600a S. 2 BGB. Eine negative Sperre für die nichtehelichen Kinder gab es nicht, da Anerkenntnis und Feststellungsurteil über ihre Wirksamkeit/Rechtskraft die Vaterschaft begründeten.

⁵⁶⁷ BT-Drs 5/2370, S. 72.

(eee) Rezeption in der Literatur

Die Frage, ab wann die Verwandtschaft zum Vater entsteht, wurde nach Erlass des NeG umfangreich in der Literatur diskutiert. Hintergrund war einerseits die Einführung des § 1600a S. 2 BGB NeG und andererseits die Streichung des § 1589 II BGB. Nach letzterem konnte das nichteheliche Kind mit seinem Vater nun verwandt sein. Nach der Darstellung grundsätzlicher Positionen in der Literatur soll, wie oben schon auf die bereits beim ehelichen Kind aufgezeigten klassischen Problemfelder, eingegangen werden.

Kernfrage ist dabei, ob die Feststellung des Vaters eine konstitutive Wirkung hat, also ob der Mann vorher gar nicht Vater ist, oder ob sie nur deklaratorische Wirkung hat und vorher nur nicht geltend gemacht werden kann.

Hier wurde unter anderem vertreten, die Frage, ob die Feststellung statusbegründende oder statusfeststellende Wirkung hat, solle davon abhängen, wie man Status verstehe.⁵⁶⁸ Das solle davon abhängen, ob man das Bestehen der familienrechtlichen Verbindung genügen lässt, oder ob man eine Stabilität verlange.⁵⁶⁹ Für diese Arbeit ist diese Frage aber nicht von Bedeutung: Es soll keine Definition für die Frage, wann ein Status vorliegt, gefunden werden, sondern für die Frage, wann jemand von jemanden abstammt und somit ggf. verwandt ist. Insofern kann diese Frage hier ausgeklammert werden.

Mit der Entstehungsgeschichte des § 1600a BGB NeG befasst sich, wie auch im späteren Verlauf der Diskussion um das KindRG keiner der Autoren. Auch mit den oben aufgezeigten Unstimmigkeiten, den Änderungen in den Entwürfen und dem damit verbundenen Systemwechsel beschäftigt sich kein Autor, vielmehr wird v.a. das Wort „Vaterschaftsvermutung“ aus dem Referentenentwurf bemüht, um die Ansicht zu begründen.

(fff) Konstitutive Meinungen

Göppinger geht davon aus, dass die Feststellung der Vaterschaft seit dem NeG konstitutive Wirkung habe und diese nicht mehr inzidenter festgestellt werden könne. Diese konstitutive Wirkung sieht er jedoch nicht darin, dass die Ansprüche entstehen, diese könnten vielmehr nur nicht geltend gemacht werden. Vielmehr liege das konstitutive Element im Wegfall der Sperrwirkung, der die Wirkungen der Vaterschaft nach außen treten lasse. Als Beleg dafür führt er den § 641k ZPO aF an. Aufgrund dieses

⁵⁶⁸ *Jansen/Knöpfel*, Das neue Unehelichengesetz, S. 107 Fn 1 unter Verweis u.a. auf einen Beitrag von v. *Hülse*n JZ 1967, 30. Dieser Beitrag von Hülse ist aber an dieser Stelle nicht auffindbar.

⁵⁶⁹ *Jansen*, Soziale Arbeit 1966, 252, 255.

Wegfalls sei eine weitere Anerkennung unwirksam und das Kind könne für die Vergangenheit nach § 1615d BGB Unterhalt verlangen.⁵⁷⁰

Brüggemann beschäftigt sich mit der verfahrensrechtlichen Seite des NeG. Dabei kommt er zu dem Schluss, dass die Anfechtungsklage nach § 1593 BGB 1938 eine echte Gestaltungsklage sei. Ebenso sei die Klage nach § 1600a BGB NeG auf Feststellung eine Gestaltungsklage. Dabei zeichne sich die Gestaltungsklage dadurch aus, dass sie jede inzidente Vorwegnahme des mit dem positiven Urteil verbundenen Gestaltungseffekts verhindere. Der Effekt sei nur durch das Urteil möglich und nicht anderweitig.⁵⁷¹ Auch die Klage zur Anfechtung der Anerkennung habe Gestaltungswirkung.⁵⁷² *Brüggemann* schreibt, die Feststellungsklage sei eine Gestaltungsklage, sie schaffe das Vater-Kind-Verhältnis, es werde kein bestehendes Rechtsverhältnis festgestellt.⁵⁷³

Auch *Küppers* argumentiert, dass die Ansprüche erst durch die Feststellung erzeugt werden und daher auch § 1600a S. 2 BGB NeG keine Ausübungssperre, sondern der Ausdruck einer Selbstverständlichkeit sei.⁵⁷⁴ Dementsprechend handle es sich beim Urteil, dass die Vaterschaft feststellt um ein Gestaltungsurteil und die Anerkennung habe konstitutive Wirkung.⁵⁷⁵ In seiner Dissertation spricht er hingegen noch davon, dass die Durchsetzbarkeit durch 1600a S. 2 BGB NeG verhindert würde,⁵⁷⁶ an anderer Stelle davon, dass es vor Feststellung keine Ansprüche gäbe⁵⁷⁷ oder dass der nichteheliche Vater erst durch Feststellung identifiziert werden könne.⁵⁷⁸

(ggg) Deklaratorische Meinungen: Der Scheinvaterregress

Wie bereits bei § 1593 BGB 1938 aufgezeigt, ist der Scheinvaterregress, also der Regress des abweichend von der biologischen Abstammung zugeordneten Mannes gegen den wahren Erzeuger, die typische Konstellation, in der die Frage der Ausübungssperren eine Rolle spielt. Daher zeigt sich bei der Behandlung dieser Frage besonders deutlich, dass der Großteil der Literatur einem deklaratorischen System anhing.

Nach Einführung der nichtehelichen Vaterschaft als personale familienrechtliche Beziehung und nicht nur als rein schuldrechtlichem Verhältnis verschärfte sich die Problematik noch. Während vor §

⁵⁷⁰ *Göppinger*, JR 1969, 401, 402.

⁵⁷¹ *Brüggemann*, FamRZ 1969, 120, 122.

⁵⁷² *Brüggemann*, FamRZ 1969, 120, 123.

⁵⁷³ *Brüggemann*, FamRZ 1979, 381, 383.

⁵⁷⁴ *Küppers*, NJW 1993, 2918, 2918.

⁵⁷⁵ *Küppers*, NJW 1993, 2918, 2919.

⁵⁷⁶ *Küppers*, Der Regreß des Ehemannes nach der außerehelichen Zeugung eines zeitweilig ehelichen Kindes, S. 90.

⁵⁷⁷ *Küppers*, Der Regreß des Ehemannes nach der außerehelichen Zeugung eines zeitweilig ehelichen Kindes, S. 97.

⁵⁷⁸ *Küppers*, Der Regreß des Ehemannes nach der außerehelichen Zeugung eines zeitweilig ehelichen Kindes, S. 99.

1600a BGB NeG ein Regress gegen den Erzeuger vor allem an der Sperre für den Ehemann scheitern konnte (siehe dazu S. 113), kam nun noch hinzu, dass aufseiten des Erzeugers § 1600a BGB NeG in die Betrachtung einbezogen werden musste. Dies jedenfalls dann, wenn man annimmt, der Regress ist eine „Rechtswirkung der Vaterschaft“, die ja erst nach Feststellung hätte geltend gemacht werden können.

Der Unterhaltsregress wurde durch das NeG in § 1615b BGB NeG gesetzlich geregelt. Die Literatur erkannte zwischen § 1600a und § 1615b BGB NeG ein Spannungsverhältnis, das problematisch sei.⁵⁷⁹ Es sei absurd, „dass der Erzeuger und das Kind durch Nichtherbeiführung positiver Zuordnung den Rückgriff des Scheinvaters verhindern können.“⁵⁸⁰ Als besonders problematisch wurde hier angesehen, dass § 1600a S. 2 BGB NeG den Regress über § 1615b BGB NeG sperre, obwohl der Scheinvater keinen Einfluss und keine Möglichkeit auf die Herstellung des Vater-Kind-Verhältnisses habe.⁵⁸¹

Zur Überwindung der Probleme wurde insbesondere eine Gesamtanalogie zu den im Gesetz geregelten Durchbrechungen überlegt und dabei offen mit Gerechtigkeitsaspekten zugunsten des Scheinvaters argumentiert.⁵⁸² Die wohl h.M. ließ eine Durchbrechung jedenfalls im Rahmen des § 826 BGB zu und bewegte sich damit auf der oben bereits dargestellten Linie des Reichsgerichts.⁵⁸³ § 826 BGB kam insbesondere deshalb zur Diskussion, weil über § 826 BGB sogar im Einzelfall die Rechtskraft von Urteilen durchbrochen werde könne und diese Rechtskraft dem Status ähnlich wäre.⁵⁸⁴

Schröder widerspricht der Durchbrechung des § 1600a BGB NeG im Rahmen des § 826 BGB mit dem Argument, der Unterhaltsanspruch nach § 1615ff BGB NeG habe seine materiell-rechtlichen Wurzeln allein in der biologischen Abstammung. Die Vaterschaftsanerkennung begründe keine Rechte sondern präzisiere nur den Status. Die Ausnahmen von § 1600a S. 2 BGB NeG seien nicht analogiefähig.⁵⁸⁵

⁵⁷⁹ *Nehlsen-von Stryk*, FamRZ 1988, 225; ohne die Sperrwirkung kommt hingegen aus: *Holzauer*, in: FS E. Wolf, S. 223.

⁵⁸⁰ *Engel*, Rückgriff, S. 23.

⁵⁸¹ *Stolterfoht*, FamRZ 1971, 341, 342.

⁵⁸² *Raiser*, FamRZ 1986, 942, 945f; für den Fall der Böswilligkeit *Odersky*, in: Nichtehechengesetz § 1600a VI 8; ablehnend *Nehlsen-von Stryk*, FamRZ 1988, 225, 235f weil eine solche Durchbrechung den Grundgedanken des NeG zur Verhinderung von Inzidentfeststellungen zuwiderliefe; *Engel*, Rückgriff, S. 23ff spricht von Rechtsforbildung contra legem.

⁵⁸³ *Engel*, Rückgriff, S. 28, 61ff.

⁵⁸⁴ *Nehlsen-von Stryk*, FamRZ 1988, 225, 326; *Engel*, Rückgriff, S. 63.

⁵⁸⁵ *Schröder*, FamRZ 1990, 200, 200.

Hingegen geht *Küppers* als Vertreter eines konstitutiven Systems davon aus, dass § 1600a S. 2 BGB NeG und auch § 1593 BGB 1938 nur die Geltendmachung der rechtlichen Vaterschaft verböten, nicht aber die Geltendmachung der biologischen Vaterschaft. Das eigentliche Problem des Regresses und des Unterhalts vom biologischen Vater sei daher nicht die Sperrwirkung sondern die Schuldneigenschaft des nur biologischen Vaters.⁵⁸⁶

(hhh) Analyse

Es fällt auf, dass in der Literatur, teilweise implizit, teilweise explizit davon ausgegangen wird, der biologische Vater sei der wahre Anspruchsschuldner eines Unterhaltsanspruchs und nur § 1600a S. 2 BGB NeG hindere die Geltendmachung des Anspruchs. Darin steckt die Aussage, dass es einen wahren Vater im Rechtssinn gibt und einen Scheinvater im Rechtssinn, wenn beide auseinander fallen. Daher sind diejenigen, die den Scheinvaterregress lediglich an der Ausübungssperre scheitern lassen und die Schuldneigenschaft des biologischen Erzeugers annehmen, auch Anhänger eines deklaratorischen Systems.

Zweck des NeG war es aber gerade, den biologischen Vater nicht neben den nach § 1600a BGB festgestellten Vater zu stellen, sondern diesen rechtlich zu eliminieren. Die Vaterschaft sollte eben gerade nicht auseinanderfallen, sondern einheitlich festgestellt werden.

Wer also Ansprüche nur an § 1600a BGB NeG scheitern lässt, hängt der Idee nach, Schuldner sämtlicher Anspruchsgrundlagen, die vom Vater sprechen sei der biologische Vater mit dem das Kind nach § 1589 BGB NeG verwandt sei. § 1600a BGB NeG schaffe daher nur einen Rechtsschein und sei keine Definitionsnorm. Der Gesetzgeber scheint im Gegensatz dazu davon ausgegangen zu sein, dass § 1600a BGB NeG das Tatbestandsmerkmal „Vater“ und damit auch das Tatbestandsmerkmal „verwandt“ ausfüllt. Die Literatur hat an dieser Stelle schlicht das ahistorische Verständnis des § 1593 BGB 1938 als Ausübungssperre auf § 1600a BGB NeG übertragen.

Es stellt sich an dieser Stelle die Frage, ob § 1615d BGB NeG möglicherweise tatsächlich, wie behauptet wurde, für eine deklaratorische Ansicht des Gesetzgebers spricht. Kern des Problems in diesem Zusammenhang ist die Formulierung des § 1615d BGB NeG. Die Norm besagt, dass die Unterhaltsansprüche, die in der Vergangenheit fällig wurden, verlangt werden können. Dies spricht bei erster Betrachtung natürlich auch dafür, dass § 1600a S. 2 BGB NeG tatsächlich nur die Fälligkeit bzw. Durchsetzbarkeit regelte, weil ansonsten keine in der Vergangenheit fälligen Ansprüche bestehen können.

⁵⁸⁶ *Küppers*, Der Regreß des Ehemannes nach der außerehelichen Zeugung eines zeitweilig ehelichen Kindes, S. 103ff.

Auch diese Formulierung lässt sich jedoch möglicherweise historisch erklären. Der Gesetzentwurf geht davon aus, dass die Ansprüche gegen den Vater rückwirkend zum Zeitpunkt der Geburt geltend gemacht werden können.⁵⁸⁷ Sobald also der neue rechtliche Vater feststeht, waren die Ansprüche auch kraft der Rückwirkung immer fällig, so dass sich § 1615d BGB NeG auch dem Wortlaut nach nahtlos einfügt.⁵⁸⁸

Im Übrigen passt die Terminologie „fällig“ auch beim Verständnis der h.M. nicht: Denn Fälligkeit meint den Zeitpunkt, ab dem der Gläubiger die Leistung verlangen kann, § 271 I Alt 1 BGB.⁵⁸⁹ Das aber kann der Gläubiger in diesen Konstellationen immer erst mit Feststellung, weshalb die Formulierung des Gesetzes ohne eine Rückwirkung ohnehin nicht funktioniert.

In der Begründung findet sich hier die Formulierung, dass wegen § 1593 BGB 1938 ein Vorgehen gegen den wirklichen Vater (wenn das Kind ehelich geboren ist) verhindert werden kann und die Vaterschaft erst vom Zeitpunkt der Feststellung an nach § 1600a BGB NeG feststehe. Weil der Unterhalt erst dann geltend gemacht werden könne, soll der Vater daraus keinen Vorteil ziehen. Nach Feststellung muss er daher auch für die Vergangenheit Unterhalt zahlen. Die allgemeine Regel des § 1613 BGB, dass Unterhalt für die Vergangenheit nur nach Verzug oder Rechtshängigkeit geschuldet ist, reiche hier nicht aus.⁵⁹⁰ Im Übrigen scheinen die Probleme durch den § 1600a S. 2 BGB NeG einfach nicht bedacht worden zu sein, der Gesetzgeber scheint aber tatsächlich einen unmittelbaren Regress ohne Feststellung gewünscht zu haben (siehe dazu S. 166). Das zeigt sich darin, dass der Gesetzgeber im Regierungsentwurf noch davon ausging, dass die Unterhaltsansprüche auch ohne Feststellung ab Geburt bestehen sollen.⁵⁹¹

Insgesamt neigt die Literatur der Konstruktion einer latenten Vaterschaft zu, bei der § 1600a S. 2 BGB NeG die Funktion zukommt, nur die Geltendmachung des Anspruchs zu verhindern, ohne aber m.E. erklären zu können, wie das Nebeneinander von festgestelltem Vater und biologischem Vater aufzulösen ist. Insbesondere ist nicht klar, welche Funktion eine solche latente Vaterschaft neben der auf jeden Fall bestehenden Rückwirkung haben sollte. Es scheint so, dass die Rückwirkung und die latente Vaterschaft letztlich das gleiche meinen und die „latente Vaterschaft“ lediglich eine Beschreibung der durch die Rückwirkung ausgelösten Phänomene ist. Die Lösung über eine konstitutive Herstellung der Vaterschaft mit Rückwirkung vermeidet aber Konkurrenzprobleme und führt zu einer dogmatisch stringenteren Lösung.

⁵⁸⁷ BT-Drs 5/2370, S. 57; Referentenentwurf eines Gesetzes über die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder, S. 79.

⁵⁸⁸ LG Bochum, FamRZ 1986, 298.

⁵⁸⁹ Unberath, in: BeckOK-BGB (29), § 271 Rn 2.

⁵⁹⁰ BT-Drs 5/2370, S. 47.

⁵⁹¹ BT-Drs 5/2370, S. 54.

(iii) Rezeption in der Rechtsprechung

Weiter stellt sich die Frage, wie die Rechtsprechung mit der Reform durch das NeG in den hier relevanten Teilbereichen rezipiert hat. Auch die Reaktionen der Literatur auf diese Rechtsprechung sollen an dieser Stelle erörtert werden.

i. IPR

Die ersten Entscheidungen beschäftigten sich mit § 1600a S. 2 BGB NeG unter dem Aspekt des IPR. Der Gesetzgeber hatte es versäumt, im EGBGB eine Regelung für das Abstammungsstatut der nichtehelichen Kinder zu verankern.⁵⁹²

Das AG München wollte daher für einen Unterhalt nach dem Haager Übereinkommen eine Inzidentfeststellung der Vaterschaft genügen lassen. Tragender Grund waren hierbei die Schwierigkeiten, die die Anwendung eines abweichenden Statuts für Unterhalt und Abstammungsfeststellung begründen würde. Das Gericht berief sich dabei auf eine erweiternde Auslegung der Ausnahmeklausel: „soweit sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“ in § 1600a S. 2 BGB NeG wegen des Grundgedankens internationaler Regelungen.⁵⁹³

Das OLG Oldenburg wandte sich explizit gegen eine solche Auslegung und ging hingegen davon aus, dass § 1600a S. 2 BGB NeG nur eine Ausnahme für zeitlich vor der Feststellung liegende Sachverhalte und nicht für eine inhaltlich-qualitativ abweichende Feststellung sei.⁵⁹⁴ Teilweise wurde von Oberlandesgerichten eine beschränkte Feststellung, etwa nur in Bezug auf die Unterhaltspflicht, zugelassen, soweit der Vater im Ausland lebte.⁵⁹⁵

Teile der Rechtsprechung erkannten jedoch früh, dass einer solchen Handhabung § 1600a S. 2 BGB NeG im Wege stand, da dieser eine einheitliche Vaterschaft verlangt und auch für internationale Sachverhalte eine nach deutschen Regeln wirksame Vaterschaftsfeststellung erfordert. Dem Kind sollte durch das NeG die Erlangung des Unterhalts nicht dadurch erschwert werden, dass das ausländische Recht, das für die Frage der Abstammung anzuwenden war, keinen Status kenne oder nur unter erschwerten Voraussetzungen kenne.⁵⁹⁶ Für die zeitweise zugelassene isolierte Abstammungsfeststellungsklage ehelicher Kinder hatte die Rechtsprechung im IPR stets Art. 18, 19

⁵⁹² KG, FamRZ 1971, 101; OLG Frankfurt, FamRZ 1973, 468, 469; OLG Oldenburg, NJW 1973, 422, 423 = FamRZ 1973, 101.

⁵⁹³ AG München, FamRZ 1971, 458.

⁵⁹⁴ OLG Oldenburg, NJW 1973, 422, 425 (= o. Fn 592).

⁵⁹⁵ OLG Düsseldorf, NJW 1972, 396 unter Berufung auf Beitzke, StAZ 1970, 235, 238 und Henrich, StAZ 1971, 153, 157. Art 21 EGBGB sollte dabei eine von § 1600a (2) BGB abweichende Rechtsfolge anordnen.

⁵⁹⁶ KG, FamRZ 1971, 152; OLG Bremen, FamRZ 1972, 655; KG, FamRZ 1971, 101.

EGBGB angewandt, der für eheliche Kinder galt. Dies wurde nun auf die nichtehelichen Kinder analog angewendet.⁵⁹⁷

Dem war auch der BGH zugeneigt⁵⁹⁸, weil anders die durch das NEG abgeschaffte Zahlvaterschaft wieder eingeführt würde. Die Vaterschaft sei eine vollständige, es dürfe nicht für verschiedene Ansprüche verschiedene Väter geben.⁵⁹⁹ Es gelte das deutsche Abstammungsrecht, wenn das Unterhaltsstatut Deutschlands Anwendung finde, es gelte aber nicht, wenn nur schwache Inlandsbeziehungen bestehen. Wird ausländisches Sachrecht von einem deutschen Gericht angewendet, greife § 1600a S. 2 BGB NeG nicht ein.⁶⁰⁰ Dabei bemühte der BGH auch das biologische Prinzip: „Die Feststellung der nichtehelichen Vaterschaft bedeutet nach dem NEG die Feststellung der wirklichen Vaterschaft oder der biologischen Abstammung. Diese könne nur einheitlich erfolgen.“⁶⁰¹ Damit stellte der BGH eine neue Kollisionsregel für die Abstammung auf.⁶⁰²

ii. Unterhalt

Eine statusmäßige Feststellung verlangte der BGH auch in Fällen, in denen vor Inkrafttreten des NeG ein Mann bereits zu Unterhalt verurteilt war und dieser Titel abgeändert werden sollte.⁶⁰³

Das OLG Karlsruhe knüpfte bei der Prozesskostenhilfe bei der Frage, ob Unterhaltspflichten bestehen, wegen § 1600a BGB NeG nur an die festgestellte oder anerkannte nichteheliche Vaterschaft an.⁶⁰⁴

Der BGH urteilte weiter, der Vater könne vor Feststellung nicht mit der Unterhaltszahlung in Verzug kommen, weshalb auch Sonderbedarf des Kindes über § 1615d BGB NeG für die Vergangenheit als Unterhalt verlangt werden könne und nicht durch § 1613 Abs. S. 2 BGB NeG beschränkt sei.⁶⁰⁵ Er ließ aber offen, ob sich die Verjährungshemmung für den Unterhalt nicht nur aus § 204 BGB, sondern möglicherweise wegen „des Leistungsverweigerungsrechts“ in § 1600a S. 2 BGB NeG auch nach § 202 BGB ergebe.⁶⁰⁶ Aus der Einordnung von § 1600a S. 2 BGB NeG als Leistungsverweigerungsrecht und

⁵⁹⁷ KG, FamRZ 1971, 101, 103.

⁵⁹⁸ BGHZ 60, 248 = NJW 1973, 948 = MDR 1973, 570 = ZfSH 1973, 266; und vom selben Tag: BGH, MDR 1973, 570.

⁵⁹⁹ BGHZ 60, 248 (= o. Fn 598).

⁶⁰⁰ BGH, BGHZ 63, 219; BGH, IPRspr 1976, 88MDR 1976, 562.

⁶⁰¹ BGHZ 60, 248 (= o. Fn 598).

⁶⁰² dazu und umfassend zur gesamten Problematik *Sonnenberger*, FamRZ 1973, 553.

⁶⁰³ BGH, FamRZ 1984, 1001 = ZfJ 1984, 481 = NJW 1985, 552 = MDR 1985, 215 = DAVorm 1985, 423 = JuS 1985, 482 = IPRax 1985, 224 = ZfSH/SGB 1985, 373 = LM Nr 8 zu § 1600a BGB = BGHWarn 1984, Nr 217.

⁶⁰⁴ OLG Karlsruhe, Justiz 1976, 429.

⁶⁰⁵ BGHZ 103, 160.

⁶⁰⁶ BGHZ 76, 293 - Abs.-Nr. 11 = FamRZ 1980, 560 = MDR 1980, 656 = JZ 1980, 447 = NJW 1980, 1517 = Rpfleger 1980, 270 = DAVorm 1980, 476 = DRsp I = 100 = JuS 1980, 829 unter Verweis auf Odersky § 1600a Anm VI 5 und § 1615b Anm II 5 und Müko/Köhler, § 1615d Rn 3; § 202 bejahte hingegen das OLG Hamm, Az. 10 W 80/85 vom 11. April 1985.

der Verjährungshemmung über § 202 BGB lässt sich natürlich schließen, dass die Ansprüche offensichtlich zuvor bestanden haben müssen.

iii. Scheinvaterregress

Im Rahmen des bereits in der Literatur heftig diskutierten Scheinvaterregresses verlangte die Rechtsprechung zunächst grundsätzlich eine Feststellung des biologischen Vaters wegen § 1600a S. 2 BGB NeG und lehnte eine Inzidentfeststellung ab.⁶⁰⁷ 1989 wurde vom AG Euskirchen erwogen, entgegen § 1600a S. 2 BGB NeG einen Regress zuzulassen, wenn der Ausschluss für den Scheinvater aufgrund seiner beschränkten Vermögensverhältnisse eine unzumutbare Härte bedeuten würde und Mutter und biologischer Vater kollusiv zusammenwirkten.⁶⁰⁸ Der BGH lehnte schließlich eine Inzidentfeststellung ab, ließ dabei aber offen, ob ein Anspruch nach § 826 BGB den § 1600a S. 2 BGB NeG überhaupt durchbrechen würde.⁶⁰⁹ Allerdings könnten Unterhaltsansprüche keinesfalls von § 1600a S. 2 BGB NeG freigestellt werden, da der Gesetzgeber mit dem NeG dem Kind bewusst einen Status geben wollte.⁶¹⁰ Das LG Duisburg ließ den Regress zu, wenn der biologische Vater das Kind adoptiert hatte.⁶¹¹ Das LG Halle/Saale verwehrte dem leiblichen Vater im Rahmen des § 826 BGB die Berufung auf § 1600a S. 2 BGB NeGNeH unter Verweis auf § 242 BGB, ließ eine Inzidentfeststellung also zu.⁶¹²

iv. Anerkennung eines zugeordneten Kindes

Kontrovers fielen die Urteile zur Frage aus, ob ein Kind anerkannt werden kann, bevor seine Nichtehelichkeit durch Anfechtungsurteil festgestellt ist.⁶¹³ Dabei ergaben sich zwei Problemkreise: Zunächst liegt in der Anerkennung möglicherweise ein Bestreiten der Ehelichkeit, was § 1593 BGB 1938 verbieten soll. Zudem ist eine Anerkennung nicht unter eine Bedingung möglich. Der BGH akzeptierte die Konstellation aber letztlich und berief sich auf die Rechtsprechung zum Schadensersatz gegen Rechtsanwälte.⁶¹⁴ Er argumentierte, § 1593 BGB könne im Einzelfall durchbrochen werden, wenn die Geltendmachung der Nichtehelichkeit dem Kind nur Vorteile bringt. Er akzeptierte daher im Kindeswohl die Anerkennung vor Rechtskraft des Anfechtungsurteils, wobei

⁶⁰⁷ OLG Köln, FamRZ 1978, 834 = JuS 1979, 65.

⁶⁰⁸ AG Euskirchen, FamRZ 1990, 198.

⁶⁰⁹ BGHZ 121, 299 - Abs-Nr. 10 = NJW 1993, 1195 = MDR 1993, 450 = FuR 1993, 99 = LM BGB § 1600a Nr 10 = FamRZ 1993, 696 = EzFamR aktuell 1993, 149 = DAVorm 1993, 431 = EzFamR BGB § 1600a Nr 2; für den Auskunftsanspruch Thüringer Oberlandesgericht, Az. 5 W 614/98 vom 20. Oktober 1998 - Abs-Nr. 3.

⁶¹⁰ BGHZ 121, 299 - Abs-Nr. 11 (= o. Fn 609).

⁶¹¹ LG Duisburg, NJW-RR 1996, 1475 = JuS 1997, 273.

⁶¹² LG Halle (Saale), FamRZ 1999, 1295.

⁶¹³ dagegen OLG Karlsruhe, DAVorm 1986, 886 = StAZ 1986, 287 = Justiz 1987, 63; dafür Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, DAVorm 1981, 123; AG Tübingen, DAVorm 1992, 363 = StAZ 1992, 177 = DAVorm 1992, 982.

⁶¹⁴ BGHZ 99, 236 = DAVorm 1987, 260 = NJW 1987, 899 = FamRZ 1987, 375-377 = MDR 1987, 482-482.

die Anerkennung aber erst dann (rückwirkend) wirksam werde.⁶¹⁵ Eine Bedingung liege gar nicht vor, weil es sich nur um den Hinweis handle, dass zuerst die Ehelichkeit beseitigt werden müsse.⁶¹⁶

v. Abstammungsfeststellungsklage

Die isolierte Abstammungsfeststellungsklage sah die Rechtsprechung nun als unzulässig an,⁶¹⁷ auch wenn das BVerfG bereits 1989 den Gesetzgeber aufgefordert hatte, eine solche Klärung zuzulassen.⁶¹⁸

vi. Strafgerichte

Die Strafgerichte sahen sich aufgrund des NeG gezwungen, die Rechtsprechung zur Verletzung von Unterhaltspflichten zu ändern. Während bisher bei nichtehelichen Kindern die Unterhaltspflicht inzident durch das Strafgericht geprüft wurde, sahen sich diese nun wegen § 1600a BGB NeG an das Vorliegen einer Anerkennung oder gerichtlichen Feststellung gebunden, da ansonsten keine Unterhaltspflichten verletzt werden könnten. Denn diese entstünden erst durch Feststellung.⁶¹⁹ Dies zwar nicht, weil der Strafrichter an den Status gebunden sei, aber weil der Täter daran gebunden sei.⁶²⁰ Damit wird eine Rechtsprechung des BGH übernommen, die dieser für eheliche Kinder unter Berufung auf § 1593 BGB bereits 1958 etabliert hatte, wenn die Ehelichkeit nicht angefochten war.⁶²¹ Analog dazu machte sich der nichteheliche Vater vor Feststellung auch nicht bußgeldpflichtig, wenn er keine Auskunft gab.⁶²²

Gegen diese Argumentation des OLG Stuttgart wandte sich *Odersky*, weil Grund für den Unterhalt weiter die biologische Abstammung sei, was aus §§ 1615d, 1615o BGB NeG und 641d ZPO aF folge. § 1600a S. 2 BGB NeG schaffe nur ein Rechtshindernis für die Geltendmachung. Letztendlich billigt er dann aber die Tatsache der Bindung, weil mangels Möglichkeit der Geltendmachung keine Verletzung der Unterhaltspflicht eintreten könne. Mit der Feststellung *inter omnes* müsse der

⁶¹⁵ BGHZ 99, 236 - Abs-Nr. 10–14 (= o. Fn 614).

⁶¹⁶ BGHZ 99, 236 - Abs-Nr. 9 (= o. Fn 614).

⁶¹⁷ OLG Hamm, FamRZ 1999, 1365 = DAVorm 1999, 640.

⁶¹⁸ BVerfGE 79, 256 = Nds MBI 1989, 184 = DVBl 1989, 306 = FamRZ 1989, 255 = NJW 1989, 891 = Rpfleger 1989, 152 = JZ 1989, 335 = RWP 1989/1179 SG 30.3, 221 = EuGRZ 1989, 229 = EzFamR BGB § 1598 Nr 1 = RDV 1989, 123.

⁶¹⁹ OLG Stuttgart, NJW 1973, 2305 = ZfF 1974, 38.

⁶²⁰ OLG Stuttgart, NJW 1973, 2305 (= o. Fn 619); BGH, Az. 5 StR 161/70 vom 9. August 1970; BGH, BGHSt 26, 111.

⁶²¹ BGHSt 12, 166 = NJW 1959, 303 = JZ 1959, 372 = JZ 1959, 346 = MDR 1959, 227 = FamRZ 1959, 59 = FamRZ 1959, 489 = ZfJ 1959, 180; so für die gerichtliche Feststellung OLG Hamm, NJW 1973, 2306 = NJW 1973, 2306 (nur Leitsatz verfügbar); in BGHSt 5, 106 hatte der BGH noch betont, dass keine Bindung an Unterhaltsurteile bestünde.

⁶²² Bayerisches Oberstes Landesgericht, BayVBl 1991, 636 = DAVorm 1991, 866 = NJW 1991, 2919 = FamRZ 1992, 118 = NStE Nr 1 zu § 19 BKGG.

Strafrichter aber dies ebenfalls seinem Urteil zugrunde legen.⁶²³ Die Ansicht des OLG Stuttgart führe dazu, dass einstweilige Verfügungen nicht mehr strafbewehrt wären nach § 170b StGB.

Hingegen argumentierte *Eckert* mit einer konstitutiven Vaterschaftsbegründung durch Anerkenntnis oder Feststellungsurteil und schließt sich dem OLG Stuttgart an.⁶²⁴

Eggert bezeichnet in seinem Aufsatz zu dieser strafrechtlichen Problematik § 1600a S. 2 BGB NeG als „Rätlecke“ des NeG.⁶²⁵ So herrsche Unklarheit über die Frage, ob die Unterhaltspflicht ab Geburt bestehe oder ab Feststellung. Es sei in der Zivilrechtswissenschaft heute nicht mehr bestritten, dass die Unterhaltspflicht mit der Geburt beginne. Die Feststellung beseitige lediglich die Rechtausübungssperre. Soweit es die gerichtliche Feststellung betreffe, drücke § 1600a S. 2 BGB NeG etwas Selbstverständliches aus, was dafür spreche, dass der Gesetzgeber die Norm möglicherweise nur auf die private Anerkennung beziehen wollte. Allerdings sei diese Anspruchshülse trotzdem keines strafrechtlichen Schutzes würdig.⁶²⁶ § 1600a S. 2 BGB NeG sei daher zusätzlich auch noch eine „Sanktionssperre“ für § 170b StGB.⁶²⁷

Der BGH schloss sich der Meinung bzgl. der Bindung letztlich an, wobei der entschiedene Sachverhalt keinen Fall des § 1600a S. 2 BGB NeG betraf, sondern ein übergeleitetes Versäumnisurteil auf Zahlung von Unterhalt, das nach Art. 12 § 3 I NeG auch ohne erneute Feststellung wirksam blieb. Der BGH stellte jedoch insgesamt fest, dass Schutzgut der gesetzliche Unterhaltsanspruch sei. Daher komme es auf die zivilrechtliche Wirksamkeit des Titels bzw. des Anspruchs an. Zu § 1600a S. 2 BGB NeG enthält die Entscheidung leider keine Ausführung.⁶²⁸

vii. Öffentlich-rechtliche Entscheidungen

Das Bundessozialgericht hatte sich bereits am 30.4.1971, kurz nach Inkrafttreten des NeG, mit der Frage zu beschäftigen, welche Anforderungen an den Nachweis der Kindschaft bei Beantragung einer Waisenrente zu stellen sind.⁶²⁹ Dabei zog das BSG die Vaterschaftsvermutung des § 1600o BGB NeG isoliert heran und begnügt sich mit den Tatbestandsmerkmalen des Vermutungsnorm zur Annahme der Vaterschaft. Es sah in § 4 Fremdrentengesetz eine Norm, die für den Nachweis der

⁶²³ *Odersky*, FamRZ 1974, 559, 564 unter Verweis auf *Eckert*, FamRZ 1974, 118, 119 wo aber die Gegenansicht vertreten wird.

⁶²⁴ *Eckert*, FamRZ 1974, 118, 119.

⁶²⁵ *Eggert*, MDR 1974, 445, 446.

⁶²⁶ *Eggert*, MDR 1974, 445, 447.

⁶²⁷ *Eggert*, MDR 1974, 445, 448.

⁶²⁸ BGHSt 26, 111.

⁶²⁹ BSGE 32, 284 = SozR Nr 25 zu § 1262 RVO = RegNr 4102 Breith 1971, 924 = MDR 1971, 958 = NachrLVA HE 1971, 131 = BKK 1972, 12 = Praxis 1972, 144 = SGB 1972, 175 = FEVS 19, 227 = DAVorm 1971, 295.

Voraussetzungen nur eine Glaubhaftmachung verlange, eine von § 1600a S. 2 BGB NeG abweichende Vorschrift und ließ daher eine Inzidentfeststellung trotz § 1600a S. 2 BGB NeG zu.⁶³⁰

Das BVerwG ging dagegen für die Waisenrente der Beamtenkinder einen anderen Weg: Es verpflichtete den Dienstherrn zur Leistung ab dem Zeitpunkt der Feststellung mit Rückwirkung zum Todeszeitpunkt des Vaters.⁶³¹ Damit fand im Rahmen des Fremdrentengesetzes ein deklaratorisches Vaterschaftssystem und im Rahmen der Beamtenwaisen ein konstitutives System Anwendung.

Das SG Hamburg äußerte sich im Rahmen des Kinderzuschusses zur Rente: Nach § 1615d BGB NeG könne wegen der Rückwirkung der Anerkennung auch Jahre nach der Geburt noch Unterhalt für die Vergangenheit gewährt werden. § 1600a S. 2 BGB NeG verhindere nicht die Entstehung des Anspruchs, sondern nur die Geltendmachung. Gleichzeitig sei aber die Anordnung des § 1615d BGB NeG Folge der Rückwirkung.⁶³²

Das LSG Niedersachsen gewährte Waisenrente wegen des § 1600a S. 2 BGB NeG erst ab dem Tag der Feststellung.⁶³³ Dem schloss sich das BSG dann ebenfalls an.⁶³⁴

Das BSG legte sich bzgl. der Wirkung des § 1600a S. 2 BGB NeG im Gegensatz zu den anderen Bundesgerichten in einer späteren Entscheidung fest: Die Norm hindere lediglich die Geltendmachung und nicht die Entstehung der Ansprüche gegen den Vater. Das BSG verschob aber aufgrund der gleichen Wirkung von Unmöglichkeit der Geltendmachung und Entstehung, den Beginn von Ausschlussfristen auf den Zeitpunkt der Feststellung.⁶³⁵ Erziehungsgeld stand dem Vater erst nach Anerkennung oder Feststellung zu.⁶³⁶ Auch das LSG Niedersachsen formulierte ähnlich: § 1600a BGB NeG verhinderte nicht das Entstehen des Unterhaltsanspruchs, sondern mache eine Unterhaltsklage unzulässig, obwohl die Ansprüche schon bestehen. Zur Begründung dieser Rechtsprechung zieht das LSG auch § 1615d BGB NeG heran.⁶³⁷

⁶³⁰ BSGE 32, 284 - Abs-Nr. 20–21 (= o. Fn 629).

⁶³¹ BVerwG, RiA 1977, 115 = DÖD 1977, 173 = Buchholz 232 § 126 BBG Nr 4 = DokBer B 1977, 172.

⁶³² SG Hamburg, DAVorm 1977, 142, 143; dabei beruft sich das SG auf *Beitzke*, Familienrecht, § 24 II 3.

⁶³³ Landessozialgericht für das Land Niedersachsen, Az. L 2 J 178/75 vom 11. Oktober 1976 (nur Leitsatz verfügbar).

⁶³⁴ BSGE 50, 239 = RegNr 8746 FRES 7, 360 = HVGBG RdSchr VB 41/81 = Lauterbach UV § 598 Abs 2 = Breith 1981, 591.

⁶³⁵ BSG, SozR 300 § 111 Nr 2 = BSGE 66, 246 = RegNr 19100 = KVRS A/24 = HV-INFO 1990, 1533 = Breith 1990, 890 = SozSich 1991, RsprNr 4325 = FEVS 42, 262 = USK 90136 = Die Leistungen 1993, 77; Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Az. L 2 Kn 44/94 vom 12. August 1994.

⁶³⁶ BSG, Az. 14 REg 13/95 vom 15. Oktober 1996; anders noch die Vorinstanz Thüringer Landessozialgericht, Az. L 3 Eg 274/94 vom 29. August 1995.

⁶³⁷ Landessozialgericht für das Land Niedersachsen, Breith 1989, 540, 541f = ErsK 1990, 419.

Für das Waisengeld der Beamten entschied das BVerwG analog.⁶³⁸ Das VG Karlsruhe hingegen prüfte die Vaterschaft inzident und berücksichtigte bei der Berechnung von Jugendhilfe den nichtehelichen Vater, wenn er mit Mutter und Kind in einer Haushaltsgemeinschaft lebte.⁶³⁹

(jjj) Abschließende Stellungnahme zu § 1600a S. 2 BGB

Nach Ansicht der h. M. in Literatur und Rechtsprechung scheinen die Ansprüche gegen den Erzeuger mit Geburt zu entstehen und ihre Geltendmachung nur durch § 1600a S. 2 BGB NeG gehindert zu sein.

i. Verhältnis von § 1600a zu § 1589 BGB

Das setzt aber (teilweise un-)ausgesprochen voraus, dass Vaterschaft schon vorher – allein aufgrund biologischer Abstammung – besteht. Nun gibt es aber keine Norm, die die Vaterschaft abweichend von § 1600a BGB NeG definiert hätte. § 1591 BGB, der das Kind zu einem ehelichen machte, wenn es in der Ehe geboren wird und vom Ehemann stammt, regelt nur die Frage, ob ein Kind ehelich oder nichtehelich ist. War das Kind nach erfolgreicher Anfechtung nicht mehr ehelich, so war es bis zum NeG auch mit seinem biologischen Vater nicht verwandt, § 1589 II BGB 1900. Zwar ließ das RG⁶⁴⁰ aufgrund Blutsverwandtschaft eine Feststellungsklage auf Bestehen oder Nichtbestehen eines Vater-Kind-Verhältnisses auch bei nichtehelicher Geburt zu und wandte ab RGZ 160, 293 auch die Vorschriften des Statusverfahrens auf diese Klage an (siehe S. 56). Auch ist der BGH dieser Rechtsprechung gefolgt und wandte ebenfalls § 640ff ZPO analog⁶⁴¹ an. Zudem übernahm der Gesetzgeber diese Rechtsprechung später auch in die ZPO mit dem FamRÄndG.⁶⁴²

Sowohl BGH als auch RG waren aber aufgrund § 1589 II BGB 1900 der Meinung, dass eben keine Verwandtschaft festgestellt werde, sondern eine familienrechtliche Beziehung⁶⁴³ oder nur die reine Blutsverwandtschaft⁶⁴⁴.

Nun entfiel § 1589 II BGB 1900 mit dem NeG und es stellt sich die Frage, ob nun § 1589 BGB NeG die Funktion hatte, Verwandtschaft auch mit dem nicht festgestellten biologischen Vater zu begründen.

Zwar verweist die Begründung zum RegE darauf, dass der nichteheliche Vater und das Kind nun verwandt sind,⁶⁴⁵ was natürlich in Verbindung mit § 1600a BGB NeG auch definitiv zutrifft. Aber der Entwurf zitiert auch an einer Stelle zur Frage der Geltendmachung von Ansprüchen durch

⁶³⁸ BVerwG, RiA 1977, 115 (= o. Fn 631).

⁶³⁹ VG Karlsruhe, DAVorm 1981, 156.

⁶⁴⁰ RG, RGZ 159, 58, 159.

⁶⁴¹ BGH, BGHZ 5, 385 = NJW 1952, 780.

⁶⁴² BT-Drs 3/530, S. 23.

⁶⁴³ BGHZ 5, 385 (= o. Fn 221).

⁶⁴⁴ RG, RGZ 159, 58.

⁶⁴⁵ BT-Drs 5/2370, S. 46.

einstweilige Verfügung den § 1589 BGB in Verbindung mit § 1600a BGB: „Er enthält mithin eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz, wonach der Unterhaltsanspruch erst nach Anerkennung oder gerichtlicher Feststellung der Vaterschaft geltend gemacht werden kann (vgl. §§ 1615 aE, § 1601, 1589 BGB in Verbindung mit § 1600 aE BGB).“⁶⁴⁶ Demnach genügt eben § 1589 BGB nicht allein zur Begründung von Verwandtschaft auch nach Wegfall des § 1589 II BGB 1900.

