

Bundesarbeitsgemeinschaft Landesjugendämter
Postfach 2964 | 55019 Mainz

Bundesministerium der Justiz
11015 Berlin

per E-Mail

**LANDESJUGENDAMT
RHEINLAND-PFALZ**
Geschäftsführung
Rheinallee 97 – 101
55118 Mainz
Telefon: (06131) 967-162
Fax: (06131) 967-12 162
E-Mail: bagljae@lsjv.rlp.de
Internet: www.bagljae.de

Mainz, 06.07.2012

Unser Zeichen
B 00 31-07/2012

Ihre Nachricht vom
29. Mai 2012
I A 2 – 3473/7-4-1-12
1445/2011

Ansprechpartner/-in
Birgit Berning

Telefon / Fax
06131-967-311
06131-967-365

Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters

Sehr geehrter Frau Dr. Goerdeler,

für die Möglichkeit zum Referentenentwurf des oben genannten Gesetzes Stellung zu nehmen, möchte ich mich zunächst bedanken.

Die Ausführungen werden die Ziele des Gesetzentwurfs beleuchten, dann die einschlägige Rechtsprechung des EGMR ansprechen, auf die gesetzlichen Neuregelungen eingehen, sowie den zu erwartenden Vollzugsaufwand für die Jugendämter darstellen und schließlich in eine Zusammenfassung münden.

Sie fokussieren auf Kindeswohlinteressen und auf den Interessen der anderen Beteiligten, denn der Gesetzgeber schafft mit dem Gesetzentwurf neben den bestehenden oft schwierigen Umgangsregelungen, insbesondere der Eltern, zusätzliche Regelungen für leibliche Väter. Diese Neuregelungen können die bestehende soziale und rechtliche Familie und Ehe der Eltern in große Turbulenzen versetzen. Gleichzeitig ermöglichen sie dem verantwortungsbewussten biologischen Vater, dass dieser Kontakt zum Kind herstellen kann oder Auskünfte erhält, ohne rechtliche Elternschaft zu übernehmen. Die Beteiligten können dadurch Kenntnis über die biologische Abstammung erhalten. **Die damit verbundenen unterschiedlichen Interessenlagen insbesondere unter Beachtung des Kindeswohls in einen fairen Ausgleich zu bringen, ist ein hoher Balanceakt.** Wirkungen auf die Grund- und Menschenrechte anderer Beteiligter, nämlich der rechtlichen gegebenenfalls verheirateten Eltern, des Kindes, weiterer betroffener Kinder oder von Pflegeeltern, sind zu bedenken. Sie sollten angesichts der fokussierten erheblichen Aufwertung der Rechte des biologischen, nicht rechtlichen Vaters nicht zurücktreten, sondern fair und ausgewogen in

ein Verhältnis miteinander gesetzt werden. Dabei spielen die verfahrens- und beweisrechtlichen Aspekte eine große Rolle. Hier scheint eine hinreichende Ausgewogenheit noch nicht gegeben. Letztlich wird es aber auch Aufgabe der Gerichte sein, die jeweiligen Tatbestandsmerkmale grundrechts- und menschenrechtskonform für alle Beteiligten durch ihre Rechtsprechung auszufüllen.

I. Ziel des Gesetzentwurfs

Ziel des Gesetzentwurfes ist, die Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters zu stärken (vgl. Titel des Gesetzes).

Nach geltendem Recht hat der leibliche Vater eines Kindes, der mit der Mutter des Kindes nicht zum Zeitpunkt der Geburt verheiratet ist/war, oder die Vaterschaft nicht anerkannt hat (vgl. § 1592 Nr.1-2 BGB) oder dessen Vaterschaft nicht nach § 1600d oder § 182 Abs.1 FamFG festgestellt worden ist (vgl. § 1592 Nr.3 BGB), ein Umgangsrecht nur, wenn er **enge Bezugsperson** des Kindes ist (vgl. **§ 1685 Abs.2 BGB**). Dafür ist es erforderlich, dass er tatsächlich Verantwortung trägt oder getragen hat (sozial-familiäre Beziehung) und der Umgang dem Wohl des Kindes dient, § 1685 Abs.2 BGB in Verbindung mit § 1685 Abs.1 BGB. Falls er - aus welchen Gründen auch immer - keine sozial-familiäre Bindung aufbauen konnte, unterbindet das Gesetz ihm jeglichen Umgang mit dem Abkömmling, selbst wenn er zur Übernahme der tatsächlichen Verantwortung bereit war, sich kümmern wollte und ein Kontakt dem Kindeswohl förderlich gewesen wäre. Überdies obliegt dem biologischen Vater nach geltendem Recht kein Anspruch auf Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes. Nach **§ 1686 Satz 1 BGB** kann jeder Elternteil vom anderen Elternteil bei berechtigtem Interesse Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes verlangen, soweit dies dem Wohl des Kindes nicht widerspricht. Da diese Vorschrift indes nur die rechtlichen Eltern im Sinne der §§ 1591 ff BGB umfasst, der „nur“ leibliche Vater jedoch nicht Vater im Rechtssinn ist, kommt die Norm des § 1686 BGB für ihn nicht zum Tragen. Infolgedessen steht und fällt sowohl der Umgang als auch die Auskunft mit dem Wohlwollen der rechtlichen Eltern in deren Belieben es liegt, ob sie dem biologischen Vater die Errichtung einer sozial-familiären Beziehung zum Kind gestatten und/oder freiwillige Angaben bezüglich dessen individueller Entwicklung kundtun. **Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Umgang oder die Auskunft dem Wohl des Kindes dient. Dieser Aspekt ist jedoch von tragender Bedeutung.**

Sofern der mit der Mutter verheiratete Mann, als Vater im Sinne des § 1592 Nr.1 BGB gilt oder als Vater ein Mann gilt, der die Vaterschaft anerkannt hat (§ 1592 Nr.2 BGB), **bestehen für den (mutmaßlichen) biologischen Vater nur sehr begrenzte Möglichkeiten eine Feststellung der (biologischen) Vaterschaft zu erreichen.** Eine Anerkennung ist ihm nicht möglich, solange die Vaterschaft eines anderen Mannes besteht, vgl. § 1594 Abs.2 BGB. Die Vaterschaft des anderen Mannes kann auch nur unter begrenzten Voraussetzungen angefochten werden. Nach § 1600 Abs.1 BGB sind unter anderem zur Vaterschaftsanfechtung berechtigt: der Mann dessen Vaterschaft nach § 1592 Nr.1 „und“ Nr. 2 BGB „und“ § 1593 BGB besteht, die Mutter, das Kind und der Mann der an Eides statt versichert, der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt zu haben. Die Anfechtung des biologischen Vaters nach

§ 1600 Abs.1 Nr.2 BGB setzt nach § 1600 Abs.2 BGB voraus, dass zwischen dem Kind und seinem Vater im Sinne des § 1600 Abs.1 Nr.1 BGB **keine sozial-familiäre Beziehung** besteht oder im Zeitpunkt seines Todes bestanden hat und dass der Anfechtende leiblicher Vater des Kindes ist. Die sozial-familiäre Beziehung wird in § 1600 Abs.4 BGB legaldefiniert: „Eine sozial-familiäre Beziehung nach den Absätzen 2 und 3 besteht, wenn der Vater im Sinne von Absatz 1 Nr.1 zum maßgeblichen Zeitpunkt für das Kind tatsächliche Verantwortung trägt oder getragen hat. Eine Übernahme tatsächlicher Verantwortung liegt in der Regel vor, wenn der Vater im Sinne von Absatz 1 Nr.1 mit der Mutter des Kindes verheiratet ist oder mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt hat.“

Die Regelungen, die es dem leiblichen Vater ermöglichen, die Vaterschaft anzufechten, wenn keine sozial-familiäre Beziehung des Vaters zu seinem Kind bestehen, sind seit dem 30. April 2004 in Kraft (vgl. BGBl. 2004 Teil I, Nr. 18, S. 598, 600). In der dazugehörigen Gesetzesbegründung heißt es: „Der grundrechtliche Schutz aus Artikel 6 Abs.2 GG gibt dem leiblichen Vater“ ... „kein Recht, in jedem Fall vorrangig vor dem rechtlichen Vater die Vaterschaft eingeräumt zu erhalten, wenn letzterer seine elterliche Verantwortung im Sinne einer von Art. 6 Abs.1 GG geschützten sozialen Elternschaft wahrnimmt. Es besteht insoweit kein automatisches Rangverhältnis zwischen der biologischen und der sozialen Elternschaft, vielmehr sind die Interessen der Beteiligten gegeneinander abzuwägen“, vgl. BT-Drs. 15/2253, S.11; vgl. auch S.11 RefE. Diese Interessenabwägung hat der Gesetzgeber in § 1600 Abs.2 und Abs.3 BGB zugunsten des legitimierten rechtlichen Vaters vorgenommen, wenn eine sozial-familiäre Beziehung besteht bzw. im Zeitpunkt seines Todes bestanden hat.

Nach dem geltenden Recht hat der biologische Vater keine Möglichkeit, seine Vaterschaft feststellen zu lassen, wenn eine sozial-familiäre Beziehung des Kindes zum rechtlichen Vater besteht. Auch steht ihm kein Umgangsrecht zu, wenn er nicht zum Kreis der engen Bezugspersonen zählt. Ein Auskunftsrecht ist ebenfalls nicht gegeben.

Ausdrückliches Ziel des Gesetzentwurfs ist es dem leiblichen Vater, dessen Kind mit seinen rechtlichen Eltern in einer (intakten) sozialen Familie lebt und der zu seinem Kind (bisher noch) keine enge persönliche Beziehung aufbauen konnte, unter bestimmten Voraussetzungen ein Umgangs- und Auskunftsrecht einzuräumen (vgl. S.1 RefE). Andernfalls wäre der (mögliche) biologische Vater auf die Erlangung der rechtlichen Vaterstellung zu verweisen, wobei ihm auch die Pflichten des rechtlichen Vaters erwachsen würden (vgl. S.9 RefE).

