

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

G 494/2015-15

13. Dezember 2016

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des
Präsidenten

Dr. Gerhart HOLZINGER,

in Anwesenheit der Vizepräsidentin

Dr. Brigitte BIERLEIN

und der Mitglieder

Dr. Markus ACHATZ,

Mag. Dr. Eleonore BERCHTOLD-OSTERMANN,

Dr. Sieglinde GAHLEITNER,

DDr. Christoph GRABENWARTER,

Dr. Christoph HERBST,

Dr. Michael HOLOUBEK,

Dr. Helmut HÖRTENHUBER,

Dr. Georg LIENBACHER,

Dr. Rudolf MÜLLER,

Dr. Johannes SCHNIZER und

Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ

sowie des Ersatzmitgliedes

Dr. Angela JULCHER

als Stimmführer, im Beisein der verfassungsrechtlichen Mitarbeiterin

Mag. Ute GRABENSBERGER

als Schriftführerin,

über den Antrag des *****, vertreten durch Hornek Hubacek Lichtenstrasser Epler Rechtsanwälte OG, Wildpretmarkt 2-4, 1010 Wien, die Wortfolge "sofern dieser zu dem Kind in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis steht oder gestanden ist" in § 188 Abs. 2 ABGB als verfassungswidrig aufzuheben, in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung gemäß Art. 140 B-VG zu Recht erkannt:

Der Antrag wird abgewiesen.

Entscheidungsgründe

I. Antrag

Mit dem vorliegenden, auf Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. d B-VG gestützten Antrag begehrt der Antragsteller, der Verfassungsgerichtshof möge "die Wortfolge 'sofern dieser zu dem Kind in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis steht oder gestanden ist' in § 188 Abs 2 ABGB (in Kraft getreten am 01.02.2013, kundgemacht in JGS Nr. 946/1811 in der Fassung BGBl I Nr. 15/2013)" als verfassungswidrig aufheben. 1

II. Rechtslage

Die im vorliegenden Fall maßgebliche Rechtslage stellt sich wie folgt dar: 2

Die Bestimmung des § 187 des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB), JGS 946/1811 idF BGBl. I 15/2013 lautet wie folgt: 3

"§ 187. (1) Das Kind und jeder Elternteil haben das Recht auf regelmäßige und den Bedürfnissen des Kindes entsprechende persönliche Kontakte. Die persönlichen Kontakte sollen das Kind und die Eltern einvernehmlich regeln. Soweit ein solches Einvernehmen nicht erzielt wird, hat das Gericht auf Antrag des Kindes oder eines Elternteils diese Kontakte in einer dem Wohl des Kindes entsprechenden Weise zu regeln und die Pflichten festzulegen. Die Regelung hat die Anbahnung und Wahrung des besonderen Naheverhältnisses zwischen Eltern und Kind sicherzustellen und soll möglichst sowohl Zeiten der Freizeit als auch die Betreuung im Alltag des Kindes umfassen. Das Alter, die Bedürfnisse und die Wünsche

des Kindes sowie die Intensität der bisherigen Beziehung sind besonders zu berücksichtigen.

(2) Das Gericht hat nötigenfalls die persönlichen Kontakte einzuschränken oder zu untersagen, insbesondere soweit dies aufgrund der Anwendung von Gewalt gegen das Kind oder eine wichtige Bezugsperson geboten erscheint oder der Elternteil, der mit dem minderjährigen Kind nicht im gemeinsamen Haushalt lebt, seine Verpflichtung aus § 159 nicht erfüllt."

Die Bestimmung des § 188 ABGB idF BGBl. I 15/2013 lautet wie folgt (der angefochtene Teil der Gesetzesbestimmung ist hervorgehoben): 4

"§ 188. (1) Zwischen Enkeln und ihren Großeltern gilt § 187 entsprechend. Die persönlichen Kontakte der Großeltern sind jedoch auch so weit einzuschränken oder zu untersagen, als sonst das Familienleben der Eltern (eines Elternteils) oder deren Beziehung zu dem Kind gestört würde.

(2) Wenn persönliche Kontakte des minderjährigen Kindes mit einem hiezu bereiten Dritten dem Wohl des Kindes dienen, hat das Gericht auf Antrag des Kindes, eines Elternteils oder des Dritten, sofern dieser zu dem Kind in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis steht oder gestanden ist, die zur Regelung der persönlichen Kontakte nötigen Verfügungen zu treffen. Solche Verfügungen hat es auf Antrag des Jugendwohlfahrtsträgers oder von Amts wegen zu treffen, wenn ansonsten das Kindeswohl gefährdet wäre."

III. Antragsvorbringen und Vorverfahren

1. Der Antragsteller bringt vor, er sei als Partei einer von einem ordentlichen Gericht in erster Instanz entschiedenen Rechtssache wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes in seinen Rechten verletzt. Er beantragt gemäß Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. d B-VG die Aufhebung der näher bezeichneten Wortfolge in § 188 Abs. 2 ABGB. 5

2. Zum zugrundeliegenden Sachverhalt führt der Antragsteller im Wesentlichen Folgendes aus: 6

2.1. Mit Antrag vom 17. Oktober 2014 habe der Antragsteller beim Bezirksgericht Wiener Neustadt die Feststellung der Vaterschaft zu der am 17. Juli 2014 geborenen beteiligten Partei begehrt. 7

2.2. Der Antragsteller habe der Kindesmutter im Oktober 2013 in einem Zeitraum, welcher dem "empfangniskritischen Zeitpunkt" entspreche, "mehrmals beigewohnt". Da sich die Kindesmutter im gesamten Empfängniszeitraum bei 8

dem Antragsteller in Großbritannien befunden habe, könne ausgeschlossen werden, dass sie einem anderen Mann beigewohnt habe. Die Kindesmutter habe dem Antragsteller anfänglich bestätigt, dass dieser der Vater des Kindes sei, und dieser habe sie zu gynäkologischen Untersuchungen begleitet.

