Pia Maria Schulze

Das deutsche Kindschafts- und Abstammungsrecht und die Rechtsprechung des EGMR

Studien zum deutschen und internationalen Familien- und Erbrecht

Herausgegeben von Martin Lipp, Christoph Benicke, Marina Wellenhofer und Bettina Heiderhoff

Band 14

PETER LANG
Internationaler Verlag der Wissenschaften

Studien zum deutschen und internationalen Familien- und Erbrecht

Herausgegeben von Martin Lipp, Christoph Benicke,
Marina Wellenhofer und Bettina Heiderhoff

Band 14

PETER LANG
Frankfurt am Main · Berlin · Bern · Bruxelles · New York · Oxford · Wien

Pia Maria Schulze

Das deutsche Kindschafts- und Abstammungsrecht und die Rechtsprechung des EGMR

PETER LANG
Internationaler Verlag der Wissenschaften

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Frankfurt (Main), Univ., Diss., 2011

D 30
ISSN 1864-497X

ISBN 978-3-653-01362-7 (E-Book)

DOI 10.3726/978-3-653-01362-7

ISBN 978-3-631-63656-5 (Print)

© Peter Lang GmbH
Internationaler Verlag der Wissenschaften
Frankfurt am Main 2012
Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.peterlang.de

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2011 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe – Universität in Frankfurt am Main als Dissertation angenommen. Die Berücksichtigung und Einarbeitung von Rechtsprechung und Schrifttum erfolgte bis Dezember 2011.

Frau Prof. Dr. Marina Wellenhofer gilt mein herzlichster Dank für die Annahme des Themas, die wertvolle wissenschaftliche Betreuung sowie für die freundliche und absolut zuverlässige Unterstützung der Bearbeitung und schließlich für die Aufnahme in die vorliegende Schriftenreihe. Herrn Prof. Dr. Ludwig Salgo danke ich für die zeitnahe Ausfertigung des Zweitgutachtens und seine konstruktiven Anregungen.

Ganz besonderer Dank gebührt meinen Eltern, die mir die Aufnahme des Promotionsvorhabens überhaupt ermöglicht und mich darin zu jeder Zeit bestärkt haben. Für ihre stets verlässliche und so verständnisvolle Unterstützung bedanke ich mich außerdem besonders bei meiner Schwester Julia und meinem Freund Gregor sowie meinen Kollegen in der Kanzlei Schneider Stein & Partner – dort insbesondere meiner Freundin Rechtsanwältin Britta Schönborn für ihre wertvolle Mithilfe beim Korrekturlesen.

Hamburg Dezember 2011

Pia Maria Schulze

Inhaltsübersicht

A Einleitung 21

B Rechtliche Grundlagen zur Rechtsprechung des EGMR 25
I. Der EGMR 25
II. Die Bindung deutscher Familiengerichte an die Entscheidungen des EGMR 35
III. Die Besonderheit der mehrpoligen Rechtsverhältnisse 38
IV. Für das Familienrecht einschlägige EMRK-Normen in der bisherigen Rechtsprechung des EGMR 39

C Sozialwissenschaftliche Grundlagen 49
I. Die Bindungsforschung 49
II. Die Traumaforschung 56
III. Risikoforschung und Resilienz 58
IV. Die Scheidungsfolgenforschung 60
V. Kindeswohl und Kindeswille 64
VI. Kind und Zeitempfinden 68

D Fallanalysen zum Sorge- und Umgangsrecht bei Trennung und Scheidung 71
I. Fall Elsholz gegen Deutschland 71
II. Fall Hoffmann gegen Deutschland 76
III. Fall Sommerfeld gegen Deutschland 80
IV. Fall Lebbink gegen Niederlande 87
V. Fall Görgülü gegen Deutschland 89
VI. Fall Kleinert gegen Deutschland 99
VII. Fall Zaunegger gegen Deutschland 102
VIII. Fall Anayo gegen Deutschland 110
IX. Fall Schneider gegen Deutschland 115
X. Fall Adam gegen Deutschland 118
XI. Fall Skugor gegen Deutschland 125
XII. Fall Koudelka gegen Tschechische Republik 132
XIII. Fall Mattenklott gegen Deutschland 136

E Fallanalysen zum Abstammungsrecht – Vaterschaftsanerkennung und -anfechtung 143
I. Fall Kroon gegen Niederlande 143
II. Fall Rozanski gegen Polen 146
III. Fall Mizzi gegen Malta 151
IV. Fall Hülsmann gegen Deutschland 156

F Bewertung der deutschen Rechtslage anhand erarbeiteter Anforderungen des EGMR 163
I. Sorge- und Umgangsrecht bei Trennung und Scheidung – materielles Recht 163
II. Sorge- und Umgangsrecht bei Trennung und Scheidung – Verfahrensrecht 198
III. Abstammungsrecht – Vaterschaftsanfechtung und Klärung der Abstammungsverhältnisse 216

G Der zukünftige Umgang mit der Rechtsprechung des EGMR 235
I. Die Prüfungsmaßstäbe von EGMR und BVerfG 235
II. Die Einhaltung des Subsidiaritätsgrundsatzes 238
III. Der Einzelfallcharakter der Entscheidungen des EGMR 240
IV. Schlussfolgerungen 241