Um diese Ziele zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters zu erreichen ist im Entwurf (vgl. Anschreiben vom 29. Mai 2012 an die Fachkreise und Verbände, S.2) **Folgendes vorgesehen:**

- Sofern der leibliche Vater durch sein Verhalten gezeigt hat, dass er für das Kind tatsächliche Verantwortung tragen will, erhält er - unabhängig davon, ob zum Kind bereits eine sozial-familiäre Beziehung besteht - ein Recht auf Umgang mit dem Kind, wenn der Umgang dem Kindeswohl dient.

- Zudem wird ihm bei berechtigtem Interesse ein Recht auf Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes eingeräumt, soweit dies dem Wohl des Kindes nicht widerspricht.
- Die leibliche Vaterschaft des Antragstellers ist inzident im Rahmen des Umgangs- oder Auskunftsverfahrens zu prüfen und ggf. im Rahmen einer Beweiserhebung zu klären.

Wichtig ist, dass der Gesetzgeber tätig wird, weil er dies aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zu Art. 8 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte (EMRK) für erforderlich hält. Der EGMR hatte bemängelt, dass die Gerichte in ihren Entscheidungen das „Recht auf Achtung des Privatlebens“ des (unterstellten) biologischen Vaters mit ihrer Anwendung des geltenden Rechts verletzt hätten. Insoweit soll unter **II.** auf die einschlägigen Gerichtsurteile des EGMR eingegangen werden.

II. Gesetzgebungserfordernis aufgrund der Rechtsprechung des EGMR

1. Zum Umgangsrecht

a) Anayo gegen die Bundesrepublik Deutschland – EGMR, Kammerentscheidung Beschwerde-Nr. 20578/07 vom 21. Dezember 2010

Der Beschwerdeführer A., war in Nigeria geboren und 2003 nach Deutschland gekommen. Er stellte einen Asylantrag, der 2006 abgelehnt wurde. Ab Juni 2003 hatte er eine intime Beziehung zu der verheirateten Frau B. Diese hatte zusammen mit ihrem Ehemann drei Kinder. Obgleich sie zunächst eine Scheidung erwog und nie mit A. zusammenlebte, verließ sie diesen im August 2005 und lebte wieder mit ihrem Ehemann und ihren Kindern zusammen. Im Dezember 2005 gebar sie Zwillinge, wobei A. deren biologischer Vater ist. Auf der Grundlage von § 1592 Nr. 1 BGB war Herr B. deren rechtlicher Vater und zog diese zusammen mit Frau B. auf. A beehrte seit der Geburt der Zwillinge Umgang mit diesen, er wurde ihm durch die rechtlichen Eltern verweigert. 2008 zog er nach Spanien.

Das Amtsgericht (AG) entschied, dass A. Umgang auf der Grundlage von § 1685 Abs.2 BGB zustehen würde, auch wenn er noch keine Verantwortlichkeit für die Kinder hätte entwickeln können. Dies sei im Sinne des Kindeswohls der Kinder, zumal, angesichts ihrer deutsch-afrikanischen Wurzeln, deren Kontakt zu ihrem leiblichen Vater wichtig sei, um ein normales Selbstbewusstsein zu entwickeln. Das Kindeswohl der weiteren Kinder in der Familie der Bs sah es nicht tangiert. Der Umgang sollte zunächst einmal im Monat für eine Stunde im Beisein einer dritten Person und gegebenenfalls Herrn/Frau B. stattfinden. Das Oberlandesgericht (OLG) wies den Umgangsantrag zurück. Es verneinte das Umgangsrecht, da § 1684 BGB den Umgang nur für den rechtlichen Vater ermögliche. Auch auf der Grundlage von § 1685 BGB stünde ihm kein Umgang zu, da dieser für enge Bezugspersonen mit tatsächlicher Verantwortungsübernahme gelte. Mangels Rechtsgrundlage sei nicht relevant, ob der Umgang im Interesse der Kinder gewesen sei. Art. 6 Abs.2 GG erfordere kei-

ne andere Auslegung, da er als nicht rechtlicher Vater nicht „parent“/Elternteil im Sinne des GGs sei. Art. 8 EMRK sei nicht tangiert. Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen.

Der **EGMR** sah in der Entscheidung, dem A. den Umgang zu seinen (biologischen) Kindern zu verwehren, jedenfalls einen Eingriff in sein Recht aus Art. 8 Abs. 1 EMRK (Recht auf Achtung des Privatlebens). Grundsätzlich sei eine biologische Elternschaft, ohne eine rechtliche Elternschaft oder faktischen Elementen, die eine nahe Beziehung indizierten, nicht hinreichend, um den Schutz von Art. 8 Abs. 1 EMRK (Recht auf Achtung der Familie) zu erlangen. Ausnahmsweise könnten andere Faktoren dazu dienen, zu demonstrieren, dass eine Beziehung mit hinreichender Beständigkeit („constancy“) ausgestattet sei, um de facto „Familienbande“ zu erzeugen. Auch beabsichtigtes Familienleben könnte, ausnahmsweise, unter den Schutz von Art. 8 Abs.1 EMRK fallen, insbesondere, wenn die mangelnde Etablierung des Familienlebens nicht dem Betroffenen (hier A.) zuzurechnen sei. A. hätte nur deshalb keinen Kontakt zu den Zwillingen gehabt, weil die rechtlichen Eltern diesen verweigert hätten. Er hätte ein ernsthaftes Interesse an diesen gezeigt. Selbst wenn man nicht das Merkmal „Familienleben“ aus Art. 8 Abs.1 EGMR bejahen würde, so wäre sein „Privatleben“ im Sinne dieses Artikels tangiert. Der Gerichtshof verkannte nicht, dass Regelungen des BGB, bestehenden (und rechtlichen) Familienbindungen Vorrang gegenüber der Beziehung eines biologischen Vaters zu seinem Kind einräumten. Er bemängelte aber insbesondere die fehlende Abwägung der Interessen aller Beteiligten (Mutter, rechtliche/biologischer Vater, sämtliche betroffene Kinder). So sei nicht geprüft worden, ob der Kontakt zwischen den Zwillingen und Herrn A. in deren Interesse gelegen hätte (Kindeswohl).

Kern dieser Entscheidung ist also, dass in **Ausnahmefällen** bei nicht gelebtem Familienleben der Schutz des Art. 8 EMRK dem feststehenden biologischen Vater zukommen kann. Letztlich hat der Gerichtshof Grundsätze hierfür aufgezeigt. Vorliegend hat er dies dahingestellt und die Verletzung der Privatsphäre bejaht. Maßgeblich hat er bemängelt, dass nicht geprüft worden sei, **ob der Umgang dem Wohl der Zwillinge gedient hätte** (Entscheidung in juris, Rn67, 71). Er stellte heraus, dass ihm bewusst sei, dass die Entscheidung des OLG dem Willen des Gesetzgebers entsprechen sollte, der bestehenden familiären Beziehung zwischen einem rechtlichen Vater und einem Kind, die tatsächlich mit Ihrer Frau bzw. Mutter zusammenleben, Vorrang vor der Beziehung zwischen einem biologischen Vater und einem Kind einzuräumen (Rn70, juris) und anerkannte die bestehenden Familienbande ebenfalls als schutzwürdig. Er bemängelte, dass kein fairer Ausgleich zwischen den widerstreitenden Rechten nach Art. 8 EMRK hergestellt worden sei. **Die Rechte sämtlicher Beteiligter** - nicht nur der Elternteile und der Kinder, sondern auch z.B der betroffenen biologischen Kinder des Ehepaares - **seien nicht abgewogen worden**. Einen nachvollziehbaren Entscheidungsfindungsprozess in Bezug auf diese Aspekte vermochte der EGMR nicht zu erkennen. Es war für ihn nicht nachvollziehbar, dass A. den ihm nach Art. 8 erforderlichen Schutz seiner Interessen zuteil geworden wäre und ausreichende Gründe für den Eingriff angeführt worden wären, um diesen zu rechtfertigen. **Der Gerichtshof hat darauf hingewiesen, dass es Aufgabe der innerstaatlichen Gerichte sei, welche den Vorteil des unmittelbaren Kontakts zu allen betroffenen Personen hätten, in**

Ausübung ihres Ermessens festzustellen, ob der Umgang zwischen einem biologischen Vater und seinen Kindern dem Wohl der Kinder dient (vgl. Rn71, juris, vgl. zur Entscheidung Original unter Rn71 „would be in the childrens´ s best interest“ <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2010/2083.html>).

b) Schneider gegen die Bundesrepublik Deutschland – EGMR, Kammerentscheidung Beschwerde-Nr. 17080/07 vom 15. September 2011

Der Beschwerdeführer (S.), hatte eine Beziehung zu Frau H., deren Ehemann von 2001 an im Ausland arbeitete. 2003 wurde Frau H. schwanger und gebar im März 2004 einen Jungen. Sie war inzwischen zu ihrem Ehemann ins Vereinigte Königreich gezogen. Noch vor der Geburt des Kindes, im November 2003, anerkannte S. die Vaterschaft vor dem Jugendamt. Die Eheleute waren sich im Klaren darüber, dass S. der Vater hätte sein können. Sie meinten aber auch, Herr H. wäre in Betracht gekommen. S. bestritt diese Möglichkeit, zumal die Geburt eines gemeinsamen Kindes von ihm und Frau H. geplant gewesen sei. Die Eheleute zogen es vor, eine Vaterschaftsfeststellung im Interesse ihrer Familie nicht zu unterstützen. H. war angesichts von §§ 1592 Nr.1, 1594 Abs.2 BGB rechtlicher Vater.

