

»Zwar sagt die Mutter, dass ich von ihm bin –
aber ich weiß es nicht.«*

Zur Verwertbarkeit heimlicher DNA-Analysen
im Vaterschaftsanfechtungsverfahren**

I.

Am 12. Januar 2005 sorgte eine knappe Mitteilung der Pressestelle des Bundesgerichtshofs dafür, dass die anderen aktuellen Headlines – zu denen immerhin Schwergewichte wie Tsunami-Hilfe, Verabschiedung des Luftsicherheitsgesetzes, Zustimmung des Europa-Parlaments zur EU-Verfassung gehörten – auf die hinteren Ränge des Medieninteresses verwiesen wurden: Der für Familienrecht zuständige XII. Zivilsenat des BGH hatte in zwei Fällen darüber zu entscheiden gehabt, ob eine ohne Zustimmung des Kindes bzw. seiner allein sorgeberechtigten Mutter vom (kraft Vaterschaftsanerkennung) *gesetzlichen Vater* eingeholte DNA-Analyse im Rahmen einer *Vaterschaftsanfechtungsklage* verwertet werden könne. Das Gericht antwortete mit einem klaren ›Nein‹. Es folgte darin den Vorinstanzen (nach den Amtsgerichten waren das OLG Celle und OLG Jena), die ebenfalls der gerichtlichen Verwertung einer *heimlich* veranlassten Vaterschaftsanalyse den rechtlichen Segen verweigert hatten.¹

* Telemachos, auf die Frage der Athene, ob er der Sohn des Odysseus sei; HOMER, *Odyssee*, Erster Gesang, 215/216.

** Die Autorin ist bislang nicht als Kennerin des Familienrechts in Erscheinung getreten. Für den, der sich wundert, dass sie sich für diese Festschrift ausgerechnet ein Thema aus dem Kindschaftsrecht ausgesucht hat, Folgendes: Im WS 1967/68 hat der Privatdozent Dieter Simon in München eine viel beachtete Vorlesung im Familienrecht gehalten. Dieser Veranstaltung ist es zu verdanken, dass sich das rechtliche Schicksal eines *Scheinvaters* unauslöschlich in das Gedächtnis der Verfasserin eingepägt hat – Anlass genug, den damaligen Familienrechtler mit Neuigkeiten auf dem von ihm zwischenzeitlich vernachlässigten Gebiet zu versorgen.

1 BGH, NJW 2005, 497 ff.; OLG Jena/Thüringen (Urteil vom 6.3.2003), FamRZ 2003, 944 ff.; OLG Celle (Urteil vom 29.10.2003), FamRZ 2004, 481 ff.

Die in diesem Zusammenhang gefallen stolzen Worte der Richter zum *informationellen Selbstbestimmungsrecht* des Kindes haben – zumal in der nichtjuristischen Öffentlichkeit – nicht nur Zustimmung erfahren. Immerhin war in beiden Fällen das Ergebnis der Analyse negativ ausgefallen, d. h. die heimlich beschaffte Haarprobe und den ausgespuckten Kaugummi hat das beauftragte private Labor mit Speichelproben der vermeintlichen Väter abgeglichen und aufgrund der Untersuchung der jeweiligen DNA deren *biologische Vaterschaft* definitiv ausgeschlossen. Dennoch bestätigte der BGH die Entscheidungen der Vorinstanzen, wonach eine *Vaterschaftsanfechtungsklage* auf diesen Befund nicht gestützt werden könne. Er beruft sich darauf, dass es ständiger Rechtsprechung entspreche, ein Vaterschaftsanfechtungsverfahren, in dem dann durch *gerichtliches Gutachten* die *biologische Vaterschaft* abzuklären sei, nicht bereits dann einzuleiten, wenn die »*bloße Behauptung*«, man sei nicht der Vater des (beklagten) Kindes, aufgestellt werde. Vielmehr müsse der Kläger »*konkrete Umstände vortragen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Zweifel an seiner Vaterschaft zu wecken und die Abstammung des Kindes von einem anderen Mann als nicht ganz fernliegend erscheinen zu lassen*«. ² Die heimliche DNA-Analyse sei aber kein solcher Umstand, vielmehr ein rechtliches Nullum, da sie nicht hätte stattfinden dürfen. Die Untersuchung des genetischen Materials eines anderen Menschen ohne dessen Zustimmung verletze dessen »*Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung*«, sei demzufolge rechtswidrig, und ihr Ergebnis unterliege einem *Verwertungsverbot*. Nicht einmal ein *Anfangsverdacht*³ könne auf die heimliche DNA-Analyse gestützt werden, ebenso wenig wie aus der Weigerung des Kindes (bzw. der

2 So bereits die Presseerklärung des BGH vom 12.1.2005; vgl. auch die entsprechend lautende Urteilsbegründung (Fn. 1), 498.

3 Zu diesem Merkmal BGH, FamRZ 1998, 955 ff. (957). Die Notwendigkeit, vom Vater den Beweis solcher Tatsachen zu verlangen, die einen Anfangsverdacht auf Nicht-Vaterschaft begründen, wurde vom BGH in den seinerzeitigen § 1594 Abs. 1 BGB (entspricht heute § 1600 b Abs. 1 BGB: »*Die Vaterschaft kann binnen zwei Jahren gerichtlich angefochten werden. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Berechtigte von den Umständen erfährt, die gegen die Vaterschaft sprechen*«) hineingedeutet (unter Berufung auf eine entsprechende *ratio legis*, nach der der Gesetzgeber eine bloße Regelung der Anfechtungsfrist angeblich nicht hatte wollen können). Laut BGH müsse nämlich verhindert werden, dass der zweifelnde Vater »*ohne jede zeitliche Begrenzung ins Blaue hinein eine Ehelichkeitsanfechtungsklage erheben und durch Einholen von Sachverständigengutachten überprüfen lassen [könnte], ob das von seiner Ehefrau geborene Kind von ihm stammt*«. Man fragt sich angesichts dieses Schreckensgemäldes freilich, warum ein Vater, der keinen Grund hat zu zweifeln, »*ins Blaue hinein*« das teure Verfahren (Sachverständigengutachten!) in Gang setzen sollte.

sorgeberechtigten Mutter), einer solchen Analyse oder der Verwertung ihrer Ergebnisse zuzustimmen, irgendetwas Prozessrelevantes abzuleiten sei.

Selbst Bewunderer höchstrichterlicher Argumentierkunst werden ob dieser Ausführungen stutzen. Nicht nur, dass man gewohnt ist, den Anwendungsbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung – ohnehin keine Erfindung des Gesetzgebers, sondern eine des Bundesverfassungsgerichts⁴ – eher im Verhältnis Bürger/Staat, vielleicht noch zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, nicht aber zwischen den Parteien eines Zivilprozesses berücksichtigt zu wissen. Auch die Nonchalance, mit der selbst der für eine Vaterschaftsanfechtungsklage gemäß Richterrecht erforderliche *Anfangsverdacht*⁵ mit der Begründung vom Tisch gewischt wird, dass absolut nichts am Sachverhalt geeignet sei, die Abstammung der Kinder von ihren gesetzlichen Vätern einem vernünftigen Zweifel auszusetzen, muss angesichts der konkreten Fallumstände erstaunen. Schließlich existierte die Haarprobe und gab es den Kaugummi samt den daran anknüpfenden DNA-Analysen, sodass es schwer vorstellbar ist, dass dieses Wissen in einem Richterkopf keinerlei Spuren hinterlassen haben sollte.

Genau dieser Umstand war es auch, der vor allem in der nichtjuristischen Öffentlichkeit manch fassungsloses Kopfschütteln ausgelöst⁶ und vornehmlich jenen Organisationen zu massiver – wenngleich kurzlebiger – Medienpräsenz verholfen hat, die bis dato z. B. als *Bundesverband Väteraufbruch für Kinder e.V.* ein kaum beachtetes Schattendasein geführt hatten. Konfrontiert wurde deren empörter Schrei nach Gerechtigkeit mit hämischen Kommentaren vom anderen Geschlecht, das nur zu gern die Gelegenheit wahrnahm, aus der Position naturgegebener Dauer-Diskriminiertheit infolge des *mater semper certa est*⁷ endlich einmal angemessen zurückschlagen zu können. Überhaupt

4 Im Rahmen des sog. Volkszählungsurteils, BVerfGE 65, 1 ff.

5 OLG Celle (Fn. 1) spricht (in Leitsatz und Gründen) von *Anfechtungsverdacht*, was aber offensichtlich auf eine Sprachverwirrung des zuständigen Bearbeiters, nicht auf die Absicht, eine neue Terminologie zu begründen, zurückgeht.

6 Laut ZDF-Politbarometer vom 14.1.2005 haben 70% der Bevölkerung gegen ein Verbot heimlicher DNA-Tests votiert. Siehe auch DER SPIEGEL 4/2005, 40; FAZ vom 24.1.2005, Leserbriefe; FAZ vom 30.1.2005, Leserbriefe. Im Tenor gleich lautend: FAZ vom 12.2.2005, Leserbrief SUMMA (Richter am OLG Mainz), der die Debatte um Gentest und DNA-Analyse als Beweis dafür anführt, dass eine »jahrelange, ideologisch geprägte Desinformationskampagne« bewirkt habe, dass nunmehr »– auch bei hohen Politikern und Richtern – der gesunde Menschenverstand aussetzt«.

7 D. 2. 4. 5 (Paulus). Dass dieser Satz (auch schon vor den Zeiten der Leihmutter-schaft, vgl. § 1591 BGB) nicht immer über jeden Zweifel erhaben war, erzählt eine Legende über die Geburt des einzigen Sohnes und Erben des Staufer-Kaisers Heinrichs VI. Nachdem seine deutlich ältere Ehefrau, die Kaiserin Konstanze,

konnte jedermann so richtig mitreden. Es kamen Familientherapeuten zu Wort, die mit wichtiger Miene die Gefahr ruiniertes Beziehungen beschworen (zum Teil übrigens wegen der Verweigerung des Tests, zum Teil als Folge des Ergebnisses seiner Durchführung). Datenschützer malten im Zusammenhang mit dem erschlichenen Wissen das Menetekel allgemeiner Bespitzelung an die Wand und benutzten häufig das Wort Dambruch, um das wahre Ausmaß der vom Gericht gerade noch abgewendeten Katastrophe anzudeuten. Soziologen sahen im Streit um die Kindes-DNA einen neuen Geschlechterkampf am Horizont heraufziehen, und Juristen erklärten so unermüdlich wie vergeblich dem Fernsehpublikum die Funktion widerleglicher und unwiderleglicher Vermutungen im Recht. Journalisten stellten immer wieder die gleichen Fragen, und Politiker gaben, je nach Couleur, regelmäßig die gleichen Antworten, meistens solche, in denen Worte wie *Menschenwürde*, *Autonomie*, *Überregulierung*, *Misstrauenskultur* und *kommerzielle Interessen der Pharma-Industrie*⁸ eine zentrale Rolle spielten. *Kindeswohl* kam in der Debatte auch vor, freilich ohne dabei die suggestive Strahlkraft zu entfalten, die dieser obersten Orientierungsmaxime des Kindschaftsrechts üblicherweise anhaftet.⁹ Offenbar vermochte niemand so genau zu sagen, welche der verschiedenen Möglichkeiten des Umgangs mit der Ungewissheit dem Wohl des Kindes eigentlich dienlich sei. Denn die Chance, seine genetische Identität gerichtsfest zu erfahren,¹⁰ konkurriert in höchst irritierender Weise mit dem Anspruch auf

erst nach langer Kinderlosigkeit schwanger geworden war, machte schnell das Gerücht von bevorstehendem Betrug die Runde: Die Geburt würde nur vortäuscht werden; zum vermeintlichen Abkömmling des Kaiserpaars sei der Sohn eines Schlächters erkoren, um die Erbfolge zu sichern. Die schlaue Konstanze hatte daraufhin auf offenem Markt ihr Geburtszelt aufschlagen lassen, vor aller Welt einen Sohn entbunden (Friedrich II.) und »*stolz ihre vollen Brüste gezeigt*«, ERNST KANTOROWICZ, *Kaiser Friedrich der Zweite*, Hauptband, 3. Aufl., Berlin 1931, 11.

