

Maxine Saborowski

—

Vaterschaft in Zeiten des genetischen Vaterschaftstests

Maxine Saborowski

Vaterschaft in Zeiten des genetischen Vaterschaftstests

Zum Verhältnis von Vertrauen
und empirischem Wissen

Königshausen & Neumann

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D 17 (zugl.: Dissertation am Institut für Philosophie im Fachbereich Gesellschafts- und Geschichtswissenschaften an der Technischen Universität Darmstadt, 2011)

© Verlag Königshausen & Neumann GmbH, Würzburg 2014

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier

Umschlag: skh-softics / coverart

Umschlagfoto: Tobias Hoffmann, 2B4 Berlin

Alle Rechte vorbehalten

Dieses Werk, einschließlich aller seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

ISBN 978-3-8260-5239-2

www.koenigshausen-neumann.de

www.libri.de

www.buchhandel.de

www.buchkatalog.de

Vorwort

Am Institut für Philosophie der Technischen Universität Darmstadt wurde die hier in leicht überarbeiteter Fassung vorliegende Arbeit 2011 als Dissertation eingereicht. Tag der Disputation war der 11.07.2011. Ein ganz besonderer Dank gilt meinen beiden wunderbaren Betreuern: Frau Professor Dr. Petra Gehring von der TU Darmstadt und Herrn Professor Dr. Gunter Gebauer von der FU Berlin. Recht herzlich möchte ich auch Herrn Professor Dr. Christoph Hubig danken, der mir wertvolle Anregungen zu Simmels Vertrauensstheorie gab.

Stipendien bzw. finanzielle Förderungen haben zum Entstehen der Arbeit wesentlich beigetragen. Chronologisch gesehen waren es: ein Stipendium des NaFöG-Programms des Berliner Senats, eine Abschlussförderung durch die FAZIT-Stiftung aus Frankfurt a. M. sowie eine Druckkostenbeihilfe aus den Mitteln zur Förderung von Frauen des Fachbereichs 2 der TU Darmstadt. Herzlichen Dank an alle Genannten!

Außerdem danke ich denen, die mir bei verschiedenen Fachfragen geholfen haben: Professor Dr. Thilo Ramm, Rechtsanwältin Barbara Wessel, Professor Dr. Ignacio Czeguhn; Dr. Ralf Schüle in sowie auch anderen Kollegen vom FMP, die mir bei Fragen zur Molekularbiologie halfen; den Mitgliedern des Kolloquiums an der TU Darmstadt (besonders Andreas Kaminski, den ich zum Thema Vertrauen befragen durfte, und Melanie Sehgal, mit der ich mich regelmäßig über Arbeitsfragen ausgetauscht habe); ferner Nina Bachmann für Einblicke in die Sicht der Familientherapie und Tobias Hoffmann für die Gestaltung des Titelbilds.

Fachkundig wie auch praktisch hat mich Michael Renemann bei meiner Arbeit in allen Phasen unterstützt – ich danke von Herzen.

Termin für den in der Arbeit als „aktuell“ wiedergegebenen Stand ist Dezember 2010.

Berlin, im Dezember 2013

Maxine Saborowski

Überblick über den Inhalt

1. Einleitung	13
2. Vertrauen als Grundlage von Vaterschaft: Zum Verhältnis von Vertrauen, Wissen und Recht	23
3. Vaterschaft im <i>Allgemeinen Landrecht</i> <i>für die Preussischen Staaten</i> von 1794.....	55
4. „Wirkliche“ und „mögliche“ Väter: Vaterschaft im <i>Bürgerlichen Gesetzbuch</i> von 1896	133
5. Techniken des Vergewisserns und Testens	161
6. Vaterschaft und genetische Vaterschaftstests im Familienrecht des BGB heute	183
7. Vaterschaft im Spannungsfeld von Vergewisserung und Rechtsvermutung: Juristische Konstruktionen und Diskussionen	245
8. Zum Verhältnis von Vertrauen und Vergewisserung im Recht angesichts des genetischen Vaterschaftstests	285
Literatur	293

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung	13
2. Vertrauen als Grundlage von Vaterschaft: Zum Verhältnis von Vertrauen, Wissen und Recht	23
2.1 Einleitung	23
2.2 Vertrauen als „riskante Vorleistung“	26
2.2.1 Vertrauen in Bezug auf Wissen und Nichtwissen	29
2.3 Ein anderer Typus von Vertrauen: <i>Glauben</i> an den anderen	33
2.3.1 Fraglosigkeit und Vertrauen vom Typ des Glaubens als Grundlage von Vaterschaft	36
2.4 In-Frage-Stellen der Abstammung und Misstrauen	37
2.4.1 Ein Beispiel für radikales, zweifelndes Misstrauen	40
2.4.2 Verändern genetische Vaterschaftstests das Vertrauen?	43
2.5 Rechtliche Annahmen über Vertrauensverhältnisse	46
2.5.1 Rechtliche Annahme von Vertrauen bei Ehe und Partnerschaft	47
2.5.2 Verhältnis von Vertrauen und empirischem Wissen – im Spiegel des Rechts	52
3. Vaterschaft im <i>Allgemeinen Landrecht</i> <i>für die Preussischen Staaten von 1794</i>	55
3.1 Einleitung	55
3.2 Vaterschaft und Familie im Kontext des 18. Jahrhunderts	56
3.2.1 „Familie“ und benachbarte Begriffe	57
3.2.1.1 Familiengründung als Privileg von verheirateten Paaren	62
3.2.2 Die gesellschaftliche Lage unehelicher Kinder	67
3.2.2.1 Theorien zum Unterhaltsanspruch unehelicher Kinder ..	71
3.2.2.2 Solidarität mit ledigen Müttern	74
3.2.3 Die Familie als Gegenstand öffentlicher Fürsorge	78
3.2.3.1 Exkurs I: Die französische Praxis der <i>lettres de cachet</i>	80
3.2.3.2 Exkurs II: Eine öffentliche Diskussion über Kindstötungen	83
3.2.4 Zusammenfassung	86
3.3 Der Kontext des <i>Allgemeinen Landrechts für die Preussischen</i> <i>Staaten</i> : Rechtsquellen im 18. Jahrhundert	87

3.3.1	Der <i>pater familias</i> im römischen Recht	87
3.3.2	Das kanonische Recht	91
3.3.3	Die germanischen Stammesrechte	92
3.3.4	Die deutschen Partikularrechte (Gewohnheitsrechte)	93
3.4	Vaterschaft im <i>Allgemeinen Landrecht</i> <i>für die Preußischen Staaten</i> (ALR)	94
3.4.1	Einleitung	94
3.4.2	Ein Fallbeispiel zur Prüfung der Vaterschaft	98
3.4.3	Zur rechten oder zur linken Hand: Eherecht im ALR	99
3.4.4	„Vater ist, wer mit der Mutter verheiratet ist“	102
3.4.5	Die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes	104
3.5	Unehelichenrecht im ALR	107
3.5.1	Uneheliche Vaterschaft als Nicht-Verwandtschaft	107
3.5.2	Theorien zur Begründung der Unterhaltspflicht	110
3.5.3	Die Erbberechtigung unehelicher Kinder	114
3.5.4	Versorgungsansprüche unverheirateter Mütter	116
3.5.5	Die Ermittlung der unehelichen „Vaterschaft“: Gerichte auf kriminalistischer Spurensuche	118
3.6	Vaterschaft in anderen Kodifikationen des 19. Jahrhunderts und in der Revision des ALR	120
3.6.1	<i>Code civil</i> : Der Vater bleibt geheim	120
3.6.2	Das österreichische <i>Allgemeine Bürgerliche</i> <i>Gesetzbuch</i>	123
3.6.3	Die Revision des <i>Allgemeinen Landrechts</i> <i>für die Preußischen Staaten</i>	125
3.7	Zusammenfassung: Eine neue Ökonomie der Unehelichkeit	128
4.	„Wirkliche“ und „mögliche“ Väter: Vaterschaft im <i>Bürgerlichen Gesetzbuch</i> von 1896	133
4.1	Einleitung	133
4.2	Familie im BGB	135
4.2.1	Die bürgerliche Familie als eheliche Familie	137
4.2.2	Die Fiktion der Vaterschaft bei der Ehelichkeitsvermutung	139
4.3	Uneheliche Kinder als „Gefahr“ für die Familien	143
4.3.1	Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters	147

4.3.2	Anerkennung der Vaterschaft für uneheliche Kinder	149
4.3.3	Der Begriff des „wirklichen Vaters“ und die Vergewisserung.....	151
4.3.4	Verwandtschaft des unehelichen Kindes mit der Mutter.....	155
4.4	Zusammenfassung	157
5.	Techniken des Vergewisserns und Testens.....	161
5.1	Einleitung	161
5.2	Geschichte der Techniken der Vergewisserung.....	162
5.2.1	Eide als Beweismittel vor Gericht im 19. Jahrhundert	162
5.2.2	Abstammungsgutachten zu Beginn des 20. Jahrhunderts ...	165
5.2.3	Humangenetische Abstammungsgutachten im 21. Jahrhundert.....	169
5.2.3.1	Ausschluss oder Nichtausschluss der Vaterschaft	171
5.2.3.2	Richtlinien: Regelungsversuche und Zertifizierungsfragen	172
5.2.4	Vom Geständnis zum Gutachten	173
5.3	Testen aus Gewohnheit und als Serviceangebot	175
5.4	Zusammenfassung	180
6.	Vaterschaft und genetische Vaterschaftstests im Familienrecht des BGB heute.....	183
6.1	Einleitung	183
6.2	Geschichte des Rechts auf Kenntnis der Abstammung	187
6.2.1	Geschichte der Abstammungsklärung im Familienrecht seit 1900	187
6.2.1.1	Das Recht auf Kenntnis der „biologischen Abstammung“ als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	191
6.2.1.2	Die Auskunftspflicht der Mutter gegenüber dem Kind.....	195
6.2.2	Einführung eines Anfechtungsrechts für jedes Kind	196
6.2.3	Anfechtungsrecht eines vermeintlichen „biologischen Vaters“	198
6.3	Vaterschaft in der aktuellen Gesetzgebung und Rechtsprechung	200
6.3.1	Abstammung und Vaterschaft als Rechtsbegriffe im heutigen BGB	200

6.3.1.1	Vaterschaft.....	207
	Vaterschaft kraft Ehe mit der Mutter.....	208
	Vaterschaft kraft Anerkennung.....	210
	Vaterschaft kraft gerichtlicher Feststellung.....	210
6.3.1.2	Mutterschaft	212
6.3.1.3	Anfechtung der Vaterschaft	213
6.3.2	Genetische Vaterschaftstests vor Gericht.....	219
6.3.2.1	Praktische Auswirkungen der Tests.....	220
6.3.2.2	Zur Unverwertbarkeit heimlicher Vaterschaftstests.....	223
6.3.2.3	Verfassungsgerichtliche Forderung eines neuen Klärungswegs.....	227
6.3.2.4	Der „Anspruch auf Einwilligung in eine genetische Untersuchung“ vor dem Hintergrund der Diskussion über eine „isolierte Abstammungsfeststellungsklage“ ...	231
6.3.2.5	Verbot heimlicher Vaterschaftstests	237
6.3.3	Ausweitung der Rechte für „biologische“ Väter?.....	239
6.4	Zusammenfassung	241
7.	Vaterschaft im Spannungsfeld von Vergewisserung und Rechtsvermutung: Juristische Konstruktionen und Diskussionen	245
7.1	Einleitung.....	245
7.2	Diskussionen über Wille, Wohl und Wissen	246
7.2.1	Konstruktion eines „Rechts auf Wissen“	247
7.2.2	Gegen-Konstrukt: Recht auf Nichtwissen	250
7.2.3	Im Namen des Kindes und zu seinem Wohl	251
7.2.4	Familienfriede und Vertrauensverhältnisse.....	254
7.3	Gewichtsverschiebungen im Familienrecht	261
7.3.1	Vaterschaft im Spannungsfeld von Vergewisserung und rechtlicher Vermutung.....	269
7.3.2	Der „Wissensvorsprung“ der Mütter	272
7.4	„Biologisierung“ oder „Genetifizierung“ von Verwandtschaft?	275
7.5	Zusammenfassung	280
8.	Zum Verhältnis von Vertrauen und Vergewisserung im Recht angesichts des genetischen Vaterschaftstests	285
	Literatur.....	293

1. Einleitung¹

Eine Vertrauensbeziehung zwischen Personen ist dadurch gekennzeichnet, dass man an den anderen glaubt und das gegenseitige Verhältnis nicht in Frage stellt. Ein derartiges Verhältnis charakterisiert eine Partnerschaft. Der Glaube an den anderen beruht dabei nicht auf konkreten Gründen oder einzelnen Fakten. Für die meisten Väter gründet auch die Vaterschaft auf dem gelebten Vertrauensverhältnis des Paares und auf einer Fraglosigkeit der Beziehung zum Kind. Diese Männer würden nicht einzelne Gründe aufzählen, warum sie meinen, dass sie der Vater sind. Manchmal kann es sein, dass das Vertrauen eine bestimmte Frage nicht beantwortet und dass vor dem Hintergrund des umfassenden Vertrauens ein bestimmter Aspekt der Beziehung fraglich wird. So könnte etwa ein Vater hinterfragen, ob sein Kind von ihm abstammt. Ist diese Frage z. B. nicht durch eine ausdrückliche Entscheidung für bewusstes Vertrauen lösbar, so entsteht der Wunsch nach einer Vergewisserung, einer expliziten Prüfung des Aspekts, der zuvor im allgemeinen Vertrauen enthalten war. Die Frage nach der Abstammung stellt sich neu und ganz konkret, seit es mit dem genetischen Vaterschaftstest eine Technik der Vergewisserung gibt, die für jeden verfügbar und privat anwendbar ist. Diese Technik der Vergewisserung ist relativ jung, und um sie herum entstand eine Diskussion, die sich vor allem um die Frage drehte, wie sich das Familienrecht zu den privaten Vaterschaftstests verhalten soll – Vaterschaft wird schließlich im Recht definiert. Diese Diskussion werde ich in meiner Arbeit daraufhin untersuchen, wie der Begriff der Vaterschaft verwendet wird und in welchem Verhältnis Vertrauen und Vergewisserung dabei stehen. Durch einen Vergleich mit früheren rechtlichen Definitionen von Vaterschaft möchte ich deutlich machen, dass sich durch die Vaterschaftstests eine Verschiebung in diesem Verhältnis ergeben hat. Somit nutze ich das Familienrecht und die historischen Definitionen von Vaterschaft als Untersuchungsgegenstand für eine philosophische Analyse der Veränderungen.

Zwei Gründe sprechen dafür, das Familienrecht für diese Analyse heranzuziehen: Zum einen ist Vaterschaft ein Rechtsbegriff mit einer langen Tradition. Vaterschaft beruhte seit dem römischen Recht und bis in die Neuzeit hinein auf der Entscheidung eines Mannes, die Verantwort-

1 Die Arbeit gibt den Stand der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur von Dezember 2010 wieder, als die Dissertation fertiggestellt wurde.

tung für ein Kind zu übernehmen und damit eine Rechtsbeziehung herzustellen. Dabei hatte der Vater einen großen Entscheidungsspielraum. Heute kann ein Elternpaar die Vaterschaft in gewissem Maße nach seinem Willen bekunden, aber wenn jemand zweifelt und anführt, wird die Abstammung ggf. überprüft. Die Rechtsgeschichte kennt also unterschiedliche Verhältnisse von vertrauens- oder verantwortungsvoller Gestaltungsfreiheit und Überprüfungsansprüchen in den Gesetzen zur Vaterschaft. Im Vergleich mit dieser Geschichte kann beurteilt werden, welche Bedeutung Vertrauen bzw. Rechtsvermutungen heute noch bei der Zuschreibung von Vaterschaft haben – in Zeiten, in denen eine Überprüfung mit einem Vaterschaftstest sehr einfach geworden ist.

Der zweite Grund für die Nutzung des Familienrechts als Untersuchungsgegenstand besteht darin, dass Gesetze den Übergang zwischen Fakten und rechtlicher Geltung definieren. Auf der Grundlage von Fakten (etwa vorliegenden Urkunden oder ähnlichen Zeugnissen, sozialen Konstellationen oder technischen Gutachten) wird festgelegt, wer rechtlich als Vater eines Kindes gilt, wer etwas erben darf, wer als Eigentümer oder Besitzer einer Sache gilt etc. Aus der Geltung ergeben sich bestimmte Rechte (der Nutzung, des Umgangs ...) und Pflichten (der Versorgung, der Versicherung ...). Dieser Aspekt der Setzung bildet das Normative des Rechts und erfasst damit, was das Wesen von Vaterschaft ausmacht: Vaterschaft ist rechtlich gesehen keine biologische oder soziale Tatsache, sondern ein Verhältnis von Rechten und Pflichten, die Geltung haben. Das Wissen um die biologische Verwandtschaft, nachgewiesen durch einen genetischen Vaterschaftstest, hat nicht automatisch eine rechtliche Wirkung, sondern es muss durch ein Gesetz festgelegt sein, ob und wie diese biologische Verwandtschaft sich auswirken soll. Neben der rechtlichen Vaterschaft kennt das Recht auch andere Beziehungen zwischen Männern und Kindern: Das Familienrecht unterscheidet zwischen sozialer (gelebter), rechtlicher und leiblicher sowie neu „mutmaßlicher biologischer“ Vaterschaft. Dagegen wurde in den Diskussionen über Vaterschaftstests der Begriff der Vaterschaft oft nicht so klar differenziert. Die Analyse der juristischen Diskussion und der Gesetzgebung zu Vaterschaft im Familienrecht soll in Kombination mit der philosophischen Analyse der Begriffe von Vertrauen, Vergewisserung, Wissen, Misstrauen etc. ein Verständnis dafür eröffnen, wie sich Vaterschaft früher und heute im Spannungsfeld von Vertrauen und Vergewisserung darstellt.

Die privat durchgeführten genetischen Vaterschaftstests haben, wie bereits beschrieben, Anfang des 21. Jahrhunderts eine große Diskussion ausgelöst. Zentrale Themen der Diskussion waren das Recht auf Kenntnis der Abstammung, die Zulässigkeit heimlicher Tests und auch eine „Biologisierung“ des Rechts. Diskutiert wurde z. B. über folgende Fragen: Darf

eine Person (zumeist: ein Vater) heimlich oder gegen den Willen der anderen Familienmitglieder (des Kindes und der Mutter) von diesen Körperzellen einsammeln, um damit einen Vaterschaftstest durchführen zu lassen? Könnte man unter Berufung auf ein Recht auf Kenntnis der Abstammung die anderen Familienmitglieder zur Mitwirkung am Test verpflichten? Wie verändert sich Vaterschaft im Familienrecht? Technisch gesehen war der genetische Vaterschaftstest gegen Ende des 20. Jahrhunderts so einfach und günstig geworden, dass ein Test auch ohne Blutprobe heimlich machbar und bezahlbar war.

Die genannte Frage nach der Zulässigkeit heimlicher Tests ist von der Gesetzgebung inzwischen mit Nein beantwortet worden.² Gefragt wurde ferner nach der Zulässigkeit einer Kenntnisverwehrung: Kann einer Person die Kenntnis der Abstammung verwehrt werden, wenn ein anderes Familienmitglied mit der Klärung der Abstammung nicht einverstanden ist? In juristischen Fachbegriffen gefragt: Welchen Rang hat das Recht auf Kenntnis der Abstammung gegenüber dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung der anderen Person? Auch diese Frage wurde inzwischen gesetzlich geregelt, wenn auch Details weiterhin diskutiert werden.³

Grundlage der aktuellen rechtlichen Definition von Vaterschaft ist die Vaterschaftsvermutung. Es wird angenommen, dass der Ehemann der Mutter oder der Mann, der die Vaterschaft anerkennt, der Vater des Kindes ist. Diese rechtliche Vermutung ist für die meisten Fälle ein angemessenes Vorgehen und spiegelt die partnerschaftliche Beziehung wider, in der keine empirische Feststellung der Abstammung nötig ist. Wenn ein Mann Vater wird, so geschieht das – ob geplant oder ungeplant – zumeist nicht völlig unvermittelt, sondern in einer Beziehungssituation: Der Mann lebt mit einer Partnerin zusammen, vielleicht ist er mit ihr verheiratet, oder er hatte eine Beziehung mit der Frau, die das Kind zur Welt gebracht hat. Aus der Vertraulichkeit der gelebten Beziehung heraus wird er ohne Frage von sich sagen: „Ich bin der Vater.“ Vertrauen ist die Grundlage für die Vaterschaft. Auf der Grundlage dieser Haltung übernimmt der Mann Verantwortung für sein Kind, darauf beruht die Vater-Kind-Beziehung.⁴ Das Vertrauen schafft eine Sicherheit, die erst gar keine Frage aufkommen lässt und die nicht vergleichbar ist mit der Sicherheit, die eine Überprüfung bringt, weil Vertrauen und Überprüfung von der Art her ganz anders

2 Vgl. Gendiagnostikgesetz § 17, Abs. 1.

3 Vgl. „Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“ bzw. § 1598 a BGB. Zur juristischen Diskussion z. B. Andersen 2009, Helms 2008b, Luh 2008, Orel 2008, Ostermann 2009. Zur vorhergehenden Diskussion vgl. Brosius-Gersdorf 2006, Rittner/Rittner 2005, Ogorek 2005.

4 In dieser alltäglichen Sphäre impliziert die konkrete Beziehung eine Überzeugung hinsichtlich der Abstammung: So lebt ein Mann mit der Überzeugung, das Kind sei sein Kind. Er wäre überrascht, wenn jemand die Abstammung hinterfragen oder gar ein Test die Abstammung widerlegen würde.

funktionieren. Dem vertrauenden Vater erscheint sein Vertrauen nicht als Wissensmangel, sondern er vertraut in Fraglosigkeit. Einem Mann, der unsicher geworden ist, ob er der Vater ist, wird die im Vertrauen existierende Sicherheit fraglich. Für den Fragenden, der sich Gewissheit oder ein Gespräch wünscht, lässt sich die Frage nach der Abstammung nicht einfach mit Vertrauen beantworten, obgleich er seiner Partnerin im Allgemeinen weiterhin vertraut. Diejenigen Männer, die sich im Vertrauen sicher sind, der Vater zu sein, interessiert die Möglichkeit des Testens nicht, weil ihre Vaterschaft für sie keine Wissensfrage ist. Für manche Väter oder Paare, die unsicher sind, ob der Partner oder ggf. ein anderer Mann der Vater ist, ist eine Klärung dieser Frage jedoch sehr wichtig.

Bei der gesetzlichen Regelung der privaten Nutzung von Vaterschaftstests musste also die Vaterschaftsvermutung mit dem Wunsch nach Klärung der Abstammung vereinbart werden: Die meisten Väter und Paare fragen nicht nach dem Vater, sondern sind sich sicher. Es wäre daher unverhältnismäßig, bei der Geburt jedes einzelnen Kindes mit einem Vaterschaftstest oder einer ähnlichen Überprüfung in die Familie einzugreifen, um die Vaterschaft zu überprüfen: Die Vaterschaftsvermutung hat eine lange Tradition und bildet auch heute im Recht die Grundlage von Vaterschaft. Generell muss das Familienrecht die Abstammung gar nicht klären, sondern schützt Vertrauensbeziehungen durch Nichteinmischung. Für das Recht ist das Vertrauen der Regelfall, und daher ist die konkrete Abstammung nicht der Maßstab für die Etablierung von Vaterschaft. Auch wenn eine Überprüfung der Abstammung ein objektives und allgemeingültiges Ergebnis bringt, so ist diese Klärung in den meisten Fällen gar nicht notwendig, da für das Paar bereits Sicherheit besteht. Die Nutzung von Vaterschaftstests ist also für die meisten überflüssig, kann aber nicht generell verboten werden: Manche Väter, Mütter oder Kinder sind sich unsicher über die Abstammung und möchten gern testen. Manche haben auch das Problem, dass die anderen Familienmitglieder dies nicht wünschen. Das fehlende Einverständnis der anderen Beteiligten kann nun durch eine individuelle Einwilligung des zuständigen Familiengerichts ersetzt werden.

Im Prinzip hat das Familienrecht die rechtliche Vaterschaft über die Vaterschaftsvermutung – und damit unabhängig von der Abstammung – definiert. Vor dem Hintergrund dieser Tradition ist es sozialphilosophisch und rechtshistorisch interessant zu betrachten, wie das Familienrecht mit dem Wunsch nach einem Test umgeht: Die Vaterschaftsvermutung bleibt die Grundlage, zugleich aber wurde ein Recht auf Kenntnis der Abstammung anerkannt, daher soll eine Klärung der Abstammung auf Wunsch einer einzelnen Person möglich sein. Anfangs waren es die Gerichte, die Abstammungsgutachten in Auftrag gegeben haben. Das Neue an der gegenwärtigen Situation mit der kostengünstigen Möglichkeit der

Abstammungsklä rung ist, dass die Tests in großem Umfang unabhängig von Gerichtsverfahren privat genutzt werden. Das hat zur Forderung nach einer Regulierung privater Tests geführt, da diese Tests nicht einem förmlichen Verfahren der Beweisaufnahme o. Ä. unterliegen.

Die Perspektive, aus der heraus in dieser Arbeit das Recht betrachtet werden soll, ist damit angerissen: Das Familienrecht wird durch die Vaterschaftstests herausgefordert, weiterhin mit Hilfe der Vaterschaftsvermutung Vertrauen zu schützen und zugleich zu regulieren, wie Privatpersonen auf Wunsch auch Tests machen können. Es wird auch interessant sein zu beobachten, wie das Recht die Äußerung von Misstrauen und den Wunsch nach einem Test so einschränkt, dass Vertrauen nicht generell in Frage gestellt wird oder als überflüssig erscheint. Die Testmöglichkeit wurde nicht deshalb eingerichtet, weil Vertrauen allgemein unsicher ist und die Frage nach der Abstammung ungelöst lässt. Vertrauen ist vielmehr durch Fraglosigkeit gekennzeichnet: Ein vertrauender Vater fragt sich meistens gar nicht, ob er überhaupt der Vater des Kindes ist, weil er es schon weiß. Dieses allgemeine Vertrauen wird durch die Tests nicht in Gefahr gebracht. Schwieriger aber wird es für diejenigen, die leise Zweifel an der Abstammung haben, sich zu entscheiden, ob ein Test die Lösung wäre oder welche Alternativen es für sie gäbe. Der Test könnte als einzige Lösung wahrgenommen werden und daher als eine Art Sicherheits-Routine erscheinen, weshalb man nicht persönlich über diese Entscheidung und die Alternativen nachdenkt. Vertrauen aber bildet letztlich eine unverzichtbare Grundlage: Ein Vaterschaftstest, der einem Mann beweisen würde, dass er der Vater eines Kindes ist, würde allein nicht genügen, eine Beziehung zu stiften oder zu erhalten. Ohne Vertrauen würde der Mann bei der nächsten Unsicherheit wieder misstrauisch reagieren. Die Gewissheit über die Abstammung kann keine Beziehung stiften, weil Vertrauen als Grundlage nicht auf der Basis von Wissen oder einer Faktensammlung einfach entsteht, sondern davon unabhängig ist.

Die private sowie auch die heimliche Nutzung genetischer Vaterschaftstests war der Anlass für die Diskussionen über Vaterschaft und Vertrauen. Mit Hilfe von zwei historischen Schnitten – die Zeit um 1800 und die um 1900 – möchte ich zeigen, wie sich das Verhältnis von Vaterschaftsvermutung und (gerichtlicher) Vergewisserung verändert hat. Der traditionelle Zweck von Vaterschaft war, dass das Kind einer Familie zugeordnet wird und damit einen Status erhält – und die Familie einen Erben. Uneheliche Kinder gehörten zu keiner Familie und hatten rechtlich gesehen keinen Vater. Eine erste wichtige Veränderung ist darin zu sehen, dass im *Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten* (ALR) um 1800 ein einheitlicher Unterhaltsanspruch für alle unehelichen Kinder festgelegt wurde: In dieser Zeit begannen die Staaten, sich fürsorglich um jeden ihrer Bür-

ger zu kümmern.⁵ Die Bevölkerung wurde zu einem Objekt des Regierens, sowohl im Hinblick auf ihren statistisch zu erfassenden Zustand als auch auf die Verbesserung ihrer medizinischen und hygienischen Lage. Jeder Bürger wurde wichtig als Teil der Bevölkerung, die bis dahin ausgegrenzten unehelichen Kinder eingeschlossen, denn von ihrem Makel abgesehen waren sie vollwertige Staatsbürger. Ende des 18. Jahrhunderts wurde unehelicher Geschlechtsverkehr („Unzucht“) straffrei. Der Verzicht auf rechtliche Sanktionierungen sollte den Anstoß für die gesellschaftliche Akzeptanz unehelicher Kinder geben.

So legte z. B. das ALR fest, dass uneheliche Kinder Versorgungsansprüche gegen ihren Vater haben, die sie (bzw. ihre Mütter) gerichtlich durchsetzen konnten. Die Suche nach dem Zahlungspflichtigen war eine Suche nach einem „Täter“, nämlich nach dem Mann, der den Geschlechtsverkehr mit der Mutter vollzogen hatte. Obgleich sich dies nach einer strafrechtlichen Definition anhört, so gehörte das Unehelichenrecht doch zum Familienrecht – wenn auch nur als Anhang. Dieser zivilrechtliche Anspruch war aus der Sicht des Familienrechts etwas Neues: Der Unterhaltsanspruch begründete zwar keine rechtlich gültige Verwandtschaft zwischen dem unehelichen Kind und seinem Vater. Dennoch fielen die alten Unterschiede zwischen den verschiedenen Klassen unehelicher Kinder weg (Kinder aus Konkubinat, Kinder aus Ehebruch, Kinder von Prostituierten etc.) und jedes Kind hatte den gleichen Anspruch. Der neue Unterhaltsanspruch stand vor dem Hintergrund eines ökonomischen Denkens, das der Staat nun auf die unehelichen Kinder ausdehnte: Während in der „richtigen“ ehelichen Familie der Vater sich um die Vermögensfragen (Einkommen, Eigentum, Erbschaft) kümmerte, übernahm der Staat die Regelung der Versorgung für die unehelichen Kinder – und dies war auch von öffentlichem Interesse, weil man die Versorgung dieser Kinder möglichst nicht der Armenspeisung anlasten wollte. Die unehelichen Kinder waren in einem *nationalökonomischen* Sinn für den Staat bzw. die Regierung interessant. Das Leben der Bürger wurde umgerechnet in Arbeitskraft, Landbearbeitung, Steuereinnahmen, Verteidigungskräfte u. Ä., war also in Geldwert messbar.

Dadurch, dass das Familienrecht um 1800 begann, die Rechtsfolgen einer unehelichen Vaterschaft zu definieren, tauchte eine Unterhaltspflicht auf, die unabhängig von einer Ehe und damit ohne rechtlichen bzw. verwandtschaftlichen Rahmen gerichtlich festgestellt wurde. Ähnlich der Art, wie die Staaten später versuchten, kapitalismus- und industrialisierungsbedingte Risiken (Arbeitslosigkeit, Arbeitsunfälle, Invalidität) sozialrechtlich zu kompensieren⁶, wurde hier das Risiko der Unehelich-

5 Zur Rechtsgeschichte von Vaterschaft und Unehelichkeit vgl. Bors 1998, Harms-Zieger 1991, Schulte 1989, Leinweber 1978.

6 Vgl. Ewald 1993.

keit für jedes Kind geregelt: Der Vater wurde zur Unterhaltszahlung verpflichtet. Die Gerichte nutzten für den Nachweis des Vaters Geständnisse, Zeugenaussagen und verschiedene Arten von Eiden.

Ein Blick in das *Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich* (BGB) von 1896 zeigt, dass in der Zeit um 1900 weiterhin die eheliche Vaterschaft und die Unterhaltspflicht unehelicher Väter getrennte Bereiche sind. Allerdings zeichnet sich ein Übergangsstadium ab: Die Zeugung wird biologisch erforscht und in neuerdings sichtbare Substanzen verlegt. Dies macht es plausibel, von der Abstammung als etwas „Wirklichem“ zu sprechen bzw. vom Erzeuger als dem „wirklichen Vater“. Auf der anderen Seite ist die Vaterschaft als rechtliche Beziehung wie zuvor an die Ehelichkeit gebunden: Verwandtschaft und Erbrecht gibt es nur für eheliche Kinder.

Die ersten wissenschaftlichen Abstammungsbegutachtungen wurden Anfang des 20. Jahrhunderts als Blutgruppengutachten durchgeführt. Diese frühen Typen von Gutachten konnten eine Abstammung ausschließen, aber keinen positiven Nachweis erbringen. Belastbare Wahrscheinlichkeitsgrade für das Bestehen einer Abstammung erbrachten später die serologischen Gutachten, die z. B. auf dem HLA-System beruhten (einem Antigen-System), sowie schließlich die genetischen Vaterschaftstests, die seit den 1990er Jahren durchgeführt wurden. Seit diese DNA-Analysen automatisiert angefertigt werden konnten, wurden sie zu günstigen Preisen angeboten und zunehmend von Privatpersonen in Auftrag gegeben. Auch heimliches Testen wurde begünstigt durch die preiswerten Tests und die – verglichen mit einer Blutentnahme – sehr leichte Probenentnahme.

Im Zusammenhang mit dieser Alltäglichkeit der Testmöglichkeit wurden neue Rechte eingefordert: Zum einen wurde vermehrt über ein Recht auf Kenntnis der Abstammung diskutiert, zum anderen wurden Rechte reklamiert von einer Figur, die zuvor eine geringe Rolle spielte: dem sogenannten „biologischen Vater“. Männer, die glauben, dass ein Kind, das bereits einen rechtlichen Vater hat, *eigentlich* von ihnen abstammt, wollen die Möglichkeit der Feststellung der Abstammung nutzen und erklären sich zu „Vätern“, um auch ohne jegliche soziale Beziehung zu Mutter oder Kind eine biologische Beziehung zu konstatieren und daraus Forderungen abzuleiten. Organisiert in Männerbewegungen oder Vätervereinen, fordern sie, die biologische Abstammung direkt rechtlich anzuerkennen, z. B. in Form von Umgangsrechten. Dabei ist zu betonen, dass ein vermeintlicher „biologischer Vater“ sich nur auf die biologische Verwandtschaft, nicht auf eine frühere Beziehung mit der Mutter, auf den erfolgten Geschlechtsverkehr o. Ä. bezieht. Früher waren es die Gerichte, die versuchten, eine strittige Vaterschaft mit Hilfe von rekonstruierten Taten nachzuweisen, um einen leugnenden Vater zu Unterhaltszahlungen zu verpflichten. Nun nutzen Männer die biologische Abstammung als Ar-

gument zur Untermauerung ihrer Forderungen. Heute kann ein vermeintlicher „biologischer Vater“ sogar eine Vaterschaft anfechten, wenn der Mann, der die Vaterschaft für das Kind anerkannt hat, keine sozial-familiäre Beziehung zum Kind unterhält.

Durch eine Literatur- und Diskursanalyse wird untersucht, in welchem Rahmen und in welchem Zusammenhang einzelne Praktiken bzw. Disziplinen wie das Recht und die humangenetischen Technologien stehen. Dabei wäre die Stärke der philosophischen Untersuchung weniger, Kausalitäten zwischen diesen Teilbereichen nachzuweisen (etwa: „Die Technik beeinflusst das Recht“), als vielmehr das Auftauchen und die Brisanz neuer Wissensbereiche („biologische Abstammung“) aufzuzeigen, auf die sich mehrere Disziplinen im praktischen Umgang und in ihrer wissenschaftlichen Produktion beziehen.⁷ So sehe ich die Frage danach, wie das gegenwärtige Familienrecht die biologische Abstammung verhandelt und in ihren Regelungen aufnimmt, im Kontext von Foucaults Frage, wie Menschen in der Politik ihr „Leben als Lebewesen“⁸ verhandeln. In der Diskussion über Vaterschaftstests wird der biologischen Abstammung oftmals eine große Bedeutung zugesprochen, so dass sie „wirklicher“ zu sein scheint als eine rechtlich definierte oder sozial gelebte Beziehung. Es ist daher aufschlussreich zu untersuchen, wie und wann die „biologische Abstammung“ eine Plausibilität bekommen hat und als Begriff im Diskurs aufgetaucht ist. Foucault bezeichnet die Arbeit an der Geschichte als eine ethnologische Arbeit, denn die Geschichte eröffnet seiner Ansicht nach einen ganz besonderen Zugang zu unserer Rationalität: „Wenn die Geschichte ein Privileg genießt, dann insofern, als sie die Rolle der inneren Ethnologie unserer Kultur und unserer Rationalität übernimmt und damit die Möglichkeit jeglicher Ethnologie verkörpert.“⁹ Nach Foucault kann man in der Geschichte etwas finden, was unserer Kultur und unserer Rationalität fremd ist bzw. dazu geeignet ist, sie uns fremd erscheinen zu lassen. In diesem Sinne soll die vorliegende Arbeit auch eine Untersuchung unserer Rationalität und Kultur rund um die Institution der Vaterschaft und ihre rechtlichen Definitionen leisten.

Die Rückblicke auf die Zeit um 1800 und die Zeit um 1900 können zeigen, wo die Diskussionen über die Abstammung, die anlässlich der Vaterschaftstests geführt werden, herkommen. Vor diesem Hintergrund können die jüngsten Urteile und die neuen Gesetze in einem anderen Licht betrachtet werden. Insbesondere wird dadurch deutlich, welche Bedeutung die Vaterschaftsvermutung zugunsten des Ehemannes und des Anerkennenden hat und dass sie in Zeiten genetischer Vaterschaftstests

7 Vgl. Foucault 1974, dazu z. B. Hyder 2003.

8 Foucault 1983, 171.

9 Foucault 2001a, 767.

nicht für absurd oder überholt erklärt werden kann. Es können ferner Missverständnisse über die Rolle der „biologischen Abstammung“ im Familienrecht aufgeklärt werden: Vielfach wird z. B. von einer aktuellen Gefahr der „Biologisierung“ von Verwandtschaft gesprochen, was zwar im Hinblick auf die zunehmenden Rechte sogenannter „biologischer“ Väter gerechtfertigt ist, aber nicht die komplette Situation erfasst.

Ziel der Arbeit ist es, die gegenwärtige Situation mit ihren – nicht nur rechtlichen – Diskussionen über Vaterschaftstests besser zu verstehen. In historischer und sozialphilosophischer Perspektive ist das noch nicht zusammenhängend untersucht worden. In Deutschland wurde das Thema Vaterschaftstests bisher überwiegend von Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftlern behandelt. Diese beziehen meist keine historische Perspektive in ihre Untersuchungen ein. In der Philosophie wird das Thema sehr selten behandelt. Ein Aufsatz von Gehring widmet sich den Vaterschaftstests.¹⁰ Sie geht von einer Faszination der antiken Welt für das Thema „Zeugung“ aus und spannt einen Bogen in die Gegenwart, in der dieses Thema – technologisch durchformt in Gestalt von Reproduktionsmedizin und Vaterschaftstests – erneut Gegenstand (diesmal: der Kontrolle) wird. An Gehrings philosophische Analyse schließt die vorliegende Arbeit an, insbesondere bei der Untersuchung der gegenwärtigen Diskussionen.¹¹

Zum Aufbau der Arbeit: Wie Vaterschaft mit Vertrauen zusammenhängt, wird im Anschluss an die Einleitung in Kapitel 2 dargestellt. Neben Luhmanns Modell von Vertrauen, das besonders das Risiko des Vertrauens beschreibt, wird Simmels Modell des Vertrauens vom Typus eines Glaubens vorgestellt. Dieser Typus von Vertrauen kann erklären, inwiefern Vaterschaft, wenn sie auf Vertrauen beruht, gar keine Frage des Wissens oder Nichtwissens ist. Dieses umfassende Vertrauen bleibt auch als Hintergrund für eine Fraglichkeit oder ein bestimmtes Misstrauen bestehen. Allgemeines Vertrauen und ein bestimmtes Misstrauen können also gleichzeitig existieren und schließen sich nicht aus. Diese Ausführungen bilden eine Grundlage für die Betrachtung des Rechts und seiner Aufgabe, Vertrauen zu schützen.

Es folgt dann in Kapitel 3 ein Rückblick in die Geschichte von Vaterschaft und Unterhaltsansprüchen unehelicher Kinder im Familienrecht um 1800. Vaterschaft existierte nur innerhalb der Ehe, während außerehelich geborene Kinder rechtlich nicht mit ihren Vätern verwandt waren. Die Staaten begannen dann, sich mehr und mehr um die unehelichen Kinder zu kümmern und allgemein Ordnung in die „Familien“ zu bringen.

10 Gehring 2006, 92-109, der Titel lautet: „Bio-Vaterschaft. Die Wiederkehr der Zeugung als technologische Obsession“.

11 Vgl. Kapitel 7.

Am Beispiel des *Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten* wird dargestellt, wie um 1800 im Rahmen des Familienrechts ein neues Unehelichenrecht entstand, das Ansprüche unehelicher Kinder gegen ihre Väter formulierte und versprach, den Vater zur Zahlung zu verpflichten. Es wird betrachtet, wie dieser Prozess der gerichtlichen Vergewisserung im Detail rechtlich geregelt wurde. Anschließend, in Kapitel 4, werfe ich ein Blick auf die Regelungen zur ehelichen Vaterschaft und zu den Unterhaltsansprüchen unehelicher Kinder gegen ihre Väter im *Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich* von 1896.

In Kapitel 5 widme ich mich der technischen Seite der Vergewisserung über die Abstammung. Während Gerichte im 19. Jahrhundert sich auf Geständnisse und Zeugenaussagen stützten, um den Vater festzustellen, hat man seit Anfang des 20. Jahrhunderts verschiedene Typen von Abstammungsgutachten eingesetzt. Die ersten Blutgruppengutachten wurden von Familiengerichten beauftragt. Aufgrund der Nachfrage bzw. der späteren Vorschrift, Gutachten in Vaterschaftsprozessen als Beweismittel heranzuziehen, hat sich schließlich ein professionelles Gutachterwesen entwickelt. Abschließend wird betrachtet, wie sich die Tests Ende des 20. Jahrhunderts aus dem gerichtlichen Anwendungsbereich heraus in den privaten Alltag ausgebreitet haben.

Die Gesetzgebungsgeschichte zu den (heimlichen) Vaterschaftstests und die aktuelle Rechtslage stelle ich dann in Kapitel 6 vor. Zentral wird die Entstehung des „Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“ (2008) erläutert und gefragt, wie sich das Familienrecht angesichts der genetischen Vaterschaftstests verändert hat bzw. in welchen Schritten sich das Recht auf Kenntnis der Abstammung durchgesetzt hat. Im Hintergrund steht dabei das Kindschaftsrechtsreformgesetz von 1998: Durch diese Gesetzesreform, die die Unterschiede zwischen ehelicher und nichtehelicher Abstammung aufhob, hat sich auch im Hinblick auf die Etablierung sowie die Anfechtung von Vaterschaft viel geändert.

Schließlich werde ich in Kapitel 7 die aktuellen Diskussionen, die angesichts der Verfügbarkeit von Vaterschaftstests über Kindeswohl, Familienfrieden und Vertrauen geführt wurden, analysieren und zusammenfassen. Dabei betrachte ich insbesondere, wie das Recht zum einen Vertrauen schützt und bei der Vaterschaftsvermutung als Ausgangspunkt bei der Etablierung von Vaterschaft bleibt, zum anderen aber auch eine Klärung der Abstammung reguliert und erlaubt. Abschließend erfolgt in Kapitel 8 eine Zusammenfassung der Ergebnisse.

2. Vertrauen als Grundlage von Vaterschaft: Zum Verhältnis von Vertrauen, Wissen und Recht

2.1 Einleitung

Vertrauen ist eine wichtige und in der Regel gut funktionierende Grundlage sozialer Beziehungen. Vaterschaft steht meistens insofern in einem Kontext von Vertrauen, als ein Mann in einer gelebten Beziehung, in der er seiner Partnerin vertraut und sie liebt, Vater wird. Er ist sich in dieser Situation sicher, der Vater zu sein. Vertrauen schafft eine Sicherheit, die eine explizite Vergewisserung überflüssig macht. Soziale Gemeinschaften wie Ehen, Partnerschaften oder Familien beruhen auf Vertrauen. Das Recht schützt dieses Vertrauen, indem es zum einen durch seine eigenen Regelungen Vertrauen entlastet und zum anderen Misstrauen in diesen Beziehungen einschränkt und reguliert. Recht entlastet Vertrauen, weil es eine Ordnung mit einer eigenen Sanktionsmacht ist. Partner, die heiraten, vertrauen sich und werden in diesem Sinne vielleicht gemeinsame finanzielle Entscheidungen treffen und gemeinsam Verantwortung übernehmen. Dies wird ihnen dadurch erleichtert, dass das Familienrecht bestimmte Rahmenregelungen vorsieht für den Fall, dass es zu Meinungsverschiedenheiten oder gar zu einer Scheidung kommen sollte. Es fällt leichter zu vertrauen, und es ist weniger Vertrauen nötig, wenn man weiß, dass im schlimmsten Fall nicht nur man selbst für die Durchsetzung seiner Ansprüche sorgen muss, sondern dass auch das Recht mit seinen Sanktionsmöglichkeiten hinter einem steht und Konflikte regelt.¹² Nicht nur der klassischen Ehe, auch einer Partnerschaft gegenüber trifft das Recht bestimmte Annahmen über das Verhältnis der Partner und über ihre gegenseitige Verantwortlichkeit. Generelles Misstrauen anzunehmen würde solche Beziehungen, ja sogar die Rechtsgemeinschaft, auf Dauer zerstören. Daher versucht das Recht – insbesondere im Rahmen des grundgesetzlichen Auftrags des Schutzes von Ehe und Familie –, Misstrauen zu regulieren und Vertrauen zu schützen.

In eher seltenen Fällen ist bei der Geburt eines Kindes die Vaterschaft ganz fraglich oder wird im späteren Familienleben in Frage gestellt. Die Klärung der Abstammung durch einen privaten genetischen Vater-

12 Vgl. dazu Luhmann 1968, 32.

schaftstest ist heute sehr einfach. Teilweise haben Zweifelnde privat und heimlich, ohne Information und Einwilligung der anderen Beteiligten getestet, da sie darin die Chance sahen, ihr Misstrauen zu verheimlichen, und um damit angeblich ihre Familien zu schützen. Nach einem Urteil des Bundesgerichtshofs von 2005 zu heimlichen Vaterschaftstests hatte das Bundesverfassungsgericht 2007 gefordert, dass heimliche Vaterschaftstests verboten werden und ein Gesetz entwickelt wird, das jedem die Möglichkeit gibt, die Abstammung zu klären. Im Zuge dieser Veränderungen war im neuen Gesetz zu regeln, wer unter welchen Umständen einen Anspruch auf einen Vaterschaftstest hat – auch gegen den Willen der anderen. Durch das „Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“ von 2008 kann nun jedes Familienmitglied sein Recht auf Kenntnis der Abstammung durchsetzen. Das Gendiagnostikgesetz ahndet seit 2009 heimliche Vaterschaftstests mit einer Geldstrafe.¹³

Was ist das Problematische an (heimlichen) Zweifeln und Misstrauen, und was soll mit dem rechtlichen Verbot heimlicher Tests verhindert werden? Inwiefern gibt Vertrauen dem Vertrauenden Sicherheit? Vertrauen wird hier nicht als moralisches Problem betrachtet, sondern als soziales Phänomen, auch im Zusammenhang mit dem Recht. Der Begriff des Vertrauens selbst ist zwar weder ein Rechtsbegriff noch ein Rechtsgut, aber das Recht kennt den ganz ähnlichen Begriff des „guten Glaubens“ (*bona fides*), auch „Treu und Glauben“ genannt. Wer z. B. früher glaubte, eine gültige Ehe geschlossen zu haben, und dann Kinder bekam, war geschützt, falls sich die Ehe später als nichtig erwies, etwa weil einer der Partner schon verheiratet war: Die Kinder galten als eheliche Kinder, weil sie im Glauben an die Gültigkeit der Ehe gezeugt wurden. Die Rechtsordnung hat allgemein ein Interesse daran, dass man in vielen Bereichen, z. B. bei Kaufverträgen, in seiner Gutgläubigkeit geschützt ist und nicht ständig alles misstrauisch überprüft. Verhält man sich derart gutgläubig und wird dabei betrogen, so ist man rechtlich geschützt, weil alle anderen sich auch so verhalten hätten und verhalten sollen. Definiert wird „Treu und Glauben“ als „Rechtsgrundsatz, wonach von jedem ein Verhalten gefordert wird, das von redlich und anständig denkenden Menschen unter den gegebenen Umständen an den Tag gelegt würde.“¹⁴

Wie nun wird das Vertrauen von Paaren rechtlich geschützt? Die Rechtsordnung spiegelt wider, dass Männer in vertrauten Umständen wie

13 Das Gendiagnostikgesetz („Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen“ von 2009) stellt es unter Strafe, Proben von anderen Familienmitgliedern ohne deren Einverständnis testen zu lassen oder als Labor einen Test durchzuführen, ohne die Einverständniserklärungen der Beteiligten vorliegen zu haben.

14 Artikel „Treu und Glauben“ in Brockhaus Bd. 22, 1993, 351. Siehe ferner auch Artikel „Vertrauensschadenversicherung“ in Brockhaus Bd. 23, 1994, 282.

einer Ehe Vater werden und dass dies für sie meistens nicht fraglich ist. Daher überprüft das Standesamt bei der Eintragung eines Neugeborenen ins Geburtenregister nur die Voraussetzungen für die Vaterschaft (wie das Vorliegen einer Ehe). Für die meisten Männer wird die Eintragung ihres Namens als Vater ins Geburtsregister eine nebensächliche Formalie sein. Gerade bei den Vätern, die mit der Mutter verheiratet sind, entsteht die rechtliche Vaterschaft automatisch. Die rechtliche Anerkennung der Vaterschaft durch unverheiratete Väter ist etwas aufwendiger, aber sie wird in den meisten Fällen auch in einen gelebten Familienalltag eingebettet sein und als behördliche Notwendigkeit erledigt. Sie kann auch schon vor der Geburt des Kindes vorbereitet werden. Die gelebte soziale Vaterschaft und familiäre Gemeinschaft ist hier die lebenspraktische Grundlage und wird formal durch die Anerkennung auch auf der rechtlichen Ebene gültig.

Verfahrenstechnisch operierte das Familienrecht immer schon mit der *Vermutung* der Vaterschaft: Es hat nie nachgeprüft, sondern früher der väterlichen Entscheidung, heute dem partnerschaftlichen Vertrauen den Vorrang gegeben. Es basiert auf Regelungen, die die Vertrauensbeziehungen innerhalb von (Ehe-)Paaren und Familien schützen, und es setzt selbst in der Vaterschaftsvermutung dieses Vertrauen voraus. Gleichzeitig aber erkennt das Recht an, dass es einen Wunsch nach einer Überprüfung der Abstammung oder Misstrauen geben kann, das eine Klärung erfordert. Diese Fälle kann die Rechtsordnung nicht übergehen mit dem Hinweis darauf, dass man sich in der Partnerschaft eben vertrauen müsse – es wird die Freiwilligkeit des Vertrauens geschützt, indem man nicht zu Vertrauen verpflichtet wird, sondern für den Fall, dass das Vertrauen nicht (mehr) existiert, eine Alternative wählen kann. Eine scheinbar paradoxe Lage: Vertrauen wird geschützt, und zugleich ist eine Überprüfung möglich. Dabei beruht die aktuelle Rechtslage weiterhin auf dem Primat des Vertrauens in den Familien: Wenn ein Kind geboren wird, wird die Abstammung nicht überprüft, sondern es greift *stets* die Vaterschaftsvermutung zugunsten des Ehemannes oder zugunsten des Mannes, der die Vaterschaft für das Kind anerkannt hat.

Damit ist die zentrale Spannung des Themas beschrieben: Wie kann das Familienrecht zugleich auf Vertrauen basieren und einen Anspruch auf Vergewisserung zusichern? Diese Frage ist in zweierlei Hinsicht zu untersuchen: Zum einen soll Vertrauen beschrieben sowie der Frage nachgegangen werden, wie das Nebeneinander von Vertrauen und Anspruch auf Vergewisserung funktioniert. Zum anderen richtet sich die Frage an die Rechtsgeschichte: Wie sah die Vaterschafts- bzw. Ehelichkeitsvermutung aus und wie wurde in fraglichen Fällen ein Vater festgestellt? Wie hat das Familienrecht die im 20. Jahrhundert entstandene Möglichkeit der

empirischen Überprüfung der Vaterschaft in seine Tradition der Vaterschaftsvermutung aufgenommen?¹⁵

In diesem Kapitel wird es vorrangig um den ersten Aspekt gehen: Bei dem Nebeneinander von Vertrauen und Anspruch auf Vergewisserung ist die Frage, ob der genetische Vaterschaftstest mit der Gewissheit, die er verspricht, nicht das Vertrauen bedroht oder gar zerstört oder zu ersetzen droht. So könnte man fragen, ob nicht der Anspruch auf einen Test auf die Dauer dazu führen wird, dass niemand mehr sich mit weniger als der Gewissheit, also einer Klärung der Abstammung, zufrieden geben würde. Mit Hilfe eines Vertrauenskonzeptes des Soziologen Georg Simmel wird erklärt, dass das grundlegende Vertrauen von Paaren, die aneinander glauben, nicht durch die Verfügbarkeit des genetischen Vaterschaftstests bedroht ist. Zum anderen aber kann jemand, dem die Abstammung fraglich geworden ist, nur mit einem Test eine Antwort finden. Wie dieses spezifische Misstrauen mit Wissen beantwortet werden kann, lässt sich mit der Vertrauentheorie des Soziologen Niklas Luhmann zeigen. Ich werde mit Luhmanns Theorie beginnen, die viele wichtige Aspekte abdeckt, aber die Fraglosigkeit nicht ganz erklären kann, in deren Rahmen Vaterschaft in den meisten Fällen steht. Diese Grundlage findet sich in Simmels Konzept des Vertrauens im Sinne des Glaubens. Dieser Glaube steht jenseits von Wissen und braucht daher keine Gewissheit durch einen Vaterschaftstest. Allein ein verpflichtender Vaterschaftstest könnte diese Grundlage zerstören, indem er sie praktisch ersetzt. Wie das Recht mit diesen Grundlagen und Gefahren umgeht, wird abschließend betrachtet.

2.2 Vertrauen als „riskante Vorleistung“¹⁶

Niklas Luhmann vergleicht in seinem Buch *Vertrauen* von 1968 die verschiedenen Lösungsstrategien, über die wir verfügen, um mit Problemen wie der Komplexität von Erwartungen umzugehen. Vertrautheit, Vertrauen, Misstrauen, Wissen oder Gefühlsbeziehungen sind Beispiele für solche Lösungen. Die Funktionen eines „Mechanismus“ wie Vertrauen können ersatzweise auch von anderen Mechanismen übernommen werden: Sie stehen in Bezug zueinander in einem funktionalen Gefüge. Auch das mögliche Umschlagen von Vertrauen oder Vertrautheit in Misstrauen lässt sich vor diesem Hintergrund beschreiben. Somit hat eine funktionale Analyse nach Luhmann den Vorteil, dass sie die Vielschichtigkeit der Phänomene erfassen kann, da sie stets Alternativen sowie auch Funktionsmängel betrachtet.

15 Zu dieser Frage an die Rechtsgeschichte vgl. Kapitel 3 und 4.

16 Dieser Ausdruck findet sich bei Luhmann 1968, 21.

Die Stärke des Begriffs des Vertrauens besteht darin, dass er eine Relation thematisiert, während etwa der Begriff des Wissens sich auf eine einzelne Person bezieht.¹⁷ Luhmann beschreibt Vertrauen als eine weitgehend reziproke, symmetrische Beziehung. Dies macht insofern Sinn, als er einen Mechanismus beschreiben möchte, der unabhängig von Autoritätsverhältnissen, ethnischer oder religiöser Zugehörigkeit oder Geschlecht funktioniert. Sowohl eine Vorgesetzte als auch ihr Angestellter können Vertrauensbereitschaft zeigen und Zeichen von Vertrauenswürdigkeit lesen. Sie können sich gegenseitig Vertrauen schenken. Die Betrachtung von Vertrauen sieht von ökonomischen Abhängigkeitsverhältnissen ab, denn es ist eher eine Betrachtung der Einstimmung im sozialen Miteinander.

Vertrauen versteht Luhmann im Wesentlichen als eine Erwartungshaltung. Erwartungen können auf unterschiedlichen Grundlagen beruhen: Kognitive, normative und vertrauensgeleitete Erwartungen leisten auf ihre je eigene Art einen Beitrag dazu, mit Unsicherheiten umzugehen und Entscheidungen zu ermöglichen.¹⁸ Als Erwartungen richten sie sich alle in die Zukunft. Sie sind unterschiedliche Modi, Unsicherheit zu akzeptieren und Erwartungsenttäuschungen zu verarbeiten. Eine *kognitive* Erwartung z. B. basiert auf Wissen und hat eine hohe Erwartungssicherheit, auch wenn man weiß, dass man noch Neues lernen kann. Rechtsnormen begründen *normative* Handlungserwartungen durch ihre Sanktionsmöglichkeiten und sind darin sehr wirkungsvoll. Ihre hohe Erwartungssicherheit gründet aber auch in ihrer Allgemeingültigkeit und Formalisierung. Geschieht einem Unrecht, so gibt man die Erwartung nicht auf, dass Menschen sich im Allgemeinen an die Gesetze halten. Weil Rechtsnormen eine sehr hohe Sicherheit gewährleisten, können sie Vertrauen unterstützen, indem sie es „entlasten“, so Luhmann:

Die Rechtsordnung, die für bestimmte Erwartungen und Sanktionsmöglichkeiten hohe Sicherheit gewährt, ist eine unentbehrliche Grundlage für jede langfristige Überlegung dieser Art [d. h. für die Kalkulation der möglichen Folgen eines Vertrauensbruchs] und entlastet damit das Risiko der Vertrauensgewähr.¹⁹

Auch *Vertrauen* ist demnach eine Erwartungshaltung, die mit Unsicherheiten umzugehen erlaubt. Es schließt bestimmte negative Erwartungen an die Zukunft aus und ermöglicht damit in der Gegenwart Entscheidun-

17 Vgl. auch Marzano: „la confiance ne peut être pensée qu'en relation“ (Marzano 2010, 309). Es betrifft eine Relation zwischen mindestens zwei Personen, wobei noch eine weitere Person, ein Gegenstand, ein Geheimnis o. Ä. beteiligt sein kann: Ich vertraue dir etwas an.

18 Zum Folgenden vgl. Luhmann 1968, 7 ff.; ders. 1985, 437; ders. 1990, 138.

19 Luhmann 1968, 32.

gen. Die Vielzahl der Möglichkeiten, die wirklich werden könnten, sprengt unseren Horizont und muss daher reduziert werden. Vertrauen ist ein persönlicher Einsatz in Situationen, in denen einem nicht genug Wissen zur Verfügung steht, um diese Reduktionsleistung rational und objektiv begründbar zu erbringen. Während vertrauensgeleitete Erwartungen also auf eine persönliche Leistung zurückgehen und im Enttäuschungsfall auf ein persönliches Scheitern zurückgeführt werden, geht der kognitive Erwartungsstil, also Wissen, auf eine übertragbare, allgemeine Einstellung zurück. Im Vertrauen steckt also ein Risiko, ein Wagnis, ein Engagement, das hinterher bereut werden kann. Das Recht mindert, wie gerade beschrieben wurde, in gewissen Bereichen dieses Risiko, weil es dank seiner Sanktionsmöglichkeiten eine höhere Sicherheit für normative Erwartungen bietet.

Situationen, die Vertrauen erfordern, weisen eine ungewisse Zukunft bzw. eine unvorhersehbare Entwicklung auf. Ich muss innerlich über Gründe verfügen, mir die Zukunft mit einer gewissen Überzeugung positiv vorzustellen, damit ich trotz der äußerlichen Unklarheiten dennoch entscheiden kann. „Wer Vertrauen erweist, nimmt Zukunft vorweg“, so Luhmann.²⁰ Wenn ich darauf vertraue, dass alle Verkehrsteilnehmer sich an die Straßenverkehrsordnung halten, kann ich zügiger fahren.²¹ Vertrauen würde sich z. B. in einer Situation als mögliche Haltung anbieten, in der ich eine Entscheidung treffen will oder muss, obwohl ich objektiv nicht genügend Anhaltspunkte dafür habe. „Dieses Zeitproblem überbrückt das Vertrauen, das als Vorschuß auf den Erfolg im voraus auf Zeit und auf Widerruf gewährt wird.“²² Vertrauend bin ich dann nicht neutral gegenüber dem, was passieren wird, weil ich eine neue Möglichkeit gewinne, mit den kommenden Ereignissen – auch etwaigen Enttäuschungen – umzugehen.

Vertrauen im engeren Sinn setzt voraus, dass ich mich mehr oder weniger bewusst dafür entscheide, zu vertrauen und in diesem Vertrauen zu handeln. Wenn mein Vertrauen enttäuscht wird, kann ich meine Entscheidung bereuen. Wo ich keine andere Möglichkeit hatte, da musste ich nicht vertrauen und würde auch nichts bereuen. Die Ausgangssituation ist eine Ungewissheit in Bezug auf die Zukunft. Kennzeichnend für Vertrauen ist, dass ich das Problem von den äußeren Umständen, in denen ein Mangel an Orientierung liegt, in meine innere Abwägung der Vertrauenswürdigkeit z. B. einer Person verlagere.

Vertrauen darf nicht kausal verstanden werden, etwa im Sinne einer Vorher-nachher-Logik: Ich vertraue, und darauf folgt eine Handlung oder Entscheidung. Vielmehr kann man Vertrauen als Realisierungsumstand

20 Ebd., 7.

21 Vgl. ebd., 21.

22 Ebd., 23.

von Entscheidungen verstehen. Vertrauen ist Bestandteil eines Prozesses, wie ein Modus, in dem eine Entscheidung getroffen werden kann. Es könnte aber auch ein anderer Modus gewählt werden, ein funktionales Äquivalent, also etwa Misstrauen. Im Hinblick auf seine Reduktionsleistung könnte Vertrauen auch als Ermöglichungsbedingung beschrieben werden, denn zu vertrauen bedeutet zugleich, dass bestimmte, schlechte Erwartungen ausgeschlossen und andere, nämlich positive Erwartungen, möglich oder gestärkt werden. „Wo es Vertrauen gibt, gibt es mehr Möglichkeiten des Erlebens und Handelns“, so Luhmann.²³

Der Philosoph Martin Hartmann betont in seiner Analyse des Vertrauens den Aspekt des Vertrauens als Praxis, wobei auch er von einer kausalen Logik absieht: Vertrauen sei keine Haltung, die eine Entscheidung verursacht oder sich an einer Entscheidung beweist, sondern Vertrauen als Praxis entscheide sich im Moment der Handlung bzw. des Sich-Verhaltens:

Ob wir vertrauen oder nicht, *zeigt* sich nicht am Verhalten, es *entscheidet* sich am Verhalten. Das Verhalten ist in diesem Sinne konstitutiv für das Vertrauen, es ist nicht einfach nur als Manifestation vorhandener Verhaltensdispositionen [oder einer Einstellung] zu deuten.²⁴

Man kann also nicht vertrauen und zugleich in einem bestimmten Fall eine andere Handlungsoption wählen: Ob man vertraut, entscheidet sich vielmehr allein im Moment des Handelns.

2.2.1 Vertrauen in Bezug auf Wissen und Nichtwissen

Luhmann nennt als Bezugsproblem von Vertrauen die soziale Komplexität:

Die Welt ist zu unkontrollierbarer Komplexität auseinandergezogen, so daß andere Menschen zu jedem beliebigen Zeitpunkt sehr verschiedene Handlungen frei wählen können. Ich aber muss hier und jetzt handeln.²⁵

Durch Vertrauen werden die komplexen Erwartungen zu einem überschaubaren Szenario reduziert. Wenn Vertrauen ein möglicher Entscheidungsumstand in Situationen ist, in denen ich objektiv gesehen nichts Genaues weiß, so stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von Vertrauen und Nichtwissen. Nichtwissen ist zwar nicht spezifisch für Vertrauen, aber es verdeutlicht dessen Funktion, führt Kaminski im Anschluss an

23 Ebd., 6.

24 Hartmann 2011, 93 (Hervorhebung i. O.).

25 Luhmann 1968, 21.

Luhmann aus.²⁶ Wenn der Vertrauende eine Entscheidung trifft, dann stützt er sich auf eine subjektive, vertrauensgeleitete Erwartung, nicht auf übertragbares Wissen. Gerade das ist charakteristisch: Der Vertrauende, insofern er vertraut, hat eine Sicherheit in einer Situation, die von außen betrachtet durch Nichtwissen gekennzeichnet ist, und diese Sicherheit gewinnt er dadurch, dass er das Nichtwissen gleichsam einklammert. Aufgrund dieser Einklammerung ist er handlungsfähig. Kaminski beschreibt ausführlich diesen Aspekt: Vertrauen als „*wissendes Nichtwissen*“.²⁷ Wissen ist somit ein Bezugsproblem von Vertrauen. Nichtwissen wird im Vertrauen eingeklammert und unproblematisch.

Im Hinblick auf den genetischen Vaterschaftstest stellen einige die Situation so dar, als ob das Wissen, das der Test liefert, auf ein Nichtwissen antwortet, das immer schon existierte. Kaminski allerdings weist darauf hin, dass Nichtwissen im Zusammenhang mit neuem Wissen, sozusagen als dessen Folge, entsteht: Ein Nichtwissen hinsichtlich der Abstammung entsteht also erst zugleich mit dem Wissen (also der Testmöglichkeit). In diesem Sinne haben die Wissenschaften immer mehr Nichtwissen und neue Risiken zum Vorschein gebracht.²⁸ An jedem Wissen hängt ein Horizont von Nichtwissen, d. h. mit neuem Wissen entsteht auch neues Nichtwissen. Zum einen muss man also heute zunehmend lernen, auch in Situationen zu entscheiden, in denen man nicht genug weiß, weil es immer mehr Nichtwissen gibt.²⁹ Zum anderen können sich dadurch Verschiebungen ergeben wie die folgende: Was früher vielleicht als ein Schicksalsschlag wahrgenommen wurde, ist heute ein Risiko. Durch die Techniken der künstlichen Befruchtung z. B. können einige Formen der Unfruchtbarkeit heute behandelt werden. Dadurch ist aus dem Schicksal der ungewollten Kinderlosigkeit eine Krankheit geworden, ein versicherbares Risiko, bei dessen Eintritt man eine Behandlung fordern kann.³⁰

In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass man Vertrauen nicht analog zu Erkenntnis, also einem kognitiven Erwartungsstil, verstehen kann. Erkenntnisse schaffen eine sachliche Grundlage für Entscheidungen, Vertrauen dagegen basiert nicht auf Gründen, sondern auf einer anderen Logik als der epistemischen. In der epistemischen Ordnung gibt es Vernunftwahrheiten und Tatsachenwahrheiten, in der Ordnung von Ver-

26 Vgl. Kaminski 2010a, 227-243.

27 So die Kapitelüberschrift bei Kaminski 2010a, 241.

28 Vgl. ebd., 214 sowie 233 ff.

29 Vgl. den Bericht der *Economist Intelligence Unit* vom September 2007 über die Optimierung der Entscheidungsfindung von Führungskräften (Kielstra 2007). Es geht u. a. darum, welche Rolle korrekte und ausreichende Daten in Entscheidungsprozessen spielen und wie man einen Informationsmangel ausgleichen kann.

30 Vgl. Saborowski 2004, Orland 2001.

trautheit und Vertrauen gibt es „vertraute Gewissheiten“, wie Kaminski erklärt.³¹ Das sind Glaubenssätze, die wir nicht bezweifeln, obwohl wir sie nicht beweisen können.

Nichtwissen (und Vertrauen als „wissendes Nichtwissen“) muss nicht negativ sein. Von der Seite des Wissens her gesehen, erscheint es zwar als Mangel und angesichts unseres Ideals der Aufklärung nicht verantwortbar, aber wir leben doch sehr gut und in vielen Bereichen sogar notwendigerweise mit Nichtwissen, weil wir nicht nur auf Wissen gestützt sicher sein können oder weil wir etwas gar nicht als Wissensfrage wahrnehmen. Wo aber die epistemische Perspektive ein Übergewicht bekommt und uns Gewissheit so selbstverständlich als erstrebenswert erscheint, wird Nichtwissen als Mangel wahrgenommen, nicht als gleichberechtigte Entscheidungsoption.

Die Zunahme an Unsicherheiten und Risiken, mit denen wir tagtäglich konfrontiert werden, würde also einen steigenden Bedarf an Vertrauen hervorrufen. Luhmann beschreibt als ein Charakteristikum der gegenwärtigen Gesellschaft „die zunehmende Ersetzung von Gefahr durch Risiko, also durch die Möglichkeit zukünftiger Schäden, die wir als Konsequenzen unserer eigenen Handlungen oder Unterlassungen werden betrachten müssen.“³² Wie kommt diese Verschiebung in der Zuschreibung von Entscheidungsverantwortung zustande? Man könnte annehmen, dass wir durch die Entwicklung verschiedenster neuer Technologien inzwischen viel mehr Kontrolle über zukünftige Ereignisse haben als früher und dass die Gefahren geringer geworden sind. Doch Luhmann betont, dass die technische Entwicklung auch oder sogar vornehmlich den gegensätzlichen Effekt habe: Durch die Technik hätten wir es heute mit mehr Komplexität zu tun, die mehr Vertrauen und individuelle Entscheidungen erfordere.³³ So könnte man auch für den genetischen Vaterschaftstest feststellen, dass er eine Zunahme an Komplexität erzeugt, indem er eine neue Entscheidungsoption aufwirft und neue Risiken erschafft.

Dieser Bezug von Vertrauen auf ein Risiko legt nahe, dass man stets kalkuliert, ob man es wagen könne zu vertrauen. Aber von einer Kalkulation geht Luhmann nicht aus, denn um kalkulieren zu können, bräuchte man ja schon einige Anhaltspunkte für eine rationale Abwägung, die aber gerade fehlen. So betont auch Hubig:

Ein Abbau von Ungewissheit/Unsicherheit im Modus der Kalkulation und Kontrolle ist gerade nicht eine Vertrauenshandlung. Vertrauen kompensiert nicht eine solche Ungewissheit/Unsicherheit, sondern lässt sie bewusst zu. Der Kalkulierende und Kontrollie-

31 Vgl. Kaminski 2010a, 56 ff. Kaminski bezieht sich auf Wittgensteins Manuskripte *Über Gewissheit*.

32 Luhmann 2001, 160.

33 Vgl. Luhmann 1968, 14.

rende ist eben misstrauisch. Der Vertrauende löst das Ungewissheitsproblem, indem er ihm seine Problematizität abspricht. Dafür hat er Gründe, die in der Vertrautheit seiner Wissens- und Handlungsumgebung (Lebenswelt) wurzeln.³⁴

Selbst wenn Luhmann also das Problem des Vertrauens als ein „Problem der *riskanten Vorleistung*“ bezeichnet, so ist damit nicht gemeint, dass Vertrauen auf der sorgfältigen Kalkulation eines Risikos beruht.³⁵ Dennoch hat Vertrauen aber einen Anlass im Sinne eines Komplexitätsproblems oder einer Ungewissheit, die die Erwartungen beeinflusst. Damit lässt sich nicht der Fall von Vertrauen erklären, der hier im Besonderen interessiert, nämlich der Fall, in dem überhaupt keine Frage oder Ungewissheit existiert, der im Vertrauen die Problematizität „abgesprochen“ würde. Luhmanns Vertrauensbegriff, der Vertrauen als riskante Handlungsoption in einer Situation des Nichtwissens beschreibt, macht plausibel, dass ein Vater angesichts der genetischen Vaterschaftstests sehr wohl auch misstrauisch sein kann und sich nicht mit dem Risiko einrichten, sondern die Vaterschaft überprüfen möchte. Mit Luhmanns Theorie kann man gut darstellen, dass ein Vater, der misstraut, nur mit einem Vaterschaftstest zufrieden ist, nicht mit dem Hinweis, er solle doch vertrauen. Aber allgemein lässt seine Schilderung offen, warum man die riskante Entscheidung zu vertrauen wagen würde – wenn doch auch eine Vergewisserung möglich wäre, die ja angesichts der Frage als Alternative im Raum steht. Ist es bloß die konkrete Gewöhnung und die Vertrautheit mit der Lebenswelt, die die Gründe des Vertrauens bilden, wie Hubig im o. g. Zitat beschreibt? Umgekehrt möchte ich nach der Grundlage dafür suchen, dass zwischen Partnern auf Dauer eine Gewöhnung und Vertrautheit entsteht, die dann explizite einzelne Vertrauensakte im Sinne Luhmanns ermöglicht.³⁶

Luhmanns Vertrauensbegriff erklärt nicht, was zu Beginn dieses Kapitels als die alltägliche Situation von Vaterschaft beschrieben worden ist: die Fraglosigkeit und das Vertrauensverhältnis eines Paares. Es ist fraglich, ob Vertrauende sich immer eines Risikos bewusst sind. In den meisten Fällen stellt sich ein Vater ja gar nicht explizit die Frage, ob er der Vater ist, sondern vertraut schon vor jeder Frage, ohne eine bewusste, riskante Entscheidung. Vertrauen funktioniert in diesen alltäglichen familiären Beziehungen anders. Das Vertrauen, das den Alltag prägt, ist keine Entscheidung: Es ist zu bezweifeln, dass Väter sich in diesem Sinne

34 Hubig 2004, 12.

35 Luhmann 1968, 21 (Hervorhebung i. O.).

36 Luhmann beschreibt Vertrautheit als „Einstellung fragloser Sicherheit“ (Luhmann 1968, 70). Wenn ich hier von *Fraglosigkeit* im Hinblick auf die Vaterschaft spreche, so meine ich damit nicht Luhmanns Vertrautheit, sondern eben etwas anderes, das erst die Entstehung von Vertrautheit ermöglicht.

„entscheiden“, Vater sein zu wollen. Welcher Vertrauensbegriff könnte dieses alltägliche Verhalten besser erklären als der am Risiko orientierte Vertrauensbegriff Luhmanns?

2.3 Ein anderer Typus von Vertrauen: *Glauben* an den anderen

Der Soziologe Georg Simmel erläutert, dass es neben dem Typ des Vertrauens, das eine Mischung aus Wissen und Nichtwissen, eine Art „abgeschwächtes induktives Wissen“³⁷ darstellt, noch einen anderen Typ von Vertrauen gibt.³⁸ Dieser sei dem Glauben vergleichbar:

Wenn man sagt, man glaube an Gott, so ist das nicht nur eine unvollkommene Stufe des Wissens von ihm, sondern ein *überhaupt nicht in der Richtung des Wissens liegender Gemütszustand*, einerseits freilich weniger, andererseits aber mehr als dieses. [...] Es ist eben das Gefühl, dass zwischen unserer Idee von einem Wesen und diesem Wesen selbst von vornherein ein Zusammenhang, eine Einheitlichkeit da sei, eine gewisse Konsistenz in der Vorstellung von ihm, eine Sicherheit und Widerstandslosigkeit in der Hingabe des Ichs an diese Vorstellung, die wohl auf angebbare Gründe hin entsteht, aber nicht aus ihnen besteht.³⁹

Es geht um eine ganz allgemeine, dem spezifischen Vertrauen zugrunde liegende Ebene: Wir glauben an den anderen – auf die ganze Person bezogen, nicht nur auf einen bestimmten Inhalt. Wir glauben, der andere sei uns wohlgesonnen, und wir sind zuversichtlich hinsichtlich unserer Erwartungen. Wir handeln im Vertrauen so, als wären wir uns sicher, dass er es ist. Dabei geht es nicht um konkrete Gründe und eine rationale Abwägung, sondern um ein Gefühl für die eigene Vorstellung vom anderen, die konsistent ist und keinen Raum für Zweifel hat.

An anderer Stelle beschreibt Simmel diesen Typ von Vertrauen als Glauben folgendermaßen:

Es gibt freilich noch einen anderen Typus des Vertrauens, der [...] jenseits von Wissen und Nichtwissen steht [...]: denjenigen, den man den *Glauben* des Menschen an einen andern nennt [...]. Dieses Vertrauen, diese innere Vorbehaltlosigkeit einem Menschen ge-

37 Simmel 1989, 216.

38 Luhmann unterscheidet zwischen Vertrauen im engen Sinn, dem er seine Analyse widmet, und einem Vertrauen im weitesten Sinn, das er nur kurz anspricht: „Vertrauen im weitesten Sinne eines Zutrauens zu eigenen Erwartungen ist ein elementarer Tatbestand des sozialen Lebens.“ (Luhmann 1968, 1) Dies wird nicht genauer ausgeführt, auch nicht im Hinblick darauf, ob Luhmann dieses „Zutrauen“ als etwas versteht, das alle sozialen Formen des Vertrauens durchzieht.

39 Simmel 1989, 216 (meine Hervorhebung); vgl. dazu Endreß 2002, 15.

genüber ist weder durch Erfahrungen noch durch Hypothesen vermittelt, sondern ein primäres Verhalten der Seele in bezug auf den andern.⁴⁰

Diese Art von Vertrauen bezeichnet Simmel vorsichtig als „Zusatz“, der in jedem üblichen sozialen Vertrauen stecke, um dann seine Ausführungen abzuschließen mit einem Ausblick auf eine viel grundlegendere Bedeutung dieses Glaubens:

Vielleicht ist sogar das hiermit Bezeichnete [d. h. der Glaube des Menschen an den anderen] eine Grundkategorie menschlichen Verhaltens, auf den metaphysischen Sinn unserer Beziehungen zurückgehend und durch die bewußten, singulären Gründe des Vertrauens nur empirisch, zufällig, fragmentarisch verwirklicht.⁴¹

Vertrauen vom Typ des Glaubens wäre also auch eine Grundlage für das Vertrauen, das Luhmann als Erwartungshaltung beschreibt und mit einer – mehr oder weniger bewussten – Entscheidung verbindet. Dieses Vertrauen als Erwartung wäre also eine empirische Verwirklichung des Vertrauens, das Simmel als Glauben an den anderen und als Grundlage anderen Vertrauens beschreibt.

Interessant an diesem Typ von Vertrauen sind mehrere Aspekte: Einmal ist da der Bezug des Vertrauenden auf die eigenen Vorstellungen, der besonders im ersten Zitat beschrieben wird. Der Glaube an den anderen ist das Zutrauen, dass die Vorstellung, die ich vom anderen habe, mit dem, an den ich glaube, wirklich verbunden ist. Ich glaube an einen Bezug meiner Vorstellung zur Wirklichkeit. Dabei ist in diesem Vertrauen eine zu sich gewandte Haltung zu erkennen: Es geht um Glauben an den *Bezug* meiner Vorstellung auf den anderen, nicht um eine konkrete Überprüfung. So ist oben im Zitat die Rede von einer „Sicherheit und Widerstandslosigkeit in der Hingabe des Ichs an diese Vorstellung“ vom anderen.⁴²

Ein weiterer wichtiger Aspekt ist die Beziehung des Vertrauens als Glauben auf Gründe und empirische Beweise: Der Glaube entstehe zwar „auf angebbare Gründe hin“, so Simmel, und Vertrauen würde meist auch „exakt oder intellektuell begründet“⁴³, aber diese Gründe seien nicht die Grundlage. Vertrauen bestehe nicht aus Bewiesenem und Begründetem. Vielmehr könnten die induktiven Schlüsse, die Vertrauen in sozialen Kontexten plausibel machen, nur tragfähig sein, wenn es dieses umfassende

40 Simmel 1983, 263, Fußnote 1 (Hervorhebung i. O.).

41 Ebd.

42 Der Begriff der „Widerstandslosigkeit“ deutet auf eine Ebene hin, die mit rationalen Erklärungen nicht erreichbar ist: Er erinnert an die Möglichkeit von Manipulationen bis hin zu einer gefährlichen Widerstandslosigkeit gegenüber der Vorstellung, der andere sei gut zu einem, obwohl man z. B. misshandelt wurde.

43 Simmel 1983, 263, Fußnote 1.

Vertrauen im Sinne von Glauben als Grundlage gebe, als etwas, das alle Formen von Vertrauen durchzieht. So kommt Vertrauen vom Typ des Glaubens ohne Wissen aus, und zugleich liegt darin kein Nichtwissen. Wird die Tragfähigkeit oder Plausibilität von Vertrauen einfach mit derjenigen von empirischem Wissen verglichen, so übersieht man diese Ebene des Glaubens, die jedem sozialen Vertrauen eine Sicherheit verleihen kann, die sich auf der empirischen Ebene nicht begründet findet. In diesem Sinn ist Vertrauen hier eine *absolute Negation* von Wissen, weil es ganz komplementär dazu liegt: Vertraut wird nicht aus Unwissenheit, sondern wo man vertraut (glaubt), geht es letztlich nicht um Wissen.⁴⁴ Vertrauen ist für den Vertrauenden kein Mangel an Wissen, weil es für den Vertrauenden nicht um eine Wissensfrage geht.

Simmel beschreibt das Vertrauen vom Typus des Glaubens als *eine* Art des Vertrauens, kennt daneben aber auch das von Luhmann beschriebene Vertrauen als Erwartungshaltung, die das Nichtwissen einklammert. Simmel beobachtete um die Jahrhundertwende, wie Gesellschaften oder soziale Organisationen komplexer wurden und ein Kennen der je einzelnen Personen, die zu einem Gefüge gehören, nicht mehr möglich war. Ähnlich wie Luhmann verbindet er also das Vertrauen, das eine Erwartungshaltung darstellt, mit der wachsenden gesellschaftlichen Komplexität: Das, was man voneinander wissen kann, ist durch die zunehmende Menge an Personen, mit denen man zu tun hat, eingeschränkt.

Damit gewinnt auch jene Vor- oder Nachform des Wissens um einen Menschen: das Vertrauen zu ihm – ersichtlich eine der wichtigsten synthetischen Kräfte innerhalb der Gesellschaft – eine besondere Evolution. Vertrauen, als die Hypothese künftigen Verhaltens, die sicher genug ist, um praktisches Handeln darauf zu gründen, ist als Hypothese ein mittlerer Zustand zwischen Wissen und Nichtwissen um den Menschen. Der völlig Wissende braucht nicht zu *vertrauen*, der völlig Nichtwissende kann vernünftigerweise nicht einmal vertrauen.⁴⁵

Die synthetische Wirkung des Vertrauens innerhalb der Gesellschaft wirkt angesichts der zunehmenden Komplexität dem wachsenden Nichtwissen entgegen. Dieses Vertrauen vom Typ der Erwartungshaltung wird also in einen historischen Kontext gestellt, während Simmel das Vertrauen vom Typus des Glaubens davon unabhängig beschreibt.

Vertrauen vom Typus des Glaubens stellt also auch die Grundlage dar für das Vertrauen, für das man sich mehr oder weniger bewusst als

44 Die Bezeichnung von Vertrauen als „absolute Negation“ verdanke ich einer Anregung von Christoph Hubig (aus einem Gespräch).

45 Simmel 1983, 263 (Hervorhebung i. O.). Die Fußnote, in der Simmel das Vertrauen im Sinne eines Glaubens beschreibt (vgl. ebd. Fußnote 1), steht direkt am Ende des hier angeführten Zitates.

Erwartungshaltung entscheidet. Wenn von nun an ohne nähere Bestimmung von „Vertrauen“ die Rede ist, dann ist das grundlegende Vertrauen im Sinne des Glaubens gemeint.

2.3.1 Fraglosigkeit und Vertrauen vom Typ des Glaubens als Grundlage von Vaterschaft

Die Vaterschaft ist für den Vater keine Frage des Wissens und der Entscheidung, sondern sie entsteht auf dem Hintergrund einer vertrauten Beziehung, in der ein Partner an den anderen glaubt.⁴⁶ Würde in einem Test die leibliche Abstammung des Kindes überprüft, so würde ein negatives Ergebnis als Überraschung erlebt, denn man glaubt ja, dass man der leibliche Vater ist. An die Möglichkeit eines Irrtums denkt man gar nicht, weil man überzeugt davon ist, dass man der Vater ist, und die Vaterschaft als lebenslange Perspektive übernommen hat. Da man in einer Beziehung mit der Partnerin lebt, hinterfragt man nicht ständig jedes Ereignis, wohingegen ein Mann z. B. nach einer kurzen Affäre mit einer ihm kaum bekannten Frau die Nachricht einer Schwangerschaft als Anlass für Fragen nehmen würde. Aber eher selten wird man so unvermittelt Vater, dass alles von Grund auf fraglich wäre.⁴⁷ Allerdings sei auch betont: Wenn jemandem etwas fraglich wird, muss das nicht zugleich schon ein umfassendes Misstrauen sein. Wo Fragen entstehen, gibt es eine Entscheidungsmöglichkeit: Ich kann die Partnerin für vertrauenswürdig halten und beschließen, ihr zu vertrauen; oder ich kann entscheiden, im Rahmen einer vertrauensvollen Beziehung etwas Konkretes zu überprüfen, oder ich merke vielleicht, dass ich generell misstrauisch geworden bin. Und selbst ein spezifisches Misstrauen im Hinblick auf einen konkreten Aspekt kann eingebettet sein in ein Vertrauen im Sinne eines Glaubens an den anderen.

In einer vertrauensvollen Beziehung wird vieles gar nicht erst fraglich, und daher muss auch keine Antwort gesucht werden. Ein Mann, der mit seiner Partnerin ein Kind bekommt, fragt sich in der Regel nicht, ob er der Vater ist. Würde man die Frage als Regelfall verstehen, so würde Vaterschaft zu einer wissensbasierten Beziehung gemacht, bei der die Frage „Bin ich wirklich der Vater?“ an jedem Anfang stünde. Wer sich diese Frage stellen und darauf antworten würde: „Ich weiß es nicht, aber ich

46 Auch die Liebe in einer Spielart, die nicht ein Gefühl oder eine Leidenschaft darstellt, sondern dem Glauben an den anderen ähnlich wäre, wäre Teil dieses Hintergrundes.

47 Sehr selten ist der Mutter alles so fraglich, wie es Heinrich von Kleist in der Geschichte der *Marquise von O.* konstruiert: Hier weiß ausnahmsweise die Frau überhaupt nicht, wer der Vater sein könnte, weil sie eine Zeitlang ohnmächtig war.

vertraue darauf!“, hat bereits eine andere Grundlage als der Vater, der sich gar nicht gefragt hat, weil er von sich aus sicher ist.

Diesen Regelfall des Vertrauens spiegelt das Familienrecht in seiner Tradition: Vaterschaft wird nicht ermittelt, sondern aufgrund des Kontextes der Ehe oder der Anerkennung vermutet. Die Partnerschaft wird dabei heute als Vertrauensverhältnis angenommen. Früher war es nicht das gemeinsame Vertrauen, sondern die väterliche Autorität, der das Recht durch Nichteinmischung den Vorrang gewährte. Das Familienrecht geht jedenfalls traditionell davon aus, dass die Geburt eines Kindes keinen rechtlichen Eingriff, keine Prüfung nach sich ziehen muss. Der Zweifel ist die Ausnahme. Diese Annahme der Eingebettetheit in den Lebensalltag durch Vertrauen ist normativ in dem Sinne, dass das Recht davon ausgeht, dass der Alltag Vertrauen voraussetzt.

Bisher wurde beschrieben, wie Vaterschaft in den meisten Fällen in einem Kontext von Vertrauen als Glauben entsteht. Für die Eltern ist eine Überprüfung der Vaterschaft mit einem Test überflüssig, weil die Vaterschaft für sie nicht auf der Grundlage eines empirischen Faktums („genetische Verwandtschaft“) besteht oder gar in Frage steht, sondern weil ein Vertrauen ihnen Sicherheit gibt. Nach einer Trennung oder auch während einer bestehenden Beziehung kann ein Mann unsicher werden oder von Gründen erfahren, die gegen seine Vaterschaft sprechen. Dann tritt an die Stelle der oben beschriebenen Fraglosigkeit eine Frage: Es wird dem Vater bewusst, dass er nicht weiß, ob er der leibliche Vater des Kindes ist. Er kann sich entscheiden zu vertrauen oder die Abstammung zu klären. Das Fraglich-Werden bzw. In-Frage-Stellen der Vaterschaft ist nicht automatisch schon ein Misstrauen, sondern eröffnet die Notwendigkeit einer Entscheidung für eine Haltung: Zu vertrauen (in einem reflektierten Sinn als eine bewusste Entscheidung für eine Erwartung) oder wissen zu wollen.

2.4 In-Frage-Stellen der Abstammung und Misstrauen

Wird die Abstammung eines Kindes in Frage gestellt, so kann dies in unterschiedlichen Kontexten geschehen, die rechtlich und sozial je andere Folgen haben. Wenn die Vaterschaft zuvor in eine Vertrauensbeziehung eingebettet war und in Fraglosigkeit übernommen und gelebt wurde und dann Umstände bekannt oder besondere körperliche Eigenschaften des Kindes erkennbar werden, die Fragen an seiner Abstammung aufwerfen, so stellt diese Fraglichkeit nicht sogleich den ganzen Vertrauenskontext in Frage, sondern einen spezifischen Aspekt. Die Fraglichkeit eröffnet den Raum für eine Entscheidung, wie mit diesem thematisch gewordenen Nichtwissen umzugehen ist. Ein Gespräch mit der Partnerin oder eine Recherche („Wie vererben sich grüne Augen ...?“) kann vielleicht schon

die Fragen beantworten und Anlass dafür sein, dass der Vater bewusst entscheidet, dass es wirklich sein Kind ist, wie er immer geglaubt hatte. Hier tritt also an die Stelle der Fraglosigkeit der Vaterschaft ein Vertrauen im Sinne einer Erwartungshaltung: Ich habe mich gefragt, ob es wirklich mein Kind sein kann, und bin nun überzeugt, dass es so ist.

Bleiben Fragen offen und möchte ein Vater oder auch ein Kind einen genetischen Vaterschaftstest machen, um die Frage nach der Abstammung zu klären, so kann auch dieses Sich-vergewissern-Wollen in einen Kontext von Vertrauen eingebettet sein. Bei einem solchen *gewissen* oder auch intentionalen Misstrauen werden die Voraussetzungen des Misstrauens (z. B. die eigene Urteilsfähigkeit) nicht bezweifelt, erklärt Kaminski.⁴⁸ Dieses Misstrauen ist auf objektivierbares Wissen bezogen: Man zweifelt und sucht Fakten. So gesehen ist Misstrauen eine *bestimmte Negation*.⁴⁹ Da der Misstrauende sich nicht auf eine konkrete Erwartung festlegt, sondern nur einer alten Information nicht mehr traut, bleiben mehr Möglichkeiten offen, und die Situation ist komplexer.⁵⁰ Wer misstraut, braucht Wissen. Das gesuchte Wissen soll die Frage, die das gezielte Misstrauen ausgelöst hat, beantworten. Der Glaube an die Partnerin oder die Familie bleibt als Rahmen erhalten. So bietet dieses Vertrauen allen Beteiligten auch eine Grundlage dafür, wie sie damit umgehen können, was sie über die Abstammung erfahren.

Eine andere Situation wäre es, wenn jemand die Abstammung eines Kindes in Frage stellt und dabei komplett der Partnerschaft und der Familie gegenüber misstrauisch ist. Dies ist denkbar im Rahmen einer Trennung: Das Vertrauen des Vaters gegenüber seiner ehemaligen Partnerin ist komplett in Misstrauen umgeschlagen. Kein Bereich bleibt ausgespart, auch die Abstammung des Kindes wird misstrauisch hinterfragt. Wie kann es zu einem Umschlagen in ein allgemeines Misstrauen kommen?

Luhmann beschreibt Vertrauen wie Misstrauen als „generalisierte Haltungen“, die auf subjektive Gründe zurückgehen: In dem Sinne, wie ich durch Vertrauen und Misstrauen – beide hier verstanden als generalisierte Erwartungshaltungen – die Komplexität der Welt und der möglichen Handlungen anderer auf ein für mich günstiges oder ungünstiges Szenario reduziere, führe ich eine Vereinfachung durch, die „ein sprunghaftes, unberechenbares Moment“ enthält.⁵¹ Aufgrund dieser *Unberechenbarkeit* infolge der Vereinfachung könne, so Luhmann, ein abruptes „Umschlagen“ von Vertrauen in Misstrauen entstehen: Im Vertrauen blende ich gewisse Anzeichen von mangelnder Vertrauenswürdigkeit aus,

48 Vgl. Kaminski 2010a, 254.

49 Die Bezeichnung dieses Misstrauens als „bestimmte Negation“ verdanke ich einer Anregung von Christoph Hubig (aus einem Gespräch).

50 Vgl. Luhmann 1968, 70.

51 Ebd., 74.

bis die Generalisierung der vertrauensvollen Erwartung für mich nicht mehr haltbar ist. So kann Vertrauen plötzlich in Misstrauen umschlagen, nachdem ich zuvor eine Zeit lang verdächtige Momente verdrängt habe. Luhmann erklärt, es gebe „eine künstliche Diskontinuität, die den Erlebensbereich vor und nach der Schwelle egalisiert und dadurch vereinfacht. Eine Fülle möglicher Verschiedenheiten wird dadurch zu einem einzigen krassen Unterschied zusammengezogen. [... D]ann bringt ein kleiner Schritt große Veränderungen.“⁵² Es sei hier nochmals darauf hingewiesen, dass Luhmann dieses Umschlagen für Vertrauen als Erwartungshaltung beschreibt. Für das Vertrauen im Sinne eines Glaubens ist eine derartige plötzliche Veränderung nicht möglich, da es sich nicht um eine Vereinfachung durch eine Verallgemeinerung der Erwartungen handelt, die nur die Alternative ungünstiger Erwartungen kennen würde.

Angesichts des möglichen Kippens einer generalisierten Vertrauens- in eine generalisierte Misstrauenserwartung ist das Verbot der heimlichen Durchführung eines genetischen Vaterschaftstests relevant: Ist die vertrauensbasierte Erwartung gegenüber der Partnerin in ein allgemeines Misstrauen umgeschlagen, so ist es für den Misstrauenden schwer zu entscheiden, wem er sich noch anvertrauen könnte. Man verhält sich weiter so, als würde man vertrauen, um nicht den Eindruck des Misstrauens zu erwecken – sonst würde man das Vertrauen des anderen verlieren. Heimliches Misstrauen beruht somit auf gespielter Vertrauenswürdigkeit, die einem z. B. Zeit verschafft, Informationen zu sammeln, um Vermutungen zu bestätigen oder zu widerlegen. In einer solchen Situation kann es auch vorkommen, dass ein Vater niemandem von seinem Testwunsch erzählen möchte, bevor er das Ergebnis weiß. Das heimliche Beschaffen von Beweismitteln ist aber verboten, und im Analogieschluss wurde auch das heimliche Sammeln und Verwenden genetischer Proben von Familienmitgliedern unter Strafe gestellt.

Das Umschlagen der Erwartungen von generell positiven zu generell negativen hat bei Luhmann einen dramatischen Tonfall: Wird die Grenze überschritten, so entladen sich „die aufgestauten Spannungen gleichsam mit einem Schlag“.⁵³ Dennoch kann aber auch ein bestimmtes Misstrauen im Rahmen einer Vertrauensbeziehung existieren, ohne diese sogleich komplett in ein generelles Misstrauen zu verwandeln. Würde man jeden, der einen genetischen Vaterschaftstest durchführen möchte, für allgemein misstrauisch im Sinne Luhmanns halten, so würde man befürchten müssen, dass der Vaterschaftstest die familiäre Beziehung und die gemeinsame Wirklichkeit zerstört. Aber so dramatisch muss es nicht sein: Neben dem Misstrauen von Luhmann, das eine verallgemeinerte Erwartung ungünstiger Ereignisse ist, gibt es auch – wie oben beschrieben – ein bestimmtes

52 Ebd., 72.

53 Ebd., 72.

Misstrauen als ganz gezieltes In-Frage-Stellen eines konkreten Umstandes, welches nicht zerstört oder verändert.

2.4.1 Ein Beispiel für radikales, zweifelndes Misstrauen

Neben dem gezielten und dem generalisierten Misstrauen gäbe es noch einen dritten Typ, quasi den Extremfall: ein Misstrauen, das sich zu einer radikalen Einstellung ausweitet und grenzenlos wird, wenn jemand seinem eigenen Urteil gar nicht mehr traut. Bei diesem zweifelnden Misstrauen vermutet der wahnhaft Misstrauische überall Geheimnisse, obwohl es keine gibt, schöpft Verdacht, obwohl es dazu keinen Grund gibt. Dieses radikale Misstrauen verändert die Wirklichkeit: Es greift auf die anderen über, die verdächtigt werden. Als philosophische Haltung findet man ein solches Misstrauen bei René Descartes. Dieser setzt den radikalen Zweifel als methodischen Kunstgriff ein, um an die Fundamente der Gewissheit zu kommen: Alles, was er bislang immer für wahr hielt, will er nun so behandeln, als wäre es eine Täuschung. Der Zweifel wird zu einer Methode, die helfen soll, die letzte Gewissheit zu finden, die keiner Täuschung unterliegen kann.

[I]ch bin zuletzt gezwungen, einzuräumen, daß es unter dem, was ich seit langem für wahr gehalten habe, nichts gibt, das nicht bezweifelt werden dürfte, und zwar nicht aus Unbesonnenheit oder Leichtsinn, sondern aufgrund triftiger und wohlüberlegter Gründe. Wenn ich irgendetwas Sicheres herausfinden will, muß ich deshalb vorsichtshalber bis auf weiteres auch diesem nicht weniger als dem offenbar Falschen die Zustimmung entziehen.⁵⁴

Demgegenüber spielt die Vertrautheit mit der Welt für die Phänomenologie Merleau-Pontys sowie auch für die Phänomenologie Husserls, auf die Luhmann sich teilweise stützt, eine große Rolle. In diesem Zusammenhang kritisiert Merleau-Ponty Descartes. Seine Kritik an Descartes' Vorgehen bezieht sich darauf, dass dieser ein Gewissheitsmodell an alltägliche Beobachtungen heranträgt, das stark von der Lebenswelt abstrahiert. Dieses Modell droht grundlegende Aspekte unserer Wirklichkeitserfahrung zu unterschlagen. In unserer alltäglichen Erfahrung steht nämlich gewöhnlich nicht in Frage, *ob* die Welt, die wir um uns herum wahrnehmen, auch wirklich existiert, da wir in ihr leben und mit ihr umgehen. Merleau-Ponty betont, dass auch die Philosophie nicht bei der Frage nach dem „ob es sei“ anfangen, geschweige denn stehen bleiben könne.⁵⁵ Warum sollten wir Gewissheit besser verstehen, wenn wir den Boden unter unseren Füßen bezweifeln? Wir kämen im Alltag nicht auf die Idee anzunehmen,

54 Descartes 2009, 23 (*Meditationes, Meditatio I*, § 10).

55 Merleau-Ponty 1994, 144; s. a. 130.

dass unsere Wahrnehmungen allesamt Täuschungen sein könnten, denn wir können Träume und Halluzinationen meistens ganz gut von Wirklichem unterscheiden. Es gibt daher selten einen Anlass, daran zu zweifeln, dass unseren Wahrnehmungen auch wirkliche Dinge gegeben sind. Descartes aber treibt den Zweifel künstlich ins Extrem, wenn er suggeriert, dass „das Denken in sich kreist, vagabundiert durch ein Reich der Simulationen und seine Macht daraus zieht, daß es gar keinen Wert darauf legt, daß es auf den Dingen ruht, die Winke geben“, wie Meyer-Drawe es beschreibt.⁵⁶ Radikaler Zweifel ist kein neutrales Instrument, weil er nicht beobachtend, sondern stets schon teilnehmend funktioniert. Wenn Zweifel die Wirklichkeit verändert, so folgt daraus auch, dass dieser Zweifel wiederum sehr schwer im Rückgriff auf die Wirklichkeit zu widerlegen ist, da die Wirklichkeit unter seinem Blick wie beweglich wird.

Diese Veränderung der Wirklichkeit wird beispielhaft auch in einer literarischen Vorlage thematisiert: In Cervantes' *Don Quijote* gibt es eine Novelle über die „ungehörige Wissens-Gier“ („*novela del curioso impertinente*“). Darin geht es um eine Wissensgier, die nicht einfach auf Erkenntnis und Wahrheit zielt, sondern die Wirklichkeit mit dem Vorwurf konfrontiert, dass eigentlich alles anders sei, als es scheint. Diese Wissensgier führt in große Konflikte.

Die Geschichte: Anselmo, ein frisch und eigentlich glücklich verheirateter junger Mann, zweifelt daran, ob seine nach allgemeiner Ansicht tugendhafte Ehefrau Camilla wirklich treu ist. Das, was wirklich scheint, ist möglicherweise eine Illusion, vermutet der misstrauische Ehemann. Er weiht seinen Freund Lotario ein und konfrontiert ihn mit dem, was er insgeheim für möglich hält. Ein derartiger Zweifel wirft ein logisches Problem auf, beschreibt Gehring in ihrer philosophischen Analyse der Novelle: „Die Möglichkeit der Lüge [...] ist [...] unwiderleglich. Die Lüge negiert zwar die Wahrheit. Aber sie liegt selbst auf einer anderen Ebene als wahr oder falsch.“⁵⁷ Vermute ich, belogen zu werden, so kann mir keiner vollständig das Gegenteil beweisen, denn jede Versicherung kann ich wieder für einen Teil des trügerischen Spiels halten. Während man eine Wahrheit prüfen kann, weil sie sich als solche deklariert, besteht das Problem des Vorwurfs, die Wirklichkeit sei trügerisch, eben darin, dass sich die Illusion nicht als solche bezeichnet und dass sie keine Negation kennt. Hier ist das Misstrauen also keine bestimmte Negation, die sich auf eine konkrete Information o. Ä. bezieht, der man nicht recht traut und die man überprüfen könnte. Jemanden, der steif und fest behauptet, alles, was wir für wirklich halten, sei nur eine trügerische Illusion, kann man mit keinem Argument überzeugen. Es ist vielmehr eine Frage des Glaubens, oder auch: des Vertrauens.

56 Meyer-Drawe 2000, 42.

57 Gehring 2001, 108.

Gehring beschreibt die Folgen des radikalen, zweifelnden Misstrauens: „Die Logik des Zweifels und Angezweifeltwerdens, verbunden mit der Notwendigkeit der Geheimhaltung, führt alle Beteiligten in unoffene, betrügerische, schließlich direkt lügenderische Maßnahmen hinein.“⁵⁸ Dem Zweifel zu widerstehen wäre für Anselmo auch eine Frage der sittlichen Haltung.⁵⁹ Auch die ursprünglich Redlichen, der Freund und die Frau, werden langsam in Anselmos Zweifelsspiel hineingezogen. Anselmo beraubt sich seiner tugendhaften Frau, indem er ihr gegenüber so lange misstrauisch ist, bis sie sich die Schuld gibt, durch ihr Verhalten Anlass für sein Misstrauen gegeben zu haben.

Ein Kennzeichen des radikalen Misstrauens, wie es bei Anselmo durchgespielt wird, ist, dass der Misstrauende nicht beurteilen kann, ob sein Misstrauen angemessen ist. Anfangs bezeichnet Anselmo seine Haltung selbst als „krankhaft“. Anselmo spielt mit Möglichkeiten von Lüge und Betrug und riskiert, dabei seine Welt zu zerstören. Das Spiel mit der Wirklichkeit als einer vermeintlichen Illusion ist auch ein Machtspiel: Durch seinen Zweifel verändert er die Wirklichkeit. Die Vorstellung eines Unglücks wird Wirklichkeit, alles Unglück, das er sich nur vorstellen konnte, wird real.

Zerstörerisch ist nicht nur die Grenzenlosigkeit, sondern auch die Heimlichkeit des Misstrauens: Die Geschichte hätte sich vermutlich anders entwickelt, wenn Anselmo seine Ehefrau offen mit seinen Zweifeln konfrontiert hätte. Aber das Problem des radikal und zweifelnd Misstrauischen ist ja gerade, dass er nicht weiß, wem er sich anvertrauen könnte. Daher tendiert er dazu, seine Zweifel geheim zu halten und heimlich zu überprüfen. Was auch immer eine solche Konfrontation für ein Ergebnis hat – ob der Zweifelnde seiner Partnerin glaubt oder ob sie sich von ihm trennt –, sie kann die Verstrickung weiterer Beteiligten in die partnerschaftliche Krise verhindern. Mit der Heimlichkeit aber wollte Anselmo angeblich seine Frau schützen: Ihr Vertrauen in ihn sollte nicht zerstört werden, solange ihre Schuld nicht bewiesen war – vielleicht täuschte er sich ja mit seinem Verdacht. Die Geschichte zeigt aber, dass gerade der vorgebliche Versuch, ihre Unschuld zu erproben, nur in die Schuldigkeit führen konnte. Anselmo beansprucht für sich, heimlich misstrauen zu dürfen, bis er weiß, ob sein Zweifel berechtigt ist. Wenn er unberechtigt sein sollte, soll alles wieder so sein wie früher. Dabei ist es aber gerade Anselmos heimliches Misstrauen, das das Vertrauen irreversibel zerstört.

Das hier beschriebene radikale Misstrauen ist ein Extremfall – als alltägliche Haltung nicht durchführbar, weil die Komplexität der aus dieser Sicht möglichen Ereignisse unüberschaubar wird. Dennoch ist mit diesem radikalen Zweifel eine Haltung verwandt, die sich auch im Alltag biswei-

58 Ebd., 124.

59 Vgl. ebd., 109.

len und punktuell zeigt und auch dazu führt, dass durch einen Zweifel die Wirklichkeit verändert wird.

2.4.2 Verändern genetische Vaterschaftstests das Vertrauen?

Es stellt sich die Frage, ob sich durch die Verfügbarkeit des genetischen Vaterschaftstests das Vertrauen von Vätern verändert: Entsteht gewisses oder allgemeines Misstrauen leichter oder schneller? Fällt es schwerer zu vertrauen, wenn man doch testen könnte? Ist Vertrauen durch die genetischen Vaterschaftstests bedroht? Geraten dabei das Vertrauen vom Typ des Glaubens oder das Vertrauen, das eine Erwartungshaltung darstellt, in Gefahr?

Wie bisher beschrieben, entsteht eine Vaterschaft in der Regel in einer vertrauten und gelebten Beziehung, in der die Frage nach der Abstammung sich nicht explizit als Wissensfrage stellt. Die Väter, die in einer solchen Situation leben, werden durch die neue Möglichkeit eines Vaterschaftstests nicht misstrauisch, denn ihre fraglose Sicherheit macht jede Überprüfung überflüssig. Die Verfügbarkeit von Vaterschaftstests erzeugt demnach nicht von sich aus Misstrauen, denn das Vertrauen vom Typ des Glaubens ist unabhängig von Wissen und Nichtwissen.

Wird die Abstammung explizit fraglich, existiert also ein kleiner Zweifel, so wird die Entscheidung zu vertrauen angesichts der Tests schwerer. Die Frage „Warum mache ich nicht einfach einen Test?“ schwebt im Raum und lässt die Option zu vertrauen als relativ unsicher erscheinen, verglichen mit der einfachen und sicheren Lösung zu testen. Auch der Weg über ein Gespräch mit der Partnerin könnte komplizierter erscheinen als ein Test. Allerdings entsteht gewisses Misstrauen hinsichtlich der Abstammung durch konkrete Umstände, von denen man erfährt, und daher wäre der naheliegende erste Schritt – geht man davon aus, dass der Glaube an den anderen als Grundlage in der Beziehung weiter existiert – ein Gespräch über diese Umstände und nicht ein Test. Dennoch kann durch die Verfügbarkeit des genetischen Vaterschaftstests die Fraglichkeit deutlicher sichtbar bzw. Misstrauen ggf. verstärkt werden. Oder, wie Luhmann sagt: Zu vertrauen erscheint als riskant, und es ist durch die technische Möglichkeit der Überprüfung mehr – oder bewussteres – Vertrauen nötig, wenn die Abstammung erst einmal in Frage gestellt wurde. In diesem Sinne wird das Vertrauen, das eine Erwartungshaltung darstellt, durch die genetischen Vaterschaftstests bedroht oder eher: erschwert, und aus einer Fraglichkeit wird vielleicht schneller ein konkretes Wissen-Wollen.

Herrscht zwischen (ehemaligen) Partnern ein allgemeines Misstrauen, z. B. im Rahmen einer Trennung, so kann sich das Misstrauen schnell auch auf die Abstammung beziehen, selbst wenn es keine konkreten

Gründe dafür gibt, diese plötzlich in Frage zu stellen. Ist es leicht, die Abstammung dann durch einen Vaterschaftstest zu klären, so ist es für einen Mann wohl verlockend, wenigstens in dieser Hinsicht nicht zweifeln zu müssen, sondern Klarheit zu haben. Mit so einer punktuellen Klärung ist zwar gegen das allgemeine Misstrauen nicht viel ausgerichtet, aber es hilft vielleicht, die Beziehung zum Kind trotz widriger Umstände fortzusetzen.

Ist die Abstammung fraglich, so kann sich der Vater also entscheiden zu vertrauen oder auch entscheiden, die Abstammung zu klären. Daneben eröffnet die leichte Verfügbarkeit des genetischen Vaterschaftstests noch einen weiteren Weg. Man könnte denken: „Ein Test kann ja nicht schaden, damit ist man auf der sicheren Seite. Man weiß ja nie!“ Dies würde bedeuten, dass gar keine persönliche Entscheidung getroffen wird (auch nicht für ein individuelles Wissen-Wollen), sondern allein auf die technische Machbarkeit vertraut wird. Ein Vaterschaftstest kann sehr wohl eine wichtige Klärung bringen, aber es macht einen Unterschied, ob ein Vater – sich und seiner Partnerin – sagt: „Ich bin mir unsicher und habe es mir überlegt: Ich möchte gern einen Test machen!“ oder ob er pauschal denkt: „Das kann ja nicht schaden und eigentlich sollte es jeder überprüfen lassen.“ Eine problematische Normalität des Testens wird hier suggeriert.

Die Haltung erscheint „normal“ und harmlos: Man findet die neue Technik faszinierend, man möchte die Beziehungen eindeutig geklärt haben und Überraschungen vorbeugen – zur Sicherheit, reine Routine. Man meint, dass optimale Sicherheit erreichbar wäre, wenn bei jedem Neugeborenen automatisch ein Vaterschaftstest durchgeführt und auf Grundlage des Abstammungsgutachtens der genetische Erzeuger als Vater in das Geburtenregister eingetragen werden würde.⁶⁰ Diese problematische Forderung nach einem Pflichttest würde allen Vätern die Fähigkeit absprechen, die Situation selbst zu beurteilen und zu entscheiden, ob sie individuell in ihrer Situation testen möchten. Mehr noch: Es würde gar nicht mehr die Gelegenheit geben selbst zu entscheiden und zu merken, ob man seiner eigenen Urteilsfähigkeit traut. Implizit werden damit auch ein pauschaler Betrugsverdacht und ein Misstrauen gegenüber allen Müttern ausgesprochen. Wer den genetischen Vaterschaftstest als „Neugeborenen-Screening“ fordert, würde den Vorrang von Vertrauen umdrehen: Vaterschaft ist in der Regel keine Wissensfrage (und noch nicht mal eine Frage), würde aber darauf reduziert. Würde die Klärung der Abstammung zum Routine-Test, so würde man nicht mehr spüren, dass man misstraut und welche Wirkung das hat. Dieses in einem Pflicht-Test versteckte Misstrauen ist in der Wirkung dem oben geschilderten radikalen Misstrauen des Anselmo in seiner Wirkweise verwandt: Es ist wirksam bzw.

60 Vgl. Linsler 2005; sowie Gesetzentwurf eines Abgeordneten aus Tennessee, USA, vom 20.02.2008. Vgl. Abschnitt 7.3.1.

verändert das, was da ist. Es gerät dabei aus dem Blick, dass es eine partnerschaftliche Vertrauensgrundlage geben kann, bei der man sich gar nicht nach der Abstammung fragt, d. h. dass Vertrauen gelingen kann.

Es geht nicht um blindes Vertrauen, das gefordert wäre – Vertrauen zu fassen und an den anderen zu glauben ist stets eine persönliche Leistung. Früher, bevor es die Tests gab, konnten Väter auch Zweifel haben, aber sie mussten sich zu einer Entscheidung durchringen: „Ist mein Misstrauen so gravierend, dass ich die Vaterschaft anfechten will, oder spreche ich mit meiner Partnerin oder mit einem Freund darüber, oder stört ein kleiner Zweifel mein Vertrauen letztlich nicht, weil ich meine Kinder und meine Partnerin sehr liebe?“ Durch die Verfügbarkeit eines genetischen Vaterschaftstests könnte man diesen persönlichen Entscheidungsprozess unbemerkt abkürzen: „Es gibt ja die Tests, ich kann ja einfach mal überprüfen ...“. Dies würde auch bedeuten, dass man ggf. nicht merkt, ob man Entscheidungsschwierigkeiten hat und ob man den Wunsch nach Klärung der Abstammung auch selbst verantworten kann: Die Verlockung der Machbarkeit verdeckt die Frage nach dem individuellen Zweck der Überprüfung.

Allerdings wird diese Frage nach dem Zweck einem Vater spätestens beim Erhalten des Testergebnisses ins Auge springen: Was ist denn nun zu tun mit dem neuen Wissen? Der Vaterschaftstest mit seinem Versprechen von Gewissheit suggeriert, dass alle Probleme dadurch geklärt werden könnten. Vaterschaft ist aber eine dynamische Beziehung, die sich über eine lange Zeit entwickelt hat, ebenso wie die Partnerschaft bzw. die Elternschaft. Eine andere Dynamik beginnt mit dem neuen Wissen. „Der Test ist nur der scheinbare Endpunkt der emotionalen Probleme des Vaters, das wird in allen Lagern betont“, bemerkt Gehring.⁶¹ Das Ergebnis des Tests hat konkrete Auswirkungen auf die Vertrauensbeziehung der Familie. Es stellt nicht nur eine neue Basis für zukünftiges Verhalten dar, sondern führt gerade im negativen Fall auch zu einer Umwertung der Vergangenheit: Das Vertrauen wird retrospektiv als berechtigt oder unzutreffend betrachtet. Teile der Geschichte einer Familie werden nachträglich für unwirksam erklärt.

Letztlich ist die Vergewisserung über die Vaterschaft nicht das Mittel, das allein die Beziehungssituation klären kann: Wer erfahren hat, dass er genetisch gesehen der Vater ist oder nicht ist, muss dennoch die neue Situation und gewünschte Konsequenzen mit der Partnerin besprechen und dem Kind mitteilen. Das Testergebnis allein verleiht keinem die Position, sagen zu können, dass er doch „Recht habe“, wie Gehring erläutert:

Der Test verspricht wissenschaftlich-objektive Auskunft. Damit mag er dem Verwender im Vorfeld eine Macht suggerieren, die er

61 Gehring 2006, 104.

im Endeffekt gar nicht verleiht. Eine objektiv richtige Position wird der Zweifler kaum gewinnen. So etwas wie ein schlichtes 'Rechthaben' steht in der komplizierten Auseinandersetzung, die nach einem negativen Vaterschaftstest ansteht, mit großer Wahrscheinlichkeit niemandem offen.⁶²

Mit dem Testergebnis endet ein generalisiertes Misstrauen auch nicht automatisch. Selbst wenn der Test ein positives Ergebnis hat, kann es sein, dass ein Vater zwar nicht mehr an seiner Vaterschaft zweifelt, aber weiterhin Misstrauen gegenüber seiner Partnerin hegt. Bezog sich das Misstrauen dagegen konkret auf die Frage der Abstammung und war es in allgemeines Vertrauen gebettet, so kann das Ergebnis des Vaterschaftstests eine Klärung schaffen. Fällt das Ergebnis dabei negativ aus, stellt sich also heraus, dass die Mutter den Vater über die Abstammung im Unklaren gelassen hat, so kann der Mann die Vertrauenswürdigkeit der Frau in Zweifel ziehen und könnte auch in anderen Hinsichten misstrauisch werden – wohl abhängig davon, wie die Frau ihre Entscheidung zur Geheimhaltung erklärt und ihre Vertrauenswürdigkeit dabei ggf. wiederherstellen kann.

