

#### Deutscher Juristinnenbund e.V.

Vereinigung der Juristinnen, Volkswirtinnen und Betriebswirtinnen

Berlin, 30. Juni 2015

# STELLUNGNAHME

Geschäftsstelle / Office: Anklamer Straße 38 D-10115 Berlin fon: +49 30 4432700 fax: +49 30 44327022 geschaeftsstelle@djb.de http://www.dib.de

# in dem Verfahren des Bundesverfassungsgerichts 1 BvR 3309/13, Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung

Der Deutsche Juristinnenbund e.V. (djb) dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu der Verfassungsbeschwerde vom 28. November 2013 gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Hamm vom 23. Oktober 2013 (II-12 UF 121/13).

### I. Vorbemerkungen

Die Verfassungsbeschwerde betrifft das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung in einer Konstellation, die bislang weder vom Gesetzgeber noch von der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung umfassend ausgeleuchtet worden ist. Gleich in zweierlei Hinsicht lässt sich die vorliegende Problematik jedoch aktuellen Entwicklungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung und Gesetzgebung zuordnen.

Zum einen wurde das vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in seiner Entscheidung vom 31. Januar 1989 (BVerfGE 79, 256) entwickelte Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung in jüngerer Zeit in verschiedenen Bereichen gestärkt und ausgebaut. Zu nennen sind u.a. die Schaffung des § 1598a BGB (eingefügt durch das Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren vom 26. März 2008, BGBI. I S. 441) mit den Ansprüchen auf Einwilligung in eine genetische Untersuchung zur Klärung der leiblichen Abstammung innerhalb der Kernfamilie, die weitere Ausformung des Rechts des durch Samenspende gezeugten Kindes auf Kenntnis der Identität des Samenspenders (OLG Hamm, Urteil vom 6. Februar 2013, 14 U 7/12; BGH, Urteil vom 28. Januar 2015, XII ZR 201/13; siehe dazu auch den auf S. 70 des Koalitionsvertrags von 2013 manifestierten Willen zur Regelung dieses Anspruchs durch den Gesetzgeber) und die intensive Befassung in der Literatur mit weiteren Auskunftsansprüchen, die insbesondere auf §§ 1618a, 242 BGB gestützt werden. Der vorliegende Fall gibt Gelegenheit, die Kohärenz und Rechtfertigung des Nichtbestehens eines entsprechenden Rechts für Betroffene wie die Beschwerdeführerin zu überprüfen.

Zum anderen lässt sich in der Rechtsprechung der jüngeren Zeit eine deutliche Tendenz erkennen, die kategorische Verneinung bestimmter Optionen durch den Gesetzgeber anzuzweifeln und eine einzelfallbezogene, kindeswohlorientierte Prüfung einzufordern. Beispielhaft zu erwähnen ist die Öffnung des Sorgerechts für unverheiratete Väter unabhängig vom Konsens der Mutter (EGMR, Urteil vom 3. Dezember 2009, 22028/04 Zaunegger/Deutschland; dazu *Coester*, NJW 2010, 482; *Henrich*, FamRZ 2010, 107; *Scherpe*, FamRZ 2010, 108; BVerfG, Beschluss vom 21. Juli 2010, 1 BvR 420/09; *Huber/Möll*, FamRZ 2011, 765; Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern vom 16. April 2013, BGBl. I S. 795) und die Öffnung des Umgangsrechts für biologische Väter unabhängig vom vorherigen Bestand einer sozial-familiären Beziehung (EGMR, Urteil vom 21. Dezember 2010, 20578/07 Anayo/Deutschland; EGMR, Urteil vom 15. September 2011, 17080/07 Schneider/Deutschland; Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters vom 4. Juli 2013, BGBl. I S. 2176).

Auch der vorliegende Fall zeichnet sich dadurch aus, dass für ein bestimmtes Verhältnis – zwischen Kind und etwaigem biologischen Vater – Auskunftsansprüche nach dem Gesetzeswortlaut des § 1598a BGB unter keinen Umständen vorgesehen sind. Es stellt sich also die Frage, ob ein solch kategorischer Ausschluss ohne Möglichkeit der Einzelfallprüfung angesichts der Vielgestaltigkeit der denkbaren Szenarien verfassungsrechtlich unbedenklich ist.

## II. Zur Verfassungsbeschwerde

#### 1. Zulässigkeit

a) Die Beschwerdeführerin muss behaupten – und mit einer gewissen Plausibilität behaupten können (so Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl. 2012, Rn. 215) –, in einem ihrer Grundrechte oder gleichgestellten Rechte verletzt zu sein. Die Grundrechtsverletzung muss zumindest möglich erscheinen. Dem genügt der Vortrag der Beschwerdeführerin, die geltend macht, durch die angegriffenen Entscheidungen des AG Borken vom 8. Mai 2013 sowie des OLG Hamm vom 23. Oktober 2013, die ihr einen Anspruch aus § 1598a BGB gegen ihren potentiellen biologischen Vater versagen, in ihrem sich aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG ergebenden Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung verletzt zu sein. Damit rügt sie die Verletzung von Grundrechten. Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass § 1598a BGB in einer Weise ausgelegt werden kann und von Verfassungs wegen ausgelegt werden muss, die ihr einen Anspruch gegen ihren potentiellen biologischen Vater auf Einwilligung in eine genetische Untersuchung zur Klärung der leiblichen Abstammung gewährt. Damit rügt die Beschwerdeführerin nicht nur die Verletzung einfachen Rechts, sondern trägt substantiiert vor, dass die Gerichte bei der Auslegung des einfachen Rechts den Einfluss der Grundrechte gänzlich oder doch grundsätzlich verkannt haben (vgl. Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl. 2012, Rn. 222).