Im August 2004 stellte S. beim AG einen Antrag auf zweimal Umgang im Monat und auf regelmäßige Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Jungen. Das AG wies den Antrag ab. Selbst wenn man die (leibliche) Vaterschaft von S. unterstellen würde, gehörte er nicht zur Gruppe der Personen, die Ansprüche nach §§ 1684, 1685 BGB geltend machen könnten (vgl. Rn13, juris). Er war nicht rechtlicher Vater, seine Anerkennung ginge angesichts von § 1594 Abs.2 BGB ins Leere. Eine Vaterschaftsanfechtung scheiterte an § 1600 Abs.2 BGB, da zwischen Herrn H. und dem Kind eine sozial-familiäre Beziehung bestand. Die nach § 1685 Abs.2 BGB für den Umgang erforderliche sozial-familiäre Beziehung des S. war nicht gegeben. Das OLG lehnte die eingelegte Berufung ohne persönliche Anhörung der Beteiligten ab. Es bestätigte das Urteil des AGs und stellte klar, dass Auskunftsrechte nach § 1686 BGB nur den rechtlichen Elternteilen zustünden. Es war der Ansicht, dass sich weder aus Art. 6 Abs.1 GG noch aus Art. 8 EMRK - selbst bei unterstellter biologischer Vaterschaft - weitergehende Rechte für S. herleiten ließen. Bei Abwägung aller Interessen, könnten die Rechte des S. als biologischer Vater, nicht das Schutzinteresse der Familie, der Mutter und des Kindes nach Art. 6 Abs.2 GG überwiegen. Jede Irritation des Kindes in das Vertrauen in seine Familie müsste unterbunden werden. Es sei vorzuziehen, wenn das Kind in seiner Familie aufwachsen würde, ohne von den problematischen Umständen seiner Herkunft zu erfahren (vgl. Rn18, juris).

Die Verfassungsbeschwerde (VB) des S. wurde durch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) per Nichtannahmebeschluss am 20. September 2006 - 1 BvR 1337/06 abgelehnt, vgl. http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20060920_1bvr133706.html.

S. hatte z.B. die Verletzung von Art. 1 Abs.1, Art. 2 Abs.1 und Art. 6 Abs.1 GG sowie von Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) gerügt. Soweit seine VB sich gegen die Zurückweisung von Umgangs- und Auskunftsrechten richtete, sei sie unbegründet gewesen. Es sei kein Verstoß gegen die angeführten Grundrechte (insbesondere Art. 6 GG) gegeben. Eine Prüfung des Art. 8 EMRK erfolgte nicht.

Unter Berufung insbesondere auf **Art. 8 EMRK** rügte S. die Ablehnung der deutschen Gerichte, ihm Umgang und ein Recht auf Auskunft bezüglich seines mutmaßlichen Sohnes zu gewähren. Der **EGMR** stellte - wie in seiner Entscheidung **Anayo gegen Deutschland** - fest, dass **ausnahmsweise** beabsichtigtes Familienleben unter den Schutz von Art. 8 EMRK fallen könnte. Dies insbesondere in Fällen, in denen die Nichtetablierung von Familienleben nicht dem S. anzulasten sei. Der EGMR schloss nicht aus, dass die von S. beabsichtigte Beziehung unter Art. 8 EMRK fallen würde. Selbst wenn die Frage, ob S. ein Umgangs- oder Auskunftsrecht beanspruchen könnte, nicht unter das „Familienleben“ fallen würde, so betreffe es in jedem Fall sein „**Privatleben**“ (**Art. 8 Abs. 1 EMRK**, vgl. Rn82). Unter Berücksichtigung einer Gesamtbetrachtung könnte er nicht einschätzen, ob die angeführten Gründe für die Beeinträchtigung der Rechte des S. hinreichend gewesen seien (Art. 8 Abs.2 EMRK - Eingriffsbefugnis). Hierbei seien - wie in Anayo gegen Deutschland dargelegt - **Erwägungen des Kindeswohls** von zentraler Bedeutung. Die nationalen Gerichte vor Ort hätten die Aufgabe, herauszufinden, ob der Umgang zwischen dem biologischen Vater und seinem Kind dem Wohl des Kindes diene (vgl. Rn99, juris). Der EGMR war nicht davon überzeugt, dass eine generelle juristische Unterstellung (assumption) die Prüfung der Kindesinteressen im Einzelfall in diesen Fällen ersetzen könnte. Im Hinblick auf die große Vielfalt möglicher Familienkonstellationen war der Gerichtshof der Meinung, dass eine Prüfung der besonderen Umstände der Rechtssache für eine **faire Abwägung der Rechte aller Beteiligten** erforderlich gewesen wäre (vgl. Rn100, juris). Dies ermöglicht die Schlussfolgerung: Bei der entsprechenden Prüfung und bei unterstellter biologischer Vaterschaft hätte sich also ergeben können, dass der Kontakt nicht dem Kindeswohl entsprochen hätte! Die Gerichte hätten sich - so der Gerichtshof weiter - auch nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine **Auskunftserteilung dem Kindeswohl gedient hätte**, oder diese im überwiegenden Interesse von S. gegenüber dem der rechtlichen Eltern gewesen wäre (vgl. Rn104, juris). Der nicht gerechtfertigte Eingriff in das Recht des Privatlebens wurde bejaht.

Da die deutschen Gerichte S. auf ein Statusverfahren hatten verweisen wollen, welches der EGMR für ungeeignet ansah, stellte er auch fest, dass der Erhalt eines rechtlichen Vaterschaftsstatus etwas grundsätzlich anderes sei und als viel weitergehendes Ziel anzusehen sei, als die bloße Feststellung der biologischen Vaterschaft zum Zwecke des Umgangs mit dem betroffenen Kind und der Information über die Entwicklung des Kindes (vgl. Rn102, juris).

Kern dieser Entscheidung ist, wie in Anayo gegen Deutschland, dass nur in Ausnahmefällen bei nicht gelebtem Familienleben der Schutz des Art. 8 EMRK dem feststehenden/unterstellten biologischen Vater zukommt. Auch hier hat er angesichts der Nichtbeachtung des Eingriffs in Rechte des (mutmaßlichen) biologischen Vaters, die Herbeiführung eines fairen Ausgleichs zwischen den widerstreitenden Interessen, z.B. zu den rechtlichen Eltern, nicht feststellen können. Außerdem hat er die mangelnde Berücksichtigung der Frage, ob das **Umgangsrecht oder das Auskunftsrecht dem Wohl des Kindes „dient“** kritisiert (vgl. Rn95; 96, juris, vgl. auch RefE S.7). Es seien keine ausreichenden Gründe angeführt worden, um den Eingriff im Sinne von Art. 8 Abs.2 zu rechtfertigen. Der Eingriff in das Recht des S. auf Achtung seines Privatlebens sei daher nicht „in einer demokratischen

Gesellschaft notwendig“ , vgl. Rn104, juris, vgl. Originalentscheidung unter [http://actu.dalloz-
etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/SEPTEMBRE_2011/CASE_OF_SCHNEIDER_v.
GERMANY.pdf](http://actu.dalloz-
etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/SEPTEMBRE_2011/CASE_OF_SCHNEIDER_v.
GERMANY.pdf) Rn104 „child´s best interest“ - Auskunft „information“).

c) Bewertung der beiden Entscheidungen mit Bezug auf den Gesetzentwurf

Im Gesetzentwurf wird das Recht des biologischen, nicht rechtlichen Vaters auf Umgang und Auskunft herausgestellt und steht im Vordergrund des Gesetzes. Bedeutsam ist, dass nach der Rechtsprechung des EGMR in beiden Fällen zweifelsfrei (nur) in Bezug auf das Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 Abs.1 EMRK) ein Eingriff und eine nicht hinreichende Rechtfertigung des Eingriffs (Art. 8 Abs.2 EMRK) festgestellt worden ist. Daneben hat der EGMR Überlegungen dazu angestellt, wann das Recht auf Familie tangiert ist (Art. 8 Abs.1 EMRK), von dem der biologische/der unterstellte biologische Vater betroffen sein kann. Zur Ebene der Rechtfertigung des Eingriffs (Art. 8 Abs.2 EGMR) hat der EGMR bemängelt, dass keine **(positive) Kindeswohlprüfung erfolgte sei und ein fairer Ausgleich der Interessen und Rechte aller Beteiligten**, auch anderer Kinder, nicht vorgelegen hätte. Insofern hätte - selbst wenn man einen Eingriff in das Recht auf Familie bejaht hätte - eine Eingriffsbefugnis vorliegen können. Weil der EGMR keine Abwägungen hinsichtlich des festgestellten Eingriffs den gerichtlichen Entscheidungen entnehmen konnte, musste er die mangelnde Eingriffsbefugnis bejahen. Der Gesetzgeber hat dagegen aus den Entscheidungen den Schluss gezogen, er müsste zwingend dem biologischen Vater ein Recht auf Umgang und Auskunft noch über das vom EGMR hinaus angedeutete Maß (z.B. beim Auskunftsrecht negative Kindeswohlprüfung, statt der vom EGMR benannten positiven Kindeswohlprüfung: „Kindeswohl dient“) zukommen lassen, wohl um sein Recht auf Achtung des Familienlebens zu schützen. Letztlich war in den Entscheidungen sein Recht auf Achtung des Privatlebens tangiert. In Ausnahmesituationen wird das Recht des biologischen Vaters auf Achtung des Familienlebens berührt sein. Im Gesetzentwurf werden erforderliche dezidierte Abwägungen der Rechte der betroffenen rechtlichen Eltern, der in der Familie lebenden Kinder und des Kindes verhältnismäßig gering oder gar nicht in den Fokus genommen. So ist zu berücksichtigen, dass jedem Familienmitglied ein Schutz aus Art. 8 Abs.1 EMRK (Familienleben) ebenso wie aus Art.8 Abs.1 EMRK (Privatleben) zukommt. Hinzu kommen sämtliche grundrechtliche Rechte inklusive des Schutzes der Ehe (Art. 6 Abs.1 GG). Hierbei wird nicht verkannt, dass die Regierung in ihren Stellungnahmen im Rahmen der beiden Gerichtsentscheidungen differenzierte Ausführungen gemacht hat. Der EGMR verlangt sehr konkrete Einzelfallabwägungen und keine „Pauschalierungen“ im Rahmen von Gesetzen. Neuregelungen sollten da-her beachten, dass nicht nur die Rechte des biologischen, nicht rechtlichen Vaters in den Vordergrund gestellt werden, weil dies auch nicht Kern der Entscheidungen war. **Maßgeblich ist, dass den Gerichten Abwägungsmöglichkeiten eröffnet werden.** Dies zumal der EGMR ausdrücklich betont, dass die Gerichte unmittelbaren Kontakt zu den betroffenen Personen hätten und in Ausübung ihres Ermessens feststellen müssten, ob der Umgang zwischen - entsprechend geltend für die Auskunft - einem biologischen Vater und seinen Kindern dem Wohl der Kinder dient.