2.3. Noch vor der Geburt habe die Kindesmutter die Beziehung zum Antragsteller beendet und am 5. Juni 2014 einen anderen Mann geheiratet. Folglich sei das Kind am 17. Juli 2014 als das eheliche Kind der Kindesmutter sowie ihres Ehemannes geboren worden. Da das Kind während aufrechter Ehe geboren wurde, gelte der Ehemann der Kindesmutter als rechtlicher Vater, es könne jedoch ausgeschlossen werden, dass dieser der biologische Vater sei. Ein DNA-Gutachten zur Bestätigung der Vaterschaft sei nicht eingeholt worden. 9

2.4. Gemäß § 151 Abs. 2 ABGB könne ein Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann der Mutter nur vom Kind gegen den Mann und von diesem gegen das Kind gestellt werden. Folglich sei der Antrag des Antragstellers zurückgewiesen worden, wobei kein Rechtsmittel dagegen erhoben worden sei. 10

2.5. Der Antragsteller, welchem trotz zahlreicher Kontaktaufnahmeversuche verwehrt worden sei, das Kind zu sehen, und welchem jegliche Informationen seitens der Kindesmutter vorenthalten worden seien, hätte daher kein besonderes persönliches oder familiäres Verhältnis zum Kind aufbauen können. 11

2.6. Am 16. März 2015 habe der Antragsteller schließlich beim Bezirksgericht Wiener Neustadt einen auf § 188 Abs. 2 ABGB gestützten Antrag auf Einräumung von Auskunfts- und Kontaktrecht gestellt. Er habe dabei begehrt, die Minderjährige alle drei Wochen sehen zu dürfen sowie seitens der Kindesmutter Auskunft über die wichtigsten Ereignisse im Sinne des § 189 ABGB zu erhalten. 12

2.7. Dieser Antrag sei nach Anhörung der Kindesmutter im Rahmen einer Tagsatzung mit Beschluss des Bezirksgerichtes Wiener Neustadt vom 23. September 2015, Z 17 Ps 1/15i-25, zurückgewiesen worden. Rechtlich habe das Gericht ausgeführt, dass der Antragsteller bis zum Beweis des Abstammungsverhältnisses als Dritter ohne besonderes persönliches oder familiäres Verhältnis zum Kind im Sinne des § 188 Abs. 2 ABGB anzusehen sei und diesem kein Antragsrecht zukomme. Der Antragsteller könne lediglich eine Kontaktrechtsregelung anregen, 13

sofern das Kindeswohl sonst gefährdet wäre, wobei das Gericht ausgeführt habe, dass eine Gefährdung des Kindeswohles, wenn dieses den Antragsteller nicht kennenlerne, nicht bestehe.

3. Aus Anlass des Beschlusses des Bezirksgerichtes Wiener Neustadt vom 23. September 2015 stellt der Antragsteller den auf Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. d B-VG gestützten Antrag. Der Antragsteller erachtet sich durch § 188 Abs. 2 ABGB in seinen durch Art. 8 EMRK, Art. 7 und 24 GRC sowie Art. 2 des Bundesverfassungsgesetzes über die Rechte von Kindern (BGBl. I 4/2011) verbürgten Rechten verletzt. 14

3.1. Zur Zulässigkeit des Antrages bringt der Antragsteller vor, dass er rechtzeitig innerhalb der Rechtsmittelfrist das Rechtsmittel des Rekurses erhoben habe. Mit gleichem Datum sei der Antrag auf Gesetzesprüfung gestellt worden. Die Präjudizialität des § 188 Abs. 2 ABGB sei gegeben, da die Bestimmung unmittelbar angewendet worden sei. 15

3.2. Seine verfassungsmäßigen Bedenken in Bezug auf § 188 Abs. 2 ABGB legt der Antragsteller wörtlich wie folgt dar: 16

"a.) Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art 8 EMRK, Art 7 GRC:

Die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte nach Art 8 EMRK bzw. Art 7 GRC bestimmen die Wahrung und Achtung des Privat- und Familienlebens.

[...]