- 8 In der Bundestagsdebatte vom 11.3.2005 wurde festgestellt, dass in Deutschland bereits mehr als 50000 private Vaterschaftstests (mit einem Gesamtvolumen von rund 40 Millionen Euro) pro Jahr in Auftrag gegeben werden <http://www.cducsu.de/section_1/subsection_6/id_3302/meldungen_druck.aspx>. So auch CHRISTIAN RITTNER/NATASCHA RITTNER, *Rechtsdogma und Rechtswirklichkeit am Beispiel so genannter heimlicher Vaterschaftstests*, in: NJW 2005, 945 ff. (946).
- 9 Vgl. immerhin OLG Jena (Fn. 1, 945), das in seiner klagabweisenden Begründung »*entscheidend*« auf das Kindeswohl abstellt, welches es darin gewahrt sieht, dass das beklagte, aber letztlich obsiegende Kind »*ungestört in den gewohnten sozialen Bindungen aufwachsen*« kann. Dazu unten 466 f.
- 10 Für diese plädiert in Reaktion auf das BGH-Urteil z. B. die *Internationale Gesellschaft für Menschenrechte* (IGFM) in einer Pressemitteilung (Headline: »*Datenschutz darf nicht Unrecht schützen*«) vom 27.1.2005: Der »*wider*

Kindesunterhalt. Anders gewendet: Dem Recht des Kindes, über seine Abstammung aufgeklärt zu werden,¹¹ steht die Stellvertreter-Optik der sorgeberechtigten Mutter hinderlich im Wege. Aus deren Sicht macht es nämlich durchaus Sinn, jedenfalls vor Gericht die Abstammungssicherheit für das Kind hinter der Sicherheit seiner Ernährung zurücktreten zu lassen. Dieser eher pragmatische Blickwinkel fand sich plötzlich durch die Verbindung zum grundgesetzlichen Selbstbestimmungsrecht in moralphilosophischen Rang erhoben: Ohne Wissen und Zustimmung der Inhaber von Haar und Kaugummi bzw. ihrer weisen Mütter sollte aus den informationsträchtigen Gegenständen nichts abgeleitet werden dürfen. »*Heimlichkeit gehört sich nicht im Rechtsstaat*«, brachte der innenpolitische Sprecher der SPD Dieter Wiefelspütz die Position der von ihm vertretenen Fraktion auf den Punkt, behielt allerdings für sich, ob er damit eine neue Anstandsregel oder einen Rechtssatz kreieren wollte.¹²

II.

Wer jenseits der aktuellen Wortgefechte die Argumente etwas genauer prüft, stößt auf manche Merkwürdigkeit. Gewiss: Diejenigen, die darauf beharren, dass es – soweit überhaupt noch möglich – den »gläsernen Menschen« zu

bessere Erkenntnis« erfolgte Ausschluss des Anfangsverdachts »*zementiere rechtlich ... ein offensichtlich falsches Verwandtschaftsverhältnis*«. Dies verkenne »*das Interesse des Kindes an einer Klärung seiner persönlichen Abstammung und jenes der Allgemeinheit an der Richtigkeit des Geburtenregisters*«. Die IGFM will hierin einen Widerspruch zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 6.5.1997 erkennen (BVerfGE 96, 56 ff.), in dem festgestellt werde, »*dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung umfasse und vor der Vorenthaltung erlangbarer Informationen durch staatliche Organe schütze*« <<http://www.igfm.de/pm/pm2005/pm0501/p05127d.htm>>. Zum Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung vgl. auch BVerfG, NJW 1989, 891 ff. = FamRZ 1989, 255 ff.; ANDREAS REICHELTL/ANGELIKA SCHMIDT/JÖRG SCHMIDTKE, Zulässigkeit und gerichtliche Verwertbarkeit privat veranlasster Abstammungsgutachten, in: FamRZ 1995, 777 ff. (779).

11 Dazu unten 480 ff.

12 Deutschlandfunk, 17.1.2005, mit Bezug auf das geplante Gendiagnostikgesetz, in dem ganz allgemein *heimliche* DNA-Analysen unter Strafanandrohung gestellt werden sollen. Demgegenüber erklärt die bayerische Justizministerin BEATE MERK in der Kabinettsitzung vom 31.1.2005 – nicht gerade punktgenau, aber publikumswirksam: »*Es ist nicht die Aufgabe des Staates, sich mit Strafanrohungen in Beziehungsprobleme einzumischen*« <<http://text.bayern.de/Presse-Info/PM/2005MRat/050131-Ministerrat.htm>>.

verhindern gilt¹³ und dass deshalb die DNA eines Menschen Dritten nicht beliebig verfügbar sein darf, verdienen die Zustimmung aller billig und gerecht Denkenden. Jeder einigermaßen phantasiebegabte Beobachter kann sich vorstellen, wozu die durch die Analyse erlangten genetischen Informationen dienen könnten, wenn sie Arbeitgebern, Versicherungen, aber auch anderen potentiellen Interessenten frei zugänglich wären. Selbst dann, wenn – illusorisch genug – allfälligem Missbrauch vorgebeugt werden könnte, bliebe der Anspruch eines jeden, über seine persönlichen Bio-Daten im Regelfall nur selbst verfügen zu dürfen, in einer Rechtskultur, die das Ideal des selbstbestimmten Menschen hochhält, schutzwürdig. Das Bundesverfassungsgericht hat dies mehrfach mit wünschenswerter Klarheit dekretiert,¹⁴ der Gesetzgeber nimmt sich dieser Problematik in seinem umfassenden Projekt *Gendiagnostik*¹⁵ an, und das Prinzip als solches wird auch von niemandem ernsthaft in Frage gestellt.¹⁶

Aber Prinzipien treffen auf Prinzipien, und juristische Kunst besteht nicht zuletzt darin, in nachvollziehbaren Abwägungsprozessen für den Einzelfall überzeugende *Vorrangregeln* zu entwickeln und zur Anwendung zu bringen.¹⁷

13 Zum Datenschutz im Zeitalter der Überwachungstechniken SPIROS SIMITIS, Datenschutz – eine notwendige Utopie, in diesem Band, 511–527.

14 Vgl. nur BVerfG, NJW 2001, 2320 ff. (2321): Einschränkungen sind nur bei überwiegendem öffentlichem Interesse durch Gesetz zulässig.

15 Zur Zeit wird in einer interfraktionellen Arbeitsgruppe des Bundestages unter Beteiligung der Länder der Diskussionsentwurf für ein Gendiagnostikgesetz beraten (Entwurf vom 26.10.2004), worin Gewinnung und Umgang mit genetischem Material prinzipiell geregelt werden. Die dem hier behandelten Urteil des BGH gewidmete öffentliche Aufmerksamkeit verdankt sich nicht zuletzt einem zeitlichen Zusammentreffen zwischen der Gerichtsentscheidung und dem Hinweis der Bundesjustizministerin auf das geplante Gesetz. Hier war es vor allem der Umstand, dass die heimliche Beschaffung einer DNA-Analyse unter (erhebliche) Strafe gestellt werden soll, der für Wirbel sorgte.

16 Einigkeit herrscht diesbezüglich nicht nur bei den Juristen. Auch der Deutsche Ärztetag (Deutsches Ärzteblatt 2001, 1265 f.), das Robert-Koch-Institut (vgl. FamRZ 2002, 1159) und die Arbeitsgemeinschaft der Sachverständigen für Abstammungsgutachten (DAVorm 2000, 817 f.; JAmt 2002, 340, IV) haben sich unter Berufung auf das (den Medizinern offenbar ebenfalls teure) informationelle Selbstbestimmungsrecht des Kindes klar gegen das eigenmächtige Beweissicherungsverfahren einer heimlichen DNA-Analyse ausgesprochen – ein Schuft, wer Böses dabei denkt. CHRISTIAN RITTNER/NATASCHA RITTNER, Unerlaubte DNA-Gutachten zur Feststellung der Abstammung – eine rechtliche Grauzone, in: NJW 2002, 1745 ff., schreiben ebenfalls mit Verve gegen die Verwertbarkeit von in Privat-Labors gefertigten DNA-Gutachten in Vaterschaftsprozessen, was, jedenfalls aus der Sicht des langjährigen Leiters eines Instituts für Rechtsmedizin (Universität Mainz: 1985–2003), sicher gut nachvollziehbar ist.

17 Statt vieler ROBERT ALEXY, Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985.

Das ist in ungezählten Konstellationen bereits festgeschriebene Praxis, und auch die DNA eines Menschen steht keineswegs nur diesem zur Verfügung, sondern ist gerade dabei, als zentrales Ermittlungsinstrument der Strafverfolgung steile Karriere zu machen.¹⁸ Das Gleiche gilt schon lange für Finger- und Zahnabdrücke, Blutproben, Röntgen-Bilder etc., deren offizielle Verwertbarkeit stets unter dem Gesichtspunkt der Interessenabwägung zu beurteilen und dabei nur selten auf prinzipielle Bedenken gestoßen war.¹⁹ Letzteres trifft auch auf jene DNA-Tests zu, die im Einverständnis der Beteiligten in das Verfahren eingeführt werden, nicht hingegen für die *heimlich* erhobenen Genom-Daten. Ein Gericht, das darüber zu entscheiden hat, ob ein *gesetzlicher Vater*²⁰ diesen Status mit Hilfe einer heimlich veranlassten DNA-Analyse durch Anfechtung²¹ beseitigen kann, hat deshalb im Rahmen der gebotenen Verfassungskonformität das Grundrecht des Kindes auf informationelle Selbstbestimmung gegen das Grundrecht des (Schein-)Vaters auf »*Kenntnis seiner Fortpflanzung*«²² abzuwägen. Wenn also in den besagten Fällen die befassten Richter in intellektueller Selbstverleugung bereits jeden Ansatz für einen

- 18 Die gesetzliche Grundlage hierfür wurde 1998 mit der Einführung des § 81 g StPO (zuletzt geändert am 27.12.2003) sowie des diesen konkretisierenden DNA-Identitätsfeststellungsgesetzes vom 7.9.1998 geschaffen. Die Vorschriften regeln die Befugnis der Strafverfolgungsorgane, einem Beschuldigten bei *Straftaten von erheblicher Bedeutung* Körperzellen zum Zwecke der Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters zu entnehmen. Inzwischen wird parteiübergreifend – nicht zuletzt angeregt durch die öffentliche Diskussion nach der schnellen Aufklärung im *Fall Moshammer* – erwogen, § 81 g StPO weiter zu fassen und alle Straftäter zu einem *genetischen Fingerabdruck* zu verpflichten; siehe <www.welt.de/data/2005/01/26/417607.html>.
- 19 So geht die höchstrichterliche Rechtsprechung zu Beweisverwertungsverböten im Strafverfahren keineswegs von einem rechtsstaatlich gebotenen »Heimlichkeitsverbot« aus. Vielmehr bejaht der BGH in ständiger Rechtsprechung die *grundsätzliche* Verwertbarkeit von Beweismitteln (insbesondere heimlichen Tonbandaufnahmen), die Private auf rechtswidrige Weise erlangen und den Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung stellen; vgl. etwa BGHSt 36, 167 ff.: »*Aus der rechtswidrigen Erlangung eines Beweismittels durch einen Dritten folgt nicht ohne weiteres die Unverwertbarkeit dieses Beweismittels im Strafverfahren.*«
- 20 § 1592 BGB: »*Vater eines Kindes ist der Mann, 1. der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter verheiratet ist, 2. der die Vaterschaft anerkannt hat, 3. dessen Vaterschaft nach § 1600 d gerichtlich festgestellt ist.*«
- 21 §§ 1599 ff. BGB.
- 22 Dieses Recht hat in den gesetzlichen Regeln über Vaterschaftsfeststellung und Vaterschaftsanfechtung seinen positivrechtlichen Ausdruck gefunden und ist überdies als Teil des *allgemeinen Persönlichkeitsrechts* anerkannt, vgl. nur die OLGe Jena und Celle (Fn. 1) und diesen – auch insoweit – folgend BGH, a. a. O. (Fn. 1), 499; RITTNER/RITTNER (Fn. 16), 1749.

