

# **Familienrecht II, §§ 1589-1921, SGB**

## **VIII**

8. Auflage 2020  
ISBN 978-3-406-72610-1  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](http://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründete auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

kend beseitigt wird.<sup>126</sup> Ist der Anfechtungsantrag nicht erfolgreich, ist der Antrag abzuweisen. Die Endentscheidung wird erst mit Rechtskraft wirksam (§ 184 Abs. 1 S. 1 FamFG). Für die Kostenentscheidung gilt § 183 FamFG; § 81 Abs. 3 FamFG ist nicht einschlägig.<sup>127</sup> Soweit über die Abstammung entschieden ist, wirkt der Beschluss für und gegen alle (§ 184 Abs. 2 FamFG). Rechtsbehelfe sind die **Beschwerde** (§§ 58 ff. FamFG) und die Rechtsbeschwerde (§§ 70 ff. FamFG). Großeltern steht im Abstammungsverfahren kein Beschwerderecht anstelle ihres verstorbenen Sohnes zu.<sup>128</sup>

**b) Wirkung der abweisenden Entscheidung.** Auch ein den Anfechtungsantrag abweisender Beschluss wirkt gemäß § 184 Abs. 2 FamFG für und gegen alle,<sup>129</sup> wenn und soweit das Gegenteil der mit dem Antrag verlangten Feststellung feststeht. Jedermann ist daran gebunden, dass der vom Anfechtenden begehrte Statusverlust beim Kind nicht eintritt, sondern es bei der Vaterschaft des Mannes bleibt. Wurde in der Sache über die Abstammung entschieden, kann kein neuer Anfechtungsantrag (auch nicht eines anderen Anfechtungsberechtigten) in Bezug auf diesen Vater gestellt werden. Die Bindungswirkung der abweisenden Entscheidung erstreckt sich auch auf einen Dritten, der die Vaterschaft aus der Ehe für sich in Anspruch nimmt (zB im Fall des § 1593 S. 4 oder mit der Begründung, das Kind sei vertauscht worden), auch wenn dieser nicht am Verfahren teilgenommen hat. Die abweisende Entscheidung hat allerdings nicht diese bindende Wirkung, sofern nicht über die Abstammung, sondern nur über das Anfechtungsrecht entschieden wurde,<sup>130</sup> etwa weil der Antrag allein wegen Fristversäumung abgewiesen wird. In diesem Fall kann eine andere Person noch anfechten. Auch die Antragsrücknahme hat keine Bindungswirkung.<sup>131</sup> Zu den Gerichtskosten s. §§ 46 f. FamGKG. Zur Kostenentscheidung s. § 183 FamFG.<sup>132</sup>

**9. Wiederaufnahmeverfahren.** Die rechtskräftige Entscheidung über den Anfechtungsantrag ist grundsätzlich nicht mehr angreifbar. Es bleibt allein im Ausnahmefall die Möglichkeit eines **Restitutionsantrags** (§§ 580 ff. ZPO, § 185 FamFG).<sup>133</sup> Relevant sind insoweit Fälle der Vorlage eines neuen genetischen Gutachtens, wenn die frühere Entscheidung noch auf Basis unzuverlässiger Methoden der Abstammungsbegutachtung beruhte (→ § 1600d Rn. 61 ff.). Im Übrigen wäre der Einwand der fehlerhaften Entnahme von Blut oder Speichel etc (Vertauschung, Personentäuschung) von praktischer Relevanz.<sup>134</sup> Dabei bleibt zu erwähnen, dass der EGMR einen Wiederaufnahmeantrag in einem Verfahren abgelehnt hat, das sich auf das türkische Recht bezog und eine Entscheidung von 1969 zum Gegenstand hatte. Das Recht auf Familienleben aus Art. 8 EMRK werde durch die Verweigerung eines neuen Verfahrens und einer neuen Begutachtung nicht verletzt. Argumentiert wurde insbesondere mit der langen Zeitspanne der gelebten Vaterschaft.<sup>135</sup>

**10. Hinweise zum Internationalen Privatrecht.** Die Vaterschaft kann nach **Art. 20 S. 1** 51 EGBGB nach jedem Recht<sup>136</sup> angefochten werden, aus dem sich ihre Voraussetzungen ergeben, dh sowohl nach dem Recht, aus dem sich im konkreten Fall die Abstammung des Kindes ergibt, als auch nach der Rechtsordnung, nach der gemäß Art. 19 EGBGB die Abstammung des Kindes bestimmt werden könnte und deren Abstammungsvoraussetzungen erfüllt wären<sup>137</sup> (→ 7. Aufl. 2018, EGBGB Art. 20 Rn. 2 ff.). Das gilt für die Bestimmung der Anfechtungsberechtigten wie für die Anfechtungsvoraussetzungen. Außerdem kann das Kind die Abstammung in jedem Fall nach dem Recht des Staates anfechten, in dem es seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 20 S. 2 EGBGB; → 7. Aufl. 2018, EGBGB Art. 20 Rn. 4). Das wird insbesondere dann praktisch bedeutsam, wenn sich die Abstammung nach Art. 19 EGBGB ausnahmsweise nur aus einem Elternrecht oder dem Ehwirkungsstatut ergeben hat.<sup>138</sup> Übergangsrechtlich ist Art. 224 § 1 Abs. 2 EGBGB zu beachten. Zum internationalen Privatrecht hinsichtlich der Anerkennung → § 1594 Rn. 48.

<sup>126</sup> BGH NJW 1999, 1632; Erman/Hammermann Rn. 20.

<sup>127</sup> BT-Drs. 17/10490, 19; Keuter FamRZ 2013, 923; aA Arbeitskreis 21 in 19. DFGT, 2012, 122. Zu den Kosten bei erfolgloser Anfechtung OLG Saarbrücken NZFam 2016, 762; zur Anwendung von § 81 Abs. 2 Nr. 4 FamFG OLG Schleswig FamRZ 2016, 1481.

<sup>128</sup> OLG Nürnberg FamRZ 2015, 770.

<sup>129</sup> Wanitzek FPR 2002, 390 (399); Wieser FamRZ 1998, 1004 (1007); Habscheid/Habscheid FamRZ 1999, 480 (483); Staudinger/Rauscher, 2011, Rn. 25.

<sup>130</sup> AllgM; Staudinger/Rauscher, 2011, Anh. § 1600d Rn. 55.

<sup>131</sup> Staudinger/Rauscher, 2011, Rn. 29.

<sup>132</sup> ZB OLG Oldenburg FamRZ 2013, 971.

<sup>133</sup> S. zB OLG Stuttgart FamRZ 2019, 607.

<sup>134</sup> Vgl. OLG Hamm FamRZ 1994, 649.

<sup>135</sup> EGMR FamRZ 2012, 357; s. auch OLG Frankfurt NZFam 2016, 575.

<sup>136</sup> Zur Anfechtung nach deutschem Recht bei türkischem Kind OLG Stuttgart FamRZ 1999, 610; zum türkischen Recht Krüger FamRZ 1997, 1059.

<sup>137</sup> BT-Drs. 13/4899, 138; FamRefK/Wax EGBGB Art. 20 Rn. 2.

<sup>138</sup> FamRefK/Wax EGBGB Art. 20 Rn. 2.

