



Deutscher **Familiengerichtstag e.V.**

Berichterstattung Scheinvaterregress
Birgit Niepmann und Heinrich Schürmann
Berichterstattung Namensrecht
Michael Coester für die
Kinderrechtekommission

Stellungnahme

28. Juli 2016

Zu dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Scheinvaterregresses, zur Rückbenennung und zur Änderung des Internationalen Familienverfahrensgesetzes nimmt der Deutsche Familiengerichtstag e.V. wie folgt Stellung:

Zum Scheinvaterregress:

I. Auskunftsanspruch

Die Schaffung eines eigenen Auskunftsanspruches des Scheinvaters gegen die Mutter des Kindes ist die notwendige Konsequenz aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24. Februar 2015 (1 BvR 472/14, FamRZ 2015, 729), in dem dieses den von der Rechtsprechung aus § 242 BGB abgeleiteten Auskunftsanspruch als eine nicht mehr durch das Gesetz gedeckte Rechtsfortbildung verworfen hat. Soll der Regressanspruch nach § 1607 Abs. 3 BGB nicht völlig bedeutungslos werden und will die Rechtsordnung unmittelbare Auskunftsansprüche gegenüber dem Kind als Empfänger des Unterhalts vermeiden, werden sich bei einem unbekannten leiblichen Vater Ansprüche nur aufgrund von Auskünften durch die Mutter realisieren lassen.

1. Der Entwurf geht von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis aus und versagt den Anspruch nur, wenn und soweit die Erteilung der Auskunft für die Mutter des Kindes unzumutbar wäre. Völlig bedenkenfrei ist dies nicht. Denn das Bundesverfassungsgericht sieht das Recht, geschlechtliche Beziehungen einschließlich der Person des Partners nicht offenbaren zu müssen, als Teil des grundrechtlich geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts an. Diesem legt es generell einen höheren Stellenwert bei, als der Durchsetzung eines Regressanspruchs (BVerfG, aaO, Rz. 29, 33). Die Entscheidung darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Auskunftsanspruch gegen die Mutter in Betracht kommt, überantwortet das Gericht dem Gesetzgeber. Dieser ist daher zwar nicht gehindert, einen weitergehenden Auskunftsanspruch in das Gesetz einzufügen, muss aber zugleich dem in diesem Zusammenhang gewichtigen Persönlichkeitsrecht der Mutter Rechnung tragen (BVerfG, aaO, Rz. 46, 52). Dies könnte gegen einen allein an die Tatsache der Leistung von Unterhalt durch den Scheinvater anknüpfenden Auskunftsanspruch sprechen. Zwangsläufig erscheint dies aber nicht, weil im Konfliktfall die Tatbestandsvoraussetzungen ohnehin nicht ohne eine Einlassung der Mutter zu den in ihrer eigenen Sphäre liegenden Umständen festzustellen wären.
2. Ergänzend ist anzumerken, dass die Formulierung der vorgeschlagenen Neufassung und die Gesetzesbegründung auseinanderfallen. Während die Gesetzesformulierung sich an den Wortlaut des § 1605 Abs. 1 S. 1 BGB anlehnt („soweit dies zur Feststellung des übergegangenen

Unterhaltsanspruchs erforderlich ist“), trifft die Gesetzesbegründung auf S. 13 die Regelungsmaterie genauer („soweit dies zur Geltendmachung des Regressanspruchs erforderlich ist“). Die zur Feststellung eines Unterhaltsanspruchs erforderlichen Informationen reichen sehr viel weiter als die zur Verfolgung eines Regressanspruchs notwendigen Angaben. Diese können sich im Regelfall auf Namen und Anschrift bzw. bei fehlender Kenntnis auf sonstige zur Identifizierung erforderliche Angaben beschränken. Die Frage, ob materiell-rechtlich ein Anspruchsübergang erfolgt ist, ist nicht in das Auskunftsverfahren zu verlagern. Für dieses muss es genügen, wenn ein Regressanspruch möglich ist. Da jeder Anspruchsübergang zwingend die Leistung von Unterhalt voraussetzt, bedarf es bei dem in der Begründung erwähnten Fall fehlender Zahlung jeglichen Unterhalts von vornherein keiner Auskunft („nicht erforderlich“), während die Rückwirkungssperre unter den in § 1613 Abs. 2 Nr. 2 BGB genannten Voraussetzungen beim Scheinvaterregress generell nicht eingreift (vgl. Palandt/Brudermüller, BGB, 75. Aufl., § 1613 Rn. 13).

