



DI/K

10.04.2012

DIJuF-Themengutachten

Anfechtung der Vaterschaft (II): Verfahrensablauf und Wirkungen

- Häufig gestellte Fragen und die Antworten -

Inhalt

1. Inhalt des verfahrenseinleitenden Antrags
2. Entscheidung ohne Gutachten
3. Wirkung des erfolgreichen Antrags
4. Keine Einstellung von Unterhaltszahlungen während des Verfahrens
5. Rückforderung des vom Scheinvater gezahlten Unterhalts vom Kind
6. Einforderung des vom Scheinvater gezahlten Unterhalts vom anschließend festgestellten Erzeuger
7. Sorgerechtslage nach Anfechtung der Vaterschaft zu dem allein sorgeberechtigten Scheinvater
8. Negativattest für die Mutter nach Sorgeerklärungen und späterer Vaterschaftsanfechtung

1. Was muss im verfahrenseinleitenden Antrag zur Anfechtung der Vaterschaft vorgebracht werden?

Verfahrensrechtlich sind die Anforderungen an den verfahrenseinleitenden Antrag gem. § 171 Abs. 1 FamFG zu beachten. Hierzu bestimmt Absatz 2 Satz 2 der Vorschrift: In einem Verfahren auf Anfechtung der Vaterschaft nach § 1600 Abs. 1 Nr 1 bis 4 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sollen die Umstände angegeben werden, die gegen die Vaterschaft sprechen, sowie der Zeitpunkt, in dem diese Umstände bekannt wurden.

Die Soll-Vorschrift ist damit etwas weniger streng als die früheren Anforderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung: Danach genügte der seine Vaterschaft anfechtende rechtliche Vater seiner Darlegungslast nicht schon durch die bloße Behauptung, er sei nicht der biologische Vater des beklagten Kindes. Vielmehr *musste* er Umstände vortragen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Zweifel an der Abstammung des Kindes von ihm zu wecken und die Möglichkeit der Abstammung des Kindes von einem anderen Mann als nicht ganz fernliegend erscheinen zu lassen (BGH FamRZ 2005, 340; FamRZ 2005, 342; FamRZ 2003, 155 und FamRZ 1998, 955 ff mN). Das hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich gebilligt (BVerfG FamRZ 2007, 441, 446 unter B II 1 c).

2. Kann das Gericht über einen Anfechtungsantrag auch ohne Einholung eines Gutachtens entscheiden?

§ 177 Abs. 2 FamFG legt fest, dass in den Abstammungssachen gem. § 169 Nr 1 und Nr 4 FamFG eine förmliche Beweisaufnahme durchzuführen ist. Diese Anordnung bezieht sich auf § 30 Abs. 2 FamFG, wonach in den gesetzlich geregelten Fällen diese durchzuführen ist; dem entspricht § 177 Abs. 2 FamFG. Dies bedeutet, dass damit der Freibeweis ausgeschlossen ist. Der Grund für die Anordnung einer förmlichen Beweisaufnahme liegt in der besonderen Bedeutung der Bestimmung des Status eines Kindes für dieses selbst, aber auch in Bezug auf die allgemeinen Rechtsfolgen (Unterhalt, Erbfolge, verwandtschaftliche Beziehungen und Bindungen).

Satz 2 der Vorschrift lockert diesen Grundsatz insoweit auf, als er die Möglichkeit eröffnet, ein von den Beteiligten einvernehmlich eingeholtes Sachverständigengutachten über die Abstammung des Kindes mit deren Zustimmung zur Grundlage seiner Entscheidung zu machen. Voraussetzung ist allerdings, dass an der Richtigkeit des

Gutachtens keine Zweifel bestehen (vgl zum Ganzen *Borth/Grandel*, in: *Musielak/Borth*, § 177 FamFG Rn 5).

Das Gesetz wie auch die Rechtsprechung gehen im Grundsatz davon aus, dass die förmliche Beweiserhebung über die Abstammung eines Kindes bei der Feststellung bzw der Anfechtung der Vaterschaft auch ein Gutachten erfordert.

Wenn aber das Gericht in Anfechtungsfällen ausnahmsweise aufgrund der übereinstimmenden und glaubwürdigen Zeugenbekundungen aller direkt Betroffenen (Mutter, mutmaßlicher Erzeuger und Scheinvater) sowie der Plausibilität des Anfechtungsvorbringens wegen einer feststehenden Trennung vor einer Ehescheidung unter Berücksichtigung der gesetzlichen Empfängniszeit davon überzeugt ist, dass die gesetzliche Vermutung des § 1600c Abs. 1 BGB widerlegt ist, mag es gerechtfertigt sein, ausnahmsweise auch ohne Gutachten zu entscheiden.

