

Dr. sc. Barbara Novak*

OFFENE FRAGEN DER ANERKENNUNG DER ELTERN SCHAFT IN DER REPUBLIK SLOWENIEN

Viele rechtliche Regeln zur Bestimmung der Elternschaft, die vor über dreißig Jahren entstanden sind, haben sich 2007 im Lichte der ersten Entscheidung des slowenischen Verfassungsgerichtes zur Bestimmung der Elternschaft als unangemessen erwiesen. Unangemessen sind die Regeln über objektive Fristen für die Anfechtung der anerkannten Elternschaft, die das Recht, von der eigenen Elternschaft zu erfahren, unzulässigerweise einschränken, da sie nicht berücksichtigen, wann der Einzelne tatsächlich die Möglichkeit bekam, seine Rechte durchzusetzen. Vom Verfassungsaspekt sind auch jene Regeln strittig, die den Involvierten in einigen Fällen gar kein Recht einräumen, die Elternschaft zu klären, oder in einem sehr beschnittenen Umfang. Ganz besonders mangelhaft sind die Regeln über die Natur der Anerkennungserklärung und die Zustimmung der Mutter dazu. Als nicht durchdacht und völlig unbrauchbar erweisen sich bei sinngemäßer Anwendung der Regeln über die Anerkennung der Vaterschaft die Regeln über die Anerkennung der Mutterschaft.

Schlüsselbegriffe: Elternschaft, Bestimmung der Elternschaft, Anfechtung der Elternschaft, Anerkennung der Vaterschaft, Vaterschaftsvermutung

1. EINFÜHRUNG

In der Vergangenheit gab es Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Eltern des Kindes vor allem durch das Unvermögen der biomedizinischen Wissenschaft, zuverlässig festzustellen, wer die biologischen Eltern des Kindes sind.¹ Das Recht behalf sich deswegen mit Vermutungen über das Vorhandensein von Tatsachen, die im Durchschnittsfall der Wahrheit entsprechen sollten.

Obwohl es für die biomedizinische Wissenschaft heute keine Hindernisse für eine zuverlässige Ermittlung der biologischen Eltern mehr gibt, bleibt für das Recht immer noch die Frage bestehen, wie es denn zwischen der angebotenen genetischen Wahrheit und dem rechtlichen Sachverhalt steuern soll.² Rechtliche Vermutungen

* Dr. sc. Barbara Novak, Ordentliche Professorin an der Zivilrechtsabteilung, Juristische Fakultät, Universität Ljubljana (Full Professor, Department of Civil Law, Faculty of Law, University of Ljubljana): barbara.novak@pf.uni-lj.si.

¹ Der Beitrag basiert auf folgenden Werken: Novak, 2009, 661-694.; Novak in Novak et al., 2013, 293-340.; Novak, 2014, 151-185. und Novak in: Žnidaršič Skubic et al., 2016, 391-405.

² Spickhoff und Patti in: Spickhoff et al., 2007, 22, 279.

haben sich in der Gesellschaft auch als moralische Regeln verwurzelt, und zwar so tief, dass der Gesetzgeber sie bis heute, wo schon seit längerer Zeit die biologische Elternschaft zuverlässig festgestellt werden kann, immer noch nicht den veränderten Umständen in der Gesellschaft angepasst hat.³ Und das obwohl Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (in der Folge EGMR) und europäischer nationaler Gerichte schon seit einiger Zeit die Rechtsordnungen einzelner Staaten in Richtung der biologisch-genetischen Wahrheit drängen. Ein solcher Stand erfordert eine vertiefte Überlegung über die Begründetheit der rechtlichen Vermutungen in der slowenischen Regelung der Elternschaftsfeststellung. Es ist nämlich nicht zulässig, einem Einzelnen Lasten aufgrund von Vermutungen aufzuerlegen, die nicht wahrscheinlich sind. Irreale Vermutungen und damit verbundene Pflichten dem Kind gegenüber (insbesondere die Unterhaltspflicht und die Obhut aufgrund des Elternrechts) kann nicht einmal das Wohl des Kindes rechtfertigen. Das Wohl des Kindes, Eltern zu haben, um von ihnen umsorgt zu werden, ist in dem Fall auf andere Weise zu schützen, mit dem Rechtsmittel zur Vaterschaftsfeststellung.⁴

Darüber, dass die Vaterschaftsvermutung, wonach der Ehemann der Mutter der Vater des Kindes während der Dauer der Ehe und noch dreihundert Tage nach ihrem Ende sei, unbegründeterweise auf der Annahme aufbaut, der Ehemann der Mutter sei der einzige oder zumindest häufigste Geschlechtspartner der Mutter auch kurz vor der Scheidung oder Aufhebung der Ehe⁵ und somit der statistisch wahrscheinlichste Vater des Kindes, wurde schon viel geschrieben.⁶ Dass die Annahme lebhaften Geschlechtsverkehrs zwischen den Ehegatten unmittelbar vor Beendigung der Ehe nur dann real ist, wenn die Ehe durch unerwarteten Tod des sonst noch vitalen und fortpflanzungsfähigen Mannes endete, hat auch der slowenische Gesetzgeber eingesehen. In dem letzten verabschiedeten, doch nicht in Kraft gesetzten, Wortlaut des Familiengesetzbuchs (*Družinski zakonik* - DZ, in der Folge FG), wurde deshalb die Vermutung einer Vaterschaft nach dem Ende der Ehe nur auf Fälle der Beendigung der Ehe durch Tod begrenzt.⁷ Einige ausländische Gesetzgeber

³ Dazu näher bei *Novak*, 2005, 65, 279. ff; *Novak*, 2009, 661 ff.

⁴ Ausführlicher *Novak*, 2006, 13; *Novak*, 2009, 664.

⁵ Die Vermutung ist irreal auch bei der Beendigung der Ehe durch Aufhebung wegen Mängeln bei der Eheschließung, die von einem der Ehegatten geltend gemacht wird, denn dieser tut das vor allem dann, wenn er schätzt, dass die ungültig geschlossene Ehe für ihn unerträglich und perspektivlos sei. *Novak*, 2006 12; *Zupančič*, 2005, 14; *Novak*, 2005, 65, 279; *Novak*, 2009, 663.

⁶ Vgl. *Zupančič*, 2005, 14-15.

⁷ Art. 117 Abs. 2 FG. Das am 16. 6. 2011 verabschiedete Gesetzbuch ist nicht in Kraft getreten, weil sein Inkrafttreten wegen des ausgeschriebenen Referendums zunächst aufgeschoben wurde, danach wurde das FG beim Referendum zurückgewiesen. Veröffentlicht unter http://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/deloDZ/zakonodaja/izbranZakonAkt?uid=F7B438D711DE188FC12578A300523C14&db=pre_zak&mandat=V&tip=doc (26. 10. 2011); später dann nur noch auf der Webseite des Ministeriums für Arbeit, Familie und Soziales http://www.mdds.gov.si/fileadmin/mdds.gov.si/pageuploads/dokumenti_pfd/word/DZak-sprejet-16-6-11.doc (7. 5. 2012). So auch *Zupančič* in: *Zupančič* (Red.), 2009,

gingen noch einen Schritt weiter und lockerten die Vaterschaftsannahme sogar für die Dauer der Ehe.⁸ Dies geschah insbesondere, indem man dem Mann, der glaubt, der Vater des Kindes zu sein, die Anerkennung des in der Ehe geborenen Kindes gestattete.⁹ Die Anerkennung stellt die Vaterschaft des Mannes, der die Anerkennung geleistet hat, her, wenn die Mutter¹⁰ und deren Ehemann¹¹ einverstanden sind. Das Mittel der Lockerung der Vaterschaftsvermutung während der Ehe, die auch in der slowenischen Öffentlichkeit Gefallen findet, ist eigentlich überraschend, weil es eine Vermutung lockert, indem es sie durch eine andere ersetzt. Die Erklärung der Vaterschaftsanerkennung muss nämlich nicht unbedingt auf der Wahrheit beruhen, sondern setzt vielmehr vor allem den Willen voraus, die Elternschaft für ein bestimmtes Kind zu übernehmen. Und die Zustimmung der Mutter zu dieser Erklärung bringt vor allem die Bereitschaft zum Ausdruck, gemeinsam mit dem Mann, der die Anerkennung geleistet hat, die Elternrechte wahrzunehmen. In der Folge ist deshalb zu prüfen, ob die slowenische rechtliche Regelung der Anerkennung der Elternschaft angemessen zwischen der genetischen und der rechtlichen Elternschaft steuert.