Mit der Streichung des § 1589 II BGB wollte der Gesetzgeber lediglich die Gleichstellung von nichtehelichen Kindern vollenden und nicht dem § 1589 BGB eine neue Funktion geben. Jedenfalls gibt es keinen Grund das anzunehmen. Hinzu kommt, dass nach dem Regierungsentwurf noch entscheidende Änderungen am Gesetz stattgefunden haben, weshalb die Ausführungen darin generell mit Vorsicht zu genießen sind.

ii. Konstitutiv oder deklaratorisch

Das Verständnis des § 1600a BGB NeG in der Literatur scheint sich daher maßgeblich am § 1593 BGB orientiert zu haben und aus den Formulierungen im RefE und RegE entwickelt zu haben. In diesem Entwurfsstadium war die Norm aber noch grundsätzlich anders konstruiert. In den Entwürfen war noch, wie von der Ehelichkeit gewohnt, vom „Rechtsschein der Vaterschaft“ die Rede. Die Norm hat sich jedoch davon aufgrund des neuen Normtextes des § 1600a S. 1 BGB von diesem Verständnis wegentwickelt.

Die Regelung des § 1593 BGB war eine Folge der Gestaltung durch die Anfechtung. Daher bestand tatsächlich, ab Erklärung der Anfechtung bis Rechtskraft, eine abweichende materielle von der „durchsetzbaren“ Rechtslage (siehe oben S. 105). Eine solche Rechtslage ist jedoch für § 1600a S. 2 BGB NeG nicht nachzuweisen, weil schon der Status der Abstammung vom Vater erst durch Urteil oder Anerkenntnis hergestellt wird. Die Anfechtung selbst hatte keine Wirkung, sondern erst das Anfechtungsurteil (siehe S. 149). Insofern konkretisiert § 1600a S. 2 BGB NeG nur ein Ergebnis der neuartigen Konstruktion, um für die Praxis klar zu machen, dass Inzidentfeststellungen nicht mehr zulässig sind.

Daraus ergibt sich m.E., dass die „Rechtsausübungssperre“ genau wie § 1593 BGB aF nur einschlägig war, soweit tatsächlich die Eigenschaft als „Kind“ oder als „Vater“ Tatbestandsmerkmal der anzuwendenden Norm ist. Nicht hingegen wenn es um die biologische Verwandtschaft oder andere Tatsachen geht, die zwar einen Bezug zum Kind aufweisen, aber nicht unmittelbar an dessen Status anknüpfen. Das ergibt sich unmittelbar aus diesem Verständnis. Denn wenn § 1600a S. 2 BGB NeG nur klarstellte, dass die Abstammung vom nichtehelichen Vater erst mit Feststellung beginne, dann

⁶⁴⁶ BT-Drs 5/2370, S. 58.

können alle Fragen, die nicht mit dem Status, sondern mit der biologischen Abstammung zusammenhängen, als Tatsache aus dem Anwendungsbereich ausgeschieden werden. Denn nur bzgl. der Abstammung, also der rechtlichen Vaterschaft gab es überhaupt Klarstellungsbedarf.

iii. Zweck des § 1600a S. 2 BGB

Ziel des § 1600a S. 2 BGB NeG war daher nicht, die Verneinung oder Behauptung der biologischen Abstammung zu verhindern, sondern die Betroffenen in die rechtsförmigen Verfahren der Anerkennung und Feststellung zu zwingen, da ansonsten weiterhin die Vaterschaft jeweils inzident zu prüfen gewesen wäre. Beide Sperrern (§ 1593 BGB 1938 und § 1600a S. 2 BGB NeG) hatten damit aber letztlich eines gemein: Sie sollten die Erzwingung eines bestimmten Verfahrens erreichen und Inzidentfeststellungen verhindern.

Dass § 1600a S. 2 BGB NeG grundsätzlich nötig war, kann man mit guten Gründen bezweifeln. Letztlich hat die Scheu des Gesetzgebers vor der Formulierung „Vater ist“ dazu geführt, dass die unglückliche Formulierung „wird festgestellt“ gewählt wurde, die angeblich das biologische Prinzip besser betone. Letztlich war § 1600a S. 2 BGB NeG aber im Hinblick auf die alte Rechtslage in jedem Fall eine sinnvolle Norm, da sie klarstellte, dass Inzidentfeststellungen unzulässig sind. Vor dem Hintergrund des damit verbundenen Paradigmenwechsels mag eine solche deklaratorische Norm sinnvoll gewesen sein. Allerdings hat sie sicherlich auch Missverständnisse heraufbeschwört.

Bis zur Einführung des KindRG war daher jede einzelne Rechtsausübungssperre noch zu erklären. Sie diente entweder der Erzwingung eines geordneten Zuordnungsverfahrens (§ 1600a S. 2 BGB NeG) und damit der Verhinderung einer inzidenten Zuordnung oder der Erzwingung des Anfechtungsverfahrens, also dem Verbot einer inzidenten Verleugnung der Vaterschaft (§ 1593 BGB aF). Letzteres war für die nichteheliche Vaterschaft nicht mehr durch eine Ausübungssperre geregelt, sondern materiell-rechtlich durch die Wirkung des Entfallens der Wirksamkeit der Anerkennung durch Urteil. Die eheliche Abstammung aber war wegen der Gestaltung durch die Anfechtung nach wie vor für die Zeit zwischen Anfechtung und gerichtlicher Entscheidung zwingend auf eine Rechtsausübungssperre angewiesen.

(h) Das KindRG

Mit dem KindRG wurde eine einheitliche Norm zur Begründung der Vaterschaft in § 1592 BGB geschaffen. So wurde die Aufteilung zwischen ehelicher und nichtehelicher Abstammung vollständig überwunden. Logischerweise konnte es dann auch keine Anfechtung der Ehelichkeit mehr geben. Mit dem KindRG wurde daher die Wirkung der Anfechtung in § 1599 I BGB als Gesamtregelung vereinheitlicht. Zudem wurde der Wortlaut entscheidend verändert.

Im Folgenden sollen zunächst Wortlaut und Begründung des KindRG untersucht werden, bevor eine Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Literatur erfolgt.

(aa) Die Anfechtung nach dem KindRG

§ 1599 Abs. 1 BGB spricht nun, aufgrund der fehlenden Unterscheidung im Abstammungsrecht zwingend logisch, nicht mehr von der Anfechtung der Nichteelichkeit. Zudem regelt die Norm nicht mehr die Geltendmachung der Rechtsfolgen, sondern spricht direkt davon, dass § 1592 Nr. 1, 2 und 1593 BGB nicht gelten, wenn eine rechtskräftige Entscheidung aufgrund einer Anfechtung erfolgt ist.

Der Akzent hat sich also auf die Nichtgeltung der Begründungsnormen verschoben, und genau wie das NeG es bereits für das nichteheliche Kind vorgesehen hatte, wird der Status nun durch die rechtskräftige Entscheidung beendet.

Darin liegt jedenfalls dem Wortlaut nach ein Systemwechsel begründet: Durch den Wegfall insbesondere der Normen zur Beseitigung der Anfechtungswirkung und das Abstellen allein auf die Rechtskraft als Anknüpfungspunkt der Rechtsfolge, kann die Doppelfunktion der Anfechtung als materielle Gestaltungserklärung und als prozessuale Erklärung auch beim ehelichen Kind nicht mehr aufrechterhalten werden. Vielmehr wird der Status nun exklusiv durch das Urteil verändert.⁶⁴⁷ Diese Ansicht wurde für die uneheliche Abstammung hier schon für die Rechtslage nach dem NeG vertreten (siehe S.: 143), während es für die eheliche Abstammung unter Geltung des NeG bei der Doppelfunktion blieb.

Daher entfiel durch das KindRG auch die Normen, die die Wirkungen der Anfechtung bei Rücknahme der Klage wegfallen ließen, ersatzlos. Es entfielen also für das eheliche Kind der § 1599 III BGB NeG und für das nichteheliche Kind der ohnehin nutzlose und systemwidrige § 1600I III BGB NeG.

Eine Rechtsausübungssperre in negativer Hinsicht würde man daher bei systematischer Auslegung nicht mehr erwarten, weil kein Schwebezeitraum besteht. Dies auch deshalb, weil allein die Regelung des § 1592 BGB die Funktion inne hat, den Vater abschließend festzulegen. Das wird auch durch den Wortlaut des § 1592 BGB klar.

(bb) § 1599 IBGB als negative Sperre?

Als negative Ausübungssperre wird in der Literatur trotzdem § 1599 I BGB genannt. Die Vorläufernormen sind in § 1600f I BGB NeG und § 1593 BGB zu suchen.⁶⁴⁸ Wie bereits gezeigt, regelte § 1600f I BGB die Unwirksamkeit der Anerkennung. § 1599 I BGB hat insofern einen weiteren

⁶⁴⁷ Rauscher, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2011), § 1599 Rn. 3 spricht davon, dass der Anfechtung keine eigene Bedeutung zukommt.

⁶⁴⁸ Bt-Drs 13/4899, S. 86.

Anwendungsbereich, als er alle nichtgerichtlichen Varianten der Begründung von Vaterschaft einschließt.

Dem Wortlaut nach spricht § 1599 I BGB davon, dass § 1592 Nr. 1, Nr. 2 und § 1593 BGB nicht „gelten“ sollen. Als Tatbestandsvoraussetzungen verlangt die Norm die rechtskräftige Feststellung der Nichtvaterschaft aufgrund einer Anfechtung. Im Gegensatz zu den positiven Sperrern spricht die Norm nicht von einer „Geltendmachung der Rechtswirkungen“, trotzdem wird sie von der h.M. wie die § 1600d Abs. 4 BGB und § 1594 I BGB verstanden (siehe S. 76).

Ausweislich der Gesetzesbegründung hat § 1599 I BGB den Zweck, Missverständnisse in Bezug auf die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung auszuräumen. Denn § 1593 BGB NeG und § 1600f I BGB NeG sprachen jeweils davon, dass eine Anfechtung und eine rechtskräftige Feststellung notwendig sei, um die Anerkennung unwirksam bzw. die Rechtswirkungen der Unehelichkeit geltend machen zu können. Nach Ansicht der Gesetzesbegründung hätte dadurch der Eindruck erweckt werden können, dass Anfechtung und gerichtliche Feststellung gleichwertige Voraussetzungen für die Widerlegung der Vaterschaft seien. Das treffe aber nicht zu, vielmehr sei nur die gerichtliche Feststellung, also das Urteil, „entscheidend.“⁶⁴⁹

Die Gesetzesbegründung bestätigt hier die oben (S. 140) bereits geäußerte Ansicht, dass beim nichtehelichen Kind die Anfechtung an sich keine Gestaltungswirkung hat, sondern nur die gerichtliche Entscheidung. Denn der Gesetzgeber geht ersichtlich nicht davon aus, dass damit eine Änderung der Rechtslage einhergeht. Dies gilt jedenfalls nach dem KindRG für die Anfechtung auch der Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 BGB. Dass der Gesetzgeber sich hier bzgl. der Anfechtung der ehelichen Abstammung zur Gesetzeslage im NeG möglicherweise im Irrtum befindet, ist für den Fortgang der Arbeit irrelevant, da der Versuch, die Herkunft der Sperrern zu erklären, von dieser Einschätzung nicht betroffen ist.

Als Rechtsausübungssperre bezeichnet der Gesetzgeber den § 1599 I BGB auch gar nicht, sondern beschreibt die Funktion dahingehend, dass durch die Feststellung die „Vaterschaftsvermutungen“ widerlegt werden sollen. Interessanterweise spricht der Gesetzgeber bei der Begründung der Vaterschaft bei § 1592 BGB nicht von einer dadurch begründeten Vermutung, weshalb sich aus dieser Terminologie bei § 1599 I BGB eher auf eine phänomenologische Beschreibung der Wirkung, denn auf eine dogmatische Einordnung schließen lässt.

⁶⁴⁹ Bt-Drs 13/4899, S. 86.

Eine Norm, die das Bestreiten der Vaterschaft im Sinne einer Rechtsausübungssperre regelt, fehlt daher seit dem KindRG. Soweit § 1599 I BGB eine solche Funktion zugeschrieben wird, findet sich dafür keine Stütze in Gesetz, Systematik oder Gesetzesmaterialien.

(cc) Positive Sperren

Es gibt aber mit § 1600d Abs. 4 BGB und § 1594 I BGB zwei Normen, die positiv festlegen, wann eine Berufung auf die Anerkennung oder Vaterschaftsfeststellung möglich ist. Soweit also nicht nur die Vaterschaft bestritten wird, sondern auch die Vaterschaft eines anderen Mannes behauptet wird, könnten diese weiter eine Rolle spielen.

Historisch haben die beiden Normen einen Ursprung: Aus § 1600a BGB NeG wurden mit dem KindRG zwei Normen: eine für die Anerkennung und eine für die gerichtliche Feststellung.

Dementsprechend verweist die Begründung des KindRG⁶⁵⁰ darauf, dass mit § 1594 I BGB der alte § 1600a S. 2 BGB NeG inhaltsgleich übernommen wurde. Die identische Begründung findet sich bei § 1600d Abs. 4 BGB. Auch § 1600d Abs. 4 BGB stellt nun explizit auf die Rechtswirkungen ab.

In diesem Zusammenhang findet sich zwar in den Materialien zu § 1592 BGB die Aussage, eine genetische Vaterschaft führe nur dann zu einer Vaterschaft im rechtlichen Sinn, wenn der Erzeuger Vater im Sinne des § 1592 BGB sei. Darauf folgt aber der Hinweis, dass ein Mann nur als Vater angesehen werden darf, wenn die Voraussetzungen des § 1592 BGB vorliegen, wobei auf § 1594 I und § 1600d IV BGB verwiesen wird.⁶⁵¹

Das ist m. E. so zu verstehen, dass der biologische Vater ausgeschlossen werden soll von den Wirkungen der Vaterschaft. Ein Umkehrschluss aus dieser Äußerung, dass der Vater im Sinne des § 1592 BGB, der nicht gleichzeitig auch Erzeuger ist, nicht der Vater im Sinne des § 1592 BGB sein kann, ergibt sich daraus nicht. Die Gesetzesmaterialien argumentieren hier einfach nur in die negative Richtung und beschäftigt sich mit dem Ausschluss des biologischen Vaters, dessen Inzidentfeststellung nicht möglich sein soll. Die Inzidentfeststellung eines nicht-biologischen Vaters ist ja schon deshalb ausgeschlossen, weil es an Anknüpfungstatsachen dafür fehlt, so dass diese Stelle für die These einer rechtlichen Vaterschaft spricht.

Eine Inzidentfeststellung, etwa im Beschluss bzgl. einstweiligen Unterhalts, sei hingegen nur möglich, wenn schutzwürdige Interessen es erfordern. Darin läge eine Abweichung von den genannten Voraussetzungen. Somit spricht die Begründung gerade nicht von einer Abweichung von §§ 1594 und

⁶⁵⁰ Bt-Drs 13/4899, S. 94.

⁶⁵¹ Bt-Drs 13/4899, S. 83.

1600d BGB, sondern von § 1592 BGB. Das ist ein weiteres Indiz dafür, dass der Gesetzgeber nicht die Rechtsausübungssperren, sondern § 1592 BGB als die systembildende Norm ansieht.

Es spricht daher viel dafür, dass die sog. Rechtsausübungssperren nur den Zeitpunkt, ab dem die Statusänderungen ihre Wirksamkeit erlangen, genauer präzisieren. Sie sagen jedoch nichts über den Zeitraum zwischen Geburt und Erklärung der Anerkennung aus. Damit sichern sie mittelbar auch die Exklusivität des Statusverfahrens und dessen Sinn, die Feststellung der Abstammung *inter omnes*. Sie verhindern, soweit kein Vater nach § 1592 BGB besteht, Inzidentfeststellungen. Sobald eine Vaterschaft nach § 1592 BGB besteht, greifen sie nicht mehr ein. Im Großen und Ganzen sind sie daher, wie von *Vollersen* angedacht, wohl überflüssige Komplementärnormen, die allenfalls deklaratorischen Charakter haben.

Mit der Überführung des alten § 1600a S. 2 BGB in zwei getrennte Normen war daher eine inhaltliche Änderung nicht bezweckt. Es gilt daher auch weiter, dass sie v.a. den Zweck haben, Ansprüche des oder gegen den nur biologischen Vater auszuschließen. Sie haben in dieser Hinsicht lediglich klarstellende Funktion und sind kein tragfähiges Argument für eine latente Vaterschaft des biologischen Vaters aufgrund § 1589 BGB oder vorrechtlicher Vorstellungen von Vaterschaft.

(dd) Rezeption in Rechtsprechung und Literatur

Auch hier soll wieder die Rezeption in Rechtsprechung und Literatur der veränderten Normen dargestellt werden. Der Schwerpunkt liegt dabei bei den Entscheidungen, in denen die Rechtsprechung eine Durchbrechung der von ihr selbst postulierten Rechtsausübungssperren zulässt. Dabei soll gleichzeitig eine Lösung anhand des vorgeschlagenen konstitutiven Systems versucht werden, um so für die geltende Rechtslage ein stimmiges Gesamtkonzept vorlegen zu können. Zudem müssen die Argumente der Literatur und Rechtsprechung untersucht und ggf. entkräftet werden, um die hier vertretene Ansicht zu stützen.

(aaa) Scheinvaterregress

i. Rechtsprechung

In der Rechtsprechung wurde v.a. der § 1600d Abs. 4 BGB thematisiert. Dies deshalb, weil er bei strikter Anwendung und rein objektiver Auslegung des Gesetzestextes den Scheinvaterregress nach § 1607 III S. 2 BGB, vor erfolgter Anerkennung oder Feststellung des biologischen Vaters, verhindert.

Der BGH wollte nun in bestimmten Konstellationen eine teleologische Reduktion des § 1600d Abs. 4 BGB vornehmen.⁶⁵² Dabei hielt er grundsätzlich am Verbot der Inzidentfeststellungen fest, erweiterte

⁶⁵² BGHZ 176, 327 = FamRZ 2008, 1424 = NJW 2008, 2433 = FuR 2008, 400 = ZFE 2008, 349 = MDR 2008, 1040 = EzFamR BGB § 1600d Nr 3 = JR 2009, 148; BGH, FamRZ 2009, 32 = NJW-RR 2009, 505 = EzFamR BGB § 1600d

aber den Kreis der Durchbrechungsmöglichkeiten über das bereits Bekannte hinaus. Dies hatte der BGH vor Geltung des KindRG beim Scheinvaterregress nach § 1615b BGB NeG noch abgelehnt.⁶⁵³

Wenn die Berechtigten den Statusprozess nicht betreiben würden, so könne das Ziel des Statusprozesses auch nicht erreicht werden. Deshalb sei in Fällen, in denen die Mutter und der biologische Vater die Feststellung nicht betrieben und so den Regress des vorherigen Scheinvaters vereitelten, ein Regress aufgrund einer Inzidentfeststellung möglich. Maßgeblich sei weiter, dass durch gesetzliche Änderungen die Amtspflegerschaft für nichteheliche Kinder entfallen ist und daher nicht mehr sichergestellt ist, dass das Vaterschaftsverfahren betrieben wird.

Im Übrigen könne nicht mehr davon gesprochen werden, dass die Frage der biologischen Abstammung des Kindes nur im Statusprozess Erörterung finde. Denn mit Einführung des § 1598a BGB habe der Gesetzgeber gezeigt, dass die Frage außerhalb des Statusprozesses erörtert werden darf.

Der BGH behält sich vor, die Sperre aber nicht zu durchbrechen, wenn dadurch das Kindeswohl gefährdet wird.⁶⁵⁴

Dabei geht der BGH offensichtlich davon aus, dass der Anspruch nach § 1607 BGB besteht, aber nur nicht geltend gemacht werden kann: „Folglich ist für das Revisionsverfahren davon auszugehen, dass dem Kläger der mit seiner Stufenklage geltend gemachte Anspruch gegen den Beklagten zusteht (vgl. Erman/Hammermann BGB 12. Aufl. § 1600d Rn. 38; Staudinger/Rauscher BGB [2004] § 1600d Rn. 90) und lediglich zu entscheiden ist, ob der Kläger auch dann gemäß § 1600d IV BGB gehindert ist, den Anspruch vor Rechtskraft eines die Vaterschaft des Beklagten feststellenden Urteils im Sinne des § 1600d I BGB geltend zu machen, wenn das Kind, seine Mutter oder ein seine eigene Vaterschaft behauptender Mann, die nach § 1600e I S. 1 BGB allein zur Erhebung einer Vaterschaftsfeststellung befugt sind, die Einleitung eines solchen Verfahrens ablehnen.“⁶⁵⁵

In einer Folgeentscheidung hat der BGH dann aber abgelehnt, dies auch dann zuzulassen, wenn der „Scheinvater“ nach § 1592 Nr. 1 BGB noch dem Kind als Vater zugeordnet ist, denn dann habe er als Vater geleistet. Diese Eigenschaft entfalle erst nach Anfechtung der Vaterschaft mit Rückwirkung.⁶⁵⁶

Nr 4 = JAmt 2009, 47; BGHZ 191, 259 = EBE/BGH 2011, 414 = MDR 2012, 30 = FamRZ 2012, 200 = NJW 2012, 450 = ZKJ 2012, 111.

⁶⁵³ BGHZ 121, 299 (= o. Fn 609).

⁶⁵⁴ *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 199 ff zum Ganzen.

⁶⁵⁵ BGHZ 176, 327 - Abs-Nr. 10 (= o. Fn 652).

⁶⁵⁶ BGH, MDR 2012, 288 - Abs-Nr. 17 ff = NJW 2012, 852 = FamRZ 2012, 437.

ii. Analyse

Es fällt auf, dass der BGH offensichtlich weiter von einer latent biologischen Vaterschaft ausgeht, die spätestens seit dem KindRG grundsätzlich nicht mehr bestehen dürfte.

Auch fällt auf, dass der BGH aus § 1600d Abs. 4 BGB im Anschluss an seine Rechtsprechung zu § 1593 BGB letztlich eine Norm macht, die nur dem Schutz des Kindeswohls dient und damit einer Interessenabwägung offen steht. Daher wird sie zu einer wenig konturierten Norm, die durch eine Abwägung beliebig überwunden werden kann. Eine solche Schutzrichtung lässt sich aber historisch nicht belegen, vielmehr wurde diese Interpretation bei § 1593 BGB durch eine „Projektion“ der Zwecke der Frist auf den § 1593 BGB gewonnen (siehe S. 121).

Das Kindeswohl kann im Verfahren aber normgerecht berücksichtigt werden, wenn die Ausübung des Antragsrechts auf Feststellung bei Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB dem Ergänzungspfleger übergeben wird, oder bei einem bereits laufenden Verfahren dann die Rechte des Kindes nach § 372a ZPO von einem Verfahrensbeistand nach § 174 FamFG geltend gemacht werden können.⁶⁵⁷

Auch der Argumentation über § 1598a BGB kann nicht gefolgt werden. Es fällt auf, dass der BGH sich auf punktuelle Gesetzesänderungen stützt, um seine vorgenommene teleologische Reduktion zu begründen. Ausführungen dazu, ob der Gesetzgeber mit diesen Änderungen auch implizit die Rechtsausübungssperren modifizieren wollte, unterlässt der BGH. Das ist vor dem Hintergrund des Auslegungsprimats des gesetzgeberischen Willens kritisch zu sehen (vgl. S. 22ff).

Zusätzlich werden hier die biologische Vaterschaft, ihre Kenntnis und der Status vermengt. § 1598a BGB soll ja gerade die Möglichkeit eröffnen, die biologische Abstammung unabhängig vom Status zu klären. Die Norm soll also gerade das bestehende Statussystem nicht beeinflussen. Es erscheint daher äußerst fraglich, § 1598a BGB hier als Argument für die Zulässigkeit der Inzidentfeststellungen heranzuziehen.

Der BGH neigt grundsätzlich auch nach dem KindRG dazu, den Rechtsausübungssperren Funktionen zuzuweisen, die ihnen bei historischer Auslegung nicht zukommen. Vielmehr dienen die Sperren bei historischer Auslegung, wie gezeigt, nur dem Statusverfahren als solchem. Erschwerend kommt hinzu, dass der BGH § 1592 BGB gar nicht in seine Analyse einbezieht und die Möglichkeit einer rein rechtlichen Vaterschaft gar nicht in Betracht zieht. Stattdessen pflegt er einfach das bekannte System fort. Er ist nicht gewillt, aufgrund des KindRG seine alte Rechtsprechung auf den Prüfstand zu stellen.

⁶⁵⁷ zur Zulässigkeit dieser Bestellungen: Wellenhofer, in: MüKo-BGB (6), § 1600d Rn 19.

Als mögliche Lösung unerörtert bleibt dabei weiter die eigentlich angewendete Regressnorm. Bei rein objektiver Betrachtung verlangt die Norm die Vaterstellung des Regressschuldners. Es stellt sich aber natürlich die Frage, ob sie an den biologischen oder rechtlichen Vater anknüpft. Diese Frage lässt der BGH aber natürlich konsequent unerörtert, weil für ihn die rechtliche Vaterschaft nicht existiert, sondern nur durch die Rechtsausübungssperren im Verfahren sichergestellt wird.

Als Erstes gilt es festzuhalten, dass § 1607 III S. 2 BGB auf § 1615b BGB NeG zurückgeht. Dieser wiederum ging auf § 1709 BGB 1900 zurück. Dies ist insofern von starker Relevanz, weil es in der ursprünglichen Fassung des BGB keinen Status des unehelichen Kindes gab. Deshalb war für die Frage, wer nach § 1709 BGB 1900 Erzeuger war, eine Inzidentfeststellung jederzeit möglich. Der Gesetzgeber des Ur-BGB hatte daher keinen Anlass, sich darüber Gedanken zu machen, ob ohne vorherige Vaterschaftsfeststellung ein Regress gegen den Erzeuger möglich sein sollte.

Es kommt nun aber hinzu, dass mit dem NeG auch das nichteheliche Kind einen Status bekam. Allerdings bleibt in den Materialien zu § 1615b BGB NeG die „Sperrwirkung“ des § 1600a BGB NeG unerörtert. Es wird lediglich dargestellt, dass die Norm auf § 1709 BGB 1900 beruhe.⁶⁵⁸ Ihr Anwendungsbereich wurde aber auf die sonstigen Verwandten erweitert, weil diese und der uneheliche Vater nunmehr mit dem Kind nach § 1589 BGB NeG verwandt seien. Dabei geht die Begründung davon aus, dass sich der Leistende dann „ohne weiteres an den wirklichen Vater“ wenden könne, was das erwünschte Ergebnis sei.⁶⁵⁹

Die Begründung des § 1615b BGB NeG ist im Referententwurf und in den Drucksachen identisch, obwohl der Gesetzgeber später die Rechtsausübungssperre des § 1600a S. 2 BGB NeG hinzugefügt hat und, wie gezeigt (siehe S. 140), der Referententwurf noch eine andere Systematik im Auge hatte. Allerdings ging auch der Referententwurf schon davon aus, dass vor Anerkennung oder rechtskräftiger Feststellung der Vaterschaft kein selbstständiges Unterhaltsverfahren des Kindes gegen seinen Erzeuger eingeleitet werden kann, gerade weil ein Nebeneinander von Unterhalts- und Statusurteil vermieden werden sollte.⁶⁶⁰ Insofern sollte die Frage, ob eine latente Vaterschaft existiert oder nicht, das Ergebnis nicht beeinflussen, denn in diesem Punkt scheitert der Anspruch in jedem Fall am fehlenden Status.

Die Gesetzesbegründung von § 1615b BGB NeG und damit auch § 1607 BGB KindRG, der eine Fortschreibung des § 1615b BGB darstellt, sind daher in sich unlogisch, wenn man „ohne weiteres“ so verstehen will, dass derjenige, der Unterhalt geleistet hat, diesen vom wirklichen Erzeuger in jedem

⁶⁵⁸ BT-Drs 5/2370, S. 46.

⁶⁵⁹ BT-Drs 5/2370, S. 46.

⁶⁶⁰ Referententwurf eines Gesetzes über die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder, S. 44.

Fall und ohne weitere Zwischenschritte erhalten soll. Denn aufgrund der Gestaltung als *cessio legis* funktioniert ein derartiger Regress ohne Umwege nicht, weil ein durchsetzbarer Anspruch, der abgetreten werden könnte, schlicht fehlt.

Möglicherweise weist aber das enge auf den Status bezogene Verständnis des § 1600d Abs. 4 BGB, wie es oben vorgeschlagen wurde, den richtigen Weg.

Der Gesetzgeber hat aufgrund der Gesetzeshistorie den Weg einer *cessio legis* gewählt, weil dieser bis zum Erlass des NeG unproblematisch funktioniert hat, denn für den nichtehelichen Vater gab es keinen Status. Die *cessio legis* hat die Eigenschaft, dass der Anspruch als fremder entsteht und kraft Gesetzes auf den neuen Inhaber in der Gestalt übergeht, wie er zum Zeitpunkt des Übergangs existierte. Das heißt, dass der Schuldner dem neuen Gläubiger die gleichen Einreden entgegenhalten kann, wie er sie auch dem alten Gläubiger gegenüber entgegen konnte, seine Lage soll sich nicht verschlechtern (§§ 412, 404ff BGB).⁶⁶¹

Nach der Konzeption der Rechtsprechung konnte hier also der biologische Vater dem Kind stets den § 1600d Abs. 4 BGB entgegen halten und könnte dies nun dem Scheinvater als neuem Gläubiger gegenüber ebenfalls. Deshalb setzt der BGH hier an und „durchbricht“ § 1600d Abs. 4 BGB.

[1]. Lösung unter Geltung eines konstitutiven Systems

Folgt man der hier vertretenen Ansicht, nach der eine latente Vaterschaft nicht existiert, so würde die *cessio legis* noch weitgehender als nach der Lösung der h.M. scheitern. Denn die Abtretung würde mangels Existenz eines Vaters im Sinne des § 1592 BGB komplett ins Leere gehen und der Anspruch erst mit Feststellung des neuen Vaters aufgrund der Rückwirkung der Feststellung entstehen. Erst aufgrund der Rückwirkung hat der Scheinvater den Anspruch anstelle eines anderen Elternteils erfüllt, vorher gäbe es mangels neuen Vaters keinen Regressschuldner.

Auch die enge Auslegung der Rechtsausübungssperren bzw. die rechtliche Vaterschaft können das Problem also nicht lösen, weil der abgetretene Unterhaltsanspruch des Kindes als solcher ein unmittelbarer familienrechtlicher Anspruch ist, der an den Status anknüpft.

Möglicherweise hat der Gesetzgeber aber hier, aufgrund der fehlenden Gefahr für den Status des Kindes, tatsächlich einen vom Status unabhängigen Rückgriff regeln wollen. Dafür sprechen die oben genannten Textpassagen in der Begründung. Aufgrund handwerklicher Fehler hat er sich aber wegen der übersehenen Änderungen im Statusrecht schlicht des falschen Mittels bedient. Denn zum Erreichen dieses Ziels war eine *cessio legis* spätestens mit Schaffung des § 1600a BGB NeG eigentlich

⁶⁶¹ Roth, in: MüKo-BGB (6), § 412 BGB Rn 14.

nicht mehr geeignet. Dann aber läge schon allein deshalb keine Durchbrechung des Status vor, weil die Norm § 1607 III S. 2 BGB teleologisch so ausgelegt werden kann, dass sie keine *cessio legis* sondern eine Regressnorm darstellt, die unabhängig vom Bestehen oder der Durchsetzbarkeit eines eigenen Anspruchs des Kindes besteht.

Als zusätzliches Problem käme aber hinzu, dass § 1607 III S. 2 BGB nur greift, wenn zum Zeitpunkt der Leistung des Unterhalts eine Rechtsverfolgung gegen den wahren Verpflichteten unmöglich oder erheblich erschwert war.⁶⁶² Darin liegt eine Einengung des Anwendungsbereichs des alten § 1615b, der diese Einschränkung nicht kannte. Die h.M. sieht in § 1600d Abs. 4 BGB, bzw. während bestehender Zuordnung in § 1599 I BGB, ein solches Hindernis und gewährt daher den Anspruchsübergang bei Zahlung durch den Scheinvater.⁶⁶³

Nun besteht aber dieses rechtliche Hindernis, das die *cessio legis* überhaupt erst begründet hat, weiter fort, wenn man nicht zu einer teleologischen Restriktion greift. Nach der hier vertretenen Ansicht besteht schlicht kein Anspruchsgegner, weil kein anderer Elternteil zur Verfügung steht. Es stellt sich daher die Folgefrage, wie sich das Fortbestehen dieses Hindernisses auf den Anspruch auswirken soll. Eine Frage, die der Gesetzgeber m.E. aufgrund der Fortschreibung des alten Rechts schlicht übersehen hat zu regeln.

Nachdem die Unmöglichkeit der Geltendmachung gegen den anderen Unterhaltsverpflichteten schon ein Tatbestandsmerkmal des Regresses ist, erscheint es mir schwer begründbar, diese Schwierigkeiten anschließend im Rahmen einer teleologischen Auslegung grundsätzlich zu überwinden. Vielmehr ist es von Anfang an das Risiko des Zahlenden gewesen, dass sich diese Unmöglichkeit fortsetzt. Hier mag eine Beseitigung dieses Hindernisses aufgrund seiner rechtlichen Gestalt besonders verführerisch sein. Allerdings rechtfertigt das nicht, die *cessio legis* zu einer letztlich bedingungslosen Regressnorm gegen den Erzeuger aus Billigkeitsgründen umzuwandeln. Der Scheinvater hat bei Kindeswohlgefährdung die Möglichkeit, beim Familiengericht einen Sorgerechtsentzug anzuregen. Das ist mehr als einem anderen Verwandten an Möglichkeiten offen steht, der beispielsweise anstelle eines Erzeugers leistet, der dauerhaft unauffindbar ist. Das Gleiche gilt für den Fall, dass der biologische Vater schlicht unbekannt ist, etwa weil die Mutter über den wahren Vater schweigt oder eine Vielzahl von Erzeugern infrage kommt.

Letztlich sollte die ganze Diskussion aber nicht unter dem Stichwort „Durchbrechung des § 1600d Abs. 4 BGB“ geführt werden, weil das, wie *Küppers* schon zum § 1600a S. 2 BGB ausgeführt hat, der

⁶⁶² Engler, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2000), § 1607 Rn 46.

⁶⁶³ Reinken, in: BeckOK-BGB (29), § 1607 Rn 13; Engler, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2000), § 1607 Rn 46.

falsche Ansatzpunkt ist. Die zutreffende Frage ist, ob ein Regressanspruch gegen den Erzeuger ohne vorherige Feststellung durchsetzbar sein soll,⁶⁶⁴ obwohl das Kind selbst zum Zeitpunkt der Geltendmachung keinen Anspruch hat.

Dem BGH ist allerdings insofern beizupflichten, als mit der Abschaffung der Amtspflegschaft für das uneheliche Kind nicht mehr sichergestellt ist, dass das Kind irgendwann einen Vater bekommt. Darin liegt eine Differenz zur Rechtslage vor dem Beistandschaftsgesetz, die eine Überprüfung der bisherigen Rechtsprechung notwendig gemacht hat. So ist es gerade für die Vaterschaftsfeststellung nicht möglich, dass der Scheinvater beim Familiengericht aufgrund einer Interessenkollision die Beschränkung der elterlichen Sorge der Mutter nach § 1796 BGB beantragt und das Gericht sodann einen Ergänzungspfleger nach § 1906 BGB bestellt. Denn das ist durch § 1629 II S. 2 HS. 2 BGB ausgeschlossen. Das ist auf eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers zurückzuführen, nach dem die Mutter vollständig allein die Entscheidung treffen soll, ob der Vater festgestellt wird. Infrage kommt lediglich eine Anordnung nach § 1666 BGB bei Kindeswohlgefährdung.⁶⁶⁵

Insofern hat sich die Rechtslage nach der letzten Änderung des § 1607 II S. 3 BGB mit dem KindUG tatsächlich zuungunsten des Scheinvaters verändert und die vom Gesetzgeber übersehene Problematik des § BGB1600d Abs. 4 bzw. des fehlenden Schuldners hat sich verschärft. Man kann daher den Scheinvater nicht darauf verweisen, abzuwarten bis der nun nicht mehr existente Amtspfleger die Feststellung des wahren Vaters durchgesetzt hat. Daher muss eine Lösung gefunden werden, in Einzelfällen den Regress zuzulassen, obwohl die rechtliche Vaterschaft des Erzeugers nicht hergestellt ist.

Eine Lösungsmöglichkeit wäre hier ggf. § 162 BGB. Der enthält den allgemeinen Grundsatz, dass sich derjenige, der treuwidrig ein Tatbestandsmerkmal nicht zur Entstehung kommen lässt, sich so behandeln lassen muss, als wäre es entstanden. Demnach müsste sich also der Vater, der treuwidrig die Feststellung der eigenen Vaterschaft nicht betreibt, so behandeln lassen, als wäre er festgestellt worden. Dieser Rechtsgedanke klingt auch beim BGH an, wenn er davon spricht, dass Mutter und Erzeuger zusammenwirken, um die Feststellung zu verhindern.

Vollersen diskutiert eine solche Lösung⁶⁶⁶, sieht das zentrale Problem aber darin, dass bei rechtlichem Verständnis der Vaterschaft der Zession ein Anspruch fehle, weshalb hier die Gefahr bestehe, wieder mit einer latenten Vaterschaft zu operieren.⁶⁶⁷ Eine solche latente Vaterschaft existiere aber nicht,

⁶⁶⁴ *Küppers*, Der Regreß des Ehemannes nach der außerehelichen Zeugung eines zeitweilig ehelichen Kindes, S. 99.

⁶⁶⁵ BT-Drs. 13/892, S. 34.

⁶⁶⁶ *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 235ff.

⁶⁶⁷ *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 236.

weshalb ein solcher Weg dogmatisch schwer zu begründen sei. Ohne die Möglichkeit den Anspruch in das Verhältnis Scheinvater - Erzeuger überzuleiten, entfalle aber die Möglichkeit des Scheinvaters, § 162 BGB geltend zu machen.

Dabei übersieht *Vollersen* allerdings, dass nach § 398 BGB auch künftige Forderungen abtretbar sind. Dies gilt selbst dann, wenn Schuldner und Höhe zwar unbestimmt, aber bestimmbar sind, und wenn die Entstehung des Anspruchs überhaupt ungewiss ist.⁶⁶⁸ Denkbar ist es also, die *cessio legis* auf den Scheinvater durchzuführen und zwar auch dann, wenn man davon ausgeht, dass es vollständig an einem Schuldner vor Feststellung fehlt. Die *cessio legis* als solche funktioniert also auch bei künftigen und ungewissen Forderungen. Zudem ist der Gesetzgeber natürlich frei, eine *cessio legis* abseits dessen zuzulassen, was bei einer rechtsgeschäftlichen Abtretung möglich wäre.

Daher steht m.E. der von *Vollersen* aufgezeigten „Anwartschaftslösung“⁶⁶⁹ konstruktiv nichts im Wege. Denn entgegen der Ansicht *Vollersens* geht die *cessio legis* eben nicht ins Leere, sondern sie funktioniert auch bei zukünftigen ungewissen Ansprüchen. Daher wird der Scheinvater mit Zahlung und Anfechtung automatisch Anspruchsinhaber. § 162 BGB ist anwendbar, da die Person des Gläubigers von Anfang an der Scheinvater ist und so der Treubruch im Verhältnis Scheinvater – biologischer Vater zu suchen ist und nicht im Verhältnis biologischer Vater - Kind. Im Übrigen spricht der Wunsch des Gesetzgebers, den Regress gegen den biologischen Vater zuzulassen, für eine solche Konstruktion. Das treuwidrige Verhalten des Scheinvaters liegt hier dann wohl darin, dass der Erzeuger den vom Gesetzgeber gewollten Regress vorsätzlich verhindert. Das Verhalten der Mutter ist dann aber gleichgültig. Das ist auch insofern konsequent, dass ein Zurechungsgrund des mütterlichen Verhaltens gar nicht notwendig ist, denn der biologische Vater kann jederzeit über § 1600d BGB die Zuordnung auch gegen ihren Willen betreiben. Ein kollusives Verhalten von Mutter und biologischen Vater ist daher gar nicht notwendig, wenn man § 167 BGB anwendet.

Aufgrund dieses, offensichtlich vom Gesetzgeber gewünschten, unmittelbaren Regresses kann so auch der Scheinvaterregress mit einer rechtlichen Vaterschaft ohne latente Vaterschaft begründet werden. Die Frage, ob darin ein Verstoß gegen das Verbot der Inzidentfeststellung zu sehen ist, kann angesichts des deutlich artikulierten Willens des Gesetzgebers, einen Regress zu ermöglichen, der in § 1607 III S. 2 BGB seinen Ausdruck gefunden hat, offen bleiben. Der Gesetzgeber ist frei, einen solchen Regress zu schaffen, ohne eine Feststellung des biologischen Vaters auch als rechtlichen Vater zu verlangen. Nachdem der Gesetzgeber noch das System der Amtspflegschaft bzw. sogar des

⁶⁶⁸ Busche, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2012), § 398 Rn 53ff.

⁶⁶⁹ *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 237ff.

§ 1709 BGB 1900 vor Augen hatte, als er die Norm schuf, und offensichtlich bei Schaffung des KindRG die neuen Schwierigkeiten übersehen hat, entspricht dies seinem Willen.

Auch eine wertende Betrachtung spricht nicht gegen einen solchen Regress: Denn der Status des Kindes wird dadurch nicht beeinträchtigt. Vielmehr wird nur eine schuldrechtliche Beziehung zwischen Erzeuger und Scheinvater geschaffen, ohne dass die Gefahr besteht, dass mehrere Väter des Kindes festgestellt werden. Selbst wenn zwei verschiedene Männer erfolgreich in Regress genommen werden, so ist darin kein Schaden für das Kind zu sehen.

Hingegen ist eine grundsätzliche Überwindung der Notwendigkeit, den Erzeuger für den Regress als Vater festzustellen, nicht sachgerecht. Die Schwierigkeiten, die überhaupt erst zur Entstehung des Anspruchs führen (§ 1607 II S. 1, III BGB), sollen nicht grundsätzlich aufgelöst werden. Erst durch die *cessio legis* und das treuwidrige Verhalten wird der Regress auch ohne Feststellung möglich, weshalb eine solche Aufweichung des Gesetzes nicht befürchtet werden muss.

Gerade weil aber der Gesetzgeber den Konflikt offensichtlich nicht gesehen hat, ist § 1607 III S. 2 BGB als systembeeinflussende Norm untauglich und jeder Umkehrschluss aus § 1607 III S. 2 BGB auf das System des Abstammungsrechts verbietet sich. § 1607 III S. 2 BGB scheidet daher als Grundlage für eine systematische Auslegung des Abstammungsrechts aus und kann nicht als Begründung dafür angeführt werden, dass der Gesetzgeber offensichtlich davon ausgeht, dass die Vaterschaft schon ab Geburt besteht.

(bbb) Versorgungsausgleich I

i. Rechtsprechung

Der BGH hat eine „Durchbrechung“ des § 1599 BGB (früher § 1593 BGB) auch in Fällen zugelassen, in denen zwischen den Parteien die Nichtabstammung oder Abstammung unstreitig ist.⁶⁷⁰ Anlass der Entscheidung war die Berufung eines Ehegatten auf § 1587c Nr. 1 BGB: Der Ehegatte verlangte die Herabsetzung des Versorgungsausgleichs, weil eine besonders lange Trennungszeit vorlag. Eine solche lange Trennungszeit erkennt die Rechtsprechung grundsätzlich als Grund für eine Herabsetzung durch Billigkeitsentscheidung an – jedoch nicht, wenn in der Trennungszeit gemeinsame Kinder betreut wurden. Im entschiedenen Fall berief sich die Ehefrau auf die Erziehung eines in der Ehe geborenen Kindes, das vier Jahre nach Trennung der Ehegatten geboren wurde. Der Ehemann hatte die Vaterschaft aber nicht angefochten und war daher rechtlicher Vater.