H Ergebnis 243

J Zusammenfassung 247

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht 9

Abkürzungsverzeichnis 19

A Einleitung 21

B Rechtliche Grundlagen zur Rechtsprechung des EGMR 25
I. Der EGMR 25
1. Die Rolle des EGMR 25
2. Die Organisation des EGMR 27
3. Das Verfahren der Individualbeschwerde 28
4. Die Besonderheiten der Rechtsprechung des EGMR 29
a) Die Autonome Auslegung und Rechtsvergleichung 29
b) Die evolutive Auslegung 30
c) Der Beurteilungsspielraum 31
d) Die Struktur der Urteile der EGMR 32
e) Das Sondervotum 33
5. Das Verhältnis zwischen EGMR und BVerfG 33
6. Zusammenfassung 35
II. Die Bindung deutscher Familiengerichte an die Entscheidungen des EGMR 35
III. Die Besonderheit der mehrpoligen Rechtsverhältnisse 38
IV. Für das Familienrecht einschlägige EMRK-Normen in der bisherigen Rechtsprechung des EGMR 39
1. Der Schutzbereich des Art. 8 I EMRK 39
a) Allgemein 39
b) Konventionsrechtlicher Familienbegriff 40
c) Verheiratete Eltern und Kinder 41
d) Eltern und nichteheliche Kinder 42
e) Adoptivfamilien 42
f) Pflegefamilien 43
g) Nichteheliche Lebensgemeinschaft 43
h) Erweitertes Familienleben 44

2. Der Gewährleistungsumfang des Art. 8 I EMRK 44
3. Die Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 8 EMRK 44
4. Die Eingriffsrechtfertigung gemäß Art. 8 II EMRK 45
5. Die verfahrensrechtlichen Dimensionen von Art. 8 EMRK 46
6. Die Verfahrensgarantien des Art. 6 I EMRK 47
7. Weitere das Familienrecht betreffende Artikel der EMRK 48
8. Zusammenfassung 48

C Sozialwissenschaftliche Grundlagen 49
I. Die Bindungsforschung 49
1. Die Bindungstheorie 49
2. Die Bindungsmuster 50
3. Bindungsforschung und Neurobiologie 52
4. Bindungstheorie versus Systemtheorie 53
5. Der Begriff „Bindung“ im Familienrecht 54
6. Zusammenfassung 55
II. Die Traumaforschung 56
1. Gewalt in der Familie 56
2. Neurobiologische und entwicklungspsychologische Folgen 57
3. Der Begriff „Traumatisierung“ im Familienrecht 58
III. Risikoforschung und Resilienz 58
IV. Die Scheidungsfolgenforschung 60
1. Die Studie von Wallerstein, Lewis & Blakeslee 60
2. Die Scheidungsfolgenforschung in Deutschland 62
V. Kindeswohl und Kindeswille 64
1. Der Kindeswille als Kindeswohlkriterium 64
2. Der beeinflusste Kindeswille 65
3. Das Parental Alienation-Syndrom (PAS) 66
VI. Kind und Zeitempfinden 68

D Fallanalysen zum Sorge- und Umgangsrecht bei Trennung und Scheidung 71
I. Fall Elsholz gegen Deutschland 71
1. Sachverhalt 71
2. Rechtliche Beurteilung nach nationalem Recht 71
3. Beurteilung durch den EGMR 72
4. Analyse des Urteils 74
II. Fall Hoffmann gegen Deutschland 76
1. Sachverhalt 76
2. Rechtliche Beurteilung nach nationalem Recht 76

3. Beurteilung durch den EGMR 77
4. Analyse des Urteils 78
III. Fall Sommerfeld gegen Deutschland 80
1. Sachverhalt 80
2. Rechtliche Beurteilung nach nationalem Recht 80
3. Beurteilung durch den EGMR 81
4. Analyse der Urteile 82
IV. Fall Lebbink gegen Niederlande 87
1. Sachverhalt 87
2. Rechtliche Beurteilung nach nationalem Recht 87
3. Beurteilung durch den EGMR 88
4. Analyse des Urteils 88
V. Fall Görgülü gegen Deutschland 89
1. Sachverhalt 89
2. Rechtliche Beurteilung nach nationalem Recht 90
3. Beurteilung durch den EGMR 90
4. Fortgang des Falles nach dem Urteil des EGMR 92
5. Analyse des Urteils 93
a) Zum Urteil des EGMR selbst 93
b) Kritische Stimmen 94
c) Konkurrenzverhältnis zwischen leiblicher und faktischer Elternschaft 95
d) Stärkung der Rechte nichtehelicher Väter 97
e) Zusammenfassung 98
VI. Fall Kleinert gegen Deutschland 99
1. Sachverhalt 99
2. Rechtliche Beurteilung nach nationalem Recht 99
3. Beurteilung durch den EGMR 100
4. Analyse der Entscheidung 101
VII. Fall Zaunegger gegen Deutschland 102
1. Sachverhalt 102
2. Beurteilung nach nationalem Recht 102
3. Beurteilung durch den EGMR 102
4. Analyse des Urteils 107
VIII. Fall Anayo gegen Deutschland 110
1. Sachverhalt 110
2. Rechtliche Beurteilung nach nationalem Recht 111
3. Beurteilung durch den EGMR 112
4. Analyse des Urteils 113
IX. Fall Schneider gegen Deutschland 115

