

Berlin, 29. Juli 2016

## **STELLUNGNAHME**

### **zum Entwurf eines Gesetzes des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Reform des Scheinvaterregresses, zur Rückbenennung und zur Änderung des Internationalen Familienrechtsverfahrensgesetzes**

Der Deutsche Juristinnenbund e.V. (djbb) bedankt sich für die Gelegenheit, zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Scheinvaterregresses, zur Rückbenennung und zur Änderung des Internationalen Familienrechtsverfahrensgesetzes Stellung nehmen zu können.

#### **I. Gesetz zur Reform des Scheinvaterregresses**

##### **Vorbemerkungen**

Mit seiner Entscheidung vom 24. Februar 2015 hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) den vom Bundesgerichtshof (BGH) aus § 242 BGB abgeleiteten Anspruch des rechtlichen, aber nicht biologischen Vaters (Scheinvaters) gegen die Mutter des Kindes auf Auskunft zur Identität des leiblichen Vaters des Kindes als von der Verfassung nicht mehr gedeckte Rechtsfortbildung gekennzeichnet.

Die Mutter erleide durch die Verpflichtung zur Auskunftserteilung eine schwerwiegende Beeinträchtigung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts (BVerfG, Beschluss vom 24. Februar 2015 – 1 BvR 472/14, NJW 2015, 1506 ff., Rz. 28). Durch die Verpflichtung, über die Person des mutmaßlichen leiblichen Vaters Auskunft zu erteilen, werde sie gezwungen, eine geschlechtliche Beziehung zu einem bestimmten Mann oder mehreren bestimmten Männern preiszugeben. Das aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG folgende allgemeine Persönlichkeitsrecht schütze (aber) mit der Privat- und Intimsphäre des Einzelnen auch Aspekte des Geschlechtslebens und das Interesse, diese nicht offenbaren zu müssen (BVerfG a.a.O. Rz. 29).

Eine Verpflichtung der Mutter zur Auskunftserteilung gegenüber dem Scheinvater über die Person des Vaters ist danach zwar nicht von vornherein ausgeschlossen. Das Geheimhaltungsinteresse der Mutter kann in bestimmten Konstellationen gegenüber dem finanziellen Regressinteresse des Scheinvaters (§ 1607 Abs. 3

BGB) auch weniger schutzwürdig sein (vgl. BGH, Beschluss vom 20. Februar 2013 - XII ZB 412/11, FamRZ 2013, 939ff.; siehe auch BGH, Beschluss vom 09. November 2011 - XII ZR 136/09, FamRZ 2012, 200ff., BGH, Beschluss vom 02. Juli 2014 - XII ZB 201/13, FamRZ 2014, 1440 Rn.30).

Der Auskunftsanspruch gegen die Mutter bedarf – so das BVerfG – aber einer konkreten gesetzlichen Anknüpfung. Sollte der (Regress-)Anspruch gestärkt werden, müsste der Gesetzgeber tätig werden. Grundrechtliche Schutzpflichten gebieten ein Einschreiten bzw. eine Stärkung der Rechte des Scheinvaters jedoch nicht (BVerfG a.a.O. Rz. 46).

Davon ausgehend ist bereits die Entscheidung, einen derartigen Auskunftsanspruch zu normieren, kritisch zu hinterfragen. Dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Mutter auf Geheimhaltung etwaiger geschlechtlicher Partner, das in dieser Konstellation schwer wiegt (BVerfG a.a.O. Rz. 52), stehen nämlich ausschließlich vermögensrechtliche Interessen gegenüber, wie der Entwurf in seiner Begründung nicht verkennt. Ob allein überschaubare vermögensrechtliche Interessen den gravierenden Eingriff in ein Grundrecht erfordern, ist höchst zweifelhaft, wie das folgende Beispiel deutlich macht: Nach geltendem Recht kann der noch festzustellende biologische Vater im Wege des Scheinvaterregresses für die gesamte Zeit bis zur Wirksamkeit der Vaterschaftsanfechtung im Wege der Ersatzhaftung auf den vom Scheinvater aufbrachten Unterhalt in Anspruch genommen werden (§§ 1607 Abs. 3, 1613 Abs. 2 Nr. 2a BGB). Wenn – worauf noch einzugehen sein wird – der Regress auf die beiden Jahre vor Einleitung des Verfahrens auf Anfechtung der Vaterschaft begrenzt wird, steht dem Scheinvater in aller Regel ein Anspruch auf Ersatz zu, der dem Umfang nach den 24-fachen monatlichen Betrag ausmacht, der als Unterhalt gezahlt wird. Bezogen auf den Mindestunterhalt kann bei einem sehr jungen Kind also ein Betrag in Höhe von 5.760 € (24 x 240 €) und bei einem Kind, für das Ausbildungsunterhalt gezahlt wird, ein Betrag bis zu 13.080 € (24 x 545 €) geschuldet sein (Beträge gemäß Düsseldorfer Tabelle, Stand 1. Januar 2016, nach Abzug anrechenbaren Kindergeldes).