Bei der Frage, ob die Kinder gemeinsame waren, berief sich der zum Versorgungsausgleich verpflichtete Ehegatte nun darauf, dass diese Kinder biologisch nicht von ihm stammten, was nicht

⁶⁷⁰ BGH, FamRZ 2008, 1836 = MDR 2008, 1218 = NJW 2008, 3429 = EzFamR BGB § 1587c Nr 43.

bestritten wurde. In einer derartigen Konstellation hatte der BGH vor dem KindRG noch § 1593 BGB anwenden wollen und das Kind als eheliches behandelt.⁶⁷¹

Zwar hielt der Senat grundsätzlich daran fest, dass die Sperren auch in Verfahren zu beachten sind, in denen das Kind nicht beteiligt ist,⁶⁷² allerdings will er nun eine weitere Ausnahme zulassen. Das Verfahren auf Klärung der Abstammung nach § 1598a BGB stehe nur einem bestimmten Personenkreisen offen, weshalb nicht jeder die Abstammung eines Kindes infrage stellen dürfe.⁶⁷³ Daher sei der Schutzzweck des § 1599 I BGB, der den Familienfrieden und das Kindeswohl beinhalte, bei der Frage, ob ein solcher Beweis erhoben werden kann, zu beachten. Diesen Schutz gewähre zwar auch § 372a ZPO, aber § 1599 I BGB sei von Amts wegen zu beachten, während § 372a ZPO die Berufung des Betroffenen auf die Norm verlange.

Daher sei aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung zu prüfen, ob eine Durchbrechung infrage komme, die bei Unstreitigkeit im Regelfall zur Nichtanwendung des § 1599 I BGB führen müsse.⁶⁷⁴

ii. Analyse

Mit dieser Entscheidung setzt der BGH seine wertungsorientierte Auslegung der Rechtsausübungssperren fort. Der Fall ist bei Heranziehung der hier vorgeschlagenen Funktion der Rechtsausübungssperren schwer einzuordnen. Man kann durchaus zu dem Ergebnis gelangen, dass die Frage, ob der Ehegatte gemeinschaftliche Kinder erzieht, eine Frage ist, die unmittelbar an den Status anknüpft. Ebenso gut kann man aber sagen, dass weniger an den Status der Kinder als an die Verrichtung von ehelichen Pflichten (Erziehung der gemeinsamen Kinder) gegenüber dem anderen Ehegatten angeknüpft wird. Der Fall eignet sich daher gut, um diese Funktionsweise weiter zu präzisieren.

Wie schon oben gezeigt, dürfte der entscheidende Gesichtspunkt in der Norm liegen, die primär zur Anwendung gelangt, also dem § 1587c Nr. 1 BGB und weniger in § 1599 I BGB.

Durch die Diskussion um § 1599 I BGB und die Frage, ob dessen Durchbrechung im Kindeswohl begründet liegt oder dem Familienfrieden dient, wird wie beim Scheinvaterregress die eigentliche Frage eher verschleiert. Bei dieser Argumentation blendet der BGH die eigentliche Frage vollständig aus: Soll der Ehegatte, der nach kurzer Ehedauer vermeintlich gemeinsame Kinder betreut hat einen ungeminderten Versorgungsausgleich erhalten oder nicht?

⁶⁷¹ BGH, NJW 1983, 824 = MDR 1983, 475 = JR 1983, 286 = ZfSH/SGB 1983, 277 = LM Nr 7 zu § 53b FGG.

⁶⁷² BGH, FamRZ 2008, 1836 - Abs-Nr. 21 (= o. Fn 670).

⁶⁷³ BGH, FamRZ 2008, 1836 - Abs-Nr. 23 (= o. Fn 670).

⁶⁷⁴ BGH, FamRZ 2008, 1836 - Abs-Nr. 25ff (= o. Fn 670).

Bei dieser Entscheidung handelt es sich um eine Frage der Billigkeit. Für die Frage, ob ein solcher Versorgungsausgleich billigerweise geboten ist, dürfte die Frage des Status des Kindes kaum eine Rolle spielen. Selbst wenn etwa ein (biologisch) gemeinschaftliches Kind, das noch vor der Ehe geboren wurde, vom Ehegatten betreut würde, wäre eine Kürzung aufgrund kurzer Ehedauer unbillig unabhängig von der Frage, ob der Mann das Kind anerkannt hat.

Anknüpfungspunkt der Entscheidung ist die „gemeinsame Lebensleitung“ der Ehepartner,⁶⁷⁵ die auch noch nach der Trennung gefördert werden kann. Diese ist aber unabhängig vom Status der Kinder. Insofern wird es maßgeblich auf die Umstände ankommen.

Im vorliegenden Fall lebten die Ehegatten zehn Jahre getrennt, bevor sie sich scheiden ließen. Da für beide Ehegatten das Kind nie als gemeinsames galt, sondern lediglich aufgrund Geburt in der Ehe rechtlich dem Ehemann zugeordnet war, ist in der Erziehung dieses Kindes keine „gemeinsame Lebensleistung“ zu sehen, weshalb es der Billigkeit entspricht, den Versorgungsausgleich auf die Zeit bis Ablauf des Trennungsjahres zu verkürzen, wie es der BGH auch getan hatte.

Das Problem des Falls liegt daher eher darin, dass der BGH nicht das Gesetz auslegt, sondern seine alte Rechtsprechung: Er fragt nicht mehr nach der eigentlichen Frage der Billigkeit des Versorgungsausgleichs, sondern subsumiert den Fall unter die von ihm geschaffene Ausnahme zur selbst geschaffenen Fallgruppe.

Hinzu kommt natürlich, dass der Fall für den BGH kaum zu lösen gewesen wäre, wenn über die biologische Vaterschaft Beweis zu erheben wäre. Dieses Problem wird durch die hier vertretene Ansicht verhindert. Denn die Frage, ob eine gemeinsame Lebensleistung vorliegt, wird natürlich auch die die Frage der biologischen Abstammung der Kinder bestimmt. Stellt sich heraus, dass die Kinder vom Ehemann auch biologisch abstammen, kann er sich natürlich nicht auf die Kürzung berufen. Eine solche Beweiserhebung wäre dem BGH aber letztlich nach seiner Ansicht verboten.

Charakteristikum dieser Fallgruppe ist, dass sie eben nicht von Gesetzes wegen auf den Status abstellt, sondern eine Billigkeitsentscheidung vorzunehmen ist. Die dort einmal aufgestellte Regel, dass gemeinschaftliche Kinder diese Entscheidung beeinflussen können, ist nicht aufgrund § 1599 I BGB zu hinterfragen sondern aufgrund der Wertungen hinter dieser einmal aufgestellten Regel. Sodann ist die Regel ggf. zu modifizieren. Nicht § 1599 I BGB wird hier durchbrochen, sondern die Grundlagen der Billigkeitsentscheidung werden einer weiteren Fallgruppe angepasst, weil der

⁶⁷⁵ BGH, NJW 1981, 394 , 395 = FamRZ 1981, 130 = FRES 1981, 73 = BGHWarn 1982, Nr 287 = LM Nr 4 zu § 1587c BGB.

Grundgedanke „Würdigung der gemeinsamen Lebensleistung“ auf diese Fallgruppe schlicht nicht passt.

(ccc) Unterhaltskürzung

Der BGH ließ in der Folge auch die Unterhaltskürzung nach § 1579 Nr. 7 BGB zu, wenn die Ehefrau ihrem Ehemann die mögliche Unehelichkeit des Kindes vorenthalten hatte.⁶⁷⁶ Dies hatte der BGH auch schon für § 1593 BGB entschieden.⁶⁷⁷

Zwar genüge allein der Ehebruch noch nicht, um eine Herabsetzung des Unterhalts zu begründen. Dies genüge nur dann, wenn die Aufnahme einer andauernden (nicht nur kurzfristigen) außerehelichen Beziehung der Grund für das Scheitern der Ehe darstelle.⁶⁷⁸ Allerdings soll das Verschweigen der möglichen Vaterschaft durch einen anderen Mann einen über den bloßen Ehebruch hinausgehenden Verwirkungsgrund darstellen.

In dieser Entscheidung spricht der BGH davon, § 1599 I BGB betreffe nur das materielle Recht und betreffe nicht die Beweiserhebung. Der BGH hat sich daher letztlich nicht zu der Frage geäußert, ob in dieser Entscheidung eine Durchbrechung von § 1599 I BGB zu sehen ist, weil die Frage der wirklichen Abstammung letztlich nicht entscheidungserheblich war. Es genüge für die Verwirkung die Möglichkeit der Nichtabstammung.

i. Analyse

Auch hier geht es wieder um die Anwendung einer Billigkeitsnorm.

Die Entscheidung ist interessant, weil sie im Gegensatz zu anderen Entscheidung dem § 1599 I BGB explizit einen materiellen Gehalt zuweist und eine Geltung für das Beweisverfahren ablehnt. Bisher hatte die Rechtsprechung dazu geneigt, wie oben gezeigt, den Sperren den jeweils passenden Inhalt zu geben, ohne sich diesbezüglich festzulegen.

In der Sache wäre auch bei einem rechtlichen Verständnis der Vaterschaft die Entscheidung ebenso zu begründen. Die Berufung auf das Verschweigen eines möglichen anderen Erzeugers betrifft nicht unmittelbar den Status, weshalb § 1599 I BGB diesen Fall nicht umfasst. Man gelangt also ohne Durchbrechung zum gleichen Ergebnis. Die Problematik des Kindeswohls muss dann in § 372a ZPO erörtert werden.

⁶⁷⁶ BGH, EBE/BGH 2012, 125 = MDR 2012, 525 = FamRZ 2012, 779 = JR 2013, 146.

⁶⁷⁷ BGH, FamRZ 1985, 51 = NJW 1985, 428 = JuS 1985, 415 = MDR 1985, 476 = ZfSH/SGB 1985, 426 = LM Nr 25 zu § 1579 BGB = BGHWarn 1984, Nr 311.

⁶⁷⁸ BGHZ 176, 150 = FamRZ 2008, 1414 = FuR 2008, 406 = NJW 2008, 2779 = MDR 2008, 1042 = FF 2008, 413 = ZFE 2008, 426 = DNotZ 2008, 853 = FPR 2008, 452 = EzFamR BGB § 1579 Nr 49 = JR 2009, 284.

Die Entscheidung bestätigt das oben gefundene Ergebnis: Anknüpfungspunkt der Billigkeitsentscheidung ist das Vorenthalten wichtiger Informationen und nicht der Status des Kindes, weshalb eine Durchbrechung nicht vorliegt. Die Frage, ob das Kind tatsächlich nicht vom Ehemann abstammt ist sogar gänzlich irrelevant.

(ddd) Versorgungsausgleich II

i. Rechtsprechung

Der BGH hat diese Entscheidung später fortgeführt und auf den Versorgungsausgleich übertragen.⁶⁷⁹ Auch hier sieht der BGH im Verschweigen eines möglicherweise anderen Mannes als möglichen Vater eine schwere Verfehlung, die eine Verwirkung des Versorgungsausgleichs teilweise rechtfertigt. Allerdings argumentiert der Senat hier wieder mit § 1598a BGB und § 1599 I BGB, deren Schutzzwecke nicht tangiert seien, wenn die Beweise bereits in zulässiger Weise erhoben sind.

ii. Analyse

Im Gegensatz zur Entscheidung zur Unterhaltsreduktion, bei der der BGH § 1599 I BGB noch eine materielle Funktion zuschrieb, argumentiert der gleiche XII. Senat hier wieder mit der Frage der Verwertbarkeit des Gutachtens, dem § 1599 I BGB nicht entgegen stehe, weil dem Familienfrieden wegen § 1598a BGB vom Gesetz nicht mehr der Vorrang eingeräumt werde, den er vorher genoss.

Für die Entscheidung der Billigkeitsfrage ist der Status, wie oben gezeigt, weiter nicht relevant.

(eee) Feststellung der Nichtabstammung

Das OLG Koblenz⁶⁸⁰ und ihm folgend der BGH in einem Nichtannahmebeschluss⁶⁸¹ haben es abgelehnt, entgegen einer nach § 1592 Nr. 2 BGB bestehenden biologisch unrichtigen Vaterschaft festzustellen, dass ein Verstorbener nicht Vater eines Kindes ist. Das Kind hatte beabsichtigt, wegen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten nach § 2079 BGB das Testament anzufechten.

Das OLG begründete seine Entscheidung damit, dass das Nichtbestehen der Vaterschaft nur im Anfechtungsverfahren geltend gemacht werden könne, was § 1599 I BGB deutlich mache. Die Feststellungswirkung *inter omnes* entfalle nur, wenn dies aufgrund einer rechtskräftigen Anfechtung gerichtlich festgestellt würde. Eine Durchbrechung von § 1599 I BGB käme nicht infrage. Denn „Ausnahmen von der Sperrwirkung der Vaterschaftstatbestände – und somit die Zulässigkeit einer inzidenten Prüfung der Abstammung – werden dort zugelassen, wo es nicht um den Status des Kindes selbst und seine unmittelbaren Rechtsfolgen, sondern um andere Fragen geht.“⁶⁸² Dem

⁶⁷⁹ BGH, NJW 2012, 1446 = FamRZ 2012, 845 = MDR 2012, 715.

⁶⁸⁰ OLG Koblenz, OLGR Koblenz 2009, 692 = FamRZ 2009, 1929.

⁶⁸¹ BGH, Az. XII ZR 209/08 vom 29. April 2009.

⁶⁸² OLG Koblenz, OLGR Koblenz 2009, 692 - Abs-Nr. 26 (= o. Fn 680).

schloss sich der BGH an: „Nach § 1599 I BGB entfällt die rechtliche Vaterschaft grundsätzlich erst dann, wenn aufgrund einer Anfechtung im Statusprozess rechtskräftig festgestellt ist, dass der Mann nicht der Vater des Kindes ist. [...] Diese Rechtsprechung ist allerdings auf Fälle beschränkt, in denen das Bestehen der Vaterschaft bloße Vorfrage des Antrags ist und somit nicht in Rechtskraft erwächst (vgl. zuletzt BGHZ 176, 327 = FamRZ 2008, 1424, 1425 f. und Senatsbeschluss vom 26.6.2008 - XII ZB 163/06 - FamRZ 2008, 1836, 1839)“⁶⁸³

Interessanterweise spricht der BGH hier von einer rechtlichen Vaterschaft und legt sich damit terminologisch erstmals fest. Auch erkennt er, dass es sich hier nicht um die direkten Fragen des Status handelt, sondern um Folgefragen. Die Entscheidung befindet sich voll und ganz auf der Linie der hier vorgestellten konstitutiven Vaterschaft. Vollzieht man, wie hier vertreten, eine strenge Trennung zwischen biologischer und rechtlicher Verwandtschaft, so kann die biologische Abstammung allein als reine Tatsache mangels Rechtsfolgen nicht festgestellt werden.

(fff) Erb- und Pflichtteilsrecht

Mit der Frage, ob eine Inzidentprüfung der biologischen Vaterschaft zulässig ist, um Pflichtteils- oder Erbansprüche auszuschließen, befasste sich das OLG Koblenz in jüngster Zeit.⁶⁸⁴ Das OLG begründet seine Ablehnung einer solchen Prüfung mit der Konkurrenz zur Anfechtungsklage. Die bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, den Großeltern kein Anfechtungsrecht zu gewähren, dürfe nicht durch die Zulassung einer inzidenten Feststellung unterlaufen werden.⁶⁸⁵ Eine Ausnahme vom Verbot der Inzidentfeststellung läge nicht vor, weshalb die nicht mehr mögliche Anfechtungsklage zu beschreiten wäre.

Wenn auch etwas umständlich begründet, kommt das OLG hier zum gleichen Ergebnis wie die hier vorgestellte Theorie. Nach der hier vertretenen konstitutiven rechtlichen Vaterschaft ist die inzidente Feststellung schlicht nicht in der Lage, das Tatbestandsmerkmal „Abkömmling“ herbeizuführen oder zu beenden, weshalb sich eine Begründung auf diesen Aspekt beschränken kann. Das Konkurrenzproblem mit der Anfechtungsklage stellt sich hier nicht, weil allein das Gestaltungsurteil überhaupt geeignet ist, das notwendige Tatbestandsmerkmal herbeizuführen.

(ee)Fazit zur Rezeption

Die Rechtsprechung hat trotz des klar erkennbaren Systemwandels in § 1592 BGB und § 1599 BGB an dem System der Rechtsausübungssperren festgehalten. Dabei hat sie jedoch die Durchbrechungen, soweit es nicht um unmittelbare Folgen der Verwandtschaft ging, immer großzügiger zugelassen und

⁶⁸³ BGH, Az. XII ZR 209/08 vom 29. April 2009.

⁶⁸⁴ OLG Koblenz, ErbR 2013, 90 = ZEV 2013, 389.

⁶⁸⁵ OLG Koblenz, ErbR 2013, 90 - Abs-Nr. 25 (= o. Fn 684).

einer Kindeswohlprüfung unterstellt. Es zeigt sich erneut, dass die Rechtsprechung nicht in der Lage ist, mit dem von ihr selbst geschaffenen Institut der Rechtsausübungssperren angemessen umzugehen. So wird § 1599 I BGB einmal als materielle Norm eingeordnet und ihr dann wieder eine prozessuale Funktion zugewiesen. Die immer häufiger zugelassenen Durchbrechungen zeigen weiter, dass die grundsätzliche Annahme der Rechtsprechung, die Sperren würden auch die Beweiserhebung über die biologische Abstammung betreffen, offensichtlich fehlerhaft ist.

Dabei fällt auf, dass sämtliche Probleme, die im Zusammenhang mit den Rechtsausübungssperren auftauchen, auch unter Zugrundelegung der hier vertretenen Ansicht, einer identischen Lösung zugeführt werden können. Das spricht einerseits dafür, dass die Rechtsprechung mit ihrer Interessenabwägung, trotz dogmatischer Schwächen in der Begründung, instinktiv das vom Gesetzgeber gewünschte Ergebnis herbeigeführt hat. Es spricht aber auch für die hier vorgestellte Lösung: Denn sie ist in der Lage, den von der Rechtsprechung gefundenen und breit akzeptierten Ergebnissen ein dogmatisches Fundament zuzuführen. Dabei zeigen die hier vorgestellten Lösungen, dass die Begründung dabei oftmals schlanker und eleganter zu führen ist, was ebenfalls für das hier gefundene Ergebnis spricht.

(i) Fazit

Die heute sog. Rechtsausübungssperren dienen bei konsequenter historischer Auslegung lediglich dem Zweck, eine einheitliche Feststellung der Vaterschaft inter omnes zu ermöglichen. Sie zwingen daher die Beteiligten in das Statusverfahren der Anfechtung, Anerkennung oder Vaterschaftsfeststellung. Eine Aussage darüber, ob die Vaterschaft zuvor schon besteht, ist darin nicht begründet, sie regeln lediglich den Zeitpunkt der Geltendmachung ab dem Moment der Erklärung der Anerkennung oder der gerichtlichen Feststellung.

Eine darüber hinausgehende Aussagekraft bzgl. eines Umkehrschlusses kann ihnen und auch den Normen zum Scheinvaterregress nicht zukommen.

Hingegen verstehen Rechtsprechung und Literatur die Normen systemprägend und schließen daraus auf die Existenz einer latenten Vaterschaft, die ab Geburt Ansprüche entstehen lässt und nur ihre Geltendmachung verhindert.

Dabei wird die Norm je nach Situation als prozessuale Norm (Unzulässigkeit eines Feststellungsverfahrens oder Beweiserhebungsverbot) oder als tatbestandersetzend (bei fehlender biologischer Vaterschaft des in Anspruch genommenen) verstanden. In der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die Tendenz vorhanden, weitreichende Ausnahmen von der Wirkung der Rechtsausübungssperren zuzulassen. Wendet man die Normen hingegen nur an, wenn es tatsächlich auf die rechtliche Vaterschaft ankommt, wie hier vorgeschlagen, lassen sich alle

Probleme ohne eine umfassende Interessenabwägung lösen, das Ergebnis wird für den Rechtsanwender vorhersehbarer.

Die hier erstmals vorgenommene historische Auslegung der sogenannten Rechtsausübungssperren hat gezeigt, dass die geltenden Normen in dieser Hinsicht auf die §§ 1593 und 1596 BGB 1900 zurückzuführen sind. Diese aber beruhten auf einem System, das bzgl. Begründung und Beendigung der Vaterschaft mit unserem System nicht mehr kompatibel sind. Auch andere Normen, die scheinbar ebenfalls für ein deklaratorisches System sprechen können auf die unreflektierte Übernahme von Normen aus dem BGB 1900 zurückgeführt werden.

5) Das Verhältnis von § 1592 und § 1589 BGB

Fraglich ist zudem, wie das Verhältnis von § 1592 BGB zu § 1589 BGB zu verstehen ist. Sollte § 1589 BGB tatsächlich die Abstammung nach dem Vater regeln, träten die beiden Normen in ein Konkurrenzverhältnis.⁶⁸⁶ Dann wäre es durchaus vorstellbar, dass § 1592 BGB zwar eine rechtliche Vaterschaft beschreibt, hinter dieser aber eine 2. Vaterschaft latent besteht, die nur auf ihre Durchsetzung wartet. Dieser Frage soll anhand der bisher gefundenen Ergebnisse für alle drei Gesetzesschichten beantwortet werden.

Dabei sprechen die bisherigen Befunde gegen ein biologisches Verständnis des § 1589 BGB. Eine derartige Konkurrenz von § 1592 und § 1589 BGB ist nur denkbar, wenn man den Rechtsausübungssperren den Inhalt gibt, den die h.M. ihr gibt (siehe S. . 76) oder man § 1589 BGB die Funktion gibt, die wahre materielle Vaterschaft zu bestimmen, von der Kraft Vermutungen prozessual abgewichen wird. Dann stellt § 1589 BGB die für diese Ansichten benötigte Reservenorm dar. Nachdem aber gezeigt werden konnte, dass aus genetisch-historischer Perspektive kein Beleg dafür zu finden ist, dass mit den sog. Rechtsausübungssperren eine latente Vaterschaft gesperrt werden sollte, fehlt im Grundsatz jeder Anhaltspunkt für ein solches Verständnis.

(a) BGB 1900

Dass § 1589 BGB 1900 keine Vorschrift war, die Verwandtschaft unabhängig von Abstammung begründete, ergibt sich m.E. besonders deutlich aus der Diskussion um die Mutterschaft (siehe S. 50). Hier ist davon auszugehen, dass § 1589 BGB 1900 die Mutterschaft einfach voraussetzte, denn echte Zweifelsfragen gab es dort bis zur ersten In-vitro-Fertilisation in Großbritannien im Jahr 1976 nicht. § 1589 BGB definierte daher die Verwandtschaft in Abhängigkeit von der Abstammung. Abstammung war nur nach dem ehelichen Vater geregelt, bzgl. des nichtehelichen Vaters war eine Regelung

⁶⁸⁶ zu diesem Widerspruch umfassend *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 170 ff.

wegen § 1589 II BGB überflüssig. Bzgl. der Mutter wurde die Abstammung mangels Problemen einfach vorausgesetzt.

Einen eigenen Regelungsgehalt für die Frage, wer Vater oder Mutter des Kindes ist, hatte § 1589 BGB daher nie, er setzte vielmehr diese Grundbausteine der Verwandtschaft voraus. Das Wort „abstammen“ in § 1598 BGB 1900 war daher der Verweis auf §§ 1591ff BGB 1900 und auf die Mutterschaft. Da eine Verwandtschaft nach dem nichtehelichen Vater nicht existierte (§ 1589 II BGB), konnte sich das BGB dazu enthalten. Das eheliche Kind war mit dem Ehemann der Mutter kraft §§ 1591ff BGB verwandt. Es wurde bereits gezeigt, dass § 1591 BGB als Begründungsnorm der Vaterschaft verstanden werden muss und die Anfechtung, als materielle Gestaltungserklärung, diesen Status beendete.

(b) Funktion nach dem NeG

Mit Verabschiedung des NeG wurde § 1589 II BGB 1900 gestrichen. Nun konnte auch das nichteheliche Kind mit seinem Vater verwandt sein. Weiter bekamen die Vorschriften §§ 1591 bis 1600o BGB NeG den Namen „Abstammung“ anstatt „ehelicher Abstammung“. In systematischer Hinsicht war nun m.E. klargestellt, dass § 1591ff BGB NeG das Tatbestandsmerkmal „abstammen“ in § 1589 BGB NeG ausfüllen sollte.

Da nun auch das nichteheliche Kind mit seinem Vater verwandt sein konnte, blieb dem § 1589 BGB in seiner heutigen Fassung nur noch die Funktion übrig, die Verwandtschaft zu regeln, ohne die nichtehelichen Kinder davon auszuschließen. Die nichteheliche Verwandtschaft hatte eine Regelung in §§ 1600aff BGB NeG erfahren. Allerdings war dort nur die Rede von „feststellen“, was als Gegenpol zu „begründen“ verstanden werden kann.

Die Literatur tat sich daher schwer, sich eine solche Feststellungswirkung vorzustellen und behalf sich teilweise damit, von einem „Rechtsschein“ zu sprechen.⁶⁸⁷

Letztlich ist die Frage, wie diese Wirkung bezeichnet wird, aber unergiebig. Der Gesetzgeber wollte offensichtlich sowohl das Urteil, als auch die öffentlich beglaubigte Anerkennungserklärung, mit der gleichen Wirkung ausstatten und er ist natürlich frei darin, einer privaten Urkunde eine solche Wirkung beizumessen.

Die Terminologie „Feststellung“ spricht aber möglicherweise für eine rein deklaratorische Regelung, die sich in Beweiserleichterungen und Ausübungssperren erschöpft, ohne die Vaterschaft tatsächlich konstitutiv zu begründen.

⁶⁸⁷ Odersky, in: Nichtehelichengesetz, S. 42.

Insofern käme dann § 1589 BGB weiter die Funktion einer Definition für die Verwandtschaft nach dem nichtehelichen Vater zu.

Es könnte daher aufgrund einer Definition der materiellen Verwandtschaft durch § 1589 BGB und der rein prozessual bzw. durch Ausübungssperre gesicherten rechtlichen Vaterschaft zu einem Auseinanderfallen der materiellen Vaterschaft nach § 1589 BGB und der nach § 1591 - 1600n BGB bestehenden Vaterschaft kommen.

Für die Frage, wie § 1589 BGB nach dem NeG zu verstehen ist, stellt sich daher wiederum die Frage nach dem Verständnis der Vaterschaft. Umgekehrt kann denklogisch eine Interpretation des Vaterschaftsbegriffs des NeG anhand der Funktion des § 1589 BGB nicht stattfinden, das würde zu einem Zirkelschluss führen.

Es stellt sich daher die Frage, wer in der systematischen Interpretation der beiden Normen hier also den Vorzug genießt. Es muss geklärt werden, ob § 1589 BGB die Blutsverwandtschaft der Vaterschaft zugrunde legt oder ob die Vaterschaft die Verwandtschaft im Sinne des § 1589 BGB definiert. Damit ist die Arbeit wieder bei dem ursprünglich in der Einleitung zum Kapitel „Verwandtschaft“ aufgeworfenen Problem angelangt.

Allein schon bei rein objektiver Auslegung muss aber wohl dem Regelungskomplex Abstammung in §§ 1591ff BGB NeG bei der Interpretation zwingend der Vorzug vor einer umgekehrten Interpretation zukommen: §§ 1591ff BGB regeln mit der Vaterschaft einen wesentlich spezielleren Bereich. Vaterschaft ist letztlich Verwandtschaft nach dem Vater, also einer der beiden Grundbausteine der Verwandtschaft überhaupt. Würden diese Regelungen des §§ 1591ff BGB NeG bei der Interpretation als dem § 1589 BGB nachrangig angesehen und ein in den § 1589 BGB interpretiertes Prinzip als Maßstab und Leitprinzip der Auslegung herangezogen, bestünde die Gefahr, dass die spezielleren Wertungen des Vaterschaftsrechts unterlaufen werden.

Der häufig bemühte Umkehrschluss aus den sog. Rechtsausübungssperren (siehe oben S. 76), hat sich als nicht tragfähig erwiesen, weil die Rechtsausübungssperren auch schon im NeG letztlich nur deklaratorische Wirkung hatten (S. 156ff) und daher für einen Umkehrschluss nicht tragfähig sind.

Zudem hat sich die Theorie, dass § 1589 BGB die Verwandtschaft vollumfänglich allein regelt, bereits als nicht tragfähig erwiesen (siehe S. 48ff).

Aufgrund der Ergebnisse zu den Rechtsausübungssperren ist daher davon auszugehen, dass der Begriff „Abstammung“ in § 1589 BGB ein normatives Tatbestandsmerkmal ist, das durch §§ 1591ff BGB NeG in väterlicher Hinsicht ausgefüllt wird.

(c) Funktion nach dem KindRG

Das KindRG tastete den Wortlaut des § 1589 BGB nicht an. Trotzdem wurde mit § 1591 BGB eine Norm geschaffen, die die Abstammung von der Mutter abweichend von dem § 1589 BGB angeblich zugrunde liegenden Prinzip der Blutsverwandtschaft zugunsten der Geburtsmutter entschied.

Für die Mutterschaft ist es daher ab dem KindRG m.E. zwingend, dass § 1591 BGB vorgibt, von welcher Frau ein Kind im Sinne des § 1589 BGB abstammt. Ein anderes Normverständnis ist nicht möglich, da die Regelungsanordnung des § 1591 BGB nur so zur Geltung gebracht werden kann. Denn § 1591 BGB besitzt im Gegensatz zu §§ 1592 ff BGB keinerlei Absicherungen, die eine Geltendmachung einer abweichenden Mutterschaft verhindern würden. Da die Mutterschaft selbst kaum Rechtsfolgen auslöst, sondern vor allem als Baustein der Verwandtschaft Funktion besitzt, liefe § 1591 BGB daher leer.

Man kann hier auch nicht argumentieren, dies betreffe nur die ohnehin verbotenen Fälle der Leihmutterschaft und nur in diesen Fällen werde daher eine von § 1589 BGB abweichende Mutterschaft definiert. Denn gerade diese „Ausnahmefälle“ haben den Gesetzgeber ja zu einem Tätigwerden veranlasst. Zudem spricht der Wortlaut „Mutter eines Kindes ist ...“ eine sehr deutliche Sprache, so dass eine einheitliche Mutterschaft der Geburtsmutter besteht, die das Tatbestandsmerkmal „abstammen“ des § 1589 BGB ausfüllt (vgl S. 66).

Für die Vaterschaft spricht der Wortlaut des § 1592 BGB eine ähnliche Sprache: Auch dort steht, wer Vater „ist“. Trotzdem kann dieses Ergebnis hier in Zweifel gezogen werden, da die Vaterschaft trotzdem weiter mit den Rechtsausübungssperren geschützt wird. Dass diese Argumentation nicht tragfähig ist, wurde aber im vorangehenden Abschnitt gezeigt. M.E. ist es daher zwingend, dass die konstitutive Begründung einer echten rechtlichen Vaterschaft von § 1589 BGB nachvollzogen werden muss. D.h. dass spätestens mit diesem schon in der Formulierung deutlich erkennbaren Systemwechsel im Recht der §§ 1591ff BGB der § 1589 BGB keinesfalls mehr von einem abweichenden System ausgehen kann und so das Verwandtschafts- und Abstammungsrecht nicht mehr auseinanderfallen können.

Nur wenn man der Anerkennung und Feststellung weiter nur deklaratorische Wirkung beimisst, dann hat § 1589 BGB einen Regelungsgehalt über die Definition der Verwandtschaft unter Verweis auf die Abstammung der §§ 1591ff BGB hinaus und definiert die „Blutsverwandtschaft“ als materiell-rechtlichen Begriff. Dies aber stellt aber eine ahistorische Auslegung des Begriffs „Blutsverwandtschaft“ dar (siehe dazu S. 54), die keine Stütze im Gesetz findet.

(d) Ergebnis

§ 1589 BGB hatte in der Urfassung des BGB und auch in späterer Zeit nicht die Funktion die Verwandtschaft als „Blutsverwandtschaft“ in dem Sinne, wie der Begriff seit den 1930er Jahren verstanden wird, zu definieren.

Die Funktion des § 1589 BGB nach dem KindRG hängt allein vom Verständnis der Vaterschaft und Mutterschaft seit dem KindRG ab. § 1589 BGB kann keine Erkenntnis für die Funktion der Vaterschaftsnormen liefern, vielmehr definiert er nur die Verwandtschaft, die durch die Abstammung nach Mutter (§ 1591 BGB) und Vater (§ 1592 BGB) definiert wird.

6) Ergebnis zur Begründung der Vaterschaft

Die bisher gefundenen Ergebnisse sprechen dafür, dass die Vaterschaft in der Ehe durch Geburt (§ 1592 Nr. 1 BGB) entsteht. Nach einer Anerkennung entsteht die Vaterschaft in dem Zeitpunkt, in dem Anerkennungserklärung und Zustimmung vorliegen, (§§ 1592 Nr. 2, 1594 I BGB) und bei Feststellung mit Rechtskraft des Urteils (§§ 1600d Abs. 4, 1592 Nr. 3 BGB).

Ein Umkehrschluss aus den Rechtsausübungssperren ist nicht möglich. Auch § 1589 BGB ist eine Norm, die die von § 1592 BGB vorgegebene Definition der Abstammung nachvollzieht, und ist nicht tauglich, ein abweichendes Ergebnis zu begründen.

Damit gelingt es erstmals, ein stimmiges Gesamtkonzept der Abstammungsnormen §§ 1589 ff darzustellen und auch zu begründen. Der h.M. ist es bisher nicht gelungen, aus den einzelnen Normen ein Gesamtsystem schlüssig zu begründen. Vollersen hat zwar erkannt, dass eine rechtliche Vaterschaft die bestehenden Friktionen auflösen kann. Allerdings hat er die notwendige historische Argumentation nicht betrieben. Gerade diese hat sich hier aber als fruchtbar erwiesen. Sie konnte letztlich alle Problem auf historische Wurzeln zurückführen und überwinden.

7) Die zeitliche Komponente: Rückwirkung oder Begründung ab Geburt

Die Ausführungen haben gezeigt, dass immer wieder die zeitliche Frage der Entstehung und Beendigung von Vaterschaft problematisiert wird. Insbesondere die Frage, ob sie mit Rechtsakt rückwirkend entsteht oder ob sie von Geburt an „latent“ besteht. Im Folgenden sollen beide Modelle vergleichend dargestellt werden und in das System eine „konstitutiven Vaterschaft“ eingefügt werden.

(a) Die Rückwirkung

Von der Frage der Entstehung und Beendigung zu unterscheiden ist die Frage, mit Wirkung zu welchen Zeitpunkt dies geschieht.

So war bereits mit der Urfassung des BGB anerkannt, dass die eheliche Vaterschaft mit Erhebung der Anfechtungsklage erlischt.⁶⁸⁸ Allerdings war auch anerkannt, dass aufgrund der materiellen Formulierung in § 1591 BGB, die nicht nur die Geburt in der Ehe sondern auch die Zeugung durch den Ehemann voraussetzte, das Kind von vornherein als unehelich zu behandeln war. Insofern ergab sich die Rückwirkung aus der gewählten Konstruktion eines „Rechtsscheins“ mit einer materiellen Gestaltungserklärung.

Die Rückwirkung findet sich aber auch in den Materialien zum NeG⁶⁸⁹. Und sie wird jedenfalls durch das KindRG nicht infrage gestellt. Sie ist als Strukturmerkmal des Abstammungsrechts zu akzeptieren. Sie ist zu Recht völlig h.M.⁶⁹⁰ Sie steht aber natürlich zur Disposition des Gesetzgebers. Unter Geltung eines rechtlich determinierten Abstammungsrechts, das spätestens seit dem KindRG für alle Vaterschaften besteht, handelt es sich bei der Rückwirkung um eine Fiktion. Sie kommt sowohl der Anfechtung als auch der Begründung von Vaterschaft nach § 1592 Nr. 2 und Nr. 3 BGB zu.

Rückwirkung heißt aber in diesem Zusammenhang nicht, dass die Wirkungen von Geburt an bestehen. Vielmehr wird ihr Bestand auf diesen Zeitpunkt zurück fingiert. Das heißt aber nicht, dass sie von Anfang an bestanden haben, wie die Vertreter einer latenten Vaterschaft dies behaupten. Vielmehr wird Rechtslage ex tunc hergestellt, die so nie bestanden hat.

Es stellt sich aber die Frage, ob die Rückwirkung überhaupt notwendig ist. Dies soll anhand der Funktionen der Rückwirkung beschrieben werden. Es lassen sich folgende Funktion der Rückwirkung beschreiben:

(aa) Rückabwicklung

Die Rückwirkung ermöglicht eine Rückabwicklung des Verhältnisses von Kind und Scheinvater.

Zum Zeitpunkt der Einwilligung des nun beseitigten Scheinvaters als gesetzlichen Vertreter, war dieser aufgrund der tatsächlich bestehenden Vaterschaft rechtlicher Vater und somit auch vertretungsbefugt. Insofern ermöglicht die Rückwirkung, diese Geschäfte rückabzuwickeln, auch

⁶⁸⁸ Motive Familienrecht, S. 663.

⁶⁸⁹ BT-Drs 5/2370, S. 57.

⁶⁹⁰ für die Anfechtung: BGH, MDR 2012, 288 - Abs-Nr. 15 (= o. Fn 656); Hahn, in: BeckOK-BGB (29), § 1599 Rn 16; Voppel, in: Staudinger-Eckpfeiler (Neubearbeitung 2012), Familienrecht Rn 188; *Schnitzler*, Münchener Anwalts-Handbuch Familienrecht § 29 Rn 99; OLG Hamm, NJW 2004, 2461 - Abs-Nr. 10 = StraFo 2004, 283 = NStZ 2004, 686; für die Vaterschaftsfeststellung: Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Az. 3 Wx 51/11 vom 20. Mai 2011 - Abs-Nr. 21; Nickel, in: Juris PK BGB (6), § 1600 Rn 3; noch zum NeG BVerfGE 74, 33 - Abs-Nr. 23 = NJW 1987, 1007 = EuGRZ 1987, 121 = MDR 1987, 465 = FamRZ 1987, 346 = JuS 1987, 569 = DAVorm 1987, 244 = AgrarR 1987, 162 = DNotZ 1987, 312 = NJW-RR 1987, 514 = ZfSH/SGB 1987, 266; zur Anerkennung: *Muscheler*, FPR 2005, 177, 179; für § 1592 gesamt: Rauscher, in: Staudinger (Neubearbeitung 2011), § 1592 Rn 78.

wenn die Literatur hier wegen der umfassenden Reichweite Ausnahmen konstruiert.⁶⁹¹ Die h.M. geht dabei davon aus, dass Handlungen, bei denen die Mutter mitgewirkt hat oder bei denen die Mutter allein gehandelt hat unproblematisch wirksam sind. Das trifft allerdings nur zu, wenn nicht später ein anderer Mann rückwirkend als Vater festgestellt wird, denn dann wäre dieser als Vertreter zu beteiligen gewesen. Die Problematik der Rückwirkung im Bereich der elterlichen Sorge wurde bereits in den Motiven thematisiert, die Motive haben sich jedoch entschieden, den Vertragspartnern keinen Vertrauensschutz zu gewähren, weil es dafür keine Notwendigkeit gebe.⁶⁹²

Aus der ex-ante Perspektive hat auch zum Zeitpunkt der Zahlung von Unterhalt durch den später beseitigten Scheinvater ein Anspruch gegen ihn bestanden. Erst durch den rückwirkenden Wegfall der Vaterschaft wird die Rückforderung nach § 812 BGB möglich, die aber regelmäßig an § 818 III BGB scheitern wird. Der Regress gegen den biologischen Vater wird ebenfalls mit rückwirkender Begründung der Vaterschaft des neuen Vaters (unabhängig von der biologischen Richtigkeit) möglich (siehe S. 167).

Das Gleiche gilt für erbrechtliche Rechtsfolgen: Verstarben Scheinvater oder Kind, traten die erbrechtlichen Rechtsfolgen wirklich ein. Das Kind oder der Vater wurden gesetzliche Erben oder Pflichtteilsberechtigte. Die Anfechtung hat dann die Wirkung, dass mit Rückwirkung ein Erbe oder Pflichtteilsberechtigter wegfällt. Das ist keine dem Erbrecht unbekanntes Konstellation, vielmehr führt die Anfechtungsklage gegen einen Erbunwürdigen zur exakt gleichen Konstellation. Nach § 2344 BGB gilt dann der Anfall als nicht erfolgt. Die gleiche Folge tritt ein bei einer Ausschlagung, § 1953 I BGB. Würde nun die Vaterschaft nur mit Wirkung ex nunc entfallen, hätten die so erreichten Güterverschiebungen weiter Bestand. Das hätte zur Folge, dass das Kind etwa nach zwei Vätern erben könnte, wenn es nach dem Tod des ersten Vaters die Vaterschaft anfechten und den biologischen Vater als Vater feststellen lassen würde.

Insofern ist die Rückwirkung für die Rückabwicklung notwendig und abgesehen von den Fällen der gesetzlichen Vertretung auch sinnvoll.

(bb) Anspruchsbegründung

Umgekehrt können Situationen entstehen, in denen rückwirkend Ansprüche begründet werden. So kann das Kind nach § 1613 BGB Unterhalt für die Vergangenheit verlangen. Zudem können erbrechtliche Ansprüche entstehen, obwohl der Erbfall bereits eingetreten war. Diese Rechtspositionen entstehen mit dem Zeitpunkt der Feststellung oder Anfechtung mit Rückwirkung

⁶⁹¹ zu den Folgen des Wegfalls der Sorge Rauscher, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2011), § 1599 Rn 34; Wellenhofer, in: MüKo-BGB (6), § 1599 Rn 53.

⁶⁹² Motive FamR, S. 663.

zur Geburt. Das Kind wird also auch dann noch Erbe nach dem Vater, wenn der Vater zum Zeitpunkt der Feststellung nicht mehr am Leben und die Erbschaft längst angefallen war. Hier würde eine etwaige Erbenstellung anderer gesetzlicher Erben rückwirkend vollständig entfallen und das Kind gesetzlicher Erbe werden. Das Kind könnte unter der Voraussetzung, dass es als Pflichtteilsberechtigter übergegangen wurde, wegen Übergehung Pflichtteilsberechtigter ein Testament anfechten, § 2079 BGB, wobei zu beachten ist, dass eine Anfechtung des Testaments vor Vaterschaftsfeststellung nicht rückwirkend wirksam werden soll.⁶⁹³

Auch diese Konstellation ist dem Erbrecht nicht fremd. Vergleichbar ist etwa die Konstellation, wenn ein zur Zeit des Erbfalls gezeugtes aber ungeborenes Kind lebend zur Welt kommt, § 1923 II BGB.

(cc) Erfüllungswirkung

Aufgrund der Rückwirkung der Begründung sind Leistungen des biologischen Vaters, die dieser vor Feststellung der Vaterschaft erbracht hat, als von Anfang an mit Rechtsgrund erbracht anzusehen. Zudem führt diese Rückwirkung dazu, dass die Leistungen während des Schwebezustands nach § 814 BGB nicht zurück gefordert werden können. Erst, wenn klar wird, dass der Leistende niemals als Vater festgestellt wird, etwa weil eine Anfechtung nicht mehr möglich ist, kann er die Leistung kondizieren.⁶⁹⁴

Das gilt auch für Leistungen, die aufgrund einer einstweiligen Anordnung erbracht wurden, wenn später eine Zuordnung des Vaters stattgefunden hat.

(dd) Statuswirkung

Durch den rückwirkenden Wegfall der Vaterschaft kann eine schwebend unwirksame Vaterschaftsanerkennung nach § 1594 II BGB wirksam werden.

(b) Die latente Vaterschaft

Es wurde bereits dargestellt, dass die Funktion einer „latenten“ Vaterschaft neben der Rückwirkung fraglich ist. Im Folgenden soll daher überprüft werden, ob diese Kategorie neben der Rückwirkung eine eigenständige Rolle spielen kann.

Eine solche latente Vaterschaft liegt vor, wenn behauptet wird, ein Mann sei Vater, obwohl er diesen Status familienrechtlich nicht innehat. So etwa, wenn behauptet wird, der biologische Erzeuger sei der wahre Vater, der Ehemann nur der rechtliche Vater. Oder wenn vom Vater gesprochen wird, obwohl keine Anerkennungserklärung vorliegt.

⁶⁹³ BayObLG, BayObLGZ 2003, 68, 85.

⁶⁹⁴ so für aufschiebend bedingte Forderungen Lorenz, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2007), § 814 Rn 9.