2.5 Rechtliche Annahmen über Vertrauensverhältnisse

Zum Abschluss soll der Zusammenhang von Recht und Vertrauen erneut und konkreter betrachtet werden. Zu Beginn des Kapitels wurde bereits der rechtliche Grundsatz von „Treu und Glauben“ als ein rechtliches Konzept beschrieben, das dem Vertrauen ähnlich ist. Mit Luhmann gesprochen, reduziert Vertrauen als Erwartung Komplexität: Nur bestimmte, positive Erwartungen an die Zukunft werden für wahrscheinlich gehalten. Recht entlastet dieses Vertrauen und ersetzt es teilweise, weil Gesetze eine hohe Sicherheit für normative Erwartungen garantieren und im Schadensfall eine Kompensation ermöglichen. Wenn ein neuer Gegenstand während der Garantiezeit kaputtgeht, könnte ich dem Hersteller zwar mein Vertrauen entziehen und damit zu drohen versuchen, aber auch jenseits eines solchen persönlichen Einsatzes ist durch die Garantiepflcht geregelt, wie der Schaden ersetzt werden muss. Durch die normativen Erwartungen findet also eine Verschiebung bzw. Verstärkung statt: Man vertraut in erster Linie darauf, dass in der Regel einwandfreie Produkte verkauft werden. Dies wird dadurch verstärkt, dass wir wissen, dass es durch entsprechende Gesetze für Hersteller Garantiepflchten gibt und Kunden bei Schadensfällen Ersatzansprüche haben.

Bei persönlichen Beziehungen richtet sich das Vertrauen nicht darauf, dass das Recht die Dinge schon regeln wird, wenn z. B. die Ehe zerbricht, sondern das Vertrauen als Glauben richtet sich direkt auf den

62 Ebd., 107.

Partner – ein möglicher Konfliktfall wird in der Regel gar nicht bedacht oder thematisiert. Auch dieser Glaube an den Partner fällt unter den Schutz des Rechts. Damit ist nicht gemeint, dass Naivität geschützt wird oder die Vorstellung von Harmonie und Treue bis ans Ende aller Tage. Für die Aufrechterhaltung einer konstant vertrauten und gewünschten Welt kann das Recht nicht sorgen, denn es kann sich nicht darum kümmern, dass die Dinge so bleiben, wie wir sie gewohnt sind, wie sie uns vertraut sind. Das Recht kann aber Vertrauensbeziehungen schützen, denn Vertrauen impliziert, dass mir die andere Person und die gemeinsame Beziehung nicht gleichgültig sind. Dieses Engagement ist auch für die Rechtsgemeinschaft wichtig und stiftet gesellschaftlichen Zusammenhalt. Ferner bezieht sich der Vertrauensschutz auf die konkreten Annahmen (etwa eine Annahme über die Abstammung des Kindes), die im Einzelnen auf dieser Vertrauensgrundlage beruhen.

2.5.1 Rechtliche Annahme von Vertrauen bei Ehe und Partnerschaft

Was meinen Rechtswissenschaftler, wenn sie im Hinblick auf Ehe oder Partnerschaft von Vertrauen oder einem Vertrauensverhältnis sprechen? Ein allgemeines Recht auf Vertrauensschutz gibt es nicht, andererseits geht es um mehr als einen Schutz der Privatsphäre, wenn das Familienrecht die Vaterschaft in der Regel durch die Vaterschaftsvermutung begründet. Ein Vertrauensverhältnis meint ein außerrechtliches Verhältnis, das nicht im Detail rechtlich geregelt, sondern das im Wesentlichen freiheitlich eingegangen wird und in dem man die in ihm enthaltenen Erwartungen eigenverantwortlich übernimmt. Vertrauen in rechtliche Institutionen entsteht aus dem Glauben daran, dass jeder Mensch so denkt wie redliche Menschen allgemein denken würden – wie es bei „Treu und Glauben“ definiert wird. Partner haben die persönliche Verantwortung für die Gestaltung des Binnenraumes ihrer Beziehung, aber gesetzlich ist ihr Verhältnis als ein Vertrauensverhältnis anerkannt. So sollen Menschen z. B. die Ehe als ein Vertrauensverhältnis verstehen und eingehen. Geschieht einmal ein Vertrauensbruch und nimmt dadurch die andere Person Schaden, so kann sie für diesen Schaden dem Vertrauensbrecher gegenüber (in gewissem Umfang) Verbindlichkeiten geltend machen. So kann ein Vater seine Vaterschaft anfechten, wenn er von Umständen erfährt, die gegen seine Vaterschaft sprechen – selbst nachdem er z. B. bei Geburt des Kindes dieses ausdrücklich als das seinige anerkannt hat. Rechtlich soll damit erreicht werden, dass in Beziehungen, die sich selbst über Vertrauen definieren, dieser Binnenraum geschützt wird und im Schadensfall die betroffene Person ihre Handlungen oder Unterlassungen mit ungeschriebenen, vertrauensgestützten Erwartungen begründen kann.

Wenn die Eltern ihre Partnerschaft in eine definierte rechtliche Form umsetzen, können sie einen größeren Schutz ihres Vertrauens genießen. Ehepartner gehen größere Verpflichtungen ein und erhalten mehr Schutz als nicht verheiratete Lebenspartner. Diese müssen aber nicht auf eine rechtliche Anerkennung verzichten:

Schutz verdient ein Partner [...] insofern, als er einzelne Lebens- und Vermögensdispositionen in konkret berechtigtem Vertrauen auf eine Absicherung durch den anderen getroffen hat und darin enttäuscht wird. Praktisch wird dadurch der familienrechtliche Vertrauensgrundsatz in drei Stufen verwirklicht: Am stärksten wirkt er im Statusverhältnis [in der Ehe], schon erheblich schwächer beim Verlöbnis, das die Vorteile der Heirat nicht garantiert, wohl aber die in deren Erwartung eingegangenen Nachteile ausgleicht, am schwächsten schließlich bei der Realbeziehung. Hier ist zunächst nur das Vertrauen darauf schützenswert, die Lebensplanung werde nicht ganz unerwartet umgestoßen.⁶³

Vertrauen vom Typ des Glaubens ist konstitutiv für viele soziale Institutionen und Beziehungen, z. B. für Ehe, Partnerschaft und Familie. Vertrauensschutz muss daher auch Vätern gewährt werden, die Kinder anerkennen oder eheliche Kinder als eigene aufziehen, in der Annahme, sie seien leibliche Kinder. Das Familienrecht räumt den Vätern deshalb die Möglichkeit ein, diese Entscheidung für das Kind anzufechten, falls ihnen später Sachverhalte bekannt werden, die ihre Vaterschaft zweifelhaft machen. Es ist also nicht erwünscht, dass Väter generell misstrauisch sind und ein Kind erst nach der Überprüfung der biologischen Abstammung anerkennen. Das neue „Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“ erkennt an, dass es begründete Zweifel an der Vaterschaft geben kann und es nicht wünschenswert ist, dass in solchen Fällen die Frage nach der Abstammung in der Schwebe bleiben muss. Der Klärungswunsch der Väter wird also durch gesetzliche Regelungen wie das Anfechtungsrecht ernst genommen und zugleich beschränkt: Es gibt konkrete Vorgaben, in welchem Zeitraum und unter welchen Umständen die Vaterschaft angefochten werden kann, bzw. Verfahrensvorgaben für private Vaterschaftstests.

An dieser Stelle wird nochmals deutlich, dass Vertrauen und Misstrauen nebeneinander bestehen können bzw. Misstrauen meist in einem Rahmen von Vertrauen steht. Es kann einer Person im Allgemeinen vertraut, aber in bestimmter Hinsicht misstraut werden.⁶⁴ Dieser Zusammenhang drückt sich auch im „Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unab-

63 Windel 2008, 46.

64 Vgl. Luhmann 1968, 94, der sonst eher von generalisierten Erwartungshaltungen spricht, die in ihrer Vereinfachung nicht miteinander vereinbar sind, sondern ineinander umschlagen.

hängig vom Anfechtungsverfahren“ aus. Nur diejenigen, die zur Vertrauensgemeinschaft der Familie gehören, dürfen auch ihren Klärungswunsch aussprechen. Zugleich haben diese Partner das Recht, sich gegenseitig ggf. zu misstrauen: Weder der Staat von sich aus⁶⁵ noch Dritte haben das Recht, eine Vaterschaft zu überprüfen. Es ist genau festgelegt, wann und durch wen eine Vaterschaft angefochten oder überprüft werden darf. Diese Regulierung der Überprüfungsmöglichkeiten soll es Paaren leichter machen, einander zu vertrauen – weil sie wissen, dass sie im Notfall ein Recht haben, ihre Zweifel rechtskräftig zu machen. Stellt sich bei einer Vaterschaftsanfechtung heraus, dass ein Vater von der Mutter betrogen wurde, weil sie ein „fremdes“ Kind als gemeinsames ausgegeben hat, so handelt es sich bei diesem Betrug („Unterhalterschleichung“) um ein zivilrechtliches Delikt, das Folgen hat. Der betroffene Mann kann unter gewissen Bedingungen den Unterhalt, den er bislang für das Kind aufgebracht hat, von dem noch festzustellenden Vater und der Mutter zurückfordern.

In den aktuellen familienrechtlichen Regelungen wird die Vaterschaft bei einer Ehe weiterhin vermutet. Es wäre ja denkbar, dass auch Ehemänner ihre Kinder explizit anerkennen müssten. Aber dies ist nicht so. Man geht davon aus, dass ein Paar mit der Heirat die Verantwortung für von der Frau in der Ehe geborene Kinder übernimmt, auch ohne dass dies im Einzelnen explizit bestätigt werden müsste. Die Begründung der gemeinsamen Verantwortung geht eher auf das Eheversprechen und die gelebte Beziehung der Gatten zurück als auf einen detaillierten Vertrag. Der Jurist Hesral beschreibt:

Der bewußt auf die Entstehung neuen Lebens zielende Zeugungsakt findet normalerweise innerhalb einer ehelichen Beziehung statt. Die getroffenen Ehevereinbarungen, die im Spannungsfeld von schuldrechtlichen Verpflichtungen und Eherecht stünden, entziehen sich [...] in der Regel mangels Rechtsfolgewillens der Erfassung als Rechtsgeschäft: sie würden 'schlicht gelebt' und bezögen ihren Geltungsgrund weniger aus rechtsgeschäftlicher Verbindlichkeit als vielmehr aus dem Gedanken der Bindung an zurechenbar geschaffenes *Vertrauen*.⁶⁶

Rechtlich gesehen schaffen Vertrauen bzw. die gelebte (eheliche oder partnerschaftliche) Beziehung eine schützenswerte Bindung, und aus der Anerkennung der Bedeutung dieser Bindung heraus wurden heimliches Misstrauen und heimliches Testen verboten, weil sie die Bindung zerstören würden.

65 Ausgenommen sind bestimmte behördlich beauftragte Tests im Rahmen der Aufenthaltsbestimmungen im Ausländerrecht.

66 Hesral 1990, 26 (meine Hervorhebung).

Mit der rechtlichen Vaterschaftsvermutung wird pauschal anerkannt, dass das Binnenverhältnis zwischen Ehegatten auf Vertrauen beruht und dass es nicht erforderlich ist, nach dem Vater zu fragen. Das Recht gibt keinen Anlass für eine „Vertrauens-“ oder „Vaterschaftsfrage“. Auch bei nicht verheirateten Paaren gibt es eine rechtliche Vermutung bezüglich des Vertrauensverhältnisses. Hier entsteht die Vaterschaft mittels der Anerkennung durch den Mann. Ist diese Anerkennung vollzogen, so gilt das Verhältnis der Eltern als Vertrauensverhältnis wie die eheliche Partnerschaft auch: Die Anerkennung wird nicht überprüft, sondern es gilt die Vermutung, dass der Anerkennende der Vater ist.

Der rechtliche Vertrauensschutz hat auch zur Folge, dass keine Behörde sich in die Beziehung eines Paares einmischen darf.⁶⁷ Die Möglichkeit einer staatlichen Intervention käme einer pauschalen Misstrauensvermutung gleich. Auch Ramm sieht einen Schutz der Ehe vor Rechtseingriffen als begründet an. Man geht nicht davon aus, dass Täuschungsversuche zur Tagesordnung gehören, daher wäre eine regelmäßige Einmischung bzw. Überprüfung unangemessen.

Wer die Respektierung der Ehe als Intimsphäre der Gatten nicht als Begründung akzeptiert, gerät in Schwierigkeiten, da die Ehe als engste menschliche Dauerbeziehung ein *Vertrauensverhältnis* zwischen den Ehegatten schafft, das ein wechselseitiges ‘Hereinlegen’ in Elementarbereichen wie der Fortpflanzung ausschließt.⁶⁸

Auch die Partnerschaft eines nicht verheirateten Paares beruht auf einer Vertrauensbeziehung, in der die Partner bestimmte Situationen erst mal untereinander austragen, weil keine automatischen Rechtseingriffe vorgesehen sind: So beschreibt Ramm im Hinblick auf eine Schwangerschaft die Lebensgemeinschaft als eine „Risikogemeinschaft eigener Art zwischen den Sexualpartnern, die die fahrlässige, und zwar selbst grob fahrlässige, Nichteinnahme der ‘Pille’ durch die Frau einschließt“.⁶⁹ Für Lebensgemeinschaften werden also durchaus der Ehe analoge gegenseitige Verpflichtungen und geteilte Risiken der Partner angenommen. In der Folge kann der Mann also verpflichtet werden, für ein gemeinsames Kind Unterhalt zu zahlen, selbst wenn er kein Kind wollte und die Partnerin ihm versprochen hatte, die Pille zu nehmen.

Recht schützt Vertrauen, indem es nicht zu Vertrauen verpflichtet: Wer etwa misstrauisch geworden ist, kann nicht gezwungen werden zu vertrauen. Vertrauen muss freiwillig geschenkt werden und gelingt in der Regel, aber wo es nicht (mehr) da ist, brauchen Familien Sicherheit, die

67 Abgesehen vom Sonderfall der behördlichen Anfechtung, vgl. Abschnitt 6.3.1.3.

68 Ramm 1989a, 865 (meine Hervorhebung).

69 Ebd., 866.

z. B. durch das Familienrecht gestiftet wird. Die Sicherheit besteht auch darin, dass das Familienrecht dem Wunsch nach Klärung einen Platz einräumt, ihn anerkennt und reguliert, damit etwaiges Misstrauen sich nicht ausweitet. So ist z. B. festgelegt, wer einen Anspruch auf Klärung der Vaterschaft hat und wer nicht: Der rechtliche Vater, die Mutter und das Kind dürfen einen Test fordern, die Großeltern dagegen nicht.

Nicht jeder darf eine bestehende Vaterschaft anzweifeln, ebenfalls darf man einem Verdacht nicht ohne Weiteres selbständig nachgehen: Keiner hat das Recht, einen genetischen Vaterschaftstest heimlich durchzuführen. Wer den Verdacht hat, getäuscht worden zu sein, und eine Anfechtung der Vaterschaft vornehmen möchte, muss seinen „begründeten Anfangsverdacht“⁷⁰ angeben. Das ist ein schwieriger Punkt: Im Grunde kann man nicht oder nur schwer zwischen subjektiven und objektiven (eben „begründeten“) Verdachtsgründen unterscheiden, z. B. zwischen „objektiven“ Fakten und ihrer „subjektiven“ Interpretation. Für das Phänomen des Verdachts ist es charakteristisch, dass es verschiedene Erklärungen geben kann und dass es noch keinen Beweis gibt.⁷¹ Es gilt daher die im Strafrecht übliche Unschuldsvermutung, die auch als eine Regulierung von Misstrauen zu verstehen ist. Das Rechtssystem kann nur der Staatsanwaltschaft, nicht aber den Einzelnen erlauben, eigenmächtig zu überprüfen, ob ein Verdacht zutreffend ist oder nicht, da diese Prüfung die Schuld schon als vorhanden voraussetzen würde. Ob jemand unter Verdacht gestellt bzw. einer Straftat beschuldigt werden darf, ist keine private Entscheidung – selbst wenn es „nur“ um eine Täuschung und nicht um Mord geht. Die Staatsanwaltschaft sowie die Ermittlungsbehörden verfügen über eigene Mechanismen, die die Begründetheit der Verdächtigung von Personen – und damit ihre Urteilsfähigkeit – automatisch objektiv überprüfen, indem sie explizit und nachprüfbar formuliert werden müssen.

Das gesetzliche Verbot heimlicher Vaterschaftstests im Gendiagnostikgesetz hängt mit dieser Konstellation zusammen: Eine Privatperson darf nicht heimlich Beweise sammeln, um einen Verdacht zu überprüfen. Selbst etwa die Polizei muss bei Ermittlungen das Einverständnis eines Richters bzw. der Staatsanwaltschaft einholen, wenn Verdächtige heimlich belauscht werden sollen. Das darf eine Privatperson nicht eigenmächtig tun, denn mit heimlichen Beweismitteln gäbe es Möglichkeiten der Erpressung.

70 Vgl. Grün 2003, 133.

71 Vgl. das berühmte suspense-Motiv etwa bei Hitchcocks „Fenster mit Aussicht“: War es Mord oder ist die Frau nur verreist?

2.5.2 Verhältnis von Vertrauen und empirischem Wissen – im Spiegel des Rechts

Ein zentrales Thema dieses Kapitels war das Verhältnis von Vertrauen und dem Wunsch nach Klärung der Abstammung. Für die meisten Partner ist die Vaterschaft in den Kontext ihrer gelebten Beziehung und ihres Vertrauensverhältnisses eingebettet, so dass sich eine *Frage* nach dem Vater gar nicht stellt, denn es ist ihnen klar, wer der Vater ist. Ein Vaterschaftstest wäre überflüssig. Es gibt daneben Situationen, in denen jemand oder eine Familie sich fragt, ob der Vater auch der leibliche Vater des Kindes ist. Entsteht der Wunsch nach Klärung der Abstammung – ob aus konkreter Unsicherheit oder aus allgemeinem Misstrauen –, so hilft der Hinweis auf Vertrauen nicht weiter, denn Vertrauen kann nicht eingefordert werden. Den Männern oder Paaren, die sich eine Klärung der Abstammung wünschen, kann ein Vaterschaftstest nicht vorenthalten werden mit dem Verweis darauf, dass sie vertrauen müssten. Die Abstammung ist hier fraglich geworden, und der Wunsch zu testen kann ein Weg sein, sich die Frage zu beantworten.

Das Familienrecht spiegelt den Vorrang von Vertrauen wider, indem es die Vaterschaft wie in der Rechtstradition so auch heute durch eine Vermutung begründet: Es wird vermutet, dass der Ehemann bzw. der die Vaterschaft Anerkennende der Vater des Kindes sei, ohne dass die Abstammung des Kindes vom Vater explizit überprüft wird. Damit setzt das Familienrecht voraus, dass die Partner in einer Vertrauensbeziehung leben. Dieses Vertrauen als Glaube an den anderen darf das Recht nicht durch eine Überprüfung ersetzen, weil in ihm auch eine für die Gesellschaft wichtige Grundlage liegt. Zugleich räumt das „Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“ seit 2008 jedem Familienmitglied die Möglichkeit ein, die Abstammung mit einem privaten Vaterschaftstest zu klären. Der Wunsch, wissen zu wollen, kann mit rechtlicher Hilfe durchgesetzt werden. Der Wunsch nach Klärung der Abstammung ist aber nicht deshalb rechtlich durchsetzbar, weil etwa anerkannt würde, dass Vertrauen *unsicher* sei – sondern weil anerkannt wird, dass eine Klärung für denjenigen, der in dieser Frage misstrauisch oder unsicher ist, die Chance für eine Fortsetzung der Familienbeziehung bieten kann. Dabei gehe ich davon aus, dass das Misstrauen oder die Unsicherheit nicht durch die Verfügbarkeit von Vaterschaftstests ausgelöst wird. Neu ist dagegen seit der Verfügbarkeit des genetischen Vaterschaftstests, dass in einer Situation, in der die Abstammung fraglich geworden ist, eine Entscheidung für Vertrauen als Erwartungshaltung schwerer fallen kann. Verglichen mit Wissen kann dieses Vertrauen für

unsicher gehalten werden.⁷² Es sind also nicht direkt die Vaterschaftstests, die Vertrauen schwächen oder Misstrauen hervorrufen; vielmehr machen sie stärker deutlich, wo Vertrauen gelingt und wo es leise Zweifel gibt. Problematisch wird es, wenn man meint, empirisches Wissen könnte das grundlegende Vertrauen vom Typ des Glaubens ersetzen und überflüssig machen, denn für ein familiäres Zusammenleben ist Vertrauen unverzichtbar: Man braucht sowohl das grundlegende Vertrauen als auch ein bewusstes Einstehen füreinander.

Wie hängen nun diese Ebenen miteinander zusammen? Das Vertrauen vom Typ des Glaubens wird als Grundlage vorausgesetzt. Die Klärung der Abstammung durch einen genetischen Vaterschaftstest ist eine zusätzliche Option, die als solche die Vertrauensverhältnisse nicht stört – insbesondere wenn diese Option klug reguliert und eben nicht damit begründet wird, dass Vertrauen eine unsichere Grundlage sei, sondern damit, dass es im Zweifelsfall Alternativen zum Vertrauen geben muss. Somit dient die Testoption der rechtlichen Regulierung von Misstrauen und dadurch auch dem Schutz von Vertrauen. Es ist also wichtig, dass es ein sorgfältig abgestimmtes rechtliches Gefüge dieser beiden Konstellationen gibt: Die Vaterschaftsvermutung bei Ehe und Anerkennung als traditionell vorrangige Regelung, weil sie dem Alltag bzw. dem Vertrauensverhältnis der meisten Paare entspricht, sowie die Ausnahmeregelung der Abstammungsklärung für die Fälle, in denen eine Unsicherheit oder Misstrauen aufgekommen sind und die Entscheidung für eine Überprüfung getroffen wurde. Die Vaterschaftsvermutung, die sich auf die Vertrauensbeziehung des Paares stützt, muss dabei den Vorrang behalten.

Um dieses grundlegende Vertrauen zu beschreiben, in dessen Rahmen die meisten Partnerschaften stehen und Vaterschaft in der Regel entsteht, wurde Simmels Begriff des Vertrauens vom Typus des Glaubens aufgegriffen. Dieses Vertrauen bildet die Grundlage für jedes soziale Vertrauen und steht jenseits von Wissen: Es geht beim Glauben nicht um so

72 Ich verwende hier einen engen Wissensbegriff, der auf empirische Vergewisserung und Überprüfung ausgerichtet ist. Vertrauen von dem Typ, der von Luhmann und Simmel als eine Mischung von Wissen und Nichtwissen beschrieben wird, schafft eine Sicherheit, die hier nicht mit diesem engen Wissensbegriff abgedeckt ist. Man könnte natürlich umgekehrt vorgehen und mit einem lebensweltlichen Wissensbegriff arbeiten, der so weit ist, dass er die vertrauensvolle Sicherheit einschließt. Damit könnte man erklären, dass jedes Wissen in Vertrauen gründet und vom Vertrauen her überhaupt erst seine Gewissheit erhält. (In dem Sinn spreche ich teilweise mit dem Verb „wissen“ davon, dass ein vertrauender Vater „weiß“, dass er der Vater ist.) Meine Entscheidung für einen engen Wissensbegriff soll nicht bedeuten, dass ich das vertrauensvolle Sich-gewiss-Sein gegenüber dem empirischen Wissen herabqualifiziere. Insgesamt werde ich häufig auch von Formen der „Vergewisserung“ sprechen, um in einem neutraleren Sinn besonders die historischen Praktiken anzusprechen, die eingesetzt wurden, um die Vaterschaft vor Gericht zu prüfen.

etwas wie „wissendes Nichtwissen“⁷³, sondern um eine andere Art der Sicherheit. Vertrauen vom Typus des Glaubens wirkt immer schon da, wo Fragen nach Wissen oder Nichtwissen noch gar nicht präsent sind, wo wir aber bereits anderen Menschen vertrauen und im Alltag Verantwortung für andere übernehmen. Wer in diesem Sinne daran glaubt, der Vater eines Kindes zu sein, wird auch kaum davon zu überzeugen sein, dass ein Vaterschaftstest ihm Gewissheit geben könnte, denn er ist sich der Vaterschaft schon gewiss. Empirische Beweise sind für ihn überflüssig. Wenn Vertrauen aber generell als *Leichtgläubigkeit* in Verruf gerät, werden die Funktionalität und die Notwendigkeit von Vertrauen in persönlichen Beziehungen ignoriert. Durch die technische Möglichkeit und die alltägliche Verfügbarkeit des genetischen Vaterschaftstests wird deutlich gemacht, wo Vertrauen funktioniert und wo jemand ein Wissensdefizit verspürt, das aus Unsicherheit oder aus Misstrauen herrühren kann.

Nach dieser systematischen Betrachtung von Vertrauen und Misstrauen sowie ihrer rechtlichen Regulierung soll der Blick auf die Geschichte gerichtet werden. Die Vaterschaftsvermutung (früher Ehelichkeitsvermutung) hat eine lange rechtliche Tradition. Die Ehe als Vertrauensbeziehung zu betrachten ist dagegen relativ neu: Noch im 20. Jahrhundert unterstand die Ehefrau der Gewalt des Ehemannes, und die familiäre Beziehung stand im Zeichen der väterlichen Autorität. In einem Rückblick soll untersucht werden, worauf die Ehelichkeitsvermutung gegenüber dem Vater beruhte und wie sie angefochten werden konnte. Ferner stellt sich die Frage, wie das Familienrecht die im 20. Jahrhundert entstandene Möglichkeit der Überprüfung der Vaterschaft in seine Tradition der Vaterschaftsvermutung aufgenommen hat. Auch die Vorgeschichte des „Rechts auf Kenntnis der Abstammung“ ist zu betrachten.

73 Vgl. die Betonung von Wissen als Bezugsproblem von Vertrauen bei Luhmann 1968 und Kaminski 2010a.

3. *Vaterschaft im Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794*

3.1 Einleitung

In diesem Kapitel soll am Beispiel des *Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten* (ALR) untersucht werden, welche Formen von Vaterschaft das Recht um 1800 kannte und wie es sie definiert hat. Das ALR wurde als Beispiel gewählt, weil in Preußen Ende des 18. Jahrhunderts ein Unehelichenrecht als Teil des Familienrechts entstanden ist, das in fürsorglicher Absicht einen Unterhaltsanspruch für alle unehelichen Kinder einführte. Zu der Zeit war gerade die strafrechtliche Verfolgung von außerehelichem Geschlechtsverkehr („Unzucht“) aufgegeben worden, was die Voraussetzung dafür war, sich im Zivilrecht um uneheliche Vaterschaft zu kümmern.

Vaterschaft im vollen rechtlichen Sinne entstand automatisch bei verheirateten Paaren: War die Mutter eines Kindes verheiratet, so war das Kind ehelich, und der Ehemann der Mutter galt rechtlich als Vater (Ehelichkeitsvermutung). Die Vermutung zugunsten des Ehemannes sicherte dem Mann die väterliche Autorität: Der Vater kann selbst entscheiden, ob er das Kind auch als eheliches anerkennt oder ob er die Vaterschaft anfigt. An der konkreten Gestaltung der Vaterschaftsvermutung und ihrer Grenzen lässt sich ablesen, wie weit die Autorität des Vaters rechtlich vor Eingriffen geschützt wurde. Die rechtliche Position der Väter unehelicher Kinder sah dagegen ganz anders aus: Auch wenn das ALR sich auf die Suche nach den Vätern begab, um den Unterhaltsanspruch der Kinder umzusetzen, so hatte doch die uneheliche Vaterschaft eine Sonderstellung im Familienrecht inne: Sie wurde nur zu unterhaltsrechtlichen Zwecken festgestellt und stellte keine rechtliche Verwandtschaft her. Die gegenseitigen Rechte bzw. Pflichten beschränkten sich im Wesentlichen auf diese finanzielle Ebene, die zu regeln vom staatlichen Interesse angetrieben war. Ein Mann, der als Vater eines unehelichen Kindes beklagt wurde, konnte die Vaterschaft leugnen durch den Nachweis, dass er keinen Geschlechtsverkehr mit der Mutter vollzogen hat.

Diese konkrete Tat war für den Vater eines ehelichen Kindes kein relevanter Anhaltspunkt. Auch ein von der Mutter außerehelich gezeugtes Kind konnte als eheliches anerkannt werden. Die eheliche Vaterschaft be-

ruhte also auf einer Vermutung aufgrund der Ehe, während die Unterhaltspflicht bei unehelichen Kindern auf einer Art Täterschaft basierte. Diese Unterscheidung ist besonders wichtig: Zwar entsteht mit dem ALR eine Unterhaltspflicht und damit eine Art von „finanzieller Vaterschaft“ – die wurde aber streng von der eigentlichen rechtlichen Vaterschaft getrennt. Untersucht werden sollen auch Formen der Vergewisserung über Vaterschaft, die damals zum Einsatz kamen. Im Familienrecht gab es verschiedene Orientierung schaffende Regelungen, die in strittigen Fällen – wenn etwa der Vater die Vaterschaft bestritt – die Zuordnung eines Vaters zu einem Kind ermöglichen sollten.

Vorweg werden einige begriffliche Unterschiede zwischen „*familia*“, „Haus“ und „Familie“ erläutert, die die rechtliche Perspektive auf das verwandtschaftliche Zusammenleben von Menschen einführen, aber nicht allein rechtliche Begriffe sind. Diese Begriffe erlauben auch, Überschneidungen zu politischen und wirtschaftlichen Zusammenhängen deutlich zu machen. Ferner soll es um die rechtliche Vorgeschichte und den Kontext des *Allgemeinen Preussischen Landrechts* (ALR) gehen, bevor die konkreten Regelungen zu ehelicher und unehelicher Vaterschaft im ALR untersucht werden.

3.2 Vaterschaft und Familie im Kontext des 18. Jahrhunderts

In diesem ersten Abschnitt wird die Geschichte der sozialen, wirtschaftlichen und nicht zuletzt rechtlichen Einheit betrachtet, für die Vaterschaft und, darüber vermittelt, die Erbfolge konstitutiv war: Zu unterschiedlichen Zeiten nannte sich diese Einheit im deutschsprachigen Raum mal *familia*, mal Sippe, mal Haus oder häusliche Gemeinschaft, erst spät dann Familie. Dabei wird die Verbindung von Vaterschaft und Ehe betrachtet, wodurch klar wird, dass die verwandtschaftliche Zugehörigkeit unehelicher Kinder rechtlich stark von der Situation innerhalb einer Familie unterschieden wurde. Da diese Kinder außerhalb der beschriebenen familiären Einheit standen und auch lange Zeit nur im Strafrecht, etwa wegen des außerehelichen Geschlechtsverkehrs ihrer Eltern, behandelt wurden, waren ihr Status und ihre bürgerlichen Rechte umstritten. In diesem Kapitel werden die Rechtsänderungen im Kontext der Wende zum 19. Jahrhundert zentral sein, daher wirft dieser Abschnitt einleitend einen Blick auf das Ende des 18. Jahrhunderts.

3.2.1 „Familie“ und benachbarte Begriffe

Dass Verwandtschaft und Elternschaft im Recht geregelt werden, hat zum einen schon eine lange Tradition, zum anderen aber ist „Familie“ ein vergleichsweise junger Begriff und noch nicht lange Gegenstand des Rechts. An dieser Stelle soll sowohl den Begriffen als auch den Beziehungsphänomenen ein Stück weit nachgegangen werden, damit verständlich wird, worum es dem Recht geht. Denn einerseits bezeichnen die Begriffe *familia*, Haus, Hausgemeinschaft oder häusliche Gesellschaft und Familie Unterschiedliches, und zugleich finden wir auch unterschiedliche Ensembles und Kontinuitäten von lokalen, sozialen, gewaltherrschaftlichen, verwandtschaftlichen, vermögens- und sorgerechtlichen Beziehungen zwischen Menschen, die zusammenleben.

Bei den Römern bezeichnete die *gens* einen Stamm, ein Geschlecht, also eine „Familie“ im größeren Sinne. Dazu zählten alle, die von einem Stammvater abstammten. Ein Geschlecht hatte z. B. seinen eigenen Ahnenkult und eigene Feierlichkeiten. Anfangs waren nur die patrizischen Familien *gentes*. Demnach gehörte nicht jede Familie zu einem Geschlecht. Eine plebejische Familie, die keinem Geschlecht angehörte, hatte keinen Ahnenkult. Mitterauer definiert ein Geschlecht als „eine tatsächliche bzw. geglaubte Abstammungsgemeinschaft von Personen“⁷⁴. Den römischen *gentes* entsprach bei den Germanen die sogenannte „feste Sippe“, ein auf „Männerverwandtschaft beruhender Verband“⁷⁵.

Von den *gentes* oder den Familien in diesem größeren Sinn unterschieden waren die *familiae*. Zuerst wird die *familia* des Römischen Reiches erklärt, damit der Ursprung des Begriffs deutlich wird und von dem jüngeren Begriff der „Familie“ unterschieden werden kann.⁷⁶ Die *familia* war eine wichtige Kategorie in Bezug auf den Status eines römischen Bürgers.⁷⁷ Für die Frage nach dem Status einer Person kannte man damals eine Hierarchie von Unterscheidungen: Als erstes unterschied man alle Menschen in Freie und Sklaven. Die freien Menschen wiederum teilten sich in römische Bürger und Fremde (diese waren Gäste oder Feinde). Jeder Bürger nun gehörte zu einer *familia* und hatte innerhalb dieser eine bestimmte Position: Es gab den Hausvater (*pater familias*)⁷⁸, die ihm übergebene Ehefrau (*uxor in manu*), die Hauskinder (*in potestate*) sowie

74 Mitterauer 1984b, 24.

75 Ebd., 26.

76 Der griechische Begriff für den Bereich der Hausgemeinschaft wäre *oikos*. Allerdings hatte die griechische Gesellschaft eine andere Form als die römische bzw. sie begann sich erst mit dem Gesetzgeber Solon als eine politische Gemeinschaft mit Gesetzen und politischer Gestaltung zu bilden, daher lässt sich die Bedeutung des *oikos* hier nicht so einfach vergleichen. Vgl. Schmitz 2004, 9 ff.

77 Zum Folgenden vgl. Hausmaninger 1997.

78 Vgl. Abschnitt 3.3.1.

das Dienstpersonal (*in mancipio*). Alle vom Vater als eheliche Kinder angenommenen Kinder gehörten zur *familia*: Die Verwandtschaft war die Grundlage der Zugehörigkeit, aber im Wesentlichen bedeutete das Verwandtschaftsverhältnis die Gewaltunterworfenheit unter den *pater familias* und diese Gewaltunterworfenheit war das Medium der Zugehörigkeit. Außer durch die Anerkennung als eheliches Kind konnte diese Beziehung durch einen (Dienst-) Vertrag oder durch die Adoption eines Kindes erzeugt werden.

Im römischen Recht war die *familia* monogam angelegt, die germanischen Sippen dagegen waren es nicht – allerdings blieben die meisten Männer aus finanziellen Gründen monogam.⁷⁹ Die Sippe war genossenschaftlich organisiert: „Versorgung und Erziehung der Kinder [war] Aufgabe der Sippe als Solidargemeinschaft.“⁸⁰ Für die Zugehörigkeit zur Sippe galten andere Kriterien als für die Zugehörigkeit zu einer römischen *familia*, denn für die Germanen war die Geburt durch eine freie Mutter entscheidend, nicht etwa die Ehelichkeit des Kindes. War die Mutter eine Freie, so musste der Vater in Form eines Rituals die Aufnahme des Kindes in seine Sippe öffentlich zelebrieren. Durch diese Aufnahme bekam das Kind den Status einer Person und fiel unter den Schutz der Sippe.⁸¹

Zu einer *familia* im römischen Recht gehörte, wer in rechtlich bestimmter Beziehung zu deren Hausvater stand. Entsprechend gehörten Kinder, die aus der Gewalt des Vaters emanzipiert worden waren, nicht mehr zur *familia*. Rechtlich relevante Verwandtschaft mit dem Vater war eine zeitlich befristete Beziehung. Der Status der Gewaltunterworfenheit hatte in vermögens- und versorgungsrechtlicher Hinsicht Bedeutung: Alles, was die Mitglieder der *familia* erwirtschafteten, ging in den Besitz des Hausvaters ein. Dieser wiederum hatte die Pflicht, aus diesem Vermögen alle zu ernähren.

In der Zeit, in der das erste europäische Privatrecht entstanden ist, war Verwandtschaft bzw. die Zugehörigkeit zur *familia* ein sehr stark an Rechten und Pflichten orientiertes Verhältnis, das die wirtschaftliche Einheit der *familia* unter der Leitung des Hausvaters handlungsfähig machte, indem es ganz klare Beziehungen festlegte. Diese verwandtschaftlichen Verantwortlichkeiten konnten eigenmächtig vom Hausvater eingegangen sowie auch beendet werden. Für den Fall seines Todes wurden sowohl das Erbe wie auch der Übergang der Unterworfenen aus seiner Gewalt in Freiheit oder in eine andere Gewalt geregelt. Auch für die Erben war nicht die Verwandtschaft Voraussetzung, sondern die aktuelle Hausgenossenschaft: Bereits emanzipierte Kinder erbten nicht, wohl aber adoptierte

79 Vgl. Schmitz 2000, 6.

80 Ebd., 177.

81 Vgl. ebd., 8.

Kinder, die zum Zeitpunkt des Todes unter der Gewalt des Vaters gestanden hatten.

Im Mittelalter bezeichnete man dann im deutschen Raum mit *familia* ganz Verschiedenes. In der germanischen Tradition meinte *familia* den eigenen, vom Grundherrn unabhängigen Haushalt eines Mannes mit Frau, Kindern und Knechten. In der mittelalterlichen Terminologie des Hauses hat man diese Form der *familia* ganz anschaulich „die Hier-Wohnenden“ genannt, auf Althochdeutsch *hîwon* oder *hîwun*.⁸² Aber im Hochmittelalter konnte die *familia* auch die Bedeutung einer grundherrschaftlichen Zugehörigkeit haben, d. h. man sprach von *familia* „als dem einheitlichen Verband aller Hörigen eines Grundherrn“, was an die Idee einer klösterlichen familiären Gemeinschaft erinnert.⁸³ Kroeschell betont, dass man keine eindeutige Kontinuität der grundherrschaftlichen mit den germanischen Haushaltsformen herstellen kann: „Im Gegenteil waren zwei unterschiedliche Vorstellungswelten zu erkennen: einmal die einheimisch-germanischen *hîwon*, die *familia* im Sinne des bäuerlichen Haushalts, und zum anderen die *familia* der spätantiken Großgrundherrschaft, eingedeutscht als *hîwiski* und besonders wirksam als Trägerin des kirchlichen Gedankens von der *familia* Gottes, seiner Heiligen oder eines Klosters.“⁸⁴

Anhand dieser Zusammenhänge von *familia* und wirtschaftlicher Unabhängigkeit – mit oder ohne eigenen (Groß-)Grundbesitz – wird klar, dass einem Vater die Leitung eines eigenständigen Haushaltes oblag und die Zugehörigkeit zu einer *familia* sich über die Beteiligung an diesem Haushalt ergab. Die alte Funktion des Hauses als wirtschaftlich selbständiger Gemeinschaft hatte auch finanzielle Anforderungen an die Personen zur Folge, die eine Ehe schließen und ein eigenes Haus gründen wollten: Frauen aus armen Familien, die keine Aussteuer mitbrachten, mussten von früher Jugend an viele Jahre als Mägde arbeiten, um sich die Aussteuer selbst zusammenzusparen. Sie arbeiteten als ledige Frauen, bis sie etwa 30 oder 35 Jahre alt waren und genug für ihre Aussteuer gespart hatten. Ähnlich erging es Männern, die sich teilweise auch erst nach dem Tod ihrer Eltern mit einem geerbten Hausstand niederlassen konnten. Weil eigener Besitz eine Voraussetzung für die Ehe war, lag noch im 19. Jahrhundert das durchschnittliche Heiratsalter relativ hoch, und es gab viele Arme, denen eine Eheschließung nicht möglich war. Uneheliche bzw. voreheliche Kinder zu haben, war deshalb in diesen Schichten relativ verbreitet und wurde auch toleriert, sofern diese Kinder aus Liebschaften von Personen hervorgingen, die die Heiratsvoraussetzungen noch nicht erfüllten, aber die Eheschließung anstrebten. Eheliche Elternschaft bildete also

82 Vgl. Kroeschell 1968, 28.

83 Ebd., 33.

84 Ebd., 36.

das Vergleichsmodell für alle Formen von Elternschaft. Es war über lange Zeit auch üblich, dass beide Partner arbeiteten. Die Frau half entweder ihrem Mann bei seiner Tätigkeit oder übernahm Arbeiten für andere. Vor diesem Hintergrund fungierte die *familia* als wirtschaftliche Einheit, und das Wirtschaften war eine Tätigkeit, die „im Haus“ ausgeführt wurde. Für das Mittelalter wie für die frühe Neuzeit hält Brunner fest: „Die Ökonomie als Lehre vom Oikos umfaßt eben die Gesamtheit der menschlichen Beziehungen und Tätigkeiten im Hause, das Verhältnis von Mann und Frau, Eltern und Kindern, Hausherrn und Gesinde (Sklaven) und die Erfüllung der in Haus und Landwirtschaft gestellten Aufgaben.“⁸⁵ Später, in der Neuzeit, wurde *Ökonomie* zu einem Begriff, der sich auf das Wirtschaften als Teil des Regierens einer Nation bezog.

Im 18. und 19. Jahrhundert veränderten sich die Regierungsformen der Staaten, und auch am Konzept des Hauses lassen sich Veränderungen erkennen: Das Haus gab seine Autarkie auf, die Arbeitsteilung nahm zu, das städtische Zusammenleben schaffte neue Arbeitsformen wie Werkstätten oder reisende Kaufleute, der Besitz wurde mobilisiert, und neue Formen des Kapitalerwerbs und der -weitergabe entstanden, neue Forderungen an das gesellschaftliche Zusammenleben wurden laut („Gleichheit“) – und im Kontext dieser Veränderungen tauchte ein neuer Rechtsbegriff auf: die *Familie* in der Bedeutung von Kernfamilie.⁸⁶

Natürlich gab es den Begriff der Familie als Bezeichnung für eine zusammenlebende Gruppe schon länger, aber in dem modernen Verständnis als den direkt miteinander verwandten Personen hatte es noch keine Bedeutung. „Familie“ stand neben den Begriffen „Haus“ und „Haushalt“ und wurde viel seltener verwendet. Familie hatte, wie das Haus auch, eher eine funktionale als eine genealogische Bedeutung.⁸⁷

Im *Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten* (ALR) wurde zum ersten Mal der Begriff der „Familienrechte“⁸⁸ verwendet, wobei im Konkreten eher von der „häuslichen Gesellschaft“ die Rede war, die Eltern, Kinder und Gesinde umfasste.⁸⁹ „Zweck dieser Sozialform ist nicht primär Herrschaft (zu der auch in den alteuropäischen Sozialformen die Schutzfunktion gehört), sondern die Sicherung von Unterhalt, der Nahrung“, etc.⁹⁰ Das ALR definiert die häusliche Gemeinschaft folgendermaßen:

85 Brunner 1968, 105.

86 Vgl. Artikel „Familie“ im Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte.

87 Vgl. Haverkamp 1984, XII; Mitterauer 1984c, 7.

88 Vgl. Köbler 1984, 136, der auf das Deutsche Rechtswörterbuch verweist.

89 Vgl. Dörner 1974, 25.

90 Dilcher 1997, 58 f.

§. 3. Die Verbindung zwischen Ehegatten, ingleichen zwischen Aeltern und Kindern, macht eigentlich die häusliche Gesellschaft aus.

§. 4. Doch wird auch das Gesinde mit zur häuslichen Gesellschaft gerechnet.⁹¹

Im „Zweiten Theil“ des ALR geht es um die Familiensachen: Im ersten Titel um die Ehe, dann um das Verhältnis der Eltern zu den Kinder (gegenseitige Rechte und Pflichten), der dritten Titel handelt „Von den Rechten und Pflichten der übrigen Mitglieder einer Familie“ (ALR II, 3), wozu weitere Verwandte, aber kein Gesinde zählt. Man beachte hier den neuen Unterschied zwischen der Familie als den Verwandten und der häuslichen Gesellschaft als Haushalt inklusive Gesinde. Schließlich folgt „Vierter Titel: Von gemeinschaftlichen Familienrechten“ (ALR II, 4). Darin geht es hauptsächlich um vermögensrechtliche Fragen, die die Familie betrafen, etwa die sogenannten Familienfideikommisse, die unveräußerliches Familienvermögen darstellten und zur Erhaltung des Ansehens von Familien dienten, die z. B. eigenen Grund besaßen.

Für die Familie wurde die Abstammung zum zentralen Kriterium, nachdem das Haus die Bedeutung einer wirtschaftlichen und herrschaftlichen Einheit mehr und mehr verloren hatte. Formal blieben die Funktionen des Status, der Familienzugehörigkeit eines Kindes, zwar bestehen: Der Vater hatte die väterliche Gewalt inne, er musste für seine Kinder sorgen und vererbte an sie. Aber die Gewichtung dieser Funktionen wandelte sich. Familienrecht – inklusive Erb- und Unterhaltsrecht – hatte sich nun an (staats-)wirtschaftlichen Vorgaben zu orientieren, während früher das Privatrecht die wirtschaftliche Eigenständigkeit des Hauses zu sichern bedacht war. So interessierten sich die Staaten seit dem 18. Jahrhundert auch ganz besonders für die Autorität in der Ehegesetzgebung, die traditionell den Kirchen vorbehalten war. Die sozialen Funktionen der Ehe und Familie wurden interessant.

Das Entstehen von „Familie“ in dem Sinne, wie wir sie heute als verwandtschaftsbasierte Kernfamilie verstehen, kann man im 18. Jahrhundert also an verschiedenen Veränderungen beobachten: Z. B. veränderte sich die Integration der Erwerbstätigkeit in die Familie. Während zuvor oft das Haus der Ort des gemeinsamen Wohnens wie auch Arbeitens war, so trennte sich die Arbeitsstätte räumlich mehr und mehr von der Wohnung. Mit dieser Veränderung der Arbeitsverhältnisse ging auch eine Veränderung der Beziehung zu den Knechten und Mägden einher. Dieses Dienstverhältnis wurde sachlicher und weniger persönlich. Während das Gesinde früher zum Haus, also quasi „zur Familie“ gehörte und vom Familienvater versorgt wurde, wurden die Knechte und Mägdle später zu Mitarbeitern im

91 ALR I, 1.

Betrieb oder zu Hausangestellten mit einem vertraglichen Verhältnis.⁹² Nicht nur die sozialen und arbeitstechnischen Verhältnisse, auch die finanziellen Abhängigkeiten innerhalb der Familie änderten sich, wenn auch erst später: Gegen Ende des 19. Jahrhunderts und mit Hilfe des Einsatzes der Gewerkschaften stiegen die Löhne so weit, dass auch ein Mann aus einfachen Verhältnissen in der Lage war, mit seinem Einkommen die ganze Familie allein zu ernähren. Auch die neuen Sozialversicherungen, die z. B. Lohnfortzahlungen im Krankheitsfall garantierten, sahen ihn in einer verantwortungsvollen Position.

3.2.1.1 *Familiengründung als Privileg von verheirateten Paaren*

In Zeiten, in denen die Ehe die mehr oder weniger einzige legitime Form des Zusammenlebens von Mann und Frau und der Fortpflanzung darstellte, war die Regulierung von Eheschließung und Ehescheidung eine zentrale Rechtskompetenz. Im römischen Recht war die Ehe noch nicht so exklusiv die einzige mögliche Form des Zusammenlebens, und sie war auch prinzipiell trennbar, daher war das Eherecht auf Eheverbote (zwischen Verwandten) und auf Sanktionen gegen Ehebruch beschränkt. Neben der Ehe gab es auch nichteheliche Lebensgemeinschaften mit Kindern, die zwar rechtlich nicht explizit behandelt wurden, die aber auch keinen moralischen Sanktionen unterlagen. Die wichtige Gemeinsamkeit war die Monogamie.

Die Ehe stellte eine freie Vereinbarung, einen Vertrag zwischen zwei bürgerlichen Personen dar und beruhte auf dem Willen der Partner. Im altrömischen und im klassischen römischen Recht war die Ehe „ein hauptsächlich außerrechtlich (sozial) geordnetes Verhältnis“.⁹³ Erst ab der Spätantike wurde sie unter christlichem Einfluss rechtlich geprägt, und zwar nach dem Eheverständnis des kanonischen Rechts, was sich vom römischen Rechts unterschied. Das kanonische Recht war sehr lange prägend für das Eherecht und anderen (Land-)Rechten übergeordnet.

Im Wesentlichen war es nun die Bedeutung der Ehe, die Zuordnung der Frauen zu den Männern vorzunehmen sowie die Abstammung und die Familienzugehörigkeit zu klären. Eine Ehe hatte den Zweck, Nachkommen hervorzubringen. Für die feudalen Staaten beschreibt Duby:

Die Riten der Eheschließung [in feudalen Staaten] sind dazu da, eine geordnete Verteilung der Frauen unter den Männern zu sichern [...] und die Fortpflanzung in einen offiziellen und sozialen Rahmen einzuspannen. Indem sie [meint: diese Riten] den Kindern Vätern zuweisen, fügen sie der Abstammung von der Mutter, die allein evident ist, eine weitere Abstammungslinie hinzu. Sie unterschei-

92 Vgl. zu diesen Veränderungen Mitterauer 1984b, 20; sowie ALR II, 5.

93 Köbler 1996, 36.

den die zulässigen von anderen Lebensgemeinschaften und verleihen den Kindern, die aus den ersteren entspringen, den Status von Erben, d. h. Rechte, Vorfahren, einen Namen. Auf der Ehe basieren die Verwandtschaftsbeziehungen, auf ihr basiert die ganze Gesellschaft. Sie bildet den Eckstein des sozialen Gebäudes.⁹⁴

Für Duby stellt die Ehe eine „Nahtstelle zwischen dem Materiellen und Spirituellen“ dar.⁹⁵ Die Besitzlosen konnten keine Ehe schließen und hatten nichts zu vererben, auf der anderen Seite waren die Fortpflanzungskräfte heilig, und nur im Rahmen der Ehe hatten sie ihren legitimen Ort.

Im katholischen Kirchenrecht galt der Grundsatz des sakramentalen Charakters der Ehe, der sie z. B. unauflöslich machte. Eine Ehe benötigte den Segen der Kirche, daher war die kirchliche Trauung unverzichtbar. Für Luther dagegen war die Ehe im Wesentlichen ein „weltliches Geschäft“⁹⁶ (d. h. ohne Sakramentscharakter), aber zugleich auch heilig. Der Zweck der Ehe im kirchlichen Verständnis war, Nachkommen zu zeugen, woraus sich auch eine Pflicht der Eheleute ergab, einander für die Fortpflanzung zur Verfügung zu stehen.⁹⁷ Liebe wurde meist nicht als Ehevoraussetzung, sondern als Folge der Ehe bzw. als Pflicht infolge der Ehe verstanden. Im Zuge der Reformation spielte die persönliche, individuelle Beziehung der Gatten zueinander eine zunehmend wichtigere Rolle, der Zweck der Ehe wurde erweitert: Neben der Zeugung der Nachkommenschaft wurden die gegenseitige Liebe und Hilfe Ehezwecke.

Auch im Kontext mit der Ehescheidung wurde der Schutz von Ehe und Familie als eine Aufgabe des Staates verstanden, wobei die unterschiedlichen Ehezwecke unterschiedliche Scheidungsgründe lieferten: Bei bestehenden Feindseligkeiten eine Scheidung zu ermöglichen, war zwar ein humanistisches Anliegen, aber es bedeutete zugleich, eine Ausbreitung des Misstrauens zwischen den Ehegatten zu erlauben. Denn wenn eine Scheidung wegen Feindseligkeit möglich war, musste jeder Gatte ständig in der Angst leben, der andere könnte einen Streit anfangen, um eine Feindseligkeit zu schaffen und damit einen Scheidungsgrund. Andererseits sah man auch ein, dass ein Verbot der Scheidung von verfeindeten Partnern Ehebruch u. Ä. zur Folge haben könnte. Die katholische Kirche allerdings verbot dogmatisch eine Trennung sogenannter „unglücklicher“ Ehen.

Die Ehegesetzgebung umfasste die Formulierung von Ehezweck, Heiratshindernissen und etwaigen Scheidungsgründen. Der Streit um die rechtliche Zuständigkeit und um die genaue Formulierung dieser Rege-

94 Duby 1988, 25.

95 Ebd.

96 Mikat 1962, 85.

97 Das bedeutet, dass Unfruchtbarkeit z. B. teilweise ein kirchlich anerkannter Scheidungsgrund war.

lungen macht deutlich, dass viele Parteien Forderungen an deren Plausibilität und Praktikabilität sowie nicht zuletzt an die Stabilität der Ehe stellten. Ariès hält fest: „Die Schlußfolgerung ist erlaubt, daß die *stabilitas* der Ehe eine Voraussetzung für die *stabilitas* der gesamten Gemeinschaft bildete.“⁹⁸

Im Kontext der Naturrechtslehre im 17. und 18. Jahrhundert entwickelte sich in Frankreich eine „Lehre von der Doppelnatur der Ehe“, nämlich zum einen der „Ehe als Sakrament“ und zum anderen der „Ehe als einem bürgerlich-rechtlichen Verträge“ im Rahmen des staatlichen Rechts.⁹⁹ Bourdaloue beschreibt die Ehe als „renfermant dans son essence deux qualités, celle de contrat et celle de sacrement“, und er kritisiert, dass der Vertragsaspekt zunehmend in den Mittelpunkt rücke.¹⁰⁰ Im Zusammenhang mit der Naturrechtslehre wurde dieser Aspekt aber immer wichtiger, und die Staaten begannen sich für die Autorität in der Ehegesetzgebung zu interessieren. Volkmar, der auch an den Vorarbeiten zum ALR beteiligt war, führt aus:

Tugendhafte Ehen sind [...] für den Staat die Pflanzschulen tauglicher Bürger. [...] – Und da die Ehen zum Bürgeranbaue, in deren verhältnismäßigen Menge schon das Staatswohl sich begründet, unumgänglich nothwendig sind; so muß der Staat für die Ehen sich interessiren. Beförderung und Vervielfältigung der Ehen aber muß ihm vorzüglich am Herzen liegen, wenn er wirklich zweckmäßig sich dafür interessirt.¹⁰¹

Schwab beschreibt, auf welchem Weg die Staaten begannen, in der Ehegesetzgebung tätig zu werden, und mit welcher Begründung die Zivilehe in den Mittelpunkt rückte.¹⁰² Es fing an mit dem Festlegen von Ehehindernissen, die von denen des kanonischen Rechts unterschieden waren. So sollten von staatlicher Seite manche Ehen verboten werden, die die Kirche duldete, z. B. die Eheschließung ohne Einverständnis der Eltern. Aus Gründen der geregelten Eigentumsübergabe sollten die Familien mehr Einfluss auf die Eheschließungen haben und die Ehe nicht den Leidenschaften der Einzelnen überlassen werden.

Die Regulierung der Eheschließungen war aber nicht nur eine rechtliche Aufgabe, sondern in der praktischen Umsetzung im 18. Jahrhundert auch zunehmend ein Gegenstand polizeilicher Intervention. „Zusammenfassend kann gesagt werden, daß der absolutistische Staat des 18. Jahrhun-

98 Ariès 1984, 191.

99 Mikat 1962, 497.

100 Bourdaloue 1834, 490. (Er lebte 1632-1704 und beschrieb die Ehe als „in ihrem Wesen zwei Qualitäten enthaltend: die des Vertrags und die des Sakraments.“)

101 Volkmar 1794, 188.

102 Vgl. Schwab 1967.

derts den Grundsatz der Freiheit der Eheschließung aufgab zugunsten des Versuchs, das eherechtliche Geschehen im Sinne einer 'guten policey' zu reglementieren.¹⁰³ War bis ins 18. Jahrhundert hinein eine Ehe auch ohne offizielle bzw. öffentliche Trauung gültig, so wurde diese später unumgänglich. Damit veränderte sich auch die Situation derjenigen, die in unehelichen Verhältnissen lebten. Durch die öffentliche Trauung wurden nämlich alle Ehen polizeilich registriert, während unverheiratete Paare nicht registriert wurden. Die eherechtlichen Reglementierung wurde Ende des 18. Jahrhunderts wieder etwas milder und unnötige Regelungen z. B. gestrichen.¹⁰⁴

Das Eherecht wurde dabei zu einem Diskussions- und Streitobjekt, weil sich an ihm ganz grundsätzliche Fragen der sozialen Ordnung stellten. Es entstand schließlich ein bürgerliches, konfessionsübergreifendes Eherecht „nach den Leitbildern einer weltimmanenten, von religiösen Lehren gelösten Zweckbestimmtheit“,¹⁰⁵ das bis heute neben dem kirchlichen Eherechtssystem steht.¹⁰⁶ Dabei stellt sich für Mikat aber z. B. auch die Frage, „aus welchen 'Quellen' der Staat für die Erkenntnis der *Gestaltungsprinzipien* im Ehescheidungsrecht überhaupt schöpfen kann“ – eine Frage, die für das ganze Familienrecht gestellt werden könnte.¹⁰⁷ Wenn die Ehe nämlich den traditionellen Charakter eines Sakraments verloren hat, musste sie eine andere Grundlage bekommen, z. B. den bereits genannten Charakter eines Vertrags oder einer Institution des „Bürgeranbaus“. Diese neue Grundlage brauchte eine Legitimierung, die durch die Verfassung geliefert wurde. Das Eheverständnis des Naturrechts, nämlich ein Verständnis der Ehe als einer natürlichen Institution, deren Zweck die Reproduktion ist, wurde für die staatliche Ehegesetzgebung maßgeblich.¹⁰⁸

Auch Kant stand in dieser naturrechtlichen Tradition, wobei zugleich der Vertrag der Ehegatten eine große Rolle bei ihm spielt. Er widmete sich in seinem systematischen Rechtsentwurf, der „Metaphysik der Sitten“, die er Ende des 18. Jahrhunderts vorgelegt hat, auch dem Ehe- und Elternrecht. Er bezeichnete es als ein „auf dingliche Art persönliches Recht“.¹⁰⁹ Ein persönliches Recht meint ein Recht, das eine Person unveräußerbar innehat. Die Formulierung „auf dingliche Art“ ist ein Verweis auf das Sachenrecht, da das Eltern- wie auch das eheliche Verhältnis bei

103 Ebd., 239.

104 Darunter z. B. die Pflicht, eine gewisse Anzahl Bäume zu pflanzen, bevor man heiratet, um dem allgemeinen Baumsterben entgegenzuwirken (vgl. ebd.).

105 Ebd., 193.

106 Vgl. Schwab 2005, 16.

107 Mikat 1962, 82 (Hervorhebung i. O.).

108 Vgl. Schwab 2005, 17.

109 Kant, *Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre, Erster Teil, Dritter Abschnitt, § 22; AA VI, 276.

Kant von einem Besitzverhältnis geprägt sind: Ein Mann besitzt seine Frau wie eine Sache, er behandelt sie aber als eine Person. Ebenso besitzt ein Paar seine Kinder wie eine Sache, behandelt sie aber als Personen. Der Besitz als Sache beinhaltet z. B. das Recht, die Rückgabe (der Frau, der Kinder) zu fordern, wenn sie in andere Hände geraten sind.

Das „auf dingliche Art persönliche Recht“, das ein Mann oder ein Elternpaar haben können, ergibt sich aus dem Recht der Menschheit in unserer Person: Das Verhältnis eines Mannes zu seiner Frau ist nicht bloß Folge einer Tat (des Geschlechtsverkehrs) noch eines Vertrags (der formalen Eheschließung), sondern ergibt sich eben aus diesem Gesetz, das den anderen wie mich als Person anzuerkennen fordert. Gegen diese Person habe ich nicht bloß Rechte, sondern auf sie habe ich auch Besitzansprüche: Als Ehepartner habe ich das Recht zum Gebrauch der Geschlechtsorgane meines Partners, der in diesem Gebrauch zu einer Sache wird.¹¹⁰ Eine Person kann sich aber niemals zu einer bloßen Sache machen (lassen), daher ist die Geschlechtsgemeinschaft für Kant nur als wechselseitiger Besitz denkbar. Somit sind beide zugleich Person (Besitzende) und Sache (Genussobjekt), was auch die „Gleichheit des Besitzes“ bzw. die „Gleichheit der Verehelichten“ begründet, selbst wenn der Mann darin der Herr über die Frau ist.¹¹¹

Diese Gleichheit erfasst aber nicht die Ebene der männlichen Überlegenheit: „Der Mann erwirbt das Weib“,¹¹² ebenso wie das Elternpaar Kinder „erwirbt“ und die Familie Gesinde. Die Kinder sind nicht Eigentum der Eltern, aber doch besitzen Eltern ihre Kinder wie Sachen. Sie gehen damit auch Verpflichtungen ein, nämlich die Kinder zu versorgen, bis sie mündig bzw. selbstständig sind. Das wiederum begründet keine Schuld der Kinder gegenüber den Eltern, sondern ist quasi eine einseitige Pflicht.

Das kantische Verständnis vom Verhältnis zwischen Eltern und Kindern als Besitzverhältnis erscheint uns heute unverständlich, aber Kant selbst hat die Spannung in seiner Formulierung „auf dingliche Art persönliches Recht“ wiedergegeben. Sie spiegelt in dem dinglichen, dem Besitzaspekt eine Hierarchie zwischen Eltern und Kindern, die in einem Unterschied an Verantwortlichkeit liegt. Die Eltern bringen ein Kind zur Welt, sie besitzen es und müssen es versorgen. Zugleich aber sind die Eltern dem Kind in einem persönlichen Verhältnis der Liebe verbunden und behandeln das Kind als Person. Sein Person-Sein bedeutet, dass es nie das Eigentum der Eltern sein kann, sondern sich nur – solange es Kind ist – in ihrem Besitz befindet. „Besitzen“ mag für uns heute befremdlich klingen, aber es kennzeichnet plausibel ein rechtliches Verhältnis und ist auch heute noch z. B. in der Aufsichtspflicht präsent.

110 Vgl. ebd., § 22 und 24; AA VI, 276 und 277.

111 Ebd., § 26; AA VI, 277 f.

112 Ebd., § 25; AA VI, 277.

Im 19. Jahrhundert entstand ein neues, romantisches Verständnis der Ehe, das die Liebe zwischen den Ehegatten in den Mittelpunkt rückte. Auf das Recht hatte dieses Verständnis keinen großen Einfluss: Wenn das eheliche Zusammenleben nur auf der Liebe basieren würde, hätte es keine Grundlage mehr, sobald einmal die Liebe erlischt. Diese Bedenken äußerte Hegel in seiner Aufzählung verschiedener „verwerflicher Vorstellungen“ der Ehe: 1. Das naturrechtliche Verständnis: Es erfasst nur das bloße Geschlechtsverhältnis, die Ehe als Institution der Reproduktion. 2. Das Verständnis der Ehe als einem bürgerlichen Vertrag, wie es auch Kant vertritt: Es erfasst nur diese willkürliche konsensuelle Entscheidung der Gatten. 3. Das romantische, personale Verständnis der Ehe als Liebesbeziehung: Es gründet die Ehe nur auf die Zufälligkeit der Liebe. Alle diese Vorstellungen sind nach Hegel nicht ausreichend, um das Wesen der Ehe zu erfassen, denn es sind reale, aber nicht hinreichende Aspekte der Ehe. Die Ehe, so Hegel, könne letztlich nur als „die rechte sittliche Liebe“ unter gleichen und freien Partnern bestimmt werden.¹¹³

Schwab beschreibt dieses Hegelsche Modell mit seinen Worten als das bürgerliche Eheverständnis, das dem Staat die Aufgabe zuwies, für die Sittlichkeit primär durch Eheschließungen zu sorgen.¹¹⁴ Hegel hat die Familie auch als die innerste Ebene der Sittlichkeit im Staat verstanden und daraus eine Ehegesetzgebungskompetenz des Staates abgeleitet.

3.2.2 Die gesellschaftliche Lage unehelicher Kinder

Da die Ehe im 18. Jahrhundert den einzigen legitimen Ort der Fortpflanzung darstellte, wurde jegliche Form der Sexualität außerhalb der Ehe streng normiert und sanktioniert. Aus der römischen Tradition heraus war das Motiv für die rechtliche Definition des Status eines Kindes die Sicherung der Erbfolge: Es musste klare Regeln dafür geben, wie der Besitz der Familie weiterzugeben war. Die Unterscheidung zwischen rechtmäßigen Erben, also legitimen Nachfahren, und nicht erbberechtigten, also illegitimen Kindern, war wichtig. Das Eigentum der Familie sollte geregelt und kontrolliert vererbt werden, daher war „das generative Verhalten mit der Eigentumsübertragung“ verbunden.¹¹⁵ Ein Problem unehelicher Beziehungen war, dass die Partnerwahl die ständische Ordnung der Gesellschaft überschritt und dadurch gefährdete: Eine Magd z. B., die einem durchreisenden Adligen gefiel und schließlich von ihm ein Kind bekam, konnte das plangemäße Fortbestehen eines Adelsgeschlechts in Gefahr bringen. Die strenge Reglementierung von Eheschließungen nur inner-

113 Hegel 1989, 310 (Anhang zu § 161).

114 Vgl. Schwab, 2005, 17.

115 Harms-Ziegler 1991, 17.

halb des eigenen Standes, die sogenannte „Ehe zur rechten Hand“¹¹⁶, hatte eine ordnende, aber auch Unterscheidende konservierende Funktion: „Das Familienvermächtnis beschränkt sich also nicht nur auf materielle Güter. Man erbt auch einen Bestand an Beziehungen, ein symbolisches Kapital in Gestalt von Reputation, einen bestimmten Status.“¹¹⁷ Die Abgrenzungen zwischen den Ständen waren sehr klar und Wechsel oder Verbindungen über die Grenzen hinweg nicht vorgesehen, da im Prinzip mit der Geburt die Zugehörigkeit zu einem Stand festgelegt war.

Es wird deutlich, dass es bei unehelichen Kindern auf die Art der Beziehung der Eltern ankam, besonders auf die Standeszugehörigkeit des Vaters: Unterscheidungen zwischen Kindern von Prostituierten, aus Ehebruch empfangenen Kindern (lat. *spurii*), sogenannten „natürlichen“ oder „Konkubinatskindern“ (lat. *liberi naturales*)¹¹⁸ und anderen Arten unehelicher Kinder war schon lange üblich. Sofern sich die uneheliche Beziehung der Eltern an die Standesgrenzen und moralischen Regeln bzw. Heiratsverbote hielt, waren andere Folgen zu erwarten als bei Missachtung dieser gesellschaftlichen Normen.

Aber auch für die unterschiedlichen Stände schienen unterschiedliche Normen zu gelten: Im Hochadel hatte das Naturrecht einen größeren bzw. überhaupt einen konkreten praktischen Einfluss, da die Fürsten sich als frei und aus Vernunft diesem Recht unterlegen verstanden. Dies ermöglichte ihnen auch einen anderen Umgang mit Illegitimität: „[D]ie Absicherung des Fortbestands der Herrscherfamilie, d. h. der Herrschaft, auch durch außereheliche Nachkommen, durch Bastarde, konnte bei Fehlen ehelicher Abkommen gesichert werden.“¹¹⁹ Wichtiger als die Ehelichkeit war im Zweifelsfall, dass die Herrscherfamilie mit der unehelichen Zeugung ein berechtigtes Ziel verfolgte und dass keine Einzelpersonen unbedacht gehandelt hatten.

Ferner war es besonders die Standeszugehörigkeit des Mannes, die einen Unterschied machen konnte. Für die vorindustrielle Gesellschaft beschreibt Mitterauer folgenden Sachverhalt:

116 Gegenüber den standesgemäßen Ehen zur rechten Hand mit ebenbürtigem Partner standen die Ehen zur linken Hand (auch morganatische Ehen genannt), in der meistens die Frau einem niederen Stand angehört als der Mann, selten umgekehrt. Diese Ehen bedurften i. d. R. der Genehmigung durch die Obrigkeit. Zum Teil wurden Frau und Nachkommen später bspw. vom Kaiser in einen höheren Stand gehoben.

117 Perrot 1994, 120.

118 Die Kinder von in unehelicher Beziehung lebenden Eltern hatten teilweise die Chance, durch spätere Heirat der Eltern legitimiert zu werden. Für ehewidrig gezeugte Kinder gab es diese Möglichkeit der nachträglichen Legitimation eben nicht, daher hatten sie andere Ansprüche.

119 Harms-Ziegler 1991, 128.

Die uneheliche Geburt wurde allgemein positiv bewertet, sofern der Vater des Kindes höheren Standes war als die Mutter. Als Ursache dieser Wertung zugrunde liegenden Geblütsdenkens kann vor allem die damalige Bedeutung der biologischen Vaterschaft angenommen werden. Herausragende charakterliche Eigenschaften und der besondere soziale Rang des Adligen wurden nicht als milieubedingt gesehen, sondern für vererbbar gehalten.¹²⁰

Ein uneheliches Kind war unter der Voraussetzung akzeptabel, dass der Vater von höherem Stand war als die Mutter, zugleich aber ihr Abstand nicht allzu groß, wobei das Kind vom Vater Charakter und sozialen Rang erbte.

Allerdings waren uneheliche Kinder aus derartigen Beziehungen wesentlich seltener als uneheliche Kinder aus Beziehungen der Bauern und Landlosen, die sich eine Heirat und Familiengründung noch nicht leisten konnten. Die Mehrzahl der unehelichen Kinder waren also eigentlich „voreheliche“ Kinder, die teilweise nachträglich durch die spätere Heirat der Eltern legitimiert wurden, oder sie wurden geboren von Frauen, die in Armut lebten und keine Aussicht auf eine Eheschließung hatten. Becker hat an einem Beispiel eine direkte Beziehung zwischen dem sozialen Rang der Eltern und der Unehelichenquote belegt: Zwischen 1600 und 1850 waren im österreichischen Dorf Sankt Lambrecht 87 Prozent der Mütter und Väter unehelicher Kinder aus den unterbäuerlichen Schichten, der Rest aus der Mittelschicht.¹²¹ „Die Bedingungen, die zur Zeugung unehelicher Kinder führten, wurden stark von der sozialen Stellung der Eltern geprägt.“¹²² Der von Mitterauer beschriebene standeshöhere oder gar adelige Mann als Vater eines unehelichen Kindes war in Sankt Lambrecht nicht zu finden. Unehelichkeit war in den niedrigen sozialen Schichten viel stärker verbreitet als in anderen. Demzufolge war die finanzielle Absicherung von Mutter und Kind viel dringlicher, aber zugleich aufgrund des geringen Einkommens der Väter viel schwieriger zu gewährleisten. Auch konnte ein Mann ohne Eigentum oder Land leicht in eine andere Stadt ziehen und sich dadurch der örtlichen Gerichtsbarkeit und dem Anspruch der Kindesmutter entziehen. Das Problem der Illegitimität war also vorwiegend ein – bereits unabhängig von der Unehelichkeit bestehendes – Armutsproblem und dadurch mittelbar ein soziales Problem, aber weniger ein Problem von Familienzugehörigkeit.¹²³

120 Mitterauer 1984a, 157. Zu betonen ist, dass es im 18. Jahrhundert noch keine „biologische Vaterschaft“ gab, sondern dass der Autor hier einen ihm zeitgenössischen Begriff aus dem 20. Jahrhundert verwendet.

121 Vgl. Becker 1990, 275. Die Zahlen hat Becker aus den Taufbüchern von Sankt Lambrecht aus dem besagten Zeitraum ermittelt.

122 Becker 1990, 275. Vgl. auch Harms-Ziegler 1991, 26.

123 Vgl. Harms-Ziegler 1991, 244.

Interessanterweise lässt sich für diese vorehelichen Beziehungen wie auch für eheliche Fortpflanzung eine Art „Familienplanung“ nachweisen: Verhütungspraktiken waren bekannt und wurden – wenngleich sie unzuverlässig waren – in der Dorfjugend weiterverbreitet, wie Becker den Verhörprotokollen aus Sankt Lambrecht entnimmt.¹²⁴ Auch wies die Geburtenrate im Dorf eine spezifische saisonale Verteilung auf: In der Erntezeit wurden weniger Kinder geboren als in der Winterzeit, wenn die Frauen bei der Arbeit entbehrlicher waren.

Es gab, um das bisher Ausgeführte zusammenzufassen, verschiedene Unterscheidungen im Rahmen der Unehelichkeit: Zum einen war relevant, in welcher Form das Kind unehelich war oder ob es gar ehewidrig gezeugt worden ist. Zum anderen waren die Standeszugehörigkeit und ggf. ein Standesunterschied der Eltern von Bedeutung. Zusätzlich aber ändert sich Ende mit der Zeit der rechtliche Kontext, in dem die Unehelichkeit behandelt wird: Zur Zeit des römischen Rechts war das Konkubinat z. B. größtenteils geduldet, so dass Unehelichkeit keine soziale oder moralische Schande darstellte. Im 8. Jahrhundert begann im frühen christlichen Recht die Verfolgung und Stigmatisierung unehelicher Kinder und die Rede vom „Makel“ der unehelichen Geburt.¹²⁵ Unehelicher Verkehr, „Unzucht“ genannt, war dann lange Zeit eine Straftat, die mehr oder weniger streng verfolgt wurde. Die *Peinliche Gerichtsordnung (Constitutio Criminalis Carolina)* von 1532 sah z. B. Körperstrafen vor, für Ehebruch sogar die Todesstrafe. Hull weist in einer Untersuchung zum Sexualstrafrecht in den deutschen Staaten darauf hin, dass über lange Zeit „geschlechtliche Handlungen als in soziale Lebenszusammenhänge eingebettet verstanden“ wurden.¹²⁶ Sie stellten keine strafrechtliche Einheit an sich dar. Gesetze zur Kindstötung und zur Abtreibung – gewalttätige Handlungen infolge sexuellen Verkehrs – wurden z. B. teilweise den Gesetzen zur Verfolgung von Zauberei und magischem Tun zugeordnet.¹²⁷ Betrachtet man die strafrechtliche Verfolgung unerlaubter sexueller Handlungen, so betont auch Becker, dass diese rechtliche Aufgabe im 16. Jahrhundert „in die [allgemeinen] Reglementierungsbestrebungen des sozialen Lebens eingebunden“ war.¹²⁸ Das änderte sich im 17. und 18. Jahrhundert wesentlich: „Nun wurden unerlaubte Sexualhandlungen als solche Verhaltensweisen interpretiert, die fundamentale gesellschaftliche Konventionen mißachteten und somit Gegenstand harter Verfolgung sein müssen.“¹²⁹ Es führte dazu, dass Sexualität langsam zu einem eigenen Bereich wurde, der

124 Vgl. Becker 1990, 147.

125 Vgl. Schmitz 2000, 16.

126 Hull 1997, 222.

127 Vgl. zu den „*crimen magiae*“ auch Jerouschek 1988, 64 f.

128 Becker 1990, 258.

129 Ebd.

aus dem jeweiligen Zusammenhang isoliert wurde. Im 19. Jahrhundert wiederum wurde im Rahmen von Kodifikationen wie dem ALR die strafrechtliche „Verfolgung vorehelichen Geschlechtsverkehrs“, sofern beide Partner erwachsen und einverstanden waren, beendet.¹³⁰ Nur die „Erregung öffentlichen Ärgernisses“ blieb weiterhin ein Straftatbestand.

Am Beispiel des Ehebruchs, der sich als außereheliche und ehewidrige Unkeuschheit von anderen Formen der Unsittlichkeit unterscheiden lässt, lässt sich diese Entwicklung ab dem 17. Jahrhundert nachvollziehen: „Interessanterweise hing die Schwere der Bestrafung nicht von der Konstellation *ledig – verheiratet* ab, sondern nur von dem Familienstand der Frau.“¹³¹ Es war relevant, ob die Frau ledig oder verheiratet war: War sie verheiratet, so war die Strafe meistens härter als wenn sie ledig war. Für das österreichische Dorf Sankt Lambrecht z. B. weist Becker nach, dass der außereheliche Verkehr einer verheirateten Frau nach „Kayserlichem Recht“ sowie auch nach der Landesgerichtsordnung Ferdinands II. von 1656 härter bestraft wurde als der voreheliche Verkehr lediger Frauen. Geahndet wurden diese Handlungen, sofern sie freiwillig begangen worden waren, als Verstoß gegen die Sitten bzw. gegen die moralische Ordnung.¹³² Ende des 18. Jahrhunderts wurde es zunehmend zweifelhafter, aus welchen Gründen die staatliche Obrigkeit Vergehen ahnden soll, die keine Opfer haben und bei denen keine Rechte Dritter verletzt worden sind. Dementsprechend fiel der Straftatbestand „Unzucht“ schließlich weg, und auch im ALR gab es keine direkte moralische Verurteilung unehelicher Elternschaft mehr.

3.2.2.1 *Theorien zum Unterhaltsanspruch unehelicher Kinder*

Entsprechend den seit dem römischen Recht üblichen Unterscheidungen zwischen verschiedenen Klassen unehelicher Kinder hatten diese Kinder auch unterschiedliche Ansprüche in Bezug auf Unterhalt und Erbrecht gegenüber ihren Vätern: Konkubinatskinder (lat. *liberi naturales*), Kinder aus Ehebruch oder Inzest und Kinder von Prostituierten hatten unterschiedliche Rechte. Allgemein hatten sie kaum rechtliche Ansprüche, verglichen mit ehelichen Kindern. Unter den unehelichen Kindern hatten die „aus dem eheähnlichen Konkubinat hervorgegangenen Kinder“ die beste Stellung, denn „[t]rotz ihrer allgemein schwachen Rechtsstellung finden sich selbst im Mittelalter keine Rechtsaufzeichnungen, die auch dieser Gruppe von außerehelichen Abkömmlingen jede Zuwendung seitens des Vaters versagten.“¹³³ Der Grund für diese Besserstellung war, dass die Zu-

130 Ebd.

131 Ebd., 254 (Hervorhebung i. O.).

132 Vgl. Hull 1997, 223.

133 Schmitz 2000, 177. Vgl. auch Leineweber 1978, 175.

ordnung zu einem Vater bei diesen Kindern ohne große Zweifel möglich war, da die Mutter mit dem Vater in einem eheähnlichen Verhältnis lebte. Den Kindern kam also „trotz der allgemeinen Ablehnung außerehelicher Verbindungen das eheähnliche Treueverhältnis ihrer Eltern zugute.“¹³⁴ Allerdings gab es keine Unterhaltspflicht des Vaters, sondern bloß die Möglichkeit freiwilliger Unterhaltszahlungen, während gegenüber anderen unehelichen Kindern (z. B. aus Inzest) solche Zahlungen oder Erbschaften zum Schutze der legitimen Erben teilweise schlichtweg verboten waren. Die Ausführungen über das Unterhaltsrecht für uneheliche Kinder waren oft dem Erbrecht zugeordnet.

Erste positive Festschreibungen einer Unterhaltspflicht des Erzeugers bzw. eines Unterhaltsanspruchs des unehelichen Kindes findet man gegen Ende des Mittelalters. „Die Anerkennung eines Unterhaltsanspruchs des unehelichen Kindes gegen seinen Erzeuger verstärkte Ende des Mittelalters das Bedürfnis, die Vaterschaft festzustellen und entsprechende Nachforschungen zu betreiben. [...] Dies führte nach einigen Stadtrechten schon im 13. Jahrhundert, allgemein jedoch erst seit Ende des 14. Jahrhunderts, zur Ausbildung eines sogenannten Vaterschaftsbeweises.“¹³⁵ Dieser Vaterschaftsbeweis erforderte zumeist einen Nachweis des Geschlechtsverkehrs im Empfängniszeitraum, also den Nachweis einer Tat.

Die Klage, die geführt werden musste, war eine Unterhaltsklage. Die Feststellung der Vaterschaft war darin ein Element, wogegen eine Klage einzig und allein mit dem Ziel der Vaterschaftsfeststellung damals nicht möglich war. Die *actio de partu agnoscendo* war also keine „Paternitätsklage“: Es ging nicht um Vaterschaft in einem rechtsgültigen Sinn, sondern streng genommen um eine Klage auf Anerkennung der Geburt und demnach auf Anerkennung der Unterhaltspflicht durch den Vater. Leinweber beschreibt diese Klage nach dem *Usus modernus* folgendermaßen:

[W]enn der nichteheliche Vater sich weigert, sein Kind anzuerkennen oder zu alimentieren, so muß zunächst – im allgemeinen von der Kindesmutter – die *actio de partu agnoscendo* mit dem Ziel der Vaterschaftsfeststellung erhoben werden. Dabei handelt es sich nicht um einen gesonderten Abstammungsprozeß, sondern um eine Vorfrage, die von Richtern im Unterhaltsprozeß mitentschieden werden kann. [...] Das Verfahren entspricht in etwa der heutigen Stufenklage.¹³⁶

Die Unterscheidungen zwischen verschiedenen Gruppen von Unehelichkeit, die noch im späten Mittelalter üblich waren, fielen schließlich weg, wodurch alle unehelichen Kinder die gleichen Rechte erhielten. Im 18.

134 Schmitz 2000, 177.

135 Ebd., 40. Ein Beispiel war das Augsburger Stadtrecht von 1276.

136 Leinweber 1978, 202 f.

und 19. Jahrhundert vereinfachte sich die Gesetzgebung entsprechend. „Die Rechtswissenschaft begann jetzt, das Unterhaltsrecht dogmatisch zu erfassen und den rechtlichen Grund für einen Unterhaltsanspruch herauszuarbeiten.“¹³⁷ Als zu regelnder Konfliktfall galt dabei unter anderem der Mehrverkehr der Kindesmutter, wodurch der Nachweis des Vaters erschwert wurde. Ein nachgewiesener Mehrverkehr konnte eine Einschränkung der Unterhaltsrechte des Kindes zur Folge haben. „Das Unterhaltsrecht war [...] abhängig von der Vorfrage, bei mehrfachem Geschlechtsverkehr der Mutter mit verschiedenen Männern die Abstammung des Kindes nicht eindeutig bestimmen zu können. Erst die Ausschlußmöglichkeiten durch medizinisch-biologische Blutgruppengutachten nahmen dem sogenannten Mehrverkehr der Mutter die Brisanz.“¹³⁸ Zuvor gab es unterschiedliche rechtliche Strategien, mit dieser „brisanten“ Situation umzugehen, wie auch das *Allgemeine Preussische Landrecht* zeigt.¹³⁹

Die Unterhaltspflicht des Vaters war zumeist, aber nicht unumstritten, schuld- oder vermögensrechtlicher Natur: Der Vater und sein uneheliches Kind galten als nicht verwandt, daher kamen keine zivil- bzw. familienrechtlichen Verpflichtungen in Frage. Eine der verschiedenen Begründungsstrategien zur Erklärung der Unterhaltspflicht ist die *Deliktstheorie*, nach der „im außerehelichen Beischlaf eine unerlaubte Handlung“ gesehen wurde und der Vater für die Folgen dieses Delikts zu haften hatte.¹⁴⁰ Eine solche Delikthaftung konnte im Falle von Mehrverkehr der Kindesmutter auch auf alle fraglichen Männer ausgedehnt werden, die dann nicht als Vater, sondern als Beischläfer hafteten.¹⁴¹ Diese Theorie geht zurück auf entsprechende Verbote außerehelichen Geschlechtsverkehrs im Rahmen der Reichspolizeiordnung.¹⁴² Ferner gab es die *Verwandtschaftstheorie*, auch *Paternitätstheorie* genannt, die die Blutsverwandtschaft zwischen Kind und Vater zum Anlass der Zahlungspflicht erklärte. Schließlich existierte noch die *Legaltheorie*, nach der als Rechtsgrund für die Unterhaltspflicht eine gesetzliche Regelung allein reichte.

Da die uneheliche Zeugung vom Naturrecht als neutral und nicht als makelbehaftet betrachtet wurde, tendierten die Naturrechtstheorien überwiegend zur Verwandtschaftstheorie der Unterhaltspflicht: Man verband mit der natürlichen Zeugung eine Versorgungspflicht. Im Detail wurde von Naturrechtlern der Unterhaltsanspruch illegitimer Kinder unterschiedlich behandelt: Grotius leitete die Rechte und Pflichten uneheli-

137 Schmitz 2000, 178.

138 Ebd., 1.

139 Vgl. Abschnitt 3.6.3 zur Revision des ALR.

140 Bors 1998, 55.

141 Vgl. Schmitz 2000, 55.

142 Vgl. ebd., 101, mit Verweis auf die Reichspolizeiordnung des Heiligen Römischen Reichs von 1530 und ihre Überarbeitungen 1548 und 1577.

cher Väter direkt aus der Zeugung ab, die der Sache nach bei unehelichen und ehelichen Kindern gleichermaßen die Beziehung zum Vater begründet, wenn auch die konkreten Rechte ehelicher und unehelicher Kinder unterschiedlich ausgestaltet wurden. Pufendorf wies darauf hin, dass die Fortpflanzung nur in der Ehe gestattet sei, weil sie ein freier Vertrag über die Erhaltung des Menschengeschlechts durch die Zeugung von Kindern sei. Eine derartige, frei getroffene Vereinbarung der gleichberechtigten Partner fehle beim Konkubinat. In der Naturrechtslehre von Wolff spielte die Blutsverwandtschaft eine zentrale Rolle und begründete sein ganzes Familiensystem.¹⁴³

Die Naturrechtslehre leistete somit einen wichtigen Beitrag dazu, uneheliche Kinder als Personen mit Rechten wahrzunehmen und ihnen Rechte einzuräumen. Damit wurde ihre Stigmatisierung abgeschwächt. Problematischer als die Ehrlosigkeit war aber zumeist der soziale Status, den ihre Eltern hatten.¹⁴⁴

3.2.2.2 *Solidarität mit ledigen Müttern*

Neben den rechtlich vorgesehenen bzw. abgesicherten Ansprüchen auf Unterhalt und Versorgung gab es Praktiken der sozialen Gemeinschaften, mit offenen Vaterschaftsfragen und den damit zusammenhängenden Problemen umzugehen. Diese spielten besonders dort eine Rolle, wo es noch eine starke und zusammenhängende soziale Gemeinschaft gab, z. B. in einem (relativ geschlossenen) Dorf.

Schulte beschreibt die Lebenswirklichkeit bayrischer Bauernmägde aus dem 19. Jahrhundert, die sie zum großen Teil aus Gerichtsprotokollen rekonstruiert hat. Damals mussten die Frauen lange als Gesinde arbeiten, um die für eine Ehe nötige Aussteuer anzusparen. In der Zeit der Gesindearbeit gehörten „Liebschaften und Schwangerschaften sowie Entscheidungen über die Geburt und das Leben eines Kindes“ und damit auch Kindstötung zum Alltag, zur normalen Lebensperspektive der Frauen.¹⁴⁵ Die Väter der Kinder waren meist ebenso Gesinde. Die Unehelichenquote lag im 19. Jahrhundert in diesen bayrischen Dörfern bei etwa 25 Prozent. Somit war die Geburt eines unehelichen Kindes keine außergewöhnliche Schande und auch finanziell nicht mit untragbaren Folgen verbunden. Alle Bewohner der Dörfer wussten von den Liebschaften und tolerierten die unehelichen Schwangerschaften, solange der bäuerliche Arbeitsablauf ungestört blieb und die Frauen nicht zur Erntezeit gebaren. Entschieden sich Frauen für die Geheimhaltung ihrer Schwangerschaft und für die Tötung ihres Kindes und führten sie die Geburt allein durch, „so waren sie

143 Zu den Naturrechtstheorien vgl. Schmitz 2000, 52.

144 Vgl. Harms-Ziegler 1991, 26. Siehe auch Becker 1990, 275 f.

145 Schulte 1997, 384.

[...] doch eingebettet in ein Netzwerk unterschiedlicher Solidaritäten“, vor allem unter Frauen.¹⁴⁶ Der Geheimhaltung unter den wissenden Frauen konnten sie also gewiss sein. Wenn die Tötung eines Neugeborenen bekannt wurde, so meist aus Zufall oder wegen einer nicht akzeptierten Beziehung.

Fraglich ist, warum die Frauen ihre Kinder töteten, wenn sie doch nicht durchweg finanziellen oder moralischen Zwängen unterlagen und auch zärtliche Gefühle gegenüber ihren Kindern empfanden. Schulte erläutert: „Vielleicht ist es das Verhältnis zum Tod der Kinder, das wir anschauen müssen: In der Sprache der oberbayrischen Bauern gab es den Begriff des ‘himmeln’s; er enthielt die liebevolle Vorstellung von den toten Neugeborenen, denen schließlich als unschuldige Engel im Himmel der Jammer des Erdentals erspart bleiben würde.“¹⁴⁷ Angesichts unzuverlässiger Verhütungsversuche und hoch gefährlicher Abtreibungsmittel war die Kindstötung eine in bestimmten Grenzen geduldete Form des Umgangs mit einer ungewünschten Schwangerschaft, wengleich auf der Ebene des Rechts schon lange Instrumente zur Sanktion solcher Taten existierten.¹⁴⁸

Ledig Schwangere konnten wohl sicher sein, dass ihre eingeweihten Mitbürgerinnen die Geheimhaltung pflegten. Manchmal wurden allerdings Gerüchte gestreut:

Das konnte vor allem dann geschehen, wenn das Dorf und auch die Frauen über die Umstände der Schwangerschaft nicht Bescheid wußten und wenn es zu Spekulationen über den Kindsvater kommen konnte. Voreheliche Liebesaffären waren im Dorf bekannt und geduldet, problematisch schienen sie dann zu werden, wenn sie die durch den dörflichen Sittenkodex gesetzten, oft strengen Normen durchbrachen: Normen der Hierarchie, des Alters, der Dorfzugehörigkeit und der Sexualität.¹⁴⁹

In Fällen, in denen eine Frau eine öffentlich bekannte Liebesaffäre hatte, wusste das Dorf bei einer Schwangerschaft dann auch verlässlich um den Vater des Kindes. Es konnte sozialer Druck auf ihn ausgeübt werden, sich um „seine“ Frau und „sein“ Kind zu kümmern. Eine Liebschaft wurde nur geduldet, sofern keine Ehehindernisse vorlagen: So hatten die formalen und informellen Ehevoraussetzungen auch Auswirkungen auf das Tolerieren unehelicher Beziehungen. „Soziale Kontrolle äußerte sich unter Anderem darin, daß Gerüchte gezielt und selektiv an die Obrigkeit getragen wurden.“¹⁵⁰ Schwierig und gerichtlich relevant wurden die Situationen, in

146 Ebd., 387.

147 Ebd., 388.

148 Vgl. Jerouschek 1988.

149 Schulte 1997, 388 f.

150 Becker 1990, 268.

denen es Versuche gab, eine unangemessene Beziehung zu verheimlichen, insbesondere wenn es sich um Abhängigkeitsbeziehungen handelte.¹⁵¹

Somit zeigt sich hier: Die Rechte und die Behandlung des Kindes und der Mutter hingen davon ab, wer der Vater war – dass man ihn manchmal nicht kannte, war nur das seltenere Problem. Entweder gehörte er der Gruppe der Männer an, mit denen eine (spätere) Heirat möglich war, oder er gehörte zu einer „verbotenen“ Gruppe: Fremde, zu alte oder zu junge Männer, Vorgesetzte oder Untergebene etc. Wenn er nicht bekannt war, so war das meistens darauf zurückzuführen, dass er der Gruppe der Verbotenen angehörte. Die Verantwortung für die Wahl des Partners wurde der ledig schwangeren Frau überantwortet.

Becker bestätigt die Beobachtungen von Schulte mit seinen Untersuchungen der Verhörprotokolle aus dem österreichischen Dorf Sankt Lambrecht aus der Zeit von 1600 bis 1850. Seinen Untersuchungen zufolge wurden heimliche, außereheliche sexuelle Beziehungen auch dann vor Gericht gebracht, wenn die für eine Heirat erforderlichen Bedingungen in der Beziehung gegeben waren. Das Gericht konnte dann die Heirat beschleunigen. Waren diese Bedingungen noch nicht erfüllt, so hielt der Sozialverband diese Beziehungen geheim. Hatten sich Frauen aufgrund eines Eheversprechens auf eine Beziehung eingelassen, so hatten sie später im Konfliktfall vor Gericht oft das Problem, dieses Versprechen nachweisen zu müssen, da die Männer es selten gestanden. Die Gerichte wussten allerdings um dieses Problem und folgten in ihren Urteilen oft den Argumentationen der Frauen. „Die Frauen hatten gegenüber den Vätern ihrer unehelichen Kinder, aber auch gegenüber einem Mann, der sie in ihrer Ehre geschwächt hatte, Ansprüche.“¹⁵²

Problematisch empfunden wurde die Wahl eines „falschen“ Mannes, der der Frau nicht angemessen war und so die Dorfgemeinschaft zu Gerüchte motivierte: „Es war die Schande der Liebesaffäre mit einem ‘falschen’ Mann, einem, der verheiratet war, einem Bauernsohn, dem in der Hierarchie des Dorfes eine andere Frau zustand, mit einem Fremden.“¹⁵³ Die Partnerwahl war demnach ausschlaggebender als etwaige daraus folgende Ereignisse. „Dabei ist der Ehebruch sicher als ein Extremfall anzusehen, da von dieser Handlung auch der Ehepartner betroffen war.“¹⁵⁴

Es war auch möglich, dass ein Bauer die uneheliche Schwangerschaft seiner Magd anzeigte, um Gerüchten darüber vorzubeugen: Wenn z. B. nicht sicher war, wer der Vater sei, wenn noch dazu vielleicht sein Sohn in Verdacht geraten war, konnte der Bauer seinen öffentlichen Ruf schützen, indem er den Fall gerichtlich klären ließ. „Die grundsätzliche Bereitschaft,

151 Vgl. ebd., 223 ff.

152 Ebd., 285.

153 Schulte 1997, 389.

154 Becker 1990, 222.

den Konflikt vorerst informell zu regeln, scheint eine wesentliche Praxis dörflichen Zusammenlebens gewesen zu sein. Erst die Unmöglichkeit solcher Einigungen bildete den Anlaß für eine gerichtliche Verhandlung.¹⁵⁵

Wurde aus einer akzeptierten vorehelichen Liebschaft ein Kind geboren, so wurde es meistens zur Pflege zu Verwandten gebracht, bis die Eltern heiraten konnten: „In ländlichen Gebieten haben uneheliche Kinder wegen ihrer eingeschränkten Erbsprüche eine geringe Bedeutung für die Besitznachfolge, sondern hauptsächlich für die Bereitstellung von Arbeitskraft.“¹⁵⁶ Wegen der Möglichkeit des Einsatzes im sogenannten Bauerndienst und wegen des hohen Arbeitskraftbedarfs herrschte in diesen Gebieten eine hohe Toleranz gegenüber unehelichen Kindern, denn die Ökonomie eines bäuerlichen Betriebs bestand eher aus Arbeitskräften als aus Eigentum.

Außerhalb der Ehe war es wichtig, die Eheregeln und Sexualnormen des Dorfes zu beachten. Durch die bedachte Wahl eines Partners konnte man mit einer Akzeptanz der Beziehung rechnen und gerichtliche Anzeigen etwa wegen einer vorehelichen Schwangerschaft vermeiden. Auch eine Kindstötung wurde bei solchen Partnerschaften notfalls geduldet. Eine Geheimhaltung der Beziehung war dagegen nötig, wenn die außereheliche Beziehung außerhalb jeglicher Heiratschancen oder gar -absichten lag. In diesen Fällen war zu befürchten, dass die Dorfbewohner den Fall gerichtskundig machten. Ebenso wie die Eheschließung wurden auch die vorehelichen Sexualbeziehungen durch die dörflichen Sittenvorstellungen streng reglementiert, aber in diesen Grenzen ermöglicht. Man bediente sich für diese Zwecke des im Dorf gültigen Landrechts:

Die obrigkeitlichen Sanktionen wurden [...] von der dörflichen Gesellschaft gezielt eingesetzt, um ihre eigenen Vorstellungen durchzusetzen. Und diese Vorstellungen hatten von den vielen ledigen Menschen zu keiner Zeit ein asexuelles Leben verlangt.¹⁵⁷

Die geschlossene und überschaubare soziale Gemeinschaft deckte voreheliche Beziehungen, solange sie sich an die Normen hielten. Einen ähnlichen Zusammenhalt wie in einem Dorf findet man vermutlich auch innerhalb einer Zunft oder eines Standes, insofern er genügend geschlossen ist und die Solidarität untereinander stärker ist als die Hörigkeit gegenüber der Obrigkeit. Entsprechend bezeichnet Donzelot die dörflichen Gemeinschaften und die Stände als „Solidaritätsnetze“¹⁵⁸.

155 Ebd., 263.

156 Ebd., 271.

157 Ebd., 312.

158 Donzelot 1980, 61.

3.2.3 Die Familie als Gegenstand öffentlicher Fürsorge

Im 18. Jahrhundert wurde es zur Staatsaufgabe, sich um die Familien, die ledigen Schwangeren und die Förderung der Eheschließungen zu sorgen: Die Polizei, konkret die Familienpolizei, hatte sich um diese Angelegenheiten zu kümmern. Im 16. Jahrhundert sprach man von einer „guten Polizey“ und meinte damit ein wohlgeordnetes Gemeinwesen. Die absolutistischen Herrscher begannen später, sich um ihre Bevölkerung zu kümmern, weshalb sie mit der „(medizinischen) Polizey“ einen Regierungs- und Verwaltungskörper schufen, der die Qualität der Lebensmittel, die Richtlinien für die Viehzucht, die Erziehung, die Gesundheit, die öffentliche Armenfürsorge und vieles mehr beaufsichtigen sollte. Dabei wurde nicht zwischen privaten und öffentlichen Angelegenheiten unterschieden. Mit anderen Worten: „Die Ehe brauchte nicht privat zu sein, weil der Staat alles besser wußte.“¹⁵⁹ Sich um die Erziehung in den Familien zu kümmern war genauso Aufgabe der Polizei wie die Organisation der städtischen Armenspeisung.

Vor allem seit den 1770er Jahren trat in Deutschland der charakteristische Staatszweck der Staatslehre des aufgeklärten Absolutismus in den Vordergrund: die Glückseligkeit. [...] Gerade der Staatszweck der Glückseligkeit legitimierte die umfassende polizeiliche Tätigkeit des Staates, die sich auf alle Bereiche des öffentlichen und – nach heutigem Verständnis – des privaten Lebens bezog.¹⁶⁰

Dabei gerieten die Familien (und mit ihnen die Eheschließungen) besonders in das Visier der Polizei, weil in ihnen die Fortpflanzung, also die Vermehrung der Bevölkerung stattfand. Die Regierung sah die Legitimierung ihrer Regulierung der Eheschließung darin, dass „der Ehestand nicht als ein bloß zur gegenseitigen Unterstützung zwischen zwey Personen geschlossener Bund angenommen, sondern Zeugung – gesunder – Kinder als Zweck und Gränze desselben festgesetzt wird“.¹⁶¹ Da diese Kinder neue Staatsbürger sein werden, wollte sich der Staat auch um ihre vorgeburtliche Gesundheit bis hin zur Optimierung der Partnerwahl der Eltern kümmern.

Johann Peter Frank veröffentlichte 1779 den ersten Band seines einflussreichen *Systems einer medicinischen Polizey*, auf das sich viele weitere Autoren bezogen. Darin beschreibt er die Aufgaben der Polizei als Sorge um das Wohlergehen der Bevölkerung, vornehmlich angesichts der sozialen, hygienischen und sonstigen Probleme, die aus dem Zusammenleben in den Städten entstanden. In seinem *Diskurs über die medizinische Polizey*

159 Vec, FAZ vom 29.11.2006.

160 Klippel 2005, 137.

161 Masius 1821, Bd. 1,1, 131.

behandelt Zacharias Gottlieb Hußty 1786 sehr viele Themen: Es geht um medizinische Aufklärung, praktische Arzneikunde, Wohnen, Nahrungsmittel, Gymnastik, unterdrückte Leidenschaften, schlechte Gewohnheiten bezüglich Kleidung, Tabak und Luxus. Im zweiten Band folgen Themen wie die individuelle Entwicklung des Menschen, Schwangerschaft und Geburt, Erziehung der Kinder, „Medizinaleheanstalten“, die Toten. Anmerkungen über den Staatsdienst, die Armenfürsorge und die öffentliche Sicherheit schließen diesen Band ab. In der Einleitung bemerkt Hußty: „Der *Zweck* der medizinischen Polizeiwissenschaft wird durch den Hauptgrundsatz der Staatswirthschaft, die Bevölkerung, bestimmt: mit welchem die Erhaltung der Gesundheit und des Lebens der Unterthanen unzertrennlich verbunden ist.“¹⁶² Damit ist die Polizeiwissenschaft „Theil der eigentlichen Bevölkerungswissenschaft“.¹⁶³ Damit war der Aufgabenbereich der Polizei im 17. und 18. Jahrhundert sehr weit.

Im ALR wurden die Befugnisse der Polizei konkret rechtlich geregelt. Der heute berühmte Paragraph zur Polizeigerichtsbarkeit lautet:

§. 10. Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit, und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern desselben, bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizey.¹⁶⁴

Im Zuge dieser Aufgaben wurde im 18. Jahrhundert zuerst einmal gemessen: „Als Grundlage des bevölkerungspolitischen Zugriffs des Staates sollte die Bevölkerung statistisch erfasst werden.“¹⁶⁵ Zu dieser Erfassung zählten auch die Schwangerschaftsregister, die die Polizei führte. Um Schwangerschaften bei ledigen Frauen zu verhindern, hatte die Polizei auch die Förderung des Heiratens zur Aufgabe. Uneheliche Kinder nämlich gehörten nach den meisten Rechtsordnungen weder zur Familie der Mutter noch zu der des Vaters, was bedeutete, dass sich keiner für ihre sittliche Erziehung und berufliche Ausbildung verantwortlich sah. „Nicht zu einer Familie zu gehören, keinen sozio-politischen Bürgen zu haben, stellt von daher ein Problem der öffentlichen Ordnung dar.“¹⁶⁶ Die einzelnen Maßnahmen zur Förderung der Eheschließungen sahen vor, dass Jungesellen zur Heirat motiviert, Heiratswillige mit Vergünstigungen belohnt und Eehindernisse für Liebende aus dem Weg geräumt werden sollten. Auch sollten Scheidungen erleichtert werden, damit neue und glücklichere Ehen geschlossen werden konnten.

162 Hußty 1786, Bd. I, 20 (Hervorhebung i. O.).

163 Ebd.

164 ALR II, 17.

165 Klippel 2005, 129.

166 Donzelot 1980, 62.

Besonders kümmerte sich die Polizei um den Schutz von schwangeren Frauen sowie um die Rahmenbedingungen von Geburt, Erziehung und Gesundheit der Kinder.¹⁶⁷ Schließlich ging es nicht nur um die Vermehrung der Staatsbürger, sondern auch um die qualitative Verbesserung der Bevölkerung: um eine Steigerung des Gesundheitszustands, der Glückseligkeit und des Wohlstands. In diesem Sinne meinte auch Frank: „Die Polizey muß also die Ehe zwischen Liebenden befördern.“¹⁶⁸ Demgegenüber sollten Ehen, die zu keinem oder ungewünschtem (z. B. krankem) Nachwuchs führten, wegen der Gefahr für die Gesunderhaltung der Bevölkerung verhindert werden.¹⁶⁹ Unterbunden werden sollten Eheschließungen von Personen mit zu großem Altersunterschied, von Kranken u. Ä. „Diese und andere Vorschläge zu einer qualitativen Bevölkerungspolitik lassen sich durchaus als eugenisches Programm des aufgeklärten Absolutismus in Deutschland verstehen.“¹⁷⁰ Auch wenn die Vertreter der Eugenik und später die Nationalsozialisten sich auf manche Polizeiwissenschaftler berufen haben, sind mit Klippel doch Unterschiede zu betonen:

Dennoch erscheint es als nicht überflüssig zu betonen, dass die Eugenik am Ende des 19. Jahrhunderts anders als die Polizeiwissenschaft des 18. Jahrhunderts auf der Grundlage einer wissenschaftlichen Vererbungslehre operierte, das Problem der ‘sozialen Frage’ vor Augen hatte und biologisch-rassenhygienische Argumente benutzte – um nur einige der unterschiedlichen Voraussetzungen zu erwähnen.¹⁷¹

Klippel sieht demnach den Unterschied zwischen bevölkerungsoptimierenden Maßnahmen der medizinischen Polizei und späteren, eigentlich erst eugenischen Programmen des späten 19. und des 20. Jahrhunderts darin, dass die Polizeiwissenschaft im 18. Jahrhundert noch keine konkrete, technische Idee von Vererbung hatte und dadurch auch noch keinen biologischen Rassebegriff. Ein besonderes Verfahren, mit dem die Polizei sich in Frankreich um die Familien gekümmert hat, wird im Folgenden vorgestellt.

3.2.3.1 *Exkurs I: Die französische Praxis der lettres de cachet*

Aus dem Frankreich der Mitte des 18. Jahrhunderts ist folgende außergerichtliche Praxis der familialen Streitschlichtung bekannt: Familien haben an die Polizei bzw. an den König ein Schreiben adressiert, in dem sie von

167 Vgl. Klippel 2005, 133.

168 Frank 1791, Bd. 1.2, 261. S. a. Hußty 1786, Bd. II, 229.

169 Vgl. Frank 1791, Bd. 1.2, 259. Ebenso, darauf bezogen: Hußty 1786, Bd. II, 228 f.

170 Klippel 2005, 135.

171 Ebd.

dem unerträglichen Verhalten eines Verwandten berichteten. Sie haben in diesen Bittbriefen meistens die polizeiliche Festsetzung des Betroffenen verlangt. Am Rechtswesen vorbei richteten die Bürger ihre Briefe direkt an den Polizeipräsidenten oder an die oberste Instanz der Gerechtigkeit und Barmherzigkeit auf Erden: den König.¹⁷² Diesen Schreiben folgte kein öffentliches Gerichtsverfahren: Zwar wurden die Zeugnisse von Nachbarn, Freunden, Pfarrern und ähnlichen Personen mit einbezogen, insofern waren sie nicht streng geheim. Aber sie stellten eine Möglichkeit dar, die Schande einer öffentlichen Strafe von der Familie abzuwehren, solange es noch nicht zu einem richtigen Verbrechen gekommen war. Die Schreiben zielten darauf ab, einen königlichen Haftbefehl in Form einer *lettre de cachet* zu erhalten: einen versiegelten Brief des Königs, der die Internierung des gefährlichen Familienmitglieds anordnete.

In diesen Briefen musste die Familie die Gefahr, die von den Betroffenen ausging, deutlich und drastisch beschreiben, da ohne diese Gefahr im Verzug die Polizei auch keinen Anlass sah, in die Familienstreitigkeiten einzugreifen. Der zuständige Polizist des Viertels überprüfte die zitierten Zeugen und forschte im nachbarschaftlichen Umfeld nach, ob die Darstellungen der Wirklichkeit entsprachen. Dann wurden die Unterlagen dem Generalleutnant oder teilweise dem König übergeben, die über die Internierung entschieden.

Die Institution, die abseits der Gerichte zwischen dem Individuum und dem König steht, ist die Polizei. Diese Organisation formiert sich erst in der frühen Neuzeit und um sich gegen die älteren Rechtsinstitutionen durchzusetzen, kümmert sie sich um viel *mehr als das Recht*: sie kümmert sich um ungefähr alles, was nützlich und gut ist.¹⁷³

Höhere Familien schrieben direkt an den König. Wenn ihren Wünschen entsprochen und die Internierung angeordnet wurde, dann mussten die Familien für die Haftkosten im vorgeschlagenen Gefängnis selbst aufkommen.

Für die Zeit zwischen 1728 und 1758 haben Arlette Farge und Michel Foucault eine ganze Menge dieser Bittbriefe sowie der königlichen *lettres* in den Archiven der Bastille gefunden.¹⁷⁴ Wie kam es zu dieser Öffnung der Familien für polizeiliche Interventionen im 18. Jahrhundert? Zuvor hätte ein Familienvater wohl kaum gewagt, sein Kind bei den Behörden anzuzeigen, weil das ein Eingeständnis seiner mangelnden Autorität gewesen wäre. In der Möglichkeit einer außergerichtlichen informellen

172 Vgl. Farge, Foucault 1989, 271.

173 Seitter, Nachwort zu Foucault 2001b, 66 f. (Hervorhebung i. O.).

174 Vgl. Farge, Foucault 1989; Foucault 2001b. Die beiden Historiker erklären, dass vor 1728 andere Themen den Vorrang hatten vor familiären Konflikten und dass nach 1760 die Briefe nicht mehr archiviert wurden.

Streitschlichtung allerdings sahen Familienmitglieder eine willkommene Unterstützung, während auch die Polizei von den Hinweisen profitierte und Verbrechen verhindern konnte. Unter dem *Ancien Régime* hatten die *lettres de cachet* „ihren Sinn innerhalb dieses geregelten Austausches von Verpflichtungen und Schutzleistungen zwischen den öffentlichen Instanzen und der Familie“.¹⁷⁵

Da die Polizei augenscheinlich unsystematisch mit den Bittbriefen umging und auch die Gnade des Königs wechselhaft war, hatte die problematische Praxis der *lettres de cachet* bald ein Ende: Nach der Gründung der Ersten Republik waren sie nicht mehr üblich. „Zu dem Zeitpunkt, als man mit Recht die königliche Willkür beim Einsatz der *lettres de cachet* anprangert und als die familiären Streitigkeiten nicht länger Sache des Königs sind, zeichnet sich allmählich ein häuslicher Raum ab, wo selbstverständlich der Mann die Gesetze macht. [...] Der Code Napoléon [= *code civil*] wird diese Entwicklung zum Abschluß bringen.“¹⁷⁶ Der Familienfrieden lag nun in der Obhut des Familienvaters, der König hielt sich aus diesen Konflikten heraus. 1784 erließ der neue Haushaltsminister Breteuil eine Verfügung zur Praxis der Bittbriefe und Festsetzungen. Darin verschwanden Begriffe wie Ehre, Liederlichkeit etc., die vormalig „die Festsetzung im Namen traditioneller Solidaritäten in Gang gehalten haben“.¹⁷⁷ Schließlich war es der *Code civil*, der „das elterliche Recht zu strafen juristisch regelt“.¹⁷⁸ Im Gesetzbuch wurde der Umfang der väterlichen Gewalt und der väterlichen Erziehungspflichten genau festgelegt. Für die schwererziehbaren Kinder wurden vermehrt Besserungsanstalten eröffnet, die eine Alternative zur Internierung boten.

In den Briefen an den König bezogen sich die Bittsteller unter anderem auf die Ehre der Familie, die durch das Verhalten des Betroffenen in Gefahr gebracht werde. Der Begriff der Ehre z. B. hatte in den Texten eine sehr genaue Bedeutung:

Mit seiner Hilfe versuchen die Eltern, die nicht-juristischen Rechte und Pflichten, die sie mit ihren Kindern verbinden, zu bestimmen, sie sich selbst und den Autoritäten klarzumachen. Das Bewußtsein, das die Familie [...] von sich selbst hat, sucht und entwickelt sich und ist bemüht, sich bei der politischen Macht zur Geltung zu bringen.¹⁷⁹

Der Appell an die schützenswerte Ehre war eine außerjuristische Strategie: Kam es zu einem Verbrechen mit anschließendem öffentlichen Prozess, so war es um die Ehre bereits geschehen. Im Gerichtsverfahren spiel-

175 Donzelot 1980, 62.

176 Farge, Foucault 1989, 56.

177 Ebd., 290.

178 Ebd., 291.

179 Ebd., 141.

te sie also weniger eine Rolle als in den polizeilichen Bemühungen um Verbrechensprävention. Dabei wird deutlich, dass die Ehre und die öffentliche Ordnung zwei Seiten einer Medaille sind: Die Familien wollten Schande verhindern, indem sie ihre abtrünnigen Mitglieder festsetzen ließen, bevor diese gegen das Gesetz verstoßen konnten. Die Polizei auf der anderen Seite wollte Verbrechen verhindern und die öffentliche Ordnung bewahren.

3.2.3.2 *Exkurs II: Eine öffentliche Diskussion über Kindstötungen*

Die mit der Pflege der Bevölkerung beauftragte Polizei hat unter anderem auch ein Register geführt, in das alle schwangeren Frauen eingetragen wurden. Dies diente der Vorbeugung der Verheimlichung von Schwangerschaften lediger Frauen sowie von Abtreibung und Kindstötung. Besonders ledige Schwangere standen regelmäßig vor einem Dilemma: Entweder bekamen sie ihr Kind, oder sie versuchten unter hohem Risiko für das eigene Leben, das Kind abzutreiben, oder sie brachten es um, wobei alle Optionen strafbar waren, soweit sie jemand zur Anzeige brachte. Diese Situation stellte eine Zwickmühle dar, die auch den Herrschenden unzweckmäßig erschien, da sie nicht effektiv dazu geeignet war, die Tötung junger Staatsbürger zu verhindern. Der preussische König Friedrich II. setzte sich 1749 in einer Schrift über die Gesetzgebung auch mit diesem Dilemma der Frauen auseinander.¹⁸⁰ Er stellte fest, dass es eine Pflicht zur Anzeige einer Schwangerschaft sinnvollerweise nur dann geben könne, wenn daraus keine direkte Strafe erfolgt.

Im römischen Recht umfasste die väterliche Gewalt das *ius vitae et necis*, das Recht über Leben und Tod. Damit hatte der Vater die Entscheidung in seiner Hand, ob seine Frau eine Schwangerschaft abbrechen oder fortsetzen sollte. Jerouschek hebt hervor: Die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs ist „ihrem Wesen nach im Lichte eines aus dem Geschlechterverhältnis resultierenden Interessenkonfliktes zu begreifen.“¹⁸¹ Zwar hatte der *pater familias* das Recht über Leben und Tod der Kinder, aber die schwangere Frau war im physischen Besitz des ungeborenen Kindes. Zum einen hatte der römische Familienvater das Recht, von seiner Frau die Austragung seiner Kinder zu fordern, zum anderen konnte er sie zum Schwangerschaftsabbruch anhalten, wenn er die Schwangerschaft auf einen außerehelichen Verkehr zurückführte.¹⁸² Mit seiner Einwilligung war der Abbruch straflos, gegen seinen Willen war er ein Verbrechen.

Je mehr die Autorität des *pater familias* schwand, umso stärker wurde die Regelung von Schwangerschaftsabbrüchen öffentlichen, strafrechtli-

180 Vgl. Jerouschek 1988, 229.

181 Ebd., 277.

182 Vgl. ebd., 26 ff.

chen Sanktionen unterstellt. Auch durch den zunehmenden Einfluss des Christentums veränderte sich der Umgang mit der Abtreibung: Die Instanz, die das Leben gibt und das Leben nimmt, war nun Gott und nicht mehr der Familienvater.