1. Sachverhalt 115
2. Rechtliche Beurteilung nach nationalem Recht 115
3. Beurteilung durch den EGMR 116
4. Analyse des Urteils 117
X. Fall Adam gegen Deutschland 118
1. Sachverhalt 118
2. Rechtliche Beurteilung nach nationalem Recht 119
3. Beurteilung durch den EGMR 120
4. Analyse des Urteils 121
XI. Fall Skugor gegen Deutschland 125
1. Sachverhalt 125
2. Rechtliche Beurteilung nach nationalem Recht 126
3. Beurteilung durch den EGMR 127
4. Analyse des Urteils 128
XII. Fall Koudelka gegen Tschechische Republik 132
1. Sachverhalt 132
2. Beurteilung nach nationalem Recht 132
3. Beurteilung durch den EGMR 133
4. Analyse des Urteils 135
XIII. Fall Mattenklott gegen Deutschland 136
1. Sachverhalt 136
2. Beurteilung nach nationalem Recht 136
3. Beurteilung durch den EGMR 137
4. Analyse des Urteils 139

E Fallanalysen zum Abstammungsrecht – Vaterschaftsanerkennung und -anfechtung 143
I. Fall Kroon gegen Niederlande 143
1. Sachverhalt 143
2. Rechtliche Beurteilung nach nationalem Recht 143
3. Beurteilung durch den EGMR 144
4. Analyse des Urteils 145
II. Fall Rozanski gegen Polen 146
1. Sachverhalt 146
2. Rechtliche Beurteilung nach nationalem Recht 146
3. Beurteilung durch den EGMR 147
4. Analyse des Urteils 148
III. Fall Mizzi gegen Malta 151
1. Sachverhalt 151
2. Beurteilung nach nationalem Recht 151

3. Beurteilung durch den EGMR 152
4. Analyse des Urteils 153
IV. Fall Hülsmann gegen Deutschland 156
1. Sachverhalt 156
2. Beurteilung nach nationalem Recht 156
3. Beurteilung durch den EGMR 158
4. Analyse der Entscheidung 160

F Bewertung der deutschen Rechtslage anhand erarbeiteter Anforderungen des EGMR 163
I. Sorge- und Umgangsrecht bei Trennung und Scheidung – materielles Recht 163
1. Die Berücksichtigung des Kindeswohls 163
a) Die Berücksichtigung des Kindeswohls in der Rechtsprechung des EGMR 163
b) Die Vorrangstellung des Kindeswohls im deutschen Recht .. 164
c) Bewertung 164
2. Das Sorgerecht der Väter nichtehelicher Kinder 165
a) Die Vorgaben des EGMR 165
b) Die bisherige Rechtslage in Deutschland 165
aa) Bisheriger Stand der Diskussion 165
(1) Alleiniges Sorgerecht und Vetorecht der Kindesmutter 166
(2) Kindeswohldienlichkeit 167
(3) Entscheidung des BVerfG vom 21.07.2010 169
bb) Das Sorgerecht nichtehelicher Väter in anderen europäischen Staaten 171
c) Stellungnahme 174
aa) Ideologischer Gegensatz zwischen BVerfG und EGMR? 174
bb) Europäische Tendenzen 176
cc) Gesetzliche Neuregelung 177
(1) Regelungsalternativen 177
(2) Studienergebnisse und Regelungsvorschlag der Justizministerin 178
(3) Diskussion und eigener Regelungsvorschlag 179
dd) Übergangszeit bis zur Neuregelung 185
ee) Starke europäische Einflussnahme auf das deutsche Familienrecht 187
3. Die Rechtstellung des biologischen Vaters 188

a) Der Schutz des leiblichen Vaters 188
aa) Der Schutz des Familienlebens im Rahmen des Art. 8 I EMRK für den leiblichen Vater in der neueren Rechtsprechung des EGMR 188
bb) Der Schutz der Familie im Rahmen des Art. 6 GG für den leiblichen Vater in der Rechtsprechung des BVerfG 189
cc) Bewertung 190
b) Das Umgangsrecht des biologischen Vaters 193
aa) Vorgaben des EGMR 193
bb) Deutsches Recht 193
cc) Stellungnahme und eigener Regelungsvorschlag 194
II. Sorge- und Umgangsrecht bei Trennung und Scheidung – Verfahrensrecht 198
1. Die Verfahrensanforderungen 198
a) Die Vorgaben des EGMR 198
aa) Konkurrenzverhältnis zwischen Art. 6 I EMRK und Art. 8 I EMRK 198
bb) Anhörung der Beteiligten und Einholung von Sachverständigengutachten 199
cc) Verfahrensdauer 200
b) Die Verfahrensanforderungen nach deutschem Recht 201
aa) Anhörung der Beteiligten und Einholung von Sachverständigengutachten 201
(1) Anhörungen 202
(2) Sachverständige 204
bb) Beschleunigungsgebot 205
(1) In der Rechtsprechung des BVerfG 205
(2) Beschleunigungsgebot im FamFG 206
(3) Spannungsverhältnis 206
c) Stellungnahme 209
2. Die Vollstreckung von Umgangs- und Rückführungsentscheidungen 211
a) Die Vorgaben des EGMR 211
b) Die Rechtslage in Deutschland 212
c) Stellungnahme 214
aa) Neuregelungen des FamFG 214
bb) Nichtvollstreckung bestandskräftiger Umgangsentscheidungen 215
III. Abstammungsrecht – Vaterschaftsanfechtung und Klärung der Abstammungsverhältnisse 216