2. Anfechtung der Vaterschaft

Ahrens gegen Deutschland - EGMR, Kammerentscheidung Beschwerde-Nr. 45071/09 und Kautzor gegen Deutschland - EGMR, Kammerentscheidung Beschwerde-Nr. 23338/09 vom 22. März 2012

Im ersten Fall ging der betroffene A. davon aus, Vater einer im August 2005 geborenen Tochter zu sein, mit deren Mutter er eine Beziehung gehabt hatte. Die Mutter lebte aber zur Zeit der Empfängnis mit einem anderen Mann zusammen, der die Vaterschaft anerkannte. Dieses Paar hat das gemeinsame Sorgerecht und kümmert sich gemeinsam um das Kind. A. habe den rechtlichen Vater angerufen und einen Vaterschaftstest verlangt. Dieser habe geantwortet, dass das Kind, wenn es älter sei, dies selbst entscheiden solle und abgelehnt (vgl. hierzu Rn57, juris). A. erhob Klage wegen Anfechtung der Vaterschaft und gab eine eidesstaatliche Versicherung ab, er habe während der Empfängniszeit intime Kontakte mit der Mutter des Kindes gehabt.

Im zweiten Fall ging der betroffene K. davon aus, Vater der im März 2005 geborenen Tochter seiner ehemaligen Ehefrau zu sein. K. teilte seiner ehemaligen Ehefrau mit, dass er Umgang mit dem Kind wünschte und beabsichtigte, die Vaterschaft anzuerkennen. Diese lebte inzwischen mit einem neuen Partner zusammen, der die Vaterschaft (wirksam) anerkannte. K. gab ein notarielles Vaterschaftsanerkennnis ab und reichte Klage auf Feststellung der Vaterschaft ein. Er erweiterte diese um einen Antrag auf Anfechtung der Vaterschaft.

Der EGMR stellte in beiden Fällen fest, dass mit den Entscheidungen keine Verletzung des Art. 8 EGMR - auch nicht in Verbindung mit Art. 14 EGMR - gegeben war. In Verfahren, in denen es um die Feststellung oder Anfechtung der Vaterschaft gehe, sei das Privatleben des betreffenden Mannes nach Art 8 berührt, der wichtige Aspekte der Persönlichkeit von Menschen umfasse (vgl. Kautzor gegen Deutschland, Rn63, juris). In beiden Entscheidungen (vgl. Ahrends gegen Deutschland, Rn63, juris; Kautzor gegen Deutschland, Rn64, juris) stellte der Gerichtshof klar, dass von entscheidender Bedeutung sei, ob der Eingriff „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ ist. Von zentraler Bedeutung sei dabei, **was dem Kindeswohl am besten diene**. Je nach Art und Bedeutung könne das Kindeswohl den Interessen der Eltern vorgehen. Er sah aber auch eine Gesamtbetrachtung für entscheidend an (vgl. Ahrends gegen Deutschland, Rn66, juris „fairer Ausgleich“). Er führte aus, dass ein Anfechtungsverfahren darauf abziele, die vollständige Rechtsposition eines Vaters zu erhalten. Ein solches Verfahren sei ein grundsätzlich anderes und viel weitreichenderes Ziel als die bloße Feststellung der biologischen Vaterschaft zum Zwecke des Umgangs mit dem betroffenen Kinde und der Information über die Entwicklung des Kindes. Auch sei der den Mitgliedstaaten eingeräumte Beurteilungsspielraum im Hinblick auf die Festlegung der Rechtsstellung des Kindes größer als der, den die Staaten im Hinblick auf die Umgangs- und Auskunftserteilungsrechte genossen. Er verwies darauf, dass die Vaterschaftsanfechtung in einer beträchtlichen Minderheit von Mitgliedstaaten in derartigen Fällen nicht möglich sei (vgl. Ahrends gegen Deutschland, Rn67-70, juris). Er hat unter Rn74 festgestellt, dass sich aus Anayo gegen Deutschland ergebe,

„dass Artikel 8 der Konvention dahingehend ausgelegt werden kann, dass er den Mitgliedstaaten eine Verpflichtung auferlegt, zu prüfen, ob es dem Kindeswohl dient, dem biologischen Vater den Aufbau einer Beziehung zu seinem Kind zu ermöglichen, beispielsweise durch Gewährung eines Umgangsrechts.“ In Kautzor gegen Deutschland führte er ferner aus, dass der vermeintliche biologische Vater von der Möglichkeit, seine Vaterschaft feststellen zu lassen, nicht vollständig ausgeschlossen werden dürfe, solange keine erheblichen Gründe in Bezug auf das Kindeswohl dafür vorlägen. Daraus erwachse nicht zwingend eine Pflicht aus der Konvention, dem vermeintlichen biologischen Vater zu gestatten, die Stellung des rechtlichen Vaters anzufechten oder eine separate Klage im Hinblick auf die Feststellung der biologischen - im Gegensatz zur rechtlichen - Vaterschaft zuzulassen, dies läge im **Rahmen des staatlichen Ermessensspielraums**. Er sah insoweit keinen nicht gerechtfertigten Eingriff. Überdies war der Gerichtshof der Auffassung, dass ähnliche Erwägungen für die Frage zuträfen, ob ein vermeintlicher biologischer Vater berechtigt sein sollte zu verlangen, dass im Wege einer genetischen Untersuchung die Abstammung des Kindes geklärt werde, ohne die rechtliche Stellung des Kindes zu verändern. Keiner der vom Gerichtshof untersuchten 26 Mitgliedstaaten sähe ein Verfahren zur Feststellung der biologischen Vaterschaft, ohne förmliche Anfechtung der Vaterschaft des anerkannten Vaters und ohne Änderung der rechtlichen Stellung des Kindes, vor (vgl. Kautzor gegen Deutschland, Rn78ff, juris; vgl. auch Pressemitteilung des Kanzlers ECHR 120 (2012) vom 22.03.2012).

3. Gesamtwürdigung der Entscheidungen zum Umgangs- und Anfechtungsrecht

Insgesamt scheinen die Entscheidungen relativ getrennt voneinander gesehen zu werden. Es handelt sich aber letztlich um ein Kontinuum, wenn zur Zeit zum Zwecke der Umgangsgewährung (inzident) eine Vaterschaftsfeststellung denkbar erscheint, ein getrenntes Verfahren zur Feststellung der biologischen Elternschaft, mangels Übung in den Mitgliedstaaten aber noch nicht praktiziert wird. Diese unterschiedlichen Konstruktionen sind laut EGMR jeweils möglich (Ermessensspielraum). Die tatsächlichen Wirkungen dürften sich dabei ohnedem nur minimal unterscheiden. Letztlich wird dem biologischen, nicht rechtlichen Vater der Umgang oder die Auskunft gewährt. Darüber hinaus läge auch die Ermöglichung der Anfechtung innerhalb des staatlichen Ermessensspielraums. Entscheidet sich der nationale Gesetzgeber dagegen, so gilt dies (noch) als konventionsgemäß. Klarzustellen ist, dass der umgangsberechtigte, biologische Vater den rechtlichen Vater aus seiner sozial-familiären Rolle ohnedem verdrängen kann und ihm dann die Anfechtungsmöglichkeit zur Verfügung steht. Die Übergänge sind fließend und es bestehen eine Reihe von Regelungsmöglichkeiten. Ob dies alles nicht auch eine Gefahr für das Grundrechtsgefüge im Rahmen des Art. 6 GG darstellt und das Kindeswohl unterwandern kann, ist derzeit nicht absehbar, insofern sind in jedem Fall behutsame Reformen anratsam, die immer berücksichtigen, ob Veränderungen dem Kindeswohl dienen. Auswirkungen auf die Bereiche des Pflegekinderwesens, die Pflegschaft, die Vormundschaft, das Adoptionswesen (wie soll § 1686a Nr.2 BGB-RefE zu § 1758 BGB stehen?) und die Lebenspartnerschaften sind schwer

absehbar. Die Ausgrenzung von Samenspendern und Leihmüttern und biologischen Müttern, wird sich nicht unbedingt auf Dauer halten lassen, oder für Veränderungsdruck sorgen. Bedenklich erscheint, dass der EGMR sehr stark auf die „statistischen“ Verhältnisse in den Ländern abstellt und Entscheidungsspielräume genau danach definiert.

Es wäre von Bedeutung das Verhältnis der Grundrechte und der Rechte aus der Menschenrechtskonvention klarzustellen und in einen ethischen Zusammenhang zu bringen. In Deutschland hat die EMRK nach gängiger Auffassung grundsätzlich den Rang eines einfachen Bundesgesetzes und dient damit als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Gewährleistungen des Grundgesetzes (vgl. Ekardt/Lessmann EuGH, EGMR und BVerfG: Die dritte Gewalt im transnationalen Mehrebenensystem, Kritische Justiz, 381ff unter III). Dies sollte bei Reformen nicht verkannt werden.