Mit der Wortfolge 'sofern dieser zu dem Kind in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis steht oder gestanden ist' des § 188 Abs 2 ABGB liegt ein unverhältnismäßiger, nicht notwendiger und nicht gerechtfertigter Eingriff des Gesetzgebers in den Schutzbereich des Privat- und Familienlebens nach Art 8 EMRK und Art 7 GRC vor:

Der Schutzbereich des Familienlebens nach Art 8 EMRK bzw. Art 7 GRC umfasst jedenfalls alle durch Blutsverwandtschaft, Eheschließung oder Adoption verbundenen Familienmitglieder, die effektiv zusammenleben oder in deren gegenseitigen Beziehungen ein Abhängigkeitsverhältnis besteht; das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern aber auch dann, wenn es kein Zusammenleben gibt (*Öhlinger, Verfassungsrecht*⁵ Rz 815 mwN). Der EGMR vertritt die Auffassung, dass auch ein beabsichtigtes Familienleben ausnahmsweise unter Art 8 EMRK fallen kann, und zwar vor allem dann, wenn der Umstand, dass das Familienleben noch nicht vollständig hergestellt ist, nicht dem Beschwerdeführer zuzurechnen ist (vgl. *Pini*

u.a./Rumänien, Nr. 78028/01 und 78030/01; EGMR 18.03.2008, Nr. 33375/03, *Hülsmann/Deutschland*; vgl auch *Meyer-Ladewig*, EMRK³ Art 8 Rz 51f; *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 762 mwN). Der Schutzbereich des Privatlebens nach Art 8 EMRK bzw. Art 7 GRC umfasst auch die Frage der rechtlichen Beziehung des biologischen Vaters zu seinen Kindern, da dies einen wichtigen Bereich seiner Identität darstellt (EGMR 21.12.2010, 20578/07, *Anayo/Deutschland*).

Durch die Regelung des § 188 Abs 2 ABGB und die darauf gegründete Entscheidung des Ausgangsgerichts liegt ein Eingriff in den Schutzbereich der Art 8 EMRK und Art 7 GRC vor.

[...]

Im gegenständlichen Fall wurde der Antragsteller durch die Versagung der faktischen (und nicht rechtlichen) Feststellung seiner biologischen Vaterschaft und der Zurückweisung des Kontaktrechtsantrags auf Grundlage des § 188 Abs 2 ABGB in seinen Verfassungsrechten nach Art 8 EMRK und Art 7 GRC verletzt.

Das Ausgangsgericht geht durch die Wortfolge 'sofern dieser zu dem Kind in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis steht oder gestanden ist' in § 188 Abs 2 ABGB davon aus, dass lediglich der biologische — faktisch festgestellte — Vater ein Antragsrecht hat; der biologische — faktisch nicht festgestellte — Vater hingegen nur ein Anregungsrecht, weshalb es den Kontaktrechtsantrag des Antragstellers zurückgewiesen hat. Diese Differenzierung ist sachlich nicht gerechtfertigt, da dem Antragsteller somit vom österreichischen Gesetzgeber jegliche rechtliche Möglichkeit genommen wird, seine Vaterschaft faktisch feststellen zu lassen (weder im vor dem Kontaktrechtsverfahren angestrebten Vaterschaftsfeststellungsverfahren noch im Kontaktrechtsverfahren). Es ist dem Antragsteller als biologischen Vater bei der bestehenden Gesetzeslage daher nicht möglich, die Stellung des antragsberechtigten Dritten im Sinne des § 188 Abs 2 ABGB einzunehmen, da ihm die Möglichkeit der faktischen Feststellung seiner Vaterschaft vom österreichischen Gesetzgeber gänzlich verwehrt wird. Nach dieser Bestimmung kommen einem 'echten Dritten', dem er ermöglicht wurde, ein Naheverhältnis aufzubauen (z.B. dem Stiefvater, der Pflegemutter etc.), mehr Rechte zu als dem biologischen Vater! Es muss jedenfalls rechtlich die Möglichkeit geben, zumindest faktisch die Vaterschaft feststellen lassen zu können.

Der EGMR erkannte, dass der gänzliche Ausschluss der gerichtlichen Prüfung, ob ein Kontakt zwischen dem Kind und dem biologischen (aber nicht rechtlichen) Vater dem Kindeswohl entspricht, gegen dessen Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art 8 EMRK verstößt. (EGMR 21.12.2010, 20578, *Anayo/Deutschland*; vgl auch *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 902 mwN). Der biologische Vater darf nicht vollkommen vom Leben des Kindes ausgeschlossen werden, sondern hat eine umfassende Interessensabwägung aller Beteiligten (hier: Kindesmutter, rechtlicher Vater, biologischer Vater) zu erfolgen. Der EGMR hat ausgesprochen, dass zur Wahrung des Kindeswohls im 'Umgangsverfahren' (Kontaktrechtsverfahren) zunächst geprüft werden muss, ob Kontakte des Kindes

überhaupt dem Kindeswohl entsprechen; erst danach soll die Abstammung des Kindes geklärt werden; dies auch nicht in einem eigenen Verfahren, sondern im jeweils anhängigen Umgangsverfahren (inzidente Vaterschaftsfeststellung im Kontaktrechtsverfahren). (EGMR 15.09.2011, 17080/07, *Schneider/Deutschland; Beck*, E-FZ 2015/120, 211; *Ferrari*, iFamZ 2012, 61).

Durch die ausgangsgerichtliche Anwendung des § 188 Abs 2 ABGB und dessen Wortfolge 'sofern dieser zu dem Kind in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis steht oder gestanden ist' und die daraus bedingte Zurückweisung des Kontaktrechtsantrags des Antragstellers sowie die unterlassene Einholung eines molekulargenetischen Gutachtens wurde diesem die Möglichkeit genommen, seine Vaterschaft faktisch feststellen zu lassen. Dadurch wurde ihm gänzlich die Möglichkeit genommen, sein Kontaktrecht einer gerichtlichen Prüfung unterziehen zu lassen, was nach der Rechtsprechung des EGMR (EGMR 21.12.2010, 20578, *Anayo/Deutschland*) einen Verstoß gegen Art 8 EMRK darstellt.