1. Die Vaterschaftsanfechtung durch den rechtlichen (Schein-)Vater 216
a) Die Vorgaben des EGMR ... 216
b) Die Bewertung der deutschen Rechtslage ... 217
c) Stellungnahme ... 218
2. Die Rechtsstellung des biologischen Vaters im Abstammungsrecht ... 221
a) Die Vorgaben des EGMR ... 221
b) Die Bewertung der deutschen Rechtslage ... 222
aa) Vaterschaftsanfechtung ... 222
(1) Geltendes deutsches Recht ... 222
(2) Stellungnahme ... 224
bb) Fehlende Klärungsberechtigung im statusunabhängigen Verfahren zur Klärung der Abstammung gemäß § 1598a BGB ... 228
(1) Geltendes deutsches Recht ... 228
(2) Stellungnahme ... 230

G. Der zukünftige Umgang mit der Rechtsprechung des EGMR ... 235
I. Die Prüfungsmaßstäbe von EGMR und BVerfG ... 235
II. Die Einhaltung des Subsidiaritätsgrundsatzes ... 238
III. Der Einzelfallcharakter der Entscheidungen des EGMR ... 240
IV. Schlussfolgerungen ... 241

H. Ergebnis ... 243

J. Zusammenfassung ... 247

Literaturverzeichnis ... 257

Abkürzungsverzeichnis

a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
Amtl. Begr.	Amtliche Begründung
AnwBl.	Anwaltsblatt
Art.	Artikel
BayOLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BMJ	Bundesministerium für Justiz
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DAVorm	Der Amtsvormund
DMS	Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders
DeuFamR	Deutsches und Europäisches Familienrecht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
EMDR	Eye Movement Desensitization and Reprocessing
EMRK	Europäische Konvention für Menschenrechte
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EuLF	The European Legal Forum
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FF	Forum Familienrecht
FGG	Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit
FuR	Familie und Recht

FPR	Familie Partnerschaft und Recht
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HKÜ	Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung
i.V.m.	in Verbindung mit
ICD-10	Internationale Klassifikation psychischer Störungen
JAmt	Das Jugendamt
JZ	Juristenzeitung
Jura	Juristische Ausbildung
KG	Kammergericht
KindPrax	Kindschaftsrechtliche Praxis
KindRG	Kindschaftsrechtsreformgesetz
MDR	Monatsschrift Deutsches Recht
MüKo	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
PAS	Parental Alienation Syndrome
PTBS	Posttraumatische Belastungsstörung
Rn.	Randnummer
Urt.	Urteil
ZfJ	Zentralblatt für Jugendrecht
ZKJ	Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe
ZPO	Zivilprozessordnung

A Einleitung

Im Sommer 2010 hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) die bestehenden gesetzlichen Regelungen zum Sorgerecht von Vätern nichtehelicher Kinder für verfassungswidrig erklärt.[1] Die einschlägigen Regelungen §§ 1626a I Nr. 1, 1672 I BGB wurden bereits seit ihrer Einführung durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz in der Fachwelt kritisiert. Bisher hielten sie jeder Kritik und auch einer verfassungsrechtlichen Überprüfung[2] stand. Dies hat sich nun geändert. In seinem Beschluss vom 21.07.2010 bezieht sich das BVerfG ausdrücklich auf ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR). Der EGMR hatte einige Monate zuvor die Regelungen des deutschen Familienrechts zur elterlichen Sorge von Vätern nichtehelicher Kinder für konventionswidrig erklärt.[3] Schon im Dezember 2010 und im September 2011 erfolgten weitere Verurteilungen Deutschlands durch den EGMR, welche erneut für Diskussionstoff im Familienrecht sorgen.[4] Der Gerichtshof hat in diesen Entscheidungen die Anwendung der gesetzlichen Regelung der §§ 1684, 1685 II BGB zum Umgangsrecht des biologischen Vaters durch deutsche Gerichte in einer bestimmten Konstellation als konventionswidrig bewertet.[5] Was hat es auf sich mit diesem in Straßburg beheimateten Gerichtshof, der augenscheinlich solch großen Einfluss auf das deutsche Familienrecht ausübt?

