

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Regelungsaufgabe Vaterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?

Herausgegeben von
**Anne Röthel und
Bettina Heiderhoff**

Band 13



Wolfgang Metzner Verlag

Regelungsaufgabe Vaterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?

Herausgegeben von

Professorin Dr. Anne Röthel

Hamburg

Professorin Dr. Bettina Heiderhoff

Münster



Wolfgang Metzner Verlag

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2014

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

ISBN 978-3-943951-24-0 (Print)

ISBN 978-3-943951-25-7 (Online)

ISSN 2191-284X

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

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

■ Vorwort

Im Mai 2014 diskutierten Juristen und Soziologen aus Wissenschaft, Praxis und Politik in Münster über die »Regelungsaufgabe Vaterstellung«. Genauso wie bei unserem ersten Fachgespräch zur »Regelungsaufgabe Paarbeziehung«, das im Jahr 2012 in Hamburg stattfand, ging es auch diesmal wieder um mögliche Regelungsziele, beobachtbare Regelungsbedürfnisse und praktische sowie rechtliche Regelungsgrenzen, oder: »Was kann, was darf, was will der Staat?«. Der Tagungsband versammelt die schriftlichen Beiträge der Referenten, ergänzt um eine erweiterte Einführung in das Thema von Bettina Heiderhoff.

Wir haben einigen Grund, allen Referenten in mehrfacher Hinsicht dankbar zu sein: für ihre klaren und mutigen Thesen und für ihre offenen Diskussionsbeiträge, aber auch dafür, dass wir nur wenige Monate nach dem Fachgespräch bereits den Tagungsband auf den Weg bringen konnten. Auf diese Weise hoffen wir, dass einige der Diskussionsfäden nun im größeren Kreis aufgenommen werden können.

Die Durchführung des Fachgesprächs ermöglichte das Institut für Deutsches und Internationales Familienrecht der Universität Münster. Das Erscheinen des Tagungsbandes sei willkommene Gelegenheit, dem Wolfgang Metzner Verlag und dort insbesondere Frau Susanne Flessner für die wie immer umsichtige Unterstützung zu danken.

Hamburg und Münster, im Oktober 2014

Anne Röthel

Bettina Heiderhoff

■ Inhalt

Vorwort 5

Professorin Dr. *Bettina Heiderhoff*

Was kann, was darf, was will der Staat? 9

Professor Dr. *Tobias Helms*

Abstammungsrecht und Kindeswohl 19

Juniorprofessorin Dr. *Ulrike Lembke*

Was darf der Staat? Insbesondere zur Bedeutung des Grundgesetzes für
das Abstammungsrecht 37

Professor Dr. *Günter Burkart*

Gesellschaftlicher Wandel und die Legitimität der Vaterschaft.
Soziologische Perspektiven 73

Professorin Dr. *Anne Röthel*

Was kann der Staat? Der Statusgedanke im Abstammungsrecht 89

■ Was kann, was darf, was will der Staat?

Vorüberlegungen

Von Professorin Dr. Bettina Heiderhoff, Münster

I. Status quo – Stärkung der Vaterrechte

1. Überblick

In Hinblick auf die Vaterschaft haben sich in den letzten 20 Jahren erhebliche Veränderungen ergeben. Den wichtigsten Einfluss hatte vielleicht die Gentechnik. Dadurch, dass die genetische Vaterschaft heute einfach und sicher nachweisbar ist, hat der gesamte Komplex der »pater semper incertus est«-Problematiken¹ seine Bedeutung verloren. Dafür ist die neue Problematik entstanden, dass viel häufiger das Auseinanderfallen von rechtlicher und biologischer Vaterschaft bekannt wird.

Wesentlich für die veränderte Stellung und Rolle des Vaters ist auch die Wandlung der Lebensrealität der Familien.² Wechselt die Mutter des Kindes während seines Aufwachsens den Partner, so treten für das Kind oft mehrere soziale Väter hintereinander und – wenn die Beziehung zum Kind auch nach der Trennung aufrechterhalten wird – häufig auch nebeneinander.³ Gefühlt haben die Kinder dann zwei oder gar noch mehr Väter zugleich. Die Moralvorstellungen erlauben eine solche Lebensweise, sie ist kein Makel mehr – sondern kann im besten Fall von dem Kind sogar als besonders positiv empfunden werden.