Durch die Wortfolge 'sofern dieser zu dem Kind in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis steht oder gestanden ist' des § 188 Abs 2 ABGB wird gänzlich verhindert, dass der faktisch nicht festgestellte biologische Vater einen Kontaktrechtsantrag stellen kann; dieser könne einen solchen lediglich anregen, wenn bei Nichteinräumung des Kontaktrechts eine Kindeswohlgefährdung vorliegen würde.

Dies ist aber im Hinblick auf die EGMR-Rechtsprechung verfassungswidrig, da eben der EGMR ausgesprochen hat, dass ein gänzlicher Ausschluss des biologischen Vaters vom Leben des Kindes nicht erfolgen darf, sondern ist eine umfassende Interessensabwägung aller Beteiligten (hier: Kindesmutter, rechtlicher Vater, biologischer Vater) vorzunehmen. Der EGMR hat ausgesprochen, dass zur Wahrung des Kindeswohls im 'Umgangsverfahren' (Kontaktrechtsverfahren) zunächst geprüft werden muss, ob Kontakte des Kindes überhaupt dem Kindeswohl entsprechen; erst danach soll die Abstammung des Kindes geklärt werden; dies auch nicht in einem eigenen Verfahren, sondern im jeweils anhängigen Umgangsverfahren (inzidente Vaterschaftsfeststellung im Kontaktrechtsverfahren). (EGMR 15.09.2011, 17080/07, *Schneider/Deutschland; Beck*, E-FZ 2015/120, 211; *Ferrari*, iFamZ 2012, 61).

Die Wortfolge 'sofern dieser zu dem Kind in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis steht oder gestanden ist' des § 188 Abs 2 ABGB verstößt somit gegen Art 8 EMRK und Art 7 GRC und ist daher verfassungswidrig, da diese Wortfolge lediglich dem faktisch festgestellten biologischen Vater eine Antragslegitimation einräumt, gleichzeitig aber keine rechtliche Möglichkeit besteht, sie in einem Verfahren faktisch feststellen zu lassen.

[...]

b.) Recht auf regelmäßige persönliche Beziehung und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen nach Art 24 Abs 3 GRC und Art 2 Abs 1 Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern (BVG Kinderrechte)

[...]

Mit der oben angeführten Wortfolge des § 188 Abs 2 ABGB liegt ein unverhältnismäßiger, nicht notwendiger und nicht gerechtfertigter Eingriff des Gesetzgebers in den Schutzbereich der Kinderrechte auf regelmäßige persönliche Beziehung und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen nach Art 24 Abs 3 GRC und Art 2 Abs 2 BVG Kinderrechte vor.

Der Schutzbereich der Art 24 Abs 3 GRC bzw. Art 2 Abs 1 BVG Kinderrechte umfasst die Beziehung und den Kontakt zwischen beiden (!) Eltern und Kindern, somit auch zwischen dem (biologischen) Vater und dem Kind. Dieses Recht steht sowohl dem Vater gegenüber dem Kind, als auch dem Kind gegenüber dem Vater zu.

Durch die Regelung des § 188 Abs 2 ABGB und die darauf gegründete Entscheidung des Ausgangsgerichts liegt ein Eingriff in den Schutzbereich der Art 24 Abs 3 GRC bzw. Art 2 Abs 1 BVG Kinderrechte vor.

[...]

Die Wortfolge 'sofern dieser zu dem Kind in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis steht oder gestanden ist' des § 188 Abs 2 ABGB verstößt somit gegen Art 24 Abs 3 GRC bzw. Art 2 Abs 1 BVG Kinderrechte und ist daher verfassungswidrig, da diese Wortfolge lediglich dem faktisch festgestellten biologischen Vater eine Antragslegitimation einräumt, gleichzeitig aber keine rechtliche Möglichkeit besteht, sie in einem Verfahren faktisch feststellen zu lassen.

Der Verfassungsgerichtshof muss daher die Wortfolge 'sofern dieser zu dem Kind in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis steht oder gestanden ist' in § 188 Abs 2 ABGB aufheben, um eine verfassungskonforme Rechtslage herzustellen, nämlich dass dem biologischen Vater die Möglichkeit eingeräumt wird, ein Kontaktrecht zu seinem Kind zu beantragen bzw. seine Vaterschaft faktisch im Rahmen des Kontaktrechtsverfahren feststellen zu lassen."

4. Die Bundesregierung hat eine Äußerung erstattet, in der den im Antrag erhobenen Bedenken entgegengetreten wird. 17

4.1. Zur Rechtslage führt die Bundesregierung das Folgende aus: 18

"6.1. Wenn persönliche Kontakte des minderjährigen Kindes mit einem hiezu bereiten Dritten dem Wohl des Kindes dienen, hat das Gericht gemäß § 188 Abs. 2 ABGB auf Antrag des Kindes, eines Elternteils oder des Dritten, sofern dieser zu dem Kind in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis steht oder gestanden ist, die zur Regelung der persönlichen Kontakte nötigen Verfügungen zu treffen. Solche Verfügungen hat es auf Antrag des Kinder- und

Jugendhilfeträgers oder von Amts wegen zu treffen, wenn ansonsten das Kindeswohl gefährdet wäre.