Hierzu bemerkt *Rauscher*, in: *Staudinger, BGB, Neub. 2011*, § 1600c Rn 20:

„Ob der durch Zeugen geführte Beweis, dass zwischen der Mutter und dem Mann (Ehemann oder Anerkennender) in der Empfängniszeit (§ 1600d Abs 3) kein Geschlechtsverkehr stattgefunden hat, die Vermutung widerlegen kann, ist für beide Zuordnungsgründe in gleicher Weise fraglich; anders als nach § 1591 aF ist der Geschlechtsverkehr auch bei der Zuordnung aufgrund Ehe kein Element in der Vermutungskette mehr, dessen isolierte Widerlegung bereits die Vermutung widerlegt.“

Die biologische Logik zwingt freilich weiterhin (wie nach früherem Recht schon im Fall der Vaterschaft aufgrund Anerkennung) dazu, die Zeugung durch einen bestimmten Mann als mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen anzusehen, wenn ein Geschlechtsverkehr mit der Mutter nicht stattgefunden hat...Dabei sind mit Rücksicht auf die eigene Betroffenheit der Zeugen sehr strenge Anforderungen zu stellen. In besonders gelagerten Fällen schließt dies aber nicht aus, dass das **Gericht seine Überzeugung auch aufgrund glaubwürdiger übereinstimmender und nachvollziehbarer Aussagen gewinnen kann** (OLG Stuttgart DAVorm 1991, 215, 216; AG Westerstede FamRZ 1994, 645, 646).“

Erfahrungen aus der Gutachtenpraxis des Instituts legen aber nahe, insoweit große Zurückhaltung walten zu lassen und eine gerichtliche Entscheidung aufgrund nur von Zeugenaussagen *ohne abstammungsbiologisches Gutachten* lediglich in seltenen Ausnahmefällen zu treffen.

3. Was bewirkt eine erfolgreiche Anfechtung der Vaterschaft?

Eine rechtskräftige erfolgreiche Anfechtung der Vaterschaft führt gem. § 1599 Abs. 1 BGB zur Feststellung, dass der Mann, der aufgrund der Ehe mit der Mutter oder nach einer Anerkennung als Vater galt, nicht der Vater des Kindes ist (eine Anfechtung der gerichtlich festgestellten Vaterschaft wird praktisch nur höchst selten in Betracht kommen, weil ihr idR ein Abstammungsgutachten zugrunde liegt). Das Kind gilt damit rückwirkend auf den Tag seiner Geburt als nicht von dem Mann abstammend, der bislang gem. § 1592 Nr 1 oder Nr 2, § 1593 BGB als sein Vater anzusehen war (BGHZ 78, 201, 203; *Gutzeit*, in: NomosKommBGB, § 1599 Rn 6). Es ist zunächst vaterlos, bis eine anderweitige Anerkennung oder Feststellung der Vaterschaft wirksam wird.

4. Darf der Scheinvater schon während des Anfechtungsverfahrens seine Unterhaltszahlungen einstellen?

Bis zum gerichtlichen Beschluss über die negative Abstammungsfeststellung bleiben die unterhaltsrechtlichen Beziehungen zwischen dem Mann und dem Kind – auch während eines Anfechtungsverfahrens – unberührt (BGH FamRZ 1981, 531, 532; KG Berlin NJW-RR 1994, 1161; OLG Frankfurt FamRZ 1981, 1063 und FamRZ 1990, 558; OLG Stuttgart DAVorm 1978, 217; OLG Hamm FamRZ 1987, 1188). Der Mann, der nach § 1592 BGB Vater ist, kann also auch dann auf Unterhalt in Anspruch genommen werden, wenn die Vaterschaft offenbar unmöglich und zwischen den Parteien unstrittig ist, dass das Kind nicht von ihm abstammt (OLG Naumburg EzFamR aktuell 2001, 394; zum Ganzen auch *Rauscher*, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2011, § 1599 Rn 65 f).

Die Erhebung der Anfechtungsklage begründet nicht die Einstellung der Zwangsvollstreckung aus einem Unterhaltstitel gegen den (scheinbaren) Vater, jedenfalls, wenn der Mann die Anfechtungsklage erhoben hat (OLG Stuttgart DAVorm 1980, 115); das gilt selbst dann, wenn bereits ein Abstammungsgutachten vorliegt, das zu dem Ergebnis kommt, dass der Mann nicht der Vater ist (OLG Koblenz FamRZ 1998, 967: einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung „grob gesetzwidrig“).

Ficht allerdings das Kind die Vaterschaft an oder ist in dem vom Mann angestregten Verfahren unstrittig, dass der Mann nicht der Vater ist, so kann das Unterhaltsbegehren gegen Treu und Glauben verstoßen (OLG Hamm NJW 1994, 2424; *Rauscher*,

in: Staudinger, BGB – Neubearb. 2011, § 1599 Rn 69; so auch die inzwischen überwiegende Rechtsprechung zum Verfahrenskostenvorschuss für das Anfechtungsverfahren: KG Berlin FamRZ 1970, 141; OLG Frankfurt FamRZ 1983, 827; OLG Hamburg NJW-RR 1996, 1; OLG Koblenz FamRZ 1976, 359; OLG Stuttgart OLGR Stuttgart 1998, 89; aA: OLG Zweibrücken JurBüro 1982, 1259; OLG Koblenz NJWE-FER 1997, 103).