#### IV. Rechtswirkungen der erfolgreichen Anfechtung

- 52 **1. Überblick.** Der rechtsgestaltende Beschluss,<sup>139</sup> der dem Anfechtungsantrag stattgibt, weil der Mann nicht der Vater des Kindes ist, wirkt, wenn er zu Lebzeiten der Parteien rechtskräftig wird, **für und gegen alle** (§ 184 Abs. 2 FamFG). Auch der am Anfechtungsverfahren nicht beteiligte leibliche Vater muss diese Statusänderung hinnehmen.<sup>140</sup> Dieser kann sich in einem folgenden Verfahren nicht mehr damit verteidigen, der jeweilige Mann sei dennoch der tatsächliche Vater.<sup>141</sup> Das Kind gilt mit der Rechtskraft des der Anfechtung stattgebenden Beschlusses mit **Rückwirkung auf den Tag seiner Geburt**<sup>142</sup> als nicht von dem Mann abstammend, der bisher auf Grund von § 1592 Nr. 1 oder Nr. 2 als sein Vater anzusehen war. Das Kind ist dann in aller Regel vaterlos; es sei denn, es greift die Ausnahmeregelung des § 1593 S. 4 (→ § 1593 Rn. 17) oder es handelt sich um die Anfechtung durch den leiblichen Vater, die zur Folge hat, dass das Kind sogleich diesem Mann als Vater zugeordnet wird (§ 182 Abs. 1 S. 1 FamFG). In allen anderen Fällen kann das Kind einem neuen Vater nur durch die Anerkennung der Vaterschaft durch einen anderen Mann oder durch gerichtliche Feststellung nach § 1600d Abs. 1 zugeordnet werden. Eine bereits vor der Rechtskraft des Beschlusses nach Abs. 1 erklärte Vaterschaftsanerkennung eines Dritten, die wegen § 1594 Abs. 2 zunächst schwebend unwirksam war, kann nun mit Rechtskraft des Beschlusses wirksam werden.
- 53 Die Vaterschaftsanfechtung entfaltet vielfältige **Konsequenzen personenstands- wie familienrechtlicher Art**. Das Kind verliert ex tunc<sup>143</sup> alle von dem betreffenden Mann hergeleiteten Rechte einschließlich der **Staatsangehörigkeit** (vgl. § 4 Abs. 1 StAG),<sup>144</sup> es sei denn, das Kind hat bei Rechtskraft der Anfechtungsentscheidung das fünfte Lebensjahr bereits vollendet (§ 17 Abs. 2, 3 StAG). Erhält der Standesbeamte, der die Geburt eines Kindes einer verheirateten Mutter beurkundet hat, eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung, durch welche festgestellt worden ist, dass dieses Kind kein Kind des Ehemannes seiner Mutter ist, so hat er diese Änderung des Personenstands des Kindes als Folgeurkundung zum **Geburtseintrag aufzunehmen** (§ 27 Abs. 3 Nr. 1 PStG). Das Kind verliert seinen **Unterhaltsanspruch** gegen den Scheinvater. Zu Unrecht bezahlter Unterhalt kann grundsätzlich zurückgefordert werden (→ Rn. 56 ff.). Einem **Erbrecht** (§§ 1924 ff.), das aus dem betreffenden Vaterschaftstatbestand hergeleitet wurde, wird rückwirkend die Grundlage entzogen, so dass Ansprüche aus §§ 2018 ff., §§ 812 ff. entstehen können. In namensrechtlicher Hinsicht gilt, dass das Kind nur auf **Antrag** den **Namen** erhält, den die Mutter bei seiner Geburt geführt hat (§ 1617b Abs. 2).
- 54 **2. Unterhaltsansprüche des Kindes.** Bis zur Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung, die einer Vaterschaftsanfechtung stattgibt, besteht ein Unterhaltsanspruch des Kindes aus § 1601 gegen den rechtlichen Vater einschließlich der Verfahrenskostenvorschusspflicht.<sup>145</sup> Die Zwangsvollstreckung aus einem Unterhaltsstil ist nicht allein wegen des laufenden Anfechtungsverfahrens einzustellen.<sup>146</sup> Im Einzelfall kann dem Unterhaltsverlangen aber der Rechtsmissbrauchseinwand entgegengesetzt werden.<sup>147</sup> Ein laufendes **Unterhaltsverfahren** ist ggf. auszusetzen, wenn ein Anfechtungsverfahren läuft.<sup>148</sup> Mit Rechtskraft der der Anfechtung stattgebenden Entscheidung verliert das Kind seinen Unterhaltsanspruch gegen den Scheinvater.<sup>149</sup>
- 55 Will der bislang unterhaltspflichtige Vater nach erfolgreicher Vaterschaftsanfechtung gegen einen bestehenden **Unterhaltstitel** vorgehen, so ist regelmäßig die **Vollstreckungsabwehrklage** gemäß § 767 ZPO iVm § 120 Abs. 1 FamFG der richtige Rechtsbehelf.<sup>150</sup> Der nachträgliche Wegfall der

<sup>139</sup> BGH NJW 1999, 1632.

<sup>140</sup> BGH NJW 2007, 3062.

<sup>141</sup> BGH NJW 2007, 3062; aA Staudinger/Rauscher, 2011, Rn. 33.

<sup>142</sup> BGH NJW 1972, 199; 1981, 2183; OLG Celle FamRZ 1993, 437; Palandt/Brudermüller Rn. 8; Erman/Hammermann Rn. 20; beachtliche rechtspolitische Kritik an der gesetzlichen Lösung bei Heiderhoff FamRZ 2010, 8 (14).

<sup>143</sup> Zu alternativen Lösungen de lege ferenda Heiderhoff ZfF-Sonderheft 2011, 273 (279).

<sup>144</sup> BVerwG FF 2018, 260; OVG Lüneburg BeckRS 2016, 49843 (Vorinstanz); VG Schleswig BeckRS 2016, 53549; OVG Hamburg DÖV 2004, 929; VG Oldenburg BeckRS 2015, 42531; VGH München BeckRS 2007, 30426; Heiderhoff ZfF-Sonderheft 2011, 273 (275); zur Verfassungswidrigkeit in Altfällen BVerfG BeckRS 2019, 16179.

<sup>145</sup> OLG Hamm FamFR 2013, 395; KG NJW-RR 1994, 1161.

<sup>146</sup> BGH NJW 1981, 1445 = FamRZ 1981, 531; KG NJW-RR 1994, 1161; OLG Hamm FamRZ 1987, 1188; Erman/Hammermann Rn. 26.

<sup>147</sup> OLG Hamm NJW 1994, 2424.

<sup>148</sup> OLG München FamRZ 1996, 950; aA OLG Hamm FamRZ 1987, 1188.

<sup>149</sup> BayOBLG NJW 1961, 1414.

<sup>150</sup> OLG Düsseldorf FamRZ 1987, 166; Erman/Hammermann Rn. 27; Staudinger/Rauscher, 2011, Rn. 40; Gernhuber/Coester-Waltjen FamR § 52 Rn. 133; Schmitz in Wendl/Dose UnterhaltsR § 10 Rn. 154; Streicher in Schwab ScheidungsR-Hdb I Rn. 1088; BeckOGK/Reuß Rn. 129.