6.2. Das in § 188 Abs. 2 ABGB normierte Antragsrecht Dritter auf persönliche Kontakte zu einem minderjährigen Kind ist durch das Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetzes 2013 – KindNamRÄG 2013, BGBl. I Nr. 15/2013, eingeführt worden. Die Bestimmung stellt den vorläufigen Endpunkt der rechtspolitischen Entwicklungen des Rechts auf persönlichen Verkehr Dritter mit dem minderjährigen Kind im Licht des gesellschaftlichen Wandels familiärer Strukturen dar:

6.2.1. Nach dem Wortlaut des § 148 Abs. 1 und Abs. 2 ABGB idF BGBl. Nr. 62/1989 war zunächst nur den Eltern und den Großeltern ein Recht des persönlichen Verkehrs mit dem Kind eingeräumt. Bereits nach der damaligen Rechtslage war jedoch anerkannt, dass auch anderen Personen, die in einer engen sozialen Beziehung zu dem Kind standen, im Interesse des Kindes die Möglichkeit persönlicher Kontakte eingeräumt werden kann (vgl. *Nademeinsky* in Schwimann/Kodex, ABGB⁴ Ia § 188 Rz 5).

6.2.2. Durch das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 – KindRÄG 2001, BGBl. I Nr. 135/2000, wurde erstmals eine gesetzliche Grundlage für den persönlichen Verkehr mit für das Kind besonders wichtigen dritten Bezugspersonen geschaffen.

[...]

6.2.3. Durch das KindNamRÄG 2013, BGBl. I Nr. 15/2013 wurde in § 188 Abs. 2 ABGB für Dritte, die zum Kind in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis stehen oder gestanden sind, ein Antragsrecht auf persönliche Kontakte zum minderjährigen Kind eingeführt.

In den Erläuterungen wird zu § 188 Abs. 2 ABGB Folgendes ausgeführt (ErlRV 2004 BlgNR 24. GP, 29):

'§ 188 Abs. 2 des Entwurfs regelt die persönlichen Kontakte mit dritten Personen. Neben den Eltern und Großeltern können auch andere Menschen wichtige Bezugspersonen für das Kind sein, etwa Geschwister, Stief- oder Pflegeeltern. Nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der Beschwerdesache Anayo gegen Deutschland (EGMR 21.12.2010, Anayo, BeschwNr. 20578/07) verstößt es darüber hinaus gegen Art. 8 EMRK (Recht auf Privat- und Familienleben), wenn nicht geprüft werden kann, ob ein Kontakt zwischen dem Kind und dem leiblichen (aber nicht rechtlichen) Vater dem Kindeswohl entspricht. Im Hinblick auf dieses Erkenntnis schlägt der Entwurf vor, auch Dritten, die in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis zum Kind stehen oder gestanden sind, ein Antragsrecht (und somit Parteistellung in einem Verfahren) einzuräumen. Demnach soll das Gericht auf Antrag des Kindes, eines Elternteils oder einer dritten Person, die zu dem Kind in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis steht oder gestanden ist, die zur Regelung der persönlichen Kontakte mit solchen Personen nötigen Verfügungen treffen, wenn die persönlichen Kontakte dem Kindeswohl dienen. Als Ent-

scheidungsmaßstab bei Vorliegen eines Antrags (mit Ausnahme des Jugendwohlfahrtsträgers) soll daher das Wohl des Kindes und nicht mehr dessen Gefährdung dienen. Auf eine Gefährdung des Kindeswohls soll es nur dann ankommen, wenn das Gericht auf Antrag des Jugendwohlfahrtsträgers oder von Amts wegen entscheidet, also bei einer Intervention von 'außerhalb der Familie'. Anderen dritten Personen, wie bspw. Nachbarn oder Lehrern, soll kein Antragsrecht zustehen, wenn sie zum Kind darüber hinaus nicht in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis stehen oder gestanden sind. In diesem Fall können sie eine Tätigkeit des Gerichts nur anregen, das – sofern ansonsten das Kindeswohl gefährdet wäre – die nötigen Verfügungen zu treffen hat.'

Als Dritte mit einem besonderen persönlichen Verhältnis zum Kind im Sinne des § 188 Abs. 2 ABGB ist auch der biologische, aber nicht rechtliche Vater des Kindes anzusehen. Gemäß § 188 Abs. 2 ABGB kann daher auch der biologische Vater, dessen Vaterschaft aus rechtlichen Gründen nicht festgestellt werden kann [...], mit eigenem Antrag ein Kontaktrechtsverfahren einleiten und in weiterer Folge ein Kontaktrecht mit dem Kind erhalten, sofern dieses dem Kindeswohl dient (vgl. *Hinteregger* in *Ferrari/Hinteregger/Kathrein* [Hrsg.], Reform des Kindschafts- und Namensrechts [2013] 63; *Beck*, Kindschaftsrecht² [2013] Rz 903; *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* [Hrsg.], Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts [2013] 193; *Kathrein*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013, 209; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 188 ABGB Rz 2; *Nademleinsky* in *Gitschthaler* [Hrsg.], KindNamRÄG 2013, 245).

Wird ein solcher Antrag von einem hierzu berechtigten Dritten gestellt, ist vom Gericht zu prüfen, ob der persönliche Kontakt des Dritten mit dem Kind dem Kindeswohl dient. Ist dies zu bejahen, hat das Gericht die nötigen Verfügungen für die Einräumung des Kontaktrechts zu treffen.