Insbesondere in Fällen der Zeugung eines Kindes nach Trennung der Ehegatten oder im Umfeld der Trennung „verletzt es in unerträglicher Weise das Anstandsgefühl, wenn der Ehemann seitens der Ehefrau in Vertretung des Kindes auf Unterhalt für ein unstreitig nicht von ihm stammendes Kind in Anspruch genommen wird“ (so Rauscher aaO Rn 69).

5. Kann der Scheinvater nach erfolgreicher Anfechtung der Vaterschaft den geleisteten Unterhalt vom Kind zurückfordern?

Zur Frage einer etwaigen Rückforderung nach § 812 Abs. 1 S. 2 BGB hat der BGH (NJW 1981, 2183) ausgeführt (*Hervorhebungen durch d. Verf.*):

„Grundsätzlich kann bei nicht geschuldeter Unterhaltsleistung ein Ausgleich nach den Regeln über die **ungerechtfertigte Bereicherung** gesucht werden. Der Kl. hat auf einen ursprünglich bestehenden Unterhaltsanspruch gezahlt. Der Bekl. galt nach §§ 1591, 1593 BGB als sein eheliches Kind. Der Kl. konnte sich - auch unterhaltsrechtlich - gem. § 1593 BGB auf die Nichtehelichkeit des Kindes erst berufen, nachdem diese rechtskräftig festgestellt war. Seine **zunächst vorhandene Unterhaltspflicht ist später rückwirkend weggefallen**, so daß er aus heutiger Sicht auf eine nicht bestehende Verbindlichkeit geleistet hat. Damit konnte eine Bereicherungslage (Rückforderung wegen Nichtschuld, *condictio indebiti*) entstehen (vgl. BGHZ 43, 1 (10) = NJW 1965, 581; BGHZ 78, 201 (203) = NJW 1981, 48).

2. Die Vorschrift des § 814 BGB steht der Kondiktion nicht entgegen. Der Kl. hat nicht wissentlich eine Nichtschuld erfüllt, sondern auf eine damals bestehende gesetzliche Unterhaltspflicht geleistet (vgl. Engel, Der Rückgriff des Scheinvaters wegen Unterhaltsleistungen, 1974, S. 67). ...

4. Der Kondiktionsanspruch des Kl. scheitert daran, daß der Bekl. **nicht mehr bereichert** ist (**§ 818 III BGB**). Der Senat hat schon in der Entscheidung BGHZ 78, 201 (203) = NJW 1981, 48, darauf hingewiesen, daß bei Un-

terhaltsleistungen des Scheinvaters an ein - vermögensloses - Kind der Gesichtspunkt des Bereicherungswegfalls einem Rückforderungsanspruch entgegenstehen werde. An dieser Auffassung hält er bei erneuter Überprüfung fest. Ein einkommens- und vermögensloses Kind kann sich dem Rückforderungsanspruch gegenüber in aller Regel auf § 818 III BGB berufen. Ein Bereicherungsanspruch gegen das Kind wird daher nur in Ausnahmefällen bestehen können. Auch im hier zu beurteilenden Falle steht er dem Kl. nicht zu.

a) Die von dem Kl. zum Unterhalt des Bekl. geleisteten **Geldmittel sind bestimmungsgemäß verbraucht** worden, also nicht mehr vorhanden.

b) Gleichwohl bliebe der Bekl. Bereicherungsschuldner nach § 818 II BGB, wenn er aufgrund der Unterhaltsleistungen des Kl. Aufwendungen aus eigenen Einkünften oder aus eigenem Vermögen erspart hätte. Das aber ist, wie das BerGer. richtig sieht, nicht der Fall. Außer seinen Unterhaltsansprüchen hat der einkommenslose Bekl. nie Vermögen besessen. Um den Erhalt von Unterhaltsansprüchen, die er wegen der Leistungen des Kl. nicht „anzugreifen“ brauchte, ist er nicht bereichert.

aa) Die Voraussetzungen, unter denen ein Kind gegen seine Mutter über die Naturalversorgung hinaus einen Anspruch auf Barunterhalt hat, haben nicht vorgelegen. Den Barunterhaltsbedarf des Bekl. hat der Kl. in Erfüllung seiner damaligen gesetzlichen Verpflichtung durch Geldleistungen gedeckt. Der Bekl. hatte somit gegen seine Mutter keinen Anspruch auf Unterhalt; eine etwa von ihm gegen seine Mutter erhobene Unterhaltsklage wäre abzuweisen gewesen. Im übrigen würde, wie das BerGer. richtig sieht, die Vorschrift des § 1613 BGB Unterhaltsansprüche gegen die Mutter (und sonstige Verwandte) für die Vergangenheit ausschließen (vgl. dazu Gernhuber, FamR, 3. Aufl., § 45 VIII 6; Dierkmann, JuS 1969, 106). bb) Den Anspruch auf Unterhalt gegen seinen Erzeuger, der nach § 1615b BGB auch für die Vergangenheit besteht, hat der Bekl. mit der Unterhaltsleistung durch den Kl. infolge des durch § 1615 BGB angeordneten gesetzlichen Forderungsübergangs verloren. Er ist im übrigen wirtschaftlich wertlos, weil er gegen einen unbekanntem und offenbar nicht zu ermittelnden Schuldner gerichtet ist.