Überdies ist die Beibehaltung und erst recht eine starke Ausgestaltung des Regressanspruchs auch rechtsvergleichend weder angezeigt noch selbstverständlich (BVerfG a.a.O. Rz. 46 unter Hinweis auf *Helms* FamRZ 2013, 943).

Der Deutsche Juristinnenbund e.V. (djb) lehnt aus den vorangestellten Gründen die mit dem Entwurf verbundene grundrechtsrelevante Erweiterung der Pflichten der Mutter ab. Sollte es bei der Entscheidung verbleiben, den Regressanspruch zu stärken, ist jedenfalls die angedachte Änderung des § 1607 BGB zu überarbeiten.

## **Im Einzelnen:**

### **1. Auskunftsanspruch (§ 1607 Abs. 4 BGB-E)**

Nach teilweise vertretener Auffassung kommt ein Auskunftsanspruch auf der Grundlage des geltenden Rechts dann in Betracht, wenn die Voraussetzungen des § 826 BGB in der Person der Mutter nachgewiesen sind (*Scheppe*, FamRZ 2015, 733-734, lediglich ein Regressanspruch gegen die Mutter besteht nicht;

Grziwotz, FF 2016, 48-52). Für die beabsichtigte Regelung eines Auskunftsanspruchs gegen die Mutter sprechen die Interessen des betroffenen Kindes. Denn im Anschluss an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist vertreten worden, den Scheinvater auf einen Auskunftsanspruch gegen das Kind zu verweisen (§§ 402, 412 BGB), das seinerseits einen Auskunftsanspruch gegen die Mutter hat (zu der Problematik zuletzt BGH NZFam 2015, 254 ff. mit Anm. *Wellenhofer* = NJW 2015, 1098 ff. mit Anm. *Löhnig*, S. 1104). Gegen diesen etwa von *Fröschle*, FamRZ 2015, 1858ff. und *Wohlgemuth*, FuR 2016, 132-135 sowie FuR 2016, 325-327 vorgeschlagenen Weg führt *Löhnig* zutreffend an, dass hier die Gefahr besteht, dass das volljährig gewordene Kind unter den Druck des Scheinvaters gerät, die Auskunft einzuholen bzw. die eingeholten Informationen zu offenbaren. Auf diese Weise wird das Kind in den Konflikt zwischen den drei beteiligten Eltern hineingezogen (*Löhnig*, Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 24. Februar 2015 [1 BvR 472/14] – Zur Frage der Grenzen der Auskunftspflicht der Kindesmutter gegenüber dem Scheinvater über die Person des leiblichen Vaters, NZFam 2015, 359).

a) Die Fassung des § 1607 Abs. 4 BGB-E erscheint verfassungsrechtlich bedenklich, Das Regel-Ausnahme-Verhältnis ist deutlicher zu machen (1); die Zumutbarkeitskriterien sollten über Regelbeispiele konkreter gefasst werden (2).