Zweifel unter Berufung auf das Verwertungsverbot verneinen, so geben sie vor, eine solche Abwägung vorgenommen zu haben – und zwar zugunsten der kindlichen Selbstbestimmung und gegen das Recht des Zahlvaters, die faktisch vorhandenen Möglichkeiten zur Statusfeststellung auch rechtlich zu nutzen.

1. Über die Gründe für dieses vermeintliche Abwägungsergebnis erfährt man allerdings wenig. Und da, wo Gründe genannt werden, überzeugen sie nicht. So betont OLG Jena (Haarprobe) zunächst einmal sehr tugendhaft die Notwendigkeit, »*unter sorgsamer Würdigung aller Umstände*« prüfen zu wollen, ob im konkreten Fall der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Kindes durch Erhebung seiner genetischen Daten tatsächlich rechtswidrig gewesen sei, da es schließlich auch ein berechtigtes Interesse des klagenden Scheinvaters »*auf Kenntnis seiner Vaterschaft*« gäbe, um dann aber kurz und bündig fortzufahren, dass »*dieses Recht des Erzeugers gegenüber dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Kindes nicht als höherwertig anzusehen*« sei. Das »*Kindeswohl*« erfordere nämlich, so heißt es, dass das Kind »*ungestört in den gewohnten sozialen Bindungen aufwachsen*« könne. Nachdem der Kläger dreieinhalb Jahre nach der Geburt des Beklagten diesen als ehelich anerkannt habe, müsse der Beklagte nunmehr in seinem Vertrauen darauf geschützt werden, »*dass der Kl. als Bezugsperson auch sein biologischer Vater*« sei. Die Entwicklung des Kindes (nunmehr 15-jährig) würde andernfalls »*empfindlich gestört*«, und außerdem habe es dem Scheinvater zu dessen »*Eingriff ... durch sein Verhalten auch keinen Anlass*« gegeben.

Das ist *Rechtsschöpfung* mit Anschlussproblematik. Denn bis dato muss nur § 1600 b BGB beachtet werden, wonach die Vaterschaftsanfechtung innerhalb von zwei Jahren nach Kenntnis der den Verdacht begründenden Umstände zu erfolgen hat.²³ Weiteren Einschränkungen unterliegt die Anfechtung durch den gesetzlichen Vater nicht. Insbesondere wird sein Anfechtungsrecht nicht an Erwägungen zum Kindeswohl geknüpft.²⁴ Wollte man diesem nämlich den Vorrang einräumen, müsste das Anfechtungsrecht des Vaters gänzlich verneint werden; das würde, folgt man der Logik der Jenaer Richter, dem Kindeswohl sicherlich am meisten dienen. Solange das Gesetz aber die Anfechtung vorsieht, muss diese Idee wohl verworfen werden.²⁵

23 Dazu oben (Fn. 3).

24 STAUDINGER-RAUSCHER, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 4 (Familienrecht), Berlin 2004, § 1600 Rn. 21 ff.

25 In der Anhörung im BT-Rechtsausschuss im Rahmen der Kindschaftsrechtsreform von 1997 ist dieser Gesichtspunkt diskutiert worden, konnte sich aber nicht durchsetzen, vgl. die Nachweise bei GAUL (unten Fn. 27), Anm. 165. Vgl. auch BT-Drucks. 13/4899 vom 13.6.1996; STAUDINGER-RAUSCHER (Fn. 24),

Auch der fast immer zutreffende Gedanke des *Vertrauensschutzes* hat hier nichts zu suchen. Denn ein *anfechtungsfestes* Vertrauen darauf, dass die männliche Bezugsperson in der Familie auch biologischer Vater sei, existiert nicht, würde allenfalls dann in Frage kommen, wenn die vorausgegangene *Vaterschaftsanerkennung* im Wissen um die Zweifelsgründe geschah, so dass die spätere Anfechtung als *venire contra factum proprium* zu bewerten wäre. Zwar ist es nicht fern liegend, mit dem Gericht anzunehmen, dass die Ausübung des Anfechtungsrechts eine »*empfindliche Störung*« in der Kindesbiographie bedeuten könnte,²⁶ und es besteht auch kein Zweifel daran, dass es wünschenswert wäre, ein Kind »*ungestört in den gewohnten sozialen Bindungen*« aufwachsen zu lassen. Das Interesse an *ungestörtem Festhalten am Vater* ist bisher aber noch nicht als schutzwürdige Rechtsposition anerkannt, so dass nach geltendem Recht das Kindeswohlargument auch nicht über den Transmissionsriemen Vertrauensschutz gegen das Recht auf Vaterschaftsanfechtung auszuspielen ist.

Geradezu mysteriös erscheint schließlich der Hinweis auf das »*Verhalten*« des Beklagten, welcher zum väterlichen »*Eingriff*« keinerlei »*Anlass*« geboten habe. Sollte damit zum Ausdruck gebracht werden, dass ein weniger tadelloses Verhalten des Kindes mit heimlichen Haarproben und Vaterschaftsanfechtung sanktioniert werden darf? Wohl kaum. Insofern bringt gerade dieser Passus nur die argumentative Hilflosigkeit und im Übrigen den dringenden Wunsch des Gerichts zum Ausdruck, dem Kind auch um den Preis der Beweisabschneidung sein Wohl (*in concreto* seinen Ernährer) zu erhalten – ein fraglos löbliches Motiv, das aber in der juristischen Dogmatik bislang noch keinen Ort hat. Dort gilt, was OLG Köln trocken so auf den Punkt bringt: »*Jedenfalls für den Mann ist diese Loslösung von der Kindeswohlprüfung auch sachlich gerechtfertigt und verfassungskonform, weil ihm nicht zuzumuten ist, die Rechtsbeziehung allein aus Gründen des Kindeswohls aufrechtzuerhalten.*«²⁷

Rn. 4 und 21 ff.; mit wünschenswerter Klarheit: OLG Köln, NJW 2002, 901 ff. = FamRZ 2002, 629 ff. (630), welches – der gesetzlichen Systematik entsprechend – Kindeswohlüberlegungen *nur* im Falle der Anfechtung nach § 1600 a Abs. 4 BGB (»*Die Anfechtung durch den gesetzlichen Vertreter ist nur zulässig, wenn sie dem Wohl des Vertretenen dient*«) zulassen will. Im Ergebnis ebenso OLG München, FamRZ 2003, 1580 ff.: »*Ein heimlicher Vaterschaftstest greift wesentlich weniger schwerwiegend in das Kindeswohl ein als ein im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens eingeholter und möglicherweise erzwungener Vaterschaftstest*« (2. Leitsatz).

26 Diese dürfte allerdings schon durch das bereits laufende Verfahren, ja durch das schon zuvor gesättigte Misstrauen des Mannes in seine Vaterschaft ausgelöst worden sein.

27 A. a. O. (Fn. 25). Ebenso HANS FRIEDHELM GAUL, Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz, in: FamRZ 1997,

2. Nicht überzeugender als OLG Jena, aber mit anderer Schwerpunktsetzung motiviert OLG Celle (Kaugummi) sein klagabweisendes Urteil.²⁸ Möglicherweise hatte es die Ebene ›Kindeswohl‹ von vorn herein als vermintes Gelände durchschaut und deshalb gleich auf die Verfassung gesetzt, welche denn auch direkten Weg's zum schon aus Jena bekannten Ergebnis führt: »Die Abwägung der gegen die Verwertung sprechenden Grundrechtsposition des betroffenen Kindes auf der einen Seite und der rechtlich geschützten Interessen des möglichen Scheinvaters führt nicht dazu, dass letztere überwiegen.« Diese Feststellung wird zunächst *lege artis* auf einen anerkannten Satz der Verfassungslehre gestützt, wonach gerechtfertigte Eingriffe in Grundrechte nicht nur »erforderlich und verhältnismäßig«, sondern auch »geeignet« sein müssen, den erstrebten Erfolg zu erreichen.²⁹ Daran fehle es aber gerade beim heimlichen DNA-Test, weil ein heimlicher Test gar nicht tauglich sei, die Abstammung zweier Personen voneinander nachzuweisen. Schließlich könne man gar nicht wissen, heißt es bauernschlau, von wem das genetische Material wirklich stamme, so dass »die Identität der beteiligten Personen und die Herkunft der untersuchten Proben nicht eindeutig gesichert« seien. »Würde ein privat eingeholter Vaterschaftstest ohne Identitätsnachweis für einen hinreichenden Anfechtungsverdacht [sic] ausreichen, könnte jeder Kl. seinem Auftrag für einen Vaterschaftstest Proben beliebiger Personen, die miteinander nicht verwandt sind, beifügen, um die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung zu erhalten.«

Das ist wohl wahr, denn der Mensch ist fintenreich. Aber was wäre denn so bedenklich daran, bei Zweifeln an der Vaterschaft eine gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit einzuräumen? Es geht schließlich nicht um die Erschleichung sachwidriger Vergünstigungen, sondern um die – fristgerechte – Geltendmachung anerkannter Grundrechtspositionen. Selbst wenn nicht zutrifft, was der CSU-Abgeordnete Gehb in der Bundestagsdebatte vom 11.3.2005 düster unterstellt (»fünf bis zehn von 100 Kindern sind ... Kuckuckskinder«),³⁰ so steht seine Schlussfolgerung doch außer Frage: »Väter, die Zweifel haben, ob sie überhaupt die Väter sind, möchten diese Zweifel aus der Welt

1441 ff. (1457); STEFAN EDELFFELD, Das neue Abstammungsrecht der Bundesrepublik Deutschland im nationalen und internationalen Vergleich, in: FuR 1996, 190 ff. (194).

28 Oben Fn. 1.

29 BVerfGE 30, 292 ff. (316); BVerfGE 69, 1 ff. (35); JÖRN IPSEN, Staatsrecht II. Grundrechte, 7. Aufl., München 2004, 52, Rn. 171; VOLKER EPPING, Grundrechte, Berlin/Heidelberg u. a. 2004, 17, Rn. 46 ff.; HARTMUT MAURER, Staatsrecht I, 2. Aufl., München 2001, 238, Rn. 57.

30 A. a. O. (Fn. 8). Vgl. auch JOCHEN BÖLSCHKE, Kuckuckskinder: Zahlväter rüsten zum Wattestäbchen-Krieg, SPIEGEL-Online vom 7.12.2004.

räumen.« Und, mag man hinzufügen, sie werden an ihrem Zwangsstatus ohnehin keine rechte Freude haben, so dass das beliebte Argument, der Familienfrieden könnte (erst) durch das massenweise Auftreten unsubstanziierter Anfechtungsklagen flächendeckend gestört werden, nicht trägt.