5. Entgegen der Auffassung der Revision ist auch der Ansicht des BerGer. zu folgen, daß der Bekl. **nicht nach §§ 819 I, 818 IV BGB unabhängig vom Wegfall der Bereicherung haftet**, sondern nach der Regel des § 818 III BGB nur bis zum Grenzwert seiner noch bestehenden Bereicherung. Solange der Kl. gem. § 1593 BGB als Vater galt, gab es **keine für § 819 I BGB relevante Kenntnis des Mangels des rechtlichen Grundes** der Unterhaltsleistungen des Scheinvaters auf seiten des Kindes oder der das Kind vertretenden Mutter.

Es ist daher **unerheblich, ob die Mutter des Bekl. dessen tatsächliche Abstammung kannte**. Solange die Rechtsordnung von jedermann die Beachtung des - wenn auch unrichtigen - Status des Kindes verlangt, kann eine Kenntnis der Fehlerhaftigkeit dieser Zuordnung nicht schaden. Jede andere Beurteilung widerspräche der Funktion der §§ 1591 und 1593 BGB. Durch die Annahme einer nach §§ 819 I, 818 IV BGB verschärften Haftung des Kindes würde es gezwungen, den ihm gezahlten Unterhalt nicht zu verbrauchen, ihn vielmehr für die Rückforderung bereitzuhalten, ohne jedoch statt dessen seinen wirklichen Erzeuger oder nachrangig Haftende in Anspruch nehmen zu können, die sich vielmehr wiederum zu Recht auf die noch bestehende Zuordnung des Kindes zu dem Ehemann seiner Mutter berufen würden (so richtig Engel, S. 99; vgl. auch Dieckmann, JuS 1969, 106 Fußn. 65, der einleuchtend auch eine Anwendung des § 142 II BGB wegen „Kenntnis der Anfechtbarkeit“ ablehnt, weil mit dem Unterhalt nicht Leistungen aufgrund eines Rechtsgeschäfts erbracht worden sind).“

6. Kann der Scheinvater nach erfolgreicher Anfechtung von dem später festgestellten wirklichen Vater Ersatz verlangen?

a) Deckt ein Scheinvater den Unterhaltsbedarf eines Kindes, geht dessen Unterhaltsanspruch gegen den wirklichen Vater nach § 1607 Abs. 3 S. 2 BGB auf ihn über. Nach erfolgreicher Anfechtung seiner Vaterschaft steht rechtskräftig fest, dass er solchen Unterhalt nicht schuldet und somit als Dritter iSv § 1607 Abs. 3 Satz 2 BGB geleistet hat.

b) Für den Regressanspruch des Scheinvaters spielt es nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift keine Rolle, ob zB der Ehemann der Mutter sich fälschlich für den Vater hielt oder ob er die Umstände kannte, die für die Vaterschaft eines anderen Mannes

sprachen (OLG Schleswig FamRZ 2007, 2102). Denn § 1607 Abs. 3 BGB soll für die dort genannten Fälle die Bereitschaft Dritter fördern, statt des eigentlich Verpflichteten vorläufig den Unterhalt sicherzustellen (BT-Drucks. 13/7338, 21). Diesem Zweck liefe es zuwider, wäre der Ersatzanspruch des „wissenden“ Scheinvaters gegen den biologischen Vater ausgeschlossen. Dann würde die Bereitschaft des Scheinvaters, für den Unterhalt des Kindes zu sorgen, sicher nicht gefördert werden (OLG Schleswig aaO, unter Hinw. auf *Henrich*, in: Anm. zu AG Wipperfürth in FamRZ 2001, 783, 785).