Erst in der frühen Neuzeit nahm die Macht der Kirche auf das Strafrecht in diesem Bereich wieder ab, wodurch Abtreibung und Kindstötung in die Zuständigkeit von weltlichen Gerichten fielen. Ein neues Interesse zeichnete sich dabei ab: Es handelt sich um das öffentliche Interesse, also das Interesse des Staates daran, dass Bürger geboren und ihm nicht vorenthalten werden. Rechtlich wirksam wurde dieses Motiv dann im 18. Jahrhundert: Abtreibung galt nicht mehr als Totschlag, und auch für diejenigen, die an der Abtreibung beteiligt waren, wurde die Todesstrafe für unangemessen gehalten.¹⁸³

Auch vom Strafprozess her gab es große Veränderungen im 18. Jahrhundert: Anstelle des Geständnisses wurde das medizinische Gutachten wichtig, das nachweisen sollte, dass eine Schwangerschaft vorgelegen hatte und ein für eine Abtreibung taugliches Mittel verwendet worden war. Schließlich erkannte man, dass die Bestrafung von Abtreibung und Kindstötung bei gleichzeitiger Ächtung von unehelich Schwangeren die betroffenen Frauen in eine Zwickmühle brachte. Die Strafen schienen die Delikte mehr zu befördern als zu verhindern. Als Ausweg aus dieser Situation erklärte man in zwei Edikten (1756 und 1765) den außerehelichen Geschlechtsverkehr für straffrei. Somit war der eine Druck von den Frauen genommen.¹⁸⁴

Das Problem des Umgangs mit der Kindstötung war in den 1770er Jahren – auch in der Literatur des Sturm und Drang – so präsent, dass ein deutscher Übersetzer von Cesare Beccarias *Von den Verbrechen und deren Strafen*, Karl Ferdinand Hommel, dazu aufrief, eine öffentliche Diskussion zu führen. Daraufhin wurde 1781 eine Preisfrage veröffentlicht: „Welches sind die besten ausführbaren Mittel, dem Kindermord abzuhelpfen, ohne Unzucht zu begünstigen?“, die großen Anklang fand und auf die 400 Schriften aus verschiedenen europäischen Ländern zur Antwort eingereicht wurden.¹⁸⁵ Die erste der drei ausgewählten Preisschriften setzte sich dafür ein, die moralische Verfassung insbesondere der Frauen sowie auch insgesamt der unteren Schichten durch Volkserziehung zu verbessern. Diese Anhebung der Moralität würde mehr bewirken als Gesetze, so die Überzeugung des Autors. Die zweite Preisschrift ging davon aus, dass der außereheliche Geschlechtsverkehr die Wurzel des Übels sei und dass daher die Beförderung der Eheschließungen oberste Priorität habe. Damit wird eher auf sozialpolitische Maßnahmen abgestellt als auf präventive

183 Vgl. ebd., 210.

184 Vgl. ebd., 230.

185 Ebd., 239.

Besserungsmaßnahmen, sowie auch auf eine rigorose Überwachung der Schwangeren durch die Sittenpolizei.

Am konsequentesten plädiert die dritte Preisschrift, eingesandt von Johann Gottlieb Kreuzfeld, Professor der Dichtkunst an der Universität Königsberg, gegen eine Bestrafung von außerehelichem Geschlechtsverkehr: Betrachte man die soziale Realität, so fände man mehrheitlich vom Herrn verführte Dienstmägde unter den Frauen, die ihr Kind töten, weil sie sich in ihrer Not nicht anders zu helfen wüssten. Als Gegenmittel rät der Autor mit Beschämen, den „Unterschied zwischen ehelichem und außerehelichem Geschlechtsverkehr zu beseitigen“, um die Frauen vor Schande zu schützen.¹⁸⁶ Die ledig Schwangeren müssten angezeigt werden und könnten dann heimlich in einem Frauenhaus untergebracht werden, wo sie unter Aufsicht ihr Kind zur Welt bringen, das in ein Findelhaus oder zu einer anderen Frau gegeben werden sollte.

Die Überwachung der Schwangeren und der Bevölkerung überhaupt durch die Polizei war in allen drei Vorschlägen ein wichtiger Bestandteil. Auch das ALR verfolgte die Verhinderung der Tötung Neugeborener als ein wichtiges Motiv und nutzte dafür die Kontrolle durch die Polizei.¹⁸⁷ Auch durch eine Verbesserung der finanziellen Situation der Frauen mit unehelichen Kindern zielte das ALR darauf ab, die Tötung Neugeborener aus Verzweiflung zu verhindern. Aber die Motivlage war auch hier – wie bei der gesamten Veränderung der Strafrechtsslage – mehrschichtig: „Ein Grund für die gesetzliche Verankerung [eines Unterhaltsanspruchs] war neben dem Anliegen, dem Kindsmord vorzubeugen, wohl nicht zuletzt in der finanziellen Entlastung der Gemeinden zu suchen: Ihnen sollte die Versorgungslast für außereheliche Nachkommen abgenommen werden.“¹⁸⁸

Eindeutig waren wohl die Motive zur Verschärfung der Strafe auf Abtreibungen im neuen Strafrecht für Preußen, das 10 Jahre nach dem ALR in Kraft trat. Die Verschärfung geschah zum Zwecke einer „politischen Arithmetik“¹⁸⁹, so Jerouscheks Kommentar – und nicht aus ethischen Gründen. In der Entscheidung, wie mit der Abtreibung zu verfahren sei, folgte Preußen damit einem traditionellen Grundpfeiler der Strafbarkeit der Abtreibung, und zwar dem bevölkerungspolitischen Motiv.¹⁹⁰

186 Ebd., 242 f.

187 Bors bescheinigt dem Unehelichenrecht des ALR, vom „Hauptzweck‘ der Verhütung von Kindsmorden“ bestimmt zu sein (vgl. Bors 1998, 15).

188 Schmitz 2000, 116 f.

189 Jerouschek 1988, 286.

190 Vgl. ebd., 287.

3.2.4 Zusammenfassung

Die Ausführungen in diesem Abschnitt haben gezeigt, wie die historische Situation Ende des 18. Jahrhunderts aussah, in der das *Allgemeine Preussische Landrecht* verfasst wurde. Dabei wurde deutlich, dass nur auf der Grundlage der Ehe eine Familie entstehen konnte und dass zugleich die notwendigen Voraussetzungen für eine Eheschließung für viele Personen nur schwer zu erfüllen waren. Unehelichkeit teilte sich damit in zwei Problemfelder auf: Es gab z. B. die unverheirateten Paare, die sich noch keine Heirat leisten konnten und bereits vorehelich ein Kind hatten. Sie erhielten meist die Unterstützung ihrer Dorfgemeinschaft und konnten teilweise auch auf eine gerichtlich erleichterte bzw. beschleunigte Eheschließung hoffen. Diese unehelichen Kinder waren also im Wesentlichen voreheliche Kinder, die nachträglich legitimiert werden konnten und schon fest einer formal noch zu gründenden Familie zugeordnet waren. In anderen Fällen handelte es sich um schwangere ledige Frauen, denen ein Mann die Ehe versprochen, aber das Versprechen nicht gehalten hatte. Ferner betraf es auch Frauen, die sich mit dem „falschen“ Mann eingelassen haben, also einem Mann, den zu heiraten unmöglich war. Es wurde meistens der Frau zur Last gelegt, dass sie sich auf eine unsichere oder nicht standesgemäße Beziehung eingelassen hatte.

Die Frage wird nun sein, wie die verschiedenen Rechtsquellen mit der Aufgabe, einen zu Unterhaltszahlungen verpflichtbaren Vater für ein uneheliches Kind zu finden, umgegangen sind, sowie ob sie sich dieser Aufgabe überhaupt angenommen haben. Dabei ist zum einen interessant, wie zwischen ehelichen und unehelichen Kindern unterschieden wird, und zum anderen, ob und wie ein Unterhaltsanspruch des Kindes formuliert wird. Letzteres kristallisiert sich bereits als ein Punkt des Umbruchs heraus: Vor dem ALR hatte es in keinem Rechtsbuch einen einheitlich durchsetzbaren Unterhaltsanspruch für alle unehelichen Kinder gegeben. Zwar gab es bereits einzelne Vorschriften zur Unterhaltspflicht, die „Vaterschaftsbeweise“ voraussetzten. Aber es gab noch keine konsequente Gleichstellung aller unehelichen Kinder als versorgungsbedürftige Individuen, die eine zweite Art von „Unterhalts-Vaterschaft“ neben der ehelichen hätte entstehen lassen. Oft gab es noch große Unterschiede bemessen nach der Art der unehelichen Beziehung (außerehelich oder gar ehewidrig) oder nach dem Stand der Frau (unbescholtene Jungfrau, Ehefrau oder Prostituierte).

3.3 Der Kontext des *Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten*: Rechtsquellen im 18. Jahrhundert

Zur Zeit des Inkrafttretens des *Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten* gab es eine Vielzahl von nebeneinander oder subsidiär gültigen Gerichtsbarkeiten, auch für das Familienrecht. Dies lag an den unterschiedlichen politischen Zuständigkeiten in den Städten und Ländern des Heiligen Römischen Reiches, aber auch an der Geschichte der Rechtsquellen: Das europäische Privatrecht hat seine Wurzeln im Römischen Recht. Dieses war im 18. Jahrhundert in Form des *Usus modernus* als praktisch relevantes Recht präsent und in einigen Ländern geltendes staatliches Recht.¹⁹¹ Neben diesem alten, quasi weltlichen Recht hatte das kanonische Recht eine lange Tradition, besonders in der Ehegesetzgebung. In den deutschen Ländern herrschten darüber hinaus vielfach noch alte deutsche bzw. germanische Stammesrechte, die im späteren Mittelalter in Stadt- und Landrechtsbüchern schriftlichen Ausdruck und damit verlässlichere Gültigkeit gefunden hatten. Im 18. Jahrhundert beeinflusste das neue rationalistische Naturrecht, das größtenteils rein theoretisch entworfen und diskutiert wurde, den *Usus modernus*. Auf der Grundlage der naturrechtlichen Theorien entstanden schließlich Ende des 18. Jahrhunderts die großen naturrechtlichen Kodifikationen.¹⁹² Zu ihnen gehören z. B. das *Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten* (ALR), der *Code civil* (CC) und das *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch Österreichs* (ABGB). Im Folgenden werden die neben dem ALR in Preußen bzw. im Deutschen Reich gültigen Rechtsquellen vorgestellt – um die Rechtsbücher Österreichs und Frankreichs geht es dann später.¹⁹³

3.3.1 Der *pater familias* im römischen Recht

Bevor das Familienrecht des *Usus modernus* vorgestellt wird, erfolgt ein Blick auf das zugrunde liegende römische Recht. Im römischen Recht gab es verschiedene Prinzipien, nach denen Verwandtschaft definiert wurde: Agnation, Cognation oder Blutsverwandtschaft. Es herrschte zunächst das Prinzip der Agnation vor: die Verwandtschaft, die über die Zuschreibung zu einem *pater familias* als Erzeuger gestiftet wird. Agnatisch ist man mit seinem Großvater, Vater, Geschwistern, Kindern sowie Kindern des Sohnes verwandt. „Nicht die blutmäßige Abstammung [consanguinitas] ist nach dem Agnationsprinzip das wesentliche Moment, sondern

191 Vgl. Dölemeyer 1997, 634.

192 Eine „Kodifikation“ (lat. *codex*) ist eine systematische und oft auch die gesamten Rechtsgebiete umfassende Gesetzessammlung.

193 Zu Frankreich und Österreich s. Abschnitt 3.6.1 und 3.6.2.

die formaljuristische Zugehörigkeit zum väterlichen Familienverband, die ausschließlich durch legitime [also eheliche] Geburt begründet wird.“¹⁹⁴ Höpfner bezeichnet die Agnation als eine juristische, quasi gestiftete Verwandtschaft: „*agnatio* ist die bürgerliche Verbindung, welche die Römischen Gesetze unter Verwandten festgesetzt haben; *cognatio* die natürliche Blutsfreundschaft.“¹⁹⁵ Zeugung im Sinne der Agnation ist ein juristischer, kein biologischer Begriff. Uneheliche Kinder wurden zwar auch von einem Mann „gezeugt“, d. h. es bestand Blutsverwandtschaft, aber das Kind gehörte keinem Familienverband an. Für sie existierte keine gemäß Agnation gültige Zurechnung zu einem Vater.

Der Gegenpart zur Agnation, die Cognation, „beruht auf der Geburt von einer bestimmten Frau und wird durch die Mutter, ‘*quae semper certa est*’, vermittelt“, so Leineweber.¹⁹⁶ Cognatisch ist eine Person mit seiner Mutter, Großmutter sowie mit den Kindern seiner Töchter verwandt. Jedes Kind hat eine Mutter und deshalb ist auch ein uneheliches Kind cognatisch mit seiner Mutter verwandt. Die Cognation stiftet aber keine Verwandtschaft zwischen dem Kind und seinem Erzeuger.

Während Höpfner die Verwandtschaft qua Agnation als „künstlich“ bezeichnet, nennt Leineweber sie *fiktiv*: Das Abstammungsprinzip seitens des Mannes ist die

Zeugung (Agnationsprinzip), die sich als Naturtatsache nicht mit Sicherheit beweisen läßt. Aus diesem Grund ist die Annahme der blutsmäßigen Abstammung von einem bestimmten Manne im römischen Recht *fiktiv*, ihre Voraussetzung nicht der Geschlechtsverkehr mit der Mutter, sondern das Bestehen eines *iustum matrimonium*. Das einzige verwandtschaftliche Band zwischen Vater und Kind ist die Ehe, außerhalb derselben erkennt das klassische römische Recht eine blutsmäßige Verwandtschaft [zwischen Vater und Kind] nicht an.¹⁹⁷

Nur in einer ganz bestimmten Konstellation wird eine natürliche Verwandtschaft des Vaters mit seinem unehelichen Kind wirksam, und zwar als Ehehindernis im Falle einer geplanten Heirat des leiblichen Vaters (*pater naturalis*) mit seiner unehelichen Tochter.

Die natürliche Vater-Kind-Beziehung wird rechtlich relevant in dem Verbot der Ehe des *pater naturalis* mit seiner *ulgo quaesita filia*. Das Eheverbot deutet darauf hin, daß die Negierung jeder verwandtschaftlichen Beziehung des *spurius* [*dt.* uneheliches Kind] zu seinem Erzeuger weniger auf der Unmöglichkeit exakter Vaterschaftsbestimmung beruht – hinsichtlich des Eheverbots gilt er ja

194 Leineweber 1978, 20.

195 Höpfner 1803, 153.

196 Leineweber 1978, 20.

197 Ebd., 21 (Hervorhebung i. O.).

als bekannt – sondern ein Relikt der monogamen Haltung der Römer und die notwendige Folge ihres Verwandtschaftssystems darstellt.¹⁹⁸

Auch andere Autoren weisen auf den Einfluss der römischen Vorstellung von Monogamie auf das Familienrecht hin: Stintzing z. B. betont, die Ehelichkeitsvermutung sei eine Folge der damaligen sittlichen Vorstellungen und nicht der Unerforschbarkeit der Vaterschaft.¹⁹⁹ Die Eheschließung basierte zur Zeit der römischen Antike auf einer entsprechenden Willenserklärung der Ehegatten: Der „römisch-rechtliche Grundsatz [lautete] *‘consensus facit nuptias’*“.²⁰⁰ Das später hinzukommende Erfordernis einer formellen Zeremonie, mit priesterlicher Einsegnung und offizieller Ankündigung etwa, hatte seine Gründe im Interesse an einer ausreichenden Bekanntheit der erfolgten Eheschließung.

An dem Beispiel des Eheverbots zwischen dem leiblichen Vater und seiner Tochter lässt sich zeigen, dass die Kenntnis der Abstammung nicht automatisch eine rechtlich gültige vaterschaftliche Beziehung stiftete. Das prinzipielle Hindernis der Anerkennung unehelicher Kinder war nicht, dass man den Erzeuger nicht feststellen konnte, denn er war oft bekannt. Für eine rechtlich gültige Verwandtschaft eines Kindes mit seinem Vater bot die Abstammung aber keine Grundlage, denn die Blutsverwandtschaft als Tatsache war für das Recht ohne Bedeutung. Verwandtschaft entstand nur durch die Ehe mit der Kindesmutter, weil durch eine Ehe klare Verhältnisse in Bezug auf die Rechte und Pflichten der Familienmitglieder untereinander gewährleistet wurden.

Dies zeigt sich unter anderem in den genau definierten väterlichen Rechten und Pflichten im Rahmen der väterlichen (Haus-)Gewalt: Die *patria potestas* erstreckte sich über die *iusti filii*, die rechtmäßigen Kinder. Illegitime Kinder dagegen unterstanden weder dem nichtehelichen Vater noch der Mutter noch dem mütterlichen Großvater. „Sie sind Personen *sui iuris*.“²⁰¹ Eine väterliche Alimentationspflicht oder ein entsprechendes Recht auf Seiten der unehelichen Kinder existierte nicht. Man ging davon aus, dass eine innere ethische Bindung des Vaters „einen Rechtsanspruch überflüssig“ machte.²⁰²

Im römischen Familienrecht gab es auch Bestimmungen über willentliche Verwandtschaft. Sie gehören zu den ältesten Beständen der Rechtsgeschichte und beanspruchen die gleiche rechtliche Gültigkeit wie die üblichen Regelungen zur Verwandtschaft. Wichtig für die Adoption war ein Altersunterschied von mindestens 18 Jahren zwischen dem Adoptieren-

198 Ebd.

199 Vgl. Stintzing 1868, 422 ff. Vgl. ferner Schmitz 2000, 11.

200 Leineweber 1978, 179.

201 Ebd., 21.

202 Ebd., 22. Vgl. auch Schmitz 2000, 12.

den und dem Adoptierten.²⁰³ Damit wurde die Generationendifferenz zwischen Eltern und Kindern abgebildet. Bei der Adoption wurde ein Unfreier aus einer Hausgewalt in eine andere übergeben, d. h.: Es wurde eine väterliche Gewalt zerstört und eine neue begründet. Die Adoption hatte nicht in erster Linie das Ziel, ein Kindschaftsverhältnis zu begründen, sondern sie diente dazu, die väterliche Gewalt zu begründen. Mit ihr konnte ein Vater in seinem Hausverband die agnatische Verwandtschaft gestalten.

Nach dem *Usus modernus*, der zur Zeit des ALR gültigen Form römischen Rechts, war die Geburt nach der Eheschließung maßgeblich für die Ehelichkeit, also die Legitimität des Kindes. Legitimität war damals gleichbedeutend mit Erbberechtigung: Illegitime Kinder waren solche, die außerhalb einer Erbfolge standen. Selbst wenn einer Ehefrau Mehrverkehr nachgewiesen werden konnte, so galt doch der Ehemann als Vater des Kindes, sofern dieses nach der Heirat gezeugt worden war und der Ehemann der Vater sein *könnte*: „Der Ehebruch der Mutter alleine reichte nicht aus, um die Ehelichkeit anzufechten, nicht einmal der Ehebruch in flagranti und das mütterliche Bekenntnis, das Kind stamme aus diesem.“²⁰⁴ Ein in der Ehe geborenes, aber vor der Eheschließung gezeugtes Kind wurde durch Anerkennung durch den Vater ein eheliches Kind. Der Ehemann musste also seine Vaterschaft durch eine Willenserklärung bestätigen. Die Ehelichkeitsvermutung galt demnach bei vorehelich gezeugten Kindern nicht so automatisch wie bei in der Ehe gezeugten Kindern.

Höpfner unterschied 1783 in seinem Kommentar zu den Justinianischen *Institutiones* (Teil des *Corpus iuris civilis*) in neuartiger Weise zwei verschiedene Formen von Verwandtschaft. Dabei lässt er naturrechtliche Ansichten mit einfließen. Dies war so im *Usus modernus* nicht üblich, betont Leineweber: „Höpfner unterscheidet zwischen der Verwandtschaft im Rechtssinne und der natürlichen Verwandtschaft, die auf der Abstammung beruht und durch jede – eheliche oder außereheliche – Zeugung begründet wird.“²⁰⁵ Höpfner nennt die rechtliche Verwandtschaft eine „bürgerliche“ und die leibliche Verwandtschaft eine „natürliche“: „Die Verwandtschaft ist entweder bloß natürlich, oder bloß bürgerlich, oder beydes zugleich.“²⁰⁶ Eine bloß rechtliche, bei Höpfner „bürgerlich“ genannte

203 Vgl. Knütel 1992. Wer dagegen gleichaltrig war – und daher auch gleich stark –, konnte nicht ohne Schande adoptiert werden, weil dies ja einer Entmündigung gleichkam. Hier gab es die Möglichkeit einer Arrogation: Dadurch konnte sich jemand, der sein eigener Herr war, freiwillig der Hausgewalt eines anderen unterstellen. Dafür mussten beide einverstanden sein und in der Vollversammlung der Bürger einen Antrag stellen.

204 Harms-Ziegler 1991, 131. Vgl. auch Schubart-Fikentscher 1967, 26.

205 Leineweber 1978, 180.

206 Höpfner 1803, 152.

Verwandtschaft besteht z. B. zwischen Eltern und adoptiertem Kind, eine bloß „natürliche“ (lat. *naturalis* im Gegensatz zu *legitimus*) zwischen Eltern und einem unehelichen Kind. Dagegen fällt bei einem leiblichen Kind in einer rechtmäßigen Ehe beides zusammen.²⁰⁷ Diese Darstellung Höpfners in seinem Kommentar zum römischen Recht ist von der traditionellen Auffassung abzuheben: Im römischen Recht kannte man nur *eine* Verwandtschaft, und zwar die Verwandtschaft im Sinne einer rechtlichen Zugehörigkeit zu einer Familie. Die blutsmäßige Abstammung wurde nicht „Verwandtschaft“ genannt und hatte keine rechtlichen Folgen. Unter naturrechtlichem Einfluss ändert sich hier die klassische römischrechtliche Verwandtschaftsdefinition.

3.3.2 Das kanonische Recht

Besonders im Eherecht war lange Zeit das Kirchenrecht die gültige Autorität gewesen, da die Ehe als Sakrament in den kirchlichen Regelungsbe-
reich fiel. „Die Kompetenz zur Regelung des Eherechts durch das Kirchenrecht wurde bis in das 18. Jahrhundert hinein in formeller wie materieller Hinsicht vom weltlichen Recht selbstverständlich anerkannt.“²⁰⁸ Kirchenrechtlich war die Ehe als „der einzige Rahmen des legitimen geschlechtlichen Verkehrs“²⁰⁹ bestimmt worden, und damit ging einher, dass bei der Geburt von Kindern einer verheirateten Frau der Ehemann als Vater vermutet wurde. „Mit der kanonistischen Definition der Legitimität war gleichzeitig die Vaterschaftsvermutung für den Ehemann der Mutter ausgesprochen worden, die Basis der Präsump-
tion der Legitimität des Kindes war (und ist).“²¹⁰ Da die Bestimmungen von Vaterschaft mit der Ehelichkeit oder Nichteelichkeit des Kindes zusammenhängen, waren sie zumeist als „Annex des Eherechts“²¹¹ verfasst.

Allgemein verbindet man mit dem Einfluss der Kirche eine stärkere Benachteiligung der nichtehelichen Kinder, verglichen mit dem römischen Recht, das das Konkubinat z. B. noch nicht verboten hatte. Dem hält Leineweber entgegen: „Abschließend ist somit festzustellen, daß die Kanonistik bezüglich der Voraussetzungen wie auch der Rechtsfolgen der Nichteelichkeit in den meisten Punkten mit den von den Glossatoren auf der Grundlage des römischen Rechts entwickelten Rechtsstandpunkten übereinstimmt.“²¹² Leineweber weist darauf hin, dass der Einfluss des kanonischen Rechts von dem Einfluss der Kirche auf die moralische Be-

207 Vgl. ebd., 151.

208 Harms-Ziegler 1991, 66.

209 Hull 1997, 224.

210 Harms-Ziegler 1991, 71.

211 Ebd., 62.

212 Leineweber 1978, 67.

wertung der Unehelichkeit unterschieden werden müsse und dass Ersterem durchaus ein positiver Einfluss bescheinigt werden könne.²¹³

3.3.3 Die germanischen Stammesrechte

„Das“ germanische Recht ist eigentlich eine Vielzahl von germanischen Stammesrechten und -riten, die über lange Zeit gar keine schriftliche Zusammenfassung erfuhren. Die nichtehelichen Kinder wurden in den verschiedenen germanischen Stammesrechten unterschiedlich behandelt, aber einige Parallelen lassen sich aufweisen: Neben der Notwendigkeit der Geburt durch eine freie Frau war die Anerkennung der Vaterschaft durch den Vater die wichtigste Voraussetzung für eine gültige Verwandtschaft zwischen Vater und Kind, die alle üblichen rechtlichen Folgen nach sich zog.²¹⁴ Das Vorliegen einer gültigen Ehe war nicht notwendig und machte keinen Unterschied für die Behandlung der Kinder. Vielmehr war die rituell bestätigte Verwandtschaft zwischen Vater und Kind die Grundlage.

In den germanischen Stammesrechten gab es als Beispiele für willentliche Verwandtschaft die sogenannte „Geschlechtsleite“ im Rahmen der weiteren Verwandtschaft sowie die Wahlkindschaft und die Wahlbrüderschaft im Rahmen der engeren Verwandtschaft. Die aus dem norwegischen Raum stammende Geschlechtsleite ermöglichte, dass ein unehelich geborenes Kind in die Sippe seines Vaters eingeführt wurde. Wenn bspw. eine Sklavin (unfrei) ihrem Herrn (frei) ein Kind geboren hatte, dann musste dieses Kind erst freigelassen werden, um dann in die väterliche Sippe aufgenommen werden zu können. Damit bekam es die vollen Rechte eines Freigeborenen.²¹⁵ Dieser Vorgang des Leitens in das eigene Geschlecht wurde z. B. in Gestalt einer „Schuhsteigung“ öffentlich vollzogen.²¹⁶ Je wichtiger und geschlossener die Sippen waren, desto wichtiger war die Möglichkeit einer solchen Verwandtschaftsstiftung, die besonders aus erbrechtlichen Gründen relevant war. Als die Bedeutung der Sippe abnahm, kamen auch kaum noch derartige Freilassungen und Aufnahmen vor.

Die Wahlkindschaft meinte die Aufnahme an Kindes statt. Daraus folgte keine verwandtschaftliche Beziehung mit der Sippe desjenigen, der das Kind adoptierte, sondern nur eine Beziehung zwischen dem Adoptivvater und dem Adoptivkind. Diese gestiftete Verwandtschaft hatte also

213 Vgl. ebd., 68 f.

214 Vgl. ebd., 34 ff.

215 Vgl. Pappenheim 1908, 308.

216 Für die Schuhsteigung wurde eigens ein Schuh gefertigt. In diesen Schuh stieg dann zuerst der Mann, der die Geschlechtsleite vollzog (der Vater, der sein uneheliches Kind aufnahm bzw. ein Kind adoptierte), darauf das Kind, und schließlich alle Mitglieder der Sippe.

nur Rechtswirkungen in dem Bereich, der die vaterschaftliche Beziehung umfasst. Die rituellen Handlungen, die diesen Rechtsakt der Adoption bei den Germanen begleiteten, waren teilweise den Handlungen ähnlich oder nachgestaltet, die ein Vater bei der Geburt seines eigenen Kindes als Zeichen der Anerkennung ausführte (z. B. die „Kniesetzung“, bei der das Kind auf die Knie des Vaters gesetzt wird).

3.3.4 Die deutschen Partikularrechte (Gewohnheitsrechte)

Seit dem 11. Jahrhundert haben einzelne Länder und Städte begonnen, ihre jeweiligen Rechte, also die überlieferten Rechte ihrer Stämme, schriftlich zu formulieren. Der *Sachsenspiegel* z. B. war das erste vollständig deutschsprachige Rechtsbuch. Er entstand Anfang des 13. Jahrhunderts. Darin wurde bestehendes und überliefertes Rechtsgut, unterteilt in Landrecht und Lehnrecht, zusammengetragen. Derartige Rechtsbücher waren also keine von der Obrigkeit beauftragten gesetzgebenden Werke, sondern von einzelnen Personen auf eigene Initiative verfasste Sammlungen.

Das im Mittelalter bestehende Heilige Römische Reich (Deutscher Nation) bestand aus vielen einzelnen Ländern mit eigenen Stammes- bzw. Landrechten, wobei aus den älteren deutschen Stammesrechten (z. B. dem *Sachsenspiegel* oder dem *Schwabenspiegel*, etwa 1275) die Landrechte hervorgegangen sind. Der *Sachsenspiegel* bspw. war in Preußen gültig bis zum Inkrafttreten des *Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten*. Die Stammes- bzw. Landrechte umfassten Strafrecht, Privatrecht, Polizeirecht sowie daneben auch Lehnrecht. In den reichsfreien, autonomen Städten herrschte meistens ein eigenes Stadtrecht.

Schmitz erläutert einige Beispiele der Rechte unehelicher Kinder in den Stammesrechten: Uneheliche Kinder gehörten zumeist nicht der Familie des Vaters an und galten als nicht mit ihm verwandt. Dennoch gab es – im *Sachsen-* und im *Schwabenspiegel* – ein Recht des Vaters, für sein uneheliches Kind zu sorgen, denn das entlastete die öffentliche Fürsorge. Dass der Vater ein Recht auf Unterhaltszahlungen hatte, bedeutet, dass die Zustimmung seiner Erben, also seiner legitimen Kinder, zu dieser freiwilligen Leistung nicht erforderlich war. Eine erste Formulierung einer rechtlichen *Pflicht* des Vaters zur Unterhaltszahlung belegt Schmitz für das Augsburger Stadtrecht, das etwa 1276 entstanden war. Dieses Recht führte zu einem Anspruch des Kindes gegen den Vater, den sogar die Mutter für das Kind einklagen konnte.²¹⁷

Die neueren Landrechte stammen aus dem 18. und 19. Jahrhundert: Der *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (CMC) ist die älteste Kodifikation, sie stammt aus dem Jahr 1756. Baumgarten erläutert: Der CMC

217 Vgl. Schmitz 2000, 33 f.

„ist das älteste deutsche umfassende, in sich verständliche Privatrechtswerk. Es handelt sich um die erste Kodifikation des Naturrechtszeitalters. Allerdings enthält es keine grundlegende Neugestaltung der Rechtsordnung [...], sondern ist im wesentlichen nur Zusammenfassung des gemeinen, des kanonischen und des einheimischen, mithin des geltenden Rechts.“²¹⁸ Auch das Unehelichenrecht bezieht sich auf bereits bestehende Rechte: Es lässt eine Unterhaltsklage gegen den Vater zu. Der CMC ist als ein Vorläufer der folgenden Kodifikationen wie des ALR zu sehen.

Der französische *Code civil* (CC) von 1804 galt auch in den von Frankreich besetzten deutschen Landesteilen. Besonders in den Rheinprovinzen war er sehr lange gültig. Das *Badische Landrecht* war eine fast wörtliche Übersetzung des CC ins Deutsche. Das österreichische Privatrecht, das *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch* (ABGB), beruht auf dem gemeinen Recht (*ius commune*). Zwischen Österreich und dem Deutschen Reich herrschte eine große Nähe, weshalb sich auch die Vorlagen für das *Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich* (BGB) von 1900 häufig auf das ABGB beziehen.

3.4 Vaterschaft im *Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten* (ALR)

3.4.1 Einleitung

Das *Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten* (ALR) wurde am 05.02.1794 verabschiedet und trat am 01.06.1794 in Kraft. Es sollte gegenüber den regionalen Statuten subsidiär sein. Letztlich blieb das ALR – mit gewissen Veränderungen – bis zum Inkrafttreten des *Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich* im Jahr 1900 geltendes Recht in Preußen sowie den ihm unterworfenen Ländern. Das preussische Recht spiegelt zwar schon eine neue Staatsauffassung wider, aber es sah noch keine Einschränkung der Monarchie durch eine Verfassung vor und behielt noch die Ständeordnung bei.

Verglichen mit den anderen deutschen Staaten zeichnete sich die Situation Preußens im 18. Jahrhundert – und damit auch die Entstehungssituation des ALR – durch einige Besonderheiten aus. Willekens erklärt die Sonderstellung des ALR folgendermaßen: Während die mehr westlich liegenden Staaten unter einer enormen Landknappheit litten, sich durch eine hohe Bevölkerungsdichte und späte Heiraten auszeichneten, hatte Preußen ganz andere Probleme. Seine Bevölkerung erschien verglichen mit der

218 Baumgarten 2007, 32, Fußnote 109.

Größe des Landes zu klein.²¹⁹ Man brauchte mehr Menschen, die das Land bebauen und mit ihren Steuern die Armee finanzieren konnten. Auf die territoriale Expansion, die Preußen erfolgreich betrieben hatte, musste eine Expansion der Bevölkerung folgen. Demzufolge wurden auch außereheliche Kinder als Bevölkerungszuwachs willkommen geheißen – wenn möglich mit einem Vater, der für sie sorgte. Also mussten die Ansprüche der unehelichen Kinder gegen ihre Väter möglichst leicht durchzusetzen sein. Ferner wurden Scheidungen vereinfacht, damit zerstrittene Ehegatten neu heiraten und Kinder bekommen konnten.

Das politische Ziel, die Bevölkerung zu vermehren, führte dazu, dass alle Kinder moralisch gutzuheißen waren. Die vormals als Schande geltende uneheliche Zeugung musste rehabilitiert werden. In Preußen galt, was auch in anderen absolutistischen Staaten Ende des 18. Jahrhunderts modern war – auch wenn die Bevölkerungssituation in Preußen andere und vielleicht sogar drastischere Maßnahmen erforderlich machte: Die Glückseligkeit des Staates war durch die Glückseligkeit jedes einzelnen Bürgers zu erreichen. Eine konkrete Voraussetzung für die Glückseligkeit des Staates war das Wachstum der Bevölkerung. Harms-Ziegler zieht die Schlussfolgerung: Die „sittlich-moralische Kategorie ist primär nicht die formale Ehe, sondern die Bereitschaft der Untertanen zur Sozialität und Zivität, also zur Reproduktion.“²²⁰ Damit wurden das Familienrecht und das Nichteheichenrecht sowie deren Umsetzung durch die Polizei zu zentralen politischen Instrumenten und blieben nicht mehr nur sittliche Probleme. Preußen gestaltete mit dem Illegitimenrecht des ALR seine „absolutistische *Peuplierungspolitik*“²²¹, so Harms-Ziegler. Das öffentliche Wohl war die Leitidee: „Ende des 18. Jahrhunderts war das Nichteheichenrecht Instrument zur Ordnung des sozialen Gefüges nach Maßgabe aufklärerischer Vorstellungen vom *bonum commune*.“²²² Das erklärte Ziel des ALR war, „die vernunftgemäße sittliche Verbesserung der Gesellschaft [zu] fördern“²²³.

Was das Staatsmodell des ALR betrifft, so befand es sich an einem Übergang zwischen zwei verschiedenen Modellen: Einerseits war das Modell der Ständeordnung noch präsent in Form der häuslichen Gemeinschaft bzw. des Hauses. Das ALR behielt diese Struktur der Stände bei, aber es sollte zugleich ein einheitlicher rechtlicher Rahmen für alle diese Stände

219 Vgl. Willekens 2006a, 161.

220 Harms-Ziegler 1997, 333.

221 Ebd., 340 (Hervorhebung i. O.).

222 Bors 1998, 43 (Hervorhebung i. O.).

223 Harms-Ziegler 1991, 184. „Die vernünftige Entfaltung der *Untertanen* auf dem Weg zum Staatsbürger eines Wohlfahrts- und Polizei-Staates ist [ein weiteres] Ziel“ des ALR (ebd., 185).

sein, für Bürger, Bauern und die landlose Unterschicht, und wollte sie nach dem Modell eines bürgerlichen Gesellschaftsvertrags verbinden. Dies zeichnete sich in der ehelichen Gesellschaft, dem freiwilligen Vertrag der beiden Ehegatten miteinander, ab.

Entsprechend stand das Familienrecht in der Spannung zwischen einer starken Autorität des Vaters bzw. einer Integrität des Hauses auf der einen und einer Individualisierung der einzelnen Bürger auf der anderen Seite. Am Unehelichenrecht des ALR kann man diese Spannung ablesen, denn die Unehelichen waren nicht in ein Haus integrierbar, und daher waren sie ein Problem für die alte Ordnung, aber nicht so sehr für die neue Idee der Förderung jedes Einzelnen. „Wenn das ALR [...] einen maximalen Schutz des nichtehelichen Kindes hinsichtlich der Realisierung des Unterhaltsanspruchs anstrebte, ging es ihm mehr um die Anerkennung des Kindes als Individuum als um dessen familienrechtliche Integration.“²²⁴ Durch die finanzielle Versorgung konnte eine Integration unehelicher Kinder in eine bürgerliche Gesellschaft ermöglicht werden, die nicht mehr so sehr darauf achtete, wo es herkam, als vielmehr darauf, dass es eine Chance bekam, sich etwas zu erarbeiten.

Aber nicht nur im Unehelichenrecht lässt sich die Spannung ablesen, auch das allgemeine Familienrecht befand sich in einem Übergangszustand. Das Familienrecht des ALR „orientiert sich [...] noch wesentlich am Idealtyp des ‘Hauses’ unter vorindustriellen Produktions- und Lebensverhältnissen.“²²⁵ Innerhalb der Gemeinschaft des Hauses aber veränderten sich die Rechte und Pflichten der Eltern und Kinder: „Der Staat zog diese hausherrliche Gewalt [des Hausvorstandes] selbst an sich und setzte damit gleichzeitig die Betroffenen frei“, individualisierte sie.²²⁶ Die sich entwickelnde Individualisierung eröffnete auch den Weg für eine zunehmende staatliche oder fürsorgerische Intervention in die Familien bzw. in die häuslichen Gemeinschaften hinein, die vorher, unter einem starken *pater familias*, nicht denkbar war. Zugleich ermöglichte diese Tendenz den Einzelnen aber auch eine andere Sichtbarkeit und eine größere Handlungsmöglichkeit in der Gesellschaft: Die „Freisetzung aus der patriarchalisch strukturierten Sphäre des ständischen Hauses bedeutete individuell also verbesserte Integrationschancen [...] in der sich schärfer konturierenden bürgerlichen Gesellschaft“.²²⁷

Harms-Ziegler fasst die Entstehungssituation des Unehelichenrechts des ALR so zusammen, dass dort die „Illegitimität [...] in das Spannungsfeld von Sittlichkeitskontrolle und präventiver Sozialpolitik“ geriet.²²⁸

224 Schmitz 2000, 62.

225 Harms-Ziegler 1991, 210.

226 Ebd.

227 Ebd.

228 Harms-Ziegler 1997, 339.

Man wollte weiterhin die Eheschließungen befördern und außerehelichen Geschlechtsverkehr möglichst verhindern, aber zugleich Kindstötungen vermeiden und durch die Unterhaltspflicht für Väter die Situation für ledige Mütter und deren Kinder verbessern. Dieses Unehelichenrecht hatte Vorbildcharakter für andere zeitgenössische Rechtsordnungen, betont Schmitz. „Erstmals wurde dem Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes ein ganzer Unterabschnitt gewidmet.“²²⁹ Bemerkenswert war auch, dass der Anspruch des Kindes von dem Anspruch der Mutter auf Abfindung unabhängig war. Unter starkem naturrechtlichem Einfluss, dem zufolge die Familie auf der Blutsverwandtschaft, nicht primär der Ehe, gründet, wurden erste Schritte in Richtung einer Gleichberechtigung von ehelichen und unehelichen Kindern unternommen.²³⁰

Vaterschaft als vollgültige Verwandtschaft mit allen Rechtsfolgen entstand im ALR nur im Rahmen einer Ehe. Uneheliche Kinder galten als nicht mit ihrem Vater verwandt. Der Vater konnte aber zu Unterhaltszwecken – und nur dazu – festgestellt werden. Die Ehe hatte als Hauptzweck die Reproduktion, von daher wurde ab der Eheschließung dem Ehemann die Vaterschaft für die von der Ehefrau geborenen Kinder zugeschrieben. Die Vaterschaft gründete sich in der Ehelichkeitsvermutung. Allerdings bezog sich dies nicht auf die konkrete Vermutung, dass ein Geschlechtsverkehr der Ehepartner stattgefunden habe. Vielmehr begründete die Ehe ein Verhältnis zwischen den Ehegatten, das dem Mann bestimmte Pflichten und Rechte gegenüber seiner Frau übertrug: Der Mann hatte die Aufsicht über seine Frau zu führen. Als Gegenleistung für diese Pflicht, die Vormundschaft über sie zu führen und für sie zu sorgen, hielt man sich mit konkreten Vermutungen über die Ausgestaltung des ehelichen Verhältnisses zurück: Für eine Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes reichte es z. B. nicht, dass der Ehemann nachweisen konnte, dass seine Frau auch mit anderen Männern verkehrt hatte.²³¹ Nur etwa eine längere Abwesenheit, infolge deren es gar nicht zu einem Geschlechtsverkehr zwischen den Ehegatten hatte kommen können, konnte eine Anfechtung der Vaterschaft begründen.

Im Folgenden werden die einzelnen Regelungen des *Allgemeinen Preussischen Landrechts* zu ehelicher und unehelicher Vaterschaft daraufhin untersucht, wie die Vaterschaft begründet wurde, wie sie ausgestaltet war und wie sie angefochten werden konnte. Dabei sind besonders die Fälle aufschlussreich, in denen eine Vaterschaft bestritten wurde oder mehrere Männer als Vater in Frage kamen: Woran orientiert sich das

229 Vgl. Schmitz 2000, 59.

230 Vgl. ebd., 60 f.

231 Vgl. ALR II 2, § 5. Das wäre ein Scheidungsgrund, aber es sprach nicht automatisch gegen die Ehelichkeit des Kindes.

Recht in diesen Fällen, um die Vaterschaft zuzuschreiben? Letztlich ist die hier schon ansatzweise beschriebene Unterscheidung zwischen ehelicher und unehelicher Vaterschaft zu beurteilen: Kann man die uneheliche Vaterschaft, wie sie im ALR bestimmt wird, überhaupt Vaterschaft nennen, wenn es doch nur um die Unterhaltspflicht ging? Welche Funktion hatte diese Vaterschaft, die für das Recht keine Verwandtschaft darstellte?

3.4.2 Ein Fallbeispiel zur Prüfung der Vaterschaft

Im *Magazin für die gerichtliche Arzneikunde und medizinische Polizei* aus dem Jahr 1783 ist ein Urteil des Königlichen Preußischen Hof- und Kammergerichts mit dem Titel „Rechtliches Erkenntnis des Königlichen Preußischen Hof- und Kammergerichts zu Berlin, in Sachen eines von seinem Vater nicht erkannten Sohnes, wider den Vater“ veröffentlicht.²³² In Preußen hatte ein junger Mann gegen einen anderen Mann geklagt, der ihn als Sohn anerkennen sollte. Der Mann sei sein Vater, habe dies aber immer zu verbergen gesucht, so der Kläger. Mehr als 18 Jahre nach seiner Geburt klagt der junge Mann auf nachträgliche Feststellung der Vaterschaft und also der Ehelichkeit.

Der Fall wird folgendermaßen dargestellt: Der als Vater Beklagte hatte eine verheiratete Frau kennengelernt. Kurz danach war deren Mann gestorben und sie hatte „ehelichen Umgang“ mit dem Beklagten gehabt. Bald darauf haben sie geheiratet. Zuvor, also während sie noch Witwe war, hatte die Frau ein Kind (den Kläger?) geboren. Es wurde mit einer Amme in einen anderen Ort gebracht, dort auf einen anderen Namen getauft und aufgezogen. Der Beklagte hat die Herkunft dieses Kindes verheimlicht und andere Gerüchte über den Vater des Kindes verbreitet. Der Sohn wurde später, als Heranwachsender, in Ökonomie, Mess- und Zeichenkunst ausgebildet und bei einem Landbaumeister in die Lehre geschickt. Als er von seiner Herkunft erfuhr, was er mit Zeugenaussagen der Amme, Briefen seines Vaters an die Pension, in der er aufgezogen wurde, etc. belegte, schickte er einen Boten zu seinem Vater mit der Forderung, ihn als durch nachträgliche Heirat legitimierten Sohn anzuerkennen. Da der Beklagte sich weigerte, ging der junge Mann vor Gericht.

Das Hof- und Kammergericht gab der Klage statt. Als Gründe wurden angeführt: Der Beklagte und die Mutter hätten den Geschlechtsverkehr im entsprechenden Zeitraum vor der Geburt gestanden (zwischen dem 208. und 220. Tag vor der Geburt, was in den Empfängniszeitraum fällt). Daraus folge von Rechts wegen, dass der Beklagte Vater des Kindes sei. „Diese [Annahme] wird noch dadurch verstärkt, daß der Beklagte sich wenigstens achtzehn Jahr hindurch selbst für den Vater anerkannt hat.“²³³

232 Vgl. Königliches Preußisches Hof- und Kammergericht 1783, 892 ff.

233 Ebd., 896.

Das wird daraus geschlossen, „daß er bei der Geburt des Klägers, als dessen vermeintlicher Vater, gegenwärtig gewesen [war], ihn gleich nachher zu sich genommen, mit der schon vorher angenommenen Säugamme [...] nach St. geschickt“ habe.²³⁴ In den folgenden 18 Jahren hat er die Aufzucht und Erziehung des Kindes bezahlt.

Es gab allerdings auch begründete Zweifel an der Vaterschaft des Beklagten: Die Mutter hatte zugegeben, dass sie vor dem Verkehr mit dem Beklagten auch schon mit einem anderen Mann verkehrt hatte. Ferner war das Kind bei der Geburt voll entwickelt, was eigentlich bei einer 208 bis 220 Tage – entsprechend dem Zeitraum, in dem das Paar in diesem Fall Verkehr gehabt hatte – dauernden Schwangerschaft nicht zu erwarten sei. Gegen diese Zweifel wandte das Gericht ein: Die Mutter dürfe in einer Vaterschaftsklage nicht gegen oder für das Kind aussagen.²³⁵ Der Zustand der Frucht bei der Geburt habe keine Auswirkung auf die Festlegung des Empfängniszeitraums, es „ist doch nach den Gesetzen auch ein *partus septimestris pro perfecto* zu achten“.²³⁶

Aus dem eingestandenem Geschlechtsverkehr im Empfängniszeitraum folgte das Hof- und Kammergericht, dass der Beklagte der Vater sei und dass das Kind nachträglich legitimiert werden müsse. Dazu kam die konkrete Aufzählung von Handlungen, aus denen sich ablesen ließ, dass sich der Beklagte auch „selbst für den Vater anerkannt hat“ und sich wie ein Vater zu dem Kind verhalten hat. So wurde die „Legitimation *per subsequens matrimonium*“ (= durch nachträgliche Eheschließung) anerkannt: „Durch diese Legitimation hat der Kläger, nach klarer Vorschrift der Gesetze, *jura familiae et legitimae nativitatis* erhalten.“²³⁷ Es ist hier die voreheliche Beziehung, die die Vaterschaft begründet. Das Wissen über die durchschnittliche Dauer einer Schwangerschaft und den Empfängniszeitraum fließt als Anhaltspunkt in die richterliche Entscheidung mit ein, aber es ist nicht eine vermutete Zeugung, aus der die Vaterschaft gefolgert wird, sondern die nachfolgende Ehe und das väterliche Verhalten des Mannes gegenüber dem klagenden Sohn.

3.4.3 Zur rechten oder zur linken Hand: Eherecht im ALR

Da Vaterschaft als rechtsgültige Verwandtschaft zwischen Vater und Kind im ALR nur durch die „Ehe zur rechten Hand“ sowie durch Adoption entstand, beginnt diese Untersuchung des ALR mit dem Eherecht. Das preußische *Allgemeine Landrecht*, das österreichische *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch* und der französische *Code civil* übernahmen die formale

234 Ebd., 896 f.

235 Vgl. ebd., 899.

236 Ebd., 902.

237 Ebd., 903.

Definition der Ehe aus der naturrechtlichen Idee eines Gesellschaftsvertrags. Die Ehe stellte damit weder ein Sakrament noch eine Institution dar, sondern einen privatrechtlichen Vertrag. Diese Vorstellung basierte auf dem „Primat der individuellen Willensfreiheit“, wonach die Heirat eine Willenserklärung von zwei freien Personen war.²³⁸ Gebunden war man nur an die Wahl eines standesgemäßen Ehepartners, da das ALR zwischen den Ehen zur rechten und den Ehen zur linken Hand unterschied: Die Ehe zur rechten Hand meinte eine standesgemäße Ehe, die Ehe zur linken Hand war nicht standesgemäß und eigentlich nicht zulässig. Sie bedurfte nach dem ALR einer vorherigen Erlaubnis durch den Landesherrn.²³⁹ Begründet werden konnte die Notwendigkeit der Eheschließung zur linken Hand z. B. dadurch, dass nach dem Tod der ersten Ehefrau der Mann das Familienvermögen nicht durch weitere legitime Nachkommen schmälern möchte, aber dennoch in einer Ehe leben möchte. Wenn ein Mann eine Ehe zur linken Hand schloss, erhielt seine Frau nicht alle Rechte einer standesgemäßen Ehefrau. Auch das Erbrecht der Kinder aus dieser Ehe war eingeschränkt. Ihre Verwandtschaft mit dem Vater hatte nicht all die Rechtsfolgen, die eine Vaterschaft „in rechter Ehe“ hatte:

§. 557. Kinder aus einer Ehe zur linken Hand führen nicht den Namen des Vaters.

§. 558. Sie treten nicht in seine Familie, und können auf die Vorrechte seines Standes und Charakters keinen Anspruch machen.²⁴⁰

Die Ehe zur linken Hand war im Grunde ein eher seltener Spezialfall, der auch vertraglich sehr individuell geregelt werden konnte. Daher werden im Folgenden nur die allgemeinen Regelungen zur Ehe zur rechten Hand betrachtet.

Neu im Eherecht des ALR war, dass die Reproduktion nicht der einzige Zweck der Ehe darstellte: Auch in der gegenseitigen Hilfe der Ehegatten konnte das Ziel der Ehe liegen.

§. 1. Der Hauptzweck der Ehe ist die Erzeugung und Erziehung der Kinder.

§. 2. Auch zur wechselseitigen Unterstützung allein kann eine gültige Ehe geschlossen werden.²⁴¹

Das Scheidungsrecht orientierte sich aber daran, dass eine Verhinderung des Hauptzwecks der Ehe ein klarer Scheidungsgrund war: Im ALR war sowohl die Verweigerung der Erfüllung der „ehelichen Pflicht“ (also des Geschlechtsverkehrs) als auch das „gänzliche Unvermögen“ zur Fort-

238 Vogel 1997, 275.

239 Vgl. ALR II, 1, § 836.

240 ALR II 2.

241 ALR II 1.

pflanzung durch Krankheit ein möglicher Grund für eine Scheidung.²⁴² Gleichwohl konnten Eheschließungen von nicht (mehr) zeugungsfähigen Personen nicht verhindert werden.

Wenn auch eine Eheschließung immer von beiden Ehepartnern freiwillig eingegangen wurde, so gab es doch in der Folge der Eheschließung ein ungleiches Rechtsverhältnis: Der Mann erwarb „in bezug auf die Frau umfassende Leitungs- und Kontrollbefugnisse sowie Vertretungs- und Unterhaltsverbindlichkeiten.“²⁴³ Die Frau hatte dementsprechend eine Gehorsamspflicht und einen Schutzanspruch gegen ihren Ehemann. Die Macht des Mannes über seine Frau bezog sich auf deren gesamte Person, einschließlich ihres Vermögens und ihrer Arbeitskraft als Teile ihrer Person bzw. seiner personenrechtlichen Befugnisse ihr gegenüber.

§. 184. Der Mann ist das Haupt der ehelichen Gesellschaft; und sein Entschluß giebt in gemeinschaftlichen Angelegenheiten den Ausschlag. [...]

§. 188. Der Mann ist schuldig und befugt, die Person, die Ehre, und das Vermögen seiner Frau, in und außer Gerichten zu vertheidigen.²⁴⁴

Die außergerichtliche Verteidigung umfasste z. B. das Duell sowie jede Form der informellen Auseinandersetzung bei Vorfällen. „Es ging dabei auch – und oft – um die Geschlechtsehre, die sexuelle Unbescholtenheit der Frau.“²⁴⁵ Hatte sie Ehebruch begangen und ihre Geschlechtsehre und die Ehre ihrer Familie zutiefst verletzt, so konnte der Ehemann sie schlagen oder gar, wenn er sie auf frischer Tat ertappte, umbringen, um seine Ehre bzw. die seiner Familie wiederherzustellen. Die Ehre eines Mannes wurde durch andere Handlungen verletzt als die Ehre einer Frau. So setzte er durch einen Ehebruch weniger aufs Spiel als seine Frau. Vielmehr war es für seine Ehre wichtig, in öffentlichen Auftritten und in seiner Berufstätigkeit tadellos zu wirken. „Die Ehre des Mannes [...] war mehr mit dem öffentlichen Leben, mit der Zunft, der Arbeit und mit Status verbunden.“²⁴⁶ Für sein Auftreten war seine Frau nicht verantwortlich, so dass sie auch keine Mittel und kein Recht hatte, seine Ehre wiederherzustellen. Eine Frau konnte sich an ihrem ehebrechenden Mann „nur heimlich und indirekt rächen“, was sehr gefürchtet war.²⁴⁷

242 Vgl. ALR II 1, § 694 ff.

243 Vogel 1997, 275.

244 ALR II, 1.

245 Dilcher 1997, 71.

246 Roper 1991, 191.

247 Ebd., 192.

3.4.4 „Vater ist, wer mit der Mutter verheiratet ist“

Die Ehelichkeitsvermutung, d. h. die Vaterschaftsvermutung zugunsten des Ehemannes in bestehender Ehe, ist eine alte Tradition des römischen Rechts, die auch zu Zeiten des *Usus modernus* gültig war. Die Formulierung lautet: *pater est, quem nuptiae demonstrant*. Dieser Satz geht zurück auf den römischen Juristen Julius Paulus (etwa 200 n. Chr.) und ist in den *Digesten* überliefert worden. Der Mann, den die Verheiratung mit der Mutter ausweist, ist der Vater. Dabei ist auch der Unterschied zwischen *nach der Heirat (nuptiae)* und *in der Ehe (matrimonium)* wichtig, denn auch noch bis zehn Monate nach dem Tod des Ehemannes, d. h. nach Auflösung der Ehe, galt ein Kind nach römischem Recht als eheliches Kind.

Die Ehelichkeitsvermutung war von Rechts wegen gültig und nicht über Tatsachen vermittelt, so dass der Vater nur unter Vorlage des Gegenbeweises gegen sie klagen konnte. „Die herrschende Meinung ging [...] von einem Klagerecht des Ehemanns – aber nur dieses – auf Feststellung der Unehelichkeit aus.“²⁴⁸ Somit galt: In der Ehe geborene Kinder sind „bis zum Beweis des Gegenteils“ eheliche Kinder, und: „Das Gegenteil muß eindeutig bewiesen werden.“²⁴⁹

Das *Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten* stützt sich „neben den naturrechtlichen auch [auf] deutschrechtliche Elemente und insbesondere das gemeine Recht in der vom *Usus Modernus* gefundenen Form“.²⁵⁰ Die Ehelichkeitsvermutung ist im ALR in folgenden Worten formuliert:

§. 1. Die Gesetze gründen die Vermuthung, daß Kinder, die während einer Ehe erzeugt, oder geboren worden, von dem Manne erzeugt sind.²⁵¹

Somit hält sich das ALR an die römische Tradition: Für die Ehelichkeit zählt allein die Zeugung oder die Geburt während der Ehe – je nachdem, was für das Kind vorteilhafter ist.²⁵² Die genaue Empfängniszeit oder ein bestimmter Reifegrad werden beim ehelichen Kind nicht überprüft. Ferner muss der Ehemann für die Anfechtung der Vaterschaft darlegen, inwiefern es unmöglich sei, dass er der Vater des Kindes ist. Der Hinweis

248 Harms-Ziegler 1991, 130.

249 Schubart-Fikentscher 1967, 25.

250 Leinweber 1978, 231.

251 ALR II 2.

252 Für ein Kind, das schon vor der Eheschließung gezeugt wurde, ist die Geburt in der Ehe maßgeblich, dagegen für ein Kind, das nach dem Tod des Vaters geboren wird, die Zeugung in der Ehe.

auf den Mehrverkehr der Mutter allein genügt nicht, sofern er auch als Vater in Betracht kommt.²⁵³

Das preußische *Allgemeine Landrecht* ist das erste Recht, das die Bezeichnung „Familienrecht“ verwendet. Dazu definiert es:

§. 40. Wenn von Familienverhältnissen die Rede ist, so werden unter Aeltern und Kindern die Verwandten in auf- oder absteigender Linie, ohne Unterschied des Grads, verstanden.²⁵⁴

Eltern und Kinder sind miteinander verwandt – wobei das ALR an dieser Stelle nicht zwischen ehelichen und unehelichen Kindern unterscheidet. Gemeint sind aber nach allgemeiner Überzeugung nur die ehelichen Kinder, denn an anderer Stelle wird klargestellt, dass uneheliche Kinder nicht mit ihrem Vater verwandt sind, sondern nur mit der Mutter und deren Familie.²⁵⁵

„Natturrechtlicher Einfluß [im ALR] zeigt sich vor allem bei der Definition der Illegitimität.“²⁵⁶ Während das gemeine Recht noch zwischen verschiedenen Klassen der Illegitimität unterschieden hatte (Kinder aus Ehebruch, aus Konkubinat, von Verlobten), gab es nun eine einheitliche Definition: Entweder war ein Kind in einer bestehenden Ehe geboren und damit ehelich oder es war unehelich. Das Verhältnis unehelicher Kinder zu ihrem Vater sowie die daraus entstehenden Rechte werden später betrachtet.²⁵⁷

An dieser Stelle wird noch eine besondere Form der willentlichen Verwandtschaft aus dem ALR vorgestellt, die sich von der Adoption unterscheidet: das Modell der „Einkindschaft“. Die Einkindschaft bezeichnete einen Vertrag zwischen einem Kind aus erster Ehe und dem neuen Ehepartner eines Elternteils, eine Konstellation, die z. B. nach dem Tod eines Elternteils und der Wiederheirat des anderen vorlag. Zu dem neuen Stiefelternteil konnte also eine familiäre Beziehung etabliert werden, aus der sich die üblichen familiären Rechte und Pflichten ergeben konnten. Das ALR führt dazu aus:

§. 717. Zwischen Stiefältern und Stiefkindern bestehen keine Familienverhältnisse.

§. 718. Doch können solche Verhältnisse in gewissem Maaße durch Einkindschaft begründet werden.²⁵⁸

253 Zur Anfechtung vgl. auch den folgenden Abschnitt (3.4.5).

254 ALR I, 1.

255 Vgl. Leineweber 1978, 233.

256 Ebd., 231.

257 Vgl. Abschnitt 3.5.

258 ALR II 2.

Im Wesentlichen ging es dabei um erbrechtliche Fragen. Der Vertrag konnte individuell aufgesetzt werden oder auch unspezifisch, woraufhin zwischen Kind und Stiefelternteil ein Verhältnis wie zwischen ehelichen Kindern und ihren Eltern entstand. Wie bei der Ehe zur linken Hand ging es auch bei der Einkindschaft um einen Gestaltungsspielraum für die Vermögensverwaltung bei der Schließung einer zweiten Ehe nach der Auflösung einer ersten Ehe.

3.4.5 Die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes

Ein verheirateter Mann hatte nach dem ALR genau definierte Möglichkeiten, die Ehelichkeit seines Kindes zu bestreiten. Die „Vaterschaftsvermutung [war] keine gesetzlich zwingende Fiktion, sondern eine widerlegbare ‘Vermutung’“. ²⁵⁹ Im Sinne der Statussicherheit, zu der die Vaterschaftsvermutung ja beitragen sollte, war es aber auch erforderlich, dass die Widerlegung der Vermutung strengen Regeln folgte.

§. 2. Gegen diese gesetzliche Vermuthung soll der Mann nur alsdann gehört werden, wenn er überzeugend nachweisen kann, daß er der Frau in dem Zwischenraume, vom dreyhundert zweyten, bis zum zweyhundert zehnten Tage vor der Geburt des Kindes, nicht ehelich beygewohnt habe.

§. 3. Gründet er sich dabey in einem Zeugungsunvermögen; so muß er nachweisen, daß dergleichen völliges Unvermögen, während dieses ganzen Zeitraums bey ihm obgewaltet habe.

§. 4. Gründet er sich in der Abwesenheit; so muß nachgewiesen werden, daß der Mann in eben diesem ganzen Zeitraume dergestalt ununterbrochen von der Frau entfernt gewesen, daß er ihr die eheliche Pflicht nicht leisten können.

§. 5. Der bloße Nachweis, daß die Mutter um die Zeit, da das Kind gezeugt worden, Ehebruch getrieben habe, ist noch nicht hinreichend, dem Kinde die Rechte der ehelichen Geburt zu entziehen. ²⁶⁰

Die Zweifel müssen innerhalb eines Jahres nach Bekanntwerden der Geburt des Kindes geäußert werden (§ 7). Der Ehemann kann also Ehebruch nicht zum Argument machen, solange er selbst auch als Vater in Betracht kommt. „Die Mutter darf [in diesem Verfahren] weder für noch gegen die Ehelichkeit des Kindes zeugen.“ ²⁶¹ Das Kind benötigt einen Pfleger, der es vor Gericht vertritt.

Wird dem anfechtenden Ehemann recht gegeben, so verliert er rückwirkend alle Rechte und Pflichten gegenüber dem Kind, er kann von dem

259 Harms-Ziegler 1991, 194.

260 ALR II, 2.

261 Harms-Ziegler 1991, 194.

– noch festzustellenden – Vater des unehelichen Kindes die Verpflegungskosten zurückfordern.

§. 11. Wird das Kind durch richterlichen Ausspruch für unehelich erklärt: so fallen zwischen ihm und dem Ehemanne alle Rechte und Pflichten, welche zwischen Aeltern und Kindern statt finden, hinweg.

§. 12. Der Ehemann kann die auf das Kind verwendeten Kosten von dem unehelichen Vater, oder aus dem vorbehaltenen Vermögen der Mutter, oder aus der Substanz ihres Eingebrachten zurückfordern.

§. 13. In Ansehung der Mutter hingegen, und des natürlichen Vaters, bleiben dem Kinde seine Rechte vorbehalten. (Abschn. IX.)²⁶²

Der Systematik des ALR gemäß geht es hier nur um die Beziehung zwischen dem Vater und dem Kind, wogegen die Konsequenzen des Ehebruchs für die eheliche Beziehung an anderer Stelle verhandelt werden, und zwar im strafrechtlichen Teil: „Von den Verbrechen und deren Strafen“. Im Zwölften Abschnitt „Von fleischlichen Verbrechen“ sind die Bestimmungen über Ehebruch enthalten.²⁶³ Demnach hat der „beleidigte Ehegatte“ das Recht, eine Scheidung zu verlangen.

Die generell eher strenge Regelung der Ehelichkeitsanfechtung im ALR gibt Aufschluss über die politische Haltung des Gesetzgebers gegenüber dem Schutz der Familie:

Wo es von großer sozialer und rechtlicher Bedeutung war, ob ein Mensch als ehelich oder unehelich galt, stand viel auf dem Spiel, wenn mit dem Instrument der Ehelichkeitsanfechtung die rechtliche Zuordnung einer Person zu einem Familienverband rückwirkend vernichtet und seine ‘Familienlosigkeit’ festgestellt wurde.²⁶⁴

Im Rückblick bezeichnet es der Rechtshistoriker Bors als ein prinzipielles Problem des Familienrechts, die Spannung zwischen der Ehelichkeitsvermutung mit ihrer allgemeinen Gültigkeit und der Möglichkeit der Anfechtung, die eine potentielle Gefährdung der Familien darstellt, zu gestalten:

Einerseits sollte ein rechtliches Verfahren die Ausgrenzung von Personen ermöglichen, die nicht zu Familie gehörten. Zu diesem Personenkreis gehörten die Kinder der Ehefrau, die sie nicht mit ihrem Gatten gezeugt hatte. Andererseits verlangte der Schutz der Institution Familie ihre Unantastbarkeit. Man mußte die Familienbände jedoch als prinzipiell auflösbar denken, um ‘fremdes Blut’

262 ALR II, 2. (Abschnitt IX: „Von den aus unehelichem Beyschlafte erzeugten Kindern“)

263 ALR II, 20. Ehebruch: §§ 1061 ff.

264 Bors 1998, 100.

aus der Familie durch Ehelichkeitsanfechtung ausschließen zu können.²⁶⁵

Wenn legitime Kinder davon bedroht sind, ihre Legitimität zu verlieren, sind die Familienverhältnisse unsicher. Das ALR hat die Ehelichkeitsvermutung großzügig gestaltet – das zeigt auch der im Vergleich zum Unehelichenrecht längere Empfängniszeitraum. Die Anfechtung ist entsprechend schwierig.

In der Anwendung des ALR, also in der Rechtsprechung, nahm sich das Preußische Obertribunal²⁶⁶ viel Freiheit heraus, die Gesetze zu interpretieren: Bei der Rekonstruktion von Urteilen hat Bors herausgefunden, dass die Richter den Ehemännern größere Freiheit bei der Vorbringung von Anfechtungsgründen zugestanden, als der Wortlaut des Gesetzes es vorsah. Das Preußische Obertribunal wollte damit womöglich die pauschale Ehelichkeitsvermutung für die Ehemänner individuell anwenden. Allerdings dehnte es dieses Zugeständnis nicht auf weitere Anfechtungsberechtigte wie die Erben der Väter aus. In einem Urteil von etwa 1800 konstatierte das Obertribunal, die Ehelichkeitsvermutung diene nicht allein dem Schutz des Kindes, weil das bedeuten würde, dass das Kind die Ehelichkeit in seinem Interesse beliebig anfechten und verändern könnte.²⁶⁷ Der Zweck dieser Vermutung und ihrer strengen Anwendung sei vielmehr die Statussicherheit. Der Status der Ehelichkeit sei für jedes Kind dem Status der Unehelichkeit vorzuziehen. Im Sinne der Sicherheit dieses wichtigen Status sei es berechtigt, dass die Anfechtung, also die Widerlegung der Ehelichkeitsvermutung, mit gewissen Hürden versehen ist.

Stirbt ein Vater kurz vor oder nach der Geburt seines Kindes, so geht sein Anfechtungsrecht auf seine Erben über. Anfechtbar ist die Vaterschaft nicht, wenn der Verstorbene sich bereits wie ein Vater zu dem Kind verhalten hat oder Entsprechendes geäußert hat:

§. 16. Hat aber der Mann, bey seiner Lebenszeit, das Kind für das seinige ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt: so können die Verwandten desselben die Rechtmäßigkeit des Kindes niemals anfechten.²⁶⁸

Die erfolgte explizite oder implizite Anerkennung können die Erben bzw. die Verwandten des Vaters nachträglich nicht anfechten. Da die bis zu 302 Tage nach dem Tode des Vaters geborenen Kinder ehelich und somit erbberechtigt sind – auf Kosten der bereits existierenden Erben –, dürfen die

265 Ebd., 100 f.

266 Das preußische „Geheime Obertribunal“ in Berlin existierte seit 1782 und war zeitweilig der oberste Gerichtshof für ganz Preußen mit den unterschiedlichen Gebieten und Provinzen und ihren jeweiligen Rechtsordnungen.

267 Vgl. Bors 1998, 102 f.

268 ALR II, 2.

Erben von der Witwe darüber Auskunft verlangen, ob sie ein Kind erwartet.²⁶⁹

3.5 Unehelichenrecht im ALR

3.5.1 Uneheliche Vaterschaft als Nicht-Verwandtschaft

Bis ins 20. Jahrhundert hinein hatten nur eheliche Kinder einen rechtlichen Vater. Uneheliche Väter galten rechtlich als nicht mit dem Kind verwandt und hatten keine väterliche Gewalt über das Kind.²⁷⁰ Noch bis kurz vor Inkrafttreten des ALR stellte außerehelicher Geschlechtsverkehr einen Straftatbestand dar. Die Ehe war die moralisch legitime Form der Zeugung und Versorgung von Kindern, wogegen der Geschlechtsverkehr zwischen nicht miteinander verheirateten Partnern rechtlich sanktioniert wurde. Für den preußischen Staat allerdings war Nachwuchs sehr dringend gewünscht, Nachwuchs aus unehelichen Verhältnissen wurde toleriert. Der Arzt und „Polizeiwissenschaftler“ Hußty bemerkte, dass man ledige Schwangere nicht bestrafen solle, wenn man es nicht geschafft habe, die uneheliche Schwangerschaft rechtzeitig zu verhindern – was er auch als Aufgabe der Polizei verstand. Es komme dann darauf an, die Schwangere so weit zu unterstützen, dass man weiteren Schaden möglichst effektiv begrenzt. Mit Blick auf die Bekämpfung der Unehelichkeit konstatierte Hußty: „Ist die Polizei zu schwach gewesen, zu verhindern, daß der Feind obsiegt; so muß sie wenigstens für einen guten Rückzug sorgen.“²⁷¹

Zugleich wurde aber auch versucht, die nachfolgende Legitimierung dieser unehelichen Kinder zu erleichtern, da die Ehe weiterhin als die ideale Familienform galt. Diese rechtlich lancierte moralische „Gleichsetzung“²⁷² ehelicher und unehelicher Kinder hatte verschiedene Beweggründe: Im Wesentlichen waren es die Prävention der Tötung von Neugeborenen und das Vorbild des Naturrechts, das keine moralischen Verurteilungen vornahm.²⁷³ Bereits vor der Schaffung des ALR war die Bestrafung von außerehelichem Geschlechtsverkehr abgeschafft worden. Auch weitere Maßnahmen wurden getroffen, um das Ansehen ledig schwangerer

269 Vgl. ALR II, 2, § 26.

270 Zum Vormund eines Kindes wurde zumeist ein männlicher Verwandter der Mutter bestimmt, z. B. ein Bruder von dieser.

271 Hußty 1786, Bd. II, 52.

272 Natürlich ist damit nicht gemeint, dass eheliche und uneheliche Kinder rechtlich gleichgestellt wurden. Es geht darum, dass der Makel der unehelichen Geburt entfallen ist und außerehelicher Geschlechtsverkehr nicht mehr bestraft wurde.

273 Vgl. Harms-Ziegler 1991, 212.

Frauen zu heben: Alle Schwangeren, ob ledig oder verheiratet, sollten mit Achtung behandelt werden. Man betonte die „Würde auch der unehelichen Schwangerschaft“: Beide, die ehelich wie die unehelich Schwangere, seien gleich „achtungswürdig“: „beide tragen sie einen Bürger unter ihrem Herzen, und ein göttliches Geschöpf [...]. Was kann der Foetus dafür, daß nicht sein Vater, vor dessen Zeugung, öffentlich mit seiner zu leichtgläubigen Mutter Ringe gewechselt.“²⁷⁴ Dementsprechend wurde auch eine besondere Kennzeichnung lediger Schwangerer durch eine Bekanntmachung der preußischen Regierung verboten:

Einer außer der Ehe geschwängerten Person darf über ihre Schwachheit, bei nachdrücklicher Ahndung kein Vorwurf gemacht, und ihr nirgends ein Unterscheidungszeichen beigelegt werden, welches auf ihren Fall die geringste Beziehung haben, oder ihrem guten Namen und weiterem Fortkommen in der Welt nachtheilig seyn könnte. (Publicandum vom 14. April 1794)²⁷⁵

Zur Verbesserung der Situation unehelicher Kinder und ihrer Mütter hat das ALR einen stark geschützten und detailliert festgeschriebenen Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes gegen seinen Vater eingeführt, womit es eine Vorreiterrolle einnahm. Es erläutert in seinem II. Teil, 2. Titel, 9. Abschnitt „Von den aus unehelichem Beyschlafe erzeugten Kindern“ (§§ 592 ff.) die Rechte und Ansprüche dieser Kinder. Dabei besteht die uneheliche Vaterschaft nur aus einer unterhaltsrechtlichen Beziehung, nicht aus einer familienrechtlichen: Eine Familienbeziehung, also eine Verwandtschaft zwischen Vater und unehelichem Kind, existiert nicht.

Die Feststellung eines unehelichen Vaters erfolgt nach dem ALR nur im Rahmen einer Unterhaltsklage des Kindes. Wird ein Anspruch auf Unterhalt festgestellt, so hat das keine weiteren, einem Verwandtschaftsverhältnis ähnliche Rechtsfolgen. „In der Beziehung des illegitimen Kindes zum Vater führte die naturrechtlich betonte blutmäßige Abstammung [...] nicht zur rechtlichen Verwandtschaft.“²⁷⁶ Dies steht in der oben bereits erläuterten römischen Tradition. Im Unehelichenrecht des ALR wird nicht explizit definiert, wer als Vater eines unehelichen Kindes gilt, sondern es wird für eine Unterhaltsklage vorausgesetzt, dass die klagende Mutter bzw. der Vormund des Kindes einen Vater benennt. Es wird hier also keine Beziehung definiert, sondern es wird eine benannte Person zu Unterhaltszahlungen verpflichtet. Sofern der beklagte Mann leugnet, mit

274 Frank 1804, Bd. 2, 8. S. a. Hußty 1786, Bd. II, 49.

275 Augustin 1818, Bd. 2, 664.

276 Harms-Ziegler 1991, 140.

der Mutter verkehrt zu haben, wird ein expliziter Beweis oder Gegenbeweis für den „außerehelichen Beischlaf“ erforderlich.

Unabhängig von einer Unterhaltsklage konnte keine eigenständige Klage auf Feststellung des Vaters geführt werden.²⁷⁷ „Dabei geht das ALR von dem Grundsatz aus, daß die Klage gegen den Vater grundsätzlich auf Leistung des Unterhalts, nicht auf bloße Statusfeststellung gerichtet ist und die Anerkennung der Paternität [...] ohne besonderes Verfahren mit erledigt wird.“²⁷⁸ Hier zeichnet sich das traditionelle rechtliche Verständnis von Vaterschaft ab: Vaterschaft rein als Status festzustellen – daran hat keiner der Beteiligten irgendein Interesse, weder das Kind, noch die Mutter, noch der Vater. Die vaterschaftliche Beziehung festzustellen ist nur insofern interessant, als sie Pflichten und Ansprüche der dadurch verbundenen Personen definiert: Ansprüche des Kindes und der Mutter auf Unterhalt, Pflicht des Vaters, diesen zu zahlen, Rechte des Vaters auf Erziehung des Kindes etc.

Konkret bedeutet die Nicht-Verwandschaft, dass das uneheliche Kind kein automatisches Erbrecht gegenüber dem Vater hat, mit dem es nicht verwandt ist. Auch die väterliche Gewalt ist mit der Unterhaltspflicht nicht verbunden. Sie kommt nach herrschender Ansicht nicht dem unehelichen Vater zu, sondern liegt beim Vormund des Kindes. Die konkrete Erziehungspflicht fällt allerdings in diesem Fall nicht unter die väterliche Gewalt: Sie obliegt der Mutter.

Insgesamt sind die Regelungen zum Verwandtschaftsverhältnis zwischen unehelichem Kind, seinem Vater und seiner Mutter im ALR relativ kompliziert.²⁷⁹ Das Kind erhält einen staatlichen Vormund (vgl. § 614), denn es gehört weder zur mütterlichen noch zur väterlichen Familie:

§. 639. Uneheliche Kinder treten weder in die Familie des Vaters, noch der Mutter.

§. 640. Doch führen sie den Geschlechtsnamen der Mutter, und gehören zu demjenigen Stande, in welchem die Mutter, zur Zeit der Geburt, sich befunden hat.²⁸⁰

Die unehelichen Kinder übernehmen zwar Name und Stand der Mutter, aber sie können von ihr keinen adeligen Namen und kein Wappen übernehmen. Ungeachtet der fehlenden familiären Verwandtschaft werden uneheliche Kinder zur häuslichen Gemeinschaft ihrer Mutter oder ihres Vaters gezählt, je nachdem, wo sie leben. Wird das Kind durch nachfolgende Heirat der Eltern legitimiert, so kann es durch einen „Familienver-

277 Vgl. Schmitz 2000, 74.

278 Leineweber 1978, 240 (vgl. Gaul 1992 zur Unsinnigkeit einer Statusfeststellung in einem gesonderten Verfahren heute).

279 Vgl. Leineweber 1978, 233.

280 ALR II, 2.

trag“ in die Familie des Vaters bzw. der Mutter aufgenommen werden.²⁸¹ Dies geschieht aber nicht automatisch. Die Ausnahme ist: Wenn die Mutter vom Gericht das Anrecht auf die Eheschließung mit dem Vater ihres unehelichen Kindes zugesprochen bekommt, so hat das Kind die Rechte eines ehelichen Kindes, auch wenn der Vater die Eheschließung verweigert und die Ehe nie vollzogen wird, womit die Frau als unschuldig geschiedene Ehefrau gilt. Auch wenn vor der unehelichen Schwangerschaft schon ein Eheversprechen vorlag, so nähern sich die Rechte der unehelichen Kinder denen der ehelichen an.

3.5.2 Theorien zur Begründung der Unterhaltspflicht

Für die Begründung der Unterhaltspflicht bei unehelichen Kindern zählte nicht ein medizinischer Befund, sondern ein kriminologischer, nämlich der mutmaßliche Vollzug des Geschlechtsverkehrs. Bei der Feststellung des Vaters eines unehelichen Kindes forderte das Gericht Beweise für einen erfolgten Geschlechtsverkehr, wie Harms-Ziegler zusammenfasst: „Als Vater des unehelichen Kindes gilt derjenige, der der Mutter innerhalb einer Frist von 210 bis 285 Tagen vor der Geburt beigewohnt hat.“²⁸² Explizit definiert das ALR den Vater eines unehelichen Kindes allerdings nicht, sondern beschreibt nur Pflichten, die eine Person übernehmen muss, die in „außerehelichem Beischlaf“ ein Kind gezeugt hat.

§. 1027. Wer eine Person außer der Ehe schwängert, muß die Geschwächte entschädigen, und das Kind versorgen. [...]

§. 1089. Alle vorstehend bestimmten gesetzlichen Entschädigungen kann die Geschwächte nur alsdann fordern, wenn die Niederkunft innerhalb des Zweyhundert und zehnten, und Zweyhundert fünf und achtzigsten Tages, nach dem Beyschlafte erfolgt ist.²⁸³

Die Frist für uneheliche Kinder ist kürzer als die Empfängniszeit für eheliche Kinder, denn für den Vater ergeben sich Pflichten gegen die Mutter und gegen das Kind, wobei er kaum Rechte mit dieser Versorgungspflicht erhält. Ferner erhalten die Kinder ebenso wie die gesamte Familie durch die längere Dauer der ehelichen Empfängniszeit nur Vorteile, während für

281 Zur Legitimation siehe ALR II, 2, § 596 ff. (durch Heirat, durch Erklärung des Verlobten, durch obrigkeitliche Erklärung); zum „Familienvvertrag“ ALR II, 2 § 605.

282 Harms-Ziegler 1991, 194.

283 ALR II, 1. Im Abschnitt über die Rechte der unehelichen Kinder wird auf diese Grundsätze aus dem Abschnitt über die rechtlichen Folgen des „außerehelichen Beischlafs“ Bezug genommen, siehe ALR II, 2, Abs. 9, § 618.

den Vater eines unehelichen Kindes nur Nachteile entstehen, so eine weitere Begründung.²⁸⁴

Die Unterhaltsansprüche der unehelichen Kinder ergeben sich – gemäß dem Einfluss des Naturrechts auf das ALR – aus der Blutsverwandtschaft zwischen unehelichem Vater und Kind. Diese Begründung der Unterhaltspflicht nennt man *Paternitätstheorie*. Im ALR besteht die Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind unabhängig von einem Anspruch der Mutter auf Versorgung.²⁸⁵ Die sogenannte „Schwängerungsklage“ der Mutter und die Unterhaltsklage des Kindes sind somit getrennte Verfahren. Auch das uneheliche Kind einer Prostituierten z. B. hat einen Unterhaltsanspruch gegen seinen Vater, während die Mutter keinen Versorgungsanspruch erhält.

§. 612. Unehelich geborne Kinder, welche weder durch eine nachfolgende Verheirathung der Aeltern, noch durch richterlichen Anspruch, noch durch Legitimation, die Rechte der ehelichen erlangt haben, können von dem Vater bloß Unterhalt und Erziehung fordern.

§. 613. Dazu ist der Vater verpflichtet, auch wenn die Mutter, nach dem Eilften Abschnitte des Ersten Titels, entweder gar keine, oder nur die geringere Art der Entschädigung zu fordern hat.²⁸⁶

Ein Mann, der in einer Unterhaltsklage als Vater beklagt wird, kann natürlich den Geschlechtsverkehr, auf den sich die Zuschreibung der Vaterschaft stützt, bestreiten. Auf der Basis eines Geständnisses des Verkehrs kann die Unterhaltspflicht festgestellt werden; wo aber ein Geständnis fehlt, geht das Gericht andere Wege, um den beklagten Mann zu überprüfen: Es arbeitet mit gesetzlichen Vermutungen. Im Zweiten Theil, Erster Titel des ALR, „Eilfter Abschnitt: Von den rechtlichen Folgen des unehelichen Beyschlafes“ werden unter „V. Gesetzliche Vermuthungen“ einige Kriterien aufgezählt, die den Richtern Anhaltspunkte geben, wie sie verfahren sollen, wenn der Geschlechtsverkehr oder der Zeitpunkt desselben vom Beklagten geleugnet wird.

Die Vermutungen orientieren sich unter anderem an den allgemeinen sozialen Verhaltensweisen der Klägerin und des Beklagten, die man für geeignet hält, darüber Aufschluss zu geben, wie glaubwürdig die Klagende oder der Beklagte wohl seien. Die glaubwürdigere Partei wird dann zum Eid zugelassen.

§. 1108. Wenn ein vorhergegangener vertrauter Umgang zwischen beyden Theilen nachgewiesen; die Klägerin sonst von unbescholte-

284 Vgl. auch Bors 1998, 101 f.: Der Schaden sei geringer, wenn ein uneheliches Kind sich als eheliches „durchschleicht“, als im umgekehrten Fall.

285 Zum mütterlichen Anspruch vgl. Abschnitt 3.5.4.

286 ALR II, 2.

ner Aufführung, der Lebenswandel des Beklagten aber so beschaffen gewesen ist, daß man sich der That zu ihm wohl versehen kann: so ist eher auf den Erfüllungs- als auf den Reinigungseid zu erkennen. [...]

§ 1114. Der Verdacht einer schlechten Aufführung (§. 1108-1113.) trifft diejenigen, die eines vorhin mit Andern gepflogenen unehelichen Beyschlafes überführt sind. [...]

§. 1116. Desgleichen diejenigen, welche mehrmalen an einsamen Orten mit verdächtigen Personen betroffen worden.

§. 1117. Endlich diejenigen, welche sich unanständige und freche Reden, Gebärden, oder Handlungen zur Gewohnheit werden lassen.²⁸⁷

Man kann diese Anhaltspunkte so lesen, als mache man sich schon allein dadurch verdächtig, dass man „sich unanständige und freche Reden, Gebärden, oder Handlungen zur Gewohnheit“ (§ 1117) macht. Allerdings geht es nicht um einen kontextunabhängigen, willkürlichen Verdacht, sondern um eine Prüfung der Vertrauenswürdigkeit der Betroffenen, die daran festgemacht wird, wie man sich im alltäglichen Umgang mit anderen Menschen verhalten hat.

Gegen den Anspruch des Kindes auf Unterhalt konnte ein Angeklagter auch einwenden, die Mutter habe mit mehreren Männern im Empfängniszeitraum verkehrt und es sei daher nicht sicher, dass er der Vater sei. Dies nannte sich „Mehrverkehrseinrede“ (*exceptio plurimum*). Nach dem ALR ist eine solche Mehrverkehrseinrede nicht zugelassen bzw. sie hat nur den Effekt, dass die möglichen Väter nacheinander zu Unterhaltszahlungen verpflichtet werden können, aber sie kann die Unterhaltspflicht des Mannes nicht abwenden.

§. 619. Hat die Mutter in dem Zeitraume, in welchem, nach diesen Grundsätzen, die Erzeugung des Kindes trifft, mit mehrern Mannspersonen zugehalten: so hängt es von dem nach den Umständen sich richtenden Befunde des Vormundes ab, welchen derselben er, auf Erfüllung der einem unehelichen Kinde schuldigen Pflichten, zuerst in Anspruch nehmen wolle.²⁸⁸

287 ALR II, 1. Einen Erfüllungs Eid würde das Gericht von der Klagenden fordern: Sie schwört dann, dass ihre Klage der Wahrheit entspricht. Ein Reinigungseid würde vom Beklagten verlangt, der dann schwören kann, dass er nicht schuldig ist. Erfüllungs- und Reinigungseide sind immer richterliche bzw. notwendige Eide, d. h. Eide, die der Richter einer Partei auferlegt. Dagegen können auch die Parteien selbst sich einen Eid „zuschieben“ (zugeschobener Eid). Vgl. auch Artikel „Eid“ in *Meyers Großem Konversationslexikon* Bd. 5, 1906, 432.

288 ALR II, 2.

Somit wird im ALR die prozessrechtliche Situation unehelicher, auf Unterhalt klagender Kinder verbessert: Im Falle einer Mehrverkehrseinrede haben nicht die Kinder die positive Beweislast, die sie vor die schwierige Aufgabe stellen würde, ihren Erzeuger unter verschiedenen Männern nachzuweisen, sondern die vermuteten Väter gelten als haftbar und als nacheinander unterhaltspflichtig, bis sie Beweise vorbringen können, die ihre Vaterschaft ausschließen. Die vermeintliche Erschwerung der Feststellung der Vaterschaft durch den Mehrverkehr der Mutter, der oftmals nachteilig für die Kinder ausgelegt wurde, wird also im ALR zugunsten der Kinder gedeutet als eine Täterschaft von mehreren mit gemeinsamer Haftung.²⁸⁹ Falls also der vom Vormund zur Unterhaltszahlung bestimmte Mann nicht (mehr) zahlen kann, kann der Vormund einen anderen Mann verpflichten. Begründet wird dies damit, dass alle Männer gleichermaßen als Vater vermutet werden können, auch wenn nur einer das Kind gezeugt haben kann.²⁹⁰

Das ALR folgt mit diesem Modell einer gemeinsamen, möglicherweise nacheinander folgenden Haftung aller möglichen Väter dem römischen Recht, das der Kindesmutter quasi eine Schadensersatzklage ermöglichte. Es geht von einer „gesamtschuldnerischen Haftung“ aller möglichen Väter aus, da jeder den unehelichen Verkehr vollzogen hat und als Vater in Frage kommt.²⁹¹ Erst zum Ende des 19. Jahrhunderts hin wird sich die Paternitätstheorie im Familienrecht konsequent durchsetzen. Das führt dann im BGB von 1900 dazu, dass nachgewiesener Mehrverkehr eine Unterhaltspflicht ausschließt, wenn der eine tatsächliche Vater nicht ermittelt werden kann. Somit beruht ab 1900 einheitlich „der Alimentationsanspruch gegen den Vater auf der tatsächlichen, natürlichen Verwandtschaft“²⁹², und es kann nur der eine Mann zur Unterhaltszahlung verpflichtet werden, der das Kind gezeugt hat.

Bei der Mehrverkehrseinrede wie bei der Leugnung des Geschlechtsverkehrs im Empfängniszeitraum hatte das ALR praktikable und einigermaßen verlässliche Kriterien für eine Vermutung der Vaterschaft aufzustellen, denn es stand Aussage gegen Aussage. Sehr wichtig war dabei die Beurteilung der Glaubwürdigkeit der streitenden Parteien. Wer sich stets wie eine glaubwürdige Person verhalten hat, wurde vor Gericht eher zum Eid zugelassen. Bei diesem Vorgehen waren die Gerichte auf die Aussagen von Mitbürgern der Parteien angewiesen, deren Glaubwürdigkeit natürlich auch wieder unterschiedlich zu bewerten war – auch bei den Zeugen kam es auf das Ansehen der Person und auf ihre Ehrwürdigkeit an.

289 Vgl. Buchholz 1981, 21 f.

290 Vgl. Leineweber 1978, 237.

291 Harms-Ziegler 1991, 288; vgl. auch ebd. 145 f.

292 Ebd., 288. Vgl. auch Kapitel 4.

3.5.3 Die Erbberechtigung unehelicher Kinder

Der unterhaltspflichtige Vater eines unehelichen Kindes hat nach dem ALR für die Verpflegung und Erziehung desselben zu zahlen. Gerade in den ersten Jahren wird das Kind normalerweise bei der Mutter aufwachsen, die dann vom Vater das notwendige Geld für die Erziehung des Kindes erhält. Später kann der Vater auch erwirken, dass er das Kind weiter erziehen darf, sofern es dem Kind nicht schadet.

Falls der Vater nicht in der Lage ist, für das Kind zu sorgen, so geht diese Unterhaltspflicht auf den Vater des Vaters über. Ist der Vater des Kindes gar nicht feststellbar, so müssen die mütterliche Familie oder schlussendlich der Staat das uneheliche Kind versorgen:

§. 631. Kann der Vater eines unehelichen Kindes nicht ausgemittelt werden: so fällt die Pflicht der Verpflegung und Erziehung unmittelbar auf die Mutter, und deren Aeltern.

§. 632. Sind auch diese nicht mehr vorhanden, oder unvermögend: so ist der Staat für den Unterhalt und die Erziehung solcher Kinder, durch die jeden Orts bestehenden Armenanstalten, zu sorgen verpflichtet.²⁹³

Die Unterhaltspflicht des Vaters geht teilweise auch über seinen Tod hinaus, besonders wenn das uneheliche Kind noch minderjährig ist. Diese Bestimmungen gehen in das Erbrecht über. Das Erbrecht des ALR beschreibt als eines der ersten Gesetzbücher auch gewisse Ansprüche unehelicher Kinder:

§. 647. Stirbt der Vater vor vollendeter Erziehung: so können die unehelichen Kinder die Aussetzung des dazu noch Fehlenden aus dem Nachlasse fordern. [...]

§. 651. Außerdem haben uneheliche Kinder, wenn der Vater Abkömmlinge aus einer Ehe zur rechten oder zur linken Hand hinterläßt, in seinem Nachlasse gar kein gesetzliches Erbrecht.

§. 652. Sind keine dergleichen eheliche Abkömmlinge, und auch keine letztwillige Verordnung des Vaters vorhanden: so gebührt den unehelichen Kindern der Sechste Theil des Nachlasses nach den [in] §. 581. 582. 583. enthaltenen näheren Bestimmungen.

§. 653. Uneheliche Kinder, deren Mutter um die Zeit ihrer Erzeugung mit mehrern Mannspersonen zugehalten hat, können dergleichen Erbtheil nicht fordern.

§. 654. Es müssen daher uneheliche Kinder, die sich eines solchen Erbrechts anmaßen wollen, entweder ein freywilliges Anerkenntniß des vorgeblichen Vaters nachweisen; oder ein rechtskräftiges

Urteil, wodurch ihnen noch bey Lebenszeit des Vaters ein dergleichen Erbrecht vorbehalten worden, beybringen.

§. 655. Einen Pflichtteil ist der Vater in keinem Falle seinen unehelichen Kindern zu hinterlassen schuldig.²⁹⁴

Das Erbrecht illegitimer Kinder mit einem festgestellten, unterhaltspflichtigen Vater hängt zuerst einmal davon ab, ob dieser Vater noch eheliche Kinder hat und ob diese noch minderjährig sind. Die ehelichen Kinder haben immer den Vorrang, besonders wenn ihre Erziehung noch nicht abgeschlossen ist. Wenn aber auch die Erziehung des illegitimen Kindes noch nicht vollendet ist zum Zeitpunkt des Todes des Vaters, so hat es ein Anrecht auf die erforderlichen Mittel aus dem Nachlass, allerdings nur in der Hälfte der Höhe des Anspruchs der ehelichen minderjährigen Kinder. Sofern eheliche Kinder vorhanden sind, hat das uneheliche Kind kein gesetzliches Erbrecht. Nur wenn es keine ehelichen Kinder gibt und der Vater kein Testament hinterlässt, steht ihm ein Sechstel des Nachlasses zu. Schumann stellt fest: „Das preußische Landrecht erstreckte damit das Intestaterbrecht der *liberi naturales* auf sämtliche uneheliche Kinder mit gewissem Vater.“²⁹⁵ Auf das Verhältnis der Mutter zum Vater, das beim Versorgungsanspruch der Mutter Unterschiede macht, kommt es also beim Erbrecht nicht an – mit einer Ausnahme, nämlich dem Mehrverkehr der Mutter. Ist in solcher nachgewiesen, so kann das Kind nicht erben, denn für dieses Kind kann ja ein anderer Mann zur Unterhaltspflicht verurteilt werden, so dass das Kind weiter versorgt würde.²⁹⁶ Dies ist eine interessante Unterscheidung zum uneingeschränkt bestehenden Unterhaltsanspruch dieser Kinder.

Der Ausschluss des Erbrechts bei Mehrverkehr der Mutter ist nur scheinbar inkonsistent zur Unterhaltspflicht: Die Unterhaltspflicht ergibt sich aus der Haftung für den unehelichen Geschlechtsverkehr. Für das Erbrecht scheint eine andere Vaterschaftstheorie zu gelten: Scheinbar ist das Erbrecht immer noch stärker mit der Familienzugehörigkeit verbunden, und daher wird das Erbrecht Illegitimer strenger geregelt als ihr Unterhaltsanspruch. Bei den Erbansprüchen geht es noch nicht einmal darum, wie gewiss die uneheliche Vaterschaft ist, sondern um die vorrangige Erbberechtigung der ehelichen Kinder, sofern solche vorhanden sind. Auch ein Testament eines Vaters zugunsten seines unehelichen Kindes darf den gesetzlichen Erbanspruch seiner ehelichen Kinder nicht gefährden.

Während es in Bezug auf das väterliche Erbe also einige Differenzierungen gibt zwischen unehelichen und ehelichen Kindern und bei Letzte-

294 ALR II, 2.

295 Schumann 1998, 79.

296 Vgl. Harms-Ziegler 1991, 203.

ren nochmals nach den konkreten Umständen der Unehelichkeit, gilt für die Beziehung zwischen Mutter und Kind für illegitime das gleiche Erbrecht wie für legitime Kinder.

§. 656. Auf den Nachlaß der Mutter hat das uneheliche Kind derselben ein gleiches gesetzliches Erbrecht mit den ehelichen Kindern.²⁹⁷

Erbrechtlich gesehen haben also alle Kinder die gleiche Beziehung zu ihrer Mutter. Diese Unterschiede zwischen dem Erbrecht Unehelicher gegenüber dem Vater und der Mutter deuten darauf hin, dass hier gilt: „Kein Kind ist seiner Mutter Kebskind“, dass also alle Kinder die gleiche Beziehung zu ihrer Mutter haben. Im Verhältnis zu ihrer Mutter gelten alle Kinder als verwandt. Diese Beziehung besteht im ALR allerdings nicht zur Familie der Mutter: Zwar kann der mütterliche Großvater zu Unterhaltszahlungen verpflichtet werden, wenn es in der väterlichen Familie keine Mittel dafür gibt, allerdings gilt ihm gegenüber kein Erbanspruch, denn für das uneheliche Kind besteht zur mütterlichen Familie keine Verwandtschaftsbeziehung.

3.5.4 Versorgungsansprüche unverheirateter Mütter

Das *Allgemeine Preussische Landrecht* regelt die Entschädigungen, auf die eine ledige Mutter Anrecht hat. Für diese Entschädigungen muss der Mann aufkommen, der mit ihr im Empfängniszeitraum verkehrt hat und also Vater des Kindes sein müsste. Der grundlegende Anspruch, der fast allen Frauen zusteht, umfasst die Entschädigung und Versorgung für die Niederkunft und die ersten sechs Wochen nach Geburt des Kindes.²⁹⁸ Darüber hinaus kann eine Frau weitere Ansprüche geltend machen, wenn sie z. B. nach einem Eheversprechen schwanger wurde: Sie hat das Recht auf Eheschließung bzw. sie kann die Rechte einer unschuldig geschiedenen Ehefrau erhalten. Als solche bekommt sie unter anderem den vierten oder sechsten Teil seines Vermögens. Die sogenannte „Deflorationsklage“, also die Klage auf Ausgleich für den Verlust der Jungfräulichkeit vor der Eheschließung, gibt es im ALR nicht mehr als eigenständige Klageform, sondern sie fiel unter die sogenannten „Schwängerungsklagen“:

§. 1044. Wer aber eine unbescholtene ledige Weibsperson außer der Ehe schwängert, der ist ihr deshalb möglichst vollständige Genugthuung zu leisten verbunden.²⁹⁹

297 ALR II, 2.

298 ALR II, 1, §§ 1027 ff.

299 ALR II, 1.

Dabei werden Witwen und Geschiedene genauso wie ledige Frauen behandelt, denn sie alle sind heiratsfähige Frauen, die durch ein Eheversprechen getäuscht werden können. Problematisch ist die Beschädigung der Ehre der Frau auch deshalb, weil sie ökonomische Schäden zur Folge hat: Für eine Frau mit unehelichem Kind sinken die Chancen auf eine standesgemäße Heirat. „Genugtuung zu leisten“ bedeutet: Alles zu tun, was möglich und geeignet ist, die verletzte Ehre der Frau wiederherzustellen. Dies kann eben auch bedeuten, dass der Mann zur Heirat verpflichtet wird, sofern die Frau einverstanden ist:

§. 1047. Hat der Verführer die Geschwächte unter dem Versprechen der Ehe geschwängert, und stehen keine Eehindernisse entgegen; so muß derselbe von dem Richter, allenfalls mit Zuziehung eines Geistlichen, ernstlich aufgefordert und angemahnet werden, die Ehe mit der Geschwächten wirklich zu vollziehen.³⁰⁰

Verweigert er dies oder möchte die Frau auf die Vollziehung der Ehe verzichten, z. B. weil der Mann sie vergewaltigt hat, so wird die Frau wie eine unschuldig Geschiedene behandelt.

Leugnet der beklagte Mann den Geschlechtsverkehr mit der Frau, so orientiert sich das Gericht an den bereits erwähnten gesetzlichen Vermutungen zur Ermittlung des Vaters. Die Mehrverkehrseinrede ist in den „Schwängerungsklagen“ – wie auch in den Klagen auf Kindesunterhalt – nicht möglich: Der Beklagte ist trotzdem verpflichtet, eine grundlegende Entschädigung an die Frau zu zahlen.

§. 1036. Der Einwand, daß die Geschwächte auch Andern den Bey-schlaf gestattet habe, befreyet den Beklagten nicht von dieser ersten Art der Entschädigung.³⁰¹

Gegebenenfalls hat die Frau bei einer solchen Einrede auch Anspruch auf weitere Entschädigungen, wofür andere Beschränkungen bestehen: vormalige außereheliche Schwangerschaft, verheiratet sein, aber in Trennung leben, schließlich ein „unzüchtiger Lebenswandel“ (§ 1043).

Umstritten war, wie der mütterliche Anspruch prozessual verfasst war. Familienrecht gehörte zum *Zivilrecht*, und alle diesbezüglichen Statusfragen wurden im Rahmen von Zivilklagen behandelt. Andererseits wäre es auch plausibel, diese Ansprüche der Mutter durch die Delikthaftung des Vaters bzw. Erzeugers zu begründen, was auf einen *strafrechtlichen Tatbestand* zurückginge und damit eine andere Prozessform erfordert hätte.³⁰² Die Mutter hatte das Recht auf Erstattung von Entbindungs- und Taufkosten, der Kosten für sechs Wochen Verpflegung sowie ähnlicher Kosten, die im Zusammenhang mit der Geburt unvermeidlich entstehen.

300 ALR II, 1.

301 ALR II, 1.

302 Vgl. Schubart-Fikentscher 1967, 98. Vgl. Leineweber 1978, 235 f.

„Nur öffentliche Huren, Ehefrauen, die nicht getrennt leben und also Ehebruch begangen haben, und Frauen, die gegen Entgelt sich ‘zur Wollust überlassen’ haben, haben diese Rechte nicht.“³⁰³ Sie hatten gar keinen Anspruch auf Entschädigung, was sich nicht auf eine ungewisse Vaterschaft zurückführen ließ, sondern vielmehr auf den Vorwurf einer absichtsvollen Mitwirkung oder gar Auslösung des außerehelichen Verkehrs.

3.5.5 Die Ermittlung der unehelichen „Vaterschaft“: Gerichte auf kriminalistischer Spurensuche

In der Zeit, als das *Allgemeine Preussische Landrecht* entstand, wandelte sich die Form der familiären Gemeinschaft stark: Das mittelalterliche Haus als großfamiliäre Wohn- und Arbeitsgemeinschaft verlor an Bedeutung, während ein neuer Typ von Familie als Gemeinschaft von verheirateten Eltern und deren Kindern im Familienrecht auftauchte. Zum ersten Mal sprach mit dem *Allgemeinen Preussischen Landrecht* ein Rechtsbuch wörtlich von „Familienrechten“. Der preußische Staat sorgte für die Familien, da in ihnen der Nachwuchs gezeugt und erzogen wurde, den er für seine bevölkerungsarmen Territorien dringend brauchte. Die Benachteiligung unehelicher Kinder sollte gemildert werden, was zu einem einheitlichen Unterhaltsanspruch für alle unehelichen Kinder führte. Neben die eheliche Familie mit dem Vater als Oberhaupt und Verantwortungsträger, als Inhaber der väterlichen Gewalt, trat mit dem ALR eine neue Vaterschaft, die keine richtige rechtliche Verwandtschaft war, sondern nur eine Beziehung im unterhaltsrechtlichen Sinne. Die Unterhaltspflicht des Vaters eines unehelichen Kindes beruhte darauf, dass er in „außerehelichem Beyschlaf“ ein Kind gezeugt hatte: Für die Folgen dieser Tat muss er aufkommen. Neu ist dabei, dass diese Tat zuvor als „Unzucht“ *strafrechtlich* verfolgt wurde, nun aber durch die Unterhaltspflicht in einen *zivilrechtlichen* Zusammenhang rückte. Dabei wurde der uneheliche Erzeuger einfach im Alltagssprachlichen Sinn „Vater des unehelichen Kindes“ genannt, ohne dass diese Beziehung eigens definiert werden musste: Die klagende Mutter nennt einen Mann als Vater; dieser kann leugnen, dass er den Geschlechtsverkehr mit ihr vollzogen hat; sofern er dies aber nicht tut, wird er in der Unterhaltsklage als Vater angenommen und es werden die Ansprüche des Kindes und der Mutter geklärt. Für die Gerichte bedeutete das, dass sie bei Leugnungen und Widersprüchen in Unterhaltsklagen mit kriminalistischem Spürsinn eine Tat rekonstruieren mussten, ggf. auch mit Unterstützung von gerichtlichen Ärzten, die sich um die Ermittlung

303 Harms-Ziegler 1991, 197.

von Geburtsterminen, Empfängniszeiten und Zeugungsfähigkeiten kümmernten.

Manche Männer, die als uneheliche Väter beklagt wurden, haben vor Gericht die Tat, also den erfolgten Geschlechtsverkehr, geleugnet. Gerichtliche Ärzte wurden im Rahmen dieser Art von Klagen hinzugezogen, wenn ein Mann sich etwa auf seine Unfähigkeit, den Geschlechtsverkehr zu vollziehen, berief. Der Nachweis, dass der Verkehr nicht vollzogen worden war, wehrte die Unterhaltspflicht ab. Wie gingen die damaligen gerichtlichen Ärzte vor? Wie sah ihr Instrumentarium aus, wenn sie für ein Gericht ein Urteil fällen sollten? Ihr Vorgehen ähnelte einer klassischen kriminalistischen Spurensuche im Bemühen um eine folgerichtige Rekonstruktion des Geschehenen: Johann Valentin Müller beschreibt in seinem *Entwurf der gerichtlichen Arzneywissenschaft* die erforderliche Urteilsfähigkeit von zur Rate gezogenen gerichtlichen Ärzten in bemerkenswerter Weise als eine *philosophisch* und *logisch* fundierte: „Die erste nothwendige Wissenschaft für den gerichtlichen Arzt ist Philosophie. Eine gesunde Philosophie muß seine Tritte leiten [...]. Eine geübte Fertigkeit in der Logik wird hier vorzügliche Dienste leisten. Besonders aber verlangt man mit Recht Seelen- und Menschenkenntnis von dem gerichtlichen Arzte.“³⁰⁴ Gerade in schwierigen und umstrittenen Fällen rieten die Schriften zur gerichtlichen Arzneikunde eher zu einer vorsichtigen Abwägung der sozialen Folgen des ärztlichen Gutachtens.

Menschenkenntnis und Einfühlungsvermögen sollten das ärztliche Urteil anleiten, forderte auch Fahner in seinem *Vollständigen System der gerichtlichen Arzneikunde – Handbuch für Richter und gerichtliche Ärzte*: Ist ein schwieriger Fall zu entscheiden, „so werden die Umstände schon so viel Licht zur Hand geben, daß man ohne harte Kränkung des einen oder andern Theils der Billigkeit nach entscheiden kann.“³⁰⁵ Bei der Beurteilung war auch ein Gespür des gerichtlichen Arztes für die „Umstände“, die soziale Stellung der zu untersuchenden Personen und ihr moralisches Verhalten, gefragt: Handelt es sich bei der Frau um eine ehrbare Frau von Stand? Geht es um angemessene Forderungen? Welchen Umgang pflegt der beklagte Mann? Eine kluge Spurensuche sowie detektivische Arbeit waren hier gefragt, denn es ging nicht um den Nachweis der Erzeugung eines Kindes in einem medizinisch-biologischen Sinne, sondern um die Rekonstruktion von Taten oder den Nachweis der körperlichen Unfähigkeit, derartige Taten zu vollziehen. Diese Ebene der vollzogenen Handlungen und der (physiologischen bzw. körperlichen) Handlungsfähigkeit ist eine andere als die Ebene der Beschaffenheit von Körpersubstanzen und der statistischen Wahrscheinlichkeiten biologischer Verwandtschaft.

304 Müller 1796, Bd. 1, 25.

305 Fahner 1795, Bd. 1, 201.

3.6 Vaterschaft in anderen Kodifikationen des 19. Jahrhunderts und in der Revision des ALR

3.6.1 *Code civil*: Der Vater bleibt geheim

Der *Code civil* (CC) war das französische Zivilgesetzbuch des 19. Jahrhunderts. Er galt zeitweise in den linksrheinischen Provinzen, in Baden und in Bayern, somit in vielen deutschen Staaten, und stand in der Tradition des römischen Rechts. Der *Code civil* trat zum 21.03.1804 in Kraft.

Nach dem CC musste bei unehelichen wie bei ehelichen Kindern nicht nur die Vaterschaft, sondern auch die Mutterschaft eigens anerkannt werden. Eine Eintragung der Mutter in das Geburtenregister wurde nur mit deren Zustimmung vorgenommen. „Eine der deutschen Rechtstradition fremde, auch heute vielleicht noch befremdlich klingende Regelung war die *Anerkenntnis des Kindes durch die Mutter*.“³⁰⁶ In der deutschrechtlichen Tradition behandelte man uneheliche Kinder oft wie eheliche Kinder der Mutter.

Anders aber im CC: Hier musste die Mutter das Kind anerkennen. Bei „natürlichen“ Kindern (*liberi naturales* bzw. *enfants naturels*), also den unehelichen Kindern, deren Eltern unverheiratet in Partnerschaft zusammenleben, konnte eine Anerkenntnis der Mutterschaft auch gerichtlich erzwungen werden. Daraus entstanden den Kindern aber keine automatischen Unterhaltsansprüche an ihren Vater. Die Väter konnten nicht gerichtlich zur Anerkennung gezwungen werden: Väter unehelicher Kinder konnten nur als Vater eingetragen werden, wenn sie es wollten bzw. die Vaterschaft gestanden hatten. Ein uneheliches Kind konnte keinen Mann als vermeintlichen Vater zur Unterhaltszahlung anklagen, wenn dieser die Vaterschaft nicht bereits gestanden hatte, denn der *Code civil* sah ein Vaterschaftsausforschungsverbot vor. Nur in wenigen Fällen war eine Vaterschaftsklage ohne Geständnis möglich: z. B. nach einer Entführung der Frau durch den Mann, von dem sie daraufhin schwanger wurde, oder bei Vorliegen einer „Deflorationsklage“. Anders als im ALR war also keine Vaterschaftsfeststellung im Rahmen einer Unterhaltsklage möglich.

Generell konnten beide Elternteile auch unabhängig voneinander das Kind als das ihrige anerkennen, d. h. ohne sich darüber abzustimmen bzw. ohne einander zustimmen zu müssen. Diese Anerkennungen waren je für sich gültig. Ein Kind konnte auf die Anerkennung der Eltern klagen, wenn es entsprechende Beweise bzw. Zeugen vorbringen konnte. Die Anerkennung war die Voraussetzung für eine Unterhaltsforderung.

Das ALR traf im Wesentlichen nur *eine* Unterscheidung in Bezug auf die Vaterschaft: Ist die Kindesmutter verheiratet oder nicht? Im *Code ci-*

306 Harms-Ziegler 1991, 283 (Hervorhebung i. O.).

vil dagegen wurden bei den nichtehelichen Kindern noch mal unterschieden zwischen „natürlichen“ Kindern (*enfants naturels*) und „ehewidrig gezeugten“ Kindern (*enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin*). Letzteres meinte, dass ein Elternteil Ehebruch begangen hatte oder Ehehindernisse bestanden. Die „natürlichen“ Kinder konnten von den Eltern anerkannt werden oder auf Anerkennung klagen, die ehewidrig gezeugten dagegen nicht. Die Anerkennung bestand aus einer förmlichen, beurkundeten Erklärung (Art. 314 CC). Sie „beweist lediglich die von Natur aus bestehende filiation“³⁰⁷, begründete aber kein Kindschaftsverhältnis. Dies war ähnlich wie im ALR, welches die uneheliche Vaterschaft nicht als richtige Verwandtschaft mit familienrechtlichen Folgen verstand, sondern nur als unterhaltsrechtliche Beziehung.

Obwohl zwar das Vaterschaftsausforschungsverbot ledige Mütter in eine finanziell schwierige Situation brachte, wenn der Vater die Vaterschaft nicht anerkannte, so war doch die rechtliche Stellung unehelicher Kinder, deren Eltern die Elternschaft anerkannt hatten, sehr gut. Im CC war die Rechtsposition anerkannter unehelicher Kinder der Position ehelicher Kinder ähnlich: Sie hatten ein Recht auf Verwandtschaft, Familie, Stand, Nationalität, Name, Erbe sowie auch Unterhalt. Der Unterhaltsanspruch war abgeleitet aus dem Anspruch ehelicher Kinder auf Alimente. Eine schlechte Position hatten dagegen die unehelichen Kinder, die nicht vom Vater anerkannt wurden: Sie waren den ehewidrig gezeugten Kindern gleichgestellt und hatten somit weder erbrechtliche noch Unterhaltsansprüche. „Denn eine gerichtliche Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs ist nur dann möglich, wenn bereits ein Geständnis der Vaterschaft vorliegt, so daß das Klageziel sich ausschließlich auf die Leistung des Unterhalts, nicht aber auf die Feststellung der Vaterschaft und deren Beweis richtet.“³⁰⁸ Eine Unterhaltsklage ohne bereits vorliegendes Eingeständnis der Vaterschaft war also nicht möglich. Heirateten die Eltern eines natürlichen Kindes nach vorheriger Anerkennung des Kindes, so konnte das Kind durch die Eheschließung nachträglich legitimiert werden.

Das Ziel des Unehelichenrechts im CC war es, die „Ehe vor der Sittenverderbnis und vor allem vor Skandalprozessen zu schützen“.³⁰⁹ Bei derartigen Skandalprozessen dachte man vor allem an Verfahren der Vaterschaftsermittlung, die einen verheirateten Mann mit Familie betreffen könnten. Der Wunsch, solche Ehen zu schützen, führte dazu, dass eine gerichtliche Erforschung der Vaterschaft unerwünscht war. Kinder unverheirateter Mütter konnten nur dann einem Vater zugeordnet werden, wenn dieser seine Vaterschaft freiwillig eingestand und anerkannte.

307 Leineweber 1978, 251.

308 Ebd., 256. Vgl. auch 252: Das Anerkenntnis der Vaterschaft muss wahrheitsgemäß sein und kann von jedem angefochten werden, der daran ein Interesse hat.

309 Ebd., 250.

Harms-Ziegler hält fest: „Die Motive zum Art. 340 CC [Vaterschaftsausforschungsverbot] zeugen [...] von der Etablierung eines bürgerlichen Patriarchalismus.“³¹⁰ In der Tradition des römischen *pater familias* war es auch im CC der Entscheidung des Vaters überlassen, ein Kind als das seine anzuerkennen oder es zu verstoßen. Der Staat mischte sich nicht ein, auch nicht „zum Wohl des Kindes“ oder aus ähnlichen, uns heute geläufigen Gründen.

Aber nicht nur der verheiratete Mann wurde geschützt, auch die verheiratete Frau. So konnte ein Ehemann die Ehelichkeit seines Kindes nur widerlegen, wenn er den „Nachweis physischer Unmöglichkeit der Bewohnung während der Empfängniszeit, nicht bloß der Zeugungsunfähigkeit“ erbrachte (vgl. Art. 312 CC).³¹¹ Das Ziel, den Ehefrieden nicht zu stören, wurde auch damit verfolgt, dass Kinder, die schon vor der Eheschließung gezeugt worden waren, als eheliche Kinder galten, sofern der Ehemann bei der Heirat von der Schwangerschaft wusste, bei der Geburt des Kindes anwesend war oder die Geburtsurkunde unterzeichnet hatte.

Das Verbot der Vaterschaftsausforschung – „la recherche de la paternité est interdite“ (Art. 340 CC) – war ein bemerkenswerter Verzicht auf die Möglichkeit, Vaterschaft gerichtlich zu ermitteln oder festzusetzen. Der CC setzte in hohem Maße auf die freiwillige Übernahme von Verantwortung durch den Vater eines unehelichen Kindes: Die freiwillige Anerkennung war ein Mittel, die Situation der unehelichen Eltern zu entschärfen, und damit zugleich auch ein Anreiz an die Väter, die Kinder anzuerkennen und vielleicht gar durch nachfolgende Eheschließung zu legitimieren. Der hohe Wert der Freiwilligkeit und die damit einhergehende Strenge des Ausforschungsverbots wurden lediglich dadurch ein wenig relativiert, dass im Rahmen einer Unterhaltsklage bereits kleine Anzeichen wie eine ungültige oder unwirksame Anerkennung als Geständnis der Vaterschaft („aveu de paternité“) ausgelegt wurden.³¹²

Erst im Jahr 1912 ist das Verbot der Vaterschaftsausforschung gestrichen worden, allerdings war die Ausforschung nach einer Gesetzesänderung von 1972 noch bis 1993 bei schlechtem Lebenswandel und bei Mehrverkehr der Kindesmutter verboten.³¹³ Damit war die Rechtsposition nicht anerkannter unehelicher Kinder nach dem CC noch sehr lange viel ungünstiger als z. B. nach dem deutschen oder österreichischen Recht.