Dass mehrere Männer die Vaterrolle oder eine Teilveraterrolle für ein Kind übernehmen wollen, hat auch damit zu tun, dass die Zahl der Geburten gesunken ist. Insgesamt kommen auf jedes einzelne Kind mehr Erwachsene, die sich potentiell um es kümmern wollen, also in gewisser Weise miteinan-

1 Umfassend Koch, Rechtshistorisches Journal 1990, S. 107 ff.

2 Näher zu den familiensoziologischen Erkenntnissen zur veränderten Vaterstellung und zu einer neuen Form von Vaterunsicherheit Burkart, in diesem Band, S. 73 ff.

3 Zu diesen Familienformen Feldhaus/Huinink, Multiple Elternschaften, in: Schwab/Vaskovics, Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft, 2011, S. 77 ff.; Vaskovics a. a. O. S. 11 ff.

der konkurrieren. Man darf davon ausgehen, dass es sich bei den nichtehelichen Vätern heute seltener als früher um verheiratete Männer mit weiteren, in der Ehe geborenen Kindern handelt.⁴ Sicherlich bleibt ein Kind – ideell betrachtet – immer gleich wertvoll. Man darf aber nicht die Augen davor verschließen, dass der Blick auf das Kind oft dem Blick auf ein materielles Gut ähnelt und ein einzelnes Kind für die um die Vaterstellung konkurrierenden Männer zum knapperen, und damit begehrteren Gut geworden ist.

Schließlich hat sich wohl auch die Haltung vieler Männer zur Familie verändert. Sie möchten sich eher persönlich einbringen und trauen sich als Elternteil mehr zu.⁵

Auf diese Realität muss das Recht reagieren. Nicht nur hatte die Rechtsprechung sich in den letzten Jahren vielfach mit den Rechten der verschiedenen »Väter« des Kindes zu beschäftigen, auch verschiedene gesetzgeberische Reformen sind erfolgt. Diese Reformen entbehren allerdings einer Systematik und haben einen gewissermaßen flickwerkartigen Charakter.

Kritisiert werden muss vor allem die Perspektive: Es sind die Rechte der betroffenen Männer, welche in der Diskussion im Zentrum stehen, und auch die erfolgten Neuregelungen der letzten Jahre sind deren Rechten gewidmet – ebenso, wie die meisten Gerichtsentscheidungen zum Abstammungsrecht. Leicht kann der Eindruck entstehen, dass es vielleicht eher um die Selbstverwirklichung des Mannes geht, als um die gewissenhafte Zuordnung von verantwortungsvollen Eltern zum Kind.

Immer mehr Männer haben immer mehr Rechte bekommen – es gibt im BGB und im FamFG inzwischen Rechte für den sozialen Vater⁶, für den biologischen Vater⁷ und natürlich weiterhin für den rechtlichen Vater, der ebenfalls noch mehr Rechte dazu erhalten hat.⁸ Auch in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts geht es oft um die Rechte des Vaters – nicht nur aus Art. 6 GG⁹, sondern auch aus Art. 2 Abs. 1 GG.¹⁰

4 So aber etwa in BVerfG, BVerfGE 121, 69 (zur Umgangspflicht).

5 Nur *Nave-Herz*, Ehe- und Familiensoziologie, 3. Aufl. 2013, S. 187.

6 § 1685 BGB.

7 Vgl. nur § 1686a BGB mit § 167a FamFG, näher unten II.3.

8 Insbesondere § 1598a BGB.

9 Besonders wird die Perspektive konkurrierender Väterrechte in BVerfGE 108, 82, juris Rn. 70 »kein Recht des leiblichen Vaters, in jedem Fall vorrangig vor dem rechtlichen Vater die Vaterstellung eingeräumt zu erhalten und diesen damit aus seiner Vaterposition zu verdrängen.«

10 BVerfGE 117, 202; auch NJW 2010, 3772 (eineiige Zwillinge als Väter).

Im Folgenden seien die Änderungen bei der Anfechtung der Vaterschaft und bei der Rechtsstellung des biologischen Vaters noch etwas näher betrachtet.