Und ist es überhaupt wahrscheinlich, dass mit x-beliebigen Bio-Proben der Prozesszugang erschlichen wird? Was sollte ein solcher Kläger wohl bezwecken? Da es ja nicht darum geht, aufgrund der privaten DNA-Analyse ein Status-Urteil zu bekommen, sondern nur darum, eine offizielle Überprüfung der Vaterschaft³¹ einzuleiten, wäre der gesetzliche Vater doch sehr schlecht beraten, den krummen Pfad der getürkten Proben einzuschlagen, nur um sich einem Verfahren auszusetzen, das dann die Wahrheit ans Licht bringt. Im Übrigen wird man einen zum Prozessbetrug entschlossenen Zahlvater ohnehin nicht an seinem unehrenhaften Tun hindern können, denn auch die anerkanntermaßen den Anfangsverdacht begründenden Behauptungen (Leugnung des Geschlechtsverkehrs in der Empfängniszeit, Mehrverkehr der Kindesmutter) können bekanntlich bewusst wahrheitswidrig erhoben werden, was aber bisher noch nicht dazu geführt hat, sie – weil missbrauchsverdächtig – für grundsätzlich unverwertbar zu erklären.

Das entscheidende Argument gegen die Celler Urteilsbegründung ist jedoch der Umstand, dass sie *zirkulär* angelegt ist. Sie gibt zunächst vor, zwei Grundrechtspositionen gegeneinander abwägen zu wollen, um dann nach Feststellung eines Vorrangs beurteilen zu können, ob im Rahmen der Frage nach der prozessualen Verwertbarkeit der privaten Erhebungen das *informationelle Selbstbestimmungsrecht* des Kindes oder das Recht des Vaters auf *Kenntnis seiner Fortpflanzung* zurückzutreten habe. Tatsächlich aber werden nicht die Grundrechtspositionen unter dem Gesichtspunkt der Vor- bzw. Nachrangigkeit gegeneinander abgewogen, sondern das Grundrecht des Vaters wird von vorn herein für *nachrangig* erklärt, *weil* die DNA-Analyse *heimlich* eingeholt wurde. Die Zulässigkeit der *heimlichen* Erhebung war aber gerade die Frage, die durch die Abwägung hätte geklärt werden sollen; ohne Heimlichkeit wäre das Selbstbestimmungsrecht des Kindes überhaupt nicht tangiert worden, das Abwägungsproblem nicht entstanden. Die Gedankenfolge hätte also, den selbst gegebenen Prämissen gemäß, lauten müssen: Verwertbar wenn zulässig, zulässig wenn vorrangig / unzulässig wenn nach-

31 Bei dieser würde ein gerichtliches Abstammungsgutachten eingeholt werden, welches auch die Identität der Testpersonen dokumentiert. Zur Annahme, es müssten, wenn man nicht Hürden einzöge, Prozessfluten abgewehrt werden, vgl. schon oben Fn. 3: Der BGH rechtfertigt die (gesetzesferne) Rechtsprechung zum Anfangsverdacht damit, dass andernfalls der Scheinvater »*ins Blaue hinein*« Vaterschaftsprozesse anstrengen würde.

rangig (→ Abwägung zur Klärung der Rangfolge); nicht hingegen hätte sie lauten dürfen: unverwertbar wenn unzulässig, unzulässig wenn heimlich, denn hier findet keine Abwägung zwischen den beiden in Frage stehenden Grundrechten statt, sondern das – feststehende – Merkmal der Heimlichkeit fixiert das Ergebnis der Abwägung, noch bevor eine solche stattgefunden hat.

Hinzu kommt, dass die Urteilsbegründung auf die mangelnde *Eignung* der Analyse für den *Abstammungsnachweis* abstellt, dabei aber verkennt, dass es noch gar nicht um diesen Nachweis, sondern nur um die den Anfangsverdacht stützende *Schlüssigkeit* des klägerischen Vorbringens geht. Dass aber der Vortrag des Klägers von vorn herein un schlüssig sein, also nicht einmal den mindesten Verdacht für die Nichtvaterschaft begründen können soll, vermag (auch vor dem Hintergrund der Tatsache, dass die Mutter einer Verwertung ausdrücklich widersprochen hat³²) wohl nur der einzusehen, der dieses Ergebnis ohne Rücksicht auf klare Realitätsverfählungen guttheißen will.

3. Genau dazu scheint der BGH entschlossen gewesen zu sein. Er übernimmt von OLG Celle nicht nur das ablehnende Ergebnis der Schlüssigkeitsprüfung, sondern auch dessen zirkuläre Begründung und erweitert diese sogar in Bezug auf ein *negatives informationelles Selbstbestimmungsrecht* (*»Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Abstammung schließt nämlich auch das Recht auf Unkenntnis ein«*),³³ welches verbiete, aus der Weigerung der Mutter, einer Verwertung nachträglich zuzustimmen, irgendwelche Schlussfolgerungen zu ziehen. Er übertrifft das OLG noch mit der Überlegung, selbst *»wenn feststände, dass die Gutachterin genetisches Material der beiden Parteien untersucht hat, ist dieses Gutachten aus den vom BerGer. zutreffend dargelegten Gründen nicht nur als Beweismittel, sondern auch als Parteivortrag im Vaterschaftsanfechtungsverfahren nicht verwertbar und damit unbeachtlich«*.³⁴ Schließlich scheut er sich auch nicht, den Vorrang des informationellen Selbstbestimmungsrechts des Kindes daraus herzuleiten,³⁵ dass das Grundrecht des (Schein-)Vaters *»im Vaterschaftsanfechtungs-*

32 Dazu – goldig – CORNELIA BOHNERT, Zur Zulässigkeit privater Vaterschaftstests, in: FPR 2002, 383 ff.: *»Dass die verweigerte Einwilligung aufkeimende Zweifel nicht zerstreuen wird, bleibt ganz im Tatsächlichen«* (389). Vgl. hingegen DIETRICH MUTSCHLER, Unerlaubte DNA-Gutachten als Einfallstor für gerichtliche Vaterschaftsanfechtung, in: FamRZ 2003, 74 ff., der die mütterliche Weigerung für den Anfangsverdacht verwerten will.

33 A. a. O. (Fn. 1), 498, mit Bezug auf BOHNERT (Fn. 32), die es diesbezüglich allerdings bei einer – unkommentierten – Erwähnung belässt. Man fragt sich, wie dieser frisch erfundene ›Verfassungssatz‹ mit dem bisherigen Verfahren der Vaterschaftsfeststellung harmoniert?

34 A. a. O. (Fn. 1), 498.

35 *»Das zeigt sich schon daran ...«*, a. a. O. (Fn. 1), 499.

verfahren unter anderem durch die gesetzliche Fristenregelung des § 1600 b BGB wesentlich eingeschränkt« sei, während das Grundrecht des Kindes keiner zeitlichen Schranke unterliege³⁶ – gerade so, als ob die gesetzliche Frist einen Makel darstellt, der dem Recht anhängt und seine Schutzwürdigkeit mindert. Abgerundet wird dieser sonderbare Abwägungsprozess mit der fast schon selbstverständlich anmutenden Feststellung, dass »das Interesse des Vaters oder Scheinvaters, sich Gewissheit über seine Vaterschaft zu verschaffen, ... auch dann nicht als höherrangig angesehen werden [kann], wenn es der Abwehr zivilrechtlicher Ansprüche, denen er als gesetzlicher Vater ausgesetzt ist, dienen soll«.

Da wundert es niemanden, dass auch ein ausgedehnter Blick in andere Länder kein anderes Ergebnis zeitigt.³⁷ Ungeachtet der Tatsache, dass in keiner der herangezogenen Rechtsordnungen – einschließlich der Regelwerke von UN und UNESCO sowie der Europäischen Verfassung und der Menschenrechtskonvention – die einzig entscheidende Regel steht (dass nämlich dem Grundrecht des Kindes gegenüber dem Grundrecht des Scheinvaters der Vorrang gebührt), die Rechtsvergleichung vielmehr nur das auch bei uns als solches unbestrittene Prinzip der Autonomie über die eigenen Bio-Daten zu Tage fördert, sieht der BGH für seine Präferenz überall nur Bestätigung. Deshalb formuliert er abschließend noch eine prinzipielle Grußadresse an alle rechtsuchenden Scheinväter, die aus der Existenz ihres Grundrechts falsche Schlüsse ziehen: »Zudem verleiht das Recht auf Kenntnis der eigenen Vaterschaft oder Nichtvaterschaft selbst dann, wenn es dem Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung gleichzustellen wäre,³⁸ noch kein Recht auf Verschaffung solcher Kenntnis« – eine tröstliche Botschaft für den Rechtsinhaber.³⁹

Die Schlussfolgerung des BGH ist konsequent. Sie lautet: Der ›Vater‹ ist mit seinen Zweifeln nicht zu hören, und es wäre wohl keine grobe Verfehlung der richterlichen Intentionen zu unterstellen: Das Gericht hört ihn nicht, weil es ihn nicht hören will.

36 A. a. O. (Fn. 1), 499.

37 A. a. O. (Fn. 1), 499.

38 Die Bezugnahme auf »*Kenntnis der eigenen Abstammung*« in einem Prozess, in dem der Berechtigte sich gerade weigert, etwas über seine Abstammung zur Kenntnis zu nehmen, ist nicht etwa ein Lapsus, sondern offenbar im Lichte der Einsicht zu verstehen, dass das Recht auf Kenntnis das Recht auf Unkenntnis der Abstammung einschließt, vgl. oben Fn. 33.

39 A. a. O. (Fn. 1), 499.

III.

Soviel Realitätsverachtung verlangt nach Erklärung. Die besprochenen Sachverhalte sind offensichtlich nicht geeignet, den Grund für die abweisenden Urteile in einer Unsicherheit über die biologische Nicht-Vaterschaft zu suchen. Vielmehr muss davon ausgegangen werden, dass auch die Richter nicht ernsthaft angenommen haben, in den Klägern vielleicht doch die Erzeuger der beklagten Kinder vor sich zu haben. Genauer gesagt: Sie *wussten*, dass die Kläger nicht die Erzeuger sind, haben diesem Wissen aber keinen Zugang in den Prozess gewährt.

Nun könnte man sich die Erklärung dieses Phänomens leicht machen; sie liegt sozusagen auf der juristischen Hand: Die Richter haben ein *Verwertungsverbot* geprüft und sind zu dem Schluss gekommen, es sei einschlägig. Da aber das Verwertungsverbot seinerseits das Resultat einer heiklen richterlichen Wertentscheidung in Verbindung mit einem Zirkelschluss darstellt, ist die Frage, weshalb sich die Richter wider die Möglichkeit besseren Wissens und gegen das zum Greifen nahe Faktum entschieden haben, mit dem trockenen Hinweis auf die vermeintliche Unzulässigkeit der Verwertung nicht beantwortet.

Eher schon kommt man der Sache auf die Spur, wenn man nach dem Zweck der Vaterschaftsbestimmung fragt. Denn anders als es sich ein unbeteiligter Beobachter vorstellen dürfte, scheint es im Vaterschaftsprozess gar nicht darauf anzukommen, ein Urteil entsprechend den biologischen Tatsachen zu fällen, sondern in erster Linie darauf, in einmal ›geordnete‹ Verhältnisse keine ›Unordnung‹ zu bringen. In diese Richtung deutet jedenfalls eine Bemerkung gegen Ende der Urteilsbegründung, die in keinem rechten Zusammenhang zu dem Vorausgegangenen steht, die aber die Haltung des Gerichts gegenüber der ›biologischen Wahrheit‹ zum Ausdruck bringt. »*Auch hat der Gesetzgeber sich bei der Kindschaftsrechtsreform im Jahre 1997 dagegen entschieden, in jedem Fall die biologische Abstammung eines Kindes zu klären, und statt dessen hingenommen, dass die biologische Vaterschaft zu Gunsten des Kindeswohls unter anderem dann in den Hintergrund tritt, wenn ein Kind auf Grund seiner Geburt in die Ehe der Mutter bereits in einem Familienverbund aufwächst.*«⁴⁰

Biologie Nebensache? Im Familienrecht ist das keine Seltenheit. Noch gut erinnert man sich etwa an die alte Fassung des § 1589 Abs. 2 BGB, wo es hieß: »*Ein uneheliches Kind und dessen Vater gelten nicht als verwandt.*« Man verortete seinerzeit diese Vorschrift als Beispiel für eine gesetzliche Fiktion und

40 A. a. O. (Fn. 1), 499.

akzeptierte die historischen Begründungen, in denen Erbrecht und Familienfrieden die tragende Rolle spielten.⁴¹ Im *Vaterschaftsanfechtungsverfahren*, so könnte man meinen, ist es allerdings befremdlich, die biologischen Zusammenhänge so unterbewertet zu finden. Denn was, wenn nicht eine Klärung der Frage, ob das Kind tatsächlich vom gesetzlichen Vater abstammt, soll denn in diesem Verfahren erreicht werden?