310 Harms-Ziegler 1991, 279.

311 Leineweber 1978, 250.

312 Vgl. Hull 1997, 229 f.

313 *Code civil* Art. 340-1, créé par Loi n°72-3 du 3 janvier 1972: „L'action en recherche de paternité ne sera pas recevable: 1° S'il est établi que, pendant la période légale de la conception, la mère était d'une inconduite notoire ou qu'elle a eu commerce avec un autre individu, à moins qu'il ne résulte d'un examen des sangs ou de toute autre méthode médicale certaine que cet individu ne peut être le père“. Vgl. Leineweber 1978, 257; Harms-Ziegler 1991, 279.

Eine weitere Besonderheit des CC war, dass Kindesaussetzung nicht bestraft wurde, sondern zur Einrichtung einer speziellen „*police de famille*“ führte, welche die soziale Verantwortung für die Neugeborenen übernahm.³¹⁴ Dementsprechend gab es viele Findelhäuser in Frankreich. In Preußen unter dem ALR dagegen sah die Situation anders aus: Die Aussetzung von Kindern wurde wie deren Tötung behandelt (ALR II, 20, §§ 969 f.). Aber die Lage für die französischen Findelkinder war nicht gut: Die Letalität der Findelkinder in Frankreich war höher als der Prozentsatz der getöteten Kinder in Preußen. Es zeigt sich, dass in Frankreich das Problem der unehelich und ehewidrig gezeugten Kinder zu einer anderen Institution geführt hat als in Preußen.³¹⁵ Hintergrund könnte der preußische Protestantismus gewesen sein, der eine Abschiebung der Kinder und eine Abgabe der Verantwortung von Seiten der Eltern verbat. Auf die bevölkerungspolitische Strategie wurde schon hingewiesen: Während man in Preußen die Förderung des Nachwuchses als wichtige Aufgabe verstand, hatte man sich in Frankreich den Schutz der Ehe auf die Fahnen geschrieben.

3.6.2 Das österreichische *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch*

In Österreich fanden in den 1780er Jahren verschiedene Gesetzesänderungen statt, die sich auf Elternschaft, insbesondere uneheliche Elternschaft, bezogen. Ein Hofedikt vom 24.07.1783 „hob schließlich das Makel der unehelichen Geburt auf, ein weiteres beseitigte ihn auch für ‘gefallene’ Frauen“, und zwar im Jahr 1784.³¹⁶ Weiterhin wurde 1784 auf Landesebene verordnet, dass ledige Schwangere nicht mehr wegen außerehelichem Geschlechtsverkehr bestraft werden durften. Das *Josephinische Gesetzbuch* (JosGB) wurde am 01.11.1786 von Kaiser Joseph II. erlassen, das *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch Österreichs* (ABGB) trat im Jahr 1811 in Kraft.

Eheliche Kinder waren nach dem *Josephinischen Gesetzbuch* solche, die in der Ehe gezeugt worden waren. Für die vorehelich gezeugten wurde dann Ehelichkeit angenommen, wenn der Vater bei der Heirat von der Schwangerschaft wusste oder der Vaterschaft nicht widersprach. Fast revolutionär war die Tatsache, dass die „natürlichen“ Kinder (lat. *liberi naturales*, Konkubinatskinder) den ehelichen Kindern gleichgestellt waren (IV § 16 JosGB), und zwar in Bezug auf ihre väterliche wie ihre mütterliche

314 Vgl. Harms-Ziegler 1991, 284.

315 Vgl. ebd., 285: Die Letalität im französischen Ammenwesen und den Findelhäusern wirft nach Meinung von Harms-Ziegler die Frage auf, „ob hier nicht einfach eine Kollektivierung der sonst individuell durchzuführenden Kindestötung stattfand“.

316 Pawlowsky 1997, 370.

Verwandtschaft und alle sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten (Erbrecht, Name, Unterhalt, Adelstitel etc.). Diese bevorzugte Behandlung der Konkubinatskinder erinnert an die Rechte der anerkannten unehelichen Kinder nach dem *Code civil*, wogegen die unehelichen Kinder nach dem ALR derartige Rechte nur durch nachfolgende Legitimation erhalten konnten.

Als Vater eines Kindes, dessen Mutter nicht verheiratet war, galt nach Rechtsvermutung der Mann, der durch Wort oder Tat während der Schwangerschaft, Geburt oder zu einem anderen Zeitpunkt zu verstehen gegeben hatte, dass er das Kind als das seine ansieht (vgl. IV § 10 JosGB). Zur Unterhaltszahlung konnte ein Mann nach dem JosGB auch dann verpflichtet werden, wenn er die Vaterschaft nicht selbst anerkannt oder ausgedrückt hatte. Es genügte, dass er des Verkehrs mit der Mutter überführt wurde oder diesen gestanden hatte. Leineweber spricht aus diesem Grund davon, dass das JosGB „eine Art Risikohaftung“ der Männer einführt, die mit der Mutter verkehrt hatten.³¹⁷ Diese Haftung ist dem Gesamtschuldnerprinzip des ALR ähnlich.

Das *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch Österreichs* (ABGB) knüpfte die uneheliche Vaterschaft an die „Beiwohnungsvermutung“ oder an das Einverständnis des Mannes in die Nennung seines Namens als Vater im Taufbuch (§ 164 ABGB). Darüber hinaus gibt es keine Angaben zu weiteren Rechten nichtehelicher Kinder.³¹⁸ Es wurde also verglichen mit dem JosGB die Zuordnungsfrage in den Vordergrund gerückt, wogegen die Ausgestaltung der Rechte der unehelichen Kinder aus dieser Zuordnung sehr zurückhaltend blieb. Die unehelichen Kinder, selbst die Konkubinatskinder, galten nicht als mit ihrem Vater verwandt und hatten kein Recht auf seinen Name oder ein Erbe.

Allerdings kannte das ABGB einen Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes gegen seinen Vater (§ 167 ABGB), gegen den weder eine Mehrverkehrseinrede noch eine Berufung auf Zeugungsunfähigkeit möglich war. Der Vater musste auch der für das Kind sorgenden Mutter Unterhalt zahlen. Die väterliche Gewalt hatte wie auch im ALR der Vormund des Kindes inne, nicht der Vater: Selbst wenn er das Kind erzog, hatte er nur das Erziehungsrecht. Eine Gleichstellung ehelicher und unehelicher Kinder wie in der ersten Fassung des JosGB gab es also im ABGB nicht. Das tendenziell konservativere ABGB hatte sich dem Schutz von Ehe und Familie verschrieben.³¹⁹

317 Leineweber 1978, 243.

318 Vgl. ebd., 245.

319 Vgl. ebd., 248.

3.6.3 Die Revision des *Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten*

Die politische und territoriale Situation Preußens änderte sich bald nach der Einführung des *Allgemeinen Preussischen Landrechts*: Das Heilige Römische Reich Deutscher Nation, zu dem Preußen zwar nicht selbst gehörte, aber an das es grenzte, wurde 1806 aufgelöst. Kurz darauf, 1815, verlor Preußen durch den Vertrag von Wien die bevölkerungsarmen polnischen Gebiete und gewann stattdessen dicht besiedelte westliche Gebiete, zum Teil sogar linksrheinische, hinzu. Der Deutsche Bund – ein Staatenbund, dem neben dem Königreich Preußen z. B. das Königreich Bayern und Hannover sowie das Kaiserreich Österreich angehörten – wurde gegründet.³²⁰ Die Monarchien durften bestehen bleiben, aber der Bund bekam eigene Kontrollrechte. Der „Bund der souveränen Fürsten und freien Städte Deutschlands“ hatte keine Reichsverfassung mehr, sondern er verpflichtete die einzelnen Staaten, selbst Verfassungen zu erarbeiten. Die Neuordnung Gesamtdeutschlands und damit einhergehend die Veränderung der Bevölkerungssituation verstärkte die Reformbestrebungen Preußens.

Die Revision des ALR ist um 1825 beschlossen worden. Als Arbeitsgrundlagen wurden der *Code civil*, das ABGB, die Vorüberlegungen zum ALR sowie auch moralische und religiöse Positionen berücksichtigt. Das neue Eherecht sollte wie bisher ein „konfessionell neutrales“³²¹ sein, das Unehelichenrecht sollte strenger werden und sich am CC orientieren. 1842 übernahm Friedrich Carl von Savigny die Leitung des „Ministeriums für Gesetz-Revision“³²² und legte ein Jahr darauf eine Denkschrift vor, die – angelehnt an das gemeine Recht – die wichtigsten Überlegungen zur Reform des Unehelichenrechts zusammenfasste. Das revidierte ALR trat zum 24.04.1854 in Kraft.

Das ursprüngliche politische Hauptmotiv des Unehelichenrechts des ALR von 1794, die Verhinderung von Kindstötungen und die Versorgung nichtehelicher Kinder, spielte im Zuge der Revision keine leitende Rolle mehr: Die Situation Preußens hatte sich geändert, nachdem die bevölkerungsarmen Territorien abgegeben worden waren. Die Zunahme der Zahl der Bürger war nicht mehr das vorherrschende politische Ziel der Regierung. Die neue Analyse der gesellschaftlichen Ausgangssituation war beherrscht von der Diagnose eines Verfalls der Sitten und der Ehre der Frauen.³²³ In den parlamentarischen Beratungen zu den neuen Gesetzesentwürfen wurde z. B. argumentiert, die Alimentationspflicht des ALR sei

320 Vgl. Mitteis 1981, 418.

321 Harms-Ziegler 1991, 292.

322 Dieses „Revisionsministerium“ war vom übrigen Justizministerium getrennt. Savigny hatte gleichwohl den Titel eines „Wirklichen Geheimen Staats- und Justizministers“ (1842 bis 1848).

323 Vgl. Bors 1998, 22.

unangemessen gewesen: In der ursprünglichen Fassung des ALR von 1794 war die gesamtschuldnerische Haftung aller Männer, die mit der Mutter verkehrt hatten, ein leitendes juristisches Prinzip im Unehelichenrecht.

Im Namen der Sittlichkeit sei nun eine Verschärfung der Regelungen und eine Verminderung der Unterhaltsansprüche unehelicher Kinder dringend erforderlich, meinte Savigny.³²⁴ In der Diskussion um die Revision des Unehelichenrechts stritten die verschiedenen politischen Lager darüber, wer für den unehelichen Geschlechtsverkehr zur Verantwortung zu ziehen und daher zu bestrafen sei: der Mann oder die Frau. Die Verfechter der einen Argumentationslinie wollten die Frau in die Verantwortung nehmen und forderten eine Strategie zur „Stärkung der Verteidigung“.³²⁵ Durch die Drohung mit einer schlechten Stellung lediger Schwangerer solle man Mädchen dazu anhalten, gegen Verführungen stark zu bleiben – „sich zu verteidigen“ – und sich nicht zu vorehelichem Verkehr überreden zu lassen. Der natürliche Geschlechtstrieb der Männer sei so stark, dass nur eine sittliche Haltung der Frauen sie stoppen könne. Diese Haltung sei den Frauen dadurch einzuprägen, dass sie sich vor den Folgen einer mangelhaften Verteidigung, nämlich der Verantwortung für ein Kind, die sie dann ganz allein tragen müssten, fürchten.³²⁶

Die Verfechter der anderen Argumentationslinie sahen bei den Männern die Verantwortung und wollten eine „Schwächung des Angriffs“³²⁷ der Männer erreichen. Wenn man den Männern mit Unterhaltungspflichten drohen würde, würden sie sich ihr Handeln gut überlegen, lautete die Argumentation. Die Nachforschung nach dem Vater müsse möglich sein. Gegen die Vertreter der oben beschriebenen gegnerischen Position („Stärkung der Verteidigung“) wandte man ein: Dort „werde von den ‘Männern’, denen als ‘angreifendem Theil’ die eigentliche Verantwortung zufalle, nur eine unangebrachte Freizeichnung zu Lasten der betroffenen Frauen gesucht.“³²⁸ An anderer Stelle im Entwurf zur Revision beschrieb man ähnlich: „A priori ... und nach der Natur der Sache muß man ... nothwendig annehmen, daß die Befreiung des männlichen Geschlechts von allen rechtlichen Nachtheilen des außerehelichen Beischlafs mehr zur Gefährdung der Sittlichkeit gereiche, als unsere bisherige Legislation.“³²⁹

Letztlich setzten sich in der Diskussion um die Revision des Unehelichenrechts die Vertreter der ersten Strategie durch, welche die Verantwortung bei den Frauen sahen: Der *Code civil* wurde zum Vorbild genommen, und es wurde in Erwägung gezogen, auch im ALR auf die Va-

324 Vgl. dazu Harms-Ziegler 1991, 299 ff.

325 Bors 1998, 28.

326 Vgl. ebd.; sowie Harms-Ziegler 1991, 243.

327 Bors 1998, 28.

328 Entwurf des Familienrechts von 1830, zitiert nach Buchholz 1981, 22.

329 Ebd.

terschaftsausforschung zu verzichten, da sie das Glück von Familien zerstören könnte.

Als Voraussetzung für die Unterhaltspflicht eines nicht mit der Mutter verheirateten Vaters müsse eine eindeutige Vaterschaft vorliegen. In diesem Zusammenhang sollte nach Meinung Savignys die Mehrverkehrseinrede wieder zugelassen werden, weil sie sichtbar mache, wo keine eindeutige Vaterschaft besteht. Einige andere Revisoren wollten das Verbot der Einrede beibehalten: Der Vormund sollte den Vater auswählen, der den Unterhalt zahlen muss. Die Befürworter der Mehrverkehrseinrede stützten sich auf die Blutsverwandtschaft: Es zähle nicht, dass mehrere Männer mit der Frau verkehrt hatten und für diese Handlung haften müssen. Vielmehr müsse man eingestehen, dass es letztlich nur einen Mann geben kann, der das Kind wirklich gezeugt hat und dafür die Verantwortung tragen muss. Harms-Ziegler zitiert den Juristen L. E. W. Schmidt, der in der Revisionsdiskussion für die Zulassung der Mehrverkehrseinrede kämpfte:

Beispielhaft für [...] eine schon positivistische Tendenz, die mit medizinisch-naturwissenschaftlicher Logik kollaborierte, war die häufig geäußerte Rüge des Verbots der Einrede des Mehrverkehrs: *‘Es ist aber der Gipfel der positivsten Gesetze, wenn ... selbst bei geführtem Beweis der Zuhaltung mit Mehreren, die Vaterschaft von der Wahl der Geschwängerten abhängig gemacht wird, und Einer nach dem Andern Vaterpflichten erfüllen soll, wemgleich nur Einer Vater sein kann’.*³³⁰

Die Mehrverkehrseinrede wurde schließlich mit der Begründung zugelassen, der Verkehr mit mehreren Männern verhindere, dass eine eindeutige Vaterschaft festgestellt werden könne. Hier findet sich eine Mischung der Modelle: Der Geschlechtsverkehr als *Tat* ist das, was bewiesen werden muss, wenn ein Mann zu Unterhaltszahlungen für ein uneheliches Kind verpflichtet werden soll. Nach dem originalen ALR konnten auch mehrere Männer für diese Tat zur Verantwortung gezogen werden. Hier kommt bei dem Juristen Schmidt nun eine neue Perspektive dazu, die nicht allein mit der Ebene der Täterschaft argumentiert, sondern auch das eheliche Familienmodell mit dem klaren *Familienoberhaupt* als Maßstab hinzunimmt: Nur *ein* Mann kann Vater sein, nur *ein* Mann kann als Familienoberhaupt walten. Die Eindeutigkeit, mit der der Vater eines unehelichen Kindes festgestellt werden muss, orientiert sich an der Eindeutigkeit des Familienoberhauts, das die Verantwortung trägt und die väterliche Gewalt ausübt.

330 Harms-Ziegler 1991, 295 (Hervorhebung i. O.), mit einem Zitat von L. E. W. Schmidt von 1843.

Neben der Mehrverkehrseinrede wurde auch die „Einrede der Bescholtenheit“³³¹ in das revidierte Gesetz aufgenommen. „Mit dieser Einrede konnte ein Mann, der als nichtehelicher Vater beklagt war, die Durchsetzung der Ansprüche der ledigen Mutter und ihres Kindes verhindern.“³³² Hatte eine Frau einen schlechten Ruf, so wurde dies als Grund dafür gesehen, dass der Beklagte nicht mit Sicherheit als Vater festgestellt werden konnte. Neben der zunehmenden Bedeutung einer „eindeutigen“ Verwandtschaft zeigt sich hier auch eine strenge Paar-Moral, die die Verhaltensnormen prägt.³³³

Der Unterhaltsanspruch des Kindes war nach der Revision des ALR mit folgenden Einschränkungen verbunden: Das Kind hatte nur dann einen Anspruch auf Unterhalt, wenn auch die Mutter einen Anspruch gegen den Vater hatte oder wenn der Vater das Kind freiwillig anerkannt hatte. Dabei hing der Anspruch der Mutter von ihrer Ehrbarkeit bzw. „Unbescholtenheit“ ab.³³⁴

Mit der Revision des ALR wurde im Unehelichenrecht das Prinzip der Tathaftung durch das Verwandtschaftsprinzip eingegrenzt. Bors weist darauf hin: „Die wichtige Rechtsfolge der Verwandtschaftstheorie war eine *beweisrechtliche Konsequenz*.“³³⁵ Im Rahmen einer Unterhaltsklage musste die Frau den erfolgten Geschlechtsverkehr nachweisen. Während im ALR in der Originalfassung jeglicher erfolgter Geschlechtsverkehr für eine Unterhaltsverpflichtung ausreichte und die Mehrverkehrseinrede unwirksam war, war nach der Revision die Eindeutigkeit der Vaterschaft ausschlaggebend für die Unterhaltsverpflichtung.³³⁶ Das Verfahren auf Anerkennung eines Unterhaltsanspruchs erfolgte in zwei Teilen: Erstens musste bewiesen werden, dass Verkehr mit dem Beklagten stattgefunden hat, und zweitens, dass er nur mit diesem und nicht auch mit anderen Männern stattgefunden hat.³³⁷

3.7 Zusammenfassung: Eine neue Ökonomie der Unehelichkeit

Das vorliegende Kapitel hat die Frage verfolgt, wie uneheliche „Vaterschaft“ als rechtlich definierte Unterhaltspflicht neben der ehelichen Vaterschaft im *Allgemeinen Preußischen Landrecht* entstanden war. Es hat

331 Bors 1998, 1. Vgl. auch Harms-Ziegler 1991, 297; Schumann 1998, 83; Buchholz 1981, 22.

332 Bors 1998, 1.

333 Vgl. ebd., 64.

334 Vgl. Schmitz 2000, 77.

335 Bors 1998, 61 (Hervorhebung i. O.).

336 Vgl. ebd., 62.

337 Vgl. ebd., 109.

sich gezeigt, dass das ALR mit seinen Regelungen zum Unterhaltsanspruch unehelicher Kinder eine neue Art von Vaterschaft geschaffen hat, indem es den Mann, der mit der Mutter verkehrt hatte, prinzipiell für unterhaltspflichtig erklärte. Der vollzogene außereheliche Geschlechtsverkehr als Tat begründete die Unterhaltspflicht. Der Mann war aber nicht im rechtlichen Sinne mit dem Kind verwandt und hatte nicht die väterliche Gewalt über dieses. Verglichen mit der klassischen ehelichen Vaterschaft war dies eine neue juristische Konstruktion. Der Unterhaltsanspruch der unehelichen Kinder war auch von etwaigen Ansprüchen der Mutter unabhängig: Egal, ob die Mutter ledig, verwitwet oder etwa Prostituierte war, das Kind hatte einen Anspruch auf Unterhaltsleistungen von dem Mann, der nachweislich mit der Mutter im Empfängniszeitraum verkehrt hatte. Dies blieb bis zur Revision des ALR gültig.

Der Unterhaltsanspruch, der jedem unehelichen Kind zustand, sollte ihm die Position eines vollwertigen und versorgungsberechtigten Individuums in der bürgerlichen Gesellschaft geben – und dies auch ohne den Status als legitimes Kind. Schmitz bemerkt dazu: „Wenn das ALR [...] einen maximalen Schutz des nichtehelichen Kindes hinsichtlich der Realisierung des Unterhaltsanspruchs anstrebte, ging es ihm mehr um die Anerkennung des Kindes als Individuum als um dessen familienrechtliche Integration.“³³⁸ Jedes Kind, jeder Bürger war eine wichtige Arbeitskraft, ein Steuerzahler, ein möglicher Kämpfer in Kriegszeiten. In diesem Sinne konnte die staatliche Ökonomie auf kein Individuum verzichten, auch nicht auf die bisher verrufenen unehelichen Kinder.

Auch wenn dies sehr aufgeklärt klingt, war das *Allgemeine Preussische Landrecht* von 1794 aber doch kein neues, bürgerliches Recht: Es behielt die alte Ständeordnung bei und hielt z. B. an der standesgemäßen Ehe fest. Auch uneheliche Kinder sollten nach Möglichkeit durch eine nachfolgende Eheschließung legitimiert werden, da der Status der Ehelichkeit weiterhin eine weit bessere Stellung des Kindes begründete. Die Ehelichkeitsvermutung, die den Ehemann der Mutter zum Vater des Kindes machte, war allerdings nicht (nur) zum Schutz des Kindes gedacht: In erster Linie war ihr Ziel, weiterhin die väterliche Gewalt und Autorität zu schützen. Die Gewaltausübung war das Recht des Vaters, aus der seine Pflichten zur Versorgung der Familie entsprangen. Die Ehelichkeitsvermutung lässt diesem Recht des Vaters Raum und greift nicht in seinen Gestaltungsspielraum ein.³³⁹

Mit der Revision des ALR, die 1854 in Kraft trat, wurden die Ansprüche unehelicher Kinder verändert. Unterhaltspflichtig war weiterhin der Mann, der mit der Mutter im Empfängniszeitraum verkehrt hatte. Allerdings entfiel die Unterhaltspflicht, wenn die Mutter mit verschiedenen

338 Schmitz 2000, 62.

339 Vgl. Bors 1998, 102 f.; Stintzing 1868, 450.

Männern verkehrt hatte: Nur beim Nachweis eines ausschließlichen Sexualpartners konnte die Unterhaltspflicht auferlegt werden.

Betrachtet man Verwandtschaft und Vaterschaft im Familienrecht des ALR, so wird deutlich, wieso die Zeit um 1800 ein relevanter historischer Bezugszeitraum für die Fragestellung dieser Arbeit darstellt. Es entstand mit dem *Allgemeinen Preußischen Landrecht* aus bevölkerungspolitischen Kalkül ein allgemeiner Unterhaltsanspruch für alle unehelichen Kinder, der gleichwohl keine rechtliche Verwandtschaft begründete. Damit wurde eine neue Form von Vaterschaft geschaffen, die sich neben die eheliche Vaterschaft stellte. Dieser einheitliche Unterhaltsanspruch rückte die Tat des außerehelichen Geschlechtsverkehrs, die noch kurz vor dem ALR eine Straftat darstellte, nun in das Zivilrecht und schaffte damit eine Grundlage dafür, uneheliche Kinder als Bürger statt als Problem zu sehen und ihre Arbeitskraft für den Staat nutzbar zu machen.

Das *Allgemeine Preußische Landrecht* versuchte, durch milde rechtliche Regelungen die moralische Verurteilung von unehelichen Kindern abzubauen. Zugleich wurde die eheliche Familie für die Kinder als die beste Umgebung für ihr Aufwachsen und eine Legitimation durch nachträgliche Eheschließung stets als beste Lösung für uneheliche Kinder angesehen. So war und blieb die eheliche Familie das große Vorbild, der optimale und gewünschte Rahmen für das Aufwachsen von Kindern. Auch die Paar-Moral der Ehe wurde auf nicht verheiratete Eltern übertragen: Mit der Revision verloren diejenigen Kinder ihren Unterhaltsanspruch, deren Mütter sich nicht an das Gebot der Treue und Monogamie gehalten hatten. Mit der schwierigen Balance zwischen der Anerkennung eines Unterhaltsanspruchs unehelicher Kinder bei gleichzeitiger Beibehaltung der ehelichen Familie als Vorbild verfolgte der preußische Staat das Ziel, mehr Kontrolle über jegliche Fortpflanzung der Bürger zu bekommen und Ordnung in den Familien zu schaffen.

Die Sorge um jeglichen, auch unehelichen, Nachwuchs und um das Wohlergehen der Bevölkerung kann als biopolitische Strategie des Staates bezeichnet werden. Diese Strategie ist biopolitisch insofern, als sie die Polizei zur Ordnung und Überwachung der Lebensvorgänge der Bürger abstellt: Schwangerschaft, Geburt, Tod und weitere Lebensvorgänge werden registriert, wobei diese Lebensvorgänge in einem *ökonomischen* Sinn für den Staat bzw. die Regierung interessant sind, nicht in einem biologischen Sinn. Das Leben der Bürger wird hier umgerechnet in Arbeitskraft, Landbearbeitung, Steuereinnahmen, Verteidigungskräfte u. Ä., also in Geldwert messbar. Ebenso ist auch der uneheliche Vater als ökonomische Größe interessant: als derjenige, der für das Kind Unterhalt zahlt.

Biopolitische Strategien in einem biologischen Sinn finden sich später. Theorien über eine Art Erbmaterial, das in Form von Samen und Ei von den Eltern zusammengebracht wird und aus dem das Kind hervor-

geht, gab es schon seit der Antike. Biologisch wird das Erbmateriale im 20. Jahrhundert und es spielt dann eine Rolle in neuen biopolitischen Strategien wie der Rassenhygiene der Nationalsozialisten. Wenn im 20. Jahrhundert reproduktionsmedizinische Behandlungen zur Zeugung genetisch „eigener“ Kinder von den Krankenkassen gefördert werden oder wenn über die Anrechte auf Organtransplantationen für bestimmte Kranke oder bestimmte Altersgruppen diskutiert wird, dann wird Leben nicht ökonomisch gegen Geld gerechnet, sondern bio-ökonomisch in seiner eigenen Währung gemessen: Lebenswert, Lebenszeit, Lebensqualität und ähnliche Messgrößen funktionieren in einer eigenen Sphäre. Regierungen führen im Rahmen der Gesundheitspolitik Kosten-Nutzen-Analysen durch, um Fortschritte im Kampf gegen Volkskrankheiten oder die Wirkung neuer biomedizinischer Technologien zu beurteilen: Verglichen wird bei einer derartigen Analyse z. B. die vorzeitige Sterblichkeit durch vermeidbare Krankheiten und Unfälle. Dabei wird über Kennzahlen wie „qualitätskorrigierte Lebensjahre“ (*quality-adjusted life years*, QALYs) oder „behinderungsfreie Lebensjahre“ (*disability-adjusted life years*, DALYs) gesprochen.³⁴⁰ Natürlich geht es daneben auch um finanzielle Kosten, aber behinderungsfreie Lebensjahre etwa werden zu einer eigenen Währung: Gehring spricht von einer „Erwirtschaftung und Verteilbarmachung von *biologisch gewonnener Zeit*“ als Ziel heutiger biopolitischer Strategien.³⁴¹ Nach diesem Blick auf die ökonomischen Strategien im Familienrecht der Zeit um 1800 soll aber zunächst das *Bürgerliche Gesetzbuch* von 1896 betrachtet werden, bevor die gegenwärtigen Veränderungen untersucht werden.

340 DALYs spielen zum Beispiel in der „Global burden of disease“-Studie der WHO eine wichtige Rolle. Zum Unterschied zwischen den beiden Konzepten vgl. den Artikel „Die Bewertung der Krankheitslast – die Kennzahlen QALY und DALY“ des *European Food Information Council*. <http://www.eufic.org/article/de/artid/Bewertung-Krankheitslast-Kennzahlen-QALY-DALY/> (01.10.2013).

341 Gehring 2006, 34. Sie spricht auch von „Ökonomien des ‘Lebens’“ (33).

4. „Wirkliche“ und „mögliche“ Väter: Vaterschaft im *Bürgerlichen Gesetzbuch* von 1896

4.1 Einleitung

Im Jahr 1871 wurde das Deutsche Reich gegründet und in der Folge eine neue einheitliche Zivilgesetzgebung beschlossen. Zu diesem Zweck sollten die Landesrechte der Länder des deutschen Reiches vereinheitlicht werden. Der Prozess der Vereinheitlichung und Harmonisierung der verschiedenen Rechtsbücher hat insgesamt etwa 20 Jahre gedauert, bis 1896 das *Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich* (BGB) verabschiedet wurde, das zum 1. Januar 1900 in Kraft trat.

In der Gestaltung der ehelichen Vaterschaft und des Unterhaltsanspruchs unehelicher Kinder im Familienrecht des neuen BGB blieb man recht nah an den Lösungen, die das *Allgemeine Preussische Landrecht* im Rahmen seiner Revision umgesetzt hatte: Nur eheliche Kinder sind mit ihrem Vater verwandt und genießen alle Rechtsfolgen einer Vaterschaft. Die Grundlage für die Unterhaltspflicht unehelicher Väter bildete die sogenannte „Verwandschaftstheorie“, die besagte, dass der Vater aufgrund des Verkehrs mit der Mutter für das Kind unterhaltspflichtig sei.

Somit finden sich im BGB von 1896 erneut zwei verschiedene Formen von Vaterschaft: Zum einen die klassische eheliche Vaterschaft, die über die Ehelichkeitsvermutung dem Ehemann der Mutter zugeschrieben wird, und zum anderen das „natürliche Band“ der Erzeugung, das die Väter mit ihren unehelichen Kindern verbindet und das nicht im familienrechtlichen Sinn „Vaterschaft“ genannt werden kann. Als ehelicher Vater eines Kindes gilt der Ehemann der Mutter, und dies gilt so lange, bis er anfigt und nachweist, dass die Mutter das Kind unmöglich von ihm empfangen haben kann. Als Vater eines unehelichen Kindes gilt der Mann, der mit der Mutter während der Empfängniszeit verkehrt hatte und dadurch vermutlich das Kind gezeugt hat. Nur diesem „wirklichen Vater“ kann die Unterhaltspflicht auferlegt werden. Das juristische Modell des durch die Ehe vermuteten „möglichen Vaters“ steht somit neben dem Modell des durch nachgewiesenen Geschlechtsverkehr wahrscheinlichen „wirklichen Vaters“.

In diesem Kapitel werden die Regelungen des Familienrechts bezüglich der ehelichen und unehelichen Vaterschaft im *Bürgerlichen Gesetz-*

buch für das Deutsche Reich vorgestellt. Die zentrale Frage wird dabei sein, wie diese Formen von Vaterschaft begründet und ermittelt werden. Nach Ansicht der am Gesetzgebungsprozess beteiligten Juristen sollten möglichst viele Kinder die Vorteile der Ehelichkeit genießen. Zugleich aber erfährt die Ehe eine starke moralische Aufwertung und wird von der nichtehelichen Partnerschaft scharf unterschieden. Das *Allgemeine Preussische Landrecht* (ALR) dagegen hatte auf eine viel nüchternere Art die Ehe vom Konkubinat getrennt und eine Moralisierung zu vermeiden versucht.

Im Deutschen Reich waren zu Anfang mehrere Landesrechte nebeneinander gültig. Die Vorbereitungen für ein gesamtdeutsches *Bürgerliches Gesetzbuch* kamen 1873 in Bewegung: Die Gesetzgebungskompetenz des Reiches wurde erweitert und schloss nun das gesamte bürgerliche Recht ein. Dafür hatte eine Verfassungsänderung, die *Lex Lasker*, gesorgt. Nun entstand der Plan, ein neues deutsches Gesetzbuch zu verfassen, welches die einzelnen Landesrechte zusammenfassen, vereinheitlichen und harmonisieren sollte. Zu reformieren und den gegenwärtigen Wandel zu berücksichtigen, war nicht Aufgabe des neuen Gesetzbuches.³⁴²

Im ersten Schritt plante eine Vorkommission 1874, wie das BGB entstehen und wer die Teilentwürfe erarbeiten sollte. Gottlieb Planck sollte für das Familienrecht zuständig sein. Er stand vor einer besonderen Aufgabe: Gerade im Familienrecht gab es sehr viele einzelstaatliche Rechte und zusätzlich einen starken Traditionswandel von Ehe und Familie, z. B. durch die 1875 beschlossene obligatorische Zivilehe. Planck arbeitete von 1874 bis 1880 an einem ersten Entwurf zur Vereinheitlichung der bestehenden Familienrechte. Dieser wurde – zusammen mit den Entwürfen der anderen drei Rechtsgebiete des BGB – veröffentlicht unter dem Titel *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung eines Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches*.³⁴³ Im Jahr 1888 wurden auch die Motive der Redaktoren sowie die Beratungsprotokolle zu den Entwürfen veröffentlicht, die hier mit dem Kurztitel *Motive* bezeichnet werden.³⁴⁴ In den Jahren 1885 bis 1887 beriet die 1. Kommission über die Vorlagen der Redaktoren der vier verschiedenen geplanten Bücher des BGB. Anschließend erhielt der Reichskanzler die Schlussfassung.

1890 bis 1896 erfolgte die zweite Lesung der Entwürfe durch eine neue Kommission. Der Teil über das Familienrecht wurde in den Jahren 1893 und 1894 bearbeitet und 1894 als *Entwurf: 2. Lesung* veröffentlicht.

342 Vgl. Figurewicz 2006, 237.

343 Zitiert wird hier aus dem Nachdruck, herausgegeben und mit ausführlicher Einleitung versehen von Werner Schubert (1983). Der Band 4 *Familienrecht* umfasst drei Teilbände.

344 Der Langtitel lautet *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe*.

Es beteiligten sich in dieser Zeit auch Frauenrechtsbewegungen und andere Initiativen an der Diskussion. 1895 wurde dem Reichskanzler die Schlussfassung der Arbeit der 2. Kommission übergeben, die zugleich auch die offizielle Bundesratsvorlage darstellte. Schließlich wurde im Jahr 1896 die vom Justizausschuss überarbeitete Reichstagsvorlage, quasi der „Dritte Entwurf“, in der Schlussabstimmung im Juli angenommen. Die *Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs* sind – zusammen mit den *Motiven* – von Benno Mugdan unter dem Titel *Die gesammten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich* 1899 herausgegeben worden. Planck hat dann ab 1900 die mehrbändige Reihe *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einföhrungsgesetz* mit der gültigen Fassung des BGB herausgegeben und darin in Band 4 die Erläuterung des Familienrechts vorgenommen.

4.2 Familie im BGB

Im ersten Entwurf des BGB waren die Bestimmungen zum Personenstand dem ersten Buch und damit dem „Allgemeinen Theil“ zugeordnet. Später im Gesetzgebungsprozess wurden sie ins vierte Buch verschoben, in dem das Familienrecht abgehandelt wird. In diesen Bestimmungen über Abstammung und Personenstand bildet die Ehe das konstitutive Moment. Planck schreibt zum ersten Entwurf:

Die Verwandtschaft hat zur Grundlage eheliche Abstammung. Für den natürlichen Begriff der Verwandtschaft ist es an sich unerheblich, ob die vermittelnde Zeugung in ehelicher oder unehelicher Geschlechtsverbindung erfolgt; die Blutsgemeinschaft mit dem Erzeuger und der Mutter ist bei dem unehelichen Kinde die gleiche wie beim ehelichen. Auf dem Gebiete des Privatrechts ist aber festzuhalten, daß eine Familienverbindung mit den aus ihr sich ergebenden Rechten und Pflichten durch die Ehe vermittelte Zeugung (§ 1466 [in der 1900 gültigen Fassung § 1589]) voraussetzt. Dies gilt indessen nur für die Verwandtschaft nach der väterlichen Seite. [...] Der natürlichen Verwandtschaft nach der Seite des unehelichen Erzeugers ist Rechnung getragen durch das Eheverbot.³⁴⁵

Somit hat Planck festgestellt, dass die Blutsverwandtschaft, die Vater und Kind verbindet, bei ehelicher wie unehelicher Vaterschaft die gleiche ist. Das betrifft die Ebene der „natürlichen Verwandtschaft“. Davon ist aber die rechtliche Vaterschaft zu unterscheiden, die nur bei einer Ehe besteht. Nicht also die Zeugung an sich begründet eine rechtliche Vaterschaft, sondern allein die Zeugung im Rahmen einer Ehe. Für die Mutterschaft dagegen ist das Fehlen der Ehe irrelevant.

345 *Motive* Band 1, 1888, 65.

Sofern im BGB von „Vater“, „Kind“, Großvater“ etc. die Rede ist, so bezeichnen diese Ausdrücke „ein Verwandtschaftsverhältnis auf Grund ehelicher Abstammung“.³⁴⁶ Zwar nennt das BGB auch den unehelichen Vater „Vater“ und nicht etwa bloß „Erzeuger“. Allgemein aber meint „Vater“, wenn das Wort ohne nähere Spezifikation vorkommt, den „ehelichen“ Vater.

In der Einleitung zum BGB in seiner ab 1900 gültigen Fassung schreibt Planck:

Die Familie wird gebildet durch den Kreis der durch Ehe und durch Abstammung von einander oder [von] gemeinschaftlichen Vorfahren verbundenen Personen. [...] Die aus dem familienrechtlichen Verhältnis entspringenden Rechte sind sogenannte Zustandsrechte, die ihrer Natur nach absolut sind. [...] Das Gesetz [...] schützt auch die Zugehörigkeit als solche.³⁴⁷

Das heißt, dass man schon eine Vaterschaftsfeststellungsklage fordern kann, bevor Rechte, die aus der Familienzugehörigkeit entstehen, verletzt worden sind: Man klagt dann auf Bestehen oder Nicht-Bestehen eines Verwandtschaftsverhältnisses als solches.

Die allgemeinen Vorschriften über Verwandtschaft befinden sich in der endgültigen Fassung im 4. Buch des BGB. Dort wird die Verwandtschaft in Abstammung und Schwägerschaft unterteilt. Die Abstammung verbindet Verwandte in gerader Linie wie Eltern und Kinder, sowie auf der Seitenlinie Geschwister über ihre gemeinsamen Vorfahren. Im BGB ist ferner definiert:

§ 1589 (2) Ein uneheliches Kind und dessen Vater gelten nicht als verwandt.³⁴⁸

Eine rechtliche Verwandtschaft besteht also zwischen einem unehelichen Kind und seinem Vater nicht.

Die Gründung der Familie und der Verwandtschaft auf der Ehe wurde im Rahmen der Gesetzgebungsdiskussionen von verschiedenen Juristen als nicht ausreichend begründet kritisiert. Bulling z. B. kritisierte, das BGB würde nicht erklären, warum eine Familie nur bei Ehe existiert und warum unverheiratete Väter und Mütter im Hinblick auf die Verwandtschaft mit dem Kind unterschiedlich behandelt werden. Er setzte sich sehr für uneheliche Kinder ein und plädierte für eine Angleichung der Rechte unehelicher und ehelicher Kinder.³⁴⁹ Je zivilisierter ein Volk sei, desto irrelevant müsse dieser Unterschied werden, forderte er. Knitschky war anderer Ansicht und erklärte 1899 in seinem Kommentar zum BGB die Dif-

346 *Motive* Band 1, 1888, 66.

347 Planck, BGB Band 4, 1906, 3.

348 BGB in der Fassung vom 1.1.1900.

349 Vgl. Baumgarten 2007, 138.

ferenz mit folgenden Worten: „Eine Familie entsteht nicht durch jede, wenn auch nur vorübergehende geschlechtliche Verbindung von Mann und Frau, sondern nur aus ihrer dauernden Lebensgemeinschaft.“³⁵⁰ Die *Tatsache* der Erzeugung, so betonte er, sei die gleiche, aber die Rechtsfolgen unehelicher und ehelicher Verwandtschaft müssten unterschieden werden.

An dieser Stelle kann jedenfalls eine gewisse Ambivalenz der dem BGB zeitgenössischen Juristen festgestellt werden hinsichtlich der Frage nach dem Verwandtschaftsverhältnis zwischen unehelichem Kind und Vater sowie den rechtlichen Wirkungen dieses Verhältnisses im Vergleich mit der ehelichen Vaterschaft. Im ALR war die neue Form der unehelichen, rein unterhaltsbezogenen Vaterschaft neben der ehelichen das erste Mal systematisch eingeführt worden. Um 1900 scheinen diese beiden Formen von Vaterschaft – trotz der klaren Beschränkung der Verwandtschaft auf die eheliche Familie – näher aneinander zu rücken, weshalb eine Unterscheidung umso nachdrücklicher begründet werden muss. Nach den Gründen für die Nähe und die Unterscheidung zu fragen wird eine der Aufgaben in diesem Kapitel sein. Ebenso schlussfolgert auch Hochleitner nach ihrer Untersuchung des Unehelichenrechts im 20. Jahrhundert, dass das *Bürgerliche Gesetzbuch* von 1896 zwei verschiedenwertige Vaterschaften kannte: Der eheliche Vater *ist* Vater, der uneheliche *gilt* (und zwar nur unterhaltsrechtlich gesehen) *als* Vater.³⁵¹ Diese Unterscheidung wurde 1970 aufgehoben, als das Nichtehelichen-Gesetz (NEhelG) verabschiedet wurde.

4.2.1 Die bürgerliche Familie als *eheliche* Familie

In den Materialien zum Gesetzgebungsprozess finden sich Definitionsversuche der Redakteure über das Wesen der Ehe. Sie wollten mit der Beschreibung begründen, dass uneheliche Kinder anders als eheliche behandelt werden müssten, weil ihre Eltern eine andere Beziehung zueinander hatten.

Aus dem Wesen der Ehe, als der auf gegenseitiger Liebe beruhenden, durch Religion und Sitte geheiligten vollständigen Geschlechts- und Lebensgemeinschaft, ergeben sich die persönlichen Rechte und Pflichten der Ehegatten gegen einander.³⁵²

Planck erklärt später ganz ähnlich in seinen Ausführungen zum BGB:

Die durch Eingehung der Ehe begründeten Rechte und Pflichten der Ehegatten gegen einander sind hauptsächlich sittlicher Natur

350 Knitschky 1899, 265; vgl. auch 80.

351 Vgl. Hochleitner 1982, 251.

352 Planck (hg. Schubert), *Vorlagen* Band 4,1, 1880, 250 [1983, 402].

und lassen sich größtenteils rechtlich nicht erzwingen. Die Ehe hat aber auch eine rechtliche Seite, welche in den äußeren Beziehungen liegt, in welche die Ehegatten durch die Ehe zu einander, zu den Kindern und zu Dritten treten.³⁵³

Die Ehe sei somit auch ein Vertrags- und Rechtsverhältnis, aber ihr Wesen, ihr sittlicher Charakter, wird durch die Aufzählung der Rechte und Pflichten der Ehegatten gegeneinander nicht erschöpfend wiedergegeben. Auch Spahn erläutert die Ehe in diesem Sinne: „Abstammung und Ehe sind zunächst natürlich-sittliche Verhältnisse; die Rechtsordnung hat aber die Verwandtschaft zum Rechtsverhältnis ausgestaltet, weil durch sie die Privatrechte [...] beeinflusst werden.“³⁵⁴

Im Ehemodell, das zur Zeit der Aufklärung verbreitet war, verstand man die Ehe als Vertragsverhältnis, das von der Gleichheit der Vertragspartner ausging. Nun trat im ausgehenden 19. Jahrhundert ein Modell der Ehe als sittliches Verhältnis hervor. Aber nicht nur die Ehe wurde in der Romantik zu einem individuellen Liebesbund – es hatte sich auch das Verständnis von Familie verändert: „Es entstand der Entwurf einer *bürgerlichen Familie*, die mit dem Eheschluß entsteht und im Kern eine aus Ehegatten und ihren gemeinsamen Kindern bestehende Einheit ist. [...] Wie die Ehe, so wird auch die Familie zu einem natürlichen, primär sittlichen, nicht rechtlichen Verhältnis.“³⁵⁵ Während das *Allgemeine Preussische Landrecht* (ALR) versucht hatte, uneheliche Beziehungen nicht moralisch zu verurteilen, wurde um 1900 Unehelichkeit wieder primär sittlich beurteilt.

Aus einer ungewöhnlichen Perspektive begründet Weber 1907 die Wichtigkeit der Ehe: Für die Kinder sei es generell wünschenswert, dass beide Elternteile Verantwortung übernehmen. Um diese Verantwortlichkeit zu gewährleisten, brauche es die Institution der Ehe, die den Vater mit der Mutter verbindet. Wie sollte sonst eine verpflichtende Verbindung aussehen? So kommt Weber zu dem Schluss: „Die Ehe ist eben für die Interessen der Kinder *prinzipiell unersetzlich*.“³⁵⁶ Dagegen könne die Feststellung des Vaters stets nur ein Behelfsmittel sein. Rein vom sittlichen Wert her, nicht rechtlich, könne es keine höhere „Form menschlicher Geschlechtsbeziehungen“ geben als die Ehe.³⁵⁷ Webers Begründung lautet, dass die konstante gegenseitige Fürsorge und Verantwortung die höchste Form des Zusammenlebens darstelle, wogegen eine uneheliche Beziehung zwar den Vorteil finanzieller Unabhängigkeit böte, aber dafür den großen Nachteil hätte, ständig vom Wechsel der erotischen Anziehung bedroht zu sein. Gerade dort und dann, wo die Ehe ökonomisch

353 Planck, BGB Band 4, 1906, 5.

354 Spahn 1901, 1.

355 Harms-Ziegler 1991, 238 f. (Hervorhebung i. O.).

356 Weber 1907, 571 (Hervorhebung i. O.).

357 Ebd., 571.

überflüssig werde, nämlich im Kapitalismus, würden ihr sozialer Wert und „ihr ethischer Sinn“ deutlich werden, schließt Weber.³⁵⁸

4.2.2 Die Fiktion der Vaterschaft bei der Ehelichkeitsvermutung

Bei der Definition ehelicher und unehelicher Vaterschaft wird im BGB von 1896 eine neue Unterscheidung verwendet, nämlich die zwischen *wirklicher* und *möglicher* Vaterschaft. Von der Ehefrau nach der Eheschließung geborene Kinder sind ehelich, weil man erstens generell vermutet, dass die Ehegatten regelmäßig miteinander verkehren („Beiwohnungsvermutung“). Zweitens wird die prinzipielle Möglichkeit einer Zeugung durch den Ehemann als ausreichende Begründung für die Ehelichkeit angesehen. Hier ist die Möglichkeit der Vaterschaft Grundlage für die Zuschreibung der Vaterschaft zugunsten des Ehemannes. Es erfolgt also, so Planck in seinem ersten Entwurf, eine „Gleichstellung der möglicherweise durch den Ehemann erfolgten Zeugung mit der wirklich durch den Ehemann erfolgten Zeugung“.³⁵⁹ Somit existiert die Fiktion der wirklichen Erzeugung durch den Ehemann.

Dadurch erhält diese Vermutung für den Fall, wenn der Ehemann innerhalb der in § 1469 [in der endgültigen Fassung § 1592] bezeichneten Zeit mit der Ehefrau den Beischlaf vollzogen hat, zugleich den Charakter einer Fiktion, nämlich der Fiktion, daß dieser Beischlaf des Ehemannes die Erzeugung des Kindes bewirkt habe. Es soll mithin der *mögliche* eheliche Vater als *wirklicher* ehelicher Vater gelten.³⁶⁰

Diese Fiktion kann dadurch außer Kraft gesetzt werden, dass die Unmöglichkeit der Empfängnis nachgewiesen wird. Die Möglichkeit, dass auch ein anderer Mann das Kind gezeugt haben kann, weil die Mutter Ehebruch begangen hat, beseitigt nicht automatisch die Ehelichkeitsvermutung: „Die bloße Thatsache, daß sich die Gattin des Ehebruchs schuldig gemacht hat, wird bei der Geburt eines Kindes unberücksichtigt gelassen.“³⁶¹

Nach dem *Bürgerlichen Gesetzbuch* von 1896 gilt in der Kontinuität zum bisherigen Recht die Ehelichkeitsvermutung für alle Kinder, die nach der Eheschließung geboren werden – bis zum Beweis des Gegenteils.

§ 1591. (1) [1] Ein Kind, das nach der Eingehung 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. [2] Das Kind ist nicht ehelich, wenn es den Umstän-

358 Ebd., 572.

359 Planck (hg. Schubert), *Vorlagen* Band 4,2, 1880, 1198 [1983, 212].

360 *Motive* Band 4 (Planck), 1888, 652 (meine Hervorhebung).

361 Weber 1907, 564. Vgl. auch Planck (hg. Schubert), *Vorlagen* Band 4,2, 1880, 1200 [1983, 214].

den nach offenbar unmöglich ist, daß die Frau das Kind von dem Manne empfangen hat. (2) [1] Es wird vermuthet, daß der Mann innerhalb der Empfängnißzeit der Frau beigewohnt habe. [2] Soweit die Empfängnißzeit in die Zeit vor der Ehe fällt, gilt die Vermuthung nur, wenn der Mann gestorben ist, ohne die Ehelichkeit des Kindes angefochten zu haben.³⁶²

Ob das Kind schon vor der Eheschließung gezeugt worden ist oder danach, will das BGB nur bei Bedarf unterscheiden. So geht das BGB davon aus, dass bei einem in der Ehe geborenen Kind „regelmäßig der Mann der Vater sein wird“.³⁶³ Man vermeide durch diese – früher im Recht nicht immer übliche – Gleichstellung von ehelich und vorehelich gezeugten Kindern unnötige Unruhe, so Planck.

Einen Unterschied macht der Empfängniszeitpunkt nur bei der Anfechtung: Wenn der Ehemann die Ehelichkeit eines bereits vor der Ehe gezeugten Kindes anfecht, so gilt: „[M]it der Anfechtung – nicht mit dem bloßen Bestreiten – zerfällt die Beiwohnungsvermutung.“³⁶⁴ Das heißt, dass der Verkehr, der in der Ehe als regelmäßig stattfindend angenommen wird, für die Zeit vor der Ehe aber nachgewiesen werden muss. Mit Hilfe eines solchen Nachweises – hier lag die Beweispflicht bei der Gegenpartei, also der Mutter – konnte die Ehelichkeit bestätigt und die Anfechtung abgewiesen werden.³⁶⁵ Hat nachweislich ein Geschlechtsverkehr stattgefunden, kann wie bei der Zeugung in der Ehe auch die Mehrverkehrseinrede nicht mehr erhoben werden.³⁶⁶ Stirbt der Mann, ohne die Ehelichkeit des vorehelich gezeugten Kindes angefochten zu haben, so gilt die Ehelichkeitsvermutung unbedingt. Ein Vater kann auch ein vorehelich gezeugtes Kind anerkennen, um die Ehelichkeit zu bestätigen. Es war damals nämlich üblich, dass ein Vater sein Kind als das seinige (bzw. als eheliches) anerkennt. Das BGB achtet entsprechend bei einer Anfechtung auch darauf, ob der Ehemann das Kind anerkannt hat. Bei der Anfechtung eines Kindes, das in der Ehe gezeugt und geboren wurde, muss der Ehemann – hier also liegt die Beweispflicht bei ihm selbst – nachweisen, dass er das Kind unmöglich gezeugt haben kann.

Auch wenn die Zeugung ein Vorgang ist, der sich nicht beobachten lässt, so ist es doch juristisch gesehen möglich, etwa über den ermittelten unehelichen Geschlechtsverkehr auf die Zeugung zu schließen oder im Rahmen einer Anfechtung die Unmöglichkeit der Zeugung zu beweisen.

362 BGB in der Fassung vom 1.1.1900.

363 Planck, BGB Band 4, 1906, 427.

364 Spahn 1901, 14.

365 Vgl. Staudinger 1899, 365.

366 Vgl. *Motive* Band 4 (Planck), 1888, 64 ff., §§ 1466-70.

Die Entscheidung darüber, ob der Beweis vollbracht ist, obliegt den Richtern. Dernburg schreibt dazu in seinem Kommentar zum BGB:

Unbegründet ist aber die Behauptung vieler, dieser Beweis [der Zeugung] sei unmöglich, da es sich um Vorgänge handle, die sich in ein Geheimnis hüllen. In Wirklichkeit ist zwar ein strikter physiologischer Beweis der Vaterschaft nicht zu führen, aber die vom Gesetz geforderte freie richterliche Überzeugung ist wohl zu gewinnen. Welche engen Grenzen hätte die Beweisbarkeit, wenn nur das bewiesen werden könnte, was sich augenfällig vollzieht. Die eheliche Vaterschaft ist für die Regel durch die Geburt in der Ehe bewiesen, da Ehebruch eine abnorme, verhältnismäßig seltene Thatsache ist.³⁶⁷

In ähnlicher Weise betont der Jurist Stintzing 1868 in seinen Ausführungen zur Ehelichkeitsvermutung, dass auch andere Vorgänge wie etwa die Wirkung von Giften bei Straftaten als gerichtlich beweisbar galten, obwohl sie nicht in ihrer Kausalität direkt beobachtbar bzw. physiologisch beweisbar waren.³⁶⁸

Die Ehelichkeitsvermutung umfasst also zum einen die Vermutung, dass der Ehemann in der Empfängniszeit mit seiner Frau verkehrt hat, zum anderen die Vermutung bzw. „Fiktion“, dass dieser eheliche Verkehr auch wirklich zur Zeugung geführt hat. Staudinger erklärt in seinem Kommentar zum BGB, dass der erste Entwurf die „Präsumtion der Kausalität des Geschlechtsverkehrs der Ehegatten“ als eine Vermutung verstanden hat, die keinen Gegenbeweis zulässt.³⁶⁹ Die einzige Möglichkeit der Anfechtung wäre hier der Nachweis, dass gar kein Geschlechtsverkehr stattgefunden hat. So schreibt auch Planck in den Vorüberlegungen: „Der Entwurf geht deshalb davon aus, daß zur Widerlegung der Vermuthung der Nachweis geführt werden muß, daß der Beischlaf in der kritischen Zeit wirklich unterblieben ist.“³⁷⁰ Ein Grund wäre die dauerhafte Abwesenheit des Ehemannes während der Empfängniszeit.

In der Bearbeitung des Gesetzentwurfes durch die 2. Kommission wird die Vermutung abgeschwächt zu einer Vermutung, die einen Gegenbeweis über den der Vermutung zugrunde liegenden Sachverhalt zulässt.³⁷¹ Demnach kann ein anfechtender Vater behaupten, dass trotz eines stattgefundenen ehelichen Geschlechtsverkehrs die Zeugung aus diesem Verkehr „offenbar unmöglich“ sei. Die Präsumtion kann außer Kraft gesetzt werden, wenn die offenbare Unmöglichkeit der Zeugung durch den Ehemann in der Anfechtung nachgewiesen wird. Dies sei z. B. offensicht-

367 Dernburg 1903, 217.

368 Vgl. Stintzing 1868.

369 Staudinger 1899, 366. Juristisch wird das *praesumptio juris et de jure* genannt.

370 Planck (hg. Schubert), *Vorlagen* Band 4,2, 1880, 1210 [1983, 224].

371 Staudinger 1899, 367. Genannt *praesumptio juris (tantum)*.

lich, wenn eine hellhäutige Frau mit einem hellhäutigen Ehemann ein dunkelhäutiges Kind gezeugt haben soll.³⁷² Ferner kann der Reifegrad des Kindes den Empfängniszeitraum verändern: Wenn der Ehemann in der korrigierten Empfängniszeit abwesend war, kann der vorher oder nachher stattgefundenen Geschlechtsverkehr nicht zur Zeugung geführt haben. Schließlich sind auch die Zeugungsunfähigkeit des Ehemannes oder eine schon bestehende Schwangerschaft zum Zeitpunkt des Verkehrs als Gegenbeweise gestattet. Dagegen setzt ein nachgewiesener außerehelicher Geschlechtsverkehr der Ehefrau in der Empfängniszeit die Vermutung, dass das Kind von ihrem Ehemann sein kann, noch nicht außer Kraft, wenn der Ehemann in der Zeit auch mit seiner Frau Verkehr hatte.³⁷³

Die Ehelichkeitsanfechtung kann zu Lebzeiten des Vaters nur persönlich durch den Vater erfolgen, und zwar innerhalb einer Frist von einem Jahr nach Kenntnis der Geburt des Kindes (§§ 1594 ff.).³⁷⁴ Falls der Ehemann binnen dieser Frist verstirbt, ohne das Kind anerkannt zu haben, so können die Erben anfechten. Wenn ein Ehemann das eheliche Kind als das seinige anerkannt hat, kann weder er noch später ein Erbe von ihm die Ehelichkeit anfechten (§ 1598). Diese Anerkennung kann als zusätzlicher Beweis bzw. als Bestätigung der Ehelichkeit verstanden werden. Ist die Anerkennung einmal abgegeben, was auch privat und indirekt erfolgen kann, z. B. indem der Ehemann das Kind beim Standesamt als eheliches in das Geburtenregister eintragen lässt, so kann der Vater die Ehelichkeit später nicht mehr anfechten (vgl. § 1598 Abs. 1).³⁷⁵ Bereits im ALR gab es eine ähnliche Regelung, die die Erben von der Anfechtung ausschloss, sofern der Vater das Kind als das seinige anerkannt hatte (vgl. ALR II, 2 § 16). An etwaige Gegenbeweise des Vaters oder auch der Erben im Anfechtungsverfahren werden generell hohe Anforderungen gestellt, weil die Ehre der Frau und der Status des Kindes bzw. der Kinder in Gefahr sind.

Die Ehe bildet demnach um 1900 weiterhin, wie zuvor im ALR, den Rahmen für die rechtliche Verwandtschaft und die Grundlage der Familie, aber es zeichnen sich auch Veränderungen ab. So sieht das BGB z. B. vor, dass auch ein vorehelich gezeugtes und in der Ehe geborenes Kind ehelich ist, solange der Ehemann die Ehelichkeit nicht bestreitet. Die positiven Folgen der Ehelichkeit sollten also für immer mehr Kinder zugänglich sein, insbesondere für vorehelich gezeugte sowie für vorehelich geborene und später legitimierte Kinder. Die Verfasser des BGB wollten damit auf möglichst einfache Weise zumindest die Benachteiligung derjenigen un-

372 Vgl. Dernburg 1903, 218. Vgl. auch Staudinger 1899, 367.

373 Vgl. *Motive* Band 4 (Planck), 1888, 655.

374 Falls ein Mann also zur Zeit der Geburt nicht vor Ort war und erst später davon erfahren hat, so beginnt die Frist erst in diesem Moment zu laufen.

375 Vgl. Planck, BGB Band 4, 1906, 435. Vgl. auch Dernburg 1903, 222.

ehelichen Kinder vermindern, die quasi schon in einer normalen, aber (noch) nicht ehelichen Familie aufwuchsen. Zugleich aber wurde die Ehe verteidigt, und zwar umso stärker, je näher ihr die uneheliche „Familie“ in ihrer rechtlichen Bedeutung rückte. So konkurrierten im Gesetzgebungsprozess die beiden Ziele, die Ehe zu schützen und die Benachteiligung unehelicher Kinder abzubauen.

4.3 Uneheliche Kinder als „Gefahr“ für die Familien

Planck, der den Vorentwurf für das Familienrecht des BGB zusammengestellt, dann an der gesamten Gesetzgebung mitgewirkt und schließlich die in Kraft getretene Fassung kommentiert hat, erklärte bei den abschließenden Beratungen im Reichstag am 4. Februar 1896, der Entwurf des BGB habe alles getan, um die sittliche und religiöse Bedeutung der Ehe zu schützen: „[E]s ist grundlegend für alle seine [des BGB] rechtlichen Bestimmungen gewesen, daß sie nie das sittliche Wesen der Ehe gefährden.“³⁷⁶ Mehrfach betonte er, dass die familiäre Abstammung nicht allein auf der Erzeugung beruhe, die bei der ehelichen wie der unehelichen Verbindung gleich sei, sondern dass es auf die Ehe als eine Art Absichtserklärung einer andauernden und verpflichtenden Lebensgemeinschaft ankomme. Baumgarten fasst zusammen: „Das Kriterium der Verbundenheit infolge Heirat wiegt folglich schwerer als die Tatsache der Blutsverwandtschaft.“³⁷⁷ Auch ermöglichte eine leichtere nachträgliche Legitimation unehelicher Kinder es den unehelichen Eltern, die Absichtserklärung der Ehe nachzuholen, wenn sie schon in einer eheähnlichen Beziehung miteinander lebten. Somit sollte von vielen Seiten her – Ehelichkeit bei jeder Geburt in der Ehe, auch bei vorehelicher Zeugung; nachträgliche Legitimation; Auflösbarkeit der Ehe – die Entscheidung zur Eheschließung vereinfacht werden.

Kehrseite des Schutzes der Ehe war die Feststellung, dass das uneheliche Kind und sein Vater rechtlich als nicht verwandt gelten (§ 1589 Abs. 2). Entsprechend kommentierte Planck in den *Motiven*:

Bei der Regelung des Rechtsverhältnisses der unehelichen Kinder ist der Entwurf davon ausgegangen, daß regelmäßig nur die durch eheliche Abstammung vermittelte Verbindung diejenige sittliche Grundlage gewährt, welche die Voraussetzung familienrechtlicher Pflichten und Rechte bildet, daß insbesondere nur das feste Band der Ehe und das dadurch begründete Familienleben eine ausrei-

376 Planck, zitiert von Schubert, in: Einleitung *Vorlagen* Band 4,1, 1983, XLVII.

377 Baumgarten 2007, 132.

chende Grundlage für die Erfüllung jener Pflichten und die zweckentsprechende Ausübung jener Rechte bietet.³⁷⁸

In den Vorlagen für die 1. Kommission zur Erarbeitung des BGB betonte Planck konkret den Unterschied zwischen der Erzeugung als Tatsache und der Erzeugung in der Ehe: Der Entwurf sei davon ausgegangen,

daß das Recht die an die eheliche Verwandtschaft [...] angeknüpften familien-, insbesondere erbrechtlichen Beziehungen nicht auf die Thatsache der Erzeugung allein, sondern auf die *durch die Ehe* vermittelte natürliche Verbindung gründet, weil regelmäßig allein die Erzeugung in der Ehe diejenige sittliche Grundlage gewährt, welche die Voraussetzung familienrechtlicher Pflichten und Rechte bildet.³⁷⁹

Für uneheliche Kinder und ihre Väter gilt dabei, dass trotz des „natürlichen Bandes“ zwischen ihnen keine familien- bzw. erbrechtliche Beziehung besteht.³⁸⁰ Dieses „Band“ begründet nur, dass ein Mann seine uneheliche Tochter nicht heiraten darf, dass er für das Kind Unterhalt zahlen muss und dass er es durch nachfolgende Ehe legitimieren kann. Die Regelungen zur Stellung der unehelichen Kinder zur Mutter und zum Vater sowie das für sie gültige Unterhaltsrecht umfassen nur elf Paragraphen (§§ 1708-1718), wogegen die eheliche Abstammung wesentlich ausführlicher abgehandelt wird.

Während es in der Fassung des BGB von 1896 heißt, ein uneheliches Kind und sein Vater *gelten* als nicht miteinander verwandt (§ 1589 Abs. 2 BGB), lautete der erste Entwurf des BGB, dass Vater und Kind nicht miteinander verwandt *sind*. In der Lesung der 2. Kommission am 12. Juni 1896 gab es einen Antrag, diesen Absatz zu streichen und „die unehelichen Kinder gegenüber ihrem Vater ebenso zu stellen wie die ehelichen Kinder.“³⁸¹ Die Zurückweisung des Antrags wurde damit begründet, dass diese Gleichstellung nicht dem damaligen Rechtsbewusstsein entspreche. Man änderte deshalb lediglich die Formulierung „sind nicht verwandt“ in „gelten nicht als verwandt“.

Hintergrund für die rechtliche Nicht-Verwandtschaft eines unehelichen Kindes mit seinem Vater war die Beobachtung von Planck und anderen Redaktoren, dass in der sozialen Realität regelmäßig kein Verhältnis zwischen diesen beiden bestehe, das die Grundlage für eine sittliche familiäre Beziehung sein könnte. Ohne eine solche faktische Grundlage könne man dieser Beziehung auch keine familienrechtliche Anerkennung geben.

378 *Motive* Band 4 (Planck), 1888, 851.

379 Planck (hg. Schubert), *Vorlagen* Band 4,2, 1880, 1597 [1983, 611, Hervorhebung i. O.].

380 Dölemeyer 1997, 655.

381 Mugdan, *Materialien* Band 4, 1899, 1249.

Die durch die Natur zwischen dem unehelichen Kind und seinem Erzeuger geknüpften Bande führen in den wenigsten Fällen zu einer innigeren Verbindung zwischen beiden. Meistens steht der Vater dem unehelichen Kinde gleichgültig und fremd gegenüber. [...] Es ermangeln hier völlig die sittlichen und faktischen Voraussetzungen für die Begründung familienrechtlicher Beziehungen.³⁸²

Das Kind verbindet demnach keine rechtliche Beziehung mit seinem Vater oder dessen Familie. Anders verhält es sich mit dem rechtlichen Verhältnis des unehelichen Kindes zu seiner Mutter, bei der das uneheliche Kind in der Regel auch aufwächst: Hier existiert rechtlich gesehen ein Verwandtschaftsverhältnis wie zwischen einer Mutter und ihren ehelichen Kindern; es dehnt sich auch auf die Verwandten der Mutter aus.³⁸³ Das uneheliche Kind steht also auch zum Vater seiner Mutter wie ein durch eheliche Abstammung vermitteltes Enkelkind zu seinem Großvater. Es ist erbberechtigt und hat Unterhaltsansprüche. Spahn bemerkt: „[D]as BGB stellt [...] nur bei der durch Frauen vermittelten Verwandtschaft eheliche und uneheliche Geburt gleich, während es die Verwandtschaft eines Abkömmlings mit seinem Vater nur durch die eheliche Geburt begründet werden läßt.“³⁸⁴ Die Mutter ist demnach mit ihrem unehelichen Kind verwandt, der Vater gilt als nicht verwandt. Diese Unterscheidung der mütterlichen und väterlichen Abstammung bei den unehelichen Kindern ist ausgiebig diskutiert worden. Als Begründung wird z. B. angeführt, dass im konkreten Fall selten ein soziales Band zwischen unehelichem Vater und Kind existiert, dass das Kind meist bei der Mutter und ihrer Familie aufwächst, dass also praktisch gesehen Vater und Kind nicht zur selben „Familie“ gehören. Rückblickend kann man daher mit Baumgarten sagen: „Die auf der Ehe beruhende (bürgerliche) Familie ist der Maßstab.“³⁸⁵ So resümierten auch die Redaktoren:

Das uneheliche Kind der Familie des Vaters zuzuweisen, würde im Widerspruch stehen mit dem bisherigen Recht und der früheren wie der jetzigen Rechtsanschauung in Deutschland, würde zur Herabdrückung des Instituts der Ehe führen und würde zugleich die verschiedensten praktischen Unzuträglichkeiten im Gefolge haben.³⁸⁶

Mit den „praktischen Unzulänglichkeiten“ sind Erbschaftsstreitigkeiten und ähnliche Störungen der väterlichen Familie gemeint, falls dieser anderweitig bereits verheiratet ist und eheliche Kinder hat. Mit Baumgartens

382 *Motive* Band 4 (Planck), 1888, 851 f.

383 Näheres dazu in Abschnitt 4.3.4.

384 Spahn 1901, 8.

385 Baumgarten 2007, 131.

386 Mugdan, *Materialien* Band 4, 1899, 1266.

Worten: „Uneheliche Kinder werden als Bedrohung für die eheliche Familie angesehen.“³⁸⁷

Damalige Juristen warfen den Redaktoren des 1. Entwurfes vor, sie würden sich an einer bestimmten sozialen Situation von Unehelichkeit orientieren, die statistisch gesehen gar nicht relevant sei. Sie nähmen eine Konstellation an, in der der Vater regelmäßig einem höheren sozialen Stand angehört als die Mutter. Steinitz kritisiert: „Damit also der Mann der höheren Stände im Genuß seines Familienlebens vor der Verantwortung für seine eigene Unsittlichkeit gesichert ist, soll[en] sein leibliches Kind und dessen Mutter darben.“³⁸⁸ Auch wenn dieser Fall – besonders zwischen Hausherrn und ihrem weiblichen Dienstpersonal – vorgekommen sein mag, so war doch eine andere Konstellation relevanter: In den typischen Fällen von Unehelichkeit gehörten beide Eltern dem gleichen, nämlich einem niedrigen sozialen Stand an.

Den verbreiteten Fall der unehelichen Beziehung beschreiben Buske und Baumgarten anhand von zusammengestellten, aber nicht flächendeckend repräsentativen statistischen Daten als eine Beziehung, in der beide Eltern aus niedrigen Klassen kamen und sich keine eigene Haushaltsgründung erlauben konnten. Allerdings schafften etwa 40 Prozent der unverheirateten Eltern, ihr unehelich geborenes Kind durch nachfolgende Heirat zu legitimieren. Es handelte sich demnach bei den unehelichen Kindern oft um voreheliche.³⁸⁹

Zwischen der Reichsgründung (1871) und dem Beginn des Ersten Weltkriegs (1914) waren durchschnittlich etwa 9 Prozent der Kinder unehelich, mit größeren regionalen Unterschieden: In Bayern gab es mehr uneheliche Kinder als in Preußen, in den (Universitäts-)Städten mehr als auf dem Land. Die Säuglingssterblichkeit lag bei unehelichen Kindern höher als bei ehelichen. Sie war auch in den Städten viel höher als auf dem Land: In Berlin sind zeitweise 80 Prozent der unehelichen Kinder im Säuglingsalter gestorben. Je höher der Berufsstand der Eltern war, desto geringer war die Sterblichkeitsrate der Kinder.³⁹⁰ Das Unehelichenrecht des BGB ist somit ein Kompromiss zwischen dem Schutz der Ehe und der Familie auf der einen und dem Versuch der Besserstellung unehelicher Kinder auf der anderen Seite, wobei Ersteres den Vorrang haben sollte.³⁹¹

387 Baumgarten 2007, 140.

388 Steinitz, *Uneheliche Kinder*, AsGS Bd. 8, 1895, zitiert in: Baumgarten 2007, 134.

389 Vgl. Baumgarten 2007, 70. Buske 2004, 31 ff.

390 Zu diesen Zahlen vgl. Baumgarten 2007, 63 ff.; Weber 1907, 507 f.

391 Vgl. Baumgarten 2007, 146.

4.3.1 Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters

Die Ermittlung des Vaters des Kindes ist eine Aufgabe des Beistandes: „Der gesetzliche Vertreter des Kindes [der Vormund oder Pfleger] ist verpflichtet, die erforderlichen Schritte zu tun, um zu ermitteln, wer der Vater des Kindes ist.“³⁹² Diese uneheliche „Vaterschaft“ ist eine allein unterhaltsrechtliche Beziehung und hat keine familienrechtlichen Folgen. Der Grund für die Unterhaltspflicht ist die „natürliche Verwandtschaft zwischen dem unehelichen Kind und seinem Vater“.³⁹³ Die *Paternitäts- oder Verwandtschaftstheorie*, die das BGB der Unterhaltspflicht zugrunde legt, galt auch in der preußischen und in der sächsischen Rechtspraxis. Die *Deliktstheorie*, die den außerehelichen Geschlechtsverkehr als Delikt ahndet und daher eine Deliktshaftung fordert, war im bayrischen Gesetzbuch als Begründung der Unterhaltspflicht herangezogen worden. In Mecklenburg gab es noch eine andere Variante, die *Legaltheorie*: „Nach dieser entbehrt die Unterhaltspflicht eines materiellen Rechtsgrundes und ist lediglich eine gesetzliche Verbindlichkeit, deren tatsächliche Grundlage der Beischlaf bildet.“³⁹⁴

Auch wenn nach dem BGB keine rechtliche Verwandtschaft zwischen dem unehelichen Kind und seinem Vater besteht, so erkennt es doch eine „natürliche Verwandtschaft“ im Sinne der o. g. Verwandtschaftstheorie an, die zur Grundlage der Unterhaltspflicht gemacht wird. Planck erklärt dazu in seinen Erläuterungen zum BGB:

Die uneheliche Erzeugung ist indessen auf das Verhältnis zwischen dem Vater und dem unehelichen Kinde nicht ohne Einfluß. Die Wirkungen der unehelichen Erzeugung gegenüber dem Vater beruhen nach dem BGB nicht auf einer unerlaubten Handlung des Vaters, sondern auf der Verwandtschaft. Das BGB spricht deshalb auch nicht von dem ‘Erzeuger’ des unehelichen Kindes, sondern von dessen ‘Vater’.³⁹⁵

Die „Wirkungen“, von denen Planck hier spricht, sind das Eheverbot, die mögliche Legitimation durch nachfolgende Ehe (§ 1719 ff.) sowie eben der Unterhaltsanspruch. Dass es eine Unterhaltspflicht gibt, entspricht verschiedenen deutschen Rechtsbüchern und dem sittlichen Empfinden des Volkes, erklärt Schmitz.³⁹⁶ Einen Erbsanspruch haben uneheliche Kinder gegenüber ihrem Vater nicht.

392 Planck, BGB Band 4, 1906, 597.

393 Leske 1903, 897.

394 Conrad 1962, 326. Zu verschiedenen Begründungen der Unterhaltspflicht vgl. auch *Motive* Band 4 (Planck), 1888, 864 f. Sowie Dernburg 1903, 282; Schmitz 2000; Luh 2008, 25 f.

395 Planck, BGB Band 4, 1906, 575.

396 Vgl. Schmitz 2000, 123; 178.

Sehr ausführlich diskutiert wird um 1890 die Gestaltung der Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters. Die Höhe des Unterhalts bemisst sich nach der Lebensstellung der Mutter. Entsprechend ihrer Stellung muss der Vater den gesamten Bedarf des Kindes (den „standesgemäßen Unterhalt“) übernehmen. Wenn mehrere Männer das Kind anerkennen (nach § 1718 BGB) und damit die Mehrverkehrseinrede ausschließen, haften sie alle für den Unterhalt in Form eines Gesamtschuldnerverhältnisses.³⁹⁷ Eine direkte Unterhaltspflicht des Vaters eines unehelichen Kindes gegenüber dessen Mutter besteht nicht. Nur als *Folge* der Feststellung der Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber dem Kind entsteht auch ein Anspruch der Mutter auf Erstattung der Entbindungs- und Wochenbettkosten. Baumgarten charakterisiert diese Verknüpfung folgendermaßen: „Zwischen der Mutter und dem Vater eines unehelichen Kindes wird ein familienrechtlich relevantes Näheverhältnis grundsätzlich nicht anerkannt.“³⁹⁸

In Frankreich gab es um 1900 keine auf die uneheliche Zeugung gegründete Unterhaltspflicht. Dort war es wie zuvor allein die Anerkennung, die eine Beziehung zwischen Kind und unehelichem Vater stiftete. Die Suche nach dem Vater war im *Code civil* (CC) verboten. Auch im Gesetzgebungsprozess für das BGB wurde anfangs die generelle Zulässigkeit der „Paternitätsklage“, also der Unterhaltsklage gegen den unehelichen Vater, prinzipiell diskutiert. So hatte z. B. der 4. Deutsche Juristentag 1863 festgehalten, dass die „Paternitätsklage“ nur in Ausnahmefällen zugelassen werden sollte. Damals galt aus rechtlichen, sittlichen und volkswirtschaftlichen Gründen die Regelung des CC als sehr attraktiv. Der Beweis der Erzeugung sei unmöglich, und aus einer Wahrscheinlichkeit könne keine Pflicht entstehen, so die Meinung des Juristenverbandes. Außerdem würden unverheiratete Frauen sich leichter einem Liebhaber hingeben, wenn sie Aussicht auf Unterhalt für ein uneheliches Kind hätten: Wie sich in Preußen gezeigt habe, hätte sich die Möglichkeit einer Unterhaltsklage nicht als dazu geeignet erwiesen, ledig Schwangere von Verzweiflungstaten abzuhalten und Tötungen von Neugeborenen zu verhindern.³⁹⁹

Im ersten Entwurf des BGB werden die Bedenken derjenigen geschildert, die gegen die Zulassung der Unterhaltsklage sind. Sie befürchten, dass bei ihrer Zulassung Erpressung und Betrug vermehrt auftreten würden. Das vorstellbare Szenario sei, dass eine ledige Mutter den verheirateten Vater ihres Kindes erpressen könnte mit der Drohung, sie würde eine Klage einreichen und seine Familie darüber in Kenntnis setzen, wenn

397 Vgl. Planck, BGB Band 4, 1906, 582.

398 Baumgarten 2007, 284.

399 Vgl. *Motive* (Planck), Band 4, 1888, 864 ff. Vgl. auch die Diskussion im Rahmen der Revision des ALR, Abschnitt 3.6.3.

er ihre kein Geld zahle. Dagegen schlägt Planck vor, die Unterhaltspflicht zuzulassen, weil es ein „natürliches Band der Verwandtschaft“ zwischen Vater und Kind auch außerhalb der Ehe gebe. Man dürfe nicht ein Gesetz blockieren, nur weil es das Familienglück und den ehelichen Frieden stören könnte.⁴⁰⁰ Interessanterweise argumentiert er hier genau gegen seine sonst angeführten Argumente, Ehe und Familie müssten geschützt sowie die Rechte unehelicher Kinder und ihrer Mütter begrenzt werden: Die Verwandtschaft zwischen unehelichem Kind und seinem Vater sei ein „natürliches Verhältnis“, welches die „sittliche Pflicht mit sich bringt, daß der Erzeuger mindestens für das Leben des Erzeugten und die den Verhältnissen desselben entsprechende Ausbildung und Erziehung Sorge“.⁴⁰¹ Der Empfehlung Plancks wird im weiteren Gesetzgebungsprozess kaum widersprochen, zumal das französische Vorbild – der CC mit seinem Ausforschungsverbot – in Deutschland nach 1870/71 an Einfluss verliert. Im Kommentar zum BGB hält Planck deshalb abschließend fest: „Die Erforschung der unehelichen Vaterschaft ist nicht eingeschränkt.“⁴⁰² Hier ist nebenbei zu bemerken, dass von „*unehelicher Vaterschaft*“ die Rede ist, während zuvor der Begriff der Vaterschaft nur als eheliche Vaterschaft verwendet wurde.

4.3.2 Anerkennung der Vaterschaft für uneheliche Kinder

Eine Möglichkeit, die Verbindung zwischen dem unehelichen Kind und dem Vater deutlich zu machen, besteht in der vom BGB zugelassenen Möglichkeit der Anerkennung des unehelichen Kindes durch den Vater. Aber auch dieses Instrument hat keine familienrechtlichen Folgen, sondern nur unterhaltsrechtliche.

§ 1718. Wer seine Vaterschaft nach der Geburt des Kindes in einer öffentlichen Urkunde anerkennt, kann sich nicht darauf berufen, daß ein Anderer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beige-
wohnt habe.⁴⁰³

Wer ein uneheliches Kind anerkennt, kann sich in einer Unterhaltsklage nicht mehr durch Verweis auf Mehrverkehr der Mutter der Klage entziehen und die Unterhaltspflicht abwehren. Eine Einrede, die die offenbare Unmöglichkeit der Zeugung des Kindes beweist, dargestellt in Paragraph 1717 Absatz 1 Satz 2, ist aber möglich.

Die Anerkennung stiftet nicht aus sich selbst heraus eine Vaterschaftsbeziehung, denn die Etablierung von Familienbeziehungen obliegt

400 Vgl. *Motive* (Planck), Band 4, 1888, 872.

401 Planck (hg. Schubert), *Vorlagen* Band 4,2, 1880, 1637 [1983, 651]. Ebenso: *Motive* (Planck), Band 4, 1888, 868.

402 Planck, BGB Band 4, 1906, 576.

403 BGB in der Fassung vom 1.1.1900.

nicht der persönlichen Willkür. Planck erklärt in seiner Einleitung zum Familienrecht des BGB, dass Familienbeziehungen allgemein rechtlicher Regelung bedürfen: „[I]m öffentlichen Interesse ist den Beteiligten nur in gewissen Grenzen erlaubt, ihre rechtlichen Verhältnisse zu einander nach freiem Belieben zu gestalten.“⁴⁰⁴ Das BGB legt z. B. bestimmte Bedingungen für die Eheschließung fest.

Weiter erläutert Planck: „Die Anerkennung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft des Anerkennenden.“⁴⁰⁵ Sie muss nicht speziell bestätigt werden durch die andere Seite, also etwa durch das Kind oder seinen Vormund. Inhalt der Anerkennung ist die Vaterschaft, nicht der bloße Verkehr mit der Mutter. Es handelt sich nämlich um eine Willensbekundung gegenüber dem Kind, nicht um die Bezeugung einer Handlung. Würde der bloße Geschlechtsverkehr zur Grundlage genommen, so bliebe die Frage, ob daraus die Vaterschaft entstanden ist, offen. Gerade aber diesbezüglich sollte die Anerkennung Klarheit schaffen und die Möglichkeit der Mehrverkehrseinrede ausschließen.

Im französischen *Code civil* entstand mit der Anerkennung des unehelichen Kindes durch seinen Vater ein besonderes Rechtsverhältnis, das mehr umfasste als die reine Unterhaltspflicht. Die BGB-Redaktoren hatten die Möglichkeit der Anerkennung eines unehelichen Kindes im ersten Entwurf nicht in das Gesetzbuch aufgenommen. Das Argument war, es entspräche nicht der deutschrechtlichen Tradition. Man befürchtete, durch die Einführung der Anerkennung als einer familienrechtlichen Beziehungen stiftenden Institution das Konkubinat zu fördern und den „ehelichen Frieden“ zu stören. Die Anerkennung wurde deshalb, als sie später in das BGB aufgenommen wurde, mit sehr geringen Folgen verbunden und sollte auch keine Verwandtschaft zwischen Vater und Kind etablieren, um die erbrechtlichen Ansprüche ehelicher Kinder nicht zu gefährden. Verglichen mit dem Konkubinat wurde die Ehe nicht nur mit einer sittlichen Natur oder einem sittlichen Charakter in Verbindung gebracht, sondern gar als heilig beschrieben. Aus diesem Grund verbot sich eine rechtliche Gleichstellung ehelicher und unehelicher Kinder. So beschrieb Planck in den *Motiven*:

Dazu kommt, daß es sich mit der Heiligkeit und Würde der Ehe nicht verträgt, mit einer immerhin unsittlichen Geschlechtsgemeinschaft gleiche Wirkungen wie mit der Ehe zu verbinden. Es würde dies die Gefahr einer Beförderung der Unsittlichkeit und des Konkubinats mit sich bringen.⁴⁰⁶

404 Planck, BGB Band 4, 1906, 4.

405 Ebd., 598.

406 *Motive* (Planck), Band 4, 1888, 858. Zur Würde der Ehe vgl. auch Mugdan, *Motivien* Band 4, 1899, 170; 455.

Vorschläge zur Besserstellung unehelicher Kinder gab es in der Diskussion über die BGB-Entwürfe zwar immer wieder. Baumgarten erklärt: „Entscheidend ist jedoch, daß die eheliche Familie immer dann den Vorzug erhält, wenn die Existenz des unehelichen Kindes als gesichert angesehen wird.“⁴⁰⁷ Leitend war die Maßgabe einer Grundsicherung des Kindes, die dadurch gewährleistet war, dass die Mutter des Kindes mit diesem verwandt war und somit für es unterhaltspflichtig wurde, sobald ein Vater nicht festgestellt werden konnte.⁴⁰⁸ Zugleich sorgte die Zuordnung des Kindes zur Familie der Mutter dafür, dass die väterliche Familie mit dem unehelichen Kind weder sozial noch rechtlich in Berührung kam.

4.3.3 Der Begriff des „wirklichen Vaters“ und die Vergewisserung

Es gelten im BGB unterschiedliche Kriterien für die eheliche und die uneheliche Vaterschaft: Die eheliche Vaterschaft entsteht automatisch durch die Ehe des Vaters mit der Mutter. Wenn der Vater anfight, so genügt es, dass er das Kind erzeugt haben kann (*mögliche* Vaterschaft), und die Vaterschaft bleibt rechtsgültig. Für die uneheliche Vaterschaft dagegen muss der erfolgte Geschlechtsverkehr nachgewiesen werden, durch den der Mann das Kind wahrscheinlich wirklich erzeugt hat (*wirkliche* Vaterschaft⁴⁰⁹). Dieser Unterschied hat Auswirkungen auf die Mehrverkehrseinrede: Ein Ehemann kann die Ehelichkeit des Kindes nicht mit dem Verweis auf eine Ehebruch der Mutter anfechten, wogegen ein als Vater beklagter Mann in einer Unterhaltsklage die aus dem Geschlechtsverkehr abgeleitete Zeugungsvermutung dadurch außer Kraft setzen kann, dass er der Mutter Mehrverkehr nachweist. Das Kriterium der „wirklichen Vaterschaft“ soll im Folgenden näher untersucht werden.

Interessant ist dabei besonders, dass Vaterschaft, die eine Rechtsbeziehung darstellt, bei der es also um die Gültigkeit geht, nun mit den Adjektiven „wirklich“ und „möglich“ ergänzt wird, was auf eine ganz andere Ebene verweist als etwa „gültig“: Ein Kriterium kommt ins Spiel, die nicht mehr im Bereich der juristischen Definitionen und des Normativen liegt, sondern in der „Wirklichkeit“, wodurch es prüfbar und objektivierbar ist. Da nämlich die Abstammung als ein biologisch beobachtbarer und von Regeln geleiteter Prozess entdeckt worden und dadurch auch prinzipiell greifbar geworden ist, muss sich die rechtliche Definition von Vaterschaft dazu ins Verhältnis setzen. In den BGB-Diskussionen verwendet man die Adjektive „möglich“ und „wirklich“ im Sinne der alten juristischen Unter-

407 Baumgarten 2007, 140.

408 Planck hatte sogar in einem frühen Entwurf vorgesehen, dass beide uneheliche Eltern zu gleichen Teilen zur Unterhaltsleistung verpflichtet werden.

409 Wörtlich finden sich die Ausdrücke „mögliche“ und „wirkliche Vaterschaft“ z. B. in den *Motiven* (Planck), Band 4, 1888, 885.

scheidung von ehelicher und unehelicher Vaterschaft. Die Juristen bemühen sich also, die neuen Unterscheidungen in die alten einzubauen, ohne dass dadurch neue Rechte oder Rechtspositionen entstehen: Der „wirkliche Vater“ eines unehelichen Kindes ist rechtlich gesehen weiterhin nicht mit seinem Kind verbunden, möge er auch „wirklich“ der Vater sein. Die „wirkliche Abstammung“ hat also auf die Rechtsstellung keine Auswirkung, sondern vorerst nur auf das Vergewisserungs- bzw. Feststellungsverfahren und auf die juristischen Begrifflichkeiten. Immerhin wird die Unterscheidung wirklich-möglich somit in das juristische Vokabular aufgenommen und darin wirksam.

Die Feststellung des unehelichen Vaters regelt das BGB von 1896 ganz traditionell über den Nachweis des Geschlechtsverkehrs in der Empfängniszeit. Rechtsgrund für die Unterhaltspflicht ist die „natürliche Verwandtschaft“. ⁴¹⁰ Das Recht nimmt an, dass derjenige, der mit der Mutter verkehrt hat, der Vater ist, ohne dass direkt die Zeugung bewiesen werden muss. ⁴¹¹ Die *Motive* erklären:

Ein direkter Beweis der Vaterschaft ist allerdings nicht möglich, wohl aber kann derselbe indirekt geführt werden durch den Nachweis, daß der als Vater in Anspruch Genommene mit der Mutter des Kindes zu einer mit der Zeit der Empfängnis zusammentreffenden Zeit den Beischlaf vollzogen hat und innerhalb der Empfängniszeit von einem Anderen mit der Mutter des Kindes der Beischlaf nicht vollzogen ist. ⁴¹²

Bei der Definition der unehelichen Vaterschaft wird betont, dass diese Beziehung nur zu unterhaltsrechtlichen Zwecken, die in den Paragraphen 1708 bis 1716 in Art und Umfang erläutert werden, bestimmt wird:

§ 1717. (1) [1] Als Vater des unehelichen Kindes im Sinne der §§ 1708 bis 1716 gilt, wer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat, es sei denn, daß auch ein Anderer ihr innerhalb dieser Zeit beigewohnt hat. [2] Eine Beiwohnung bleibt jedoch außer Betracht, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Mutter das Kind aus dieser Beiwohnung empfangen hat. ⁴¹³

Beim Unterhaltsverfahren reicht schon der Nachweis, dass auch ein anderer Mann mit der Mutter verkehrt hat, um die wirkliche Vaterschaft zu einer bloß möglichen werden zu lassen, die dann keine Unterhaltspflicht mehr begründet. Die Mehrverkehrseinrede (§ 1717 Absatz 1 Satz 1) ist also auch im BGB zulässig, wie zuvor seit 1854 im ALR. Für diese Einrede

410 Vgl. Leske 1903, 897; Baumgarten 2007, 202.

411 Vgl. Leske 1903, 898.

412 *Motive* (Planck), Band 4, 1888, 868.

413 BGB in der Fassung vom 1.1.1900. Vgl. auch Schmitz 2000, 133 f.

genügt nach dem BGB die Darlegung der großen Wahrscheinlichkeit eines weiteren sexuellen Kontakts der Mutter in der Empfängniszeit mit einer anderen Person, die nicht namentlich identifiziert werden muss.⁴¹⁴ Nach Weber begründeten die Redaktoren die Zulässigkeit der Mehrverkehrseinrede dadurch, dass „die Unterhaltspflicht nur auf der ‘wirklichen’ Vaterschaft beruhen könne“.⁴¹⁵ Es sei sinnlos und obendrein eine Ungerechtigkeit, wenn jemand zum Erzeuger gemacht würde, dessen Vaterschaft ungewiss ist. Die Mehrheit für die Zulassung der Mehrverkehrseinrede war knapp (elf zu acht Stimmen). Die Mehrverkehrseinrede im Unterhaltsprozess steht in einem gewissen Widerspruch zur Ehelichkeitsanfechtung, bei der diese Einrede nicht zulässig ist: Bei der Anfechtung muss die Unmöglichkeit der Empfängnis von dem Ehemann bewiesen werden.⁴¹⁶

Der Standpunkt des ersten Entwurfes sei, so Planck in den *Motiven*, dass die Unterhaltspflicht in dem Band der Blutsverwandtschaft zwischen dem unehelichen Kind und dem Vater begründet liegt. Durch das Erfordernis, den vollzogenen Verkehr nachzuweisen, wird nur die wirkliche Vaterschaft als Grundlage anerkannt, nicht die mögliche wie bei der ehelichen Vaterschaft. Dieses „natürliche Band“ sei bei erfolgtem Mehrverkehr schwer festzustellen.

Das die Grundlage der Unterhaltspflicht bildende natürliche Verhältnis zwischen dem Kinde und dem Konkubenten ist in einem solchen Falle nicht feststellbar und deshalb für das Recht nicht vorhanden. Zwar hat der Entwurf bei der ehelichen Abstammung an der wirklichen Vaterschaft nicht streng festgehalten, sondern zur Begründung der Ehelichkeit eines von der Ehefrau geborenen Kindes die mögliche Vaterschaft des Ehemannes für genügend erklärt und insbesondere den Einwand, daß innerhalb der Empfängniszeit auch von einem Anderen mit der Ehefrau der Beischlaf vollzogen sei, nicht zugelassen [...]. Indessen die Gesichtspunkte, welche zu dieser Regelung geführt haben, nämlich das Interesse der Würde der Ehe und der Erhaltung des Familienstandes [...], fehlen hier [bei einem unehelichen Kind] gänzlich.⁴¹⁷

Erhebt ein als Vater in Anspruch Genommener die Einrede des Mehrverkehrs, so kann die Mutter bezeugen, dass sie mit keinem anderen Mann

414 Vgl. Planck, BGB Band 4, 1906, 576. Siehe auch Spahn 1901, 44: „Der Beweis der Beiwohnung eines Anderen mit der Mutter läßt sich in jeder zulässigen Weise führen, die Benennung des Anderen ist nicht notwendig.“

415 Weber 1907, 564.

416 Zu weiteren Kritikern, z. B. Stadthagen, vgl. Baumgarten 2007, 207, mit Verweis auf Mugdan, *Materialien* Band 4, 1899, 1394.

417 *Motive* (Planck), Band 4, 1888, 885.

verkehrt hat. Wenn sie eine unbescholtene Person ist, dann genügt diese Erklärung, um die Mehrverkehrseinrede zu entkräften.

Neben der Einrede des Mehrverkehrs existiert die Einrede der Unmöglichkeit (§ 1717 Absatz 1 Satz 2), *exceptio impossibilitatis*.⁴¹⁸ Sie kann vorgetragen werden, wenn die Frau zum Zeitpunkt des Geschlechtsverkehrs schon schwanger war oder wenn gemessen am Reifegrad des Neugeborenen der bewiesene Geschlechtsverkehr nicht zur Zeugung geführt haben kann. Mit Hilfe dieser Einrede können sich Männer, die mit der Frau verkehrt hatten, durch offenbare Unmöglichkeit der Empfängnis aus eben diesem Verkehr als Vater disqualifizieren, ebenso wie eheliche Väter bei der Anfechtung der Ehelichkeit diese Einrede erheben können. Durch den Ausschluss von unmöglich als Vater in Betracht kommenden Männern kann möglicherweise trotz des Mehrverkehrs ein Vater für ein uneheliches Kind festgestellt werden.

Wieso wird die Mehrverkehrseinrede Ehemännern nicht gestattet, vermeintlichen unehelichen Vätern dagegen schon? Die *Motive* enthalten die Diskussion darüber, ob man die Mehrverkehrseinrede nicht auch im Rahmen der Unterhaltsklage verbieten sollte. Es wäre aus sozialpolitischen Gründen zweckmäßig, dies zu tun, und es würde die Prozesse vereinfachen, wird begründet. Aber würde man die Mehrverkehrseinrede verbieten, so wäre dies ungerecht dem Mann gegenüber, der zahlen muss, obwohl er das Kind nicht gezeugt hat, lautet das Gegenargument.

Vor allem liegt eine schwere Ungerechtigkeit darin, jemanden, welcher der Erzeuger des unehelichen Kindes in Wirklichkeit nicht ist oder dessen Vaterschaft wenigstens völlig ungewiß ist, weil feststeht, daß innerhalb der Empfängniszeit auch von einem Anderen mit der Mutter des Kindes der Beischlaf vollzogen ist, als Erzeuger zu behandeln und zur Ernährung eines vielleicht fremden Kindes zu nöthigen.⁴¹⁹

Die Redaktoren räumen ein, dass die Zulassung der Mehrverkehrseinrede einen Mann, der mit einer unverheirateten Frau verkehrt hat, dazu verleiten könnte, auch noch andere Männer zum Verkehr mit dieser Frau zu bewegen, damit sich alle gegenseitig entlasten können. Planck merkt allerdings in seinem Kommentar zum BGB diesbezüglich an: „Die Einrede wird nicht dadurch ausgeschlossen, [...] daß der in Anspruch Genommene selbst die Beiwohnung mit dem anderen veranlaßte oder förderte, um auf diese Weise die Feststellung seiner Vaterschaft zu verhindern.“⁴²⁰ Das sei nicht ungerecht gegenüber der Mutter, denn sie habe ja selbst auch die

418 Vgl. Spahn 1901, 44 f.

419 *Motive* (Planck), Band 4, 1888, 886.

420 Planck, BGB Band 4, 1906, 596.

Möglichkeit, die Unmöglichkeit der Empfängnis aus dem Verkehr mit dem anderen Mann zu beweisen. Durch die Möglichkeit der Mehrverkehrseinrede liegt jedoch eine höhere Beweislast bei der Mutter bzw. dem Kind und seinem Vormund: Sie müssen ggf. gegenüber mehreren Männern die Unmöglichkeit der Empfängnis aus dem Verkehr mit ihnen beweisen, bis ein Mann übrig bleibt und als Vater festgestellt werden kann.⁴²¹

4.3.4 Verwandtschaft des unehelichen Kindes mit der Mutter

Nach dem BGB in der Fassung von 1896 steht das uneheliche Kind nicht nur zur Mutter, sondern auch zur mütterlichen Familie wie ein eheliches Kind. In der Folge sind die mütterlichen Verwandten gegenüber dem unehelichen Kind ebenso unterhaltspflichtig wie gegenüber einem ehelichen, ferner ist das uneheliche Kind in Bezug auf die mütterliche Familie erbberechtigt. Diese automatische Familienzugehörigkeit gab es im ALR oder im CC nicht.

Solange Unehelichkeit ein Makel war, wäre es eine Zumutung für die mütterliche Familie gewesen, wenn sie das uneheliche Kind hätte aufnehmen müssen. Nun wird der mütterlichen Familie ein uneheliches Kind zugeordnet. Dadurch wird die Bedeutung der Ehe für die Begründung der Familienzugehörigkeit nicht unterwandert. Denn, so stellt Planck fest: „Der Rücksicht auf die Heiligkeit und hohe Bedeutung der Ehe wird aber schon dadurch in ausreichendem Maße Rechnung getragen, daß das uneheliche Kind zu dem Vater und dessen Familie rechtlich in keine Verbindung tritt.“⁴²²

Die rechtliche Beziehung zwischen dem Kind und der unehelichen Mutter ist „durch die Thatsache der Mutterschaft bedingt, eine Thatsache, deren Feststellung im Prozeßverfahren mit keinerlei Unzuträglichkeiten verbunden ist.“⁴²³ Die Klage eines Kindes auf Feststellung der (ueheli-chen) Mutterschaft z. B. sei für die Mutter nicht mit Unzuträglichkeiten verbunden, da Zeugenaussagen über die erfolgte Geburt nicht in dem Sinne Geheimnisse ihres Intimlebens preisgeben wie es im Vaterschaftsfeststellungsprozess die Nachforschung über erfolgten Geschlechtsverkehr zwischen zwei Personen tut. Auch im Kommentar zur endgültigen Fassung des BGB bezieht sich Planck auf die Mutterschaft als eine „Tatsache“:

Die Entstehung der sämtlichen rechtlichen Beziehungen zwischen dem unehelichen Kinde und seiner Mutter sowie deren Verwandten ist lediglich durch die Tatsache der *Mutterschaft* bedingt. Die Aner-

421 Vgl. auch Hochleitner 1982, 35.

422 *Motive* (Planck), Band 4, 1888, 854.

423 Ebd., 856.

kennung von seiten der Mutter, welche bei Findelkindern von Bedeutung sein kann, hat nur den Charakter eines Beweismittels.⁴²⁴

Im *Code civil*, darauf weist besonders Iacob hin, wurde die Mutterschaft nicht derart als Tatsache verstanden und automatisch durch die Geburt zugeschrieben, sondern es bedurfte einer Anerkennung von Seiten der Mutter.⁴²⁵ Das BGB dagegen beruft sich auf die römische Tradition „*mater semper certa*, d. h. die uneheliche Mutter wird ins Geburtsregister eingetragen, ob sie will oder nicht“.⁴²⁶

Verglichen mit den Rechten ehelicher Mütter gegenüber ihren Kindern sind die Rechte unehelicher Mütter eingeschränkt, z. B. im Hinblick auf ihre elterliche Gewalt: Das BGB hat aus der „väterlichen Gewalt“ – so der traditionelle Begriff in Ableitung von der römischen *patria potestas* – die „elterliche Gewalt“ gemacht. Wie zuvor hat sie der Vater inne. Wenn er stirbt, geht sie an seine Ehefrau über. Dieses Recht einer ehelichen verwitweten Mutter gegenüber ihrem Kind haben uneheliche Mütter aber nicht, auch wenn ihre Kinder ehelichen gleichgestellt sind. Eine Mutter kann allerdings beantragen, dass ihr die elterliche Gewalt zugesprochen wird. Generell und automatisch hat die uneheliche Mutter nur die Personensorge für das Kind inne. Mugdan referiert: „Man müsse daran festhalten, daß auf der unehelichen Mutter immer ein sittlicher Defekt laste. Dieser Defekt werde meist schon die Ausübung einer elterlichen Gewalt, wenn man sie der Mutter geben wolle, beeinträchtigen.“⁴²⁷ Diese Argumentation deutet darauf hin, dass die Redaktoren weiterhin einem Klischee folgen, nämlich dem Bild der unverheirateten Mutter, die durch ungemessenes Verhalten aus eigenem Verschulden in ihre Situation geraten sei.

Festzuhalten bleibt, dass uneheliche Kinder zuerst einmal niemandes elterlicher Gewalt unterstehen. Ein elterlicher Verwandter kann die Vormundschaft übernehmen, oder es wird vom Gericht ein Pfleger bestellt. Der Vormund oder Pfleger steht als Beistand neben der Mutter (vgl. § 1707 BGB). Allerdings darf die uneheliche Mutter im Bereich der Personensorge für das Kind auch gegen den Vormund entscheiden, und sie darf die elterliche Gewalt beantragen.⁴²⁸ Vorrangige Aufgabe des Vormunds war die Ermittlung des Vaters des Kindes.

Manche Kritiker haben im Verlauf der das *Bürgerliche Gesetzbuch* vorbereitenden Diskussionen auf den Widerspruch hingewiesen, der in

424 Planck, BGB Band 4, 1906, 576 (Hervorhebung i. O.).

425 Allerdings gab es auch nach dem CC die Möglichkeit, die uneheliche Mutterschaft gerichtlich festzustellen und auch gegen den Willen der Mutter einzutragen, etwa auf eine Klage des Kindes hin. Vgl. Iacob 2004, 53; 151.

426 Scherer 1900, 370.

427 Mugdan, *Materialien* Band 4, 1899, 1266.

428 Vgl. Spahn 1901, 129.

der verwandtschaftsstiftenden Wirkung unehelicher Mutterschaft liegt, wie sie in diesem Absatz beschreiben wurde: Im Allgemeinen definiert das BGB Verwandtschaft als auf ehelicher Abstammung beruhend, was auch dazu führt, dass das uneheliche Kind und sein Vater als nicht verwandt gelten. Im Falle der unehelichen Mutterschaft aber entsteht eine rechtliche Verwandtschaft auch ohne Ehelichkeit. Trotz dieses Widerspruchs werden schlussendlich diese beiden Folgen unehelicher Abstammung, die Nicht-Verwandtschaft mit dem Vater und die mütterlich-uneheliche Verwandtschaft, im BGB beibehalten.

4.4 Zusammenfassung

Obwohl eine Besserstellung unehelicher Kinder an einigen Stellen im BGB verwirklicht wird, z. B. indem kein Unterschied mehr zwischen vor und in der Ehe gezeugten Kindern gemacht wird, gelten weiterhin die Ehe und die eheliche Familie als diejenigen Institutionen, auf die sich Verwandtschaft gründet. Baumgarten folgert, dass das klassische Modell der bürgerlichen Familie weiterhin den Orientierungsmaßstab für das Familienrecht darstellt: „Als natürliche Form des Zusammenlebens von Mann und Frau, aber auch als Grundlage der Gesellschaft überhaupt, wird also allein die eheliche Familie angesehen.“⁴²⁹ Während sich das BGB und ältere Rechtsbücher in dieser Hinsicht ähneln, kann aber festgestellt werden, dass im Gesetzgebungsprozess des BGB neue Begründungen und Motive angeführt werden. Auch wenn es wie im ALR bspw. um einen Kompromiss zwischen dem Schutz der Ehe auf der einen und der Versorgung der unehelichen Kinder auf der anderen Seite geht, so hat das ALR die Ehe relativ nüchtern als bessere Familienform beschrieben, während das BGB stark den sittlichen Wert der Ehe betont. Es erscheint fast so, als sei die Ehe noch heiliger geworden und die Unterscheidung zwischen unehelichen und ehelichen Kindern noch umkämpfter, je näher die Forderung der Gleichstellung aller Kinder rückte. Man hat ein ausgeprägteres Bewusstsein für die Notwendigkeit staatlicher Fürsorge für uneheliche Kinder, aber von einer Gleichstellung hält man nichts: Viel häufiger sind Verweise darauf zu hören, dass die Eltern ja das Ihrige tun könnten, um durch nachfolgende Eheschließung das uneheliche Kind zu einem ehelichen zu machen. Ferner spielt die Ehe im BGB nicht mehr so sehr wie im ALR eine Rolle in dem Sinne, dass sie die Erbfolge normiert und geregelte Verbindungen zwischen Familien zu knüpfen erlaubt. Vielmehr erhält die Ehe im BGB die Funktion, die Absicht des langfristigen und geordneten Zusammenlebens zu bekunden. Geben die Eltern eine derartige Absichts-

429 Baumgarten 2007, 291 f.

erklärung ab, so hat das weitreichende Folgen, und zwar auch für vor der Eheschließung geborene oder gezeugte Kinder.

Wie sich die Funktion der Ehe auch geändert haben mag – weiterhin gibt es im BGB wie zuvor im ALR zwei verschiedene Formen von Vaterschaft: die pauschale Anerkennungstatsache der ehelichen Vaterschaft und den unehelichen unterhaltspflichtigen (und in diesem Zusammenhang „wirklich“ genannten) Vater. Die Adjektive „wirklich“ und „möglich“ kennzeichnen einen Unterschied im Modus. Eheliche Vaterschaft, für die die „mögliche Vaterschaft“ als Grundlage gilt, ist eine rechtlich vollgültige Verwandtschaft. Aus der Perspektive des Vaters und seines Gestaltungsfreiraums gesehen: Die Stärke und Stabilität der ehelichen Vaterschaft ergibt sich daraus, dass das Recht mit einer Fiktion arbeitet und den Ehemann, der stets – so wird vorausgesetzt – *der Möglichkeit nach* der Vater ist, rechtsgültig als Vater ansieht.⁴³⁰ Raum für Fraglichkeiten und Klärungsbedarf ist nicht vorgesehen, sondern es wird die Ehe als Raum konstruiert, in dem Vaterschaft eine Frage der Entscheidung und Anerkennung des Vaters ist. Ihm wird der Rücken frei gehalten, Erben auszuwählen und anzuerkennen, während weder die Mutter noch andere Angehörige noch das Recht sich durch eine Anfechtung oder Prüfung einmischen dürfen.

Dagegen ist die Feststellung eines unehelichen Vaters schwieriger, seine Beziehung schwächer: Für diese Feststellung, die die Unterhaltspflicht zur Folge hat, reicht es nicht nachzuweisen, dass der beklagte Mann möglicherweise (also nicht unmöglich) der Vater sei. Vielmehr ist es erforderlich zu beweisen, dass er es „wirklich“ ist und dass es kein anderer Mann sein könnte, d. h. also dass daneben keine andere Möglichkeit besteht. Hier ist also jeglicher Zweifel, jeglicher Beweis einer anderen Möglichkeit geeignet, die eindeutige Feststellung des Vaters unmöglich zu machen, daher ist diese Beziehung sozusagen „schwächer“. Indem das Recht bei der Feststellung einer Unterhaltspflicht eine misstrauische Haltung einnimmt, spiegelt es wider, dass uneheliche Beziehungen durch Misstrauen charakterisiert sind.

Das Kennzeichen des Misstrauens zeigt sich auch in der Gestaltung der rechtlichen Verwandtschaft des unehelichen Kindes mit den elterlichen Familien: Eine rechtliche Verwandtschaft unehelicher Kinder mit ihrer väterlichen Familie wäre nach Ansicht der Juristen nicht sinnvoll, da man vermutete, dass in der Praxis meist auch keine Bekanntschaft oder Beziehung existierte. Dagegen schien man anzunehmen, dass die Familie der Mutter für das Kind sorgen würde und dass die Verwandtschaft hier Sinn macht.

430 Vgl. Motive Band 4 (Planck), 1888, 652.

Erst 1998, mit der Kindschaftsrechtsreform, werden diese beiden Formen von Familie bzw. *Vaterschaft* weiter vereinheitlicht: Jedes Zusammenleben von einem Vater, einer Mutter und – mindestens – einem Kind begründet gleichermaßen eine Familie, wobei dem Vater aufgrund der Ehe mit der Mutter, einer Anerkennung oder gerichtlichen Feststellung die *Vaterschaft* zugerechnet werden kann. Es gibt dann im Detail drei verschiedene Arten der Zuschreibung von *Vaterschaft*, wobei die *Vaterschaftsvermutung* bei Ehe und Anerkennung weiterhin zentral ist. Neu ist das vereinheitlichende Kriterium, das für die für alle Väter gleich gestaltete Anfechtung herangezogen wird. Die nachgewiesene biologische *Vaterschaft* wird Ende des 20. Jahrhunderts im Zweifelsfall zum rechtlich relevanten (Prüf-)Modell für alle Väter, egal, wie sie zur *Vaterschaft* gekommen sind.

5. Techniken des Vergewisserns und Testens

5.1 Einleitung

Der genetische Vaterschaftstest stellt eine „Technik“ der Vergewisserung dar. Auch bei den früher von Gerichten verwendeten Beweismitteln oder Prüfungsverfahren, wie Zeugenaussagen, Geständnissen und Eiden, kann man von – juristischen – *Techniken* sprechen. Worin unterscheiden sich die Formen der Vergewisserung über Vaterschaft früher und heute im Hinblick auf ihre technischen Aspekte? In den Gerichtsverfahren wurden die klassischen juristischen Beweismittel und Verfahren durch die human-genetischen Gutachten ersetzt. Die ersten Abstammungsgutachten wurden Anfang des 20. Jahrhunderts entwickelt und haben sich insbesondere dank der Nachfragen der Gerichte als anerkannte Verfahren etabliert. Die Nachfrage wurde auch durch die Gesetzgebung sichergestellt: Bei Verfahren zu Vaterschaftsfragen wurde es obligatorisch, diese neuen Gutachten zu nutzen. Anfang des 21. Jahrhunderts lässt sich eine Verlagerung beobachten: Die Gerichtstechnik der Abstammungsbegutachtung wandert in den privaten Raum. In der Blütezeit der genetischen Vaterschaftstestlabore hat die Anzahl der privat beauftragten Tests die Zahl gerichtlich angeordneter Tests überstiegen.

Wenn hier von „privaten“ Vaterschaftstests die Rede ist, so ist dies in begrifflicher Abgrenzung von gerichtlich beauftragten sowie von heimlichen Tests gemeint: Heimliche Vaterschaftstests werden auch privat durchgeführt, sind aber verboten. Zulässige private Tests erfordern eine Einverständniserklärung aller Beteiligten bzw. ihrer gesetzlichen Vertreter. Die Auswahl eines Labors steht den Privatpersonen frei. Von Gerichten beauftragte Tests können nur durch besondere, akkreditierte Labore durchgeführt werden, da hier das Fachpersonal bestimmte Qualifikationen vorweisen muss und Probenentnahme sowie Beurteilung den gültigen „Richtlinien der Gendiagnostik-Kommission (GEKO) für die Anforderungen an die Durchführung genetischer Analysen zur Klärung der Abstammung“ genügen müssen. Die genetischen Untersuchungsverfahren sind in technischer Hinsicht bei allen Tests gleich, nur regeln die Richtlinien sehr detailliert die Qualitätsanforderungen für ein Gutachten und damit auch ggf. erforderliche Kontroll-Tests, die Anzahl der jeweiligen Testschritte u. Ä.

5.2 Geschichte der Techniken der Vergewisserung

5.2.1 Eide als Beweismittel vor Gericht im 19. Jahrhundert

Die Mittel, deren sich die Gerichte um 1800 bedienten, um die Vaterschaft eines Mannes zu überprüfen, waren auf ihre Art differenzierte und institutionalisierte Techniken: Es fand ein Verfahren statt, das mit einer Entscheidung endete. Dabei waren Zeugen und Beweismittel beteiligt. Unterhalb dieser offiziellen Ebene kamen natürlich auch in der Familie oder in der sozialen Gemeinschaft schon Praktiken zur Anwendung, die dazu dienten, den verantwortlichen Mann zu suchen oder eine bestehende Vaterschaft abzusichern. Wie sich zeigen wird, spiegelte das Recht das Verhalten wider, das in einer Gemeinschaft zu finden war, wenn Unklarheiten über eine Vaterschaft entstanden waren.

Betrachtet man z. B. das *Allgemeine Preußische Landrecht* des beginnenden 19. Jahrhunderts, so wurden Gerichte im Hinblick auf Vaterschaftsfragen zum einen dann aktiv, wenn ein verheirateter Vater die Ehelichkeit seines Kindes anfocht. Bei verheirateten Paaren gab es sonst keinen Anlass für Gerichte, sich in Familienangelegenheiten einzumischen. Bekam die Frau ein Kind, so wurde ihr Ehemann automatisch Vater. In der Ehe hatte der Ehemann das Monopol über die Anerkennung, die Infragestellung sowie die Vergewisserung über seine Vaterschaft.⁴³¹ Die Argumente, die die Männer vorbrachten, um die Unmöglichkeit der Vaterschaft zu beweisen, waren klassischerweise die Abwesenheit in der Empfängniszeit, belegbar durch den Nachweis eines Auslandsaufenthaltes oder andere Umstände. Der Mann musste z. B. nachweisen können, dass kein Geschlechtsverkehr stattgefunden hatte. Ein anderer Typ von gerichtlicher Klage, den es damals im Zusammenhang mit der Vaterschaft gab, war die Klage eines unehelichen Kindes auf Anerkennung der Ehelichkeit. Dabei musste das Kind – je nach Rechtslage – beweisen, dass es durch nachfolgende Ehe der Eltern als legitimiert gelten müsste, dass es in bestehender Ehe gezeugt wurde, dass es von einer verheirateten Mutter in der Ehe geboren wurde o. Ä.

Bei einer Klage auf Feststellung der Unterhaltspflicht für ein uneheliches Kind gab es eine andere Konstellation: Es gab keine Ehe als Anhaltspunkt für eine Vermutung, daher war oft nicht klar, wem man die Verantwortung für die Versorgung des Kindes übertragen konnte. Gerade kleine und geschlossene soziale Gemeinschaften wie Dörfer hatten ihre eigenen ungeschriebenen Regeln, wie sie mit diesen Unklarheiten umgingen. Teilweise war das Heiratsalter sehr hoch, daher waren voreheliche Beziehungen verbreitet und toleriert, was zu klaren Partnerschaftsstruk-

431 Vgl. Stintzing 1868 sowie Abschnitt 3.4.4.

turen auch unter Unverheirateten führte. Vor der Eheschließung schon Kinder zu bekommen, war dann auch keine Schande: Man wusste, wer der Vater ist und dass das Paar früher oder später heiraten würde, und der Vater beteiligte sich an den Kosten für die Unterbringung des Kindes bei Verwandten. Sobald die Gemeinschaft einem unehelichen Kind aber keinen unverheirateten Vater zuordnen konnte, kamen Praktiken zum Einsatz, die eine Klärung bewirken sollten: Man hielt die Augen auf und fragte herum, ob jemand etwas gesehen oder gehört hat. Die Partnerwahl war ein Thema von öffentlichem Interesse, und man erwartete, dass irgendjemand irgendetwas wusste. Oft wurde die Situation auch außerhalb des Gerichts geklärt, etwa durch eine private Vereinbarung zwischen der Familie der Frau und der des Mannes.

Es bedurfte selten einer komplizierten gerichtlichen Feststellung des Vaters – die Gerichte mussten eher eine Abwägung der Glaubwürdigkeit der verschiedenen Parteien leisten oder die Höhe der Ansprüche einschätzen. Die Zahl solcher Unterhaltsklagen hat sich Ende des 18. Jahrhunderts verändert, nachdem vielerorts die Strafen auf außerehelichen Geschlechtsverkehr abgeschafft und rechtliche Ansprüche unverheirateter Mütter entstanden und systematisch gesetzlich geregelt wurden. Dies war auch im *Allgemeinen Preußischen Landrecht* geschehen.