2. Erweiterung der Möglichkeit der Vaterschaftsanfechtung

a) Vaterschaftstest und Anfechtung durch den rechtlichen Vater

Betrachtet man zunächst den rechtlichen Vater, so ist am auffälligsten sein neues Recht aus § 1598a BGB, von Mutter und Kind eine Genprobe zu verlangen, um seine genetische Verwandtschaft mit dem Kind überprüfen zu können. Letztlich ist damit für ihn zugleich die Chance erweitert worden, die Vaterschaft anzufechten. Er kann sich den für die Anfechtung nötigen Anfangsverdacht nämlich nun jederzeit erwerben.¹¹

Zu dieser Änderung ist der Gesetzgeber vom BVerfG gezwungen worden. Denn es meinte, der Mann habe – in der konkreten Konstellation – ein Recht darauf, Kenntnis darüber zu erhalten, wer von ihm abstamme. Im Gesetz müsse daher eine Möglichkeit vorgesehen werden, diese Kenntnis durch einen Gentest zu erlangen.¹²

Letztlich ist die Ansicht des BVerfG auch überzeugend – obwohl die Abwägung mit den Rechten des Kindes sehr knapp ausfällt.¹³ Insbesondere die Störung des Familienfriedens hätte man, vor dem Hintergrund der damit zugleich zu erwartenden Beeinträchtigung des Kindeswohls, vielleicht genauer würdigen können. Doch muss man einräumen, dass die von der Politik ernsthaft erwogene Alternative eines Verbots heimlicher Gentests ohne Einführung eines Rechts auf Herausgabe einer Genprobe nicht tragbar gewesen wäre. Zwar braucht das Recht nicht alle Methoden der modernen Genmedizin zu erlauben – dem zweifelnden Vater die Durchsetzung einer einfachen, gefahrenfreien Informationsmethode zu verweigern, um deutlich vagere, schwächere Rechte des Kindes zu schützen, wäre aber in der Tat unverhältnismäßig.

¹¹ Während ein Verstreichen der Zweijahresfrist des § 1600b BGB, wie etwa BVerfG, FamRZ 2014, 191 zeigt, oftmals übersehen wird oder umgangen werden kann.

¹² BVerfG 117, 202: Zwar verleiht das Persönlichkeitsrecht kein Recht auf Verschaffung von Kenntnissen, es schützt aber vor der Vorenthaltung erlangbarer Informationen.

¹³ Aus familiensoziologischer Perspektive gerade dazu Schütte, JAmt 2011, 566, 570.

Fraglich ist jedoch, ob nicht das Anfechtungsrecht hätte angepasst werden müssen.¹⁴ Denn seit der Einführung der Vaterschaftstests vermehren sich die Fälle, in denen Männer, die jahre- oder gar jahrzehntelang die rechtliche und zugleich auch die *soziale Vaterrolle* eingenommen haben, durch Anfechtung dieser gelebten Wirklichkeit den Boden entziehen. Sie fassen den Entschluss zum Vaterschaftstest oft in einer Ehekrise, die sich durch einen bestätigten Verdacht beinahe notwendig ausweitet. Man muss annehmen, dass der nächste Schritt, also die Anfechtung, nicht immer ausreichend bedacht wird – die dauerhafte und radikale Kappung des Bandes zum Kind dürfte nicht selten bereut werden. Besonders schlimm ist dabei, dass das geltende Recht enorme finanzielle Anreize für eine Anfechtung enthält, weil nach der Anfechtung ein Unterhaltsregress gegenüber dem nachfolgenden rechtlichen Vater möglich ist.¹⁵

In der Gesamtschau kann man hier wohl eine gewisse Schiefelage zugunsten des rechtlichen Vaters konstatieren, der ohne Rücksicht auf die Interessen des Kindes die alleinige Entscheidungsbefugnis darüber hat, ob er die Vaterschaft klären lässt und ob er infolge der Klärung anfecht.