IV.

Keine eindeutige Antwort hierauf, aber doch interessante Aufschlüsse liefert der Blick in die Geschichte. Er zeigt nämlich, dass die biologische Wahrheit im Rahmen der Vaterschaftsanfechtung kaum je die erste Geige gespielt, sondern nur als Hintergrundgeräusch in unterschiedlicher Lautstärke das Konzert von Interessen und Interessenten begleitet hat. In neuerer Zeit hat nur das *nationalsozialistische Familienrechtsänderungsgesetz* von 1938 die *Rassenzugehörigkeit* und damit Blutsverwandtschaft und genetische Abstammung eindeutig in den Mittelpunkt seiner Aufmerksamkeit gerückt,⁴² und die Rechtslehre hat sich in dieser *ratio legis* entsprechend eingerichtet: Die »Blutsverwandtschaft [ist] die naturgegebene Voraussetzung zur Zugehörigkeit zu einer Familie« lassen sich zeitgenössische Autoren vernehmen und knüpfen daran die Folgerung, dass »die rechtliche Verwandtschaft immer schärfer unter Kritik« zu setzen sei.⁴³ In *concreto* bedeutete dies z. B. den

41 § 1589 Abs. 2 BGB wurde durch das NEheG mit Wirkung vom 1.7.1970 aufgehoben.

42 WERNER SCHUBERT (Hrsg.), *Das Familien- und Erbrecht unter dem Nationalsozialismus*, Paderborn u. a. 1993, 102 ff.; PATRICK SAUER, *Die Vaterschaftsanfechtung*, Aachen 1999, 68 ff. [allerdings wegen vieler Fehlzitate mit Vorsicht zu genießen]. In der Heraushebung der Blutsverwandtschaft ähnlich, in der Zweckrichtung fundamental verschieden war das kanonische Recht angelegt, welches aufgrund von Barmherzigkeit und Nächstenliebe dem leiblichen Vater (und übrigens auch der leiblichen Mutter) die Pflicht auferlegte, unabhängig von einer sonstigen Rechtsbeziehung (z. B. Ehe) für den Nachwuchs zu sorgen, vgl. PAUL ZIRNDORFER, *Zur Lehre von der Alimentationspflicht des außerehelichen Erzeugers*, in: ZRG RA 20 (1899), 33 ff. (35 f.). Darauf, dass gerade diese christliche »Barmherzigkeitslehre« zur Notwendigkeit führte, den *Beweis* der natürlichen Vaterschaft – und damit eine Art *probatio diabolica* – in das Familienrecht einzuführen, hat ELISABETH KOCH, *Pater semper incertus*, in: *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990), 107 ff. (113) hingewiesen. Vgl. dazu auch unten 474.

43 HERMANN ROQUETTE, *Die Unterscheidung von Blutsverwandtschaft und rechtlicher Verwandtschaft*, in: DR 1938, 106 ff. Weitere Nachweise bei SAUER (Fn. 42).

Ausschluss des Anerbenrechts in ›nur‹ rechtlichen Vater-Kind-Beziehungen, ein Ehelichkeitsanfechtungsrecht für den Staatsanwalt u. a. m. Aber selbst der Kommentator des NS-Gesetzes von 1938 erinnert sich an die Gründe, die vor dem Tausendjährigen Reich im Zusammenhang mit der Vaterschaftsanfechtung eine Rolle spielten. Zwar will er »die Erkenntnis von der Bedeutung des Blutes für das Volkstum« zum Grundgedanken aller Überlegungen machen. Aber: »Ob und inwieweit gegenüber diesem Grundgedanken der Gedanke des Schutzes der Familie, der Ehre der Familienmutter und des Familienfriedens sich auswirken kann, wird eingehender Untersuchung und Beschränkung auf bestimmte Fälle bedürfen.«⁴⁴

In der Tat waren damit – zumal wenn man den kindlichen Unterhaltsanspruch als vom Familienfrieden miterfasst deutet – die wichtigsten Topoi aufgerufen, die das Recht der *Vaterschaftsanfechtung* etwa seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert bestimmt hatten. Die Möglichkeit einer Anfechtung war das rechtliche Gegenstück zur *Vaterschaftsvermutung* aufgrund ehelicher Geburt (*pater vero is est quem nuptiae demonstrant*⁴⁵), die ihrerseits eine Reaktion auf das mit dem Satz *pater semper incertus est* verbundene Beweisprogramm⁴⁶ darstellte und ihm die sozialschädliche Spitze nehmen sollte. Aufgrund der naturwissenschaftlichen Nichtbeweisbarkeit der Vaterschaft⁴⁷ hatte nämlich die juristische Doktrin bis in das 18. Jahrhundert hinein eine Systematik der Beweisführung entwickelt, welche den Nachweis, dass ein außerhalb der Ehe geborenes Kind von einem bestimmten Mann abstamme, außerordentlich erschwerte. Zwar gab es eine Reihe anerkannter Indizien,⁴⁸ aber schon die Erhebung der *exceptio plurium* brachte sie zu Fall,⁴⁹ sodass infolge der Verknüpfung von väterlicher Alimentationspflicht und nicht be-

44 ROQUETTE (Fn. 43), 109.

45 D. 2. 4. 5 (Paulus); hierzu WILHELM FUCHS, Die Rechtsvermutung der ehelichen Vaterschaft nach römischem und neuerem Rechte, Wien 1880, 5.

46 JOHANN THEODOR V. SCHEFFER/GOTTFRIED DIONYSIUS NEUHAEUSER, *Dissertatio de spuris eorumque jure respectu illorum, qui cum ipsorum matre concubuerunt*, Tubingae 1734, cap. 1, n. 74, p. 8: »Pater semper videtur incertus, ob difficultatem ... probationis, quae impossibilis dicitur.«

47 Der einzig anerkannte Beweis für sichere Vaterschaft war, wenn Mann und Frau mindestens ein halbes Jahr unter schärfster Bewachung in einem Kerker eingesperrt gewesen waren, zu dem niemand Zugang hatte. Zu der Konzession, dass gegen diesen Befund nicht angeführt werden durfte, die Befruchtung sei durch *aerei daemones* herbeigeführt worden, fand sich die Rechtslehre nach ausführlicher Diskussion immerhin bereit, vgl. die Nachweise bei KOCH (Fn. 42).

48 Zu diesen KOCH (Fn. 42), 109.

49 CHRISTIAN FRIEDRICH GLÜCK, Ausführliche Erläuterung der Pandecten, Erlangen 1826, Buch 25, Tit. 3, § 1288 a.

weisbarem Abstammungsverhältnis eine große Anzahl nichtehelicher, unversorgter Kinder für erhebliche soziale Verwerfungen sorgte.⁵⁰

Die Rechtslehre der Aufklärung und ihr folgend auch die Gesetzgebung⁵¹ reagierten darauf mit einer Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Vaterschaftsvermutung. Nicht mehr nur die Kinder, die während der Ehe *gezeugt und geboren* wurden,⁵² sollten von der Vermutung profitieren. Vielmehr wurde die erforderliche eheliche Tragezeit auf immer kleinere Spannen verknüpft, sodass auch Kinder, die sich nur kurz im verehelichten Mutterbauch befunden hatten, als vom Ehemann abstammend betrachtet wurden. Bei den Gesetzgebungsarbeiten zum Allgemeinen Preußischen Landrecht (ALR) hatte sich Suarez vehement dafür ausgesprochen, dass selbst dann, wenn ein Kind 24 Stunden nach der Eheschließung (oder 302 Tage nach deren Auflösung) zur Welt käme, die Vermutung greife, dass der Ehemann der Vater sei.⁵³ ALR II 2 § 1 heißt demzufolge: »Die Gesetze gründen die Vermutung, daß Kinder, die während einer Ehe erzeugt oder geboren worden, von dem Manne erzeugt sind.« Die Vaterschaftsvermutung wurde also dem sozialen Tatbestand der Ehe, nicht etwa dem der biologischen Abstammung zugeordnet, denn, wie Suarez klarstellt: »Es ist eine der ersten Pflichten des Gesetzes, für die Sicherheit des status seiner Bürger zu sorgen.«⁵⁴

Dieser Intention entsprach es, die einmal gefundene Statusgewissheit nicht leichthändig zu revidieren. Während das gemeine Recht den Kreis der Anfechtungsberechtigten weit gezogen und auch Mutter und Kind diese (oft freilich

50 KOCH (Fn. 42), III. Auch eine beunruhigend große Zahl von Kindstötungen und unkontrollierten Abtreibungen wurde mit der fatalen Rechtsstellung von unehelichem Kind und Mutter in Verbindung gebracht, vgl. MARC BORS, *Bescholtene Frauen vor Gericht. Zur Rechtsprechung des Preußischen Obergerichts und des Zürcher Obergerichts auf dem Gebiet des Nichteheleichenrechts*, Frankfurt a. M. 1998, 8 ff.

51 Für das ALR vgl. SAUER (Fn. 42), 37. Zum Zusammenhang von sozialer Diskriminierung der nichtehelichen Kinder (und Mütter) und aufgeklärter Reformgesetzgebung vgl. BORS (Fn. 50), 5 ff.

52 Eine Regelung, die so fundamentale Fragen ausgelöst hatte wie diese: Ist ein voll ausgereiftes Kind, das sechs Monate nach Eheschließung geboren wird, als möglicherweise in der Ehe gezeugt anzusehen (→ ehelich), oder muss davon ausgegangen werden, dass es vor der Ehe gezeugt wurde (→ unehelich)? Hierzu vgl. FUCHS (Fn. 45), 5 Anm. 4. Zu den – unendlichen – Streitigkeiten über plausible, noch vertretbare oder nur noch fiktive Anfangs- und Endtermine (an denen naturgemäß nicht nur Juristen, sondern auch Ärzte beteiligt waren) vgl. RODERICH STINTZING, *Bemerkungen über die Präsumtion der ehelichen Vaterschaft*, in: *Jherings Jahrbücher* 9 (1868), 416 ff.