Das im dritten Kapitel geschilderte Fallbeispiel⁴³² der Klage eines Kindes auf Anerkennung der Ehelichkeit veranschaulicht, auf welchen Arten von Beweismitteln die Entscheidungen der Gerichte beruhten: Die belastbarste Art von Beweis war das Geständnis. Auch im Fallbeispiel gestanden die vermuteten Eltern des Klägers, dass sie miteinander in der Empfängniszeit, die vor der Eheschließung lag, verkehrt hatten. Der Beweis wurde dadurch verstärkt, dass andere Personen bestimmte Handlungen des Vaters bezeugen konnten: Er war bei der Geburt des Kindes anwesend, hatte eine Amme besorgt und die Pflegeeltern bezahlt, bei denen das Kind 18 Jahre lang aufgewachsen war. Insgesamt hatte er sich also wie ein Vater zu dem Kind verhalten und durch diese Handlungen stillschweigend das Kind als das seinige anerkannt. Übernahm ein Mann im Alltag väterliche Verantwortung für ein Kind, so war dies ein wichtiger Hinweis darauf, dass er auch rechtlich als Vater zu gelten hatte.⁴³³ Bei derartigen Beweisführungen stand der erwiesene Verkehr der Eltern in der Emp-

432 Siehe Abschnitt 3.4.2.

433 Das ist auch heute noch rechtlich von Belang: Übernimmt ein Vater nach der Anerkennung der Vaterschaft keine praktische Verantwortung für das Kind, so ist seine Vaterschaft durch einen vermeintlichen biologischen Vater anfechtbar (vgl. Abschnitt 6.2.3). In Frankreich z. B. gibt es auch die Möglichkeit der Zuschreibung der Vaterschaft durch das Zusammenleben in familiärer Form mit entsprechender Verantwortlichkeit des Vaters (*possession d'état*, vgl. Abschnitt 6.3.1.3).

fängniszeit immer im Hintergrund. Darüber hinaus spielte aber auch das Verhalten des vermuteten Vaters eine Rolle bzw. das Verhalten der Eltern.

Gab es eine unzureichende Beweislage und widersprüchliche Angaben der vor Gericht streitenden Parteien, so war oft eine Glaubwürdigkeitsprüfung die letzte Möglichkeit der Rechtsfindung: Das *Allgemeine Preußische Landrecht* lieferte eine Reihe von Kriterien, mit denen die Bescholtenheit – und damit die Unglaubwürdigkeit – einer Person ermittelt werden konnte, und zwar anhand der Verhaltensweisen, die ihre Umgebung ihr bezeugte. Dies nannte das ALR „Verdacht einer schlechten Auf-führung“⁴³⁴. Erhob sich gegen eine der Parteien der Verdacht eines solchen Verhaltens, so war möglicherweise ihre Aussage nicht wahrheitsge-mäß. Eine solche Einschätzung half den Gerichten bei der Entscheidung, welche Partei sie zum Eid zulassen wollten. „Im Zivilprozeß kommt der E[id] unter anderm auch als Beweismittel [...] vor.“⁴³⁵ Ein notwendiger Eid wurde dann einer Partei vom Richter angetragen, sofern bisher im Verfahren kein ausreichender Beweis vorgebracht werden konnte.

Mit einem Eid konnte eine beklagte Partei ihre Unschuld schwören, oder eine klagende Partei konnte schwören, dass ihre Anklage der Wahr-heit entspreche. Im ALR wurden diese beiden Typen des Eides „Reini-gungseid“ und „Erfüllungseid“ genannt.⁴³⁶ Sie waren im Mittelalter sehr verbreitet und verloren danach zunehmend ihre Gültigkeit, weil Zeugen-aussagen und Geständnisse für beweiskräftiger gehalten wurden. Mangelte es aber an diesen Beweisen, so griff man im Notfall weiterhin auf den Eid als Beweismittel zurück.

Bisweilen beauftragten die Gerichte gerichtliche Ärzte damit, für den zu entscheidenden Fall ein Gutachten zu erstellen. Es ging dann z. B. um die konkrete Empfängniszeit, den Reifegrad des Kindes bei der Geburt, die Zeugungsfähigkeit eines Mannes u. Ä. Allerdings äußerten die Ärzte selbst Zweifel daran, ob sie überhaupt über objektive Maßstäbe verfügten, um die genannten Sachverhalte zu beurteilen.⁴³⁷

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass Gerichte in der Zeit um 1800 in Fällen unklarer Vaterschaft verschiedene Beweismittel nutzten: Ge-ständnisse waren die wichtigsten unter ihnen. Belastende Zeugenaussagen (Beobachtungen von Treffen des Paares) konnten die Bereitschaft zum Geständnis erhöhen. Das Verhalten des Mannes gegenüber der Mutter und dem Kind war ebenfalls relevant: Verhielt sich der Mann wie ein Va-ter und hatte er bereits Verantwortung für das Kind übernommen, so wurde sein Verhalten als (Teil-)Beweis für seine Vaterschaft genommen. Eine ärztliche Meinung wurde in manchen Fällen eingeholt, sie konnte

434 ALR II, 1, § 1108-1113. Vgl. Abschnitt 3.5.2.

435 Artikel „Eid“ in *Meyers Großem Konversationslexikon* Bd. 5, 1909, 432.

436 Vgl. ALR II, 1, § 1108.

437 Vgl. Fahner 1795, Bd. 1, 197 ff. sowie Abschnitt 3.5.5.

begleitende Fragen wie die nach der Empfängniszeit zu beantworten helfen. Waren die klagenden Parteien nicht in der Lage, eindeutige Beweise zu liefern, so waren die Richter darauf angewiesen, von einer der beiden einen Eid zu fordern. Die Verfahren nutzten juristische Techniken, die sich über die Jahrhunderte hinweg entwickelt hatten. Die Techniken wurden für die unterschiedlichsten Arten von straf- oder zivilrechtlichen Verfahren verwendet, ob es nun um Mord, Vaterschafts- oder Eigentumsfragen ging.

5.2.2 Abstammungsgutachten zu Beginn des 20. Jahrhunderts

Zu Anfang des 20. Jahrhunderts verschafften Erkenntnisse der Biologie über die regelgeleitete Vererbung von Eigenschaften den Richtern ein neues Beweismittel – eine wissenschaftliche Begutachtung der Möglichkeit einer Abstammung – bei Vaterschaftsfragen. Die Biologen brachten das Modell einer substanzhaften (über die Keimzellen) und informativ vermittelten genetischen Verwandtschaft von Eltern und Kindern ins Spiel. Die äußerliche Ähnlichkeit von Eltern und Kindern war ein lange bekanntes Phänomen. Früher wurden die Prozesse, wie diese Ähnlichkeit entstehen konnte, mit diversen Einflüssen erklärt: z. B. durch einen göttlichen Beitrag oder durch die gestaltende Kraft der elterlichen Seelen. Die Biologie der Jahrhundertwende legte nun ein empirisches Modell für die Vererbung von Eigenschaften vor, das mit Unterstützung der Statistik Aussagen über die Wahrscheinlichkeit der Abstammung eines Kindes von einem bestimmten Elternpaar erlaubte. Die Regeln, die von Gregor Mendel im 19. Jahrhundert entdeckt worden waren und um 1900 wiederentdeckt wurden, ermöglichten eine Bestimmung von Wahrscheinlichkeiten für das Auftreten von polymorphen erblichen Eigenschaften in der Folgegeneration. Somit wurden individuelle Abstammungsprüfungen machbar: Man verglich die erblichen Eigenschaften von mutmaßlichen Eltern und Kindern miteinander und konnte dadurch Rückschlüsse auf ihre Verwandtschaft ziehen oder die Abstammung von einem Mann ausschließen. Es entstand ein naturwissenschaftliches Modell für die Abstammung.

Die Blutgruppen waren das erste für erbbiologische Abstammungsgutachten relevante Merkmal, für das die Vererbungsregeln ermittelt wurden. Nachdem Landsteiner 1901 das ABO-System der Blutgruppen entdeckt hatte, arbeitete der Wiener Mediziner an einem sicheren Blutgruppennachweis.⁴³⁸ Dieser wurde zuerst im klinischen Bereich verwendet. Für Abstammungsgutachten konnte man den Nachweis der Blutgruppen erst nutzen, nachdem man entdeckt hatte, dass die Blutgruppen ein Leben lang gleich bleiben und nach welchen Regeln sie vererbt werden. Ab Mitte der

438 Vgl. Fabricius 2002. Die Bezeichnung „ABO-System“ wurde erst 1928 international üblich. Landsteiner erhielt 1930 für seine Entdeckung den Nobelpreis.

1920er Jahre wurden die Blutgruppen für Abstammungsgutachten verwendet. Der Berliner Arzt Fritz Schiff führte ab 1924 die ersten Blutgruppengutachten in Fällen strittiger Vaterschaft für deutsche Gerichte durch.⁴³⁹ Parallel wurden in Wien 1926 erste gerichtliche Blutgruppengutachten, kombiniert mit einer biometrischen Untersuchung, vom Landgerichtsrat in Auftrag gegeben und von Otto Reche durchgeführt.⁴⁴⁰ Zu Anfang wiesen Juristen die Blutgruppengutachten zurück, denn die Biologen selbst waren noch skeptisch, wie sicher die Feststellung der Blutgruppe sei. Auch war die Nutzung der Gutachten nur in wenigen Fällen hilfreich: Wie Schiff betonte, können sie nur in wenigen Fällen Ergebnisse liefern, da oft die Konstellation von Mutter und Kind keine Aussage über eine bestimmte oder eine unmögliche Konstellation mit dem Vater erlaubt. Nur bei etwa 15 bis 25 Prozent der Familienkonstellationen könne man die Blutgruppenmerkmale des Vaters so eindeutig vorhersagen, dass ein Gutachten sinnvoll sei.⁴⁴¹ Schiff war daher beim Einsatz der Gutachten und bei ihrer Darstellung für Juristen sehr vorsichtig. Mehr und mehr aber wurden die Expertengutachten in das Rechtssystem integriert. In einem Urteil des Berliner Kammergerichts vom 4. April 1930 wurde angeordnet, dass Gutachten auf der Grundlage von Blutproben als Beweismittel einem Eid vorzuziehen seien.⁴⁴² Auch Österreich verordnete ein Jahr später die Einholung von erbbiologischen Untersuchungen in Vaterschaftsprozessen.⁴⁴³

Innerhalb von fünf Jahren ist aus einem neuen Verfahren, einem zusätzlichen und umstrittenen Hilfsmittel in der Beweisführung, ein anerkanntes und sogar erforderliches Beweismittel geworden: Die erbbiologischen Expertengutachten haben ihren festen Platz in den Verfahren zu Vaterschaftsfragen eingenommen. Dies war zu einem großen Teil auch den Professionalisierungsbestrebungen der Gutachter zuzuschreiben, die sich mit ihren Verfahren in den folgenden Jahren auch den nationalsozialistischen Behörden andienten.⁴⁴⁴

Im Zuge dieser Institutionalisierung stieg die Nachfrage, und es erfolgte eine Vereidigungspflicht für Gutachter. Der Eid verschwand aus dem Gerichtssaal: Er diente nicht mehr der Beweisführung, sondern der

439 Schiff (1926, 370) nennt 1926 die Zahl von 16 Prozessen in Deutschland, für die er bereits Gutachten angefertigt hat, darunter 14 zivilrechtliche Verfahren (Unterhaltsklagen und Ehelichkeitsanfechtung). Weiter (ebd. 374) führt er aus, dass er seines Wissens die ersten Gutachten überhaupt für gerichtliche Abstammungsverfahren angefertigt habe.

440 Vgl. Kröner 1999, 258; Harrasser 1957, 9.

441 Vgl. Schiff 1926, 367 bzw. 371; Kröner 1999, 257.

442 Vgl. Reche 1938, 371. Im Jahr 1930 erschienen auch die ersten deutschen Richtlinien für die Durchführung dieser Blutgruppengutachten.

443 Vgl. Kröner 1999, 258; Reche 1938, 372 f.

444 Vgl. Kröner 1999, 259.

Sicherung der Qualität der Gutachten. Harrasser beschreibt: „[I]n Deutschland nimmt die Zahl der erstellten Gutachten ungefähr von 1935 an stark zu, die erste Regelung des Gutachterwesens (mit Aufstellung einer Sachverständigenliste) erfolgte im Jahre 1936.“⁴⁴⁵

Blutgruppengutachten waren vor allem zum Ausschluss von Vaterschaften und weniger für positive Bestätigungen geeignet. Man suchte daher nach weiteren vererbaren Eigenschaften mit lebenslanger Konstanz. Bei vielen Eigenschaften war man sich längere Zeit noch unsicher, ob sie lebenslanglich stabil sind und ab wann die Eigenschaften bei Kindern endgültig ausgeprägt sind. Breit angelegte Studien erfolgten, die die Erbgänge von äußerlichen Eigenschaften bei kinderreichen Familien sowie eineiigen Zwillingen analysierten. Nach Sammlung einer umfassenden Datengrundlage, die sichere Aussagen ermöglichte, wurden auch diese Merkmale für erbbiologische Gutachten verwendet.⁴⁴⁶ Diese morphologischen Gutachten waren sehr aufwendig und erforderten die Anwesenheit möglichst vieler Familienmitglieder als Vergleichspersonen, wenn ein positiver Vaterschaftsnachweis geführt werden sollte. Erst in fortgeschrittenem Alter, etwa ab dem 3. Lebensjahr des Kindes, ist die Untersuchung möglich, da sich einige Merkmale erst zu dieser Zeit ausgeprägt haben. Derartige morphologische Vergleiche hatte man vorher nur genutzt, wenn das Kind Merkmale einer anderen Rasse (z. B. eine dunkle Hautfarbe) aufwies, was nicht von den ehelichen Eltern kommen konnte. „Man hat sich damit lange begnügt und ist merkwürdigerweise nicht auf den Gedanken gekommen, auch familiengebundene Erbmerkmale für einen Abstammungsnachweis auszuwerten“, kommentiert Reche.⁴⁴⁷ Die Gutachten nutzten ein biometrisches Verfahren, in dem Merkmale wie Haut-, Augen- und Haarfarbe zwischen Eltern und Kind verglichen wurden.⁴⁴⁸

Da die Blutgruppenmerkmale klar voneinander zu unterscheiden sind und ihre Vererbungsregeln früh bekannt waren, waren diese Gutachten die Vorreiter im Bereich der erbbiologischen Gutachten: Sie haben die Rechtsprechung davon überzeugt, dass erbbiologische Gutachten überzeugend sicher sind. In der Praxis wurden die Blutgruppenmerkmale und die äußeren Ähnlichkeiten in den Gutachten meist folgendermaßen kombiniert: Mit einem Blutgruppengutachten konnte in einigen Fällen direkt ein Ausschluss der Vaterschaft vorgenommen werden. War dies nicht

445 Harrasser 1957, 11. Vgl. auch Reche 1938, 373: „Die Zahl der seit 1926 in Deutschland [inklusive dem annektierten Österreich] angefertigten Gutachten dürfte schon 1000 übersteigen.“

446 Vgl. Hochleitner 1982, 72.

447 Reche 1938, 370.

448 Vgl. Kröner 1999, 258. Harrasser verweist auf die „Richtlinien der Deutschen Gesellschaft für Anthropologie für die Erstattung anthropologisch-erbbiologischer Abstammungsgutachten in gerichtlichen Verfahren“ von 1950 (vgl. Harrasser 1957, 24, Fußnote 37).

möglich, so wurden im Weiteren die morphologischen Merkmale der Eltern und des Kindes verglichen.⁴⁴⁹

In der Zeit des Nationalsozialismus stagnierte die Erforschung der Blutgruppenmerkmale in Deutschland und Österreich. Zum einen hatten viele jüdische Ärzte an diesem Thema gearbeitet – auch Schiff war Jude – und konnten ihre Forschung aufgrund der politischen Verhältnisse nicht mehr fortsetzen. Zum anderen haben Rassenforscher die Aussagekraft von Blutgruppengutachten zurückgewiesen, weil es keine Möglichkeit gab, die Rassenzugehörigkeit über das Blut nachzuweisen. Dies konnten die morphologischen Gutachten leisten.⁴⁵⁰ Man nutzte also bei gerichtlich beauftragten Abstammungsgutachten stets auch den Vergleich äußerer Merkmale, denn man wollte bei der Vaterschaftsbegutachtung die Reinheit der Rasse mit überprüfen.⁴⁵¹ Dies war allerdings im Hinblick auf die jüdische „Rasse“ gar nicht möglich: Zwar wurden in Österreich die Möglichkeiten der wissenschaftlichen und objektiven Begutachtung der Abstammung durch Anthropologen eingehend erforscht. „Bei den in der Regel vorliegenden Fragen nach einer ‚jüdischen Abstammung‘ waren aber keine rassenantropologischen Merkmale zu objektivieren, da sich die deutschen Juden äußerlich nicht vom Rest der Bevölkerung unterscheiden“, betont Kröner.⁴⁵² Die häufigste Konstellation war: Ein Mann galt als Halbjude mit deutscher Mutter und wollte beweisen, dass sein jüdischer Vater nicht sein leiblicher Vater ist, sondern dass er ein uneheliches Kind seiner Mutter ist. Oft lebte der Vater gar nicht mehr und die Gutachter hatten nur Fotos für den Vergleich zur Verfügung. Diese Form der Begutachtung war unter den Gutachtern umstritten: Einige Anthropologen entzogen sich der Forderung zu begutachten, indem sie „aufgrund der in der Regel mangelhaften Faktenlage“ ablehnten.⁴⁵³ Für die am Verfahren Beteiligten gab es diese Möglichkeit der Verweigerung bald nicht mehr: Mit dem „Gesetz über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften“ vom 12. April 1938 wurde verfügt, dass man eine erb- und rassenkundliche Untersuchung inklusive einer Blutentnahme zu erdulden

449 Vgl. Reche 1938, 374.

450 Ein großer Teil der Literatur über diese erbbiologischen Abstammungsgutachten ist von Autoren verfasst worden, die Anhänger einer faschistischen Rassenhygiene waren (z. B. Reche und von Verschuer) oder die später diese Autoren unkritisch aufgenommen haben (z. B. Harrasser). Zur Geschichte des erbbiologischen Ähnlichkeitsvergleichs in Deutschland und Österreich in der Zeit des Nationalsozialismus vgl. Kröner 1999.

451 Vgl. Mayer, Müller, *Der Standard* vom 17./18.04.2010. Rucker 1938. Schiff (1926) weist auf ein Gerichtsverfahren hin, in dem der Richter die russische Rassenzugehörigkeit des Kindes hinterfragt hat, und Schiff bemerkt, dass Blutgruppengutachten hierüber keine Aussage treffen können.

452 Kröner 1999, 259.

453 Ebd., 263.

habe. Auch wurde 1938 ein Gesetz eingeführt, welches der Staatsanwaltschaft das Recht der behördlichen Anfechtung verlieh.

Bei der Entwicklung der Blutgruppen- und der morphologischen Gutachten spielten also nationalsozialistische Interessen an der Klärung der Rassenzugehörigkeit eines Kindes eine große Rolle. Diese Interessen haben mit dazu geführt, dass die Gutachten gesetzlich anerkannt und schließlich gar erforderlich gemacht wurden. Die große Nachfrage nach – rassenkundlichen – Abstammungsgutachten in der Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft war also maßgeblich für die Verankerung dieser Gutachten im deutschen Rechts- und Gerichtswesen. Zugleich aber sind die Gutachten nicht bloß Resultat dieser Herrschaft: Entwickelt hatten sich die Forschung und die Verfahren schon vor der gegenseitigen Annäherung von Gutachtern und nationalsozialistischen Behörden.

Neue Verfahren der Abstammungsbegutachtung auf der Basis von Blutproben entstanden in der 2. Hälfte des 20. Jahrhunderts: Diese serologischen Gutachten arbeiten mit verschiedenen Systemen von Antigenen (z. B. HLA-System) und anderen immunologischen Reaktionen. Sie sind spezifischer als Blutgruppentests und werden teilweise auch heute noch verwendet, und zwar in Kombination mit genetischen Tests.

5.2.3 Humangenetische Abstammungsgutachten im 21. Jahrhundert

Wie sich die Genetik im Laufe des 20. Jahrhunderts entwickelt hat, beschreibt Lily Kay sehr detailliert in *Das Buch des Lebens*.⁴⁵⁴ Hier wird nur die direkt für die Geschichte der genetischen Abstammungsgutachten relevante Entwicklung der Humangenetik geschildert. In den 1990er Jahren ermöglichten die Entdeckung und die Nachweisbarkeit von genetischen Polymorphismen-Vererbungssystemen einen direkten genotypischen Vergleich von Verwandten. Durch diese Entdeckung entstanden der genetische Fingerabdruck in der Forensik sowie die neuen Abstammungsgutachten – der genetische Vaterschaftstest. Es können verschiedene Körperzellen oder sogar Zellfragmente verwendet werden, was eine Blutabnahme entbehrlich macht. Die Methode der Polymerase-Kettenreaktion (PCR, *polymerase chain reaction*) ermöglicht die kopierende Vervielfältigung von Genabschnitten, wodurch aus einer kleinen Probe die für eine Untersuchung notwendige Menge an DNA hergestellt werden kann. Daher kann auch aus wenigen Hautschüppchen ein genetischer Fingerabdruck gewonnen werden, was besonders für die Forensik von Bedeutung ist, aber auch die heimliche Beschaffung von Proben für einen Vaterschaftstest ermöglicht. Serologische Gutachten dagegen haben zur Voraussetzung,

454 Kay 2005. Sie erläutert auch, wie eng die Genomforschung und ihre finanziellen Förderung in den USA in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts z. B. mit den damaligen militärischen Strategien und Projekten verbunden waren.

dass relativ frische Blutproben der zu prüfenden Personen vorliegen. Für gerichtlich angeordnete Vaterschaftstests werden auch heute Blutproben und keine Schleimhautabstriche o. Ä. verwendet, weil Blutproben die parallele Nutzung von genetischen und Antigen-Testsystemen ermöglichen.

Der genetische Fingerabdruck und die Abstammungsgutachten nutzen die nicht-codierenden Abschnitte der DNA. Wie die gesamte DNA werden auch die nicht-kodierenden Bereiche aus dem mütterlichen und väterlichen Erbgut zusammengestellt. Ihre Zusammensetzung ist also erblich. Nicht-kodierende Bereiche findet man um die kodierenden DNA-Abschnitte herum, aber auch innerhalb von Genen. Letztere, die sogenannten „Introns“, enthalten besonders viele Wiederholungen kurzer Sequenzen von Basenpaaren (*tandem repeats*) – daher sind sie für VNTR-Polymorphismen-Untersuchungen (*variable number of tandem repeats*) besonders geeignet. „Die Anzahl dieser Wiederholungen wird vererbt wie jede andere vererbte Eigenschaft auch.“⁴⁵⁵ Da also die Anzahl der Wiederholungen individuell unterschiedlich ist, kann sie als genetischer Polymorphismus für den Nachweis von Verwandtschaftsbeziehungen verwendet werden. Bei der Berechnung der Wahrscheinlichkeit für eine direkte Vererbung von Merkmalen wird stets ein statistischer Vergleich mit der Verteilung der verschiedenen Formen der Polymorphismen in der jeweiligen Population herangezogen.

Soll ein Vaterschaftstest ein möglichst genaues Ergebnis liefern, so benötigt man Blutproben von Vater, Mutter und Kind. Wird nur eine Probe von Vater und Kind verglichen, kann es eher zu Fehlern kommen und die Vaterschaft generell nur mit einem geringeren Maß an Wahrscheinlichkeit bestätigt werden. Nach den gültigen Richtlinien müssen von den Personen für einen Vaterschaftstest jeweils zwei Blutproben genommen werden, damit bei Bedarf eine unabhängige Überprüfung der Ergebnisse möglich ist.

Die Zahl der gerichtlich beauftragten Vaterschaftstests hatte in Deutschland im Jahr 2000 ihr Maximum erreicht, mit bis dahin etwa 15.000 Tests jährlich, danach gab es nur noch ungefähr die Hälfte.⁴⁵⁶ Die private Nachfrage nach genetischen Vaterschaftstests hatte im Jahr 2003 ihren Höhepunkt. Orel vermutet, dass zu Anfang ein gewisser Nachholbedarf vorlag und die Nachfrage deshalb danach wieder gesunken ist.⁴⁵⁷ Sie hat auch Schätzungen über die Verbreitung von privaten genetischen Tests aus den Medien sowie von privaten Laboren und öffentlichen Instituten zusammengetragen: Jährlich wurden in Deutschland insgesamt zwi-

455 Fabricius 2002, 378. Zum Vergleich der Wiederholungen werden die RFLP-Technologie (*restriction fragment length polymorphism*) und die STR-Technologie (*single tandem repeat*, auch Mikrosatelliten-Polymorphismen genannt) verwendet.

456 Vgl. Orel 2008, 17.

457 Vgl. ebd., 18.

schen 20.000 und 50.000 genetische Vaterschaftstests durchgeführt, mit einem Umsatz von bis zu 45 Millionen Euro. Die Schätzungen darüber, welcher Anteil der Tests heimlich durchgeführt wurde, divergieren sehr stark und sind nicht verlässlich.⁴⁵⁸ In den 1990er Jahren kosteten die gerichtlich beauftragten Tests noch 5.000 bis 6.000 D-Mark, private kosteten damals 3.000 bis 5.000 D-Mark. Heute belaufen sich die Kosten für die gerichtlichen Tests auf knapp 1.000 Euro. Private Tests sind ab etwa 200 Euro erhältlich.

5.2.3.1 *Ausschluss oder Nichtausschluss der Vaterschaft*

Die Regeln der Vererbung, auf denen die Blutgruppen- und Antigen-systeme wie auch die genetischen Testsysteme beruhen, erlauben die Berechnung der Wahrscheinlichkeit für eine direkte Vererbung, also für eine Verwandtschaft ersten Grades. Jeder Erbgang weist eine unterschiedlich hohe Wahrscheinlichkeit auf, bestimmte Erbgänge können sogar ausgeschlossen werden. Dazu sind ferner bevölkerungsstatistische Erkenntnisse sehr wichtig, denn Polymorphismen bestimmter Merkmale treten in manchen Bevölkerungen häufiger auf als in anderen – diese Verteilung zu kennen macht das Ergebnis eines individuellen Vergleichs in einem System mehr oder weniger spezifisch.⁴⁵⁹

Für Gutachten nach den aktuellen Richtlinien der GEKO von 2012⁴⁶⁰ sind beim Vergleich von mindestens 15 Stellen mindestens vier Ausschlusskonstellationen erforderlich, um zu dem Ergebnis zu kommen, dass die Vaterschaft ausgeschlossen werden kann. Der Hintergrund dieser Anforderung: Mutationen können die regelmäßige Wahrscheinlichkeitsverteilung stören. Sie führen dazu, dass das Erbgut der Kinder Eigenschaften aufweisen kann, die bei keinem der beiden Elternteile vorliegen. Eine Ausschlusskonstellation kann also auch durch eine Mutation verursacht werden, nicht nur durch eine fehlende Abstammung. Ferner muss ein zweiter Test mit einer zweiten Probe der gleichen Personen erfolgen. Ist das Ergebnis ebenso negativ, so wird die „kombinierte Allgemeine Vaterschafts-Ausschließungs-Chance (AVACH)“ berechnet, die „mindestens 99,999 % betragen“ muss.⁴⁶¹

Bei der Untersuchung geht man von gewissen Voraussetzungen aus: „Üblicherweise wird bei der Berechnung vorausgesetzt, dass als Alternati-

458 Vgl. ebd., 18 ff.

459 Vgl. Hohloch 2002, 407 f.; Grün 2003, 188. Die Gutachter greifen auf Datenbanken wie die der Universität Düsseldorf (Institut für Rechtsmedizin, Wolfgang Huckenbeck und Hans-Georg Scheil) zurück: „The Distribution of the Human DNA-PCR Polymorphisms – a Worldwide Database“. <http://www.uni-duesseldorf.de/WWW/MedFak/Serology/dna.html> (05.10.2013).

460 Diese Angaben wurden für die Veröffentlichung im Jahr 2013 aktualisiert.

461 Vgl. GEKO 2012, 5.

ve zur Vaterschaft des untersuchten Mannes nur eine ganz andere, mit dem Untersuchten nicht verwandte Person in Frage käme.“⁴⁶² Sofern die Möglichkeit besteht, dass ein alternativer Vater mit dem untersuchten Mann verwandt ist, müssen die zu prüfende Hypothese und die Alternativhypothese entsprechend anders formuliert werden, wenn die Berechnung der Vaterschaftswahrscheinlichkeit aussagekräftig sein soll.

Für den „Nichtausschluss“ der Vaterschaft schreiben die Richtlinien einen Grenzwert vor: „Ein W[ahrscheinlichkeits]-Wert $\geq 99,9\%$ [...] oder analoge statistische Maßzahlen entsprechen dem verbalen Prädikat ‘Verwandtschaftshypothese praktisch erwiesen’.“⁴⁶³ Abschließend kann mit Beitzke festgehalten werden, was auch schon für die serologischen Gutachten galt: „Der negative Abstammungsbeweis kann auf verschiedene Weise sicher geführt werden, der positive [...] mit einer für praktische Bedürfnisse genügend hohen Wahrscheinlichkeit.“⁴⁶⁴ Es gibt also im strengen Sinn nur Vaterschafts-Ausschlussverfahren, keinen wissenschaftlichen Beweis für eine Abstammung. Die Richtlinien nennen das positive Ergebnis „Nichtausschluss“: Die Vaterschaft des getesteten Mannes kann nicht ausgeschlossen werden.⁴⁶⁵ Daher weist Grün darauf hin, dass verbale Prädikationen wie „praktisch erwiesen“, mit denen die Sachverständigen ihre Abstammungsgutachten zusammenfassen dürfen, von Richtern mit Vorsicht zu behandeln seien. Letztlich müssen Richter die Gesamtheit der vorgebrachten Beweise und Umstände würdigen und daraus eine Entscheidung fällen. Dadurch wird die formale Unabhängigkeit der juristischen Entscheidung von den Expertengutachten betont.⁴⁶⁶

5.2.3.2 *Richtlinien: Regelungsversuche und Zertifizierungsfragen*

Im Jahr 2002 haben einige Sachverständige für Abstammungsgutachten aus den öffentlichen Instituten gemeinsam mit Vertretern der Bundesärztekammer und dem Robert-Koch-Institut die amtlichen „Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten“ aktualisiert.⁴⁶⁷ Dabei haben sich die Sachverständigen verpflichtet, keine Tests ohne Identifikation und Einverständniserklärung aller Familienmitglieder durchzuführen. Wer Vaterschaftstests ohne Einwilligung aller untersuchten Personen (also: heimlich) durchgeführt hat, handelte zu dieser Zeit gegen die Richtlinien, was aber noch keine Straftat darstellte, da man sich in einem rechtsfreien Raum bewegte: Der Status der Richtlinien und damit ihre Geltungswir-

462 Fabricius 2002, 380.

463 GEKO 2012, 7; s. a. Geserick 2002, 382.

464 Beitzke 1978, 25.

465 GEKO 2012, 7, Punkt III.9.2.

466 Vgl. Grün 2003, 192.

467 „Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten“ vom 08.03.2002, veröffentlicht im DÄBl 2002, A 665.

kung waren umstritten.⁴⁶⁸ Seit Inkrafttreten des Gendiagnostikgesetzes im Jahr 2010 ist es nun bei Strafandrohung verboten, Tests ohne vorherige Information und Einwilligung aller Beteiligten durchzuführen. Schon 2008 wurde in dem neuen „Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“ (§ 1598 a BGB) festgelegt: Bei gerichtlich genehmigten Tests muss die Probenentnahme durch einen Arzt erfolgen, der die Identität der Personen feststellt.

Seit Juli 2012⁴⁶⁹ gibt es die neue Richtlinie der Gendiagnostik-Kommission (GEKO), die die „Anforderungen an die Durchführung genetischer Analysen zur Klärung der Abstammung und an die Qualifikation von ärztlichen und nichtärztlichen Sachverständigen gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 4 und Nr. 2b GenDG“ beschreibt. Die Sachverständigen müssen seit Februar 2011 eine Akkreditierung vorweisen, diese stellt inzwischen die Deutsche Akkreditierungsstelle (DAkkS) aus. Zuvor gab es eine unabhängige „Kommission zur Feststellung der Qualifikation von Abstammungsgutachtern“ (KFQA), die auf Antrag die wissenschaftliche und praktische Qualifikation eines Sachverständigen überprüfte.

Das Kieler Institut für Rechtsmedizin hatte im Jahr 2006 Testergebnisse von privaten Anbietern von Vaterschaftstests überprüft. Das Institut hat in einigen Fällen, in denen es für ein Gericht ein Gutachten erstellt hat, sein Ergebnis mit dem Ergebnis eines privaten Tests verglichen, den die Betroffenen schon vorher hatten durchführen lassen. Dabei haben die Kieler Rechtsmediziner festgestellt, dass die billigen Anbieter in vielen Fällen ihr Urteil auf unvollständige Analysen gestützt oder auch gravierende Fehler gemacht haben: Unter den 41 überprüften Tests gab es ein falsch-positives und ein falsch-negatives Ergebnis.⁴⁷⁰ Dies bedeute nicht, dass alle privaten Anbieter schlechte Arbeit leisten, sondern dass es wichtig sei, die Qualität der Labore zu überwachen, betont die Studie.

5.2.4 Vom Geständnis zum Gutachten

Die hier geschilderte Geschichte der Techniken der Vergewisserung über Vaterschaft kann man zusammenfassen als eine Verlagerung der Beweisebene vom sozialen Raum in das Körperinnere und vom Gericht ins Labor

468 Z. B. war fraglich, ob es sich um öffentlich-rechtlich gültige Verwaltungsvorschriften handelte (Rittner/Rittner 2002, 1747). Hauptsächlich war es eine Selbstverpflichtung der Sachverständigen. Köppelle behauptet, einzelne Mitglieder des Bundesverbands der Sachverständigen hätten damals auch heimliche Tests angeboten und die Selbstverpflichtung unterlaufen (Köppelle 2004).

469 Diese Angaben wurden für die Veröffentlichung im Jahr 2013 aktualisiert.

470 Vgl. Studie des Kieler Instituts für Rechtsmedizin von 2006. Bei der falsch-negativen Begutachtung kann es sich jedoch auch um einen Betrugsversuch gehandelt haben, merken die Rechtsmediziner an: Beim privaten Test ohne Identitätsfeststellung wurde ggf. eine Probe von einer anderen Person abgegeben.

bzw. in den Familienalltag: Waren es am Anfang Geständnisse, Zeugenaussagen und Eide, die in den Gerichten als Beweismittel funktionierten, so sind es heutzutage fast nur noch die genetischen Gutachten. Untersucht wird das Erbgut im Zellkern. Die Vergewisserung beruht damit auf einer Technik, die ganz objektiv arbeitet: Man ist unabhängig von den Aussagen und dem Wissen anderer und kann einen Test – verbotenerweise – sogar machen, ohne die andere Person zu informieren, weil man die Probe ganz dezent und unauffällig einsammeln kann. Man überprüft die Erzeugerschaft mit einem Test und gibt der Verantwortung, die ein Mann als Vater bereits übernommen hat oder übernehmen will, nur nachrangige Bedeutung.

Das Ergebnis des Tests ist aber kein individuelles Wissen, sondern betrifft die Beziehung zwischen drei Personen. Es ist etwas anderes als ein genetischer Test, der etwa das individuelle Vorhandensein eines Brustkrebsgens ermittelt. Darauf hat z. B. Tolmein hingewiesen, der daraus ableitet, dass der Test auch nur mit Einverständnis aller dieser Personen gemacht werden dürfe.⁴⁷¹ Dank der Verhütungsmethoden ist Sex heute eine eher individuelle Entscheidung.⁴⁷² Bei dieser Perspektive verwundert es nicht, dass man die Entscheidung über die Durchführung eines Vaterschaftstests auch für eine ganz individuelle halten könnte, weshalb man ferner annehmen könnte, einen solchen Test dürfe man dann auch heimlich, nur für sich durchführen. Dabei gerät aus dem Blick, dass das Wissen über die Abstammung ein Wissen über eine Beziehung ist, also ein Wissen, das ein Verhältnis zu anderen betrifft.

Bei Klagen zur Feststellung einer unehelichen Vaterschaft waren die Gerichte früher auf die Auskünfte aus dem Umfeld des vermeintlichen Vaters und der Mutter angewiesen, wenn sie ermitteln wollten, ob der Mann als Vater in Frage kam. Ohne Zeugen oder Geständnisse kamen die Richter nicht weit: Man war auf Beobachtungen angewiesen, die von der sozialen Gemeinschaft gemacht und in ihr kommuniziert worden waren. Im 20. Jahrhundert entstehen verschiedene Techniken: anthropologisch-morphologische Gutachten, Blutgruppentests, serologische Gutachten und später genetische Vaterschaftstests. Als die Gerichte durch serologische und morphologische Gutachten die Abstammung ermitteln lassen können, werden diese Verfahren von Gerichten in Auftrag gegeben und in Gerichtsverfahren benutzt, wobei sie nach festen Regeln als Beweismittel der richterlichen Würdigung unterliegen. Das Testergebnis hat hier einen konkreten Platz in einem vorgegebenen Verfahren unter richterlicher

471 Vgl. Tolmein, *FAZ* vom 15.01.2005. Vgl. auch Abschnitt 6.3.2.2.

472 Zu den Auswirkungen der Verfügbarkeit von Verhütungsmitteln auf das (rechtliche) elterliche Geschlechterverhältnis vgl. auch Iacub 2000.

Aufsicht und mit dem Ziel einer Festlegung oder Änderung eines rechtlichen Status.

Ausgehend von der gerichtlichen Beauftragung in Vaterschaftsfragen, breiteten sich die genetischen Vaterschaftstests Ende des 20. Jahrhunderts im privaten Gebrauch aus: Das Wissen um die Abstammung wurde bezahlbar, leicht verfügbar und interessant. Eine Technik, die für gerichtliche Zwecke entwickelt wurde, wird nun überwiegend privat in Anspruch genommen. Ein rechtsmedizinisches Testverfahren ist zur Alltagstechnik geworden. Genutzt wird es vielleicht zur Vorklärung, ob ein gerichtliches Verfahren überhaupt sinnvoll wäre, oder zur gezielten Klärung einer Frage. Fakt ist jedenfalls, dass die Vaterschaftstests von gerichtlichen Verfahren völlig unabhängig durchgeführt werden. Einige Fragen schließen sich an: Welche Funktion hat dieses Beweismittel dann im privaten Raum? Dient es den Privatpersonen dazu, die Entscheidungsautorität des Familiengerichtes zu übernehmen und selbst über den Fortbestand bzw. die Neuordnung der Familie zu urteilen?

Zu beobachten ist, dass durch diese „Privatisierung“ des Beweismittels „genetischer Vaterschaftstest“ eine zunehmende praktische Vermischung der zu unterscheidenden Konzepte von biologischer, sozialer und rechtlicher Vaterschaft geschieht: Wenn ein Mann erfährt, dass der Vaterschaftstest die Möglichkeit einer Abstammung ausschließt, ist er oft nicht mehr bereit, für dieses „fremde“ Kind Unterhalt zu zahlen oder mit ihm zu leben. Aber die Unterhaltspflicht ergibt sich aus der rechtlichen Vaterschaft, die nach dem Vaterschaftstest weiter besteht.

5.3 Testen aus Gewohnheit und als Serviceangebot

Das hochdeutsche Wort „Têst“ leitet Adelungs *Grammatisch-kritisches Wörterbuch der Hochdeutschen Mundart* von 1780 aus zwei verschiedenen Wortstämmen ab: Einmal vom böhmischen „Testo“, was „Teig, Masse“ bedeutet.⁴⁷³ Als zweiten Wortstamm nennt Adelung eine Verwandtschaft zum lateinischen „testa“ (= Gefäß, Schale) bzw. „testula“ (= Scherbe). In einer weiteren Bedeutung bezeichnet das Wort Test im 19. Jahrhundert „jedes über die chemische Beschaffenheit eines Körpers Aufschluß gebende Reagens“.⁴⁷⁴ Hier sind chemische Reaktionsmittel genannt, die zu Qualitätskontrollen verwendet werden. Als zweiten Eintrag zum Begriff „Test“ findet man in *Pierer's Universal-Lexikon* einen Verweis auf das englische Wort „test“, das damals eine Glaubensprüfung oder -probe be-

473 Artikel „Têst, der“ im *Grammatisch-kritisches Wörterbuch der Hochdeutschen Mundart* Bd. 4, 1801, 558.

474 Artikel „Test“ in *Pierer's Universal-Lexikon* Bd. 17, 1863, 402.

zeichnete.⁴⁷⁵ Hier dürfte der lateinische Wortstamm „testis“ (= Zeuge, Mitwisser) bzw. „testor“ (= zum Zeugen nehmen, bezeugen, beweisen) maßgeblich gewesen sein. Das englische „test“ geht zurück auf ein Gesetz von 1673: den sogenannten „testact“ (act = Gesetz). Das Parlament wollte mit diesem Gesetz erreichen, dass niemand ein öffentliches Amt übernehmen durfte, der nicht der gleichen Religion angehörte wie der König. 1829 wurde dieses Gesetz wieder abgeschafft.

Meyers Großes Konversationslexikon von 1909 nennt als „Test (1)“ die Schale zur Metallschmelze und verweist unter „Test (2)“ auf den im „Petroleumhandel“ gebräuchlichen „fire-test“.⁴⁷⁶ Das Verfahren prüft „die Temperatur, bei der Erdöl entzündliche Dämpfe entwickelt“.⁴⁷⁷ Man verwendete diesen Test, um die Echtheit des Öls zu überprüfen. Im Laufe des 20. Jahrhunderts wurde „Test“ dann weniger spezifisch im chemischen und materialwissenschaftlichen Bereich verwendet, dafür aber bekam er eine besondere Bedeutung als psychologisches Instrument.⁴⁷⁸

Während man aus dem pädagogischen und psychologischen Bereich Tests vorwiegend als von Autoritäten wie Lehrern oder Arbeitgebern eingesetzte und für den Betroffenen unangenehme Bewertungsinstrumente kennt und aus dem medizinischen⁴⁷⁹ und naturwissenschaftlichen Bereich Tests etwa als Qualitätskontrolle von Substanzen durch Experten bekannt sind, wurde es gegen Ende des 20. Jahrhunderts üblich, Tests überall und auch auf sich selbst anzuwenden. Mit den Worten von Baudrillard: „Überall dasselbe ‘Szenario’, das Szenario von ‘trial and error’ (wie bei den Meerschweinchen im Labortest), ein Szenario der Wahlmöglichkeiten, die überall geboten werden (‘Testen Sie Ihre Persönlichkeit!’) – überall der Test als fundamentale gesellschaftliche Form der Kontrolle durch unendliche Teilbarkeit der Verfahrensweise und der Antworten.“⁴⁸⁰ Man braucht keine Experten und findet Tests nicht mehr unangenehm, sondern ist neugierig, etwas über sich zu erfahren. In Zeitschriften und Magazinen sowie in der Ratgeberliteratur haben psychologische Persönlichkeitstests Hochkonjunktur.⁴⁸¹ Dies beginnt bei Jugendmagazinen wie *Bravo* und zieht sich durch alle Sparten und Altersklassen bis hin zu Seniorenzeitschriften wie der *Apotheken-Umschau*: Man wächst mit Selbst-Tests auf.⁴⁸²

475 Vgl. Artikel „Test [2]“ in *Pierer’s Universal-Lexikon* Bd. 17, 1863, 402.

476 Artikel „Test“ in *Meyers Großem Konversations-Lexikon* Bd. 19, 1909, 435.

477 Artikel „Fire-test“ in *Meyers Großem Konversations-Lexikon* Bd. 6, 1906, 596.

478 Zu Tests und Prüfungen im pädagogischen und psychologischen Kontext um 1900 vgl. Kaminski 2010b.

479 Vgl. Gehring 2006, 97: „Inzwischen gleicht schon die ganz normale Schwangerschaft einem medizinischen Testparcours.“

480 Baudrillard 1982, 97.

481 Vgl. Lemke 2004, 268 f.

482 Man könnte diese Form des Testens auch als „Selbst-Technik“ oder „Technologie des Selbst“ bezeichnen (vgl. Foucault 1993).

Auf einer privaten Seite im Internet wird sogar ein Blutgruppentest zum Selbst-Durchführen angeboten, der auch als Vaterschaftstest verwendet werden kann: „ein Übungs-Programm zum Thema Genetik im Fach Biologie für Schüler. Man kann damit auch einen a-priori-Vaterschaftstest durchführen“.⁴⁸³

Nicht nur psychologische Persönlichkeitstests, Schwangerschafts- und Diabetestests, auch einen Vaterschaftstest kann man selbst durchführen, da man ohne Expertenhilfe die notwendigen Proben gewinnen kann. Man braucht dafür weder eine ärztliche Überweisung noch eine medizinische Diagnostik, weder eine behördliche Genehmigung noch eine richterliche Erlaubnis. Solange die anderen Personen zustimmen, sind Vaterschaftstests als solche weder medikalisiert noch kriminalisiert oder bürokratisiert. Zahlenmäßig überwiegen die privaten Tests seit etwa 2003 gegenüber gerichtlich beauftragten.⁴⁸⁴ Das Testen ist eine Haltung, die selbstverständlich geworden ist, aber das Ergebnis, das ein Vaterschaftstest liefert, ist etwas anderes als z. B. eine Aussage über die eigene Persönlichkeit. Da das Wissen über die Abstammung sehr weitreichende Konsequenzen haben kann und da neben der rechtlichen auch eine beliebige andere Verwendung des Wissens – unter Umständen sogar erpresserisch – denkbar ist, ist es erstaunlich, dass die Tests als ganz privat nutzbare Technik angeboten werden dürfen. Wer die Vaterschaft testen möchte, kann verschiedene Gründe haben, und was man mit dem Ergebnis macht, ist ebenso offen. Aus dem ursprünglich gerichtlich angeforderten Beweismittel „Abstammungsgutachten“ ist ein privat und persönlich interessanter Test geworden, der prinzipiell zweckfreies und verwendungsoffenes Wissen generiert. Mit Lemkes Worten: „Tests sind immer mehr als empirische Zustandsbestimmungen [...]. Die Testergebnisse stehen nicht für sich, sondern sie liefern Informationen“ für weitere Handlungen.⁴⁸⁵

Die alltägliche Selbstverständlichkeit des Testens hat Auswirkungen, so Lemke: Tests „institutionalisieren eine ‘kritische’ Haltung, die alles und jeden einem nachvollziehbaren Untersuchungsverfahren aussetzt.“⁴⁸⁶ Organisationen wie *Stiftung Warentest* oder die Zeitschrift *Öko-Test* testen ihrerseits – auch Vaterschaftstests. Der Testbericht, den *Öko-Test* 2003 über private Vaterschaftstest-Labore veröffentlicht hat, die nicht dem Bundesverband der Sachverständigen für Abstammungsgutachten e. V. angehörten, hat zu Manipulationsvorwürfen und letztlich sogar zu einer Klage gegen den Verlag geführt.⁴⁸⁷ Über die Qualität der Vater-

483 <http://www.freeware-archiv.de/Blutgruppentest-Verwandte.htm> (05.10.2013).

484 Vgl. Orel 2008, 17 ff. sowie Abschnitt 5.2.3.

485 Lemke 2004, 267.

486 Ebd., 268.

487 Vgl. Franck 2003 (in *Öko-Test*). Ein schlecht bewertetes Labor klagte vor dem OLG Frankfurt gegen den Verlag, aber die Klage wurde schließlich zurückgewie-

schaftstests darf man streiten, was auch die Gutachter in den Diskussionen über ihre Richtlinien und Leitlinien gern tun. An der Erforderlichkeit des Testens selbst wird aber nicht gezweifelt. Im Gegenteil: Labore, die Tests anbieten, führen regelrechte Werbekampagnen durch. Sie haben schließlich auch daran mitgewirkt, eine „kritische Haltung“ gegenüber der (nicht überprüften) Vaterschaft zu verbreiten: „Ist es wirklich Ihr Kind?“

Rechtsmedizinische Institute haben ihre Tests zwar immer auch schon für Privatpersonen durchgeführt. Dafür nahmen sie aber – wie bei einem gerichtlichen Auftrag – hohe Gebühren. Private humangenetische Labore haben Ende der 1990er Jahre günstige und diskrete Tests angeboten, für die eine Blutabnahme und eine Identifikation durch Ärzte nicht erforderlich waren. Ohne diese günstigen Angebote hätte es die Welle heimlicher Vaterschaftstests in den Jahren ab 2000 nicht geben können: Ausgaben von 3.000 bis 5.000 D-Mark ließen sich kaum geheim halten. Private Tests kosten inzwischen kaum mehr als 200 Euro, also einen Bruchteil dieser Summe. Die Umsätze, die die deutschen Labore durch Vaterschaftstests insgesamt erreichen, wurden auf über 40 Millionen Euro jährlich geschätzt.⁴⁸⁸ Auf Werbung der Labore für Vaterschaftstests trifft man überall, besonders im Internet, bspw. wenn man nach Begriffen und Zusammensetzungen mit „Vater“ oder „Vaterschaft“ sucht. Somit sind Vaterschaftstests eine allseits verfügbare Dienstleistung, auf die man vielerorts hingewiesen wird. Dieser Dienstleistungssektor ist überraschend entstanden. Es gab die automatisierten Testverfahren, eine Marketing- und Versandstruktur ließ sich über das Internet schnell und ohne großen personellen Aufwand aufbauen – eine leicht finanzierbare Gründungsidee mit überschaubarem Risiko. Neben den etablierten und in einem Verein organisierten alteingesessenen Instituten bildeten sich junge kleine Unternehmen, die eine Marktlücke entdeckten.

Gewissheit oder Sicherheit – das sind die Stichworte, mit denen die Labore werben. Es wird Wissen produziert, das dem Kunden Sicherheit verspricht. Diese Sicherheit liegt allerdings nur auf einer ganz speziellen Ebene, denn mit dem Testergebnis sind nicht alle Fragen beantwortet. Über die biologische Abstammung gibt es dann zwar keine Zweifel mehr. Aber vielleicht entstehen neue – etwa über den Umgang mit dem „fremden“ und doch auch eigenen Kind. Oft stellen sich auch im Verhältnis zur Partnerin neue Fragen, und man fragt sich vielleicht hinterher, warum man diesen Test machen wollte.

sen (OLG Frankfurt 16 U 24/05 vom 01.08.2005). Siehe dazu die Repliken von Köppelle im *Laborjournal* 2004 und in der *Süddeutschen Zeitung* vom 11.03.2004.

488 Orel 2008, 19. Diese Summe ermittelte Orel aus verschiedenen Schätzungen aus den Jahren 2003 bis 2005.

Offenbar brechen Väter nach einem negativen Testergebnis oft die Beziehung zum Kind ab und leiden zugleich an dieser Trennung. Aber auch noch eine andere Folge ist möglich: Der Mann kann nach einem entdeckten Betrug seine Partnerin erpressen. Er kann sie damit unter Druck setzen, dass er jederzeit innerhalb der rechtlichen Frist die Vaterschaft rechtskräftig anfechten und damit seine Unterhaltspflicht loswerden könnte.⁴⁸⁹ Dieses Erpressungspotential ist durch das Verbot heimlicher Tests wesentlich gemildert, aber auch das neue „Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“ lässt nach Urteil einiger Juristen eine gewisse Druckausübung offen, da nicht festgelegt ist, in welchem Zeitraum nach Erhalt der Testerlaubnis der Test auch wirklich durchgeführt werden muss und da die Anfechtungsfrist (2 Jahre) für sechs Monate gehemmt, sprich: verlängert wird.⁴⁹⁰

Neben der privaten Nachfrage nach Vaterschaftstests aufgrund von Zweifeln der Väter gibt es auch einen anderen Zusammenhang, in dem Abstammungstests von Interesse sind: Durch die Methoden der künstlichen Befruchtung und die Angebote von Eizell- und Samenspenden haben inzwischen viele Eltern „Wunsch Kinder“, ohne dass diese genetisch mit ihnen verwandt sind. Hier sind eigene Nachfragemärkte entstanden: Kinder, die mit Hilfe von Samenspenden gezeugt wurden, kontaktieren sich weltweit z. B. über das „Donor Sibling Registry“-Portal⁴⁹¹ und machen anschließend vielleicht einen Halbgeschwister-Test, d. h. einen genetischen Test, der überprüft, ob sie vom gleichen Vater abstammen könnten. Auch können bei Männern, die Samen gespendet haben, plötzlich einige Kinder vor der Tür stehen und über einen Vaterschaftstest die Abstammung klären wollen.⁴⁹² Das gleiche Szenario ist denkbar bei Frauen, die Eizellen gespendet haben. Eine humangenetische Technik – Reproduktionsmedizin – liefert somit die Kunden und den Nachfrageanlass für eine zweite – das genetische Abstammungsgutachten. Dazu kommt, dass beide Techniken den Aspekt des „genetisch eigenen Kindes“ bzw. der biologischen Elternschaft stark machen, und zwar die Reproduktionsmedizin, indem sie solche Paare zu biologischen, also „richtigen“ Eltern macht, die es ohne technischen Eingriff nicht werden könnten, und die genetischen Vaterschaftstests, indem sie den biologischen, also den „wirklichen“ Vater sichtbar werden lassen.⁴⁹³

489 Vgl. Gehb, Rede in: Deutscher Bundestag, Protokoll der 145. Sitzung, 21.02.2008, 15335 f.

490 Vgl. Schwab 2008. Zu Details vgl. Abschnitt 6.3.2.4.

491 <http://www.donorsiblingregistry.com> (05.10.2013).

492 Vgl. Mühl, *FAZ* vom 02.08.2008.

493 Zum Zusammenhang von Reproduktionsmedizin und Vaterschaftstests vgl. Gehring 2006, 96. Zum „genetisch eigenen Kind“ vgl. Saborowski 2004.

Mit den privaten Laboren für Abstammungsbegutachtung hat sich eine Branche entwickelt, deren Serviceleistungen darin bestehen, gegen Bezahlung eine Vergewisserung zu ermöglichen. Während dieses Wissen normalerweise im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens verwendet wird, ist außerhalb der Gerichtsmauern unklar, wofür man dieses Wissen haben möchte – zumal es ein Wissen ist, das die Beziehung von mehreren Personen zueinander betrifft.

5.4 Zusammenfassung

Die Geschichte der Techniken der Vergewisserung über Vaterschaft zeigt einige interessante Zusammenhänge. Gerichte kannten in der Zeit vor und um 1800 herum eine vielfältige Mischung von Verfahrensweisen, mit denen sie in Fällen unklarer Vaterschaft eine Beweisführung zusammenstellten. Dazu dienten ihnen Geständnisse, Zeugenaussagen, väterliche Verhaltensweisen des vermuteten Vaters, Eide, teilweise auch ärztliche Gutachten. Die Vergewisserung über Vaterschaft verlagerte sich in der Zeit um 1800 aus den Strafverfahren in die Zivilverfahren: Wo der uneheliche Verkehr als „Unzucht“ unter Strafe stand, war die Feststellung des Mannes, der mit der Mutter verkehrt hatte, zumeist eine Frage im Rahmen eines Strafverfahrens. Als dieser Straftatbestand abgeschafft wurde, was in Preußen in den 1780er Jahren der Fall war, wurden zivilrechtliche Ansprüche für uneheliche Kinder und ihre Mütter geschaffen – Unterhaltsklagen entstanden im Bereich des Zivilrechts und hatten einen anderen Hintergrund: Klagte vorher die Obrigkeit gegen ein Paar, das sich strafbar gemacht hatte, so konnte nun eine Frau gegen einen Mann klagen, von dem sie außerhalb einer Ehe ein Kind erwartete.⁴⁹⁴

Man könnte diese Veränderung auch folgendermaßen charakterisieren: Zivile Vaterschaftsfeststellungsklagen stellen eine moderne Klageform dar. Ohne die zivilrechtlich formulierten Ansprüche von unehelichen Kindern und ihren Müttern hätte es diesen neuen Typ von Klagen nicht gegeben und ebenso wenig die Notwendigkeit, effektivere Techniken zur Vergewisserung über Vaterschaft zu erfinden. Der Druck auf die Gerichte, einen Unterhaltspflichtigen zu finden, nahm zu, je mehr Leistungen die unverheirateten Mütter aus der öffentlichen Kasse beziehen konnten. Die eigene Suche nach Beweisen wurde in Vaterschaftsklagen zur Aufgabe der Familiengerichte („Amtsermittlungsgrundsatz“).⁴⁹⁵

494 Dass für einen unverheirateten Mann derartige Pflichten aus einem außerehelichen Geschlechtsverkehr entstehen konnten, bedeutete eine große Einschränkung der – sonst relativ freien – außerehelichen Sexualität, betont Iacub (2000).

495 Vgl. Abschnitt 6.3.1.1 zur Vaterschaftsfeststellung.

Die serologischen und genetischen Vaterschaftstests, die in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts entwickelt wurden, wurden zuerst von den Gerichten bei ihren amtlichen Ermittlungen genutzt. Die Automatisierung der Test-Verfahren führte gegen Ende der 1990er Jahre dann aber dazu, dass kleine Labore mit günstigen Preisen für private Vaterschaftstests warben – und eine große Nachfrage auslösten. Die Vaterschaftstests rückten dabei aus dem gerichtlichen Kontext heraus und wurden zu einer Dienstleistung, die man privat in Anspruch nehmen kann. Über das Internet bestellt man sich kostenlos ein Test-Kit, informiert sich unverbindlich und kann dann entscheiden, ob man die Angehörigen fragt und Proben einschickt. Die Möglichkeit, sich problemlos und diskret mit einem Test über die Vaterschaft zu vergewissern, stellt sich neben die vielen Persönlichkeitstests, an die man sich schon gewöhnt hatte. Auch „Gewissheit“ ist ein wirksamer Slogan für die Verbreitung der privaten Vaterschaftstests. Was spräche schon gegen Gewissheit? Testen als Technik hat sich unangreifbar gemacht und als Haltung habitualisiert. Gestritten wird stattdessen nur noch über die Qualitätsstandards von Tests.

6. Vaterschaft und genetische Vaterschaftstests im Familienrecht des BGB heute

6.1 Einleitung

Seit den 1990er Jahren kann man mit Hilfe des genetischen Vaterschaftstests relativ einfach die Wahrscheinlichkeit für eine Verwandtschaft zwischen zwei Personen bestimmen. Da im Unterschied zu den serologischen Gutachten für eine genetische Abstammungsbegutachtung nicht notwendigerweise eine Blutprobe entnommen werden muss, können auch Laien Proben für eine solche Begutachtung sammeln: Kaugummi, Schnuller und Zahnbürsten enthalten meist ein paar Mundschleimhautzellen, die für eine Untersuchung ausreichen. So ist es möglich, eine Probe von jemandem zu nehmen und untersuchen zu lassen, ohne dass dieser es merkt. Für viele war diese Möglichkeit der heimlichen Abstammungsklärung sehr attraktiv, da sie ihre Zweifel nicht öffentlich machen mussten und die Vaterschaft einfach überprüfen lassen konnten.

Nicht zuletzt angesichts einiger Gerichtsverfahren in den späten 1990er und frühen 2000er Jahren entstand eine kontroverse öffentliche Diskussion darüber, ob solche heimlichen Tests Rechte von Kind und Mutter verletzen und deshalb verboten werden sollten. Auch die Juristen waren sich nicht einig: Einige hielten heimliche Tests für besser geeignet, den Familienfrieden zu schützen, andere sprachen sich gegen heimliche Tests aus. In den Medien wurden immer wieder spektakuläre Einzelfälle vorgestellt, in denen ein (heimlicher) Test verunsicherte Väter, Mütter, Kinder, ja gar Geschwister, Großeltern und neue Partnerinnen von ihren Zweifeln erlöste.⁴⁹⁶ Ein populärwissenschaftlicher Rechtsratgeber behauptet: „[E]s sind Hunderte, Tausende, [...] Millionen von Einzelschicksalen.“⁴⁹⁷ Angesichts einer regelrechten Welle von Medienberichten über diese bewegenden Schicksale gerät leicht in den Hintergrund, dass derartige Dramen um die Abstammung eher selten sein dürften. Sie haben vermutlich durch ihre Seltenheit und Dramatik einen hohen Erbauungs-

496 Vgl. die Beispiele in Haas/Waldenmaier 2004, Turney 2007, sowie z. B. die *Spiegel*-Dossiers vom 12.01.2004 und 24.01.2005.

497 Haas/Waldenmaier 2004, 8. Wann und wo diese vielen Schicksale zu finden sind, wird im Unklaren gelassen.

wert. Schon in den antiken Dramen waren Verwirrungen um die Abstammung ein beliebtes Thema.⁴⁹⁸

Wie bereits erwähnt, werden nicht nur in den Medien verschiedene Meinungen über heimliche Vaterschaftstests diskutiert, auch rechtlich war die Zulässigkeit dieser heimlichen Tests umstritten. Die Klage zweier Väter, die 2002 nach einem heimlichen Vaterschaftstest mit negativem Ergebnis ihre Vaterschaft anfechten wollten, ging durch alle Instanzen, über den Bundesgerichtshof bis hin zum Bundesverfassungsgericht. Diskutiert wurde dabei insbesondere die Kollision der Grundrechte von Vater und Kind: Der Vater möchte die Vaterschaft überprüfen, denn er beansprucht ein Recht auf Kenntnis der Abstammung, aber das Kind hat ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung und darf zum Wissen über seine Abstammung nicht gezwungen werden. Darf der Vater heimlich testen? Und darf ein solcher heimlicher Test mit negativem Ergebnis als Anfangsverdacht im Anfechtungsverfahren verwertet werden? Wenn heimliche Tests nicht erlaubt sind: Müsste es nicht eine Alternative zur Anfechtung geben, wenn der Vater nur die biologische Abstammung klären will, ohne die rechtliche Vaterschaft anzufechten? Der Bundesgerichtshof hat 2005 in den Fällen der beiden klagenden Väter entschieden, dass das Ergebnis eines heimlichen Vaterschaftstests nicht als Anfangsverdacht geeignet ist. Diese Entscheidung hat die – über die konkrete Frage nach der Verwendbarkeit von heimlichen Tests als Anfangsverdacht hinausgehende – Frage offengelassen, ob die heimlichen Tests auch allgemein einen Rechtsverstoß darstellen.

Um den Vätern eine Möglichkeit zu geben, auch bei fehlender Zustimmung der Partnerin zu einem Test ihre Vaterschaft zu klären, müsse ein alternativer, legaler Weg geschaffen werden, stellte das Bundesverfassungsgericht 2007 in seinem Urteil zu diesen Fällen fest. Prinzipiell sei das Recht des Vaters auf Kenntnis der Abstammung höher zu bewerten als das Recht des Kindes auf informationelle Selbstbestimmung. Dies legitimiere aber nicht die Durchführung heimlicher Tests. Der Gesetzgeber wurde daher aufgefordert, die in diesem Punkt für verfassungswidrig erklärte Gesetzeslage zu verändern und Vätern eine legale Klärungsmöglichkeit zu schaffen.

Die höchste richterliche Instanz regelte mit ihrem Urteil die Folgen der Nutzung einer neuen Technik und dadurch sichtbar gewordene Grundrechtskonflikte. Die Möglichkeit der Klärung der biologischen Abstammung durch genetische Vaterschaftstests betrifft das Recht, weil Verwandtschaft und Vaterschaft traditionell rechtliche Begriffe sind. Durch die Vaterschaftstests wird die Abstammung, die bisher Gegenstand

498 Zimmermann (1990) und Ogorek (2005) verweisen in Motto bzw. Titel ihrer Arbeiten über Vaterschaftstests auf Telemachos, der in Homers *Odyssee* Zweifel daran äußert, ob Odysseus sein Vater ist.

einer rechtlichen Vaterschaftsvermutung war, überprüfbar – und zwar auch auf eigene Initiative von Privatpersonen. Es gilt zu regeln, wer die neue Klärungsmöglichkeit unter welchen Umständen nutzen darf und welche Folgen es haben soll, wenn ein Test die Vaterschaft ausschließt. Wie werden sich die rechtliche Vaterschaft und Vaterschaftsvermutung durch die Klärungsmöglichkeit verändern? Seit 2008 ist in Deutschland das „Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“ in Kraft, das jedem Familienmitglied die Möglichkeit gibt, unabhängig von dem Willen der anderen einen Vaterschaftstest durchzuführen. Das Gesetz reguliert die Nutzung von Vaterschaftstests, um damit das Vertrauen in der Familie und die Vaterschaftsvermutung zu schützen. Bei der Regelung von Verwandtschaft im Familienrecht wird etwas anderes als die biologische Abstammung zugrunde gelegt, nämlich Willenserklärungen (wie Eheschließung oder Anerkennung) und existierende sozial-familiäre Beziehungen (also bestimmte Arten von Lebensverhältnissen, aus denen das Recht Schutz, Ansprüche oder Verpflichtungen ableitet). Da das Wissen um die Abstammung an und für sich keine rechtliche Bedeutung hat, hat der Gesetzgeber das neue Klärungsverfahren ohne Rechtsfolgen gestaltet.

Das „Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“ wurde in mehrfacher Hinsicht als erstaunlich bewertet: Eine rechtsfolgenlose Tatsachenfeststellung ist ein Fremdkörper im Recht, das sich eigentlich nur mit Geltung, nicht mit der Wahrheit von Tatsachen befasst.⁴⁹⁹ Ferner könnte man sich darüber streiten, ob ein Recht auf Kenntnis der Abstammung überhaupt existiert und aus dem Persönlichkeitsrecht abgeleitet werden kann oder ob in dieser Auslegung ein Missverständnis des Persönlichkeitsrechts liegt.⁵⁰⁰ Es ist auch nicht selbstverständlich, dass das Recht auf Kenntnis der Abstammung als Ausfluss aus dem Persönlichkeitsrecht im Kontext des *Familienrechts* eine so große Berücksichtigung erfährt. Vom Rechtsgebiet her könnte man einen Einwilligungsanspruch auch an anderer Stelle unterbringen, z. B. im Verfahrensrecht, worunter auch das neue „Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit“ (FamFG) fällt.

Zu Anfang waren es die Gerichte selbst, die Vaterschaftstests in Auftrag gegeben haben, um in Vaterschaftsfeststellungsprozessen den Mann zu bestimmen, der für das Kind unterhaltspflichtig ist. In der Mehrzahl ging es also um die Etablierung einer rechtlichen Vaterschaft. Darauf folgte die große Testwelle, die von Privatpersonen ausging, die an einer Vater-

499 Zur Diskussion über eine „isolierte Abstammungsfeststellungsklage“ vgl. Abschnitt 6.3.2.4.

500 Diese Vermutung äußert z. B. Ramm 1990, 245; 1989, 1595 f.

schaft zweifelten.⁵⁰¹ Dies geschah oft nach einer Trennung des Vaters von der Mutter und daher mit dem Ziel, eine bereits bestehende Vaterschaft zu überprüfen und ggf. eine Grundlage für eine spätere Anfechtung zu haben.

Viele Autoren vermuten, dass auch das Interesse der Medien für das Thema und die öffentlichkeitswirksame Werbung der Labore dazu beigetragen haben, dass viele einen Vaterschaftstest privat durchgeführt haben, und dass dadurch die rechtlichen Konflikte deutlicher zutage getreten sind. So schreiben Anderlik und Rothstein: „Finally, media attention, in conjunction with the marketing efforts of laboratories, has contributed to the increasing demand for testing by sowing suspicion about paternity and fidelity *and* suggesting that testing is a natural and acceptable response to suspicion.“⁵⁰² Auch die deutschen Gerichte haben sich mit der Frage beschäftigt, wie „normal“ es sei, seine Abstammung überprüfen zu wollen, und wie weit dieses Interesse schützenswert sei.

Nicht zuletzt werden in den Auseinandersetzungen über Vaterschaftstests immer wieder auch Züge einer protestierenden Bürgerbewegung deutlich: Zahlreiche Väter- und Männergruppen werben auf ihren Internetseiten und in ihren Foren für die Nutzung von Vaterschaftstests.⁵⁰³ Sie informieren stets aktuell über die neueste Rechtsprechung, empfehlen Familienrechtsanwälte und erklären, wie die Tests funktionieren. Als die Urteile des BGH und des Bundesverfassungsgerichts 2005 und 2007 ergingen, demonstrierten die Interessenverbände gegen das drohende Verbot der von ihnen „privat“ oder „mutterlos“⁵⁰⁴ genannten heimlichen Tests. Darüber hinaus spenden sie moralische Unterstützung für Leidensgenossen: sowohl für biologische Väter, die um eine rechtliche Anerkennung ihrer Beziehung zum Kind kämpfen, als auch für Männer, die sich betrogen fühlen, weil sie für ein Kind zahlen mussten, das sich als genetisch nicht mit ihnen verwandt erwies.⁵⁰⁵

501 Vgl. dazu Anderlik/Rothstein 2002, 225; Turney 2006, 73 f.

502 Anderlik/Rothstein 2002, 221. Vgl. auch Orel 2008, 25: „Die Werbung schürt den Argwohn bisher ahnungsloser Väter“, wenn Vaterschaftstests als normale Option väterlicher Sorgfalt dargestellt werden.

503 Anderlik und Rothstein beschreiben die Geschichte der Väterrechte-Bewegung („*Fathers' Rights Movement*“), die in den 1970er Jahren begonnen hat: Anderlik/Rothstein 2002, 219 f.

504 „Mutterlos“ zu testen (Engl.: „motherless testing“) ist eine verharmlosende Alternative zur Bezeichnung „heimlicher Test“: Der Ausdruck „mutterloser Test“ geht davon aus, dass der Vater das Recht hat, die Abstammung zu klären, ohne die Mutter einbeziehen zu müssen. Von der Mutter werde keine Genprobe eingesammelt, daher müsse sie auch nicht informiert werden, so die – inzwischen in Deutschland hinfällige – Argumentation.

505 Vgl. z. B. <http://www.pro-test.net> (bundesweites Netzwerk pro Vaterschaftstests), <http://www.vaeteraufbruch.de/> (Väteraufbruch für Kinder e. V.), <http://www.petitiononline.com/majuze/petition.html> (Petition aus dem Jahr 2004 ge-

6.2 Geschichte des Rechts auf Kenntnis der Abstammung

Im Folgenden wird die Rechtsprechung vorgestellt, die zum Abstammungsrecht in der heute aktuellen Form geführt hat. Besonders wird es dabei um die Veränderungen im Anfechtungsrecht gehen, die im Zusammenhang mit der Anerkennung eines Rechts auf Kenntnis der Abstammung standen. Dadurch soll deutlich werden, welche Differenzierungen das Recht im Laufe der letzten Jahre in diesem Bereich entwickelt hat.

6.2.1 Geschichte der Abstammungsklärung im Familienrecht seit 1900

Ein kurzer Blick zurück auf das *Allgemeine Preussische Landrecht* (ALR) zeigt, dass damals die Frage nach der unehelichen Vaterschaft nicht von der Frage der Unterhaltspflicht getrennt wurde. „Dabei geht das ALR von dem Grundsatz aus, daß die Klage gegen den Vater grundsätzlich auf Leistung des Unterhalts, nicht auf bloße Statusfeststellung gerichtet ist und die Anerkennung der Paternität [...] ohne besonderes Verfahren miterledigt wird.“⁵⁰⁶ Im *Usus modernus* war die Lage ähnlich.⁵⁰⁷ Eine isolierte Abstammungsfeststellungsklage kam nicht in Frage. Vielmehr lag die Feststellung des Vaters im Interesse des Staates, der verhindern wollte, dass die Versorgung von Mutter und Kind in die Aufgabe der staatlichen Armenfürsorge fiel.

In der Originalfassung des BGB von 1900 kam die leibliche Abstammung nur im Kontext des Unterhaltsrechts unehelicher Kinder sowie bei der Ehelichkeitsanfechtung vor. Die unehelichen Kinder verband keine Verwandtschaft mit ihrem Vater, aber sie hatten einen Unterhaltsanspruch gegen ihn. Zu diesem Zweck allein wurde die uneheliche Vaterschaft definiert. Vater in diesem unterhaltsrechtlichen Sinn war der Mann, der im Empfängniszeitraum mit der Mutter verkehrt hatte.⁵⁰⁸ Bei eheli-

gen ein Verbot anonymer Vaterschaftstests, Männer- und Jugendzentrale Rosenheim) (alle Links: 05.10.203). Vgl. Turney 2007, 120. Auch wenn bislang eine liebevolle soziale Vaterschaft bestand, können die in den Darstellungen der Vätergruppen und stärker noch die in der Werbung der Testanbieter in den Blick gerückten Elemente einer „Fremdheit“ des eigenen Kindes Väter zum Nachdenken bringen.

506 Leinweber 1978, 240.

507 Ebd., 202 f.: „[W]enn der nichteheliche Vater sich weigert, sein Kind anzuerkennen oder zu alimentieren, so muß zunächst – im allgemeinen von der Kindesmutter – die actio de partu agnoscendo mit dem Ziel der Vaterschaftsfeststellung erhoben werden. Dabei handelt es sich nicht um einen gesonderten Abstammungsprozeß, sondern um eine Vorfrage, die von Richtern im Unterhaltsprozeß mitentschieden werden kann. [...] Das Verfahren entspricht in etwa der heutigen Stufenklage.“

508 Vgl. auch Kapitel 4.3.1.

chen Kindern spielte die leibliche Abstammung nur im Konfliktfall und nur als Ausschlusskriterium eine Rolle. Der Ehemann hatte ein Anfechtungsrecht für den Fall, dass er nachweisen konnte, dass es „offenbar unmöglich“ sei, dass die Mutter das Kind von ihm empfangen hat. „Hinsichtlich eines Anfechtungsrechts der Mutter wurde aufgeführt, dass es ihr nicht gestattet werden dürfe, gegen den Willen des Mannes die Intimsphäre der Eheleute zum Gegenstand eines Gerichtsverfahrens zu machen.“⁵⁰⁹ Der Mann hatte als Einziger das Recht, eine Störung dieser Sphäre anzuzeigen.

Im Laufe des 20. Jahrhunderts gab es relativ wenige Reformen im Familienrecht. Während in der NS-Zeit die Anerkennung eines Rechts auf Kenntnis der „blutsmäßigen Abstammung“⁵¹⁰ rassenideologische Hintergründe hatte und in diesem Sinn die Bedeutung der völkisch „richtigen“ Abstammung zunahm, stellten Gerichte nach dem Zweiten Weltkrieg dar, dass Kinder und Väter ein anerkanntes Interesse daran haben, ihre leibliche Abstammung zu erfahren, weil dieses Wissen für ihre persönliche Identität relevant sei. Auch das Inkrafttreten des Grundgesetzes am 23.05.1949 bot eine neue Grundlage für die Überprüfung des Familienrechts. Ein Verfahren zur Klärung der Abstammung war schon vor der Verfügbarkeit genetischer Abstammungsgutachten diskutiert worden. Gaul erinnert in diesem Zusammenhang an eine Kontroverse zwischen dem Obersten Gerichtshof für die Britische Zone (OGHBZ) und dem Bundesgerichtshof (BGH), der diesen Obersten Gerichtshof ablöste und sich im Jahr 1952 mit dessen Rechtsprechung zur Abstammungsklage in einem Urteil auseinandersetzte. Es ging darum, ob die vom Reichsgericht eingeführte „Klage auf Feststellung der blutsmäßigen Abstammung“ wieder zugelassen werden sollte, was einer isolierten Abstammungsklage gleichkäme. Der OGHZ hatte festgestellt, dass die blutsmäßige Abstammung *kein* „feststellungsfähiges Rechtsverhältnis“ und auch kein „Statusverhältnis“ sei, sondern nur eine „biologische Tatsache“.⁵¹¹ Man dürfe die blutsmäßige Abstammung nicht mit dem Rechtsverhältnis des Vaters zu seinem unehelichen Kind verwechseln.

Das BGH-Urteil aus dem Jahr 1952 wertet dagegen die „blutsmäßige Abstammung“ bei unehelichen Kindern als rechtlich relevant: „Durch die blutsmäßige Abstammung eines außerehelich geborenen Kindes von einem Manne wird zwischen diesen Personen das Rechtsverhältnis (Statusverhältnis) der unehelichen Vaterschaft begründet. Dieses Verhältnis [...]

509 Badenberg 2006, 6.

510 Zum Recht auf Kenntnis der „blutsmäßigen Abstammung“ der NS-Zeit vgl. z. B. Deichfuß 1991, ferner zum Privatrecht in der NS-Zeit allgemein: Rüthers 2005.

511 Gaul 1992, 37.

kann Gegenstand einer urteilsmäßigen Feststellung sein.⁵¹² Dieses „Rechtsverhältnis der unehelichen Vaterschaft“ gehe über die Unterhaltspflicht hinaus, so Gaul.⁵¹³ Damit wurde für uneheliche Kinder eine Abstammungsfeststellungsklage zugelassen, in der ein Interesse an dieser Feststellung auch unabhängig von einem Interesse an Unterhalt anerkannt wurde. Der BGH knüpft damit an die Rechtsprechung des Reichsgerichts an, ohne dessen Abstammungsideologie zu übernehmen und ohne – was plausibel gewesen wäre – an die geforderte Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder nach Artikel 6 Absatz 5 des Grundgesetzes zu erinnern. Auf dieses Grundrecht der Gleichstellung beruft sich 1958 das Bundesverfassungsgericht in einem Urteil, das die Entscheidung des BGH zur Möglichkeit der Abstammungsklä rung bestätigt.⁵¹⁴

Dieses Urteil wurde in der ersten grundlegenden Reform des Familienrechts im BGB in den folgenden Jahren aufgenommen: Das Familienrechtsänderungsgesetz von 1961 hat die Abstammungsfeststellungsklage als Statusklage in der Zivilprozessordnung (ZPO) anerkannt und erstmals eine Anfechtung der Ehelichkeit durch das Kind und die Eltern des Vaters (im Falle seines Todes) zugelassen, jedoch nur für bestimmte Fälle. Immer wieder stellte sich auch die Frage, ob die unverheiratete Mutter gezwungen werden dürfe, den Namen des Vaters bekanntzugeben, oder ob dadurch ihr „Recht auf Schutz der Intimsphäre“ verletzt würde.

Das Nichtehelehen-Gesetz bzw. „Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder“ (NEhelG) war die nächste große Familienrechtsänderung und trat 1970 in Kraft. Die Rechtsprechung und das öffentliche Recht hatten schon vorher versucht, die Lage nichtehelicher Kinder zu verbessern, aber systematisch wurde dies erst mit dem NEhelG im Familienrecht umgesetzt.⁵¹⁵ Ziel dieser Reform war, die Interessen der nichtehelichen Kinder stärker zu schützen. Schon sprachlich wollte man die Diskriminierung „unehelicher“ Kinder durch das „Unehelichenrecht“ mindern, indem man von da an von „nichtehelichen“ Kindern sprach. Ziel war insbesondere, die Beziehung zwischen dem nichtehelichen Kind und seinem Vater zu verbessern, unter anderem um dadurch das Verantwor-

512 Aus den Leitsätzen des BGH-Urteils IV ZR 99/51 vom 28.04.1952, BGHZ 5, 385.

513 Vgl. Gaul 1992, 38.

514 BVerfG 1 BvL 45/56 vom 23.10.1958.

515 Es ist zu bemerken, dass auch das (bürgerliche) Ehe recht von 1896 mit seiner sehr traditionellen Rollenverteilung innerhalb der Familie lange Zeit unverändert gültig geblieben ist. So hatte z. B. allein der Vater die sogenannte elterliche Gewalt über die Kinder. Selbst wenn er starb, wurde dieses Recht nur unter bestimmten Bedingungen auf die Mutter übertragen. 1958 gab es eine erste Überarbeitung des Ehe rechts, eine rechtliche Gleichstellung beider Elternteile wurde mit einer Gesetzesänderung 1976 hergestellt. Vgl. Schwab 1997, 795, 811.

tungsbewusstsein dieser Väter zu stärken.⁵¹⁶ Auch das nichteheliche Kind konnte eine „Familie“ haben, nicht bloß eine Mutter. Dabei sollte das Wohl des Kindes Vorrang haben vor den Interessen und dem Wohl der Eltern, denn das Kind sei am ehesten „an der Tatsache seiner nichtehelichen Geburt unschuldig“.⁵¹⁷ Die Mehrverkehrseinrede, die seit 1900 im BGB stand, wurde mit dem NEhelG gestrichen.

Ein wesentlicher Teil der Reform war die Aufhebung der alten Festlegung, dass ein nichteheliches Kind und sein Vater nicht miteinander verwandt seien: Erstmals wurde eine *rechtliche Verwandtschaft* zwischen dem nichtehelichen Kind und seinem Vater anerkannt, die der ehelichen Vaterschaft gleichwertig sein sollte. Dies geschah im Interesse einer Besserstellung des Kindes und einer klaren Feststellung seines Status. Auf Grundlage der freiwilligen *Anerkennung* des Kindes durch den Vater oder einer gerichtlichen *Feststellung* der Vaterschaft konnte das Kind Ansprüche gegen den Vater geltend machen. Die Möglichkeit, mit einem serologischen Gutachten die Abstammung zu untersuchen und ggf. auszuschließen, wurde in Feststellungsverfahren vielfach genutzt. Diese bereits praktizierte Möglichkeit der Abstammungsklä rung spiegelt sich auch im Wortlaut des Gesetzes wider, das sich bei der gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft nun erstmals direkt auf die Zeugung durch den Mann bezieht. Damit wird die väterliche Abstammung nicht mehr über den erfolgten Geschlechtsverkehr, sondern explizit über die Zeugung definiert.

Als Vater ist der Mann festzustellen, der das Kind gezeugt hat.⁵¹⁸

Im folgenden Absatz wird allerdings weiterhin mit der Vermutung gearbeitet, dass derjenige Mann das Kind gezeugt habe, der mit der Mutter in der Empfängniszeit verkehrt hat. Seit 1998 existiert nur noch diese „Be wohnungsvermutung“ als Maßstab für die Vaterschaftsfeststellung (vgl. § 1600 d Absatz 2 Satz 1 BGB).

Die Diskussion über ein Recht auf Kenntnis der Abstammung wurde nach dem BGH-Urteil von 1952 in einem Urteil des BGH vom 11.11.1981 wieder aufgenommen. Dabei wurde das Recht auf Kenntnis der Abstammung zum ersten Mal unter das allgemeine Persönlichkeitsrecht gefasst, was erstaunlich war, weil weder das BGH-Urteil von 1952 noch das Bundesverfassungsgerichts-Urteil von 1958 diesen Zusammenhang hergestellt hatten.⁵¹⁹ Die Diskussion setzte sich im Jahr 1989 durch ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts fort. Auch Juristen registrierten die rechtspolitische Aktualität des Themas. Gottwald etwa schreibt 1985:

516 Vgl. Hochleitner 1982, 77 f.

517 Ebd., 94.

518 § 1600 o Absatz 1 BGB in der Fassung vom 01.07.1970.

519 Vgl. Gaul 1992, 38. Das Urteil des BGH (IVb ZB 783/81 vom 11.11.1981) bezog sich auf die Aufgaben eines Amtspflegers für ein nichteheliches Kind.

„Ein privates Recht auf Kenntnis der eigenen biologischen Abstammung besteht nicht. Es handelt sich vielmehr um ein ernstes rechtspolitisches und ethisches Anliegen, das aber auf der Ebene des Familienrechts im Rahmen einer sachgerechten Abwägung der beteiligten Interessen nur begrenzt erfüllt werden kann.“⁵²⁰ Wie aktuell das Anliegen wurde, bezeugt die Rechtsprechung der folgenden Jahre: In der Zeit von 1989 bis 1997 wurden mehrere wichtige Urteile gefällt. Nichteelichen und erstmals auch ehelichen Kindern wurde das Recht zugestanden, ihren leiblichen Vater zu erfahren. 1998 wurde dann im Rahmen der Kindschaftsrechtsreform das gesamte Abstammungsrecht wesentlich geändert, wobei das Recht auf Kenntnis der Abstammung Gewicht erhielt und für das Kind auch durchsetzbar wurde.

6.2.1.1 *Das Recht auf Kenntnis der „biologischen Abstammung“ als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*

Dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 31.01.1989 liegt die Klage eines ehelichen volljährigen Kindes zugrunde. Wenn ein eheliches Kind auf dem Wege einer Statusklage seine Abstammung klären wollte, musste es zuvor seine Ehelichkeit anfechten. Dieses Anfechtungsrecht hatte ein Kind damals aber nur unter der Bedingung, dass die Ehe der Eltern nicht mehr bestand bzw. zerrüttet war. Für die Ehelichkeitsanfechtung musste das Kind darlegen, dass es Kenntnis erlangt hat von Umständen, die die „Hinnahme der Vaterschaft ‘unzumutbar’“⁵²¹ machen. Es musste also ein schwerer Konflikt in der Familie vorliegen, sonst hatten der Anfechtungs- und auch der Kenntniswunsch keine Durchsetzungskraft. Was genau eine Unzumutbarkeit sein könnte, sagte das Familienrecht nicht explizit. Aber es war klar, dass das Kind einen konkreten Verdacht darlegen musste. Es musste mit Gewissheit Kenntnis haben von einer (außerehelichen) Beziehung der Mutter o. Ä. Da die Voraussetzung des Scheiterns („Zerrüttung“) oder des Nicht-mehr-Bestehens der elterlichen Ehe im vorliegenden Fall nicht zutraf, hatte das Kind keine Möglichkeit, seine Abstammung zu klären. Das Bundesverfassungsgericht entschied, dass diese Einschränkung des Anfechtungsrechts des Kindes verfassungswidrig sei und der Gesetzgeber den Normenverbund der Paragraphen 1593, 1596 und 1598 BGB zu ändern habe.⁵²²

520 Gottwald 1985, 125.

521 Meyer 2005, 149. In der aktuellen Fassung des § 1600 b Abs. 6 BGB heißt es: „Kenntnis von Umständen, auf Grund derer die Folgen der Vaterschaft für es [das Kind] unzumutbar werden“. Die Kenntnis von derartigen Umständen löst nur für das Kind erneut die Anfechtungsfrist aus.

522 Zur Diskussion über eine „isolierte Abstammungsfeststellungsklage“ nach diesem BVerfG-Urteil vgl. auch Abschnitt 6.3.2.4.

Das Bundesverfassungsgericht beruft sich in seinem Urteil auf Artikel 2, Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1, Absatz 1 des Grundgesetzes. Somit ordnet es das Recht auf Kenntnis der Abstammung dem *allgemeinen Persönlichkeitsrecht* zu.⁵²³ Die Abstammung zu kennen, so begründet das Verfassungsgericht, sei wichtig für die Entfaltung der Individualität:

Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Menschenwürde sichern jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann (vgl. BVerfGE 35, 202 [220]). Verständnis und Entfaltung der Individualität sind aber mit der Kenntnis der für sie konstitutiven Faktoren eng verbunden. Zu diesen zählt neben anderen die Abstammung. Sie legt nicht nur die genetische Ausstattung des Einzelnen fest und prägt so seine Persönlichkeit mit. Unabhängig davon nimmt sie auch im Bewußtsein des Einzelnen eine Schlüsselstellung für Individualitätsfindung und Selbstverständnis ein.⁵²⁴

Das Bundesverfassungsgericht erklärt dabei nur für verfassungswidrig, dass das Kind keine Möglichkeit habe, bei einer bestehenden Vaterschaft seine Abstammung zu klären und diese Vaterschaft anzufechten. Es sieht aber keinen Widerspruch darin, dass prinzipiell rechtliche Vaterschaft ohne Überprüfung der „biologischen Abstammung“⁵²⁵ zugewiesen wird – das BGB sei darin verfassungsgemäß. Das Recht auf Kenntnis der Abstammung geht also nicht so weit, dass man daraus ein Recht ableiten könnte, nur dem Mann, von dem das Kind abstammt, dürfe die Vaterschaft zuerkannt werden. Es soll kein Recht auf „biologisch zutreffende“ rechtliche Vaterschaft geben, aber jeder müsse die Möglichkeit haben, seine Abstammung zu erfahren, wenn er es wünscht.

Dabei hat das Bundesverfassungsgericht das Recht auf Kenntnis der Abstammung nicht als ein Recht aufgefasst, sich selbst über die Abstammung Kenntnis zu verschaffen. Man darf also nicht in Eigeninitiative handeln und Gesetze brechen, um die gewünschten Informationen zu erhalten: „Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verleiht kein Recht auf Verschaffung von Kenntnissen der eigenen Abstammung, sondern kann nur vor der Vorenthaltung erlangbarer Informationen schützen.“⁵²⁶ Das bedeutet, dass der Staat durch Gesetze z. B. dafür sorgen

523 Ramm (1989b, 1595) hält es für unangemessen, von einem *Recht* auf Kenntnis der eigenen Abstammung zu sprechen, und meint, dass es sich vielmehr um ein „privates Interesse“ handle. Einem solchen Interesse hätten die anderen Familienmitglieder rechtlich vieles entgegenzusetzen.

524 BVerfG 1 BvL 17/87 vom 31.01.1989, Abs. 53. Vgl. dazu Meyer 2005, 24; sowie Koch 1990, 573. Eine Begründung für diese „Schlüsselstellung“ der Kenntnis der Abstammung ist damit allerdings nicht gegeben, sie wird bloß festgestellt.

525 So das BVerfG-Urteil wörtlich.

526 BVerfG 1 BvL 17/87 vom 31.01.1989, Abs. 53. Vgl. auch Meyer 2005, 21.

muss, dass ein Arzt, der eine heterologe Insemination durchführt, dokumentieren muss, von welchem Mann der Samen stammt, damit das Kind später diese Auskunft erhalten kann, wenn es das wünscht.

Konkret bedeutet nämlich die Feststellung der Verfassungswidrigkeit der „Vorenthaltung erlangbarer Informationen“, dass dem Gesetzgeber bestimmte Aufgaben zugeschrieben werden: Gesetze zu ändern und Schutzpflichten wahrzunehmen. Die Verfassung bezieht sich auf das Verhältnis von Staat und Bürger, es geht nicht primär um das Verhältnis von Privatpersonen untereinander. So war damals umstritten, ob sich aus diesem aus der Verfassung abgeleiteten Recht auf Kenntnis der Abstammung auch ein direkter Anspruch unter Privatpersonen, also: des Kindes gegen die Mutter auf Auskunft ergibt.

In den 1990er Jahren haben viele Gerichte in der Folge entschieden, dass die Mutter die Pflicht habe, Auskunft zu geben. Besonders Jugendämter haben in Übernahme der Funktion der Amtspflegschaft in Vertretung minderjähriger Kinder gegen die Mütter geklagt, um von ihnen Auskunft über den Vater zu erhalten und ihn zu Unterhaltszahlungen verpflichten zu können. Einige Gerichte entschieden, dass diese monetären Interessen nicht dazu berechtigten, die Privatsphäre der Mutter zu verletzen, und wehrten diese Klagen ab.

Von 1989 bis 1997 wurden neue Entwürfe zum Familienrecht erarbeitet. Die Gerichte hatten in der Zeit viel Spielraum und viel Verantwortung in der Anwendung des Bundesverfassungsgerichtsurteils. Der Grundgedanke des Urteils und die daraus folgende Rechtsprechung wurden in diesen Jahren diskutiert und kritisiert: Häufig wurde betont, dass sich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht kein Auskunftsanspruch zwischen Privatpersonen ableiten lasse. Der Staat müsse lediglich darauf achten, dass die Abstammung nicht verschleiert werden kann. Er habe aber kein Recht, in die Familie einzudringen und den sozialen Frieden zu stören, um das Recht eines Einzelnen auf Kenntnis seiner Abstammung durchzusetzen.⁵²⁷ Schließlich habe der Gesetzgeber ja auch Eltern bewusst die Möglichkeit gegeben, eine rechtliche Vaterschaft durch Anerkennung zu etablieren, die nicht der Abstammung entspricht. Die traditionelle Möglichkeit einer von der Abstammung abweichenden rechtlichen Verwandtschaft würde der Menschenwürde widersprechen, wenn zugleich das Recht auf Kenntnis der Abstammung aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitet würde, denn der Status des Kindes verschleiert ihm dann seine Abstammung. Ferner habe auch ein leiblicher Vater weder ein Recht auf Kenntnis der Abstammung noch ein Recht, die Ehelichkeit eines Kindes anzufechten, das die Mutter von ihm empfangen haben soll – auch diese Konstellation könnte nun plötzlich der Menschenwürde wider-

527 Vgl. Meyer 2005, 120.

sprechen und müsste entsprechend verändert werden, wenn das Abstammungsrecht konsistent sein wollte.

Andere Kommentare richteten sich darauf, dass das Urteil die Bedeutung der Kenntnis der Abstammung zu Lasten des Sozialen betone. „Hefig kritisiert wird die Überbetonung der genetischen Herkunft im modernen, eher vom rechtlich-sozialen Eltern-Kind-Verhältnis geprägten Rechtssystem“, fasst Gaul kritische Reaktionen auf das Urteil von 1989 zusammen.⁵²⁸ Smid meint, das Bundesverfassungsgericht habe mit seinen „biologistischen“ Begründungen von Menschenwürde und allgemeinem Persönlichkeitsrecht [...] eine einseitige Verallgemeinerung biologischer Betrachtungsweisen des Menschen und deren unzulässige Übertragung in den Kontext des Rechts“ erlaubt.⁵²⁹ Die biologische Abstammung zu kennen, habe keine so große Bedeutung für die Entwicklung einer Person wie das Urteil glauben mache. Vielmehr komme es auf die Qualität der langfristigen sozialen, gelebten Beziehungen an. „Persönlichkeit [...] sei das Produkt eines Bildungsprozesses“⁵³⁰ und habe nicht notwendigerweise zur Voraussetzung, dass man den Mann kennt, von dem man abstammt.

Dass sich das Bundesverfassungsgericht 1989 auf ein Recht auf Kenntnis der Abstammung als Unterfall des allgemeinen Persönlichkeitsrechts berufen hat, war eine unerwartete Neuheit. Gaul interpretiert den starken Akzent, der auf das Persönlichkeitsrecht gelegt wird, als Zeichen der allgemeinen Individualisierung.⁵³¹ Diese gehe zu Lasten der Familie. Smid warnt bei einer Verwendung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in diesem Zusammenhang vor einer „Kommerzialisierung“ dieses Rechts: Den Kindern, die sich auf ein Recht auf Kenntnis der Abstammung im Sinne des Persönlichkeitsrechts berufen, ginge es oft doch nur um Erbensprüche und ähnliche finanzielle Interessen.⁵³²

Einige Autoren kritisieren, dass das Bundesverfassungsgericht ein eigentlich unhaltbares Recht auf Kenntnis der Abstammung gefordert habe.⁵³³ Es habe keine familienrechtlichen oder familienpolitischen Ziele verfolgt, sondern implizit auf die Anforderungen der Reproduktionsmedizin antworten wollen. Z. B. die heterologe Insemination mit Einverständnis des Ehemanns war ein Fall, der damals erstmals Fragen aufwarf: Darf ein Ehemann nach erteiltem Einverständnis in die Befruchtung mit Samen eines fremden Mannes, also trotz seines Wollens und Wissens um die „fremde“ Abstammung, die Vaterschaft später anfechten? Dürfen es die

528 Gaul 1997, 26.

529 Smid 1990, 224.

530 Meyer 2005, 26.

531 Vgl. Gaul 1997, 1443.

532 Vgl. Smid 1990, 225.

533 Vgl. z. B. Ramm 1990, 190.

Kinder? Das Bundesverfassungsgericht habe, so kritisiert z. B. Deichfuß, mit seinem Plädoyer für ein Recht auf Kenntnis der Abstammung *auch* ein klares Wort für ein transparentes Samenspendesystem sprechen wollen – aber es hat dies nicht explizit getan, sondern sich mittelbar über familienrechtliche Streitfragen geäußert. „Die Entscheidung des Ersten Senats muß als ein Versuch angesehen werden, richtungsweisend in die [...] Diskussion über die Methoden ‘künstlicher’ Fortpflanzung einzugreifen. [...] Ob man zur Bewältigung der durch die Methoden ‘künstlicher’ Fortpflanzung aufgeworfenen Rechtsfragen auf ein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung zurückgreifen muß, ist jedoch [...] sehr zweifelhaft“, gibt Deichfuß zu bedenken.⁵³⁴

6.2.1.2 Die Auskunftspflicht der Mutter gegenüber dem Kind

Acht Jahre nach dem Urteil von 1989 kam es bei bis dahin noch unveränderter Gesetzeslage zu einer weiteren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Nach dem Urteil von 1989 waren viele Gerichte davon ausgegangen, dass das Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung einen hohen Wert hat, höher als das Recht der Mutter, ihre Intimsphäre zu schützen. „Angesichts des verfassungsrechtlichen Wertes eines Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung droht aber sowohl der grundsätzliche Schutz der Intimsphäre der Frau, als auch der sozial gewachsener Familienbeziehungen immer weiter in den Hintergrund zu rücken“, so formuliert Meyer die neue Sorge des Bundesverfassungsgerichts.⁵³⁵ Im Urteil vom 06.05.1997 betonte das Bundesverfassungsgericht, dass die Gerichte den Spielraum nutzen müssen, die Rechte des Kindes und der Mutter gegeneinander *abzuwägen*. Dieser Spielraum gehe bei einer generellen Höherstellung der Interessen des Kindes verloren.

Bei der Begründung einer Auskunftspflicht der Mutter berufen sich die Gerichte auf Paragraph 1618 a BGB: „Eltern und Kinder sind einander Beistand und Rücksicht schuldig.“ Dazu merkte das Bundesverfassungsgericht an, dass man keine prinzipielle Auskunftspflicht der Mutter feststellen könne, sondern Gerichte im Einzelfall zwischen den Rechten des Kindes und der Mutter abzuwägen hätten. Demnach gilt die Beistandspflicht des Paragraph 1618 a für die Mutter nicht uneingeschränkt – das Interesse der Mutter am „Schutz ihrer Intimsphäre“ bleibt zu beachten.⁵³⁶

534 Deichfuß 1991, 128.

535 Meyer 2005, 22.

536 Die Mutter sei nicht verantwortlich für den Konflikt zwischen ihrem Interesse, den Mann zu verheimlichen, mit dem sie das Kind gezeugt hat, und dem Interesse des Kindes, seinen Vater kennenzulernen. Ferner sei diese Verantwortlichkeit nicht die zentrale Frage, führt das Bundesverfassungsgericht aus (vgl. BVerfG 1 BvR 409/90 vom 06.05.1997, Abs. 33).

6.2.2 Einführung eines Anfechtungsrechts für jedes Kind

Mit der Reform des Kindschaftsrechts im Jahr 1998 wird die Gleichstellung von ehelichen und nichtehelichen Kindern durchgesetzt, und zwar im Hinblick auf die Abstammung und das Erbrecht. Auch die Anfechtung der Vaterschaft wird für eheliche und nichteheliche Kinder gleich geregelt, während früher für die Anfechtung der Ehelichkeit und die Anfechtung einer Vaterschaftsanerkennung unterschiedliche Bedingungen galten. Das Kindschaftsrechtsreformgesetz (KindRG) setzt schlussendlich die Forderungen des Bundesverfassungsgerichts von 1989 um, das BGB sei in einigen Paragraphen zur Abstammung verfassungswidrig und müsse geändert werden.

Für jedes Kind gilt nach KindRG ein unbeschränktes Anfechtungsrecht, das z. B. nicht mehr an die Zerrüttung der elterlichen Ehe gebunden ist, weil das als verfassungswidrige Einschränkung gerügt worden war. Somit lautet Paragraph 1600 in der Fassung vom 01.07.1998:

Berechtig, die Vaterschaft anzufechten, sind der Mann, dessen Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 und 2, § 1593 besteht, die Mutter und das Kind.

Dieses Anfechtungsrecht wird mit Berufung auf das Persönlichkeitsrecht bzw. das Recht auf Kenntnis der Abstammung des Kindes begründet. Auch das Anfechtungsrecht der Mutter wird in diesem Zusammenhang erweitert: Während sie früher nur ein Anfechtungsrecht bei einer Vaterschaft durch Anerkennung hatte, weil sie an der Anerkennung nicht beteiligt war, hat sie nun wie das Kind ein uneingeschränktes Anfechtungsrecht. Anfechten darf ein Kind innerhalb von zwei Jahren, nachdem es von Umständen erfährt, die gegen die Vaterschaft sprechen, bzw. innerhalb von zwei Jahren nach seiner Volljährigkeit, falls kein gesetzlicher Vertreter rechtzeitig angefochten hat. Ferner läuft die Frist später noch mal, wenn das Kind von Umständen erfährt, die die Folgen der Vaterschaft unzumutbar machen.

Mit dem unbeschränkten Anfechtungsrecht für das Kind gehe der Gesetzgeber allerdings über die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts hinaus, urteilen mehrere Autoren. Die Vorgabe war, dass es eine *Möglichkeit der Abwägung* des Persönlichkeitsrechts des Kindes mit dem grundgesetzlich gebotenen Schutz von Ehe und Familie geben müsse. Der Gesetzgeber hat sich aber für einen generellen *Vorrang des Rechts des Kindes* entschieden. Dabei habe man im neuen Anfechtungsrecht „auf jegliche Beschränkung [...] verzichtet“.⁵³⁷ Gaul wirft dem Gesetzgeber vor, dass er

537 Gaul 1997, 1459.

es nicht geschafft habe, eine differenzierte Erweiterung des bestehenden Anfechtungsrechts zu entwickeln.⁵³⁸

Neben Gaul ist auch Deichfuß der Meinung, dass man das Anfechtungsrecht von ehelichen und nichtehelichen Kindern unterschiedlich begründen und ausgestalten müsse.⁵³⁹ Dies bedeute keine Ungleichbehandlung. Ferner betont auch Smid, dass ein unbeschränktes Anfechtungsrecht nicht nötig gewesen wäre.⁵⁴⁰ Eine Beschränkung sei nicht generell verfassungswidrig, sondern nur insofern, als sie das eheliche Kind daran hindert, seine Abstammung zu klären, obwohl es schon erwachsen ist und die Ehe der Eltern dadurch nicht gefährdet würde. Denkbar wären aber auch Fälle, in denen der Nutzen der Kenntnis für das Kind so gering ist, dass er den Schaden, der der elterlichen Beziehung zugefügt wird, nicht legitimiert, und diese Fälle habe das neue KindRG übersehen.

Kritisiert wird auch, dass das neue Anfechtungsrecht keine Prüfung des Kindeswohls vorsieht, wenn der rechtliche Vater die Vaterschaft anfechtet. Durch den Verzicht auf eine richterliche Abwägung führe das unbeschränkte Anfechtungsrecht zu einer willkürlichen Gestaltbarkeit der rechtlichen Familienbeziehungen, befürchtet Ramm.⁵⁴¹ Etwas zurückhaltender beschreibt Luh, dass „die verstärkte Wahrnehmung der einzelnen Familienmitglieder als selbständige Inhaber von Rechten“ zu der Ausweitung der Anfechtungsbefugnis geführt habe.⁵⁴²

Ferner betonen mehrere Autoren, dass die Neugestaltung des Kindschaftsrechts 1998 quasi im Schatten der Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder auch zu einer sehr großen Individualisierung geführt habe. So warnt Ramm in seinem Kommentar zum Entwurf des KindRG: „Objektiv wird die Ideologie der Familiengemeinschaft auf das nichteheliche Kind erstreckt, doch wird sie selbst durch einen extremen Individualismus zerstört – nicht einmal den ‘Familienfrieden’ behält das KindRGE [Kindschaftsrechtsreformgesetz-Entwurf] als Korrektiv.“⁵⁴³

Zusammenfassend betont Meyer, nicht allein die Kenntnis der genetischen Abstammung sei für die Individualitätsentwicklung relevant, denn

538 Vgl. ebd., 1441.

539 Vgl. Deichfuß 1991, 119 f.

540 Smid 1990.

541 Vgl. Ramm 1996, 993: „Die Regelungen des KindRGE [Kindschaftsrechtsreformgesetz-Entwurf] basieren auf der Zerstörung der Ehe durch die Vaterschaftsanfechtung und auf der Schaffung neuer sozialer Beziehungen durch die Ausdehnung der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie im Bereich des Familienrechts.“ Diese Kritik am Entwurf gilt auch für das KindRG in der später verabschiedeten Version. Gaul pflichtet dieser Kritik in der Sache bei (vgl. Gaul 1997, 1444).

542 Luh 2008, 127.

543 Ramm 1996, 994. Diese Kritik am Entwurf gilt auch für das KindRG in der später verabschiedeten Version.

auch die sozialen Beziehungen seien sehr wichtig.⁵⁴⁴ Ein Kind suche kontinuierliche Beziehungen, auch über eine Trennung der Eltern hinweg und auch zu nicht verwandten, aber alltäglich präsenten Bezugspersonen. Ähnlich hält Koch fest: Sozialwissenschaftliche Forschung habe gezeigt, dass gelebte soziale Beziehungen wichtiger seien für die Entwicklung eines Menschen „als die durch die Zeugung und Geburt vermittelte Bindung“.⁵⁴⁵ Dies drückt sich rechtlich auch darin aus, dass nach dem KindRG beide Elternteile nach einer Scheidung weiterhin das gemeinsame Sorgerecht für ihre Kinder haben, weil für diese die Beziehungen zu beiden Eltern erhalten bleiben sollen. Dagegen würden die Eltern untereinander nach einer Scheidung vermutlich oft bevorzugen, den Kontakt abubrechen, statt weiter über die Versorgung der Kinder kommunizieren zu müssen. Wie der Schutz sozial-familiärer Beziehungen gestaltet wird, zeigt sich auch am beschränkten Anfechtungsrecht eines vermeintlichen „biologischen Vaters“, das im folgenden Abschnitt beschrieben wird.

6.2.3 Anfechtungsrecht eines vermeintlichen „biologischen Vaters“

Nach einem Bundesverfassungsgerichtsurteil des Jahres 2003 wurde 2004 ein Anfechtungsrecht eingeführt für „den leiblichen, aber rechtlich nicht anerkannten (‘biologischen’) Vater eines Kindes“⁵⁴⁶, und zwar mit der Begründung, dass auch dieser ein verfassungsrechtlich geschütztes Recht auf Kenntnis der Abstammung des Kindes hätte. Es ist in Paragraph 1600 Absatz 1 Nummer 2 sowie Absatz 2 und 3 geregelt: Der Mann, der an Eides statt versichert, mit der Mutter in der Empfängniszeit verkehrt zu haben, also der Mann, der sich für den Erzeuger hält, darf die bestehende Vaterschaft anfechten, wenn zwischen Kind und rechlichem Vater keine sozial-familiäre Beziehung besteht oder zum Zeitpunkt des Todes des rechtlichen Vaters bestand. Eine sozial-familiäre Beziehung zwischen Vater und Kind besteht in der Regel, wenn die Eltern verheiratet sind oder wenn der rechtliche Vater mit seinem Kind längere Zeit zusammengewohnt hat und Verantwortung für es getragen hat. Das Kind hat – vermittelt durch den Grundsatz des Schutzes des Kindeswohls – das Recht, ungestört in seiner Familiengemeinschaft aufwachsen zu können.⁵⁴⁷ Ist die Anfechtung durch den Mann, der sich für den Erzeuger hält, erfolgreich, so hat die Feststel-

544 Vgl. Meyer 2005, 189.

545 Koch 1990, 573. Ähnlich auch Frank, 1988, 120: „Eltern-Kind-Beziehungen entstehen und reifen eben durch das tägliche Miteinander, durch Zuwendung, nicht aber durch Zeugung und Geburt.“

546 So die Definition des Rechtsausschusses im Zusammenhang mit dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zum „Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes“, Beschlussempfehlung 2004, 1.

547 Vgl. Rittner/Rittner 2002, 1749.

lung der Nicht-Vaterschaft des bisherigen Vaters automatisch die Feststellung der Vaterschaft des Anfechtenden zur Folge.⁵⁴⁸

Angefangen hatte die Diskussion über das Recht auf Kenntnis der Abstammung mit den Fällen, in denen *Kinder* nach ihren leiblichen Vätern suchten. Heute wird die Diskussion meist von den *Vätern* geführt, entweder von rechtlichen Vätern, die wissen wollen, ob ihre Kinder von ihnen abstammen, oder von sich „biologischer Vater“ nennenden Männern, die zu „ihren“ Kindern finden wollen, die rechtlich einem anderen Mann zugeordnet sind.⁵⁴⁹ Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 09.04.2003 festgestellt, es sei verfassungswidrig, dass der rechtliche Vater die Vaterschaft anfechten dürfe, während dem Mann, von dem das Kind vermutlich abstammt, jegliches Anfechtungsrecht fehle. Das Bundesverfassungsgericht gab dem Gesetzgeber den Auftrag, das Anfechtungsrecht für die Männer, die erklären, mit der Mutter verkehrt zu haben, verfassungsgemäß neu zu regeln. Zum 30.04.2004 trat die beschriebene Änderung in Kraft.⁵⁵⁰ Damit sahen sich die „biologischen Väter“ in ihren Rechten entscheidend gestärkt, sie haben nun unter bestimmten Voraussetzungen ein Anfechtungsrecht und bei Erfolg auch ein Umgangsrecht.⁵⁵¹

Diese Entscheidung und die Gesetzesänderung markieren eine sehr wichtige Zäsur: Erstmals wird – mit Berufung auf ihr Recht auf Kenntnis der Abstammung – eine Person in den Kreis der Anfechtungsberechtigten aufgenommen, die nicht im rechtlichen Sinne mit dem Kind verwandt ist. Früher einmal waren z. B. auch die Eltern des Vaters anfechtungsberechtigt, etwa im Falle seines vorzeitigen Todes. Aber sie waren mit dem Kind verwandt, es waren seine Großeltern. Nun darf eine Person, die überhaupt nicht zur Familie gehört, ihr individuelles Interesse rechtlich durchsetzen und eine bestehende rechtliche Vaterschaft anfechten. Meist besteht keine Beziehung des Mannes zur Mutter. Ferner wird nicht geprüft, ob die Anfechtung dem Interesse oder dem Wohl des Kindes entspricht.⁵⁵² Dieser

548 Vgl. § 182 FamFG. Die damit festgestellte Vaterschaft wird in § 1592 BGB neben der Vaterschaft durch gerichtliche Feststellung in Abs. 3 genannt. Mit dieser Feststellungswirkung der erfolgreichen Anfechtung will man verhindern, dass ein Mann erfolgreich anfecht, aber dann doch nicht die Vaterschaft anerkennt, wodurch das Kind vaterlos würde.

549 Vgl. auch Brosius-Gersdorf 2006, 44 f.

550 „Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes [...]“ vom 23.04.2004. Vgl. auch die Pressemitteilung vom BMJ vom 02.04.2004 mit einer Stellungnahme von Bundesjustizministerin Zypries. Vgl. auch Büte 2005, 5 f.

551 Die Juristin Luh sieht damit den Grundsatz der „Abstammungswahrheit“ im Abstammungsrecht betont, vgl. Luh 2008, 54.

552 Geprüft wird bloß formal, ob eine sozial-familiäre Beziehung zwischen rechtlchem Vater und Kind vorliegt.

absolute Vorrang des Interesses des Mannes, von dem das Kind vermutlich abstammt, ist hervorzuheben: Verglichen mit der Rechtstradition ist es ungewöhnlich, dass einem Mann die Vaterschaft für ein Kind übertragen wird, ohne dass eine Partnerschaft oder Übereinkunft mit der Mutter vorliegt. Mit der Erweiterung des Anfechtungsrechts auf Männer, die sich für den Erzeuger eines Kindes halten, werden individuelle Interessen von Männern politisch aufgewertet, die eine Beziehung zu „ihrem“ genetisch eigenen Kind wünschen. Dadurch entsteht dann gewissermaßen ein alleinerziehender Vater. Der Anspruch auf rechtliche Anerkennung einer vermuteten genetischen Abstammung bekommt hier ein so großes Gewicht, dass die Tragfähigkeit und das Gewicht sozialer Beziehungen und partnerschaftlicher Übereinkünfte in den Schatten gestellt werden. Das empirische Wissen um die biologische Abstammung wird direkt rechtlich wirksam: Einem empirischen Faktum wird eine normative Bedeutung – begrifflich gefasst als „Schlüsselstellung für die Individualitätsfindung“ und „Persönlichkeitsrecht“ – zugesprochen, während derartige Geltungsansprüche sonst auf rein rechtlicher Ebene festgelegt werden.

Verglichen mit der Geschichte des BGB scheint dies der Moment zu sein, an dem die alleinige biologische Abstammung die bisher größte rechtliche Wirkung hat. Es stimmt aber trotz des neuen Anfechtungsrechts, was Deichfuß vor 20 Jahren betont hat: Das Abstammungsrecht des BGB beruhe in seinen Grundzügen weiterhin darauf, „daß die biologische Abstammung kein zwingendes Kriterium für die rechtliche Zuordnung eines Kindes ist.“⁵⁵³ Es gibt mehrere Fälle, in denen das BGB „bewußt ein Kind auch einem Nichterzeuger zuordnet.“⁵⁵⁴ Dies geschieht z. B. bei einem Kind einer verheirateten Mutter, bei dem der Ehemann automatisch Vater wird, auch wenn das Kind vielleicht von einem anderen Mann abstammt, sowie bei einem Kind, für das ein Mann mit Wissen darum, dass es nicht von ihm abstammt, die Vaterschaft anerkannt hat. Wie auch in der Rechtstradition sind solche Anerkennungen stets gültig.

6.3 Vaterschaft in der aktuellen Gesetzgebung und Rechtsprechung

6.3.1 Abstammung und Vaterschaft als Rechtsbegriffe im heutigen BGB

Begriffe wie „Abstammung“, „Vaterschaft“ und „Familie“ verwendet man im Alltag manchmal in einem sehr weiten oder auch in einem bildlichen

553 Deichfuß 1991, 164.

554 Frank 1988, 115.

Sinn, wenn man von der „Vaterschaft für eine Idee“ o. Ä. spricht. Sie haben aber im rechtlichen Kontext eine klare, festgelegte Bedeutung. Daher sollen hier die Rechtsbegriffe erklärt werden, so wie sie im BGB definiert sind. Die meisten und wichtigsten familienrechtlichen Vorschriften finden sich im 4. Buch des BGB, das auch den Titel „Familienrecht“ trägt.⁵⁵⁵ Der Begriff „Familie“ wird im Familienrecht des BGB gar nicht definiert. Er kommt im Abschnitt „Verwandtschaft“ auch nicht vor.⁵⁵⁶ Explizit wird der Begriff der Familie im Grundgesetz verwendet, wo es um den Schutz von Ehe und Familie geht:

Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.⁵⁵⁷

Allerdings wird auch dort nicht genau definiert, was unter Familie zu verstehen ist. Da das Grundgesetz sich für die Gleichstellung von ehelichen und nichtehelichen Kindern einsetzt (Art. 6 Abs. 5 GG), wird inzwischen davon ausgegangen, dass eheliche und nichteheliche Familien – sowie auch alleinerziehende Elternteile mit Kind(ern) – gemeint sind.