Eine latente Vaterschaft kann im Prinzip schon nicht mehr angenommen werden, wenn man, wie oben auf S. 179 gezeigt, annimmt, dass § 1589 BGB gar keine Abstammung begründen will, sondern diese voraussetzt, weil schlicht keine Norm mehr zur Verfügung steht, auf die diese begründet werden kann. So wird in der Literatur immer wieder darauf verwiesen, dass § 1589 BGB festlegt, dass aufgrund der blutsmäßigen Abstammung ab Geburt die Abstammung und die Ansprüche zwar ab Geburt bestünden, diese aber nur nicht geltend gemacht werden können.

Die Argumentation mit einer latenten Vaterschaft ist geeignet, das Statusprinzip, das in § 1592 BGB seinen klaren Ausdruck gefunden hat, argumentativ zu untergraben, weil es dem Rechtsanwender ermöglicht, das Tatbestandsmerkmal „Vater“ oder „Elternteil“ alternativ an die latente Vaterschaft anzuknüpfen und nicht an die rechtliche Vaterschaft.

(aa) Rückabwicklung

Auch die latente Vaterschaft ist grundsätzlich geeignet, eine Rückabwicklung zu ermöglichen. So etwa beim Scheinvaterregress, den der BGH aufgrund einer Durchbrechung des § 1599 I BGB dem Scheinvater gegen den biologischen Vater zugesteht. Hier soll ein wesentlicher Grund dafür liegen, wieso die Frage des Entstehungszeitpunkts auch praktisch relevant ist, weil nur so ein Scheinvaterregress stattfinden kann.⁶⁹⁵

Dann allerdings stellen sich Fragen der Konkurrenz zwischen rechtlichem Vater und biologischem Vater. Typischerweise wird gegenüber oder durch den rechtlichen Vater eine Rückabwicklung erfolgen, weil die rechtliche Vaterschaft nicht der biologischen entspricht und der biologischen der Vorrang eingeräumt werden soll.

Diese Funktion erfüllt jedoch bereits die Rückwirkung, die auch von den Vertretern einer biologisch determinierten Vaterschaft angenommen wird. Die latente Vaterschaft ist daher nur notwendig, um Ansprüche begründen zu können, obwohl keine rechtliche Vaterschaft besteht, weshalb die Literatur und die Rechtsprechung dann, wie oben (S. 161ff) gezeigt, die Rechtsausübungssperren durchbrechen wollen, um an die biologische Vaterschaft anknüpfen zu können. Durch diese Argumentation wird aber die eigentliche Frage verdeckt: Frage muss eigentlich sein, ob der Anspruch dem nur biologischen Vater zustehen kann oder sich gegen ihn richten darf in Abweichung vom Statusprinzip des § 1592 BGB.

Solche Ansprüche sind daher nur denkbar, wenn der Gesetzgeber sich klar für deren Schaffung entschieden hat und den Anspruch somit an die biologische Vaterschaft anknüpft und nicht an die

⁶⁹⁵ *Billig*, Der scheidungsakzessorische Statuswechsel gemäß § 1599 II BGB, S. 100.

rechtliche. Dann aber ist die latente Vaterschaft zur Begründung des Anspruchs nicht notwendig: Anknüpfungspunkt ist dann die biologische Vaterschaft an sich (siehe oben S. 165 und unten S. 204).

(bb) Anspruchsbegründung

Das Gleiche gilt für die Begründung von Ansprüchen: Natürlich kann man auch dem nur biologischen Kind eine Erbenstellung einräumen. Damit allerdings stellt sich die umgekehrte Frage, ob das nur rechtliche Kind neben dem biologischen Kind erbt und ob etwa das Kind nach seinem biologischen und rechtlichen Vater, also nach zwei Vätern, erbt. Eine solche Erbfolge aufgrund biologischer Abstammung widerspricht damit klar dem Statusprinzip und dem Regelungszweck des § 1592 BGB. Wenn neben dem Vater, der in § 1592 BGB definiert ist, auch noch die biologische Vaterschaft die rechtlich gleichen Wirkungen zeigt. Diese Ansprüche sollen zwar nur entstehen und wegen der Rechtsausübungssperren nicht geltend gemacht werden können, damit ist aber noch nicht das Konkurrenzproblem zwischen den beiden Vaterschaften gelöst. Hingegen lässt ein konstitutives System eine solche Konkurrenz gar nicht erst entstehen.

(cc) Erfüllbarkeit und einstweiliger Rechtsschutz

In der Literatur wird immer wieder mit der latenten Vaterschaft argumentiert im Hinblick auf die Erfüllbarkeit von Ansprüchen. So sei nur aufgrund einer bestehenden latenten Vaterschaft erklärbar, dass der biologische Vater in der Lage ist, die Unterhaltsansprüche des ihm nicht zugeordneten Kindes zu erfüllen.⁶⁹⁶ Auch sei nur so zu erklären, weshalb aufgrund einer einstweiligen Anordnung der biologische Vater zur Zahlung von Unterhalt vor Durchführung eines Statusverfahrens verpflichtet werden kann.⁶⁹⁷

Beides geht jedoch an der Sache vorbei. Dem Schuldner ist es natürlich möglich auch ungewisse, zukünftige oder bedingte Ansprüche zu erfüllen, § 362 II § 185 II S. 2 Fall 2 BGB.⁶⁹⁸ Genau wie die Abtretung einer ungewissen Forderung möglich ist, ist auch die Zahlung auf eine solche Forderung möglich.⁶⁹⁹ Dies ist jedenfalls dann unproblematisch, wenn der Unterhaltsempfänger mit dieser Leistung einverstanden ist.

Problematisch ist allenfalls, wer das Risiko der Nichtentstehung trägt, ob also ein Fall des § 814 BGB vorliegt.⁷⁰⁰

⁶⁹⁶ Brüggenmann, FamRZ 1966, 120, 531, 532.

⁶⁹⁷ Brüggenmann, FamRZ 1966, 120, 531, 532.

⁶⁹⁸ Gursky, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2009), § 185 Rn 71.

⁶⁹⁹ Rohe, in: BeckOK-BGB (29), § 398 Rn 32.

⁷⁰⁰ Lorenz, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2007), § 814 Rn 9.

Aber auch die einstweilige Anordnung ist nicht auf eine latente Vaterschaft angewiesen: Erstens steht zum Zeitpunkt der Anordnung noch gar nicht fest, ob der in Anspruch Genommene überhaupt der biologische Vater ist. Daher kann auch die latente Vaterschaft die Anordnung nicht stützen, denn auch sie beruht nur auf der prozessualen Vermutung des § 1600d II BGB. Zweitens ist es eben gerade kein Charakteristikum des einstweiligen Rechtsschutzes, dass der gesicherte Anspruch bestehen muss. Vielmehr genügt die Wahrscheinlichkeit, dass er besteht oder in diesem Fall einmal bestehen wird. Daher knüpft die einstweilige Anordnung auch an die Stellung eines Statusantrags an (§ 248 FamFG) und stellt so weitgehend sicher, dass der Anspruch entstehen wird, wenn der in Anspruch Genommene tatsächlich auch der biologische Vater ist. Aufgrund der Rückwirkung entsteht der Anspruch dann auch für den Zeitraum vor Feststellung.

Vor dem KindRG war durch § 1600o BGB NeG zwar nicht sichergestellt, dass tatsächlich ein Feststellungsverfahren betrieben wird, der Anspruch war aber in zeitlicher Hinsicht auf drei Monate beschränkt, damit war sichergestellt, dass jedenfalls dauerhafter Unterhalt nur mit einer Statusentscheidung zu erlangen war.

(dd) Vermeidung von Vaterlosigkeit

In der Literatur wird behauptet, die latente Vaterschaft sei notwendig, damit das Kind nicht für den Zeitraum bis zur Feststellung oder Anerkennung vaterlos sei, was dem § 1599 II BGB widerspräche.⁷⁰¹

Das ist in mehrfacher Hinsicht zweifelhaft. Erstens ist die Behauptung, der Sonderfall des scheidungsakzessorischen Statuswechsels (§ 1599 Abs. 2 BGB) begründe ein „Verbot der Vaterlosigkeit“, sehr weit hergeholt.

Zweitens ist der Nutzen einer solchen Vaterschaft ja ohnehin nicht vorhanden, denn sie soll ja nicht geltend gemacht werden dürfen. Es ginge daher eher um eine symbolische, denn um eine rechtlich nützliche Position.

(ee) Rückwirkung

Das Bestehen des Kindschaftsverhältnisses ab Geburt wird immer wieder mit der Rückwirkung gleichgesetzt: „Konsequenz ist, daß die Zuordnung auf den Geburtszeitpunkt zurückwirkt.“⁷⁰² Das verwirrt insofern, als doch die latente Vaterschaft gerade sowieso von Geburt an bestehen soll, weshalb nicht einleuchtet, wieso darin eine Rückwirkung liegen soll.

⁷⁰¹ Veit, FamRZ 1999, 902, 904; Billig, Der scheidungsakzessorische Statuswechsel gemäß § 1599 II BGB, S. 103.

⁷⁰² Billig, Der scheidungsakzessorische Statuswechsel gemäß § 1599 II BGB, S. 101.

(c) Fazit

Der latenten Vaterschaft kommt keine eigene notwendige Funktion neben der Rückwirkung zu. Soweit sie nur eine phänomenologische Beschreibung ist, bringt Sie ebenfalls keinen Gewinn. Sie ist daher nicht nur unnötig, sie ist sogar geeignet, das Abstammungsrecht insgesamt unübersichtlich zu machen. Eine solche Konstruktion ohne jede Auswirkung ist überflüssiger Ballast, wie *Schlosser* generell über Rechte, die nicht geltend gemacht werden können, zutreffend urteilt.⁷⁰³ Und auch *Vollersen* kritisiert die latente Vaterschaft zu Recht.⁷⁰⁴

So dürften die Aussagen in der Literatur, das Abstammungsrecht sei offen ungereimt,⁷⁰⁵ maßgeblich auf den von einer latenten Vaterschaft heraufbeschworenen Problemen beruhen.

Es ist daher in meinen Augen zwingend, dass die latente Vaterschaft und ihre These „die Vaterschaft bestehe ab Geburt und ihre Ansprüche seien nur nicht durchsetzbar“ aus der Familienrechtsdogmatik entfernt werden. Dementsprechend formuliert die Bundesregierung auch inin Bezug auf das Umgangsrecht des biologischen Vaters: „Einer "biologischen" Vaterschaft ohne diese rechtliche Legitimation wird keine Rechtsposition eingeräumt“.⁷⁰⁶

(d) Beendigung

Nachdem die Begründung der Vaterschaft nun untersucht wurde, soll abschließend noch die Beendigung der Vaterschaft in zeitlicher Hinsicht untersucht werden.

Die Beendigung der Vaterschaft ist vollständig in § 1599 BGB geregelt. Dabei kennt das Gesetz zwei Varianten: Den scheidungsakzessorischen Statuswechsel (§ 1599 II BGB) und die Rechtskraft des Anfechtungsurteils (§ 1599 I BGB). Die Erhebung der Anfechtungsklage hingegen hat seit dem KindRG keinerlei Rechtswirkung. Insofern liegt in § 1599 I BGB die klare Hinwendung zur Gestaltungsklage (siehe dazu auch unten S. 208). Auch die Beendigung hat Rückwirkung, wie oben bereits besprochen wurde.

In materieller Hinsicht unproblematisch ist die Beendigung der Vaterschaft durch die Rechtskraft des Beschlusses im Anfechtungsprozess, § 1599 Abs. 1 BGB. Auf diese Fallgruppe wird daher vor allem im Rahmen der prozessualen Fragestellungen einzugehen sein (siehe S. 208). Wichtig ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass es m.E. keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass durch das Urteil im Anfechtungsprozess eine von der materiellen Rechtslage abweichende prozessuale Lage nicht entsteht. Es sind Fälle denkbar, in denen die Anfechtungsklage Erfolg hat, obwohl der Vater doch der

⁷⁰³ *Schlosser*, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 62f.

⁷⁰⁴ *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 176ff.

⁷⁰⁵ Seidel, in: Müko-BGB (6), § 1589 BGB Rn 13.

⁷⁰⁶ BR-Drs. 751/03 S. 10.

biologische Vater ist. Das können Verwandtenfälle sein, in denen die Genuntersuchungen nicht eindeutig sind oder Fälle in denen bei der Analyse Fehler passiert sind. Trotzdem entsteht dann keine „latente Vaterschaft“ des beseitigten Vaters. Denn eine solche existiert nicht und entsteht auch nicht durch irrtümlicherweise erfolgreiche Anfechtung.

(aa) Sonderfall „scheidungsakzessorischer Statuswechsel“

Problematischer sind die Fälle des scheidungsakzessorischen Statuswechsels. Denn hier fehlt ein gerichtlicher Beschluss, es liegt eine rein materielle Gestaltung vor.

Beim sogenannten scheidungsakzessorischen Statuswechsel (§ 1599 Abs. 2 BGB) wird, ausnahmsweise ohne gerichtliche Entscheidung, eine Vaterschaft „beendet“ und eine zeitgleich neue begründet.

Diesem Sonderfall widmet sich die Monographie von *Billig*.⁷⁰⁷ Dabei legt sie ihrer Untersuchung grundsätzlich eine Rückwirkung von Anfechtung und Anerkennung zugrunde.⁷⁰⁸ Aus dieser Grundfrage werden die Folgefragen für den speziellen Fall bzgl. Sorge und Namensrecht diskutiert.

Insbesondere die Frage danach, ob zunächst die Begründung der Vaterschaft durch § 1599 II BGB und deren anschließende Anfechtung dazu führt, dass der ab Geburt zugeordnete Ehemann nach § 1592 Nr. 1 BGB ebenfalls wieder rückwirkend Vater wird, wird von ihr breit untersucht.

Zu diesem Ergebnis kann man kommen, weil § 1599 II BGB als Wirksamkeitsvoraussetzung die Anerkennung voraussetzt. Stattet man nun die Anfechtung der Vaterschaft mit Rückwirkung aus, kann man argumentieren, diese beseitige die Anerkennung komplett und damit auch den Wegfall der Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 BGB. Das Problem stellt sich nur bei § 1599 II BGB, weil die Beendigung ansonsten immer durch einen Beschluss mit Rechtskraft erfolgt, der aufgrund der Rückwirkung der späteren Anfechtung nicht mitentfallen kann.⁷⁰⁹

Die soweit ersichtlich völlig h.M. geht dabei davon aus, dass die alte Vaterschaft nicht wieder auflebt.⁷¹⁰ Dabei wird argumentiert, die alte Vaterschaft sei endgültig aufgehoben, durch die Anordnung, dass §§ 1592 Nr. 1 und 1593 BGB nicht gälten und daher der Wortlaut eine solche Rückwirkung nicht trage. Als entscheidendes Tatbestandsmerkmal wird hier angeführt, dass der Gesetzgeber den Fall mit § 1593 S. 4 BGB bei der Wiederverheiratung geregelt und eine allgemeine

⁷⁰⁷ *Billig*, Der scheidungsakzessorische Statuswechsel gemäß § 1599 II BGB.

⁷⁰⁸ *Billig*, Der scheidungsakzessorische Statuswechsel gemäß § 1599 II BGB, S. 104.

⁷⁰⁹ *Billig*, Der scheidungsakzessorische Statuswechsel gemäß § 1599 II BGB, S. 104.

⁷¹⁰ *Gaul*, FamRZ 1997, 1441, 1454; *Rauscher*, in: *Staudinger* (Neubearbeitung 2011), § 1599 BGB Rn 111; a.A. *Schumann*, Die nichteheliche Familie, S. 264; *Billig*, Der scheidungsakzessorische Statuswechsel gemäß § 1599 II BGB, S. 113ff.

Lösung unterlassen hat.⁷¹¹ Als weiteres Argument wird angeführt, dass die Erklärung der Beteiligten die gleiche Wirkung wie eine Anfechtungsklage habe.⁷¹²

Billig entwickelt zur Begründung der Gegenansicht eine Analogie zu § 1593 S. 4 BGB. § 1599 II BGB regle ihrer Meinung nach die Problematik nicht, weshalb möglicherweise auf Grundlage des § 1593 S. 4 BGB eine Zuordnung zum alten Ehemann stattfinden muss. Sie begründet dies entscheidend mit der Reichweite der Rückwirkung der Anfechtung. Diese führe nicht nur zum Wegfall der Anerkennung, sondern auch zum Wegfall der Vaterschaftsaberkennung.⁷¹³

(aaa) Stellungnahme

Billig geht in Ihrer umfassend begründeten Arbeit zutreffend von einer Rückwirkung der Anfechtung und der Anerkennung aus. Entscheidend ist aber in diesem Zusammenhang, wie man die Rückwirkung versteht. Wird mit Anfechtung der Vaterschaft durch Anerkennung und damit der Wirkung des § 1599 II BGB als Folge einer dreiseitigen Anerkennung die Vaterschaft rückwirkend vernichtet oder wird nur die Anerkennung und alle ihre Folgen rückwirkend vernichtet?

Nur, wenn man die Rückwirkung allein auf die Anerkennung und nicht auf die Vaterschaft bezieht, kann man auf die Idee kommen, die Vaterschaft des Ex-Ehemanns nach § 1592 Nr. 1 BGB wieder aufleben zu lassen. Bezieht man hingegen die Rückwirkung allein auf Entfallen und Begründung der jeweiligen Vaterschaft, kommt man mit der Rückwirkung nicht zu diesem Ergebnis.

Insofern eignet sich der scheidungsakzessorische Statuswechsel zur Präzisierung des Rückwirkungsmechanismus.

Der Wortlaut des § 1599 I BGB und auch des § 1599 Abs. 2 BGB sind in diesem Zusammenhang wenig fruchtbar, weil sie lediglich davon sprechen, dass § 1592 Nr. 1, 2 und § 1593 BGB hier nicht gelten. Bezieht man sich aber auf den ursprünglichen Gedanken der Rückwirkung zurück, die Vermutung oder Fiktion der Ehelichkeit entfallen zu lassen (§ 1591 BGB 1900), spricht viel dafür, dass es sich um die Rückwirkung der Vaterschaft handelt, ohne dass dies zu einem Entfallen von Zwischenwirkungen wie etwa einem Aufleben einer alten Vaterschaft führen würde.

Die Rückwirkung von Vaterschaftsbegründung und Beendigung soll nicht die Folgen von Anfechtung oder Anerkennung rückgängig machen, sondern dafür sorgen, dass das Kind ab Geburt einen Vater im Rechtssinn hat bzw. die fehlerhafte Zuordnung ab Geburt aufgehoben wird. Die Funktion, eine Vaterlosigkeit zu vermeiden kommt ihr nur kraft Fiktion zu.

⁷¹¹ *Gaul*, FamRZ 1997, 1441, 1456.

⁷¹² *Greßmann*, Neues Kindschaftsrecht, Rn. 94.

⁷¹³ *Billig*, Der scheidungsakzessorische Statuswechsel gemäß § 1599 II BGB, S. 113 – 115.

Hingegen dürfte dies nicht so zu verstehen sein, dass als Folge einer Anfechtung möglichst eine alte Vaterschaft wieder aufleben soll, wie *Billig* argumentiert.⁷¹⁴ Wiederum gilt hier die eingangs bereits aufgestellte These, dass aus technischen Normen keine Prinzipien extrahiert werden sollten, mit denen diese anschließend wieder ausgelegt werden. So etwa, wenn man aus § 1599 II BGB das Prinzip „Vermeidung einer Vaterlosigkeit“ extrahiert, mit dem man anschließend diese Norm wieder auslegt. Dabei zitiert *Billig* den Willen des Gesetzgebers, der als Regelungsidee des scheidungsakzessorischen Statuswechsels die „Vermeidung von Vaterlosigkeit“ vor den Augen gehabt habe. Diesen Zweck erstreckt sie sodann auf den späteren Wegfall dieser Vaterschaft und erhebt diese eine Idee damit zum Prinzip.⁷¹⁵

Die Anfechtung einer Vaterschaft nach scheidungsakzessorischem Statuswechsel führt daher nicht zum Wiederaufleben der Vaterschaft des Ex-Ehemanns.

(bb) Fazit

Die Vaterschaft endet daher mit Rechtskraft des Anfechtungsbeschlusses. Soweit keine Restitution oder Aufhebung durch § 185 FamFG stattfindet, in jedem Fall endgültig. Das gilt auch für einen scheidungsakzessorischen Statuswechsel nach § 1599 II BGB der zum endgültigen Entfall der Vaterschaft des Ehemannes führt. Trotzdem kann natürlich durch die Fiktion der Rückwirkung, wenn die Rechtskraft nicht entgegen steht, der selbe Mann erneut mit Rückwirkung als Vater zugeordnet werden.

8) Ergebnisse zur Vaterschaft

Durch Anwendung der subjektiven historischen Methode ist es im nun abgeschlossenen Kapitel gelungen, die von der Literatur und Rechtsprechung aufgeworfenen Probleme der Vaterschaft sachgerecht zu lösen. Es hat sich gezeigt, dass die behaupteten Unstimmigkeiten durch eine Analyse der Einzelnorm und ihrer Geschichte ein stimmiges Gesamtkonzept entwickeln hat lassen. Dies gilt sowohl für das Verhältnis von § 1589 BGB zu § 1591ff BGB, als auch für die Funktion der Rechtsausübungssperren. Dabei kommt dieses System in allen Fragestellungen auf die gleichen Ergebnisse, auf die auch die Rechtsprechung mit den zahlreichen Durchbrechungen der Rechtsausübungssperren kommt. Das vorgestellte System ist aber in sich widerspruchsfrei und benötigt keine Ausnahmen und Rückausnahmen zum Erreichen dieses Ziels. Die Ergebnisse werden vielmehr durch eine Auslegung der jeweils streitentscheidenden Normen in ihrem historischen gesetzlichen Kontext erreicht.

⁷¹⁴ *Billig*, Der scheidungsakzessorische Statuswechsel gemäß § 1599 II BGB, S. 119ff.

⁷¹⁵ *Billig*, Der scheidungsakzessorische Statuswechsel gemäß § 1599 II BGB, S. 112ff was insofern verwundert, weil nach *Billig* das Kind ohnehin wegen § 1589 BGB einen Vater haben soll, wie sie auf S. 103 darstellt.

Vaterschaft entsteht nach hier vertretener Ansicht durch die Definitionsnorm § 1592 BGB. Dabei entsteht die so begründete Vaterschaft konstitutiv durch Geburt in der Ehe oder durch die Rechtsakte Anerkennung oder gerichtliche Feststellung. Sie erlischt durch Anfechtung oder nach § 185 FamFG.

Begründung und Beendigung haben jeweils Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Geburt. Dabei zeigt das Beispiel des statusakzessorischen Statuswechsels nach § 1599 II BGB, dass die Rückwirkung nicht eine Rückabwicklung aller „Statusakte“ auslöst, sondern sich auf die einzelne Vaterschaft bezieht. Der Fortfall einer Vaterschaft kann also nicht zum Aufleben einer bereits entfallenen Vaterschaft führen.

Den sog. Rechtsausübungssperren kommt in einem solchen konstitutiven System nur eine Hilfsfunktion zu, die sich auf den Zeitpunkt der Wirksamkeit bezieht, letztlich sind sie überflüssig.

§ 1589 BGB ist ohne Einfluss auf die Vaterschaft, ein Prinzip der Blutsverwandtschaft existiert in ihm nicht.

IV Wechselwirkungen zwischen Mutterschaft und Vaterschaft

Bevor zusammenfassend das materielle Verwandtschaftsrecht dargestellt wird, soll in einem letzten Abschnitt die Wechselwirkungen zwischen Mutterschaft und Vaterschaft dargestellt werden.

Dies ist insofern interessant, weil der Mutterschaft im Regelfall (Ausnahme: § 169 Nr. 1 FamFG, dazu S. 219) die Stabilität fehlt. Die Mutterschaft knüpft nicht an einen Statusakt an, sondern an einen tatsächlichen Vorgang. Sie kann daher jederzeit inzident überprüft werden.

Es stellt sich daher die Folgefrage, inwieweit eine falsche Mutterschaft sich auf die Stabilität der Vaterschaft auswirken kann und ob das Gesetz genügend Mechanismen besitzt, um entsprechenden Problemen zu begegnen. Es soll daher im Folgenden für jeden Fall der Vaterschaft untersucht werden, wie sich die „Scheinmutterschaft“ auf die Vaterschaft auswirkt. Scheinmutterschaft meint in diesen Fällen immer, dass eine Frau, die das Kind nicht geboren hat, als Mutter im Personenstandsregister geführt wird und das Kind sich auch dort in einer sozialen Familie befindet. Im Regelfall wird dies Folge einer Vertauschung sein.

Ein Einfluss besteht grundsätzlich auf alle Möglichkeiten der Begründung von Vaterschaft. Wenn die Mutter ein Anfechtungsverfahren betrieben hat, besteht auch bezüglich ihrer Beendigung eine mögliche Wechselwirkung.

1) Vaterschaft kraft Ehe, § 1592 Nr. 1 BGB

Ein unmittelbarer Einfluss der Mutterschaft besteht bei § 1592 Nr. 1 BGB. Hier ist die Ehe mit der Mutter entscheidend für die Frage der Vaterschaft.

Die Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 BGB wird geschützt durch § 1599 BGB. Diese Vorschrift stellt sicher, dass die Vaterschaft nur durch Anfechtung beseitigt werden kann. Eine Anfechtung ist aber nur notwendig und auch zulässig, wenn der Mann tatsächlich rechtlicher Vater des Kindes ist. Soweit die falsche Frau als faktische Mutter zugeordnet ist, wird auch der Ehemann im Regelfall nicht der wahre Vater sein. Gleichzeitig ist er aber auch gar nicht der rechtliche Vater, weil er nicht mit der Mutter im Sinne des § 1591 BGB verheiratet ist. Ein Anfechtungsverfahren ist daher nicht zulässig; vielmehr ist ein Verfahren auf Feststellung der Vaterschaft nach § 169 Nr. 1 FamFG durchzuführen.

Hier liegt also letztlich nur der Rechtsschein einer Vaterschaft vor, erzeugt durch eine falsche Eintragung im Personenstandsregister, der nach § 54 PStG eine Beweiswirkung zukommt. Behauptet der Scheinvater also im Prozess, das Kind sei verwechselt worden, könnte die Vaterschaft über den Umweg der Mutterschaft entgegen der normalerweise bestehenden Konzeption doch inzident überprüft werden. Es besteht kein Schutz für den Bestand der Vaterschaft, auch durch den Ablauf einer Frist wie bei der Anerkennung kann die Vaterschaft nicht hergestellt werden.

Besonders gravierend ist das Ergebnis, wenn die wahre Mutter und die Scheinmutter beide verheiratet waren. Nachdem die Verwechslung bemerkt wurde, steht dann fest, dass weder die soziale Mutter noch der soziale Vater rechtliche Eltern beider Kinder sind, weil keine Anerkennung des Kindes durch den Mann möglich ist.

(a) Möglichkeiten zur Erlangung der rechtlichen Elternschaft

Wenn die sozialen Eltern diese Rolle auch rechtlich erlangen wollen, stellt sich die Frage, wie dies zu erreichen ist. Weder der sozialen Mutter noch dem sozialen Vater steht die Möglichkeit der Anerkennung offen: Für die Mutterschaft existiert kein solches Institut. Für den sozialen Vater scheidet die Anerkennung an der fehlenden Zustimmung der Mutter, also der Frau, die das Kind tatsächlich geboren hat. Selbst wenn diese durch einen Pfleger mangels Kenntnis von der richtigen Mutter ersetzt wird, besteht möglicherweise eine Vaterschaft eines anderen Mannes, so dass eine Anerkennung wegen § 1594 II BGB mit erheblichen Unsicherheiten belastet ist. Denn rechtlicher Vater des Kindes ist der Ehemann der wahren (verheirateten) Mutter, § 1592 Nr. 1 BGB

Dieses Ergebnis könnte dafür sprechen, in derartigen Fällen § 1598 II BGB analog anzuwenden und so die Eintragung von Mutter und Vater im Personenstandregister wirksam werden zu lassen. Hier stellt sich aber schon die Frage, ob wirklich eine Regelungslücke besteht.

(aa) Probleme einer möglichen Adoption

Eine Lücke im Gesetz besteht nur dann, wenn nicht nur das betrachtete Rechtsgebiet keine Lösung für das Problem bereithält, sondern wenn die ganze Rechtsordnung das Problem nicht löst. Für den hier problematisierten Fall besteht jedoch die Möglichkeit der Adoption und zwar bei unbekanntem Aufenthalt der Eltern nach § 1747 IV BGB ohne Einwilligung der Eltern. Eine Regelungslücke liegt daher nicht vor. Der Gesetzgeber hat lediglich die Besonderheiten des Falls nicht einem besonderen Ausgleich zugeführt sondern ein allgemeines Institut geschaffen.

Problematisch sind hier aber die Fälle, in denen die Annehmenden das Mindestalter nach § 1743 BGB nicht erreichen. Hier ist wertungsmäßig eine teleologische Reduktion geboten. Soweit eine Adoption eines verwechselten Kindes also an der Altersgrenze scheitert, ist aufgrund der verfassungsmäßig geschützten gelebten sozialen Familie von diesem Erfordernis abzusehen.

Eine solche Reduktion ist gerechtfertigt, da der Normzweck des § 1743 BGB nicht dagegen spricht. Die Norm soll verhindern, dass zu junge Menschen eine Verantwortung für ein Kind übernehmen. Wenn diese Verantwortung aber ohnehin besteht, weil sie tatsächlich gelebt wird und wurde, gibt es keinen Grund, diese Adoption zu versagen. Zudem haben die Eltern selbst ein Kind gezeugt und dieses nur aufgrund äußerer Umstände verloren. Daher müssten sie diese Verantwortung bei einem störungsfreien Ablauf ohnehin tragen, nur eben für ein anderes Kind.

Dem steht auch das Europäische Adoptionsübereinkommen nicht entgegen. Dort ist ein Mindestalter von 21 Jahren gefordert, von dem aber nach Art 7 II abgewichen werden darf, wenn besondere Umstände vorliegen.

Sollten die wahren Eltern des Kindes bekannt werden, wird häufig in Fällen, in denen die Geburt mehrere Jahre zurück liegt, ein „Tausch“ der Kinder für alle Beteiligten nicht in Betracht kommen. Jedenfalls wäre ein Austausch nicht im Interesse der Kinder, die ihre Bezugspersonen verlieren würden. Auch hier bietet sich die Lösung über eine wechselseitige Adoption mit Zustimmung der jeweils wahren rechtlichen Eltern an. Eine Anerkennung durch den sozialen Vater scheitert weiterhin an § 1594 II BGB und eine Anfechtung der rechtlichen Vaterschaft scheidet aus, da sie korrekt ist.

Sollte eines der beiden Elternpaare mit der Adoption nicht einverstanden sein, kann die Einwilligung zur Adoption allerdings dem Wortlaut nach nicht nach § 1748 BGB ersetzt werden. Dafür wäre eine gröbliche Vernachlässigung oder sonstige schwere Verfehlung mangels Kenntnis von der Elternschaft notwendig. Die Verweigerung der Adoption kommt hier m.E. nicht als solcher Verstoß in Frage, da somit Verfehlung und ersetzte Einwilligung zusammenfallen würden. Dann würde man aber letztlich schlichtweg eine Kindeswohllentscheidung treffen, was vom Gesetz nicht vorgesehen ist.

(bb) Verfassungsrechtliche Wertung

Aus verfassungsrechtlichen Wertungen könnte sich jedoch eine Verpflichtung dazu ergeben, diese soziale Familie auch abstammungsrechtlich anzuerkennen.

Kernfrage ist dabei, inwieweit eine soziale Eltern-Kind-Beziehung verfassungsrechtlich geschützt ist. Dazu gibt es jüngere Entscheidungen des BVerfG zu gewissen Teilfragen. Das BVerfG hat entschieden, dass der biologische Vater die Möglichkeit haben muss, eine Vaterstellung erlangen zu können, wenn zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind keine sozial-familiäre Beziehung besteht.⁷¹⁶ Daraufhin hat der Gesetzgeber mit § 1600 I Nr. 2 BGB und § 182 I FamFG die Möglichkeit des biologischen Vaters geschaffen, die rechtliche Vaterschaft anzufechten. Das hat zur Folge, dass der Anfechtende als Vater des Kindes festgestellt wird, wenn die Anfechtung erfolgreich ist.

Dieser Fall kann aber nicht einfach auf die vorliegende Konstellation übertragen werden. In der entschiedenen Konstellation war die soziale Familie gleichzeitig auch die rechtliche Familie, während hier nur eine soziale Familie vorliegt.

Wird also die soziale Familie nur dann geschützt, wenn sie auch rechtlich verfestigt war, scheitert hier eine verfassungsrechtlich gebotene Rechtsfortbildung am mangelnden Elternrecht der sozialen Eltern. In der vorliegenden Fragestellung sind die Eltern nämlich weder rechtliche noch biologische Eltern. In der maßgeblichen Entscheidung formuliert das BVerfG: „Wenn aber das Elternrecht aus Art. 6 II Satz 1 GG Rechte nur zusammen mit Pflichten vermittelt, kann auch Inhaber dieses Rechts nur sein, wer zugleich die Elternverantwortung trägt, unabhängig davon, ob sich die Elternschaft allein auf Abstammung oder auf Rechtszuweisung gründet (vgl. *BVerfGE* 56, 363 <381 ff.>; 75, 201 <218 f.>; 79, 203 <210>; 80, 286 <295>).“⁷¹⁷ Das weist einerseits in die Richtung, dass das Tragen von Verantwortung über einen langen Zeitraum genügen kann, um Elternschaft zu begründen. Wenn aber die Liste „Abstammung oder Rechtszuweisung“ eine abschließende ist, dann spricht das natürlich auch gegen die Möglichkeit, dass allein die soziale Elternschaft verfassungsrechtlich anerkannt ist. Andererseits zeigt die Formulierung, dass die gelebte Elternschaft zwingende Voraussetzungen für den verfassungsgemäßen Schutz ist.

Insofern steht aber fest, dass das biologische Elternrecht allein einer endgültigen Zuordnung an die sozialen Eltern nicht entgegensteht. Denn das BVerfG versagt dem biologischen Vater dann die Anfechtung, wenn das Kind bereits einen sozialen und rechtlichen Vater hat. Die Biologie allein muss sich also gegen die soziale Familie nicht zwingend durchsetzen.

⁷¹⁶ BVerfGE 108, 82 = FF 2003, 134 = JAm 2003, 301 = NJW 2003, 2151 = StAZ 2003, 210 = EzFamR aktuell 2003, 146 = Rpfleger 2003, 417 = Kind-Prax 2003, 141 = FPR 2003, 471 = ZfJ 2004, 23 = EzFamR BGB § 1600 Nr 2.

⁷¹⁷ BVerfGE 108, 82 - Abs-Nr. 60 (= o. Fn 716).

Weiter formuliert das BVerfG: „Die Abstammung wie die sozial-familiäre Verantwortungsgemeinschaft machen gleichermaßen den Gehalt von Art. 6 II Satz 1 GG aus. Beides in Deckung zu bringen, ist vom Gesetzgeber anzustreben. Fallen sie aber in der Wirklichkeit auseinander, gibt die Grundrechtsnorm keine starre Gewichtung dafür vor, welchem der beiden Merkmale, die die Elternschaft ausmachen sollen, der Vorrang einzuräumen ist und bestimmt insoweit kein Rangverhältnis zwischen der biologischen und der sozialen Elternschaft. Vielmehr hat der Gesetzgeber bei der Entscheidung, wem das Kind in einem solchen Falle zuzuordnen ist, beide Interessen zu berücksichtigen und miteinander abzuwägen. Er kann dabei neben der Abstammung auch rechtlichen und sozialen Tatbeständen Bedeutung zumessen (vgl. *BVerfGE* 92, 158 <178>).“⁷¹⁸ Hier ist interessanterweise nicht mehr von der rechtlichen Elternschaft sondern von der sozialen Elternschaft die Rede. Der Gesetzgeber ist also berechtigt, einer sozialen Elternschaft Vorrang vor einer biologischen zu geben. Das spricht dafür, dass sich hier ab einem gewissen Kindesalter die nur soziale (nicht auch rechtliche) Familie durchsetzen kann.

Da im vorliegenden Problembereich die biologischen Eltern darüber hinaus nur eine rechtliche Beziehung zum Kinde haben, aber keine soziale, spricht einiges dafür, dass es verfassungsrechtlich geboten ist, dieser sozialen Familie Vorrang vor der rechtlichen und biologischen zu geben. Denn nach Erreichen eines Mindestalters mit einer Bindung zu den sozialen Eltern erscheint es schlichtweg ausgeschlossen, dass ein verfassungsrechtlich beachtenswertes Interesse daran besteht in die intakte soziale Familie einzugreifen.

(cc) Rechtstechnische Durchsetzung der sozialen Familie

Neben der Adoption kommt, als Lösung des Problems, die Möglichkeit in Betracht, es direkt im Abstammungsrecht zu lösen. Das könnte z.B. dadurch geschehen, dass man die Normen für die Vaterschaftsstabilisierung, hier z.B. § 1599 I BGB erweiternd anwendet.

Das Problem ist allerdings, dass jedes Begründungselement der Vaterschaft fehlt, da § 1592 Nr. 1 BGB gerade an die Mutterschaft der Ehefrau anknüpft, die aber fehlt. Eine Anwendung der Rechtsausübungssperren liefe auf eine Abstammung allein aufgrund gelebter Vaterschaft hinaus. Eine solche ist dem deutschen Abstammungsrecht als alleiniges Begründungselement jedoch fremd.

Auch hilft der Schutz der Vaterrolle nicht über die inzident bestreitbare Mutterschaft hinweg. Hier müsste man in einem zusätzlichen Schritt auch die Mutterschaft über eine weitere Anwendung der Rechtsausübungssperre schützen. Das aber führt zu einem umfassenden Systembruch. Denn in der

⁷¹⁸ BVerfGE 108, 82 - Abs-Nr. 71 (= o. Fn 716).

Folge müsste man diese Mutterschaft auch wieder anfechtbar machen. Eine solche Mutterschaftsanfechtung wäre aber ebenfalls systemfremd.

Das alleinige Mittel zur Durchsetzung dieser verfassungsrechtlichen Norm muss daher weiter das Adoptionsrecht bleiben, da nur so eine Elternschaft auch rechtlich hergestellt werden kann. Hier muss die aufgezeigte verfassungsrechtliche Wertung bei der Interpretation des Adoptionsrechts zugrunde gelegt und die Zustimmung der Eltern aufgrund verfassungsrechtlicher Erwägungen ersetzt werden.

(dd) Menschenrechtliche Bewertung

Im Recht des Umgangs, der Sorge und der Abstammung hat zuletzt der EGMR wesentliche Entscheidungen getroffen. Daher muss die Lösung zwingend auf ihre menschenrechtliche Kompatibilität untersucht werden.

Der EGMR hat in relevantem Zusammenhang entschieden, dass zunächst ein Sorge- oder Umgangsrecht allein nicht die Abstammung ersetzen kann.⁷¹⁹ Das bedeutet in unserem Fall, dass es nicht genügt, den sozialen Eltern nur die Sorge zuzuweisen, denn diese ist nicht ausreichend, um die soziale Familie umfassend weiterzuleben.

Er hat weiter entschieden, dass sich die biologische und soziale Beziehung gegenüber einer rechtlichen Vermutung ohne soziale Beziehung immer durchsetzen muss.⁷²⁰ Hingegen fehlt genau wie in Deutschland eine Entscheidung, die allein aufgrund einer sozialen Beziehung das Recht auf abstammungsrechtliche Zuordnung verlangt.

Genau wie das BVerfG hat aber der EGMR sich dahingehend festgelegt, dass der Konventionsstaat seinen Ermessensspielraum nicht überschreitet, wenn die gelebte soziale und anerkannte Vaterschaft (also sozial + rechtlich) eine Anfechtung und somit eine Anerkennung der rechtlichen Vaterschaft durch den Erzeuger verhindert.⁷²¹ Damit sagt auch der EGMR, dass sich die biologische Vaterschaft nicht stets durchsetzen muss.

Konkret zum Adoptionsrecht hat der EGMR entschieden, dass die Zustimmung der rechtlichen Eltern entfallen oder ersetzt werden kann, wenn nur begrenzter Kontakt zum Kind durch den betroffenen Elternteil besteht.⁷²²

⁷¹⁹ EGMR, FamRZ 2003, 813 - Abs-Nr. 39.

⁷²⁰ EGMR, FamRZ 2003, 813 - Abs-Nr. 40.

⁷²¹ EGMR, FF 2012, 263 - Abs-Nr. 78.

⁷²² EGMR, FamRZ 1995, 110; EGMR, EGMR, 02.03.2006 - 21949/03 - Abs-Nr. 34-37 = = EGMR, 25.01.2007 - 21949/03.

In der Gesamtschau der Rechtsprechung des EGMR scheint die hier vorgeschlagene Adoption daher konventionsrechtlich unbedenklich. Der Gerichtshof gewichtet zwar die übereinstimmende biologische und rechtliche Beziehung relativ hoch, billigt jedoch einer bestehenden rechtlichen und sozialen Beziehung gegen eine biologische Verwandtschaft Bestandsschutz zu. Dass nun eine gelebte soziale Beziehung auch rechtlich anerkannt werden soll, ohne dass sie biologische untermauert ist, ist in Einzelfällen wie hier daher sicherlich nicht konventionswidrig. Das zeigt die Entscheidung zum Adoptionsrecht.

(b) Fazit

Eine falsche Mutterschaft wirkt sich über § 1592 Nr. 1 BGB umfassend auf die Vaterschaft aus. Eine rechtliche Zuordnung der gelebten Eltern hat über das Adoptionsrecht zu erfolgen, was verfassungsrechtlich geboten und menschenrechtlich unbedenklich ist.

2) Vaterschaft durch Anerkennung, § 1592 Nr. 2 BGB

Zur Anerkennung eines Kindes ist die Zustimmung der Mutter notwendig, § 1595 I BGB. Auch hier setzt sich das Problem fort, dass die Mutterschaft keine Stabilität besitzt und die Eintragung im Personenstandsregister nach § 54 PStG nur eine Beweiskraft hat. Die fehlende Zustimmung der Mutter führt nach § 1598 I BGB zur Unwirksamkeit der Anerkennung. Allerdings wird ein solcher Fehler der Anerkennung nach Eintragung in das Personenstandsregister nach fünf Jahren geheilt, § 1598 II BGB.

Die Zustimmung einer falschen Mutter ist mit einer fehlenden Zustimmung gleichzusetzen und die Anerkennung daher unwirksam. Die Scheinmutter kann die rechtliche Mutter auch nicht aufgrund Rechtsscheinsvollmacht vertreten, denn wegen der Höchstpersönlichkeit der Zustimmung nach § 1596 IV BGB ist für eine Rechtsscheinslösung kein Raum.

Wenn also seit Eintragung in das Personenstandsregister keine fünf Jahre vergangen sind, kann auch diese Vaterschaft mangels Zustimmung jederzeit inzident bestritten werden. Eine Anfechtung ist dafür nicht nötig und auch nicht zulässig, vielmehr ist das Verfahren nach § 169 Nr. 1 FamFG statthaft. Erst nach fünf Jahren ist eine Anfechtung möglich, weil die Unwirksamkeit der Anerkennung geheilt ist.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob § 1598 II BGB tatsächlich so weit geht auch die Zustimmung der falschen Mutter zu ersetzen. Nach der Gesetzesbegründung soll hier v.a. die mangelhafte Anerkennung, etwa weil sie nicht beurkundet ist, darunter fallen. Eine solche Vaterschaft soll nach Ablauf der fünf Jahre nur noch durch Anfechtung beseitigt werden können und nicht inzident bestritten werden können unter Hinweis auf die nichtige Anerkennung. Im Übrigen stelle die Norm

eine Fortschreibung des § 1600f II BGB NeG.⁷²³ Die Begründung zu § 1600f äußert sich auch nicht zu diesem Problem.⁷²⁴

Meines Erachtens ist der Fall nicht anders zu entscheiden, als der Fall einer vollständig fehlenden Zustimmung einer Mutter, die trotzdem ins PStG eingetragen wurde. Hier scheint die h.M. von der Wirksamkeit auszugehen.⁷²⁵

Ein Korrekturbedarf besteht hier m.E. nicht: Die Mutter nach § 1591 BGB kann jederzeit die Vaterschaft anfechten, sobald sie von der Verwechslung erfährt. Hingegen kommt es nicht in Frage auch die Mutterschaft als wirksam zu fingieren. Diese kann nur über Adoption hergestellt werden, wie bereits oben gezeigt.