III. Eingehen auf die Gesetzesvorschriften im Einzelnen

1. Zu Artikel 1 Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Zu § 1686a BGB-RefE

Der neu eingefügte § 1686a BGB sieht für den leiblichen, nicht rechtlichen Vater ein Umgangs- und Auskunftsrecht vor, sofern das Kind bereits einen rechtlichen Vater hat. Das Umgangsrecht kann der leibliche Vater geltend machen, wenn dieses dem Kindeswohl dient und er durch sein Verhalten gezeigt hat, dass er für das Kind tatsächliche Verantwortung tragen will. Ein Auskunftsrecht ist bei berechtigtem Interesse des leiblichen Vaters gegeben, soweit dieses dem Kindeswohl nicht widerspricht (vgl. auch unten zu § 1686a Nr.2 BGB-RefE). Auch hier muss der biologische Vater durch sein Verhalten gezeigt haben, dass er für das Kind tatsächlich Verantwortung tragen will (vgl. so ausdrücklich S.13f RefE). Die Neuregelungen in § 1686a BGB stärken die Position des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters erheblich, da er nach der derzeit geltenden Rechtslage nur unter den engen Voraussetzungen des § 1685 BGB ein Umgangsrecht hat. Zurzeit hat er keinen Auskunftsanspruch.

Ausgangspunkt für die Norm ist die Kritik des EGMR daran, dass der biologische Vater oder vermeintliche biologische Vater nach derzeitiger Lage kein Recht hat, ein Umgangsrecht durchzusetzen oder Auskünfte zu erlangen, auch wenn dies „dem Kindeswohl dient“ (vgl. auch oben Anayo und Schneider gegen Deutschland). Er hat vor allem die mangelnde Nachvollziehbarkeit der Rechtfertigung des Eingriffs in das Recht auf Privatleben bemängelt (Art. 8 EMRK) und dargelegt, dass auch das Recht der biologischen Väter mit Blick auf ihr Familienleben tangiert gewesen sein könnte, dies aber nicht festgestellt. Der Gesetzgeber begründet die neue Regelung damit, dass es bedenklich wäre, dem biologischen Vater ohne weitere Voraussetzungen ein Umgangsrecht zu gewähren. Dies würde dem Umstand nicht gerecht werden, dass Rechte anderer Betroffener von nicht minderem Rang gleichermaßen auf dem Spiel stünden. Voraussetzung des Umgangs- bzw. Auskunftsrechts für den biologischen Vater sei daher außerdem, dass er „durch sein Verhalten gezeigt habe, dass er für das Kind tatsächlich Verantwortung tragen wolle“, vgl. S.13f RefE. Hierdurch würde

der Rechtsprechung der erforderliche Spielraum gegeben werden. Es ist völlig richtig, dass der Gesetzgeber eine Regelung schafft, die eine Überprüfung zugunsten des biologischen, nicht rechtlichen Vaters ermöglicht. Es erscheint aber problematisch, wenn ihm bei Vorliegen dieser Tatbestandmerkmale ohne Weiteres der Umgang/die Auskunft gewährt werden würde. Sowohl der EGMR als auch die Gesetzesbegründung stellen ausdrücklich auf die Rechte anderer Betroffener ab. Dies findet sich in der beabsichtigten Regelung aber nicht wieder.

So hat der EGMR in seiner Entscheidung **Anayo gegen Deutschland** dargelegt, dass ein "fairer Ausgleich zwischen den widerstreitenden Rechten nach Art. 8 gefunden werden müsse, und zwar nicht nur zwischen den Rechten von zwei Elternteilen und einem Kind, sondern von mehreren betroffenen Personen - der Mutter, dem rechtlichen Vater, dem biologischen Vater, den biologischen Kindern des Ehepaares und den Kindern, die aus der Beziehung zwischen der Mutter und dem biologischen Vater hervorgegangen seien", vgl. Rn70, juris.¹ **Letztlich muss damit ein Ausgleich zwischen allen betroffenen Rechtsträgern der Rechte nach der EMRK (egal, ob beruhend auf dem Recht des Familien- oder Privatleben) in entsprechenden Fällen hergestellt werden. Zu ergänzen wären hier insbesondere auch die Rechte der Pflegeeltern, deren Familienleben ebenfalls nach Art. 8 Abs.1 EMRK erfasst ist (vgl. Meyer-Ladewig EMRK, Art. 8 Rn49, 3. Auf.) und sämtliche Grundrechte der betroffenen Grundrechtsträger nach deutschem Recht.** Zum Schutz insbesondere weiterer betroffener Kinder sollte daher in

§ 1686a Satz 3 BGB-RefE ergänzt werden: „Rechte Dritter sind hinreichend zu wahren.“

Die Regelung soll dazu führen, dass die Gerichte in ihrem Abwägungsprozess insbesondere auch andere betroffene Kinder mitberücksichtigen und deren Grundrecht und Rechte aus der EMRK Berücksichtigung finden (können). Die Ausfüllung des Tatbestandsmerkmals, dass der biologische, nicht rechtliche Vater gezeigt haben muss, dass er für das Kind tatsächliche Verantwortung tragen will, dürfte für die Gerichte eine außerordentliche Herausforderung darstellen. Die Beweislast hierfür trifft aber den biologischen, nicht rechtlichen Vater.

Bezüglich **§ 1686a Nr.2 BGB-RefE** wird ein Auskunftsrecht nur eingeräumt, wenn der biologische, nicht rechtliche Vater ein „berechtigtes Interesse“ an dem Recht auf Auskunft nachweist (in der Begründung heißt „zusätzlich“: „wenn er ein entsprechend qualifiziertes Interesse an dem Kind gezeigt hat“, S. 15 RefE). **Der Wortlaut und die Begründung erscheinen nicht kongruent.** Auch wird auf S.13f RefE ausdrücklich darauf hingewiesen, dass hier der Obersatz: „er durch sein Verhalten gezeigt hat, dass er für das Kind tatsächlich Verantwortung tragen will“ gilt. Stellt man auf das „berechtigte Interesse“ ab, so bezieht sich dieses nur auf den biologischen Vater, in

¹ Rn70 im Original: „In fact, the case before it differs from many previous applications before the Court concerning questions of access to children in that a fair balance has to be struck by the domestic authorities between the competing rights under Article 8 not only of two parents and a child, but several individuals concerned – the mother, the legal father, the biological father, the married couples' biological children and the children which emanated from the relationship of the mother and the biological father.”

der Begründung ist aber ein vergangenheitsbezogener Bezug zum Kind hergestellt („qualifiziertes Interesse am Kind gezeigt hat“). Klarer wäre insoweit, in Nr.2 „**bei gezeigtem qualifiziertem Interesse**“ anstelle von „bei berechtigtem Interesse“ einzusetzen. Der Obersatz bliebe davon untangiert.

Bei dem Auskunftsrecht auf eine negative Kindeswohlprüfung abzustellen, erscheint problematisch. Zu Recht wird in der Begründung dargelegt, dass die Situation des biologischen, nicht rechtlichen Vaters sich von derjenigen des rechtlichen Vaters unterscheidet (vgl. S. 15 RefE). Letzterer hat die Pflichten eines Vaters und trägt die Verantwortung für das Wohl des Kindes. Der biologische, nicht rechtliche Vater, steht dem Kind gegenüber in keiner vergleichbaren Verantwortung. Ihm beziehungsweise der Mutter des Kindes wird aber aufgebürdet (auch) zu behaupten/zu beweisen, warum die Auskunft dem Kindeswohl widerspricht. Dies obgleich beim Umgangsrecht eine andere Ausgestaltung erfolgt (vgl. §§ 1684, 1685 BGB; § 1686a Nr.1 BGB-RefE, positive Kindeswohlprüfung). Beim Umgang mit anderen Bezugspersonen - als den rechtlichen Eltern - kommt es darauf an, ob dieser dem Kindeswohl dient. Die **BAG-Landesjugendämter** hat sich in ihrer **Stellungnahme vom 16.05.2012 zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern** dafür ausgesprochen (z. B. S.11), dass bei Änderungen im Sorgerecht grundsätzlich eine positive Kindeswohlprüfung erfolgen sollte. Eine positive Kindeswohlprüfung erscheint auch hier insgesamt angemessener. Auskunftersuchen sind nicht zwingend weniger einschneidend für das Familiensystem als Umgangskontakte. Sie tangieren die Rechte der betroffenen Familienmitglieder, zumal auch Auskünfte über die Wahrnehmung der elterlichen Verantwortung erfasst sein werden. Vom Kind werden regelmäßig z.B. Bilder/Berichte/Zeugnisse an den biologischen Vater weitergegeben werden müssen, ohne dass es möglicherweise davon Kenntnis erlangt. Von praktischer Bedeutung ist, wie das Kind einzubeziehen ist, wenn Unterlagen verschickt werden/Auskünfte gegeben werden. Der Umfang des Auskunftsrechts wird häufig streitbehaftet sein. **Die vorgesehene Regelung dürfte daher in der Praxis zu erheblichen Konfliktfällen führen.** Zwischen dem rechtlichen und biologischen Vater bestehen oftmals Interessenkonflikte, die durch ein Auskunftsrecht verschärft werden können. Wenn die Familie im Alltag kontinuierlich mit der Auskunftspflicht belastet wird, kann das sehr aufreibend sein. Das Auskunftsrecht sollte daher grundsätzlich nur gegenüber der Mutter bestehen. Insbesondere nach dem Tod der Mutter, könnte das Auskunftsrecht erweitert werden auch gegenüber dem rechtlichen Vater oder, wenn das Kind beim rechtlichen Vater aufwächst. Es sollte nicht verkannt werden, wie tief ein Auskunftsrecht in die alltägliche Situation der Familie eindringen kann. Das Auskunftsrecht müsste so ausgestaltet sein, dass es Belangen des Kindes dient, wenn es später eine Anfechtung der Vaterschaft betreiben will (vgl. § 1600b Abs.3 BGB).