53 Vgl. die Nachweise bei SAUER (Fn. 42), 37.

54 Zitat nach STINTZING (Fn. 52), 450.

nur sehr theoretische) Befugnis zugebilligt hatte,⁵⁵ stand man dem Anfechtungsrecht zu Beginn der Nichtehelichen-Schutzgesetzgebung gegen Ende des 18. Jahrhunderts äußerst reserviert gegenüber. Suarez war zunächst sogar dafür eingetreten, dass niemand, eingeschlossen der *via* Vermutung gefundene Vater, ein Anfechtungsrecht haben sollte, da dies der gesetzgeberischen Pflicht, für die Sicherheit der Bürger zu sorgen, zuwiderlaufe: »... und diese Pflicht tritt in noch stärkerem Umfange ein, wenn von Kindern so zarten Alters die Rede ist, deren Stand und Rechte von eben Dem, welchen Natur und Gesetz zu ihrem ersten und eifrigsten Vertheidiger bestimmen, von ihrem Vater angefochten werden.«⁵⁶ Fast sieht es so aus, als wäre hier auch dem großen Legislator Suarez eine *petitio principii* unterlaufen, denn, so könnte man meinen, die Frage, ob es sich bei dem Anfechtenden um einen ›Vater‹ handelt oder nicht, sollte der Anfechtungsprozess doch erst klären. Aber die Fortsetzung des Plädoyers gegen das Anfechtungsrecht zeigt, dass Suarez gerade nicht (nur) den biologischen Vater im Sinn hat, wenn er für den Status und gegen die Möglichkeit seiner Beseitigung kämpft: »Wenn auch hier und da einmal ein Kind als ehelich durchschleicht, dem dies Prädicat wohl eigentlich nicht zukommen mag, so ist der Schaden für das Ganze zuverlässig geringer, als wenn durch schwankendere, leichter wegzukünstelnde praesumptiones der Stand so viel wahrer, wirklich rechtmäßiger ungewiß gemacht wird.«

Hier wird klar, dass die biologische Wahrheit hinter dem sozialen Befund *Ehe* und dem daraus folgenden *Status* zurücktreten sollte, und dass es dem Reformier keine schlaflosen Nächte bereitete, wenn Biologie und Status auseinander fielen. Mit seiner radikalen Konzeption des Anfechtungsausschlusses hat sich Suarez zwar nicht durchgesetzt – das ALR kennt die Möglichkeit der Vaterschaftsanfechtung⁵⁷ –, aber das prinzipielle Misstrauen gegenüber dem Verfahren, das aus der einmal gefundenen Sicherheit wieder Unsicherheit macht, bleibt. Das Preußische Obertribunal bezeichnet die Statusvermutung als »eine unumstößliche, die den Gegenbeweis ausschließt«.⁵⁸ Und auch in der Lehre gibt es Stimmen, die diese Auffassung vertreten. Dernburg etwa, der bedeutende Kommentator des preußischen Privatrechts, will die Berechtigung zur Anfechtung jedenfalls stark einschränken, weil die Verletzung der ehelichen Treue allenfalls seltene Ausnahme bleibe und nicht die Einrichtung eines ganzen Rechtszuges erfordere.⁵⁹ Nur aufgrund von Tatsachen, die den

55 Vgl. SAUER (Fn. 42), 30, 39.

56 Zitat nach STINTZING (Fn. 52), 450.

57 Vgl. ALR II, 2, § 2.

58 PreußOTr Bd. 8, 73; vgl. auch Bd. 2, 292.

59 HEINRICH DERNBURG, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, III, Halle a. S. 1880, 124 ff.; STINTZING (Fn. 52), 445.

ehelichen Beischlaf unmöglich machten, könne das Statusverfahren in Gang gesetzt werden. Diese Meinung teilt – und übertrifft sie an Entschiedenheit – Roderich Stintzing, namhafter Pandektist und begnadeter Wissenschaftshistoriker, der sich durch die Begründung der ersten umfassenden Rechtswissenschaftsgeschichte der Neuzeit in die Fußnoten aller nachgeborenen Rechtshistoriker eingeschleust hat.⁶⁰ Er führt aus, was Dernburg nur andeutet, dass es nämlich nach »*der guten Sitte und gesunden Rechtspolitik*«⁶¹ gar nicht wünschenswert sei, die Vaterschaftsvermutung durch ein Anfechtungsverfahren hinfällig zu machen. Und geradezu falsch (wenn auch gebräuchlich) sei es, die Gründe für die Vaterschaftsvermutung (und mit ihr die Notwendigkeit eines Anfechtungsverfahrens) in der Unmöglichkeit zu sehen, den Beweis einer ehelichen Zeugung zu erbringen. Allenfalls möge zugegeben werden, dass der Beweis nicht einfach zu führen sei, was aber auch mit einer entsprechend freien Beweistheorie⁶² zufrieden stellend gehandhabt werden könne. Im Übrigen aber würden Beweisschwierigkeiten nur dann zu Beweiserleichterungen (und damit – wie hier – zu einer gesetzlichen Vermutung) führen, »*wenn und soweit die Schwierigkeit des Beweises solche Verhältnisse gefährdet, deren Klarheit und Sicherheit im öffentlichen Interesse liegt*«.⁶³

Damit hat Stintzing auf den Punkt gebracht, wem die Vaterschaftsvermutung letztlich dient: Nicht der Mutter, nicht dem Kind, dem Vater ohnehin nicht, sondern dem öffentlichen Interesse. Im Kontext heißen die »*Verhältnisse*«, an denen öffentliches Interesse besteht und denen deshalb die Präsumtion (nicht etwa ihre Ausräumung) zuarbeitet: »*Die gute Sitte, die Heiligkeit der Ehe, die Hausehre, die Ruhe der Familie, der Schutz der Ehefrau und des Kindes*« – institutionell, nicht individuell verstanden –, »*welche nicht ohne*

60 Roderich von Stintzing und Ernst Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* (3 Abteilungen in 4 Bänden), München und Leipzig 1880 ff.

61 Stintzing (Fn. 52), 423.

62 Stintzing zitiert hierfür D. 22. 5. 3. 2.

63 Stintzing (Fn. 52), 419. Vgl. auch schon Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 2, Berlin 1840, 387, der sich in Fragen der Paternität gegen zu viel richterliches Ermessen ausspricht, weil »*es sich gar nicht um das persönliche Interesse handelt, sondern zugleich um allgemeinere sittliche Interessen: um die Ruhe ganzer Familien und um die Ehre der Frauen*«. Das Problem der Unbeweisbarkeit der Zeugung (Savigny: »*Naturgeheimniß*«, das übrigens tatsächlich erst 1875 gelüftet wurde, als Oskar Hertwig die Vereinigung von Ei- und Samenzelle beschreiben konnte, vgl. Imme Petersen, *Konzepte und Bedeutung von Verwandtschaft, Herbolzheim 2000*, 38) und die damit zusammenhängenden Schwierigkeiten im Unterhaltsverfahren löst Savigny deshalb pragmatisch: »*... denn was bey dieser Alimentationsklage bewiesen werden soll, ist gar nicht die Erzeugung, sondern die davon völlig verschiedene, sehr wohl erweisliche, Thatsache des Beyschlafs*« (a. a. O., Anm. d).

Noth dem widerwärtigen Eindringen in die ehelichen Geheimnisse und den Gefahren einer schwierigen Beweisführung Preis gegeben sein sollen.«⁶⁴ Die Vaterschaftsvermutung will nach Stintzing nur der »Annahme der normalen, dem Recht und der Sitte entsprechenden Verhältnisse« zum Durchbruch verhelfen. Sie wird »geltend gemacht zum Schutz einer geweihten Institution«. Und: »Die Gefahren, welche sie möglicherweise dem Ehemann bringt, übersieht das Recht absichtlich.«⁶⁵

Biologische Wahrheit ist also zuallerletzt gefragt. Hätte Stintzing den DNA-Test zur Verfügung gehabt, er hätte ihn in den Papierkorb geworfen.⁶⁶ Es ging ihm nicht darum, des leiblichen Vaters habhaft zu werden, sondern den Ehemann festzuhalten. Dessen Existenz stellt sicher, dass die bürgerliche Institution der Ehe nicht »unsauberen Untersuchungen«⁶⁷ ausgesetzt wird, das ansonsten subsistenzlose Kind einen Versorger hat und die öffentlichen Verhältnisse nicht in Mitleidenschaft gezogen werden. Dass das Recht dabei »absichtlich« die Belange des gesetzlichen Vaters missachtet, störte ihn angesichts dieser übergeordneten Zwecke ebenso wenig, wie es die BGH-Richter heute stört, dass der gesetzliche Vater an diesem Status festgehalten wird, obwohl er – insofern ist seine Lage noch misslicher als die seiner Vorgänger – tatsächlich über die DNA-gestützte *Gewissheit* seiner Nichtvaterschaft verfügt und sie den Richtern auf dem silbernen Beweistablett angeboten hat.

V.

1. Der *übergeordnete Zweck* scheint sich freilich seit Stintzings Zeiten geändert zu haben: Die Heiligkeit der Ehe wird kaum noch herangezogen, die Unversorgtheit des Kindes – aufgrund der gewandelten sozio-ökonomischen Verhältnisse – ebenfalls nicht,⁶⁸ und man tritt den Richtern gewiss nicht zu nahe, wenn man unterstellt, dass auch das *informationelle Selbstbestimmungsrecht* des Kindes mehr der Entscheidungsdarstellung als der Entschei-

64 STINTZING (Fn. 52), 422 f. FUCHS (Fn. 45), 4 Anm. 3 hält es demgegenüber schlicht »für überflüssig, lange nach Gründen für die Aufstellung der Präsomtion zu suchen«, da sie sich von selbst verstehe.

65 STINTZING (Fn. 52), 423, 450.

66 »Warum soll der Ehemann nicht gehört werden, wenn er den Sohn nicht als den seinigen anerkennen will? Nicht deswegen, weil er ihn erzeugt, sondern nur deswegen, weil das eheliche Verhältnis effektiv bestanden hat« (418).

67 STINTZING (Fn. 52), 423.

68 Die Unverzichtbarkeit des männlichen ›Versorgers‹ ist nicht mehr Bestandteil des heutigen Familienmodells, vgl. LUDWIG SALGO, Recht auf biologische Wahrheit?, in: Kinderschutz aktuell 1989, 20 f.

Herstellung gedient hat. In den Händen der aus vielen Gründen an der *Nichtaufklärung* interessierten Mutter ist das Selbstbestimmungsrecht des Kindes ohnehin so schlecht aufgehoben, dass der Grundrechtsschutz – wenn es denn wirklich um ihn ginge – anders gewährleistet werden müsste (z. B. durch Übertragung auf eine unabhängige Stelle). Hinzu kommt aber, dass in anderen Kontexten das kindliche Selbstbestimmungsrecht durchaus Einschränkungen ausgesetzt wird.⁶⁹ Das kontrafaktische Festhalten am Zahlvater in den Anfechtungsverfahren wirkt daher unter dem Gesichtspunkt des Grundrechtsschutzes eher zweifelhaft als überzeugend, und seine ›rücksichtslose Berücksichtigung‹ wirkt zudem ein trübes Licht auf die Methode der *verfassungskonformen Auslegung*, welche das Grundgesetz zum Kaiser ohne Kleider, genauer: zum noblen Recht in der Erscheinungsform der Willkür macht. Denn das, was als Bindung aller Staatsgewalt an die obersten Grundwerte daherkommt, entpuppt sich als nahezu beliebiger Griff in die juristische Trick- (vielleicht sollte man besser sagen: Grundwerte-)kiste, je nachdem, was man aus der Verfassung herauslesen möchte, und relativ unabhängig von den unter dem Stichwort *Drittwirkungslehre*⁷⁰ einst entwickelten Begrenzungen.

Was darf es sein? Das (gegen den Vater gerichtete) informationelle Selbstbestimmungsrecht des Kindes? Bitte sehr, es folgt aus Art. 2 GG.⁷¹ Das (gegen das Kind gewendete) informationelle Selbstbestimmungsrecht des Vaters? Bei Bedarf ebenfalls gemäß Art. 2 verfügbar.⁷² Das (gegen den biologischen Vater) wirksame Recht des gesetzlichen Vaters? Folgt aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1

69 Dazu unten bei Fn. 72 und 76.

70 Grundlegend: BVerfGE 7 (1958), 198 ff. (LÜTH); HANS-UWE ERICHSEN, Die Drittwirkung der Grundrechte, in: Jura 1996, 527 ff.; STEFAN OETER, »Drittwirkung« der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, in: AöR 119 (1994), 529 ff.; PETER A. WINDEL, Über Privatrecht mit Verfassungsrang und Grundrechtswirkungen auf der Ebene einfachen Privatrechts, in: Staat 37 (1998), 385 ff.