3) Scheidungsakzessorischer Statuswechsel, § 1599 II (2) BGB

Eine Kombination der Fälle 1 und 2 stellt die Zustimmung des Ehemanns zur Anerkennung nach Scheidung dar, sog. scheidungsakzessorischer Statuswechsel. Hier muss sowohl die Mutter als auch der nunmehrige Ex-Mann der Anerkennung zustimmen. Ist die Mutterschaft jedoch falsch registriert, so wirkt sich das doppelt aus: Es stimmt der falsche Mann und die falsche Mutter zu. Das Ergebnis ist mit dem Ergebnis von Fall 2 identisch.

4) Gerichtliche Vaterschaftsfeststellung, § 1592 Nr. 3 BGB

Auf das Verfahren der Vaterschaftsfeststellung wirkt sich die Mutterschaft nur über die Antragsbefugnis aus. Stellt sich im Verlauf des Verfahrens heraus, dass die Antragstellerin nicht die Geburtsmutter des Kindes ist, ist das Verfahren durch Prozessbeschluss als unzulässig zu beenden.

Im Übrigen wird der Antragsgegner ohnehin nicht als Vater festgestellt werden können. Denn dazu müsste der in Anspruch genommene Mann biologischer Vater des Kindes sein. Dass die Mutter, deren Kind verwechselt wurde, tatsächlich den biologischen Vater des verwechselten Kindes als Antragsgegner benennt, wird in praxi nicht vorkommen.

Trotzdem hat ein evtl. ergehendes Statusurteil die rechtskräftige Feststellung des Antragsgegners als Vater zur Folge, denn das Gestaltungsurteil wird nicht unwirksam mit der Unzulässigkeit des Antrags.

Allerdings rechtfertigt nach § 185 I FamFG jedes Beweismittel, das zu einer anderen Entscheidung geführt hätte, die Wiederaufnahme des Verfahrens. Das umfasst streng genommen auch die Abweisung des Antrags als unzulässig. Hier stellt sich die Frage, ob dies tatsächlich so weit zu verstehen ist oder ob nicht eine andere Entscheidung in der Sache gemeint ist.

⁷²³ Bt-Drs 13/4899, S. 85.

⁷²⁴ BT-Drs 5/2370, S. 31.

⁷²⁵ Musielak, Borth, in: Musielak/Borth, FamFG (3), § 169 Rn 6.

Akzeptiert man die Unzulässigkeit als Grund für die Restitution, so führt das dazu, dass das Verfahren wieder aufgenommen wird, der Antrag als unzulässig abgewiesen und sodann das Kind, der Vater oder die wahre Geburtsmutter einen neuen Antrag auf Feststellung des Antragsgegners stellen müssten.

Bis zur Restitution ist ein weiterer Feststellungsantrag nicht möglich, weil eine Vaterschaft besteht (§ 1600d Abs. 1 BGB). Die Konstellation ist daher über § 185 FamFG zu lösen, wobei die Geburtsmutter mangels Beteiligung im Ausgangsverfahren nicht antragsberechtigt ist.

Allerdings scheint die herrschende Meinung davon auszugehen, dass eine Restitution nach § 185 FamFG nur stattfinden soll, wenn eine andere Entscheidung in der Sache zu treffen ist.⁷²⁶ Das Verfahren nach § 185 FamFG soll dazu dienen, die biologische Wahrheit im Abstammungsprozess erleichtert durchzusetzen. Das spricht tatsächlich dafür, dass allein die eigentliche Unzulässigkeit des Antrags die Restitution begründen kann, wenn die Sachentscheidung richtig war.

Soweit ein potentieller Erzeuger die Vaterschaft bestreitet, ist ausnahmsweise die Anfechtung nach § 1600 I Nr. 2 BGB analog zuzulassen (siehe S. 214). Das gleiche gilt m.E. für die biologische Mutter, die nach § 1600 I Nr. 3 BGB analog die festgestellte Vaterschaft ausnahmsweise anfechten können muss, damit der Weg frei ist, den wahren Erzeuger zu benennen. In Praxi wird dieser Fall natürlich nicht vorkommen. Er ist aber wegen der Vaterschaftsvermutung des § 1600d BGB durchaus denkbar.

5) Anfechtung der Vaterschaft durch die Mutter

Als fünfte und letzte Möglichkeit kommt infrage, dass die Mutter statusvernichtend einen Antrag auf Vaterschaftsanfechtung gestellt hat, § 1600 Nr. 3 BGB, und sich in diesem Verfahren natürlich herausgestellt hat, dass der Mann nicht Vater des Kindes ist. Das ist ein Folgeproblem der Fälle 1 – 2.

Der Anfechtungsbeschluss erwächst zwar in Rechtskraft nach § 184 II FamFG bzw. hat aufgrund seiner Gestaltungswirkung ohnehin Wirkung inter omnes. Allerdings kann nun jederzeit wieder ein Feststellungsverfahren durchgeführt werden. Die Anfechtung muss nicht angegriffen werden. Dieser Fall ist also weitgehend unproblematisch.

Eine Restitution ist allerdings grundsätzlich möglich mit der Argumentation, die Frau sei nicht antragsbefugt gewesen, weil sie nicht die Mutter des Kindes war. Daher wäre der Antrag als unzulässig abzuweisen gewesen. Es kommt daher darauf an, ob die Vaterschaft rechtlich bestanden hat, was nur in den Fällen der Anerkennung mit Fristablauf möglich ist. In den Fällen des § 1592 Nr. 1 BGB ist ja der Ehemann nicht der Vater. War der Mann daher Vater, muss die Restitution prinzipiell

⁷²⁶ Engelhardt, in: Keidel, FamFG (17), § 185 Rn 16; Nickel, in: BeckOK-FamFG (10), § 185 Rn 17.

erfolgreich sein, weil das Verfahren einen anderen Ausgang genommen hätte und der Mann noch der Vater war.

Ebenfalls kann der Fall auftreten, dass der Vater angefochten hat, obwohl er nach Fallgruppe 1-3 nicht der Vater ist. Dann war auch sein Antrag streng genommen unzulässig.

Die eigentliche Unzulässigkeit des Antrags vermag aber die Restitution nicht zu begründen..

6) Analyse

Es fällt auf, dass die Wirksamkeit einer Anerkennung durch einen Mann durch die Vorschrift § 1598 II BGB stärkeren „Bestand“ hat als die Vater-Kind-Zuordnung nach § 1592 Nr. 1 BGB. Während erstere nach fünf Jahren nur noch durch Anfechtung beseitigt werden kann, kann letztere stets inzident bestritten werden.

Dass die Rechtskraft eines Beschlusses im Abstammungsverfahren die stärkste Bindung aufweist, ist logische Folge dessen Natur als gerichtliche Entscheidung. Eine solche Rechtskraft blendet weitgehend alle Vorfragen aus und bindet an das Ergebnis. Diese Wirkung kommt einem außergerichtlichen Verhalten nicht zu.

Der Schutz des Bestreitens einer Vaterschaft setzt damit auch unter dem Gesichtspunkt „Mutterschaft“ das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale der Normen voraus. Soweit also die Mutterschaft Tatbestandsmerkmal der Vaterschaft oder ihrer Begründungsnormen ist, ist ein Inzidentbestreiten der Vaterschaft möglich.

Insgesamt bedarf die gesetzliche Regelung aber abgesehen von der Zulassung einer Adoption ohne Zustimmung der Eltern nach Vertauschung von Kindern keiner Korrektur. Mit den bestehenden Regelung lassen sich alle die Probleme sachgerecht lösen.

V Zusammenfassung der Verwandtschaft, Ausblick und Würdigung des gefundenen Ergebnisses in verfassungs- und menschenrechtlicher Sicht

Zum Abschluss des Kapitels „Verwandtschaft“ sollen die Ergebnisse zusammengefasst werden, momentan absehbare Probleme des Familienrechts mit Bezug zur Abstammung gelöst und eine verfassungs- und menschenrechtliche Würdigung vorgenommen werden.

1) Zusammenfassung

Die vorangehenden Kapitel haben gezeigt, dass das BGB in §§ 1589ff BGB mit der Verwandtschaft und der Abstammung Rechtsbegriffe regelt. Das Gesetz definiert damit für den Geltungsbereich des

bürgerlichen Rechts und soweit die entsprechenden Rechtsfragen zivilrechtsakzessorisch sind, auch darüber hinaus, seinen Sprachgebrauch.

Verwandt im Sinne des § 1589 BGB ist daher, wer im Sinne des § 1591 oder § 1592 BGB voneinander abstammt. Soweit diese Verwandtschaft als Rechtsbegriff zur Entscheidung steht, sind Inzidentfeststellungen verboten.

Abstammung wird daher durch Mutterschaft im Sinne des § 1591 BGB oder durch Vaterschaft im Sinne des § 1592 BGB begründet. Das heißt konkret durch Geburt in der Ehe (Nr. 1), konstitutive Anerkennung (Nr. 2) oder Feststellung nach § 1600d BGB (Nr. 3).

Mutterschaft endet durch Adoption. Vaterschaft endet mit Rückwirkung durch Anfechtung (§ 1599 BGB), scheidungsakzessorischen Statuswechsel (§ 1593 BGB) oder Abänderung eines Urteils nach § 1600d BGB.

Ein Verbot der Inzidentfeststellung bzgl. der Frage der biologischen Vaterschaft, wie es in § 1600d Abs. 4, § 1594 I BGB oder § 1599 I BGB hineininterpretiert wird, existiert nicht und hat nach hier vertretener Ansicht auch nie bestanden. Darin ist nicht nur eine veränderte Auslegung der jeweiligen Normen zu sehen, sondern auch eine Folge des konstitutiven Systems. § 1593 BGB 1900 und § 1596 BGB 1900 waren insofern Teil eines konstitutiven Systems, als die Anfechtung als Gestaltungserklärung die Ehelichkeit zu Fall brachte. Nach der hier vertretenen Ansicht handelt es sich nun bei allen Veränderungen des Status um konstitutive Akte. Durch die mit diesem Verständnis verbundene zwingende Entflechtung von rechtlicher und biologischer Verwandtschaft besteht überhaupt kein Anknüpfungspunkt mehr, die Normen außerhalb des Bereichs anzuwenden, den die §§ 1589ff BGB regeln: dem familienrechtlichen Status, so dass die biologische Abstammung als Regelungsbereich völlig ausgeklammert ist.

Soweit man jedoch wie die h.M. und die Literatur mit einem auf Vermutungen basierenden Abstammungssystem operiert, ist man gezwungen, die diesen Vermutungen widersprechenden Tatsachen biologischer Art auszuscheiden, weshalb diese Ansicht dazu tendiert, den Sperren einen weiten Anwendungsbereich zuzuschreiben.

Dieses System ist das Ergebnis einer historischen und systematischen Analyse aller relevanten Normen des Abstammungsrechts. Soweit ersichtlich liegt damit erstmals ein konsistentes System des Abstammungsrechts vor, die sich auf mehr als nur objektive Auslegung stützt. Die eingangs aufgezeigte subjektive historische Methode hat hier ihre Leistungsfähigkeit vor allem in unübersichtlichen und häufig geänderten Gesetzesteilen gezeigt.

2) Ausblick

Für die Zukunft lässt sich m.E. bereits jetzt sagen, dass insbesondere die Frage, ob Inzidentfeststellungen möglich sind, für das Familienrecht eine tragende Rolle spielen wird.

Der Gesetzgeber hat mit § 1598a BGB einen Anspruch geschaffen, der die Klärung der biologischen Abstammung zulässt. Die Ergebnisse dieses Anspruchs stellen Privatgutachten dar, die die Beteiligten dazu bewegen können, daraus weitere Ansprüche geltend zu machen.

Insofern ist mit einer zunehmenden Zahl von Streitigkeiten zu rechnen, die aufgrund der biologischen Abstammung Ansprüche herzuleiten versuchen und die eine Inzidentfeststellung der Verwandtschaft begehren.

Soweit es sich dabei um familienrechtliche Ansprüche handelt, die unmittelbar nur aufgrund von Verwandtschaft bestehen können, besteht für das Gericht auch nach hier vertretener Ansicht keine Pflicht und auch kein Recht, einen derartigen Beweis zu erheben. Vielmehr ist das Verfahren auszusetzen, bis die Parteien im Statusverfahren die notwendigen Zuordnungen hergestellt haben oder als unbegründet abzuweisen. Hier genügt die Begründung, dass das Tatbestandsmerkmal „verwandt“, „Abkömmling“ o.ä. nicht vorliegt, um die Klage abzuweisen. Denn bei all diesen Tatbestandsmerkmalen handelt es sich um Rechtsbegriffe, die sich aus der rechtlichen Abstammung herleiten. Die Frage der biologischen Abstammung ist für diese Verfahren schlicht nicht entscheidungserheblich, der Beweis daher nicht zu erheben.

Das Familienrecht hat aber in jüngster Zeit Entwicklungen durchgemacht, Ansprüche unabhängig vom Status zu gewähren. So hat der nur biologische Vater unter gewissen Voraussetzungen neben dem rechtlichen Vater ein Umgangsrecht nach § 1686a BGB. Es stellt sich die Frage, wie bei einem bestehenden Verbot der Inzidentfeststellung der biologischen Vaterschaft, wie Literatur und Rechtsprechung sie annehmen, dieser Anspruch überhaupt geprüft werden soll. § 167a II FamFG, der zu diesem Zweck ins Gesetz eingefügt werden soll, ist als Parallelnorm zu § 372a ZPO zu sehen und begründet lediglich eine Duldungspflicht für Blutentnahmen, er würde aber ein bestehendes materielles Verbot der Geltendmachung der biologischen Vaterschaft nicht beseitigen.

Der Gesetzgeber äußert sich denn zu diesem Problem dann auch gar nicht. Sicher liegt es nahe, für diesen Anspruch wieder eine Durchbrechung der sog. Rechtsausübungssperren zu behaupten und so am alten System festzuhalten. Die vorliegende Arbeit hat aber gezeigt, dass eine derartige Argumentation umständlich und unnötig ist.

Das Beispiel zeigt, dass die vorgeschlagene Lösung in der Lage ist, auch diese anstehenden Probleme sachgerecht zu lösen, weil es zwischen den Tatbestandsmerkmalen „Verwandtschaft“ und

„biologische/leibliche Abstammung“ zu trennen in der Lage ist. Die Stimmen zum neuen § 1686a BGB bemängeln allerdings, dass es hier zu einer „gerichtlich festgestellten Doppelvaterschaft“ käme.⁷²⁷ Das zeigt, dass die Trennung von biologischer Vaterschaft und rechtlicher Vaterschaft sich nach wie vor nicht in der Rechtswissenschaft durchgesetzt hat.

Durch das hier vertretene System wird auch die Kognitionsmöglichkeit des Gerichts erweitert. Soweit das Gericht der Ansicht ist, die biologische Abstammung spiele eine Rolle, kann es darüber Beweis erheben, ohne eine Durchbrechung von Sperrern herbeiargumentieren zu müssen.

3) Menschenrechtliche Sicht

Weitere Vorzüge des hier entwickelten Systems ergeben sich in menschenrechtlicher Hinsicht.

Der EGMR verlangt von den nationalen Gerichten bei der Prüfung von familienrechtlichen Ansprüchen, dass sämtliche Interessen in eine Abwägung eingestellt werden. Dabei stellt der EGMR unter gewissen Bedingungen auch die biologische Vaterschaft unter den Schutz des Art. 8 EMRK.

Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung des EGMR in der Rechtssache 33375/03 gegen Deutschland. Der EGMR stellt klar, dass allein eine biologische Verbindung nicht genügt, um den Schutz des Art. 8 EMRK zu begründen. Es muss jedenfalls eine gelebte Beziehung zwischen den Eltern oder das tatsächliche Bemühen um eine Beziehung zum Kind hinzukommen: „Jedoch reicht die biologische Verwandtschaft zwischen einem leiblichen Elternteil und einem Kind allein - d.h. ohne weitere rechtliche oder tatsächliche Merkmale, die auf das Vorliegen einer engen persönlichen Beziehung hindeuten - nicht aus, um unter den Schutz von Artikel 8 zu fallen (vgl. *Lebbink* , a.a.O., Rdnr. 37). In der Regel ist das Zusammenleben eine Voraussetzung für eine Beziehung, die einem Familienleben gleichkommt. Ausnahmsweise können auch andere Faktoren als Nachweis dafür dienen, dass eine Beziehung beständig genug ist, um faktische „familiäre Bindungen“ zu schaffen (siehe *Kroon u.a. ./ die Niederlande* , Urteil vom 27.10.1994, Serie A Bd. 297-C, S. 55-56, Rdnr. 30, und *Lebbink* , a.a.O., Rdnr. 36).“⁷²⁸

Das so gestaltete Verständnis des EGMR spricht daher dafür, dem Gericht bei der Ermittlung der Interessen keine Beschränkungen aufzuerlegen. Vielmehr ist eine umfassende Ermittlung auch der biologischen Verwandtschaftsverhältnisse notwendig, um Entscheidungen zu treffen, die dem Gebot der umfassenden Interessenabwägung entsprechen.

Denn gerade in den Fällen *Anayo gegen Deutschland* und *Schneider gegen Deutschland* stellte der EGMR fest, dass die deutschen Gerichte die Interessen des biologischen Vaters bei der Frage, ob er

⁷²⁷ *Peschel-Gutzeit*, NJW 2013, 2465, 2467.

⁷²⁸ EGMR 33375/03 gegen Deutschland v. 18.3.2008, Az.: 33375/03.

ein Umgangsrecht erreichen kann, ohne dass eine sozial-familiäre Beziehung besteht, nicht ausreichend berücksichtigt haben. Interessant ist dieser Fall insbesondere deshalb, weil der Gerichtshof nicht den Gesetzgeber rügt, der in § 1685 BGB eine solche Beziehung voraussetzt. Vielmehr rügt der Gerichtshof, dass die Gerichte diese Interessen nicht ausreichend berücksichtigt hätten.⁷²⁹ Das ist insofern außergewöhnlich, als dem Wortlaut der Norm nach der rein biologische Vater schlichtweg vom Umgangsrecht ausgeschlossen ist und so diese Frage vom Gesetzgeber bereits endabgewogen sein könnte.

Eine Analyse der einschlägigen Entscheidung im Fall Anayo des OLG Karlsruhe zeigt jedoch, dass das Gericht bei der Auslegung des § 1685 BGB erwogen hatte, die Norm im Lichte des Art. 8 EMRK auszulegen und ihm Umgang zu gewähren, wenn sein Familienleben betroffen wäre. Dann schreibt das OLG jedoch: „Ein solches Familienband, in das die Kinder hätten hineingeboren werden können, bestand vorliegend mit dem Antragsteller aber zu keiner Zeit. Auch nach ihrer Geburt ist keine derartige Beziehung zum Antragsteller entstanden.“⁷³⁰ In dieser Verkennung der Tragweite des Art. 8 EMRK, wie ihn der EGMR versteht, liegt der entscheidende Fehler, der es dem EGMR ermöglicht die Interessenabwägung zu kontrollieren. Die Verkennung der Rechte des Antragstellers muss zu einer fehlerhaften Interessenabwägung führen, weil sie gar nicht erst berücksichtigt werden.

Insgesamt geht der EGMR aber davon aus, dass der Gesetzgeber bei Regelungen, die wesentliche Aspekte des Privatlebens berühren, keine Vorschriften schaffen darf, die ohne eine Interessenabwägung die Rechte eines Beteiligten nicht berücksichtigen.⁷³¹

Daraus ergibt sich, dass aufgrund des Schutzes des biologischen Vaters und der Notwendigkeit seine Interessen abzuwägen, zwingend eine Möglichkeit bestehen muss, das Tatbestandsmerkmal der biologischen Abstammung inzident im Prozess festzustellen. Das oben aufgezeigte Verständnis des § 1594 I, 1600d Abs. 4 und § 1599 I BGB ist daher auch menschenrechtlich geboten, um in Fällen, in denen eine konventionskonforme Auslegung infrage kommt, diesem Auftrag der EMRK nachkommen zu können.

Eine latente Vaterschaft ist hier nicht nützlich, weil sie im Zusammenhang mit den Rechtsausübungssperren gerade dem Beweis nicht zugänglich ist.

⁷²⁹ EGMR, Az. 20578/07 vom 21. Dezember 2010.

⁷³⁰ OLG Karlsruhe, NJW 2007, 922, 923f.

⁷³¹ EGMR, NJW 2012, 207.

4) Verfassungsrechtliche Sicht

Entsprechendes gilt auch für die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Auch das BVerfG schützt die nur biologische Verbindung zwischen Vater und Kind durch Art. 6 I GG unter bestimmten Umständen als Familie.⁷³²

Auch hier verlangt also die korrekte Interpretation des Rechts im Lichte des Grundrechts Art 6 I GG, dass die dafür notwendigen tatsächlichen Gesichtspunkte bei Bedarf ermittelt werden können und die Kognition des Gerichts in dieser Hinsicht nicht beschränkt wird.

5) Ausstrahlung in das Erbrecht

Wie oben bereits kurz angerissen (siehe auch S. 176), sind mit der Festlegung auf eine rechtliche Verwandtschaft auch Fragen des Erb- und Pflichtteilsrechts determiniert. Der Begriff „Abkömmling“, wie er der gesetzlichen Erbfolge (§ 1924 BGB) und damit dem Pflichtteilsrecht zugrunde liegt, sind ebenso wie der Begriff Eltern (§ 1925 I BGB) oder Großeltern (§ 1926 I BGB) Rechtsbegriffe, die durch §§ 1589, 1591, 1592 BGB definiert werden. Berufungsgrund zur Erbschaft oder zum Pflichtteil ist daher nicht die biologische Verwandtschaft, sondern die rechtliche Verwandtschaft.⁷³³ Missverständlich sind in diesem Zusammenhang Äußerungen in der Literatur, nachdem entscheidend die natürliche Abstammung, die durch Zeugung und Geburt begründet wird, sein soll.⁷³⁴ Soweit hier mit dem Begriff der Blutsverwandtschaft⁷³⁵ argumentiert wird, liegt darin die ahistorische Verwendung des Begriffs, wie er oben aufgezeigt wurde (S. 53). Die missverständlich eingeleitete Kommentierung von *Werner* führt dann auch weiter aus, dass zu Erben berufen diejenigen sind, die im Sinne der § 1591 und § 1592 BGB voneinander abstammen.⁷³⁶

Aufgrund der rückwirkenden Gestaltungsakte Anerkennung, Feststellung und Anfechtung können die Gestaltungen, wenn ihre Fristen noch offen sind auch nach dem Tod von Erbe oder Erblasser noch erfolgen.⁷³⁷ Eine latente Vaterschaft ab Geburt ist zur Begründung nicht notwendig (siehe S. 184).

⁷³² BVerfG, NJW 2003, 2151.

⁷³³ dazu noch unter Geltung des NeG *Windel*, Über die Modi der Nachfolge in das Vermögen einer natürlichen Person beim Todesfall, S. 222 ff; Leipold, in: MüKo-BGB (5), § 1924 Rn. 3, 7–15.

⁷³⁴ *Werner*, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2008), Vorbemerkung zu §§ 1924–1936 Rn. 21.

⁷³⁵ *Werner*, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2008), Vorbemerkung zu §§ 1924–1936 Rn. 21.

⁷³⁶ *Werner*, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2008), Vorbemerkung zu §§ 1924–1936 Rn. 22ff.

⁷³⁷ für die Feststellung Leipold, in: MüKo-BGB (5), § 1924 Rn. 15.

D) Prozessuale Aspekte des Abstammungs- und Verwandtschaftsrechts

Nachdem die materiellen Fragen des Abstammungsrechts im vorherigen Kapitel geklärt werden konnten und Verwandtschaft und Abstammung als Rechtsbegriffe herausgearbeitet wurden, sollen im Folgenden prozessuale Fragen des Themenkomplexes abgehandelt werden.

Dabei wird insbesondere auf die Folgen des herausgearbeiteten rechtlichen Begriffs abgestellt und somit eine hoffentlich vollständige Darstellung des Abstammungsrechts erreicht. Dabei werden die Bezüge zum materiellen Recht jeweils beleuchtet. Im Besonderen gilt die Aufmerksamkeit dabei der Rechtsnatur der Entscheidungen im Abstammungsverfahren, ihrer Rechtskraft, dem Antragsbefugnis und zum Abschluss der Arbeit, dem sog. Anfangsverdacht bei der Anfechtungsklage.

I Die gerichtlichen Statusentscheidungen

Das Abstammungsrecht kennt mit der Feststellung der Vaterschaft nach § 1600d BGB und der Anfechtung nach § 1599 I BGB zwei Arten von Entscheidungen durch das Familiengericht, die den Status beeinflussen. Wie bereits gezeigt, handelt es sich dabei um konstitutive Entscheidungen, die den Status erst herstellen oder beenden, und nicht um deklaratorische Entscheidungen. Der Wortlaut „Feststellung“ bei § 1600d I BGB bezieht sich dabei auf die hinter dem deklaratorischen Akt stehende tatsächliche Feststellung der biologischen Abstammung und nicht auf die Art des Urteils.

Im Folgenden sollen diese Entscheidungen in prozessualer Hinsicht untersucht werden in Bezug auf ihre Rechtsnatur, Rechtskraft sowie auf Fragen des Todes eines Beteiligten und der Antragsberechtigung. Auch auf die deklaratorischen Entscheidungen wird in diesem Zusammenhang einzugehen sein.

1) Die Rechtsnatur der gerichtlichen konstitutiven Statusentscheidungen

Zunächst soll die Rechtsnatur der konstitutiven Statusentscheidungen untersucht werden. Die herrschende Prozessrechtslehre kennt drei Arten von Endentscheidungen, wobei im Folgenden die Terminologie „Urteil“ gewählt werden soll, auch wenn nach dem FamFG Beschlüsse ergehen, weil diese Terminologie allgemein gebräuchlich ist.

Die ZPO kennt das Leistungsurteil, das Feststellungsurteil und das Gestaltungsurteil. Letzteres zeichnet sich grundsätzlich dadurch aus, dass das Urteil die materielle Rechtslage ändert: Eine Gesellschaft wird aufgelöst, eine Ehe geschieden. Das Feststellungsurteil hingegen setzt, soweit ein Gestaltungsrecht vorher ausgeübt wurde, die Wirksamkeit der Gestaltung voraus, diese wird nicht

durch das Urteil sondern durch ein Gestaltungsrecht herbeigeführt. Diese Wirkung ist eine absolute, wirkt also gegenüber jedermann.⁷³⁸

Wie bereits gezeigt, war für die Anfechtung der Ehelichkeit nach dem BGB 1900 stets umstritten, ob ein Gestaltungs- oder ein Feststellungsurteil erging. Seinen Grund hatte dieser Streit darin, dass nach der Konzeption des Gesetzgebers die Gestaltung bereits durch die Klageerhebung passierte und durch das Urteil erst die Berufung auf die neu gestaltete Rechtslage möglich war. Für diesen Zwischenzeitraum existierten die Rechtsausübungssperren (siehe S. 90).

Eine Einordnung der Urteile als Feststellungsurteile würde ein Rechtsverhältnis voraussetzen, dass auch schon vor dem Urteil besteht. Das kann man einerseits begründen, wenn man auf die oben abgelehnte „latente“ Vaterschaft zurückgreift oder alternativ, indem man eine wirksame Gestaltung durch Gestaltungsrecht konstruiert.

Wie bereits gezeigt, hat aber die Anfechtungserklärung seit dem KindRG keine Doppelfunktion mehr und ist kein Gestaltungsrecht mehr. Die Gestaltungswirkung kommt unmittelbar dem Urteil zu. Und auch im Zusammenhang mit der Feststellung ist kein Gestaltungsrecht erkennbar. Allenfalls die Anerkennung mag man als Gestaltung sehen, aber diese passiert außerprozessual und hat somit keinen Einfluss auf die hier diskutierten Entscheidungen.

Mit der Einordnung als Feststellungsurteil ist daher zwingend die Annahme einer latenten Vaterschaft und damit einer nur deklaratorischen Wirkung der Entscheidungen verbunden. Der fälschlicherweise festgestellte Vater wäre daher nicht Vater des Kindes im materiellen Sinn, sondern nur Vater kraft Rechtskraft. Da der materielle Vater aber völlig funktionslos ist, ist diese Konstruktion aus denselben Gründen wie die latente Vaterschaft abzulehnen, sie ist nur geeignet, Verwirrung zu stiften und bringt keinen dogmatischen Gewinn.

Die Einordnung weiter erschwert hat sicherlich die Rechtskraft des Urteils mit Wirkung *inter omnes* (dazu S. 209). Denn in praxi zeigt eine Feststellung, die jeden bindet, natürlich die gleiche Wirkung wie eine Gestaltung, die kraft materiellen Rechts jeden bindet, wenn man die Unterscheidung zwischen materiellem Recht und prozessualer Wirklichkeit außer Acht lässt.

So bereitete die Abgrenzung einer Feststellungsklage mit Wirkung *inter omnes* und der Gestaltungsklage der Wissenschaft stets Probleme. *Schlosser* und für das Schweizer Recht *Kummer* haben daher vorgeschlagen, das Abgrenzungskriterium in der Frage zu sehen, ob die Klage die einzige

⁷³⁸ *Schlosser*, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 160.

Möglichkeit der Geltendmachung der Rechtsfolge ist.⁷³⁹ Ein Gestaltungsurteil liegt dann nach *Schlosser* vor, wenn das Urteil „eine Rechtsfolge verfügt, auf die sich ohne Erlass und meist auch ohne formelle Rechtskraft des Urteils, das die Rechtsfolge beinhaltet, niemand berufen kann.“⁷⁴⁰

Diese Definition passt perfekt auf die Anfechtung der Vaterschaft und ihre Begründung durch Urteil, § 1592 Nr. 3 BGB. Trotz des Wortlauts „feststellen“ in § 1592 Nr. 3 BGB geht die h.M.⁷⁴¹ daher davon aus, dass es sich bei den Urteilen, die im Statusprozess ergehen, um Gestaltungsurteile handelt und nicht um Feststellungsurteile. Sie passt im Übrigen schon auf die Anfechtungsklage nach dem BGB 1900, dementsprechend ordnete *Schlosser* sie auch als Gestaltungsklage ein.⁷⁴² Denn erst mit der Rechtskraft des Anfechtungsurteils konnte man sich auf die neue Rechtslage berufen und diese Rechtsfolge konnte nur durch das Urteil bewirkt werden.

Das hat sich auch für die neue Rechtslage nicht geändert, denn der Wortlaut „Feststellung“ ist nicht im technischen Sinn zu verstehen, sondern weist auf das dahinterliegende Konzept der Erforschung der biologischen Wahrheit hin, weil es sich „konzeptionell“ um Normen mit „feststellendem Charakter“⁷⁴³ handelt. Auch der Tenor des Urteils rezitiert letztlich nur den Normtext, ohne dass es sich deshalb um ein Feststellungsurteil handeln müsste.

Im Übrigen sprach die ZPO auch schon 1900 vom Urteil, mit dem Unehelichkeit festgestellt wird. Die Rechtslage hat sich durch das KindRG insofern verändert, als dem Urteil nun m.E. überhaupt keine Feststellungswirkung mehr zukommt. Während wegen des Dualismus der Anfechtungsklage bisher noch die Feststellung enthalten war, dass die Anfechtung wirksam erklärt wurde, fehlt dem neuen Urteil diese Wirkung vollständig. Festgestellt wird nur die biologische Abstammung, diese hat aber mangels Rechtswirkung nicht den Charakter eines Rechtsverhältnisses. Dieses wird durch das Urteil erst geschaffen bzw. vernichtet.

Es bleibt also dabei, dass die Abgrenzung einer Feststellungsklage mit Wirkung inter omnes und einer Gestaltungsklage davon abhängt, welche Wirkung man dem Urteil selbst und welche man als Tatbestands- oder Nebenwirkung des Urteils ansieht und nicht davon, wie die das Anfechtungsrecht ausgestaltet ist. Die Abgrenzung ist zwischen Feststellungsklagen mit Rechtskraft inter omnes und Gestaltungsklagen kaum möglich.⁷⁴⁴ Da die Feststellung in diesem Urteil aber ohne juristische

⁷³⁹ *Schlosser*, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 26; *Kummer*, Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, S. 73f.

⁷⁴⁰ *Schlosser*, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 37.

⁷⁴¹ Nickel, in: BeckOK-FamFG (10), § 169 FamFG Rn 15; Bumiller, Harders, in: Bumiller/Winkler, FamFG (10), FamFG § 182 Inhalt des Beschlusses, S. § 182 Rn 2; Kemper, in: Saenger-ZPO (5), § 169 FamFG Rn 7.

⁷⁴² *Schlosser*, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 316, 60ff.

⁷⁴³ *Coester*, FamRZ 1995, 1245, 1246.

⁷⁴⁴ *Schlosser*, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 61.

Konsequenz ist, ist sie ebenso abzulehnen wie die latente Vaterschaft. Insofern hat bereits *Langheineken* 1899 herausgestellt, dass eine Unterscheidung zwischen einer Nichtehe, die nicht geltend gemacht werden kann und einer wirksamen Ehe denklogisch unmöglich ist und wollte deshalb eine Aufhebungsklage annehmen.⁷⁴⁵ Da auch hier die Unterscheidung keinen echten Sinn macht, spricht die „dogmatische“ Vernunft dafür, eine Gestaltungsklage anzunehmen.

Gegenteiliges könnte sich aber aus der Anordnung der Rechtskraft *inter omnes* (siehe Folgekapitel) ergeben. Denn die Anordnung einer Rechtskraft *inter omnes* spricht gegen die Einordnung als Gestaltungsklage. Eine solche Rechtskraft ist bei einer Gestaltungsklage grundsätzlich unnötig, weil diese allein aufgrund der Gestaltung des materiellen Rechts schon gegenüber allen Personen wirkt. Auf diese Frage wird daher nach der Klärung der Funktion der Rechtskraft *inter omnes* erneut zurückzukommen sein.

2) Die Rechtskraft der Statusentscheidungen

Von der Frage der prozessualen Wirkung der Vaterschaftsbegründung zu unterscheiden ist die Rechtskraft der Statusentscheidungen soweit sie durch gerichtlichen Akt bewirkt werden.

Die Wirksamkeit eines solchen Beschlusses wird durch § 184 FamFG gesondert geregelt. Die Norm umfasst nur die Beschlüsse, die über die Abstammung entscheiden.

Ein solcher gerichtlicher Statusakt ist die Feststellung der Vaterschaft nach § 1592 Nr. 3 BGB in beiden Varianten. Auch das Urteil im Anfechtungsprozess stellt einen solchen gerichtlichen Akt dar.

(a) Zeitlich

Abweichend von § 40 FamFG werden die Beschlüsse erst mit formeller Rechtskraft wirksam, entfalten also vorher keine Wirkung.

Das bedeutet für die Feststellung der Vaterschaft, dass § 1600d Abs. 4 BGB i.V.m. § 184 FamFG den exakten Zeitpunkt der Begründung der Vaterschaft festlegt. § 1600d Abs. 4 BGB verweist insofern auf den Zeitpunkt der Feststellung. Da der Beschluss erst mit Rechtskraft wirksam wird, ist also erst mit Ablauf der Rechtsmittelfristen der Beteiligte, dessen Vaterschaft im Tenor festgestellt wird, nach § 1592 Nr. 3 BGB der Vater. Das Gleiche gilt für den Fall 2 des § 1592 Nr. 3 BGB, der die Feststellung des Vaters auf Anfechtung des biologischen Vaters hin betrifft. Dann wird die Vaterschaft mit Rechtskraft des Anfechtungsbeschlusses wirksam. Auch die Wirkung des § 1599 I BGB setzt Rechtskraft voraus, die Vaterschaft entfällt daher erst mit formeller Rechtskraft des Beschlusses.

⁷⁴⁵ *Langheineken*, Der Urteilsanspruch, S. 245.

Zudem kommt der Rechtskraft eine rückwirkende Wirkung zu, d.h. der Vater wird rechtskräftig ab Geburt als Vater festgestellt.

(b) Sachliche Reichweite der Rechtskraft inter omnes

Ebenso wie bei der Rechtskraft anderer Entscheidungen ist nur der Tenor durch die Rechtskraft erfasst. Die Rechtskraft erstreckt sich daher nicht auf die Vorfrage der biologischen Abstammung, sondern nur auf den Status der im Tenor ausgesprochen wird. Für die Rechtskraft des Beschlusses gelten die normalen Regeln, soweit sie inter partes wirkt. Lediglich für die Rechtskraft inter omnes sieht § 184 II FamFG eine Beschränkung vor: Diese besteht nur, soweit über die Abstammung entschieden wird.

(aa) Positive Vaterschaftsfeststellung

Bei der Vaterschaftsfeststellung erwächst in Rechtskraft, dass der im Tenor bezeichnete Mann Vater des benannten Kindes im Sinne des § 1592 Nr. 3 BGB ist. Die Frage der biologischen Abstammung ist eine Vorfrage und erwächst nicht in Rechtskraft. Die biologische Abstammung ist kein Rechtsverhältnis, so dass auch keine Zwischenfeststellung möglich ist.

(bb) Erfolgreiche Anfechtung

Die erfolgreiche Anfechtung erwächst in Rechtskraft dahingehend, dass der Mann nicht mehr Vater des Kindes im Sinne von §§ 1592 Nr. 1 und Nr. 2, 1593 BGB ist, wie das in § 1599 I BGB geregelt ist. Problematisch kann die Rechtskraft einer erfolgreichen Anfechtung aber werden, wenn die Feststellung gegen einen anderen Mann betrieben wird und dieser als weiteren potentiellen Vater denjenigen benennt, dessen Vaterschaft zuvor bereits erfolgreich angefochten wurde.

(cc) Erfolgslose Anfechtung

Problematisch ist in diesem Zusammenhang die Frage der Rechtskraft einer abweisenden Vaterschaftsanfechtung.

Das Urteil, das eine Anfechtungsklage abweist, entscheidet nicht über die Abstammung. Trotzdem erwächst es m.E. jedenfalls zwischen den Beteiligten in Rechtskraft, da die allgemeinen Regeln anzuwenden sind. Bei Ablehnung einer Klage ist daher das kontradiktorische Gegenteil inter partes rechtskräftig festgestellt.⁷⁴⁶ Die Vorfrage der biologischen Abstammung nimmt zwar weder inter partes noch inter omnes an der Rechtskraft teil, aber die Ablehnung der Anfechtung bedeutet im Umkehrschluss, dass die Vaterschaft des derzeitigen rechtlichen Vaters besteht. Gegen die

⁷⁴⁶ so zum NeG Odersky, in: Nichtehechengesetz, § 641h ZPO Anm. III 3.

Abweisung einer Anfechtungsklage ist daher für die Beteiligten die Wiederaufnahme nach § 185 FamFG zulässig.⁷⁴⁷

Das wird bestätigt durch Art. 229 § 17 EGBGB, der die Restitutionsklage für unstatthaft erklärt, wenn die Anfechtungsklage allein wegen Fristversäumnis abgewiesen wurde. Teilweise wird zwar argumentiert, diese Norm sei überflüssig, weil der Prozess dann kein anderes Ergebnis gefunden hätte.⁷⁴⁸ Allerdings zeigt der Gesetzgeber mit dieser Norm, dass er gegen eine abgelehnte Anfechtungsklage die Restitution zulassen will. Damit scheint ihr Rechtskraft zuzukommen.

Im Zusammenhang mit Schaffung dieser Norm durch das Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Status, äußerte der Gesetzgeber auch die Ansicht, dass nach Abweisung einer Anfechtungsklage als unsubstantiiert und späterer Einholung eines Gutachtens nach § 1598a BGB eine erneute Anfechtung möglich sei. Dies sei möglich, weil damit ein neuer Grund für die Anfechtung bestehe. Dann stehe die Rechtskraft nicht entgegen, wenn die Anfechtungsklage auf neue Umstände gestützt wird. Hingegen sei die Restitution einschlägig, wenn das Urteil aufgrund mangelnder Entkräftung der Vaterschaftsvermutung abgewiesen wurde.⁷⁴⁹

Insofern ist eine entgegenstehende Rechtskraft nur anzunehmen, wenn der gleiche Lebenssachverhalt für die Begründung des Anfangsverdachts behauptet wird.⁷⁵⁰ Es gilt also die allgemeine Regel, dass Lebenssachverhalt plus Tenor die Rechtskraft eingrenzen.

(dd) Entgegenstehende weitere Rechtskraft?

Problematisch ist die Frage, inwieweit diese Entscheidungen einem erneuten Prozess mit den gleichen Beteiligten entgegenstehen.

(aaa) Erneute Feststellung nach pos. Feststellung

Eine erneute Feststellung eines anderen Mannes scheitert schon an § 1600d Abs. 1 BGB, da eine Vaterschaft besteht und der Antrag schon deswegen unzulässig ist.

(bbb) Beseitigung der Feststellung durch Anfechtung?

Weiter stellt sich die Frage, ob gegen den stattgebenden Feststellungsbeschluss nach § 1600d Abs. 1 BGB die Anfechtungsklage möglich ist.

⁷⁴⁷zum NeG Odersky, in: Nichteilichengesetz, § 641i Anm. III der aber nicht zwischen erfolgreicher und nicht erfolgreicher Anfechtung differenziert.

⁷⁴⁸ Wellenhofer, in: MüKo-EGBGB (5), Art 229 § 17 EGBGB.

⁷⁴⁹ Bt-Drs. 16/ 6561, S. 17.

⁷⁵⁰ BGH, NJW 2003, 585.

i. Grundsatz

Das stößt schon in materieller Hinsicht auf Probleme, denn die Wirkung der Anfechtungsklage wird durch § 1599 I BGB geregelt, demnach führt die erfolgreiche Anfechtung dazu, dass § 1592 Nr. 1 und Nr. 2 sowie § 1593 BGB nicht gelten. § 1592 Nr. 3 BGB ist nicht genannt, was dafür sprechen könnte, dass eine Anfechtung nicht möglich ist, weil sie keine Wirkung hat.

Die h.M. geht davon aus, dass die Anfechtung daran scheitert, dass sich das Gericht bereits mit der Vaterschaft befasst hat.⁷⁵¹ Dogmatisch dürfte damit wohl gemeint sein, dass der Anfechtung die Rechtskraft der Feststellung entgegensteht, möglicherweise wird so aber auch nur die Motivlage des Gesetzgebers beschrieben.

Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, wenn auch nicht die Rechtskraft, sondern die Wirkung der Anfechtung in § 1599 I BGB das entscheidende Kriterium sein dürfte, die eben für die festgestellte Vaterschaft nicht normiert ist. Hintergrund ist sicherlich die höhere Richtigkeitsgewähr und die Möglichkeit der Restitution nach § 185 FamFG, die eine Korrektur auf anderem Weg zulässt.

ii. Anfechtung durch den biologischen Vater

Problematisch ist das aber dann, wenn lediglich aufgrund der Vermutung des § 1600d Abs. 2 BGB die Feststellung durch das Gericht erfolgt ist. Dann haben die nach § 1600 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 5 BGB Anfechtungsberechtigten mangels Beteiligtenstellung im Feststellungsverfahren keine Möglichkeit, die Entscheidung über § 185 FamFG anzufechten.

Das ist für die Behörde unproblematisch, da ihr Anfechtungsrecht nur einer Missbrauchskontrolle dient und deshalb auch nur für die anerkannte Vaterschaft zulässig ist.

Allerdings scheint die Problematik für die Rechtsposition des potentiellen Erzeugers nach § 1600 I Nr. 2 BGB ungelöst zu sein. Diese Norm wurde eingeführt, weil der ausnahmslose Ausschluss des biologischen Vaters von der Anfechtung der rechtlichen Vaterschaft gegen Art. 6 Abs. 2 GG verstößt. Das BVerfG hat formuliert: „§ 1600 BGB ist mit Art. 6 II 1 GG unvereinbar, soweit er den leiblichen Vater eines Kindes ausnahmslos von der Anfechtung der für sein Kind anerkannten Vaterschaft zur Erlangung der eigenen rechtlichen Vaterschaft ausschließt“⁷⁵². Dem nur biologischen Vater ist vom Gesetzgeber die Möglichkeit zu eröffnen, die rechtliche Vaterposition zu erlangen, wenn keine soziale Vaterschaft des rechtlichen Vaters entgegensteht. Es handelt sich um einen Anspruch auf ein Verfahren. Die Argumentation des BVerfG ist für alle Vaterschaften – auch für die nach § 1592 Nr. 3 BGB – grundsätzlich anwendbar.