Zwar kann theoretisch auch das Kind, vertreten durch die Mutter, die Vaterschaft klären lassen und bei negativem Ergebnis anfechten. Die Anfechtung in dieser Konstellation wird allerdings meist verfristet sein. Denn das Kind muss sich bei der Berechnung der Anfechtungsfrist die Kenntnis seines gesetzlichen Vertreters zurechnen lassen (§ 166 Abs. 1 BGB). Da die Mutter in aller Regel ab der Geburt Kenntnis von den Umständen hat, die gegen die Vaterschaft sprechen, wird bei einem über zwei Jahre alten Kind die Frist daher in den meisten Fällen abgelaufen sein.¹⁶

¹⁴ Im Entwurf war zunächst sogar ein Neubeginn der Frist ab der Klärung der fehlenden Abstammung enthalten, was einer kompletten Entfristung gleichgekommen wäre, da der Anspruch aus § 1598a BGB selbst keiner Frist oder Verjährung unterliegt, vgl. BT-Drucks. 16/6561, S. 5; vgl. auch *Groß*, FPR 2007, 392, die meint, dass gerade die Frist den Vater zu überstürzter Anfechtung zwingen könne.

¹⁵ Zur Problematik *Heiderhoff*, FamRZ 2010, 8; zum Unterhaltsregress gegenüber dem nur biologischen Vater BGHZ 191, 259 = FamRZ 2012, 200.

¹⁶ Die ganz h. A. vertritt allerdings, dass die Frist erst zu laufen beginnt, wenn die Mutter die alleinige Vertretungsbefugnis erhält, also alleinsorgeberechtigt wird, OLG Brandenburg, FamRZ 2009, 59; zustimmend *Staudinger/Rauscher*, § 1600b Rn. 38; *Palandt/Brudermüller*, § 1600b Rn. 9; zur Vertretungsbefugnis der Mutter im Anfechtungsverfahren nun BGHZ 193, 1.

b) Anfechtung durch den biologischen Vater

Auch bei der Anfechtung der Vaterschaft durch den biologischen Vater wurde zuletzt immer mehr aus dessen Sicht argumentiert und die Perspektive von Kind und rechtlicher Familie zurückgedrängt.

Die Anfechtung durch den biologischen Vater in ihrer heutigen gesetzlichen Form war schon im Jahr 2003 eingeführt worden, nachdem das BVerfG ausgesprochen hatte, dass der biologische Vater unter bestimmten Umständen die Vaterschaft des rechtlichen Vaters beseitigen dürfen müsse, um selbst die Stellung als rechtlicher Vater einnehmen zu können.¹⁷

Allerdings war es dem BVerfG damals wichtig, dass der biologische Vater dieses Recht nur erhält, wenn der rechtliche Vater nicht auch die soziale Vaterschaft ausübt. Er kann gleichsam nur eine leere Vaterschaftshülse beseitigen. Daran wird zurzeit immer häufiger gerüttelt. Oftmals wird behauptet, diese Regelung sei dem biologischen Vater gegenüber »ungerecht«. So sei es etwa, wenn er im Leben des Kindes früher eine wichtige Rolle gespielt habe, wenn er gegenwärtig gleich wichtig sei, wie der rechtliche Vater, oder auch dann, wenn er nur deshalb wenig Kontakt zum Kind habe, weil die Mutter ihn bewusst weggedrängt hat.¹⁸

Das sind alles wichtige Argumente, und der Schmerz des biologischen Vaters durch den Verlust des Kindes mag groß sein. Dennoch erzielt man mit solchen die Rechte der Väter miteinander vergleichenden Überlegungen das Resultat, dass es nur noch darum geht, dass zwei Männer um das Vorrecht am Kind kämpfen, während die Rechte des Kindes, anders als es im Gesetz angelegt ist, ausgeblendet werden.

Damit ist nicht gesagt, dass § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB in seiner jetzigen Form unbedingt gut gefasst ist. Will man über Modifikationen nachdenken, darf dabei aber das Kind nicht zum rechtlosen Gegenstand des Streits herabgesetzt werden.

3. Neue Rechte des biologischen Vaters

Bei der originären Zuordnung eines Kindes zu einem Vater – sei es gleich bei der Geburt, sei es später im Leben – hat sich in den letzten Jahrzehnten wenig geändert.