(1) Der Bundesgerichtshof hat in der Vergangenheit einen Auskunftsanspruch des Scheinvaters gegen die Mutter aus § 242 BGB angenommen und diesen aus der Sonderbeziehung abgeleitet, die sich entweder aus der Ehe der rechtlichen Eltern ergibt oder aus dem Umstand, dass die Mutter einen nicht mit ihr verheirateten Mann unrichtig zu einer Anerkennung eines nicht von ihm abstammenden Kindes veranlasst hat (BGH FamRZ 2012, 200 ff.; BGH FamRZ 2013, 939 ff.; BGH FamRZ 2014, 1440 ff.). Der BGH hat neben dem Vorliegen einer familienrechtlichen Sonderbeziehung als weitere Voraussetzung für den Anspruch gefordert, dass die Auskunftserteilung für die Mutter zumutbar ist, und für diese Zumutbarkeitsprüfung Regeln aufgestellt. Nach der Entscheidung vom 02. Juli 2014 - XII ZB 201/13 gilt dazu folgendes (zitiert nach juris, Rn. 15-17): „(2) Der Auskunftsanspruch setzt weiterhin die Zumutbarkeit der Auskunftserteilung voraus. In Bezug auf die Nennung des möglichen Erzeugers darf die Pflicht zur Erteilung der Auskunft nicht in den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung eingreifen und das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Mutter nach Art. 2 Abs. 1 GG iVm Art. 1 Abs. 1 GG verletzen (vgl. Senatsurteil BGHZ 191, 259 = FamRZ 2012, 200 Rn. 24 mwN; Senatsbeschluss BGHZ 196, 207 = FamRZ 2013, 939 Rn. 33 ff. und BGH Beschluss vom 3. Juli 2008 - I ZB 87/06 - FamRZ 2008, 1751 Rn. 13 ff. [zur Vollstreckung]). In diesem Rahmen sind das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Mutter und der Anspruch des Scheinvaters auf effektiven Rechtsschutz im Einzelfall gegeneinander abzuwägen, wobei insbesondere der Zweck der Auskunft sowie auf Seiten der Mutter bestehende berechnete persönliche Geheimhaltungsinteressen einzubeziehen sind (vgl. BVerfG FamRZ 2014, 1097). Da die außereheliche Zeugung des Kindes aufgrund der durchgeführten Vaterschaftsanfechtung bereits feststeht, verbleibt insoweit für ein Geheimhaltungsinteresse der Mutter kein Raum mehr. Der Mutter muss aber auch die Benennung der konkreten Person zumutbar sein, und es erscheint nicht ausgeschlossen, dass ihr je nach den Umständen des konkreten Falles eine

*Auskunft unter diesem Gesichtspunkt nicht abverlangt werden kann (vgl. im Ergebnis etwa den Fall des OLG Köln FamRZ 1994, 1197 für den Anspruch des Kindes gegen die Mutter). Entgegen einer in der Literatur geäußerten Annahme (vgl. Schneider NZFam 2014, 406, 407) hat der Senat diesen Aspekt in seiner bisherigen Rechtsprechung nicht etwa für unerheblich gehalten, sondern es im entschiedenen Fall als zulässige tatrichterliche Interessenabwägung angesehen, dass das Rechtsschutzinteresse des Scheinvaters, der von der Mutter unter wahrheitswidrigen Angaben zur Anerkennung veranlasst worden war, als gewichtiger angesehen wurde (Senatsurteil BGHZ 191, 259 = FamRZ 2012, 200 Rn. 26). Auch aus dem Senatsbeschluss BGHZ 196, 207 (FamRZ 2013, 939 Rn. 35) folgt nichts anderes, denn hier hat der Senat ebenfalls auf die Notwendigkeit einer Interessenabwägung hingewiesen, bei der das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Mutter einzubeziehen sei. Ferner kann das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Mutter das Informationsinteresse des Scheinvaters überwiegen, wenn dieser mit seinem Auskunftsbegehren vorrangig andere Zwecke verfolgt als die Vorbereitung seines Regressanspruchs oder wenn er Interessen des Kindes geltend machen will, wozu er nicht (mehr) befugt ist (vgl. OLG Brandenburg FamRZ 2014, 223, 224 f.). Im Rahmen der zu treffenden Grundrechtsabwägung hat jeder Beteiligte die zu seinen Gunsten sprechenden Umstände darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen.“*