Vaterschaft stellt insoweit eine rechtsvernichtende Einwendung dar, welche der weiteren Vollstreckung im Wege steht. Soweit der Scheinvater aber primär begehrt, den bestehenden Titel für die Zukunft zu beseitigen, so ist ein Abänderungsantrag gemäß § 238 Abs. 1 FamFG zu stellen.<sup>151</sup> Die Wahl des richtigen Verfahrens hängt insoweit vom Antragsziel ab.<sup>152</sup> Ein Wahlrecht zwischen den beiden Verfahren steht dem Antragssteller aufgrund der unterschiedlichen Zielrichtungen nicht zu.<sup>153</sup> Ein Unterhaltsstitel in Gestalt einer **Jugendamtsurkunde** ist im Wege eines Abänderungsverfahrens gemäß § 239 Abs. 1 FamFG aufzuheben, wenn mit erfolgreicher Vaterschaftsanfechtung die **Geschäftsgrundlage** für eine **vertragliche** Unterhaltszusage entfallen ist.<sup>154</sup>

**Konsequenz der erfolgreichen Anfechtung** ist, dass die zuvor **erbrachten Unterhaltsleistungen** ohne Rechtsgrund erfolgt sind. Insofern können **Bereicherungsansprüche** gegen das Kind bestehen, das Kind wird sich aber meist auf Entreicherung nach § 818 Abs. 3 berufen können.<sup>155</sup> Der Scheinvater ist daher darauf angewiesen, beim leiblichen Vater aus § 1607 Abs. 3 S. 2 (→ Rn. 57) oder bei der Mutter (→ Rn. 59) Regress zu nehmen. Unberührt von der Anfechtung bleiben **vertragliche Unterhaltsverpflichtungen** eines Partners der Mutter. Das betrifft insbesondere das mittels privater **Samenspende** gezeigte Kind; insoweit wird in der Einwilligung eines Mannes in die heterologe Insemination seiner Partnerin zugleich ein Vertrag zu Gunsten des Kindes gesehen, womit der Mann verspricht, unabhängig von seiner rechtlichen Vaterschaft dauerhaft für den Unterhalt des Kindes aufzukommen<sup>156</sup> (→ § 1600 Rn. 46, 61). Im Fall, dass das Kind selbst anficht, kann hier aber im Einzelfall vom Wegfall der Geschäftsgrundlage auszugehen sein.<sup>157</sup>

**3. Regress des Scheinvaters bezüglich Unterhalt und Verfahrenskosten. a) Ansprüche** 57  
**gegen den Erzeuger.** Der Mann, der seine zuvor nach § 1592 Nr. 1 oder 2 bestehende Vaterschaft wirksam angefochten hat,<sup>158</sup> kann danach vom **leiblichen Vater** des Kindes gemäß § 1607 Abs. 3 S. 2 Ersatz für den an das Kind geleisteten **Unterhalt**<sup>159</sup> verlangen. Die Sperre des § 1613 Abs. 1 (kein Unterhalt für die Vergangenheit) gilt gemäß § 1613 Abs. 2 Nr. 2 lit. a hier nicht. Grundsätzliche **Voraussetzung** ist allerdings, dass die Vaterschaft des Erzeugers zunächst kraft Anerkennung oder gerichtlicher Feststellung (vgl. § 1600d Abs. 4) rechtswirksam festgestellt ist<sup>160</sup> (zu Ausnahmen → § 1600d Rn. 110 f.) oder dieser das Kind adoptiert hat.<sup>161</sup> Das Recht des Kindes, die Vaterschaft des Erzeugers gemäß § 1600d gerichtlich feststellen zu lassen, geht nicht mit dem Unterhaltsanspruch auf den Scheinvater über.<sup>162</sup> Der Scheinvater ist regelmäßig auf den Regressanspruch angewiesen, weil **Bereicherungsansprüche gegen das Kind** aus § 812 Abs. 1 S. 1 an § 818 Abs. 3 (Entreicherung) scheitern.<sup>163</sup> Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677, 681, 670) bestehen ebenfalls nicht, weil der zunächst nach § 1592 Nr. 1 oder 2 als Vater geltende Mann im Zeitpunkt der Geschäftsführung objektiv wie subjektiv eine eigene Unterhaltspflicht erfüllt hat und jedenfalls keinen Fremdgeschäftsführungswillen hatte.<sup>164</sup> Auch Ansprüche aus § 812 gegen den später als Vater festgestellten Mann kommen kaum in Betracht, da es infolge der cessio legis gemäß § 1607 Abs. 3 S. 2 an einer Bereicherung in Form einer Schuldbefreiung bei dem Inanspruchgenommenen fehlt.

<sup>151</sup> OLG Karlsruhe FamRZ 2014, 313; OLG Nürnberg NJW-RR 1996, 1089; Prütting/Helms/Bömelburg FamFG § 238 Rn. 82; Musielak/Borth/Grandel FamFG § 238 Rn. 36.

<sup>152</sup> BGH NJW 2005, 2313 = FamRZ 2005, 1479; Schmitz in Wendl/Dose UnterhaltsR § 10 Rn. 295.

<sup>153</sup> BGH NJW 2005, 2313 = FamRZ 2005, 1479.

<sup>154</sup> OLG Karlsruhe FamRZ 2014, 313; aA Grappa FF 2014, 279; Schmitz in Wendl/Dose UnterhaltsR § 10 Rn. 154.

<sup>155</sup> BGH NJW 1981, 2183; 1981, 48; OLG Frankfurt FamRZ 1990, 558; Nehlsen-v. Stryk FamRZ 1988, 225 (228); anders bei Bausparbeiträgen, OLG Frankfurt FamRZ 1990, 558.

<sup>156</sup> BGH NJW 2015, 3434.

<sup>157</sup> Dazu Wellenhofer FamRZ 2013, 827 f.; Taupitz/Schlüter AcP 205 (2005), 591 (608); offengelassen in BGHZ 129, 297 = NJW 1995, 2028 = FamRZ 1995, 861; einen Wegfall der Geschäftsgrundlage nach Anfechtung durch das Kind bejahen: OLG Hamm NJW 1994, 2424; Bernat MedR 1986, 245 (248).

<sup>158</sup> Dies ist Voraussetzung, vgl. BGH NJW 2012, 852 = FamRZ 2012, 437; NJW 1981, 1445 = FamRZ 1981, 531; NJW 1985, 386; OLG Saarbrücken FamRZ 2011, 648; OLG Hamm NJW 1988, 830.

<sup>159</sup> Zum Anspruchsumfang BGH NJW 2018, 3648; 2013, 2108 = FamRZ 2013, 939; OLG Celle NZFam 2017, 912; KG FamRZ 2000, 441; Schwonberg FuR 2006, 443 (445); Forschner FamRZ 2013, 1700 (1701); Huber FamRZ 2004, 145 (146 f.).

<sup>160</sup> BGH NJW 1993, 1195; OLG Hamm FamRZ 2005, 475; OLG Karlsruhe FamRZ 2005, 474; OLG Oldenburg FamRZ 1994, 651; Schwab FamR. Rn. 579; Staudinger/Rauscher, 2011, Rn. 48 f.; aA für Ausnahmefall OLG Düsseldorf FamRZ 2000, 1032.