c) Dem Regressanspruch steht nach ständiger Rechtsprechung des BGH auch nicht entgegen, dass nach erfolgreicher Vaterschaftsanfechtung durch den Scheinvater noch keine neue Vaterschaft festgestellt worden ist (BGH FamRZ 2012, 200 Rn 15). Die Rechtsausübungssperre des § 1600 d Abs. 4 BGB, wonach die Rechtswirkungen der Vaterschaft grundsätzlich erst vom Zeitpunkt ihrer Feststellung an geltend gemacht werden können, kann im Regressprozess des Scheinvaters gegen den mutmaßlichen Erzeuger des Kindes in besonders gelagerten Einzelfällen auf die Weise durchbrochen werden, dass die Vaterschaft inzident festgestellt wird (BGH FamRZ 2008, 1424 Rn 17 ff und FamRZ 2009, 32 Rn 11 ff; vgl auch *Wohlgemuth*, in: Eschenbruch/Klinkhammer, Der Unterhaltsprozess 5. Aufl. Kap. 4 Rn 152). Eine solche Ausnahme kommt insbesondere dann in Betracht, wenn davon auszugehen ist, dass ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren auf längere Zeit nicht stattfinden wird, weil die zur Erhebung einer solchen Klage Befugten dies ausdrücklich ablehnen oder von einer solchen Möglichkeit seit längerer Zeit keinen Gebrauch gemacht haben (BGH FamRZ 2008, 1424 Rn 28 ff und FamRZ 2009, 32 Rn 12).

d) Die Mutter schuldet dem Scheinvater ggf aus Treu und Glauben gem. § 242 BGB Auskunft über die Person, die ihr während der Empfängniszeit beigewohnt hat (BGH FamRZ 2012, 200 Rn 17 ff).

aa) Allerdings ergibt sich diese Auskunftspflicht nicht bereits unmittelbar aus § 1605 BGB (BGH aaO mit näherer Begründung).

bb) Neben den ausdrücklich im Gesetz geregelten Auskunftspflichten hat der BGH in ständiger Rechtsprechung auch eine Auskunftspflicht aus Treu und Glauben nach § 242 BGB anerkannt, wenn die Beteiligten in einem gemeinsamen Unterhaltsrechtsverhältnis stehen, wechselseitig auf Kenntnis der Einkommensverhältnisse des anderen angewiesen sind und sich diese nicht auf zumutbare andere Weise verschaffen können (FamRZ 2011, 21 Rn 13, 22 und FamRZ 2003, 1836, 1837; Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 8. Aufl., § 1 Rn 1152, 1159).

cc) Ein solches Verhältnis besteht zwischen den Beteiligten auch dann, wenn der Mann seine Vaterschaft mit Zustimmung der Mutter anerkannt hatte (BGH FamRZ 2012, 200). Durch diese gemeinsame Erklärung entsteht die rechtliche Vaterschaft, die die Eltern in vielfältiger Weise miteinander verbindet. Sowohl die unterhaltsrechtlichen Folgen des Vaterschaftsanerkennnisses als auch dessen weitere Wirkungen begründen eine wechselseitige Auskunftspflicht hinsichtlich der Voraussetzungen der Vaterschaft. Die Beteiligten des Vaterschaftsanerkennnisses schulden sich mithin wechselseitig Auskunft über die insoweit relevanten Umstände, wenn der Auskunftsberechtigte über wesentliche Informationen weder verfügt noch sich diese auf andere Weise beschaffen kann und der Auskunftspflichtige die erforderliche Auskunft unschwer erteilen kann. Diese wechselseitige Verpflichtung gilt auch dann fort, wenn die Vaterschaft nachträglich wirksam angefochten ist, soweit Rechtsfolgen des zunächst wirksamen Vaterschaftsanerkennnisses betroffen sind. Schuldner des Auskunftsanspruchs ist zwar regelmäßig der Schuldner des über die Auskunft durchzusetzenden Hauptanspruchs. Aus Treu und Glauben kann sich allerdings auch eine Auskunftspflicht Dritter ergeben, die nicht Schuldner des Hauptanspruchs sind (BGH aaO; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 260 Rn 8; *Neumann FPR* 2011, 366, 367; so auch *Wohlgemuth*, in: Eschenbruch/Klinkhammer, Der Unterhaltsprozess 5. Aufl. Kap. 4 Rn 153).

dd) Hat die Mutter den Scheinvater ursprünglich aufgefordert, die Vaterschaft für „ihr gemeinsames Kind“ anzuerkennen, hat sie deutlich gemacht, dass aus ihrer Sicht der Mann leiblicher Vater ihres Kindes sei. Durch ihre Zustimmung zur Vaterschaft hat sie zur Entstehung der gemeinsamen Elternschaft und zugleich zu einem familienrechtlichen Sonderverhältnis beigetragen, das Auskunftsansprüche nach Treu und Glauben begründen kann. Der Mann kann den nach § 1607 Abs. 3 Satz 2 BGB auf ihn übergegangenen Anspruch auf Kindes- und Betreuungsunterhalt nur dann durchsetzen, wenn ihm der leibliche Vater als Anspruchsgegner bekannt ist. Außer seinem Auskunftsanspruch gegen die Beklagte hat der Kläger keine rechtliche Möglichkeit, den leiblichen Vater zu ermitteln (BGH aaO).

Zwar ist die Mutter nicht Schuldnerin seines Anspruchs auf Unterhaltsregress. Im Hinblick auf ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem Vaterschaftsanerkennnis und der dadurch entstandenen familienrechtlichen Sonderverbindung schuldet sie dem Kläger gleichwohl Auskunft zur Person des mutmaßlich leiblichen Vaters ihres Kindes, sofern sie Auskunft zu der Person geben kann, die ihr während der Empfängniszeit außerdem beigewohnt hat. Das gilt insbesondere dann, wenn die Mutter bereits mo-

natlichen Kindesunterhalt von dem mutmaßlich leiblichen Vater des Kindes erhält (BGH aaO).