¹⁷ BVerfGE 108, 82; auch der private Samenspender soll anfechten und Vater werden können, BGHZ 197, 242.

¹⁸ OLG Bremen, FamRZ 2013, 1824; AG Holzminden, FamRZ 2011, 1077 (vgl. zum dort in der Tat problematischen Sachverhalt nachfolgend OLG Celle, FPR 2011, 407); auch BVerfG, FamRZ 2014, 191 (allerdings mit einem Nichtannahmebeschluss).

An erster Stelle steht weiterhin die *pater est*-Regel, und das BGB akzeptiert nur *einen* Vater mit vollem Status.

Bemerkenswert ist, dass der biologische Vater nun nach § 1686a BGB zumindest ein gewisses Auskunfts- und Kontaktrecht hat.¹⁹ Um dieses geltend machen zu können, kann er im Verfahren nun auch seine *Vaterschaft klären lassen* (§ 167a FamFG). Auch hier fragt sich wieder, ob die Balance der Interessen gewahrt ist. Dem Gesetzgeber und dem BVerfG war es immer wichtig gewesen, dass Rechte des biologischen Vaters mit der Bedingung verknüpft sind, dass er dann auch die rechtliche Vaterstellung einnehmen muss.²⁰ Das bedeutet insbesondere, dass er nicht nur Rechte erhält, sondern auch Pflichten. Provokant könnte die gegenwärtige Rechtslage so beschrieben werden: Mehrere Väter haben nun Rechte. Pflichten und *den väterlichen Status*, hat nach wie vor jedoch nur ein Mann. Es wäre zwar sicher übertrieben, darin eine eigentumsähnliche Betrachtung des Kindes zu sehen. Denn sobald man die Ebene der provokanten Überspitzung verlässt, muss man einräumen, dass § 1686a BGB einen Kindeswohlvorbehalt vorsieht. Es ist davon auszugehen, dass die Rechtsprechung diesen ernst nehmen wird und insbesondere nicht erst die genetische Klärung durchgeführt wird, bevor die Kindeswohl dienlichkeit des Umgangs geprüft wird.²¹ Dennoch gibt es nun für den biologischen Vater erstmals die gesetzlich kodifizierte Möglichkeit, gerade diese (nur) biologische *Vaterschaft gerichtlich feststellen zu lassen* und daraus bestimmte, die rechtliche *Vaterschaft nicht erfordernde Rechte abzuleiten*.²²

II. Ziele für ein neues Abstammungsrecht

1. Vorüberlegung: Was will, was darf, was kann der Staat?

Bei dem Versuch einer konstruktiven Annäherung an das Abstammungsrecht soll in dieser kleinen Einführung die Frage, welche Ziele es sind, die der Staat bei der Zuordnung von Vater oder Vätern und Kind verfolgen sollte, ganz im Mittelpunkt stehen.

¹⁹ Das erfordert Art. 8 EMRK, vgl. EGMR, FamRZ 2011, 1715.

²⁰ Nur nochmals BVerfGE 108, 82; BT-Drucks. 15/2253, S. 11; auch EGMR, NJW 2013, 1937 (die Verknüpfungen des deutschen Rechts verstoßen nicht gegen die EMRK).

²¹ Auch BVerfG, FamRZ 2011, 1925 zur Reihenfolge zwischen genetischer Untersuchung und Klärung von Rechtsfragen.

²² Coester-Waltjen, FamRZ 2013, 1693.

