



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XII ZB 71/12

vom

27. März 2013

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 1599 Abs. 2; ZPO § 641 c; FamFG § 180

- a) Die im Rahmen des sogenannten scheidungsakzessorischen Statuswechsels nach § 1599 Abs. 2 BGB erforderliche Zustimmungserklärung des Ehemannes kann nicht in wirksamer Form im Scheidungsverfahren abgegeben werden.
- b) Anders als die Anerkennungserklärung unterliegen die Zustimmungserklärungen nicht der Jahresfrist des § 1599 Abs. 2 Satz 1 BGB.

BGH, Beschluss vom 27. März 2013 - XII ZB 71/12 - OLG Frankfurt a.M.
AG Wetzlar

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 27. März 2013 durch den Vorsitzenden Richter Dose, die Richterin Dr. Vézina und die Richter Dr. Klinkhammer, Schilling und Dr. Botur

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 4. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 20. Januar 2012 wird auf Kosten des Antragstellers zurückgewiesen.

Gründe:

I.

- 1 Gegenstand des Verfahrens ist das Sorgerecht für das im Juli 2004 geborene Kind J. Der Antragsteller und die Antragsgegnerin, die Mutter des Kindes, stimmen darin überein, dass der Antragsteller der biologische Vater des Kindes ist.
- 2 Zur Zeit der Geburt war die Mutter noch mit S. verheiratet. Mit am 15. April 2002 eingegangenem Antrag beehrte sie die Scheidung. Im Jahr 2003 lernte sie den Antragsteller kennen, mit dem sie bis Mitte 2010 in nicht-ehelicher Lebensgemeinschaft zusammenlebte. Der Antragsteller hat die Vaterschaft für das Kind mit Zustimmung der Antragsgegnerin im Januar 2005 formwirksam anerkannt. Der damalige Ehemann wurde im Scheidungsverfahren im Wege der Rechtshilfe im August 2008 angehört. Dort erklärte er zu Protokoll, dass er der Vaterschaftsanerkennung des Antragstellers zustimme und nicht

Vater des Kindes sei. Die Erklärung wurde ihm nicht aus der vorläufigen Tonbandaufzeichnung vorgespielt und nicht von ihm genehmigt.

3 Seit ihrer Trennung Mitte 2010 streiten die Antragsgegnerin und der Antragsteller über den Aufenthalt des Kindes. Der Antragsteller hat beantragt, das gemeinsame Sorgerecht zu begründen und ihm das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu übertragen. Nach Einholung eines psychologischen Sachverständigen-gutachtens hat das Amtsgericht seinen Anträgen stattgegeben. Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin hat das Oberlandesgericht die Anträge zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde des Antragstellers, der die Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung erstrebt.

II.

4 Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

5 1. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts, dessen Entscheidung in FamRZ 2012, 1735 veröffentlicht ist, fehlt es bereits an einer rechtlichen Vaterschaft des Antragstellers. Die nach § 1599 Abs. 2 Satz 2 BGB erforderliche und nach § 1597 Abs. 1 BGB öffentlich zu beurkundende Zustimmungserklärung des damaligen Ehemanns der Antragsgegnerin erfülle weder die Form nach § 62 Nr. 1 BeurkG noch gemäß § 641 c ZPO. Nach § 641 c ZPO habe sie nur in einem Kindschaftsverfahren (heute: Abstammungsverfahren) abgegeben werden können. Hinzu komme, dass das Vorspielen vom Tonträger sowie die Genehmigung durch den damaligen Ehemann in entsprechender Anwendung des § 160 Abs. 3 Nr. 1 ZPO iVm § 162 ZPO erforderlich gewesen sein dürften.

6 § 641 c ZPO könne auch nicht analog auf Erklärungen zu Protokoll im Rahmen des Ehescheidungsverfahrens angewendet werden. Dem Gesetzgeber des Kindschaftsrechtsreformgesetzes vom 16. Dezember 1997 sei bewusst gewesen, dass § 641 c ZPO nur auf Erklärungen zu Protokoll des Gerichts anzuwenden sei, bei dem die Vaterschaftsklage anhängig sei. Er habe daran bewusst keine anderen Anforderungen stellen wollen, obwohl es durchaus nahegelegen hätte, auch eine Erklärung zu Protokoll im Scheidungsverfahren genügen zu lassen.

7 Eine Änderung des Sorgerechts sei ferner nicht nach §§ 1666, 1666 a BGB angezeigt, weil die Antragsgegnerin auch nach dem Sachverständigen-gutachten grundsätzlich erziehungsg geeignet sei und bestehende Defizite nicht so groß seien, dass von einer Kindeswohlgefährdung auszugehen wäre.