2. ANERKENNUNG DER VATERSCHAFT

2.1. Anerkennungserklärung

Das Familienrecht hat keine entsprechenden Regeln über die Natur der Erklärung der Vaterschaftsanerkennung. Laut den allgemeinen Regeln des Zivilrechts ist die Anerkennung für eine einseitige Willenserklärung zu halten, die bedingungslos, ohne zeitliche Beschränkungen¹² und in der vorgeschriebenen Form (vor dem Sozialamt, vor

219, siehe Art. 109 der FG-Vorlage. Die Einschätzung, dass nur in dem Fall der Ehemann der Mutter sehr wahrscheinlich der Vater ihres Kindes sei, überwiegt heute in den meisten europäischen Ländern, zum Beispiel in Deutschland (§ 1592 und 1593 BGB), Österreich, Schweden, Norwegen und in den Niederlanden (*Bergmann et al. (Red.)*, 1976, Österreich – Stand 1. März 2008, Schweden – Stand 1. Juli 2007, Norwegen – Stand 30. August 2000 und die Niederlande – Stand 1. Januar 2001).

⁸ Die Vermutungen im Kindesabstammungsrecht sind entstanden, weil es in Vergangenheit keine Methoden gab (wie heute den DNS-Test), mit denen man die biologische Elternschaft hätte verlässlich feststellen können. Dazu *Spickhoff et al. (Hrsg.)*, 2007, 22.

⁹ Eine so genannte qualifizierte Zustimmung zur Anerkennung der Vaterschaft eines Kindes, für welches zwar die Vaterschaftsvermutung gilt, kennt etwa das österreichische Recht. Diese Zustimmung wird von der Mutter und dem Kind erteilt. Eine ähnliche Regelung findet sich im deutschen Recht, wo der Mann, der glaubt, der Vater zu sein, das während des Scheidungsverfahrens geborene Kind anerkennen darf. Dazu siehe bei *Novak in Zupančič (Red.)*, 2009, 123.

¹⁰ Laut FG-Vorlage wurde die Zustimmung neben der Mutter auch vom Kind, das fünfzehn Jahre alt und urteilsfähig war, gegeben. *Zupančič in Zupančič (Red.)*, 2009, 223. Dazu auch *Novak*, 2005, 65., 287.; *Novak in Spickhoff et al. (Hrsg.)*, 2007, 270.

¹¹ *Schwab*, 2008, 239–241.

¹² Das Gesetz stellt diese Forderungen nicht ausdrücklich, sie gehen aber aus dem Zweck des Instituts und den Regeln über einseitige Rechtsgeschäfte hervor. Auch *Grün*, 2010, 43.

dem Standesbeamten,¹³ in einer öffentlichen Urkunde¹⁴ oder im Testament),¹⁵ zu leisten ist, widrigenfalls ist sie nichtig.¹⁶ Die Erklärung muss gemäß den allgemeinen Regeln frei von Willensfehlern sein, sonst ist sie anfechtbar. Sie kann wegen Gewalt,¹⁷ Täuschung und Irrtum angefochten werden.¹⁸ Es stellt sich aber die Frage, wie es denn im Familienrecht zu beurteilen ist, wann ein Irrtum wesentlich und wann er auch entschuldbar ist.

Die slowenische Rechtsprechung steht auf dem Standpunkt, dass der Irrtum über die Anerkennung wesentlich ist, wenn er sich auf Umstände bezieht, die nach den Gepflogenheiten im Rechtsverkehr oder nach der Absicht der Parteien als entscheidend gelten, weil sonst die sich im Irrtum befindende Partei keine Erklärung mit diesem Inhalt abgegeben hätte. Nach Meinung der Rechtsprechung handelt es sich um keinen wesentlichen Irrtum, wenn dem Kläger der ausschlaggebende Umstand bekannt war, dass er eine Anerkennung der Vaterschaft unterschreibt, obwohl er sich bei der Unterzeichnung nicht aller Folgen und Verantwortungen bewusst war, die die Vaterschaft mit sich bringt (zum Beispiel, dass die Pflicht der Eltern, ihre Kinder zu unterhalten, auch nach der Volljährigkeit des Kindes weiterbestehen kann). Ein solcher Irrtum kann deshalb die Gültigkeit der Anerkennung nicht beeinflussen. Als ausschlaggebend für die Gültigkeit der Anerkennung gelten nach Einschätzung des Gerichts Umstände, wegen denen der Mann die Vaterschaft nicht anerkannt hätte. Dabei fragt sich die Rechtsprechung nicht, ob es ein entscheidender Umstand ist, wenn der Mann die Vaterschaft anerkannt hat, weil er nicht wusste, dass die Mutter auch mit anderen

¹³ Der Standesbeamte trägt die Tatsache der Vaterschaft ins Standesregister ein. Nach der Eintragung kann die Angabe zur Vaterschaft nur aufgrund einer rechtskräftigen Verfügung der für die Entscheidung über die Änderung der Vaterschaft zuständigen Behörde geändert, ergänzt oder gelöscht werden (Art. 20 Abs. 2 PStRG) – Urteil des Obersten Gerichtshofs der RS, Nr. II Ips 367/2009 vom 17. 2. 2011, und Urteil des Obersten Gerichtshofs der RS, Nr. I Up 17/2002 vom 15. 1. 2003 – Datenbank SOVS.

¹⁴ Die Anerkennung in einer Notarurkunde ist eine Form der Anerkennung in einer öffentlichen Urkunde.

¹⁵ Das Testament ist ein widerrufliches Rechtsgeschäft, deshalb kann der Erblasser seine Zustimmung widerrufen.

¹⁶ Die Erklärung der Vaterschaftsanerkennung ist kein Vertrag, sondern vielmehr ein einseitiges Rechtsgeschäft (einseitige Willenserklärung) im Bereich des Familienrechts, deren Folgen auch vermögensrechtliche Ansprüche sind. Als Rechtsgeschäft ist die Erklärung der Vaterschaftsanerkennung unter analoger Anwendung von Art. 86 Obligationengesetz (Uradni list RS, Amtsblatt der RS, Nr. 83/01, 32/04, 28/06, 40/07 – in der Folge ObLG) auch der Beurteilung der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften unterworfen, d. h. der Beurteilung, ob die Erklärung nicht gegen die Verfassung, zwingende Vorschriften und moralische Grundsätze verstößt – Urteil des Obergerichts Maribor, Nr. III Cp 1588/2006 vom 22. 8. 2006 – Datenbank Ius-info. Vergleiche *Schwab*, 2012, 257.