⁷⁵¹ *Wanitzek*, FPR 2002, 390, 390.

⁷⁵² BVerfG, NJW 2003, 2151.

Eine Anfechtung der Vaterschaft scheidet jedoch nach geltendem Recht aus, weil diese bei festgestellter Vaterschaft nicht statthaft ist und auch rechtstechnisch nicht funktionieren würde. Mittel der Wahl gegen die Feststellung ist grundsätzlich § 185 FamFG. Auch hier ist der Erzeuger aber nicht antragsberechtigt.

Sicherlich ist die Wahrscheinlichkeit, dass tatsächlich der falsche Mann festgestellt wird, nicht sehr hoch. Trotzdem können bei der Erstattung der Gutachten Fehler passieren, weiter können in Fällen, in denen die Putativväter nahe Verwandte sind, beide als Vater infrage kommen. Dann kann die Vermutung nach § 1600d Abs. 2 BGB dazu führen, dass bei fehlendem Verdacht einer Vaterschaft eines anderen Mannes, das Gericht den falschen biologischen Vater feststellt. In solchen Verwandtenfällen kann nur einer Untersuchung der DNS aller in Frage kommenden verwandten Väter den biologischen Vater aufzeigen. Das passiert aber natürlich nicht, wenn ein Putativvater dem Gericht nicht bekannt ist.

Die Motive der Mutter oder des rechtlichen Vaters, diese Vaterschaft nicht über § 185 FamFG anzugreifen, können dahinstehen, denn Art. 6 II GG gibt dem biologischen Vater das Recht, die Feststellung seiner Person als Vater jedenfalls zu versuchen, auch gegen den Willen der rechtlichen Eltern. Er muss dazu nur die Versicherung nach § 1600 I Nr. 2 BGB abgeben.

Für diese Fallgestaltung stellt sich also die Frage, wie sie rechtlich zu lösen ist. Grundsätzlich scheidet eine Rechtsfortbildung dort aus, wo ein klarer Wille des Gesetzgebers erkennbar ist, diesen Sachverhalt anders zu lösen. Dann wäre das Gesetz schlicht verfassungswidrig, ohne dass es „verfassungskonform“ ausgelegt werden könnte (siehe S. 31).

Die Gesetzesbegründung differenziert in seiner Begründung nicht zwischen den verschiedenen Typen der Vaterschaft,⁷⁵³ was eher für ein gesetzgeberisches Versehen spricht und daher eine Korrektur zuließe. Da sich der mögliche Erzeuger zudem auf eine verfassungsmäßige Position berufen kann, spricht vieles dafür, dass der Gesetzgeber grundsätzlich allen Personen, denen dieses Recht zusteht, die Anfechtung öffnen wollte und schlicht davon ausging, dass im gerichtlichen Verfahren keine Fehler passieren.

Es stellt sich die Frage, wie der biologische Vater also seinen Anspruch auf ein Verfahren durchsetzen kann. Eine analoge Anwendung des § 185 FamFG ist kaum praktikabel, weil der Erzeuger an kein Gutachten gelangen können wird, dass die Restitution möglich macht. Zudem ist er dann im wieder aufgenommenen Prozess erneut kein Beteiligter.

⁷⁵³ BR-Drs. 751/03, S. 12.

Insofern muss man in diesen Fällen ausnahmsweise die Anfechtungsklage nach § 1600 I Nr. 2 BGB zulassen. Das scheint mir auch wertungsmäßig der richtige Ansatz zu sein: Mit § 1600 I Nr. 2 BGB wurde erstmals einem außerhalb der Familie stehenden und damit außerhalb der Beteiligten eines Feststellungsverfahrens stehenden Dritten ein Anfechtungsrecht zugestanden. Damit wurde also zum ersten Mal das Problem aufgeworfen und größtenteils gelöst. Nachdem ein entgegenstehender Wille des Gesetzgebers nicht besteht, ist diese Lösung daher zu bevorzugen.

M.E. ist daher in diesem Fall die Anfechtung analog § 1600 I Nr. 2 BGB zuzulassen und das Feststellungsurteil aufzuheben und durch ein neues zu ersetzen. Eine verfassungskonforme Auslegung durch Analogie ist möglich, weil der Gesetzgeber das Problem schlicht übersehen hat, aber keinen gegenläufigen Willen hat. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass er die Problematik insgesamt regeln wollte.

(c) Persönliche Reichweite

§ 184 II FamFG definiert eine Rechtskraft inter omnes. In diesem Zusammenhang ist die Frage aufzuwerfen, wieso eine solche Rechtskraft überhaupt notwendig ist, denn schließlich kommen die Vaterschaftsbegründungen nach § 1592 Nr. 1 und Nr. 2 BGB als materielle Konstruktionen auch ohne eine solche aus. Dies gilt jedenfalls für die hier vertretene Ansicht. Möglicherweise stellt also § 184 II FamFG das Bekenntnis des FGG-RG-Gesetzgebers zu einem deklaratorischen Verwandtschaftssystem dar und somit einen Gegenbeweis gegen das oben aufgezeigte System.

Sowohl § 1592 Nr. 1 und Nr. 2 BGB knüpfen an außerprozessuale Tatbestände an und gewähren ihnen die materielle Wirkung der Begründung der Vaterschaft. Diese Definitionswirkung wirkt auch für und gegen alle Teilnehmer im Rechtsverkehr, weil die Definitionsnorm nur eine Vaterschaft zulässt.

Dies wird sichergestellt durch materiell-rechtliche Mechanismen: Die Anerkennung eines Mannes ist schlicht materiell nur wirksam, wenn keine andere Vaterschaft besteht (§ 1594 Abs. 2 BGB). Ebenso kann auch prinzipbedingt nur ein Ehemann bestehen, so dass nicht aufgrund § 1592 BGB, aber aufgrund der Hilfsnormen, die Vaterschaft immer nur einem Mann zukommen kann. Die Wirkung der Vaterschaft gegenüber allen entsteht also daraus, dass § 1592 BGB abschließend die Vaterschaft definiert und die materiellen Normen sicherstellen, dass im Regelfall nur ein Mann zugeordnet wird. Erkennt man also die latente Vaterschaft nicht an, kann es nicht zu Doppelvaterschaften kommen. Das Tatbestandsmerkmal „Vater“ wird durch § 1592 BGB abschließend definiert.

Eine besondere Wirkungsweise oder Bindung des Rechtsverkehrs an diese Vaterschaftsbegründungen ist dafür nicht notwendig.

Auch die Vaterschaftsfeststellung nach § 1592 Nr. 3 BGB wirkt grundsätzlich schon aufgrund der Definitionswirkung von § 1592 BGB gegenüber allen, denn die Tatsache der Feststellung bedarf keiner Rechtskraft um sie für und gegen alle als Tatbestandsmerkmal in § 1592 Nr. 3 BGB subsumieren zu können. Der Beschluss als Tatbestandsmerkmal ist in seiner Existenz nicht von der Rechtskraft *inter omnes* abhängig. Ist Existenz und Wirksamkeit des Beschlusses fraglich, ist auch mit einer Rechtskraft *inter omnes* nichts gewonnen, da diese auch Existenz und Wirksamkeit voraussetzt.

Nachdem § 1600d Abs. 1 BGB verhindert, dass eine zweite Vaterschaftsfeststellung betrieben wird, existiert ein Grund für die Anordnung der Rechtskraft auf den ersten Blick nicht. Auch hier handelt es sich nicht um eine Frage des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses⁷⁵⁴ und auch nicht um eine Folge der Rechtskraft: § 1600d I BGB stellt als Zulässigkeitsvoraussetzung die fehlende Vaterschaft auf. Das gilt sowohl für eine vorübergehende Feststellung als auch für die anderen Arten der Vaterschaftsbegründung. Wiederum also eine materielle Ausgestaltung.

Auch das Anfechtungsurteil benötigt keine solche Rechtskraft, denn sie führt unmittelbar nach § 1599 I BGB dazu, dass die Definitionsnorm § 1592 Nr. 1 und Nr. 2 BGB nicht gilt. Auf eine Rechtskraft *inter omnes* ist daher auch sie nicht angewiesen. Es handelt sich, wie bereits gezeigt, um Gestaltungsentscheidungen, die durch das materielle Recht eine allseitige Wirkung erlangen.

(aa) Geschichte der Rechtskraft *inter omnes* von Anfechtungsurteilen

Es stellt sich daher die Frage, wieso der Gesetzgeber trotzdem eine solche Anordnung trifft. Hierzu bietet sich wieder eine historische Analyse an.

Der Gesetzgeber wollte, ausweislich der Begründung zum FamFG, mit § 184 Abs. 2 FamFG die bisherige Norm § 640h I S. 1 ZPO weiterführen.⁷⁵⁵ Es ist daher zu untersuchen, ob die Gründe, die für die Einführung des § 640 I S. 1 ZPO galten, noch tragfähig sind, ob sie Anlass bieten, die in dieser Arbeit bisher gefundenen Ergebnisse zu hinterfragen, oder ob die Norm ebenso wie die Rechtsausübungssperren ein gesetzgeberischer Fremdkörper im aktuellen System ist. Denn sollte der Wirkung *inter omnes* tatsächlich eine Funktion zukommen, könnte dadurch die oben behauptete Gestaltungswirkung möglicherweise widerlegt werden.

§ 640h I S. 1 ZPO war eine Fortschreibung des § 643 ZPO 1900. Die Norm gelangte mit den Reichsjustizgesetzen in die ZPO⁷⁵⁶ und war in den Motiven noch als § 1477 BGB behandelt und dann aber in die ZPO verwiesen worden.⁷⁵⁷

⁷⁵⁴ a.A. Wellenhofer, in: MüKo-BGB (6), § 1600d Rn 11.

⁷⁵⁵ BT-Drs. 16/6308, S. 246.

⁷⁵⁶ RGBl. 1898, S. 532

Ausweislich der Motive ging es bei dieser Norm v.a. darum, der Klageabweisung eine Inter-omnes-Wirkung zu verleihen, soweit das Urteil zu Lebzeiten von Mann und Kind erging.⁷⁵⁸ Der Sinn dieser Rechtskraft des klageabweisenden Urteils könnte daher darin zu sehen sein, den Verwandten nach dem Tod des Ehemanns die Anfechtung abzuschneiden, wenn der Mann gestorben war, ohne sein Anfechtungsrecht verloren zu haben. Denn in diesen Fällen konnte nach der Urfassung des BGB jedermann die Ehelichkeit inzident bestreiten. Nachdem aber eine Anfechtungsklage mit Officialverfahren bereits abgewiesen war, sah der BGB-Gesetzgeber keinen Grund mehr, ein solches Bestreiten erneut zuzulassen.

Die Motive sprechen davon, dass in den Fällen der Abweisung der Klage eine Rechtskraft inter omnes unschädlich sei, weil der Ehemann aufgrund der Möglichkeit der Anerkennung und der Rücknahme der Klage den Prozess ohnehin präjudizieren könne.⁷⁵⁹ Das ist in Fortführung zum Vorentwurf des BGB zu sehen, indem nur der ablehnenden Entscheidung eine Wirkung inter omnes zudedacht wurde, weil generelle Bedenken gegen die Wirkung inter omnes bestanden. Man wollte die Rechtskraft nicht auf Personen erstrecken, die nicht am Prozess beteiligt waren. Diese Bedenken trafen aber nicht für die Ablehnung zu, da diese sowieso allein durch den Mann herbeigeführt werden konnte, indem er gar nicht erst klagte oder die Klage zurücknahm.⁷⁶⁰

Ausweislich der Begründung zum Vorentwurf des BGB sollte mit der Rechtskraft inter omnes letztlich dann das gleiche Resultat erzielt werden, als hätte das Gesetz die Gestaltungswirkung nicht der Anfechtung, sondern dem Urteil beigemessen, weshalb ausnahmsweise eine Rechtskraft inter omnes angeordnet wurde.⁷⁶¹

Ursache für diese Konstruktion war also erneut der Dualismus der Anfechtungsklage, wie er bereits mehrfach hier auch als Grund für die Existenz der Rechtsausübungssperren angeführt wurde (siehe S. 105). Die Erhebung der Klage war, wie bereits gezeigt, sowohl Klageerhebung als auch Gestaltungserklärung. Durch die Erklärung und nicht durch das Urteil entfiel die Vaterschaft. Das Urteil bestätigte nur die Wirksamkeit der Anfechtung.

Durch diese materielle Konstruktion entstand aber ein prozessuales Problem: Zwar konnte sich nach dem Anfechtungsurteil jeder auf die erfolgte Anfechtung berufen. Allerdings hätte nach allgemeinem Prozessrecht die Feststellung über die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Anfechtung nur inter partes gewirkt. Durch die Rechtskraft inter omnes sollte daher vermieden werden, dass in späteren

⁷⁵⁷ Motive FamR, S. 673f.

⁷⁵⁸ Motive FamR, S. 673.

⁷⁵⁹ Motive FamR, S. 673.

⁷⁶⁰ *Planck/Schubert*, Beendigung der Ehe, Recht der Abkömmlinge, Vormundschaftsrecht., S. 1243.

⁷⁶¹ *Planck/Schubert*, Beendigung der Ehe, Recht der Abkömmlinge, Vormundschaftsrecht., S. 1243.

Inzidentprozessen die Wirksamkeit der Anfechtung, in Form der Klageerhebung, in Streit gestellt werden konnte. Die Rechtskraft *inter omnes* diene daher, genau wie die Rechtsausübungssperren, nur der Vermeidung von abweichenden Inzidentfeststellungen. Nachdem der Dualismus der Anfechtungserklärung aber mit dem KindRG obsolet ist, könnte also die Rechtskraft *inter omnes* ebenfalls überflüssig geworden und funktionslos sein.

Denn das vom Gesetzgeber gewünscht Ergebnis, dass die Anfechtung so funktionieren solle, als wäre sie durch Urteil erfolgt, wird spätestens seit dem KindRG ohnehin erreicht und wurde durch das FGG-RG nicht in Frage gestellt.

(bb) Verständnis des § 184 II FamFG in der Literatur

Möglicherweise lassen sich aber in der Literatur Funktionen der Rechtskraft *inter omnes* finden, die darüber hinausgehen.

Gestaltungsurteile wirken grundsätzlich gegenüber jedermann,⁷⁶² weil sie die materielle Rechtslage verändern. Das ist zu unterscheiden von einer Rechtskraft *inter omnes*, die zwar auch gegenüber jedermann wirkt, jedoch nicht aufgrund materieller Regeln sondern aufgrund eines durch die Rechtskraft begründeten Abweichungsverbots in Folgeentscheidungen der Gerichte. Trotzdem haben auch Gestaltungsklagen grundsätzlich eine Rechtskraft, wenn auch nur *inter partes*.⁷⁶³

Die Literatur schreibt aber der Rechtskraft *inter omnes* noch weitere Funktionen zu:

In Folgeprozessen sollen mit § 184 II FamFG, die bereits ausgeschiedenen Väter nicht mehr erneut als mögliche Väter benannt werden können. Insofern weiche die Rechtslage von der Rechtslage zur Geltung des NeG ab, als der BGH dies noch zuließ.⁷⁶⁴ Der BGH hatte entschieden, dass es in einem Feststellungsprozess dem Beklagten nicht verboten sei, den eheliche Vater des Kindes, dessen Vaterschaft erfolgreich angefochten wurde, wieder als möglichen Vater zu benennen. Dabei argumentierte der Senat, festgestellt würde durch das Statusurteil nur der Status, nicht die biologische Abstammung, diese nehme nicht an der Rechtskraft *inter omnes* teil. Daher könne der Putativvater auch weiterhin den bereits angefochtenen Vater als möglichen weiteren Erzeuger benennen.⁷⁶⁵

Als Begründung dafür, dass dies nun nicht mehr möglich sei, führt *Gottwald* an, mit der Rechtskraft der Statusentscheidung stehe fest, dass das Kind kein leibliches Kind des Ehemannes der Mutter sei,

⁷⁶² Bacher, in: BeckOK-ZPO (8), § 253 ZPO Rn 5.

⁷⁶³ Spellenberg, in: Staudinger-BGB (Neubearbeitung 2005), Art 21 EheGVO Rn 58; *Schlosser*, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 68ff; *Gottwald*, in: MüKo-ZPO (4), § 322 Rn 185f.

⁷⁶⁴ *Gottwald*, in: MüKo-ZPO (4), § 322 Rn 188.

⁷⁶⁵ BGH, NJW 1982, 1652.

daher sei die genannte BGH Rechtsprechung nicht mehr denkbar.⁷⁶⁶ Das würde aber voraussetzen, dass sich der sachliche Umfang der Rechtskraft bei § 184 Abs. 2 FamFG von § 640h ZPO unterscheidet. Das ist aber gerade nicht der Fall. Nach wie vor wirkt die Rechtskraft nur inter omnes, soweit über die Abstammung entschieden wird. Die Vorfrage der biologischen (Nicht-)Erzeugung durch den Schein- oder Putativvater erwächst nach wie vor nicht in Rechtskraft und zwar auch nicht inter partes. In dieser Hinsicht hat also § 184 Abs. 2 FamFG keine Änderung gebracht. Dadurch wäre im Übrigen auch wenig gewonnen, weil damit nur ein Putativvater ausgeschlossen würde.

Die Rechtskraft inter omnes kann auch weitere Anfechtungsberechtigte nicht davon abhalten, selbst einen neuen Anfechtungsantrag zu stellen, wenn bereits ein Antrag abgewiesen wurde. Sowohl nach § 640ff ZPO aF als auch nach § 172 FamFG sind aber alle Anfechtungsberechtigten (siehe dazu S. 223) bereits Beteiligte des Abstammungsprozesses, die Rechtskraft der Entscheidung wirkt daher ohnehin zwischen ihnen.⁷⁶⁷ Und nach § 185 FamFG steht gerade ihnen ohnehin die Möglichkeit der Abänderung zu, wenn sie auch tatsächlich beteiligt wurden.⁷⁶⁸ Die Anfechtungsberechtigung des biologischen Vaters nach § 1600 I Nr. 2 BGB hingegen wird nicht umfasst sein, weil sie sich auf einen anderen Lebenssachverhalt stützt.

Eine Funktion könnte die inter omnes Wirkung daher lediglich dann haben, soweit nach Ablehnung eines Anfechtungsantrags des Scheinvaters ein anderer Mann als möglicher Erzeuger (§ 1600 I Nr. 2 BGB) oder die Behörde (§ 1600 I Nr. 5 BGB) die Vaterschaft erneut anfechtet und dies durch die Rechtskraft verhindert wird. Diesen nämlich steht mangels Beteiligung am Vorprozess § 185 FamFG nicht zu und die Rechtskraft inter partes wirkt auch nicht gegen sie.⁷⁶⁹

Hier stellt sich die Frage nach der Rechtskraft der ablehnenden Gestaltungsentscheidung. Wie oben gezeigt (S. 209), wirkt aber die Rechtskraft der abgewiesenen Anfechtungsklage selbst inter partes nur bzgl. des zugrunde liegenden Anfangsverdachts. Dementsprechend stünde selbst eine Rechtskraft inter omnes nicht der Anfechtung durch einen anderen potentiellen Vater entgegen, da diese sich auf einen anderen Lebenssachverhalt stützen wird.

Soweit im Fall des § 185 FamFG trotz Beteiligungspflicht eine Person nicht beteiligt wurde, soll diese die Entscheidung nur dann angreifen können, wenn sie ein eigenes Antragsrecht hat.⁷⁷⁰ Darin steckt m. E. die Aussage, dass die Rechtskraft nach § 184 II FamFG einen eigenständigen Anfechtungsantrag

⁷⁶⁶ Gottwald, in: MüKo-ZPO (4), § 322 Rn 188.

⁷⁶⁷ Bumiller, Harders, in: Bumiller/Harders, FamFG (10), § 45 Rn 7.

⁷⁶⁸ Coester-Waltjen, Hilbig, in: MüKo-ZPO (3), § 185 FamFG Rn 11.

⁷⁶⁹ Coester-Waltjen, Hilbig, in: MüKo-ZPO (3), § 185 FamFG Rn 11.

⁷⁷⁰ Coester-Waltjen, Hilbig, in: MüKo-ZPO (3), § 185 FamFG Rn 11.

des übergangenen Beteiligten nicht hindert. Der nicht am Verfahren Beteiligte kann daher auch nach Rechtskraft einer Anfechtungsentscheidung selbst ein Anfechtungsverfahren durchführen.

Der Gesetzgeber ging bei der Schaffung des § 641i ZPO, dem Vorgänger des § 185 FamFG, im Einführungsgesetz zum NeG davon aus, dass die normale Rechtskraft der ZPO eine zu starke Bindungswirkung zwischen den Beteiligten hervorruft. So wollte er verhindern, dass Feststellungen, die aufgrund der Vermutungsregeln ergingen, für die Beteiligten irreversibel sind. Deshalb benötigte man auch nach § 641i II ZPO keine Beschwerde, so dass selbst das Kind, das erfolgreich einen Mann auf die Vaterschaftsfeststellung verklagt hatte, die Restitution durchführen konnte, wenn ein neues Gutachten vorlag.⁷⁷¹

Der ablehnenden Entscheidung eines Anfechtungsantrags kommt daher keinerlei Rechtskraft inter omnes zu, sie wäre auch nutzlos, weil die Rechtskraft einer solchen Entscheidung sich auf den konkreten Lebenssachverhalt beschränkt. Daher kann jeder Anfechtungsberechtigte weiter die Anfechtung betreiben, soweit nicht ihm gegenüber eine Rechtskraft inter partes besteht, deren Restitution er im Rahmen von § 185 FamFG erleichtert betreiben kann.

Auch in der Literatur lässt sich daher kein sinnvoller Grund für eine Rechtskraft inter omnes der Statusentscheidungen finden.

(cc) Fazit

Für die konstitutiven Gerichtsentscheidungen ist daher, aufgrund ihrer Natur als Gestaltungsurteile, die Rechtskraft inter omnes nutzlos. Allerdings lässt sich aufgrund der im BGB 1900 enthaltenen Doppelnatur der Anfechtungsklage diese Regelung, die jeweils unreflektiert übernommen wurde, erklären. Außerdem kommt ihr, wie gleich zu zeigen sein wird, möglicherweise bei den deklaratorischen Entscheidungen eine Funktion zu. Einen Grund, die gefundenen Ergebnisse wegen der Rechtskraft inter omnes zu hinterfragen besteht also nicht. Die Ergebnisse können weiter unverändert aufrecht erhalten werden.

3) Die deklaratorischen gerichtlichen „Statusentscheidungen“

Bei den Verfahren nach § 169 Nr. 1 FamFG existieren Verfahren, die lediglich die Feststellung betreffen, ob eine Eltern-Kind-Beziehung bereits besteht. Diese Verfahren begründen oder zerstören in Abweichung zu den im vorherigen Abschnitt dargestellten „echten Statusentscheidungen“ keine Abstammung, sondern prüfen anhand der bereits vorliegenden materiellen Tatbestandsmerkmale, ob eine solche Beziehung wirksam begründet wurde.

⁷⁷¹ BT-Drs 5/3719, S. 42.

Es handelt sich hierbei um Feststellungsverfahren, die kein rechtsgestaltendes Element beinhalten. Auch bei diesen Verfahren wird über die Abstammung im Sinne des § 184 II FamFG entschieden.⁷⁷² Aufgrund der fehlenden materiellen Gestaltungswirkung dieser Entscheidungen hat hier § 184 II FamFG seinen Anwendungsbereich, so dass die Norm nicht vollständig obsolet ist. Durch das Abstammungsfeststellungsurteil wird also z.B. mit Rechtskraft *inter omnes* festgestellt, dass ein Kind und ein Mann aufgrund § 1592 Nr. 1 BGB eine Vater-Kind-Beziehung haben. Nun kann niemand mehr behaupten, dass das Kind im Krankenhaus verwechselt wurde oder dass der Mann nicht Vater ist, weil er nicht mit der Mutter verheiratet war.

Hier ersetzt die *inter-omnes*-Wirkung der Rechtskraft die fehlende materielle Stabilität der tatsächlichen Anknüpfungspunkte (siehe dazu auch S. 67ff).

Grundsätzlich existiert für die in diesen Verfahren zu klärenden Fragen kein Verbot der Inzidentfeststellungen. Es kann also in jedem Verfahren inzident geklärt werden, ob die Voraussetzungen der § 1592 Nr. 1, Nr. 2 oder Nr. 3 BGB vorliegen, weil sie jeweils Vorfragen bzw. den Tatbestand der Gestaltungsnormen betreffen.

4) Der Tod eines Beteiligten vor und nach dem Prozess

Fraglich ist die Einordnung des Verfahrens nach dem Tod eines Beteiligten, nach Wegfall des § 1600e II BGB. Der Sinn des alten § 1600e Abs. 2 BGB KindRG war es, die Sache als Entscheidung der freiwilligen Gerichtsbarkeit weiter zu betreiben, weil ein Klagegegner nach Wegfall des Passivlegitimierten fehlte.⁷⁷³ Eine solche Regelung ist nun, da alle Abstammungsverfahren FG-Familiensachen sind, nicht mehr notwendig.⁷⁷⁴ Allerdings sieht § 181 FamFG vor, dass das Verfahren bei Tod eines Beteiligten nur auf Antrag fortgeführt wird.

Trotzdem ändert sich m.E. durch den Tod eines Beteiligten die Verfahrensart nicht. Ein Feststellungsverfahren nach § 1600d BGB bleibt ein Feststellungsverfahren mit konstitutiver Entscheidung, ebenso wie eine Anfechtung nach § 169 Nr. 4 FamFG ein Anfechtungsverfahren bleibt. Nach Wegfall des § 1596 III BGB aF mit dem KindRG, ist auch bei ehelichen Kindern nach dem Tod des Vaters eine deklaratorische Entscheidung notwendig. Eine feststellende Entscheidung ist nicht möglich, da die Rechtslage stets durch Gestaltungsakt verändert werden muss und eine deklaratorische Entscheidung daher an § 1599 I BGB scheitert, wenn es um die Beseitigung einer Vaterschaft geht oder bei Herstellung einer Vaterschaft nach § 1600d I BGB ein Gestaltungsakt geschehen muss.

⁷⁷² Nickel, in: BeckOK-FamFG (10), § 184 FamFG Rn 3; Coester-Waltjen, Hilbig, in: MüKo-ZPO (3), § 184 FamFG Rn 7; Löhnig, in: Bork/Jacoby/Schwab, FamFG (2), § 184 Rn 2.

⁷⁷³ Hahn, in: BeckOK-BGB, § 1600e Rn 7.

⁷⁷⁴ Nickel, in: BeckOK-FamFG (10), § 171 Rn 1.

Selbstverständlich sind aber auch deklaratorische Entscheidungen nach dem Tod möglich, wenn ihre allgemeinen Voraussetzungen vorliegen.

5) Die Antragsberechtigung im Verfahren nach § 1600d I BGB

Der Gesetzgeber hat, mit der Einführung des FamFG, die Norm § 1600e I BGB NeG gestrichen. Diese Norm regelte die Antragsberechtigung bei einem Antrag auf Feststellung der Vaterschaft. Daraus ergibt sich die Frage, wie die Antragsberechtigung nun zu bestimmen ist.

§ 172 FamFG regelt grundsätzlich nur die prozessuale Frage der Beteiligung, während die Frage der Antragsberechtigung eine materielle Frage ist, die bei jeder Verfahrenskonstellation nach § 169 FamFG anders zu beantworten ist. Trotzdem sehen manche in dieser Norm⁷⁷⁵ die Regelung der Antragsbefugnis, teilweise wird sie auch in § 171 FamFG gesehen.⁷⁷⁶

Für die Verfahren der Anfechtung regelt § 1600 I BGB die Antragsberechtigung, für das Verfahren nach § 1598a BGB regelt die Norm selbst die Antragsberechtigung. Hingegen fehlt eine solche, wegen der Abschaffung von § 1600e BGB, nun für das Verfahren nach § 1600d BGB.⁷⁷⁷

Die h.M. entnimmt die Notwendigkeit einer Antragsbefugnis den §§ 23 und 7 II Nr. 1 FamFG. Demnach sei eine rechtliche Beziehung des Antragstellers zum Verfahrensgegenstand notwendig, um ein Antragsverfahren einleiten zu dürfen. Das diene dem Zweck, Popularanträge auszuschließen, schone gerichtliche Ressourcen und vermeide Einmischungen.⁷⁷⁸

Eine rechtliche Beziehung zum Verfahrensgegenstand des Putativvaters, der seine eigene Feststellung als Vater begehrt, und des betroffenen Kindes kann kaum bestritten werden. Problematischer ist die Frage nach der Antragsbefugnis der Mutter, von (Putativ-)großeltern oder von nicht mehr zugeordneten Scheinvätern, die ein Interesse an einem Regress (dazu S. 161) haben könnten.

(a) Voraussetzungen der Antragsbefugnis im Feststellungsverfahren

Eine Antragsbefugnis soll dann vorliegen, wenn die Beziehung des Antragsbefugten zum Verfahrensgegenstand eine unmittelbare rechtliche ist. Er muss durch das Verfahren also unmittelbar in seinen Rechten betroffen werden können.⁷⁷⁹

⁷⁷⁵ Stößer, FamRZ 2009, 923, 925 geht jedenfalls davon aus, dass § 172 FamFG eine abschließende Liste darstellt.

⁷⁷⁶ Rauscher, in: Staudinger (Neubearbeitung 2011), § 1600d Rn 2.

⁷⁷⁷ Rauscher, in: Staudinger (Neubearbeitung 2011), Anhang zu § 1600d Rn 35.

⁷⁷⁸ Burschel, in: BeckOK-FamFG, § 23 FamFG Rn 9; MüKo-ZPO (3), § 23 Rn 16; Jacoby, in: Bork/Jacoby/Schwab, FamFG (2), § 23 Rn 16.

⁷⁷⁹ Ulrici, in: MüKo-ZPO (3), § 23 FamFG Rn 17.

Durch das Verfahren nach § 1600d I BGB wird eine Zuordnung zwischen Vater und Kind hergestellt, also Abstammung begründet und damit uno-acto ein Verwandtschaftsverhältnis im Sinne des § 1589 BGB begründet. Das spricht prinzipiell für eine weite Antragsbefugnis aufseiten der väterlichen Verwandtschaft, denn sie werden durch Herstellung eines Verwandtschaftsverhältnisses alle in ihren Rechtspositionen beeinträchtigt.

Im Folgenden sollen alle fraglichen Rollen eingehend untersucht werden.

(b) Die Mutter

Von den genannten fraglichen Personen unmittelbar am wenigsten betroffen scheint mir die Mutter des Kindes zu sein. Denn für sie entsteht kein Verwandtschaftsverhältnis. Das Verwandtschaftsverhältnis zum Kind bestand schon zuvor. Sie muss sich allenfalls die elterliche Sorge teilen und hat ggf. einen Unterhaltsanspruch. Diese Interessen sind jedoch nicht Verfahrensgegenstand, so dass nach der allgemeinen Regel die Mutter nicht antragsbefugt wäre. Es handelt sich um mittelbare Folgen. Das zeigt sich auch in der Regelung des § 184 III FamFG der überflüssig wäre, wenn die Mutter durch die Vaterschaftsfeststellung stets beschwert wäre.⁷⁸⁰

Es ist allerdings davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit Streichung des § 1600e BGB aF keinesfalls den Kreis der Antragsberechtigten verkleinern wollte. Vielmehr wollte der Gesetzgeber lediglich die Umstellung vom Streit- zum FG-Verfahren regeln, bei der eine Regelung nicht mehr notwendig sei, weil unabhängig von der Frage, wer das Verfahren einleitet, die Beteiligung am Verfahren nach §§ 172 und § 7 FamFG bestimmt werde.⁷⁸¹

Der Gesetzgeber beschäftigte sich bei der Abschaffung des § 1600e BGB daher wohl nur mit der Funktion des § 1600e BGB auf der Passivseite und hat diese in § 172 und § 7 FamFG geregelt. § 1600e BGB aF regelte aber auch die Befugnis zur Erhebung der Klage und damit auch der Aktivseite.

Mit der Norm des § 172 FamFG und § 184 IV FamFG zeigt der Gesetzgeber jedoch, dass er offensichtlich davon ausgeht, dass die Mutter an der Entscheidung über die Feststellung der Vaterschaft ein erhebliches eigenes Interesse hat, so dass sie an dem Verfahren mit eigener Beteiligtenstellung und Beschwerdebefugnis teilnimmt.⁷⁸² Es handelt sich nicht um eine vom Kind abgeleitete Stellung als gesetzliche Vertreterin sondern eine eigene Position. Daher ist die Mutter weiter als antragsbefugt anzusehen.

⁷⁸⁰ Löhnig, FamRZ 2009, 1798, 1799.

⁷⁸¹ BT-Drs. 16/6308, S. 345.

⁷⁸² Löhnig, FamRZ 2009, 1798, 1798f.

(c) *Die Eltern des Putativvaters*

Es stellt sich umgekehrt die Frage, ob § 172 FamFG dazu geeignet ist, nach materiellem Recht Antragsbefugte auszuschneiden. Denn es kann nicht geleugnet werden, dass alle nach § 1589 BGB jedenfalls in gerader Linie Verwandten auf väterlicher Seite unmittelbar von der Entscheidung betroffen sind. Es wird schließlich als unmittelbare Folge der Herstellung des Abstammungsverhältnisses auch bei diesen Personen ein Verwandtschaftsverhältnis geschaffen.

Daher kann § 172 FamFG so zu verstehen sein, dass er in Bezug zu § 7 II FamFG eine Sonderregel darstellt, weil der Kreis der unmittelbar Betroffenen nach § 7 II Nr. 1 FamFG sehr weit sein könnte. Dagegen spricht allerdings, dass die Gesetzesbegründung zu § 7 II Nr. 2 FamFG davon ausgeht, dass die Beteiligtenaufzählungen im besonderen Teil des FamFG nicht abschließend sind und durch die Generalklausel in § 7 II Nr. 1 FamFG „flankiert“ werden.⁷⁸³ Demnach wären alle in gerader Linie Verwandten stets zu beteiligen.

Dabei spricht die Begründung davon, dass das Verfahren durch einen Antragssteller eingeleitet wird und sich dann die weiteren Beteiligten nach § 172 und § 7 FamFG bestimmen.⁷⁸⁴ Das spricht explizit gegen die Ansicht, § 172 FamFG normiere abschließend den Kreis der Antragsberechtigten, weil § 7 FamFG darüber hinaus Beteiligte zulässt.

In jedem Fall aber steht § 7 I FamFG neben § 172 FamFG, so dass der oder die Antragssteller stets trotz fehlender Aufzählung in § 172 FamFG (Nr. 3 meint nur den rechtlichen Vater)⁷⁸⁵ am Verfahren zu beteiligen sind. § 172 FamFG ist daher keine abschließende Regelung für die Beteiligtenstellung, sondern steht neben § 7 I und II Nr. 1 FamFG. Darüber hinaus zählt er auch nicht alle unstreitig Antragsberechtigten auf, weshalb er als abschließende Norm für die Antragsbefugnis ausscheidet, denn es fehlt der biologische Vater.

§ 172 FamFG ist daher nicht in der Lage, eine materiell nach allgemeinen Regeln bestehende Antragsbefugnis zu vernichten.

Bei Anwendung der allgemeinen Regeln ist daher grundsätzlich eine Antragsbefugnis der Putativgroßeltern und aller weiteren in gerader Linie Verwandten gegeben. Trotzdem gewährt die h.M. den Großeltern keine Antragsbefugnis, weil diese ein lediglich mittelbares Interesse an der Feststellung hätten.⁷⁸⁶

⁷⁸³ BT-Drs. 16/6308, S. 179.

⁷⁸⁴ BT-Drs. 16/6308, S. 345.

⁷⁸⁵ Nickel, in: BeckOK-FamFG (10), § 172 FamFG Rn 5.

⁷⁸⁶ Rauscher, in: Staudinger (Neubearbeitung 2011), § 1600d Rn 14; Helms, Balzer, ZKJ 2009, 348, 349.

Zu Recht hatte das OLG Hamburg unter Geltung des § 1600e BGB eine analoge Anwendung für die Großeltern verneint, weil § 1600e BGB als abschließende Aufzählung aller denkbaren Prozesssituationen vom Gesetzgeber gedacht war. Der Gesetzgeber habe den Kreis der Antragsberechtigten auf den Kernbereich der verwandtschaftlichen Beziehungen beschränken wollen. Das führe der Gesetzgeber zwar nur für das Anfechtungsrecht aus, für das Antragsrecht auf Feststellung müsse jedoch das Gleiche gelten.⁷⁸⁷ Es ist daher tatsächlich davon auszugehen, dass der Gesetzgeber vor dem FGG-RG kein Antragsrecht von nicht in § 1600e BGB genannten Personen zulassen wollte.

Möglicherweise ist daher eine einschränkende Auslegung der Antragsbefugnis geboten.

Dabei geht von der bisherigen Rechtslage des § 1600e BGB als abschließende Regel jedenfalls eine gewisse Indizwirkung aus, wenn der Gesetzgeber keinen Systemwandel vor Augen hatte. In den Materialien zum FGG-RG ist ein derartiger Wandel nicht erkennbar, was dafür spricht, dass die Rechtslage in dieser Hinsicht unverändert sein sollte.⁷⁸⁸

Entscheidend könnte aber eine andere Frage sein. Möglicherweise schwebte dem Gesetzgeber ein anderes Verständnis des Verfahrensgegenstandes vor, oder er hatte eine andere Vorstellung von unmittelbaren Rechtswirkungen des Verfahrens.

So spricht § 169 Nr. 1 FamFG nur von der Begründung eines Eltern-Kind-Verhältnisses als Gegenstand des Verfahrens. Das spricht dafür, dass der Gesetzgeber sich verengend mit nur dieser Beziehung befasst hat und die Auswirkungen nach § 1589 BGB auf andere weiter entfernt Verwandte nicht im Blick hatte. Bei einer derartigen Sichtweise wäre dann die Antragsbefugnis mit der nach § 1600e BGB identisch: Putativvater (§ 1600e I Nr. 1 BGB aF), Mutter (§ 1600e I Nr. 2 Alt 1 BGB aF) und Kind (§ 1600e I Nr. 2 Alt 2 BGB aF).

Dafür spricht auch die bei allen abstammungsrechtlichen Verfahren erkennbare Tendenz, nur die Kernfamilie als antragsbefugt zu behandeln, wie das bei § 1600 I BGB der Fall ist. Durchbrechungen dieses Prinzips gab es nur nach § 1595a BGB bis zum KindRG. Hier hatten die Eltern des Ehemanns vom 1.1.1962 bis zum 1.7.1998 die Möglichkeit, die Ehelichkeit anzufechten, wenn der Ehemann verstorben war, ohne von der Geburt zu wissen, oder innerhalb der ersten beiden Lebensjahre des Kindes verstorben ist. Auch hier hatten die Großeltern aber keine unmittelbar eigene Antragsbefugnis, sondern ersetzten lediglich diejenige des weggefallenen Mannes.

⁷⁸⁷ OLG Hamburg, FamRZ 2002, 842.

⁷⁸⁸ *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 275; *Löhnig*, FamRZ 2009, 1798, 1799; *Coester-Waltjen*, Jura 2009, 427, 429.

Die Anfechtungsbefugnis der Ausländerbehörde nach § 1600 I Nr. 5 BGB wiederum ist zwar eine Durchbrechung, die aber auf einen eng umgrenzten missbrauchsanfälligen Sonderfall zugeschnitten ist.

Das alles spricht dafür, der Antragsbefugnis einen engen Unmittelbarkeitsbegriff mit Bezug allein zum Eltern-Kind-Verhältnis zugrunde zu legen, weshalb die Großeltern ausscheiden. Entscheidend dürfte es sein, das Unmittelbarkeitskriterium allein auf die Eltern-Kind-Beziehung anzuwenden.

(d) Der beseitigte Scheinvater

Der beseitigte Scheinvater hat zwar ein wirtschaftliches Interesse daran, den biologischen Vater als rechtlichen Vater festzustellen zu lassen. Allerdings sind alle seine Positionen lediglich schuldrechtlich. Er ist lediglich mittelbar von der Herstellung eines Verwandtschaftsverhältnisses betroffen und keinesfalls unmittelbar. Die unmittelbare Betroffenheit seiner Person endet mit Endurteil im Anfechtungsprozess. Danach wird von der Frage der Verwandtschaft des Kindes nicht mehr unmittelbar betroffen. Er ist daher nicht antragsbefugt.

(e) Ergebnis

Auch nach Wegfall des § 1600e BGB aF durch das FGG-RG und einer fehlenden Neuregelung bleibt es bei einer engen Antragsbefugnis. Antragsbefugt sind der Putativvater, die Mutter und das Kind. Dabei ergibt eine Auslegung nach den normalen Regeln der Antragsbefugnis die Berechtigung von Putativvater und Kind, während die Mutter über eine erweiternde Auslegung berechtigt ist. Die Eltern des Putativvaters müssen hingegen über eine enge Auslegung ausgeschieden werden. Entscheidender Gesichtspunkt dürfte hier die enge Sichtweise des Gesetzgebers auf das Verfahren sein.⁷⁸⁹

II Der Anfangsverdacht

Bei der Vaterschaftsanfechtung nach vorangegangener Anerkennung oder aufgrund von Ehelichkeit des Kindes wirken Verfahrensrecht und materielles Recht unter dem Gesichtspunkt „Anfangsverdacht“ in besonderer Weise zusammen. Schnittstelle ist insofern die materiell-rechtliche Anfechtungsfrist und der prozessuale Amtsermittlungsgrundsatz.

Anfangsverdacht bedeutet in diesem Zusammenhang, dass der rechtliche Vater nicht ins Blaue hinein die Vaterschaft anfechten darf, ohne konkrete Anhaltspunkte für eine fehlende biologische Abstammung zu benennen.

⁷⁸⁹ im Ergebnis genauso die völlig a.A. *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 275; *Löhnig*, FamRZ 2009, 1798, 1799f.

1) Geschichte des Anfangsverdachts

(a) Einführung und Weiterentwicklung der Kenntnisfrist durch den Gesetzgeber

Bereits die Urfassung des BGB von 1900 sah in § 1594 I BGB 1900 eine Frist für die Anfechtung der Ehelichkeit von einem Jahr vor, die mit der Kenntnis von der Geburt des Kindes zu laufen begann, § 1594 II BGB 1900. Nach einer wirksamen Anerkennung war die Vaterschaft überhaupt nicht mehr anfechtbar, § 1598 I BGB 1900, wenn nicht ein Grund zur Anfechtung nach dem Allgemeinen Teil des BGB vorlag (§§ 119ff BGB).

Nach dieser Gesetzesformulierung war die Anfechtung genau ein Jahr lang nach Kenntnis von der Geburt möglich. Ein Anfangsverdacht in Bezug auf die fehlende Abstammung vom Vater, als materielle Voraussetzung der Anfechtung, war schon allein deshalb ausgeschlossen, weil die Frist nicht auf die Kenntnis von Umständen, die auf die Nichteelichkeit hindeuteten, bezogen war, sondern auf die Geburt. Daher war die Notwendigkeit eines Anfangsverdachts undenkbar, denn dieser hätte sich auf die Geburt beziehen müssen. Eine Anfechtung ohne Kenntnis von der Geburt ist aber schlicht ausgeschlossen. Über die Frage der Ehelichkeit des Kindes, also der Abstammung vom Ehemann der Mutter, musste sich der Mann daher keine Gedanken machen. Nach dieser Gesetzeslage war es zwar grundsätzlich denkbar, Anfechtungen ins Blaue hinein nicht zuzulassen, allerdings gab es dafür keinen Anhaltspunkt im Wortlaut.

Mit Art. 2 § 4 des FamRÄndG 1938⁷⁹⁰ erhielt die Norm für den Fristbeginn (§ 1594 I und II BGB in der Fassung von 1938) folgenden Wortlaut:

„(1) Die Ehelichkeit eines Kindes kann von dem Mann binnen Jahresfrist angefochten werden.