Dritte Personen, die in keinem entsprechenden besonderen Verhältnis zum Kind stehen, haben kein Antragsrecht, sondern sind gemäß § 188 Abs. 2 letzter Satz ABGB (weiterhin) davon abhängig, dass das Gericht – auf Antrag des Kinder- und Jugendhilfeträgers oder von Amts wegen – die nötigen Verfügungen zur Regelung der persönlichen Kontakte mit dem Kind trifft. Derartige Verfügungen muss das Gericht nur treffen, wenn ansonsten das Kindeswohl gefährdet wäre."

4.2. Zur Zulässigkeit führt die Bundesregierung das Folgende aus:

19

"2. Der Antrag ist nach Auffassung der Bundesregierung zu eng gefasst. Die Aufhebung der angefochtenen Wortfolge in § 188 Abs. 2 ABGB würde dazu führen, dass jede dritte Person – unabhängig davon, ob sie überhaupt in irgendeinem (persönlichen oder familiären) Verhältnis zum Kind steht – über ein Antragsrecht auf Regelung der für die persönlichen Kontakte mit einem minderjährigen Kind nötigen Verfügungen verfügen würde. Eine solche Rechtslage würde jedoch dem erklärten Willen der Gesetzgebung widersprechen, wonach 'anderen dritten Personen, wie bspw. Nachbarn oder Lehrern ... kein Antrags-

recht zustehen' soll (ErlRV 2004 BlgNR 24. GP, 29). Die Aufhebung der angefochtenen Wortfolge würde dem § 188 Abs. 2 ABGB somit einen völlig veränderten, der Gesetzgebung nicht mehr zusinnbaren Inhalt geben und einen Akt der positiven Gesetzgebung darstellen, der dem Verfassungsgerichtshof verwehrt ist (s. etwa VfSlg. 17.207/2004, 19.755/2013; zuletzt VfGH 25.9.2015 G 156/2015).

3. Vor diesem Hintergrund wäre der vorliegende Antrag nach Auffassung der Bundesregierung zur Gänze als unzulässig zurückzuweisen."

4.3. Den im Antrag erhobenen Bedenken tritt die Bundesregierung wie folgt entgegen:

20

"2. Zu den Bedenken im Hinblick auf Art. 8 EMRK

2.1. Gemäß Art. 8 Abs. 1 EMRK hat jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens. Der Begriff des 'Familienlebens' ist aber nicht auf durch Ehe gegründete Beziehungen beschränkt, sondern kann auch andere 'de facto' Familienbande umfassen, wenn Personen in nichtehelicher Gemeinschaft zusammenleben. Ein Kind, das aus einer solchen Beziehung hervorgeht, ist vom Augenblick seiner Geburt an und schon allein durch seine Geburt ipso iure Teil dieser 'Familien'-Einheit (vgl. EGMR vom 26. Mai 1994, *Keegan gg Irland*, Appl. Nr. 16969/90, Z 44; EGMR vom 1. Juni 2004, *L. gg. Niederlande*, Appl. Nr. 45582/99, 9 Z 35; EGMR vom 2. Juni 2005, *Znamenskaya gg. Russland*, Appl. Nr. 77785/01, Z 26).

2.2. Die biologische Verwandtschaft zwischen einem leiblichen Elternteil und einem Kind reicht für sich allein grundsätzlich nicht aus, um ein Familienleben iSd Art. 8 EMRK zu begründen. Dafür bedarf es vielmehr weiterer rechtlicher oder tatsächlicher Merkmale, die auf das Vorliegen einer engen persönlichen Beziehung hindeuten (vgl. oz. *L. gg Niederlande*, Z 37). In der Regel wird dabei auf das Zusammenleben der betreffenden Personen abgestellt. Ausnahmsweise können auch andere Faktoren als Nachweis dafür dienen, dass eine Beziehung beständig genug ist, um faktische 'familiäre Bindungen' zu schaffen (vgl. EGMR vom 21. Dezember 2010, *Anayo gg Deutschland*, Appl. Nr. 20578/07, Z 56 mwN; EGMR vom 15. Dezember 2011, *Schneider gg Deutschland*, Appl. Nr. 17080/07, Z 80).

Auch ein beabsichtigtes Familienleben eines biologischen Vaters mit seinem Kind kann in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK fallen, wenn der Umstand, dass das Familienleben noch nicht vollständig hergestellt war, nicht dem Vater zuzurechnen war (EGMR vom 15. Dezember 2011, *Schneider gg Deutschland*, Appl. Nr. 17080/07, Z 81). Ausschlaggebend für eine solche potenzielle Beziehung zwischen einem biologischen Vater und seinem Kind können unter anderem die Art bzw. die Dauer der Beziehung zwischen den biologischen Eltern und das nachweisbare Interesse des Vaters am Kind sowie das Bekenntnis des Vaters zum Kind vor und nach dessen Geburt sein (s. etwa EGMR vom 29. Juni 1999, *Nylund gg. Finnland* [Zulässigkeitsentscheidung], Appl. Nr. 27110/95; EGMR vom 21. Dezember 2010, *Anayo gg Deutschland*, Appl. Nr. 20578/07, Z 57 mwN).