<sup>161</sup> LG Duisburg NJW-RR 1996, 1475.

<sup>162</sup> BGH NJW 1993, 1195.

<sup>163</sup> BGH NJW 1981, 2183; 1981, 48; OLG Frankfurt FamRZ 1990, 558; Raiser FamRZ 1986, 942 (943).

<sup>164</sup> BGH NJW 1967, 559 = FamRZ 1967, 144; KG FamRZ 2000, 441; OLG Celle FamRZ 2005, 1853 betr. Vaterschaftsanfechtungskosten; Löhning FamRZ 2003, 1354 (1355).

Ein Anspruch aus § 826 erscheint zwar denkbar,<sup>165</sup> meist wird aber die Schädigungsabsicht fehlen.<sup>166</sup> Beruhte die Vaterschaft des (Schein)Vaters auf **bewusst unrichtiger Anerkennung**, so kann man diskutieren, ob ein Regressanspruch ausscheidet;<sup>167</sup> schließlich hat der Mann in diesem Fall die Unterhaltslast freiwillig auf sich genommen, sodass die Geltendmachung des Regressanspruchs uU gegen § 242 verstoßen mag. Die bloße Kenntnis der fehlenden leiblichen Vaterschaft dürfte dafür indes nicht ausreichen; denn es bleibt zu beachten, dass in § 1607 Abs. 3 S. 2 kein subjektives Tatbestandsmerkmal enthalten ist<sup>168</sup> und der Normzweck dahin geht, die Bereitschaft Dritter zu Unterhaltsleistungen zu fördern (→ § 1607 Rn. 1).<sup>169</sup> Im Übrigen können Billigkeitsgesichtspunkte noch im Rahmen von § 1613 Abs. 3 berücksichtigt werden.<sup>170</sup>

**58 b) Erstattung der Kosten für das Anfechtungsverfahren.** Weiterhin kann der Scheinvater, dessen Vaterschaft auf § 1592 Nr. 1 beruhte, nach § 1607 Abs. 3 S. 2 von dem festgestellten Vater des Kindes **Erstattung der für das Anfechtungsverfahren gemachten Aufwendungen verlangen**.<sup>171</sup> Dazu gehören sämtliche Kosten der Vaterschaftsanfechtung<sup>172</sup> einschließlich des Verfahrenskostenvorschusses für die Anfechtung durch das Kind selbst,<sup>173</sup> nicht aber sonstiger entgangener Gewinn.<sup>174</sup> Der Kostenersstattungsanspruch des Scheinvaters ist unabhängig von der Leistungsfähigkeit des Erzeugers.<sup>175</sup> Teilweise wird der Anspruch allerdings auf die „erforderlichen“ Kosten beschränkt.<sup>176</sup> Str. ist, ob nach diesen Grundsätzen auch die **Entbindungskosten** (vgl. § 16151 Abs. 1) ersatzfähig sind.<sup>177</sup> Ein allgemeiner Schadensersatzanspruch gegen den Ehebrecher (oder auch die Mutter) nach Deliktsrecht ist zu verneinen;<sup>178</sup> im besonderen Einzelfall können aber Ansprüche aus § 826 in Betracht kommen.<sup>179</sup> Sofern die Vaterschaft des Scheinvaters auf **Anerkennung** (§ 1592 Nr. 2) beruhte, wird der Erstattungsanspruch wegen der Anfechtungskosten nach einer Ansicht von vornherein abgelehnt (→ § 1607 Rn. 25).<sup>180</sup> Eine solche generelle Ungleichbehandlung von ehelicher und nichtehelicher Vaterschaft überzeugt indes nicht. Möglich bleibt aber, in Fällen der Vaterschaft kraft **Anerkennung** ein „**Mitverschulden**“ analog § 254 zu berücksichtigen,<sup>181</sup> wenn der Scheinvater wider besseren Wissens anerkannt hatte oder leichtfertig von seiner Vaterschaft ausgegangen ist. In solchen Fall hat er die Notwendigkeit der Anfechtung (auch) selbst zu vertreten und die damit verbundenen Kosten maßgeblich mitverursacht.

**59 c) Ansprüche gegen die Mutter. Bereicherungsansprüche des Scheinvaters** können **gegen die Mutter** bestehen, falls der Erzeuger unbekannt bleibt und die Mutter infolgedessen

<sup>165</sup> So auch *Frank* StAZ 2003, 129 (130).

<sup>166</sup> *Gernhuber/Coester-Waltjen* FamR § 52 Rn. 139.

<sup>167</sup> Vgl. *PWW/Friederici* Rn. 7; zu weitgehend aber *OLG Celle* FamRZ 2005, 1853, das Ansprüche nur bei auf Ehe beruhender Scheinvaterschaft bejahen will; ähnlich aber *OLG Jena NJW-RR* 2005, 1671 = FamRZ 2006, 1148; gegen Regressansprüche des wissenden Ehemanns *AG Wipperfürth* FamRZ 2001, 783.

<sup>168</sup> *OLG Schleswig NJW-RR* 2007, 1017 = FamRZ 2007, 2102; *LG Bielefeld* FamRZ 2006, 1149; *Henrich* FamRZ 2001, 785; *Schwonberg* FuR 2006, 443 (444); *Forschner* FamRZ 2013, 1700 (1703).

<sup>169</sup> *OLG Celle NZFam* 2017, 912; *OLG Schleswig NJW-RR* 2007, 1017 = FamRZ 2007, 2102; *Forschner* FamRZ 2013, 1700; *Forschner* FuR 2014, 689.

<sup>170</sup> Dazu *OLG Celle* BeckRS 2019, 6758.

<sup>171</sup> *BGH NJW* 1972, 199; 1988, 2604; *KG FamRZ* 2000, 441; *OLG Celle* FamRZ 2005, 1853; *OLG Schleswig NJW-RR* 2007, 1017; *OLG Düsseldorf* FamRZ 2000, 1032; *Schwab* FamR Rn. 579; näher *Schwonberg* FuR 2006, 501 (505 f.); *Huber* FamRZ 2004, 145 (147); auch Kosten eines außergerichtlichen Vaterschaftstests; aA *Wagner* NJW 1972, 577; *AG Ettenheim* FamRZ 1992, 558.

<sup>172</sup> Dazu *BGH NJW* 1972, 199; *OLG Celle* FamRZ 1992, 556 betr. Anspruch gegen die Mutter; aA *AG Ettenheim* FamRZ 1992, 558; *LG Detmold* FamRZ 1992, 98.

<sup>173</sup> *BGH NJW* 1964, 2151; 1968, 446.

<sup>174</sup> *LG Köln* FamRZ 1991, 805.

<sup>175</sup> *LG Dortmund* FamRZ 1994, 654.

<sup>176</sup> So betr. Erforderlichkeit der Zuziehung eines Anwalts *AG Aschaffenburg* FamRZ 1992, 1342 m. zust. Anm. *Goes*.

<sup>177</sup> Bejahend *Medicus/Petersen* BürgerR Rn. 620; *Palandt/Brudermüller* § 16151 Rn. 6.

<sup>178</sup> *BGH NJW* 1957, 671; 1972, 199; 1973, 991; *LG Köln* FamRZ 1991, 805; sehr str.; näher *Gernhuber/Coester-Waltjen* FamR § 52 Rn. 138 ff.