7. Die Vaterschaft zum allein sorgeberechtigten Vater wird erfolgreich angefochten. Ist die elterliche Sorge nach § 1680 der Mutter zu übertragen?

In einem etwas ungewöhnlichen Fall war die Vaterschaft zu dem Alleinsorge berechtigten Scheinvater erfolgreich angefochten worden. Das Kind lebte gleichwohl nach wie vor bei ihm. Das Familiengericht vertrat die Meinung: Da der „Vater“ nicht verstorben sei und auch kein Sorgerechtsentzug ihm gegenüber vorliege, greife § 1680 BGB nicht ein. Deshalb sei das Jugendamt zum Vormund zu bestellen.

Hierzu hatte das Institut in einer Stellungnahme ausgeführt:

„a) Die Vorschrift des § 1680 Abs. 2 S. 1 BGB lautet im hier interessierenden Zusammenhang:

‚(2) Ist ein Elternteil, dem die elterliche Sorge gem. § 1671 oder § 1672 Abs. 1 allein zustand, gestorben, so hat das Familiengericht die elterliche Sorge dem überlebenden Elternteil zu übertragen, wenn dies dem Wohl des Kindes nicht widerspricht ...‘

b) Zwar ist richtig, dass *nach dem Wortlaut* der Bestimmung der dort geregelte Fall hier nicht vorliegt. Jedoch wird in führenden Kommentaren zum BGB die uE zutreffende Auffassung vertreten, dass die Vorschrift wegen der vergleichbaren Sach- und Interessenlage entsprechend anwendbar sei, wenn der bisher sorgeberechtigte Elternteil seine Elternstellung durch Anfechtung der Vaterschaft verliert.

aa) So schreibt Coester, in: Staudinger, BGB, Neuberb. 2004, § 1680 Rn 3:

‚Nicht im Gesetz geregelt ist der rechtliche Wegfall eines Elternteils, dh des bislang sorgeberechtigten Vaters nach rechtskräftiger gerichtlicher Feststellung seiner Nichtvaterschaft (§§ 1600 ff). Mit dieser Feststellung entfällt seine Elternschaft rückwirkend. Die sorgerechtlichen Konsequenzen sind analog § 1680 Abs 1, 2 zu behandeln: Der Vater selbst hat mit der Elternstellung automatisch auch das Sorgerecht verloren; bei bislang gemeinsamem Sorgerecht erwirbt die Mutter gem Abs 1 ohne weiteres die Alleinsorge, bei bisheriger Alleinsorge des Vaters ist gem Abs 2 S 1 zu entschei-

den (MünchKommZPO/Coester-Waltjen § 640 Rn 39). Dies gilt ohne Unterschied danach, ob das (Mit-)Sorgerecht des Scheinvaters auf Gesetz, Sorgeerklärung oder Gerichtsentscheidung beruht.'

bb) Dem stimmt *Finger*, in: MünchKommBGB, 5. Auflage 2008, § 1680 Rn 1, mit folgenden Ausführungen zu:

„Nicht geregelt ist weiterhin der ‚rechtliche Wegfall‘ eines Elternteils, also etwa des sorgeberechtigten Vaters nach rechtskräftiger gerichtlicher Feststellung seiner fehlenden Vaterschaft §§ 1600 ff; sorgerechtliche Konsequenzen sollen aber „analog § 1680 Abs. 1, 2“ zu behandeln sein, Staudinger/Coester RdNr. 3. So dass der Vater mit seiner Elternstellung das Sorgerecht „von selbst“ verliert.“

c) Wir halten es deshalb nicht für vertretbar, allein aufgrund des Wortlauts des § 1680 BGB die Prüfung abzulehnen, ob das Sorgerecht der Mutter als „übrig gebliebenem“ Elternteil zu übertragen ist, wenn dies dem Wohl des Kindes nicht widerspricht.

Veit, in: Beck'scher online-Kommentar, § 1680 BGB Rn 4 merkt allgemein hierzu an:

„Das Familiengericht muss dem überlebenden Elternteil das Sorgerecht übertragen, wenn dies dem Wohl des Kindes nicht widerspricht. Die Übertragung auf ihn ist der Regelfall und daher auch im Zweifel vorzunehmen (BayObLG FamRZ 2000, 972, 973; FamRZ 1999, 103, 104; FamRefK/ Rogner Rn 4; Palandt/Diederichsen 61. Aufl 2002, Rn 6; Staudinger/Coester Rn 7). Sie ist hingegen ausgeschlossen, soweit der überlebende Elternteil das Sorgerecht nicht ausüben kann oder darf.... Damit der auch verfassungsrechtlich gebotene Vorrang des überlebenden Elternteils in § 1680 Abs 2 S 1 in der Praxis nicht unterlaufen wird, muss das Familiengericht bei einer ablehnenden Entscheidung von einem Widerspruch zum Kindeswohl überzeugt sein (BT-Drucks 13/4899 S 102). In diesem Fall ist ein Vormund zu bestellen (§ 1773).Dies kann nach den Auswahlkriterien des § 1779 Abs 2 S 2 der Stiefelternteil (BayObLG FamRZ 1999, 103, 104; Staudinger/Coester Rn 13) oder die Pflegeperson sein...“

d) Deshalb sollte das JA hier folgende Auffassung vertreten:

- Nach dem Wegfall der Elternstellung des Scheinvaters und damit seines Sorgerechts ist zunächst zwingend zu prüfen, ob nicht die elterliche Sorge der Mutter übertragen werden muss. Dies folgt aus § 1680 Abs. 2 S. 1 BGB. Die Vorschrift betrifft zwar nach ihrem Wortlaut nur den Tod des allein sorgerechtigten Elternteils, ist aber nach hM auf den Fall der erfolgreichen Anfechtung der Vaterschaft entsprechend anwendbar (*s. die obigen Zitate, die dem Familiengericht im Wortlaut mitgeteilt werden sollten*).
- Die Übertragung der elterlichen Sorge auf den überlebenden (bzw hier den übrig gebliebenen) Elternteil ist der Regelfall. Erst wenn das Gericht im vorliegenden Fall überzeugt wäre, dass die Übertragung der Sorge auf die Mutter dem Kindeswohl widerspricht, kommt eine Vormundbestellung in Betracht (*vgl hierzu Veit aaO; auch diese Ausführungen sollten dem Gericht wörtlich übermittelt werden*).
- Sollte das Gericht aufgrund der Besonderheiten des vorliegenden Falles (das Kind lebt weiterhin bei dem Scheinvater und wird von diesem versorgt und betreut) der Ansicht sein, dass eine Übertragung der Sorge auf die Mutter nicht in Betracht käme, wäre zwangsläufig zu prüfen, ob bei der dann notwendigen Vormundbestellung gem. § 1773 Abs. 1 BGB nicht der Scheinvater auszuwählen ist. Denn eine bestellte Amtsvormundschaft kommt nach § 1791b Abs. 1 S. 1 BGB nur in Betracht, wenn eine hierfür geeignete Einzelperson nicht zur Verfügung steht.
- Falls aber das FamG die Übertragung der Sorge auf die Mutter aus Gründen ablehnt, die mit der Versorgung und Betreuung des Kindes durch den Scheinvater zusammenhängen, müsste er zwangsläufig auch als geeignete Einzelperson betrachtet werden, der die Vormundschaft übertragen werden kann. Im Hinblick auf die Subsidiarität der Amtsvormundschaft scheidet deshalb eine Bestellung des JA zum Vormund in diesem Fall aus.

Sollte das Familiengericht – ungeachtet dieser schlüssigen Argumentation das Jugendamt zum Vormund bestellen (bzw im Fall einer bereits verfügten Bestellung diese nicht aufheben), wäre hiergegen Beschwerde zum Oberlandesgericht einzulegen.“

8. Eine Mutter hat mit dem Scheinvater Sorgeerklärungen abgegeben. Kann ihr nach erfolgreicher Anfechtung der Vaterschaft ein Negativattest erteilt werden?

a) Die Begründung der gemeinsamen Sorge durch Sorgeerklärungen nach § 1626a Abs. 1 Nr 1 BGB setzt voraus, dass beide Erklärenden auch tatsächlich *Eltern* des betreffenden Kindes sind. Entfällt diese Eigenschaft bei einem der Elternteile später, ist damit die Grundlage für die gemeinsame Sorge nicht mehr gegeben. Namentlich ist das dann der Fall, wenn die Vaterschaft des Mannes, der diese zuvor anerkannt hatte, mit Erfolg angefochten wird. In diesem Fall tritt wieder die alleinige Sorge der Mutter ein (§ 1626a Abs. 2 BGB).

b) Damit steht auch einer von ihr beantragten Negativbescheinigung grundsätzlich nichts im Wege. Es ist daran zu erinnern, dass diese letztlich eine Hilfslösung darstellt, um der Mutter den Nachweis der fortbestehenden alleinigen Sorge zu ermöglichen. Da die Alleinsorge bei nicht miteinander verheirateten Eltern zunächst der *Regelfall* ist, hat sich der Gesetzgeber dazu entschlossen, die *Ausnahme* hiervon – nämlich die Beurkundung von Sorgeerklärungen – gem. § 58a SGB VIII registrieren zu lassen. Eine alleinsorgeberechtigte unverheiratete Mutter kann dann im allgemeinen den Nachweis ihrer Rechtsstellung damit führen, dass sie eine Bestätigung über die Nichtabgabe von Sorgeerklärungen vorlegt (unbestreitbar hat dieses System Mängel, weil sonstige Fälle des Wegfalls der Alleinsorge, insbesondere durch gerichtliche Entscheidung nach § 1666 BGB, insoweit nicht erfasst werden; gleichwohl sollte im Blick behalten werden, dass das verhältnismäßig aufwändige Verfahren allein darauf zielt, der Mutter für den Rechtsverkehr zu bescheinigen, dass sie ihre alleinige Sorge *jedenfalls nicht durch Sorgeerklärungen* verloren hat).