Damit trifft die Beweislast für eine Unzumutbarkeit gerade nicht allein die betroffene Mutter, sondern die Zumutbarkeit ist in jedem Einzelfall nach notwendiger Abwägung der beteiligten Interessen positiv festzustellen. Der Referentenentwurf gibt demgegenüber den Auskunftsanspruch zunächst jedem Scheinvater und verweist in dem als Ausnahme/Einschränkung zu wertenden § 1607 Abs. 4 S. 2 BGB-E die Mutter darauf, sich auf die Unzumutbarkeit zu berufen. Wie sich der Begründung zum Entwurf entnehmen lässt, trifft die Mutter die Darlegungslast. Für die Beweislast verbleibt es also bei den allgemeinen Regeln, d.h. Zweifel gehen zu Lasten dessen, der sich darauf beruft – hier: der Mutter. Das ist verfassungsrechtlich mehr als bedenklich, weil es nur ausnahmsweise gerechtfertigt sein kann, das Grundrecht der Mutter auf Geheimhaltung ihrer Intimsphäre zu Gunsten eines Auskunftsanspruchs zur Vorbereitung eines Scheinvaterregresses einzuschränken (BVerfG a.a.O. Rz. 29, 45). Der Entwurf widerspricht also der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.

(2) In welchen Fallkonstellationen die Auskunft für die Mutter „unzumutbar“ sein soll, regelt der Entwurf nicht. Das Versäumnis ist bedenklich. Denn das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass Eingriffe in Grundrechte dem Gesetzesvorbehalt unterliegen. Entscheidet sich der Gesetzgeber für eine Regelung, muss diese auch dem allgemeinen Bestimmtheitsgebot genügen, das sich auf die Gesamtheit der Rechtsvorschriften bezieht (BVerfGE 108, 186 (234 f.) = NVwZ 2003, 1241; BVerfGE 111, 54 (82) mwN = NJW 2005, 126ff.). Die Anforderungen des allgemeinen Bestimmtheitsgebotes hängen von der Grundrechtsrelevanz der jeweiligen Vorschrift und den Eigenschaften des jeweiligen Regelungsbereiches ab. Die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen, Generalklauseln und Ermessensermächtigungen wird durch das

Bestimmtheitsgebot zwar nicht ausgeschlossen. Sichergestellt bleiben muss aber, dass die Auswirkungen auf den Bürger voraussehbar und berechenbar sind sowie eine Gerichtskontrolle ermöglicht wird (BVerfGE 110, 33 (53 ff.) = NJW 2004, 2213ff.). Dieses Gebot ist nicht eingehalten, wenn § 1607 Abs. 4 BGB-E die Frage, wann im Rahmen der „Unzumutbarkeit“ die Grenze erreicht ist, die eine Mutter zur Verweigerung der Auskunft berechtigt, ausschließlich der Rechtsprechung überantwortet. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, wenigstens durch Regelbeispiele den Rahmen festzulegen, in dem das – ohnehin vorrangige – Persönlichkeitsrecht der Mutter überwiegt. Da nach der bisherigen Rechtsprechung die Mutter eine Unzumutbarkeit nur dann für sich in Anspruch nehmen konnte, wenn sie dargelegt hat, dass sie zumutbare Anstrengungen unternommen hat, den Namen (und die aktuelle Adresse?) des leiblichen Vaters in Erfahrung zu bringen (vgl. *Keuter FamRZ 2014, S. 799 (800)*), sollten die Anforderungen an derartige zumutbare Maßnahmen nicht unbenannt bleiben. Es kann nach der hier einschlägigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gerade nicht Aufgabe richterlicher Rechtsfortbildung sein, die Kriterien ohne jeden Anhaltspunkt im Gesetz oder der Gesetzesbegründung selbst zu erarbeiten. Es kommt hinzu, dass durch die gewählte Formulierung „wenn und solange“ die Möglichkeit eröffnet wird, das Auskunftsverfahren wiederholt einzuleiten. Der Wortlaut der Vorschrift wird also nicht unerheblich dazu beitragen, dass die Frage, ob Auskunft zu erteilen ist oder nicht, keiner abschließenden, rechtskräftigen Entscheidung zugeführt werden kann, weil der von der Antragsabweisung betroffene Scheinvater in einem neuen Verfahren noch nach Jahren den Wegfall der Unzumutbarkeit geltend machen kann. Das widerspricht dem Interesse aller an Rechtssicherheit und Rechtsfrieden.