3. Bedenklich erscheint die allgemeine Generalklausel („unzumutbar“), mit der dem Interessenwiderstreit zwischen der Auskunftspflicht und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Mutter Rechnung getragen werden soll. Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber eine Abwägung zwischen den seiner Sicht nach weniger gewichtigen finanziellen Ausgleichsinteressen des Scheinvaters und dem schwer wiegenden Persönlichkeitsrecht der Mutter aufgegeben. Dies kann eine Generalklausel dann nicht leisten, wenn ihr nicht wenigstens ansatzweise die maßgeblichen Kriterien für eine Unzumutbarkeit zu entnehmen sind.

Die Mutter befindet bei dem Auskunftsbegehren in einer ähnlichen Situation wie bei ihrer aus § 1 Abs. 3 UVG abgeleiteten Mitwirkungspflicht. Die notwendigen Angaben sind in beiden Fällen vergleichbar. Die Sozialgerichte ziehen die „im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren“ bestehende Auskunftspflicht sehr weit und verpflichten die Mutter ggf. selbst im Fall einer Vergewaltigung zur Benennung des Vaters (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 23. Dezember 2015 – 12 A 1904/15 –, juris; VG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Mai 2013 – 21 L 635/13 –, FamRZ 2014, 700 m.w.N.). An dieser Praxis halten sie auch in Kenntnis der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fest (SG Trier, Gerichtsbescheid vom 03. August 2015 – S 5 AS 150/15 –, FamRZ 2015, 2009). Ob für den Regressanspruch vergleichbare Grenzen gelten oder die Gesichtspunkte für eine Unzumutbarkeit enger gezogen werden sollen, erschließt sich aus der Formulierung des Entwurfs nicht. Daher empfiehlt sich für die Rechtspraxis eine weitere Konkretisierung.

II. Begrenzung des Regresses

Grundlegende Bedenken bestehen hinsichtlich der in § 1613 BGB vorgeschlagenen Begrenzung des Regresses auf zwei Jahre vor Einleitung des Verfahrens auf Anfechtung der Vaterschaft.

1. Bereits der gewählte Zeitrahmen ist nicht in allen Fällen eindeutig zu bestimmen, weil ein Unterhaltsregress auch dann in Betracht kommt, wenn ein Mann in der Vergangenheit freiwillig Unterhalt zahlte, ohne dass seine rechtliche Vaterschaft überhaupt begründet worden wäre. Zudem besteht bei der gewählten Frist kein Zusammenhang zwischen Unterhaltsleistung und Regressanspruch. Die zur Begründung herangezogene zweijährige „Überlegungsfrist“ des § 1600b BGB hat eine gänzlich andere Bedeutung. Sie soll der Rechtssicherheit und dem Schutz der Familie dienen, aber nicht den biologischen Vater vor einer erst späten Feststellung seiner Vaterschaft schützen (BGH, Beschluss vom 26. Oktober 2006 – III ZR 49/06 –, FamRZ 2007, 36). Es ist auch keine absolute, sondern eine kenntnisabhängige Frist, die schon aus diesem Grund keinen geeigneten Maßstab für eine angemessene Begrenzung bieten kann. Der Entwurf

berücksichtigt zudem nicht die sich aus dem Anfechtungsrecht des biologischen Vaters (§ 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB) ergebenden Konsequenzen.