Der rechtliche Begriff der Abstammung wird im BGB im Abschnitt über Verwandtschaft in einem eigenen Unterabschnitt „Abstammung“ erklärt. Zuerst wird in den „Allgemeinen Vorschriften“ festgelegt, dass Verwandtschaft vermittelt über die Abstammung entsteht, wobei nur das Verb „abstammen“ verwendet wird:

Personen, deren eine von der anderen abstammt, sind in gerader Linie verwandt. Personen, die nicht in gerader Linie verwandt sind, aber von derselben dritten Person abstammen, sind in der Seitenlinie verwandt.⁵⁵⁸

555 Es gibt über das BGB hinaus auch spezifische verfahrensrechtliche Vorschriften für Zivilverfahren. Früher waren sie durch einige Paragraphen der Zivilprozessordnung (ZPO) festgelegt. Seit September 2009 hat diese Aufgabe das „Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit“ (FamFG) übernommen. Es regelt z. B. Verfahren in Familien-, Kindschafts- und Abstammungssachen. Man kann nach FamFG (und konnte auch nach ZPO) ein Verfahren führen mit dem Ziel der „Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Eltern-Kind-Verhältnisses“ (§ 169 Nr. 1 FamFG). Dies wird damit begründet, dass es den Persönlichkeitsbereich betrifft, wenn jemand zu Unrecht behauptet, er sei (nicht) der Vater eines Kindes.

556 Im Abschnitt „Verwandtschaft“ kommen nur Zusammensetzungen vor wie Familiengericht, Familienname, Familiensachen (als Begriff für eine bestimmte Gruppe von Verfahren). Im Ehe-Abschnitt kommt zwar der Begriff „Familie“ als solcher vor, aber stets in der Zusammensetzung mit dem „Unterhalt“ und „Lebensbedarf“ der Familie, für die beide Gatten sorgen sollen.

557 Art. 6 Abs. 1 GG.

558 § 1589 Absatz 1, Satz 1 und 2 BGB. Vgl. Schwab 2005, 217.

Eltern und Kinder sind miteinander verwandt, weil Letztere von Ersteren abstammen. Ferner sind wir mit den Personen verwandt, die von den gleichen Vorfahren abstammen wie wir, also mit Geschwistern, Tanten etc. Dies ist zunächst plausibel. Am Beispiel der Mutterschaft kann man aber deutlich machen, dass es sehr verschiedene Möglichkeiten dafür gibt, woran man sich orientiert, wenn man jemanden als Mutter, von der ein Kind abstammt, bezeichnet: Man könnte diejenige Frau Mutter nennen, die das Kind geboren hat, oder diejenige, die es adoptiert hat, oder diejenige, deren Eizelle zur Zeugung des Kindes verwendet wurde, oder auch diejenige, die aus dem Ausland nach Deutschland kommt und eine Mutterschaftsurkunde für das Kind mitbringt. Es gibt verschiedene Anhaltspunkte, die uns veranlassen, eine Person als Mutter zu bezeichnen, nämlich: Traditionen, Ergebnisse biologischer Prüfverfahren, Bescheinigungen u. Ä. Diese Anhaltspunkte sind zunächst alltägliche Fakten, die durch rechtliche Würdigung dann zu einer rechtsgültigen Verwandtschaft führen können, z. B. wenn die Gültigkeit einer ausländischen Mutterschaftsurkunde in Deutschland geprüft und anerkannt wird.

Das Recht muss also im Rahmen des Familienrechts definieren, wen es als Mutter oder Vater bezeichnet: Es bestimmt juristisch wirksame Kriterien dafür, welche Frau als Mutter und welcher Mann als Vater eines Kindes gelten soll. In der Regel ist es der Standesbeamte, der den Eintrag des neugeborenen Kindes in das Geburtenregister vornimmt und dabei prüft, ob die Eltern eine gültige Eheurkunde oder eine Anerkennung vorweisen können. Ramm unterscheidet folgendermaßen zwischen Abstammung als Rechtsbegriff und Abstammung als alltäglichem Begriff für eine Tatsache:

a) Die Abstammung nimmt als *Rechtsbegriff* die Zuordnung des Kindes zu Mutter und Vater und zur Verwandtschaft [...] vor – sie begründet das erste Statusverhältnis des Kindes [...].

Der Rechtsbegriff wird geprägt durch:

- die Feststellbarkeit der tatsächlichen Abstammung,
- das Ausmaß des gesetzgeberischen Willens, die tatsächliche Abstammung zu ermitteln, und
- die Rechtsfolgen des Statusverhältnisses.

b) Die Abstammung wird im allgemeinen Sprachgebrauch als *tatsächlicher* Begriff verwandt: als 'blutmäßige' oder 'biologische' Abstammung. Er knüpft an die natürlichen Lebensvorgänge: an Geburt und Zeugung/Empfängnis an.⁵⁵⁹

Die hier beschriebene Differenz zwischen dem Rechtsbegriff „Abstammung“ im Sinne des Abstammungsrechts und dem allgemeinen Sprachgebrauch ist zu beachten. Der Rechtsbegriff der Abstammung *orientiert* sich

559 Ramm 1990, 183. Vgl. auch Schwab 2005, 217.

dabei an den Sachverhalten der biologischen Abstammung, deckt sich aber nicht unbedingt. Mit den Worten Ramms: „Der Rechtsbegriff der Abstammung legt zunächst den Begriff der tatsächlichen Abstammung zugrunde.“⁵⁶⁰ Auch die erste Fassung des BGB bzw. die *Motive* beschrieben einen Unterschied zwischen dem Rechtsbegriff und einem „natürlichen Begriff der Verwandtschaft“.⁵⁶¹ Die Differenz zwischen einer rechtlich definierten verwandtschaftlichen Beziehung, aus der Rechte und Pflichten entspringen, sowie einer angenommenen tatsächlichen Verwandtschaft hat in den Rechtsbüchern Tradition.

Da Zeugung und Empfängnis nicht direkt zu beobachten sind, dienen die Geburt und der Geschlechtsverkehr, der zu einer Zeugung führen kann, also zwei „äußerlich erkennbare Vorgänge“, als Kriterien für eine Zuordnung eines Kindes zu Mutter und Vater.⁵⁶² Die Geburt findet meistens in einem Krankenhaus und mit Zeugen statt, durch sie wird die Mutterschaft festgelegt. Auf konkrete Nachweise des Geschlechtsverkehrs verzichtet der Gesetzgeber; es genügt ihm die sogenannte „Fiktion“ der Abstammung, auch Vaterschaftsvermutung genannt, die z. B. traditionell bei verheirateten Müttern auf eine Vaterschaft des Ehemannes schließen lässt. Prüfverfahren werden nur im Zweifelsfall bemüht, die tatsächliche Abstammung muss nicht ermittelt werden. Für die väterliche Abstammung hat sich das Familienrecht mit dem Nichteheleichen-Gesetz von 1970 unvergleichbar nah an die biologische Abstammung angenähert, als es denjenigen Mann als nichtehelichen Vater definierte, der das Kind *gezeugt* hatte. Dieser wortwörtliche Bezug auf die Erzeugung des Kindes ist 1998 wieder aus dem Familienrecht gestrichen worden.⁵⁶³

Prinzipiell beachte der Gesetzgeber bei der Gestaltung des Abstammungsrechts drei verschiedene Grundsätze, beschreibt Luh. Diese seien erstens der „Grundsatz der Abstammungswahrheit“, zweitens finde der „Wille der Beteiligten“ Beachtung und drittens der „Grundsatz der Statusklarheit und -stabilität“.⁵⁶⁴ Die Prinzipien wirken natürlich ineinander und werden in den verschiedenen Fällen unterschiedlich gewichtet.⁵⁶⁵ Bei der Mutterschaft spielt – fast – nur die Statusklarheit eine Rolle, da die Geburt auf einfache und eindeutige Weise die Abstammung etabliert und somit sehr gut für Statusklarheit sorgt. Der erklärte Wille einer Frau, die Mutterschaft für ein Kind übernehmen zu wollen, bewirkt nur im Rah-

560 Ramm 1990, 184. Vgl. auch Gaul 1997, 1441, 1463; Hohloch 2002, 396.

561 *Motive* Band 1, 1888, 65.

562 Ramm 1990, 184.

563 Vgl. Seidel/Müko 2008, vor § 1591, RdNr. 19, Fußn. 37: „Die Zeugung selbst als kausaler Akt für die Abstammung fehlt im neuen Recht“. Mit dem „neuen Recht“ ist das KindRG von 1998 gemeint. S. a. Abschnitt 6.2.1.

564 Luh 2008, 7 f.

565 Und zwar auch im Zusammenhang mit familienpolitischen Entscheidungen, vgl. Grün 2003, 19.

men einer Adoption die Schaffung einer rechtlichen Mutter-Kind-Beziehung. Auch bei der Vaterschaft spielt die Statusklarheit die größte Rolle, da die meisten Kinder in einer Ehe geboren werden und automatisch der Ehemann als Vater vermutet wird.⁵⁶⁶ Ziel des Abstammungsrechts ist es, eine eindeutige Zuordnung des Kindes zu erreichen. Dass es bei der Adoption eine „Zweigleisigkeit“⁵⁶⁷ der Elternschaft gibt, spricht nicht gegen dieses Ziel, denn diese Zweigleisigkeit wird rechtlich sehr streng reguliert.

Seidel kritisiert in seinem Kommentar zum Familienrecht, dass seit der Kindschaftsrechtsreform das „System der Abstammung nicht mehr einheitlich“⁵⁶⁸, sondern „widerspruchsbeladen“⁵⁶⁹ sei: Die mütterliche Abstammung orientiere sich an der Geburt, während die väterliche an der genetischen Abstammung festgemacht werde. Seiner Meinung nach müsste man Paragraph 1589 BGB (zur Verwandtschaft) verändern, denn nach den herrschenden Gesetzen vermitteln sowohl fiktive und tatsächliche Abstammung als auch Geburt und Adoption Verwandtschaft, nicht nur die tatsächliche Abstammung, die im Paragraph beschrieben wird.

Auf der einen Seite beschreibt also das BGB, was es unter Abstammung und Verwandtschaft versteht. Die Verpflichtungsebene als Rechtsfolge von Verwandtschaft ist dann wiederum eine andere Ebene als die rechtlich definierte Abstammung.⁵⁷⁰ Wenn ein Mann als Vater eines Kindes gerichtlich festgestellt wird, dann treten automatisch die Rechtsfolgen ein, also der Unterhaltsanspruch des Kindes gegen den Mann. Die Rechtsfolgen beruhen aber allein auf Gesetzen und bedürfen keiner Kriterien für eine Überprüfbarkeit anhand bestimmter Fakten: Die Rechte und Pflichten, z. B. Beistands- oder Unterhaltspflicht und Umgangsrechte, mit denen die rechtliche Vaterschaft ausgestattet ist, beschreiben eine normative Ebene. Ob ein Mann ein Kind versorgen soll, lässt sich nicht mit einem Test ermitteln, sondern nur die Abstammung. Die Versorgungspflicht entspringt der Tradition, dass Vaterschaft früher durch die Anerkennung eines Kindes durch den Vater entstand. Selbst ein eheliches Kind wurde vom Ehemann der Mutter anerkannt.⁵⁷¹ In diesem Ritual drückte sich der

566 Der Grundsatz der Statusklarheit und -stabilität ist auch ein wichtiges Korrektiv, um die beiden anderen Prinzipien (den Willen und die „Abstammungswahrheit“) auszubalancieren (vgl. Luh 2008, 70).

567 Gaul 1992, 34.

568 Seidel/Müko 2008, vor § 1591, RdNr. 22.

569 Ebd., § 1589, RdNr. 13.

570 Vgl. ebd., § 1589, RdNr. 1. Die rechtliche Definition der Abstammung und ihre Rechtsfolgen sind unabhängig voneinander veränderbar. Der Gesetzgeber hat z. B. 1998 beschlossen, mütterliche Abstammung über die Geburt zu definieren. Welche Rechte und Pflichten sich aus der Mutterschaft ergeben, wurde durch diese Veränderung nicht beeinflusst.

571 Dieser Brauch findet sich noch im frühen BGB, vgl. Kapitel 4.2.

Wille des Vaters aus, die Verantwortung für das Kind zu übernehmen. Heute wird unterstellt, dass der Ehemann das Kind als das seinige anerkannt hat, solange er die Vaterschaft nicht anfechtet. Die Möglichkeit der Anerkennung der Vaterschaft für ein nichteheliches Kind bildet diesen Brauch für unverheiratete Eltern ab.

Bemerkenswert ist, dass im Abschnitt „Verwandtschaft“ des 4. Buchs des BGB der Begriff „Abstammung“ nur in einem, nämlich dem 2008 eingeführten Paragraph 1598 a vorkommt, und dort auch nur konkretisiert als „leibliche Abstammung“. Ansonsten verwendet lediglich Paragraph 1589 zweimal das Verb „abstammen“. Der neue Paragraph 1598 a trägt den Titel „Anspruch auf Einwilligung in eine genetische Untersuchung zur Klärung der leiblichen Abstammung“. Das Gesetz, das zur Einführung dieses Paragraphen geführt hat, heißt „Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“ – es hatte den Begriff „Vaterschaft“ im Titel, nicht „Abstammung“. Strenggenommen kann allerdings nur ein rechtliches Verfahren (eine Anfechtung) Vaterschaft, die ja eine rechtliche Institution darstellt, „klären“ und richtigstellen. Eine genetische Untersuchung hingegen kann nur, wie es der Titel des Paragraphen und auch sein inhaltlicher Wortlaut korrekt wiedergeben, die „leibliche Abstammung“ klären, was noch keine automatische Änderung der rechtlichen Abstammung bedeutet.⁵⁷²

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Das wichtigste Prinzip des Abstammungsrechts ist es, durch die Vaterschaftsvermutung bei der Ehe oder bei einer Anerkennung das Vertrauensverhältnis des Elternpaares abzubilden. Als nachrangige Alternative ist im Klagefall eine Überprüfung vorgesehen. In den seltensten Fällen wird also die Abstammung überprüft, um die rechtliche Vaterschaft zu etablieren – das Recht hat vielmehr sein eigenes konsistentes System der Abstammung, das zum größten Teil mit sogenannten Rechtsvermutungen (Fiktionen) operiert. Das Recht geht z. B. in seiner Vaterschaftsvermutung gegenüber dem Ehemann ohne eine Überprüfung davon aus, dass diese Zuordnung der Abstammung entspricht. Eine Ehe stellt ein Vertrauensverhältnis dar, in das Eingriffe nur im Einzelfall gestattet sein sollen. Die Familienmitglieder können selbst klagen, wenn sie erfahren, dass das Kind vermutlich nicht vom rechtlichen Vater abstammt und sie die rechtliche Zuordnung verändern wollen. Es gibt also die Möglichkeit, die rechtliche Vaterschaftszuordnung zu verändern, und zugleich ist vom Abstammungsrecht als Regelfall vorgesehen, dass die rechtliche Vaterschaft ohne explizite Kenntnis der Abstammung etabliert wird und sogar eine Vaterschaft auf Basis einer Willenserklärung entsteht, unabhängig von einer Kenntnis: Wenn die Mutter des Kindes

572 Details zum § 1598 a finden sich im Abschnitt 6.3.2.4.

einverstanden ist, kann auch ein Mann das Kind als seines anerkennen, der weiß, dass es vielleicht nicht von ihm abstammt. Der erklärte Wille der Eltern, das Kind als ihres großzuziehen, wird dann als Garant für eine stabile familiäre Beziehung und damit für Statusklarheit gewertet. Deshalb wird bei Anerkennungen nicht überprüft, ob der Anerkennende das Kind gezeugt hat. Das Abstammungsrecht orientiert sich an verschiedenen Anhaltspunkten und lässt unterschiedliche Gewichtungen diese Punkte zu. Die Abstammung ist darunter von nachrangiger Bedeutung.

Traditionell war es in unseren westlichen Kulturen dem Vater vorbehalten, Entscheidungen über die Familienzugehörigkeit zu treffen. Das erste europäische Privatrecht, das römische Recht, hat dieses Vaterrecht abgebildet. Der Vater war lange Zeit auch der Einzige, der die Ehelichkeit eines Kindes anfechten oder ein uneheliches Kind anerkennen konnte. Er konnte also eine Familienbeziehung herstellen oder auflösen. Weder die Mutter noch das Kind waren dazu berechtigt. Der Vater hatte das Recht und die Pflicht, die Situation der Familie zu überblicken und im Sinne der Wahrung der Familieninteressen zu entscheiden. Entschied er sich dafür, lieber ein außerehelich empfangenes Kind seiner Frau als ein eigenes aufzuziehen statt den Ehebruch seiner Frau bekanntzugeben, so hatte das Kind keine Möglichkeit, seine Abstammung festzustellen.

Ende des 20. Jahrhunderts änderte sich das deutsche Recht in diesem Punkt: Mutter und Kind haben seit 1998 das allgemeine und uneingeschränkte Recht, die Vaterschaft anzufechten und danach die Abstammung feststellen zu lassen. Jetzt ist es also nicht mehr allein die Macht des Vaters, der zugetraut wird, die familieninternen Konflikte angemessen zu lösen. Stattdessen legt das Gesetz für alle Beteiligten die Kriterien für die Anfechtung fest und verwaltet damit die Rechte der Familienmitglieder gegeneinander.

Während Vaterschaft früher ein starker Rechtsbegriff war, scheint heute die tatsächliche Abstammung im Recht zunehmend mehr Bedeutung zu bekommen. Noch über die Mitte des 20. Jahrhunderts hinaus war die Zuschreibung der Vaterschaft auf den Status (also Ehelichkeit oder nicht) ausgerichtet, wobei der Schutz des ehelichen Kindes mit seinen Versorgungsansprüchen besonders wichtig war. Später, nach dem Inkrafttreten des Nichtehelichen-Gesetzes und besonders nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 1989, rücken das Persönlichkeitsrecht und das individuelle Wissen um die eigene Abstammung ins Zentrum. Der Wunsch nach einer Statusänderung ergibt sich daraus ggf. nachträglich. Auch hat dieses Wissen zu einer Individualisierung innerhalb der Familie geführt, weil alle Mitglieder ein Recht auf Kenntnis gegen den Willen der anderen durchsetzen können – also auch der Vater gegen die Mutter, nicht mehr bloß das Kind gegen die Eltern.

6.3.1.1 Vaterschaft

Wie die allgemeine Definition des Rechtsbegriffs der Abstammung deutlich macht, ist Vaterschaft als Rechtsbegriff eine normative Tatsache, keine biologische. Vater ist also, wer nach der rechtlichen „Vater-Kind-Zuordnung als solcher angesehen wird“.⁵⁷³ Die Zuordnungskriterien werden definiert, und aus der Beziehung ergeben sich Rechte (z. B. das Umgangsrecht) und Pflichten (z. B. Beistand und Rücksicht).

Wenn in der deutschen Rechtsprechung und Gesetzgebung ohne ein weiteres Adjektiv von einem „Vater“ die Rede ist, dann ist der Mann gemeint, der rechtlich als Vater des Kindes gilt. Im Alltagsgebrauch würde man vielleicht dazu tendieren, einen anderen Mann als „Vater“ des Kindes zu bezeichnen, etwa weil man weiß, dass das Kind von diesem anderen Mann abstammt, oder weil er mit dem Kind wie in einer Familie zusammenlebt. Das Recht unterscheidet diese verschiedenen Beziehungsformen begrifflich voneinander. Der Begriff des „sozialen Vaters“ bezieht sich auf einen erziehenden, im Alltag des Kindes präsenten Vater, unabhängig davon, ob er ein rechtlicher, „biologischer“ oder Stiefvater ist. Unter dem neuen Begriff „biologischer Vater“ verstehen Juristen einen Mann, der behauptet, mit der Mutter verkehrt zu haben, und der nicht rechtlicher oder sozialer Vater des Kindes ist. Der Begriff des „leiblichen Vaters“ wird hauptsächlich im Zusammenhang mit einer Adoption verwendet und meinte dann den Vater, der das Kind gezeugt und als rechtlicher Vater zur Adoption freigegeben hat, im Unterschied zum Mann, der das Kind adoptiert. Heute wird leiblicher und biologischer Vater oft ähnlich verwendet, wengleich der Kontext ein anderer ist: Der „biologische Vater“ war noch nicht und ist kein „Vater“ (weder rechtlich noch sozial), sondern er ist ein vermeintlicher Erzeuger, der gern Vater sein *möchte* und sich von der Mutter (und ggf. dem rechtlichen Vater) daran gehindert sieht, väterliche Verantwortung zu übernehmen. Die verschiedenen Begriffe beschreiben also ganz unterschiedliche Beziehungen zwischen Mann und Kind mit unterschiedlichen Rechtsfolgen. Die verschiedenen „Väter“ können außerdem auch gegeneinander Rechte haben: Ein sozialer Vater z. B. kann als wichtige alltägliche Bezugsperson ein Umgangsrecht gegenüber dem Kind haben, auch wenn die elterliche Sorge beim rechtlichen Vater verbleibt. Ein vermeintlicher „biologischer Vater“ kann u. U. ein Anfechtungsrecht gegenüber dem rechtlichen Vater haben, sofern dieser keine soziale Beziehung zu dem Kind unterhält. Im Folgenden geht es hier um die rechtliche Vaterschaft und die verschiedenen Wege, wie sie entstehen kann.

Im aktuellen BGB gibt es drei Formen der Etablierung von rechtlicher Vaterschaft:

573 Luh 2008, 91.

Vaterschaft im Sinne des BGB entspricht nicht zwingend genetischer Vaterschaft, sondern ergibt sich kraft gesetzlich normierter Vermutung, und zwar grundsätzlich nur auf Grund Ehe mit der Mutter, auf Grund Anerkenntnisses oder auf Grund gerichtlicher Feststellung, § 1592. Die drei Entstehungstatbestände der Vaterschaft schließen sich gegenseitig aus.⁵⁷⁴

Aus rechtssoziologischer Sicht könnte man sagen, dass das Recht nach Konstruktionen sucht, die Erwartungen normativ sichern können, also Handlungssicherheit geben. In Bezug auf Vaterschaft stützt sich das Recht dabei auf die Ehe als formal verkündete Absicht, eine vertrauensbasierte Beziehung führen zu wollen, und auf die Anerkennung als Absichtserklärung des Mannes.⁵⁷⁵ Dies sind soziale Konstellationen bzw. „Tatbestände“, die dem Kind mit großer Wahrscheinlichkeit die Person als Vater zuordnen, von der erwartet werden kann, dass sie auch real Verantwortung für das Kind übernehmen wird. Liegt weder eine Ehe noch eine Anerkennung vor, so nimmt man die biologische Abstammung als Ermittlungsfigur: Bestreitet der Mann, den die Mutter als vermeintlichen Vater benennt, die Vaterschaft, so wird ein Gutachten hinzugezogen.

Im Folgenden wird die aktuell gültige Rechtslage im Hinblick auf Vaterschaft und Mutterschaft in den Details dargestellt.

Vaterschaft kraft Ehe mit der Mutter

Die rechtliche Vaterschaft des Ehemannes der Mutter wird nach wie vor durch die Vaterschaftsvermutung (früher Ehelichkeitsvermutung) gestiftet. Im exakten Wortlaut besagt Paragraph 1592 Absatz 1:

Vater eines Kindes ist der Mann,
1. der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist.

Für die gesetzliche Vermutung, dass der Ehemann der Mutter Vater des Kindes sei, ist irrelevant, ob der Mann in der konkreten Empfängniszeit noch nicht verheiratet, abwesend oder zeugungsunfähig war. „Auf diese

574 Hohloch 2002, 399 f., Rnd. 745. Vgl. auch Luh 2008, 115: Man bedient sich „normativer Begründungstatbestände“.

575 Es gibt keine Statistik der Rechtspflege zu den verschiedenen Arten von rechtlicher Vaterschaft. Allerdings dürfte der Anteil der Vaterschaften aufgrund der Ehe mit der Mutter dem Anteil an Familien mit verheirateten Eltern nahe kommen und sich daher aus der Statistik zu den Familientypen ableiten lassen. Im Jahr 2009 z. B. bestanden 72,5 % der „Familien“ (vom Statistischen Bundesamt definiert als: Eltern-Kind-Gemeinschaften mit mindestens einem minderjährigen Kind in ihrem Haushalt) aus verheirateten Eltern mit Kindern, 27,5 % aus alternativen Familienformen (Lebensgemeinschaften oder alleinerziehende Elternteile). Quelle: Statistisches Bundesamt Deutschland, Tabelle FP 04: Familien nach Familientyp und Alter der Kinder, Jahr 2009.

Weise wird der eheliche Intimbereich abgeschirmt.⁵⁷⁶ „Abgeschirmt“ meint nicht in einem schwachen Sinn, dass der Staat die Abstammung nicht prüfen dürfe, weil das Paar das Vorrecht haben soll, sondern in einem starken Sinn: dass nicht etwas in die Partnerschaft eingreifen darf, was der internen Perspektive des Vertrauens überhaupt nicht angemessen ist bzw. sogar gerade diese Grundlage in Frage stellt.

Die Vaterschaft an der Ehe mit der Mutter festzumachen hat eine lange Tradition. Die Ehe stellt ein stabiles Element dar. Sie ist bisher das einzige *Rechtsinstitut* für die „Geschlechtsverbindung von Mann und Frau“.⁵⁷⁷ Man geht von einer häuslichen Gemeinschaft der Ehepartner aus und vermutet von daher, dass der Ehemann das Kind gezeugt hat. Die rechtliche Vaterschaft des Ehemanns würde dann mit der tatsächlichen übereinstimmen. Bei dieser Zuordnung spielt der Wille der Beteiligten keine Rolle: Die Eltern werden nur nach ihrer Eheurkunde gefragt, mehr nicht. Allein der zuvor einmal bekundete Wille zur Eheschließung trägt zur Zuordnung bei. Ferner ist die Ehe grundgesetzlich geschützt, man darf deshalb nicht pauschal das eheliche Vertrauensverhältnis in Frage stellen und die Vaterschaftsvermutung für Ehemänner aufgeben.⁵⁷⁸

Dass an dieser Vermutung im BGB weiterhin festgehalten wird, deutet darauf hin, dass der Schutz der Vertrauensbeziehung und der väterlichen Verantwortung für die Familie weiterhin für wichtig gehalten wird, worin sich auch die Tradition der zentralen Vormachtstellung des Vaters weiterhin abzeichnet. Es wäre für die deutsche Rechtstradition unsinnig, die Vaterschaft des Ehemannes von einer zusätzlichen expliziten Bestätigung oder gar Überprüfung abhängig zu machen. Dies dient auch dem Schutz der Kinder und ist deshalb streng geregelt: Aus der angenommenen Vertrauensbeziehung der Ehepartner entstehen direkte Versorgungspflichten. Die Ehe ist also geschützt als stabiler Raum der Ehepartner sowie als Rahmen, welcher die finanzielle und soziale Verantwortlichkeit für die innerhalb dieses Raums geborenen und aufwachsenden Kinder sichert. Umgekehrt wird die Vaterschaftsvermutung, wie sie bei verheirateten Partnern Anwendung findet, nicht automatisch auf feste nichteheliche Partnerschaften ausgedehnt, sondern nur, wenn das Kind anerkannt wird.⁵⁷⁹

576 Ramm 1990, 186.

577 Schwab, 2005, 15. Die nichteheliche Partnerschaft ist (noch) keine rechtliche Institution.

578 Vgl. Luh 2008, 170.

579 Vgl. Grün 2003, 30.

Vaterschaft kraft Anerkennung

Ist die Mutter nicht verheiratet, so ist eine Anerkennung möglich, was die zweite Form der Etablierung von Vaterschaft darstellt (§ 1592 Abs. 2). Ein Mann kann die Vaterschaft für ein Kind anerkennen, das keinen Vater hat (§ 1594 Abs. 2). Die Mutter muss der Anerkennung zustimmen (§ 1595 Abs. 1). Der Mann kann seine Anerkennung nur dann widerrufen, wenn die Mutter nach einem Jahr noch keine Zustimmung gegeben hat (§ 1597 Abs. 3).⁵⁸⁰

Eine Anerkennung ist „ein einseitiges, form- und zustimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft und kein Vertrag“.⁵⁸¹ Sie darf keine Bedingung oder Befristung enthalten. „Nach wohl überwiegender Auffassung ist die Anerkennungserklärung eine Willenserklärung [...], so daß das Wissen oder die Überzeugung, Vater des Kindes zu sein, nicht Wirksamkeitsvoraussetzung ist.“⁵⁸² Gegenstand der Anerkennung ist nicht die Abstammung: Ein Mann erkennt nicht etwa an, dass das Kind von ihm abstammt, sondern er bekundet den Willen, die Vaterschaft für es zu übernehmen. In diesem Sinn erklärt Grün: Inhalt der Willenserklärung sei, dass man die gesetzlichen Folgen der Vaterschaft auf sich nehmen will. Ein Mann kann also auch die Vaterschaft anerkennen, wenn er weiß, dass er das Kind nicht gezeugt hat: „Auf die biologische Richtigkeit der Erklärung kommt es nicht an. Auch die bewußt unrichtige Anerkennung ist wirksam.“⁵⁸³ Die Abstammung ist für die Anerkennung nicht maßgeblich. Der Wille der Beteiligten, d. h. sowohl der Mutter wie des Vaters, ist hier die vorrangige Grundlage für die Zuordnung.⁵⁸⁴

Vaterschaft kraft gerichtlicher Feststellung

Dies ist die dritte rechtliche Form, Vaterschaft zu begründen. Anders als bei der Vaterschaft durch Ehe und durch Anerkennung ist hier der erfolgte Geschlechtsverkehr Grundlage der Vaterschaft.

580 Seit der ursprünglichen Fassung des BGB bis zur Änderung durch das Nichtehe-lichen-Gesetz 1970 standen die Bestimmungen zur Anerkennung in dem geson-dernten Teil, der die Vorschriften über das Rechtsverhältnis zwischen nichteheli-chen Kindern und ihren Eltern enthielt (§§ 1717 ff. BGB a. F.). Seit 1970 wird die Anerkennung gemeinsam mit der ehelichen Vaterschaft in den Paragraphen über die Abstammung behandelt.

581 Grün 2003, 40.

582 Ramm 1990, 192, Fußnote 1.

583 Grün 2003, 39

584 Vgl. Luh 2008, 107.

Im Verfahren auf gerichtliche Feststellung der Vaterschaft wird als Vater vermutet, wer der Mutter während der Empfängniszeit beigezogen hat.⁵⁸⁵

Wörtlich wird hier von einer „Vermutung“ gesprochen, da die Richter bei der Feststellung zwar ein Abstammungsgutachten hinzuziehen können, das eine Vaterschaft praktisch nachweisen kann, letztlich aber als Richter mit ihrer Entscheidung festlegen, wer als Vater gelten soll. Daher stimmt nicht ganz, was Luh schreibt: Die „genetische Abstammung [ist] das entscheidende Kriterium“ für die Vaterschaftsfeststellung.⁵⁸⁶ „Kriterium“ ist der erfolgte Geschlechtsverkehr, und höchstens bei einem Ausschluss der Vaterschaft mit einem Gutachten, also im Falle der Widerlegung, könnte die *fehlende* Abstammung „das entscheidende Kriterium“ genannt werden. Es können Zweifel an der Vaterschaft vorgebracht werden, z. B. durch konkrete Hinweise darauf, dass auch ein anderer Mann mit der Mutter während der Empfängniszeit verkehrt hatte – dann ist der Beweis des vollzogenen Verkehrs allein nicht mehr ausreichend, sondern es müssen mehrere Abstammungsgutachten herangezogen werden.

Auf gerichtliche Feststellung der Vaterschaft kann geklagt werden, wenn ein Kind vaterlos ist. Hat es einen Vater, so müsste zuerst die bestehende Vaterschaft angefochten werden. Der Wille eines der Beteiligten, die Vaterschaft rechtskräftig feststellen zu lassen, ist also der Auslöser dieses Verfahrens, es wird nicht von Amts wegen eingeleitet. Bei einem minderjährigen Kind kann aber das Jugendamt als Beistand für das Kind ein Feststellungsverfahren auslösen (s. u.). Nur bei etwa fünf Prozent der Kinder, die außerhalb einer Ehe geboren werden, wird eine Feststellungsklage angestrengt.⁵⁸⁷ Klagebefugt sind die Mutter gegen den Mann, das Kind gegen den Mann sowie der Mann gegen das Kind.⁵⁸⁸ Die abschließende Feststellung wirkt für und gegen alle, nicht nur für die beiden beteiligten Parteien. Da diese Vaterschaftszuordnung unanfechtbar ist, ist sie die stabilste und klarste Form der Etablierung einer Vaterschaft. Wurde ein Verfahren eingeleitet, so gilt das Prinzip der Amtsermittlung: Die Gerichte müssen selbst Beweise erheben, d. h. auch über die von den Parteien vorgebrachten Beweise hinaus z. B. ein Abstammungsgutachten beantragen. Anders als bei einem Strafprozess darf bei einem Verfahren zur Feststellung der Vaterschaft niemand die Untersuchung verweigern.

Während früher das Jugendamt automatisch die Amtspflegschaft für ein nichteheliches Kind innehatte und aus dieser Vertretungsbefugnis heraus ein Feststellungsverfahren auslösen konnte, liegt die Entscheidung heute bei der Mutter: Wenn die Geburt eines Kindes angemeldet wird,

585 § 1600 d Absatz 2 Satz 1 BGB.

586 Ebd., 116; vgl. Grün 2003, 63.

587 Vgl. Angabe von Luh 2008, 113.

588 Vgl. Grün 2003, 68.

dessen Mutter nicht verheiratet ist und für das keine Vaterschaftsanerkennung vorliegt, so muss das Standesamt das Jugendamt darüber informieren. Dieses wiederum bietet der Mutter eine Beratung dazu an, wie sie die Feststellung des Vaters betreiben kann, damit ein Unterhaltspflichtiger gefunden wird. Wurde ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren einmal ausgelöst, so ermitteln die Gerichte von Amts wegen, denn sie haben ein Interesse daran, die Frage des Unterhaltsanspruchs zu lösen, damit nicht der Staat ersatzweise für das Kind zahlen muss.⁵⁸⁹ Die Mutter kann dabei zur Mitwirkung gezwungen werden, z. B. weil sie im Rahmen der Personensorge für das Wohlergehen des Kindes verantwortlich ist.⁵⁹⁰

Die rechtliche Vaterschaft orientiert sich demnach an unterschiedlichen Anhaltspunkten: einer bestehenden Ehe, einer abgegebenen Willenserklärung mit Zustimmung oder einer gerichtlichen Feststellung. Auch sind unterschiedliche gesetzliche Vermutungen wirksam in der Etablierung oder Anfechtung der verschiedenen Formen von Vaterschaft. Diese rechtlichen Konstruktionen versuchen, Vertrauensverhältnisse zu schützen und auch dem übereinstimmenden Willen der Betroffenen nachzukommen. Eine Überprüfung der Abstammung findet nur statt, wenn nachvollziehbare Zweifel geäußert werden. Damit kommt der rechtliche Abstammungsbegriff den Bedürfnissen von Verfassungsschutz und anerkannten sozialen Lebenssachverhalten nach. Erst in jüngster Zeit hat sich diese Situation verändert durch die zunehmende Bedeutung, die das Recht auf Kenntnis der Abstammung in den verschiedensten Kontexten des Familienrechts – Umgangsrecht, Abstammungsklärung, Anfechtungsbeziehung etc. – erlangt hat. „Die Vereinheitlichung des Abstammungsbegriffs wird durch die Verwendung des Begriffs ‘Recht auf Erlangung der Kenntnis der eigenen (blutmäßigen) Abstammung’ gefördert“, warnte Ramm 1990 – und das KindRG sowie die Änderungen von 2004 geben ihm recht.⁵⁹¹

6.3.1.2 *Mutterschaft*

Mutterschaft hört sich – wie Vaterschaft – nach einem rechtlichen Begriff an, aber lange Zeit haben ihn weder die deutsche Rechtswissenschaft noch

589 Vgl. Muscheler/Bloch 2002, 342.

590 Der BGH entschied 2008, dass die Durchsetzung der Zwangshaft gegen eine Mutter zur Erreichung einer Auskunft über den vermeintlichen Vater rechtmäßig sei, wenn die Mutter bereits durch eine falsche Aussage über die Vaterschaft des Scheinvaters „Einblick in ihre Intimsphäre“ gegeben hat. Unter diesen Umständen sei ihr zuzumuten, diese Aussage korrigieren zu müssen (vgl. BGH I ZB 87/06 vom 03.07.2008).

591 Ramm 1990, 189.

die Gesetze verwendet.⁵⁹² Erst seit dem Kindschaftsrechtsreformgesetz von 1998 existiert eine Definition von *Mutterschaft*, und zwar im Paragraph 1591:

Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat.

Die Definition verhindert Leihmutterschaft und ähnliche Formen der „gespaltenen“ Mutterschaft⁵⁹³ und schafft ein eindeutiges Zuordnungskriterium. Eine Frau, die sich ein genetisch eigenes Kind wünscht, ohne es selbst austragen zu wollen, und dafür ihre Eizellen befruchten und einer anderen Frau einsetzen lässt, kann sich nach der Geburt des von der anderen Frau ausgetragenen Kindes nicht auf die genetische Abstammung von ihr berufen und das Kind als ihres anmelden.

Ein Unterschied zur Vaterschaft liegt darin, dass Mutterschaft traditionell und weiterhin nicht angefochten werden kann. Die Offensichtlichkeit der Geburt macht diese Entscheidung nachvollziehbar. „Eine gleichberechtigungswidrige Behandlung von Mann und Frau wird hierin nicht gesehen.“⁵⁹⁴ Ferner wird bei der Mutterschaft kein Unterschied hinsichtlich ihres Familienstands – verheiratet oder ledig – gemacht, wie es beim Vater der Fall ist, sondern allein der Vorgang der Geburt berücksichtigt.

6.3.1.3 *Anfechtung der Vaterschaft*

Besteht bereits eine rechtliche Vaterschaft, so kann kein anderer Vater eines Kindes festgestellt werden, bevor die bestehende Vaterschaft nicht rechtskräftig beseitigt wurde. Diese Beseitigung geschieht, wenn die Vaterschaft erfolgreich angefochten wird. Im Kindschaftsrechtsreformgesetz von 1998 wurde das Kriterium für die anzufechtende Vaterschaft ehelicher und unehelicher Kinder angeglichen:

In dem Verfahren auf Anfechtung der Vaterschaft wird vermutet, dass das Kind von dem Mann abstammt, dessen Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 und 2, § 1593 besteht.⁵⁹⁵

592 Vgl. Ramm 1990, 189: *Mutterschaft* wird seit längerer Zeit in § 27 Abs. 2 Personenstandsgesetz (PStG) erwähnt. Der Begriff bezieht sich dabei auf Frauen, die einem Staat angehören, der eine Anerkennung der Mutterschaft vorsieht.

593 Man könnte – neben einer „sozialen“ Mutter – die Eizellen spendende Frau als „genetische“ Mutter und die Frau, die schwanger war und das Kind geboren hat, als „biologische“ Mutter bezeichnen. Hier wird sich wohl der allgemeine Sprachgebrauch mit der rechtlichen Definition decken: Die Frau, die das Kind geboren hat, nennt man gemeinhin einfach „Mutter“ – und das BGB tut es genauso.

594 Muscheler/Bloch 2002, 340.

595 § 1600 c Absatz 1 BGB. Gegenstand von § 1593 ist die Regelung der Vaterschaft bei Auflösung der Ehe durch Tod des Mannes.

Egal, ob die Vaterschaft durch Ehe oder durch eine Anerkennung entstanden ist – im Kontext der Anfechtung besteht die gleiche Abstammungsvermutung, die es zu widerlegen gilt.⁵⁹⁶ Bei der Begründung der Vaterschaft nach den genannten Paragraphen 1592 und 1593 hingegen wird die Abstammung nicht erwähnt: Dort sind das Verheiratet-Sein mit der Mutter bzw. die Anerkennung die Kriterien für die Vaterschaft.

Der Anfechtende muss beweisen, dass das Kind nicht von seinem rechtlichen Vater abstammt.⁵⁹⁷ „Ziel [einer Anfechtung] ist die Feststellung, dass der Betreffende niemals Vater gewesen ist.“⁵⁹⁸ Das Kind wird vaterlos, rückwirkend bis zum Tag der Geburt. Der Vater, der seit der Geburt für das Kind Unterhalt gezahlt hat, kann diese zu Unrecht gezahlte Summe als Schaden verstehen – aber er hat nicht das Recht, Schadensersatz von seiner Frau dafür zu fordern, weil sie ihn nicht über die Abstammung von einem anderen Mann informiert hat.⁵⁹⁹ Er hat nur die Möglichkeit, vom leiblichen Vater Regress zu verlangen, nachdem dessen Vaterschaft anerkannt oder festgestellt wurde. Dabei darf der Unterhalt nur so weit zurückgefordert werden, wie der Erzeuger von seiner Vaterschaft wusste bzw. sie annehmen musste.⁶⁰⁰ Unabhängig von Unterhaltsregressforderungen kann die Mutter für die Fälschung des Personenstandes des Kindes bestraft werden.⁶⁰¹ Geschützt werden soll dadurch das Interesse des Kindes an Statusstabilität. Ferner hat auch der Staat ein Interesse daran, dass eine Mutter keinen zahlungsfähigen Vater verschweigt und auf Kosten des Staates Unterhalt bezieht.

Anfechten dürfen der rechtliche Vater, die Mutter und das Kind, sowie unter bestimmten Umständen der „Mann, der an Eides statt versichert, der Mutter des Kindes während der Empfängniszeit beigewohnt zu haben“ (§ 1600 Abs. 1 Nr. 2), also der Mann, der sich für den leiblichen Vater des Kindes hält. Eine bestehende sozial-familiäre Beziehung des rechtlichen Vaters zu seinem Kind macht eine Anfechtung durch den leiblichen Vater unmöglich.⁶⁰² Alle Anfechtungsberechtigten haben dabei eine

596 Vgl. Gaul 1997, 1462.

597 Vgl. Grün 2003, 157.

598 Luh 2008, 124.

599 Grün 2003, 165 ff.

600 Vgl. Huber 2004, 145 ff.

601 Vgl. im Strafgesetzbuch (StGB) „§ 169 Personenstands-fälschung: (1) Wer ein Kind unterschiebt oder den Personenstand eines anderen gegenüber einer zur Führung von Personenstandsregistern oder zur Feststellung des Personenstands zuständigen Behörde falsch angibt oder unterdrückt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Der Versuch ist strafbar.“ Ferner können § 826 BGB („Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung“) und § 263 StGB („Betrug“) einen Klagegrund liefern.

602 Vgl. Luh 2008, 227: „Man kann daran erkennen, dass ein gesetzgeberischer Wille vorhanden ist, eine rein soziale Vaterschaft, die durch Willenserklärung über-

Frist von zwei Jahren einzuhalten ab dem Moment, in dem sie von Umständen erfahren haben, die gegen die Abstammung sprechen. Für die Eröffnung einer Anfechtungsklage muss ein „begründeter Anfangsverdacht“ vorgetragen werden.⁶⁰³ Dies ist nicht explizit gesetzlich formuliert, sondern eine maßgebliche Auffassung der Rechtsprechung. Anhand dieses Anfangsverdachts muss plausibel gemacht werden, wann die Frist begonnen hat. „Zur Frage, welche Anforderungen an die Schlüssigkeit der Anfechtungsklage zu stellen sind, ist die Rechtsprechung nicht einheitlich.“⁶⁰⁴ Überzeugend ist nach Ansicht von Grün die Position, dass die Umstände dargelegt werden müssen, die zur Überzeugung führen, dass Kind stamme von einem anderen Mann ab. Dazu gehört, dass der Zeitpunkt genannt wird, zu dem der Klagende von den Gründen erfahren hat. Ferner sind konkrete Anhaltspunkte dafür zu geben, warum das Kind nicht vom rechtlichen Vater abstammen kann. Dies kann damit begründet werden, dass der Vater zur Empfängniszeit keinen Geschlechtsverkehr mit der Mutter hatte, oder begründeter Verdacht dafür besteht, dass die Mutter auch mit einem anderen Mann verkehrte. Die Möglichkeit der Abstammung von einem anderen Mann muss durch die vorgebrachten Gründe in Betracht kommen.

Da das Gericht im Anfechtungsverfahren nur eingeschränkt Beweise erheben darf⁶⁰⁵, sollte der Anfechtende selbst möglichst genaue Angaben zu den Umständen machen, die gegen die bestehende Vaterschaft sprechen. Sind die vorgebrachten Verdachtsgründe nicht nachvollziehbar, so muss das Gericht die Sache nicht weiter verfolgen.⁶⁰⁶ Befindet ein Gericht, dass kein schlüssiger Verdacht vorgebracht wurde, so wird das Verfahren gar nicht erst aufgenommen. Wird eine Anfechtungsklage eingereicht und danach ein Verfahren zur Klärung der leiblichen Abstammung nach Paragraph 1598 a BGB beim Familiengericht eröffnet, so wird die Anfechtungsfrist für sechs Monate gehemmt.

An den Voraussetzungen für die Anfechtung lässt sich ablesen, welche Rolle die Abstammung in einem jeweiligen Familienrecht spielt. Denn die Anfechtung regelt, unter welchen Umständen eine rechtliche Vater-

nommen wird, nicht durch die Möglichkeit einer Anfechtung wegen mangelnder biologischer Abstammung zu zerstören.“

603 Vgl. Grün 2003, 133.

604 Grün 2003, 133.

605 Vgl. § 177 FamFG: „Eingeschränkte Amtsermittlung, förmliche Beweisaufnahme“: Der Anfechtende muss mit der Beweisaufnahme einverstanden sein. In der Praxis wird er wohl keine Einwände haben gegen die Einholung eines Gutachtens, das die Vaterschaft ausschließen kann. Von der *eingeschränkten* Amtsermittlung bei der Anfechtung ist zu unterscheiden, dass *nach* erfolgreicher Anfechtung ein Verfahren zur Feststellung der Vaterschaft folgt, in dem das Gericht dann von Amts wegen ermittelt.

606 Vgl. Grün 2003, 134.

schaft aufgelöst werden darf. Luh gibt zu bedenken, dass bei der Anfechtung eine Vermutung (nämlich über die Abstammung) zur Grundlage der Vaterschaft gemacht wird, die bei deren ursprünglicher Etablierung (durch Ehe oder Willenserklärung/Anerkennung) keine Rolle spielte. Daran sehe man, dass die biologische Abstammung des Kindes letztlich der „eigentliche Geltungsgrund“ der rechtlichen Abstammung sei, folgert sie.⁶⁰⁷ Das stimmt nicht, denn das Kriterium für die Anfechtung (die Abstammung) entspricht der Situation eines Misstrauens, in der nach Wissen gesucht wird, und kann nicht als Normalfall von Vaterschaft, in der im Vertrauen ein anderes Wissen besteht, angenommen werden. Es wäre nicht zutreffend, wenn man dieses Misstrauens-Kriterium zur Grundlage des Regelfalls machen würde.

Höchstens kann man sagen, dass die Vaterschaftsdefinition bei der Anfechtung enger geworden sei als früher: Vor 1998 war die Nichtehelichkeit eines Kindes, auf deren Feststellung die Anfechtung gerichtet war, bestimmt als:

Das Kind ist nicht ehelich, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Frau das Kind von dem Manne empfangen hat.⁶⁰⁸

Früher musste der Mann jegliche Möglichkeit, dass die Frau das Kind von ihm empfangen haben könnte, widerlegen, d. h. es durfte z. B. überhaupt keinen Geschlechtsverkehr in der Empfängniszeit gegeben haben. Nach dem aktuellen Abstammungsrecht muss der anfechtende Vater glaubhafte Zweifel an der Annahme äußern, dass das Kind von ihm abstammt, indem er Hinweise dafür gibt, dass es auch ein anderer Mann gewesen sein könnte. Das Kriterium für die Anfechtung ist also enger geworden – an die Stelle der Möglichkeit der Empfängnis (der „mögliche“ Vater) ist die Notwendigkeit der Abstammung vom rechtlichen Vater („wirklicher“ Vater) getreten.⁶⁰⁹

In Frankreich – dies als kleiner Ausblick auf alternative Konzepte im Familienrecht – gibt es ein quasi anfechtungsresistentes Kriterium für den Status eines Kindes, für das man in Deutschland kein vergleichbares Gegenstück findet: die *possession d'état* (tatsächlicher Besitz eines Personenstands⁶¹⁰). Gemeint ist der Status, den ein Kind faktisch innehat und der sich z. B. aus seinem Namen, seinem Wohnort und seiner Eingebunden-

607 Luh 2008, 227.

608 § 1591 Absatz 1 Satz 2 BGB in der Fassung vom 01.01.1962.

609 Zum wirklichen und möglichen Vater vgl. insbesondere Abschnitt 4.4.

610 Übersetzung nach IATE – Inter-Active Terminology for Europe. EU's multilingual term base: <http://iate.europa.eu> (01.10.2013). Der Begriff kam bereits im CC vor und bezog sich damals auf ein Kind, für das die entsprechende Eintragung im Geburtenregister fehlte, das aber faktisch den Status eines ehelichen Kindes innehatte (Art. 320 f. CC).

heit in eine Familie ergibt.⁶¹¹ Vorausgesetzt wird dabei, dass das Kind sich gegenüber den Eltern bzw. dem Elternteil verhält, als wären es seine Eltern bzw. sein Vater, sowie umgekehrt, was auch die Erziehung und Versorgung des Kindes durch die Eltern beinhaltet. Eine Person, die faktisch den Status eines Kindes in einer Familie andauernd, in Einverständnis und eindeutig besitzt, gilt rechtlich als Kind. Zumindest nach einer gewissen Zeit, wie der erreichten Volljährigkeit des Kindes, kann keines der Familienmitglieder mehr diesen Status anfechten mit dem Hinweis darauf, dass das Kind genetisch nicht mit den Eltern bzw. dem Vater verwandt sei. „Das französische Recht trennt hier gedanklich sehr viel schärfer als das deutsche zwischen dem Recht auf Kenntnis der genetischen Herkunft einerseits und einer angestrebten Statusänderung andererseits“, betont Frank.⁶¹²

Zwei Sonderfälle der Anfechtung im deutschen Recht sollen noch kurz erwähnt werden: Die Anfechtung nach künstlicher Befruchtung sowie die Anfechtung durch Behörden. Eingeschränkt ist die Abstammungsklä rung und Vaterschaftsanfechtung im Fall der heterologen Insemination.⁶¹³ Dazu schaffte das „Gesetz zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten“ (Kinderrechteverbesserungsgesetz) Klarheit. Das Gesetz trat zum 12.04.2002 in Kraft. Zum Paragraph 1600 wurde der Absatz 2 (heute: 5) neu eingefügt:

Ist das Kind mit Einwilligung des Mannes und der Mutter durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden, so ist die Anfechtung der Vaterschaft durch den Mann oder die Mutter ausgeschlossen.

Meyer erklärt, es sei gerechtfertigt, die Entscheidung zur Übernahme elterlicher Verantwortung mit der Zustimmung zur heterologen Insemination gleichzusetzen, und demnach könne die genetische Nicht-Abstammung des Kindes für die Eltern kein Anfechtungsgrund sein.⁶¹⁴ Weiterhin bleibt aber dem Kind in diesem Fall die Möglichkeit der Anfechtung. Das ist bemerkenswert, da man ihm in dieser konkreten Situation ja auch ein Recht auf Klärung seiner Abstammung unter Ausschluss des Anfechtungsrechts einräumen könnte. Auch ein eingeschränktes Anfechtungsrecht wäre eine Alternative. Man könnte dem Kind die Informa-

611 Schwenzer verweist auf *nomen*, *tractatus* und *fama*: Das Kind hat stets den Namen der Eltern getragen, ist als Kind behandelt und von Außenstehenden als Familienmitglied wahrgenommen worden (vgl. Schwenzer 1987, 232). Die *possession d'état* ist ein Beispiel für die rechtliche Anerkennung einer Realbeziehung.

612 Frank 2005, 1131. Das Kind dürfte seine genetische Abstammung erforschen, kann aber seinen Status nicht verändern.

613 Künstliche Befruchtung der Frau durch Samen eines anderen Mannes als ihres Partners.

614 Meyer 2005, 170.

tion über den Samenspender zur Verfügung stellen – das wäre der Situation angemessener als ein nachträgliches Anfechtungsrecht des Kindes.

In einer speziellen Konstellation – der zweite Sonderfall – steht einer familienfernen Partei ein Anfechtungsrecht zu, und zwar bei einer behördlichen Anfechtung, die seit dem 01.06.2008 möglich ist. Problematisch geworden war nämlich die Praxis, dass obdachlose deutsche Männer Kinder von ausländischen Frauen anerkennen, wodurch diese nach Deutschland einwandern bzw. im Land bleiben dürfen.⁶¹⁵ Dieser Missbrauch der Vaterschaftsanerkennung war nach 1998 möglich geworden, weil das Jugendamt das Kind nicht mehr bei jeder Anerkennung vertreten muss. Zum einen sollte die Anerkennung ohne Prüfung der Abstammung beibehalten, zum anderen aber der Missbrauch der Anerkennung verhindert werden.⁶¹⁶ Die berechtigte Frage besteht, ob man dieses Problem nicht sachnäher im Staatsangehörigkeits- und Aufenthaltsrecht hätte regeln können. Dass eine Behörde nun das Recht hat, eine Abstammung zu überprüfen, weist eine Parallele auf zur NS-Zeit, in der ähnliche staatliche Eingriffe in die Familien praktiziert wurden. Helms meinte kurz vor Inkrafttreten des Gesetzes, „dass die Einführung eines behördlichen Anfechtungsrechts einen Fremdkörper im deutschen Abstammungsrecht schaffen wird“.⁶¹⁷ In der Praxis kam es zeitweise in einigen Gerichten zu einem befremdlichen Automatismus bei der Beweisaufnahme: Einige Richter haben bei behördlichen Anfechtungen automatisch einen Vaterschaftstest beauftragt, ohne vorher zu prüfen, ob eine sozial-familiäre Beziehung vorliegt, die eine Anfechtung ja prinzipiell ausschließt.⁶¹⁸

Nach diesem Überblick über die gegenwärtige Gesetzeslage lässt sich zusammenfassen, dass das BGB bei der Etablierung von Vaterschaft weiterhin mit Vermutungen arbeitet. Nur im Rahmen der gerichtlichen Feststellung von Vaterschaft, die die dritte und nachrangige Form der Etablierung von Vaterschaft darstellt, geben die Gerichte Abstammungsgutachten in Auftrag, um die Vaterschaft des in Frage kommenden Mannes zu überprüfen. Bei der Vaterschaft kraft Ehe mit der Mutter und kraft Anerkennung dagegen wird die Vaterschaft durch eine Vermutung gestiftet. Die tatsächliche Abstammung spielt nur bei der Anfechtung eine Rolle. Diese

615 Da diese Männer über kein Einkommen verfügen, entsteht ihnen auch keine Unterhaltspflicht. Dadurch hat die Anerkennung für sie keine Folgen.

616 Vgl. Löhnig, 2008, 1131; Henrich, 2006, 978. Die behördliche Anfechtung wird seit 2008 in den §§ 1600 Abs. 1 Nr. 5; 1600 Abs. 3 und 1600 b Abs. 1 a geregelt.

617 Helms 2007, 75. Vgl. auch ein Projekt (unter Beteiligung von Thomas Lemke) zum europäischen Vergleich behördlicher Anfechtungspraktiken bei Einwanderung: „Social, political and ethical implications of DNA analysis for family reunification – IMMIGENE“, <http://www.immigene.eu/> (05.10.2013).

618 Von dieser Praxis berichtete mir eine Rechtsanwältin im Gespräch. Inzwischen sei dies korrigiert worden.

unterschiedlichen Kriterien spiegeln die unterschiedlichen Situationen wider: Vaterschaft steht in den meisten Fällen in einem Kontext von Vertrauen. Die Eltern sind sich sicher zu wissen, wer der Vater ist, nämlich dass es der Ehemann oder der Partner ist, der die Vaterschaft anerkennt. Ihre Beziehung beruht auf Vertrauen und macht daher eine Überprüfung überflüssig. Anders ist es in den Fällen, in denen zwischen den Eltern keine Vertrauensgrundlage besteht: Wenn der Vater das Kind nicht als das seine anerkennen will und die Eltern sich nicht untereinander einigen können, sondern jemand eine Klage auf Feststellung der Vaterschaft erhebt, muss bewiesen werden, dass der Mann mit der Mutter verkehrt hatte. Wenn ein Vater vermutet, dass sein Kind nicht von ihm abstammt, muss auch er beweisen, dass er Kenntnis erlangt hat von Umständen, die auf einen anderen Mann hinweisen. In diesen Situationen des Misstrauens ist Wissen erforderlich, um Sicherheit zu schaffen. Dagegen ist Wissen überflüssig in den Situationen, in denen Vaterschaft üblicherweise entsteht, denn diese sind von Vertrauen gekennzeichnet. Vielmehr könnte es das Vertrauen gefährden, wenn man meint, es stets durch Wissen ersetzen zu müssen.

6.3.2 Genetische Vaterschaftstests vor Gericht

Die Vaterschaftsanfechtung war lange Zeit die einzige Möglichkeit, die Vaterschaft zu klären. Dagegen wurde angeführt, dass die Anfechtung keinen ausreichenden Schutz des Rechts auf Kenntnis der Abstammung böte. Man müsse die Abstammung auch ohne Statusfolgen klären können. In die Diskussion gebracht wurde dieses Recht auf Kenntnis der Abstammung von Kindern, denen ihre Abstammung vorenthalten wurde. Die Frontlinie verlief also anfangs zwischen den Eltern bzw. der Mutter und dem Kind. Inzwischen sind es die Väter, die am häufigsten ihr Recht auf Kenntnis der Abstammung einfordern. So hat ein Mann, der an der Abstammung seines Kindes zweifelt, neuerdings gegenüber der Frau und dem Kind Anspruch auf Einwilligung in einen Vaterschaftstests. Die Frontlinie ist also auch zwischen die Partner gerückt.

Die Entstehung des „Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“ verlief über mehrere Urteile, deren zwei wichtigste Stationen hier dargestellt werden: Das Urteil des Bundesgerichtshof von 2005 und das Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 2007. Vor dem Blick auf diese Geschichte der Rechtsprechung folgt hier eine kurze Darstellung der Größenordnung der praktischen Problematik von Vaterschaftstest.

6.3.2.1 *Praktische Auswirkungen der Tests*

Bei gerichtlich beauftragten Tests im Rahmen von Vaterschaftsfeststellungsverfahren fallen etwa 25 Prozent der Tests negativ aus. Bei privaten Tests haben 10 bis 25 Prozent dieses Ergebnis.⁶¹⁹ Diese Zahlen geben allerdings keine Auskunft darüber, wie viele Väter unwissentlich mit Kindern zusammenleben, die möglicherweise nicht von ihnen abstammen, denn die Gruppe derer, die einen Test durchführen, ist nicht repräsentativ für die gesamte Bevölkerung. Man kann dagegen genetische Tests zur Grundlage nehmen, die zu anderen als Vaterschaftstest-Zwecken unternommen werden und die nebenbei auch die Verwandtschaft überprüfen. Will z. B. ein Vater seinem Kind ein Organ spenden, so wird eine Abstammungsuntersuchung im Vorfeld durchgeführt. Eine Forschergruppe aus Großbritannien hat im Jahr 2005 diese repräsentativen Zahlen aus verschiedenen Studien zusammengestellt und den Mittelwert von 3,7 Prozent ermittelt.⁶²⁰ Dies ist die Häufigkeit einer „paternal discrepancy“, also Fälle, in denen keine leibliche Abstammung vorlag, obwohl die Väter es angenommen hatten. Würde man diese Prozentzahl auf die deutsche Bevölkerung übertragen, so würde jährlich bei etwa 25.000 Vaterschaften, bei denen die Männer glauben, der Vater zu sein, möglicherweise keine genetische Verwandtschaft vorliegen.

Wirft man im Vergleich dazu einen Blick auf die Vaterschaftsanfechtungen an deutschen Gerichten, so findet man schätzungsweise 14.000 Fälle jährlich.⁶²¹ Eine Statistik über diese Verfahren führt die Rechtspflege nicht. Daher ist nicht bekannt, wie hoch etwa der Anteil an erfolgreichen Anfechtungen ist. Teilweise beklagen Autoren diesen Mangel an aussagekräftigen Statistiken. Konkrete Daten wären sehr wichtig, um an die Stelle der wiederholten Klagen (über Kindesunterschlebung u. Ä.) eine realistische Datenlage zu setzen, so Anderlik und Rothstein.⁶²²

Sozialwissenschaftler und Ethnologen haben in verschiedenen empirischen Studien die Auswirkungen genetischer Vaterschaftstests untersucht: Sie führten qualitative Interviews mit Männern, die einen Test durchgeführt haben, untersuchten das Medieninteresse bzw. die mediale Darstellung von Vaterschaftstests sowie entsprechenden Gerichtsverfahren und analysierten das gesellschaftliche Meinungsbild hinsichtlich Vaterschaftstests.⁶²³ Einige Studien wurden vom *Australian Centre for Emerging Technologies and Society (ACETS)* der *Swinburne University of*

619 Angaben nach den von Orel zusammengeführten Schätzungen: vgl. Orel 2008, 25.

620 Vgl. Bellis et al. 2005.

621 Vgl. Orel 2008, 30.

622 Vgl. Anderlik/Rothstein 2002, 211.

623 Als Auswahl vgl. Fonseca 2006, Freeman/Richards 2006, Gilding 2004, Turney 2006, Turney 2007.

Technology, Victoria, durchgeführt. Das ACETS wurde inzwischen aufgelöst. Auch in Großbritannien gab es einige sozialwissenschaftliche Untersuchungen, maßgeblich vom *Centre for Family Research* der *University of Cambridge* ausgehend.

Die Soziologin Lyn Turney hatte für das *Australian Centre for Emerging Technologies and Society* qualitative Interviews mit Männern durchgeführt, die einen Vaterschaftstest entweder auf eigenen Wunsch oder auf Anordnung eines Gerichts gemacht haben.⁶²⁴ Diese waren teilweise Vaterschaftstests im Rahmen einer gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung, wovon die Männer überrascht wurden, teilweise Tests, die eine bestehende Vaterschaft überprüfen sollten. Das empirische Material wurde an einer relativ kleinen Gruppe gewonnen: 21 von insgesamt 64 Interviews wurden direkt mit betroffenen Vätern durchgeführt, die restlichen Interviews mit anderen Familienmitgliedern. In knapp der Hälfte der 21 Interviews handelte es sich um zweifelnde Männer, die einen Vaterschaftstest gemacht haben.⁶²⁵ Dabei wurden diese Tests nicht unbedingt direkt nach der Geburt durchgeführt, sondern oft später (z. B. bei Trennungen), so dass die Kinder unterschiedlich alt waren und die Väter eine unterschiedlich lange Beziehung zu den Kindern gehabt hatten.

An den von Turney aufgezeichneten Aussagen der Männer wird deutlich, dass sich Väter, die zweifelten und einen Vaterschaftstest in Auftrag gegeben haben, vorher oft keine Gedanken darüber gemacht haben, wie sie mit dem Testergebnis umgehen wollen. Manchmal haben sie schon über einige Jahre hinweg mit ihrem Kind als Familie zusammengelebt und eine väterliche Beziehung entwickelt. War das Ergebnis da, so glaubten die Männer, Konsequenzen ziehen zu müssen, und waren dann selbst davon überrascht oder nicht ganz zufrieden damit, was sie getan haben.

Turney berichtet zu Anfang, dass in vielen der ihr geschilderten Fälle der Ärger der Männer dominierte, Ärger über den „Betrug“ durch die (Ex-)Partnerinnen oder über den Verlust der Beziehung zu ihrem Kind. Fast alle Männer haben nach einem Test mit negativem Ergebnis die soziale Beziehung zu ihrem Kind unterbrochen, weil ihnen durch die fehlende biologische Verwandtschaft die Grundlage für diese Beziehung entzogen schien. Sie verstanden das als natürliche Konsequenz eines Testergebnisses, das sie sehr schockiert habe. Teilweise freuten sie sich darüber, dass sie nicht mehr zahlen mussten, aber über den Bruch mit dem Kind waren sie verzweifelt.⁶²⁶ Schwonberg, ein Richter am OLG Celle, teilt diese Beobachtung: Ein negativer Vaterschaftstest führe oft zum Abbruch

624 Vgl. Turney 2006.

625 Vgl. ebd., 77.

626 Vgl. ebd., 82.

einer jahrelangen intensiven Beziehung zum Kind.⁶²⁷ Trotz dieser schwerwiegenden Konsequenzen, so berichtet Turney, bereue kaum einer der Männer, getestet zu haben und die Wahrheit zu kennen.

Einige Männer gaben an, dass sie trotz der Auseinandersetzung mit der (ehemaligen) Partnerin den Kontakt zum Kind beibehalten hätten. Ihr Ärger bezog sich weniger auf die Untreue der Partnerin, sondern vielmehr darauf, dass sie die Folgen verheimlicht hat. Ein Mann meinte in diesem Zusammenhang, seine Tochter wäre auch nicht besser, wenn sie seine Gene tragen würde, und er liebe sie so, wie sie ist.⁶²⁸

Es wird deutlich, dass die Männer sich zu Konsequenzen gezwungen fühlen, die sie vorher nicht bedacht haben. Dabei macht das negative Ergebnis eines Vaterschaftstests erst einmal eine Differenz auf: Das Kind stammt nicht von dem Mann ab, zu dem – meistens von Geburt an – eine Vater-Kind-Beziehung bestanden hat und besteht. In dem letzten Beispiel hat der Mann auf dieses Ergebnis auch differenziert geantwortet: Wie die Beziehung zu seiner Partnerin sich verändert hat, ist nicht ersichtlich, aber er stellt die Liebe, die er zu seiner Tochter empfindet, nicht in Frage.⁶²⁹ Ein anderer Mann versucht auf andere Weise, diese Differenzierung zum Ausdruck zu bringen: „I still consider her to be my child, but not my biological daughter.“⁶³⁰ Der Unterschied wird in dieser Aussage vielleicht unbeholfen formuliert, aber das Gespür für die unabhängig von dem Testergebnis weiterhin mögliche und gewünschte Beziehung wird deutlich. Das deutsche Familienrecht unterstützt, sofern die Beteiligten das wünschen, das Bestehen und auch das Fortsetzen von rechtlicher und sozialer Vaterschaft, die von der Abstammung abweicht. Traditionell existiert für einen Mann die Möglichkeit, die Vaterschaft für ein Kind anzuerkennen, auch wenn er weiß, dass das Kind nicht von ihm abstammt. Die Anerkennung schließt diese Möglichkeit ein und wird dadurch nicht rechtswidrig o. Ä., da die Anerkennung eine reine Willenserklärung („Ich will für das Kind väterliche Verantwortung übernehmen.“) und keine Wahrheitsbezeugung („Ich schwöre, dass ich das Kind gezeugt habe.“) darstellt. Wenn eine differenzierte rechtliche Regelung des Testwunsches es schaffen würde, die

627 Vgl. Schwonberg 2005, 265. In Deutschland können Männer, auch wenn sie nicht mehr rechtlicher Vater des Kindes sind, weiterhin ein Umgangsrecht haben, wenn sie eine wichtige Bezugsperson für das Kind sind. Somit wird rechtlich auch eine Beziehung unterstützt, die trotz fehlender Abstammung für beide Personen wünschenswert sein kann.

628 Vgl. Turney 2006, 88.

629 Turney vermutet, dass insbesondere Väter- und Männerrechte-Gruppierungen die Nutzung der Tests enorm beworben haben und in ihrer Aussagekraft vielleicht überbewertet haben, so dass sie mit ihren Aktionen auch dazu beigetragen haben, dass Väter der biologischen Abstammung mehr Gewicht beimessen, ohne an die bestehende sozialen Beziehung zu denken (vgl. Turney 2006, 91).

630 Turney 2006, 85.

Möglichkeiten von sozial gewollten und gestalteten Abweichungen weiterhin bewusst beizubehalten, würde für den Schutz familiärer Beziehungen eine große Hilfestellung geleistet.⁶³¹

6.3.2.2 *Zur Unverwertbarkeit heimlicher Vaterschaftstests*

Der Bundesgerichtshof hatte im Januar 2005 über zwei Fälle zu entscheiden, in denen darüber gestritten wurde, ob heimlich durchgeführte Vaterschaftstests im Anfechtungsverfahren verwertbar sind. Genaugenommen ging es darum, ob ein solcher Test, der im Ergebnis die Vaterschaft ausschließt, als Anfangsverdacht dienen kann, um eine Anfechtungsklage schlüssig zu machen. Der eine Fall war zuerst 2003 vom Oberlandesgericht (OLG) Jena verhandelt worden. Das OLG berief sich auf ein Urteil des BGH von 1998 über die Ansprüche an den Vortrag des Anfangsverdachts bei einer (Ehelichkeits-)Anfechtungsklage: Es reiche nicht aus, wenn der Anfechtende behauptet, das Kind stamme nicht von ihm ab. „Vielmehr muß der Kläger Umstände vortragen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Zweifel an der Ehelichkeit zu wecken und die Möglichkeit der nichtehelichen Abstammung als nicht ganz fernliegend erscheinen zu lassen.“⁶³² Hier sind konkrete Anhaltspunkte gemeint, die auch plausibel machen, wann der Anfechtende an seiner Vaterschaft zu zweifeln begann. „Von den Umständen, die für die Nichtvaterschaft sprechen, muss volle oder sichere Kenntnis bestehen.“⁶³³ Im zu beurteilenden Fall behauptete der Anfechtende, das Kind ähnele ihm so wenig, dass er angefangen habe, an seiner Vaterschaft zu zweifeln. Dabei bezog er sich nicht konkret auf die Augen- oder Haarfarbe o. Ä., was noch am ehesten konkrete Anlässe für Zweifel sein können.

Abschließend entschied das OLG Jena, dass das private, heimlich beauftragte Gutachten nicht gerichtlich verwertbar sei, da durch das heimliche Testen das Recht des Kindes auf informationelle Selbstbestimmung verletzt worden sei.⁶³⁴ Dieses Recht sei im konkreten Fall als höherwertig anzusehen, verglichen mit dem Recht des Klagenden auf Kenntnis der

631 Zu den rechtlichen Spannungen vgl. Anderlik/Rothstein 2002, 226; Turney 2006, 74.

632 BGH XII ZR 229/96 vom 22.04.1998, Leitsatz. Dieses BGH-Urteil fiel in der Zeit vor der Kindschaftsrechtsreform, daher wurde noch von einer Anfechtung der „Ehelichkeit“ gesprochen, die seit der Reform einheitlich „Vaterschaftsanfechtung“ genannt wird.

633 OLG Jena 1 UF 358/02 vom 06.03.2003, zitiert nach FPR 2003, hier 375.

634 Der Nachweis der Nicht-Abstammung, der sich aus der heimlichen Beschaffung und Testung der Proben ergab, wäre somit illegal beschafft. Beweismittel, die aus Straftaten stammen, werden im deutschen Strafrecht auch dann nicht berücksichtigt, wenn sie beweiskräftig sind und in diesem Sinne etwas „Richtiges“ besagen.

Abstammung. Insbesondere das Kindeswohl verlange eine derartige Gewichtung.⁶³⁵

Der andere, sehr ähnliche Fall lag dem OLG Celle vor. Es stellte fest, dass bei einem heimlich durchgeführten Vaterschaftstest die Identität der Personen, deren genetisches Material verglichen wird, nicht festgestellt wird. Ein solcher Test könne also nicht dazu dienen, die Abstammung zu klären. Daher könne sich der Anfechtende nicht auf sein Recht auf Kenntnis der Abstammung berufen, und der Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung des Kindes sei nicht gerechtfertigt.⁶³⁶

Der Bundesgerichtshof hat nun als Berufungsgericht in beiden Fällen die Urteile der OLG bestätigt und die Revisionen der Kläger von Rechts wegen zurückgewiesen. Zusammengefasst lautet die Entscheidung,

daß heimlich veranlaßte DNA-Vaterschaftsanalysen rechtswidrig [...] und im Vaterschaftsanfechtungsverfahren gegen den Willen des Kindes oder seines gesetzlichen Vertreters nicht verwertbar sind [...], und zwar auch nicht zur schlüssigen Darlegung von Zweifeln an der Vaterschaft im Sinne des § 1600 b BGB [...], weil auch dies einen erneuten Verstoß gegen das Persönlichkeitsrecht und die informationelle Selbstbestimmung des Kindes bedeuten würde.⁶³⁷

Dabei wurde auch klargestellt, was als Anfangsverdacht *nicht* ausreicht: 1. Der Hinweis darauf, dass ein vom Gericht beauftragtes Gutachten den Ausschluss der Vaterschaft belegen würde. 2. Die Angabe, es fehle allgemein eine Ähnlichkeit zwischen Vater und Kind, ohne konkreten Hinweis auf ein abweichendes Merkmal. 3. Auch die Weigerung der Mutter, in einen Test einzuwilligen, begründet allein noch keinen schlüssigen Verdacht. 4. Ein heimlich und rechtswidrig erlangtes Beweismittel (wie ein heimlicher Vaterschaftstest) ist von Rechts wegen nicht verwertbar. Die Ausnahme wäre eine notwehrähnliche Situation, aber ein zivilrechtliches Begehren (die Abstammungsfeststellung) begründet eine solche Ausnahme nicht.⁶³⁸

Der BGH referiert in beiden Urteilen die folgende Begründung:

Denn die heimliche DNA-Analyse des genetischen Materials eines anderen verletze dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht in seiner

635 Ogorek (2005, 465 ff.) merkt an, dass die Richter gar nicht zu einer Abwägung der Grundrechte gekommen sein können, wenn sie von vornherein schon die Verwertbarkeit des heimlichen Tests ausgeschlossen haben. Außerdem sei bei einer Anfechtung eigentlich keine Berücksichtigung des Kindeswohls vorgeschrieben.

636 OLG Celle 15 UF 84/03 vom 29.10.2003, 450.

637 BGH XII ZR 227/03 vom 12.01.05, 9 f.

638 Vgl. BGH XII ZR 227/03 vom 12.01.05 sowie BGH XII ZR 60/03 vom 12.01.2005.

Ausformung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG). Dem stehe zwar ein Recht des Klägers auf Kenntnis des Bestehens oder Nichtbestehens seiner Vaterschaft gegenüber. Die Abwägung dieser beiden gegenläufigen Grundrechtspositionen ergebe aber nicht, daß das Grundrecht der Beklagten auf informationelle Selbstbestimmung dahinter zurückstehen müsse.⁶³⁹

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Artikel 2, Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1, Absatz 1 GG) existiert in Deutschland als Ausfluss aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Das Bundesverfassungsgericht hat dieses Recht im Rahmen der Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit des Volkszählungsgesetzes 1983 formuliert.⁶⁴⁰ Personenbezogene oder personenbeziehbare Daten sind keine „Sachen“, daher kann man ihnen mit der Kategorie des Eigentums nicht gerecht werden. Sie fallen vielmehr unter das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, ein Recht, das sich auf alle persönlichen Daten bezieht, also auch auf genetische Daten.

Grundrechte sind zuallererst Abwehrrechte: Sie sollen einer Person ermöglichen, Eingriffe des Staates in die Sphäre der Persönlichkeit abzuwehren. Zwischen Privatpersonen gelten die Grundrechte nicht direkt, dort können gemäß der Privatautonomie Verträge nach freiem Belieben abgeschlossen werden. Auf diese privatrechtlichen Beziehungen haben die Grundrechte eine Ausstrahlungswirkung, die über Rechtsprechung und Gesetzgebung vermittelt ist. Es gibt Zivilgesetze wie das Bundes- und die Landesdatenschutzgesetze, die allen, auch nicht-öffentlichen Stellen, einen grundrechtskonformen Umgang mit Daten vorschreiben.⁶⁴¹ Diese Gesetze regeln dann auch, wie man einer Verletzung dieses Persönlichkeitsrechts – in festzulegendem Umfang – zustimmen kann, um etwa zu Forschungszwecken einer Einrichtung den Umgang mit den eigenen genetischen Daten zu erlauben. Der Einzelne darf also bestimmen, „wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden sollen.“⁶⁴² Dies wird im Rahmen einer informierten Einwilligung vollzogen und dokumentiert. Eine solche Einwilligung benötigt man auch, wenn man einer anderen Person eine Probe entnehmen will, um die genetische Abstammung zu untersuchen. Lässt ein Vater einen Test ohne

639 BGH XII ZR 227/03 vom 12.01.05, S. 4 f., BGH XII ZR 60/03 vom 12.01.2005, 4.

640 Vgl. BVerfG 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 vom 15.12.1983.

641 Vgl. § 1 Abs. 1 Bundesdatenschutzgesetz: „Zweck dieses Gesetzes ist es, den Einzelnen davor zu schützen, dass er durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wird.“

642 Rittner/Rittner 2002, 1747.

Einverständnis des Kindes durchführen, so verletzt er das Recht des Kindes auf informationelle Selbstbestimmung.⁶⁴³

Der Vater kann zwar im Rahmen seines Sorge- bzw. Erziehungsrechts als gesetzlicher Vertreter für das Kind einwilligen, aber eine Entscheidung von dieser Reichweite erfordert zusätzlich das Einverständnis der Mutter.⁶⁴⁴ Wird sie nicht gefragt, so bedeutet das einen Eingriff in das ihr zustehende Sorgerecht. Ist das Kind volljährig bzw. einsichtsfähig in Bezug auf die Durchführung eines Vaterschaftstests, so muss es selbst seine Einwilligung geben. Allgemein betont Brosius-Gersdorf:

Die Informationserhebung vollzieht sich nicht innerhalb des durch die Familiengemeinschaft zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind bestehenden Vertrauensverhältnisses, in dem die Abstammung typischerweise offen liegt.⁶⁴⁵

Die Klärung der Abstammung ist also keine Handlung, für die der Vater annehmen könnte, dass das Kind sie im Rahmen ihres familiären Vertrauensverhältnisses grundsätzlich erwarten und zugestehen würde.

Das Verfassungsgericht hat in mehreren Urteilen betont, dass nach dem Menschenbild des Grundgesetzes eine Person nicht isoliert besteht und souverän über ihre Daten herrscht, sondern dass dabei stets eine Spannung besteht:

Das Grundgesetz hat, wie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mehrfach hervorgehoben ist, die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden.⁶⁴⁶

Das heißt, dass auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht unbeschränkt gilt, es kann gesetzlich eingeschränkt werden (bspw. im Fall der Duldungspflicht bei einem gerichtlich beauftragten Vaterschaftstest) oder durch andere, höher zu bewertende Grundrechte. Bei einem privaten Test sind die betroffenen Personen aber nicht in ein Verfahren eingebunden und geschützt, daher müssen ihre Grundrechte für diese

643 Vgl. Brosius-Gersdorf 2006, 62; s. a. die beiden BGH-Urteile vom 12.01.2005.

644 Die Entscheidung über eine Abstammungsuntersuchung gehört nach Brosius-Gersdorf zum grundgesetzlichen Erziehungsrecht der Eltern nach Art. 6, Abs. 2, Satz 1 GG. Dabei ist jedes Elternteil zur Wahrung des Kindeswohls verpflichtet (vgl. Brosius-Gersdorf 2006, 87). Bohnert vertritt die gegensätzliche Meinung: Das Elternrecht des Vaters würde eingeschränkt, wenn sein Testwunsch von der Einwilligung der Mutter abhängig wäre (vgl. Bohnert 2002, 389). Rittner und Rittner verstehen es als einen rechtswidrigen Eingriff in das Sorgerecht der Mutter, wenn nicht auf ihr Einverständnis geachtet würde (vgl. Rittner/Rittner 2002, 1749).

645 Brosius-Gersdorf 2006, 63.

646 BVerfG 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 vom 15.12.1983, BVerfGE 65, 44; Abs. 156.

Situation besonders sorgfältig abgewogen und ggf. gesetzlich geschützt werden.⁶⁴⁷

Fraglich ist, ob man bei der Ermittlung der Verwandtschaft zwischen zwei Personen eine besondere Art der informationellen Selbstbestimmung gestalten müsste: Es handelt sich ja nicht um Daten, die nur eine Person betreffen, sondern sie geben Auskunft über ihre Beziehung zueinander.⁶⁴⁸ Nach Meinung von Tolmein drehen sich die beiden Urteile des BGH vom 12.01.2005 um ein Recht auf Nichtwissen als Sonderfall des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Bei genetischen Abstammungsgutachten geht es nämlich um etwas anders als um Haushaltsdaten im Rahmen einer Volkszählung:

Die Daten, die erhoben werden, haben hier nicht für sich Bedeutung, sie geben Auskunft über das Verhältnis zu einem anderen, und das auch nur im Zusammenspiel mit dessen Daten. [...] Die Substanz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ist in Fällen wie diesen also das Recht auf Nichtwissen.⁶⁴⁹

Dieses Recht auf Nichtwissen müsste laut Tolmein in beide Richtungen gleichermaßen gelten: Das Kind kann dem Testbegehren des Vater widersprechen und umgekehrt.

6.3.2.3 *Verfassungsgerichtliche Forderung eines neuen Klärungswegs*

Nach den Urteilen des Bundesgerichtshofs vom 12.01.2005 blieben Fragen offen: Was wäre in den vorliegenden Fällen denn als Anfangsverdacht geeignet gewesen, um eine Anfechtungsklage schlüssig zu machen? Reicht das Unverwertbarkeitsurteil des BGH, um weitere heimliche Vaterschaftstests, also weitere Grundrechtsverletzungen zu verhindern? Müsste es nicht eine Alternative zur Anfechtung geben, wenn Väter nur ihre Vaterschaft überprüfen wollen? Gerade die hohen Hürden und die ersten Folgen einer Anfechtung ließen schließlich viele Väter zu privaten Tests greifen.⁶⁵⁰ Da die Kläger sich mit der bestehenden Gesetzeslage also weiterhin in ungeklärter Situation befanden, kam es zu einer Klage vor dem Bundesverfassungsgericht. In einer Pressemitteilung fasste das Bundesministerium der Justiz das Urteil zusammen:

Die Frage, von wem ein Kind abstammt, ist für eine Familie von existentieller Bedeutung. Der rechtliche Vater möchte wissen, ob

647 Vgl. Rittner/Rittner 2002, 1749. Vgl. die Fragen zur Privatisierung der Vaterschaftstests im Abschnitt 5.2.4.

648 Vgl. Tolmein, *FAZ* vom 15.01.2005.

649 Ebd. Dieses Recht auf Nichtwissen bzw. auf informationelle Selbstbestimmung müsste nicht nur in der Familie, sondern natürlich auch im privatwirtschaftlichen Verkehr sowie gegenüber Behörden stark gemacht werden. Vgl. Abschnitt 7.2.2.

650 Vgl. Luh 2008, 247; Schwonberg 2005, 266.

er auch der biologische Vater ist. Das Kind möchte wissen, von wem es abstammt, und zuweilen möchte auch die Mutter Klarheit schaffen. Dieses Klärungsinteresse, so hat das Bundesverfassungsgericht am 13. Februar 2007 entschieden, ist verfassungsrechtlich geschützt.⁶⁵¹

Einer der Kläger, dessen Revision der BGH 2005 zurückgewiesen hatte, hatte Verfassungsbeschwerde eingelegt: Es sei nicht festgelegt, wie der Gesetzgeber den Grundrechtskonflikt zwischen väterlichem Recht auf Kenntnis der Abstammung und dem Recht des Kindes auf informationelle Selbstbestimmung ausgeglichen sehen will. Bei der Beurteilung habe die Rechtsprechung ohne Würdigung des Sachverhalts zu Lasten des Klagenenden entschieden.⁶⁵² Es solle überprüft werden, ob das Recht auf Kenntnis der Abstammung in den deutschen Gesetzen ausreichend geschützt ist.

In seinem Urteil stellt nun das Bundesverfassungsgericht fest, dass das geltende Gesetz keinen verfassungsgemäßen Schutz des Rechts auf Kenntnis der Abstammung des Vaters gewährleistet. Es fordert daher ein neues Verfahren. Der erste Leitsatz des Urteils lautet:

Der Gesetzgeber hat zur Verwirklichung des Rechts des rechtlichen Vaters auf Kenntnis der Abstammung seines Kindes von ihm (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) ein geeignetes Verfahren allein zur Feststellung der Vaterschaft bereitzustellen.⁶⁵³

Konkret bedeutet das: Neben dem Anfechtungsrecht muss es für Väter auch noch eine andere Möglichkeit geben, ihre Vaterschaft zu klären, nämlich ohne Rechtsfolgen. Das Anfechtungsrecht ist nämlich nicht dazu geeignet, das Recht des Vaters auf Kenntnis der Abstammung zu schützen.

Die Kernargumentation des Bundesverfassungsgerichts für ein neues Verfahren stützt sich darauf, dass die Kenntnis der Abstammung zentral sei für die Entfaltung der eigenen Individualität:

Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Verpflichtung zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde sichern gemäß Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann [...]. Verständnis und Entfaltung der Individualität sind dabei mit der Kenntnis der für sie konstitutiven Faktoren eng verbunden. Zu diesen zählt auch die Abstammung [...]. Sie nimmt im Bewusstsein des Einzelnen eine Schlüsselstellung für seine Individualitätsfindung wie für sein Selbstverständnis und sein familiäres Verhältnis zu anderen ein. Die Möglichkeit, sich als Individuum nicht nur so-

651 BMJ, Pressemitteilung vom 21.02.2008.

652 Vgl. Zuck 2007, 379 f.

653 BVerfG 1 BvR 421/05 vom 13.02.2007, erster Leitsatz.

zial, sondern auch genealogisch in eine Beziehung zu anderen zu setzen, wird deshalb vom Schutz des Persönlichkeitsrechts mit umfasst und begründet aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG ein Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung ebenso wie es einem Mann das Recht auf Kenntnis einräumt, ob ein Kind von ihm abstammt.⁶⁵⁴

Ein solches Recht auf Kenntnis zu haben, bedeutet nicht, dass ein Mann sich diese Kenntnis *verschaffen* darf, also dass er auch einen (heimlichen) Test einfach durchführen darf. Dieses Recht schützt ihn aber davor, dass andere ihm die nötigen Informationen vorenthalten. Eine Weigerung der Mutter, einem Test zuzustimmen, darf demnach der Abstammungsklä rung nicht im Wege stehen. Die Durchsetzung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung darf nicht von dem Willen der anderen abhängen (höchstens von höherrangigen Rechten). Nach der herrschenden Gesetzeslage und der Feststellung der Rechtswidrigkeit heimlicher Tests – durch die Urteile des BGH von 2005 – gab es aber für Väter keine Möglichkeit, bei einer Weigerung der Mutter allein einen Test durchzuführen. Diesen Zustand rügt das Bundesverfassungsgericht als verfassungswidrig.

Eine Verletzung des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit liegt auch dann vor, wenn der Gesetzgeber es unterlässt, die Verwirklichung des Grundrechts auf Kenntnis der Abstammung in einem dafür geeigneten Verfahren zu ermöglichen. Die Grundrechte enthalten nicht nur Abwehrrechte des Einzelnen gegenüber der öffentlichen Gewalt, sondern stellen zugleich Wertentscheidungen der Verfassung dar, aus denen sich Schutzpflichten für die staatlichen Organe ergeben.⁶⁵⁵

Dem Gesetzgeber wurde eine Frist bis zum 31. März 2008 eingeräumt, um die Verfassungswidrigkeit zu beheben.⁶⁵⁶

Im zweiten Leitsatz äußert sich das Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung, die der BGH 2005 getroffen hat:

Es entspricht dem Grundgesetz, wenn die Gerichte die Verwertung heimlich eingeholter genetischer Abstammungsgutachten wegen Verletzung des von Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Rechts des betroffenen Kindes auf informationelle Selbstbestimmung als Beweismittel ablehnen.⁶⁵⁷

Über die verfahrensmäßige Unzulässigkeit der Verwertung des Testergebnisses hinaus geht das Bundesverfassungsgericht noch einen Schritt weiter, indem es die Unverwertbarkeit des Tests mit dem Recht des Kin-

654 Ebd., Abs. 59.

655 Ebd., Abs. 63.

656 Vgl. ebd., zweiter Teil der Urteilsformel.

657 Ebd., zweiter Leitsatz.

des auf informationelle Selbstbestimmung begründet. Ein Test, der ohne Wissen und daher ohne Einverständnis des Kindes (bzw. seiner Stellvertreter, also auch der Mutter) durchgeführt wird, folge allein dem Interesse des Vaters, sich ein Beweismittel für den Anfechtungsprozess zu verschaffen.⁶⁵⁸ Dieses Interesse rechtfertige eine Einschränkung des Rechts des Kindes auf informationelle Selbstbestimmung nicht. Es hätte nur dann Vorrang, wenn der Vater sich in einer notwehrähnlichen Situation befinden würde, was aber nicht der Fall war.

Abschließend erklärt das Bundesverfassungsgericht, wie das Urteil über die Stärkung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung mit dem Abstammungsrecht des BGB vereinbar sei, das ja auch rechtliche Verwandtschaft über Vermutungen entstehen lässt, ohne dabei die Kongruenz mit der tatsächlichen Abstammung zu überprüfen:

Der Gesetzgeber ist zwar nicht verpflichtet, die rechtliche Anerkennung der Elternschaft stets von der Prüfung abhängig zu machen, von wem das Kind im Einzelfall abstammt (vgl. BVerfGE 108, 82, 100). Im Hinblick auf den Schutz familiärer sozialer Beziehungen aus Art. 6 Abs. 1 GG und den Schutz der Intimsphäre aus Art. 2 Abs. 1 GG ist es ausreichend, aus bestimmten tatsächlichen Umständen und sozialen Situationen, vor allem auch einer bestehenden Ehe, auf die Abstammung eines Kindes zu schließen und aufgrund dieser Vermutung die Zuweisung der rechtlichen Elternschaft vorzunehmen, wenn dies in aller Regel zu einem Zusammentreffen von leiblicher und rechtlicher Elternschaft führt [...]. Konsequenz dieser verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Vermutungsregelungen, die der Gesetzgeber in § 1592 Nr. 1 und 2 BGB aufgestellt hat, ist, dass sie zu Zweifeln über die wahre Vaterschaft führen können. Entscheidet sich der Gesetzgeber für diesen rechtlichen Weg, die leibliche Vaterschaft in weiten Teilen nicht zu klären, sondern zu vermuten, hat er aber zugleich ein Verfahren vorzusehen, in dem im Einzelfall derartige Zweifel geklärt werden können.⁶⁵⁹

Dabei könne die Anfechtung nicht genügen, denn sie diene dazu, die rechtliche Verwandtschaft zu korrigieren. Die Feststellung der Nichtvaterschaft ist nur ein Teil dieses Verfahrens und sei nicht dazu geeignet, dem Recht des Vaters auf Kenntnis der Abstammung zur Durchsetzung zu verhelfen.⁶⁶⁰ Eine isolierte Klärungsmöglichkeit sollte Zeit geben, über weitere Entscheidungen nachzudenken.

658 Vgl. ebd., Abs. 94.

659 Ebd., Abs. 74.

660 Vgl. Frank/Helms 2007, 1281; s. a. Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren: Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 04.10.2007, BT-Drs 16/6561, 9.

Das Bundesverfassungsgericht hat also nach den Urteilen des BGH versucht, zwei Absichten zu vereinbaren: Auf der einen Seite sollten die Kinder bzw. allgemein alle Familienmitglieder vor solchen Tests geschützt werden, die ohne ihre Kenntnis durchgeführt werden. Auf der anderen Seite sollte Vätern und auch allen anderen Familienmitgliedern ein Weg eröffnet werden, eine private Klärung der Abstammung vorzunehmen, die nicht von dem Einverständnis der anderen abhängt. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts löst ein unabhängiges Klärungsverfahren beide Probleme: Keiner muss mehr heimlich testen, jeder hat die Möglichkeit, seine Abstammung bzw. die seines Kindes zu klären. Dabei ist laut Bundesverfassungsgericht Folgendes zu beachten:

Dem Recht des rechtlichen Vaters auf Kenntnis der Abstammung des Kindes ist in dieser Grundrechtskonstellation größeres Gewicht beizumessen als dem Recht des Kindes auf informationelle Selbstbestimmung.⁶⁶¹

Dieses Abwägungsergebnis vorausgesetzt, bleibt zu schließen, dass die Rechtswidrigkeit heimlicher Tests eigentlich gar nicht durch eine Verletzung des Rechts des Kindes auf informationelle Selbstbestimmung begründet werden kann, denn durch den neuen Testanspruch (siehe folgender Abschnitt) wird dieses Recht ebenfalls eingeschränkt. Das Problem des heimlichen Testens wäre demnach nicht das Fehlen der Einwilligung gewesen, sondern das fehlende In-Kennntnis-Setzen der an der Vaterschaft mit beteiligten anderen beiden Personen, also der Mutter und des Kindes. Somit wäre bei dem Verbot heimlicher Tests der Schutz von Ehe und Familie als Vertrauensverhältnis ausschlaggebend: Ein angekündigter Test ist eher dazu geeignet, dieses Verhältnis zu schützen, als ein heimlicher.

6.3.2.4 *Der „Anspruch auf Einwilligung in eine genetische Untersuchung“ vor dem Hintergrund der Diskussion über eine „isolierte Abstammungsfeststellungsklage“*

Das Bundesverfassungsgericht hat mit seinem Urteil von 2007 also gefordert, dass Vätern eine Möglichkeit zur Klärung der Abstammung ihres Kindes gegeben werden muss, da ihr Recht auf Kenntnis der Abstammung sonst unangemessen eingeschränkt würde. Dabei sollte als Alternative zur Anfechtung ein Weg zur Erlangung der Kenntnis geschaffen werden. In diesem Zusammenhang wurde die Diskussion über eine isolierte Abstammungsfeststellungsklage wiederaufgenommen. In dieser Diskussion wurde schon nach dem Bundesverfassungsgerichtsurteil von 1989 darauf hingewiesen, dass es eine Möglichkeit wäre, eine sogenannte „isolierte Abstammungsfeststellungsklage“ ohne Rechtsfolgen als Alternative zur

661 BVerfG 1 BvR 421/05 vom 13.02.2007, Abs. 75.

Vaterschaftsanfechtung einzuführen. Denn mit der Anerkennung eines Rechts auf Kenntnis der Abstammung ist nicht automatisch auch das Recht anerkannt, die rechtliche Zuordnung entsprechend zu verändern, gab man damals zu bedenken. Eine Abstammungsfeststellungsklage könnte auch ohne Statuswirkungen gestaltet werden. So könnte ein Kind seine außereheliche Abstammung klären, ohne die Ehe der Eltern durch die Anfechtungsklage zu gefährden.

Eine solche Möglichkeit forderte z. B. Oberloskamp: „[N]icht allein die Alles-oder-Nichts-Lösung der geltenden Zuordnungsregeln mit ihren Gestaltungsurteilen sollte die Fragen der Abstammung beantworten. Vielmehr sollte dem Bedürfnis nach Identität auch durch rein feststellende gerichtliche Urteile Rechnung getragen werden.“⁶⁶² Gegen eine solche isolierte Feststellungsklage führte Deichfuß ins Feld, dass, wenn die Feststellung keine Statusfolgen haben soll, gar kein mit einem Recht zu schlichtender Streit vorliege – dass es also keinen rechtlichen Handlungsbedarf gebe. Ferner betreffe diese Klage auch gar kein Recht, sondern es ginge „allein um ein biologisches Faktum“.⁶⁶³ Zur Bereitstellung einer derartigen Klagemöglichkeit könne der Gesetzgeber nicht verpflichtet werden. Auch Gaul erklärte, dass das Recht eigentlich „keine reinen ‘Tatsachenfeststellungen’“ zu gewährleisten habe: „Ein Richterspruch kann nur bindend feststellen, was rechtens ist, nicht aber sich anmaßen, über die Wahrheit oder Unwahrheit einer naturwissenschaftlichen Tatsache bindend zu befinden.“⁶⁶⁴ Ein Rechtsverhältnis kann gültig sein oder nicht, seine Gültigkeit kann angefochten werden. Urteile über Tatsachen an sich gehören aber nicht zum Kompetenzbereich der Rechtsprechung, denn ein Gericht ist keine Auskunftsstelle.

Es liefe auf eine rechtliche Unmöglichkeit hinaus, wollte der Richter ‘die Wahrheit der Tatsache der biologischen Abstammung’ verbindlich feststellen. [...] Demgemäß geht es im Prozeß nicht um die historische oder naturwissenschaftliche ‘Wahrheit an sich’, sondern nur um Wahrheitsermittlung zum Zwecke der Rechtsfindung.⁶⁶⁵

Smid betonte:

Mit dem von statusrechtlichen Konsequenzen losgelösten Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung würde gegenüber den bisherigen Abstammungsklagen dem Recht ein Fremdkörper implantiert – nämlich ein Anspruch auf Selbstverwirklichung durch

662 Oberloskamp 1991, 269.

663 Deichfuß 1991, 137.

664 Gaul 1997, 1454; 1464.

665 Gaul 1992, 37.

prozeßförmige Ermittlung einer Wahrheit, von der der Kläger ja bereits vor dem Prozeß Kenntnis hatte.⁶⁶⁶

Zum Zwecke einer solchen „Selbstverwirklichung“ gemäß einem individuellen Recht auf Kenntnis der Abstammung könne man wohl kaum eine andere Person dazu verpflichten, eine Blut- oder Speichelprobe bereitzustellen.⁶⁶⁷

Nach den Urteilen des BGH von 2005 bzw. nach dem großen Anstieg der Nachfrage nach genetischen Vaterschaftstests wurde die Diskussion über eine isolierte Abstammungsfeststellungsklage wiederaufgenommen. Brosius-Gersdorf forderte für die Väter eine Möglichkeit, direkt nach der Geburt ihres Kindes den Anspruch auf Kenntnis der Abstammung durch eine heimliche isolierte Vaterschaftsfeststellung durchzusetzen. Zu diesem Zeitpunkt bestehe noch keine schützenswerte familiäre Beziehung zwischen dem Kind und dem Vater, daher müssten Kind und Mutter nicht informiert oder um Einwilligung gebeten werden. Da der Vater das verfassungsrechtlich geschützte Recht auf Kenntnis der Abstammung habe, könnte ein Einspruch der Mutter sowieso kein Hindernis sein. Für den Schutz von Ehe und Familie wäre es zuträglicher, wenn der Vater sein Kenntnisinteresse zu diesem Zeitpunkt heimlich befriedigen dürfe.⁶⁶⁸ Ist das Kind bereits älter, so müsse ein Gericht im Einzelfall eine Güterabwägung durchführen und entscheiden, ob das Grundrecht des Vaters oder das des Kindes überwiegt.⁶⁶⁹

Auch Bundesländer und Parteien nahmen mit Gesetzentwürfen, mit denen sie auf die BGH-Urteile vom 12.01.2005 antworteten, an der Diskussion teil. Das Land Baden-Württemberg legte 2005 einen Entwurf vor, nach dem anfechtungsberechtigte Personen ohne Einwilligung testen dürfen sollten.⁶⁷⁰ Das Land Bayern reichte einen Antrag ein mit dem Vorschlag, dass anfechtungsberechtigte Personen ein Recht auf Einwilligung in einen genetischen Vaterschaftstest sowie auf die Duldung der Probenentnahme haben sollen. Dies habe zwei Vorteile: Der Test könnte auch in einem späteren Verfahren genutzt werden, weil er nach anerkannten wissenschaftlichen Regeln durchgeführt wird und die Herkunft der Proben klar ist. Ferner habe dieses gesonderte Verfahren gegenüber einer Sen-

666 Smid 1990, 223. Vgl. auch Grün 2003, 70 sowie Gaul 1992, 39 f.: „Ohne ein auf Rechtsfolgen gerichtetes Rechtsschutzinteresse kann niemand ein Gerichtsverfahren in Anspruch nehmen. Der Zivilprozeß dient nicht der ‘Selbstverwirklichung des einzelnen’ oder [...] gar der Befriedigung ‘privater Neugier’.“

667 Vgl. Gaul 1992, 39: Ein solches Kenntnisinteresse könne wohl kaum einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der anderen Person, von der man eine Probe begehrt, rechtfertigen, „denn die Erlangung eines Beweismittels kann nie Selbstzweck, sondern immer nur Mittel zum Zweck der Rechtsfindung sein.“

668 Vgl. Brosius-Gersdorf 2006, 142 ff.

669 Vgl. ebd., 149 ff.

670 Vgl. Gesetzesantrag, Bundesrats-Drucksache 280/05 vom 21.04.2005.

kung der Hürden der Anfechtungsklage den Vorteil, dass die Abstammung ohne direkte Folgen für die verwandtschaftliche Beziehung geklärt werden könnte.⁶⁷¹ Ferner legte die FDP-Fraktion 2005 einen Entwurf für eine „rechtsfolgenlose Vaterschaftsfeststellung“ vor, damit dem Vater eine Klärung der Abstammung auch möglich ist, wenn die Mutter nicht einwilligt. Dabei soll der Richter die Durchführung eines genetischen Abstammungsgutachtens anordnen.⁶⁷²

Am 21.02.2008 verabschiedete der Bundestag dann das neue „Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“, das am 01.04.2008 in Kraft trat. Im Wesentlichen beruht es auf einem „Anspruch auf Einwilligung in eine genetische Untersuchung zur Klärung der leiblichen Abstammung“, so der Titel des neuen Paragraph 1598 a BGB. Die Formulierung „Anspruch auf Einwilligung“ ist ungewöhnlich, denn eine Einwilligung beruht auf einer Willenserklärung, und dies ist unvereinbar mit einem Anspruch, denn von einem Willen würde man nicht sprechen, wenn eine Person nicht frei entscheiden kann, sich so oder anders zu erklären. Juristisch ist eine Einwilligung allerdings ein einseitiges Rechtsgeschäft, für das jemand die Vertretungsmacht haben kann.⁶⁷³ Im vorliegenden Fall verleiht das Gesetz dem Familiengericht die Vertretungsmacht für eine Einwilligung in die Durchführung eines genetischen Vaterschaftstests, so dass das Gericht in dieser Vertretungsfunktion eine fehlende Einwilligung ersetzen kann. Seidel nennt es ein „Verfahren um die Pflicht der Mitwirkung“.⁶⁷⁴

Den Anspruch auf vertretende Einwilligung durch das Familiengericht haben Vater, Mutter und Kind jeweils gegen die anderen beiden Personen (§ 1598 a Absatz 1). Verweigert eine dieser Personen die Einwilligung, wodurch ein privater Test verhindert wäre, so kann das Familiengericht diese Einwilligung „ersetzen“ und anordnen, dass die Probenentnahme zu dulden ist (Absatz 2). Die Probenentnahme muss sich an den Grundsätzen der Wissenschaft orientieren, d. h. es muss auch eine Identitätsprüfung der beteiligten Personen vorgenommen werden (Absatz 1 Satz 2). Für die Untersuchung selbst sind keine Details festgelegt worden. Droht dem Wohl des Kindes eine erhebliche Beeinträchtigung durch die

671 Vgl. Gesetzesantrag, Bundesrats-Drucksache 369/05 vom 20.05.2005, B und C.

672 Vgl. Bundestags-Drucksache 15/4727 vom 26.01.2005.

673 Diese Einwilligung in einen Test ist in einer bestimmten Hinsicht der informierten Einwilligung in eine medizinische Behandlung ähnlich: Letztere entlastet in Teilen den Arzt, der dem Patienten Verantwortung für seine Entscheidung übergibt, dagegen ist die Einwilligung in einen Test eine Figur zur Entlastung des Rechts, das damit die Verantwortung für den Schutz der informationellen Selbstbestimmung dem Einzelnen übertragen hat. Das Wissen über die Abstammung darf dann privat eingeholt und genutzt werden. Vgl. zur informierten Einwilligung auch Gehring 2002.

674 Seidel/Müko 2008, vor § 1589, RdNr. 12.

Überprüfung der Abstammung, so kann das Familiengericht das Verfahren für eine gewisse Zeit aussetzen (Absatz 3). Alle Beteiligten können Einsicht in das Testergebnis verlangen (Absatz 4). In diesem Verfahren können Vater und Mutter das Kind nicht vertreten, deshalb ist für ein minderjähriges Kind ein Ergänzungspfleger zu bestellen.

Einem vermeintlichen „biologischen“ Vater eines Kindes ist zwar in bestimmten Fällen eine Anfechtung möglich, aber er hat keinen Anspruch auf Einwilligung in einen Test zur Klärung der Abstammung nach Paragraph 1598 a BGB. Das ist damit zu begründen, dass der Gesetzgeber einem Dritten nur Einsicht in die Familienzusammenhänge geben möchte, wenn dieser sich zugleich bereiterklärt, rechtlich Verantwortung zu übernehmen. So darf der rechtliche Vater seine Abstammung erfahren, weil er schon Verantwortung trägt. Ferner hat das Kind keinen Anspruch gegen einen vermeintlichen „biologischen“ Vater, es kann nur das Nicht-Bestehen der Vaterschaft zum rechtlichen Vater feststellen lassen.⁶⁷⁵

Ob das Kind auch seine genetische Abstammung von der Mutter überprüfen kann, ist nicht ganz klar.⁶⁷⁶ Der neue BGB-Paragraph spricht stets neutral von der „genetischen Abstammung“, ohne konkret und ausschließlich auf den Vater Bezug zu nehmen. Der entsprechende Paragraph 169 FamFG bezieht sich auch ohne Spezifizierung auf Verfahren, die die „Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Eltern-Kind-Verhältnisses“ zum Ziel haben.

Eine Wirkung des neuen Gesetzes dürfte es sein, dass kaum Verfahren zur Abstammungsklä rung eröffnet werden müssen, da ein verweigerter Anspruch auf Einwilligung in den meisten Fällen durch die Einwilligung des Familiengerichts ersetzt wird. Im Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 04.10.2007 heißt es:

Zugleich sollen die vorgeschlagenen Regelungen im Interesse des Kindeswohls und des Schutzes von Ehe und Familie die Dialogbereitschaft in der Familie und die Bereitschaft zur außergerichtlichen Einigung fördern. [...] Der ausdrücklich normierte Anspruch auf eine Abstammungsuntersuchung kann bereits durch seine klarstellende Wirkung den Rechtsfrieden fördern.⁶⁷⁷

Daher rechnet man auch damit, dass durch das neue Verfahren kaum höhere Kosten entstehen werden: Idealerweise wird es selten in Anspruch genommen; unnötige Anfechtungen können vermieden werden, wenn ein genetischer Vaterschaftstest vorher die Vaterschaft bestätigt. Die Durchführung des Vaterschaftstests liegt in der Hand desjenigen, der sich eine

675 Das Kind könnte nur dann einen privaten Test machen, wenn der vermeintliche „biologische“ Vater und die Mutter einverstanden sind.

676 Vgl. bejahend: Helms 2008a, 1033; mit Zweifeln: Muscheler 2008, 259.

677 Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren: Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 04.10.2007, BT-Drs 16/6561, 10.

Klärung wünscht. Das Familiengericht, das die Einwilligung ersetzt, beauftragt den Test nicht, sondern räumt nur die Hürden aus dem Weg. Der erste Schritt wäre also ein Gespräch in der Familie über den Testwunsch. Falls der Einigungsversuch in der Familie scheitert und selbst die Aussicht auf das Verfahren kein Einlenken bewirkt, kann ein Antrag auf Eröffnung des Verfahrens gestellt werden.

Schwab hält diese Ansicht, der Dialog in der Familie würde durch Paragraph 1598 a gefördert, für verfehlt. Nach seiner Meinung fördert das Gesetz eher das Konfliktpotential als den Dialog. So könne etwa eine Person (also Kind, Vater oder Mutter), die ihren Anspruch auf eine Untersuchung durchgesetzt hat, entscheiden, ob und wann sie den Test wirklich macht. Sie könnte Jahre verstreichen lassen, in denen sie die anderen beiden warten lässt, denn es ist keine Frist für die Durchführung der Untersuchung vorgesehen.⁶⁷⁸ Höchstens könnte indirekt die Anfechtungsfrist von zwei Jahren begrenzend wirken. Ein erfolgreicher Antrag auf Einwilligung wäre somit noch nicht das Ende des „Dialogs“ bzw. des Konflikts.

Wie kann ein folgenloses Klärungsverfahren mit dem folgenschweren Anfechtungsrecht vereinbart werden? Helms bemerkt zur Forderung des Bundesverfassungsgerichts (2007) nach einem von der Anfechtung unabhängigen Verfahren, dass diese Forderung eigentlich nicht mit dem zu entscheidenden Fall in Verbindung stehe bzw. in dem Fall nicht zur Diskussion stand. Denn der klagende Vater wollte die Vaterschaft *anfechten* und eine Statusänderung herbeiführen – er wusste bereits, dass das Kind nicht von ihm abstammt. Mit der Forderung nach einem Recht des Vaters auf Kenntnis der Abstammung konnte der Kläger beim Bundesverfassungsgericht allerdings auf offene Ohren hoffen – anders als allein mit dem Interesse, die Unterhaltspflicht zu beenden, vermutet Helms.⁶⁷⁹ Auch beim ersten Urteil des Bundesverfassungsgerichts über das Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung im Jahr 1989 hatte das klagende Kind bereits vor längerer Zeit von der Existenz eines „biologischen“ Vaters erfahren. Es hätte auch ohne ein zusätzliches Verfahren seine Persönlichkeit entsprechend dieser bereits bestehenden Kenntnis entfalten können. Es ging auch damals also um eine Änderung der rechtlichen Zuordnung.⁶⁸⁰ 2008 wurde nun aber ein neues und von der Anfechtung unabhängiges Klärungsverfahren geschaffen, das in der Konsequenz die Anfechtung erleichtert und darin den Wünschen der Klagenden nachkommt.

678 Vgl. Schwab 2008, 24.

679 Vgl. Helms 2008b, 8. Gleichwohl dürfte bei vielen Vätern die Absicht, die Unterhaltspflicht durch eine Anfechtung und Statusänderung „loszuwerden“, die Klärung der Abstammung motivieren.

680 Vgl. Ramm 1989b, 1596. Vgl. auch Frank 2005, 1138: Das Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung habe mit der Anfechtung eigentlich nichts zu tun.

Wenn man den Wunsch des Klagenden nach einer Anfechtung und Statusänderung mit dem Recht auf Kenntnis der Abstammung begründet und wenn die Anerkennung dieses Rechts zu einem Testanspruch führt, so wird anerkannt, dass die biologische Abstammung eine wichtige Rolle spielt. Stammt ein Kind wissentlich nicht von seinem rechtlichen Vater ab und möchte Vater oder Kind diese Vaterschaft daher auflösen, so hat dieser Wunsch Vorrang vor dem Wunsch, die bestehenden Beziehungen zu schützen und zu erhalten: Es können offensichtlich weder der Mann noch das Kind gezwungen werden, die rechtliche Verwandtschaft und damit einhergehende Pflichten zu tolerieren. Man habe, so die Juristin Luh, ein grundrechtlich geschütztes Recht, „sich von einer biologisch unzutreffenden Vaterschaft zu lösen“.⁶⁸¹ Ein allgemeines Grundrecht auf eine „biologisch zutreffende Vaterschaft“ wäre dagegen – denkt man an Vertrauen als Grundlage von Vaterschaft – absurd. Allerdings steht es jedem frei, die Abstammung zu klären und durch eine Anfechtung individuell in eine rechtliche Vaterschaft umzusetzen.

Eine spezielle Auswirkung des Klärungsverfahrens auf das Kindeswohl wird wenig berücksichtigt. Der Psychologe Klosinski hat in einem Aufsatz darauf aufmerksam gemacht, dass die Geschwisterkinder von einer Abstammungsklä rung mit betroffen sind, da sich auch für sie dadurch die Frage stellt, ob sie von dem rechtlichen Vater abstammen. Ferner ist unsicher, ob und für welches Kind der Vater eine Anfechtung anstrengen wird. Klosinski fordert „unter familiendynamischen Gesichtspunkten“, dass der Gesetzgeber festlegen müsse, wie im Falle einer Abstammungsklä rung und ggf. folgender Anfechtung mit den Geschwistern des betroffenen Kindes umgegangen werden soll.⁶⁸² Schließlich wäre denkbar, dass ein Vater für das eine Kind die Vaterschaft klärt und anfecht, weil er dieses Kind eventuell weniger liebt, und für das andere Kind Vater bleiben will. Sollen solche willkürlichen Unterschiede möglich sein? Das „Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“ berücksichtigt diese Frage nicht, das Anfechtungsrecht hat dies allerdings bisher auch nicht.

6.3.2.5 *Verbot heimlicher Vaterschaftstests*

Es war klar, dass mit dem Urteil über die Unverwertbarkeit heimlicher Tests vor Gericht (als „rechtswidrig erlangtes Beweismittel“) und mit der neuen gesetzlichen Klärungsmöglichkeit nach Paragraph 1598 a noch kein

681 Luh 2008, 262. Interessant ist hier der sprachliche Verweis („unzutreffend“) auf die Ebene der biologischen Verwandtschaft als Tatsache: Empirische Fakten „treffen zu“, Geltung dagegen wird verliehen. Eine rechtliche Vaterschaft kann also gar nicht „zutreffen“ oder „unzutreffend“ sein.

682 Klosinski 2007, 387.

Verbot heimlicher Tests ausgesprochen war. So haben auch Juristen weiterhin in bestimmten Situationen heimliche Vaterschaftstests für nicht rechtswidrig gehalten. Muscheler z. B. hat im Januar 2009 wiederholt, was er bereits 2007 festgestellt hatte: Heimliche Vaterschaftstests seien nicht illegal und praktisch erforderlich. „Die Absage an den heimlichen Abstammungstest als Möglichkeit der Abstammungsfeststellung bedeutet nicht seine praktische Entbehrlichkeit und damit nicht sein faktisches Ende.“⁶⁸³ In der angefügten Fußnote stellt er fest: „Solange kein Verbot der Erstellung von Abstammungsgutachten aufgrund heimlich entnommener DNA ergeht, ist ein solcher Vaterschaftstest nicht illegal. Zudem besteht auch die Möglichkeit, den Test im Ausland durchführen zu lassen.“⁶⁸⁴

Nach der Verabschiedung des „Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“ im Februar 2008 sah die Bundesregierung die Notwendigkeit eines zusätzlichen expliziten Verbots heimlicher Vaterschaftstests. Besonders Bundesjustizministerin Zypries hatte sich schon seit dem BGH-Urteil von 2005 für dieses Verbot eingesetzt. Väter- und Männerverbände befürchteten daraufhin ein „Schlampenschutzgesetz“ und kritisierten die Ministerin scharf für ihre angeblich männerfeindliche Haltung.⁶⁸⁵ In zahlreichen Interviews hatte die Ministerin sich dagegen verteidigt. Das Verbot heimlicher Gutachten war im Rahmen des Gesetzes über genetische Untersuchungen beim Menschen, kurz Gendiagnostikgesetz (GenDG), geplant, welches sich schon seit einigen Jahren in Arbeit befand. In dem Gesetz sollte es um genetische Untersuchungen zu medizinischen Zwecken und zum Zwecke der Abstammungsfeststellung gehen. Zur Regelung des Umgangs mit widerrechtlich entnommenen genetischen Proben könnte man auch an das Rechtsgebiet des Datenschutzes denken. Laut Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) sind genetische Daten personenbezogene Daten. Dieses Gesetz richtet sich aber an öffentliche und nicht-öffentliche Einrichtungen, die Daten verarbeiten, nicht an Privatpersonen.⁶⁸⁶ Um einen wirksamen Schutz vor heimlichen Tests zu errichten, verbietet daher das Gendiagnostikgesetz den Laboren die rechtswidrige Datenerhebung und -verarbeitung explizit, ferner regelt es die unbefugte Datengewinnung zwischen Privatpersonen.

Das Gendiagnostikgesetz wurde am 24.04.2009 vom Bundestag beschlossen und trat zum 01.02.2010 in Kraft. Für Labore ist seitdem die Durchführung einer entgeltlichen Abstammungsuntersuchung ohne Einwilligung der beteiligten Personen eine Straftat, die mit Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe bestraft wird. Privatpersonen (also

683 Muscheler 2007, 390. Wiederabdruck der Veröffentlichung im „Familienhandbuch des Staatsinstituts für Frühpädagogik“ 2009.