<sup>179</sup> *BGH NJW* 1981, 1445; *OLG Karlsruhe* NJW-RR 1992, 515; bezüglich Anspruch gegen die Mutter *LG Baden-Baden* FamRZ 1992, 557; *Nehlsen-v. Stryk* FamRZ 1988, 225 (237); *Gernhuber/Coester-Waltjen* FamR § 52 Rn. 139 f.

<sup>180</sup> *OLG Jena* FamRZ 2006, 1148; *OLG Celle* FamRZ 2005, 1853; *AG Essen-Stehle* FamRZ 1999, 1296; *AG Uelzen* FamRZ 2002, 844.

<sup>181</sup> Vgl. *Erman/Hammermann* § 1607 Rn. 28; für Anwendung von § 242 *Johannsen/Henrich/Graba/Maier* § 1607 Rn. 8.

rückwirkend als allein unterhaltpflichtig anzusehen ist.<sup>182</sup> Hatte die Mutter den Mann durch wahrheitswidrige Behauptungen absichtlich zur Anerkennung der Vaterschaft veranlasst, kann ihm im Hinblick auf geleisteten Unterhalt auch ein Schadensersatzanspruch aus § 826 zustehen.<sup>183</sup> Zum Teil wird bei Falschaussage im gerichtlichen Verfahren auch ein Anspruch gegen die Mutter aus § 823 Abs. 2 iVm § 153 StGB bejaht.<sup>184</sup> Überdies kann der Scheinvater grundsätzlich auch den an die Frau geleisteten Betreuungsunterhalt aus § 1570 oder § 1615l kondizieren, dessen Voraussetzungen mit der Vaterschaftsanfechtung ebenfalls entfallen sind. Im Übrigen geht nach § 1615l Abs. 3 S. 1 iVm § 1607 Abs. 3 S. 2 (analog) auch der Anspruch der Mutter gegen den Erzeuger auf **Betreuungsunterhalt** auf den Scheinvater über.<sup>185</sup>

**d) Kein Auskunftsanspruch des Scheinvaters.** Anerkannt ist, dass ein **Anspruch gegen das Kind auf Mitteilung des Namens** des rechtlichen Vaters besteht, sobald die Vaterschaftsanerkennung oder -feststellung erfolgt ist (→ § 1607 Rn. 23).<sup>186</sup> Das folgt aus §§ 401, 412 iVm § 1607.<sup>187</sup> Abgesehen davon bleibt die Möglichkeit der Einsicht in das Geburtenregister gemäß § 62 Abs. 1 PStG. Dem Scheinvater sollte es insoweit möglich sein, ein berechtigtes Interesse geltend zu machen. Man kann aus den genannten Normen heraus auch noch einen Anspruch gegen das erwachsene Kind bejahen, gerichtet auf Bezeichnung des Erzeugers, sofern dieser Name zum präsenten Wissen des Kindes zählt. Weitergehende Ansprüche gegen das Kind scheiden jedoch aus<sup>188</sup> (→ § 1598a Rn. 71). Ein Auskunftsanspruch des Scheinvaters **gegen die Mutter** über die Identität des leiblichen Vaters besteht nach geltendem Recht nicht.<sup>189</sup> Allgemeine Normen wie § 1353<sup>190</sup> oder § 242<sup>191</sup> eignen sich insoweit nicht als Anspruchsgrundlage. Der richterlichen Rechtsfortbildung sind hier Grenzen gesetzt;<sup>192</sup> schließlich ist mit der Auskunftspflicht ein tiefer Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Mutter aus Art. 2 Abs. 1 GG iVm Art. 1 Abs. 1 GG bzw. in ihre Intimsphäre verbunden<sup>193</sup> (→ § 1598a Rn. 66 f.). Ob der Gesetzgeber hier tätig werden wird, bleibt abzuwarten.<sup>194</sup> Im seltenen Ausnahmefall kann die Mutter dem über die Ehelichkeit des Kindes getäuschten Ehemann nach § 826 wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung schadensersatzpflichtig sein. Das daraus resultierende gesetzliche Schuldverhältnis zwischen dem Mann und der Mutter kann auch Grundlage für einen Auskunftsanspruch sein.<sup>195</sup>

**4. Sorgerecht; Umgangsrecht.** **a) Rückwirkendes Entfallen des Sorgerechts.** Mit 61 erfolgreicher Anfechtung entfällt rückwirkend das Sorgerecht des Scheinvaters. Als enger Bezugsperson des Kindes kann dem Scheinvater aber weiterhin ein **Umgangsrecht** nach § 1685 Abs. 2 zustehen. Das Kind steht nun **unter der elterlichen Sorge** der Mutter (§ 1626a Abs. 3). Die Mutter kann für die Feststellung der Vaterschaft des leiblichen Vaters und der Regelung der Unterhaltsansprüche gegen ihn eine Beistandschaft des Jugendamtes beantragen (vgl. § 1712 Abs. 1, § 234 FamFG).

**b) Wirksamkeit von Vertretungsgeschäften. Rechtsgeschäfte**, bei denen das Kind vor der 62 rechtskräftigen Anfechtung der Vaterschaft durch seine „Eltern“ **vertreten** worden ist, sind in der

<sup>182</sup> LG Düsseldorf FamRZ 1993, 997; *Gernhuber/Coester-Waltjen* FamR. § 52 Rn. 140.

<sup>183</sup> BGH NJW 2013, 2108 = FamRZ 2013, 939; NJW 1990, 706 = FamRZ 1990, 367; OLG Braunschweig BeckRS 2013, 06925; RGZ 152, 397 (400); LG Paderborn FamRZ 1998, 1425; *Schwonberg* FuR 2006, 395 Fn. 3; *Gernhuber/Coester-Waltjen* FamR. § 52 Rn. 140; Schweigen erfüllt den Tatbestand des § 826 nicht, OLG Köln NJW-RR 1999, 1673; LG Heilbronn FamRZ 2005, 474.

<sup>184</sup> OLG Celle FamRZ 1992, 556; zur Falschaussage der Mutter im Anfechtungsverfahren LG Verden FamRZ 2011, 1078.

<sup>185</sup> Bei Gelegenheit klarstellend BGH NJW 2012, 450 = FamRZ 2012, 200; *Löhnig* FamRZ 2003, 1354 (1356); aA *Schwonberg* FuR 2006, 501 (503).

<sup>186</sup> OLG Köln FamRZ 2002, 1214; *Staudinger/Rauscher*, 2011, § 1599 Rn. 50.

<sup>187</sup> ZB AG Stuttgart BeckRS 2003, 16490; *Erman/Hammermann* § 1607 Rn. 31.

<sup>188</sup> LG Paderborn NJW-RR 1992, 966; LG Heilbronn FamRZ 2005, 474; näher *Schwonberg* FuR 2006, 443 f.; *Staudinger/Rauscher*, 2011, Rn. 50.

<sup>189</sup> BVerfG NJW 2015, 1506.

<sup>190</sup> Dafür *N. Mayer*, Auskunftsansprüche betreffend die Identität des biolog. Vaters, 2014, 133; wohl auch *Erbarth* FamRZ 2015, 1944 (1950); dazu auch *Wöhlgemuth* FuR 2016, 132 (133).