Das Familienrecht ist eines der Rechtsgebiete, welches am stärksten von Veränderungen gesellschaftlicher Verhältnisse beeinflusst wird. Neben innerfamiliären Veränderungsprozessen – wie nahezu gleich bleibend hohen Scheidungszahlen[6] und der Zunahme nichtehelicher Lebensgemeinschaften, Stieffamilien und alleinerziehender Elternteile – spielen zunehmend auch europäische Einflüsse eine große Rolle.

In Europa ist das Familienrecht von einer Vielfalt nationaler Rechte geprägt. Bedingt durch ein fortschreitendes Zusammenwachsen der europäischen Staaten,

---

1 Beschluss des BVerfG vom 21.07.2010, Az. 1 BvR 420/09, FamRZ 2010, 1403 ff.

2 BVerfG Urt. v. 29.01.2003, Az. 1 BvL 20/99 u. 1 BvR 933/01, FamRZ 2003, 285 ff.

3 EGMR Fall Zaunegger Urt. v. 03.12.2009, Nr. 22028/04, FamRZ 2010, 107 ff.

4 *Willutzki* ZKJ 2011, 90 ff. zur „neuen Baustelle im Kindschaftsrecht".

5 EGMR Fall Anayo Urt. v. 21.12.2010, Nr. 20578/07, FamRZ 2011, 269 ff. und EGMR Fall Schneider Urt. v. 15.09.2011, Nr. 17080/07, FamRZ 2011, 1715 ff.

6 Laut dem Statistischen Bundesamt, Jahrbuch 2010, www.destatis.de, sind die Scheidungszahlen im Jahr 2009 im Vergleich zu 2008 um rund 3% leicht zurückgegangen.

Mobilität, Migration und grenzüberschreitender Sachverhalte können sich Rechtsreformen einzelner Länder über Landesgrenzen hinweg auswirken. Der stetige Wandel gesellschaftlicher Verhältnisse und internationaler Rechtsquellen – wie die Europäische Konvention für Menschenrechte (EMRK) – üben einen zunehmend stärkeren Einfluss auf die nationale Rechtsprechung und Rechtsentwicklung aus.[7]

Eine zentrale Rolle spielt hier als Hüter der EMRK der EGMR. Pressebekannte Entscheidungen des EGMR[8] wie in dem Pflegekindfall Görgülü[9] oder jüngst in den Fällen Zaunegger[10], Anayo[11] und Schneider[12], welche die elterliche Sorge nichtehelicher Väter und das Umgangsrecht biologischer Väter betrafen, haben den Gerichtshof in den letzten Jahren in Deutschland verstärkt in die Wahrnehmung der Allgemeinheit gerückt. Infolge des zeitgemäßen, entwicklungsoffenen Verständnisses des EGMR von Familie wird der EGMR bereits als „Motor einer Harmonisierung des Familienrechts“ in Europa gesehen.[13]

Im deutschen Familienrecht wird dem Kindeswohl stets vorrangige Bedeutung beigemessen. Der EGMR wird im Bereich des Familienrechts häufig mit einer starken Tendenz zum Schutz der Interessen biologischer Abstammung und Väterrechten in Verbindung gebracht. Der zunehmende Einfluss des EGMR auf das deutsche Familienrecht wird daher zum Teil durchaus kritisch beurteilt. Es wird befürchtet, dass unterschiedliche Gewichtungen bezüglich biologischer Herkunft eines Kindes im Verhältnis zu seinen sozialen Bindungen negative Folgen für die Interessen des Kindes haben könnten.[14]

So wird vor einer zu starken Betonung der Rechte leiblicher Eltern gewarnt, welche die Rechtsposition und das Wohl des Kindes gefährden könnte.[15] Derartige Tendenzen könnten im Widerspruch zu Grundsätzen des deutschen Familienrechts und der deutschen Rechtsprechung im familienrechtlichen Bereich stehen. Weiterhin werden Bedenken geäußert, die Straßburger Rechtsprechung könnte zu einer Verunsicherung der deutschen Fachgerichte führen.[16]

---

7 *Dethloff* § 1 Rn. 56 f.

8 Sämtliche Entscheidungen des EGMR, die nicht in juristischen Fachzeitschriften mit Fundstellen nachgewiesen werden konnten, sind in der Datenbank des EGMR auf dessen Homepage zu finden (http://cmiskp.echr.coe.int).

9 EGMR Fall Görgülü Urt. v. 26.02.2004, Nr. 74969/01, FamRZ 2004, 1456 ff.

10 EGMR Fall Zaunegger Urt. vom 03.12.2009, Nr. 22028/04, FamRZ 2010, 107 ff.

11 EGMR Fall Anayo Urt. v. 21.12.2010, Nr. 20578/07, FamRZ 2011, 269 ff.

12 EGMR Fall Schneider Urt. v. 15.09.2011, Nr. 17080/07, FamRZ 2011, 1715 ff.

13 *Rixe* FPR 2008, 222, 223, 230; *Rixe* ZKJ 2006, 276, 278.

14 *Hoffmann* ZfJ 2005, 44, 49.

15 *Zenz* FamRZ 2007, 2060, 2062; *Höhnerlein* EuLF 2001, 252, 257.