Die Beschwerdeführerin nennt bei den verletzten Grundrechten auch Art. 8 Abs. 1 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK). Die EMRK hat mit ihrer Ratifizierung den Rang eines einfachen innerstaatlichen Gesetzes erlangt, ist also unmittelbar anwendbar und kann auch vor den deutschen Gerichten geltend gemacht werden. Bei der Auslegung deutschen Rechts folgen die Gerichte dem Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung, solange dies dem nationalen Recht nicht entgegensteht. Bei der Bestimmung des Inhalts und der Reichweite von Grundrechten (des Grundgesetzes) – somit auch des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung – ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) daher zu beachten (Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2011, Einleitung Rn. 33). Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass es dazu berufen ist, Verletzungen des Völkerrechts nach Möglichkeit zu verhindern und zu beseitigen und die Anwendung völkerrechtlicher Verträge, insbesondere der EMRK, durch die deutschen Gerichte zu überprüfen. Daher kann mit einer Verfassungsbeschwerde gerügt werden, dass deutsche staatliche Organe eine EGMR-Entscheidung nicht berücksichtigt haben (BVerfG NJW 2004, 3407, 3411 und Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2011, Einleitung Rn. 33). Die Beschwerdeführerin rügt hier, dass die Entscheidung Jäggi gegen die Schweiz des EGMR (Beschwerde Nr. 58757/00, Urteil vom 13. Juli 2006) nicht hinreichend berücksichtigt worden ist (S. 12 der Beschwerde). Der Vortrag der Beschwerdeführerin ist – zusammenfassend – also dahingehend auszulegen, dass die Verletzung von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, ausgelegt im Lichte des Art. 8 Abs. 1 EMRK, gerügt wird.

**b)** Gründe, weswegen es der Verfassungsbeschwerde am erforderlichen Rechtsschutzbedürfnis fehlen könnte, sind – im Ergebnis – nach Ansicht des djb nicht festzustellen.

### aa) Keine entgegenstehende Rechtskraft

Die Rechtskraft der Entscheidung von 1955 steht dem Verlangen nach Auskunft aus § 1598a BGB jedenfalls nicht entgegen, da das Verfahren auf Geltendmachung eines Anspruchs nach § 1598a BGB einen anderen Streitgegenstand hat als ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren (OLG Stuttgart, Beschluss vom 10. August 2009, 17 WF 181/98; FamRZ 2010, 53 = StAZ 2010, 79, Rn. 4; Schwab, FamRZ 2008, 23 [24]).

#### bb) Keine Rechtsmissbräuchlichkeit

Das Verlangen auf Auskunft gemäß § 1598a BGB könnte rechtsmissbräuchlich sein (BT-Drucks. 16/6561 S. 11 f.; OLG Stuttgart, Beschluss vom 10. August 2009, 17 WF 181/98, Fa-mRZ 2010, 53 = StAZ 2010, 79 Rn. 4; Helms, FamRZ 2008, 1033 [1034 f.]). Davon ist dann auszugehen, wenn eine auf Vaterschaftsanfechtung gerichtete Klage auf der Grundlage eines Abstammungsgutachtens, welches nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstattet worden ist und ein eindeutiges Ergebnis hat, rechtskräftig abgewiesen worden ist (so

OLG Stuttgart, Beschluss vom 10. August 2009, 17 WF 181/98, FamRZ 2010, 53 = StAZ 2010, 79, Rn. 4).

Das hier im Jahr 1955 eingeholte und damit 60 Jahre alte Abstammungsgutachten entspricht aus heutiger Sicht nicht mehr anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen. Denn es handelte sich zum einen um ein anthropologisch-erbbiologisches Gutachten, das die Vaterschaftswahrscheinlichkeit anhand äußerer Merkmale der Beschwerdeführerin und des Antragsgegners und deren Wahrscheinlichkeit ermittelt hat (Verfassungsbeschwerde v. 28. November 2013, S. 2). Bei derartigen Gutachten stehen ca. 300 anthropologische Einzelmerkmale zur Verfügung. Sie haben jeweils für sich betrachtet nur einen geringen Beweiswert (mit Ausnahme der Hautfarbe), zusammengefasst aber können sie zum positiven Vaterschaftsbeweis führen; ein sicherer Vaterschaftsausschluss hingegen ist in aller Regel nicht möglich (so Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 52 Rn. 21). Derartige anthropologisch-morphologische Gutachten haben heute wegen ihrer geringen Aussagegenauigkeit nur wenig praktische Bedeutung (Gernhuber/Coester-Waltjen, a.a.O.; Ritter, FamRZ 1973, 121; Maier, FamRZ 1973, 128; Oepen/Ritter, NJW 1977, 2109). In den aktuellen Ärztlichen Leitlinien wird diese Art der Abstammungsgutachten gar nicht mehr erwähnt (siehe etwa die zulässigen Analyseverfahren gem. Ziffer 6.2. der Richtlinie der Gendiagnostik-Kommission (GEKO) für die Anforderungen an die Durchführung genetischer Analysen zur Klärung der Abstammung und an die Qualifikation von ärztlichen und nichtärztlichen Sachverständigen gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 4 und Nr. 2b GenDG vom 17. Juli 2012, Bundesgesundheitsblatt 2013, 56, 169 ff.; zu anderen Leitlinien und früheren Fassungen von Leitlinien Gernhuber/Coester-Waltjen, a.a.O.; siehe auch die umfassende Erörterung bei Staudinger/Rauscher, Neubearb. 2011, Vorbem. zu §§ 1591 ff. BGB Rn. 79 ff.). Für heutige Verfahren sind sie damit nicht mehr geeignet, einen Sachverständigenbeweis in einem Abstammungsverfahren zu erbringen (Gernhuber/Coester-Waltjen, a.a.O.).