<sup>191</sup> Dafür BGH NJW 2012, 450 = FamRZ 2012, 200; NJW 2013, 2108 = FamRZ 2013, 939; NJW 2014, 2571; LG Bonn MDR 1993, 655; OLG Bamberg FamRZ 2004, 562; *Neumann* FPR 2011, 366 (367).

<sup>192</sup> BVerfG NJW 2015, 1506.

<sup>193</sup> BVerfG NJW 2015, 1506; ähnlich schon OLG Oldenburg FamRZ 1994, 651; LG Ansbach NJW-RR 1993, 135; *Schwonberg* FuR 2006, 443.

<sup>194</sup> Vgl. RegE BR-Drs. 493/16.

<sup>195</sup> OLG Bamberg FamRZ 2004, 562; ferner OLG Oldenburg FamRZ 1994, 651; LG Kiel FamRZ 1993, 980; OLG Karlsruhe NJW-RR 1992, 515; BGH NJW 1990, 706 = FamRZ 1990, 367; im konkreten Fall abl. LG Heilbronn FamRZ 2005, 474; zurückhaltend in der Sache auch *Gernhuber/Coester-Waltjen* FamR. § 52 Rn. 140.

Regel nicht wegen rückwirkenden Wegfalls der Vertretungsmacht des Ehemannes der Mutter unwirksam. Wenn die Mutter als Vertreterin beteiligt war (§ 1629 Abs. 1 S. 3), ist das Geschäft deshalb wirksam, weil die Mutter rückwirkend als alleinige Vertreterin anzusehen ist.<sup>196</sup> Gleiches gilt, wenn sie dem Mann Vollmacht erteilt hatte. Problematisch ist allenfalls die Frage, was zu gelten hat, wenn der Mann allein handelte, weil der Mutter das Sorgerecht nicht zustand. War dem Scheinvater das Sorge- bzw. Vertretungsrecht gerichtlich übertragen worden (§§ 1628, 1671 f., 1680), so wird teilweise in dem Hoheitsakt eine hinreichende Grundlage für das Vertretungsrecht gesehen.<sup>197</sup> Indes beruht die Sorge gerade auch auf der Elternstellung, die mit der Anfechtung eben entfällt. Hier dürften sich die Wirkungen des § 164 jedoch kraft **Rechtsscheins** (§§ 1698a, 1698b, 1893 analog) ergeben.<sup>198</sup> Die Gegenansicht will generell § 177 anwenden und ausgehend von Vertretung ohne Vertretungsmacht nun dem richtigen Vater die (stillschweigende) Genehmigung der Geschäfte überlassen.<sup>199</sup> Das erscheint jedoch nur für die Fälle die Auffanglösung zu sein, in denen ein Rechtsschein im genannten Sinne nicht entstanden ist.

## V. Vaterschaftsanerkennung während des Scheidungsverfahrens (Abs. 2)

- 63 **1. Normzweck.** Abs. 2 enthält eine **Ausnahmeregelung** gegenüber Abs. 1 bzw. § 1592 Nr. 1.<sup>200</sup> Die Vorschrift betrifft Kinder, die nach Anhängigkeit des Scheidungsantrags, aber vor Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses zur Welt kommen. In diesen Fällen gilt die **Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1** unabhängig von einer Anfechtung ausnahmsweise nicht, wenn ein anderer Mann innerhalb eines Jahres nach Rechtskraft der dem Scheidungsantrag stattgebenden gerichtlichen Entscheidung die Vaterschaft anerkennt und der (Ex-)Ehemann (**Scheinvater**) **zustimmt**. Man spricht auch von einer vaterschaftsdurchbrechenden Anerkennung bzw. einem **scheidungsakzessorischen Statuswechsel**. Damit soll der Erfahrung Rechnung getragen werden, dass Kinder, die während eines **laufenden Scheidungsverfahrens** geboren werden, meist nicht von dem Noch-Ehemann abstammen. Schließlich geht der Scheidung grundsätzlich ein **Trennungsjahr** der Ehegatten voraus (§ 1566 Abs. 1). Zugleich zielt die Regelung darauf, den Beteiligten in diesen Fällen bei Einigkeit aller Beteiligten den Aufwand eines Anfechtungsverfahrens mit Abstammungsgutachten zu ersparen.<sup>201</sup> Angeblich würde es in der Bevölkerung auch auf Unverständnis stoßen, dass auch dann ein Gerichtsverfahren durchgeführt werden müsse, wenn sich alle Beteiligten darüber einig sind, wer der wirkliche Vater ist.<sup>202</sup>
- 64 Die Übereinstimmung von genetischer und rechtlicher Vaterschaft wird in der Weise herbeigeführt, dass die auf Grund der Ehe der Mutter geltende Vaterschaftsvermutung der § 1592 Nr. 1, § 1593 für nach Anhängigkeit des Scheidungsantrags geborene Kinder nicht eingreift, wenn ein Dritter innerhalb eines Jahres nach Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses seine Vaterschaft anerkennt. Dabei soll mit dem Erfordernis einer Vaterschaftsanerkennung durch einen Dritten sichergestellt werden, dass das **Kind nicht rechtlich ohne Vater** ist. Umgekehrt soll mit dem Umstand, dass die Anerkennung frühestens mit der Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses wirksam wird, verhindert werden, dass das Kind zum Kind eines Dritten wird, obwohl die Ehe der Mutter noch besteht. Der Gesetzgeber hat sich über die Bedenken, das Kind nicht ohne gerichtliche Überprüfung einen Vater im Rechtssinne verlieren zu lassen, hinweggesetzt und den **praktischen Vorteilen** der Neuregelung den Vorzug gegeben.<sup>203</sup> Die Möglichkeit der Direktanerkennung kennt das Gesetz im Übrigen auch im Fall des § 1593, dh bei Geburt des Kindes nach dem Tod des Ehemannes.

- 65 **2. Kritik.** An der Regelung wurde kritisiert,<sup>204</sup> dass es bis zur Anerkennung durch den leiblichen Vater zu einem **Schwebezustand** kommen kann, der im Hinblick auf steuerrechtliche Beurtei-

<sup>196</sup> Staudinger/Rauscher, 2011, Rn. 35; Erman/Hammermann Rn. 24; Gernhuber/Coester-Waltjen FamR § 52 Rn. 132.

<sup>197</sup> Staudinger/Rauscher, 2011, Rn. 34; BeckOGK/Reuß Rn. 122.2.

<sup>198</sup> So auch Erman/Hammermann Rn. 24; Gernhuber/Coester-Waltjen FamR § 52 Rn. 132; BeckOGK/Reuß Rn. 122.2.

<sup>199</sup> Staudinger/Rauscher, 2011, Rn. 34; Muscheler FamR Rn. 563.

<sup>200</sup> Zum Normzweck s. auch BR-Drs. 180/1/96, 3; Wagner FamRZ 1999, 7 ff.; FamRefK/Wax Rn. 5 f.; Zimmerman DNotZ 1998, 404 (407 f.).

<sup>201</sup> Mühlens/Kirchmeier/Greßmann, Das neue Kindschaftsrecht, 1998, 90; Greßmann, Neues Kindschaftsrecht, 1998, Rn. 70 f.