Zuvor sei jedoch wenigstens kurz aufgezeigt, aus welchen Gründen sich Grenzen für die Privatrechtsausgestaltung aus dem Grundgesetz oder der Menschenrechtskonvention ergeben könnten.²³ Hierbei ist zunächst Art. 6 GG bedeutsam, der verschiedene Vorgaben enthält, aber insbesondere vorgibt, dass sowohl eine bestehende rechtliche und soziale, wie auch eine bloß biologische Vaterschaft vom Recht geschützt werden müssen.²⁴ In etwa parallel ist Art. 8 EMRK zu verstehen, der in seiner Auslegung durch den EGMR dem biologischen Vater aber wohl noch etwas deutlichere Rechte gewährt. Ob das Grundgesetz Vorgaben zur Anzahl der Personen enthält, welche die Elternstellung einnehmen können, ist fraglich.²⁵ Eher darf man wohl annehmen, dass es zumindest einer Aufteilung der mit einer Vaterschaft verbundenen Rechte und Pflichten (wie Unterhalt, Sorge, Umgang) nicht entgegenstehen würde. Auch Art. 2 Abs. 1 GG hat erhebliche Auswirkungen auf das Abstammungsrecht, denn das Recht auf Kenntnis der Abstammung und das Recht zur Anfechtung finden hier ihre verfassungsrechtliche Grundlage. Der EGMR verbietet sogar ausdrücklich allzu kurze, von subjektiver Kenntnis der fehlenden biologischen Verwandtschaft unabhängige Fristen.²⁶

2. Was will der Staat?

Die Frage »Was will der Staat« ist auf die Zielsetzungen gerichtet, die ein modernes Abstammungsrecht verfolgen sollte. In einer vorsichtigen Abschichtung seien dazu zunächst einige Dinge benannt, die sich jedenfalls *nicht* als ausschlaggebende Leitlinien eines Abstammungsrechts eignen.

Dazu gehört zunächst die biologische Richtigkeit der Vaterschaft. Sie wird zwar unter Umständen zukünftig größere Bedeutung gewinnen,²⁷ aber als alleiniges Kriterium für die rechtliche Vaterstellung ist sie nicht brauchbar. Zwar ließe sich heute bei der Geburt oder auch bei einer späteren Anerken-

²³ Diese Frage nach dem »Dürfen« des Staats ist Gegenstand des Beitrags von *Ulrike Lembke*, in diesem Band, S. 37 ff.

²⁴ BVerfGE 108, 82; zuletzt BVerfG, FamRZ 2014, 191; EGMR, Nr. 23.338/09 (Kautzor/Deutschland), NJW 2013, 1937; Nr. 45.071/09 (Ahrens/Deutschland), FamRB 2012, 243.

²⁵ Vgl. zuletzt BVerfGE 133, 59, 78.

²⁶ EGMR, NJW 1986, 2176, 2177; EGMR, FamRZ 2006, 181; dazu auch *Heiderhoff*, FamRZ 2010, 8.

²⁷ Denkt man weiter zurück, so zeigt sich, wie sehr die biologische Verwandtschaft über die Jahrzehnte bereits an Bedeutung gewonnen hat. Was für ein ausgesprochenes Kunstgebilde die Verwandtschaft mit dem Vater traditionell ist, zeigt vor allem die bis 1970 geltende Regel in § 1589 Abs. 2 a. F. BGB, wonach der nicht-eheliche Vater nicht mit dem Kind verwandt war.

nung prüfen, ob der Mann, der die rechtliche Vaterschaft einnehmen möchte, auch der Erzeuger des Kindes ist.²⁸ Jedoch würde eine solche Methode allzu vielen Kindern die Chance nehmen, einen Vater zu bekommen, der die rechtliche und die soziale Vaterrolle zugleich übernimmt. Denn weiterhin sind mit Abstand nicht alle Männer, die ein Kind gezeugt haben, daran interessiert, sein Aufwachsen zu begleiten. Man mag nun spontan einwenden wollen, dass es vielleicht nicht richtig sei, einem biologischen Vater überhaupt diese Option der Nichtausübung einzuräumen, weil auch die biologische Mutter nicht frei entscheiden dürfe, ob sie die Mutterschaft wünsche. Dann würde man einen anderen wesentlichen Gedanken mit in das Abstammungsrecht einbringen – nämlich die Gleichberechtigung von Vater und Mutter. Auch das ist allerdings ein Gedanke, der im Abstammungsrecht keine entscheidende Bedeutung gewinnen kann.

Geht es um die väterliche Abstammung, so darf die Perspektive nämlich ganz generell nicht darauf gerichtet sein, ob bestimmte Personen ihr gerechtes Maß an Pflichten tragen. Vielmehr muss als erstes immer der Blick darauf gerichtet sein, wie dem Kind zu einem geeigneten Vater und zu einer kindeswohl dienlichen Familiensituation verholfen werden kann. Letztlich ist insofern die Staffellung des geltenden Rechts ganz richtig. Danach wird der biologische, nicht mit der Mutter verheiratete Vater erst dann zur Übernahme der väterlichen Pflichten gezwungen, wenn kein anderer Mann diese Pflichten übernimmt (§ 1592 Nr. 3 BGB).