Unabhängig von der Beurteilung, ob die potenzielle Beziehung eines biologischen Vaters mit einem Kind als beabsichtigtes Familienleben in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK fällt, betreffen Feststellungen der rechtlichen Beziehungen zwischen einem biologischen Vater und seinem Kind jedenfalls einen wichtigen Teil der Persönlichkeit und damit das – ebenfalls gemäß Art. 8 EMRK geschützte – Privatleben des Vaters (vgl. oz. Urteil *Anayo gg. Deutschland*, Z 62; oz. Urteil *Schneider gg. Deutschland*, Z 90).

2.3. Ein Eingriff in dieses Recht des Vaters kann nach der Rechtsprechung des EGMR vorliegen, wenn einem biologischen Vater wegen des Vorhandenseins eines rechtlichen Vaters der Umgang mit seinem Kind verweigert wird, ohne dass geprüft wurde, ob der Umgang dem Kindeswohl entsprechen würde (vgl. oz. Urteil *Anayo gg. Deutschland*, Z 69). Dabei kommt es nicht darauf an, ob die biologische Vaterschaft feststeht. Die Verpflichtung zur Prüfung des Kindeswohls muss in diesem Fall vielmehr unter der Prämisse erfolgen, dass es sich beim potenziellen biologischen Vater tatsächlich um den biologischen Vater handelt (s. oz. Urteil *Schneider gg. Deutschland*, Z 96, 100-104). Erst wenn sich daraus ergibt, dass ein Umgang des Kindes mit dem (potenziellen) biologischen Vater dem Kindeswohl entsprechen würde, stellt sich die Frage nach der Klärung der biologischen Abstammung (s. oz. Urteil *Schneider gg. Deutschland*, Z 103). Mit der Verpflichtung zur Prüfung des Kindeswohls trägt der EGMR somit dem Umstand Rechnung, dass der biologische Vater möglicherweise aus rechtlichen und praktischen Gründen gar nicht dazu in der Lage ist, seine Beziehung zum Kind selbst zu ändern (vgl. oz. Urteil *Anayo gg. Deutschland*, Z 69; oz. Urteil *Schneider gg. Deutschland* Z 98).

Im Hinblick darauf, dass in derartigen Konstellationen auch andere schutzwürdige Beziehungen gemäß Art. 8 EMRK vorliegen, sowie angesichts der großen Vielfalt an möglichen Familienkonstellationen, müssen bei der Beurteilung, ob der Umgang mit dem biologischen Vater dem Kindeswohl entspricht, jedoch die Interessen sämtlicher Beteiligter mit berücksichtigt und ausgeglichen werden. Zu berücksichtigen sind also nicht nur die Rechte von zwei Elternteilen und einem Kind, sondern die Rechte der Mutter, des rechtlichen Vaters, des biologischen Vaters, der biologischen Kinder des zusammenlebenden Paares und der Kinder, die aus der Beziehung zwischen der Mutter und dem biologischen Vater hervorgehen (s. oz. Urteil *Anayo gg. Deutschland* Z 70).

2.4. Der Antragsteller bringt vor, dass nach der angefochtenen Bestimmung nur der biologische Vater, dessen Vaterschaft faktisch feststeht, über ein Antragsrecht verfügt. Damit verkennt der Antragsteller jedoch den Inhalt der angefochtenen Bestimmung:

2.4.1. Durch § 188 Abs. 2 ABGB wird dritten Personen, die in einem besonderen familiären oder persönlichen Naheverhältnis zum Kind stehen, ein Antragsrecht auf Regelung der persönlichen Kontakte zum Kind eingeräumt. Wie die Erläuterungen belegen, wurde dieses Antragsrecht Dritter gerade in Reaktion auf die dargestellte EGMR-Judikatur eingeführt. Die Gesetzgebung wollte sicherstellen, dass auch der biologische – nicht jedoch rechtliche – Vater eines Kindes sein

Interesse am Kontakt mit seinem Kind in einem gerichtlichen Verfahren verfolgen kann (ErlRV 2004 BlgNR 24. GP, 29; vgl. auch *Nademleinsky*, Besuchsrecht des 'bloß' biologischen Vaters nach der EMRK doch geboten? EF-Z 2011, 59; *Beck*, Kindschaftsrecht² [2013], Rz 902). Ein besonderes persönliches Verhältnis im Sinne dieser Bestimmung wird daher auch durch die biologische Abstammung begründet (*Kathrein*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013, 209).

2.4.2. Entgegen der Auffassung des Antragstellers ergibt sich aus der angefochtenen Bestimmung nicht, dass die biologische Vaterschaft eines Dritten, der einen Antrag gemäß § 188 Abs. 2 erster Satz ABGB stellt, jedenfalls schon im Zeitpunkt der Antragstellung feststehen bzw. vom Dritten nachgewiesen werden muss. Das Gericht hat vielmehr aufgrund eines entsprechenden Antrages zu prüfen, ob Kontakte mit dem (potenziellen) biologischen Vater – unter der Annahme, es handle sich um den biologischen Vater – dem Wohl des Kindes dienen. Allein diese Auslegung entspricht der Systematik des Gesetzes, kann es einem vermuteten biologischen Vater doch im Einzelfall unmöglich sein, dem Gericht von sich aus seine biologische Vaterschaft nachzuweisen oder seine Vaterschaft zu dem Kind anzuerkennen [...]. Sie ergibt sich außerdem aus dem Umstand, dass die angefochtene Bestimmung nach dem Willen der Gesetzgebung gerade der Umsetzung der entsprechenden einschlägigen Judikatur des EGMR dient.