<sup>202</sup> Rechtsausschuss BT-Drs. 13/8511, 70.

<sup>203</sup> Dazu BT-Drs. 13/4899, 53.

<sup>204</sup> Krit. insbes. Gaul FamRZ 2000, 1461 (1464); Rauscher FPR 2002, 359 (368). Die Regelung befürwortend FamRefK/Wax Rn. 5 f.; Dethloff FamR § 10 Rn. 12; Gernhuber/Coester-Waltjen FamR § 52 Rn. 34; Muscheler FamR Rn. 546; Grin, Vaterschaftsfeststellung und -anfechtung, 2. Aufl. 2010, Rn. 66 f.; Wanitzek, Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, 2002, 46 f.

lungen, Kindergeld, Unterhaltsfragen etc problematisch sein kann.<sup>205</sup> Immerhin hat der Dritte nach Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses ein Jahr Zeit, sich die Anerkennung zu überlegen. Problematisch erscheint zudem, dass Ehemann, Mutter und Vater ohne gerichtliche Kontrolle und ohne Beteiligung des Kindes<sup>206</sup> privatautonom über den Status des Kindes entscheiden können.<sup>207</sup> Ohne dass eine Institution beteiligt wäre, die über das Kindeswohl wacht, wird die Abstammung des Kindes zur Disposition der Eltern gestellt. Insoweit birgt die Regelung die Gefahr eines einvernehmlich **ausgehandelten Personenstandsgeschäfts**.<sup>208</sup>

Zu Gunsten der Regelung ist jedoch anzuführen, dass die getroffenen „Abmachungen“ in den allermeisten Fällen zu einer Übereinstimmung von rechtlicher und genetischer Vaterschaft führen werden.<sup>209</sup> Die Fehlerquote dürfte kaum höher liegen als bei sonstigen Anerkennungen auch.<sup>210</sup> Und insoweit sieht das Gesetz bei der Vaterschaftsgerkennung ohnehin nur eine sehr begrenzte Mitwirkung des Kindes vor (vgl. § 1595 Abs. 2). Das Konzept des § 1599 Abs. 2 ist insofern Ausfluss der diesbezüglichen Grundentscheidung in § 1595; Kritik im Hinblick auf eine ungenügende Wahrnehmung der Kindesinteressen hat allein dort anzusetzen.<sup>211</sup> Im vorliegenden Zusammenhang ist zudem zu beachten, dass es praktisch nur um Klein(st)kinder geht, deren höchstpersönliche Beteiligung ohnehin nicht in Betracht gekommen wäre. Und ob insoweit die **Mitwirkung eines Pflegers** dazu beitragen würde, unrichtige Anerkennungen zu verhindern, ist höchst fraglich.<sup>212</sup> Auf diesen ergänzenden, außerfamiliären Kontrollmechanismus konnte daher verzichtet werden. Im Übrigen kann auch die bewusst unrichtige Anerkennung zu Gunsten des Kindes gereichen, wenn das Kind dadurch in eine intakte Familie integriert werden kann. Und nicht zuletzt wird auch die **Vermeidung gerichtlicher Auseinandersetzung** (Anfechtungs- und Feststellungsverfahren) dem Wohl des Kindes dienen.

**De lege ferenda** wird überlegt, das Modell der „**Dreiererklärung**“ auszudehnen. Nach 67 dem Diskussionsteilentwurf des BMJV für ein Gesetz zur **Reform des Abstammungsrechts** vom 15.2.2019 soll die Drittnerkennung im Fall der verheirateten Mutter künftig unabhängig von einem Scheidungsverfahren möglich sein, jedoch müsste die Anerkennung des Dritten dann entweder vor der Geburt oder innerhalb von acht Wochen nach der **Geburt** des Kindes erfolgen.<sup>213</sup> Außerdem wird vorgeschlagen, die geltende Regelung für den Scheidungsfall dahin zu ändern, dass es nicht mehr auf die Rechtskraft der Scheidung ankommen soll, sondern der Statuswechsel bereits mit Vorliegen der drei Erklärungen eintreten soll.<sup>214</sup>

**3. Verhältnis zum Anfechtungsverfahren.** Abs. 2 bietet eine Option, von der die Beteiligten nicht Gebrauch machen müssen. Den Beteiligten steht es grundsätzlich frei, durch ihre Zustimmung die Voraussetzungen der Norm herbeizuführen oder nicht. Daher fehlt auch trotz Vorliegens der sonstigen Voraussetzungen des Abs. 2 grundsätzlich nicht das **Rechtsschutzbedürfnis für eine gerichtliche Vaterschaftsanfechtung**.<sup>215</sup> Schließlich lässt sich nach geltendem Recht nur auf diesem Weg Klarheit über die genetischen Abstammungsverhältnisse erreichen. Zudem kann im Einzelfall die Gefahr bestehen, dass die **Anfechtungsfrist** abläuft und auch Abs. 2 nicht greift, etwa weil der Dritte seine Anerkennung inzwischen widerrufen hat oder nicht abzusehen ist, wann die

<sup>205</sup> Vgl. BR-Drs. 180/1/96, 4; BeckOGK/Reuß Rn. 32; Soergel/Schmidt-Recla Rn. 6.

<sup>206</sup> Daher krit. auch Diederichsen NJW 1998, 1977 (1979).

<sup>207</sup> Gaul FamRZ 1997, 1441 (1448, 1455 f.); Gaul FamRZ 2000, 1461 (1464); aA Muscheler/Beisenherz JR 1999, 356 (358); Wagner FamRZ 1999, 7 (9); Überblick über die Diskussion bei Gauseweg NZFam 2019, 147 (149).

<sup>208</sup> Krit. daher Ramm JZ 1996, 990 (992); ferner Keller NJ 1998, 234; diff. Wagner FamRZ 1999, 7 (9); aA Staudinger/Rauscher, 2011, Rn. 5 ff.

<sup>209</sup> Vgl. Freitag StAZ 2013, 333 (335).

<sup>210</sup> IdS auch Zimmermann DNotZ 1998, 404 (408).

<sup>211</sup> Vgl. Staudinger/Rauscher, 2011, Rn. 6.

<sup>212</sup> Vgl. Coester DEuFamR 1999, 3 (5); Gernhuber/Coester-Waltjen FamR § 52 Rn. 38.

<sup>213</sup> Diskussionsteilentwurf des BMJV, 40 f., [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Reform\\_Abstammungsrecht.html](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Reform_Abstammungsrecht.html) (zuletzt abgerufen am 2.5.2019); anknüpfend an Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, 2017, 44 f.; zust. Unger FamRZ 2018, 663 (665 f.).

<sup>214</sup> Diskussionsteilentwurf des BMJV, 41, [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Reform\\_Abstammungsrecht.html](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Reform_Abstammungsrecht.html) (zuletzt abgerufen am 2.5.2019); anknüpfend an Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, 2017, 46; weitere Vorschläge bei Reuß, Theorie eines Elternschaftsrechts, 2018, 373 ff., 380.