684 Muscheler 2007, 390, Fußnote.

685 Vgl. Bölsche et al., *Der Spiegel* vom 24.01.2005.

686 Vgl. Rittner/Rittner 2002, 1749 ff.

Vater, Mutter, Kind und Dritte), die ohne Einwilligung einen Vaterschaftstest durchführen lassen, begehen eine Ordnungswidrigkeit, die mit bis zu 5.000 Euro, bei Dritten mit bis zu 50.000 Euro Geldbuße geahndet wird.

6.3.3 Ausweitung der Rechte für „biologische“ Väter?

Am 21.12.2010 hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg einen Fall entschieden, in dem ein Mann wegen einer Verletzung des Artikels 8 (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) durch das deutsche Recht gegen die Bundesrepublik Deutschland geklagt hatte. Der Kläger, ein in Deutschland lebender Nigerianer, hatte mit einer verheirateten Frau eine Beziehung, woraufhin diese schwanger wurde und 2005 ein Zwillingsspaar zur Welt brachte. Bereits vor der Geburt beendete die Frau die Beziehung und ging zurück zu ihrem Mann. Das Ehepaar beschloss, die Zwillinge gemeinsam großzuziehen. Der Ehemann wurde rechtlicher Vater und focht die Vaterschaft nicht an. Der Mann, der mit der Mutter verkehrt hatte, forderte vor dem Amtsgericht Baden-Baden ein Recht auf Umgang mit den Kindern, welches damit begründet wurde, dass für die Kinder der Kontakt zu dem Mann, von dem sie abstammen, zur Ausbildung einer ethnischen Identifikation wichtig sei.⁶⁸⁷ Das Amtsgericht hat ihm das Umgangsrecht zugesprochen. Falls er kein Umgangsrecht zugesprochen bekommen hätte, hätte dem Mann die Abschiebung ins Ausland gedroht, wodurch er jegliche Möglichkeit des Kontakts zu den Kindern verloren hätte. Das Oberlandesgericht Karlsruhe hob den Beschluss des Amtsgerichts auf Beschwerde der rechtlichen Eltern wieder auf und erklärte, das BGB gebe dem „biologischen – nicht rechtlichen – Vater“ im vorliegenden Fall kein Umgangsrecht.⁶⁸⁸ Auch ein Verweis auf die Verletzung des Artikels 6 GG bzw. Artikels 8 EMRK wies das OLG zurück: Ein biologischer Vater könne sich nicht auf ein grundgesetzliches Elternrecht berufen, solange er keine Elternverantwortung trage. Das Bundesverfassungsgericht hat ohne explizite Begründung die Beschwerde des unterlegenen Klägers nicht angenommen.⁶⁸⁹ Der EGMR wiederum stellte eine Verletzung des Artikels 8 EMRK fest, denn in dessen Rahmen falle ausnahmsweise auch der Schutz eines aktuell nur beabsichtigten, aber nicht realisierbaren Familienlebens.⁶⁹⁰ Das OLG habe bei seiner Entschei-

687 AG Baden-Baden, 6 F 27/06 vom 27.09.2006.

688 OLG Karlsruhe, 2 UF 206/06 vom 12.12.2006.

689 BVerfG 1 BvR 183/07 vom 29.03.2007.

690 Vgl. EGMR 20578/07 vom 21.12.2010, Abs. 57: „Ferner hat der Gerichtshof die Auffassung vertreten, dass auch ein beabsichtigtes Familienleben ausnahmsweise unter Artikel 8 fallen kann, und zwar vor allem dann, wenn der Umstand, dass

dung auch das Wohl der Kinder nicht ausreichend berücksichtigt, lautete ein weiterer Grund.⁶⁹¹

Prantl kritisiert in einem Zeitungskommentar das Urteil des EGMR und betont: „Recht entsteht (so das Bundesverfassungsgericht) nicht allein dadurch, dass ein Kind von jemandem abstammt, sondern nur, wenn dafür auch Verantwortung übernommen wird.“⁶⁹² Allerdings hat nach deutschem Recht ein Mann, der mit der Mutter verkehrt hatte und sich für den Vater hält, keine Chance, Verantwortung zu übernehmen, wenn die Mutter verheiratet ist und mit dem Ehemann das Kind gemeinsam großziehen will oder wenn sie der Vaterschaftsanerkennung eines anderen Mannes zustimmt. Momentan enthält das deutsche Recht damit einen vom EGMR problematisierten Zirkel: Ein Umgangsrecht mit dem Kind erhält nur, wer Bezugsperson ist und eine soziale Beziehung zu dem Kind unterhält. Allerdings kann ein Mann diese Voraussetzung von sich aus gar nicht erfüllen, wenn das rechtliche Elternpaar oder die allein sorgeberechtigte Mutter ihm den Aufbau einer solchen Beziehung verweigert.⁶⁹³

Das Urteil des EGMR könnte darauf hinauslaufen, dass vermeintliche biologische, nicht rechtlich anerkannte Väter im deutschen Familienrecht ein Umgangsrecht erhalten, sofern sie ihren Wunsch innerhalb einer kurzen Zeit nach Kenntnis der Geburt anmelden. Im vorliegenden Urteil wird allerdings nicht dargestellt, wie man zu der Überzeugung gelangte, dass der Kläger der „biologische Vater“ der Kinder sei. „Der Beschwerdeführer ist der leibliche Vater der Zwillinge“,⁶⁹⁴ konstatiert das Urteil des EGMR nüchtern, ohne zu erklären, wie man zu dieser Feststellung gelangte bzw. ob und wie man sie prüfen würde. Dies bleibt zu überlegen, denn: Würden sich weitere „biologische Väter“ auf ihr Umgangsrecht nach Artikel 8 EMRK berufen, so müsste zuerst ein Weg gefunden werden, die Abstammung der Kinder zu überprüfen. Dies müsste auch ohne Einwilligung der rechtlichen Eltern möglich sein, sonst würde der Wunsch nach einem Umgangsrecht schon an dieser Schwelle scheitern. Folglich wäre eine Ausweitung des Einwilligungsanspruchs nach Paragraph 1598 a auf den mutmaßlichen biologischen Vater zu erwarten, wie sie z. B. Ostermann bereits vorgeschlagen hat.⁶⁹⁵ Sie macht aber einen An-

das Familienleben noch nicht vollständig hergestellt war, nicht dem Beschwerdeführer zuzurechnen war.“ Der englische Urteilstext spricht vom „biological father“, der deutsche Text entsprechend vom „biologischen Vater“.

691 Vgl. EGMR 20578/07 vom 21.12.2010, Abs. 67.

692 Prantl, *Süddeutsche Zeitung* vom 22.12.2010, 4.

693 Diese Frage – kann ein „biologischer Vater“ ein Umgangsrecht erhalten, auch wenn die Mutter das verweigert? – ist allerdings aktuell in der Diskussion. Das hier Geschilderte bezieht sich auf die Ende 2010 geltende Rechtslage.

694 EGMR 20578/07 vom 21.12.2010, Abs. 10.

695 Vgl. Ostermann 2009, 342 ff.

spruch des Mannes davon abhängig, ob der rechtliche Vater eine sozial-familiäre Beziehung zu seinem Kind hat.

Abschließend lässt sich auf Grundlage des geschilderten Falles ein Ausblick geben: Das Urteil des EGMR zeigt eine Tendenz, die sich wohl auch im deutschen Familienrecht noch manifestieren wird. Es könnten zunehmend Ansprüche anerkannt werden, die allein auf dem (vermeintlichen) Vorliegen einer biologischen Abstammung beruhen. Aus dieser biologischen Tatsache würden direkt Rechte abgeleitet werden, die individuell und entgegen dem Willen anderer Familienangehöriger durchsetzbar sein sollen. Dies dürfte ein interessantes Fazit sein: Biologischen Daten wird eine direkte soziale (und darüber vermittelt: rechtliche) Relevanz zugeschrieben, ohne dass die Rechtsprechung diese Zuschreibungsprozesse befragt und sichtbar macht.⁶⁹⁶

6.4 Zusammenfassung

Wie hat sich Ende des 20. Jahrhunderts der genetische Vaterschaftstest als Form der Vergewisserung über Vaterschaft rechtlich etabliert? In Deutschland hat man sich auf das Recht auf Kenntnis der Abstammung berufen, welches aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitet wird. Ein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung hat sich seit der Wende zum 21. Jahrhundert auch im gesamten europäischen Rechtsraum stark verbreitet, dort auch ohne Bezug auf ein Persönlichkeitsrecht.⁶⁹⁷ Die Herleitung aus dem Persönlichkeitsrecht, wie sie in Deutschland entstanden ist, wird von einigen Juristen als willkürlich und künstlich beurteilt, da das Persönlichkeitsrecht in seiner Tradition eine andere Ausrichtung hat. Es entstammt nämlich dem Datenschutz sowie dem Recht der individuellen Integrität und ist dem Familienrecht eher fremd.

Das Recht auf Kenntnis der Abstammung ist ursprünglich als ein Recht des Kindes entstanden, und zwar zu einer Zeit, in der (eheliche) Kinder ein sehr eingeschränktes Anfechtungsrecht hatten. Zugleich mit dieser Anerkennung des Rechts des Kindes, seine Abstammung zu klären, hat das Bundesverfassungsgericht 1989 dem Gesetzgeber den Auftrag gegeben, das Familienrecht im BGB entsprechend zu verändern, um Kindern auch die Chance zu geben, ihr Recht in einer Anfechtung durchzu-

696 Dem steht gegenüber, dass zugleich über die Rechte von gleichgeschlechtlichen Paaren diskutiert wird, die Kinder adoptieren oder gemeinsam für Kinder sorgen möchten. Auch hier werden neue Anforderungen, diesmal im Hinblick auf die Gestaltung und rechtliche Anerkennung *sozialer* Elternschaft, an das Familienrecht herangetragen (vgl. Collier 1999, 39). Neben der neuen Bedeutung biologischer Tatsachen entstehen also auch neue gewünschte, willentlich gestiftete Familienformen.

697 Vgl. Frank 2005; Schwenzer 2007.

setzen. Diese Forderung befolgte der Gesetzgeber mit dem Kindschaftsrechtsreformgesetz zehn Jahre später. Die Familienrechtsreform stellt eine große Zäsur dar – nicht nur im Hinblick auf die Schaffung eines Anfechtungsrechts des Kindes, sondern auch durch die darin vollzogene Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder: Fortan hatten alle Kinder nämlich das gleiche Anfechtungsrecht, egal, ob ihre Eltern verheiratet waren oder ob die Vaterschaft durch eine Anerkennung entstanden ist. Ferner wurde das Anfechtungsrecht für die Mutter neu hinzugefügt.

Nach dieser radikalen Ausweitung des Vaterschaftsanfechtungsrechts, die den Status des Kindes wesentlich instabiler machte als früher, folgte wenig später eine weitere: Auch Männern, die erklärten, mit der Mutter verkehrt zu haben, wurde – unter bestimmten Umständen – ein Anfechtungsrecht zugestanden. Nachdem also fast das ganze 20. Jahrhundert lang die Anfechtung im Wesentlichen dem Vater – und bei seinem Tod ggf. seinen Eltern – vorbehalten war, zeigte sich die rechtliche Vaterschaft Ende des 20. Jahrhunderts ganz neuen Interessen ausgesetzt: Sie konnte nun durch das Kind und durch mutmaßliche „biologische Väter“ bestritten werden.

Zu Anfang des 21. Jahrhunderts wurde die rechtliche Vaterschaft schließlich quasi „von innen her“, nämlich von den rechtlichen Vätern selbst, auf eine neue Weise in Frage gestellt. Dies geschah durch die genetischen Vaterschaftstests. Zwar hatten Väter schon immer ein Anfechtungsrecht, dieses ist aber nach der Einführung des Paragraph 1598 a BGB unter neuen Vorzeichen zu sehen. Der neue Anspruch auf Abstammungsklä rung ermöglicht Vätern nämlich, unter Berufung auf das Recht auf Kenntnis der Abstammung des Kindes jederzeit einen Vaterschaftstest durchführen zu lassen. Das Recht auf Kenntnis der Abstammung war schon seit 1989 auf mehr als nur die Kenntnis der Abstammung ausgerichtet, denn in den relevanten Urteilen wussten die Klagenden jeweils schon, dass die rechtliche Vaterschaft nicht mit der genetischen Abstammung übereinstimmte. Daher richtete sich ihre Klage jeweils auch auf die Anerkennung eines Interesses daran, dass man nicht gegen besseres Wissen mit dem falschen Status weiter leben muss. So ist die Bezeichnung „Recht auf *Kenntnis* der Abstammung“ eigentlich irreführend.

Festzuhalten bleibt: Der Wunsch, sich über die biologische Abstammung mit einem Test zu vergewissern, hat eine eindeutige Form gefunden, sich rechtlich auszudrücken und durchzusetzen. Er hat sich zu einem Anspruch entwickelt, hat Ausdruck in dem „Recht auf Kenntnis der Abstammung“ gefunden. Damit hat das Recht einer molekularbiologischen Technologie ein rechtliches Vokabular gegeben und hat den Versuch unternommen, mit den Herausforderungen, die die genetischen Abstammungstests an das Abstammungsrecht stellen, umzugehen. Eigentlich ist

das Verhältnis von „Abstammungsrecht und Biologie“⁶⁹⁸ schon lange ein Thema der Juristen. Bislang ist weiterhin die traditionelle Haltung des Rechts bestimmend, dass rechtliche Vaterschaft da entsteht, wo ein Paar durch Heirat oder Anerkennung die Vaterschaft in einen willentlich gestifteten Rahmen stellt. Nur im Zweifelsfall – wie einer Feststellungsklage oder Anfechtung – orientiert man sich an der biologischen Abstammung. „Beim heutigen Stand der Naturwissenschaften könnte und müsste ein Abstammungsrecht, das die Kongruenz von Blut und Recht ernst nähme, völlig anders aussehen.“⁶⁹⁹ Diese Aussage von Deichfuß ist 20 Jahre alt und stimmt auch für die Gegenwart. Die „Kongruenz“ scheint also nicht das Ziel des Abstammungsrechts zu sein. Sehr deutlich ist, dass es mehr und mehr vom Willen des Einzelnen abhängt, ob er die rechtliche Verwandtschaft der Abstammung angleichen will oder ob er eine abweichende Abstammung wünscht. Dieser Wille ist allerdings dadurch stark gefährdet, dass die anderen Familienmitglieder einen anderen Willen haben und diesen auch durchsetzen können. Im Falle derart konkurrierender Wünsche hat das Familienrecht inzwischen dem Wunsch eines Familienmitglieds nach Auflösung einer abweichenden rechtlichen Vaterschaft eine größere Kraft verliehen als dem Wunsch, bestehende Beziehungen zu erhalten.

Mit Hinweis auf das Recht auf Kenntnis der Abstammung werden nun gar Forderungen laut, als Vater generell stets den Erzeuger des Kindes festzustellen und Vaterschaft nicht mehr aufgrund von Vermutungen zuzuschreiben. Würden sich diese Forderungen durchsetzen, so hätte die Erweiterung des Anfechtungsrechts letztlich dazu geführt, dass Vaterschaft auf eine Weise gestiftet würde, die jegliche Anfechtung überflüssig machen würde: durch einen automatischen nachgeburtlichen Vaterschaftstest. Das aber wäre nicht im Sinne des Gesetzgebers, der sich bei der Etablierung von Vaterschaft eher an Vaterschaftsvermutungen und Willenserklärungen hält, während – davon unterschieden – nur bei einer Anfechtung sowie einer gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung das Kriterium der tatsächlichen Abstammung maßgeblich ist. Selbst wenn es also heute sehr einfach ist, die Abstammung zu überprüfen, hätte der Gesetzgeber gute Gründe, bei seinen Vermutungen zu bleiben: Vaterschaft entsteht normalerweise nicht unter solchen Umständen, die es nahelegen würden, eine Überprüfung der Abstammung zum Regelfall für die Etablierung der rechtlichen Beziehung zu machen.

An dieser Differenz zwischen den Kriterien für die Etablierung und für die Auflösung von Vaterschaft wird deutlich, dass das Familienrecht beim Vorliegen von Anzeichen einer Vertrauensbeziehung (also bei Ehe und Anerkennung) dem Elternpaar die Gestaltungsfreiheit lässt, während

698 So der Titel der Monographie von Deichfuß 1991.

699 Deichfuß 1991, 167.

das Recht bei Feststellungs- und Anfechtungsklagen, in denen offenkundig kein gelebtes Vertrauensverhältnis vorliegt, die Kriterien nutzt, die für die einzelnen streitenden Parteien ausschlaggebend sind: Die Abstammung wird von den Beteiligten bezweifelt und soll überprüft werden. Im Falle von Misstrauen suchen die Beteiligten nach Wissen und nach objektiven Anhaltspunkten, um sicher zu sein. Um diesen Wunsch nach Wissen anzuerkennen und klar zu regeln, sind die Anfechtungsbefugnisse sehr detailliert definiert. Die Haltung des Misstrauens ist aber nicht der Normalfall, daher zieht das Recht bei der Etablierung von Vaterschaft ganz andere Kriterien zur Rate. Im Vertrauensfall wird angenommen, dass die Eltern die Verantwortung für das Kind, die elterliche Sorge in gemeinsamer Übereinkunft übernehmen wollen und dass hier keine weitergehende Regelung oder gar Eingriffe erforderlich sind. Von der Feststellung und Anfechtung aus gesehen, sind diese Kriterien der Vermutung vielleicht unsinnig und unscharf, aber der Kontext ist ein ganz anderer, daher sind die jeweiligen Kriterien als angemessen zu bezeichnen. Eine Angleichung der Kriterien zu fordern, etwa im Namen eines „einheitlichen“ Abstammungsrechts, würde die Unterschiedlichkeit der Situationen übersehen und wäre dadurch unangemessen.

7. **Vaterschaft im Spannungsfeld von Vergewisserung und Rechtsvermutung: Juristische Konstruktionen und Diskussionen**

7.1 **Einleitung**

Im letzten Kapitel wurde beschrieben, wie sich das Familienrecht des BGB durch die Verfügbarkeit der genetischen Vaterschaftstests verändert hat. Die Vaterschaftstests werfen dabei die Frage auf, ob man angesichts der Möglichkeit einer Vergewisserung über die Abstammung nicht auch die rechtliche Vaterschaft stets auf diese „solide“ Basis stellen sollte, anstatt mit der vergleichsweise unsicheren rechtlichen Vaterschaftsvermutung zu operieren. Dabei überschattet das Gewissheitsversprechen der Vaterschaftstests den Blick auf den Normalfall von Vertrauen, in dem die Vermutung stets funktionierte. Dieses Kapitel widmet sich nun im Detail den Diskussionen von Juristen über Vertrauensschutz und objektive Überprüfbarkeit bzw. Vergewisserung. Schließlich ist es das Recht, das schon immer zwischen leiblicher, sozialer und rechtlicher Vaterschaft unterschieden hat.

Eine These, die in diesen Diskussionen häufig geäußert wird, ist die der *Biologisierung* von sozialen Beziehungen bzw. Verwandtschaft. Diese Interpretation ist insofern zutreffend, als tatsächlich einige Evolutionspsychologen Vaterschaft darauf reduzieren, dass Männer ihre eigenen Gene effektiv verteilen und weitergeben wollen. In dieser Darstellung geraten Vaterschaft und auch Ehe als rechtliche Institutionen mit ihrer Geltung gänzlich aus dem Blick und Beziehungen werden allein auf der biologischen Ebene betrachtet. Eine derart reduktionistische Darstellung wird aber selten vertreten. Wichtiger ist es zu beachten, dass die These der Biologisierung eine dichotome Entscheidungssituation entwirft: Sozialwissenschaftler warnen vor einer Gewichtsverschiebung zugunsten der biologischen Abstammung, zulasten sozialer Beziehungen. Dabei geht es aus rechtlicher Perspektive aber gar nicht um eine *Entscheidung* zwischen sozialen Beziehungen oder biologischen Fakten, sondern um eine Gestaltung von Differenzierungen, die in eine genuin rechtliche Definition führen. Es soll in diesem Kapitel gezeigt werden, dass der Begriff der Biologisierung im Rahmen der Diskussion über Vaterschaftstests nur begrenzt hilfreich ist, denn das Recht konnte schon immer zwischen Abstammung

und Vaterschaft unterscheiden und gestaltet weiterhin die Unterscheidung. Die Problematik ist komplexer, weil es auch um normative Aspekte geht, etwa um Verpflichtungen, die aus Vertrauen entstehen und durch Vertrauen getragen werden. Nachdem die Biotechnologien die genetische Abstammung festzustellen erlauben, folgt das Recht mit stärkeren Ausdifferenzierungen: Es gibt mehr Anfechtungsberechtigte, eine Testmöglichkeit für alle Familienmitglieder, eine erleichterte Eröffnung der Anfechtung, eine stärkere Gewichtung individueller Rechte etc. Damit soll auch der Ausbreitung von genetischen Vaterschaftstests in den privaten Raum Rechnung getragen werden.

7.2 Diskussionen über Wille, Wohl und Wissen

Im Folgenden werden unterschiedliche in der Diskussion geäußerte Vorschläge zum Umgang mit Zweifel und Vaterschaftstests sowie auch zum Umgang mit der Spannung zwischen der leiblichen, der sozialen und der rechtlichen Abstammung erörtert. Das Recht auf Kenntnis der Abstammung und darauf aufbauende mögliche Korrekturen der Verwandtschaftsverhältnisse stellen die primären rechtlichen Reaktionen auf Vergewisserungswünsche dar. Das deutsche Familien- und Abstammungsrecht kennt verschiedene Prinzipien. So konkurriert z. B. der Anspruch eines vermeintlichen „biologischen Vaters“, der eine bestehende Vaterschaft anfechten möchte, mit Ansprüchen eines sozialen Vaters, der Verantwortung für ein Kind übernommen hat und weiterhin übernehmen will.⁷⁰⁰ Dem Recht auf Kenntnis der Abstammung (in Ableitung aus dem Persönlichkeitsrecht) wird ein Recht auf Nichtwissen gegenübergestellt, und auch im Namen des Kindeswohls, des Familienfriedens und des familiären Vertrauensverhältnisses werden Forderungen von Familienmitgliedern begründet, die die Abstammung klären, ändern oder beibehalten wollen.

Die Argumente, die in der Diskussion gegeneinander gestellt werden, entstammen eigentlich sehr unterschiedlichen Kontexten: Das Wohl des Kindes, für das z. B. der Erhalt von Beziehungen zu Bezugspersonen relevant ist, befindet sich auf einer sozialen Ebene, wogegen eine Kenntnis der Abstammung, die als wichtig für die Identitätsentwicklung gehalten wird, von psychologischem Wert ist und nicht mit sozialen Beziehungen verrechnet werden kann. Diese Argumente werden aber trotzdem in einer Diskussion zusammengewürfelt verwendet und gegeneinander ausgespielt.

Nach meinen Beobachtungen wird in der aktuellen Diskussion neben den vielen Argumenten interessanterweise ein Punkt gar nicht themati-

700 Vgl. auch Peschel-Gutzeit, 2005, 172.

siert, und zwar das finanzielle Interesse des Staates an der Klärung der Vaterschaft. Ich würde in der gegenwärtigen Diskussion das Argument erwarten, dass es für die öffentlichen Kassen wichtig sei, für alle Kinder einen Vater zu finden, damit diesem die Versorgungspflicht übertragen werden kann und die Versorgung nicht dem Staat überlassen bleibt. Bei gerichtlichen Vaterschaftsfeststellungen⁷⁰¹ leisten Vaterschaftstests wertvolle Dienste. Dafür sind die Gerichte natürlich auf Angaben der Mutter zum möglichen Vater angewiesen, und auch die Mutter hat selbst ein Interesse an der Feststellung. Allerdings ist das Vorliegen staatlicher Interessen nicht von der Hand zu weisen und sollte in den Diskussionen berücksichtigt werden.

7.2.1 Konstruktion eines „Rechts auf Wissen“

Das Recht auf Kenntnis der Abstammung erkennt zuerst einmal den Wunsch an, die Abstammung zu klären. Kompliziert ist die Frage, welche Wirkung diese Kenntnis haben kann, weil es für das Recht neuartig ist, mit einem Wunsch nach Vergewisserung über die Abstammung unabhängig von einem Feststellungs- oder Anfechtungsverfahren umzugehen. Die Begründung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung durch das Bundesverfassungsgericht bezog sich in Ableitung aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht auf die „Schlüsselstellung für Individualitätsfindung und Selbstverständnis“, die diese Kenntnis angeblich einnehme.⁷⁰² Die angeblich psychologische These dahinter ist, dass nur eine uneingeschränkte Wahrheitssuche bis an die Ursprünge der eigenen „Biografie“ eine stabile Identität zu entwickeln erlaube. Dem ließe sich entgegenstellen, dass Identität sich in Beziehungen entwickelt, und Beziehungen basieren zuvorderst auf Vertrauen, nicht auf Vergewisserung oder Wahrheit. Es gibt kein Recht auf Wahrheit gegenüber den Mitmenschen – vielmehr ist man ganz elementar auf die eigene Fähigkeit angewiesen, zu vertrauen und an andere zu glauben. Gerade familiäre Beziehung wachsen in der Regel auf einem Boden des vertrauensvollen Zusammenlebens, nicht auf objektiver Wahrheit. Zum Vertrauen gehört, dass man voneinander Ehrlichkeit voraussetzt und erwartet.

Auf der rechtlichen Ebene von Verwandtschaft kann man sich darüber hinaus fragen, wie Wahrheit überhaupt eingefordert werden könnte, denn das Recht verbürgt die Rechtmäßigkeit oder Gültigkeit der Zurech-

701 Es gab 2004 (weiter wurde die Statistik nicht geführt) 8.272 erfolgreiche gerichtliche Feststellungen, während in knapp 3.000 Fällen die Vaterschaft nicht festgestellt werden konnte (Statistisches Bundesamt Deutschland: *Statistik der Kinder- und Jugendhilfe 1991 – 2008*).

702 BVerfG 1 BvL 17/87 vom 31.01.1989, Abs. 53. Es soll sich also um ein Wissen handeln, dessen Fehlen dem Individuum schadet.

nung von Elternschaft. Es nutzt dabei wahre Fakten als Anhaltspunkte, aber es definiert selbständig, welche Fakten in welchem Kontext welche Geltung bewirken. Daher ist es ungewöhnlich, dass das Recht einem die Möglichkeit verschafft, eine Wahrheit festzustellen, ohne dass damit eine Form der Gültigkeit verbunden ist. Interessant ist daher, dass das Recht auf Kenntnis der Abstammung anerkannt worden ist als Recht, die Wahrheit über seine biologische Abstammung bzw. die Abstammung seines Kindes zu erfahren.⁷⁰³ Es richtet sich auf die Kenntnis der Abstammung, nicht auf eine Veränderung der rechtlichen Verwandtschaft, denn die Anfechtung ist ein separates Verfahren. Deutlich wird das auch an dem neuen Gesetz (§ 1598 a BGB), das den Willen zur Klärung der leiblichen Abstammung anerkannt hat, ohne zugleich diesem Willen eine direkte Wirkung auf den Status zu verleihen.

Unter Berufung auf das Recht auf Kenntnis der Abstammung sind in den letzten Jahren richtungsweisende Urteile über die Anfechtungs- und Klärungsmöglichkeiten von Vaterschaft gefällt worden. In den vor Gericht verhandelten Fällen wussten allerdings die Klagenden (ob nun Kind oder Vater) bereits, dass das Kind von einem anderen Mann abstammt.⁷⁰⁴ Es mangelte ihnen demnach nicht an Kenntnis der Abstammung. Ihr Problem war nur, dass dieses Wissen rechtlich nicht berücksichtigt wurde, weil das jeweils gültige Anfechtungsrecht das nicht erlaubte. Die Klagenden – zumeist die Kinder – empfanden es folglich als unzumutbar, mit diesem Wissen zu leben, ohne etwas an ihrer rechtlichen und faktischen Beziehung ändern zu können.

Erklärt ein Familienmitglied, gemäß Paragraph 1598 a die Abstammung erfahren zu wollen, so kann – nach heutiger Rechtslage – kein anderer die Durchführung verweigern: Das Familiengericht kann auf Antrag die Einwilligung in die Durchführung eines Tests ersetzen, falls ein Familienmitglied sie verweigern sollte.⁷⁰⁵ Ist der Wille darauf gerichtet, die Abstammung zu klären, so wird die Durchführung eines Tests gestattet. Ein Wille, der darauf gerichtet ist, die Klärung der Abstammung zu verhindern, hat dagegen gar kein rechtliches Gewicht. Nur wenn dem *Wohl* des Kindes eine erhebliche Beeinträchtigung durch den Test droht, kann das Gericht das Verfahren (das Ersetzen der Einwilligung) aussetzen.⁷⁰⁶

Im Kindschaftsrechtsreformgesetz (KindRG) von 1998 konnte der Wunsch nach Abstammungsklärung einen ersten Durchbruch verzeich-

703 Ramm (1990, 190) weist darauf hin: „Gegen die Anerkennung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung spricht, daß in einer individualistisch-freiheitlichen Ordnung der Bürger nicht nach seinen Ahnen, sondern danach bemessen werden will und wird, was er selbst ist und was er tut.“

704 Vgl. auch Gaul 1992, 39 zum BVerfG-Urteil von 1989.

705 Zu dieser Konstruktion vgl. auch 6.3.2.4 „Anspruch auf Einwilligung“.

706 Vgl. § 1598 a Abs. 3; vgl. ferner Abschnitt 7.2.3.

nen: Das Kind und die Mutter erhielten im Rahmen dieser Reform erstmals ein unbegrenztes Anfechtungsrecht. Damit konnten sie die rechtliche Verwandtschaft ändern lassen, wenn sie es wollten. In der „vom BVerfG vorgegebenen, stark am Persönlichkeitsrecht ausgerichteten Tendenz zur Klärung der ‘biologischen Wahrheit’“⁷⁰⁷, wie sie im Kindschaftsrechtsreformgesetz aufgenommen wurde, stecke ein deutscher Sonderweg, urteilt Gaul. Im KindRG hatte das Recht auf Kenntnis der Abstammung zu einem uneingeschränkten Anfechtungsrecht des Kindes geführt. Das war bemerkenswert, denn in anderen Ländern kannte man zum einen ein derartiges Persönlichkeitsrecht nicht (man spricht stattdessen vom „Recht auf Schutz des Privatlebens“ o. Ä.), zum anderen gab es dort auch keine Rechtfertigung für ein Anfechtungsrecht für Kinder. Inzwischen hat sich das geändert, und es gibt Länder wie Norwegen, die darüber hinaus einem vermeintlichen „biologischen“ Vater ein uneingeschränktes Anfechtungsrecht einräumen.⁷⁰⁸ Daher schlussfolgert Ogorek: „Im Moment jedenfalls scheinen die neuen Optionen mehr Biologie in den Anfechtungsprozess zu bringen als es der gesetzliche Typus verträgt.“⁷⁰⁹

An der in Deutschland intensiv geführten Diskussion über das Recht auf Kenntnis der Abstammung lässt sich ablesen, dass das Persönlichkeitsrecht für sehr viele und auch sehr verschiedene Forderungen in Anspruch genommen wird: Nicht nur das Recht auf Kenntnis der Abstammung, sondern auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das dem Erstgenannten entgegengesetzt wird, wird aus ihm abgeleitet. Brosius-Gersdorf schließt aus dem Persönlichkeitsrecht sogar auf ein Persönlichkeitswerdungsrecht des Kindes.⁷¹⁰ Dagegen halten es andere Juristen, z. B. Ramm, für nicht mit der Tradition des Persönlichkeitsrechts vereinbar, der biologischen Abstammung durch ein Recht auf Kenntnis der Abstammung eine so große Bedeutung zu geben.⁷¹¹ Ramm hält es ferner für unangemessen, von einem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung zu sprechen, und meint, dass es sich vielmehr um ein „privates Interesse“ handle. Einem solchen Interesse hätten die anderen Familienmitglieder rechtlich vieles entgegenzusetzen.⁷¹²

707 Gaul 2000, 1462; vgl. auch Gaul 1997, 1444.

708 Allerdings unterscheiden sich die Begründungen der anderen Länder meist von der deutschen Berufung auf ein verfassungsrechtlich geschütztes Persönlichkeitsrecht.

709 Ogorek 2005, 484.

710 Vgl. Brosius-Gersdorf 2007, 399: Sie beschreibt dieses Persönlichkeitswerdungsrecht als Interesse des Kindes, „weiterhin in den gewohnten sozial-familiären Beziehungen aufzuwachsen“, was durch eine Anfechtung gefährdet würde. In dieser Form erinnert es eher an das Gebot, das Kindeswohl zu schützen.

711 Vgl. Ramm 1989b; 1990, 190.

712 Vgl. Ramm 1989b, 1595.

7.2.2 Gegen-Konstrukt: Recht auf Nichtwissen

In der Diskussion um genetische Vaterschaftstests wurde die Forderung nach einem Recht auf Kenntnis der Abstammung mit einem Ruf nach einem „Recht auf Nichtwissen“ beantwortet. Dieses Konzept hat eine kleine Vorgeschichte im Kontext der Debatte über die Zulässigkeit und Regulierung biomedizinischer Technologien: 1985 sprach erstmals die sogenannte „Benda-Kommission“, eine gemeinsame Arbeitsgruppe des Bundesministers für Forschung und Technologie und des Bundesministers der Justiz, in ihrem Bericht über „In-vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie“ von einem „Recht auf Unkenntnis“ angesichts der aufkommenden Diagnostik krankheitsrelevanter genetischer Dispositionen. Als in den 1990er Jahren die Diskussion über die Vaterschaftstests begann, stellten drei Juristen in einem gemeinsamen Artikel über private Tests fest: „Es scheint, als ob die neuen Techniken Fragen überhaupt erst provozieren, die früher mangels Beantwortbarkeit erst gar nicht gestellt worden wären.“⁷¹³ Diese neu aufgeworfenen Fragen machen dann deutlich, was man (noch) nicht weiß, und stellen darüber hinaus die Folgefrage, ob man das wissen möchte.

Ein Recht auf Nichtwissen wird in die Diskussion gebracht, wenn Vater, Mutter oder Kind die Abstammung des Kindes klären wollen, aber mindestens einer der anderen beiden sich weigert, dem Test zuzustimmen, weil er oder sie die Abstammung nicht wissen will. Ohne das Kenntnisbegehren des einen wäre das Nicht-wissen-Wollen des anderen unproblematisch, doch angesichts des Testwunsches entsteht ein Konflikt. In dieser Situation versuchen manche Juristen, mit einem Recht auf Nichtwissen diejenigen zu verteidigen, die die Abstammung nicht klären möchten.⁷¹⁴

Es geht dabei um den prinzipiellen Wissenserwerb: Man möchte es nicht persönlich nicht wissen, sondern man möchte nicht, dass die Abstammung überhaupt überprüft wird.⁷¹⁵ Ein erweitertes Recht auf informationelle Selbstbestimmung soll demnach verbieten, dass irgendjemand Daten erhebt, die zu den eigenen persönlichen Daten in direktem Zusammenhang stehen – das wäre das Ziel des Rechts auf Nichtwissen.⁷¹⁶ Problematisch ist, dass die Kenntnis der Abstammung sich auf die Beziehung zwischen Vater, Mutter und Kind bezieht, nicht auf die genetische Disposition einer einzelnen Person. Sollen die einzelnen Beteiligten vor dem Wissen geschützt werden? Wie könnte das rechtlich aussehen? Ist das Nichtwissen überhaupt ein „Etwas“, ein Gut, das dem Nichtwissen-

713 Reichelt/Schmidt/Schmidtke 1995, 778.

714 Dieses Recht auf Nichtwissen ist z. B. von dem Recht der Mutter auf „Schutz ihrer Intimsphäre“ zu unterscheiden.

715 Vgl. auch Orel 2008, 130.

716 Vgl. Tolmein, *FAZ* vom 15.01.2005, S. 34; siehe auch Abschnitt 6.3.2.2.

den bewusst und wichtig wäre – oder wird es nicht vielmehr erst dann thematisiert und bewusst, wenn andere einen Anspruch auf Wissen reklamieren?

Noch ein weiteres Problem kann man an dem Recht auf Nichtwissen ablesen: Die Diskussion über biomedizinische Technologien hat sehr viele kleinteilige Forderungen hervorgebracht (Recht auf ein genetisch eigenes Kind, Recht auf Kenntnis der Abstammung, Recht auf menschenwürdiges Sterben etc.), die die Persönlichkeit zu einem Mosaik von solchen Rechten zerfallen lassen. Weniger Aufmerksamkeit erhält dabei die eventuell sinnvollere Option, positiv zu diskutieren und zu beschreiben, was Familie und Vaterschaft ausmacht, wie Wissenschaftler, Patienten und Ärzte mit bestimmten Technologien umgehen möchten, statt dies alles vom Persönlichkeitsrecht her zu konstruieren und absichern zu wollen. Diese Diskussion und Beschreibung kann das Recht nicht allein leisten. Solange solche inhaltliche öffentliche Diskussionen fehlen, wird weiter ein bunter Flickentepich aus Rechten entstehen.

7.2.3 Im Namen des Kindes und zu seinem Wohl

Es gibt einige Konzepte, auf die man sich im rechtlichen Diskurs beruft, um zu erklären, warum Zweifel in bestimmten Fällen vielleicht eingeschränkt werden dürfen oder was der beste Weg wäre, einen Zweifel anzuerkennen und aufzulösen. Insbesondere im Streit um heimliche Vaterschaftstests bzw. ein Verbot dieser Tests haben sich Autoren immer wieder auf das Wohl des Kindes oder den Familienfrieden berufen. Auch auf das Vertrauen zwischen den Partnern oder in der Familie hat man sich berufen, um bestimmte Forderungen zu unterstreichen. Hier werden einige Aussagen vorgestellt, die sich auf die genannten Konzepte stützen, und es wird untersucht, wie sie funktionieren.

Eine weitere Variante neben Kindeswohl und Familienfrieden ist die Berufung auf den grundgesetzlich verbürgten *Schutz von Ehe und Familie*: „Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung“ (Art. 6 GG). Brosius-Gersdorf z. B. weist darauf hin, dass im Falle eines positiven Ergebnisses beim Vaterschaftstest der Vater in den meisten Fällen gar nichts würde ändern wollen. Wenn er aber Mutter und Kind über seinen Testwunsch informieren muss, weil es das Recht des Kindes auf informationelle Selbstbestimmung so verlangt, dann seien Beeinträchtigungen der Mutter und des Kindes zu erwarten. Nimmt man dagegen deren Recht auf Schutz von Ehe und Familie ernst, so sollte man sie nicht vorab informieren: Der Vater müsste heimlich privat testen dürfen, schlussfolgert Brosius-Gersdorf.⁷¹⁷ Dies fordert sie zumindest für den

717 Vgl. Brosius-Gersdorf 2006, 157 ff.

Zeitraum unmittelbar nach der Geburt, wenn noch keine intensive Beziehung zwischen Vater und Kind entstanden ist. Ihre Auslegung des grundgesetzlichen Schutzes von Ehe und Familie als Schutz von Mutter und Kind vor dem Wissen über den Testwunsch des Vaters führt Brosius-Gersdorf ferner zu der Forderung, dass nach Bewilligung eines Antrags vor Gericht auch heimliche Tests von Vätern mit etwas älteren Kindern zuzulassen seien.⁷¹⁸

Unter Berufung auf das *Kindeswohl* hat der Familienrechtsausschuss der Bundesanwaltskammer 2007 in seiner Stellungnahme zum Entwurf des neuen Paragraphen 1598 a BGB eine ähnliche Forderung aufgestellt wie Brosius-Gersdorf: Ein anfechtungsberechtigter Elternteil solle vor Gericht beantragen können, ausnahmsweise heimlich eine Probe des minderjährigen Kindes entnehmen und heimlich testen zu dürfen. Dabei sei nicht eine Abwägung zwischen den Interessen des Kindes und dem testwilligen Elternteil entscheidend, sondern es seien verschiedene, „einander widersprechende Grundrechtspositionen des Kindes selbst abzuwägen“.⁷¹⁹ Dies ist eine interessante Verlagerung des gesamten Problems in die Person des Kindes hinein: Das Kind habe sowohl ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung wie auch ein Recht auf Schutz der Eltern-Kind-Beziehung. Ersteres spricht für eine notwendige Information und Einwilligung des Kindes bzw. seiner gesetzlichen Stellvertreter, Letzteres für einen heimlichen Test, da dieser ja in der Mehrheit positiv ausfällt, weshalb der Vater die Beziehung würde fortsetzen wollen. In diesen Fällen müsste der Vater das Kind dann gar nicht erst beunruhigen. Der Familienrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer hält den Schutz der Eltern-Kind-Beziehung für wichtiger und rät daher, einen heimlichen Test in Ausnahmefällen zuzulassen.

Genau entgegengesetzt fiel das Urteil des Oberlandesgerichts Jena über einen heimlich durchgeführten Vaterschaftstest aus. Es hatte in seinem Urteil im Vorfeld des BGH-Urteils von 2005 entschieden, dass man zum Schutz des Kindeswohls das Ergebnis eines vom Vater heimlich durchgeführten Tests als Anfechtungsgrund zurückweisen müsse, denn:

Auf Seiten des Bekl[agten, hier: des Kindes] fällt entscheidend das Kindeswohl ins Gewicht und ist insbesondere das Interesse des Bekl[agten], ungestört in den gewohnten sozialen Bindungen aufzuwachsen zu können (vgl. BGH, NJW 1999, 1632 = FamRZ 1999, 716) zu berücksichtigen.⁷²⁰

718 Vgl. ebd., 173 f.

719 Vgl. Bundesrechtsanwaltskammer 2007, 4.

720 Vgl. OLG Jena: 1 UF 358/02 vom 06.03.2003, zitiert nach FPR 2003, 376. Die soziale Bindung darf nur durch die wohlbegründete Anfechtung angetastet werden, aber nicht durch jeden spontanen heimlichen Testwunsch.

Dagegen wendet Ogorek ein, dass der Vater nicht zum Wohle des Kindes dazu gezwungen werden könne, seine rechtliche Vaterschaft aufrechtzuerhalten. Schließlich werde das Anfechtungsrecht des Vaters auch nicht durch das Kindeswohl eingeschränkt.⁷²¹ Insgesamt fasst sie zusammen, dass das Kindeswohl in der Diskussion keine allzu große und eindeutige Rolle gespielt habe, weil es nicht klar war, ob die Kenntnis der Abstammung oder die Erhaltung der rechtlichen Beziehung inklusive der Unterhaltspflicht für das Wohl des Kindes wichtiger sei:

Kindeswohl kam in der Debatte auch vor, freilich ohne dabei die suggestive Strahlkraft zu entfalten, die dieser obersten Orientierungsmaxime des Kindschaftsrechts üblicherweise anhaftet. Offenbar vermochte niemand so genau zu sagen, welche der verschiedenen Möglichkeiten des Umgangs mit der Ungewissheit dem Wohl des Kindes eigentlich dienlich sei. Denn die Chance, seine genetische Identität gerichtsfest zu erfahren, konkurriert in höchst irritierender Weise mit dem Anspruch auf Kindesunterhalt.⁷²²

Das Kindeswohl ist im deutschen Recht ein Rechtsgut, das besonders dann zum Einsatz kommt, wenn es um die Abwehr einer Gefährdung geht. Es ist nicht im Grundgesetz definiert, sondern setzt sich aus einzelnen Vorschriften des BGB und des Strafgesetzbuches zusammen. Ein Beispiel: „Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung“ (§ 1631 Abs. 2 BGB). Über die Feststellung einer Gefährdung des Kindeswohls kann der Staat in die Familie eingreifen und ggf. den Eltern das Sorgerecht entziehen o. Ä. Oft begibt sich die richterliche oder juristische Argumentation dabei auf fast psychologischen Boden, so etwa wenn Richter entscheiden müssen, ob die Klärung der Abstammung zu einem bestimmten Zeitpunkt eine Gefährdung des Kindeswohls bedeutet.

Das Bundesverfassungsgericht hatte implizit die Frage zu entscheiden: Welchen Wert hat die Kenntnis der Abstammung für ein Kind in seiner psychologischen Entwicklung? Sein Urteil von 2007 hat dieser Kenntnis einen hohen Wert zugesprochen, und letztlich wird mit dem neuen „Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“ nicht nur dem Kind, sondern auch dem Vater und der Mutter die Möglichkeit gegeben, die Abstammung des Kindes zu klären. Psychologen müssen im Einzelfall überprüfen, ob das Wohl des Kindes in unzulässiger Weise beeinträchtigt wird. Auch in anderen Verfahren rund um Eltern- und Kindschaft werden sie mit der Überprüfung des Kindeswohls beauftragt. Sie überprüfen das Kindeswohl auf empirische Weise, mit Hilfe von psychologischen Tests, die mit dem Kind und den Eltern durchgeführt werden. Dabei müssen sie zum Teil auch begutachten, wel-

721 Vgl. Ogorek 2005, 466 ff.

722 Ebd., 462.

che Bedeutung der Kontakt zum Vater oder zu anderen Bezugsperson für das Kind hat. Anderlik und Rothstein weisen darauf hin, dass die Berücksichtigung des Kindeswohls in der Rechtsprechung zur Unvorhersehbarkeit von Urteilen geführt habe, da die psychologische Einzelfallbegutachtung ebenso wie deren richterliche Würdigung je nach Fall sehr unterschiedlich ausfallen können.⁷²³ Ferner könne das Kindeswohl nicht die einzige Priorität eines Familienrechts sein, das wäre zu individualistisch. Vielmehr müsse man auch die Beziehung des Kindes zu jedem der beiden Elternteile betrachten, resümieren die Autoren.⁷²⁴

7.2.4 Familienfriede und Vertrauensverhältnisse

Der *Familienfriede* ist neben dem Kindeswohl ein weiterer zentraler Begriff in der Diskussion über die Regelung des Zugangs zu Vaterschaftstests: Eine Gefährdung der bestehenden Familienbeziehungen sah man sowohl durch das (heimliche) Testen gegeben als auch in der Verweigerung einer Testmöglichkeit.⁷²⁵ Ein Beispiel gibt Muscheler, der sich für heimliche Tests aussprach:

Der heimliche Vaterschaftstest bleibt, solange er nicht verboten wird, ohnehin die einzige Möglichkeit für denjenigen, der Kenntnis über die Abstammung erhalten will, ohne durch einen bloßen Verdacht den Familienfrieden zu gefährden.⁷²⁶

Denn, so Muscheler weiter:

Allein die Offenbarung der Zweifel beinhaltet die Gefahr, dass die Beziehung zum anderen Elternteil wie auch zum Kind Schaden nimmt, nämlich durch das fehlende Vertrauen.⁷²⁷

Der Streit um die Offenbarungspflicht ist der Kontext, in dem am häufigsten auf den Familienfrieden Bezug genommen wird: Müsse ein Familienmitglied seinen Klärungswunsch mitteilen, um die Abstammung klären zu können, so leide darunter der Familienfrieden, besagt die eine Position. Selbst der Münchner Kommentar zum BGB hält das Verfahren nach Paragraph 1598 a, das eine Offenlegung verlangt, für „schädlicher für den Familienfrieden“ als einen heimlichen Test.⁷²⁸ Brosius-Gersdorf sieht das Vertrauen der Ehegatten in Gefahr, wenn der Vater sein Misstrauen offenbaren muss:

723 Vgl. Anderlik/Rothstein 2002, 229.

724 Vgl. ebd., 224.

725 Vgl. auch Ogorek 2005, 461 f.

726 Muscheler 2008, 263.

727 Ebd., 257.

728 Wellenhofer/Müko 2008, § 1598 a, RdNr. 13.

Machte der rechtliche Kindesvater gegen seine Ehefrau einen Anspruch auf Auskunft darüber geltend, ob das Kind von ihm abstammt, würde das Misstrauen des Vaters offenkundig und damit die auf gegenseitiges Vertrauen gebaute Ehe erheblich gefährden.⁷²⁹

Die Gefahr, die in der pflichtgemäßen Mitteilung des Zweifels und des Testwunsches gesehen wird, ist, dass die anderen mit Misstrauen antworten könnten. Muscheler weist darauf hin, dass das neue Klärungsverfahren eben diese Gefährdung beinhalte, insofern nämlich ein Vater seine Zweifel öffentlich machen muss, obwohl er ja gerade erst einen Beweis dafür zu erlangen sucht.

Der Vater wird sein Misstrauen aber in der Regel nur dann publik machen wollen, wenn es berechtigt ist und sich zur Kenntnis verichtet hat, ein Abstammungsgutachten also den Beweis seiner Nichtvaterschaft erbracht hat. [...] Die mit der gesetzlich vorgesehenen isolierten Vaterschaftsfeststellung verbundene Offenbarungspflicht gefährdet den Familienfrieden, den Zusammenhalt der Familie, erheblich.⁷³⁰

Auch in journalistischen Darstellungen wird das Argument aufgegriffen, die „Offenbarungspflicht“ bedrohe die Familie: Graw spricht z. B. davon, dass eine gesetzlich verpflichtete Offenlegung des Testwunsches einem „brutalen Misstrauensvotum“ des Vaters gegenüber der Familie gleichen würde, das dem möglicherweise ja auch positiven Ergebnis des Tests jede Chance auf Versöhnung nehme.⁷³¹

Nicht nur die kommentierenden Rechtswissenschaftler und Journalisten, auch die Rechtsausschüsse, die Gesetzentwürfe zur Regelung von privaten Vaterschaftstests erarbeitet haben, verwenden den Begriff des Familienfriedens. Bspw. kritisiert das baden-württembergische Justizministerium unter Berufung auf den Familienfrieden die Pflicht des Vaters, seine Zweifel zu offenbaren, bevor er weiß, ob sie berechtigt sind:

Vor allem aber ist die Gewinnung einer genetischen Probe ohne Kenntnis der übrigen Beteiligten geeignet, nicht nur bestehende Zweifel zu bestätigen, sondern – in den meisten Fällen – vorhandene Zweifel auszuräumen und dadurch die bestehende familiäre Beziehung zu schonen. Bei einer Offenlegung des Zweifels an der Vaterschaft ist dagegen in vielen Fällen zu befürchten, dass der Familienfriede nachhaltig gestört wird.⁷³²

729 Brosius-Gersdorf 2006, 139.

730 Muscheler 2009, 4.

731 Graw, *WELT online* vom 28.03.2007.

732 Gesetzesantrag des Landes Baden-Württemberg, Bundesrats-Drucksache 280/05 vom 21.04.2005, 5. Vgl. Abschnitt 6.3.2.4.

Aus diesen Gründen sprach sich der baden-württembergische Entwurf für eine Zulassung heimlicher Tests aus. Der bayrische Gesetzentwurf berief sich in einem anderen Zusammenhang auf den Familienfrieden: Die Gerichte sollten sich bemühen, eine außergerichtliche Einigung der Konfliktparteien in der Abstammungsklä rung zu erreichen, da dies dem Familienfrieden diene. Dieser Entwurf hatte einen Anspruch auf einen nicht geheimen Test vorgeschlagen, ähnlich dem letztlich verabschiedeten Paragraphen 1598 a BGB.⁷³³

Das Bundesjustizministerium hat in einer Stellungnahme zur Verwertbarkeit heimlicher Vaterschaftstests eine Gegenposition zu den Forderungen nach einem heimlichen Test vertreten und betont, dass der Gesetzgeber den Familienfrieden schütze, wenn er die Anfechtungsmöglichkeiten restriktiv handhabt und das Kind nicht ständig eine Anfechtung befürchten muss. Dieser Schutz würde aufgegeben, wenn heimlich durchgeführte Tests als Beweismittel im Anfechtungsverfahren zugelassen würden.⁷³⁴

In seiner Begründung der Notwendigkeit eines neuen Verfahrens zur Abstammungsklä rung hat das Bundesverfassungsgericht jedoch den Schutz des Familienfriedens als nachrangig gegenüber dem Recht des Vaters auf Kenntnis der Abstammung angesehen:

Auch ein gesetzgeberisches Interesse, den Familienfrieden der rechtlich verbundenen Familie nicht mit einem Verfahren zur Klä rung der Abstammung eines Kindes stören zu wollen, rechtfertigt nicht, ein solches Verfahren vorzuenthalten, denn nur dieses bietet dem grundrechtlich verbürgten Recht des Vaters auf Kenntnis der Abstammung wirksamen Schutz und Verwirklichung.⁷³⁵

733 Gesetzesantrag des Landes Bayern: Bundesrats-Drucksache 369/05 vom 20.05.05. Vgl. 6.3.2.4.

734 Das BVerfG zitiert in seinem Urteil von 2007 aus der Stellungnahme des BMJ: „Der Gesetzgeber habe bei den Regelungen über die Anfechtung der Vaterschaft aber auch den Schutz von Ehe und Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG zu beachten, der unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eine Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeiten zulasse, um zum Schutze des *Familienfriedens* zu verhindern, dass die Abstammung eines Kindes etwa bei jedem beliebigen Konflikt der Eltern in Frage gestellt werden könne. Würde in einem Gerichtsverfahren einem Anfechtungsberechtigten erlaubt, heimlich, also ohne Einwilligung des Betroffenen und außerhalb eines staatlichen Gerichtsverfahrens verschaffte Beweismittel in das Verfahren einzuführen, die den entscheidenden Ausschlag über Erfolg oder Misserfolg seiner Anfechtungsklage geben könnten, wäre der Schutzzweck der gesetzlichen Einschränkungen des Anfechtungsverfahrens in Frage gestellt.“ BVerfG 1 BvR 421/05 vom 13.02.2007, Abs. 21 (meine Hervorhebung).

735 BVerfG 1 BvR 421/05 vom 13.02.2007, Abs. 78.

Ramm warnt davor, dass die Berufung auf das so unklare Konzept des „Familienfriedens“ den Blick auf die individuellen Interessen sowie deren Übereinstimmungen und Konflikte verdecken kann. Diese Interessen könnte man dann klar sehen und werten, wenn das Recht anerkennen würde, dass die „Statusregelung für das Kind [...] Ausfluß der Dreierbeziehung: Kind-Mutter-Vater“ ist:

Die Anerkennung der Dreierbeziehung schafft die erste Voraussetzung dazu, die individuellen Interessen zu werten und die typischen Konflikte zwischen ihnen zu lösen. Sie können und dürfen auch nicht mit neugeprägten fragwürdigen Formeln verdeckt werden, wie etwa 'Familienfrieden' oder 'Ehegefährdung' (womit die Aufdeckung eines langjährigen, mit [...] Kindern gesegneten außerehelichen Verhältnisses gemeint ist).⁷³⁶

Ramm plädiert also dafür, dass man die individuellen Interessen der Mutter, des Kindes und des Vaters vor dem Hintergrund ihrer Beziehung einzeln betrachtet. Es genügt nicht, nur die Interessen von Kind und Vater zu vergleichen, da die Mutter unverzichtbarer Teil der Beziehung ist, aus der sich der Status des Kindes ergibt. Und ebenso wäre es unangemessen, Interessen der verschiedenen Personen unter vage Konzepte wie einen Schutz des Familienfriedens zusammenzufassen. Jedenfalls könnte man aus einem solchen Familienfrieden z. B. nicht ableiten, dass es für alle am besten wäre, wenn man heimlich testen dürfte – diese pauschale Wertung würde die individuellen Interessen übergehen.

Die Rechtshistorikerin Iacob weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass im 19. Jahrhundert das französische Recht mit Berufung auf den Familienfrieden (franz. *la paix des familles*) oft die öffentliche Strafverfolgung den Einzelinteressen geopfert habe. Das Prinzip lautete: Der Privatmann kann am besten über seine Ehre und deren mögliche Gefährdung urteilen.⁷³⁷ Gemeint war damit: Der Einzelne soll selbst entscheiden, ob er die Folgen eines Ehebruchs seiner Frau z. B. selbst regeln möchte oder ob diese Verletzung der Familienehre so groß ist, dass er den Vorfall anzeigt und die Scheidung bewirken will. Die Frage war also, wer die Autorität haben soll, in die Familienehre gefährdenden Angelegenheiten zu entscheiden – in der neueren Rechtstradition, die primär auf den Schutz des Kindeswohls ausgerichtet ist, mischt sich die Rechtsprechung stärker in die Familien ein, weil zu fürchten ist, dass das Kind seine Interessen selbst nicht angemessen verteidigen kann. Während Iacob stärker auf den Verlust dieses privaten Spielraums im aktuellen französischen Recht hinwei-

736 Ramm 1990, 244.

737 Iacob zitiert den Strafrechtler Émile Garçon, der in seinem *Code pénal annoté*, erschienen 1901, schrieb: „Le ministère public ne peut poursuivre ni la diffamation, ni l'injure, ni l'adultère, parce que la loi considère que le particulier est le meilleur juge de son honneur.“ Émile Garçon, zitiert von Iacob 2004, 81.

sen will, verteidigt Ramm eine rechtliche Abwägung der Einzelinteressen gegen unbestimmte Vorstellungen von einem Familienfrieden.

Im Unterschied zum Kindeswohl ist „Familienfrieden“ kein fester rechtlicher, sondern eher ein umgangssprachlicher oder politischer Begriff. Verbreitet ist die Erwähnung des Familienfriedens z. B. in Berichten über zerstrittene Unternehmerfamilien. Eine klare Definition hat er als rechtlicher Begriff nicht. Bemerkenswert ist, dass er trotzdem in juristischen Texten wie auch Urteilen verwendet wird, und zwar meist zur un-spezifischen Abwehr von Änderungswünschen einzelner Familienmitglieder oder staatlicher Einmischung in die Familie. Der Begriff „Frieden“ führt eine fast mystische Konnotation eines Idealzustands mit sich und stellt die Alternative von Krieg oder Frieden in den Raum. Klosinski hat in einer begrifflichen Alternative und in Anlehnung an das Kindeswohl vom Familien*wohl* gesprochen. Der Titel seines Aufsatzes lautet: „Ist der Anspruch auf Abstammungsklä rung und anschließende Vaterschaftsanfechtung dem Familienwohl förderlich?“⁷³⁸ Dieser Begriff wird von Klosinski nicht explizit definiert und ist auch sonst nicht geläufig. Problematisch erscheint daran, dass das Wohl auch ein schwer fassbarer Terminus ist. Wie beim Kindeswohl wäre man wieder auf ein psychologisches Expertengutachten angewiesen, um erkennen zu können, was dem Familienwohl dient.

In der Diskussion über Vaterschaftstests spielt der Begriff des Vertrauens eine eher unklare und undefinierte Rolle. Es beziehen sich widersprüchliche Argumente auf Vertrauen, denn es liegen ihnen unausgesprochene, unterschiedliche Vertrauens-theorien zugrunde: Einerseits soll ein heimlicher Test das Vertrauen schützen, andererseits kann die später aufgedeckte Heimlichkeit das Vertrauensverhältnis in der Familie zerstören. Schwonberg resümiert z. B.:

Aus der Sicht des Kindes ist daher einer bestehenden sozialen Vaterschaft und der darauf beruhenden emotionalen Sicherheit eine größere Bedeutung zuzumessen als dem (abstrakten) Wissen um die biologische Abstammung. Dass eine heimliche Vaterschaftsanalyse die bestehenden Beziehungen wie den Familienfrieden weniger beeinträchtigt als ein förmliches Gerichtsverfahren, lässt die emotionalen Folgen der Heimlichkeit außer Acht.⁷³⁹

Brosius-Gersdorf befürchtet, dass bei einer sogenannten Offenbarungspflicht „bei einem positiven ebenso wie bei einem negativen Ausgang des Vaterschaftstests [...] [ein] Vertrauensverlust zwischen den Eheleuten“ zu erwarten sei:

738 Vgl. Klosinski 2007.

739 Schwonberg 2005, 271.

Lässt der rechtliche Vater die Glaubwürdigkeit seiner Frau mittels einer naturwissenschaftlichen Vaterschaftsuntersuchung verifizieren, dürfte dadurch das Vertrauen zwischen den Eheleuten nachhaltig erschüttert werden und drohten die Fundamente der Ehe ins Wanken zu geraten.⁷⁴⁰

Nicht nur das Vertrauen des Paares, auch das familiäre Vertrauensverhältnis sieht Brosius-Gersdorf in Gefahr, wenn die Vaterschaft durch einen angekündigten Test in Frage gestellt wird.⁷⁴¹ Für sie wäre ein heimlicher Test mit gerichtlicher Erlaubnis ein Weg, diese Vertrauensgefährdung zu vermeiden, da die meisten Tests die Vaterschaft sowieso bestätigen. Die Idee eines heimlichen Tests nach gerichtlicher Erlaubnis ist in der Diskussion kaum aufgegriffen worden. Vermutlich wäre es verfahrenstechnisch schwierig geworden, wenn etwa das Kindeswohl berücksichtigt werden sollte, aber das Kind nicht persönlich einbezogen werden darf, weil auch die Erteilung der Erlaubnis heimlich geschehen müsste, nicht nur der Test.

Einige Psychologen und Familientherapeuten weisen darauf hin, dass aus Vertrauenskrisen, wie sie die Ankündigung eines Testwunsches oder ein negatives Testergebnis auslösen können, auch eine Stärkung der Beziehungen hervorgehen kann.⁷⁴² Daraus spricht die Hoffnung, dass bei einem offenen, angekündigten Test mit einem negativen Ergebnis der Mann seine Konsequenzen in Ruhe überlegt und individuell entscheidet. Die Beziehung abzubrechen wäre nicht die einzige Lösung. Wenn er seiner Partnerin offen seine Zweifel erzählt hat, kommt das Ergebnis nicht unvermittelt, sondern ist idealerweise eingebettet in eine gemeinsame Auseinandersetzung. Orel bemerkt in diesem Zusammenhang, dass es langfristig für alle, auch für das Kind, am besten sei, die Abstammung des Kindes zu erfahren, statt aus dem Wissen ein Geheimnis zu machen.⁷⁴³

In diesem Zusammenhang weist Ogorek auf einen Aspekt von Kindeswohl hin, der mit Vertrauensschutz verbunden werden kann: Dem Kindeswohl diene es, wenn das Kind in seinen gewohnten Beziehungen aufwachsen kann. Aus diesem Grund müsse sein Vertrauen in das weitere Bestehen der Beziehung geschützt werden. Ein solches – nicht psychologisches, sondern funktionales – Vertrauensschutzargument ist Juristen bekannt. Man könne ein solches Argument aber nicht gegen den Testwunsch des Vaters verwenden, denn unter das schützenswerte Vertrauen falle nicht die tatsächliche Abstammung von dem rechtlichen Vater, so Ogorek. Der Gesetzgeber will mit seiner Vater-Kind-Zuordnung nicht dafür garantieren, dass diese stets die biologische Abstammung abbildet,

740 Brosius-Gersdorf 2006, 71.

741 Vgl. ebd., 66.

742 Vgl. Klosinski 2007, Jansco 2004.

743 Vgl. Orel 2008, 37-39.

demnach können auch Familienmitglieder nicht darauf vertrauen, dass die Vaterschaft unbezweifelbar und unanfechtbar besteht.⁷⁴⁴

Aus meiner Sicht wäre an dieser Stelle eine Nuancierung zu fordern: Zwar kann man sich nicht darauf berufen, man habe darauf vertraut, dass der rechtliche Vater der leibliche sei. Von diesem Vertrauen kann man aber das Vertrauen in die rechtliche Beziehung selbst unterscheiden. Das Vertrauen in die Stabilität der rechtlichen Beziehung ist ein Vertrauen in die Zuverlässigkeit, mit der man Rechte und Pflichten aus dieser Beziehung erwarten kann. Dieses Vertrauen verdient einen besonderen Schutz. Dieser Schutz würde einem Wunsch nach Klärung der Abstammung nicht entgegenstehen, müsste aber die Anfechtung beschränken.⁷⁴⁵ Würde das Recht ein solches Vertrauen schützen wollen, dann würde es annehmen, dass einen Testwunsch auszusprechen nicht automatisch bedeutet, dass man die Beziehung bereits in Frage stellt und aufkündigen will. In diesem Sinne könnte auch eine normative Wirkung vom Recht ausgehen, indem der Unterschied und die Unabhängigkeit von einem Wunsch nach einem Test und einem Wunsch nach einer Anfechtung wahrnehmbar gemacht würden. Eine derartig wichtige Aufgabe des Rechts wird von einigen Autoren nicht beachtet. Z. B. schreibt Luh:

Bestandsschutz kann einer sozial-familiären Beziehung meines Erachtens aber nur gewährleistet werden, wenn alle Beteiligten möchten, dass die Verbindung auch fortbesteht. Wenn eine Person aus dem Kreis der zu schützenden familiär-sozialen Beziehung kein Interesse an einer Fortführung hat, ist es nicht die Aufgabe der Rechtsprechung die Beziehung künstlich mit Bestandskraft auszustatten.⁷⁴⁶

Meiner Meinung nach kann die Aufgabe des Rechts nicht derart auf Schadensbegrenzung reduziert werden. Dem Recht sollte auch eine normative Position gestattet werden, aus der heraus sich bspw. formulieren ließe, dass man normalerweise von rechtlichen Beziehungen eine hohe Bestandskraft erwartet und dass dies nicht künstlich ist, sondern auf einer Gegenseitigkeit der Erwartungen beruht. Wenn nun diese Gegenseitigkeit

744 Vgl. Ogorek 2005, 467. Eine Ausnahme wäre denkbar, so Ogorek, im Falle einer „Vaterschaftsanerkennung im Wissen um die Zweifelsgründe“: Sie könnte ein Vertrauen in die Beziehung begründen, das gegen eine Anfechtung geschützt werden könnte.

745 In diesem Sinne könnte man überlegen, ob das Recht auf Schutz der sozialen Beziehung nicht so umgesetzt werden könnte, dass dem zweifelnden Vater ein Test (also die Kenntnis der Abstammung) ermöglicht wird, aber keine Anfechtung, bevor das Kind erwachsen ist. Entweder ein Vater hat schwerwiegende Zweifel und möchte direkt anfechten und den Status verändern, oder er möchte es nur gern wissen, dürfte dann aber die Beziehung nicht auflösen, sondern erst anfechten, wenn das Kind erwachsen ist.

746 Luh 2008, 264.

einseitig gekündigt wird – und folgenlos gekündigt werden kann –, so kann ein allgemeines Misstrauen gegenüber der Verlässlichkeit dieser Gegenseitigkeit entstehen, also ein Misstrauen gegenüber der Verlässlichkeit von rechtlich verbürgten Rechten und Pflichten. Will das Recht seine eigene Glaubwürdigkeit bewahren, so wäre es sinnvoll, das Vertrauen auf die Bestandskraft rechtlicher Beziehungen zu schützen.

Was wirklich dem Familienfrieden dient oder worauf er beruht, bleibt umstritten. Um das Kindeswohl steht es nicht besser: Es unterliegt einer empirischen Einzelfallprüfung durch Psychologen, deren Ergebnis mehr oder weniger unvorhersehbar ist, was letztlich das Rechtsgut Kindeswohl auch nicht klarer macht. Der Begriff *Vertrauen* beschreibt zutreffend die Prozesse rund um die Entscheidungen von Zweifelnden über das Testen und die Reaktionen der Familienmitglieder, kommt aber eher in einer normativen Haltung des Gesetzgebers zur Wirkung als etwa in Einzelgesetzen.

7.3 Gewichtsverschiebungen im Familienrecht

Was hat sich durch die Möglichkeit der genetischen Vaterschaftstests strukturell im Familienrecht verändert und was ändert sich gerade? An der Aufgabe des Familienrechts kann man diese Veränderungen gut beobachten: Früher war das Ziel insbesondere, die Ehelichkeit eines Kindes zu definieren und seinen Status zu sichern, indem z. B. der Vaterschaftsanfechtung enge Grenzen gesetzt wurden. Im Laufe des letzten Jahrhunderts traten dann individuelle Rechte von Familienmitgliedern in den Vordergrund, was besonders im Zuge grundgesetzlicher Forderungen geschah: Es galt, die Gleichstellung von Müttern und Vätern sowie von ehelichen und nichtehelichen Kindern zu fördern, es galt, für die neuen, in der Realität bereits existierenden und auch gewünschten Familienformen rechtliche Absicherung zu schaffen (z. B. das gemeinsame Sorgerecht nach der Scheidung), und zuletzt galt es, die Möglichkeit der Klärung der leiblichen Abstammung zu regeln. Dabei ist besonders interessant, wie verschiedene Autoren den Einfluss des Willens und der Abstammung auf die heutigen rechtlichen Regelungen von Familienbeziehungen beschreiben.

Luh beschreibt drei verschiedene Prinzipien, die im Abstammungsrecht mit unterschiedlicher Gewichtung eine Rolle spielen: die tatsächliche Abstammung eines Kindes, der Wille der Beteiligten und die Statusklarheit und -stabilität. Genetische Vaterschaftstests erlauben, die Abstammung sehr einfach zu ermitteln. Demnach könnte man annehmen, dass heute das Prinzip der tatsächlichen Abstammung aufgrund seiner leichten Überprüfbarkeit wichtiger geworden ist oder sogar die anderen Prinzipien verdrängt, da z. B. der Wille stets veränderlich sei. Dazu hält

Luh fest, dass aber der Wille der Beteiligten eine zunehmend größere Rolle spiele.⁷⁴⁷

Die wichtigste Funktion des Abstammungsrechts in der Geschichte war die Zuweisung eines Status an das Kind: Zuerst einmal ging es immer um die Ehelichkeit und Familienzugehörigkeit. Außer- und uneheliche Abstammung war im Familienrecht lange Zeit nicht relevant gewesen. Noch lange in das 20. Jahrhundert hinein begann das deutsche Abstammungsrecht mit folgender Definition: „Ein Kind, das nach der Eingehung der Ehe geboren wird, ist ehelich.“ (§ 1591 Abs. 1 i. d. F. vom 01.01.1900). Peschel-Gutzeit stellt fest, dass im ganzen 20. Jahrhundert der eheliche Vater als Vater überwogen hat: Er hatte die meiste Zeit die meisten Rechte, Mutter und Kind dagegen hatten kaum welche. Sogar als alleinerziehende uneheliche Mutter hatte die Mutter lange Zeit kein Sorgerecht für ihr Kind. Erst 1998 wurden die Rechte der Kinder, später auch die vermeintlicher biologischer Väter gestärkt.⁷⁴⁸

Im 20. Jahrhundert wurde das Familienrecht in mehreren Schritten reformiert. Dabei war die Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder ein wichtiges Anliegen. Besonders das Grundgesetz mit Artikel 6 Absatz 5 hatte diese Änderungen herausgefordert:

Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern.

Lange Zeit waren die Rechte ehelicher und nichtehelicher Kinder im BGB noch in getrennten Abschnitten abgehandelt worden. Erst 1998 kam es zur Angleichung: zur einheitlichen Definition von Vaterschaft und den daraus resultierenden Rechten und Pflichten für Kinder und Väter. Damit war eine neue Diskussion ausgelöst worden: Wie ist die Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder mit dem besonderen grundgesetzlichen Schutz der Ehe vereinbar? Wenn auch nicht verheiratete Partner mit ihren Kindern eine grundrechtlich geschützte Familie bilden, müsste dann die nichteheliche Partnerschaft nicht auch geschützt werden? Dürfen gleichgeschlechtliche Paare mit Kindern diesen Schutz auch beanspruchen?

Ramm merkte zur Kindschaftsrechtsreform kritisch an, dass man bei der Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder etwas über das Ziel hinausgeschossen sei: Man wollte nichtehelichen Kindern mehr Rechte verleihen und nichteheliche Familien mit unter den allgemeinen

747 Vgl. ebd., 283. „Abstammungswahrheit“ ist problematischer Begriff, da dadurch jede Abweichung zu einer „Abstammungslüge“ würde, wobei solche Lügen vom Familienrecht z. T. gewollt sind.

748 Vgl. Peschel-Gutzeit 2005, 172.

Begriff der Familie fassen. Diese Gleichstellung hat man aber nur um den Preis eines extremen Individualismus (vgl. z. B. das unbeschränkte Anfechtungsrecht für Vater, Mutter und Kind) erreicht, der nun auch die eheliche Familie zu zerstören drohe.⁷⁴⁹ Ähnliches konstatiert auch Luh: Das Recht unterstütze zunehmend eine Vereinzelung und Differenzierung von Perspektiven innerhalb einer Familie: „Erkennbar ist auch, dass das Familienrecht mehr und mehr von Individualansprüchen der Beteiligten untereinander bestimmt wird.“⁷⁵⁰ Während früher der Familienvater „für alle“ entschied, gibt es nun ganz viele einzelne Rechtspositionen: Sogar das Kind und der biologische Vater dürfen unter bestimmten Voraussetzungen die bestehende Vaterschaft anfechten. Wenn Uneinigkeit herrscht, müssen viele individuelle Rechte zur Wahrung individueller Ansprüche berücksichtigt werden. Auch Frank sieht darin einen „allgemeine[n] Trend zum verstärkten Schutz von Individualinteressen im Familienrecht“⁷⁵¹.

An dieser Stelle soll ein kurzer Blick auf die aktuelle Verteilung von Familienformen in der deutschen Bevölkerung geworfen werden (s. folgende Tabelle). Nach dem Mikrozensus des Statistischen Bundesamtes, einer Repräsentativstatistik, waren 2009 durchschnittlich bei 72 Prozent der Familien mit ledigen minderjährigen Kindern die Eltern miteinander verheiratet, die Tendenz ist leicht fallend. Die restlichen knapp 30 Prozent der Familien setzen sich zusammen aus etwa neun Prozent nichtehelichen Partnerschaften und etwa 19 Prozent alleinerziehenden Elternteilen. Insgesamt gab es 8,2 Millionen Familien mit minderjährigen Kindern. Die folgende Tabelle stellt auch die Anzahl der Kinder dar, die in den jeweiligen Familienformen leben. Der Mikrozensus fragt nach den im privaten Haushalt lebenden Kindern, also nach den sozialen Verhältnissen, nicht nach der rechtlichen Verwandtschaft. Daher kann z. B. die Anzahl der rechtlich aufgrund der Ehe dem Vater zugeordneten Kinder von den vorliegenden Daten über die gelebte Familienform „Familie mit verheiratetem Elternpaar“ abweichen. Ferner fallen z. B. auch neu verheiratete Partner mit Kindern aus früheren Beziehungen gemeinsam unter „eheliche Familie“, sofern sie alle in einem Haushalt leben.⁷⁵²

749 Vgl. Ramm 1996, 994. Siehe auch Abschnitt 6.2.2.

750 Luh 2008, 56.

751 Frank 2005, 1138.

752 Daten über rechtliche Formen der Vater-Kind-Zuordnung wurden nur bis zum Jahr 2004 erhoben. 2004 gab es z. B. 97.546 freiwillige Vaterschaftsanerkennungen und 8.272 gerichtliche Feststellungen. In knapp 3.000 Fällen konnte die Vaterschaft nicht festgestellt werden. Damit betrug die Erfolgsquote bei der gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung etwa 75 % (Statistisches Bundesamt Deutschland: *Statistik der Kinder- und Jugendhilfe 1991 – 2008*).

2009 Familienform	Anzahl der Familien mit ledigen Kindern unter 18 (in 1000)	in %	Anzahl der ledigen Kinder unter 18 (in 1000)	in %
Gesamt	8.225	100	13.271	100
Ehepaare	5.963	72	10.114	76
Lebensgemeinschaften	702	9	971	7
Alleinerziehende	1.560	19	2.185	16

Quelle: Statistisches Bundesamt Deutschland, Tabelle FP04_MZ2009

Die eheliche Familie ist noch die vorherrschende Familienform, aber sehr viele Männer und Frauen leben heute wissentlich mit Kindern, die nicht von ihnen abstammen, in einer Familienbeziehung, weil es aufgrund von Scheidungen, Trennungen, Wiederheirat oder neuer Partnerschaft u. Ä. oft zu neuen Familienkonstellationen kommt. Die neuen Konstellationen mit sozialen Vätern haben die Diskussion um das Blutsverwandtschaftsmodell des Familienrechts stärker angestoßen als die Vaterschaftstests, vermuten Freeman und Richards.⁷⁵³ Zugleich ist immer noch die Vaterschaftsvermutung zugunsten des Ehemannes die wichtigste Form der Etablierung von Vaterschaft, und der Großteil der minderjährigen Kinder lebt in Familien, in denen die Eltern verheiratet sind. Somit kann man an den aktuellen Familienkonstellationen (zumindest in Deutschland) zugleich progressive wie auch konservative Aspekte beobachten: Kinder leben heute überwiegend in Familien mit verheirateten Eltern, und zugleich gibt es so viele „Patchworkfamilien“ wie nie zuvor. Parallel ging die Zahl der Adoptionen in Deutschland im Jahr 2009 auf knapp unter 4.000 zurück.⁷⁵⁴

Von der Tendenz her nimmt die Bedeutung der Ehe als Anknüpfungspunkt für die Vaterschaft in der Gegenwart langsam ab.⁷⁵⁵ Die Ehelichkeit eines Kindes stellt auch keinen besonderen rechtlichen Status mehr dar, denn Kinder, deren Eltern nicht verheiratet sind, haben seit 1998 die gleichen Rechte. Seit dem Kindschaftsrechtsreformgesetz, das diese Gleichbehandlung umgesetzt hat, definiert das BGB die Abstammung direkt vom Vater bzw. der Mutter aus: „Vater eines Kindes ist ...“ – „Mutter eines Kindes ist ...“ (§ 1591 f. BGB aktuelle Fassung). Damit werden die Beziehungen von Vater und Mutter zum Kind unabhängig von

753 Vgl. Freeman/Richards 2006, 75 f.

754 Vgl. Statistisches Bundesamt Deutschland: Pressemitteilung Nr. 273 vom 04.08.2010.

755 Vgl. Schwenzler 2007, 26.

deren Ehe oder Partnerschaft definiert. Ferner wird die Beziehung vom Vater zum Kind und von der Mutter zum Kind je für sich individuell sichtbar, während die Ehelichkeit früher ein Konzept war, das sogleich die gesamte Familienform, die ganze Dreierbeziehung bezeichnete.

Der Titel einer Arbeit zum Thema „Familienrecht im Wandel“ aus dem Jahr 1987 fasst diese Veränderungen in wenigen Worten als These zusammen: „Vom Status zur Realbeziehung“.⁷⁵⁶ Status meint das klassische Rechtsprinzip im Familienrecht, das Rechte und Pflichten gemäß der Ehe und der rechtlichen Familienzugehörigkeit verteilt. „Bei ‘Realbeziehungen’ geht es um familiäre Beziehungen, die nicht durch Status verfestigt sind.“⁷⁵⁷ In der Mehrheit sind dies nichteheliche Lebensgemeinschaften sowie alle Formen von praktischen Sozial-, Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaften. Schwenzer betont mit ihrer These zum Übergang den bereits angesprochenen Bedeutungsverlust der Ehelichkeit. An die Stelle des Status tritt die Orientierung an den real gelebten Beziehungen, die freier gestaltet werden können als die Ehe: „Ein an der Realbeziehung ausgerichtetes Familienrecht beinhaltet beides: Die Anerkennung privat-autonomer Gestaltung der persönlichen Lebensverhältnisse und das Abstellen auf die konkret gelebte Beziehung im Einzelfall.“⁷⁵⁸ Schwenzer vermutet in einem aktuellen Text, dass ein ganz neues Konzept in Zukunft die Elternschaft bestimmen werde, und zwar die „*intentional parentage*“, für die der Wille, elterliche Verantwortung zu übernehmen, konstitutiv sei.⁷⁵⁹ Status oder auch Abstammung wären dann als Anknüpfungspunkte für Rechte und Pflichten weniger bedeutsam. Wird für Realbeziehungen eine rechtliche Anerkennung und Schutz gefordert, so geht es in erster Linie um den Schutz minderjähriger Kinder, die der Fürsorge durch Erwachsene bedürfen, und im weiteren Schritt um Beziehungen zwischen Erwachsenen.⁷⁶⁰

Als Vergleich und Kontrast sollen die bisherigen Ausführungen um die Perspektive der französischen Rechtshistorikerin Iacob ergänzt werden, die eine andere Interpretation der aktuellen Rechtsentwicklung anbietet als die Wissenschaftler aus Deutschland. Iacob verzeichnet in ihrer „anderen Geschichte der Mutterschaft“, so ihr Untertitel, für das französische Abstammungsrecht einen Wandel vom „*empire de la volonté*“ zum „*empire du ventre*“. In Frankreich begann die Ehe im Familienrecht früher als in Deutschland an Bedeutung zu verlieren: Um den Ersten Weltkrieg

756 Vgl. Schwenzer 1987. Andere Länder kennen bereits eine viel stärkere Beachtung der Realbeziehung, z. B. in Form der *possession d'état* in Frankreich, Ähnliches gibt es auch in Italien und Spanien. Vgl. Abschnitt 6.3.1.3.

757 Windel 2008, 39.

758 Schwenzer 1987, 274.

759 Schwenzer 2007, 26.

760 Vgl. dazu Windel 2008, 39 ff.

herum brach die alte Hierarchie von ehelicher und nichtehelicher Abstammung zusammen. 1912 wurde die Vaterschaftsausforschung unter bestimmten Voraussetzungen möglich, nachdem sie zuvor seit 1804 durch den *Code civil* streng verboten war. In den Familienrechtsreformen der 1960er und 1970er Jahre wurde der Spielraum der ehelichen Vaterschaftsvermutung wesentlich eingeschränkt: „on a substitué au mariage napoléonien [...] le ventre maternelle.“⁷⁶¹ Nicht mehr die Eheleute, die ein Kind anmelden, sondern der mütterliche Bauch bzw. die Geburt durch die Mutter begründet die Mutterschaft. Das ist eine radikale Veränderung für Frankreich, das ja auf eine bemerkenswerte Tradition der auch für Mütter erforderlichen Anerkennung der Elternschaft zurückblickt. Auch heute gibt es dort mit der anonymen Geburt⁷⁶² sowie der geheimen Mutterschaft und der geheimen Abgabe des Kindes durch die rechtlichen Eltern⁷⁶³ für Frauen verschiedene Wege, ein Kind zu gebären, ohne die Mutterschaft zu übernehmen. Während den Frauen also eher negative Freiheiten geblieben sind (sie können ein Kind kriegen, ohne Mutter zu werden, sie können abtreiben, oder sie können einen Mann zwingen, Vater zu werden, wenn sie sein Kind zur Welt bringen), haben die Männer die positive Freiheit, ein fremdes Kind als eigenes auszugeben (entweder in der Ehe oder durch Anerkennung) – diese Freiheit haben Frauen nicht mehr.⁷⁶⁴ Wollte man eine absolute Gleichstellung der Geschlechter, so müsste man den Frauen zuerst einmal die Abtreibung verbieten, um sie zur Verantwortung ziehen zu können für ihr Handeln, aber eine derartige Gleichstellung hält Iacub für absurd, diese Geschlechterunterschiede müsse es geben. Iacub resümiert: Heute habe man in Frankreich nicht mehr so viele Freiheiten, familiäre Bindungen zu erschaffen und zu gestalten, wie man früher einmal hatte. Betrachte man die heutigen rechtlichen Einschränkungen, so scheine es das Wichtigste zu sein, die freiheitliche und gewollte Zuordnung eines Kindes zu seinen „Wunscheltern“ zu verhindern.⁷⁶⁵ Wichtiger als der Wille, ein Kind großzuziehen, sei der Bauch, aus dem es kommt. Iacub fragt dagegen: Macht denn der mütterliche Bauch oder die Geburt durch die Mutter die Verantwortung plausibler als eine soziale Einigung wie die Ehe? Ist es sinnvoll, die leiblichen Eltern zur Übernahme von Verantwortung zu zwingen, wenn sie diese Verantwortung nicht wünschen?

761 Iacub 2004, 333. Vgl. auch 125 ff.

762 Sie beruht auf der Fiktion, dass die Geburt nicht stattgefunden hat.

763 Vgl. Iacub 2004, 285. Dabei hat sich die geheime Mutterschaft nach 1955 sehr verändert: Vorher war es erlaubt, den Namen der Mutter auf der Geburtsurkunde gar nicht zu erwähnen, das Kind hatte dann kaum eine Möglichkeit, eine Anerkennung durch die Mutter zu verlangen.

764 Vgl. ebd., 338.

765 Vgl. ebd., 344.

Iacubs Vermutung ist, dass sich das Abstammungsrecht im 21. Jahrhundert noch stark ändern wird, wobei es verstärkt um den Willen zur Übernahme von elterlicher Verantwortung und um die biologische Abstammung gehen werde.⁷⁶⁶ Sie plädiert dafür, dem „*projet parental*“ von privaten Personen keine staatlichen Grenzen zu setzen, sondern ihnen die Freiheit der Fortpflanzung selbst zu überlassen, um ihr Privatleben zu schützen. Diese Elternschaftsprojekte würden mehr Gleichheit zwischen Männern und Frauen schaffen hinsichtlich der Fortpflanzung und der Abstammung, weil es um ihren Willen und ihre Entscheidungen geht und nicht um ihre Keimzellen.⁷⁶⁷ Gegenwärtig sieht es so aus, als würde an die Stelle der alten Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern die Unterscheidung zwischen „genetisch eigenen“ und sozialen Kindern treten, oder vielmehr die Unterscheidung zwischen den Frauen, die ihr Kind aus dem eigenen Bauch heraus zur Welt bringen können, und denen, die es nicht können und die deshalb mit großen Hindernissen kämpfen, wenn sie sich ein Kind wünschen. Auch um diese Diskriminierung zu verhindern, schlägt Iacub den freien Zugang zu Reproduktionstechniken vor. Dies würde weniger die Zeugung direkt als vielmehr die soziale Gestaltbarkeit der biologischen Beziehungen in den Mittelpunkt rücken. Lenzen allerdings befürchtet, die Reproduktionstechniken könnten „eine Verlagerung ehemals väterlicher Funktionen [wie der Zeugung] auf andere Funktionsträger“ bewirken, was auch qualitative Auswirkungen auf die Funktion selbst haben könne.⁷⁶⁸ Nach seiner Ansicht könnte die Reproduktionsmedizin Männern die Zeugungsfunktion nehmen.⁷⁶⁹ Dann wären – wenn man das weiterdenkt – die genetischen Vaterschaftstests eine Möglichkeit, sich des Erfolgs dieser Funktion zu versichern. Festzuhalten bleibt, dass die Rede von einer „intentionalen Elternschaft“ oder einem „Elternschaftsprojekt“ wichtige Diskussionsanregungen im Hinblick auf die Bedeutung der willentlichen Übernahme von Verantwortung für ein Kind gibt und in gewissem Sinne anschlussfähig wäre an das jahrhundertlang währende „Vaterschaftsprojekt“ der Rechtsgeschichte, in der allein die väterliche Entscheidung zur Übernahme von Verantwortung ausschlaggebend war.

Zusammenfassend ist an dieser Stelle zu vermerken, dass sich im Familienrecht nicht nur das Modell von Vaterschaft verändert, sondern auch die Bedeutung der Ehelichkeit abgenommen hat. Mit der Kindschafts-

766 Vgl. ebd., 346 ff.

767 Vgl. ebd., 350 f. Der Begriff *projet parental* wird oft in der Diskussion über künstliche Befruchtung verwendet.

768 Lenzen 1991, 252. Angefangen habe die Funktionsverlagerung, als Lehrer, Mütter, Trainer und andere Personen im Umfeld der Familie väterliche Funktionen übernommen hätten, so Lenzen.

769 Vgl. ebd., 240.

rechtsreform wurde die Gleichstellung aller Kinder umgesetzt, dabei hat die Individualisierung der einzelnen Positionen innerhalb der Familie stark zugenommen: Die Beziehung von Vater und Kind sowie von Mutter und Kind sind individuell festgelegt worden; das Anfechtungsrecht, das zuvor in der Hauptsache dem Vater vorbehalten war, ist auf Kind und Mutter ausgeweitet worden. Diese Veränderungen werden von einigen Autoren so beschrieben, als habe der Wille der Beteiligten eine größere Bedeutung bekommen: Man müsse z. B. rechtlichen Beziehungen, denen eine biologische Grundlage fehlt, nicht aufrechterhalten, *wenn man nicht will* – man kann anfechten. Wenn sich der Wille darauf richtet, die Abstammung in Erfahrung zu bringen, so sind ihm keine Schranken gesetzt: Das Recht auf Kenntnis der Abstammung steht inzwischen jedem Familienmitglied fast uneingeschränkt zu.

Damit scheint es in der Gestaltung von Familienbeziehungen – sowohl bei der Etablierung als auch in der Auflösung – mehr Spielraum zu geben: Eine Anerkennung als Ausdruck des Willens des Vaters ist mit Zustimmung der Mutter möglich, eine Abstammungsklä rung steht jedem jederzeit offen, und eine Anfechtung ist inzwischen allen möglich. Dagegen ist die Ehe der Eltern ein eher veralteter Anhaltspunkt für die Vater-Kind-Zuordnung, möchte man meinen. Vergleicht man diese Deutung allerdings mit der Geschichte des Abstammungsrechts, so wird die Begrenzung dieser scheinbaren Gestaltungsfreiheit deutlich: In einer Zeit, in der die Mutterschaft an der Geburt festgemacht wird und in der die Vaterschaft mit einem genetischen Abstammungsgutachten leicht überprüft werden kann, sind dem Willen viel klarere Grenzen gesetzt als früher: Die Ehelichkeitsvermutung war nicht an die Abstammung gebunden – und zumindest in Frankreich für die Mutterschaft sogar nicht an die Geburt. Die heutige deutsche Rechtslage grenzt den Schutz der willentlichen Gestaltung von Familienbeziehungen jedenfalls an den Stellen ein, an denen z. B. von den Eltern eine von der Abstammung sich unterscheidende Elternschaft gewünscht wird: Diese Beziehung unterliegt stets der Anfechtbarkeit durch das Kind. Man müsste also fast sagen, dass solche Beziehungen bloß noch geduldet werden, denn aktiv geschützt werden sie nicht. Diese willentlich gestalteten Familienbeziehungen setzen voraus, dass die Beteiligten alle gemeinsam die Entscheidung tragen bzw. dass das Kind sie später nicht anzweifelt. Sobald es Misstrauen gibt und jemand anfechten möchte, gibt es keinen Schutz mehr. Die Auswirkungen dieser Konkurrenz von Vaterschaftsvermutung und Möglichkeit der genetischen Abstammungsklä rung sollen im Folgenden genauer betrachtet werden.

7.3.1 Vaterschaft im Spannungsfeld von Vergewisserung und rechtlicher Vermutung

Bei der Etablierung von Vaterschaft stützt sich das Recht in der Regel auf die Vaterschaftsvermutung: Es wird vermutet, dass der Ehemann der Vater des Kindes ist, das seine Frau zur Welt bringt, und dass der Anerkennende der Vater des Kindes ist, für das er die Vaterschaft anerkennt. Die Heiratsurkunde bzw. die beurkundete Anerkennung begründet die Vaterschaft. Im Hintergrund steht dabei die Ansicht, dass die Ehe einen besonderen Schutz verdient, der rechtfertigt, dass der Staat sich nicht einmischt und die Abstammung des Kindes nicht überprüft wird. Bei der Anfechtung und bei der gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung für nichteheliche Kinder war lange Zeit die Erzeugung als Täterschaft das Kriterium für die Rechtsbeziehung. Vermutung und Täterschaft waren juristische Kategorien, die durch ihre unterschiedlichen Kontexte und Rechtsfolgen relativ problemlos nebeneinanderstehen konnten. Anders sieht es dagegen heute aus, wo bei der Anfechtung und der Vaterschaftsfeststellung die tatsächliche Abstammung zählt. Die Möglichkeit der Abstammungsklä rung erzeugt in gewissem Sinne einen Widerspruch zur Vaterschaftsvermutung: Es könnte in Frage gestellt werden, ob die Vaterschaftsvermutung bei der Ehe mit der Mutter und der Anerkennung noch zeitgemäß ist, da ein Abstammungsgutachten so einfach erhältlich ist. Diese Infragestellung der Vaterschaftsvermutung durch Vaterschaftstests und das Recht auf Kenntnis der Abstammung sehen auch Freeman und Richards:

It is hard not to speculate that the increased reliance on paternity testing could act to undermine the marital presumption, and there are signs that the importance placed upon an intact family life implicitly preserved by this legal doctrine is being trumped by what is now viewed in terms of the right to knowledge of one's genetic identity.⁷⁷⁰

Die Ehelichkeitsvermutung (*marital presumption*) war früher sehr wichtig, denn durch sie wurden soziale Bindungen sowie auch die Verbindung von Blut und Besitz geschützt. Die Ehelichkeit anzufechten war deshalb schwierig: Für Kinder war das Aufwachsen als eheliche Kinder in einer Familie wichtiger als die Kenntnis eines leiblichen Vaters.⁷⁷¹ Recht funktioniert normativ: Es legt fest, wem im Zweifelsfall vaterschaftliche Pflichten abverlangt werden sollen, aber es will nicht prinzipiell herausfinden, wer der Erzeuger des Kindes ist. Betrachtet man die Geschichte des Abstammungsrechts, so diente die Abstammung zwar stets als Orientierung, aber sie war nicht das wichtigste Kriterium. Traditionell war der eheliche Status, den man durch die eheliche Geburt erhielt, wichtiger.

⁷⁷⁰ Freeman/Richards 2006, 75.

⁷⁷¹ Vgl. Anderlik/Rothstein 2002, 222.

Auch das deutsche Bundesverfassungsgericht hatte 2003 ausdrücklich betont, dass bei der Ehe und auch bei der Anerkennung die Vaterschaftsvermutung regelmäßig nicht überprüft werden müsse.

Der Gesetzgeber ist [...] nicht verpflichtet, die rechtliche Anerkennung der Elternschaft stets von der Prüfung abhängig zu machen, von wem das Kind im Einzelfall abstammt. Im Hinblick auf den Schutz familiärer sozialer Beziehungen aus Art. 6 Abs. 1 GG und den Schutz der Intimsphäre aus Art. 2 Abs. 1 GG ist es ausreichend, aus bestimmten tatsächlichen Umständen und sozialen Situationen auf die Abstammung eines Kindes zu schließen und aufgrund dieser Vermutung die Zuweisung der rechtlichen Elternstellung vorzunehmen, wenn dies in aller Regel zu einem Zusammentreffen von leiblicher und rechtlicher Elternschaft führt.⁷⁷²

Konkret wird die Vaterschaft im Familienrecht über die Vermutung begründet: Vater des Kindes ist z. B. automatisch der Ehemann der Mutter, ohne dass er eine konkrete Aussage zu dem Kind machen müsste. Das Bundesverfassungsgericht sieht keinen Grund für eine staatliche Einmischung in jede einzelne Familie. Die eheliche Vertrauensbeziehung ist rechtlich abgeschirmt durch die Vaterschaftsvermutung zugunsten des Ehemannes. Eine nichteheliche Partnerschaft erfährt einen derartigen rechtlichen Schutz nicht automatisch, aber es wird die Möglichkeit gegeben, in Form einer Anerkennung eine Willenserklärung abzugeben, wodurch der private Lebensbereich der Partnerschaft ebenfalls geschützt wird. Nur bei der gesetzlichen Vaterschaftsfeststellung wird die Abstammung des Kindes regelmäßig überprüft.

Ein Grund dafür, warum die Kriterien für die Etablierung von Vaterschaft und die Definition von Vaterschaft bei der Anfechtung unterschiedlich sind, ist in folgenden Umständen zu sehen: Bei der Etablierung von Vaterschaft wird der Schutz der bestehenden ehelichen Beziehung hoch angesetzt, und auf eine Überprüfung der Vaterschaft durch Dritte (wie den Staat) wird verzichtet. Das spiegelt das gegenseitige Vertrauen der Partner wider, die in der Regel auch keine Einmischung wünschen. Mit der Vaterschaftsvermutung in der Ehe schützt das Zivilrecht zwischen den Partnern eine Sphäre der Fraglosigkeit in Bezug auf die Vaterschaft, die nicht gestört werden soll. Anders ist es bei der gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung, wo kein Vertrauen zwischen den Eltern anzunehmen ist und der Vater das Kind nicht freiwillig anerkennt.

An dem Argument, dass die eheliche Beziehung durch die Vaterschaftsvermutung geschützt werden müsse, setzt gegenwärtig Kritik an:

772 BVerfG 1 BvR 1493/96 und 1 BvR 1724/01 vom 09.04.2003, Abs. 57. Das Urteil betraf die Abwägung, ob ein vermeintlicher biologischer Vater eine bestehende rechtliche Vaterschaft anfechten darf. Ähnlich BVerfG 1 BvR 241/05 vom 13.02.2007, Abs. 74.

Heute müsse man realistisch mit einem großen Freiraum in der Ehe rechnen, daher sei eine automatische Vaterschaftsvermutung unzeitgemäß, behauptet der evangelische Theologe Dietz.⁷⁷³ Auch bedeute Nichtehelichkeit keine Benachteiligung mehr, da eheliche und nichteheliche Kinder im Wesentlichen gleichgestellt seien. Von daher müssten weder die Eheleute noch das Kind besonderen Schutz erfahren, vielmehr wäre allen damit gedient, wenn durch einen automatischen Vaterschaftstest bei der Geburt eines Kindes ein für alle Mal Sicherheit geschaffen würde. So ist bei Dietz zu lesen:

Wo faktisch das polygame Verhalten Regelfall geworden ist (mit der Ehe als Form sukzessiver Polygamie), sind obligatorische Vaterschaftstests sinnvoll. Dies bedeutet konkret: Jedem in Deutschland ehelich wie außerehelich geborenen Kind wird eine DNA-Probe entnommen.⁷⁷⁴

Obligatorische Tests wären eine „wirksame Präventivmaßnahme“: „Präventivmaßnahmen dieser Art rechtfertigen sich allein schon durch die vielen Fälle, in denen sie später massive Lebenskrisen zu verhindern helfen.“⁷⁷⁵ Begründbar seien sie auch als „Selbstschutz“ der Mütter, die dann gar nicht auf den Gedanken kommen können, sich insgeheim einen anderen biologischen Vater als den Partner auszusuchen, so Dietz.

Konkrete Äußerungen von Juristen zum Vorschlag eines obligatorischen Tests oder einer neuen rechtlichen Definition von Vaterschaft sind nicht bekannt. Juristen würden vermutlich die Angemessenheit dieser Maßnahme in Frage stellen, da nur in seltenen Fällen⁷⁷⁶ mit einem Ergebnis gerechnet werden kann, das „später massive Lebenskrisen“⁷⁷⁷, die Dietz befürchtete, verhindern würde. Die Einführung eines flächendeckenden Pflichttests wäre ferner nicht als Selbstschutzmaßnahme für die Mütter zu bezeichnen, sondern bedeutet eine pauschale Beschuldigung aller Mütter.

Es scheinen auch weniger Juristen als vielmehr Politiker, Theologen und betroffene Väter selbst bzw. Vertreter von Väterninitiativen zu sein, die einen obligatorischen Test verlangen. Es bleibt dabei offen, ob das Testergebnis für die rechtliche Vaterschaft bindend sein soll oder ob bewusst eine abweichende Vaterschaft anerkannt werden könnte. Für die erste Option, für konsequente Klarheit und eine verbindliche Wirkung

773 Vgl. Dietz 2005b, 1.

774 Dietz 2005a, 2, These Nr. 7.

775 Dietz 2005b, 1 f.

776 Eine Studie von Bellis aus dem Jahr 2005 hat ergeben, dass in Großbritannien bei etwa 3,7 Prozent von Vätern, die sich für die leiblichen Väter ihrer Kinder gehalten haben, die Abstammung durch einen genetische Test nicht bestätigt werden konnte.

777 Dietz 2005b, 2.

des Tests spricht sich z. B. Linsler vom *Interessenverband Unterhalt und Familienrecht* aus. Analog zur rechtlichen Definition von Mutterschaft („Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat.“ § 1591 BGB) solle der Gesetzgeber die rechtliche Definition von Vaterschaft vereinheitlichen und auf die Erzeugerschaft festlegen: Vater eines Kindes ist der Mann, der es gezeugt hat. „Das ergäbe mehr Klarheit.“⁷⁷⁸ In anderen Ländern sind solche Ideen bereits auf politischer Ebene angedacht worden: In Tennessee, USA, hat ein Abgeordneter im Jahr 2008 in einem Gesetzentwurf den Vorschlag gemacht, einen verpflichtenden Vaterschaftstest für alle neugeborenen Kinder, ganz gleich ob ehelich oder nichtehelich, einzuführen.⁷⁷⁹ Dieser Vorschlag wurde nicht weiter verfolgt.

Schon zu Anfang des 20. Jahrhunderts gab es Mediziner bzw. Biologen, die eine Anpassung des juristischen Konzepts von Verwandtschaft an die biologischen Erkenntnisse über die Abstammung für zeitgemäß hielten. Der Mediziner Schiff, der an der Entwicklung der Blutgruppengutachten beteiligt war, vergleicht in seinem Text von 1926 den alten Rechtsatz zur Vaterschaft mit den naturwissenschaftlichen Erkenntnissen: „Der alte Rechtssatz ‘Pater semper incertus’, der dem Juristen als ein unabänderliches Naturgesetz erscheint, ist für uns Mediziner nur der Ausdruck unzulänglicher erbbiologischer Kenntnisse.“⁷⁸⁰ Dabei ist der rechtliche Vater für Juristen traditionell eine Person, die sich auch zur Übernahme von Verantwortung bereiterklären muss. Der Vater ist insofern „unsicher“, weil früher – selbst in der Ehe – kein Mann gegen seinen Willen verpflichtet werden konnte, die Vaterschaft für ein Kind zu übernehmen. Die Aussage von Schiff spricht für eine Gleichschaltung von Abstammungsklä rung und rechtlicher Vaterschaft, die aber das Recht bis heute nicht vorsieht oder fordert, weil die rechtliche Vaterschaftsvermutung stets etwas ganz anderes als ein Ersatz „unzulänglicher erbbiologischer Kenntnisse“ war.

7.3.2 Der „Wissensvorsprung“ der Mütter

Die Einführung eines obligatorischen Vaterschaftstests zur Geburt würde auch einer anderen Forderung entgegenkommen, mit der häufig für die Nutzung von Vaterschaftstests geworben wurde: die Forderung der

778 Linsler 2005, 4. Vgl. dazu Orel 2008, 109. Linsler war Bundespressesprecher des *Interessenverbands Unterhalt und Familienrecht (ISUV/VDU e. V.)* und ist seit 2007 Bundesvorsitzender dieses Verbands.

779 Ein entsprechender Gesetzentwurf (House Bill 2964 vom Abgeordneten G. A. Hardaway) wurde in Tennessee am 20.02.2008 einem Unterausschuss vorgelegt und diskutiert, aber nicht weiter verfolgt. In den US-amerikanischen Staaten ist die Gesetzeslage zur Verwendung von genetischen Vaterschaftstests sehr unterschiedlich.

780 Schiff 1926, 375.

Gleichstellung von Müttern und Vätern im Hinblick auf ihr Wissen über die Abstammung des Kindes. Der Vater weiß nicht, ob das Kind tatsächlich von ihm abstammt, während die Mutter dies meistens weiß. Durch die Vaterschaftstests wurde diese scheinbar asymmetrische Verteilung des Wissens besonders deutlich sichtbar, weil man denken könnte, die Tests könnten einen Ausgleich ermöglichen: Väter fordern, testen zu dürfen, um nun endlich genau so viel wissen zu können wie die Mütter. Dabei wird übersehen, dass Vaterschaft in der Regel keine Wissensfrage darstellt, sondern auf der Grundlage von Vertrauen existiert – und Vertrauen braucht die Gegenseitigkeit, d. h. hier wäre die geforderte Symmetrie überhaupt schon vorausgesetzt. Konkret weiß die Mutter auch nur, mit welchen Männern sie Verkehr hatte, und – gerade im Zweifelsfall – nicht, von wem das Kind abstammt.

Dass die leibliche Abstammung bisweilen unsicher und hinterfragbar ist, wurde früher nicht als Asymmetrie verstanden, denn es galt ja: *pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*. Schließlich waren das Verheiratet-Sein mit der Mutter und die anerkennenden Handlungen des Vaters maßgeblich für die Stiftung der Familienbeziehung.⁷⁸¹ Der Ehemann und Familienvater nahm die Kinder an, die er als seine gelten lassen wollte. Das Familienrecht hat diese Tradition abgesichert. Die Zeugung war uninteressant, solange der Vater nachweislich mit der Mutter verheiratet war und das Kind als seines ausgab.

Was die Mutter über einen vermeintlichen Vater wusste, war also nur strafrechtlich von Belang, und zwar bei Ehebruch, bei strafbarem unehelichem Verkehr oder sofern das Kind abgetrieben oder getötet worden war. Die Kenntnis des Vaters wurde zivilrechtlich erst in dem Moment wichtig, als unehelicher Verkehr keine Straftat mehr darstellte, weil man auch uneheliche Fortpflanzung als (bedingt) staatsförderlich anerkannte. Man wollte diese „natürliche Verwandtschaft“ mit einer Rechtsfolge versehen, nämlich mit der Unterhaltspflicht. „Vaterlose“, genaugenommen: „familienlose“ uneheliche Kinder wurden als ein Problem der öffentlichen Ordnung angesehen, daher übernahm der Staat Verantwortung für die Suche nach einem unterhaltspflichtigen Mann. In diesem Kontext wurde die Kenntnis, die die ledige Mutter vom Vater des Kindes hatte, wertvoll. Hier wird auch deutlich, dass Männer – zumindest früher – eher einen Vorteil dadurch hatten, dass man ihnen nicht ansehen kann, ob sie ein außereheliches Kind haben: Die Männer nutzten es im Zweifelsfall für ihre Freiheit aus, dass sie nur den Müttern bekannt waren und dass diese den Verkehr manchmal schwer nachweisen konnten. Von einer Forderung nach einem Ausgleich des Wissens war da nicht die Rede, denn das Wis-

781 Dem Vater oblag die Entscheidungsgewalt über die Aufnahme eines Kindes in die Familie. Wenn die Erzeugung fraglich war, so war eher der *Ehebruch* der Ehefrau das Problem und die Begrifflichkeit, in der der Konflikt ausgetragen wurde.

sen hatte keine Bedeutung. Bedeutung bekam das Wissen über den leiblichen Vater in dem Moment, da man nachprüfen konnte, was eine Mutter wissen könnte. Früher hatten manche Mütter vielleicht ein Geheimnis, das niemand entdecken konnte. Nun können ihre Aussagen im Zweifelsfall immer am Ergebnis eines genetischen Gutachtens gemessen werden.

Oft wird die Asymmetrie als eine Konkurrenz gelesen: Der Wissensunterschied wird mit einem Machtunterschied gleichgesetzt, der beide Parteien in eine Kampfhaltung zwingt, weil der vermeintliche Machtvorsprung der Frauen als bedrohlich und ungerechtfertigt dargestellt wird: Die Frauen hätten ein „exklusives Wissen“⁷⁸² und stets das Interesse, dieses zu verheimlichen bzw. ihren Vorsprung zu verteidigen. Die Väter hätten immer den Nachteil, nicht zu wissen, und müssten das Privileg der Mütter angreifen, um den Vorsprung aufzuholen. Die Frauen hätten ein „Verschleierungsinteresse“, die Männer (und die Kinder) seien auf „Wahrheitssuche“, so lautet vielfach die Wortwahl. Obendrein habe auch der Wohlfahrts- und Sozialstaat ein Interesse an dem Wissen über die Abstammung, weil dieses ihm erlaubt, Unterhaltskosten zu sparen und unrechtmäßige Einwanderungen zu verhindern. In den Worten eines britischen Wirtschaftsanalytikers: „This topic [paternity testing] is about the changing balances of control of knowledge among men, women, children, and society during the 21st Century.“⁷⁸³

Mit einigen Zitaten soll die Diskussion über diesen „Wissensvorsprung“ verdeutlicht werden. Gehring charakterisiert diese Diskussion als eine Art „*Gender Mainstreaming* umgekehrt: Männer [...] beklagen eine fehlende Gleichbehandlung der Väter“.⁷⁸⁴ Brosius-Gersdorf schreibt:

Mit der Feststellung der Abstammung des Kindes sucht der rechtliche Vater einen ‘Wissensgleichrang’ mit seiner Ehefrau herzustellen, die durch das Geburtsergebnis als natürliches Zeichen der Kindesabstammung von der Mutter einen Wissensvorsprung gegenüber ihrem Ehemann genießt.⁷⁸⁵

Der Test biete die Möglichkeit einer „Balance zwischen dem Wissen der Eheleute“.⁷⁸⁶ Ähnlich formuliert es Linsler: „Der Gentest gleicht das Wissensmonopol der Mutter wenigstens teilweise aus.“⁷⁸⁷ Dies müsste man, so Brosius-Gersdorf, auch vor dem Hintergrund des grundgesetzlichen Gleichbehandlungsgebots von Mann und Frau in Artikel 3 Absatz 2 Satz 1 GG sehen. Auch Orel fände es wichtig, dass man dem Mann eine Testmöglichkeit gibt, so dass er nicht länger auf die Auskunft und die

782 Dietrich, *FAZ* vom 14.02.2007.

783 Pearson 2003, 3.

784 Gehring 2006, 102 (Hervorhebung i. O.).

785 Brosius-Gersdorf 2006, 109.

786 Ebd.

787 Linsler 2005, 4.

Ehrlichkeit seiner Frau angewiesen ist.⁷⁸⁸ Dietz geht sogar so weit, dass er dem Gesetzgeber vorwirft, die Untreue von Frauen zu protegieren, sofern er Vätern heimliche Tests verbietet.⁷⁸⁹ Die Gleichstellung von Männern und Frauen im Hinblick auf dieses Wissen über die Abstammung sei leicht herzustellen, wenn der Gesetzgeber nur wolle.⁷⁹⁰

In dramatischen Worten fasst der *Spiegel*-Redakteur Bölsche diese Möglichkeit der Gleichstellung. Er spricht von einem „Wattestäbchenkrieg“: Als Waffe der Männer dient das Instrument, mit dem der Mundschleimhautabstrich durchgeführt wird. „Die Wattestäbchen sorgten gleichsam für Waffengleichheit: Während Frauen schon immer sicher sein konnten, dass ein Kind ihr ‘eigen Fleisch und Blut’ ist, hätten erstmals in der Geschichte der Menschheit nun Männer die Chance“, ihre Vaterschaft zu klären.⁷⁹¹

7.4 „Biologisierung“ oder „Genetifizierung“ von Verwandtschaft?

In vielen sozialwissenschaftlichen Texten über Vaterschaftstests wird die Frage diskutiert, ob durch die genetischen Abstammungsgutachten eine *Biologisierung* von Verwandtschaft zu befürchten sei. Auch eine *Genetifizierung*, ein *genetischer Reduktionismus* oder ein *genetischer Essentialismus* stehen zur Debatte.⁷⁹² Biologismus oder Naturalismus sind Begriffe, die auch in der philosophischen Diskussion bezogen auf Erklärungsansprüche und Theorien der Naturwissenschaften verwendet werden.⁷⁹³ Im Hinblick auf die Besonderheiten der aktuellen Diskussion über genetische Vaterschaftstests scheinen diese Begriffe allerdings unangemessen zu sein, da sie zu allgemein sind und die speziellen, auch historischen Dimensionen einer Vergewisserung über die Abstammung nicht differenziert genug aufzufassen erlauben. Von Genetifizierung zu sprechen, ist keine Alternative, da man bei der Gegenüberstellung von Genetik und Sozialem, bei einer Bedrohung von Sozialem durch genetische Sicht- und Handlungsweisen bliebe, was nur einen Teil der Problematik erfasst. Dabei teile ich die Auffassung von Freeman und Richards, die die allzu bereitwillige Aufnahme des Begriffs der Genetifizierung in die Sozialwissenschaften kritisch betrachten.⁷⁹⁴

788 Orel 2008, 67.

789 Vgl. Dietz 2005b, 3 f.

790 Dietz 2005a, 2, These Nr. 7.

791 Bölsche, *Spiegel*-Online vom 07.12.2004.

792 Vgl. Lemke 2008, 132 ff., Turney 2006, Freeman/Richards 2006, 79.

793 Vgl. Keil/Schnädelbach 2000, Janich 2000.

794 Freeman und Richards (2006, 79) notieren: “there has been a rather over-ready and uncritical acceptance of the geneticisation thesis by many social scientists.”

Worin liegt die Gefahr, die mit diesen Begriffen bezeichnet wird? Manche Begriffe evozieren eine Überwältigung durch genetische Erklärungsmodelle, etwa wenn der Ebene der genetischen Abstammung ein direkter Einfluss auf unser Handeln zugesprochen wird. In der Argumentation von Soziobiologen oder auch Evolutionspsychologen finden sich etwa Aussagen dazu, dass die Weitergabe von Genen der evolutionäre Zweck der menschlichen Fortpflanzung sei, weshalb die Partnerwahl sich allein aus dieser Ebene erklären lasse. Im Folgenden werden einige derartige Ausführungen eines Evolutionspsychologen wiedergegeben.⁷⁹⁵ Zur „Paarungsleistung“ eines Mannes gehöre, dass er die besten Bedingungen dafür aussucht, mit der Partnerin genetisch eigene Kinder zu zeugen: Sie sollte treu sein. Zur „Paarungsleistung“ einer Frau gehöre, dass sie einen festen Partner sucht, der sie liebt und für ihre Kinder zuverlässig sorgen wird, und dass sie ggf. einen anderen Mann als Erzeuger auswählt, dessen Gene in Kombination mit ihren Genen eine vielversprechende Zukunft haben.

Der Konflikt ist vorherzusehen und wird evolutionär erklärt: Es gibt Männer, die unwissentlich die Kinder anderer Männer großziehen. Deshalb seien Männer allgemein schnell misstrauisch und eifersüchtig, wenn sie von etwaigen Seitensprüngen ihrer Frauen erfahren – diese Gefühle wären sinnvoll und würden ihnen helfen, ihre Interessen (bzw. die ihrer Gene) zu wahren. „Der Mann [...] fürchtet, dass seine Frau ohne sein Wissen das Kind eines anderen Mannes gebären könnte, sodass er eine reproduktive Fehlinvestition macht, nämlich die Gene eines fremden Mannes gegen seinen Willen zu fördern.“⁷⁹⁶ In einer Reportage des *Spiegel* wird diese Angst von Männern vor der Unterschlebung fremder Kinder als „Ursorge“ aller Männer bezeichnet.⁷⁹⁷ So werden die Zweifel an der Vaterschaft und die Unsicherheit, die Männer bezüglich der Abstammung ihres Kindes haben können, zu einer Konstante gemacht. Ein amerikanischer Evolutionspsychologe führt neben psychologischen auch physiologische Nachweise dafür an, dass Vaterschaftszweifel ein uraltes evolutionäres Problem darstellen, und will das Patriarchat evolutionär begründen.⁷⁹⁸ Die Verhaltenserklärungen der Evolutionspsychologie, so die Aussage von Buss, würden es erlauben, „to move beyond the false dichotomies of genetic versus learned, nature versus nurture, and biology versus culture“.⁷⁹⁹ Freeman und Richards dagegen verweisen auf Okin, die bezweifelt, dass Misstrauen oder Unsicherheitsgefühle – die „Ursorge“ – historisch wirklich an erster Stelle standen. Die patriarchalischen rechtli-

795 Vgl. Euler 2004.

796 Ebd., 53.

797 Bölsche, *Spiegel*-Online vom 07.12.2004.

798 Vgl. Buss 1996, 161 f.

799 Ebd., 162.

chen und sozialen Institutionen seien so mächtig gewesen, dass Männer keine Unsicherheit verspürten, sondern vielmehr eine Macht ausüben konnten, die stärker war als die leibliche Verwandtschaft der Mütter mit ihren Kindern.⁸⁰⁰ Wenn man glaubt, dass es diese Unsicherheit der Väter immer schon gegeben hat, dann erscheint es einem als Revolution, dass es durch die neuen genetischen Tests „nun zum ersten Mal möglich ist“, die Vaterschaft „mit nie vorgestellter Sicherheit herauszufinden“.⁸⁰¹ Dagegen würde ich annehmen, dass die Unsicherheit und die Sorge erst in dieser Dringlichkeit entstanden sind, nachdem die leibliche Abstammung rechtlich mehr Relevanz bekam und die alten väterlichen Privilegien wie das Monopol über die Anfechtung eingeschränkt wurden.

