

# FamFR Familienrecht und Familienverfahrensrecht

Unterhalt · Zugewinn · Versorgungsausgleich · Prozessuales

15/2013

5. Jahrgang · 5. August 2013  
Seiten 337–360

Herausgegeben von:

Professor Dr. Winfried Born, Rechtsanwalt in Dortmund  
Professor Dr. Karlheinz Muscheler, Universität Bochum  
Dr. Claudio Nedden-Boeger, Richter am BGH  
Birgit Niepmann, Direktorin des AG Siegburg  
Dr. Johannes Norpoth, Richter am OLG Hamm  
Jutta Wagner, Rechtsanwältin und Notarin in Berlin

## Beiträge

### Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters auf Umgang und Auskunft

– Umsetzung der Rechtsprechung des EGMR durch den deutschen Gesetzgeber –

*Fachanwältin für Familienrecht Dr. Doris Kloster-Harz, München*

Am 7.6.2013 hat der Bundesrat dem Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters zugestimmt. Das Gesetz ist zum 13.7.2013 in Kraft getreten. Damit hat der Gesetzgeber das bisher geltende deutsche Recht korrigiert und die Diskriminierung von Vätern nicht-ehelich geborener Kinder in Bezug auf das Umgangs- und Auskunftsrecht beseitigt.

#### I. Einführung

Der EGMR und auch das *BVerfGG* haben sich in mehreren Urteilen mit den Rechten der leiblichen (biologischen) Väter auseinandergesetzt und diese gestärkt. In § 1626 a I Nr. 3 BGB wurde zunächst geregelt, dass unverheirateten Eltern die elterliche Sorge gemeinsam zusteht, soweit sie ihnen durch das Familiengericht auf Antrag (des Vaters) übertragen wird. Mit dem neuen Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters wird diese Tendenz fortgesetzt.

Bisher stand dem leiblichen Vater eines Kindes, der nicht mit der Mutter des Kindes verheiratet ist und der auch die Vaterschaft nicht anerkannt hat, nach den geltenden Regelungen des BGB nur dann ein Umgangsrecht zu, wenn er bereits eine enge Bezugsperson des Kindes geworden war, für das Kind tatsächlich Verantwortung getragen hat und der Umgang dem Kindeswohl diene. Wenn der leibliche Vater jedoch (noch) keine Beziehung zu dem Kind aufbauen konnte, blieb ihm bisher der Kontakt zu seinem Kind verwehrt. Er konnte auch keine Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes verlangen. Geschützt waren die Rechtsposition des rechtlichen Vaters und die Familie, in der das Kind aufwuchs. Der EGMR hat in dieser gesetzlichen Situation

einen Verstoß gegen die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) gesehen.

#### II. Rechtlicher Hintergrund/Entscheidungen des EGMR

In dem Verfahren *A./Bundesrepublik Deutschland (EGMR, NJW 2011, 3565)* war dem biologischen Vater von Zwillingen, die mit ihrer Mutter und deren Ehemann und drei weiteren Kindern der Eheleute in einer intakten Familie lebten, der Umgang versagt worden. Der biologische Vater konnte seit der Geburt seiner Zwillinge keine Beziehung zu den Kindern aufbauen. Er hatte die Mutter sowohl vor als auch nach der Geburt der Zwillinge darum gebeten, ihm Umgang mit den Kindern zu gewähren. Diese Bitte wurde von den rechtlichen Eltern wiederholt abgelehnt. Auch vor den deutschen Gerichten hatte der Vater mit seinem Begehren, Umgang zu erhalten, keinen Erfolg. Die umgangsgewährende Vorschrift des § 1684 BGB bezog sich nach Ansicht der deutschen Gerichte nur auf die rechtlichen Eltern. Ein Umgangsrecht nach § 1685 II BGB schied aus, weil der Vater bisher ja keinerlei Verantwortung für die Zwillinge getragen und damit auch keine sozial-familiäre Beziehung zu ihnen aufgebaut hatte. Auf die Frage, ob und inwieweit der Umgang des leiblichen Vaters mit den Zwillingen ihrem Wohl in Zukunft diene, kam es nach Auffassung der deutschen Gerichte nicht an.