¹⁷ Der Kläger hat am 20. 9. 2003 beim Sozialamt die Erklärung über die Vaterschaftsanerkennung unter dem Einfluss des Zwangs seitens der Sozialarbeiterin unterzeichnet (er hat sie mindestens sechsmal unterzeichnet). Als während des Treffens die Sozialarbeiterin den gemeinsamen Raum verließ, widersetzte er sich dem Unterzeichnen der Urkunden. Damals war der Zwang zu Ende. Mit Ablauf eines Jahres nach dem Ende des Zwangs beziehungsweise am 21. 9. 2004 endete das Recht des Klägers, eine Annullierung der Erklärung zu fordern – so der Beschluss des Obersten Gerichtshofs der RS, Nr. II Ips 982/2007 vom 17. 1. 2008 – Datenbank Ius-info.

¹⁸ Beschluss des Obersten Gerichtshofs der RS, Nr. II Ips 982/2007 vom 17. 1. 2008 – Datenbank Ius-info.

Männern Geschlechtsverkehr hatte und dass er deshalb nicht der Vater ist, und auch nicht, wann ausschlaggebende Umstände überhaupt entschuldbar sein können.

Wenn anzunehmen ist, dass die Anerkennung durch den Mann, der nicht wusste, dass die Mutter auch mit anderen Männern Geschlechtsverkehr hatte und dass er deshalb nicht der Vater ist, ein entscheidender Umstand ist, erscheint auf den ersten Blick ein solcher entscheidender Umstand als unentschuldbar, weil da immer die Möglichkeit besteht, dass der Ehemann nicht der einzige Geschlechtspartner der Mutter ist. Der Ehemann, der nicht dafür gesorgt hat, vor der Anerkennung seine Vaterschaft zu überprüfen, hat seinen Irrtum selbst verschuldet. Doch eine eingehendere Durchsicht der Rechtsordnung zeigt, dass ein Ehemann, der seine Vaterschaft anzweifelt und von der Kindsmutter keine Zustimmung zur außergerichtlichen DNA-Analyse bekommt, seinen Zweifel gar nicht anders überprüfen kann als über das Institut der Anerkennung der Vaterschaft. Auf Feststellung der Vaterschaft kann er nämlich nur klagen, wenn er die Vaterschaft zuvor anerkannt und von der Mutter keine Zustimmung zu seiner Anerkennung erhalten hat. Wenn dagegen die Mutter seiner Anerkennung zugestimmt hat, ist er der Vater des Kindes geworden, obwohl er mithilfe der Anerkennung nur die Voraussetzung für die gerichtliche Wahrheitsermittlung schaffen wollte. In diesem Rechtskontext muss sein Irrtum als entschuldbar erachtet und die Anfechtung der Anerkennung innerhalb der allgemeinen Fristen für die Anfechtung von Rechtsgeschäften zugelassen werden.

Gemäß den allgemeinen Fristen für die Anfechtung von Rechtsgeschäften kann der Ehemann seine Anerkennung innerhalb eines Jahres, nachdem die Gewalt endete beziehungsweise nachdem er den Irrtum oder die Täuschung erkannte, anfechten, doch spätestens binnen drei Jahren nach der abgegebenen Erklärung (Art. 99 Obligationengesetzbuch (Obligacijski zakonik - OZ, in der Folge OblG¹⁹). Die Regelung des Rechts auf Anfechtung eines Rechtsgeschäfts, die mit einer objektiven Frist begrenzt ist, zeigt sich im Lichte der Rechtsprechung des slowenischen Verfassungsgerichtes als unangebracht, denn die Frist verstreicht unabhängig vom Umstand, wann der Mann die Möglichkeit zur Anfechtung seiner Vaterschaft erlangte. Es kann sein, dass sich ihm diese Möglichkeit binnen drei Jahren seit der Anerkennung noch nicht geboten hat, weil er noch nicht erfahren hat, dass die Mutter zur Zeit der Zeugung auch mit anderen Männern Geschlechtsverkehr hatte oder weil sich die Mutter binnen drei Jahren seit der Anerkennung noch nicht hinsichtlich seiner Anerkennung geäußert hat und er somit noch auf die Entstehung der Voraussetzung für die Einreichung der Vaterschaftsfeststellungsklage wartet. Die Frist zur Einreichung der Vaterschaftsfeststellungsklage läuft nämlich erst in fünf Jahren nach der Geburt des Kindes ab.

Hat die Mutter der Anerkennung der Vaterschaft nicht zugestimmt, so hat sie dadurch die Voraussetzung für die Einreichung der Vaterschaftsfeststellungsklage geschaffen.

¹⁹ Uradni list RS Nr. 83/01, 32/04, 28/06, 40/07.

Der Mann darf die Klage binnen einem Jahr nach dem Erhalt der Mitteilung einreichen, dass die Mutter mit der Anerkennung nicht einverstanden sei (subjektive Frist). Obwohl die Mitteilung für den Vater wichtig ist, weil ab ihrer Zustellung die Frist für die Einreichung der Klage läuft, legt das Gesetz über die Ehe und die familiären Beziehungen (Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih - ZZZDR, in der Folge EheFamG²⁰) nicht fest, welche Behörde den Vater darüber zu informieren hat, dass die Mutter ihre Zustimmung verweigert, und auch nicht, innerhalb welcher Fristen sie dies zu tun hat.²¹ Nach Ablauf von fünf Jahren nach der Geburt des Kindes kann der Vater die Vaterschaft des Kindes nicht mehr feststellen lassen (objektive Frist). Die angeführte Regelung des väterlichen Rechts auf Vaterschaftsfeststellung ist nicht nur deshalb umstritten, weil sie das Recht auch mit einer objektiven Frist begrenzt,²² sondern auch deshalb, weil sie dem Vater im Falle, dass er seine Vaterschaft anzweifelt, nicht ermöglicht, die Vaterschaft zu klären, sondern ihn zur Anerkennung zwingt, die jedoch nicht an die biologische Wahrheit gebunden ist. Auch wenn der Vater in seinem Wunsch nach dem Kind diesem Glücksspiel zustimmt und das Kind anerkennt, so sichert ihm Anerkennung keine Dauerhaftigkeit der Elternbeziehung. Seine Vaterschaft kann nämlich jederzeit vom biologischen Vater und dem Kind angefochten werden.

Meines Erachtens müsste der Gesetzgeber schon aufgrund des philosophischen Konzepts der Wahrheitssuche Wege zur Ermittlung der Wahrheit schaffen, statt sie zu einem zweifelhaften Kindeswohl zu vernebeln. Für das Kind ist es sogar besser, die Vaterschaft schnellstmöglich zu klären, als wenn es in seinem Leben den Vater wechseln muss, weil es von einem Mann im Zweifel anerkannt wurde und später diese Vaterschaft vom biologischen Vater angefochten wird, der dann seine Elternschaft durchsetzt. Ausländische Rechtsordnungen sprechen daher dem Vater in der Regel nicht das Recht auf unmittelbare Klage auf Vaterschaftsfeststellung ab (und schließen damit in der Regel auch die Möglichkeit der Anfechtung der Anerkennung wegen Irrtum aus²³)²⁴ und eine solche Lösung müsste man auch in Slowenien annehmen.²⁵

²⁰ Uradni list SRS Nr. 15/76, 30/86, 1/89, 14/89, Uradni list RS, Nr. 13/94, 82/94, 29/95, 26/99, 60/99, 70/00, 64/01, 110/02, 42/03, 16/04, 101/07, 90/11, 84/12, 82/15.