(2) [1] Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Mann Kenntnis von den Umständen erlangt, die für die Unehelichkeit des Kindes sprechen. [2] Sie beginnt frühestens mit der Geburt des Kindes.“

Damit knüpfte die Anfechtungsfrist nicht mehr nur an die Geburt an, sondern auch an die Kenntnis von Umständen, die gegen die Vaterschaft sprechen. In dieser Fassung von 1938⁷⁹¹ war die Norm auch Grundlage der Entscheidung des BGH vom 22.4.1998, in der er den Anfangsverdacht erstmals anerkannt hat. Die Norm entspricht inhaltlich der heutigen Regelung in § 1600b I S. 2: „Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Berechtigte von den Umständen erfährt, die gegen die Vaterschaft sprechen“ in Zusammenschau mit § 1600b II S. 1 BGB: „Die Frist beginnt nicht vor der Geburt des Kindes und nicht, bevor die Anerkennung wirksam geworden ist.“

⁷⁹⁰ RGL I, 380ff vom 12.4.1938.

⁷⁹¹ lediglich die Frist wurde zum 1.1.1962 auf zwei Jahre geändert. Zusätzlich galt vom 1.1.1962 bis zum 1.1.1970 eine Höchstfrist von 10 Jahren seit Geburt in § 1594 IV BGB.

Grund für die Änderung des Fristbeginns war der Umstand, dass man es als nicht zumutbar empfand, dem Ehemann ein Kind rechtlich weiter zuzuordnen, wenn sich später als ein Jahr nach der Geburt herausstellt, dass er nicht der Vater ist. Dies werde besonders deutlich in krassen Fällen, in denen sich herausstellt, dass der biologische Vater von einer anderen Rasse oder Träger einer Erbkrankheit sei. Dann kann es dem rechtlichen Vater nicht zugemutet werden, dieses Kind weiter in seiner Familie zu unterhalten. Aber auch in weniger krassen Fällen sei die blutsmäßige Abstammung nach der „heutigen Vorstellung“ so wichtig, dass der Weg zur Klärung der wirklichen Abstammung freizumachen sei.⁷⁹² Trotzdem sollte eine Befristung eingeführt werden, damit der Mann sich innerhalb einer gewissen Frist entscheiden müsse und nicht das Damoklesschwert der Anfechtung durch den Mann über der Frau schweben und damit der Familienfrieden geschützt werde.⁷⁹³

Die Ausweitung der Frist auf zwei Jahre, wie sie sich heute seit 1961 im Gesetz findet, wurde vom Bundesrat bereits 1955 in das Gesetzgebungsverfahren eingeführt, allerdings vom Bundestag nicht mehr vor Ablauf der Legislaturperiode verabschiedet. Nach Wiedereinbringung in den Bundestag 1958 wurde die Fristverlängerung schließlich 1961 verabschiedet.⁷⁹⁴ Grund sei gewesen, dass die Überlegungsfrist von einem Jahr in der Praxis als zu kurz empfunden wurde.⁷⁹⁵ Um die Rechtsicherheit aber nicht zu sehr zu beeinträchtigen, wurde eine Frist von zehn Jahren ab Geburt eingeführt, § 1594 Abs. 4, 1595a Abs. 3 BGB 1962. Insgesamt wurde das Anfechtungsrecht ausgeweitet und auch dem Kind sowie den Eltern der verstorbenen Scheinväter wurde unter bestimmten Umständen ein Anfechtungsrecht eingeräumt. Die Frist für das Kind lief ab Volljährigkeit zwei Jahre. Aber auch diese Frist lief erst, wenn von den Umständen Kenntnis erlangt worden war, die gegen die Abstammung des Kindes vom Scheinvater sprachen.

Die Geschichte der Anfechtungsfrist zeigt daher, dass aufgrund gesellschaftlicher Entwicklungen der Gesetzgeber sich bewogen sah, das Anfechtungsrecht der Scheinväter und unter gewissen Umständen auch des Kindes oder der Eltern der Scheinväter zu erweitern. Gleichzeitig sollte der Status eines womöglich nicht vom Scheinvater stammenden Kindes aber nicht zur freien Disposition der Beteiligten stehen, weshalb auf die Frist nicht verzichtet wurde. Ihr Beginn wurde aber verlagert und ihre Länge im Jahr 1961 verdoppelt. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber damit mehr wollte, als das Anfechtungsrecht zu stärken, also Anfechtungen ohne die Kenntnis von Tatsachen, die gegen die Abstammung sprechen, unzulässig zu machen, sind nicht erkennbar.

⁷⁹² So die amtliche Begründung laut *Maßfeller*, JW 1938, 1217, 1220.

⁷⁹³ *Maßfeller*, JW 1938, 1217, 1220.

⁷⁹⁴ Zum Ganzen Gesetzgebungsverfahren: *Schubert*, Die Reform des Nichtehelehenrechts.

⁷⁹⁵ *Boehmer*, Die Teilreform des Familienrechts durch das Gleichberechtigungsgesetz vom 18. Juni 1957 und das Familienrechtsänderungsgesetz vom 11. August 1961, S. 52.

Der Notwendigkeit eines Anfangsverdachts fehlte daher im BGB 1900 jede Anknüpfung im Wortlaut, als sich die Anfechtungsfrist auf die Geburt bezog. Ob der Gesetzgeber mit der späteren Verlagerung des Fristbeginns mehr wollte, kann daher bezweifelt werden.

(b) Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur

Dass die Anfechtungsfrist rechtsvernichtende Wirkung hat, also die Anfechtung anschließend nicht mehr wirksam möglich war, versteht sich von selbst.⁷⁹⁶ Jede Frist hat immer die Funktion, das Recht nach Ablauf der Frist auszuschließen. Trotzdem wurde selbst diese Funktion während des Dritten Reichs zur Diskussion gestellt. Letztlich wurde die Frist vom RG zwar aufrechterhalten, aber ein Feststellungsverfahren für die biologische Vaterschaft daneben geschaffen (vgl. S. 55).

Hingegen war in Literatur und Rechtsprechung eine rechtsbegründende Funktion der Frist lange Zeit nicht anerkannt. Die Anfechtung sollte auch vor Beginn der Anfechtungsfrist möglich sein, wenn der Anfechtungsberechtigte lediglich vortrug, das Kind stamme nicht von ihm ab.⁷⁹⁷

(aa) Dissertation Grünkorns

Erst 1978 entwickelte *Grünkorn* in seiner Dissertation die These, dass der Frist auch eine rechtsbegründende Funktion zukomme.⁷⁹⁸

Dabei untersuchte er zunächst die grundrechtliche Dimensionen der Anfechtung ohne jeden Anfangsverdacht und stellte fest, dass ein Verfahren und insbesondere die Begutachtung von Mutter und Kind, deren Grundrechte auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und deren Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) in verfassungswidriger Weise verletze. Die Eingriffe seien unverhältnismäßig, weil ohne die Darlegung konkreter Umstände, die gegen die Vaterschaft sprechen, eine Untersuchung nicht geboten sei.⁷⁹⁹

(aaa) Wortlaut

In einem zweiten Schritt begründet er eine rechtsbegründende Funktion der Anfechtungsfrist unabhängig von einer verfassungsrechtlichen Dimension: „so ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 1594 I BGB, dass der Mann überhaupt nur innerhalb des Verlaufs der Anfechtungsfrist einen Statusangriff mit Aussicht auf Erfolg führen kann.“⁸⁰⁰

Nun lässt sich der Wortlaut tatsächlich anführen, wenn man Abs. 1 in dem Sinne versteht, dass er mit dem Wort „kann“ erst die Rechtsmacht zur Anfechtung verleiht und diese nur innerhalb der Frist des

⁷⁹⁶ *Grünkorn*, Die Frist zur Anfechtung der Ehelichkeit, S. 223ff.

⁷⁹⁷ *Grünkorn*, Die Frist zur Anfechtung der Ehelichkeit, S. 270 Nr. 2.

⁷⁹⁸ *Grünkorn*, Die Frist zur Anfechtung der Ehelichkeit, S. 271 Nr. 6, S. 253ff.

⁷⁹⁹ *Grünkorn*, Die Frist zur Anfechtung der Ehelichkeit.

⁸⁰⁰ *Grünkorn*, Die Frist zur Anfechtung der Ehelichkeit, S. 257.

Absatz 2 eingeräumt wird. Das allerdings entspricht nicht dem herkömmlichen zivilistischen Verständnis der Frist als rechtsvernichtendes Institut. Der Normalfall ist daher, dass eine Erklärung auch vor Beginn der Frist ausgeübt werden kann: so bei § 545 BGB⁸⁰¹ oder § 8 VVG.⁸⁰²

Auch der Wortlaut lässt sich durchaus anders interpretieren: Versteht man das Wort „kann“ lediglich in dem Sinne, dass es sich bei der Anfechtung nicht um eine Pflicht handelt und so, dass es sich lediglich auf die Frist bezieht, ist dieses Auslegungsergebnis nicht zwingend.

Um den Wortlaut als Begründung für die Notwendigkeit eines Anfangsverdachts anführen zu können, müsste daher das Gesetz m.E. eine andere Formulierung wählen. Denn die Einräumung eines Rechts mit dem Ausdruck „kann“ und der Aufstellung einer Frist für die Ausübung ist die typische Formulierung des Gesetzes für alle fristgebundenen Rechte. Der Verweis auf den Wortlaut greift daher viel zu kurz und kann nicht überzeugen. Insbesondere das BGB spricht eine solche Beschränkung im Regelfall auch explizit aus, wenn es das wünscht. So kann die Erbnunwürdigkeitsklage erst mit dem Tod des Erblassers erhoben werden, § 2340 II S. 1 BGB.

Eine Anfechtung bspw. eines Rechtsgeschäfts nach § 123 BGB vor Beginn der Anfechtungsfrist ist aber im Vergleich zur Anfechtung der Vaterschaft nur wenig zielführend. Während die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts eines Anfechtungsgrundes bedarf, ist ein solcher Anfechtungsgrund bei der Vaterschaftsanfechtung nicht nötig. Denn hier fallen die Frist auslösenden Tatsachen und die Tatsachen, die die Begründetheit des Antrags determinieren, oftmals auseinander. Die dem Scheinvater bekannten Tatsachen beziehen sich oft nur auf die sexuellen Beziehungen der Mutter. Diese sind jedoch nicht der Grund, der die Begründetheit ausmacht, sondern nur die Abstammung nach dem Vater bestimmt die Begründetheit. Selbst wenn also die Tatsachen im Prozess bewiesen werden könnten, die den Fristbeginn auslösen, so führt dies nicht zur Begründetheit des Antrags. Dazu muss die fehlende Abstammung vom Kläger bewiesen werden, die jedoch mit dem fristauslösenden Ereignis nicht notwendig kausal verknüpft ist. Beispielsweise kann der Anfangsverdacht sich auf einen anderen Seitensprung beziehen als auf den, aus dem das Kind stammt.

(bbb) Teleologische Argumentation

Funktion der Anfechtungsfrist soll nach *Grünkorn* sein, das Anfechtungsrecht des Mannes zeitlich zu begrenzen. Es sollten jedoch die Unbilligkeiten beseitigt werden, die durch die Ein-Jahresfrist ab Geburt entstanden, wenn der Mann später bemerkte, dass er womöglich nicht der Vater sei.

⁸⁰¹ Blank, in: Schmidt-Futterer (10), § 545 Rn 25.

⁸⁰² Prölss, in: Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz (28), 8 Rn 34.

Diesem Sinn, das Anfechtungsrecht zu begrenzen, liefe es zuwider, wenn der Mann, der nie konkreten Anlass hat, an der Ehelichkeit seines Kindes zu zweifeln, jederzeit die Feststellung der Nichteelichkeit betreiben könne. Denn für diesen Mann beginnt die Anfechtungsfrist nie und daher könnte er sein Leben lang anfechten. Der Sinn der Frist, die Anfechtung daher zeitlich zu begrenzen, würde verfehlt. Erst über die rechtsbegründende Funktion der Frist würde die Fristbindung wieder hergestellt.⁸⁰³

Dass dies bisher noch nicht vertreten wurde, begründet *Grünkorn* damit, dass die eheliche Treue der Frau bisher als eine Selbstverständlichkeit angesehen wurde und der Ehemann daher ohnehin nur bei Vorliegen guter Gründe angefochten habe. Diese Ansicht habe sich jedoch geändert, so dass der Mann nun auch häufiger den Verdacht eines Ehebruchs hege, weshalb haltlose Verdächtigungen häufiger vorkämen.

(ccc) Rezeption der These Grünkorns

Die Arbeit *Grünkorns* wurde von Rechtsprechung⁸⁰⁴ und Literatur⁸⁰⁵ grundsätzlich wohlwollend aufgenommen. Seine These zur rechtsbegründenden Funktion der Anfechtungsfrist konnte sich jedoch nicht durchsetzen und wurde in einer Rezension *Mutschlers* explizit als nicht überzeugend bezeichnet.⁸⁰⁶ Der BGH berief sich dann in seiner Entscheidung zum Anfangsverdacht auch nicht auf die Vorarbeit *Grünkorns*.

Die Idee an sich hielt sich jedoch in Rechtsprechung und Literatur, ohne dass dabei die Arbeit *Grünkorns* zitiert wurde. Es entwickelten sich zwei Strömungen. Dabei stützte sich die Meinung, die das Erfordernis eines Anfangsverdachts ablehnte, insbesondere auf das Prinzip der Amtsermittlung, das sich mit dem Erfordernis eines Anfangsverdachts nicht vertrage.⁸⁰⁷

Manche OLGs wollten die bloße Behauptung der fehlenden biologischen Vaterschaft genügen lassen.⁸⁰⁸ Viele OLGs folgten indes der konträren Ansicht.⁸⁰⁹

⁸⁰³ *Grünkorn*, Die Frist zur Anfechtung der Ehelichkeit, S. 257f.

⁸⁰⁴ BGHZ 87, 169 = FamRZ 1983, 686 = JZ 1983, 549 = MDR 1983, 664 = Information StW 1983, 401 = NJW 1983, 2073 = ZfSH/SGB 1983, 370 = ZblJugR 1983, 448 = JuS 1983, 876 = MedR 1983, 182 = DRiZ 1983, 235.

⁸⁰⁵ so die sehr positive Rezension von *Mutschler*, FamRZ 1979, 549.

⁸⁰⁶ *Mutschler*, FamRZ 1979, 549.

⁸⁰⁷ OLG München, FamRZ 1987, 969 = FamRZ 1987, 969; *Demharter*, FamRZ 1985, 232, 235.

⁸⁰⁸ OLG München, FamRZ 1987, 969 (= o. Fn 807); Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, FamRZ 1997, 1171.

⁸⁰⁹ OLG Hamm, DAVorm 1996, 271 = FamRZ 1996, 894; OLG Hamm, JMBl NW 1982, 163 = DAVorm 1982, 833 = FamRZ 1982, 956 = MDR 1982, 849; OLG Dresden, FamRZ 1997, 1297; differenziert Thüringer Oberlandesgericht, OLG-NL 1996, 16 = FamRZ 1996, 367 = OLG R Jena 1996, 109 das jedenfalls die Anhörung von Mutter und Mann verlangt und somit keine pauschale Unschlüssigkeit annimmt.

In der Literatur wollte bspw. *Mutschler* zwar bei vagem Verdacht die Frist nicht laufen lassen, aber trotzdem auch schon vorher eine Anfechtung zulassen.⁸¹⁰

(bb) Begründung des Anfangsverdachts durch den BGH

Der BGH entschied letztlich 1998 den Streit zugunsten der Befürworter eines Anfangsverdachts.⁸¹¹ Im entschiedenen Fall hatte der klagende Vater behauptet, das Kind wäre nicht von ihm, und beantragte zum Beweis der Tatsache ein Sachverständigengutachten.

Als weiteren Parteivortrag konnte er nur ein Gespräch zwischen seiner Schwester und seiner Ehefrau vorbringen. In diesem Gespräch hatte die Schwester die Ehefrau gefragt, ob denn das Kind vom Kläger sei. Auf diese Frage hatte die Mutter nicht geantwortet.

Diesen Vortrag ließ der BGH zunächst nicht als fristauslösendes Ereignis gelten, so dass sich die Frage nach der Anfechtung vor Fristbeginn stellte.

Der BGH entnahm dem Wortlaut des § 1594 BGB das Erfordernis, dass eine Anfechtung erst möglich sei, wenn auch ein fristauslösendes Ereignis vorgetragen wird. Als Begründung bemühte er die gleiche Argumentation wie sie schon *Grünkorn* entwickelt hatte: Der Vater ohne Verdachte könnte ins Blaue hinein ohne Frist anfechten, während der Vater mit Verdacht durch die Frist gebunden sei.

Zusätzlich sei die Frist auch nur so sinnvoll zu handhaben, weil nur, wenn der Kläger einen Verdacht vortragen muss, es für das beklagte Kind möglich sei, zu behaupten und zu beweisen, dass die Anfechtungsfrist abgelaufen ist.

Zudem seien die Abstammungsuntersuchung den beteiligten Kindern und Müttern nur zuzumuten, wenn ein hinreichender Verdacht des Vaters vorliege. Das werde ihren grundrechtlichen Positionen besser gerecht.

Der Amtsermittlungsgrundsatz spreche nicht gegen diese Auslegung, denn § 640d ZPO schränke diesen in Bezug auf die Vaterschaftsanfechtung entscheidend ein: Das Gericht dürfe von Amts wegen keine Tatsachen ermitteln, die gegen die Vaterschaft des rechtlichen Vaters sprechen, und genau darum gehe es hier.

Damit ordnet der BGH die Frage, ob ein Anfangsverdacht notwendig ist, um anfechten zu können, zwar grundsätzlich in das materielle Recht ein. Da aber die Rechtsprechung die Frage des

⁸¹⁰ *Mutschler*, DAVorm 1996, 377.

⁸¹¹ BGH, DAVorm 1998, 627 = MDR 1998, 846 = FamRZ 1998, 955 = LM BGB § 1591 Nr 18 = = NJW 1998, 2976 = JZ 1999, 41.

Anfangsverdachts in der prozessualen Kategorie der „Schlüssigkeit“⁸¹² behandelt, wird sie trotzdem hier in diesem Kapitel bearbeitet.

Die Kategorie der „Schlüssigkeit“ ist dem Prozessrecht zu entnehmen und ergibt sich aus § 253 II Nr. 2 ZPO. Sie verlangt, dass ein bestimmter Antrag unter Darlegung eines bestimmten Gegenstands und Grundes gestellt wird. Die Klage ist dann schlüssig, wenn der Tatsachenvortrag den Klageantrag rechtfertigt.⁸¹³ Zur Begründung der Anfechtungsklage würde daher grundsätzlich der Vortrag reichen, das Kind stamme nicht vom Antragssteller ab. Denn der Beweis für diese Behauptung ist durch Sachverständigengutachten möglich, was auch der BGH anerkannt hat.⁸¹⁴

Die Schlüssigkeit kann man dem Antrag daher nur absprechen, wenn man die Anfechtung als unwirksam ansieht, soweit sie vor Begründung eines Anfangsverdachts erfolgt ist. Es handelt sich daher um eine materielle Kategorie, die sich über § 253 ZPO auf das Prozessrecht auswirkt. Der BGH kommt zum Erfordernis des Anfangsverdachts daher auch über die Auslegung des § 1594 BGB NeG: „Aus der Bestimmung ergibt sich vielmehr, daß das Gesetz voraussetzt, der die Ehelichkeit des Kindes anfechtende Mann müsse Umstände kennen, die gegen seine Vaterschaft sprechen, er müsse also einen begründeten Anfangsverdacht haben.“⁸¹⁵

Die Schlüssigkeit eines Antrags ist ansonsten nur noch für das Vorbringen bei der PKH notwendig, wo sie weitergehend auch die Erfolgsaussichten der Klage überprüft⁸¹⁶ und bei einem im FG-Familienverfahren unzulässigen Versäumnisurteil nach § 331 II ZPO. Dementsprechend zitiert der BGH als einzige Literaturquelle auch in seiner Entscheidung die Randnummern 37 und 38 des „Abstammungsprozesses“⁸¹⁷ von *Roth-Stielow*. Die Randnummern allerdings beschäftigen sich nur mit der PKH, die tatsächlich als allgemeines Kriterium eine Schlüssigkeit der Klage verlangt. Hier dürfte der BGH einem willkommenen Fehlverständnis von *Roth-Stielow* erlegen sein. Die ebenfalls zitierte Rn 252 des Buchs von *Roth-Stielow* befasst sich mit der Frage, ob die Amtsermittlung es vom Gericht verlangt, alle nur denkbaren Beweise einzuholen oder nur die erforderlichen. Es handelt sich also um allgemeine, auch heute noch zutreffende Hinweise zur Grenze der Amtsermittlung (siehe unten S. 240), die keinesfalls zur Begründung eines zusätzlichen Tatbestandsmerkmals führen kann.

⁸¹² *Wolf*, NJW 2005, 2417, 2419.

⁸¹³ BGH, NJW 1984, 2888; *Wolf*, NJW 2005, 2417, 2419.

⁸¹⁴ BGH, DAVorm 1998, 627 (= o. Fn 811).

⁸¹⁵ OLG Hamm, DAVorm 1996, 271 - Abs-Nr. 15 (= o. Fn 809).

⁸¹⁶ *Wolf*, NJW 2005, 2417, 2420.

⁸¹⁷ *Roth-Stielow*, Der Abstammungsprozeß.

(cc) Einfluss des § 1598a BGB

Im Folgenden soll die These untersucht werden, ob das durch den Anfangsverdacht heraufbeschworene Verfahren nach § 1598a BGB nicht den Anfangsverdacht obsolet macht.

Bisher hat die Rechtsprechung auch nach Einführung des § 1598a BGB am Erfordernis des Anfangsverdachts festgehalten.⁸¹⁸

(aaa) Der Anfangsverdacht und seine herkömmlichen Funktionen

Dogmatisch leitet sich der Anfangsverdacht wie gezeigt aus einer systematischen und teleologischen Auslegung der Anfechtungsvorschriften ab. Im Folgenden sollen die Argumente des BGH, die für die Einführung des Anfangsverdachts herangezogen wurden auf ihre Funktion nach Einführung des § 1598a BGB untersucht werden.

i. Belastung von Mutter und Kind

Als erstes Argument hat der BGH die Belastung von Mutter und Kind mit der Untersuchung angeführt.

Nachdem nunmehr voraussetzungslos die Einwilligung in eine Abstammungsuntersuchung verlangt werden kann, trägt die Belastung von Kind und Mutter nicht mehr als Argument zur Einschränkung des Anfechtungsrechts. Denn auch ohne jeden objektiven Grund kann der rechtliche Vater vom Kind und wenn das notwendig ist auch von der Mutter die Einwilligung in die Untersuchung verlangen. Eine Untersuchung der Mutter ist im Rahmen des § 1598a BGB zwar nur subsidiär möglich. Aber dies gilt im Anfechtungsverfahren ebenso: Auch dort ist zunächst nur das Kind zu untersuchen. Führt das zum Ausschluss der Verwandtschaft mit dem Vater, ist eine Untersuchung der Mutter unverhältnismäßig.

Dient ein über § 1598a BGB gewonnenes Untersuchungsergebnis zur Begründung des Anfangsverdachts, kann sich die Belastung der Mutter und des Kindes ggf. sogar erhöhen, da je nach den Umständen im Prozess und den Umständen des Privatgutachtens ein gerichtliches Abstammungsgutachten einzuholen ist, so dass Mutter und Kind sogar zwei Untersuchungen über sich ergehen lassen müssen.

ii. Systematik der Anfechtungsfristen

Als tragendes Argument der BGH-Rechtsprechung ist aber wohl zu sehen, dass die Anfechtungsfrist nur dann Sinn mache, wenn ein Anfangsverdacht verlangt werde. Denn ohne jeden Verdacht stünde der Vater, der keinen Verdacht hege besser als derjenige, der einen Verdacht hege. Während

⁸¹⁸ Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen Senat für Familiensachen, NJW 2012, 1668 = StAZ 2012, 267 = FamRZ 2012, 1736.

Letzterer binnen zwei Jahren nach den Tatsachen, die einen berechtigten Verdacht begründen, anfechten müsse, kann sich Ersterer Zeit lassen und jederzeit nach Gutdünken anfechten.

Nimmt man nun an, dass die Kenntnis von der Nichtabstammung durch das Verfahren nach § 1598a BGB als Anfangsverdacht ausreicht⁸¹⁹, kann dieser Zweck aber ohnehin nicht mehr erreicht werden. Zwar wird rein formal noch verhindert, dass der Vater, der keinen Grund zum Zweifeln hat, die Anfechtung unmittelbar betreibt. Er kann sich jedoch jederzeit und ohne jeden berechtigten Zweifel einen Anfangsverdacht durch das Verfahren nach § 1598a BGB verschaffen. Steht dann die Nichtabstammung des Kindes fest, kann er das Anfechtungsverfahren betreiben. Es kann nur noch daran scheitern, dass die Anfechtungsfrist abgelaufen ist.

Im Zusammenspiel mit 1598a BGB ist daher die Funktion des Anfangsverdachts in dieser Hinsicht ebenfalls obsolet geworden.

Will man die Anfangsverdachts-Rechtsprechung im Hinblick auf diese Funktion sinnvoll aufrecht erhalten, darf man den Verdacht, der über das voraussetzungslose Verfahren nach § 1598a BGB gewonnen wird, nicht genügen lassen, um den Anfangsverdacht zu begründen. Eine solche Rechtsprechung dürfte jedoch schwer zu begründen sein, da man den Vater, der von seiner Nichtvaterschaft weiß, wohl kaum an der rechtlichen Zuordnung festhalten kann. Soweit ersichtlich geht auch die Gesetzesbegründung davon aus, dass mit den Erkenntnissen aus diesem Verfahren eine Anfechtung möglich ist.⁸²⁰

iii. Beweis- und Darlegungslast für Anfechtungsfrist

Eine weitere Funktion des Anfangsverdachts ist im Beweisrecht zu sehen. Der Anfechtende soll gehalten sein, die Umstände, die zur Anfechtung berechtigen, darzulegen, damit der Gegner beweisen kann, dass die Frist bereits abgelaufen ist. Dies wird nun auch explizit von § 171 II FamFG verlangt.

Auch diese Funktion kann nicht erfüllt werden, wenn man die Ergebnisse eines Tests nach § 1598a BGB genügen lässt. Denn der Antragsteller trägt dann einfach vor, er habe durch den Test nach § 1598a BGB von der Nichtabstammung erfahren. Der Zeitpunkt der Blutentnahme ist aber ohnehin jedem Verfahrensbeteiligten bekannt. Und bzgl. der Ergebnisse der Untersuchung hat jeder Beteiligte ein Recht auf Akteneinsicht, so dass für die Erlangung dieser Information die Darlegungslast nicht notwendig ist, von § 171 II FamFG aber verlangt wird.

⁸¹⁹ so Helms, FamRZ 2008, 1033, 1036, der das auch kritisch sieht; Rauscher, in: Staudinger, § 1598a BGB Rn 46.

⁸²⁰ BT-Drs 16/6561 S. 14.

Und auch im Übrigen unterläuft § 1598a BGB diese Funktion: Denn selbst derjenige Vater, der bereits vorher berechtigte Zweifel hatte, kann einfach ein Verfahren nach § 1598a BGB durchführen und dessen Ergebnis als Anfangsverdacht vortragen. Dann ist auch beweisrechtlich nichts gewonnen. Denn die anderen Beteiligten müssen dann ohnehin darlegen und beweisen, dass der Anfechtende frühere Kenntnis hatte. Auch hier ließe sich das nur vermeiden, wenn man das Ergebnis des Tests nach § 1598a BGB nicht als Grundlage des Anfangsverdacht gelten lässt oder zusätzlich verlangt, dass der Grund für die Durchführung des Verfahrens nach § 1598a BGB dargelegt wird. Das aber wiederum ist voraussetzungslos möglich, weshalb eine solche Darlegungslast systemfremd wäre.

Da der Amtsermittlungsgrundsatz bzgl. der für die Beibehaltung der bestehenden Vaterschaft sprechenden Tatsachen nicht eingeschränkt ist, kann das Gericht jederzeit von sich aus ermitteln, ob schon frühere Kenntnis des rechtlichen Vaters bestand. Dabei wird es durch die Angaben, die nach § 171 II FamFG dargelegt werden „sollen“, in die Lage versetzt, gezielt Fragen zu stellen und anschließend zu ermitteln, ob die Anfechtungsfrist nicht schon abgelaufen war. Während aber bisher durch die Darlegung des Anfangsverdachts der Vater gezwungen war, einen Sachverhalt zu schildern, der ihn „bösgläubig“ machte und ein inhaltlich nicht der Wahrheit entsprechender Sachvortrag den Verdacht nahelegte, dass dieses Ereignis nur konstruiert ist und die Klage daher mangels Anfangsverdacht abgewiesen werden konnte, fehlt diese Kontrolle bei Anerkennung des § 1598a BGB. Denn das Untersuchungsergebnis ist in jedem Fall ein plausibler Anfangsverdacht.

iv. Zusammenfassung bzgl. der herkömmlichen Funktionen

Nach alldem kann der Anfangsverdacht also seine Funktionen im Zusammenspiel mit § 1598a BGB nur noch bei formaler Betrachtung erfüllen: Zwar ist dann ein Anfangsverdacht für das Anfechtungsverfahren formal notwendig, aber gewonnen ist dadurch für keinen Beteiligten etwas.⁸²¹

Wenn es ohnehin zur Wahl des rechtlichen Vaters steht, ob er erst das Verfahren nach § 1598a BGB durchführt und danach bei, je nach Perspektive negativem oder positivem Ergebnis, die Anfechtungsklage durchführen kann, gibt es keinen Grund ihm nicht direkt die Anfechtungsklage zu eröffnen und den Umweg über § 1598a BGB zu ersparen. Derjenige, der ohnehin entschlossen ist, den abstammungsrechtlichen Status unberührt zu lassen, kann zum § 1598a BGB greifen. Derjenige, der entschlossen ist, den Status anzugreifen, kann ggf. direkt die Anfechtungsklage erheben oder den Umweg über § 1598a BGB gehen. Insbesondere Kostengründe können aber dafür sprechen, erst über § 1598a BGB ein günstigeres Privatgutachten einzuholen, auch wenn dieses nach § 284 ZPO nur mit Zustimmung aller Verfahrensbeteiligten in den Abstammungsprozess eingeführt werden kann.

⁸²¹ so schon *Ostermann*, S. 106; *Brosius-Gersdorf*, NJW 2007, 806, 811.

So oder so ist durch den Anfangsverdacht weder für Statuswahrheit, -klarheit oder den Grundrechtsschutz der Beteiligten etwas gewonnen. Er verkompliziert nur das Verfahren und das Abstammungsrecht.

(bbb) Neue Funktionen für den Anfangsverdacht?

Auch weitere Funktionen des Anfangsverdachts sind nicht in Sicht. Soweit man die Stabilität der Eltern-Kind-Beziehung zur Begründung des Anfangsverdachts heranziehen will, konnte und kann der Anfangsverdacht dazu keinen Beitrag leisten. Zwar wird teilweise vertreten, dass das BVerfG dem Anfangsverdacht diese Funktion geben will. Die Entscheidung ist aber wohl eher so zu verstehen, dass der Anfangsverdacht als Mittel zur Effektuierung der Anfechtungsfrist dient und diese die Eltern-Kind-Beziehung schützt.⁸²² Diese Funktion konnte der Anfangsverdacht aber ohnehin nicht leisten, denn der Anfangsverdacht hat keinen Bezug zum Kindeswohl, er ist lediglich auf Umstände bezogen, die gegen die Abstammung sprechen. Das Kindeswohl findet nur im Vorfeld des § 1598a BGB Beachtung, wenn nach § 1598a III BGB das Verfahren auszusetzen wäre.

Will man daher die neue Systematik des Abstammungsrechts konsequent umsetzen, ist das Kindeswohl auch in Bezug auf eine drohende Anfechtungsklage hier zur prüfen. Es ist also nicht nur darauf zu schauen, ob die Klärung dem Kindeswohl widerspricht, sondern ob ein dann folgendes Abstammungsverfahren dem Kindeswohl widerspricht. Denn bei Anfechtung durch den rechtlichen Vater kann dieses nach Durchführung des Klärungsverfahrens schlichtweg nicht mehr aufgehoben werden. Nur durch eine solche Interpretation lässt sich der Anfangsverdacht noch rechtfertigen, denn ohne das Erfordernis entfällt der Filter des § 1598a Abs. 3 BGB für das Anfechtungsverfahren.

Dann allerdings tut sich ein weiterer Wertungswiderspruch auf: Derjenige Vater, der begründete Umstände hat, die gegen die Vaterschaft sprechen, kann ohne Prüfung des Kindeswohls anfechten und derjenige, der keinen Verdacht hat, nur nach einer Kindeswohlprüfung nach § 1598a Abs. 3 BGB. Ein Bezug zwischen Verdacht und Kindeswohl besteht aber nicht, weshalb diese Differenzierung sachlich keinen Sinn macht.

Eine konsistente Auslegung gelingt daher nur, wenn man entweder auch bei der Anfechtung anstelle eines Anfangsverdachts eine Prüfung analog § 1598a Abs. 3 BGB durchführt. Oder wenn man auch dem verdachtslos anfechtenden Vater ohne Kindeswohlprüfung nach § 1598a Abs. 3 BGB direkt die Anfechtung betreiben lässt. Die Durchführung einer Prüfung des Kindeswohls bei Anfechtung durch den rechtlichen Vater ist aber systematisch kaum zu begründen. Denn der Gesetzgeber hat auf die

⁸²² BVerfG NJW 2007, 753 – Rn 99.

Einführung einer solchen Beschränkung explizit verzichtet, nachdem sie zunächst im Gesetzesentwurf enthalten war.⁸²³

Diese Widersprüche können m.E. nur in eine Richtung aufgelöst werden: Der Anfangsverdacht entfällt vollständig und die beiden Verfahren § 1598a BGB und §§ 1600ff BGB werden als unabhängige Verfahren betrachtet. Das wird durch die sonstigen Ergebnisse dieser Arbeit auch gestützt, nachdem die rechtliche und die biologische Verwandtschaft vollständig getrennt zu behandeln sind.

Im Verfahren nach §§ 1600ff BGB jedoch muss aus verfassungsrechtlichen Gründen auch bei der Anfechtung durch den rechtlichen Vater eine Prüfung des Kindeswohls stattfinden. Die Passage im entsprechenden Urteil des BVerfG⁸²⁴ bezieht sich explizit auf das Anfechtungsverfahren. Zwar stellt es auf die besondere Situation ab, die entsteht, wenn die Kenntnis nun leichter erlangt werden kann. Allerdings ist die Frage, wie der Vater von der fehlenden Abstammung Kenntnis erlangt, also durch das Verfahren nach § 1598a BGB oder anderweitig, für die Frage des Kindeswohls irrelevant. Daher muss auch in diesem Verfahren die Möglichkeit der Aussetzung geschaffen werden. Allein die Aussetzung nach § 1598a BGB führt ansonsten zu einer Ungleichbehandlung von Anfechtungsverfahren, die nicht gerechtfertigt ist. Eine Regelung zum Schutz des Kindeswohls in Form der sozial-familiären Beziehung hat der Gesetzgeber aber hier nur bei der Anfechtung durch den Staatsanwalt und durch den potentiellen biologischen Vater vorgesehen. Die Aufrechterhaltung des Anfangsverdachts kann dieses Versäumnis aber nicht ausgleichen.

(ccc) Abschaffung durch die Rechtsprechung?

Der Anfangsverdacht wurde durch den BGH und die OLG-Rechtsprechung durch systematische und teleologische Auslegung gewonnen. Durch die Einführung des § 1598a BGB hat sich die Systematik des Abstammungsrechts maßgeblich verändert, so dass insbesondere die teleologische Argumentation nicht mehr funktioniert. Daher ist die Rechtsprechung auch nicht gehindert, in der Auslegung des Abstammungsrechts nunmehr vom Erfordernis des Anfangsverdachts abzusehen. Der BGH hat selbst nach der BVerfG-Entscheidung durchblicken lassen, dass sich durch die gesetzliche Regelung möglicherweise die Anforderungen an den Anfangsverdacht verändern könnten: „Es bedarf hier keiner Entscheidung, ob und gegebenenfalls in welchem Ausmaß die bisherigen Anforderungen an einen solchen Vortrag zu senken sind, wie der *Senat* angedeutet hat (NJW 2005, 497 unter II 2), und ob hierzu demnächst noch Anlass bestehen wird, wenn der Gesetzgeber entsprechend dem Auftrag des *BVerfG* ein rechtsförmiges Verfahren zur Klärung der Abstammung außerhalb eines

⁸²³ Bt-Drs. 16/6561 S. 5 (Entwurf zu § 1600b VII BGB), S. 14f.

⁸²⁴ BVerfG, NJW 2007, 753 - Abs-Nr. 99.

Statusverfahrens zur Verfügung gestellt haben wird“.⁸²⁵ Insofern billigt der BGH dem Klärungsverfahren einen Einfluss auf den Anfangsverdacht zu, der natürlich auch zu einer Abschaffung führen kann.

Dass der Gesetzgeber zunächst geplant hatte, die Anfechtungsfrist nach einem Test nach § 1598a BGB, der die Nichtabstammung offenbarte, erneut beginnen zu lassen,⁸²⁶ ändert daran nichts. Diese Änderung hatte keine Abschaffung des Anfangsverdachts zum Gegenstand. Vielmehr wäre das eine weitere Aufweichung der Anfechtungsfrist generell gewesen. Damit hätte der Gesetzgeber zwar implizit gezeigt, dass ein Verfahren nach § 1598a BGB einen Anfangsverdacht begründen kann, bzw. zur Anfechtung berechtigt. Die Regelung hätte aber v.a. eventuell frühere Verdachtsmomente unerheblich gemacht, ohne das System generell zu verändern. Insofern hat sich der Gesetzgeber durch die Unterlassung der Änderung nicht systematisch für oder gegen den Anfangsverdacht entschieden.

Der ursprüngliche Plan des Gesetzgebers, nach Durchführung eines Klärungsverfahrens nach § 1598a BGB, die Anfechtungsfrist des § 1600b BGB erneut laufen zu lassen, wurde nicht realisiert.⁸²⁷ Stattdessen wird die Frist nur im Sinne des § 204 BGB gehemmt, § 1600b Abs. 5 BGB.

Letztlich sollte daher schon aus prozessökonomischen Gesichtspunkten der Anfangsverdacht durch die Rechtsprechung abgeschafft werden, ohne dass die sogleich zu behandelnden Neuerungen durch das FGG-RG überhaupt eine Rolle spielen.

2) Die Lage nach dem FamFG

(a) Allgemeine Regeln

Auch wenn man den Anfangsverdacht als materiell-rechtliches Konstrukt ablehnt, stellt sich die Frage, ob das geltende Beweisrecht eine Anfechtung „ins Blaue hinein“ in erfolgsversprechender Weise zulässt. Grundsätzlich kann ein Beweisantrag im streitigen Verfahren unzulässig sein, weil er etwa unbestimmt ist, oder der Prozessverschleppung dient.⁸²⁸ Er kann aber auch unzulässig sein, weil der Antragssteller ins Blaue hinein Behauptungen aufstellt, oder unbestimmte Angaben macht, um dadurch Unbekanntes zu Tage fördern. Ein solcher Antrag ist immer dann unzulässig, wenn er willkürlich ist, weil etwa jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkt fehlt. Das gilt auch dann, wenn der Antragssteller an dem Geschehen selbst nicht beteiligt war und daher keine Kenntnis haben kann.⁸²⁹

⁸²⁵ BGH NJW-RR 2008, 449.

⁸²⁶ Bt-Drs. 16/6561 S. 5 (Entwurf zu § 1600b VII BGB), S. 14f.

⁸²⁷ a.A. Nickel, in: BeckOK-FamFG (10), § 171 FamFG Rn 7.

⁸²⁸ Saenger, in: Saenger, ZPO (5), § 284 ZPO Rn 47.

⁸²⁹ BGH, NJOZ 2003, 1887.

Insofern fließt das Gebot von Treu und Glauben in das Beweisrecht der ZPO ein. In einem ZPO-Verfahren wäre also schon allein aufgrund dieser allgemeinen Regeln der Beweisantrag abzulehnen, wenn keine Anhaltspunkte für die inhaltliche Richtigkeit des behaupteten Beweisergebnisses vorgetragen werden. Dieses Verbot des Ausforschungsbeweises gilt auch für das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.⁸³⁰ Auch die Amtsermittlungspflicht erstreckt sich nicht auf Ermittlungen ins Blaue hinein,⁸³¹ im Übrigen ist sie ohnehin durch § 177 I FamFG auf für den Bestand der Vaterschaft günstige Tatsachen beschränkt.

Insofern muss, auch unter Geltung der allgemeinen Regeln, das Familiengericht nur dann einem Beweisantrag nachgehen, wenn Anknüpfungstatsachen vorgetragen werden, die eine solche Ermittlung erforderlich erscheinen lassen, § 26 FamFG. Anschließend sind die behaupteten Anknüpfungstatsachen auf ihre Richtigkeit hin zu untersuchen, bevor im Rahmen der Amtsermittlung ein Sachverständigengutachten erforderlich ist.

Die Rechtsprechung zum Anfangsverdacht will aber darüber hinaus nicht nur willkürliche Anträge ausschließen, sie will die Anforderungen an den Beginn der Anfechtungsfrist, die mehr verlangen als irgendeinen tatsächlichen Anhaltspunkt, als materielles Tatbestandsmerkmal festlegen. Sie verlangt daher, dass über die konkreten, den Verdacht begründenden, Umstände Gewissheit besteht und sich daraus die nicht ganz fernliegende Möglichkeit der fehlenden Zeugung ergibt.⁸³² Hingegen ist die Schwelle der Willkür, wie sie im allgemeinen Beweisrecht verlangt wird, sicherlich niedriger anzusetzen.

Im Übrigen kennt auch das allgemeine Prozessrecht das Institut der umgekehrten Darlegungslast, wenn der Darlegungsbelastete die Tatsachen, die er darlegen müsste, nicht kennen kann. Das erkennt auch der BGH in seiner Entscheidung zum Anfangsverdacht. Daher ist auch ohne die Anerkennung eines Anfangsverdachts schon nach allgemeinem Prozessrecht der anfechtende Vater darlegungsbelastet für die Tatsachen, aus denen sich ergibt, dass die Anfechtungsfrist nicht abgelaufen ist.

(b) Sonderregel § 171 II S. 2 FamFG

Fraglich ist auch unter dem Gesichtspunkt der Derogation, ob der Gesetzgeber nicht mit § 171 Abs. 2 S.2 FamFG den Anfangsverdacht abschaffen wollte.

⁸³⁰ Burschel, in: BeckOK-FamFG (10), § 26 FamFG Rn 28.

⁸³¹ Sternal, in: Keidel, FamFG (17), § 26 FamFG Rn 9, 17.

⁸³² Hahn, in: BeckOK-BGB (29), § 1600b Rn 3.

II Der Gesetzgeber wollte mit dieser Norm „im Wesentlichen“ die Anforderungen der Rechtsprechung an die Schlüssigkeit der Klage übernehmen.⁸³³ Es ist daher zu prüfen, inwiefern das FGG-RG den Anfangsverdacht obsolet gemacht hat.

Auch wenn in § 171 II S. 2 FamFG die Anerkennung des Grundgedankens des Anfangsverdachts liegt, so ist darin ein entscheidender Unterschied zur Lösung des BGH zu sehen. Die Lösung des BGH führt dazu, dass der Anfechtungsantrag aufgrund materieller Mängel als unwirksam anzusehen ist. Hingegen führt die Regelung des Gesetzgebers dazu, dass lediglich die Darlegungslast durch Gesetz verlagert wird und somit, wie oben gezeigt, kein Anknüpfungspunkt für die Amtsermittlung besteht.

Das Wort „soll“ in S. 1 des Abs. 2 ist dabei so zu verstehen, dass ein Fehlen der Angaben zu einer Rückfrage durch das Gericht zu führen hat und nicht zu einer unmittelbaren Ablehnung als unzulässig.⁸³⁴ Das wird man auf die Auslegung des Wortes „soll“ in S. 2 übertragen müssen.