Ausgeschlossen muss es daher auch sein, sich an der Gleichbehandlung der Vaterschaftsanwärter zu orientieren. Denn wieder darf nicht die »gerechte« Ver- oder gar Aufteilung der väterlichen Rechte zwischen mehreren Erwachsenen, hier »Vaterschafts-Bewerbern«, zur Zielsetzung werden. Auf eine gerechte Verteilung zwischen den Erwachsenen kann es allenfalls nachrangig ankommen – nämlich in den Fällen, in welchen diese Form der Konfliktlösung für das Kind neutral bleibt oder gar die beste Lösung für dieses darstellt.

Ernster ist dagegen zu diskutieren, ob es nicht vor allem um die materielle Versorgung des Kindes geht. Das staatliche Interesse, jedem Kind einen verlässlichen Versorger zu verschaffen, ist zu offenkundig, um es zu übergehen.

Das klingt zunächst ebenfalls wenig kindorientiert. Aber natürlich ist eine Verlässlichkeit der materiellen Versorgung nicht nur für den Staat wichtig, sondern auch aus Sicht des Kindes selbst. Trotzdem ist es sicherlich besser, nicht gerade »das Geld« zur wesentlichen Zielsetzung zu erheben. Die materielle Absicherung ist letztlich nur ein Element aus dem Gesamtpa-

²⁸ Dazu schon *Heiderhoff*, FamRZ 2010, 8.

ket, welches das Kindeswohl ausmacht, und dazu gehört wohl – und zwar an erster Stelle – die zuverlässige und möglichst kontinuierliche menschliche Fürsorge.

Bisher ist das Kindeswohl im Abstammungsrecht allerdings zumindest nicht das eindeutige Leitprinzip.²⁹ Wenn man es dazu macht, muss man sich auch dringend vor Missverständnissen hüten. Denn bei der Bestimmung der rechtlichen Elternstellung zwischen mehreren Anwärtern darf keinesfalls eine individuelle Bestenauslese erfolgen. Es kommt nicht darauf an, welcher Mann im konkreten Fall das Kind am meisten fördert, wer der reichste oder der gesundeste ist. Es geht eher um eine Auswahl des »zuverlässigsten Vaters«, in dem Sinne, dass der Mann als Vater angesehen werden sollte, bei dem – abstrakt und ohne jedes Ansehen der Person – die Wahrscheinlichkeit am höchsten ist, dass er dauerhaft die soziale Vaterrolle übernimmt.³⁰ Wer das ist, muss mit Hilfe der Erkenntnisse der entsprechenden Wissenschaften, insbesondere der Soziologie und der Psychologie bestimmt werden. Es dürfte bedeuten, dass der biologische Vater einen gewissen »Bonuspunkt« erhält. Wie groß die Rolle der biologischen Verwandtschaft für die Stabilität der Vaterschaft ist, ist aber bisher überhaupt nicht geklärt. Im Gegenteil scheint es so zu sein, dass auch ein biologischer Vater dann nicht unbedingt eine stabile Bezugsperson bleibt, wenn er keine Partnerschaft mit der Mutter (mehr) hat. Das zeigen die vielfältigen Untersuchungen zum Kontaktabbruch zwischen Vätern und Kindern nach der Scheidung, insbesondere bei Alleinsorge der Mutter.³¹

Wichtig sollte es im Sinne des Kindes und der potentiellen Väter auch sein, dass das Recht die Realität abbildet, die in den Familien gelebt wird. Dabei sollte kein Festhalten an Dogmen und keine Scheu vor unkonventionellen Familienformen herrschen. Dort, wo sich mehr als zwei soziale Eltern zusammenfinden und einvernehmlich die Sorge für ein Kind tragen wollen, sollte das Recht geeignete Rahmenbedingungen vorhalten. Solange alle Betroffenen sich vertragen, spricht sogar überhaupt nichts gegen mehrere Väter mit wesentlichen Rechten, sei es Umgang, sei es gar Sorge.