Auch der **EGMR** ist im Hinblick auf die **Auskünfte** davon ausgegangen, dass sie dem **Kindeswohl dienen sollten** (positive Kindeswohlprüfung). Die Abwägungsargumente, die in der Gesetzesbegründung zu finden sind, könnte das Gericht bei einer positiven Kindeswohlprüfung ebenfalls berücksichtigen. Es wird insoweit für einen Gleichklang zwischen der Umgangs- und Auskunftsregelung plädiert. Wichtiger im Sinne des Kindeswohls wäre im Übrigen auf eine Auskunft auf kooperativer Grundlage hinzuwirken.

Der Entwurf überlässt es der gerichtlichen Praxis, **ob im Einzelfall zunächst die Feststellung der biologischen Vaterschaft geprüft werden soll oder, ob die Frage des Kindeswohls an erster Stelle zu prüfen ist** (vgl. S. 14, RefE). Damit wird auch auf die Schwierigkeit verwiesen, die diese Verfahren mit sich bringen werden. Prüft man das Kindeswohl, werden gegebenenfalls umfängliche Begutachtungen erforderlich, prüft man die biologische Vaterschaft müssen Eingriffe in Rechte der anderen Betroffenen gerechtfertigt werden, vgl. auch S.14 RefE, aber auch unter § 163a FamFG-RefE.

2. Zu Artikel 2 Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Zu § 163a FamFG-RefE

Zur Geltendmachung des in § 1686a BGB-RefE normierten Umgangs- und Auskunftsanspruchs wird gefordert, dass eine biologische Vaterschaft feststeht. Damit der mutmaßliche leibliche Vater dieses Tatbestandmerkmal überhaupt beweisen kann, muss ihm die Möglichkeit eingeräumt werden, ein Feststellungsverfahren zu betreiben, in dem andere Personen verpflichtet werden, insbesondere die Blutprobenentnahme zu dulden. Diese Möglichkeit wird durch § 163a FamFG-RefE eröffnet. Im RefE wird diesbezüglich darauf hingewiesen (S. 16), dass die biologische Vaterschaft im Rahmen des Verfahrens nach § 1686a BGB nur als Vorfrage geprüft werde, das etwaige Ergebnis zu dieser Frage - also auch Untersuchungsergebnisse im Zusammenhang mit § 163a FamFG-RefE - nicht in Rechtskraft erwüchse. Dies ist in der gegebenen Konstruktion formaljuristisch richtig, verkennt aber, dass die (inzi- dent) festgestellte biologische Vaterschaft, neben der rechtlichen Vaterschaft, ihre eigene Dynamik entfalten wird. **Dies ist auch ein Grundproblem des § 1686a BGB-RefE, der letztlich auf einem Kontinuum zur Anfechtung der Vaterschaft des rechtlichen Vaters steht.** Wenn es dem biologischen Vater gelingt, den rechtlichen Vater aus seiner sozial-familiären Beziehung zum Kind zu verdrängen, kann ihm auch das Anfechtungsrecht (§ 1600 Abs. 1 Nr.2 BGB in Verbindung mit § 1600 Abs.2 BGB) erwachsen. Oder, wie will man den Fall entscheiden, wenn der leibliche, nicht rechtliche Vater vor der Vaterschaftsanerkennung eines anderen Mannes, der nun mit dem Kind in einer Familie zusammen lebt, eine eigene soziale Beziehung mit dem Kind bereits aufgebaut und/oder bereits gelebt hatte und sich seinerseits auf Art. 8 Abs.1 EMRK (Familienleben) berufen kann (vgl. Wellenhofer, Der europäische Gerichtshof und das Vaterschaftsanfechtungsrecht des leiblichen Vaters, in: FamRZ 2012, S. 828 ff. (832)). Wellenhofer verweist an dieser Stelle auch auf einen offenen Wertungswiderspruch zum Adoptionsrecht. Die Regelungen könnten also vermehrt dazu führen, dass demnächst - ähnlich wie in Sorgerechtsstreitverfahren - **Verfahren um die (bessere) sozial-familiäre Beziehung geführt werden.** Insgesamt ein außerordentlich schwieriges Unterfangen.

Die BAG Landesjugendämter begrüßt ausdrücklich, dass im Gesetzentwurf keine Erweiterung der Anfechtungsmöglichkeiten vorgesehen ist. Dem „nur“ leiblichen Vater, dessen Vaterschaft nicht anerkannt oder gerichtlich festgestellt worden ist, steht damit weiterhin nur unter den Voraussetzungen des § 1600 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 und 4 BGB die Möglichkeit zu, die bestehende rechtliche Vaterschaft eines anderen

Mannes anzufechten -, wenn keine sozial-familiäre Beziehung des Kindes zu seinem rechtlichen Vater (mehr) besteht. Auch wird der biologische Vater nicht in den Kreis der Antragsberechtigten nach § 1598a BGB aufgenommen, zumal es hier um die Abstammungsklä rung der rechtlichen Eltern und des Kindes geht. Es handelt sich aber auch hier um eine schwierige Schnittstelle.

Im Zusammenhang mit § 163a FamFG-RefE stellt sich die weitere Frage, ob die Feststellung der Vaterschaft als **inzident es Verfahren** im Rahmen der Umgangs- oder Auskunftsregelung erfolgen sollte. Der BGH vertritt hierzu die Rechtsauffassung, dass in Verfahren, **an denen das Kind nicht unmittelbar beteiligt ist**, es grundsätzlich nicht zulässig sei, dessen nichteheliche Abstammung inzident geltend zu machen (BGH, Beschluss vom 25.06.2008, Az XII ZB 163/06, Rn21, juris). Es widerspreche (auch) - so Schwonberg, ZfF (Zeitschrift für das Fürsorgewesen) 2012, 87 (90) m.w.N. - den Grundprinzipien des deutschen Abstammungsrechts, wenn die Vaterschaft nur bezogen auf den Umgang rechtlich anerkannt werde. Denn das Abstammungsrecht setze die familiären Verhältnisse fest und bestimme, wer vor dem Gesetz als (rechtliche) Mutter oder Vater eines Kindes gilt. Eine inzidente Feststellung der Abstammung sei dem deutschen Verfahrensrecht grundsätzlich fremd. Es ist daher insgesamt vorzuziehen, die grundsätzliche **Feststellung der biologischen Vaterschaft** nicht inzident in einem Verfahren zu treffen, sondern einem **gesonderten Verfahren vorzubehalten**. Dies sollte auch gelten, wenn die rechtliche um eine zusätzliche biologische Vaterschaft (Novum) im Zusammenhang mit der Umgangs- und Auskunftsgewährung erweitert wird.

So wäre denkbar, den nicht (noch nicht) nachgewiesenen, mutmaßlichen biologischen Vater auf ein **gesondert geregeltes Feststellungsverfahren** - im Gegensatz zu einem inzidenten Verfahren - zu verweisen, wenn er seine Rechte nach § 1686a BGB-RefE geltend machen will. Um einen Wertungswiderspruch zu § 1600b Abs.1 BGB zu vermeiden, könnte für dieses Verfahren eine **entsprechende Frist** gelten, zumal er damit auch zeigen könnte, dass er tatsächlich und zeitnah Verantwortung tragen will. Es dürfte im Interesse des Kindeswohls liegen, wenn der leibliche, nicht rechtliche Vater zunächst das gesonderte Feststellungsverfahren anstreben müsste, um erst dann in die Prüfung des Kindeswohls einzusteigen, da diese Prüfung das Kind mit großer Wahrscheinlichkeit der größeren Belastung aussetzen wird, insbesondere, wenn Sachverständigengutachten erforderlich sind. Dies könnte dann auch verhindern, dass weitere Männer eine Prüfung ihrer biologischen Vaterschaft durchführen lassen könnten, da die Feststellung der biologischen Vaterschaft in einem gesonderten Feststellungsverfahren in Rechtskraft erwachsen würde. Dies wäre zwar ein Novum, erscheint aber angesichts der ohnehin erforderlichen Feststellung der biologischen Vaterschaft unter Kindeswohlgesichtspunkten am schonendsten in diesem Verfahren. Es dürfte auch das Familiensystem des Kindes eher schonen, da dieses bei einer vorgezogenen Kindeswohlprüfung sehr genau in den Fokus genommen werden dürfte. Könnte die biologische Vaterschaft nicht nachgewiesen werden, würde sich die weitere Kindeswohlprüfung erübrigen. Eine Irritation des Familiensystems wäre in beiden Fällen nicht zu vermeiden. Der Gesetzentwurf geht davon aus, dass eine Reihenfolge (erst Prüfung Kindeswohl oder biologische Vaterschaft beziehungsweise umgekehrt) nicht vorgegeben ist. Aus den dargelegten Gründen

spricht aber mehr dafür, **zunächst die biologische Vaterschaft festzustellen**, auch weil sich die Kindeswohlprüfung im Lichte dieser Feststellung anders darstellen wird.

Von diesen Ausführungen unberührt, ist es erforderlich, eine prozessuale (Flankierungs-)Norm wie § 163a FamFG-RefE zu schaffen.

Hierbei wird in Ergänzung in § 163a Abs.1 Satz 2 FamFG-RefE zur Konkretisierung der Unzumutbarkeit vorgeschlagen: „Dies ist insbesondere der Fall, wenn der nach § 1686a BGB-RefE Rechte begehrende Mann nicht nachgewiesen hat, dass er tatsächlich Verantwortung tragen will.“ **§ 1598a Abs.3 BGB sollte zusätzlich entsprechend gelten, um das Wohl des Kind nicht durch die Feststellung der biologischen Vaterschaft übermäßig zu belasten.**

Das gesonderte Feststellungsverfahren zur biologischen Vaterschaft könnte dann in § 1686a BGB-RefE verankert werden. Durch die etwas geänderte Regelung des § 163a FamFG-RefE würde weiterhin verhindert werden, dass die Mutter oder sonst jemand den Anspruch des Erzeugers aus § 1686a BGB-RefE mittels Verweigerung der erforderlichen Abstammungsuntersuchung vereiteln könnte. Nach § 163a FamFG-RefE gelten §§ 177 Abs.2 Satz 2, 178 Abs.2 FamFG entsprechend. Bei Einfügung eines gesonderten Feststellungsverfahrens (als weitere Voraussetzung für die Wahrnehmung der Rechte nach § 1698a BGB-RefE), wäre eine Nennung in § 169 FamFG „Feststellung der biologischen Vaterschaft im Rahmen des § 1686a BGB-RefE“ erforderlich.