2. Nach Auffassung des Deutschen Familiengerichtstages ist die weitere Erwägung einer „Teilhabe und des gelebten Familienlebens“ unter keinem Gesichtspunkt ein tragfähiger Grund für die beabsichtigte Begrenzung des Regresses. Für diese durch keine rechtstatsächlichen Erwägungen unterlegten Gründe fehlt es im geltenden Familienrecht an einem geeigneten Anknüpfungspunkt.
 - Der Regress folgt aus dem originären Unterhaltsanspruch des Kindes. Dieser geht nicht als Ganzes, sondern sukzessive mit jeder monatlichen Leistung auf den Leistenden über. Wie in allen anderen Regressfällen auch setzt § 1607 BGB einen für den jeweiligen Zeitraum bestehenden Unterhaltsanspruch gegen den biologischen Vater voraus. Daran fehlt es in Zeiten, in denen dieser selbst nicht leistungsfähig gewesen sein sollte – die Bemessung des Unterhalts auf der Grundlage eines fiktiven Einkommens scheidet in einem Regressfall von vornherein aus. Auch eine Kürzung aufgrund gleichzeitig bestehender anderweitiger Unterhaltungspflichten liegt im Bereich des Möglichen. Der Anspruchsübergang kann daher für einzelne Zeiträume an ganz verschiedenen Gründen scheitern, die erst im Einzelnen festzustellen wären. Es wäre beispielsweise vorstellbar, dass in der im Entwurf diskutierten Rahmenfrist ein Anspruch wegen Arbeitslosigkeit ausfällt, während für frühere Jahre durchaus Ansprüche bestanden hätten. Ein vollständiger Ausschluss vom Regress wäre unter solche Voraussetzungen nicht zu vermitteln.
 - Für die Annahme, dass es sich vor Beginn der zweijährigen Überlegungsfrist um „ein gewöhnliches Familienleben“ gehandelt habe, mit dem regelmäßig mehr verbunden gewesen sei als die Gewährung von Kindesunterhalt, gibt es keine rechtstatsächlichen Grundlagen. Diese Erwägung mag für einzelne Familien zutreffen, in vielen anderen Fällen muss dies nicht der Fall gewesen sein. Es gibt zahlreiche Fälle, in denen Unterhalt jahrelang nach Trennung und Scheidung oder aufgrund einer unter falschen Voraussetzungen anerkannten rechtlichen Vaterschaft gezahlt wurde. Daher kann ein soziales Eltern-Kind-Verhältnis keineswegs als Normalfall unterstellt werden.
 - Unter dem Gesichtspunkt nicht nachträglich zu korrigierender Lebensverhältnisse schließt das Gesetz die Rückforderung nur bei einer Zuvielleistung aus (§ 1360b BGB), was aber schon begriffsnotwendig einen entsprechenden Anspruch voraussetzt. Mit der beabsichtigten Änderung würde den sozialen Familienverhältnissen eine andere unterhaltsrechtliche Bedeutung unterlegt, als es ihnen im gegenwärtigen Unterhaltsrecht zukäme. Die angeführte Begründung könnte einen nicht beabsichtigten Ausgangspunkt für weitergehende Überlegungen bieten. Denn die Vielfalt heutiger Familienformen bedingt eine vermehrte Trennung zwischen rechtlicher, sozialer und biologischer Elternschaft. Die sich daraus ergebenden Folgen sollten jedoch einer grundlegenden Diskussion im Zusammenhang mit den notwendigen Reformen des Abstammungsrechts vorbehalten bleiben (s. dazu Helms, Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag), ohne die ein in sich stimmiges Konzept nicht zu erreichen ist.

Wenn der Gesetzgeber beabsichtigt, eine – nicht grundsätzlich ausgeschlossene – generelle zeitliche und/oder höhenmäßige Begrenzung des Regressanspruchs einzuführen, müsste dies durch eine ausdrückliche Bestimmung in § 1607 BGB und nicht verdeckt im Zusammenhang mit der Erfüllung rückständigen Unterhalts geschehen. Es wäre widersprüchlich, zunächst einen uneingeschränkten Rückgriff zu eröffnen, um dann durch eine weitere Vorschrift dessen Erfüllung wieder einzuschränken. Nach Ansicht des Deutschen Familiengerichtstages bedarf es gegenwärtig einer

solch zusätzlichen Begrenzung auch nicht. Denn § 1613 Abs. 3 S. 1 BGB ermöglicht eine am Einzelfall orientierte angemessene Korrektur des Anspruchs, bei der die Belange sowohl des biologischen Vaters als auch des Scheinvaters berücksichtigt werden können.