71 BGH (Fn. 1) unter Berufung auf das BVerfG. Typisch auch BOHNERT (Fn. 32): »Da es eine einfachgesetzliche Regelung nicht gibt, führen nur die Auskünfte zu Art. 6 GG weiter« (389).

72 OLG Zweibrücken, NJW-RR 2005, 307. Der Antragsteller (Kind) wollte mittels Restitutionsklage (§ 641 i ZPO) gegen ein die Nicht-Vaterschaft des Antragsgegners feststellendes rechtskräftiges Urteil des Amtsgerichts vorgehen und begehrte hierfür Prozesskostenhilfe. Mit Beschluss vom 7.10.2004 wird der Antrag zurückgewiesen. Begründung: Voraussetzung für die Wiederaufnahme sei ein Abstammungsgutachten. Das Kind aber, so das OLG, hat gegen den potentiellen Vater keinen Anspruch auf Mitwirkung bei dessen Erstellung, denn: Das mit dem »Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung [des Mannes] kollidierende Grundrecht des anderen Teils [Kind] auf Kenntnis über die Vaterschaft bzw. Abstammung hat grundsätzlich keinen Vorrang«. Zur Begründung dient – ohne weiteren Kommentar – BVerfG, FamRZ 1991, 1037.

GG.⁷³ Das (gegen den gesetzlichen Vater) siegreiche Recht des biologischen Vaters? Folgt auch aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG – man muss nur den Einzelfall betrachten.⁷⁴ Das Recht des Kindes auf *Kenntnis* der eigenen Abstammung (und ein entsprechender Auskunftsanspruch gegen die Mutter)? Ergibt sich nicht nur aus Art. 2, sondern sogar aus Art. 1 GG, wie eine ganze Kaskade von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts jedem Zweifler klar gemacht hat⁷⁵ – dann allerdings auch wieder unklar. Denn in seinem letzten der einschlägigen Erkenntnisse (Beschluss vom 6.12.1997)⁷⁶ hat das Bundesverfassungsgericht eine elegante Rolle rückwärts vollzogen, nunmehr das Recht der Mutter auf *Achtung ihrer Privat- und Intimsphäre* aus Art. 2 i. V. m. Art. 1 GG hergeleitet und es dem in den gleichen Verfassungsnormen beheimateten Auskunftsanspruch des Kindes als prinzipiell gleichrangig entgegengestellt.

Nun ist nicht zu übersehen, dass den angeführten Entscheidungen jeweils unterschiedliche Sachverhalte zugrunde lagen, welche die jeweils unterschiedliche normative Blickrichtung der obersten Verfassungsschützer motiviert haben dürften. Und es ist auch unbestritten, dass die Fachgerichte dazu aufgerufen sind, bei verschiedenen Deutungsvarianten einer Norm der Variante zu folgen, die zu einem verfassungskonformen Ergebnis führt.⁷⁷ Wenn

- 73 BGH, FamRZ 1999, 716 f. (a. E.) unter Berufung auf BVerfGE 92, 158 ff. (178); BVerfG, FamRZ 2004, 1705; OLG Düsseldorf, FamRZ 2003, 1578. Die Motivation, den durch *Anerkennung* zum Vater gewordenen Mann blindlings gegenüber dem biologischen Vater zu schützen, hat übrigens ein wenig abgenommen, seitdem deutlich geworden ist, dass dieses Verfahren oft mehr der Erlangung einer Aufenthaltserlaubnis als dem Kindeswohl dienlich war, dazu INGEBORG RAKETE-DOMBEK, Anm. zu BVerfG-Urteil vom 9.4.2003, in: FPR 2003, 478 ff.; SILKE LASKOWSKI/RAINER ALBRECHT, Das Kindschaftsrechtsreformgesetz und seine Bedeutung für familienbezogene Aufenthaltsrechte, in: ZAR 1999, 100 ff.
- 74 BVerfG, FamRZ 2003, 816 ff.; WOLFGANG ROTH, Vaterschaftsanfechtung durch den biologischen Vater, in: NJW 2003, 3153 ff. (vgl. auch unten Fn. 76 und 83).
- 75 BVerfG, NJW 1988, 3010; BVerfGE 79 (1989), 256 ff.; BVerfGE 90 (1994), 263 ff.; BVerfGE 96 (1997), 56 ff. Zum Auskunftsanspruch des Kindes nach *anonymer* Geburt grundlegend EGMR, Urteil vom 13.2.2003 – 42326/98 (Odièvre/Frankreich), NJW 2003, 2145 ff. = FamRZ 2003, 1367 ff. (mit Anmerkung von DIETER HENRICH). Zum Problem auch ELISABETH KOCH, Der Anspruch des Deszendenten auf Klärung der genetischen Abstammung – ein Paradigmenwechsel im Abstammungsrecht, in: FamRZ 1990, 569 ff.
- 76 BVerfGE 96, 56 ff. Dazu HORST EIDENMÜLLER, Der Auskunftsanspruch des Kindes gegen seine Mutter auf Benennung des leiblichen Vaters – BVerfGE 96, 56, in: JuS 1998, 789 ff.
- 77 Reichweite und Grenzen des Grundsatzes verfassungskonformer Gesetzesauslegung sind relativ unklar; das BVerfG zieht jene Grenzen weniger unter Berufung auf funktionell-rechtliche Kriterien als vielmehr im Hinblick auf das Verhältnis

aber von den sorgfältigen Abwägungen der Verfassungsvorgaben bei der Transformation dieser Erträge auf die Ebene der Fachgerichtsbarkeit nichts übrig bleibt als der extrapolierte ›Leitsatz‹ (also: das Kind hat ein Recht auf ...; der gesetzliche Vater hat ein Recht auf ...; die Mutter hat ein Recht auf ...; der biologische Vater hat ein Recht auf ...), dann ist mit dem kontingenten Zugriff auf diese bunte Palette von z. T. gegenläufigen, aber nicht hierarchisierten Grundrechtspositionen genau das aufgegeben, was den Sinn der Einbindung des einfachen Rechts in die Werteordnung der Verfassung ausmacht: die Garantie, in einer gewollten und berechenbaren Rechtswertewelt zu leben, welche sich bis in die Einzelfallentscheidung verlängern lässt. Die Verfassung wird nicht auf-, sondern abgewertet, wenn mit ihr alles (und wiederum das Gegenteil von allem) begründbar wird. Vor allem aber wird der Verdacht genährt, dass die ›bindenden‹ Grundrechtsinterpretationen des Verfassungsgerichts von der Fachgerichtsbarkeit in erster Linie dazu genutzt werden, ihre grundrechtsunabhängig gewonnenen Einschätzungen argumentativ zu veredeln, im Übrigen aber die eigenen Leitbilder (nunmehr mit Verfassungsrang ausgestattet) unverdrossen weiter zu pflegen.

In unserem Zusammenhang wird das besonders deutlich bei der spontanen Erfindung des Rechts auf *Unkenntnis* der eigenen Abstammung, das, laut BGH, gewissermaßen die logische Kehrseite des Rechts auf *Kenntnis* seiner Abstammung darstellt, weshalb es aus den nämlichen Verfassungssätzen (Art. 2 und 1 GG) abzuleiten und als Basis für die Bewertung der heimlichen DNA-Analyse heranzuziehen sei.⁷⁸ Fast fühlt man sich an vormalige Zeiten erinnert, in denen berühmte Juristen davon schwärmen konnten, wie »*productiv*« juristische Begriffe seien: »*Sie paaren sich und zeugen neue*« hat Jhering einst behauptet und ist dafür als Begriffsjurist gescholten worden.⁷⁹ Bedenkt man, dass das Bundesverfassungsgericht das Recht auf *Kenntnis* der biologischen

der verfassungskonformen Auslegung zu den herkömmlichen Auslegungsregeln, BVerfGE 2, 380 ff. (398); BVerfGE 8, 28 ff. (34). Zur Bindung (auch) der Zivilgerichte an die Grundrechte gem. Art. 1 Abs. 3 GG vgl. BVerfG, FamRZ 2003, 21 ff. (24). Speziell zur Bindungswirkung der »*objektiven Norm*« der informationellen Selbstbestimmung BVerfG, NJW 1991, 2411 f.

Aus der Literatur zur verfassungskonformen Auslegung vgl. ANDREAS VOSSKUHLE, Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte. Kritische Bestandsaufnahme und Versuch einer Neubestimmung, in: AöR 125 (2000), 177–201; KARL A. BETTERMANN, Die verfassungskonforme Auslegung, Heidelberg 1986; JÖRN LÜDEMANN, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in: JuS 2004, 27 ff.

78 Vgl. oben Fn. 33 und 38.

79 RUDOLPH VON JHERING, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Erster Theil, 5. Aufl., Leipzig 1891, 40.

Abstammung mit dem aus allgemeinem Persönlichkeitsrecht und Menschenwürde abzuleitenden *Recht auf Identitätsfindung* begründet hat, so ist die Erstreckung des Rechtsschutzes auf *Unkenntnis* doch einigermaßen befremdlich, und man fragt sich, ob ein Recht, seine Identität *nicht* zu finden, tatsächlich zu den zentralen Anliegen unserer Rechtsordnung zählt. Offenbar fühlte sich der BGH bei dieser Rechtsinnovation mehr seinen *übergeordneten Zwecken* als der *ratio* des informationellen Selbstbestimmungsrechts verpflichtet.⁸⁰

2. Damit stellt sich die Frage, worin denn eigentlich der *Zweck* liegt, der es in den Augen des BGH und vieler anderer Familienrechtsspezialisten rechtfertigt, aus einem X ein U zu machen bzw. aus einer DNA-Analyse ein rechtliches Nullum? Die Antwort lautet: In der *sozialen Familie* (und sei ihre Existenz auch noch so fiktiv). Sie ist der Zweck, der die Mittel heiligt und der die Vaterschaftsanfechtung zum unerwünschten Störfaktor macht. Nun sind soziale Familie und speziell soziale Elternschaft keineswegs ganz neue Entdeckungen, sondern haben schon Ausgestaltung und Praxis der Ehelichkeitsanfechtung gemäß dem Familienrechtsänderungsgesetz von 1961 inspiriert. Die darin zum Ausdruck kommende »*Politik der weitestmöglichen Anfechtungsverhinderung*«, mit der das Modell der stabilen bürgerlichen Familie gegen missliebige Auflösungstendenzen abgeschottet wurde,⁸¹ ist zwar unter dem Eindruck des medizinisch-technischen Fortschritts der letzten Jahrzehnte und einer Verschiebung der gesellschaftlichen Moralvorstellungen schrittweise gelockert worden.⁸² Aber die Grundhaltung, die sich in der Überzeugung niederschlägt, auch das *scheineheliche* Kind sei in der gesetzlichen Eltern-Kind-Beziehung am besten aufgehoben, hat sich bis in die neuesten Kindschaftsrechtsreformen hinein retten können. Sie hält den biologischen Vater in

80 Der Trend zur *verfassungsmäßigen Überhöhung*, den Kritiker im Zivilrecht generell (UWE DIEDERICHSEN, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht, in: AcP 198 [1998], 171 ff. [213 ff.]) und im Vaterschaftsanfechtungsrecht speziell ausfindig gemacht haben (ANDREAS SPICKHOFF, Anm. zu LG München, Urteil vom 22.5.2003, in: FamRZ 2003, 1580 ff.), zeigt sich hier recht unverhüllt. Der BGH weist die Unterstellung der »*verfassungsmäßigen Überhöhung*« freilich pikiert zurück, a. a. O. (Fn. 1), 499.