29 Näher dazu *Helms*, in diesem Band, S. 19 ff.

30 Das ist eine Aufgabe, die im IPR schon Tradition hat – wenn sie auch keinesfalls unstrittig ist. Dort lässt nämlich die Anknüpfungsregelung in Art. 19 Abs. 1 EGBGB eine Alternativauswahl zwischen mehreren Vätern zu; näher *Bamberger/Roth/Heiderhoff*, BGB, 3. Aufl. 2012, Art. 19 EGBGB Rn. 20 ff.

31 *Napp-Peters*, Mehrelternfamilien als »Normal«-Familien – Ausgrenzung und Eltern-Kind-Entfremdung nach Trennung und Scheidung, *Praxis der Kinderpsychologie und Kinderpsychiatrie* 54 (2005) 10, S. 792 ff.; *Walper/Gödde* in: *Schuster, Entwicklungen in sozialen Beziehungen*, 2005, S. 65 ff.; *Walper/Gerhard* in: *Walper/Schwarz, Was wird aus den Kindern?*, 1999, S. 143; *Proksch*, Rechtstatachliche Untersuchung zur Reform des Kindschaftsrechts, Hrsg. BMJ, 2002.

Dort, wo solche Idealbedingungen nicht herrschen, sondern sich mehrere Männer um die Vaterstellung streiten, muss die Entscheidung stets das Kind in den Fokus rücken. Wo dies möglich ist, sollten abgestufte Rechtspositionen eingeräumt werden. Verknüpft man väterlichen Status oder väterliche Rechte stets mit Pflichten – sei es Unterhalt, sei es auch die Pflicht, den Umgang so auszuüben, dass die Versorgung des Kindes in Ferienzeiten gesichert ist, lässt sich die oben vielleicht überspitzt dargestellte, gegenwärtig manchmal festzustellende Sicht auf das Kind als »materielles Gut« verhindern. Diese Betrachtungsweise kann nicht nur für die originäre Bestimmung des Vaters gelten, sondern muss auch die Lösung aus der Vaterrolle umfassen. Es gibt keinen Grund dafür, dass der väterliche Status selbst dann durch Anfechtung rückwirkend entfällt, wenn ein Mann die Rolle des Vaters faktisch viele Jahre lang eingenommen hat.³² Zu heutigen Familienverhältnissen passt – falls es überhaupt zu einem Wechsel kommen muss – die konsekutive Vaterschaft viel besser.³³

Zusammenfassend sei betont, dass diese abstrakte kindeswohlorientierte Betrachtung unbedingt deutlicher als bisher als Leitmotiv im Abstammungsrecht etabliert werden sollte. Mit so einem Grundkonzept ist allerdings noch nicht viel gewonnen. Im Einzelnen bleibt die Ausgestaltung des Abstammungsrechts außerordentlich schwierig.

3. Was kann der Staat?

Ganz zuletzt bleibt noch eine ganz große Frage: Was kann der Staat? Man darf sich fragen, welche Wirkungen sich überhaupt dadurch erreichen lassen, dass die Regelungen zur Abstammung an die veränderte Realität der Familie angepasst werden. Hilft es dem Kind, den väterlichen Status an eine bestimmte Person zu vergeben – oder ihn einer Person zu entziehen? Am Ende ist es immer die Einigung in der Familie, auf welche es ankommt und die das wesentliche Element für ein unbeschwertes Aufwachsen der Kinder bildet. Das Recht kann allenfalls Rahmenbedingungen schaffen, welche das Zusammenwirken der rechtlichen, sozialen und biologischen Eltern des Kindes ermöglichen und unterstützen.³⁴

32 Näher *Heiderhoff*, FamRZ 2010, 8.

33 Zur Frage, ob eine statusrechtliche Betrachtung der Vaterschaft überhaupt angebracht ist, *Röthel*, in diesem Band, S. 89 ff.

34 Zu der spannenden Frage, ob das Recht prägt oder ob es eher nur sozio-kulturellen Entwicklungen folgt, auch *Burkart*, in diesem Band, S. 73 ff.