Zum anderen wurde wohl ein Blutgruppengutachten erstellt (dies berichtet das AG Borken, Beschluss vom 8. Mai 2013, 34 F 29/10, S. 2; die Verfassungsbeschwerde sowie BVerfG, Beschluss vom 16. Januar 2013, 1 BvR 2004/10, NJW 2013, 1148 = FamRZ 2013, 605, Rn. 2 erwähnen kein Blutgruppengutachten). Es ist zwar verlässlicher als das anthropologischerbbiologisches Gutachten (BGH, Urteil vom 6. Juni 1973, IV ZR 164/71; BGHZ 61, 165 Rn. 20; damals wurde dem Blutgruppengutachten voller Beweiswert der Erbgangshypothese zuerkannt – siehe Bundesgesundheitsblatt 1970, 149 Ziff. 112). Aber auch die Blutgruppengutachten sind in den vergangenen Jahrzehnten Gegenstand intensiver wissenschaftlicher Entwicklungen gewesen (siehe *Staudinger/Rauscher*, Neubearb. 2011, Vorbem. zu §§ 1591 ff., BGB Rn. 95), so dass ein heutiges Blutgruppengutachten mit einem Blutgruppengutachten von vor 60 Jahren kaum noch vergleichbar ist.

Folglich beruhen die Gutachten von 1955 auf veralteten Methoden. Selbstverständlich tritt nicht bei jeder Weiterentwicklung ärztlicher Methoden und Leitlinien ein Wandel dergestalt ein, dass frühere Gutachten wertlos würden. Aber es gilt festzuhalten, dass es zwischen den

Methoden von 1955 und den heutigen außerordentlich weitreichende medizinische Entwicklungen gegeben hat. Außerdem ist die Fehlerquote von Abstammungsgutachten nach heutigen Maßstäben erheblich niedriger als die der damaligen Gutachten. Daher kann das Ergebnis des Gutachtens von 1955 nicht mehr als so sicher angesehen werden, dass sich das (erneute) Verlangen nach einer Abstammungsuntersuchung als rechtsmissbräuchlich darstellen würde.

Auf die Relevanz des weiter von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Arguments, der "damalige Gutachter müsse außerdem entweder bereits im Nationalsozialismus als Erbbiologe tätig oder bei Erstellung des Gutachtens noch ein junger und unerfahrener Arzt gewesen sein" (BVerfG, Beschluss vom 16. Januar 2013, 1 BvR 2004/10, NJW 2013, 1148 = FamRZ 2013, 605, Rn. 6), kommt es daher nicht an.

#### cc) Fehlende Wiederaufnahmevoraussetzungen stehen nicht entgegen

Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, dass die Voraussetzungen eines Wiederaufnahmeverfahrens nach § 185 FamFG unstreitig nicht erfüllt sind (Verfassungsbeschwerde vom 28. November 2013, S. 3; BVerfG, Beschluss vom 16. Januar 2013, 1 BvR 2004/10, NJW 2013, 1148 = FamRZ 2013, 605, Rn. 2), steht dies dem Rechtsschutzbedürfnis nicht entgegen. Denn § 185 FamFG fordert, dass "ein Beteiligter ein neues Gutachten vorlegt". Das bedeutet, dass das neue Gutachten bei Antragstellung vorliegen, mithin schon erstellt sein muss; das Wiederaufnahmeverfahren nach § 185 FamFG kann nicht betrieben werden, um erst innerhalb desselben eine neue Begutachtung zu erreichen (MüKoFamFG/Coester-Waltjen/Hilbig-Lugani, 2. Aufl. 2013, § 185 FamFG Rn. 10). Das Gutachten kann bspw. aufgrund eines Anspruchs nach § 1598a BGB erlangt worden sein (der trotz rechtskräftiger Statusentscheidung möglich bleibt, solange das Vorgehen nicht rechtsmissbräuchlich ist – siehe oben).