16 *Benda* EuGRZ 2002, 1, 3.

Das deutsche Familienrecht hat in den letzten Jahren zahlreiche Reformen erfahren. Dies gilt insbesondere in den Bereichen des Sorge- und Umgangsrechts nach Trennung und Scheidung, des Verfahrensrechts und im Bereich des Abstammungsrechts. Beispielhaft sind hier die Neuregelung des Familienverfahrensgesetzes (FamFG) zum 01.09.2009 und die zum 01.04.2008 in Kraft getretene Neuregelung zur Klärung von Abstammungsverhältnissen gemäß § 1589a BGB. Ganz aktuell steht die Neuregelung der §§ 1626a , 1672 BGB zur Debatte.

Die vorliegende Untersuchung hat sich zum Ziel gesetzt, aktuelle Entwicklungen im Bereich des Sorge- und Umgangsrechts nach Trennung und Scheidung sowie im Bereich des Abstammungsrechts im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des EGMR zu betrachten. Zu prüfen ist, inwieweit die geltenden deutschen gesetzlichen Regelungen und deren Anwendung durch deutsche Fachgerichte den Anforderungen des EGMR entsprechen.

Dazu werden zunächst die rechtlichen Grundlagen zur Rechtsprechung des EGMR und deren Bindungswirkung für deutsche Gerichte erörtert. Es folgen humanwissenschaftliche Grundlagen zu den Bereichen Bindungsforschung, Traumaforschung, Resilienzforschung, Scheidungsfolgenforschung, Kindeswohl und Kindeswille sowie Kind und Zeitempfinden. Eine Auseinandersetzung mit diesen Themenbereichen ist Voraussetzung, um die Rechtsprechungsgrundsätze des EGMR und deutsche Gesetze sowie deren Anwendung im Hinblick auf eine Kindeswohlvereinbarkeit beurteilen zu können.

Anhand einer systematischen Untersuchung aktueller Entscheidungen des EGMR in den Bereichen elterliche Sorge und Umgang bei Trennung und Scheidung sowie in dem Bereich Abstammungsrecht werden Grundsätze und Anforderungen seiner aktuellen Rechtsprechung herausgearbeitet.

Diese sind anschließend mit dem geltendem deutschen Recht und dessen Anwendung in Beziehung zu setzen. Dieser Teil bildet das Kernstück der vorliegenden Untersuchung, die sich auf die Bereiche elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung, das Verfahrensrecht in kindschaftsrechtlichen Verfahren sowie Anfechtungs- und Feststellungsmöglichkeiten von Abstammungsrechtsverhältnissen konzentriert. Eine besondere Berücksichtigung erfahren dabei die Rechtspositionen des Vaters nichtehelicher Kinder und die Rechtsposition des lediglich biologischen Vaters. Abschließend werden jeweils Bewertungen und Ausblicke auf zukünftige Entwicklungsmöglichkeiten und den zukünftigen Umgang mit der Rechtsprechung des EGMR im Familienrecht vorgenommen.

B Rechtliche Grundlagen zur Rechtsprechung des EGMR

I. Der EGMR

Nach der Ratifizierung der europäischen Menschenrechtskonvention im Jahr 1953 durch zehn Mitgliedsstaaten wurden im Januar 1959 die ersten Richter zum EGMR gewählt. Heute, rund 50 Jahre später, haben 47 Staaten die Konvention ratifiziert und sich der Gerichtsbarkeit des EGMR unterstellt. Der Gerichtshof und das Konventionssystem haben Vorbildfunktion für andere Systeme des regionalen Menschenrechtsschutzes erlangt.

1. Die Rolle des EGMR

Der EGMR wacht über die von der EMRK und ihren Zusatzprotokollen verbürgten Menschenrechte. Der EGMR ist zwar ein internationales Gericht, doch die Probleme, mit denen er sich auseinanderzusetzen hat, sind eher nationaler Natur. Es geht nicht um die Beziehungen zwischen Staaten, sondern um die Beachtung der Konvention im nationalen Bereich.[17]

Der Gerichtshof erfüllt eine Doppelfunktion[18], indem er sowohl dem Einzelnen den Schutz seiner Individualrechte im Einzelfall garantieren als auch einen allgemeingültigen, objektiven Mindeststandard an europäischem Grundrechtsschutz etablieren will. Das Prüfungsziel der Rechtsprechung des EGMR ist deshalb nicht immer eindeutig auszumachen. Die Einzelfallgerechtigkeit und die Ermittlung objektiver Standards zum Grundrechtsschutz stehen sich hier gegenüber.[19]

Möchte man den optimalen Grundrechtsschutz für jeden Einzelnen erreichen, müsste die Einzelfallgerechtigkeit im Vordergrund stehen. Die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, die im Einzelfall ausgelegt werden können, ermöglicht eine Individualisierung des Verfahrens. Doch diese Tendenz erscheint nicht unproblematisch. Die Kontinuität der Rechtsprechung des EGMR und die Ver-

17 *Fahrenhorst* (1994), S. 51; *Merrills* (1993), S. 9; *Weidmann* (1983), S. 294.