81 SALGO (Fn. 68), 20. Zur neueren Entwicklung des Ehelichkeitsanfechtungsrechts vor allem unter dem Eindruck des biomedizinischen Fortschritts vgl. den materialreichen Überblick bei STAUDINGER-RAUSCHER (Fn. 24), § 1600 Rn. 1 ff.; GAUL (Fn. 27); ANDREAS ROTH, Das Kinderrechtsverbesserungsgesetz, in: JZ 2002, 651 ff.

82 KARL AUGUST VON SACHSEN GESSAPHE, Nachbesserungen im Familienrecht – eine unendliche Geschichte, in: NJW 2002, 1853 ff.

Schach,⁸³ aber eben auch die mittels DNA-Analyse gewinnbaren Erkenntnisse, mit deren Hilfe der gesetzliche Vater seiner Rolle entschlüpfen könnte. Sie dominiert nach wie vor die Zielvorstellungen im Statusverfahren und erlaubt es, sich von den naturwissenschaftlichen Gewissheiten angewidert abzuwenden.

Immerhin sind kleine Unterschiede in den Schwerpunktsetzungen zu konstatieren. Das Bundesverfassungsgericht steht den *biologischen Tatsachen* etwas aufgeschlossener gegenüber als der BGH und lässt sie nicht spurlos in den *gewachsenen sozialen Beziehungen* untergehen – mit seinem berühmten Beschluss zur biologischen Vaterschaft hat es ja sogar eine moderate Gesetzesänderung erzwungen.⁸⁴ Aber selbst dieser Sprung zurück in die Natur stellt klar: »Der Gesetzgeber ist allerdings nicht verpflichtet, die rechtliche Anerkennung der Elternschaft stets von der Prüfung abhängig zu machen, von wem das Kind im Einzelfall [sic] abstammt. Im Hinblick auf den Schutz familiärer sozialer Beziehungen aus Art. 6 I GG und den Schutz der Intimsphäre ist es ausreichend, aus bestimmten tatsächlichen Umständen und sozialen Situationen⁸⁵ auf die Abstammung eines Kindes zu schließen und aufgrund dieser Vermutung die Zuweisung der rechtlichen Elternstellung vorzunehmen.«⁸⁶

Dieses Konzept will nicht den Genen zum Durchbruch verhelfen. Blut ist zwar »ein besonderer Saft« und fraglos auch »dicker als Wasser«,⁸⁷ aber

83 In der Kindschaftsrechtsreform von 1997 wurde daher das Anfechtungsrecht des biologischen Vaters ausgeschlossen, weil diese Anfechtung dem Wohl der sozialen Familie zuwiderlaufe (BT-Drucks. 13/4899). Der neue, vom BVerfG initiierte (vgl. Fn. 74) § 1600 Abs. 1 Ziff. 2 BGB sieht nunmehr zwar das *Ehelichkeitsanfechtungsrecht* dessen vor, der »der Mutter des Kindes während der Empfängniszeit beigeohnt hat«, dieses Anfechtungsrecht wird aber wiederum explizit unter den Vorbehalt gestellt, dass zwischen gesetzlichem Vater und Kind »keine sozial-familiäre Beziehung besteht« (§ 1600 Abs. 2).

84 A. a. O. (Fn. 74), 818. Vgl. auch Fn. 83.

85 Zu denen gehört auch die Vaterschaftsanerkennung durch einen anderen Mann: BVerfGE 92 (1995), 158 ff. (178). Demnach der BGH: »Die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft ist nicht zulässig, solange die Vaterschaftsanerkennung eines anderen Mannes besteht« [Leitsatz], FamRZ 1999, 716 f.

86 BVerfG, a. a. O. (Fn. 74), 818. Der BGH (Fn. 85), noch vor dem anders lautenden Beschluss des BVerfGs, macht daraus einen neuen Rechtssatz gegen den biologischen Vater: »Die Entscheidung des Gesetzgebers, dem wirklichen Erzeuger des Kindes kein eigenes Anfechtungsrecht zuzubilligen, hält sich jedenfalls im Rahmen des Gestaltungsraums, den der Gesetzgeber bei der Abwägung gegenläufiger, verfassungsrechtlich geschützter Interessen und Rechte nach seinem Ermessen ausfüllen darf« (717).

87 Zu diesen verwandtschaftsethnologischen Parömien vgl. PETERSEN (Fn. 63), 26.

gegenüber dem sozialkompatiblen Familienfrieden (zu dem auch das richtig verstandene Kindeswohl gehört) eben doch nur eine schwache Brühe. Insofern ist es müßig, darauf zu verweisen, dass es nun zum ersten Mal möglich ist, mittels DNA die ehemals nur zu vermutenden Vater-Fakten mit nie vorgestellter Sicherheit herauszufinden, und ebenso vergeblich dürfte es vorerst sein zu erwarten, dass diese Möglichkeit auch dem zweifelnden Scheinvater zur Verbesserung seiner Anfechtungschancen an die Hand gegeben wird. Die *genetische Wende*, in anderen Disziplinen längst zur Selbstverständlichkeit erstarkt,⁸⁸ hat im Vaterschaftsanfechtungsrecht bislang nur insoweit stattgefunden, als sich die *Gerichte* der DNA-Tests bedienen, wenn sie ihrerseits Abstammungsgutachten in Auftrag geben. Nicht hingegen sollen mit Hilfe dieser neuen Technik die staatlich gehüteten Abstammungsverhältnisse gewissermaßen von unten her aufgebrochen werden. Vaterschaft im gesellschaftlichen und damit auch im rechtlichen Sinne ist Konvention.⁸⁹ Ihr Fundament sind nicht anthropologische Universalien, sondern kulturelle Praktiken. Welche Bedeutung dabei der genetischen Abstammung zukommt, ist nicht durch die *Natur* vorgegeben, sondern wird gesellschaftlich *entschieden* und von den dafür zuständigen Institutionen ins Recht übersetzt.

Das heißt allerdings nicht, dass Veränderungen im medizinisch-technischen Bereich und in den sie begleitenden Bewusstseinsprozessen die Konstruktion des Vater-Modells nicht beeinflussen könnten. Ganz im Gegenteil. Ebenso wie es in der Vergangenheit maßgeblich war, dass die Vaterschaft nicht wirklich sicher ermittelt werden konnte und demzufolge mit Rechtsvermutungen herbeizuzaubern (bzw. festzuhalten) war, wird sich der Umstand, dass sich dies geändert hat, in die rechtlichen Abläufe einschleusen. Aber Leitbilder werden nicht durch veränderte Technik modifiziert, sondern durch veränderte Köpfe, und das heißt in der Regel langsam. Im Moment jedenfalls scheinen die neuen Optionen mehr Biologie in den Anfechtungsprozess zu bringen als es der gesetzliche Typus verträgt. In Statusdingen gilt nämlich immer noch der Primat des öffentlichen Interesses – heruntergebrochen auf die intakte soziale Familie und eingekleidet in Individualrechte, die so angeblich in der Verfassung stehen. Letztendlich haben also – von der bewussten 12-Jahresspanne einmal abgesehen – die familien- und kindschaftsrechtlichen Leitbilder in den letzten zweihundert Jahren eine erstaunliche Persistenz gezeigt: Abstammung

88 Dazu sehr erhellend ANDREA BÜCHLER, Sag mir, wer die Eltern sind ... Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit, in: Archiv Juristische Praxis (AJP/PJA) 2004, 1175 ff.

89 Auf die *Elternschaft* bezogen: BÜCHLER (Fn. 88), 1175; DAVID M. SCHNEIDER, A Critique of the Study of Kinship, Ann Arbor, Mich. 1984.

im Rechtssinne war nie bloßes Abbild genetischer Gegebenheiten, und nach wie vor geht es in erster Linie um die Privilegierung anerkannter Sozialbeziehungen und nicht um das biologische Substrat.⁹⁰

Im Prinzip⁹¹ ist gegen den ›gesellschaftlich konstruierten Vater‹ allerdings gar nichts einzuwenden. Soziale Elternschaft in Verdrängungskonkurrenz zur biologischen Elternschaft steht zwar nicht außerhalb aller Bedenken, und die Komplexität der Problematik verlangt sicher mehr an Kohärenz als es das derzeitige Gemisch von Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit im Stadium wechselseitiger (Nicht-)Abstimmung zu bieten vermag. Aber das Konzept beruht auf kultureller Tradition, ist gesellschaftlich gebilligt und zeitigt – solange nicht eine Dekonstruktion der Blutsverwandtschaft zu erwarten steht – sozialverträgliche Ergebnisse. Fragwürdig ist also nicht das Leitbild der sozialen Familie als solches, sondern seine Verabsolutierung durch Teile der Rechtsprechung, vor allem durch den BGH. Dem DNA-Testverfahren ist sicher nicht mit zweifelhaften Verwertungsverboten zu begegnen, sondern mit einem grundsätzlichen Umdenken in der Anfechtungsdogmatik, das den neuen Erkenntnischancen Rechnung trägt. Die DNA-Entscheidung ist demgegenüber Ausdruck einer Verweigerungshaltung mit maschinenstürmendem Charakter. Sie verkennt, dass sich das Familienrecht aufgrund der veränderten Rahmenbedingungen in einem Prozess tief greifender Transformation befindet.⁹² Die Möglichkeit biomedizinischer Steuerung der menschlichen Reproduktion – homologe und heterologe Insemination, Leihmutterschaft, anony-

90 Dazu RÜDIGER PEUCKERT, Familienformen im sozialen Wandel, 3. Aufl., Op-laden 1999, der den »Abbau der genetischen Fundierung der Normal-Familie« beschreibt (187 ff.). Vgl. auch HERRMANN DEICHFUSS, Abstammungsrecht und Biologie, Heidelberg 1991.

91 Im Einzelfall vielleicht schon, denn es gibt in diesem Bereich wahrhaft haarsträubende Entscheidungen. Ein Urteil des BGH aus den fünfziger Jahren schildert (und kritisiert) KARL HEINZ SCHWAB, NJW 1956, 649 ff.: Ein im Unterhaltsprozess (aufgrund von Meineiden der Kindesmutter und des damals sog. Mehrverkehrszeugen) rechtskräftig zur Zahlung verurteilter Mann erhob gegen das Kind Abstammungsklage. Aufgrund eines erbbiologischen Gutachtens wurde er als biologischer Vater ausgeschlossen, der Zeuge hingegen als Vater ermittelt (und anschließend wegen Meineides zu einer Zuchthausstrafe verurteilt). Gleichwohl wurde die Abstammungsklage des Zahlvaters abgewiesen. Im Berufungsverfahren wurde zwar nochmals ein Gutachten eingeholt, das die Vaterschaft ebenfalls ausschloss; die Klage scheiterte aber an Unzulässigkeit (sic), weil das Gericht (nach Beweiserhebung) ein *rechtliches Interesse* des Zahlvaters an der Feststellung, er sei nicht der biologische Vater, verneinte. Der BGH fand daran nichts zu beanstanden und bestätigte die Entscheidung.

92 BÜCHLER (Fn. 88), 1184.

me Samenspende u. ä. – fordert dazu heraus, Anknüpfungspunkte für Eltern- und Vaterschaft zu entwickeln, denen gegenüber die Fokussierung auf die soziale Dimension von Familie geradezu archaisch wirkt. Bei diesem Geschäft der Neuorganisation alter Figuren und Strukturen sollten die verfügbaren Wahrheiten genutzt und nicht durch juristische Begründungsakrobatik verdunkelt werden. Es wäre deshalb zu empfehlen, die Prioritäten zu ermitteln und offen auf den Tisch zu legen, statt mit frisch erfundenen Grundrechten und fragwürdigen Beweisverwertungsregeln Entscheidungen zu generieren, die das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Rationalität der Justiz und die Hoffnung des Rechtsuchenden auf eine angemessene Abarbeitung seiner berechtigten Anliegen enttäuschen müssen.

Regina Ogorek