Zur Rückbenennung

I. Problemstellung

Mit der neuen Vorschrift des § 1618 Abs. 2 BGB-E soll einem strukturellen Fehler des Kindesnamensrechts abgeholfen werden: Während das Gesetz grundsätzlich vom Leitbild der „Namenseinheit in der ehelichen Familie“ ausgeht (vgl. §§ 1616, 1617b Abs. 1 BGB) und Namensänderungen auf Elternseite sich deshalb grundsätzlich auch auf den Kindesnamen erstrecken (§ 1617c Abs. 1, 2 BGB – beim mindestens fünfjährigen Kind vorbehaltlich seines Einverständnisses), gilt dies nicht bei der Stiefeltern-Familie (§§ 1617c Abs. 2 Nr. 2, 1618 BGB): Hier bedarf es einer konstitutiven Namenserteilung („Einbenennung“) durch die Ehegatten der neuen Ehe (leiblicher Elternteil und Stiefelternteil). Die Namenserteilung bedarf der Zustimmung des anderen leiblichen Elternteils, wenn dieser mit-sorgeberechtigt ist oder das Kind seinen Namen führt. Nur wenn dies zum Wohle des Kindes „erforderlich“ ist, kann die Zustimmung des anderen Elternteils gerichtlich ersetzt werden, § 1618 S. 4 BGB.

Rechtstatsächlicher Häufigkeitstypus ist die Kindesbetreuende Mutter, die in erster Ehe den Namen ihres Ehemannes angenommen hatte und die nun, nach Scheidung, erneut heiratet und den Namen ihres zweiten Mannes annimmt. Der Name des Kindes folgt dieser Namensänderung der Mutter nicht automatisch. Die so entstandene Namensverschiedenheit von Mutter und Kind kann nur durch Einbenennung nach § 1618 BGB „repariert“ werden – auf Kosten der Namenseinheit des Kindes mit seinem leiblichen Vater.

Scheitert später auch die zweite Ehe der Mutter, kann diese den angenommenen Ehenamen wieder ablegen und zum ersten Ehenamen oder zu ihren Geburtsnamen zurückkehren (§ 1355 Abs. 5 S. 2 BGB). Eine Erstreckung dieser erneuten mütterlichen Namensänderung auf den Kindesnamen (= Familienname der Zweitehe) findet nicht statt: Der Ehename (als gemeinsamer Name der Ehegatten) aus der zweiten Ehe hat sich nicht geändert, sondern nur der Individualname der Mutter – damit scheidet § 1617c Abs. 2 Nr. 1 BGB als Grundlage für eine Änderung des Kindesnamens aus. Aber auch § 1617c Abs. 2 Nr. 2 BGB ermöglicht keine Namensfolge des Kindes in den neuen Mutternamen: Vorausgesetzt ist in dieser Vorschrift eine Änderung des Familiennamens eines Elternteils, der Anknüpfungspunkt des Kindesnamens geworden ist. Nach der Einbenennung leitet das Stiefkind seinen Namen aber nicht von Familiennamen der Mutter, sondern vom *Ehenamen* der Zweitehe ab – dieser hat sich aber nicht dadurch geändert, dass die Mutter sich mit ihrem persönlichen Namen von ihm abgewendet hat (BVerwG, Urteil vom 20. Februar 2002 – 6 C 18/01 –, StAZ 2002, 205, 206; zum Ganzen auch ausf. Staudinger/Hilbig-Lugani (2015), § 1617c Rn. 32). *De lege lata* ist also der Familienname des Kindes mit der Einbenennung in die Zweitehe der Mutter familienrechtlich festgeschrieben, während die Mutter bezüglich ihres persönlichen Familiennamens weitgehende Möglichkeiten hat, namensrechtlich auf ihre ehelichen Veränderungen zu reagieren.