<sup>215</sup> OLG Köln FamRZ 2005, 743 betr. Prozesskostenhilfe; OLG Karlsruhe FamRZ 2001, 232 betr. lang dauerndes Scheidungsverfahren; OLG Brandenburg FamRZ 2011, 1310; Wanitzek FPR 2002, 390 (395); Grün, Vaterschaftsfeststellung und –anfechtung, 2. Aufl. 2010, Rn. 197; diff. Gernhuber/Coester-Waltjen FamR § 52 Rn. 38 ff.; aA OLG Naumburg EzFamR aktuell 2002, 189; FamRZ 2008, 432 für PKH; Palandt/Brudermüller Rn. 11; PWW/Friederici Rn. 21.

Scheidung rechtskräftig wird. Außerdem bleibt zu berücksichtigen, dass das Anfechtungsverfahren meist binnen einiger Wochen entschieden ist, zumal das insoweit erforderliche genetische Abstammungsgutachten meist rasch erstellt werden kann. Das Scheidungsverfahren hingegen kann sich unter Umständen unverhältnismäßig lang hinziehen. Während dieser Zeit bliebe die Vaterschaft des gesetzlichen Vaters aber bestehen, was oft von ihm nicht gewollt sein wird. Auch aus dem Blickwinkel des Kindes wäre das kein Vorteil, weil es gilt, möglichst frühzeitig eine stabile Zuordnung zur Familie zu erreichen. Sieht sich der rechtliche Vater aber zur Vaterschaftsanfechtung veranlasst, weil der leibliche Vater die Anerkennung zunächst grundlos verweigert und erst während des Anfechtungsverfahrens erklärt, welches sich dann erledigt, so können dem leiblichen Vater die Kosten des Verfahrens nach § 83 Abs. 2 FamFG iVm §§ 80, 81 FamFG auferlegt werden.<sup>216</sup>

69 **4. Tatbestandsvoraussetzungen. a) Scheidung.** Erste Voraussetzung ist die **Scheidung** der Ehe, auf der die gesetzliche Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 beruht. **Der Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses** ist **Wirksamkeitsvoraussetzung** für die Anerkennung durch den Dritten wie auch dafür, dass die Vaterschaft des früheren Ehemanns der Mutter nach § 1592 Nr. 1 entfällt. Bis dahin wäre eine zuvor erklärte Anerkennung schwebend unwirksam. Im Fall der **Aufhebung der Ehe** ist die Norm analog anzuwenden.<sup>217</sup> Zur Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten → Rn. 75. Die gerichtliche Entscheidung über die Scheidung ist **rechtskräftig**, wenn die Rechtsmittelfrist abgelaufen oder auf Rechtsmittel wirksam verzichtet worden ist.

70 **b) Geburt nach Anhängigkeit des Scheidungsantrags.** **Zeitlich** muss das Kind **nach Anhängigkeit**<sup>218</sup> des Scheidungsantrags, dh nach Eingang der Antragsschrift beim zuständigen Gericht, aber **vor Eintritt der Rechtskraft** des Scheidungsbeschlusses geboren werden. Wird das Kind erst danach geboren, greift der Vaterschaftstatbestand des § 1592 Nr. 1, unabhängig von der Lage der Empfängniszeit, von vornherein nicht, so dass es ohnehin keiner Anfechtung durch den Ex-Ehemann bedarf.<sup>219</sup> Wird das Kind vor Einreichung des Scheidungsantrags geboren, bleibt es bei der Grundregel des Abs. 1. Entscheidend ist der **Tag der Vollendung der Geburt**, dh des vollständigen Austritts des Kindes aus dem Mutterleib (→ § 1592 Rn. 9). Abzustellen ist auf denjenigen Scheidungsantrag, der dann erfolgreich zur Scheidung führt.<sup>220</sup> Ein vor Ablauf des Trennungsjahrs gestellter Scheidungsantrag des Ehemannes wird aber in den Fällen des § 1599 Abs. 2 regelmäßig Erfolg haben, weil Abliegen dem Ehemann hier nicht zumutbar und somit ein Härtefall iSv § 1565 Abs. 2 zu bejahen ist.<sup>221</sup> Der **Tod** des Kindes vor Erfüllung aller Tatbestandsvoraussetzungen steht der Anwendung des Abs. 2 nicht entgegen.<sup>222</sup>

71 **c) Anerkennung der Vaterschaft durch Dritten.** Ein Dritter muss die Vaterschaft anerkannt haben. Für diesen speziellen Fall der Anerkennung schließt Abs. 2 S. 1 die Anwendung von § 1594 Abs. 2 aus, wonach eine **Anerkennung der Vaterschaft nicht wirksam** ist, solange die Vaterschaft eines anderen Mannes besteht. Voraussetzung ist aber, dass die Anerkennung des Dritten **spätestens bis zum Ablauf eines Jahres nach Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses** erfolgt. Die Anerkennung der Vaterschaft kann auch in der mündlichen Verhandlung im Verfahren in Kindschaftssachen (§ 151 FamFG) zur Niederschrift des Gerichts (§ 180 FamFG) erklärt werden, nicht aber in anderen Verfahren. Für diese Anerkennung gelten die §§ 1594 ff. mit Ausnahme von § 1594 Abs. 2 unverändert; insbesondere ist auch ein **Widerruf** möglich. Der Verweis auf § 1594 Abs. 4 stellt klar, dass die Anerkennung und die Zustimmungserklärungen bereits vor Geburt des Kindes erfolgen können.<sup>223</sup> Ob zu diesem Zeitpunkt schon ersichtlich ist, dass das Kind wirklich während des Scheidungsverfahrens auf die Welt kommt, ist unerheblich. Eine Anerkennung, die nur für den Fall der Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 2 erklärt wird, ansonsten aber nicht gelten soll, wäre unzulässig bedingt und gemäß § 1594 Abs. 3 unwirksam.<sup>224</sup>

72 **d) Zustimmung des Ehemannes (Abs. 2 S. 2).** Der Anerkennung muss im Sonderfall des Abs. 2 außer der Mutter und dem Kind (§§ 1595, 1596) auch der Mann zustimmen,<sup>225</sup> der im

<sup>216</sup> AG Erfurt BeckRS 2016, 20669.

<sup>217</sup> AG Hagen FamRZ 2005, 1191; Palandt/Brudermüller Rn. 10.

<sup>218</sup> Dazu Sachse StAZ 2003, 53.

<sup>219</sup> Zur analogen Anwendung von § 1599 Abs. 2 in Fällen mit Auslandsbezug LG Saarbrücken StAZ 2005, 18.

<sup>220</sup> Staudinger/Rauscher, 2011, Rn. 103.

<sup>221</sup> OLG Brandenburg FamRZ 2004, 25; OLG Karlsruhe FamRZ 2000, 1417; anders bei Scheidungsantrag der Frau, OLG Naumburg NJW 2005, 1812.

<sup>222</sup> Bundesverband der deutschen Standesbeamten StAZ 2001, 42.

<sup>223</sup> So auch Staudinger/Rauscher, 2011, Rn. 90; Erman/Hammermann Rn. 46; Grün, Vaterschaftsfeststellung und -anfechtung, 2. Aufl. 2010, Rn. 46; aA Kemper DAVorm 1999, 191.

<sup>224</sup> Staudinger/Rauscher, 2011, Rn. 96.

<sup>225</sup> Zur Deutung der „Zustimmung“ allein als Verzicht auf die eigene Vaterschaft Gauseweg NZFam 2019, 147 (153).