Die vorgeschlagene Lösung des besonderen Feststellungsverfahrens erscheint systemkonformer als die inzidente Prüfung - die ohnehin „familiale“ Tatsachen schafft - und dürfte mehr Rechtssicherheit erzeugen. Das Kind weiß dann, ebenso wie der leibliche und der rechtliche Vater, mit Rechtskraft versehen, wer sein biologischer Vater mit Bezug auf die neu geregelten Umgangs- und Auskunftspflichten ist. Die rechtliche Elternschaft bliebe davon formal unberührt. Die Vorabdarlegungspflicht des leiblichen Vaters, dass er „durch sein Verhalten gezeigt hat, für das Kind tatsächlich Verantwortung tragen zu wollen“ (§ 1686a BGB-RefE) bietet verschiedene Vorteile. Sie führt dazu, dass nur ernsthaft Umgang bzw. Auskunft begehrende Männer zur Ermittlung ihrer biologischen Vaterschaft befugt werden. Dies erfolgt dann ausschließlich im Rahmen der Erlangung besagten Umgangs- und Auskunftsrechts. Auf diese Weise wird auch die bestehende (rechtliche) Familie geschützt, die sich einer Untersuchung im Rahmen des Verfahrens nach § 1686a BGB-RefE nur unterziehen muss, wenn konkrete Hinweise für die Verantwortungsübernahme des biologischen Vaters, auch im Sinne der Rechtsprechung des EGMR, vorliegen. Der unbestimmte Rechtsbegriff wird dann durch die deutschen Gerichte im Sinne des nationalen Rechts, insbesondere des Grundgesetzes, auszufüllen sein. Insofern wäre, anders als im RefE (S. 14) dargelegt, eine Prüfungsreihenfolge im Interesse aller Beteiligten vorgesehen, die dem Kindeswohl und den Interessen der übrigen Familienmitglieder am ehesten entsprechen dürfte.

IV. Erwarteter Vollzugaufwand für die Jugendämter

Wenn der leibliche, nicht rechtliche Vater durch sein Verhalten gezeigt hat, dass er für das Kind tatsächliche Verantwortung tragen will, soll er nach

§ 1686a Nr. 1, Nr.2 BGB-RefE - unabhängig davon, ob zum Kind bereits eine sozial-familiäre Beziehung besteht - ein Recht auf Umgang mit dem Kind erhalten, wenn der Umgang dem Kindeswohl dient. Diese erweiterte Rechtsposition des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters wird zu vermehrten Konfliktfällen und familiengerichtlichen Verfahren führen. Insofern ist ein personeller und finanzieller Mehraufwand für die kommunalen Gebietskörperschaften zu erwarten (z.B. im Rahmen des **§ 18 SGB Abs.3 Satz 3-4 SGB VIII**, entsprechendes gilt für Beratungsstellen; eine Erweiterung auf § 1686a BGB-RefE ist nicht explizit vorgesehen). Wahrscheinlich handelt es sich um ein gesetzgeberisches Versäumnis, dass keine Einfügung des § 1686a BGB-RefE in **§ 18 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII** vorgesehen ist, so dass auch in diesem Zusammenhang mit deutlichem Mehraufwand zu rechnen sein wird. Insgesamt werden sich für die Jugendämter und Beratungsstellen neue Aufgaben hinsichtlich der erweiterten Beratung und Unterstützung bei Umgangskontakten von Kindern und Jugendlichen mit deren biologischen, nicht rechtlichen Vätern sowie bei der Geltendmachung des neuen Auskunfts- und Umgangsanspruchs gemäß § 1686a BGB-RefE ergeben. In der Anfangszeit nach Inkrafttreten der Neuregelung ist mit einem hohen Beratungs- und Unterstützungsbedarf zu rechnen, der mit den vorhandenen knappen personellen Ressourcen nicht zu bewerkstelligen sein wird. Es ist zudem zu erwarten, dass auch dauerhaft die Arbeitsbelastung der Jugendämter steigen wird, da neue Konflikte - auch in der Herkunftsfamilie - entstehen werden und diese noch komplexer werden.

Eine zusätzliche Mehrbelastung der Jugendämter in personeller und finanzieller Hinsicht wird auch im Bereich **§ 37 SGB VIII** (Beratung und Unterstützung bei Hilfen außerhalb der eigenen Familie) entstehen. Der Beratungsaufwand der Jugendämter wird sich in Pflegefamilien - die zusätzlich selbst vom Recht aus Art. 8 Abs.1 EMRK (Familienleben) und Art. 6 Abs.1 GG (Familie) betroffen sein können -, ebenso wie in Einrichtungen erhöhen, weil diese von Umgangskontakten (gegebenenfalls auch von Auskunftsersuchen) direkt betroffen sind. Auch kann sich der Beratungs- und Unterstützungsbedarf mit Blick auf die Herkunftsfamilie erhöhen.

Die Mehrbelastung wird sich auf die Beratung und Unterstützung von Pflegern und Vormündern nach **§ 53 Abs.2-3 SGB VIII** erstrecken. Dies gilt insbesondere wenn die Kinder sich in Pflegefamilien (§§ 27, 33 SGB VIII) befinden - wobei, wie weiter oben ausgeführt, Pflegefamilien Rechte nach Art. 8 Abs.1 EMRK (Familienleben) und natürlich nach Art. 6 Abs.1 GG zustehen können - oder Pflegschaften bestehen. Bei bestehen einer Vormundschaft wird in jedem Fall eine höhere Belastung des Vormunds entstehen, der oft Mitarbeiter des Jugendamtes ist. Die Fallgestaltungen dürften hier aber sehr unterschiedlich sein.

Gemäß **§ 50 Abs. 1 SGB VIII** hat das Jugendamt überdies unter anderem in Kinderschaftssachen (§ 50 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB VIII in Verbindung mit §§ 162, 151 FamFG wobei in § 151 Nr.2 FamFG das Umgangsrecht ausdrücklich benannt ist), Abstammungssachen (§ 50 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII in Verbindung mit § 176 FamFG) und Adoptionssachen (§ 50 Satz 2 Nr. 3 SGB VIII) mitzuwirken. Das Ju-

gendamt ist hierbei anzuhören. Es wird in der Regel um eine schriftliche fachliche Stellungnahme gebeten, die unter anderem Ausführungen zu den Inhalten des § 50 Abs. 2 SGB VIII enthält. Da es sich hierbei regelmäßig um umfangreiche Gutachten handelt, ist zu erwarten, dass die Jugendämter durch das neue Auskunfts- und Umgangsrecht des § 1686a BGB RefE eine erheblich höhere Arbeitsbelastung haben werden.

Sehr umfangreich dürften die Prüfungen sein, ob der Vater durch sein Verhalten gezeigt hat, dass er für das Kind tatsächlich Verantwortung tragen will und ob der Umgang dem Kindeswohl dient - nach hier erfolgtem Vorschlag auch bei der Auskunft relevant (siehe oben). Für die Prüfung beider Voraussetzungen werden Anhörungen/Stellungnahmen des Jugendamts nach **§ 162 FamFG** erforderlich sein. Dies kann auch im Zusammenhang mit der Prüfung des „berechtigten Interesses“ (vgl. kritisch hierzu weiter oben) nach § 1686a Nr.2 BGB-RefE der Fall sein. Die Stellungnahmen werden mit erheblichem Aufwand bezüglich der Ermittlung und Beurteilung der Bemühungen des Vaters um die Verantwortungsübernahme, die familiäre Gesamtsituation, die Zumutbarkeit nach § 163a FamFG-RefE und des erforderlichen Kindeswohls verbunden sein. Es wird sich zu einem erheblichen Anteil um höchst schwierige Verfahren handeln. Statistisches Material über das Bestehen einer leiblichen neben der rechtlichen Vaterschaft von Kindern, das dem Gesetzgeber eine Einschätzung ermöglicht hätte, mit welcher Anzahl an Verfahren zu rechnen ist, liegt nicht vor (vgl. Begründung des RefE S. 12). Wichtig ist, dass ein Kindeswohl schonendes Vorgehen gesichert wird, bei dem die Rechte des leiblichen Vaters im Zweifel zurücktreten müssen.

Mögliche Probleme die im Zusammenhang mit der Umsetzung des Umgangs entstehen können (vgl. § 165 FamFG analog (?) oder vollstreckungsrechtliche Fragen), werden nicht im Gesetzentwurf angesprochen, können aber zu zusätzlichem Beratungsbedarf führen.

Die vielfältige Aufzählung der zusätzlichen Belastungen der Jugendämter zeigt, dass deutliche personelle und finanzielle **Mehrbelastungen** auf diese zukommen werden. Auch wenn diese nicht genau abschätzbar sind, werden sie so erheblich sein, dass **finanzielle Ausgleiche** zugunsten der **Kommunen** notwendig erscheinen. Diese können im Rahmen späterer Evaluierungen spezifiziert werden. Auch die Länder werden mit höherer Belastung zu rechnen haben, da sich insoweit auch die Leistungen der überörtlichen Träger der Jugendhilfe (§ 85 Abs.2 SGB VIII – **Landesjugendämter**) erweitern werden, sei es zum Beispiel bei der Beratung der örtlichen Träger, der Erarbeitung von Empfehlungen oder der Fortbildungsplanung und -durchführung.