### 2. Zur Begründetheit

#### a) Nicht gerechtfertigter Eingriff in das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung

Die Beschwerdeführerin ist Trägerin des Grundrechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 8 EMRK. Der Schutzbereich ist mithin eröffnet. In dieses Grundrecht wird durch die vom AG Borken und OLG Hamm unternommene Auslegung des § 1598a BGB eingegriffen, da diese es der Beschwerdeführerin versagt, vom mutmaßlichen biologischen Vater die Einwilligung in die Duldung einer Abstammungsuntersuchung zu erlangen. Das verfassungsrechtlich geschützte Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung verleiht keinen Anspruch auf Verschaffung solcher Kenntnisse, sondern kann nur vor der Vorenthaltung erlangbarer Informationen durch staatliche Organe schützen; für die Verwirklichung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung im Verhältnis unter Privaten bedarf es deshalb einer zivilrechtlichen Anspruchsgrundlage (BGH, Urteil vom 28. Januar 2015, XII ZR 201/13, NZFam 2015, 254 = MDR 2015, 397, Rn. 8 m.w.N., siehe auch

BVerfG FamRZ 2007, 441, 443). Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung kann es folglich gebieten, dass der Staat positive Maßnahmen trifft, um ihm zur Wirksamkeit zu verhelfen – dazu kann die Pflicht zählen, regelnd in Beziehungen der Bürger untereinander einzugreifen (so für das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung nach Art. 8 EMRK der EuGHMR, Jäggi gegen die Schweiz, Beschwerde Nr. 58757/00, Urteil vom 13. Juli 2006, Rn. 33). Der Eingriff liegt hier also in der Verneinung eines zivilrechtlichen Anspruchs auf Einwilligung in eine genetische Untersuchung.

Nach Ansicht des djb ist aus den nachfolgenden Gründen der Eingriff vorliegend nicht gerechtfertigt. Denn es bestehen durchgreifende Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit.

### aa) Abwägung im konkreten Fall

#### (1) Für die Beschwerdeführerin streitende Abwägungselemente

Zu berücksichtigen ist zunächst das von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützte Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Die Kenntnis der eigenen Abstammung ist von zentraler Bedeutung für die Persönlichkeit eines Menschen. Daran ändert nichts, dass im vorliegenden Fall das Alter der Beschwerdeführerin – die im Jahr 2015 65 Jahre alt wird – von vielen bislang in der Rechtsprechung behandelten Konstellationen abweicht. Zwar wird der Auskunftsanspruch des Kindes zur Klärung seiner genetischen Abstammung häufig besonders auf die Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes, seine Chance zur Entfaltung der Persönlichkeit und ähnliche Erwägungen gestützt (siehe etwa BGH, Urteil vom 28. Januar 2015, XII ZR 201/13, NZFam 2015, 254 = MDR 2015, 397, Rn. 41; BVerfGE 79, 256, 268 = NJW 1989, 891 = FamRZ 1989, 255; BeckOK BGB/Hahn Ed. 35, Stand: 1. Mai 2015 § 1591 BGB Rn. 17). Soweit mit Blick auf das Alter der Beschwerdeführerin die Persönlichkeitsentfaltung und -entwicklung bereits abgeschlossen ist (in diese Richtung bspw. das Schweizer Bundesgericht im Vorgang zu EGMR, Jäggi gegen die Schweiz Beschwerde Nr. 58757/00, Urteil vom 13. Juli 2006), führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Denn das Bedürfnis nach Klarheit über die eigene Abstammung nimmt mit zunehmendem Alter eher noch zu (deutlich EGMR, Jäggi gegen die Schweiz, Beschwerde Nr. 58757/00, Urteil vom 13. Juli 2006, Rn. 40). Bei der Beschwerdeführerin ist dieses Bedürfnis sogar so drängend geworden, dass daraus erhebliche psychologische Belastungen entstanden sind. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin kontinuierlich im Laufe ihres Lebens immer wieder ihr Interesse an der Kenntnis ihrer Abstammung bekundet und verfolgt hat (so auch EGMR, Jäggi gegen die Schweiz, Beschwerde Nr. 58757/00, Urteil vom 13. Juli 2006, Rn. 40).

Die Inanspruchnahme des Antragsgegners durch die Beschwerdeführerin ist auch nicht willkürlich in dem Sinne, dass sie sich als Schikane eines beliebigen Dritten darstellen würde. Vielmehr liegen Umstände vor, die es als hinreichend möglich erscheinen lassen, dass der Antragsgegner der leibliche Vater der Beschwerdeführerin ist – die verneinenden Gutachten aus den 1950er Jahren sind überholt, der Antragsgegner hatte die Geburt der Beschwerdeführerin gegenüber dem Standesamt angezeigt und die Mutter der Beschwerdeführerin hatte ihr gegenüber den Antragsgegner als Vater benannt. Damit liegen hinreichende Anhaltspunkte vor. Dass eine (echte) Sicherheit über die Vaterschaft des Antragsgegners nicht besteht, liegt gerade in der Natur der Sache. Im Fall des durch Samenspende gezeugten Kindes genügt es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wenn der Samenspender möglicherweise der biologische Vater des Kindes ist – also auch dann, wenn es zu Verwechselungen von Sperma, zum (unzulässigen) Einsatz von Mischsperma oder zum Einsatz von Sperma mehrerer Spender gekommen ist (siehe BGH, Urteil vom 28. Januar 2015, XII ZR 201/13, NZFam 2015, 254 = MDR 2015, 397 = NZG 2015, 1098 Rn. 57 f.).