Der EGMR hat die Rechte des Vaters auf Achtung des Privat- und Familienlebens gem. Art. 8 EMRK als verletzt angesehen. Die deutschen Gerichte hatten nicht geprüft, ob der Umgang mit dem biologischen Vater

dem Wohl der Kinder dienlich gewesen wäre und auch der Tatsache kein Gewicht beigemessen, dass der Vater der Zwillinge aus rechtlichen und praktischen Gründen gar nicht dazu in der Lage gewesen ist, eine Beziehung zu den Kindern aufzubauen. Der *EGMR* geht davon aus, dass eine gerechte Abwägung aller konkurrierenden Rechte notwendig ist und der Umgang mit dem biologischen Vater dem Wohl der Kinder dient.

Im zweiten Fall, der vom *EGMR* entschieden wurde, ging es um folgenden Sachverhalt: Die deutschen Gerichte hatten entschieden, dass dem mutmaßlichen biologischen Vater ein Umgangs- und Auskunftsrecht ohne Prüfung des Kindeswohls im Einzelfall nicht zustehe, weil er nicht der rechtliche Vater war und keine sozial-familiäre Beziehung zum Kind bestand. Der *EGMR* beanstandete, dass die Verweigerung des Umgangs mit dem biologischen Vater von den deutschen Gerichten im Wege einer pauschalen gesetzlichen Vermutung entschieden worden sei. Angesichts der vielfältigen Familienkonstellationen bedürfte es jedoch hierzu einer einzelfallbezogenen Abwägung der Rechte aller Beteiligten (*EGMR*, NJW 2012, 2781, S./Bundesrepublik Deutschland).

Der vom *EGMR* geäußerten Kritik an der ursprünglichen gesetzlichen Ausgestaltung des Umgangs- und Auskunftsrechts des biologischen Vaters konnte nur durch eine Gesetzesänderung Rechnung getragen werden. Nach der bisherigen gesetzlichen Regelung war Voraussetzung für die Gewährung von Umgangs- und Auskunftsrechten, dass der Vater bereits tatsächlich elterliche Verantwortung für sein Kind trug. Wenn eine Mutter dies konsequent verhinderte, kam ein Umgang des Kindes mit dem biologischen Vater nicht in Betracht. Selbst wenn sich der biologische Vater nachweisbar ernsthaft und/oder nachhaltig um den Umgang mit seinem Kind bemüht hätte, wäre ein Umgang ausgeschlossen geblieben. Die Bemühungen des Vaters wären am Widerstand der Mutter bzw. der rechtlichen Eltern gescheitert. Dies galt insbesondere dann, wenn die biologische Vaterschaft nicht gerichtlich geklärt worden war.

### III. Inzidente Klärung der biologischen Vaterschaft

Dem biologischen Vater wird nunmehr durch das neue Gesetz die Möglichkeit gegeben, ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren im Rahmen des beantragten Umgangsrechtsverfahrens durchzuführen. Eine Vaterschaftsfeststellung war bisher auf seine Initiative nicht möglich. Jetzt kann die leibliche Vaterschaft des putativ biologischen Vaters im Umgangs- und Auskunftsverfahren geklärt werden. Voraussetzung hierfür ist lediglich, dass er eine eidesstattliche Versicherung abgibt, in der er bestätigt, dass er der Mutter im Empfängniszeitraum beigewohnt hat. Diese sensationelle Rechtsänderung ist im neuen Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen und nicht rechtlichen Vaters auf Umgang und Auskunft enthalten.

Dem leiblichen Vater soll durch die neue gesetzliche Regelung ermöglicht werden, auch dann einen Kontakt

zu seinem Kind aufzubauen und zu pflegen, wenn er zu ihm noch keine enge persönliche Beziehung entwickeln konnte, insbesondere weil es in der Familie des rechtlichen Vaters aufwächst. Ursprünglich war in der Gesetzesreform in § 1686a I BGB vorgesehen, dass diese Rechte des Vaters auf Umgang und Auskunft eingeräumt werden sollten, wenn der Vater ein **nachhaltiges Interesse** an seinem leiblichen Kind gezeigt hatte. Der Gesetzgeber hat das Wort „nachhaltiges“ im Gesetz nunmehr durch das Wort „ernsthafte“ ersetzt.