Aus der Idee, dass das Verhalten der Menschen davon gesteuert wird, dass sie ihre Gene möglichst effektiv verbreiten,⁸⁰² entsteht auch die Vorstellung eines sehr rationalen, nutzenorientierten Verhaltens. Dies wird deutlich durch die Verwendung von Ausdrücken wie „Fehlinvestition“⁸⁰³, „Fortpflanzungsstrategien“⁸⁰⁴, „genetischer Marktwert“⁸⁰⁵, „Buchhaltung der Paarungsleistungen“⁸⁰⁶. Man fühlt sich an die Zusammenstellung eines Aktienportfolios erinnert, es ist nicht das übliche Vokabular für das Sich-Verlieben und die Entscheidungen darüber, eine Partnerschaft einzugehen und Kinder zu bekommen. Diese Begriffe und Erklärungsmodelle sind biologistisch, und die große Nachfrage nach privaten Vaterschaftstests hängt vermutlich auch damit zusammen, dass der eine oder andere Mann sich durch die Reportagen und Erkenntnisse über die „Ursorge“ aller Männer bestätigt fühlt, einen Test machen zu müssen. Allerdings sind die Veränderungen, die im Zusammenhang mit den Vaterschaftstests zu beobachten sind, komplexer.

Neben dieser evolutionären Perspektive gibt es auch noch eine andere Perspektive, die die Bedeutung der biologischen Abstammung stark betont. Die Rede vom genetisch „eigenen“ Kind zeugt von der Idee einer Substanz, die mit den Keimzellen von den Eltern zu den Kindern weitergegeben wird. Früher war es das symbolische „eigene Fleisch und Blut“, das die Familienmitglieder verband. Das „Blut“ der Blutsverwandtschaft war früher rein symbolisch gedacht, wie es noch in der Rede vom „blauen Blut“ anklingt: Auch wenn es ein Bild für die leibliche Abstammung war, so war es ein Bild, keine individuelle Substanz o. Ä. Nun sind es aber ganz

800 Vgl. Freeman/Richards 2006, 74, Fußnote 17. Vgl. auch Gehring 2006, 93.

801 Ogorek 2005, 484.

802 Vgl. Euler 2004, 40 und viele weitere Stellen

803 Ebd., 53, 81.

804 Ebd., 37.

805 Ebd., 76.

806 Ebd., 77.

individuell und konkret substanzhaft „meine Gene“, die eine untrennbare Verbindung zwischen Eltern und Kind herstellen.

Die Mächtigkeit dieser Idee schlägt sich dann auch in den Überlegungen von Politikern bspw. über die Gestaltung des Embryonenschutzgesetzes wieder. Bei den Beratungen des Bundestages über das Embryonenschutzgesetz, das 1990 in Kraft getreten ist, wurde viel über die Bedeutung biologischer Abstammung diskutiert. Die Ansicht der Parlamentarier war, dass die soziale Verwandtschaft gegenüber der „biologischen“ Elternschaft nachrangig, ersetzend, mangelhaft sei, denn die menschliche Willensentscheidung (und die Möglichkeit der Willensänderung) mache die Beziehung „zerbrechlicher“, Blutsbande dagegen „halten [...] ein Leben lang“. ⁸⁰⁷ Soziale Elternschaft stützt sich auf „eine menschliche Willensentscheidung“, sie repariere die fehlende oder defekte natürliche Elternschaft, so die Abgeordneten. ⁸⁰⁸ Diese Diskussion der Bundestagsabgeordneten hat die juristischen Tradition nicht berücksichtigt.

Auch Psychologen fürchten eine „Biologisierung“ der Abstammung. In diese Richtung deutet z. B. Balloff die Anerkennung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung sowie die zunehmende Berücksichtigung der Abstammung im Familienrecht:

Rückschritte in Bezug auf die Bedeutung *sozialer Vaterschaft* sind [...] derzeit fast zu erwarten, da es durch die mit großem emotionalen Engagement geführte DNA-Debatte zur Frage der (heimlichen) Vaterschaftsfeststellung zu einer Biologisierung und Ideologisierung von leiblicher Vaterschaft und [zur] Aufwertung des mit dem Kind blutsverwandten Erzeugers und Vaters kommen wird, die gleichzeitig zu einer Abwertung der vielfältigen und wichtigen sozialen Vaterschaften vor allem in Stieffamilien, aber vermutlich auch in Pflege- und Adoptionsfamilien führen wird. ⁸⁰⁹

Von einer durchgehenden Biologisierung sei das Familien- und Abstammungsrecht aber noch weit entfernt, bemerkt die Juristin Luh. Dem Willen der Beteiligten bleibe weiterhin viel Spielraum dabei, ihre Elternschaft zu gestalten. ⁸¹⁰ Heute versucht man auch verstärkt, sozial-familiäre Beziehungen zu schützen, wobei dieser Schutz immer mehrere Interessen ausbalancieren muss. ⁸¹¹

In den meisten sozialwissenschaftlichen Aufsätzen über Vaterschaftstests wird die Gefahr der Biologisierung oder Genetifizierung relativiert, und ihr wird die Freiheit gegenübergestellt, die biotechnischen Möglichkeiten reflektiert zu nutzen und Beziehungen nach eigenen Wün-

807 Petersen 2000, 102.

808 Ebd., 101.

809 Balloff 2005, 213 (Hervorhebung i. O.).

810 Vgl. Luh 2008, 55.

811 Vgl. Frank 2005, 1137.

schen unabhängig von der biologischen Abstammung zu gestalten. Zugleich ist es aber auch diese Freiheit, die Sozialwissenschaftler oft durch normalisierende Auswirkungen von Technologien in Gefahr sehen: Da es inzwischen „normal“ ist, einen genetischen Vaterschaftstest zu nutzen, macht man sich kaum Gedanken darüber, ob man selbst ihn auch nutzen möchte und was sein Ergebnis im Einzelfall bedeuten würde. Turney berichtet in ihren soziologischen Studien von der ambivalenten Reaktion von Vätern auf das negative Ergebnis ihres Tests, von Erleichterung über die Klarheit und zugleich von der Schwierigkeit, die Beziehung zum Kind unabhängig von der leiblichen Abstammung wahrzunehmen. Die Normalität der Tests und die scheinbare Klarheit des Ergebnisses können testenden Vätern Probleme dabei bereiten, ihre noch bestehende Beziehung zum Kind zu bedenken und auf das Testergebnis nach eigenem Ermessen zu reagieren.⁸¹² Oft schwanken Väter, deren Vaterschaftstest ein negatives Ergebnis hatte, nach Angaben von Turney in ihrer Einschätzung der genetischen Verwandtschaft: Meistens brechen sie die Beziehung zu ihren Kindern ab, obwohl sie spüren, dass sie ihre Kinder wie zuvor lieben und dem Verlust nachtrauern.⁸¹³ Angesichts des augenscheinlich so klaren Ergebnisses des genetischen Tests scheint es schwer, die mit vielen Nuancen existierende emotionale Bindung zum Kind einzuschätzen, die ja unabhängig bestanden hat und weiter bestehen kann.

Freeman und Richards erklären, dass Verwandtschaft weder allein auf eine genetische noch allein auf eine soziale Grundlage zurückgeführt werden könne, denn beides würde die Gefahr eines Reduktionismus in sich bergen.

We argue [...] that kinship is not reducible to either social or genetic relationships and further, that preserving a conceptual distinction between biological and cultural aspects of kinship is both an unavoidable and important component of understanding the nature of contemporary kinship.⁸¹⁴

Diese Unterscheidung sei als praktische wichtig, und als solche z. B. im Kontext des Rechts erforderlich. Allerdings berücksichtigen die Autoren nicht, dass man erst seit wenigen Jahren von „genetischer Verwandtschaft“ spricht. Das ist etwas anderes als die Unterscheidung zwischen leiblichen und sozialen Eltern, die das Recht schon lange kennt.

Zu beachten ist jedenfalls die spezifische normative Logik und Vermittlungsleistung des Rechts, das Entscheidungen darüber trifft, inwiefern Abstammung und soziale Beziehungen für die rechtliche Verwandtschaft eine Rolle spielen sollen. Das Recht legt die Geltung fest und arbei-

812 Vgl. Turney 2006, 89.

813 Vgl. ebd.

814 Freeman/Richards 2006, 82.

tet dabei primär mit der Vaterschaftsvermutung, d. h. unabhängig von der Abstammung. Es hat in seiner Tradition Kriterien entwickelt, die die Abstammung wie auch reale Beziehungen sowie Wünsche der Beteiligten aufnehmen und wiedergeben können in der Form, wie es Verwandtschaft stiftet.

In Gesetzgebung und Rechtsprechung sind sowohl Tendenzen zu finden, die die biologische Abstammung überbewerten, als auch solche, die sie nur nachrangig berücksichtigen.⁸¹⁵ Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich „Biologisierung“ oder „Genetifizierung“ als nur begrenzt hilfreiche Interpretationen erwiesen haben: Sie sind nicht geeignet, die zentralen und komplexen Veränderungen zu beschreiben, die durch die genetischen Vaterschaftstests entstanden sind. Diese Veränderungen sind vielmehr darin zu sehen, dass die durch die Tests gegebene Möglichkeit, die Abstammung zu prüfen, bestehende Unsicherheiten deutlicher macht und zugleich aber auch Unsicherheit dadurch verdeckt, dass das Testen zur Normalität geworden ist und man eine Unsicherheit nicht mehr als persönliche Frage wahrnimmt. Die Auswirkungen der genetischen Vaterschaftstests liegen also auf der Ebene von Fragen wie: Wie empfindet man heute die Fraglosigkeit der Vaterschaft oder ein Fraglich-Werden der Abstammung? Wie verändern sich diese durch die Möglichkeit der Vergewisserung über die Abstammung? In welches Licht wird das partnerschaftliche Vertrauensverhältnis gerückt? Das Recht beachtet bei der Zuschreibung von rechtlicher Verwandtschaft verschiedene Kriterien. Orel folgert: „Es scheint keineswegs abschließend entschieden, ob im Familienrecht das genetische oder das soziale Elternverständnis bestimmend sein soll.“⁸¹⁶ Wenn das Recht aber seiner Tradition und seinen gewonnenen Differenzierungen treu bliebe, so würde es sich auch nicht entscheiden, sondern weiterhin bei der Definition der rechtlichen Vaterschaft verschiedene Kriterien *unterscheiden*. Was man bei manchen Juristinnen wie Orel oder auch Luh vermisst, ist ein genuin *rechtliches* Modell von Elternschaft, das mit eigenständigen Vermutungen arbeitet und zwischen Kriterien wie den sozial-familiären Beziehungen, dem Willen der Eltern, Verantwortung zu übernehmen, und der Abstammung zu differenzieren weiß.

7.5 Zusammenfassung

In diesem Kapitel wurde dargestellt, wie im Kontext des Rechts über die genetischen Vaterschaftstests diskutiert wurde. Die juristische Diskussion hat mit einer Vielzahl von Argumenten und kontroversen Begriffen da-

815 Vgl. Muscheler/Bloch 2002, 351 f.

816 Orel 2008, 108.

rauf geantwortet, dass die biologische Abstammung nun leicht zu überprüfen ist. Es wird auch darüber diskutiert, ob angesichts dieser Überprüfbarkeit die Vaterschaftsvermutung im Abstammungsrecht noch haltbar ist. Fraglich ist, wie im Familienrecht ein Recht auf Kenntnis der Abstammung gegenüber dem Schutz bestehender Beziehungen gewichtet werden soll. Die Qualität dieser familiären Beziehung positiv zu bestimmen, hat das Recht bisher kaum geschafft. So haben Juristen neue und eher vage Konzepte wie ein Recht auf Kenntnis der Abstammung oder ein Recht auf Nichtwissen, die aus der Diskussion um andere Technologien bzw. aus anderen Situationen entstanden sind, in die Diskussion über Vaterschaftstests eingebracht. Auch die vielfach vorkommenden Begriffe wie Kindeswohl oder Familienfrieden erwiesen sich als unterbestimmt: Sie ließen sich in der Diskussion über ein Verbot heimlicher Vaterschaftstests für gegensätzliche Forderungen einspannen und verblassten zwischen den Diskussionsfronten.

Schaut man sich konkreter an, wie der Wandel des Abstammungsrechts von Juristen und Rechtshistorikern beschrieben wird, so zeigt sich, dass vielfach die Vaterschaftsvermutung zum Indikator dafür genommen wird, welche Bedeutung die biologische Abstammung im Recht bekommen hat. Sollte sich die biologische Abstammung als einziger plausibler Anhaltspunkt durchsetzen, so wäre die Vaterschaftsvermutung unhaltbar. Auch historisch ist es aufschlussreich zu betrachten, dass in dieser Vermutung viel Freiheit zur Gestaltung von Familienbeziehungen steckte.⁸¹⁷ Die Vermutung hat eine lange Tradition. Das westliche System von Verwandtschaft basiert auf symbolischer Blutsverwandtschaft und patrilinearer Erbfolge und hat mit einer normativen Vorstellung von Vaterschaft funktioniert: Wenn ein Ehemann ein Kind als das seine anerkennt und die Verantwortung übernehmen will, so soll er als Vater gelten.

Die genetischen Vaterschaftstests konfrontieren die rechtliche Vaterschaftsvermutung mit der Möglichkeit der Prüfung der biologischen Abstammung. Für das traditionelle Verwandtschaftsmodell ist in manchen Fällen vielleicht von Vorteil, dass die Tests die Abstammung eines legitimen Erben nachweisen können. Zugleich aber bringen sie die Gefahr mit sich, dass ein außerehelich gezeugtes Kind gegenüber seinem Vater Ansprüche anmeldet und die Erbfolge der ehelichen Familie stört, z. B. wenn ein vermeintlicher unehelicher Sohn eines spanischen oder englischen Thronfolgers auftaucht und einen Vaterschaftstest fordert. Freeman und Richards folgern daher, dass die Biologie mit den Abstammungsgutachten eigentlich eine etwas paradoxe Rolle im Recht spiele.⁸¹⁸ Die „Gewissheit“, die die Tests bieten, ist zwar gewünscht, aber sie ersetzt keine Ungewissheit, sondern ein Vaterschaftsmodell, das auf einer ganz anderen Grundla-

817 Diese Freiheit war natürlich meistens ausschließlich eine Freiheit des Vaters.

818 Vgl. ebd., 71, 74.

ge basierte. Daher halten Freeman und Richards fest: „paternity testing presents a double-edged sword for the patrilinear basis of traditional kinship structure“.⁸¹⁹

Die Möglichkeit der Klärung der Abstammung durch einen genetischen Test fordert also das Recht heraus, weil die Abstammung überprüfbar wird. Im Prinzip ist nicht die Vermutung selbst betroffen, denn sie richtet sich auf den rechtlichen Vater, nicht auf die Abstammung. Dennoch aber könnte sich der Grundsatz der Vaterschaftsvermutung selbst in seinem Sinn verändern, wenn die Vermutung für überflüssig erklärt wird, weil man testen kann. Dem liegt eine Verwechslung zugrunde: Der Vaterschaftstest bringt Wissen und ist damit für den Fall des Misstrauens und Wissen-Wollens gemacht, nicht für den Regelfall des Vertrauens. Dafür passt die Vermutung weiterhin. Kann das Familienrecht die Idee einer Vaterschaft, die sich allein auf normative Geltung stützt und darauf die Rechte und Pflichten begründet, noch halten? Daran, dass das Recht bisher weiter an diesem Grundsatz festhält, kann man erkennen, welche Bedeutung sie für das Recht hat: Es ging früher im Wesentlichen um die Unantastbarkeit des Herrschaftsbereichs des Ehemannes, heute um den Schutz des partnerschaftlichen Vertrauensverhältnisses – die tatsächliche Abstammung war nicht das Thema. Von daher ist die Rolle der Biologie im Recht nicht nur als paradox zu bezeichnen, wie Freeman und Richards vorschlagen, sondern auch als missverstanden. Die Brisanz des Themas „Vaterschaftstest“ liegt nicht so sehr in der Frage der Gewichtung von Biologie und Sozialem, sondern in der Frage des normativen Gewichts von Vertrauen. Dabei ist zu diskutieren, ob der Schutz des ehelichen und partnerschaftlichen Vertrauens in Form der Vaterschaftsvermutung weiter beibehalten oder ob diese auf gegenseitigem Vertrauen basierende Beziehung zugunsten individueller Interessen (etwa einem väterlichen Bedürfnis, die Abstammung des Kindes zu kennen) geöffnet werden soll. Den Schutz der Vertrauensbeziehung eines Paares würde man auch dann aufgeben, wenn man bei jedem Kind bei der Geburt einen genetischen Vaterschaftstest durchführen würde.

Der Zweifel an der Abstammung des Kindes ist nicht etwas, das unverändert immer schon da war und nun leichter lösbar wird. Vielmehr drängt er sich umso leichter auf, je leichter das Testen geworden ist. In Zeiten genetischer Vaterschaftstests ist der Zweifel anders geworden, insofern Väter deutlicher ihre Unsicherheiten sehen und ihnen ihr Misstrauen oder fehlendes Vertrauen stärker reflektiert wird. Die kleinste Unsicherheit wird sichtbar angesichts der Möglichkeit, die Unsicherheit im Handumdrehen zu beenden. Leicht vergisst man dann, dass, wenn die Unsicherheit geklärt ist, trotzdem die Frage offen bleibt, worin die Bezie-

819 Freeman/Richards 2006, 74.

hung besteht, dass diese Unsicherheit vielleicht auch einen generellen Vertrauensmangel verdeckt hat, mit dem man weiterhin umgehen muss, oder dass man bei einem negativen Testergebnis weiter zusammenleben könnte. Während also kleine Unsicherheiten stärker sichtbar werden, wird zugleich verdeckt, dass es um eine persönliche Entscheidung geht: Zweifel muss als persönliche Haltung verantwortet werden. Würde man heimliche Tests erlauben, so würde man eine Normalität des Zweifels und Testens befördern, die die persönliche Entscheidung und Verantwortung auflöst. Man kann Zweifel nicht verhindern, weil sie persönlich sind, aber man kann und sollte sie durch rechtliche Regelungen einschränken. Insofern hat Orel letztlich unrecht, wenn sie schreibt:

Zweifel lassen sich gesetzlich nicht verbieten, die Probleme der betroffenen Väter verschwinden nicht einfach durch ein Verbot heimlicher Tests. Ohne Frieden in der Familie gibt es keinen Frieden in der Gesellschaft.⁸²⁰

Es stimmt zwar, dass das Verbot heimlicher Tests nicht die Probleme der Väter löst, aber man kann sehr wohl heimliche Tests verbieten und eine andere Lösung anbieten, die die Schwelle für Zweifel erhöhen, nachhaltig die Beziehungen in der Familie unterstützen und dadurch Feindseligkeiten abbauen würde. Durch das Verbot heimlicher Tests im Gendiagnostikgesetz in Kombination mit dem neuen Testanspruch (§ 1598 a BGB) versucht man, die destruktive Wirkung eines generalisierten Misstrauens zu regulieren: Vater, Mutter und Kind wird der Raum gegeben, bei Zweifel und Misstrauen die Abstammung des Kindes zu überprüfen, also Misstrauen als gezieltes Misstrauen zu artikulieren. Dabei hat jeder Einzelne den Anspruch, diese Untersuchung auch gegen den Willen der anderen, mit gerichtlicher Einwilligung, durchzuführen.

Die Vaterschaftsvermutung ist weiterhin die Grundlage, aber zugleich gibt es ein relativ differenziertes Anfechtungsrecht und den „Testanspruch“ für Vater, Mutter und Kind. Man könnte das als Widersprüchlichkeit interpretieren, aber ich halte die Differenzierungen für notwendig. Die Möglichkeit einer wissentlich von der Abstammung sich unterscheidenden Vaterschaft (z. B. bei der Anerkennung) widerspricht nicht dem Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung: Die rechtliche Definition von Vaterschaft zielt damit nicht auf eine Verschleierung der Abstammung, sondern verleiht der Entscheidung des Vaters und der Mutter, Verantwortung für das Kind zu übernehmen, großes Gewicht.

820 Orel 2008, 67. Orel betont mehrfach, dass „die Zweifel sich durch kein Verbot aus der Welt schaffen lassen“ (ebd., 69).

8. Zum Verhältnis von Vertrauen und Vergewisserung im Recht angesichts des genetischen Vaterschaftstests

In dieser Arbeit wurde am Beispiel der Diskussionen über den genetischen Vaterschaftstest untersucht, wie sich im Familienrecht das Verhältnis von Vertrauen und der Vergewisserung über die Abstammung verändert: Das Familienrecht definiert Vaterschaft und nutzt dabei primär Annahmen über das Vertrauensverhältnis der Eltern, aber teilweise auch Abstammungsgutachten, wenn die Betroffenen ausdrücklich die Abstammung in Frage stellen. Dabei funktioniert Vertrauen ganz anders als ein Wissen-Wollen und Testen. Die Frage ist, in welches Verhältnis das Familienrecht das Vertrauen zur Testtechnik stellt: Wie schützt das Recht Vertrauen bzw. die private Beziehung der Familie, und wie reagiert es auf Misstrauen? Wie nutzt das Recht den genetischen Vaterschaftstest? Wer hat ein Recht auf Klärung der Abstammung, wie steht die Kenntnis der Abstammung zum rechtlichen Status, zur rechtlichen Vaterschaft?

Vaterschaft als Rechtsbegriff hat eine lange Tradition. Verwandtschaft wird seit dem frühen römischen Recht, also seit gut 2000 Jahren, rechtlich geregelt, weil die Familienzugehörigkeit den politischen Status eines Kindes festlegte. Ohne einen solchen Status war das Kind kein römischer Bürger. Ein Kind brauchte einen Vater, zu dessen Familie es gehörte. Der Vater konnte später dem erwachsenen Kind durch die Emanzipation – die Entlassung aus der Familie – den Status als freier Bürger verschaffen. Vaterschaft als rechtliche Beziehung war stets besonders aus ökonomischen Gründen wichtig, nämlich um die Erbfolge in der Familie zu sichern. Es waren gegenseitige Rechte und Pflichten, die die Beziehung eines Mannes zu seinem Kind ausmachten. Da diese Beziehung eine hohe, auch auf materieller Ebene „wertvolle“ Bedeutung hatte, wurde die Statusverleihung seit dem römischen Recht genau geregelt.⁸²¹ Vaterschaft wurde früher in der Regel durch die Ehelichkeitsvermutung etabliert: Das Kind ordnete man aufgrund der Ehe der Mutter der Familie des Ehemanns zu. Der Vater „besaß“ das Kind (es war „unfrei“), trug für es Ver-

821 Ebenso folgte auch die Adoption oft gestalterischen und finanziellen Zwecken: Die Annahme von Personen an Kindes statt war ein übliches Verfahren, nicht nur im Falle der Kinderlosigkeit, sondern auch, um sich einen Erben frei zu wählen.

antwortung und durfte es mit bestimmten Rechten ausstatten: Es ging also um die Geltung, nicht um eine Tatsache. Die Geltung der Vaterschaft wurde vom Vater bestätigt durch symbolische Handlungen. Im Kontext des römischen wie auch des germanischen Rechts kannte man zahlreiche Rituale und soziale Praktiken, mit denen Väter ihre Vaterschaft öffentlich bekundeten: Namensgebung, Kniesetzung, Baumpflanzung etc.⁸²² Die Anerkennung durch den Familienvater war ausschlaggebend, denn er konnte damit auch ein außereheliches Kind seiner Frau zum Familienmitglied machen.

Wenn von der „Ehelichkeitsvermutung“ die Rede war, so meinte das eine rechtliche Begründungsform (*praesumptio juris*), keine Vermutung in dem allgemeinen Sinn, dass man es nicht besser wusste. Die Ehelichkeitsvermutung gab dem Ehemann eine doppelte Macht: Zum einen wurde ihm automatisch jedes Kind zugeordnet, das seine Frau zur Welt brachte. Über diese Kinder konnte er verfügen. Des Weiteren hatte er aber auch die Freiheit, die Anerkennung abzulehnen und damit die rechtliche Zuordnung zurückzuweisen. Die Kinder waren diesen Entscheidungen ausgesetzt und mussten im Falle einer Zurückweisung gegen den Vater auf Anerkennung der Ehelichkeit klagen. Das römische Recht zeugt somit von sehr patriarchalen Familienstrukturen. Die römischen Männer als freie Bürger und Gesetzgeber hatten sich mit dem Familienrecht einen Spielraum eingerichtet, über ihre Familienmitglieder zu entscheiden und ihre Vaterrechte zu gestalten. Durch die Vermutung sicherte der *pater familias* sich den Vorrang seiner Herrschaft. Wenn hier von „Blutsverwandtschaft“ gesprochen wurde, so war dies das „blaue Blut“ der adeligen (bzw. patrizischen) römischen Familien – ein sehr exklusives Modell. Außereheliche Kinder waren durch keine rechtliche Beziehung mit ihren Vätern verbunden – ihre Versorgung war höchstens eine ethische Pflicht.

Während die Ehelichkeitsvermutung von „familien“-ökonomischen Gründen wie der Klärung der Erbfolge motiviert war, kamen im 18. und 19. Jahrhundert im Kontext einer neuen Bevölkerungs- oder National-Ökonomie andere ökonomische Motivationen ins Spiel, die ein Interesse an den Vätern unehelicher Kinder begründeten. Das *Allgemeine Preussische Landrecht* von 1794 hat einen allgemeinen Unterhaltsanspruch für alle unehelichen Kinder eingeführt. Der Anspruch basierte auf einem Modell von Täterschaft: Die auf Kindesunterhalt klagende ledige Mutter musste nachweisen, dass der als Vater angegebene Mann mit ihr in der Empfäng-

822 Bei der „Namensgebung“ für das Neugeborene wurden oft die Namen von Eltern, Großeltern und anderen Verwandten wieder aufgenommen; „Kniesetzung“ bedeutet, dass der Vater das Neugeborene nach der Geburt auf seine Knie setzt, also auf den Schoß nimmt, „Baumpflanzung“ heißt, dass für das Kind ein neuer Baum gepflanzt wurde – alle diese rituellen Handlungen symbolisierten die Anerkennung durch den Vater bzw. die Aufnahme des Kindes in die Familie.

niszeit verkehrt hatte – das war die „Tat“, für die der Mann quasi haften musste. Neu war dabei, dass der „außereheliche Verkehr“ bis kurz vor Inkrafttreten des ALR noch eine Straftat darstellte. Nachdem die Straffreiheit für diese Handlung ausgesprochen worden war, gründete darauf eine neue Art des zivilrechtlichen Unterhaltsanspruchs. Die im Rahmen der Unterhaltspflicht angenommene „natürliche Verwandtschaft“ von Vater und Kind war keine Verwandtschaft im rechtlichen Sinn. Kennzeichnend für dieses Unehelichenrecht des 19. Jahrhunderts war die nationalökonomische Verrechnung von Leben als Arbeitskraft, die Steuern einbringt, Land bewirtschaftet, den Staat verteidigt etc. Auch das Leben der unehelichen Kinder floss in diese Berechnung mit ein, daher war ihre Versorgung auf Kosten der Väter eine wichtige Maßnahme zur Einsparung öffentlicher Ausgaben. Die Schande der Unehelichkeit wurde zumindest rechtlich aufgehoben.

Eine rechtliche Verwandtschaft zwischen einem unehelichen Kind und seinem Vater nahm auch das deutsche *Bürgerliche Gesetzbuch* in seiner Fassung von 1900 nicht an. Somit galt weiterhin nur die eheliche Familie als Familie im Sinne des Familienrechts. Die wissenschaftlichen Erkenntnisse über Vererbung rückten aber die Abstammung in ein neues Licht: Die Biologie entdeckte die Erbllichkeit vieler Eigenschaften. Biologisch gesehen war die Zeugung in der Ehe von der Zeugung außerhalb der Ehe nicht zu unterscheiden. Eine Bevorzugung der ehelichen Zeugung konnte nur moralisch begründet werden. Mit der Entscheidung für eine Weiterführung der Unterscheidung zwischen ehelichen und unehelichen Kindern betonte das Familienrecht seine Unabhängigkeit von biologischen Ansichten über Abstammung und Zeugung: Es musste z. B. zur Widerlegung einer Anfechtung nicht nachgewiesen werden, dass der Vater das Kind gezeugt hat, sondern es genügte schon, dass es möglicherweise sein Kind ist. Für eheliche Kinder war also die Zeugung kein Kriterium. Dagegen musste für die Begründung der Unterhaltspflicht eines unehelichen Vaters die Zeugung bzw. der erfolgte Geschlechtsverkehr wie zuvor konkret nachgewiesen werden: Nur wenn die Vaterschaft eindeutig bewiesen werden konnte, musste der Mann zahlen. In diesem Sinne betonte das Familienrecht, dass es mit Absicht unterschiedliche Anhaltspunkte für die eheliche und die uneheliche Vaterschaft nutzt, weil Vaterschaft als Geltungstatsache rechtlich definiert wird, unabhängig von einer tatsächlichen Abstammung. Das Recht legt nämlich eigenständig fest, aus welchen Tatsachen welche Geltungswirkung hervorgehen soll.

Die Gerichte nutzten im 19. Jahrhundert verschiedene Arten von Beweismitteln, wenn sie im Rahmen einer Unterhaltsklage den Zahlungspflichtigen feststellen mussten. Geständnisse oder Zeugenaussagen leisteten einen wichtigen Beitrag zur Beweisführung. Daneben war die Glaubwürdigkeit der beiden streitenden Parteien ein wichtiges Kriterium, das

z. B. für die richterliche Entscheidung darüber ausschlaggebend war, welche der Parteien zum Eid zugelassen wurde. Im 20. Jahrhundert entstanden empirische Verfahren zur Begutachtung der Abstammung. Blutgruppengutachten, die das Vorliegen einer biologischen Verwandtschaft ausschließen konnten, stellten die erste Form der Abstammungsgutachten dar. Sie wurden ab etwa 1926 von Gerichten in Deutschland und Österreich in Auftrag gegeben. Wenige Jahre später wurde das Einholen eines Gutachtens in Vaterschaftsklagen verpflichtend. Die Gutachter professionalisierten sich als gerichtliche Dienstleister in universitären u. ä. Instituten und entwickelten Richtlinien für ihre Arbeit. In der zivilgerichtlichen Prozess- und Verfahrensordnung wurde die Verwendung der Gutachten klar geregelt, auch unterlagen sie der richterlichen Würdigung. Im Laufe des 20. Jahrhunderts wurden die Blutgruppengutachten durch serologische und schließlich durch genetische Abstammungsgutachten ergänzt, die nicht nur zum Ausschluss der Vaterschaft eine sichere Aussage machen können, sondern auch die Wahrscheinlichkeit einer Verwandtschaftsbeziehung zu berechnen erlauben. Da sie zunächst sehr teuer waren, kamen sie in der Regel nur im Rahmen von Gerichtsverfahren zum Einsatz.

Somit bestimmten die Regelungen zur gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft sowie das Anfechtungsrecht den Rahmen für die Vaterschaftstests. Grund für die Nutzung der Tests in den Gerichtsverfahren war das staatliche Interesse, einen unterhaltspflichtigen Vater für ein Kind zu finden und die staatliche Fürsorge zu entlasten. Die Rechtsprechung beschäftigte sich in den 1980er Jahren dann mit Klagen von Kindern auf ein Recht auf Kenntnis der Abstammung, denn Kinder hatten ein sehr eingeschränktes Anfechtungsrecht. Dies war bei den Vätern anders: Sie hatten stets das Privileg der Vaterschaftsanfechtung, daher brauchten sie nicht auf ein Recht auf Kenntnis der Abstammung klagen – wenn sie von einer anderen Abstammung des Kindes erfuhren, konnten sie die Vaterschaft anfechten.

Die Diskussion über diese Rechte änderte sich, als die genetischen Vaterschaftstests automatisiert durchgeführt werden konnten und neben den etablierten rechtsmedizinischen Instituten kleine gewerbliche Labore entstanden, die sehr günstige Tests anboten. Die Testtechnik wurde nun privat genutzt, und dadurch entstanden ganz andere Konflikte und Rechtsstreitigkeiten als zuvor. Die zentrale Frage war die Zulässigkeit von heimlichen Tests, also von Tests, die ohne Ankündigung oder gegen den erklärten Willen anderer Familienmitglieder von einer Person allein in Auftrag gegeben wurden, nachdem heimlich Proben gesammelt wurden. Die Überprüfung der tatsächlichen Abstammung war ein definiertes Beweisverfahren in streng regulierten zivilrechtlichen Verfahren – aber wie soll man mit dieser Testtechnik privat umgehen dürfen? Die Interessen

waren sehr unterschiedlich: Nutzte ein Gericht einen Test, so tat es das in der Regel, um dem Kind einen Vater zuzuordnen, dadurch einen Unterhaltspflichtigen zu finden und den öffentlichen Haushalt zu entlasten. Anders ist es dagegen, wenn jemand privat testen möchte, ohne einen Grund zu haben bzw. nennen zu müssen.

In den 1990er Jahren wurden vermehrt Klagen auf ein Recht auf Kenntnis der Abstammung sowie auf ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung vor den Familiengerichten erhoben, weil unterschiedliche Interessen im privaten Raum aufeinanderstießen. Bei privaten Tests geht es in den meisten Fällen um die Überprüfung einer bestehenden Vaterschaft, also um Situationen, die zuvor durch die Möglichkeit der Nutzung von Vaterschaftstests in Anfechtungsverfahren geregelt waren. Letztlich entschied das Bundesverfassungsgericht, dass eine angemessene rechtliche Regelung zur Nutzung privater Tests auch außerhalb einer Anfechtung geschaffen werden müsse. Private Tests sollten möglich sein und geregelt werden, weil ein Recht auf Kenntnis der Abstammung anzuerkennen sei. Dieses Recht dürfe nicht dadurch eingeschränkt werden, dass die Person nicht testen kann, weil ein anderes Familienmitglied nicht einverstanden ist. So wurde das „Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“ entwickelt.

Wie passt dieses Gesetz in das weitere Familienrecht? Die Vaterschaftstests an sich stellen als Form der Abstammungsklä rung keine Herausforderung für das Recht dar, weil erstens Vaterschaft im Regelfall auf einer rechtlichen Vaterschaftsvermutung beruht, die sich darauf stützt, dass der Ehemann oder der Anerkennende wahrscheinlich der Vater ist und dass dies für die Zuordnung ausreicht. Eine konkretere Vermutung über die Abstammung gehört nicht dazu. Das Familienrecht mischt sich in die Vertrauensbeziehungen in der Regel nicht ein. Die Beziehung ist Privatsache – wichtig ist nur, dass sich ein Mann für das Kind verantwortlich erklärt, als Ehemann oder als Anerkennender. Für die Vaterschaft spielt also die Abstammung in der Regel keine Rolle. Vaterschaft als Rechtsbegriff ist heute durch die Annahme von Vertrauen gekennzeichnet, während es ursprünglich ein von der *patria potestas* aus gedachter Rechtsbegriff war. Die heutigen rechtlichen Regelungen sind kaum nachvollziehbar, würde man den Bezug auf Vertrauen nicht bedenken.

Zweitens fordern die Vaterschaftstests auch deshalb das Recht nicht heraus, weil die Familiengerichte selbst schon seit langem Abstammungsgutachten in Kindschaftsverfahren in Auftrag gegeben hatten und damit die Rolle der genetischen Vaterschaftstests in den Verfahren vorgegeben war. Durch die gesetzlich regulierte Nachfrage und die darauf folgende Professionalisierung des Gutachterwesens haben sich die Abstammungsgutachten Anfang der 1930er Jahren als Dienstleistung etabliert. Somit hat das Familienrecht seine eigene und interne Beziehung zu Technolo-

gien der Abstammungsbegutachtung. Die Rechtsprechung wie auch die Gesetzgebung beschäftigten sich seit der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts mit Abstammungsgutachten. So betrachtet sind die Familienrechtsordnung im Allgemeinen und die Formulierung eines Rechts auf Kenntnis der Abstammung im Speziellen eng verbunden mit der Entwicklung der Abstammungsgutachten und deren Nutzung in Gerichtsverfahren. Die Abstammung kam und kommt aber nur dann ins Spiel, wenn ein als Vater angeklagter Mann widerspricht oder ein rechtlicher Vater – oder eine Mutter oder ein Kind – die Vaterschaft anfecht. Das Familienrecht differenziert zwischen dem Regelfall, in dem mit der Vermutung qua Ehe oder Anerkennung derjenige Mann als Vater zugeordnet wird, der wahrscheinlich der Vater ist, und den Zweifelsfällen, in denen ein Familienmitglied die Vater-Kind-Zuordnung anzweifelt und mit einem Abstammungsgutachten die Vaterschaft geklärt werden muss. In den Fällen haben die Gutachten in der Verfahrensordnung eine klar festgelegte Funktion.

Die Herausforderungen, die die Vaterschaftstests an das Familienrecht stellen, liegen eher darin, dass die Nutzung der Tests aus den Gerichtsverfahren heraus in den privaten Alltag gewandert ist. Dort gibt es keinen förmlichen Beweisbeschluss, keine festgelegte Vorgehensweise, keine Abwägung der verschiedenen Interessen. Im Zuge der privaten Nutzung der Tests sind die Differenzierungen verschwommen, die das Recht im Rahmen von Gerichtsverfahren bei der Würdigung der Erkenntnisse über eine vermeintliche biologische Abstammung und bei der Abwägung der Rechte und des Wohls der Beteiligten vornimmt. Rechtliche Vaterschaft besteht unabhängig von einer leiblichen oder einer sozialen Vaterschaft. Meistens fällt alles zusammen, aber nicht das Zusammenfallen ist leitend, sondern die Frage danach, welche Anhaltspunkte das Recht nutzen will, um den Vater zu definieren. Mit Hilfe der Anhaltspunkte sucht es den Mann, der wahrscheinlich auch real die Verantwortung für das Kind übernimmt, um das Zusammenfallen zu begünstigen. So betont Heiderhoff, „dass es bei der rechtlichen Abstammung nicht um die Verrechtlichung biologischer Tatsachen geht, sondern um eine dem Kind günstige Zuordnung zu bestimmten Personen als Eltern.“⁸²³

Die Differenzierungen, die das Familienrecht vornimmt, berücksichtigen insbesondere den Unterschied zwischen Vertrauen als Regelfall von Vaterschaft und Misstrauen als Sonderfall. Sie sind vom Modus her ganz unterschiedlich: Im Vertrauen eines Paares existiert die Frage nach der Abstammung gar nicht explizit, sondern die Grundlage ist der Glaube an den anderen. Man glaubt an den anderen bzw. die andere, man liebt ihn bzw. sie, man bekommt gemeinsam ein Kind. Vaterschaft ist dabei keine Wissensfrage. Dazu wird sie erst, wenn Zweifel an der Abstammung auf-

823 Heiderhoff 2008, 1904.

kommen und Fragen auftauchen. Die Anfechtung bzw. das Interesse an der Klärung der Vaterschaft ist von Fraglichkeit und ggf. auch Misstrauen gekennzeichnet. Das ist also etwas anderes als die Situation, in der Vaterschaft in der Regel etabliert wird. Wenn die Abstammung gezielt in Frage gestellt wird, so ist eine Entscheidung erforderlich: Vertraut man bewusst? Sucht man das Gespräch mit der Partnerin? Will man die Vergewisserung? Die einfache Verfügbarkeit der Tests macht eine kleine Unsicherheit deutlicher sichtbar, weil verglichen mit der persönlichen Prüfung der Situation (Bin ich gerade eifersüchtig oder sind diese Anhaltspunkte auch neutral betrachtet verdächtig? Kann ich meinem Urteil trauen?) ein Vaterschaftstest als schnellere und einfachere Lösung erscheint. Die Auseinandersetzung mit den eigenen Zweifeln ist ein längerer und persönlicher Prozess, aber ein Test ist ganz einfach, daher tauchen Unsicherheiten eher als Frage nach der Abstammung und weniger als Frage nach der eigenen Urteilsfähigkeit auf. Der genetische Vaterschaftstest macht kleine Unsicherheiten als eine neue Frage mit einer neuen Dringlichkeit sichtbar.

Zugleich kann die Normalität, mit der die Tests privat genutzt werden, diese persönlichen Unsicherheiten auch in einem allgemeinen „Man sollte das doch wissen!“ verdecken. Es ist sinnvoll, durch die rechtlichen Regelungen zu unterstützen, dass Misstrauen und Unsicherheiten gezielt und als persönliche Entscheidungen formuliert werden müssen. Wenn ein Testwunsch als Ausdruck eines Misstrauens formuliert werden darf, so muss dies auch zur allgemeinen Annahme von Vertrauen passen. Durch die rechtliche Vaterschaftsvermutung spiegelt das Recht, dass es eine Grundlage von Vertrauen annimmt. In diesem Vertrauensrahmen kann es auch zu einer bestimmten Fraglichkeit kommen, ohne dass diese Grundlage sogleich zerstört würde. Die Annahme von Vertrauen lässt also zu, dass auch Misstrauen ausgedrückt wird – aber dieses Misstrauen stellt nicht die Vertrauensannahme in Frage, sondern basiert auf ihr. Insofern ist die rechtliche Vaterschaftsvermutung durch die Möglichkeit der Abstammungsklärung nicht überflüssig oder unsinnig geworden, sondern muss weiterhin den Rahmen bilden, in dem bestimmte Aspekte hinterfragt werden dürfen. Die Einschränkungen der Anfechtung (Anfechtungsfrist, Erforderlichkeit eines Anfangsverdachts etc.) betonen den prinzipiellen Vorrang von Vertrauen. Wer nicht mehr vertraut und die Verantwortung abgeben will, muss konkrete Gründe für sein Misstrauen angeben. Hier wollen die Gerichte es genau wissen und verlangen nachvollziehbare Gründe, während man bei der Etablierung der Vaterschaft mit einer Vaterschaftsvermutung gar nichts Konkretes sagen muss, weil das Vertrauen anders funktioniert.

Will das Recht weiterhin vorrangig Vertrauen schützen und mit einer Vermutung operieren, so müsste es das Verhältnis von Vaterschaftsvermutung, Anfechtung und Abstammungsklärungsanspruch sehr sorgfältig

und mit Bedacht gestalten. Mit Bedacht, denn der Anspruch auf Klärung der Abstammung könnte zu einer Instabilität führen. Tendenziell würden alle Beziehungen vorbehaltlich ihres biologischen „Zutreffens“ existieren und stets anfechtbar sein. Ein rechtlicher Vater, der weiß, dass er auch der „biologische“ Vater ist, kann sich sicher sein, dass seine Vaterschaft nicht angefochten werden kann. Bei einem rechtlichen Vater dagegen, der weiß, dass das Kind vielleicht nicht von ihm abstammt, ist der Fortbestand der Vaterschaft formal gesehen stets von einer Anfechtung bedroht: Das Kind könnte anfechten. Auch das Paar, das im Vertrauen weiß, dass der Partner der Vater ist, wäre davor nicht geschützt. Das Recht schützt die vertrauenden Eltern, die als rechtliche Eltern Verantwortung für ihr Kind übernommen haben, nicht vor einer Anfechtung. Die sorgfältige Gestaltung der Einschränkungen des Anfechtungsrechts könnten ggf. helfen, den Vorrang von Vertrauen bei der Vaterschaft zu betonen.

Die Vaterschaftsvermutung hatte ursprünglich dazu gedient, dem Vater Gewalt über das Kind zu verleihen. Dieser Spielraum ist heute in geringerem Umfang dem Elternpaar erhalten geblieben: Ist die Mutter verheiratet oder stimmt sie der Anerkennung des Vaters zu, so wird der Mann der rechtliche Vater, auch wenn das Kind möglicherweise nicht von ihm abstammt – wichtiger ist der gemeinsame Wille der Eltern, das Kind als das ihre aufzuziehen. Die rechtliche Vermutung der Vaterschaft war stets anfechtbar, heute mit Verweis auf die biologische Abstammung des Kindes. Dies kann Rückwirkungen haben auf die Vaterschaftsvermutung: Manche Juristen fragen, ob die wirkliche Abstammung, die überprüfbar ist, nicht auch maßgeblich sein müsste für die Etablierung von Vaterschaft. Aber der Kontext der Etablierung von Vaterschaft ist ein anderer als der Kontext der Anfechtung. Nicht die technische Machbarkeit und die Gewissheit der Überprüfung sind das Kriterium, sondern die Frage, ob es für die Eltern einen Vertrauensspielraum bei der Etablierung von Vaterschaft geben sollte. Vertrauen sagt nichts über die Abstammung aus, aber es ist ein vom Recht gewählter Anhaltspunkt für eine günstige Zuordnung des Kindes zu den Eltern, weil es in der Regel auch die Grundlage einer Partnerschaft bildet.

Literatur

- Allert, Tilman: „Die Sorge hat keine Adresse mehr“. In: *FAZ* vom 19.08.2009.
- Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten* von 1794. Textausgabe, hg. von Hans Hattenhauer. Frankfurt a. M. 1970.
- Anderlik, Mary R.; Rothstein, Mark A.: “DNA-Based Identity Testing and the Future of the Family: A Research Agenda.” In: *American Journal of Law & Medicine* 28 (2002), S. 215-232.
- Andersen, Julia: *Molekulargenetische Vaterschaftsuntersuchungen im Lichte des Grundgesetzes*. Hamburg 2009.
- Ariès, Philippe: „Die unauflösliche Ehe.“ In: Philippe Ariès et al. (Hg.): *Die Masken des Begehrens und die Metamorphose der Sinnlichkeit. Zur Geschichte der Sexualität im Abendland*. Frankfurt a. M. 1984, S. 176-196.
- Artikel „Eid“. In: *Meyers Großes Konversationslexikon*, Bd. 5. 6. Auflage, Leipzig 1906, S. 431-433.
- Artikel „Fire-test“. In: *Meyers Großes Konversations-Lexikon*, Bd. 6. 6. Auflage Leipzig 1906, S. 596.
- Artikel „Guter Glaube“. In: *Brockhaus*, Bd. 9, 19. Auflage, Mannheim 1989, S. 300 f.
- Artikel „Tëst, der“. In: *Adelung, Grammatisch-kritisches Wörterbuch der Hochdeutschen Mundart*, Bd. 4. 2. Auflage, Leipzig 1801, S. 558.
- Artikel „Test“. In: *Meyers Großes Konversations-Lexikon*, Bd. 19. 6. Auflage, Leipzig 1909, S. 435.
- Artikel „Test“. In: *Pierer's Universal-Lexikon*, Bd. 17. 4. Auflage, Altenburg 1863, S. 402.
- Artikel „Treu und Glauben“. In: *Brockhaus*, Bd. 22, 19. Auflage, Mannheim 1993, S. 351.
- Artikel „Vertrauensschadenversicherung“. In: *Brockhaus*, Bd. 23, 19. Auflage, Mannheim 1994, S. 282 f.
- Artikel „Verwandtschaft“ (von Adalbert Erler). In: *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte* Bd. 5, Berlin 1998, S. 886-887.
- Augustin, Friedrich L.: *Die königlich preußische Medicinalverfassung oder vollständige Darstellung aller, das Medicinalwesen und die medicinische Polizei in den Königlich Preußischen Staaten betreffenden Gesetze, Verordnungen und Einrichtungen*. Zwei Bde (A-H und I-Z). Potsdam: Karl Christian Horvath 1818.
- Badenberg, Felor: *Das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung unter Berücksichtigung der Problematik der anonymen Geburt*. Frankfurt a. M. u. a. 2006.
- Baier, Annette: „Vertrauen und seine Grenzen.“ In: Martin Hartmann, Claus Offe (Hg.): *Vertrauen: Die Grundlage des sozialen Zusammenhalts*. Frankfurt a. M., New York 2001, S. 37-84.

- Balloff, Rainer: „Die Bedeutung des Vaters für die Entwicklung des Kindes.“ In: *FPR* 2005, S. 210-213.
- Barthel, Christian: *Medizinische Polizey und medizinische Aufklärung. Aspekte des öffentlichen Gesundheitsdiskurses im 18. Jahrhundert*. Frankfurt a. M. 1989.
- Baudrillard, Jean: *Der symbolische Tausch und der Tod*. München 1982.
- Baumgarten, Steffen: *Die Entstehung des Unehelichenrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch*. Rechtsgeschichte und Geschlechterforschung Bd. 8, Köln, Weimar, Wien 2007.
- Becker, Peter: *Leben und Lieben in einem kalten Land. Sexualität im Spannungsfeld von Ökonomie und Demographie. Das Beispiel St. Lambrecht 1600-1850*. Frankfurt a. M., New York 1990.
- Beitzke, Günther: *Vaterschaftsgutachten für die gerichtliche Praxis*. Göttingen 1978.
- Bellis, Mark A; Hughes, Karen; Hughes, Sara; Ashton, John R.: „Measuring paternal discrepancy and its public health consequences“. In: *J. Epidemiol. Community Health* 59 (2005), S. 749-754.
- Berger, Peter L.; Kellner, Hansfried: „Die Ehe und die Konstruktion der Wirklichkeit. Eine Abhandlung zur Mikrosoziologie des Wissens“. In: *Soziale Welt* 16 (1965), S. 220-235.
- Bericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe des Bundesministers für Forschung und Technologie und des Bundesministers der Justiz: *In-vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie*. München 1995.
- Berndt, Christina: „Wahre Vaterfreuden“. In: *Süddeutsche Zeitung* vom 29.09.2005.
- BGH: IV ZR 99/51 vom 28.04.1952: *Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft*, veröffentlicht in: *BGHZ* 5, S. 385-401.
- BGH: IVb ZB 783/81 vom 11.11.1981: *Bestellung eines Pflegers für ein nichteheliches Kind*.
- BGH: XII ZR 229/96 vom 22.04.1998: *Darlegungs- und Beweislast im Rahmen einer Ehelichkeitsanfechtungsklage*, veröffentlicht in: *FamRZ* 1998, S. 955-958.
- BGH: Pressemitteilung Nr. 4/2005: „*Anfechtung der Vaterschaft kann nicht auf heimlich eingeholten DNA-Vaterschaftstest gestützt werden*“. <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=8c8fa850daf3a2fcaa914ae42ff81634&nr=32250&linked=pm&Blank=1> (05.10.2013).
- BGH: XII ZR 60/03 vom 12.01.2005, zitiert nach <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=8c8fa850daf3a2fcaa914ae42ff81634&nr=31523&pos=17&anz=18> (05.10.2013), pdf, 12 S.
- BGH: XII ZR 227/03 vom 12.01.2005, zitiert nach <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=8c8fa850daf3a2fcaa914ae42ff81634&nr=31521&pos=15&anz=18> (05.10.2013), pdf, 12 S.
- BGH: I ZB 87/06 vom 03.07.2008: *Beschluss im Zwangsvollstreckungsverfahren*, zitiert nach <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=d7c68b2700297cab3307ed9c2eb7fbc7&nr=44818&pos=3&anz=26> (05.10.2013), pdf, 12 S.

- Blumenberg, Hans: „Lebenswelt und Technisierung unter Aspekten der Phänomenologie“. In: ders.: *Wirklichkeiten, in denen wir leben*. Stuttgart 1981, S. 7-54.
- Blutgruppentest-Software: <http://www.freeware-archiv.de/Blutgruppentest-Verwandte.htm> (05.10.2013).
- Bohnert, Cornelia: „Zur Zulässigkeit privater Vaterschaftstests.“ In: *FPR* 2002, S. 383-389.
- Bölsche, Jochen: „Kuckuckskinder – Zahlväter rüsten zum Wattestäbchen-Krieg“. In: *Spiegel-Online* vom 07.12.2004, <http://www.spiegel.de/panorama/0,1518,331166,00.html> (05.10.2013).
- Bölsche, Jochen: „Kuckuckskinder – Wenn der Bruder mit der Halbschwester“. In: *Spiegel-Online* vom 08.12.2004, <http://www.spiegel.de/panorama/0,1518,331464,00.html> (05.10.2013).
- Bölsche, Jochen; Dahlkamp, Jürgen; Deggerich, Markus; Hipp, Dietmar; Repke, Irina; Schießl, Michaela; Schrep, Bruno: „Familie – Seins oder nicht seins“. In: *Der Spiegel* vom 24.01.05 (H. 4/2005).
- Bors, Marc: *Bescholtene Frauen vor Gericht. Zur Rechtsprechung des Preußischen Obertribunals und des Zürcher Obergerichts auf dem Gebiet des Nichtehelichenrechts*. Frankfurt a. M. 1998.
- Bors, Marc: „Politik und Recht – Recht und Politik. Über das Verhältnis von Recht und Politik am Beispiel des Nichtehelichenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung zum Code civil in den rheinpreußischen Territorien.“ In: *forum historiae juris, Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte*, Artikel vom 25.10.2001, <http://fhi.rg.mpg.de/zitat/0110bors.htm> bzw. <http://fhi.rg.mpg.de/articles/pdf-files/0110bors.pdf> (05.10.2013), 19 S.
- Bourdaloue, Louis: *Oeuvres de Bourdaloue. Tome 1: Avent, carême, dominicales*. Paris: Lefèvre 1834.
- Brosius-Gersdorf, Frauke: *Vaterschaftstests. Verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Direktiven für eine Reform der Vaterschaftsuntersuchung*, Berlin 2006.
- Brosius-Gersdorf, Frauke: „Vaterschaftsfeststellung und Vaterschaftsanfechtung – Grundrechtliche Konfliktlagen in der Familie“. In: *FPR* 2007, S. 389-403.
- Brunner, Otto: „Das ‘Ganze Haus’ und die alteuropäische ‘Ökonomik’“. In: ders. (Hg.): *Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte*. Göttingen ²1968, S. 103-127.
- Buchholz, Stephan: *Eherecht zwischen Staat und Kirche. Preußische Reformversuche in den Jahren 1854-1861*. Frankfurt a. M. 1981.
- Bundesministerium der Justiz (BMJ): Pressemitteilung „*Bundestag verabschiedet Gesetz zur Vaterschaftsfeststellung*“ vom 21.02.2008.
- Bundesministerium der Justiz (BMJ): Pressemitteilung „*Gesetz stärkt Rechte biologischer Väter*“ vom 02.04.2004.
- Bundesrechtsanwaltskammer: *Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren*, erarbeitet vom Ausschuss Familienrecht. Juni 2007, BRAK-Stellungnahme-Nr. 25/2007, <http://www.brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/2007/Stn25.pdf> (05.10.2013), 5 S.

- Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reicht nebst Einführungsgesetz* (in der Fassung vom 18.08.1896). Band 4: Familienrecht, hg. von Gottlieb Planck, Leipzig: Guttentag³1906.
- Bürgerliches Gesetzbuch*, Fassungsvergleich vom Original bis zur heute gültigen Fassung: <http://lexetius.com/BGB> (05.10.2013).
- Buske, Sybille: *Fräulein Mutter und ihr Bastard. Eine Geschichte der Unehelichkeit in Deutschland 1900 bis 1970*. Göttingen 2004.
- Buss, David M.: „Paternity Uncertainty and the Complex Repertoire of Human Mating Strategies.“ In: *American Psychologist* 51:2 (1996), S. 161-162.
- Busse, Bartold: *Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung bei heterologer künstlicher Befruchtung (Samenspende, Eispende, Embryospende) – ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der modernen Fortpflanzungsmedizin*. Münster 1988.
- Büte, Dieter: „Änderungen der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes.“ In: *FPR* 2005, S. 5-6.
- BVerfG: 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 vom 15.12.1983: *Volkszählung*, veröffentlicht in: *BVerfGE* 65, S. 1-71, zitiert nach <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html> (05.10.2013).
- BVerfG: 1 BvL 45/56 vom 23.10.1958: *Uneheliche Vaterschaft*, veröffentlicht in: *BVerfGE* 8, S. 210 ff.
- BVerfG: 1 BvL 17/87 vom 31.01.1989: *Kenntnis der eigenen Abstammung*, veröffentlicht in: *BVerfGE* 79, S. 256-274, zitiert nach <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv079256.html> (05.10.2013).
- BVerfG: 1 BvR 409/90 vom 06.05.1997: *Vaterschaftsauskunft*, veröffentlicht in: *BVerfGE* 96, S. 56-66, zitiert nach <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv096056.html> (05.10.2013).
- BVerfG: 1 BvR 1493/96 und 1 BvR 1724/01 vom 09.04.2003: *Beschluss zur Rechtsstellung des (mutmaßlichen) leiblichen, aber nicht rechtlichen Vaters (so genannter biologischer Vater)*, veröffentlicht in: *BVerfGE* 108, S. 82-122, zitiert nach: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv108082.html> (05.10.2013).
- BVerfG: 1 BvR 421/05 vom 13.02.2007, veröffentlicht in: *BVerfGE* 117, S. 202-244, zitiert nach http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20070213_1bvr042105.html (05.10.2013).
- Cervantes Saavedra, Miguel de: *Der sinnreiche Junker Don Quijote von der Mancha*. München¹⁰1997.
- Code civil des français*. Édition originale et seule officielle. Paris: Imprimerie de la République, An XII – 1804.
- Collier, Richard: „Men, Heterosexuality and the Changing Family: (Re) Constructing Fatherhood in Law and Social Policy“. In: Caroline Wright, Gill Jagger (Hg.): *Changing Family Values*. London and New York: Routledge 1999, S. 38-58.
- Conrad, Hermann: „Die Stellung der unehelichen Kinder in der neuzeitlichen Privatrechtsentwicklung Deutschlands, Frankreichs, Österreichs und der Schweiz.“ In: *FamRZ* 1962, S. 322-329.
- Deichfuß, Hermann: *Abstammungsrecht und Biologie*. Heidelberg 1991.

- Dernburg, Heinrich: *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Band 4: Deutsches Familienrecht*. Halle a. d. Saale: Verlag Buchhandlung des Waisenhauses 1903.
- Descartes, René: *Meditationen – mit sämtlichen Einwänden und Er widerungen*. Übers. und hrsg. von Christian Wohlers, Hamburg 2009.
- Deutscher Bundestag: *Stenografischer Bericht der 145. Sitzung*, Plenarprotokoll 16/145, 21.02.2008, S. 15235-15430, darin: Reden von Brigitte Zypries (BMJ), Sibylle Laurischk (FDP), Dr. Jürgen Gehb (CDU/CSU), Jörn Wunderlich (DIE LINKE), Irmgard Schewe-Gerigk (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN), Christine Lambrecht (SPD) zum Entwurf eines Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren.
- Dietrich, Stefan: „Familienfeindliches Familienrecht“. In: *FAZ* vom 14.02.2007.
- Dietz, Walter: *Paternity fraud/Kuckuck: Sieben Thesen zum Leben in einer polygamen Gesellschaft*. Text vom 15.01.2005, <http://www.ev.theologie.uni-mainz.de/Dateien/kuckuck.pdf> (05.10.2013), 2 S. (= 2005a).
- Dietz, Walter: *‘Paternity fraud’ und die öffentliche Diskussion um Maßnahmen der Vaterschaftsver schleierung. Zur Erläuterung, Hintergrund und Durchführung (Anlage zu den Sieben Thesen)*. Text vom 31.01.2005, sowie als Anhang „Offener Brief an Frau Bundesjustizministerin B. Zypries“, <http://www.ev.theologie.uni-mainz.de/Dateien/vertrauenmisstrauen.pdf> (05.10.2013), 5 S. (= 2005b).
- Dilcher, Gerhard: „Die Ordnung der Ungleichheit. Haus, Stand und Geschlecht.“ In: Ute Gerhard (Hg.): *Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart*. München 1997, S. 55-72.
- Dölemeyer, Barbara: „Frau und Familie im Privatrecht des 19. Jahrhunderts.“ In: Ute Gerhard (Hg.): *Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart*. München 1997, S. 633-658.
- Donzelot, Jacques: *Die Ordnung der Familie*. Frankfurt am Main 1980.
- Dorlin, Elsa: „Autopsie du sexe“. In: *Les Temps modernes* 619 (2002), 58:2, S. 115-143.
- Dörner, Heinrich: *Industrialisierung und Familienrecht. Die Auswirkungen des sozialen Wandels dargestellt an den Familienmodellen des ALR, BGB und des französischen Code civil*. Berlin 1974.
- Drinck, Barbara: *Vatertheorien. Geschichte und Perspektive*. Opladen 2005.
- Dubben, Hans-Hermann, Beck-Bornholdt, Hans-Peter: *Mit an Wahrscheinlichkeit grenzender Sicherheit: logisches Denken und Zufall*. Reinbek bei Hamburg 2006.
- Duby, Georges: *Ritter, Frau und Priester. Die Ehe im feudalen Frankreich*. Frankfurt a. M. 1988.
- Eckebrecht, Marc: „Neuere Gesetze zur Stärkung der Vaterrechte“. In: *FPR* 2005, S. 205-210.
- Endreß, Martin: *Vertrauen*. Bielefeld 2002.
- Euler, Harald A.: „Genspur aus der Steinzeit“, In: Hildegard Haas, Claus Waldenmaier (Hg.): *Der Kuckucksfaktor® – Raffinierte Frauen? Verheimlichte Kinder? Zweifelhafte Väter?* Prien 2004, S. 34-82.
- Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR): 20578/07 vom 21.12.2010: *Rechtssache A. gegen Deutschland, Individualbeschwerde Nr. 20578/07, Art. 8 EMRK – Versagung des Umgangsrechts – beabsichtigtes Fami-*

- lienleben, zitiert nach http://www.bmj.de/SharedDocs/EGMR/DE/20101221_20578-07.html (05.10.2013).
- Ewald, François: *Der Vorsorgestaat*. Frankfurt a. M. 1993.
- Fabricius, Hans-Ake: „Die humangenetische Abstammungsbegutachtung.“ In: *FPR* 2002, S. 376-380.
- Fahner, Johann Christoph: *Vollständiges System der gerichtlichen Arzneikunde. Ein Handbuch für Richter und gerichtliche Ärzte*. Stendal, bey Franzen und Grosse, Bd. 1 1795, Bd. 2 1797, Bd. 3 1800.
- Figurewicz, Stefanie: „Das Familienrecht in der Entstehungszeit des Bürgerlichen Gesetzbuches – Textentwicklung des ‘Gehorsamsparagraphen’.“ In: Stephan Meder, Arne Duncker, Andrea Czelk (Hg.): *Frauenrecht und Rechtsgeschichte: Die Rechtskämpfe der deutschen Frauenbewegung*. Köln u. a. 2006, S. 235-244.
- Fischer-Homberger, Esther: *Medizin vor Gericht. Zur Sozialgeschichte der Gerichtsmedizin*. Darmstadt 1988.
- Flittner, Christian Gottfried: *Gynäologie oder das Geschlechtsleben in seinem ganzen Umfange. Eine phisiologische, historische und philosophische Darstellung*. 8 Bände in 4 Büchern. Stuttgart: Henne 1843 (Originalausgabe 1795).
- Fonseca, Claudia: „The certainty that engendered doubt: paternity and DNA.“ In: *Estudos feministas* (online) Vol.1 no. se Florianópolis 2006, übers. a. d. Portugis. v. Jeffrey Holff, http://socialsciences.scielo.org/pdf/s_ref/v1nse/scs_a04.pdf (05.10.2013), 18 S.
- Foucault, Michel: *Die Ordnung der Dinge. Eine Archäologie der Humanwissenschaften*. Frankfurt a. M. 1974.
- Foucault, Michel: *Archäologie des Wissens*, Frankfurt a. M. 1981.
- Foucault, Michel: *Der Wille zum Wissen. Sexualität und Wahrheit 1*. Frankfurt a. M. 1983.
- Foucault, Michel: „Der Kampf um Keuschheit.“ In: Philippe Ariès et al. (Hg.): *Die Masken des Begehrens und die Metamorphose der Sinnlichkeit. Zur Geschichte der Sexualität im Abendland*. Frankfurt a. M. 1984, S. 25-39.
- Foucault, Michel; Farge, Arlette (Hg.): *Familiäre Konflikte: Die „Lettres de cachet“*. Frankfurt a. M. 1989.
- Foucault, Michel: „Über verschiedene Arten, Geschichte zu schreiben“. In: ders.: *Dits et Ecrits / Schriften*. Bd. 1, hg. von Daniel Defert und François Ewald, Frankfurt a. M. 2001, S. 750-769 (= 2001a).
- Foucault, Michel: *Das Leben der infamen Menschen*. Mit einem Nachwort von Walter Seitter. Berlin 2001 (= 2001b).
- Franck, Sybille: „Auf Spurensuche“. In: *Öko-Test* 11 (2003), S. 68-73.
- Franck, Sybille: „Papa ante portas“. In: *Öko-Test* 11 (2003), S. 74-77.
- Frank, Johann Peter: *System einer vollständigen medicinischen Polizey*. Bd. 1.1 und 1.2. Nachdruck, Geglische Buckdruckerey: Frankenthal 1791.
- Frank, Johann Peter: *System einer vollständigen medicinischen Polizey*. Bd. 2, Schwan: Mannheim 1804.
- Frank, Rainer: „Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung?“ In: *FamRZ* 1988, S. 113-120.
- Frank, Rainer: „Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Vaterschaftsanfechtung durch den leiblichen Vater des Kindes.“ In: Sibylle Hofer (Hg.): *Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab*. Bielefeld 2005, S. 1127-1139.

- Frank, Rainer; Helms, Tobias: „Kritische Bemerkungen zum Regierungsentwurf eines ‘Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren‘“. In: *FamRZ* 2007, S. 1277-1281.
- Freeman, Tabitah; Richards, Martin: “DNA testing and kinship: paternity, genealogy and the search for the ‘truth’ of our genetic origins”. In: Fatemeh Ebtehaj, Bridget Lindley, Martin Richards (Hg.): *Kinship Matters: Relationships and Law in a Changing Society*. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing 2006.
- Frevert, Ute: „Vertrauen – eine historische Spurensuche.“ In: dies. (Hg.): *Vertrauen. Historische Annäherungen*. Göttingen 2003, S. 7-66.
- Gaul, Hans Friedhelm: „Ehelichkeitsstatus und Recht des volljährigen Kindes auf Klärung der Abstammung“. In: ders. (Hg.): *Familienrecht in Geschichte und Gegenwart*. Symposium aus Anlass des 80. Geburtstages von Friedrich Wilhelm Bosch. Bielefeld 1992, S. 23-47.
- Gaul, Hans Friedhelm: „Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz.“ In: *FamRZ* 1997, S. 1441-1466.
- Gaul, Hans Friedhelm: „Ausgewählte Probleme des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts im neuen Abstammungsrecht.“ In: *FamRZ* 2000, S. 1461-1476.
- Gehring, Petra: „Der Zweifel an der Wirklichkeit und die Logik der Lüge“. In: Kurt Röttgers, Monika Schmitz-Emans (Hg.): *„Dichter lügen“*. Essen 2001, S. 107-128.
- Gehring, Petra: „Autonomie als Diskursbaustein? Die ‘Informierte Einwilligung’ unter Machtgesichtspunkten.“ In: M. W. Schnell (Hg.): *Pflege und Philosophie*. Bern 2002, S. 23-34.
- Gehring, Petra: *Was ist Biomacht? Vom zweifelhaften Mehrwert des Lebens*. Frankfurt, New York 2006.
- Genenger, Angie: *Vom Erzeuger zum Vater? Zur rechtlichen Stellung des biologischen Vaters unter besonderer Berücksichtigung des Rechts zur Anfechtung der Vaterschaft*. Hamburg 2006.
- Geserick, Gunther: „Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten“. In: *FPR* 2002, S. 380-383.
- Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder (*Nichtehelichen-Gesetz – NEhelG*) vom 19.08.1969. Ein Kommentar von Felix Odersky. Bielefeld 1978.
- Gesetz zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten (Kinderrechteverbesserungsgesetz, KindRVerbG) vom 09.04.2002, veröffentlicht in: *Bundesgesetzblatt* Jahrgang 2002, Teil I, Nr. 23 vom 11.04.2002, S. 1239-1240.
- Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes: Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zum Entwurf (BT-Drucksache 15/2253), *Bundestags-Drucksache* 15/2492 vom 12.02.2004, 12 S.
- Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes, zur Registrierung von Vorsorgeverfügungen und zur Einführung von Vordrucken für die Vergütung von Berufsbetreuern vom 23.04.2004, veröffentlicht in: *Bundesgesetzblatt* Jahrgang 2004, Teil I, Nr. 18 vom 28.04.2004, S. 598-600.

- Gesetz über genetische Untersuchungen zur Klärung der Abstammung in der Familie: Gesetzentwurf des Bundesrates, *Bundestags-Drucksache* 16/5370 vom 16.05.2007, 12 S.
- Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz – GenDG) vom 31.07.2009, veröffentlicht in: *Bundesgesetzblatt* Jahrgang 2009, Teil I, Nr. 50, vom 04.08.2009, S. 2529-2538.
- Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren: *Referentenentwurf* vom 26.04.2007, http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzesmaterialien/16_wp/vaterschaftsklaerung/refe.pdf (05.10.2013), 28 S.
- Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren: *Gesetzentwurf der Bundesregierung*, http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzesmaterialien/16_wp/vaterschaftsklaerung/rege.pdf (05.10.2013), 32 S.; eingebracht in den Bundesrat am 10.08.2007, vgl. *Bundesrats-Drucksache* 549/07, eingebracht in den Bundestag am 04.10.2007, vgl. *Bundestags-Drucksache* 16/6561.
- Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren: Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) a) zum Gesetzentwurf der Bundesregierung – BT-Drucksachen 16/6561, 16/6649, sowie b) zu dem Gesetzentwurf des Bundesrates – BT-Drucksache 16/5370: Entwurf eines Gesetzes über genetische Untersuchungen zur Klärung der Abstammung in der Familie, *Bundestags-Drucksache* 16/8219 vom 20. 02. 2008, 8 S.
- Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren vom 26.03.2008, veröffentlicht in: *Bundesgesetzblatt* Jahrgang 2008, Teil I, Nr. 11 vom 31.03.2008, S. 441-443, verfügbar unter: http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Kl%C3%A4rung_Vaterschaft_Gesetz.pdf (05.10.2013).
- Gesetzentwurf eines Abgeordneten aus Tennessee, USA, vom 20.02.2008: *House Bill 2964 of Representative G. A. Hardaway*. Zur Vorlage vor den Unterausschuss „Public Health and Family Assistance of Health and Human Resources“, 2 S.
- Gesetzesantrag der FDP-Fraktion im Bundestag: Antrag – Verfahren der Vaterschaftstests vereinfachen und Grundrechte wahren. *Bundestags-Drucksache* 15/4727 vom 26.01.2005, 2 S.
- Gesetzesantrag des Freistaats Bayern: Entwurf eines Gesetzes über genetische Untersuchungen zur Klärung der Abstammung in der Familie, *Bundesrats-Drucksache* 369/05 vom 20.05.2005, 15 S.
- Gesetzesantrag des Landes Baden-Württemberg: Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Persönlichkeitsrechte bei Abstammungsuntersuchungen, *Bundesrats-Drucksache* 280/05 vom 21.04.2005, 12 S.
- Gilding, Michael: “DNA paternity testing without the knowledge or consent of the mother: new technology, new choices, new debates”. In: *Family Matters – Journal of the Australian Institute of Family Studies*, no. 68, Winter 2004, S. 68-75.
- Godelier, Maurice: *Métamorphoses de la parenté*. Paris: Fayard 2004.
- Gottwald, Peter: „Recht auf Kenntnis der biologischen Abstammung?“ In: Hans Forkel (Hg.): *Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen*. FS für Heinrich Hubmann. Frankfurt a. M. 1985, S. 111-125.

- Graalman-Scheerer, Kirsten (2000): „DNA-Analyse – ‘Genetischer Fingerabdruck’“. Strafrechtsrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der molekulargenetischen Untersuchung“. In: *Kriminalistik* 22, S. 328–335.
- Graw, Ansgar: „Recht für Gehörnte“. In: *WELT online* vom 28.03.2007, <http://www.welt.de/debatte/kommentare/article6068422/Recht-fuer-Gehoernte.html> (05.10.2013).
- Grimm, Dieter: *Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen*. München 2001.
- Grün, Klaus-Jürgen: *Vaterschaftsfeststellung und -anfechtung für die gerichtliche, anwaltliche und behördliche Praxis*. Berlin 2003.
- Haas, Hildegard; Waldenmaier, Claus (Hg.): *Der Kuckucksfaktor® – Raffinierte Frauen? Verheimlichte Kinder? Zweifelnde Väter?* Prien 2004.
- Harms-Ziegler, Beate: *Illegitimität und Ehe. Illegitimität als Reflex des Ehediskurses in Preußen im 18. und 19. Jahrhundert*. Berlin 1991.
- Harms-Ziegler, Beate: „Außereheliche Mutterschaft in Preußen im 18. und 19. Jahrhundert“. In: Ute Gerhard (Hg.): *Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart*. München 1997, S. 325–344.
- Harrasser, Albert: *Das anthropologisch-erbbiologische Vaterschaftsgutachten*. Handbuch für den Vormund Heft 10a. Köln, Berlin 1957.
- Hartmann, Martin: *Die Praxis des Vertrauens*. Berlin 2011.
- Hassenstein, Bernhard: „Der Wert der Kenntnis der eigenen genetischen Abstammung“. In: *FamRZ* 1988, S. 120–123.
- Hausmaninger, Herbert: *Römisches Privatrecht*. Wien, Köln, Weimar⁸1997.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (1821). Werke 7, hg. von Eva Moldenhauer, Karl Markus Michel, Frankfurt a. M.²1989.
- Heiderhoff, Bettina: „Kann ein Kind mehrere Väter haben?“ In: *FamRZ* 2008, S. 1901–1908.
- Helms, Tobias: „Das neue Verfahren zur Klärung der leiblichen Abstammung.“ In: *FamRZ* 2008, S. 1033–1037 (= 2008a).
- Helms, Tobias: „Entwurf eines Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren.“ In: *StAZ* 2008, S. 7–9 (= 2008b).
- Henrich, Dieter: „Das Kind mit zwei Müttern (und zwei Vätern) im internationalen Privatrecht.“ In: Sibylle Hofer (Hg.): *Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab*. Bielefeld 2005, S. 1141–1152.
- Henrich, Dieter: „Zum Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Rechts zur Anfechtung der Vaterschaft.“ In: *FamRZ* 2006, S. 977–979.
- Hesral, Harald: *Inhalt und Wirksamkeit von Leihmutter- und Eizellenspendeverträgen*. Rheinfelden 1990.
- Hochleitner, Karin: *Die rechtliche Stellung nicht-ehelicher Kinder vor und nach der Reform von 1970. Ein Vergleich der Zielsetzungen 1900 und 1970 anhand von 4 Teilkomplexen*. Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechtswissenschaft. Betreut von H. P. Westermann und G. Otte. Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft, 06.07.1982.
- Hoffmann-Riem, Christa: „Fragmentierte Elternschaft: technologischer Fortschritt und familiäre Verarbeitung“. In: Karl Lüscher, Franz Schultheis, Michael Wehrspaan (Hg.): *Die ‘postmoderne’ Familie. Familiäre Strategien und Familienpolitik in einer Übergangszeit*. Konstanz 1988, S. 216–233.

- Hohloch, Gerhard: *Familienrecht*. Stuttgart, München et al. 2002.
- Höpfner, Ludwig Julius Friederich: *Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen nach deren neuesten Ausgabe*. 7. Auflage, von Neuem durchges., mit einigen Anmerkungen u. Zusätze begleitet von Adolph Dieterich Weber. Frankfurt: Varrentrapp & Wenner 1803 (Originalausgabe: 1783).
- Huber, Christian: „Der Unterhaltsanspruch des Scheinvaters.“ In: *FamRZ* 2004, S. 145-148.
- Huber, Christian: „Wem gehören die Gene des Kindes? – Sorgerechtsbefugnisse beim Vaterschaftstest.“ In: *FamRZ* 2006, S. 1425-1427.
- Hubig, Christoph: „Benötigen deinstitutionalisierte ‘postmoderne’ Gesellschaften Vertrauen?“ Vortrag auf dem ersten *Hagener Kolloquium der Wirtschaftsphilosophie: Sozialkapital Vertrauen*, Christian-Jakob-Kraus-Institut 06.03.2004, 25 S., <http://www.fernuni-hagen.de/PRPH/hubig.pdf> (05.10.2013).
- Hull, Isabel: „Sexualstrafrecht und geschlechtsspezifische Normen in den deutschen Staaten des 17. und 18. Jahrhunderts.“ In: Ute Gerhard (Hg.): *Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart*. München 1997, S. 221-234.
- Hummel, Konrad: „Der Stand der medizinischen Wissenschaft in der Abstammungsbegutachtung und die Frage: Vaterschaftsfeststellung ohne Beweisregel?“ In: *FamRZ* 1969, S. 19-23.
- Hußty, Zacharias Gottlieb: *Diskurs über die medizinische Polizei*. 2 Bde. Preßburg und Leipzig: Verlag Anton Löwe 1786.
- Hyder, David Jalal: „Foucault, Cavaillès, and Husserl on the Historical Epistemology of the Sciences“. In: *Perspectives on Science* 11 (2003), S. 107-129.
- Iacob, Marcela: „Reproduction et division juridique des sexes.“ In: *Les temps modernes* 609 (2000), 55:4, S. 242-262.
- Iacob, Marcela: *L'Empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*. Paris: Fayard 2004.
- Janich, Peter: „Szientismus und Naturalismus. Irrwege der Naturwissenschaft als philosophisches Programm?“ In: Geert Keil, Herbert Schnädelbach (Hg.): *Naturalismus. Philosophische Beiträge*, Frankfurt a. M. 2000, S. 289-309.
- Jansco, Jutta: „Das Klopfen am Stammbaum“ (Interview). In: Hildegard Haas, Claus Waldenmaier (Hg.): *Der Kuckucksfaktor® – Raffinierte Frauen? Verheimlichte Kinder? Zweifelnde Väter?* Prien 2004, S. 261-269.
- Jastrow, Hermann: *Das Recht der Frau nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch: dargestellt für die Frauen*. Berlin: Liebmann 1897.
- Jerouschek, Günter: *Lebensschutz und Lebensbeginn: Kulturgeschichte des Abtreibungsverbots*. Stuttgart 1988.
- Kaebnick, Gregory E.: „The Natural Father: Genetic Paternity Testing, Marriage, and Fatherhood.“ In: *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* 13 (2004), S. 49-60.
- Kaminski, Andreas: *Technik als Erwartung. Grundzüge einer allgemeinen Technikphilosophie*. Bielefeld 2010 (= 2010a).
- Kaminski, Andreas: „Psychotechnik und Intelligenzforschung: 1903-1933“. In: Christopher Coenen, Reinhard Heil, Stefan Gammel, Andreas Woyke (Hg.): *Human Enhancement: Historische, philosophische und ethische Aspekte*. Bielefeld 2010, S. 117-142 (= 2010b).

- Kant, Immanuel: *Die Metaphysik der Sitten* (= Akademie-Ausgabe Bd. VI). Werk-
ausgabe Bd. VIII, hg. von Wilhelm Weischedel. Frankfurt a. M. 1977.
- Kaube, Jürgen: „Vaters Kind ohne sicheren Boden“. (Rezension zu Ogorek 2005)
In: *Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung* vom 10.07.2005.
- Kay, Lily Ellen: *Das Buch des Lebens. Wer schrieb den genetischen Code?* Frankfurt
a. M. 2005.
- Keil, Geert; Schnädelbach, Herbert: „Naturalismus“, in: dies. (Hg.): *Naturalismus.
Philosophische Beiträge*, Frankfurt a. M. 2000, S. 7-44.
- Kettner, Matthias: „Neue Formen gespaltener Elternschaft“. In: *Aus Politik und
Zeitgeschichte*. Beilage zur Wochenzeitung 'Das Parlament' vom 29.06.2001,
S. 34-43.
- Khaïat, Lucette (Hg.): *Studies on the socio-economic impact of biotechnology: genet-
ic fingerprints: scientific truth and filiation law*. Publ. by the European Com-
mission, Directorate-General 12, Luxembourg: Office for Official Publ. of
the EC, 1996.
- Kieler Institut für Rechtsmedizin: Studie von 2006. Vorgestellt in: *unizeit* Nr. 39
vom 09.12.2006: <http://www.uni-kiel.de/unizeit/index.php?bid=390102>
(05.10.2013).
- Kielstra, Paul: *In search of clarity: Unravelling the complexities of executive decision-
making*. Hg. von Denis McCauley (Sept. 2007). Economist Intelligence Unit.
London. http://graphics.eiu.com/upload/EIU_In_search_of_clarity.pdf
(05.10.2013), 24 S.
- Kleineke, Wilhelm: *Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung*. Göttingen
1976.
- Klippel, Diethelm: „Familienpolizei. Staat, Familie und Individuum in Naturrecht
und Polizeiwissenschaft um 1800“. In: Sibylle Hofer (Hg.): *Perspektiven des
Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab*. Bielefeld 2005, S. 125-141.
- Klosinski, Gunther: „Ist der Anspruch auf Abstammungsklä rung und anschließen-
der Vaterschaftsanfechtung dem Familienwohl förderlich?“ In: *FPR* 2007,
S. 385-389.
- Knecht, Michi; Klotz, Maren; Beck, Stefan (Hg.): *Reproductive Technologies as
Global Form: Ethnographies of Knowledge, Practices, and Transnational En-
counters*. Frankfurt a. M. 2010.
- Knitschky, Wilhelm Ernst: *Das Rechtsverhältniss zwischen Eltern und Kindern nach
dem Bürgerlichen Gesetzbuch*. Berlin: Häring 1899.
- Knütel, Rolf: „Zur Adoption im römischen Recht“. In: Hans Friedhelm Gaul
(Hg.): *Familienrecht in Geschichte und Gegenwart*. Symposium aus Anlaß des
80. Geburtstages von Friedrich Wilhelm Bosch. Bielefeld 1992, S. 3-21.
- Köbler, Gerhard: „Das Familienrecht in der spätmittelalterlichen Stadt.“ In: Alf-
red Haverkamp (Hg.): *Haus und Familie in der spätmittelalterlichen Stadt*.
Köln, Wien 1984, S. 136-160.
- Köbler, Gerhard: *Deutsche Rechtsgeschichte. Ein systematischer Grundriß*. München
1996.
- Koch, Elisabeth: „Der Anspruch der Deszendenten als Klärung der genetischen
Abstammung – ein Paradigmenwechsel im Abstammungsrecht.“ In: *FamRZ*
1990, S. 569-574.
- Königliches Preußisches Hof- und Kammergericht: „Rechtliches Erkenntnis des
Königlichen Preußischen Hof- und Kammergerichts zu Berlin, in Sachen ei-

- nes von seinem Vater nicht erkannten Sohnes, wider den Vater.“ In: *Magazin für die gerichtliche Arzneikunde und medizinische Polizei*, 4. Stück 1783, Stendal, S. 89-904.
- Köppelle, Winfried: „Den Bock zum Gärtner gemacht“. In: *Laborjournal* 3 (2004), S. 40-44.
- Köppelle, Winfried: „Gutachter in eigener Sache“. In: *Süddeutsche Zeitung* vom 11.03.2004.
- Kröner, Hans-Peter: „Von der Vaterschaftsbestimmung zum Rassegutachten. Der erbbiologische Ähnlichkeitsvergleich als ‘österreichisch-deutsches Projekt’ 1926-1945“. In: *Berichte zur Wissenschaftsgeschichte* 22 (1999), S. 257-264.
- Kroeschell, Karl: *Haus und Herrschaft im frühen deutschen Recht*. Göttingen 1968.
- Leach, Edmund R.: *Rethinking Anthropology*. Reprint der Ausg. 1961. New York: Athlone Press 1968.
- Lehmann, Heinrich: *Deutsches Familienrecht*. 4. neubearbeitete Auflage von Dieter Henrich, Berlin 1967.
- Leineweber, Anke: *Die rechtliche Beziehung des nichtehelichen Kindes zu seinem Erzeuger in der Geschichte des Privatrechts*. Beiträge zur neueren Privatrechtsgeschichte Bd. 7. Königstein/Ts. 1978.
- Leitlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten* von der Arbeitsgemeinschaft der Sachverständigen für Abstammungsgutachten in der BRD e. V. von 2002: <http://www.ibsg.de/docs/leitl.pdf> (05.10.2013).
- Leitlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten* von der Deutschen Gesellschaft für Abstammungsbegutachtung e. V. (DGAB) von 2008: http://www.dgab.org/Website/Aktuelles_files/Leitlinien_2008.pdf (05.10.2013).
- Lemke, Thomas: „Test“. In: Ulrich Bröckling, Susanne Krasmann, Thomas Lemke (Hg.): *Glossar der Gegenwart*. Frankfurt a. M. 2004, S. 263-270.
- Lemke, Thomas: *Die Polizei der Gene. Formen und Felder genetischer Diskriminierung*. Frankfurt a. M. 2006.
- Lemke, Thomas: *Governementalität und Biopolitik*. Wiesbaden 2008.
- Lenzen, Dieter: *Vaterschaft. Vom Patriarchat zur Alimentation*. Reinbek bei Hamburg 1991.
- Leske, Franz: *Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des Preussischen Allgemeinen Landrechts*. 2. Hälfte: Familienrecht – Erbrecht, Berlin: Liebmann, 1. und 2. Auflage 1903.
- Lévi-Strauss, Claude: *Die elementaren Strukturen der Verwandtschaft*. Frankfurt a. M. 1984.
- Liebermann, Debra; Tooby, John; Cosmides, Leda: “The architecture of human kin detection”. In: *Nature* 445 (2007), S. 727-732.
- Linsler, Josef: „Leitartikel: Vorrang der Mutter – Väter, die Gewissheit über die Identität ihres Kindes haben wollen, sollen Bußgeld zahlen.“ In: *ISUV-Report*, Verbandspublikation und Informationsmagazin des Interessenverbands Unterhalt und Familienrecht – ISUV/VDU e. V., Nr. 103, 1 (2005), S. 4.
- Löhnig, Martin: „Das Gesetz zur Ergänzung des Rechts zur Anfechtung der Vaterschaft.“ In: *FamRZ* 2008, S. 1130-1133.
- Luh, Carla Katharina: *Die Prinzipien des Abstammungsrechts: Reformvorschlag im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Vaterschaftstests*. Hamburg 2008.

- Luhmann, Niklas: *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*. Stuttgart 1968.
- Luhmann, Niklas: *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt a. M. ²1985.
- Luhmann, Niklas: *Die Wissenschaft der Gesellschaft*. Frankfurt a. M. 1990.
- Luhmann, Niklas: „Vertrautheit, Zuversicht, Vertrauen. Probleme und Alternativen“ [Originalveröffentlichung 1988]. In: Martin Hartmann, Claus Offe (Hg.): *Vertrauen. Die Grundlage des sozialen Zusammenhalts*. Frankfurt a. M. 2001, S. 143-160.
- Mantey, Wilhelm: *Die Rechte des unehelichen Kindes und seiner Mutter nach dem Preußischen Recht im Gebiete des Allg. Landrechts und dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich: dargestellt in Form eines Kommentars zu den §§ 1705-1718 BGB*. Königsberg; Hartung 1897.
- Martin, Wolfgang; Muche, Matthias; Zang, Klaus D.: „Kritische Stellungnahme zu den neuen Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten“. In: *FamRZ* 2003, S. 76-77.
- Marzano, Michela: *Éloge de la confiance*. Paris: Pluriel 2010.
- Masius, Georg Heinrich: *Handbuch der gerichtlichen Arzneiwissenschaft. Zum Gebrauche für gerichtliche Ärzte und Rechtsgelehrte*. Stendal, bey Franzen und Grosse, Bd. 1,1 1821, Bd. 1,2 1822, Bd. 1,3 1823, Bd. 2,1 1823, (bei den letzten beiden Bänden: Mitverfasser: Carl Ludwig Klose) Bd. 2,2 1831, Bd. 2,3 1832.
- Mathes, Eugene W.: „Men’s Desire for Children carrying their genes and sexual jealousy: A test of paternity uncertainty as an explanation of male sexual jealousy“. In: *Psychological reports* 96 (2005), S. 791-798.
- Mayer, Thomas; Müller, Tobias: „Die Ungleichmacher.“ In: *Der Standard*. Wien, 17./18.04.2010, Schwerpunktausgabe Gen, <http://derstandard.at/1271374498107/Die-Ungleichmacher> (05.10.2013).
- Mende, Ludwig Julius Caspar: *Ausführliches Handbuch der gerichtlichen Medizin für Gesetzgeber, Rechtsgelehrte, Ärzte und Wundärzte*. Leipzig, Dyksche Buchhandlung, Bd. 1 1819, Bd. 2 1821, Bd. 3 1822, Bd. 4 1826, Bd. 5 1829, Bd. 6 1832.
- Merleau-Ponty, Maurice: *Das Sichtbare und das Unsichtbare*. München ²1994.
- Metzger, Johann Daniel: *Handbuch der Staatsarzeneykunde, enthaltend die medizinische Policy und die gerichtliche Arzeneywissenschaft*. Züllichau: Frommann 1787.
- Meyer, Petra: *Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung als Element der Persönlichkeitsentwicklung*. Baden-Baden 2005.
- Meyer-Drawe, Käte: *Illusionen von Autonomie*. München ²2000.
- Mikat, Paul: „Rechtsgeschichte und rechtspolitische Erwägungen zum Zerrüttungsprinzip.“ In: *FamRZ* 1962, Teil I: S. 81-89; Teil II: S. 273-281; Teil III: S. 497-504; *FamRZ* 1963, Teil IV: S. 65-76.
- Mitteis, Heinrich; Lieberich, Heinz: *Deutsche Rechtsgeschichte*. München ¹⁵1981.
- Mitterauer, Michael: „Ehe, Fortpflanzung und Sexualität.“ In: Michael Mitterauer, Reinhard Sieder: *Vom Patriarchat zur Partnerschaft. Zum Strukturwandel der Familie*. München ³1984 (= 1984a), S. 144-168.

- Mitterauer, Michael: „Die Familie als historische Sozialform.“ In: Michael Mitterauer, Reinhard Sieder: *Vom Patriarchat zur Partnerschaft. Zum Strukturwandel der Familie*. München³1984 (= 1984b), S. 13-37.
- Mitterauer, Michael: „Familie und Arbeitsorganisation in städtischen Gesellschaften des spätern Mittelalters und der frühen Neuzeit.“ In: Alfred Haverkamp (Hg.): *Haus und Familie in der spätmittelalterlichen Stadt*. Köln, Wien 1984 (= 1984c), S. 1-36.
- Morgan, Lewis: *Systems of consanguinity and affinity*. Nachdruck der Ausgabe Washington 1871. Oosterhout: Anthropological Publ. 1970.
- Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*. Amtliche Ausgabe. 4 Bde. Band 1: Allgemeiner Theil; Band 4: Familienrecht. Berlin, Leipzig: Guttentag 1888, ND: Goldbach 1983. Zitiert als: Motive Band 1 bzw. Motive Band 4 (Planck).
- Mugdan, Benno (Hg.): *Die gesammten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Band 4: Familienrecht*. Berlin 1899. ND Aalen 1979.
- Mühl, Melanie: „Der Vater“. In: FAZ vom 02.08.2008, S. 40.
- Müller, Johann Valentin: *Entwurf der gerichtlichen Arzneywissenschaft (nach juristischen und medicinischen Grundlagen für Geistliche, Rechtsgelehrte und Aerzte)*. Frankfurt a. M., Andreaische Buchhandlung. Bd. 1 1796, Bd. 2 1798, Bd. 3 1800, Bd. 4 1801.
- Müller-Sievers, Helmut: „Über Zeugungskraft. Biologische, philosophische und sprachliche Generativität.“ In: Hans-Jörg Rheinberger, Michael Hagner, Bettina Wahrig-Schmidt (Hg.): *Räume des Wissens. Repräsentation, Codierung, Spur*. Berlin 1997, S. 145-164.
- Müller-Sievers, Helmut: „Ahnen ahnen. Formen der Generationenerkennung in der Literatur um 1800.“ In: Sigrid Weigel (Hg.): *Generation. Zur Genealogie des Konzepts – Konzepte von Genealogie*. Paderborn, München 2005, S. 157-169.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (MüKo)*, 5. Auflage, hg. von Franz Jürgen Säcker und Roland Rixecker. Band 8: „Familienrecht II, §§ 1589 – 1921, SGB VIII“. Redakteur: Dieter Schwab, Autoren/Bearbeiter: Schwab, Seidel, Wellenhofer et al., München 2008 (Zitierweise: Autor/Müko 2008, Paragraph, RdNr. = Randnummer des Absatzes).
- Muscheler, Karlheinz; Bloch, Anke: „Das Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung und der Anspruch des Kindes gegen die Mutter auf Nennung des leiblichen Vaters.“ In: *FPR* 2002, S. 339-352.
- Muscheler, Karlheinz: „Die Zukunft des heimlichen Vaterschaftstests“. In: *FPR* 2007, S. 389-392. Wiederabdruck in: Wassilis E. Fthenakis, Martin R. Textor (Hg.): *Online-Familienhandbuch des Staatsinstituts für Frühpädagogik (IFP)*, http://www.familienhandbuch.de/cms/Rechtsfragen_Vaterschaftstests.pdf (01.06.2010), Ausgabe von 2009.
- Muscheler, Karlheinz: „Die Klärung der Vaterschaft.“ In: *FPR* 2008, S. 257-263.
- Mutschler, Dietrich: „Unerlaubte DNA-Gutachten als Einfallstor für die gerichtliche Vaterschaftsanfechtung? – Bemerkungen zu Rittner/Rittner NJW 2002, 1745 ff.“. In: *FamRZ* 2003, S. 74-76.
- Nash, Catherine: „Genetic kinship.“ In: *Cultural Studies* 18 (2004), S. 1-33.

- Needham, Rodney (Hg.): *Rethinking Kinship and Marriage. Material presented at a conference, sponsored by the Assoc. of Social Anthropologists of the Commonwealth, held at the Univ. of Bristol, 1-4 April 1970.* London: Tavistock 1971.
- Nelkin, Dorothy: „Die gesellschaftliche Sprengkraft genetischer Information“. In: Daniel J. Kevles (Hg.): *Der Supercode. Die genetische Karte des Menschen.* Frankfurt a. M., Leipzig 1995, S. 195-209.
- Netzwerk „Pro-Test“, <http://www.pro-test.net> (05.10.2013).
- Oberloskamp, Helga: „Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung.“ In: *Familie und Recht* 5 (1991), S. 263-269.
- Ogorek, Regina: „Zwar sagt die Mutter, dass ich von ihm bin – aber ich weiß es nicht.“ Zur Verwertbarkeit heimlicher DNS-Analysen in Vaterschaftsanfechtungsverfahren. In: Rainer Maria Kiesow, Regina Ogorek, Spiros Simitis (Hg.): *Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag,* Frankfurt a. M. 2005, S. 459-486.
- OLG Celle: 15 UF 84/03 vom 29.10.2003, veröffentlicht in: *NJW* 2004, S. 449-451.
- OLG Jena: 1 UF 358/02 vom 06.03.2003, veröffentlicht in: *FPR* 2003, S. 374-376.
- OLG Karlsruhe: 2 UF 206/06 vom 12.12.2006, veröffentlicht in: *FamRZ* 2007, S. 924 ff.
- Orel, Sonja: *Heimliche Vaterschaftstests. Perspektiven für eine Reform der Vaterschaftsuntersuchungsmöglichkeiten.* München 2008.
- Orland, Barbara: „Spuren einer Entdeckung. (Re-)Konstruktionen der Unfruchtbarkeit im Zeitalter der Fortpflanzungsmedizin“. In: *Gesnerus* 58 (2001), S. 5-29.
- Ostermann, Stephanie: *Das Klärungsverfahren gemäß § 1598 a BGB. Abstammungsrechtlicher Kontext und verfassungsrechtliche Vorgaben.* Berlin 2009.
- Pappenheim, Max: „Über künstliche Verwandtschaft im germanischen Recht.“ In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germanische Abteilung* 29 (1908), S. 304-333.
- Pawlik, Michael: „Sprechen wir über die Kosten hinter der Autonomieflöskel – Udo Benzhöfer sammelt historische Argumente für die Sterbehilfe.“ *FAZ* vom 10.02.2010.
- Pawlowsky, Verena: „Die Mütter der Wiener Findelkinder. Zur rechtlichen Situation ledig gebärender Frauen im 18. und 19. Jahrhundert.“ In: Ute Gerhard (Hg.): *Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart.* München 1997, S. 367-381.
- Pearson, Barry: „A matter of opinion’ – Unofficial paternity tests and the impacts on children.“ 25.07.2003, <http://www.childsupportanalysis.co.uk/papers/opinion/information.htm> (05.10.2013).
- Perrot, Michelle (Hg.): *Von der Revolution zum großen Krieg.* Band 4 der Reihe: Philippe Ariès, Georges Duby (Hg.): *Geschichte des privaten Lebens.* 5 Bde. Frankfurt a. M. 1994.
- Peschel-Gutzeit, Lore Maria: „Das Kinderrechteverbesserungsgesetz – KindR-VerbG – vom 9.4.2002. Ein weiterer Schritt auf dem Weg zur Verwirklichung des Kindeswohls.“ In: *FPR* 2002, S. 285-289.
- Peschel-Gutzeit, Lore Maria: „Die geschichtliche Entwicklung der Vaterstellung im deutschen Recht seit 1900.“ In: *FPR* 2005, S. 167-172.

- Petersen, Imme: *Konzepte und Bedeutung von 'Verwandtschaft'. Eine ethnologische Analyse der Parlamentsdebatten zum bundesdeutschen Embryonenschutzgesetz*. Herbolzheim 2000.
- Petition gegen ein Verbot anonymen Vaterschaftstests, organisiert im Jahr 2005 von der *Männer- und Jugendzentrale in Rosenheim*, Wolfgang Wenger: <http://www.petitiononline.com/majuze/petition.html> (17.07.2010).
- Planck, Gottlieb: „Familienrecht“. Band 4 mit drei Teilbänden, aus der Reihe: Schubert, Werner (Hg.): *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches*. ND der als MS vervielfältigten Ausgabe der Jahre 1875-1888. Berlin, New York 1983. Zitiert als: Planck (hg. Schubert), Vorlagen Band.
- Prantl, Heribert: „Das Recht der Spermien“. In: *Süddeutsche Zeitung* vom 22.12.2010, S. 4.
- Raming, Ida: „Stellung und Wertung der Frau im kanonischen Recht.“ In: Ute Gerhard (Hg.): *Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart*. München 1997, S. 698-712.
- Ramm, Thilo: *Einführung in das Privatrecht: Allgemeiner Teil des BGB*. 3 Bde. München ²1975.
- Ramm, Thilo: „Die Fortpflanzung – ein Freiheitsrecht?“ In: *Juristenzeitung (JZ)* 1989, S. 861-874 (= 1989a).
- Ramm, Thilo: „Ehelichkeitsanfechtung und Bundesverfassungsgericht.“ In: *NJW* 1989, S. 1594-1597 (= 1989b).
- Ramm, Thilo: *Jugendrecht – ein Lehrbuch*. München 1990.
- Ramm, Thilo: „Kindschaftsrechtsreform?“ In: *Juristenzeitung (JZ)* 1996, S. 987-994.
- Rasche, Uta: „Ist das Kind von mir?“ In: *Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung* vom 18.02.2007.
- Ratgeber Medizin.de*: „Vaterschaftstest: 200% Gewissheit der Vaterschaft“, <http://www.medicin.de/ratgeber/themen-a-z/v/vaterschaftstest.html> (05.10.2013).
- Reche, Otto: „Zur Geschichte des biologischen Abstammungsnachweises in Deutschland.“ In: *Volk und Rasse* 13:XI (1938), S. 369-375.
- Reichelt, Andreas: *Verfahren, Zulässigkeit und Auswirkungen der DNA-Technologie (genetischer Fingerabdruck) auf den Anwendungsbereich der Vaterschaftsvermutung im Rahmen des § 1600 II BGB*. Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht 136, Bielefeld 1992.
- Reichelt, Andreas; Schmidt, Angelika; Schmidtke, Jörg: „Zulässigkeit und gerichtliche Verwertbarkeit privat veranlaßter Abstammungsgutachten.“ In: *FamRZ* 1995, S. 777-781.
- Rheinberger, Hans-Jörg: *Experimentalsysteme und epistemische Dinge. Eine Geschichte der Proteinsynthese im Reagenzglas*. Göttingen 2001.
- Richtlinie der Gendiagnostik-Kommission (GEKO) für die Anforderungen an die Durchführung genetischer Analysen zur Klärung der Abstammung und an die Qualifikation von ärztlichen und nichtärztlichen Sachverständigen gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 4 und Nr. 2b GenDG*. In der Fassung vom 17.07.2012, veröffentlicht und in Kraft getreten am 26.07.2012, http://www.rki.de/DE/Content/Kommissionen/GendiagnostikKommission/Richtlinien/RL_Qualifikation_Abstammungsbegutachtung.pdf (05.10.2013).

- Richtlinie der Gendiagnostik-Kommission (GEKO) zu den Anforderungen an die Inhalte der Aufklärung gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 3 GenDG bei genetischen Untersuchungen zur Klärung der Abstammung.* In der Fassung vom 01.07.2011, veröffentlicht und in Kraft getreten am 11.07.2011, <http://www.rki.de/DE/Content/Kommission/GendiagnostikKommission/Richtlinien/RL-AufklaerungAbstammung.pdf> (05.10.2013).
- Richtlinie für die Erstattung von Abstammungsgutachten.* Bekanntmachung des Wissenschaftlichen Beirats der Bundesärztekammer unter Mitwirkung des Robert-Koch-Instituts, veröffentlicht in: BGesBl 6/2002, S. 518. bzw. DÄBl 2002, 99 (10), A 665 / B 541 / C 509. <http://www.aerzteblatt.de/pdf/PP/1/4/s170.pdf> (05.10.2013).
- Rittner, Christian; Rittner, Natascha: „Unerlaubte DNA-Gutachten zur Feststellung der Abstammung – Eine rechtliche Grauzone“. In: *NJW* 2002, S. 1745-1753.
- Rittner, Christian: „Contra zu heimlichen Vaterschaftstests“. In: *FPR* 2005, S. 187-188.
- Rittner, Christian; Rittner, Natascha: „Rechtsdogma und Rechtswirklichkeit am Beispiel so genannter heimlicher Vaterschaftstests“. In: *NJW* 2005, S. 945-948.
- Rittner, Christian; Rittner, Natascha: „Ist eine Lösung der Problematik heimlicher Vaterschaftstests in Sicht?“ In: *Rechtsmedizin* 17 (2007), Nr 6, S. 389-396.
- Roper, Lyndal: „‘Wille’ und ‘Ehre’: Sexualität, Sprache und Macht in Augsburger Kriminalprozessen.“ In: Heide Wunder, Christina Vanja (Hg.): *Wandel der Geschlechterbeziehungen*, Frankfurt a. M. 1991, S. 180-197.
- Roth, Wolfgang: „Vaterschaftsanfechtung durch den biologischen Vater“. In: *NJW* 2003, S. 3153-3160.
- Rücker: „Erbbiologische Begutachtung bei umstrittener Vaterschaft vom Standpunkt der Juristen.“ In: *Deutsche Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin*, Band 29, Nr. 3, 1938, S. 176-185, <http://www.springerlink.com/content/wh02165r004x7u74/fulltext.pdf> (05.10.2013).
- Rüthers, Bernd: *Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*. Tübingen 2005.
- Saborowski, Maxine: *Der „ethische Wert“ eines „eigenen Kindes“. Normalisierende Techniken und Bevölkerungsdenken in einer Biopolitik der Reproduktionsmedizin*. Unveröffentlichtes Manuskript der Magisterarbeit, vorgelegt an der Technischen Universität Darmstadt, 2004.
- Saborowski, Maxine: „Die Biodaten des Menschen. Der ‘Wert’ der unbegrenzten Möglichkeiten.“ In: *Leviathan* 1/2008, S. 85-104.
- Schallenberg, Jörg: „Vaterschaftstests – Das Geschäft mit den Kuckuckskindern“. In: *Spiegel-Online* vom 29.11.2001, <http://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/0,1518,170260,00.html> (05.10.2013).
- Scherer, Martin: *Die Gesetzgebung des Deutschen Reiches mit Erläuterungen, 1. Theil, Bürgerliches Recht, Band IX: Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*. Erlangen: Palm und Ente 1900.
- Schiff, Fritz: „Die Blutuntersuchung bei strittiger Vaterschaft in Theorie und Praxis“. In: *Deutsche Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin*, Band 7, Nr. 1, 1926, S. 360-375, <http://www.springerlink.com/content/g77705222425713m/fulltext.pdf> (05.10.2013).

- Schmitt, Cosima: „Ein Büschel Haare schafft Gewissheit“. In: *Die Tageszeitung* vom 30.12.2004.
- Schmitz, Ulrich: *Der Unterhaltsanspruch des nichtehelichen Kindes gegen seinen Erzeuger. Die rechtsgeschichtliche und dogmatische Entwicklung im deutschen Recht*. Frankfurt a. M. u. a. 2000.
- Schmitz, Winfried: *Nachbarschaft und Dorfgemeinschaft im archaischen und klassischen Griechenland*. Berlin 2004.
- Schneider, David M.: *A Critique of the Study of Kinship*. Ann Arbor: University of Michigan Press ⁶1999 (Originalausgabe 1984).
- Schnorr, Stefan; Wissing, Volker: „Heimliche Vaterschaftstests“. In: *ZRP* 9 (2003), S. 342-343.
- Schrep, Bruno: „Familie – Geheimnis im Wattestäbchen“. In: *Der Spiegel* vom 12.01.04 (H. 3/2004).
- Schröder, Winfried: Artikel „Zeugung“. In: *Historisches Wörterbuch der Philosophie* Bd. 12, Basel: Schwabe 2004, Sp. 1330-1335.
- Schubart-Fikentscher, Gertrud: *Die Unehelichen-Frage in der Frühzeit der Aufklärung*. Berlin 1967.
- Schütz, Alfred: „Don Quixote und das Problem der Realität.“ In: ders.: *Gesammelte Aufsätze*, Bd. 2 (Studien zur soziologischen Theorie). Den Haag 1972, S. 102-128.
- Schulte, Regina: *Das Dorf im Verböhr – Brandstifter, Kindsmörderinnen und Wilderer vor den Schranken des bürgerlichen Gerichts, Oberbayern 1848–1910*. Reinbek bei Hamburg 1989.
- Schulte, Regina: „Strafrechtlicher Entwurf und Lebenswirklichkeiten von Kindsmörderinnen im 19. Jahrhundert.“ In: Ute Gerhard (Hg.): *Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart*. München 1997, S. 382-389.
- Schumann, Eva: *Die nichteheliche Familie, Reformvorschläge für das Familienrecht mit einer Darstellung der geschichtlichen Entwicklung und unter Berücksichtigung des Völker- und Verfassungsrechts*. München 1998.
- Schumann, Eva: „Kindeswohl zwischen elterlicher und staatlicher Verantwortung.“ In: Okko Behrends, Eva Schumann (Hg.): *Gesetzgebung, Menschenbild und Sozialmodell im Familien- und Sozialrecht*. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen. Neue Folge Bd. 3. Berlin, New York 2008, S. 169-225.
- Schwab, Dieter: *Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts*. Bielefeld 1967.
- Schwab, Dieter: „Gleichberechtigung und Familienrecht im 20. Jahrhundert“. In: Ute Gerhard (Hg.): *Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart*. München 1997, S. 790-827.
- Schwab, Dieter: *Familienrecht*. München ¹³2005.
- Schwab, Dieter: „Abstammungsklärung – leicht gemacht. Oder: Neuer Dialog in der Familie.“ In: *FamRZ* 2008, S. 23-27.
- Schwenzer, Ingeborg: „Ehelichkeitsvermutung und Ehelichkeitsanfechtung.“ In: *FamRZ* 1985, S. 1-9.
- Schwenzer, Ingeborg: *Vom Status zur Realbeziehung. Familienrecht im Wandel*. Baden-Baden 1987.

- Schwenzer, Ingeborg: „Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage.“ In: dies. (Hg.): *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage*. Intersentia: Antwerpen, Oxford 2007, S. 1-26.
- Schwonberg, Alexander: „BGH untersagt heimliche Vaterschaftstests – und jetzt?“ In: *Das Jugendamt* 78 (2005), 6/7, S. 265-274.
- Siegert, Gustav: Artikel „Mißtrauen“. In: Wilhelm Rein (Hg.): *Encyklopädisches Handbuch der Pädagogik* Bd. 5. Langensalza: Beyer & Mann ²1906, S. 873-874.
- Simitis, Spiros: „Familienrecht“. In: Dieter Simon (Hg.): *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*. Frankfurt a. M. 1994, S. 390-448.
- Simmel, Georg: *Soziologie*. Berlin, ⁶1983.
- Simmel, Georg: *Philosophie des Geldes*. Gesamtausgabe Band 6. Frankfurt a. M. 1989.
- Smid, Stefan: „Recht auf Kenntnis der eigenen blutsmäßigen Abstammung?“ In: *JR* 6 (1990), S. 221-226.
- Spahn, Peter: *Verwandtschaft und Vormundschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*. Berlin: Guttentag 1901.
- Statistisches Bundesamt Deutschland: *Statistik der Kinder- und Jugendhilfe 1991 – 2008*. VIII B-1, Tabelle 1.1, erhältlich auf Anfrage.
- Statistisches Bundesamt Deutschland: *Bevölkerung und Erwerbstätigkeit. Haushalte und Familien – Ergebnisse des Mikrozensus 2008*. Erschienen am 29.07.2009. Artikelnummer: 2010300087004 (als pdf erhältlich). Fachserie 1 Reihe 3, Wiesbaden 2009.
- Statistisches Bundesamt Deutschland: *Familien/Paare: FP 04 Familien nach Familientyp und Alter der Kinder*, Tabelle D_FP04_MZ2009.xls, erhältlich auf Anfrage.
- Statistisches Bundesamt Deutschland: „Zahl der Adoptionen im Jahr 2009 erneut deutlich zurückgegangen“. Pressemitteilung Nr. 273 vom 04.08.2010, https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2010/08/PD10_273_225.html (05.10.2013).
- Statistisches Bundesamt Deutschland: „Babys in den neuen Bundesländern haben jüngere Mütter“. Pressemitteilung Nr. 445 vom 02.12.2010, https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2010/12/PD10_445_12641.html (05.10.2013).
- Staudinger, Julius von (Hg.): *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. Band 4: Familienrecht*, erläutert von Theodor Engelmann. München: Schweitzer 1899.
- Stintzing, Roderich: „Bemerkungen über die Präsuntion der ehelichen Vaterschaft.“ In: *Jherings Jahrbücher* 9 (1868), S. 416-450.
- Tazi-Preve, Mariam Irene; Kaindl, Markus; Kapella, Olaf; Klepp, Doris; Krenn, Benedikt; Seyyed-Hashemi, Setare; Titton, Monica: *Väter im Abseits. Zum Kontaktabbruch der Vater-Kind-Beziehung nach Scheidung und Trennung*. Wiesbaden 2007.
- Théry, Irène (Hg.): *Couple, filiation et parenté aujourd'hui: le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*. Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice. Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, Ministère de la Justice, Paris: Jacob et al. 1998.

- Tolmein, Oliver: „Zugriff verweigert – Vaterschaftstests als Exempel eines Rechts auf Nichtwissen“. In: *FAZ* vom 15.01.2005, S. 34.
- Turney, Lyn; Gilding, Michael; Critchley, Christine; Shields, Penelope; Bakacs, Lisa; Butler, Kerrie-Anne: „DNA Paternity Testing: public perceptions and the influence of gender.“ In: *Australian Journal of Emerging Technologies and Society* 1 (2003), S. 21-37.
- Turney, Lyn: „Power, Knowledge and the Discourse of ‘Paternity Fraud’“. In: *International Journal of the Humanities* Vol. 2. No. 1 (2004), S. 223-231.
- Turney, Lyn: „Paternity testing and the biological determination of fatherhood.“ In: *Journal of Family studies* 12 (2006), S. 73-93.
- Turney, Lyn: „‘Paternity Fraud’ and the Invisible Child“. In: *Australian Journal of Emerging Technologies and Society* Vol. 5, No. 2 (2007), S. 119-131.
- Valentin, Julia Maria: *Biologische Abstammung als Maßstab rechtlicher Zuordnung? Eine rechtsvergleichende Betrachtung des Abstammungsrechts in Deutschland und der Schweiz*. Frankfurt a. M. u. a. 2010.
- Väteraufbruch für Kinder e. V.: <http://www.vaeteraufbruch.de> (05.10.2013).
- Vec, Milos: „Das öffentliche Interesse an der Ehe. Fiskus und Seelenheil: Familienpolizei vor 1800.“ (Rezension zum Artikel von Klippel 2005). In: *FAZ* vom 29.11.2006.
- Vogel, Ursula: „Gleichheit und Herrschaft in der ehelichen Vertragsgesellschaft – Widersprüche der Aufklärung.“ In: Ute Gerhard (Hg.): *Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart*. München 1997, S. 265-292.
- Volkmar, Friedrich Nathanael: *Philosophie der Ehe*. Hemmerde und Schwetschke: Halle 1794.
- Waldenfels, Bernhard: *In den Netzen der Lebenswelt*. Frankfurt a. M. 21994.
- Weber, Marianne: *Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung: eine Einführung*. Tübingen 1907.
- Wellenhofer-Klein, Marina: Das neue Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren. In: *NJW* 17 (2008), S. 1185-1189.
- Willekens, Harry: „Die Geschichte des Familienrechts in Deutschland seit 1874: Eine Interpretation aus vergleichender Perspektive.“ In: Stephan Meder, Arne Duncker, Andrea Czelk (Hg.): *Frauenrecht und Rechtsgeschichte: Die Rechtskämpfe der deutschen Frauenbewegung*. Köln u. a. 2006, S. 137-168 (= 2006a).
- Willekens, Harry: „Vaterschaft als Institution.“ In: Mechthild Bereswill, Kirsten Scheiwe, Anja Wolde (Hg.): *Vaterschaft im Wandel. Multidisziplinäre Analysen und Perspektiven aus geschlechtertheoretischer Sicht*. Weinheim, München 2006, S. 19-36 (= 2006b).
- Windel, Peter A.: „Status und Realbeziehung“. In: Volker Lipp, Anne Röthel, Peter A. Windel (Hg.): *Familienrechtlicher Status und Solidarität*. Tübingen 2008, S. 1-52.
- Zimmermann, Jan: *Geschichte der Klage auf Feststellung der Abstammung*. Dissertation, angenommen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Kiel 1990.
- Zuck, Rüdiger: „Der (heimliche) Vaterschaftstest: Was kann der Gesetzgeber tun?“ In: *ZRP* 2005, S. 117-119.

- Zuck, Rüdiger: „Die Entscheidung des BVerfG zum heimlichen Vaterschaftstest.“
In: *FPR* 2007, S. 379-381.
- Zypries, Brigitte: Interview mit Bundesjustizministerin Brigitte Zypries: „Gentechnik – Anspruch auf Datenschutz“. In: *Spiegel* vom 10.01.2005 (H. 2/2005).