b) Schließlich lässt der Referentenentwurf ein Problem unerwähnt, das sich in der Praxis stellt und sich aus der Vollstreckung des (Auskunfts-)Titels ergibt. Häufig ist den Frauen, die nicht bereits freiwillig die Identität des biologischen Vaters preisgeben, eine Benennung nicht möglich, weil sie die notwendigen vollständigen Daten weder kennen noch jemals gekannt haben. Es ist bereits Gegenstand der ausgedehnten Diskussion um den Auskunftsanspruch in den 1980er Jahren gewesen, dass keine Frau verpflichtet ist, sich vor dem Geschlechtsverkehr etwa den Personalausweis ihres Sexualpartners zeigen zu lassen. In den beschriebenen Fällen kann eine Auskunft mithin unmöglich sein. Eine entsprechende Behauptung ist dem Strengbeweis kaum zugänglich. Weil die Beweislast für die Unmöglichkeit (§ 275 BGB) nach dem Entwurf aber die Frau trifft, wird sie schon bei Zweifeln zur Auskunft verpflichtet werden. Der Einwand, die Identität des Erzeugers sei nicht bekannt, kann im Vollstreckungsverfahren nicht mehr angebracht werden, mit der Folge, dass die nach § 888 ZPO i.V.m. § 120 FamFG erfolgende Zwangsvollstreckung im äußersten Falle zur Verhängung von Zwangshaft führen kann. Auch das ist mit dem Persönlichkeitsrecht der Mutter unvereinbar.

## **2. Unterhalt für die Vergangenheit (§ 1613 Abs. 3 und 4 BGB-E)**

Sollte es zur Stärkung des Regressanspruchs kommen, ist es sicherlich zweckmäßig, diesen auf einen überschaubaren Zeitraum zu begrenzen. Der Entwurf knüpft hier zutreffend an den Rechtsgedanken des § 1613 BGB an, der das Entstehen einer Unterhaltsverpflichtung ohne Kenntnis des in Anspruch

genommenen Elternteiles generell verhindern will. Das Bestehen des rechtlichen Hindernisses für das Kind ist oft verbunden mit einer Unkenntnis des biologischen Vaters gerade um die Existenz des unterhaltsberechtigten Kindes. Die beabsichtigte Regelung kann sich mit einigem Recht auch darauf stützen, dass Vaterschaft nicht nur (finanzielle) Pflichten mit sich bringt. Der gewählte Zweijahreszeitraum umfasst insoweit dogmatisch nachvollziehbar den Zeitraum, den ein Scheinvater nach der ihm zugestandenen Anfechtungsfrist nach § 1600b Abs. 1 BGB legitim nutzen darf, um die Entscheidung für oder wider das Fortbestehen der rechtlichen Vaterschaft im Gefolge der sozialen Vaterschaft zu treffen.

## **II. Gesetz zur Rückbenennung (§ 1618 BGB-E)**

Die für das volljährige Kind beabsichtigte Möglichkeit, nach Scheidung der Ehe der Mutter mit dem namensgebenden Stiefvater den früheren Familiennamen wieder anzunehmen, scheint ein Bedürfnis der Praxis aufzugreifen, weil es derzeit keine Möglichkeit gibt, die Einbenennung zurückzunehmen (§ 1617c Abs. 2 Nr. 2 BGB). Bedauerlich ist, dass die Gelegenheit nicht genutzt wird, sich dem Namensrecht umfassend zuzuwenden, sondern den – unbestrittenen – Reformbedarf auf die Rückbenennung beschränkt.

Die in Aussicht genommene Regelung bedeutet allerdings eine Stärkung der Autonomie der betroffenen jungen Erwachsenen, wobei der Vorschlag behutsam und systemgerecht erscheint (keine Verortung im Namensänderungsgesetz - NÄG). Die Volljährigkeitsgrenze überzeugt mit Blick auf die Sorgerechtsbefugnis der Eltern gegenüber minderjährigen Kindern ebenso wie die Beschränkung auf die Rückkehr (allein) zum früheren Namen.

Andererseits erscheint es zweckmäßig, überstürzten Einbenennungen von vornherein entgegenzuwirken, z.B. durch eine gewisse Mindestdauer der Ehe der Mutter mit dem (Stief-)Vater. Die Anforderungen sollten nicht überspannt werden; ein Jahr erscheint auch hier ausreichend und angemessen.

Ramona Pisal  
Präsidentin

Brigitte Meyer-Wehage  
Vorsitzende der Kommission Zivil-, Familien- und  
Erbrecht, Recht anderer Lebensgemeinschaften