Diese Änderung ist zu begrüßen. Die Bekundung eines nachhaltigen Interesses hätte ein Zeitmoment (Dauer) mit beinhaltet. Das Zeigen nachhaltigen Interesses hätte vorprozessual möglicherweise die Kernfamilie erheblich genervt und schon zu vorprozessualen Zerwürfnissen zwischen dem leiblichen Vater und den rechtlichen Eltern geführt. Wenn der Vater nunmehr ernsthaftes Interesse bekunden muss, so fehlt das durative Moment mit den vorerwähnten negativen Auswirkungen. Ein ernsthaftes Interesse lässt sich schon daraus ableiten, dass ein Vater nach dem Scheitern außergerichtlicher Bemühungen zur Durchsetzung seiner Rechte das Gericht anruft.

In der Praxis wird es häufig eine nicht unbeachtliche Belastung für eine Familie bedeuten, wenn neben dem rechtlichen Vater der leibliche Vater eines Kindes auftaucht und sein Recht auf Umgang und Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes geltend macht. Bei einem kleinen Kind wird dem Vater in der Regel wöchentlich ein stundenweises Umgangsrecht gewährt. Bei älteren Kindern wird ein Umgang an jedem zweiten Wochenende in Betracht kommen, wie dies auch bei geschiedenen Vätern der Fall ist. Zudem kommt auch ein Umgang in den Schulferienzeiten in Betracht. Dies bedeutet für die „Kernfamilie“, dass ihr erhebliche Toleranz abverlangt wird, insbesondere wenn es sich um ein Kind handelt, das aus einem „One-Night-Stand“ oder Seitensprung hervorgegangen ist. Bei einer gerichtlichen Überprüfung, ob und inwieweit in solchen Fällen dem leiblichen Vater Umgangs- und Auskunftsrechte eingeräumt werden, ist Maßstab das Wohl des Kindes – und nicht das Wohl der Familie. Selbstverständlich wird im Rahmen der Kindeswohlprüfung auch zu berücksichtigen sein, inwieweit das Kindeswohl durch eine Beeinträchtigung des Familienfriedens tangiert wird. Die gesamte Tendenz in Rechtsprechung und Gesetzgebung zeigt jedoch, dass der Kontakt zum leiblichen Vater im Interesse des Kindes aufgebaut, gewahrt und geschützt werden soll.

### IV. Auskunftsrechte

Die neue Vorschrift des § 1686a BGB gewährt nunmehr auch dem leiblichen Vater ein Auskunftsrecht über die persönlichen Verhältnisse des Kindes, wenn er ein berechtigtes Interesse daran hat.

### V. Kindeswohlprüfung

Bei der Übertragung der gemeinsamen Sorge für ein Kind, das aus einer Beziehung hervorgegangen war, in

der die Eltern nicht verheiratet waren, war in der bisherigen Rechtsprechung des *BVerfG* (NJW 2003, 955) und des *BGH* (NJW 2005, 2080; NJW 2008, 994) zu klären, ob eine tragfähige soziale Beziehung zwischen den Eltern bestand. Auf dieses Kriterium kann und wird es in Zukunft nicht mehr ankommen. Zu den Überprüfungs-kriterien gehörte auch, dass der jeweilige Elternteil den anderen als Erzieher und gleichwertigen Bindungspartner des Kindes respektieren konnte sowie ein Mindestmaß an Verständigungsmöglichkeiten mit dem anderen Elternteil (*BGH*, NJW 2008, 994). Auch diese Kriterien müssen jetzt modifiziert werden.

Dem umgangsberechtigten leiblichen Vater war es früher in der Regel gar nicht möglich, eine tragfähige soziale Beziehung zum anderen leiblichen Elternteil (Mutter) oder zum rechtlichen Elternteil (rechtlicher Vater) aufzubauen, so dass der Gesetzgeber hier zu Recht im Gesetzestext das Wort „nachhaltiges Interesse am Kind“ durch „ernsthafte Interesse“ ersetzt hat. Das ernsthafte Interesse am Kind wird durch die Einleitung des Gerichtsverfahrens und durch Kontaktaufnahme zum Jugendamt und zu Beratungsinstitutionen unproblematischer zu dokumentieren sein. Auf die beratenden Institutionen wird durch das Inkrafttreten des neuen Gesetzes noch ein erheblicher Arbeits- und Beratungsaufwand zukommen. Sie haben eine wichtige Vermittlungsaufgabe.