8 2. Dies hält einer rechtlichen Überprüfung stand.

9 a) Der Statuswechsel nach § 1599 Abs. 2 BGB (vgl. dazu Senatsurteil vom 23. November 2011 - XII ZR 78/11 - FamRZ 2012, 616) setzt unter anderem voraus, dass der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter verheiratete Mann der Anerkennung des Dritten zustimmt. Nach § 1597 Abs. 1 BGB müssen Anerkennung und Zustimmung öffentlich beurkundet werden. Öffentliche Beurkundung ist nach der Legaldefinition in § 415 ZPO die Erstellung einer Urkunde durch eine öffentliche Behörde im Rahmen ihrer Zuständigkeit in der vorgeschriebenen Form (Staudinger/Rauscher BGB [2011] § 1597 Rn. 7 auch zu den zuständigen Stellen).

10 Die öffentliche Beurkundung konnte nach der im Jahr 2008 noch geltenden Vorschrift des § 641 c ZPO (nunmehr § 180 FamFG) durch die Erklärung zur Niederschrift des Gerichts ersetzt werden. Schon nach ihrer Stellung im Gesetz bezog sich die Vorschrift aber nur auf Kindschaftssachen nach

§§ 640 ff. ZPO (heute: Abstammungssachen, §§ 169 ff. FamFG). Die Einhaltung der Form setzt die Protokollierung der Erklärung im Verfahren (§§ 160 ff. ZPO; nunmehr § 28 Abs. 4 FamFG) voraus (vgl. Staudinger/Rauscher BGB [2011] § 1597 Rn. 12; Bundesverband der Deutschen Landesbeamtinnen und Landesbeamten StAZ 2004, 49, 50).

11 Die Zustimmungserklärung des damaligen Ehemanns ist dagegen nicht in einer Kindschaftssache, sondern im Scheidungsverfahren abgegeben worden. Sie erfüllt die Voraussetzungen des § 641 c ZPO somit nicht. Die Einhaltung der gesetzlichen Form ist Wirksamkeitserfordernis der Statusänderung (§ 1598 Abs. 1 BGB). Das gilt auch für die Ersetzung der öffentlichen Beurkundung durch die Erklärung zu Protokoll des Familiengerichts.

12 b) Es ist nicht möglich, die Abgabe der Zustimmungserklärung über die gesetzlichen Formvorschriften hinausgehend im Wege der Analogie auch im Scheidungsverfahren zu eröffnen. Hierfür fehlt es insbesondere an einer entsprechenden planwidrigen Regelungslücke im Gesetz.

13 aa) Das Oberlandesgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass der Rechtsausschuss des Bundestages, auf den die Einführung des entsprechenden Zusatzes in § 641 c ZPO (im Rahmen des Eheschließungsgesetzes vom 4. Mai 1998 BGBl. I S. 833) zurückgeht, davon ausging, dass die Zustimmung auch in der mündlichen Verhandlung einer Kindschaftssache zur Niederschrift des Gerichts erklärt werden kann, wie dies für die anderen Erklärungen bereits vorgesehen war. Nach Auffassung des Rechtsausschusses bestand kein Grund, an die Beurkundung der genannten Erklärung andere Anforderungen zu stellen (BT-Drucks. 13/9416 S. 31).

14 (1) Im Gesetzgebungsverfahren ist allerdings möglicherweise nicht hinreichend berücksichtigt worden, dass es Zweck der Neuregelung in § 1599

Abs. 2 BGB ist, einen Statuswechsel ohne Durchführung eines gerichtlichen Kindschaftsverfahrens (heute: Abstammungssache) durchführen zu können. Die vom Gesetz eingeräumte Möglichkeit, Erklärungen zur Vaterschaft (Anerkennung und Zustimmung) zu Protokoll des Familiengerichts abzugeben, läuft damit jedenfalls weitgehend leer. Daraus und aus dem bereits vom Oberlandesgericht erwogenen Umstand, dass eine Zulassung der Erklärung im Scheidungsverfahren durchaus nahegelegen hätte, lässt sich aber eine Erweiterung der gesetzlichen Formvorschriften um die nicht vorgesehene Form der Erklärung zur Niederschrift des Gerichts im Scheidungsverfahren noch nicht rechtfertigen (zutreffend MünchKommZPO/Coester-Waltjen/Hilbig 3. Aufl. § 180 FamFG Rn. 4; Palandt/Brudermüller BGB 72. Aufl. § 1599 Rn. 11; Staudinger/Rauscher BGB [2011] § 1599 Rn. 90; MünchKommBGB/Wellenhofer 6. Aufl. Rn. 63; aA - ohne Begründung - Niepmann MDR 1998, 565, 568).