Die Ratio, mit der in einer jüngeren Entscheidung das OLG Nürnberg (Beschluss vom 17. Juni 2013, 11 UF 551/13; FamRZ 2014, 404; BeckRS 2013, 10703) einen Anspruch des Kindes aus § 1598a BGB gegen den etwaigen leiblichen Vater verneint hat, ist auf den vorliegenden Fall kaum übertragbar. Denn die dortige Argumentation liefe darauf hinaus, dass es einem Kind zumutbar ist, bei fehlendem rechtlichen Vater ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren (§ 1600d BGB) anzustrengen und bei Existenz eines rechtlichen Vaters innerhalb der Anfechtungsfrist wenigstens ein Verfahren nach § 1598a BGB gegen den rechtlichen Vater einzuleiten (§ 1600b I 2, III 3, V BGB) und sich so gegebenenfalls mit Hilfe eines anschließenden Vaterschaftsfeststellungsverfahrens (§ 1600d BGB) Kenntnis von seiner Abstammung zu verschaffen. Unabhängig davon, ob man der Auffassung folgen mag, dass grundsätzlich nur ein statusveränderndes Vorgehen zugebilligt werden soll und keine Kenntnisverschaffung ohne Statusfolge, so ist die Situation der Beschwerdeführerin hier jedenfalls anders. In ihrem fortgeschrittenen Lebensalter und ihrer ausgereiften Lebensstellung sollte es ihr freigestellt bleiben, ob sie – wie hier – lediglich Kenntnis über ihre biologische Abstammung erlangen oder ein statusveränderndes Verfahren betreiben möchte. (Nach hier vertretener Ansicht kann daher offen bleiben, ob die Rechtskraft des Urteils aus 1955 einem weiteren, auf dem mit dem vorliegenden Verfahren verfolgten Abstammungsgutachten aufbauenden Vaterschaftsfeststellungsverfahren entgegenstünde.)

Denn ein genereller Vorrang der statusverändernden Verfahren vor dem reinen Auskunftsanspruch ist in Fällen wie dem vorliegenden nicht überzeugend. Freilich ist es nicht von der Hand zu weisen, dass, wenn kein rechtlicher Vater zugeordnet ist, primär eine Vaterschaftsfeststellung betrieben werden sollte, weil es wünschenswert ist, dass ein Kind einen Vater hat. Der vorliegende Fall ist ein Beispiel dafür, dass diese Ratio aber nicht immer greift. Ein ausnahmsloser Vorrang der Vaterschaftsfeststellung (im Sinne des Fehlens einer Alternative zur Vaterschaftsfeststellung) erscheint daher nicht adäquat. Ferner ist auf die Argumentation des EuGHMR im Fall Jäggi gegen die Schweiz hinzuweisen: Die Gegner des Beschwerdeführers hatten seinen Anspruch u.a. mit dem Argument abgelehnt, dass, sollte die vermutete biologische Vaterschaft bestehen, die Rechtssicherheit gefährdet sei. Der EuGHMR wies dieses Argument zurück, da aufgrund der schweizerischen Rechtslage eine Statusveränderung

in Bezug auf den Beschwerdeführer und den mutmaßlichen Vater keinesfalls in Betracht komme, so dass die Rechtssicherheit nicht gefährdet sei (Beschwerde Nr. 58757/00, Urteil vom 13. Juli 2006, Rn. 43). Der EGMR sah es also gerade als ein Argument zugunsten des Beschwerdeführers an, dass er keine Statusveränderung anstrebte.

### (2) Wider die Beschwerdeführerin streitende Abwägungselemente

Auf der anderen Seite der Abwägung steht primär das von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Recht des mutmaßlichen biologischen Vaters auf informationelle Selbststimmung. Doch typischerweise muss dieses gegenüber dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung zurücktreten. Denn das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist regelmäßig höher zu bewerten als das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (BGH, Urteil vom 28. Januar 2015, XII ZR 201/13, NZFam 2015, 254 = MDR 2015, 397 = NZG 2015, 1098 Rn. 54; siehe auch MüKoBGB/Wellenhofer, 6. Aufl. 2012, Vor § 1591 Rn. 33; Staudinger/Rauscher, Neubearb. 2011, Einl zu §§ 1589 ff. Rn. 114). Besondere Umstände, aus denen sich hier etwas anderes ergibt, sind weder ersichtlich noch vom mutmaßlichen biologischen Vater vorgebracht.

Ein wichtiges Gegengewicht zum Recht des Kindes auf Kenntnis eigener Abstammung stellt in der umfassenden Interessenabwägung typischerweise der Schutz einer gelebten familiären Beziehung (Art. 6 Abs. 1 GG) dar. Hier sind indes keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme dargetan, dass die Familie des Antragsgegners durch die Klärung der Abstammung in besonderer Weise belastet werden würde.

Ein weiteres Gegengewicht kann das Recht der Mutter auf Wahrung ihrer Intimsphäre (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) bilden. Ein derartiges Interesse der Mutter der Beschwerdeführerin an Geheimhaltung steht indes nicht im Raum, denn sie hatte ja gerade der Beschwerdeführerin den Namen des mutmaßlichen biologischen Vaters genannt.

### (3) Zwischenfazit

Die Abwägung zeigt, dass im konkreten Fall die Interessen der Beschwerdeführerin an einem Anspruch auf Einwilligung in eine genetische Untersuchung gegenüber den Interessen des mutmaßlichen biologischen Vaters überwiegen.