II. Name des volljährigen Kindes

Eine Abhilfe, d.h. ein Namensnachzug des Kindes in den aktuellen Familiennamen der Mutter, ist nach geltendem Recht nur durch *öffentlich-rechtliche Namensänderung gemäß § 3 NÄG* möglich – worauf für minderjährige Kinder auch der Referentenentwurf verweist. Der Bewertung durch den Referentenentwurf, dass diese Vorschrift (einschließlich ihrer Konkretisierung in der

Namensänderungsverordnung und der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung) für einbenannte, volljährig gewordene Kinder nicht passt, kann im Ergebnis zugestimmt werden. Auch gegen die in § 1618 Abs. 2 BGB-E vorgesehene familienrechtliche Problemlösung im Einzelnen sind keine grundsätzlichen Einwände zu erheben.

III. Name des minderjährigen Kindes

Eine entsprechende Erleichterung der Rückbenennung auch für Minderjährige hält der Entwurf für nicht notwendig. Zur Begründung wird auf die Möglichkeit verwiesen, nach dem NamÄndG auf verwaltungsrechtlichem Wege eine Namensänderung zu betreiben, wenn hierfür ein „wichtiger Grund“ vorliegt. Dieser Ausschluss minderjähriger Kinder von einer erleichterten familienrechtlichen Namensrückkehr erscheint rechtspolitisch wie auch verfassungsrechtlich bedenklich.

Der „interfamiliäre“ Namenskonflikt bei Kindern in (möglicherweise multiplen) Scheidungsfamilien belastet *gerade auch* schon minderjährige Kinder, die ohnehin mit ihrer Selbstfindung zu kämpfen haben – entwicklungsbedingt ohnehin, scheidungsbedingt in verstärktem Maße. Sie bleiben nach dem Referentenentwurf auf das Verfahren nach § 3 NÄG beschränkt. Der „wichtige Grund“ als einziges gesetzliches Tatbestandsmerkmal dieser Vorschrift ist zwar in Nr. 41 NamÄndVwV konkretisiert („wenn die Namensänderung dem Wohl des Kindes förderlich ist“). In der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung werden jedoch weit strengere Maßstäbe angelegt als im Familienrecht beim Wechsel des Namens von Elternteilen. Demnach genügt es für eine Namensänderung noch nicht, dass sie dem Kindeswohl „dienlich“ oder „förderlich“ sei – sie müsse „erforderlich“ sein, um schwere seelische Belastungen des Kindes zu beenden. Auch genügt eine solche subjektive Belastung nicht stets, sie muss zudem „verständlich und begründet“ sein – „übertriebene Empfindlichkeit“ genügt nicht (BVerwG, Beschluss vom 11. Januar 2011 – 6 B 65/10 –, StAZ 2011, 285; s. auch das vom Referentenentwurf zitierte VG Weimar, Urteil vom 10. Oktober 2012 – 1 K 733/11 –, FamRZ 2013, 987, 988, sowie die ausführlichen Rechtsprechungsnachweise in Staudinger/Hilbig-Lugani (2015), § 1617c Rn. 32). Aus der verwaltungsgerichtlichen Praxis wird sogar berichtet, dass einzelne richterliche Entscheidungen die Änderungsschwelle in Anlehnung an die Gefährdungsschwelle des § 1666 Abs. 1 BGB interpretieren.

Im Ergebnis werden Anträge von Minderjährigen auf Namensänderung oft abgelehnt – die „normalen Belastungen“, die mit einer Verschiedenheit des Kindesnamens von den Namen beider (!) leiblichen Elternteilen verbunden sind, sollen für sich genommen eine verwaltungsgerichtliche Namensänderung noch nicht rechtfertigen. Diese restriktive Rechtsprechung zu § 3 NÄG stützt sich auch auf die „Ordnungsfunktion des Namens“ sowie „sicherheitspolizeiliche Interessen an der Beibehaltung des bisherigen Namens“ (BVerwG, aaO; VG Weimar, aaO. S. 986).