- 15 (2) Die Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Verwandtschaft (§§ 1589 ff. BGB) ist durch das sogenannte Statusprinzip geprägt (vgl. Helms in Helms/Kieninger/Rittner Abstammungsrecht Rn. 1 ff.). Dieses zeichnet sich unter anderem dadurch aus, dass der einmal begründete rechtliche Status der Verwandtschaft mit vielfältigen und weitreichenden Rechtsfolgen (etwa Unterhaltspflicht, Erbrecht, Staatsangehörigkeit, Namensrecht, Sorgerecht) verknüpft ist. Eine sogenannte Inzidentfeststellung ist grundsätzlich ausgeschlossen, vielmehr setzen die Rechtswirkungen - unter Umständen auch unabhängig von der genetischen Abstammung - den rechtlich etablierten Status der Verwandtschaft voraus. Eine danach bestehende rechtliche Vaterschaft schließt zudem die Anerkennung des Kindes durch einen anderen Mann aus (§ 1594 Abs. 2 BGB), und die mit der Abstammung verbundenen Rechtsfolgen können grundsätzlich erst geltend gemacht werden, nachdem die Anerkennung wirksam geworden (§ 1594 Abs. 1 BGB) oder die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft erfolgt ist (§ 1600 d Abs. 4 BGB). Entscheidungen in Statusfragen wirken

schließlich für und gegen alle (§ 184 Abs. 2 FamFG; zuvor § 640 h Abs. 1 ZPO).

16 (3) Die in den genannten gesetzlichen Regelungen zum Ausdruck kommenden Prinzipien der Statusklarheit und Statussicherheit sind nicht zuletzt auch bei der Anwendung der gesetzlichen Formvorschriften zu beachten. Das kommt etwa darin zum Ausdruck, dass die Einhaltung der Form im Allgemeinen wie auch in Bezug auf die Zustimmungserklärung des Ehemannes als Wirksamkeitserfordernis ausgestaltet ist.

17 bb) In Anbetracht der eindeutigen gesetzlichen Regelung, die vom Gesetzgeber ersichtlich auch so gewollt war, wäre eine Korrektur allenfalls berechtigt, wenn sich durch die wortlautgetreue Anwendung ein Widerspruch zu anderen, vorrangigen gesetzlichen Zielen ergäbe. Das ließe sich aber nur annehmen, wenn der zur Vermeidung eines Gerichtsverfahrens dienende, allein durch Anerkennung und Zustimmung eröffnete Statuswechsel als solcher durch die Formvorschriften vereitelt würde, indem etwa eine zur Verfügung gestellte Wahlmöglichkeit mangels einer hierfür bereitgestellten Form entwertet würde. Das ist indessen nicht der Fall. Denn das Gesetz stellt neben der Erklärung zur Niederschrift im Abstammungsverfahren und außer der Beurkundung nach § 62 BeurkG weitere Möglichkeiten einer Beurkundung der Zustimmung zur Verfügung. Dem zustimmungsbereiten Ehemann stehen die Erklärung vor dem Standesamt (§ 44 PStG), vor dem Jugendamt (§ 59 Abs. 1 SGB VIII) oder dem Notar (§ 20 Abs. 1 BNotO) offen (vgl. BT-Drucks. 13/4899 S. 85).

18 Die Zustimmung ist dabei anders als die Anerkennung nicht an eine Frist gebunden (OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 546; OLG Köln FamRZ 2011, 651; OLG Oldenburg FamRZ 2011, 1076; OLG Brandenburg StAZ 2011, 333; MünchKommBGB/Wellenhofer 6. Aufl. § 1599 Rn. 64; aA OLG Stuttgart FamRZ