²¹ Siehe die Bestimmung des Art. 90 EheFamG. Die FG-Vorlage hat diese Problematik etwas näher herausgearbeitet (Art. 114–117 FG-Vorlage): die Urkunde über die Anerkennung ist an den Standesbeamten zu schicken, der dann die Zustimmung der Mutter einholt. Wird die Vaterschaft eines Kindes anerkannt, das schon volle fünfzehn Jahre alt ist, so hat der Standesbeamte das Sozialamt über die Anerkennung zu benachrichtigen, um die Zustimmung des Kindes einzuholen. *Zupančič* in *Zupančič* (Red.), 2009, 222 ff.

²² Die Argumente gegen eine Kombination der subjektiven und der objektiven Frist wurden schon bei der Klage des vermeintlichen Vaters auf Anfechtung seiner Vaterschaft dargelegt, siehe oben.

²³ *Schwab*, 2008, 239–241.

²⁴ Zum Beispiel die deutsche (in Bezug auf die so genannte negative Feststellungsklage), die österreichische und die tschechische Regelung. Am weitesten ging die Regelung in Großbritannien, wo jeder, der ein rechtliches Interesse hat, die Feststellung fordern kann, dass das Kind von einer bestimmten Person stammt. *Schwab*, 2008, 255.; *Bergmann et al.* (Red.), 1976, Österreich – Stand 1. März 2008; *Hrušáková* in *Spickhoff et al.* (Hrsg.), 2007, 172; *Bergmann et al.* (Red.), 1976, Großbritannien – Stand 1. März 2006.

²⁵ Leider wurde dies weder in Art. 128 und 129 FG noch in Art. 114 der FG-Vorlage vorgesehen (*Zupančič* in *Zupančič* (Red.), 2009, 222.).

Der Mann erkennt in der Regel ein schon geborenes Kind an, doch ist in der Literatur die Meinung etabliert, dass man trotz fehlender ausdrücklicher Gesetzesbestimmung auch ein schon gezeugtes, aber noch nicht geborenes Kind anerkennen könne (wenn zum Beispiel der Vater todkrank ist).²⁶

Trotz fehlender ausdrücklicher Gesetzesbestimmung ist es laut Literatur auch zulässig, ein Kind nach seinem Tod anzuerkennen, wenn es Nachkommen hinterlassen hat und somit ein erbschaftsrechtliches Interesse besteht.²⁷

Die Anerkennung der Vaterschaft entspricht nicht unbedingt der biologischen Wahrheit, denn ein Kind kann auch von einem Mann anerkannt werden, der weiß, dass das Kind nicht von ihm ist.²⁸ Auch eine derartige Erklärung ist gültig,²⁹ deshalb ist sie bindend und kann nicht deswegen widerrufen werden, weil sie nicht der Wahrheit entspricht. Diese Natur der Erklärung über die Anerkennung der Vaterschaft erfordert, dass über die Anerkennung nur jeder selbst entscheiden kann (streng persönliche Erklärung).³⁰ Die Rechtsordnung schließt daher eine Ersatzentscheidung aus (etwa durch einen Bevollmächtigten, durch Eltern oder gesetzlichen Vertreter),³¹ sie ermöglicht aber, dass jeder sein Recht, über sich zu entscheiden, schon vor seiner Volljährigkeit wahrnimmt. So kann die Vaterschaft von einem Kind, das fünfzehn Jahre alt und urteilsfähig ist, anerkannt werden.

Eine Rechtsordnung, die die Anerkennung der Vaterschaft unabhängig davon zulässt, ob dies der biologischen Wahrheit entspricht, greift nicht unzulässig in das Recht des biologischen Vaters und des Kindes ein, denn diese beiden haben die Möglichkeit, die Anerkennung anzufechten.³² Das Kind darf die anerkannte Vaterschaft auf unbegrenzte Zeit anfechten, während der biologische Vater dies innerhalb eines Jahres nach der Eintragung der Geburt des Kindes in das Personenstandsregister tun kann. Die Eintragung der Geburt des Kindes ins Personenstandsregister bedeutet noch nicht, dass der biologische Vater zu diesem Zeitpunkt auch von der Geburt des Kindes Kenntnis erlangt hat bzw. dass er die Möglichkeit

²⁶ Zupančič, 1999, 109; Zupančič in Zupančič (Red.), 2009, 225 (Art. 118 Abs. 2 FG-Vorlage).

²⁷ Zupančič, 1999, 109; Zupančič in Zupančič (Red.), 2009, 225 (Art. 118 Abs. 3 FG-Vorlage). Eine solche Lösung kennt auch die kroatische Regelung. Hrbar in Alinčič et al., 2006, 203.

²⁸ Zum Missbrauch der Anerkennung in der Praxis Lipp et al., 2008, 19.

²⁹ Eine Erklärung über die Vaterschaftsanerkennung, die nicht der Wahrheit entspricht, ist rechtskonform und ist nicht bloß deswegen nichtig, weil sie nicht der biologischen Wahrheit entspricht – Urteil des Obergerichts Maribor, Nr. III Cp 1588/2006 vom 22. 8. 2006 – Datenbank Ius-info.

³⁰ Die Regelung, die die Ersetzung der Zustimmung zu Anerkennung zulässt, stellt diese Behauptung in Frage.

³¹ Das deutsche Recht schließt nur das Entscheiden durch einen Bevollmächtigten, nicht jedoch auch das Entscheiden durch die Eltern oder den gesetzlichen Vertreter aus, was in Deutschland Gegenstand von Kritik ist. Wanitzek, 2003, 735.

³² Vergleiche den Beschluss des deutschen Bundesverfassungsgerichts, Nr. 1 BvR 1548/03 vom 13. 10. 2008, in: FamRZ (2008), 55:24, 2257.

hatte, davon Kenntnis zu erlangen. Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes über das Personenstandsregister (Zakon o matičnem registru – ZMatR, in der Folge PStRG³³) ist das Personenstandsregister nicht mehr eine Datensammlung, in die jede interessierte Person Einsicht bekommen kann, sondern eine Datenbank zum Registerstand eines Einzelnen, die nur derjenige einsehen kann, auf den sich der Eintrag bezieht.³⁴ Auf den biologischen Vater bezieht sich der Eintrag nicht, deswegen hat er ein Recht auf Einsicht ins Personenstandsregister nur mit schriftlicher Zustimmung der Person, auf die sich der Eintrag bezieht (in dem Fall des Kindes bzw. seiner gesetzlichen Vertreter), oder wenn er dafür eine besondere gesetzliche Ermächtigung besitzt. Die Möglichkeit des biologischen Vaters, mit der Einsicht des Personenstandsregisters von der Geburt des Kindes Kenntnis zu erlangen, ist seit dem Inkrafttreten des PStRG geringfügig geworden, deshalb wird es nun erforderlich sein, das Recht des biologischen Vaters auf Anfechtung der Vaterschaftsvermutung mit einer subjektiven Frist zu gestalten.³⁵ Die Frist zur Einreichung der Klage müsste mit dem Zeitpunkt beginnen, wo der Mann von den Umständen Kenntnis erlangt, die gegen die Vaterschaftsvermutung sprechen,³⁶ und nicht mit dem Zeitpunkt, wo er von der Geburt des Kindes erfährt.³⁷ Eine Frist, die ab dem Zeitpunkt läuft, wo der Mann von der Geburt des Kindes erfährt, ist nämlich ungeeignet, wenn etwa der Mann das Kind beispielsweise unter Drogeneinfluss zeugt und sich später nicht mehr an das Ereignis erinnert. Das FG folgte in Art. 135 Abs. 2 dieser Idee. Es legte fest, dass der Mann, der meint, der Vater zu sein, Klage auf Anfechtung der Vaterschaft innerhalb einer Frist einzureichen habe, die mit dem Zeitpunkt beginnt, an dem er von den Umständen Kenntnis erlangt hat, aus denen er vermutet, dass er der Vater des Kindes sei. Es machte jedoch die Bestimmung von Art. 135 des FG trotzdem verfassungsrechtlich problematisch, weil die subjektive Sechsmonatsfrist unverhältnismäßig kurz gestaltet und am Ende noch mit einer objektiven Einjahresfrist begrenzt wurde. Dadurch wurden die gleichen Auswirkungen erreicht, wie wenn man nur die objektive Einjahresfrist festgelegt hätte. Diese Frist kann jedoch schon verstreichen, bevor der vermeintliche Vater