18 *Weidmann* (1983), S. 237; zur unterschiedlichen Gewichtung dieser beiden Funktionen *Tomuschat* EuGRZ 2003, 95, 99 und *Wildhaber* EuGRZ 2002, 569, 570.

19 *Weidmann* (1983), S. 236.

allgemeinerungsfähigkeit seiner Aussagen sind wichtige Bestandteile für die Akzeptanz der Rechtsprechung des EGMR bei den Gerichten der Vertragsstaaten. Je mehr der EGMR auf den Einzelfall abstellt, desto größer ist die Gefahr, dass nationale Gerichte dieser Rechtsprechung nicht folgen.[20]

So wird der EGMR von Teilen der Literatur[21] bereits als „Quasiverfassungsgericht" angesehen. Dieser Ansicht nach ist das System der Einzelbeschwerden lediglich Mittel zum Zweck, welcher darin bestehe, innerstaatliche Mängel des Menschenrechtsschutzes zu ermitteln, zu beheben und auf diesem Wege zu einer Verbesserung des allgemeinen Niveaus des Menschenrechtsschutzes zu gelangen. Dafür spräche die Tatsache, dass Urteile des EGMR nur deklaratorische Wirkung entfalten. Der Stellenwert der Hilfe für den Einzelnen bleibe dabei eher zweitrangig. Angesichts der steigenden Arbeitsbelastung des EGMR sollte dieser sich in der Rolle eines Verfassungsgerichtshofes auf Grundsatzentscheidungen beschränken.[22]

Andere befürworten das Prinzip der Einzelbeschwerden. [23] Die EMRK wolle den Zugang jedes Einzelnen zur Kontrollinstanz in Straßburg ermöglichen. Der Schutz des Einzelnen sei keinesfalls als zweitrangig zu bewerten und die Effektivität reiner Grundsatzentscheidungen wird bezweifelt. Zu groß sei die Gefahr, dass diese einfach unbeachtet bleiben. Außerdem werde so das Vertrauen der Bürger in die europäischen Rechtsschutzinstanzen beschädigt.

Gleich welchem der beiden Prüfungsziele man den Vorrang einräumt, es kann festgehalten werden, dass der EGMR – ähnlich wie das BVerfG – in Deutschland keine Superrevisionsinstanz darstellt.[24] Letztendlich soll die Hauptaufgabe des EGMR in Zukunft darin liegen, durch Auslegung und Anwendung der einzelnen Konventionsrechte und Konventionsfreiheiten eine europäische Kultur- und Werteordnung zu schaffen.[25] Dies soll freilich nicht bedeuten – wie eine ehemalige Richterin des BVerfG zutreffend betont[26] –, dass es Aufgabe des EGMR ist, Rechtsangleichung zu betreiben. Vielmehr soll der EGMR lediglich gleiches Maß an die zu überprüfenden unterschiedlichen, nationalen Regelungen anlegen, wenn er diese auf deren Menschenrechtskonformität prüft.

---

20 *Ress* in FS Mosler (1983), S. 719, 720 ff.
21 *Wiater* (2009), S. 343, 345; *Wildhaber* EuGRZ 2002, 569, 569, 573.
22 *Wildhaber* EuGRZ 2002, 569, 570, 574.
23 *Tomuschat* EuGRZ 2003, 95, 99; *Grabenwarter* EuGRZ 2003, 174, 176.
24 EGMR Fall Görgülü Urt. v. 26.02.2004, Nr. 74969/01, FamRZ 2004, 1456, 1460.
25 *Wiater* (2009), S. 344.
26 *Hohmann-Dennhardt* FF 2011, 181, 184.

2. Die Organisation des EGMR

Der Gerichtshof ist unterteilt in vier Sektionen. Die Besetzung, welche für drei Jahre vorgesehen ist, soll geographisch und bezüglich der Repräsentation der Geschlechter ausgewogen sein. Ebenso müssen die verschiedenen Rechtssysteme der Mitgliedstaaten berücksichtigt werden. Den Vorsitz von je einer Sektion haben die beiden Vizepräsidenten des Gerichtshofs und zwei vom Gerichtshof gewählte Sektionspräsidenten inne. Für zwölf Monate werden innerhalb jeder Sektion Ausschüsse mit drei Richtern gebildet. Sie sind, wie zuvor die Kommission, zuständig für die Aussonderung von Fällen. Außerdem erfolgt innerhalb jeder Sektion die Einrichtung von Kammern mit sieben Mitgliedern. Dies geschieht auf der Grundlage des Rotationsprinzips. Der Sektionspräsident und der gewählte Richter des Mitgliedstaats, welcher als Partei beteiligt ist, müssen in jedem Fall der Kammer angehören. Schließlich gibt es die Große Kammer, welche aus siebzehn Richtern besteht. Von Amts wegen haben hier der Präsident des Gerichtshofs, die Vizepräsidenten und die Sektionspräsidenten den Vorsitz inne.[27]