2004, 1054; Staudinger/Rauscher BGB [2011] § 1599 Rn. 92 mwN; Palandt/Brudermüller BGB 72. Aufl. Rn. 11). Nach § 1599 Abs. 2 Satz 1 BGB gilt die Jahresfrist nur für die Anerkennung. Dass damit nicht der "Gesamtvorgang" gemeint ist (so Staudinger/Rauscher BGB [2011] § 1599 Rn. 92 mwN), sondern allein die Anerkennungserklärung, liegt schon aufgrund der ausschließlichen Erwähnung der Frist in § 1599 Abs. 2 Satz 1 BGB nahe, während sich die Zustimmungserklärungen ohne entsprechende Verweisung in § 1599 Abs. 2 Satz 2 BGB geregelt finden. Das Argument, den scheidungsakzessorischen Statuswechsel wegen der anfänglich geäußerten rechtspolitischen Kritik im Hinblick auf die Dauer des zwischen Anerkennung und Zustimmung möglichen Schwebezustandes einzuschränken (so Staudinger/Rauscher BGB [2011] § 1599 Rn. 92 mwN), überzeugt nicht (zutreffend OLG Köln FamRZ 2011, 651, 652). Zur Beseitigung eines unerwünscht langen Schwebezustandes dient wie bei der Anerkennung im Allgemeinen die Möglichkeit des Widerrufs gemäß § 1597 Abs. 3 BGB (OLG Köln FamRZ 2011, 651, 652; OLG Oldenburg FamRZ 2011, 1076, 1077). Eine weitergehende Einschränkung als der dem Anerkennenden offen stehende Widerruf der Anerkennung lässt sich dem Gesetz somit nicht entnehmen.

- 19 cc) Ob die Protokollierung der Zustimmung im vorliegenden Fall den gesetzlichen Erfordernissen nach §§ 160, 162 ZPO entsprach und die Protokollierung der Verlesung und Genehmigung Wirksamkeitserfordernis ist (vgl. zur Anerkennung OLG Hamm FamRZ 1988, 101), bedarf keiner Entscheidung.
- 20 c) Hinsichtlich der weiteren im Rechtsbeschwerdeverfahren vorgetragenen Zustimmungserklärungen des früheren Ehemannes der Antragsgegnerin kann offenbleiben, ob das diesbezügliche Tatsachenvorbringen noch im Rechtsbeschwerdeverfahren berücksichtigt werden kann. Denn die Erklärungen genügen der gesetzlichen Form jeweils nicht.

21 Nach dem Vorbringen der Rechtsbeschwerde hat der frühere Ehemann am 15. März 2012 zu Protokoll in einem auf Herausgabe des Kindes gerichteten Verfahren nochmals seine Zustimmung zu der Vaterschaftsanerkennung erklärt. Diese Zustimmungserklärung unterliegt nunmehr § 180 FamFG. Sie ist ebenfalls nicht formwirksam, weil sie nicht in einem Abstammungsverfahren abgegeben worden ist.

22 Dass der frühere Ehemann auf dem Protokoll, das seine im Scheidungsverfahren abgegebene Erklärung enthält, nunmehr (ebenfalls am 15. März 2012) seine Unterschrift angebracht hat, kann die Formunwirksamkeit aus den oben ausgeführten Gründen nicht beheben. Die nachträgliche Unterschrift auf einem Protokoll über eine im Wege der Rechtshilfe durchgeführte Anhörung erfüllt auch nicht die Form des § 62 BeurkG. Abgesehen davon, dass für die Beurkundung nach § 3 Nr. 1 lit. f RpfLG der Rechtspfleger zuständig ist, hat der die Anhörung durchführende Richter jedenfalls keine Beurkundung im Sinne des Beurkundungsgesetzes vorgenommen. Vielmehr ist die Unterschrift erst zu einem anderen Anlass auf dem Protokoll angebracht worden.

23 Die Anerkennung der Vaterschaft durch den Antragsteller ist demnach bislang nicht wirksam geworden.

24 d) Das Oberlandesgericht hat die Anträge zu Recht zurückgewiesen, weil der Antragsteller derzeit nicht rechtlicher Vater des Kindes ist und ihm daher die Antragsberechtigung fehlt (vgl. BVerfG FamRZ 2010, 1403 Rn. 75). Einer Verfahrensbeteiligung und Anhörung des früheren Ehemanns (§§ 7 Abs. 2, 160 Abs. 1 Satz 1 FamFG) bedurfte es nicht. Das gilt ebenfalls für die in Erwägung

gezogene Sorgerechtsentziehung nach §§ 1666, 1666 a BGB, weil das Oberlandesgericht insoweit keinen Anlass für ein Tätigwerden von Amts wegen gesehen hat.

Dose

Vézina

Klinkhammer

Schilling

Botur

Vorinstanzen:

AG Wetzlar, Entscheidung vom 10.05.2011 - 617 F 1023/10 -

OLG Frankfurt a.M., Entscheidung vom 20.01.2012 - 4 UF 233/11 -