³³ Uradni list RS Nr. 37/03, 39/06, 106/10, 33/16.

³⁴ Die gleichen Bedingungen legt das PStRG auch für die Einsicht in die Urkundensammlung fest (Art. 29 Abs. 1 PStRG).

³⁵ Eine subjektive Frist für die Einlegung der Vaterschaftsanfechtungsklage gilt etwa in Deutschland: die zweijährige Frist läuft ab dem Zeitpunkt, als der biologische Vater von den Umständen erfuhr, die gegen die Vaterschaftsvermutung sprechen. Das Recht des biologischen Vaters, die Vaterschaftsvermutung anzufechten, ist durch die Regel begrenzt, dass er die Vaterschaftsvermutung nicht anfechten kann, solange eine sozial-familiäre Bindung zwischen dem Kind und dem vermeintlichen Vater besteht (Schwab 2012, 261; Urteil des OLG Frankfurt/M., Nr. 3 UF 124/06 vom 9. Januar 2007, in: FamRZ (2007), 54:19, 674.); in Belgien: die einjährige Frist läuft ab dem Zeitpunkt, wo der Mann entdeckte, dass der der Vater ist (Pintens in Spickhoff et al. (Hrsg.), 2007, 132.).

³⁶ Dazu Novak, 2009, 668.

³⁷ Der Mann kann dem Datum der Geburt des Kindes entnehmen, ob das Kind in der Zeit seiner intimen Beziehung zur Mutter gezeugt wurde.

von den Umständen erfährt, die für seine Vaterschaft sprechen, und dadurch auch tatsächlich die Möglichkeit bekommt, Klage einzureichen.³⁸

Der Mann ist im Verfahren zur Anfechtung der Vaterschaft nicht verpflichtet, neben der Klage zur Anfechtung der Vaterschaft auch eine Klage zur Feststellung seiner Vaterschaft einzureichen. Wenn so ein Mann die durch die Anerkennung entstandene Vaterschaftsvermutung erfolgreich anfecht und das Kind später nicht anerkennt, bleibt das Kind ohne Vater beziehungsweise muss selber dafür sorgen, dass die Vaterschaft des biologischen Vaters gerichtlich festgestellt wird. Und der biologische Vater muss nicht der Mann sein, der die aufgrund der Anerkennung der Vaterschaft aufgestellte Vermutung angefochten hat. Eine solche Regelung ermöglicht einen Rechtsstreit aus Schabernack oder Bosheit, mit der sich etwa ein zerstrittener Nachbar an seinem Nachbarn rächt, wenn er von der Untreue und von Kuckuckskind von dessen Frau weiß. Derartige Bosheit gefährdet das Wohl des Kindes und die Privatsphäre seiner rechtlichen Eltern, deshalb müsste der Gesetzgeber darauf mit einer Lösung reagieren, die auch in einigen ausländischen Rechtsordnungen durchgesetzt wurde.³⁹ Danach kann derjenige, der glaubt, der Vater des Kindes zu sein, die Vaterschaft nur anfechten, wenn er zugleich fordert, seine Vaterschaft festzustellen.⁴⁰ Das bedeutet, dass im Anfechtungsverfahren zuerst festzustellen ist, ob der Mann, der die Vaterschaft anfecht, der biologische Vater des Kindes ist, und wenn es sich herausstellt, dass er es nicht ist, so ist der Anfechtungsantrag zurückzuweisen. Die Klage auf Feststellung der Vaterschaft des biologischen Vaters ist auch sonst als untrennbar mit der Klage auf Anfechtung der Vaterschaft verbunden zu halten, deshalb darf nach Ablauf der Frist zur Einreichung der Klage auf Anfechtung der Vaterschaft⁴¹ auch die Klage auf Feststellung der Vaterschaft nicht mehr zulässig sein,⁴² sonst werden wir ein Verfahren zur Feststellung der Elternschaft schaffen, das keinen Einfluss auf den Familienstatus haben wird. Wenn sich die Frist zur Einreichung der Klage auf Feststellung der Vaterschaft nach der Frist für die Anfechtung der Vaterschaft richtet, erspart man sich auch viele andere Unannehmlichkeiten, von denen in Rechtssystemen berichtet wird, wo die Anfechtungsklage befristet und die Klage auf Feststellung der Vaterschaft unbefristet ist.⁴³ Eben diese Verwicklungen

³⁸ Die FG-Vorlage sah keine Änderungen der geltenden Regelung vor (vgl. Art. 124 Abs. 2 der FG-Vorlage) – *Zupančič in Zupančič* (Red.), 2009, 228.

³⁹ Eine solche Regelung gilt etwa in Deutschland. *Schwab*, 2008, 251.

⁴⁰ Vergleiche Art. 135 Abs. 1 FG und Art. 126 Abs. 1 der FG-Vorlage – *Zupančič in Zupančič* (Red.), 2009, 229.

⁴¹ Eine längere Frist für die Einlegung der Anfechtungsklage als für die Vaterschaftsfeststellungsklage ist nicht sinnvoll, da das Verfahren zur Vaterschaftsfeststellung nicht eingeleitet werden kann, wenn die Frist für die Anfechtungsklage, die das Verfahren auslösen soll, bereits abgelaufen ist.

⁴² Art. 126 Abs. 2 FG betont diese Forderung nicht – *Zupančič in Zupančič* (Red.), 2009, 229.

⁴³ Ein solches System kennt zum Beispiel Deutschland. Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs Nr. XII ZR 18/07 vom 30. Juni 2008, in: *FamRZ* (2008), 55:20, 1921 ff.

hatte wohl auch das slowenische Verfassungsgericht im Sinn, als es in einer seiner Entscheidungen festhielt, dass die Feststellung und die Anfechtung der Elternschaft untrennbar verflochtene Teile ein und desselben verfassungsmäßig geschützten Ganzen seien, und mit sofortiger Wirkung eine Regelung aufstellte, wonach die Fristen des Kindes für die Anfechtung und die Feststellung der Elternschaft gleich, d. h. zeitlich unbefristet, sind.⁴⁴ Obwohl das EheFamG⁴⁵ nicht fordert, dass der Kläger gleichzeitig mit der Klage auf Anfechtung der Vaterschaft auch eine Klage auf Feststellung der Vaterschaft einreichen müsse, lässt die neuere Rechtsprechung keine Anfechtungsklage zu, wenn der Mann, der die Vaterschaftsvermutung anfecht, zugleich nicht auch eine Klage einreicht, um festzustellen, dass er der Vater des Kindes sei. Sie begründet ihren Standpunkt mit dem Zweck der Rechtsordnung, die das Wohl des Kindes zu schützen habe, damit die bestehende familiäre Gemeinschaft erhalten bleibe.⁴⁶ Obwohl diese Lösung *de lege ferenda* richtig ist, stellt sich die Frage, ob das Gericht mit dieser Entscheidung nicht in die Gesetzgebungszuständigkeit eingegriffen hat, und ob es mit seiner Entscheidung tatsächlich, wie es im Urteil anführt,⁴⁷ bloß eine rechtliche Lücke gefüllt hat.