### bb) Das Urteil Jäggi gegen die Schweiz

Dieses Ergebnis wird gestützt durch das Urteil des EGMR im Fall Jäggi gegen die Schweiz (Beschwerde Nr. 58757/00, Urteil vom 13. Juli 2006). Jener Sachverhalt zeigt deutliche Parallelen zum vorliegenden Fall: Der Beschwerdeführer wurde als Kind einer unverheirateten Mutter 1939 geboren, zu Beginn seines Lebens bestand eine gewisse Beziehung zum mutmaßlichen Vater, der ihm als solcher von der Mutter benannt worden war und der auch Ge-

schlechtsverkehr mit der Mutter eingeräumt hatte. Eine Vaterschaftsfeststellungsklage wurde 1948 aufgrund der exceptio plurium constupratorum abgewiesen. Der Beschwerdeführer hatte immer wieder erfolglos versucht, den mutmaßlichen Vater zur Durchführung medizinischer Untersuchungen zur Vaterschaftsfeststellung zu bewegen. 1976 starb der Vater. Mit einer Blutgruppenuntersuchung erreichte der Beschwerdeführer das Zwischenergebnis, dass eine Vaterschaft jedenfalls nicht ausgeschlossen war. Seitdem DNA-Vaterschaftstests üblich, sicher und leicht zugänglich geworden waren, bemühte sich der Beschwerdeführer - im Ergebnis erfolglos – um eine Exhumierung des Vaters zwecks Probenentnahme. Auf seiner Seite der Abwägung stand das im Recht auf Privatleben nach Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, für die Gegenseite wurde auf die vom mutmaßlichen Vater zeitlebens geäußerte Ablehnung, sein Recht auf körperliche Unversehrtheit, die Ablehnung seiner Hinterbliebenen, die Achtung der Toten und die Rechtssicherheit verwiesen. Der EGMR erinnerte daran, dass das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung von Art. 8 EMRK geschützt ist (Rn. 25 d. Urt.), dass dessen Verwirklichung auch positive Maßnahmen der Staaten in den Rechtsbeziehungen der Einzelnen erfordern kann (s.o. und Rn. 33 d. Urt.) und dass den Mitgliedstaaten zwar grundsätzlich ein weiter Spielraum bei der Umsetzung der Konventionsrechte zusteht, dass dieser Spielraum aber beim Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung eingeschränkt sei, weil dieses Recht einen essentiellen Bestandteil des Privatlebens ausmache (Rn. 37 d. Urt.). In der nachfolgenden Abwägung (Rn. 38 ff. d. Urt.) der Interessen des Beschwerdeführers einerseits und der von den Hinterbliebenen des Verstorbenen vorgetragenen Gegenargumente andererseits betonte der Gerichtshof das "vitale Interesse" einer Person an der Kenntnis ihrer eigenen Abstammung. Dieses Interesse sei angesichts des Alters des Beschwerdeführers keinesfalls schwächer - ungeachtet des Umstands, dass er keine seelischen oder körperlichen Schäden davongetragen habe (siehe bereits oben und Rn. 40 d. Urt.). Der mit dem DNA-Test verbundene Eingriff sei kaum invasiv und die Ruhe der Toten sei angesichts der zeitlich begrenzten Konzessionen für Gräber ohnehin nicht absolut geschützt (Rn. 41 d. Urt.). Einen besonderen Schutz nach dem Tode wollte der EGMR nicht zuerkennen (Rn. 42 d. Urt.). Zur Argumentation im Hinblick auf die Rechtssicherheit siehe bereits oben. So gelangt der EGMR nach einer relativ knappen Abwägung dazu, die Verletzung von Art. 8 EMRK zu bejahen (Rn. 44 d. Urt.).

Übertragen auf den vorliegenden Fall verlangt die EMRK eine wirksame Durchsetzung des Rechts der Beschwerdeführerin auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Ihr Interesse ist jedenfalls nicht schwächer als das in der Sache Jäggi, sondern wegen ihrer seelischen Leiden sogar stärker. Gegengründe, die stärker wiegen als im Fall Jäggi, sind nicht ersichtlich. Insbesondere ergibt sich kein maßgeblicher Unterschied daraus, dass der mutmaßliche biologische Vater bereits verstorben war. Der EGMR stellt hier auf die körperliche Integrität und die Achtung der Toten ab und misst diesen Rechtspositionen durchaus erhebliches Gewicht zu. Es ist daher nicht ersichtlich, dass das im Grundgesetz verankerte informationelle Selbstbestimmungsrecht des Antragsgegners schwerer wiegen würde als die vom EGMR identifizierten Rechtspositionen des verstorbenen mutmaßlichen biologischen Vaters, die dem Begeh-

ren des Beschwerdeführers im Fall Jäggi gegenüberstanden. Eine weitere maßgebliche Ähnlichkeit beider Fälle ist, dass auch im Fall Jäggi keine geeignete einfach-rechtliche Anspruchsgrundlage für das Begehren nach einer DNA-Probe ersichtlich war. Von der Bejahung eines Vorrangs der statusverändernden Verfahren gegenüber einem auf die reine Kenntnis gerichteten Anspruch ist der EGMR weit entfernt (siehe oben).

Zu Recht hat die Beschwerdeführerin daher gerügt, dass bei der Auslegung von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG im Lichte von Art. 8 Abs. 1 EMRK die EGMR-Rechtsprechung nicht hinreichend berücksichtigt worden sei.