Am Gerichtshof sind gemäß Art. 20 EMRK so viele Richter tätig, wie die Konvention über Vertragsparteien verfügt. Die Richter sind nicht als Vertreter der Mitgliedstaaten, sondern als unabhängige Mitglieder des Gerichtshofs zu sehen. Ein Richter des Gerichtshofes muss gemäß Art. 21 I EMRK ein hohes sittliches Ansehen genießen und entweder die für die Ausübung hoher richterlicher Ämter erforderlichen Voraussetzungen erfüllen oder ein Rechtsgelehrter von anerkanntem Ruf sein. Mit Inkrafttreten des 14. EMRK-Zusatzprotokolls[28] am 01.06.2010 beträgt die Amtszeit eines Richters neun Jahre. Die Richter werden von der Parlamentarischen Versammlung des Europarates aus einer von den jeweiligen Mitgliedsstaaten erstellten Liste aus drei Kandidaten gewählt. Durch die parlamentarische Wahl ist die demokratische Legitimation des einzelnen Richters und des EGMR insgesamt gegeben.[29] Seit dem 04.11.2011 ist der britische Richter Sir Nicolas Bratza Präsident des EGMR. Für Deutschland war bisher die Richterin Renate Jaeger vom 01.11.2004 bis zum 31.12.2010 am EGMR tätig. Infolge des Erreichens der Altersgrenze von 70 Jahren hat sie am 31.12.2010 den EGMR verlassen. Die Parlamentarische Versammlung des Europarates wählte am 22.06.2010 die 47jährige Prof. Dr. Dr. h.c. Angelika Nußberger als neue deutsche Richterin am EGMR.

---

27 www.coe.int/T/D/Menschenrechtsgerichtshof/geschichte.asp.; *Grabenwarter* (2009) § 8, Rn. 1 ff., S. 36 ff.

28 Text des EMRK-Zusatzprotokolls Nr. 14 in EuGRZ 2005, 279.

29 *Engel* EuGRZ 2010, 368, 368.

3. Das Verfahren der Individualbeschwerde

Die Individualbeschwerde nach Art. 41 Abs. 1 EMRK ermöglicht dem Einzelnen, auf internationaler Ebene Rechtsschutz im Falle von Verletzungen der Grund- und Menschenrechte durch einen Mitgliedsstaat des Europarates zu erlangen.[30] Dies geschieht gemäß Art. 41 I EMRK in Form einer Feststellung der erlittenen Verletzung. Die Urteile des EGMR haben keine kassatorische Wirkung. Gemäß Art. 46 I EMRK sind die Mitgliedstaaten jedoch verpflichtet, die Urteile zu beachten. Bezüglich der tatsächlichen Umsetzung des Urteils ist der EGMR auf die Freiwilligkeit der Mitgliedsstaaten angewiesen. In einigen Fällen kann es gemäß Art. 41 I EMRK zur Festsetzung einer Entschädigung kommen.

Wichtigste Zulässigkeitskriterien der Beschwerde sind gemäß Art. 35 I EMRK die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges und die Einlegung der Beschwerde innerhalb einer Sechsmonatsfrist ab Kenntnisnahme des Urteils vom BVerfG.

Die Kammern entscheiden durch einen Mehrheitsbeschluss. Jeder der an der Prüfung des Falles beteiligten Richter ist berechtigt, dem Urteil des EGMR ein Sondervotum mit zustimmender oder abweichender Meinung hinzuzufügen. Innerhalb einer Dreimonatsfrist ist den Parteien die Beantragung einer Verweisung des Falles an die Große Kammer möglich. Dazu muss der Fall eine schwierige Frage der Auslegung oder Anwendung der Konvention oder eine schwerwiegende Frage allgemeiner Bedeutung aufweisen. Ein Ausschuss mit fünf Richtern der Großen Kammer entscheidet über diesen Antrag. Entscheidet die Große Kammer mit Mehrheitsbeschluss, ist das Urteil endgültig. Gleiches gilt, wenn nach der Kammerentscheidung die Dreimonatsfrist abgelaufen ist oder die Parteien erklären, sie hätten nicht die Absicht, eine Verweisung zu beantragen.

Vor dem EGMR sind aktuell mehr als 100.000 Beschwerden anhängig. Im Jahr 2009 wurden mehr als 35.000 Beschwerden entschieden. Ende 2009 waren dennoch 119 300 Beschwerden anhängig, ein Jahr später, Ende 2010 waren es fast 140 000. Mehr als 90% der Beschwerden werden als unzulässig zurückgewiesen, in den meisten Fällen wegen offensichtlicher Unbegründetheit. Durch das Inkrafttreten des 14. Zusatzprotokolls vom 12.05.2009 am 01.06.2010 soll der Arbeitsüberlastung des Gerichtshofs entgegengewirkt werden, indem die zügigere Bearbeitung offensichtlich unzulässiger sowie auch offensichtlich unbe-

30 www.coe.int/T/D/Menschenrechtsgerichtshof/geschichte.asp.; *Grabenwarter* (2009) § 9, Rn. 1 ff., S. 43 ff.; *Wittinger* NJW 2001, 1238, 1238 ff.; *Fahrenhorst* Jura 1987, 130, 135 ff.