2.2. Zustimmung der Mutter

Für die Gültigkeit der Anerkennung bedarf es der Zustimmung der Mutter, die weder befristet noch bedingt ist. Das Gesetz, das für die Anerkennungserklärung mehrere zulässige Formen vorsieht (Art. 84 EheFamG), führt die Formen der Zustimmung nicht eigens an. Für die Zustimmung der Mutter müssen grundsätzlich die gleichen Regeln gelten wie für die Anerkennung der Vaterschaft,⁴⁸ deshalb ist zuzulassen, dass auch die Mutter ihre Erklärung in irgendeiner der Formen abgibt, die für die Anerkennung der Vaterschaft vorgeschrieben sind (sie kann ihre Erklärung zum Beispiel auch in derselben öffentlichen Urkunde abgeben, wie die Anerkennung abgegeben wurde). Die Mutter darf ihre Zustimmung auch in einer anderen Form abgeben als derjenigen, die der Vater des Kindes für die Anerkennung gewählt hat (sie kann ihre Zustimmung auch im Testament geben). Sie kann ihre Zustimmung auch vor der Geburt ihres schon gezeugten Kindes⁴⁹ oder nach dem Tod des Kindes geben,⁵⁰ und zwar gleichzeitig mit der Anerkennung der Vaterschaft oder danach. Die Mutter darf ihre Zustimmung auch nach dem Tod des Mannes geben, der das Kind anerkannt

⁴⁴ Entscheidung des VerfG der RS Nr. U-I-85/10-10 vom 13. Oktober 2011 (Uradni list RS, Nr. 90/11).

⁴⁵ Siehe Art. 99 EheFamG.

⁴⁶ Urteil des Obergerichts Ljubljana, Nr. IV Cp 3309/2009 vom 9. 12. 2009 – Datenbank Ius-info.

⁴⁷ Urteil des Obergerichts Ljubljana, Nr. IV Cp 3309/2009 vom 9. 12. 2009 – Datenbank Ius-info.

⁴⁸ Vgl. auch Schwab, 2012, 258.

⁴⁹ Ebenda.

⁵⁰ Gernhuber; Coester-Waltjen, 2010, 609.

hat.⁵¹ Eine äußerste Frist für die Zustimmung der Mutter ist nicht festgelegt, deshalb kann zwischen der Zustimmung der Mutter und der Anerkennung des Vaters eine große Zeitspanne liegen.⁵² Ausländische Regelungen räumen deshalb dem Vater die Möglichkeit ein,⁵³ seine Anerkennung zu widerrufen, wenn die Mutter binnen einer bestimmten Frist seiner Anerkennung nicht zustimmt.⁵⁴ Es wäre sinnvoll, eine solche Lösung auch in unser Rechtssystem einzuführen.

So wie die Anerkennung des Mannes basiert auch die Zustimmung der Mutter nicht zwangsläufig auf der biologischen Wahrheit. Sie darf ihre Zustimmung jedem Mann geben, mit dem sie die Elternrechte wahrnehmen will. Wenn man bedenkt, dass für die Zustimmung der Mutter die gleichen Regeln gelten wie für die Anerkennungserklärung des Mannes, muss auch die Zustimmung der Mutter eine Erklärung sein, die streng persönlich ist (die Mutter leistet sie in ihrem eigenen Namen, nicht als Vertreterin des Kindes)⁵⁵ und die von niemand anderem geleistet werden dürfte.⁵⁶ Auch die Mutter müsste daher die Möglichkeit haben, ihre Zustimmung schon vor der Volljährigkeit zu äußern, wenn sie volle fünfzehn Jahre alt und urteilsfähig ist.⁵⁷ Wenn die Mutter die Zustimmung selber nicht geben könnte, müsste der strikte persönliche Charakter der Erklärung zur Folge haben, dass eine Anerkennung der Vaterschaft nicht zulässig wäre.⁵⁸ Die Rechtsordnung folgt der Regel, dass die Zustimmung zur Anerkennung nur von der Mutter geäußert werden darf, denn wenn die Mutter nicht mehr lebt oder ihr Aufenthalt unbekannt ist, darf die Zustimmung zur Anerkennung der gesetzliche Vertreter des Kindes (!) mit Zustimmung des Sozialamtes geben.⁵⁹

Die Regelung, die die Willensäußerung für das Kind durch seinen Vertreter zulässt, überrascht schon deshalb, weil das EheFamG dem Kind in keinem anderen Fall erlaubt, seine Zustimmung zur Anerkennung zu geben, und zwar weder über seinen

⁵¹ Ebenda.

⁵² So auch *Schwab*, 2012, 258.

⁵³ Gibt es eine solche Sonderregel nicht, ist die Anerkennungserklärung bindend und kann nicht mehr widerrufen werden. Auch die bereits erteilte Zustimmung der Mutter ist bindend und kann von der Mutter nicht mehr zurückgezogen werden, und zwar auch, obwohl der Mann, der die Vaterschaft anerkannte, damit einverstanden wäre. Das, was die Parteien wegen zwingender Vorschriften nicht vor der Verwaltungsbehörde erreichen können, können sie auch nicht im Rechtsstreit durch gerichtlichen Vergleich erreichen (die Parteien wollten wegen Irrtums die Anerkennungserklärung anfechten) – Beschluss des Obersten Gerichtshofs der RS, Nr. II Ips 528/2006 vom 25. 1. 2007 – Datenbank SOVS.

⁵⁴ Ebenda.

⁵⁵ *Dethloff*, 2009, 248.

⁵⁶ Zur Kritik der deutschen Regelung, die das Entscheiden durch die Eltern oder den gesetzlichen Vertreter erlaubt, siehe bei *Wanitzek*, 2003, 736.

⁵⁷ Eine solche Regelung sah schon das FG vor.

⁵⁸ Anders der Kommentar zu Art. 117 der FG-Vorlage. *Zupančič* in *Zupančič* (Red.), 2009, 224.

⁵⁹ Eine ähnliche Bestimmung enthalten auch Art. 122 Abs. 1 FG und Art. 117 Abs. 1 der FG-Vorlage – ebenda.

Vertreter noch selbstständig, wenn es dafür schon reif genug ist. Diese Regelung ist auch deshalb überraschend, weil sie zulässt, dass über die Zustimmung zur Anerkennung der Vertreter des Kindes auch dann entscheidet, wenn die Mutter noch lebt, aber nur ihr Aufenthaltsort unbekannt ist. Seltsamerweise ist jedoch die Stellvertretung der Zustimmung durch den Vertreter nicht vorgesehen, wenn die Mutter ihre Zustimmung wegen Unzurechnungsfähigkeit nicht äußern kann.