#### cc) Einzelfallprüfung aus Gleichbehandlungsgründen

Zu betonen ist, dass auch aus Gründen der Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) eine Einzelfallprüfung in Fällen wie diesem angezeigt erscheint. Die Landschaft der abstammungsbezogenen Auskunftsansprüche im deutschen materiellen Recht ist zurzeit äußerst vielgestaltig. Den weitgehend voraussetzungslosen Ansprüchen innerhalb der rechtlichen Kernfamilie (§ 1598a BGB) stehen zahlreiche Möglichkeiten gegenüber, in familienrechtlichen und vertragsrechtlichen Sonderbeziehungen mithilfe von Generalklauseln zur Bejahung abstammungsbezogener Auskunftsansprüche zu gelangen. So ergibt sich beispielsweise der Auskunftsanspruch des durch Samenspende gezeugten Kindes gegen den Reproduktionsmediziner aus § 242 BGB; die dafür erforderliche Sonderverbindung liegt in dem durch den als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ausgelegten Behandlungsvertrag zwischen den Wunscheltern und dem Reproduktionsmediziner (§ 630a BGB – siehe nur BGH, Urteil vom 28. Januar 2015, XII ZR 201/13, NZFam 2015, 254 = MDR 2015, 397 = NZG 2015, 1098). Aus der familienrechtlichen Generalklausel des § 1618a BGB werden Auskunftsansprüche des Kindes gegen seine rechtlichen Eltern über seinen biologischen Vater abgeleitet (siehe Staudinger/Hilbig-Lugani Neubearb. 2015, § 1618a Rn. 14, 17, 47 ff.), ferner Auskunftsansprüche gegen andere Verwandte über seine Eltern und gegen seine rechtlichen Eltern über andere Verwandte (dies., ebd., Rn. 47). In einer großen Mehrzahl der denkbaren Konstellationen ist damit zwar keine so niederschwellig ausgestaltete Auskunftsmöglichkeit wie § 1598a BGB, aber eine auf einer Generalklausel wie § 242 BGB und § 1618a BGB fußende einzelfallbezogene, abwägungsabhängige Bejahung eines Auskunftsanspruchs möglich. Die völlige Abwesenheit einer derartigen Möglichkeit im Verhältnis zwischen dem Kind als Anspruchsteller und seinem mutmaßlichen biologischen Vater fällt dagegen stark ab; hier steht keine Generalklausel wie §§ 1618a, 242 BGB für die Herleitung eines Auskunftsanspruchs zur Verfügung. Ein wesentliches Charakteristikum der hier interessierenden Konstellationen, das zu Lasten eines Anspruchs des Kindes eine solche Ungleichbehandlung rechtfertigen würde, ist nicht ersichtlich.

### dd) Zwischenfazit

Insgesamt scheint es daher unverhältnismäßig, dass in Fällen wie dem vorliegenden das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung ohne eine einzelfallbezogene Prüfung stets als nachrangig gegenüber dem Recht des mutmaßlichen biologischen Vaters auf informationelle Selbstbestimmung angesehen wird.

### b) Keine Möglichkeit verfassungskonformer Auslegung

Anders als von der Beschwerdeführerin vertreten, ist nach Auffassung des djb eine verfassungskonforme Auslegung des § 1598a BGB nicht möglich. Der Gesetzgeber wollte die abstammungsbezogenen Auskunftsansprüche nicht umfassend normieren, sondern in erster Linie den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts aus seiner Entscheidung zu den heimlichen Vaterschaftstests nachfolgen (BVerfG, Urteil vom 13. Februar 2007, 1 BvR 421/04). Der Gesetzgeber hatte ganz vorrangig die an ihrer biologischen Vaterschaft zweifelnden rechtlichen Väter im Blick, die unter Verstoß gegen das Recht des Kindes auf informationelle Selbstbestimmung unzulässige heimliche Vaterschaftstests einholen (siehe schon Satz 1 der Ausführungen zu § 1598a-E, BT-Drucks. 16/6561, S. 12). Bei einem Ausschluss der zugrunde liegenden Fallkonstellation aus dem Anwendungsbereich des § 1598a BGB ging es primär darum, den biologischen Vater als störenden Faktor von der Familie fernzuhalten (siehe BT-Drucks. 16/6561, S. 12: "Insbesondere muss verhindert werden, dass der vermeintlich leibliche Vater allein mit seinem Klärungsinteresse Zweifel in eine funktionierende soziale Familie hineinträgt."). Das Informationsbedürfnis des Kindes gegenüber dem etwaigen biologischen Vater hatte der Gesetzgeber hier nicht im Blick.

Letztlich kann dies aber offen bleiben, da jedenfalls der Wortlaut in Verbindung mit der Gesetzessystematik einer Auslegung in der von der Beschwerdeführerin gewünschten Weise entgegenstehen. Dabei wird hier keine strenge Wortlautgrenze angenommen, denn der Richter ist "nach dem Grundgesetz nicht darauf verwiesen, gesetzgeberische Weisungen in den Grenzen des möglichen Wortsinns" anzuwenden (BVerfGE 34, 369, 287; siehe Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 8. Aufl. 2015 Rn. 736). Doch die Auslegung von § 1598a BGB in dem von der Beschwerdeführerin gewünschten Sinne würde es nicht nur erforderlich machen, den Kreis der Verpflichteten aus § 1598a BGB um den etwaigen leiblichen Vater zu erweitern. Vielmehr wäre deutlich mehr an Veränderungen in § 1598a BGB erforderlich. So müsste eine einschränkende Voraussetzung dergestalt in § 1598a BGB hineingelesen werden, dass ein etwaiger leiblicher Vater nicht völlig ohne Anhaltspunkte, sondern nur bei begründetem Verdacht seiner Vaterschaft in Anspruch genommen werden kann. Ferner ist es erforderlich, eine umfassende Einzelfallabwägung der betroffenen rechtlich geschützten Positionen aller Beteiligten zu fordern. Ein weiterer Aspekt einer Abwägung oder eine separate Abwägung könnte sein, dem statusverändernden Verfahren (Vaterschaftsfeststellung bzw. -anfechtung) einen grundsätzlichen Vorrang einzuräumen und den reinen Auskunftsanspruch nur in Ausnahmefällen zu gestatten (sofern man einen solchen Vorrang für richtig hält). Zudem könnte man an die Einfügung von Fristen zur Geltendmachung nach Kenntnis der relevanten Umstände denken.