c) aa) Vor diesem Hintergrund sollte es dann keinem Zweifel mehr unterliegen, dass dasjenige Jugendamt, welches das Sorgeregister führt, trotz vorangegangener Abgabe von Sorgeerklärungen im Ergebnis der Mutter zu dem von ihr benötigten Nachweis verhelfen muss, wenn die zunächst registrierten Sorgeerklärungen ihre Wirksamkeit verloren haben.

Eine entsprechende Formulierung könnte etwa sinngemäß lauten: Es werde bestätigt, dass der alleinigen Sorge der Mutter keine wirksamen Sorgeerklärungen nach § 1626a Abs. 1 Nr 2 BGB entgegenstünden.

bb) Zugleich sollte das rechtskräftige Urteil des Amtsgerichts, mit welchem der Anfechtungsklage gegen die Vaterschaft stattgegeben wurde, im Sorgeregister ver-

merkt werden. Durch entsprechenden internen Aktenvermerk könnte klargestellt werden, dass bei dem hier gegebenen Sachverhalt eine Negativbescheinigung zulässig sei, damit nicht im Fall eines Personalwechsels oder in Vertretungsfällen in absehbarer Zeit eine erneute Bitte der Mutter um ein Negativattest wiederum zu Zweifelsfragen führt

d) In einem vom Institut begutachten Fall kam allerdings die Besonderheit hinzu, dass die gemeinsame Sorge, welche die Eltern zunächst durch Sorgeerklärungen begründet hatten, mit ihrer Heirat im Jahr 2001 auf eine neue Rechtsgrundlage gestellt worden war. Ab diesem Zeitpunkt beruhte die gemeinsame Sorge – auch – auf der Eheschließung (§ 1626a Abs. 1 Nr 2 BGB).

Hierzu war in einer Stellungnahme ausgeführt worden:

„a) Das bedeutet: Würde eine Mutter, die zwar *keine Sorgeerklärung* abgegeben, anschließend aber den Vater *geheiratet* hat, über die zuständigen Jugendämter ein Negativattest beantragen, könnte sie damit objektiv den Rechtsverkehr irreführen: Denn der sonst zulässige Schluss aus der Nichtabgabe von Sorgeerklärungen auf die vermutliche Alleinsorge der Mutter wäre in diesem Fall gerade nicht fundiert, weil der nach § 1626a Abs. 1 BGB alternative Rechtsgrund *der Eheschließung* zur gemeinsamen Sorge geführt hat.

Da in einem derartigen Sachverhalt das Negativattest offensichtlich in rechtsmissbräuchlicher Absicht beantragt würde, könnte es uE verweigert werden.

b) Andererseits führt die Anfechtung der Vaterschaft bei der hier vorliegenden Fallgestaltung zu einem identischen Ergebnis wie auch bezüglich der Sorgeerklärungen: Wenn dem Ehemann der Mutter – unklar ist, ob inzwischen die Scheidung ausgesprochen wurde – durch das einer Anfechtungsklage stattgebende Urteil des Familiengerichts bescheinigt wurde, dass er tatsächlich nicht der Vater des Kindes ist, ist damit auch seine Elternschaft und folglich seine Teilhabe am Sorgerecht beendet. Auch insoweit tritt im Ergebnis wieder die alleinige Sorge der Mutter ein.

Auch besteht für diese ein erneutes und legitimes Bedürfnis, die wieder aufgelebte Alleinsorge im Rechtsverkehr nachzuweisen. Das gilt auch und besonders im Hinblick darauf, dass schließlich die Möglichkeit bestanden hätte und weiterhin besteht, mit dem nunmehr kraft Anerkennung feststehenden wirklichen Vater durch Sorgeerklärungen die gemeinsame Sorge zu begründen.

Deshalb wäre nach unserer Ansicht die oben vorgeschlagene Formulierung auch für den vor hier vorliegenden Fall geeignet. Sie würde zum einen richtig-erweise besagen, dass die Mutter keine Sorgeerklärungen *mit dem* seit der Anerkennung vom 08.06.2007 feststehenden *tatsächlichen Vater* abgegeben habe. Zum anderen würde das Negativattest abdecken, dass die im Jahr 2000 beurkundeten Sorgeerklärungen zwischenzeitlich unwirksam geworden sind und ebenfalls die Mutter nicht daran hindern, ihr Alleinsorgerecht im Rechtsverkehr geltend zu machen.“