Die Regel, dass die Zustimmung der Mutter, die ihre Zustimmung nicht selber äußern kann (insbesondere wegen fehlender Geschäftsfähigkeit) ihr gesetzlicher Vertreter mit Einvernehmen der Sozialbehörde ersetzen darf, ist auch im deutschen Recht angenommen (§ 1596 I 3 BGB). Doch das deutsche Recht räumt die Möglichkeit der ersatzweisen Zustimmung nur dem gesetzlichen Vertreter der Mutter ein. Der deutsche Gesetzgeber hielt für einen solchen Fall die ersatzweise Zustimmung nicht für strittig (das deutsche Recht verbietet nur die Vertretung durch einen Bevollmächtigten),⁶⁰ doch er hat sie aufgrund sinngemäßer Anwendung der Bestimmungen über die Anerkennungserklärung vorgesehen (§ 1596 I 1 BGB).⁶¹ Doch eben für die Anerkennung der Vaterschaft lässt das slowenische Recht keine ersatzweise Zustimmung zu. In Zukunft wird man wohl über die Natur der Anerkennung und der Zustimmung entscheiden und für beide Erklärungen die gleichen Regeln einführen müssen.

Der Schutz des Kindeswohls erfordert, dass dem Kind, das imstande ist, über sich selbst zu entscheiden, ermöglicht wird, seine Zustimmung zur Anerkennung der Vaterschaft zu leisten, doch sieht das EheFamG dies nicht vor. Das FG-Vorlage gab dem Kind ab dem fünfzehnten Lebensjahr, wenn es urteilsfähig ist, das Recht, neben der Mutter seine Zustimmung zur Anerkennung der Vaterschaft zu erteilen. Die Zustimmung des Kindes, das volle fünfzehn Jahre alt und urteilsfähig ist, war laut FG-Vorlage neben der Zustimmung der Mutter Voraussetzung für die Gültigkeit der Anerkennung.⁶² War das Kind noch keine vollen fünfzehn Jahre alt oder noch nicht urteilsfähig, so ersetzte seine Zustimmung nicht sein Vertreter, weil eine solche Lösung nach Erwägung des Gesetzgebers ein unangebrachtes Entscheiden über jemand anderen bedeutet hätte. Diese Meinung steht im Gegensatz zur Regel, dass der gesetzliche Vertreter des Kindes der Anerkennung zustimmen darf, wenn die Mutter des Kindes nicht mehr lebt oder sie unbekanntes Aufenthaltsort ist. Wenn das Kind seine Zustimmung nicht äußern kann, weil es noch nicht reif genug ist, stimmt laut FG-Vorlage nur die Mutter in ihrem Namen zu. Das Kind konnte später die Anerkennung anfechten, wenn es damit nicht einverstanden war.⁶³

⁶⁰ Das deutsche Schrifttum kritisiert vielfach die Ersetzung der Zustimmung der Mutter durch ihren gesetzlichen Vertreter – zum Beispiel *Wanitzek*, 2003, 735.

⁶¹ *Schwab*, 2012, 257, 258.

⁶² Die Bestimmung von Art. 121 FG und Art. 113 der FG-Vorlage. *Zupančič* in *Zupančič* (Red.), 2009, 221 ff.

⁶³ Die Bestimmung von Art. 121 FG und Art. 115. der FG-Vorlage FG. *Zupančič* in *Zupančič* (Red.), 2009, 223.

Die Anerkennung der Vaterschaft ist nur zulässig, während das Kind noch keinen rechtlichen Vater hat. Die Anerkennung eines Kindes, für das bei der Geburt keine Vaterschaftsvermutung galt oder eine galt und später erfolgreich angefochten wurde und die Vaterschaft aufgrund einer Anerkennung oder aufgrund einer gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung hergestellt wurde, ist deshalb nicht mehr zulässig.⁶⁴

Weder das EheFamG noch ein anderes Gesetz regelt die Frage, ob die Elternschaft eines totgeborenen Kindes bestimmt werden kann. Obwohl ein totgeborenes Kind keine rechtliche Subjektivität gewinnt, kann es ein legitimes Interesse auf Herstellung einer persönlichrechtlichen Bindung der Eltern mit dem toten Kind geben, weil das bestimmte Rechtsfolgen haben kann, insbesondere im Persönlichkeitsbereich der Eltern in Bezug auf die Sorge für den Toten (zum Beispiel für die Wahrnehmung von religiösen Rechten der Eltern in Bezug auf das tote Kind, für die Entscheidung über die Bestattungsart).⁶⁵ Obwohl die Herstellung dieser Persönlichkeitsbindung keine Statusfolgen haben sollte, kann sie gegen den Erzeuger trotzdem gewisse Obligationsfolgen herstellen, zum Beispiel Ansprüche auf Kostenersatz für den Unterhalt der Mutter und ihre Geburt, Ersatz der Begräbniskosten für das Kind und die Herrichtung des Grabes. FG sah die Möglichkeit der Herstellung einer persönlichen Bindung der Eltern mit dem Kind vor, und zwar aufgrund der Anerkennung, doch es hat die weiteren Folgen nicht bedacht, die diese Herstellung haben könnte, es hat vor allem nicht die Möglichkeit der Anfechtung der Anerkennung und der Feststellung der Vaterschaft bedacht.⁶⁶

3. ANERKENNUNG DER MUTTERSCHAFT

Fälle, wo für ein Kind bei seiner Geburt noch kein Vater bestimmt wurde und es daher zulässig ist, es anzuerkennen, kommen verhältnismäßig häufig vor, denn die Vaterschaft steht bei der Geburt nur bei den Kindern fest, für die eine Vaterschaftsvermutung gilt. Bei der Mutterschaft ist es bei der Geburt des Kindes anders, weil das Recht für die Mutter die Frau hält, die das Kind geboren hat. So ist die Mutter bei der Geburt in der Regel bekannt und deshalb kommt eine Anerkennung ihrer Mutterschaft nicht in Frage. Nur wenn die Mutter nicht bekannt beziehungsweise ihre Mutterschaft nicht bewiesen wäre (zum Beispiel, wenn das Kind aufgefunden wurde), gibt es zumindest eine theoretische Möglichkeit zur Anerkennung der Mutterschaft. Praktische Fälle, in denen es zur Anerkennung der Mutterschaft kommen und in denen es gleichzeitig einen Kindsvater geben wird, der seine Zustimmung zur Anerkennung durch die Mutter gibt, sind schwer vorstellbar. Insbesondere schwer vorzustellen wären Fälle, in

⁶⁴ Zupančič in Zupančič (Red.), 2009, 225.

⁶⁵ Dazu Gernhuber; Coester-Waltjen, 2010, 590.

⁶⁶ Zu dieser Thematik siehe Seide in Schwab (Red.), 2008, 91, § 1593 Rn. 16.

denen das Recht der Mutter lieber die Anerkennung als eine gerichtliche Feststellung der Mutterschaft oder die Adoption zuließe. Der Gesetzgeber hat sich mit diesen Bedenken offenbar nicht den Kopf zerbrochen und hat für alle Fälle bestimmt, dass die Bestimmungen über die Feststellung der Vaterschaft, zu denen das Gesetz nicht gerade konsistent auch die Anerkennung der Vaterschaft zählt, entsprechend für die Feststellung der Mutterschaft anzuwenden sind, und damit anscheinend auch für die Anerkennung der Mutterschaft (Art. 95 EheFamG).