V. Zusammenfassung

Die Erweiterung der Rechte des biologischen, nicht rechtlichen Vaters, der tatsächlich Verantwortung übernehmen will und ihm insoweit auch Rechte nach Art. 8 Abs.1 EMRK (jedenfalls Privatleben) zustehen, wird begrüßt. Sie sollte aber mit dem not-

wendigen Feingefühl ausgefüllt werden, da es sich primär um eine „beziehungsbehaftete“ Materie handelt. Dies stellt eine große Herausforderung dar.

Der Gesetzentwurf besticht durch seine Klarheit, bei detaillierter Betrachtung ist aber erkennbar, dass die Ausgestaltung so nicht vom EGMR vorgegeben war, da er eine ganz andere Frage zu klären hatte, als diejenige, unter welchen ganz konkreten Umständen, dem biologischen, nicht rechtlichen Vater auch bei Nichtbestehen der Voraussetzungen nach § 1685 Abs.2 BGB/§ 1600 Abs.2 BGB und bei nicht vorhandener sozial-familiärer Beziehung ein Umgangs- oder Auskunftsrecht eröffnet werden muss. Der EGMR hat eine Verletzung und einen nicht gerechtfertigten Eingriff (nur) in Bezug auf das Recht auf Achtung des Privatlebens bejaht. Er hat nur für Ausnahmefälle eine Verletzung des Art. 8 Abs.1 EMRK (Familienleben) angenommen und Beispiele benannt, in denen diese vorliegen könnte. In den für Deutschland einschlägigen Fällen Anayo gegen Deutschland und Schneider gegen Deutschland hat er offen gelassen, ob eine entsprechende Verletzung vorlag. Er hat allerdings gerügt, dass keine hinreichenden Abwägungsprozesse - auch mit Bezug auf andere Beteiligte - erkennbar waren und insbesondere keine Prüfung erfolgte, inwieweit das Umgangs- oder Auskunftsrecht dem Kindeswohl „diente“. **Der EGMR hat das Kindeswohl in eine berechnete zentrale Rolle gerückt.** Der Gesetzgeber hat dagegen zu sehr auf die Rechte des biologischen, nicht rechtlichen Vaters fokussiert und dabei die anderen Beteiligten etwas aus den Augen verloren. Dass ein Ausgleich in Rahmen eines Gesetzentwurfs sehr schwer geleistet werden kann, da die reale Wirklichkeit vielfältigste Interessen- und Rechtskollisionen ermöglicht und Hochkonflikte im Spannungsfeld des Kindeswohls hervorbringt, ist anzuerkennen. Ein außerordentlicher Balanceakte - auch mit seinen Auswirkungen auf weitere Rechtsbereiche und weitere rechtliche Entwicklungen (Dammbruchwirkung?) - ist zu gegenwärtigen.

Maßgeblich bei alledem muss sein, dass die Wahrnehmung der Rechte des unstrittig biologischen Vaters, bei ihrer Verwirklichung dem **Kindeswohl dienen muss und die Rechte anderer Beteiligter - insbesondere weiterer Kinder** - gewahrt bleiben müssen, beziehungsweise maßgebliche Berücksichtigung finden müssen.

Aus Sicht der Bundesarbeitsgemeinschaft Landesjugendämter sollten daher folgende Aspekte noch einmal bedacht werden:

- In Bezug auf **§ 1686a BGB-RefE** wird von großer Bedeutung sein, wie das Tatbestandsmerkmal „durch sein Verhalten gezeigt hat, dass er für das Kind tatsächlich Verantwortung tragen will“ ausgefüllt werden wird. Hier sollte eine für das Kind schonende Herangehensweise im Vordergrund stehen, insbesondere wenn das Kind den Unterschied zwischen einer biologischen und rechtlichen Elternschaft gar nicht erfassen kann. Um einen Gleichklang mit § 1600b Abs.1 BGB herbeizuführen, sollte eine entsprechende Frist - gegebenenfalls durch Verweis - vorgesehen werden. Der (mutmaßliche) biologische Vater könnte dadurch auch seine besondere Verantwortungsübernahme bekunden.
- Der EGMR hat in seinen Entscheidungen immer wieder ausgeführt, dass ein fairer Ausgleich der Interessen und Rechte aller Beteiligten, damit auch weiterer betroffener Kinder erfolgen müsse, der in einer Entscheidung zum Ausdruck

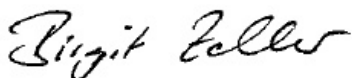
kommen müsste. § 1686a BGB-RefE stellt ausschließlich auf den biologischen Vater und das betroffene Kind ab. Die Einbeziehung aller Betroffener sollte durch eine Ergänzung im Tatbestand erfolgen, die als **Satz 3 in § 1686a BGB-RefE** lautet: „**Rechte Dritter sind hinreichend zu wahren**“. Angefügt als Satz 3 ist der Bezug damit sowohl für das Umgangs- als auch für das Auskunftsrecht hergestellt. Er dient der Herstellung der praktischen Konkordanz.

- Der Wortlaut **Nr. 2 des § 1686a BGB-RefE** erscheint nicht ganz klar und kongruent auch mit Blick auf die Begründung. Es sollte „**bei berechtigtem Interesse**“ durch „**bei gezeigtem qualifiziertem Interesse**“ ersetzt werden. Hier ist ferner von besonderer Bedeutung, dass die negative Kindeswohlprüfung in eine **positive Kindeswohlprüfung** umgewandelt werden sollte. Dies entspräche auch der Rechtsprechung des EGMR, der bezüglich des Auskunftsrechts immer vom „best interest of the child“ spricht (= positive Kindeswohlprüfung).
- Der Gesetzentwurf stellt (S. 14, RefE) ausdrücklich heraus, dass er keine Prüfungsreihenfolge mit Blick auf die vorrangige Prüfung der biologischen Vaterschaft oder des Kindeswohlinteresses vorsieht. Die BAG Landesjugendämter plädiert dafür, grundsätzlich die **vorrangige Prüfung der biologischen Vaterschaft** in einem Feststellungsverfahren vorzusehen. Dies könnte in § 1686a BGB-RefE mitgeregelt werden. Es wird als schonender im Sinne des Kindeswohls und mit Blick auf die Herkunftsfamilie insgesamt angesehen.
- Da es den Grundsätzen des deutschen Abstammungsrechts auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht entspricht, inzident die biologische Vaterschaft zu prüfen, sollte ein **gesondertes Feststellungsverfahren zur biologischen Vaterschaft** vorgesehen werden, dies stünde in einem separaten Verhältnis zu § 1598a BGB.
- Es wird dafür plädiert, von Neuregelungen im Anfechtungsrecht, unbeschadet der Ausführungen des EGMR auch für die Zukunft abzusehen. Die mit der biologischen Vaterschaft und mit § 1600 Abs.2 BGB und § 1686a BGB-RefE verbundenen Herausforderungen, werden auf lange Sicht eine sehr hohe Verunsicherung in den diversen Familiensystemen erzeugen. Es sollte insoweit auch im Gesetzentwurf ein **Evaluierungsverfahren** vorgesehen werden, um Nachbesserungen besser vornehmen zu können.
- Es ist - bedauerlicherweise - zu erwarten, dass neue Verfahren zu zusätzlichen Auseinandersetzungen in Bezug auf eine „bessere“ sozial-familiäre Beziehung zwischen „Vätern“ geführt werden. Dies im Gegensatz zu Verfahren zur besseren „Elternschaft“.
- Mit Blick auf **§ 163a Abs.1 FamFG-RefG** sollte die **Unzumutbarkeit** konkretisiert werden. So könnte Satz 2 lauten: „Dies ist insbesondere der Fall, wenn der nach § 1686a BGB-RefE Rechte begehrende Mann nicht nachgewiesen hat, dass er tatsächlich Verantwortung tragen will.“ Eine entsprechende Anwendung von **§ 1598a Abs.3 BGB** sollte sichergestellt werden, damit das Kind hier nicht schlechter gestellt wird, als im Verfahren nach § 1598a BGB.
- Bezüglich des **Vollzugaufwandes für die Jugendämter** wird mit großem personellen und finanziellen Mehraufwand zu rechnen sein (z.B. mit Blick auf §§ 18, 37, 50, 53 SGB VIII). Auch die Landesjugendämter und Beratungsstellen wer-

den davon betroffen sein. Hier ist für **finanziellen Ausgleich** zu sorgen, gegebenenfalls im Wege der Einleitung von Evaluierungsmaßnahmen.

- Die **BAG Landesjugendämter** weist darauf hin, dass in einer Reihe von Rechtsbereichen Folgewirkungen zu erwarten sind (z.B. im Pflegekinder- und Adoptionswesen, bei Lebenspartnerschaften). Es sollte mehr auch darauf geachtet werden, dass das Grundgesetz und die Grundrechte aller Beteiligten in den Blick genommen werden und ein (auch) ethisch erforderliches Gleichgewicht bestehen bleibt. Der EGMR hat hier Freiräume belassen, die weiter insbesondere zugunsten aller betroffenen Kinder und Familien genutzt werden sollten. Das Recht auf Achtung des Familienlebens, sollte insoweit nicht dem Recht auf Achtung des Privatlebens untergeordnet werden. Hier gilt es Ermittlungs-, Abwägungs- und Beurteilungsprozesse mit Blick auf einen fairen Ausgleich zu gestalten. Die Tendenz des EGMR sich sehr stark an statistischen Begebenheiten in den Mitgliedstaaten auszurichten, wird kritisch gesehen. Seiner Vorgehensweise folgend, ist schwer einschätzbar, wann Minoritäten oder Majoritäten zu welchem Ergebnis (Ermessensspielraum) führen. Auch die Abstellung auf das Recht des Privatlebens ohne gesetzliche Vermutungen (oder Abwägungen) zuzulassen, wird für die Einzelfälle große Schwierigkeiten bei der Einzelfallabwägung erzeugen, die stark fehlerträchtig sein können.

Mit freundlichen Grüßen



Birgit Zeller
Vorsitzende