Es bedarf mit Sicherheit des gesellschaftlichen Umdenkens, bis akzeptiert wird, dass in Zukunft ein Kind mehr als zwei Elternteile haben kann. Allein das Vorliegen von Konflikten zwischen den beteiligten Elternteilen (mindestens drei) wird nicht ausreichen, um die neuen Rechte der Väter auszuschalten. Bestehende Konflikte rechtfertigen nur dann einen Ausschluss von Umgangs- und Auskunftsrecht, wenn sie sich schädlich auf das Wohl des Kindes auswirken. Allerdings muss das Gericht dabei abwägen, ob und inwieweit eine gerichtlich erzwungene Anordnung von Umgangs- und Auskunftsrechten dem Kindeswohl zuträglich ist. Nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung werden hier von allen Beteiligten Anstrengungen erwartet, die der Beilegung dieser Konflikte und Befindlichkeiten dienen. Im Rahmen der entsprechenden Verfahren werden die Gerichte darauf zurückgreifen können, den Beteiligten außergerichtliche Streitbeilegungsmöglichkeiten zu empfehlen und gegebenenfalls auch eine Mediation durchzuführen. Bei den bisherigen juristischen Erwägungen nach altem Recht wurde das Interesse eines Kindes daran verkannt, wissen zu wollen, wer sein biologischer Vater ist und frühesmöglich Kontakt zu ihm zu haben. Jeder Mensch hat den elementaren Wunsch zu wissen, von wem er abstammt. Unabhängig von den psychologischen Aspekten ist es auch medizinisch sinnvoll, damit gesundheitliche Situationen besser beurteilt werden können (Erbkrankheiten etc.).

Andererseits kann die ständige „Störung“ durch die Ausübung des Umgangs- und Auskunftsrechts des leiblichen Vaters bei der Entwicklung des Kindes auch nachteilig sein, wenn es in einer Familie aufwächst, in der der rechtliche Vater und die Mutter sich in ausrei-

chendem und gutem Maß um das Kind kümmern. Für ein Kind wird es jedoch in der Regel von enormem Vorteil sein, wenn es mehrere „Eltern“ hat, die sich verantwortlich fühlen und die für das Kind da sind. Eine vernünftig gelebte Elternschaft von biologischen und soziologischen Eltern kann für das Kind eine große Bereicherung darstellen. Insoweit öffnet das Gesetz Tür und Tor zu neuen sinnvollen Familienstrukturen, die für alle Beteiligten zur Entlastung und Bereicherung führen können.

Das Gesetz kann auch verhindern, dass es allzu viel alleinerziehende Elternteile (Mütter) gibt, die sich überfordert fühlen. Die rechtzeitige und frühe Einbeziehung von Vätern beim Aufwachsen des Kindes kann sehr hilfreich sein. Entscheidend ist, dass die Rechtsprechung vernünftige Kriterien für die Einräumung von Umgangs- und Auskunftsrechten entwickelt und auch außergerichtliche Vermittlungs- und Beratungsmöglichkeiten im Rahmen der zu treffenden Entscheidung mit einbezieht. Die leiblichen Väter müssen wissen, dass ihre Rechte mit Pflichten korrespondieren, die sie auch dem Kind gegenüber wahrnehmen müssen. Der in der früheren Gesetzgebung latent vorhandene Gedanke, dass der biologische Vater als „Störer“ in einer sozial intakt empfundenen Familie anzusehen sei, muss hinter dem Interesse des Kindes an der Kenntnis über seine Herkunft zurücktreten.

Die Erwachsenen müssen aber auch erkennen und wissen, dass ein Kind nicht als „Machtinstrument“ missbraucht werden darf zur Durchsetzung ihrer Interessen und Ambitionen. Das neue Gesetz macht es notwendig, dass die Rechtsprechung auf die individuellen Gestaltungen eingeht und neue Kriterien zur Überprüfung der Rechtswahrnehmung von biologischen Vätern bei der Ausübung ihrer Umgangs- und Auskunftsrechte entwickelt. Im Hinblick auf die neuen biologischen Fortpflanzungsmöglichkeiten wird eine Rechts- und Gesetzesentwicklung in Gang gesetzt, die noch lange nicht ihr Ende gefunden hat. Das tradierte Rollen- und Familienbild wird durch die tatsächlichen biologischen und gesellschaftlichen Entwicklungen in Frage gestellt und muss sich entwickeln, so schmerzhaft dies vorübergehend auch für einzelne Beteiligte sein mag. Der Gewinn für die Kinder wird auf lange Sicht größer sein.