Solange das Verfahren aber nicht abgewiesen ist, können jederzeit auch neue Anhaltspunkte nachgereicht werden. Hingegen müsste die Rechtsprechung des BGH von einer unwirksamen Klageerhebung ausgehen, da eine Anfechtung rechtlich nicht möglich ist. Nachdem die Anfechtungserklärung und die Klageerhebung *uno actu* erfolgen, wäre das Nachschieben von Anfechtungsgründen, die nach Erhebung der Klage datieren, nicht möglich. Insofern dürfte das Ergebnis eines Tests nach § 1598a BGB nicht nachgereicht werden, wenn das Gutachten erst danach zugeht. § 171 II S. 2 FamFG hingegen lässt als prozessuale Darlegungsnorm dies jederzeit zu.

Hinzu kommt, dass die Darlegungslast nur dann etwas am Ausgang des Prozesses ändert, wenn es überhaupt Anhaltspunkte für eine abgelaufene Frist gibt.⁸³⁵

§ 171 II S. 2 FamFG hat daher die materielle Konstruktion des Anfangsverdachts durch eine prozessuale Regelung ersetzt.

III Fazit

Der Anfangsverdacht war von Beginn an dogmatisch kaum zu begründen. Seine Verankerung im materiellen Recht ist extrem fragwürdig. Die Anerkennung durch die Rechtsprechung hat sich mit Einführung des § 1598a BGB aber spätestens erledigt. Das Erfordernis eines Anfangsverdachts ist daher nicht anzuerkennen. Mit § 171 II S. 2 FamFG hat der Gesetzgeber eine Norm geschaffen, die

⁸³³ BT-Drs. 16/6308, S. 244.

⁸³⁴ BT-Drs. 16/6308, S. 244.

⁸³⁵ Schlosser, JZ 1999, 42, 44.

von Gesetzes wegen die Darlegungslast auf den anfechtenden Vater verlagert und den Anfangsverdacht damit abgeschafft hat.

Insgesamt ist die Problematik entschärft, soweit die rechtlichen Verwandten anfechten wollen, weil diese jederzeit die Kenntnis tatsächlicher Anhaltspunkte über § 1598a BGB erlangen können.

Der Auftrag des BVerfG, auch bei Anfechtung Kindeswohlbelange zu berücksichtigen, ist bisher vom Gesetzgeber nicht erfüllt. Der Anfangsverdacht kann dazu aber ohnehin keinen Beitrag leisten.

E) Beantwortung der Forschungsfragen

Bevor die in der Untersuchung erarbeiteten Thesen abschließend zusammengefasst werden, sollen die größeren Forschungsfragen der Arbeit beantwortet werden. Dabei soll auch auf die Leistungsfähigkeit der gewählten Methode eingegangen werden.

Ziel der Arbeit war es, bestehende Probleme und Anomalien des Abstammungsrechts auf ihre Ursprünge und ihr Vorhandensein im aktuell geltenden Abstammungsrecht zu untersuchen. Durch die Untersuchung dieser Anomalien sollte ein in sich stimmiges Gesamtkonzept entwickelt werden. In methodischer Hinsicht sollte zudem mit einer historischen-subjektiven Herangehensweise sowohl das Abstammungsrecht ausgelegt werden, als auch ermittelt werden, wie leistungsfähig diese Methode im Familienrecht, das häufigen Änderungen unterworfen ist, ist. Die Literaturlauswertung hat dabei gezeigt, dass die Auslegung des Abstammungsrechts seit Jahrzehnten ohne Analyse der Ursprünge der Normen und ohne Bezug zu den Gesetzesbegründungen stattgefunden hat. Die vorliegende Monographie betritt hier Neuland.

Durch die konsequente Anwendung der subjektiv-historischen Methode hat sich gezeigt, dass drei der Anomalien des Abstammungsrechts auf eine gemeinsame Wurzel zurückzuführen sind. Die Existenz der Rechtsausübungssperren und ihre Auswirkungen auf die Frage der Rechtskraft inter omnes und den Begründungszeitpunkt von Vaterschaft konnten mit der Doppelnatur der Anfechtung im ursprünglichen BGB begründet werden. Damit war gleichzeitig auch gezeigt, dass die Abschaffung der Doppelnatur eigentlich eine Abschaffung der Rechtsausübungssperren hätte bedingen müssen. Da aber dies unterblieben ist, war mit einer objektiven Auslegung der Normen, die deren Geschichte ausblendet, Verwirrung entstanden.

Auch die Entwicklung der Abstammungsfeststellungsklage hat offensichtlich den Begriff der Blutsverwandtschaft, wie er in § 1589 BGB kodifiziert war, beeinflusst. Daher hat sich der Begriff vom Gegenbegriff der Adoption hin zu einem Begriff für die wahre biologische Abstammung entwickelt. Der so verstandene § 1589 BGB stand natürlich in einem Widerspruch zu §§ 1591ff BGB, die offensichtlich allein die Geburt in der Ehe ausreichen lassen wollten.

Die Kombination dieser beiden Rezeptionen hat dazu geführt, dass das Verhältnis von § 1589 BGB und §§ 1591ff BGB unklar wurde und eine „latente Vaterschaft“ ab Geburt entwickelt wurde, um den scheinbaren Widerspruch aufzulösen.

Dies wiederum hat dazu geführt, dass den Rechtsausübungssperren ein weiterer Anwendungsbereich verschafft werden musste, um begründen zu können, warum in einem System, das angeblich allein auf biologischer Abstammung beruht, sich trotzdem die in § 1592 BGB in der Fassung des KindRG

aufgeführten Vaterschaftstatbestände durchsetzen müssen. Daher mussten die Rechtsausübungssperren auch die Geltendmachung der biologischen Vaterschaft verbieten.

Stattdessen schlägt diese Arbeit vor, den Widerspruch dahingehen zu lösen, dass der Begriff „abstammen“ in § 1589 BGB mit dem konstitutiv wirkenden Abstammungsbegriff der §§ 1591ff BGB definiert wird.

Die Lösung der h.M. stößt mittlerweile auch beim Verständnis der Rechtsausübungssperren an ihre Grenzen. So ist die Rechtsprechung gezwungen, immer mehr Ausnahmen zuzulassen und wird, wenn sie die grundrechtlichen und menschenrechtlichen Aspekte der Vaterschaft ausreichend würdigen will, auch in Zukunft gezwungen sein, weitere großzügigere Ausnahmen zuzulassen.

Die von der Rechtsprechung so behandelten Probleme lassen sich alle, ggf. mittels historischer Auslegung der konkreten Entscheidungsnorm, mit dem vorgeschlagenen System identisch lösen.

Die latente Vaterschaft hat sich hingegen neben der Rückwirkung als dogmatisch nutzlos erwiesen.

In dieser Hinsicht hat sich die vorgestellte Methode als sehr nützlich erwiesen, um eine Rückbesinnung auf die ursprünglich intendierten Regelungsmechanismen wiederzuentdecken und so die objektiv gefundenen Ergebnisse zu korrigieren. So hat sich insgesamt ein stimmiges Bild ergeben.

Die prozessualen Probleme des Abstammungsrechts lassen sich hingegen nicht auf das gleiche Problem zurückführen. Ausnahme ist hier die Rechtskraft *inter omnes*. Sie ist ebenfalls eine Folge der Doppelnatur und hat heute nur noch Bedeutung für Feststellungsentscheidungen auf Bestehen oder Nichtbestehen eines Eltern-Kind-Verhältnisses.

Die Rückbesinnung auf allgemeine Prozessregeln erlaubt es allerdings, die Regelung in § 171 II S. 2 FamFG als Abschaffung des Anfangsverdachts und Normierung einer abweichenden Darlegungslast zu verstehen. Auch hier war die subjektive Methode sehr nützlich, um die Wertungen hinter den anzuwenden.

Das Gleiche gilt für die Frage der Antragsberechtigung, die mit allgemeinen Regeln wesentlich weiter verstanden werden müsste, als dies von der h.M. und auch vorliegend angenommen wird. Dem Gesetzgeber stand aber ein engeres Verständnis des Verfahrensgegenstandes vor Augen, weshalb nicht alle Verwandten, sondern nur die Kernfamilie antragsbefugt ist.

Mit der vorliegenden Arbeit konnte erstmals ein umfassendes System des Abstammungsrechts erarbeitet werden, dass alle Anomalien aufgrund der Gesetzesgeschichte erklären und einordnen kann. Die jeweilige Lösung war dabei oftmals in den anzuwenden Normen und nicht in generellen Normen wie den Rechtsausübungssperren zu suchen.

F) Thesen

1. Verwandtschaft iSd § 1589 BGB und Abstammung sind, entgegen des Verständnisses der h.M., normative Begriffe und von der biologischen Verwandtschaft strikt zu trennen.
2. Die Vermischung der biologischen Verwandtschaft und der rechtlichen Verwandtschaft ist auf Literatur zurückzuführen, die im Umfeld der Reform des BGB im Jahr 1938 verfasst wurde. Die Argumentationsmuster dieser Autoren haben in den 1950er Jahren Eingang in die bundesrepublikanische Literatur und Rechtsprechung gefunden. Diese Vermischung konnte von dieser Arbeit durch eine umfangreiche Literaturlauswertung aufgedeckt werden.
3. Durch diese Vermischung hat sich die Vorstellung einer Verwandtschaft ab Geburt etabliert, die mit dem NeG und der Abschaffung des § 1589 II BGB 1900 dazu geführt hat, dass alle Kinder ab Geburt mit ihrem biologischen Vater als verwandt angesehen wurden, deren Geltendmachung aber durch die Rechtsausübungssperren § 1593 BGB 1943 und § 1600a S. 2 BGB verhindert wurden. Dieses Verständnis wurde auf das KindRG übertragen.
4. Als Folge dieser Rezeption wurde die Rechtsausübungssperren des § 1593 BGB 1943, § 1600a S. 2 BGB in der Fassung des NeG und nun § 1594 I, § 1599 I BGB, § 1600d Abs. 4 BGB in ihrem Anwendungsbereich ausgedehnt. Sie sollten nun die Geltendmachung auch der Tatsache der Abstammung als Haupttatsache oder Hilfstatsache in einem Prozess verhindern.
5. Es lässt sich jedoch nachweisen, dass die ursprüngliche Regelungsidee von § 1593 BGB und § 1596 BGB eine andere war. Aufgrund der Ausgestaltung der Anfechtungserklärung als Gestaltungsrecht zur Zerstörung der Ehelichkeit (Doppelnatur der Anfechtungsklage) musste bis zum Abschluss des Anfechtungsprozesses die Ehelichkeit fingiert werden, um die Feststellung der Nichtehehlichkeit mit Wirkung inter omnes nicht zu gefährden.
6. Regelungszweck der Rechtsausübungssperren war daher nur, den Status des Kindes zu schützen und nicht, das Bestreiten der biologischen Wahrheit zu verbieten. Dieses Verständnis wurde jedoch in den 1930er Jahren von Rechtsprechung und Literatur vergessen und nicht wiederentdeckt.
7. Die Rechtsprechung hat jedoch offensichtlich erkannt, dass ein derart weites Verständnis der Rechtsausübungssperren problematisch ist, weshalb sie der Sperre eine Abwägung vorangestellt hat.
8. Eine derartige Abwägung ist jedoch nicht notwendig, wenn man sich auf die ursprüngliche Funktion besinnt. Die hier vorgestellte Lösung erreicht daher in allen Fällen die identische Lösung, die auch die Rechtsprechung erreicht, allerdings ohne eine Interessenabwägung durchführen zu müssen. Die Lösung liegt dabei in den jeweils angewandten Normen und

nicht in einer Interessenabwägung. Hierin liegt ein erheblicher Gewinn an Dogmatik und an Rechtssicherheit begründet.

9. Im Übrigen stellen die Rechtsausübungssperren im System des KindRG keine tragende Säule mehr da. Sie wurden vielmehr unreflektiert aus dem NeG übernommen, wo sie jedenfalls für das nichteheliche Kind auch schon nur deklaratorischer Natur waren. Es handelt sich daher um deklaratorische Normen, aus denen nicht, wie von der h.M. vertreten, ein Umkehrschluss auf die Existenz einer latenten Vaterschaft zulässig ist. Die vorliegende Arbeit konnte mit einer umfassenden historischen Arbeit diese Funktionslosigkeit zeigen.
10. Auch die Rechtskraft *inter omnes* in § 184 FamFG lässt sich auf die unter 5. dargestellte Ausgestaltung des Anfechtungsrechts zurückführen. Eine Rechtskraft *inter omnes* war nur notwendig, weil mit dem Urteil die Wirksamkeit der zuvor erfolgten und materiell gestaltenden Anfechtungserklärung festgestellt wurde. Diese Genese wurde in der Literatur bisher nicht erörtert. Alle von der Literatur dieser Rechtskraft zugewiesenen Funktionen konnten als nicht überzeugend dargestellt werden.
11. § 184 II FamFG ist daher kein Indiz gegen die Einordnung der Anfechtungs- und Feststellungsurteile nach § 1600d Abs. 4 BGB als Gestaltungsurteile. Diese Gestaltungsurteile benötigen keine Rechtskraft *inter omnes*, sie wirken schon allein wegen ihrer Gestaltungskraft *inter omnes*.
12. Das ergibt sich aus der veränderten Systematik: Denn nach dem KindRG tritt die Gestaltung eindeutig nicht mehr durch eine Anfechtungserklärung ein, sondern durch das Urteil.
13. Die Rechtskraft *inter omnes* hat daher nur noch eine Funktion für die echten Feststellungsurteile, nach denen das Bestehen oder Nichtbestehen einer Eltern-Kind-Beziehung festgestellt wird.
14. Abstammung entsteht daher durch die Normen § 1591 BGB und §§ 1592f BGB als normativer Begriff. Vaterschaft entsteht durch Geburt in der Ehe, § 1592 Nr. 1 BGB, durch die Wirksamkeit einer Anerkennung (§ 1592 Nr. 2, § 1593 BGB) oder durch Gestaltungsurteil (§ 1592 Nr. 3 BGB).
15. Sie endet durch Gestaltungsurteil (Anfechtung) oder durch Restitutionsklage, wodurch das Gestaltungsurteil aufgehoben wird.
16. Anerkennung und Gestaltungsurteile haben Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Geburt. Die Rückwirkung ist eine echte rechtsgestaltende Rückwirkung und keine Folge der bereits bestehenden latenten Vaterschaft, die lediglich aufgedeckt würde, wie die h.M. dies annimmt.

17. Ein Raum für eine latente Vaterschaft ab Geburt besteht nicht. Sie ist neben der Rückwirkung auch funktionslos und stört als Argumentationstopos die dogmatische Stringenz des Abstammungsrechts.
18. Mutterschaft entsteht als rechtliche Kategorie durch Geburt, § 1591 BGB. Eine davon abweichende biologische Mutterschaft ist abstammungsrechtlich nicht von Relevanz.
19. § 1589 BGB ist nicht die Grundnorm des Abstammungsrechts und kein Ausdruck eines biologischen Prinzips. Vielmehr ist der Begriff „abstammen“ in § 1589 BGB ein Verweis auf §§ 1591ff BGB, so dass das Verwandtschaftsrecht des BGB ein in sich schlüssiges System darstellt. Die § 1591 und § 1592 BGB definieren daher den Begriff „Abstammung“, den § 1589 BGB als Tatbestandsmerkmal verwendet. In gerader Linie verwandt (§ 1589 S. 1 BGB) ist daher, wer über eine Kette von Müttern (§ 1591 BGB) oder Vätern (§ 1592 BGB) voneinander abstammt.
20. Diese Definition erstreckt sich auch in das Erbrecht auf die Begriffe Eltern, Großeltern, etc. und Abkömmlinge.
21. Antragsberechtigt sind im Verfahren nach § 1600d BGB nur das Kind, der Putativvater und die Mutter. Der beseitigte Scheinvater oder die Putativgroßeltern sind nicht antragsbefugt.
22. Dem potentiellen biologischen Vater ist in analoger Anwendung des § 1600 I Nr. 2 BGB auch die Anfechtung einer nach § 1600d I BGB festgestellten Vaterschaft zu ermöglichen. Ein solches Anfechtungsrecht ist verfassungsrechtlich geboten, aber bisher nicht behauptet worden.
23. Ein Anfangsverdacht für die Anfechtung der Vaterschaft als Voraussetzung des Anfechtungsrechts ist systemfremd und spätestens seit der Einführung des § 1598a BGB sinnlos. Mit dem FGG-RG und Einführung des § 171 II S. 2 FamFG, der die Normierung der Darlegungslast im Anfechtungsprozess darstellt, wurde der Anfangsverdacht vom Gesetzgeber abgeschafft.
24. Die vom BVerfG geforderte Berücksichtigung des Kindeswohls bei Anfechtung einer Vaterschaft ist bisher nicht umgesetzt. Eine Diskussion dazu in der Literatur lässt sich nicht nachweisen.

Literaturverzeichnis

Hinweis: Soweit mehrere Auflagen eines Werks hier aufgeführt sind, wird in der jeweiligen Fußnote die Auflage hinter dem Titel in eckigen Klammern angegeben.

- Achilles/Greif (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 21. Auflage, 1958 (zit. als: Bearbeiter, in: Achilles-Greif)
- Alexy, Robert, Theorie der juristischen Argumentation, 1. Aufl. Frankfurt am Main 1983.
- Arndt Adolf, Der Deutsche Staat als Rechtsproblem, in: Arndt, Adolf, Gesammelte juristische Schriften, München 1976, S. 101.
- Arnim, Hans Herbert von, *Methodik der Rechtsbildung unter dem Grundgesetz*, Speyer 2001.
- Baden, Eberhard, Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß, 1. Aufl. Baden-Baden 1977.
- Badenberg, Felor, Das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung unter Berücksichtigung der Problematik der anonymen Geburt, Frankfurt am Main ; Berlin [u.a.] 2006.
- Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, 29. Auflage, (zit. als: Bearbeiter, in: BeckOK-BGB)
- Bäumel, Dieter, Familienrechtsreformkommentar, (zit. als: Bearbeiter, in: FamRefK)
- Beaucamp, Guy, Methoden und Technik der Rechtsanwendung, 2., neu bearb. Aufl. Heidelberg ; München ; Landsberg [u.a.] 2011.
- Begründung zu dem Gesetz über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften und über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 12. April 1938, DJ 1938, 619.*
- Beitzke, Günther, Familienrecht, 17., erg. Aufl. München 1974.
- Beitzke, Günther, Familienrecht, 9., neu bearb. Aufl. München 1960.
- Benno Mugdan: Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1899, (zitiert als Protokolle).
- Benoit, Wilhelm, Die Anfechtung der Ehelichkeit von Kindern, Berlin 1909.
- Billig, Uta-Sophie, Der scheidungsakzessorische Statuswechsel gemäß § 1599 II BGB, Hamburg 2000.
- Bilsdorfer, Peter, *Rechtliche Probleme der In-vitro-Fertilisation und des Embryo-Transfers*, MDR 1984, 803–806.
- Boehmer, *Fragen der Ehelichkeitsanfechtung*, FamRZ 1960, 213.
- Boehmer, Gustav, Die Teilreform des Familienrechts durch das Gleichberechtigungsgesetz vom 18. Juni 1957 und das Familienrechtsänderungsgesetz vom 11. August 1961, Tübingen 1962.
- Boehmer, *Zur Frage der Unterlassungs- und Schadensersatzlage bei Ehestörungen*, JZ 1953, 745–747.
- Bökelmann, *Anmerkung zu OVG Münster vom 22.3.1972 - Az IV A 194/69*, FamRZ 1972, 527.
- Bökelmann, *Zur Reform des Legitimationsrechts*, FamRZ 1966, 546.
- Bork/Jacoby/Schwab (Hrsg.), FamFG, 2. Auflage, (zit. als: Bearbeiter, in: Bork/Jacoby/Schwab, FamFG)
- Brosius-Gersdorf, Das Kuckucksei im Familiennest - Erforderlichkeit einer Neuregelung der Vaterschaftsuntersuchung, NJW 2007, 806.
- Brüggemann, *Die Vaterschaftsfeststellung im Referentenentwurf 1966 zum Unehelichengesetz*, FamRZ 1966, 530.
- Brüggemann, Dieter, *Die Verfahrensrechtliche Neuordnung des Unehelichenrechts*, FamRZ 1969, 120–129.
- Brüggemann, *Vaterschaftsprozess gegen den anerkennungswilligen Erzeuger?*, FamRZ 1979, 381.
- Bumiller/Harders, FamFG - Freiwillige Gerichtsbarkeit, 10. Auflage, (zit. als: Bearbeiter, in: Bumiller/Winkler, FamFG)
- Bydlinski, Franz, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2., überarb. Aufl. Wien 2012.

- Bydlinskyi Über die Lex-lata-Grenze der Rechtsfindung, in: Symposion zu Ehren von Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Claus-Wilhelm Canaris <1997, München>/Koller, Ingo (Hrsg.), Einheit und Folgerichtigkeit im juristischen Denken, München 1998, S. 27.*
- Canaris, Das Rangverhältnis der "klassischen" Auslegungskriterien demonstriert am Standardproblemen aus dem Zivilrecht, in: Beuthien, Volker (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus, Köln ; München [u.a.] 1999, S. 25.*
- Canaris, Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: Honsell, Heinrich (Hrsg.), Privatrecht und Methode, Basel ; München [u.a.] 2004, S. 141.*
- Coester, Michael, Elternrecht des nichtehelichen Vaters und Adoption, FamRZ 1995, 1245–1251.*
- Coester-Waltjen, Dagmar, Befruchtungs- und Gentechnologie bei Menschen - rechtliche Probleme von morgen?, FamRZ 1984, 230–236.*
- Coester-Waltjen, Dagmar, Besonderheiten im Abstammungsverfahren, Jura 2009, 427–431.*
- Coester-Waltjen, Gutachten B, in: Verhandlungen des 56. DJT, 1986*
- Coester-Waltjen, Künstliche Fortpflanzung und Zivilrecht, FamRZ 1992, 369.*
- Coester-Waltjen, Rechtliche Probleme der für andere übernommenen Mutterschaft, NJW 1982, 2528.*
- Coing, Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. 5. 1952 - 4 U 293/51, NJW 1952, 1336.*
- Coing, Helmut, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Aufl. Berlin [u.a.] 1993.*
- Deichfuß, Hermann, Abstammungsrecht und Biologie, Heidelberg 1991.*
- Demharter, Johann, Zur Schlüssigkeit der Klage, mit der die Anerkennung der Vaterschaft angefochten wird, FamRZ 1985, 232–235.*
- Deutsch, Des Menschen Vater und Mutter - Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, NJW 1986, 1971.*
- Dickhuth-Harrach, Hans-Jürgen von, Gerechtigkeit statt Formalismus, Köln u.a. 1986.*
- Diederichsen, Die Reform des Kindschafts- und Beistandschaftsrechts, NJW 1998, 1977.*
- Dunz, Anmerkung zu OLG Köln NJW 1967, 1090, NJW 1967, 1092.*
- Dürig, Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither, in VVDStrL 13, Berlin 1955.*
- Eckersberger, Auswirkungen des Kinderrechteverbesserungsgesetzes auf Vereinbarungen über eine heterologe Insemination, MittBayNot 2002, 261.*
- Eckert, Hans-Georg, Die Auswirkungen des Nichtehechengesetzes im Strafverfahren wegen Unterhaltspflichtverletzung § 170b StGB, FamRZ 1974, 118.*
- Eggert, Die Bedeutung der Statusakte i.S.d. § 1600a BGB für den Strafrichter, MDR 1974, 445.*
- Eichberger, Rudolf, Aktuelle Probleme der Feststellung der Abstammung (§ 372a ZPO), 1988.*
- Elsner, Thomas, Das Ermessen im Lichte der Reinen Rechtslehre, Berlin 2011.*
- Endemann, Familienrecht, 1908.*
- Engel, Siegfried W., Der Rückgriff des Scheinvaters wegen Unterhaltsleistungen, Berlin 1974, (zit. als Engel, Rückgriff).*
- Engländer, Elisabeth, Auswertung der natürlichen väterlichen Abstammung gegenüber einer fiktiven rechtlichen Ehelichkeit, Köln 1935.*
- Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausg. Berlin 1888.*
- Fischer, Anmerkung zu KG DR 40, 115, DR 1940, 115.*
- Fischer, Die Feststellung der blutsmäßigen Abstammung, DR 1936, 237.*
- Fraenkel, Arnold, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich unter Ausschluß des Vormundschaftsrechts, Hannover 1898.*
- Frantz, Neues in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung in Abstammungssachen, DR 1943, 62.*
- Freiherr von Scheurl, Die Feststellung der blutsmäßigen Abstammung, DR 1936, 235.*
- Gaul, Neuregelung des Abstammungsrechts, FamRZ 1997, 1441.*
- Genenger, Angie, Vom Erzeuger zum Vater?, Hamburg 2006.*
- Gernhuber, Joachim, Lehrbuch des Familienrechts, 3., völlig Neubearb. Aufl. München 1980.*

- Göppinger, Betrachtungen zum Referententwurf eines Unehelichengesetzes, FamRZ 1966, 418.*
- Göppinger, Horst, Die Reform des Rechts der nichtehelichen Kinder (zum Gesetz vom 19.8.1969, BGBl. I, 1243), JR 1969, 401–409.*
- Göppinger, Horst, Die Reform des Rechts der unehelichen Kinder, Juristische Rundschau 1967, 125–130.*
- Grasnick, Das neue Nichteelichenrecht, Baden-Baden 1971.
- Greßmann, Michael, Neues Kindschaftsrecht, Bielefeld 1998.*
- Grünkorn, Mathias, Die Frist zur Anfechtung der Ehelichkeit, Frankfurt a.M. 1978.*
- Hahne/Munzig (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar FamFG, 10. Auflage, (zit. als: Bearbeiter, in: BeckOK-FamFG)
- Hassemer, Gesetzesbindung und Methodenlehre, ZRP 2007, 213.*
- Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrechts, Neudr. der Ausg. Leipzig 1912, 1968.*
- Helms, Das neue Verfahren zur Klärung der leiblichen Abstammung, FamRZ 2008, 1033.*
- Helms, Reform des deutschen Abstammungsrechts, FuR 1996, 178.*
- Helms/Balzer, Das neue Verfahren in Abstammungssachen, ZKJ 2009, 348.*
- Henrich, Das Kind mit zwei Müttern (und Vätern) im Internationalen Privatrecht, in: Hofer, Sibylle (Hrsg.), Perspektiven des Familienrechts, Bielefeld 2005, S. 1141, (zit. als FS Schwab).*
- Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth (Hrsg.), Juris Praktikerkommentar, 6. Auflage Stand 20.12.2013, (zit. als: Bearbeiter, in: Juris PK BGB)
- Herzberg, Rolf D., Die ratio legis als Schlüssel zum Gesetzesverständnis? - Eine Skizze und Kritik der überkommenen Auslegungsmethodik, JuS 2005, 1–8.*
- Hesral, Harald, Inhalt und Wirksamkeit von Leihmutterchafts- und Eizellenspendeverträgen, Rheinfelden 1990.*
- Heydte, Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither, in VVDStrL 13, Berlin 1955.
- Hirsch, Robert, Die Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Stuttgart 1897.*
- Holzauer, Der Unterhaltsregress, in: Bickel, Dietrich (Hrsg.), Recht und Rechtserkenntnis, Köln ; München [u.a.] 1985, S. 223, (zit. als FS E. Wolf).*
- Huber, Unterhaltsverpflichtung des nichtehelichen Vaters gegenüber Kind und Mutter, FPR 2005, 189.*
- Hummel, Die Missachtung des parlamentarischen Gesetzgebers durch die Fachgerichte unter dem Deckmantel des Anwendungsvorrangs europäischen Rechts, NVwZ 2008, 36.*
- Jansen, Ludwig/Knöpfel, Gottfried, Das neue Unehelichengesetz, Frankfurt am Main [u.a.] 1967.*
- Jansen, Wer seine Vaterschaft leugnet ..., Soziale Arbeit 1966, 252.*
- Jüdes, Ulrich (Hrsg.), In-vitro-Fertilisation und Embryotransfer (Retortenbaby), Stuttgart 1983.*
- Kaufmann, Humangenetik und Fortpflanzungstechnologien aus rechtlicher, insbesondere strafrechtlicher Sicht, in: Herzberg, Rolf (Hrsg.), Festschrift für Oehler, 1985, S. 649–669.
- Keidel, FamFG, 17. Auflage 2011, (zit. als: Bearbeiter, in: Keidel, FamFG)
- Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre, Studienausg. der 1. Aufl. 1934 / hrsg. und eingel. von Matthias Jestaedt Tübingen 2008.*
- Kirchner, Methodiken für die judikative Rechtsfortbildung im Zivilrecht: die institutionenökonomische Perspektive, in: Rückert (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts - von Savigny bis Teubner, 2. Aufl. Baden-Baden 2012.*
- Klemmer, Markus, Gesetzesbindung und Richterfreiheit: Die Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen während der Weimarer Republik und im späten Kaiserreich, 1996.*
- Klöppel, Das Familien- und Erbrecht des BGB, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts Jg. 33 = 4.F. Jg. 3, 1889, 338–363.*
- Knitschky, Wilhelm E., Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1899.*
- Knöpfel, Gottfried, Faktische Elternschaft, Bedeutung und Grenzen, FamRZ 1983, 317–331.*

- Knur-Hurst, Betrachtungen zum RefE eines Gesetzes über die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder, MittRhNotK 1967, 7.*
- Koch, Hans-Joachim, Juristische Begründungslehre, München 1982.*
- Kollhoser, Helmut, Rechtsprobleme bei medizinischen Zeugungshilfen, JA 1985, 553–562.*
- Kötter, Hans-Wilhelm, Nochmals: Die Klage auf Feststellung der „blutmäßigen“ Abstammung eines unehelichen Kindes, JR 1951, 395–399.*
- Kühnel, Martina, Die missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung im System des Abstammungsrechts und deren behördliche Anfechtung, Berlin 2011.*
- Kummer, Max, Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, Bern 1954.*
- Küppers, Christoph, Der Regreß des Ehemannes nach der außerehelichen Zeugung eines zeitweilig ehelichen Kindes, Berlin 1993.*
- Küppers, Wolfhard, Die zivilrechtlichen Folgen der entgeltlichen Tragemutterschaft, Frankfurt am Main [u.a.] 1989.*
- Küppers, Zum Regreß des sogenannten „Scheinvaters“, NJW 1993, 2918.*
- Kuttner, Die Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft, JherJB 50, 412.*
- Langheineken, Paul, Der Urteilsanspruch, 1899.*
- Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6., Neubearb. Aufl. Berlin [u.a.] 1991.*
- Lauff, Werner/Arnold, Mattias, Der Gesetzgeber und das „Retortenbaby“, ZRP 1984, 279–283.*
- Laufs, Adolf, Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, JZ 1986, 769–777.*
- Lehmann, Heinrich, Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches einschließlich Jugendfürsorgerecht, Berlin [u.a.] 1926.*
- Löhnig, Martin, Treuhand, Tübingen 2006.*
- Löhnig, Probleme des neuen Verfahrens in Abstammungssachen nach §§ 169 ff. FamFG, FamRZ 2009, 1798.*
- Löhnig/Preisner/Gietl, Das Recht des Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern: Abstammung - Sorgerecht - Umgangsrecht - Namensrecht - Unterhalt, 3., völlig neu bearb. Aufl.*
- Looschelders, Dirk, Alternative und sukzessive Anwendung mehrerer Rechtsordnungen nach dem neuen internationalen Kindschaftsrecht, IPRax 1999, 420–426.*
- Luh, Carla Katharina, Die Prinzipien des Abstammungsrechts, Hamburg 2008.*
- Mansees, Norbert, Einige Gedanken zum gesetzlichen Erbrecht des auf nicht-natürlichem Wege erzeugten Kindes, FamRZ 1986, 756.*
- Martinek (Hrsg.), Staudinger - Eckpfeiler des Zivilrechts, 4. Auflage, 2012, (zit. als: Bearbeiter, in: Staudinger-Eckpfeiler)*
- Martinek/Sellier (Hrsg.), J von Staudinger - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Neubearbeitung 2000 bis 2012, (zit. als: Bearbeiter, in: Staudinger-BGB).*
- Maßfeller, Das Gesetz über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften und über die Rechtsstellung von Staatenlosen vom 12. April 1938, JW 1938, 1217.*
- Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 67. Ergänzungslieferung, (zit. als: Bearbeiter, in: MaunzDuerig-GG)*
- Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 39. Auflage, (zit. als: Bearbeiter, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz)*
- Moller, Anmerkung zu OLG Karlsruhe 5 UH 4/63, FamRZ 1963, 651.*
- Möllers, Christoph, Staat als Argument, 2., unveränd. Aufl. mit aktueller Einl. Tübingen 2011.*
- Motive zum Entwurf eines BGB - Allgemeiner Theil, Amtliche Ausgabe, 1896.*
- Motive zum Entwurf eines BGB - Familienrecht, Amtliche Ausgabe, 1896.*
- Müller, Friedrich, Juristische Methodik Bd. 1: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, Berlin 2009.*

- Münzer, Ulrich, Fortpflanzungsmedizin und Zivilrecht: eine vergleichende Darstellung bundesdeutschen, englischen und französischen Rechts, 1991.
- Muscheler, *Vaterschaft durch Anerkennung und Feststellung*, FPR 2005, 177.
- Musielak/Borth, FamFG, 3. Auflage, (zit. als: Bearbeiter, in: Musielak/Borth, FamFG)
- Mutschler, Dietrich, *Ehelichkeitsanfechtung nur bei konkreten Verdachtsmomenten?*, DAVorm 1996, 377–379.
- Mutschler, Dietrich, *Interessenausgleich im Abstammungsrecht - Teilaspekte der Kindschaftsrechtsreform*, FamRZ 1996, 1381–1386.
- Mutschler, *Renzension von Grünkorn*, FamRZ 1979, 549.
- Nehlsen-von Stryk, *Probleme des Scheinvaterregresses*, FamRZ 1988, 225.
- Neumann-Duesberg, *Schadensersatzpflicht des Ehebrechers*, DRZ 1950, 511.
- Nörr, Knut Wolfgang, *Zwischen den Mühlsteinen*, Tübingen 1988.
- Odersky (Hrsg.), *Nichtehelichengesetz*, 1970 (zit. als: Bearbeiter, in: *Nichtehelichengesetz*)
- Odersky, *Zu einigen aktuellen Fragen und Entscheidungen im Nichtehelichenrecht*, FamRZ 1974, 559.
- Opet, Otto, *Das Verwandtschaftsrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, Berlin 1899.
- Opet/Blume/Biermann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche*, 1906, (zit. als: Bearbeiter, in: Opet-Blume)
- Ostermann, Stephanie, *Das Klärungsverfahren gemäß § 1598a BGB*, Berlin 2009.
- Palandt (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 8. Auflage, 1950 (zit. als: Bearbeiter, in: Palandt)
- Peschel-Gutzeit, *Der doppelte Vater – Kritische Überlegungen zum Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters*, NJW 2013, 2465.
- Peschel-Gutzeit, *Vaterschaft auf Grund Inzidentfeststellung?*, FPR 2011, 392.
- Petersen, Peter, *Retortenbefruchtung und Verantwortung*, Stuttgart 1985.
- Pieper, Klaus, *Neuerungen im Unterhalts-, Namens-, Adoptions- und Abstammungsrecht - Weitere wichtige Änderungen durch das KindRG*, FuR 1998, 33.
- Pieroth/Aubel, *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grenzen richterlicher Entscheidungsfindung*, JZ 2003, 504.
- Planck, Gottlieb/Schubert, Werner, *Beendigung der Ehe, Recht der Abkömmlinge, Vormundschaftsrecht.*, Berlin [u.a.] 1983.
- Prölss/Martin, *Versicherungsvertragsgesetz*, 28. Auflage, (zit. als: Bearbeiter, in: Prölss/Martin, *Versicherungsvertragsgesetz*)
- Raape, *Vorläufige Ehelichkeit*, AcP 1922, 194.
- Raiser, *Die Rechte des Scheinvaters in bezug auf geleistete Unterhaltszahlungen*, FamRZ 1986, 942.
- Rauscher, *Vaterschaft auf Grund Anerkennung*, FPR 2002, 359.
- Rauscher/Wax/Wenzel (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 3. Auflage (zit. als: Bearbeiter, in: *MüKo-ZPO*)
- Rauscher/Wax/Wenzel (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur ZPO*, 4. Auflage (zit. als: Bearbeiter, in: *MüKo-ZPO*)
- Reichsgerichtsräte, *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts*, 9. Auflage 1940 (zit. als: Bearbeiter, in: *RGRK-BGB*)
- Reinicke, G/ Reinicke, D, *Anmerkung zu BGHZ 14*, 358, NJW 1955, 217.
- Rexroth, *Die Familienrechtsnovelle vom 12. April 1938*, DJ 1938, 707.
- Röhl, Klaus F., *Allgemeine Rechtslehre*, 3., neu bearb. Aufl. Köln [u.a.] 2008.
- Roquette, *Anmerkung zur RGZ 152*, JW 1937, 741.
- Roquette, *Klage auf Feststellung der Abstammung*, DR 1936, 486.
- Roth-Stielow, Klaus, *Der Abstammungsprozeß*, 2., erw. Aufl. München 1978.
- Rüdinger, Hartmut, *Über die Duplizität der Ehelichkeit eines Kindes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche*, 1915.
- Rüthers, Bernd, *Die unbegrenzte Auslegung*, 7. unveränd., um ein Nachw. erw. Aufl. Tübingen 2012.

- Rüthers, Bernd, *Wozu auch noch Methodenlehre?*, *JuS* 2011, 865–870.
- Rütz, Eva-Maria, *Heterologe Insemination - Die rechtliche Stellung des Samenspenders*, Berlin [u.a.] 2008.
- Säcker/Rixecker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Auflage (zit. als: Bearbeiter, in: *MüKo-BGB*)
- Säcker/Rixecker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Auflage (zit. als: Bearbeiter, in: *MüKo-BGB*)
- Saenger, *Zivilprozessordnung*, 5. Auflage, (zit. als: Bearbeiter, in: Saenger, ZPO)
- Sanders, Anne, *Anmerkung zu dem Urteil des BVerfG vom 11.07.2012 (1 BvR 3142/07; 1 BvR 1569/08; JZ 2012, 1065)- Delisting, Reichweite des Art. 14 GG im Recht der Aktiengesellschaft und Verhältnis von Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit bei der richterlichen Rechtsfortbildung*, *JZ* 2012, 1070–1073.
- Saueressig, Christian, *Die Auslegung von Gesetzen: Eine Einführung*, *Jura* 2005, 525–532.
- Savigny, Friedrich Carl von, *System des heutigen römischen Rechts*, Aalen 1981.
- Scanzoni, *Anmerkung zu OLG Hamburg DR 41, 216, DR 1941, 217.*
- Schlehofer, Horst, *Juristische Methodologie und Methodik der Fallbearbeitung*, *JuS* 1992, 572–578.
- Schlosser, *Anmerkung zu BGH NJW 1998, 1976, JZ 1999, 42.*
- Schlosser, Peter, *Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile*, Bielefeld 1966.
- Schmidt-Futterer, *Mietrecht*, 10. Auflage, (zit. als: Bearbeiter, in: Schmidt-Futterer)
- Schnitzler, Klaus, *Münchener Anwalts-Handbuch Familienrecht*, 3., überarb. und erw. Aufl. München 2010.
- Schöpf, *Anmerkung zu OLG Karlsruhe 5 UH 4/63, FamRZ 1963, 652.*
- Schröder, Jan, *Recht als Wissenschaft*, 2., überarb. und wesentl. erw. Aufl. München 2012.
- Schröder, *Zulässigkeit der Inzidentfeststellung der Vaterschaft im vom Scheinvater betriebenen Regreßverfahren*, *FamRZ* 1990, 200.
- Schubert, Werner, *Die Reform des Nichtehelehenrechts*, Paderborn ; München [u.a.] 2003.
- Schumacher, Dr Klaus, *Fortpflanzungsmedizin und Zivilrecht*, *FamRZ* 1987, 313.
- Schumann, Eva, *Die nichteheliche Familie*, München 1998.
- Schwab, Dieter, *Familienrecht*, 18., neu bearb. Aufl. München 2010.
- Schwonberg, *Scheinvaterregress und Rechtsausübungssperre*, *FamRZ* 2008, 449.
- Seidel, *Was gilt, wenn der rechtliche Vater nicht der biologische Vater ist?*, *FPR* 2005, 181.
- Selb, Walter, *Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen*, Tübingen 1987 (zitiert als Selb, Rechtsordnung).
- Soergel (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 13. Auflage, 2000, (zit. als: Bearbeiter, in: Soergel)
- Soergel/Siebert, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 9. Auflage 1959, (zit. als: Bearbeiter, in: Soergel-BGB)
- Sonnenberger, Hans Jürgen, *Vaterschaftsfeststellung und und Unterhaltsanspruch im Internationalen Privatrecht*, *FamRZ* 1973, 553–558.
- Spahn, P., *Verwandtschaft und Vormundschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*, Berlin 1901.
- Staudinger (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 9. Auflage, 1926, (zit. als: Bearbeiter, in: *Staudinger-BGB*)
- Staudinger, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 10./11. Auflage, 1966, (zit. als: Bearbeiter, in: Staudinger)
- Staudinger, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 12. Auflage, 1987, (zit. als: Bearbeiter, in: Staudinger)
- Staudinger, Julius von/Engelmann, Theodor/Loewenfeld, Theodor/Riezler, Erwin/Mayring, Philipp/Kuhlenbeck, Ludwig/Kober, Karl/Herzfelder, Felix/Wagner, Joseph (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 3./4. Auflage, 1908 (zit. als: Bearbeiter, in: *Staudinger-BGB*)
- Stolterfoht, *Der Scheinvater-Regreß*, *FamRZ* 1971, 341.
- Stößer, *Das neue Verfahren in Abstammungssachen nach dem FamFG*, *FamRZ* 2009, 923.
- Süß, Bernd, *Die Feststellung der Vaterschaft unabhängig von Anfechtungsverfahren*, Frankfurt am Main [u.a.] 2010.

- Trautenbach, Vaterschaftsanerkenntnis und Unterhaltsanspruch, bei Kindern, die als ehelich gelten, RPfleger 1951, 197.*
- Ullersberger, Franz Chlodwig, Das Rechtsverhältnis der unehelichen Kindschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Code civil, Strassburg 1901.*
- v. Hippel, Schadensersatz bei Ehestörung, NJW 1965, 665.*
- Valentin, Julia Maria, Biologische Abstammung als Maßstab rechtlicher Zuordnung?, Frankfurt am Main [u.a.] 2010.*
- Veit, Barbara, Verwandtschaftliche Elternstellung und elterliche Sorge bei Scheidungskindern, FamRZ 1999, 902.*
- Vollersen, Nicolas Uwe, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, 1. Aufl. Baden-Baden 2012.*
- Vorwerk/Wolf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar ZPO, 10. Auflage, (zit. als: Bearbeiter, in: BeckOK-ZPO)*
- Wanitzek, Ulrike, Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, Bielefeld 2002.*
- Wanitzek, Vaterschaftsanfechtung, FPR 2002, 390.*
- Wank, Rolf, Die Auslegung von Gesetzen, 5., neu bearb. Aufl. München 2011.*
- Weh, Anmerkung zu RG IV 256/38, DR 1938, 1260.*
- Windel, Peter A., Über die Modi der Nachfolge in das Vermögen einer natürlichen Person beim Todesfall, Heidelberg 1998.*
- Winkler, Paul, Die Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes, 1906.*
- Wohn, Annette, Medizinische Reproduktionstechniken und das neue Abstammungsrecht, Bielefeld 2001.*
- Wolf, Andrea, Die Abstammung von durch medizinische Fortpflanzung gezeugten Kindern nach dem Kindschaftsreformgesetz (KindRG), FuR 1998, 392.*
- Wolf, Biologische Abstammung und rechtliche Zuordnung - - Eine Annäherung mit Hindernissen -, NJW 2005, 2417.*
- Zimmermann, Jan, Geschichte der Klage auf Feststellung der Abstammung, 1990.*
- Zimmermann, Michael J., Scheinvaterschaften die notwendige Beteiligung des Kindes an der Vaterschaftsfeststellung: die notwendige Beteiligung des Kindes an der Vaterschaftsfeststellung, Hamburg 2008.*
- Zippelius, Reinhold, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. München 2012.*