Mit anderen Worten: In den jetzigen § 1598a BGB kann nicht lediglich der etwaige leibliche Vater hineingelesen werden, sondern es müsste zu einer Ausformung verschiedener Voraussetzungen kommen. Dies wäre mit der Gesamtkonzeption des bisherigen § 1598a BGB nicht zu vereinbaren. Denn die Norm ist gerade darauf ausgerichtet, mit Blick auf den kleinen Kreis der Berechtigten und Verpflichteten auf weitere Voraussetzungen zu verzichten. Ein derartiges Vorgehen, das zu einer erheblichen und grundlegenden Veränderung und Erweiterung des § 1598a BGB führen würde, ist nicht mehr im Rahmen verfassungskonformer Auslegung möglich.

### c) Ergänzende Überlegungen

### aa) Angemessenheit einer Übergangsregelung

Die gerade in der jüngeren Verfassungsrechtsprechung eingesetzte (BVerfG, Beschluss vom 21. Juli 2010, 1 BvR 420/09, FamRZ 2010, 1403) Technik der Übergangsregelung erscheint angemessen. Steht eine Norm mit dem Grundgesetz nicht in Einklang, so ist sie zwar grundsätzlich für nichtig zu erklären (§ 95 Abs. 3 Satz 1 und 2 BVerfGG). Dies gilt aber dann nicht, wenn durch die Nichtigkeit ein Zustand geschaffen würde, der von der verfassungsmäßigen Ordnung noch weiter entfernt wäre als der bisherige (BVerfG, Beschluss vom 21. Juli 2010, 1 BvR 420/09, FamRZ 2010, 1403 Rn. 71; BVerfGE 119, 331 [382 f.]). Danach scheidet eine Nichtigkeitserklärung des § 1598a BGB aus, weil sie zur Folge hätte, dass auch die gegenseitigen Ansprüche in der Kernfamilie wegfielen. Zudem spricht gegen eine Nichtigkeitserklärung, dass dem Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten offen stehen, den verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen (BVerfG, Beschluss vom 21. Juli 2010, 1 BvR 420/09, FamRZ 2010, 1403 Rn. 71; BVerfGE 109, 256 (273)).

Demgegenüber erscheint eine Übergangsregelung in Anlehnung an die bestehende Regelung des jetzigen § 1598a BGB sinnvoll (nach dem Vorbild der Übergangsregelung in der Entscheidung zum Sorgerecht unverheirateter Väter, BVerfG, Beschluss vom 21. Juli 2010, 1 BvR 420/09, FamRZ 2010, 1403 Rn. 75 ff.). Wegen der Übergangsregelung sollte davon abgesehen werden, dem Gesetzgeber eine Frist für die vorzunehmende Neuregelung zu setzen (wie BVerfG, Beschluss vom 21. Juli 2010, 1 BvR 420/09, FamRZ 2010, 1403 Rn. 77), zumal es bereits Bestrebungen des Gesetzgebers zu Reformen im Abstammungsrecht gibt, insbesondere der "Arbeitskreis Abstammungsrecht", der unter dem Vorsitz der ehemaligen Vorsitzenden des XII. Senats des BGH, Dr. Meo-Micaela Hahne, im Februar 2015 die Arbeit aufgenommen hat

<a href="http://www.bmjv.de/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/2015/20150209\_AK\_Abstammung.html?nn=3433226">http://www.bmjv.de/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/2015/20150209\_AK\_Abstammung.html?nn=3433226</a> (Zugriff: 29.6.2015)).

### bb) Mögliche inhaltliche Ausgestaltung

Angeregt wird, § 1598a BGB bis zur Schaffung einer neuen Regelung durch den Gesetzgeber mit einem Absatz 5 zu versehen, in dem ein Anspruch auf Einwilligung im Sinne von Absatz 1 auch des Kind gegenüber dem mutmaßlichen biologischen Vater vorgesehen ist, wenn Umstände für die Vaterschaft sprechen, wenn der zeitliche Abstand zwischen Kenntniserlangung des Kindes von den Umständen und Geltendmachung des Einwilligungsanspruchs angemessen erscheint, wenn ein besonderes Interesse des Kindes an einem reinen Auskunftsanspruch ohne Veränderung der rechtlichen Abstammung vorliegt und schließlich gewichtige Gründe – insbesondere Interessen des mutmaßlichen biologischen Vaters oder seiner Familie – nicht entgegenstehen.

Ramona Pisal Präsidentin Brigitte Meyer-Wehage Vorsitzende der Kommission Zivil-, Familien- und Erbrecht, Recht anderer Lebensgemeinschaften