4. ABSCHLIESSENDES

Die Anerkennung der Elternschaft unterlegt immer noch den Regeln von vor über dreißig Jahren, die noch aus einer Zeit stammen, wo die biomedizinischen Möglichkeiten zur zuverlässigen Feststellung der Elternschaft sehr gering waren, und sehr gering war auch das Bewusstsein über das Recht, von seiner Elternschaft zu erfahren. Viele rechtliche Regeln, die unter diesen Umständen entstanden sind, erwiesen sich schon 2007 im Lichte der ersten Entscheidung des slowenischen Verfassungsgerichts zur Bestimmung der Elternschaft als unangemessen. Unangemessen sind die geltenden Regeln über objektive Fristen für die Anfechtung der Anerkennung der Elternschaft. Diese schränken das Recht, von seiner Elternschaft zu erfahren, unzulässigerweise ein, denn sie nehmen keine Rücksicht darauf, wann der Einzelne tatsächlich die Möglichkeit bekommen hat, seine Rechte durchzusetzen. Vom Verfassungsstandpunkt strittig sind auch die Regeln, die den Involvierten in einigen Fällen überhaupt kein Recht auf Klärung der Elternschaft einräumen (zum Beispiel dem Vater, der seine Vaterschaft trotz Zweifeln anerkennen musste, wobei die Mutter mit seiner Anerkennung einverstanden war) oder nur in sehr beschnittenem Umfang (zum Beispiel dem Mann, der die Vaterschaft nur feststellen darf, wenn die Mutter seiner Anerkennung nicht zugestimmt hat). Die rechtliche Regelung der Anerkennung ist für die heutige Zeit auch sonst mangelhaft geworden und enthält nicht mehr genügend durchdachte und bis ins Detail ausgearbeitete Regeln. Ganz besonders mangelhaft sind die Regeln über die Natur der Anerkennungserklärung und die Zustimmung der Mutter dazu. Als nicht durchdacht und völlig unbrauchbar erweisen sich bei sinngemäßer Anwendung der Regeln über die Anerkennung der Vaterschaft die Regeln über die Anerkennung der Mutterschaft. Offene Fragen erfordern eine Reaktion des Gesetzgebers, der verpflichtet ist, auf vom Standpunkt der Menschenrechte relevante Mängel zu reagieren, anstatt die Gesetzgebungsrolle bloß für längere Zeit dem Verfassungsgericht zu überlassen.

LITERATUR

1. Alinčič, M.; Hrabar, D.; Jakovac-Lozić, D.; Korać A., (2006). *Obiteljско pravo*. Zagreb.
2. Bergmann, A.; Ferid, M.; Henrich D. (Red.), (1976). *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht (III)*. Frankfurt am Main.
3. Dethloff, N., (2009). *Familienrecht*. München.
4. Gernhuber J.; Coester-Waltjen D., (2010). *Familienrecht*. München.
5. Grün, K.-J., (2010). *Vaterschaftsfeststellung und – anfechtung*. Berlin.
6. Hrabar, D. in Alinčič, M.; Hrabar, D.; Jakovac-Lozić, D.; Korać A., (2006). *Obiteljско pravo*. Zagreb,
7. Hrušáková, M. in: Spickhoff, A.; Schwab, D., Henrich, D.; Gottwald, P. (Hrsg.), (2007). *Streit um die Abstammung – ein europáischer Vergleich*. Bielefeld.
8. Lipp, V.; Röthel, A.; Windel, P. A., (2008). *Familienrechtlicher Status und Solidarität*. Tübingen.
9. Novak, A.; Accetto, M.; Pavčnik, M. (Hrsg.), (2013). *(Ustavno)sodno odločanje*. Ljubljana, S. 293-340;
10. Novak, B. (2005). *Pravni položaj domnevnega očeta*. Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani, 65, S. 279–299.
11. Novak, B. (2006). *Die Vaterschaftsvermutung in den Ländern des ehemaligen Jugoslawien im Lichte heimlich eingeholter DNA-Tests*. *Jahrbuch für Ostrecht*, 47:1, 11-22.
12. Novak, B. (2009). *Iskanje ravnotežja med biološkim in pravnim starševstvom*. *Pravnik* 64:11-12, 661-694.
13. Novak, A.; Accetto, M.; Pavčnik, M. (Hrsg.), (2013). *(Ustavno)sodno odločanje*. Ljubljana, S. 293-340;
14. Novak, B., (2014). *Družinsko pravo*. Ljubljana.
15. Schwab, D. (Red.), (2008). *Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Familienrecht II, Band 8*. München.
16. Schwab D., (2008). *Familienrecht*. München.
17. Schwab D., (2012). *Familienrecht*. München.
18. Spickhoff, A.; Schwab, D., Henrich, D.; Gottwald, P. (Hrsg.), (2007). *Streit um die Abstammung – ein europáischer Vergleich*. Bielefeld.
19. Wanitzek, U., (2003). *Ergänzungen des Abstammungsrechts durch das Kinderrechteverbesserungsgesetz*. *FamRZ* 50:11, 730–736.
20. Žnidaršič Skubic, V.; Matija, D.; Koritnik, B. (Hrsg.), (2016). *Izbrani vidiki ustavnega, civilnega in gospodarskega prava: liber amicorum Lojze Ude*. Ljubljana.
21. Zupančič, K., (2005). *Domneva zakonskega očetovstva*. *Pravna praksa*, 24:7, 14-15.
22. Zupančič, K. (Red.), (2009). *Reforma družinskega prava – predlog novih predpisov s komentarjem*. Ljubljana.
23. Zupančič, K., (1999). *Družinsko pravo*. Ljubljana.

Summary

SOME OPEN QUESTIONS OF THE RECOGNITION OF PARENTHOOD IN THE REPUBLIC OF SLOVENIA

A number of legal rules for determining parenthood introduced some thirty years ago, turned out in the light of the decision of the Slovene Constitutional Court of 2007 as inadequate. Inadequate are the rules for challenging the recognised parenthood which are not shaped as subjective terms. They limit the claimant's right to know his parenthood and disregard the moment when the claimant was able to lodge his claim. Constitutionally questionable are likewise the rules principally excluding the right of determining the parenthood, or allowing this right in a very limited way. Particularly insufficient are the provisions about the nature of the recognition of paternity and the mother's consent. Totally unsatisfying and unusable for recognition of maternity are the rules following the rules of the recognition of paternity.

Key words: *parenthood, establishing parenthood, challenging parenthood, recognition of parenthood, presumption of paternity*

Sažetak

NEKA OTVORENA PITANJA UTVRĐIVANJA PODRIJETLA DJETETA U REPUBLICI SLOVENIJI

Mnoge zakonske odredbe o utvrđivanju podrijetla djeteta nastale prije više od 30 godina pokazale su se u svjetlu odluke slovenskoga Ustavnog suda iz 2007. godine neodgovarajućima. To su odredbe o objektivnim rokovima za osporavanje podrijetla djeteta. One ograničavaju pravo tužitelja u preispitivanju njegovog podrijetla zanemarujući trenutak od kada je tužitelj mogao podnijeti zahtjev. S ustavnopravnog gledišta upitne su i odredbe koje isključuju pravo na utvrđivanje podrijetla kao i one koje ga omogućuju, ali vrlo ograničeno. Posebno su neprikladne odredbe o naravi priznanja očinstva i majčinu pristanku. Potpuno neprihvatljive i neprimjenjive su odredbe o priznanju majčinstva koje slijede pravila o priznanju očinstva.

Ključne riječi: *podrijetlo, utvrđivanje podrijetla, osporavanje podrijetla, priznanje podrijetla, predmnjeva očinstva*