Beim Familiennamen der Eltern und – nach dem RefE – volljährig gewordenen Kindern schlagen diese Argumente für Namenskontinuität nicht durch, hier herrscht weitgehende Namenswahlfreiheit als Ausdruck personaler Autonomie, ohne Rechtfertigungsnotwendigkeit. Diese Ungleichbehandlung von Minderjährigen und Erwachsenen ist sachlich nicht zu rechtfertigen und erscheint auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten (Art. 3 sowie Art. 1, 2 GG) als fragwürdig. Den Erwachsenen wird weitgehende Freiheit eingeräumt, ihren Familiennamen den veränderten Familienkonstellationen anzupassen; der Kindesname ist demgegenüber bei entsprechenden Veränderungen weitgehend ein Spielball von Erwachseneninteressen, insbesondere bei Einbenennung in den Namen des Stiefelternteils.

Das Familiennamensrecht muss generell die Balance finden zwischen zwei miteinander kollidierenden rechtspolitischen Grundgedanken: Einerseits die Identifikation eines Individuums (im persönlichen wie im gesellschaftlichen Interesse), andererseits die Kennzeichnung familiärer Zusammengehörigkeit. Erstere Funktion erfordert Namenstabilität, zweite Flexibilität (zum Ganzen

Hepting, StAZ 1996,1 ff; Coester, StAZ 1984,298 ff; Staudinger/Hilbig-Lugani (2015), vor § 1616 Rn. 7 mwN). Das geltende Kindesnamensrecht hat der Vielfalt und Veränderlichkeit von Familienkonstellationen zunehmend Rechnung getragen (§§ 1355, 1617b, 1617c, zurückhaltend auch § 1618 BGB). Nur der Kindesname nach einmal erfolgter Einbenennung wird „eingefroren“ – ein letztes, aber rechtspolitisch nicht mehr nachzuvollziehendes oder gar zu rechtfertigendes Opfer zu Gunsten einer sonst weitgehend preisgegebenen „Namenskcontinuität“. Nach dem Referentenentwurf wird z.B. einem im Alter von 5 Jahren einbenannten Kind, wenn die Zweitehe der Mutter 3 Jahre später geschieden wird und diese zu einem früheren Namen zurückkehrt, familienrechtlich zugemutet, im Lebensabschnitt von 8-18 Jahren einen Familiennamen zu tragen, der weder mit dem der Mutter noch dem des Vaters identisch ist. Dieses Beispiel ist kein familienrechtsfremder Einzelfall, der durch öffentlich-rechtlichen Eingriff zu korrigieren wäre, sondern ein struktureller Fehler des Kindesnamensrechts der §§ 1616 ff BGB – als solcher ist er auch systemkonform dort zu korrigieren. Entsprechend den namensrechtlichen Optionen der Eltern bei wechselnden Familienkonstellationen müssen auch minderjährigen Kindern angemessene Anpassungsmöglichkeiten eröffnet werden.

Der Vorstand sowie die Kinderrechtekommission des DFGT treten deshalb nachdrücklich dafür ein, die geplante Neuregelung in § 1618 Abs. 2 BGB-E auch auf minderjährige Kinder auszudehnen. Eine Befristung dieser Wahlmöglichkeit (wie im RefE für Volljährige) sollte dabei – im Hinblick auf die entwicklungsbedingten Besonderheiten Heranwachsender – nicht vorgesehen werden: Ein Erlöschen der Wahlmöglichkeit ein Jahr nach Eintritt der Volljährigkeit gemäß § 1618 Abs. 2 BGB-E genügt auch hier.

Zur Änderung des Internationalen Familienverfahrensgesetzes

Gegen die Neuregelungen des Internationalen Familienverfahrensrechts bestehen keine Bedenken.