## VI. Verfahrensrechtliche Änderungen

Um dem putativ biologischen Vater die inzidente Prüfung seiner leiblichen Vaterschaft in einem Umgangs- und Auskunftsverfahren zu ermöglichen, bedurfte es der flankierenden Änderung im Verfahrensrecht. Mit der Neuregelung in § 167 a FamFG soll dem leiblichen Vater die inzidente Prüfung seiner Vaterschaft ermöglicht werden. Diese Vorschrift verhindert es zugleich, dass die Mutter das Umgangs- bzw. Auskunftsrecht des biologischen Vaters dadurch vereiteln kann, dass sie für sich und das Kind eine entsprechende Vaterschaftsuntersuchung verweigert. Der *Europäische Gerichtshof* stellt in den Mittelpunkt seiner Erwägungen das Interesse des putativ biologischen Vaters an seinem Kind. Die Recht-

sprechung wird in Zukunft dafür Sorge tragen müssen, dass auch Interessen und Wohl des Kindes in ausreichendem Maße berücksichtigt werden.

### VII. Kosten

Der Verfahrenswert für ein Verfahren auf Geltendmachung von Umgang und Auskunftserteilung ist im Regelfall mit 3000 Euro anzusetzen (§ 45 I Nr. 2 u. Nr. 3 FamGKG, zu den Ausnahmen s. § 45 III FamGKG). Allerdings können in diesen Verfahren erhebliche Zusatzkosten entstehen. Es besteht kein Anwaltszwang. Höhere Kosten können jedoch nicht nur durch die Einschaltung von Anwälten entstehen, sondern auch durch die Einholung von Sachverständigengutachten zu den Fragen, ob und inwieweit die Einräumung der Vaterrechte dem Kindeswohl dient oder widerspricht. Zu überprüfen sein wird auch die Frage, wie sich das Verhalten der Erwachsenen auf das Kindeswohl auswirkt. Auch für die Einholung von Vaterschaftsgutachten, die inzident in einem solchen Prozess möglich ist, können erhebliche Zusatzkosten entstehen. Das Gericht kann sowohl Verfahrenskostenhilfe für dieses Verfahren gewähren als auch gem. § 81 I 2 FamFG von der Erhebung von Kosten absehen. Im Hinblick auf den in einem solchen Verfahren zu erwartenden Arbeitsaufwand für die Anwälte ist das Verfahren mit einem angesetzten Verfahrenswert (3000 Euro) für Rechtsanwälte in der Regel nicht kostendeckend zu bearbeiten.

### VIII. Ausblick

Nicht zuletzt durch die Zunahme von Scheidungen und Patchwork-Familien hat sich auch in der Bundesrepublik das Familienbild sehr gewandelt. Auch die medizinischen Fortschritte haben bereits und werden in Zukunft noch mehr dafür sorgen, dass ein Kind mehrere Elternteile haben kann und wird: Die rechtlichen Eltern, die biologischen Eltern, die Stiefeltern und eventuell Adoptiveltern. Der Gesetzgeber hat mit der Stärkung der Rechte des leiblichen Vaters die ersten Schritte getan, um dieser veränderten soziologischen und biologischen Ausgangssituation Rechnung zu tragen. In der Beschlussempfehlung zum Gesetzentwurf (BT-Dr 17/13269) wird erwähnt, dass es zu begrüßen sei, dass die Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters nicht an Unterhaltszahlungen oder an die Bereitschaft, solche zu leisten, gekoppelt worden ist, da hiermit gegebenenfalls finanziell schlechter gestellte Väter benachteiligt worden wären. Diese vornehm und sozial klingenden Ausführungen zeigen einen Mangel in der Gesetzgebung auf. Dem Wohl des Kindes dient nicht nur das Umgangs- und Auskunftsrecht des Vaters; sein Interesse am Kind und die Förderung seines Wohles setzt auch eine Regelung der unterhaltsrechtlichen Belange des Kindes mit voraus. Die Verknüpfung von Unterhaltsrecht und Umgangsrecht ist durchaus dem Wohl des Kindes dienlich. Hierüber sollte der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Vaterrechte noch einmal nachdenken. ■