Gemäß § 188 Abs. 2 ABGB ist ein Dritter somit bereits aufgrund der Behauptung seiner biologischen Vaterschaft bzw. des daraus folgenden besonderen persönlichen Verhältnisses antragslegitimiert. Gelangt das Gericht zur Auffassung, dass der Umgang des Kindes mit dem (behaupteten) biologischen Vater dem Kindeswohl dient, kann in weiterer Folge – im Rahmen des Kontaktrechtsverfahrens (in Form einer inzidenten Vaterschaftsfeststellung) – auch die Frage der biologischen Abstammung geklärt werden (vgl. OGH 2.7.2015, 7 Ob 60/15x betreffend eine inzidente Vaterschaftsfeststellung im Rahmen eines Unterhaltsregressprozesses). Das Gericht kann aber auch vor der Kindeswohlprüfung die Abstammungsfrage inzidenter klären; eine Reihenfolge gibt das Gesetz insoweit nicht vor.

2.4.3. Vor diesem Hintergrund gehen die Bedenken des Antragstellers, die allein auf der Annahme beruhen, dass die Antragslegitimation nach § 188 Abs. 2 ABGB von einer festgestellten biologischen Vaterschaft abhängt, nach Auffassung der Bundesregierung von vornherein ins Leere.

2.5. Der Vollständigkeit halber hält die Bundesregierung fest, dass die Einschränkung des Antragsrechts gemäß der angefochtenen Bestimmung auf dritte Personen, die zum Kind in einem besonderen persönlichen und familiären Naheverhältnis stehen, dazu dient, das Kind, aber auch dessen (rechtliche) Eltern vor willkürlich eingeleiteten Kontaktrechtsverfahren Dritter zu schützen. Die angefochtene Regelung dient daher dem Schutz des Kindeswohls und der Aufrechterhaltung der Familienautonomie und des Familienfriedens. Sie erweist sich insbesondere im Hinblick darauf, dass die Antragslegitimation – wie dargelegt wurde – bereits bei einem behaupteten besonderen persönlichen Verhältnis besteht, auch als sachlich gerechtfertigt. Dritten Personen ohne besonderes familiäres

oder persönlichen Naheverhältnis, wie etwa Nachbarn oder Lehrern, kann außerdem vom Gericht von Amts wegen oder auf Antrag des Kinder- und Jugendhilfeträgers ein Kontaktrecht eingeräumt werden, wenn ansonsten das Kindeswohl gefährdet wäre (vgl. § 188 Abs. 2 letzter Satz). Nach Auffassung der Bundesregierung hat die Gesetzgebung mit der angefochtenen Bestimmung daher ihren rechtspolitischen Gestaltungsspielraum bei der Regelung des Ausgleichs kollidierender Interessen im Familienrecht (vgl. VfGH 9.10.2015, G 152/2015; VfSlg. 12.103/1989; 14.301/1995) nicht überschritten.

2.6. Vor diesem Hintergrund verstößt die angefochtene Bestimmung nach Auffassung der Bundesregierung nicht gegen Art. 8 EMRK.

3. Zu den Bedenken im Hinblick auf Art. 7 und Art. 24 GRC

3.1. Die von der Grundrechte-Charta (GRC) verbürgten Rechte bilden im Rahmen des Anwendungsbereichs der Grundrechte-Charta grundsätzlich einen Prüfungsmaßstab in Verfahren der generellen Normenkontrolle vor dem Verfassungsgerichtshof (vgl. VfSlg. 19.632/2012). Die durch die GRC garantierten Grundrechte sind daher zu beachten, wenn eine nationale Rechtsvorschrift in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt (EuGH vom 26.2.2013, Rs C-617/10, *Åkerberg Fransson*, Rz 19 ff.). Im Verhältnis zu einer nationalen Regelung sind die Grundrechte der GRC insbesondere dann nicht anwendbar, wenn die unionsrechtlichen Vorschriften in dem betreffenden Sachbereich keine Verpflichtungen der Mitgliedstaaten im Hinblick auf den im Ausgangsverfahren fraglichen Sachverhalt schaffen (EuGH vom 6.3.2014, Rs C-206/13, *Siragusa*, Rz 26).

3.2. § 188 Abs. 2 ABGB regelt den persönlichen Verkehr zwischen Dritten und einem minderjährigen Kind. Diese Bestimmung hat ausschließlich familienrechtlichen Charakter; sie dient nicht der Durchführung einer Bestimmung des Unionsrechts. Es liegt daher nach Auffassung der Bundesregierung kein hinreichender Zusammenhang zum Unionsrecht dar, der eine Anwendung von Art. 7 und Art. 24 GRC als Prüfungsmaßstab der angefochtenen Norm zu begründen vermag (vgl. VfSlg. 19.865/2014).

3.3. Sollte der Verfassungsgerichtshof zur Auffassung gelangen, dass Art. 7 und Art. 24 GRC im vorliegenden Verfahren als Prüfungsmaßstab in Betracht kommen, wird auf die obigen Ausführungen unter Punkt 2. zum Gehalt und zur sachlichen Rechtfertigung der angefochtenen Bestimmung verwiesen. Der behauptete Verstoß gegen Art. 7 und Art. 24 GRC liegt daher nach Auffassung der Bundesregierung ebenfalls nicht vor.

4. Zu den Bedenken im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 BVG Kinderrechte:

Auch zum behaupteten Verstoß der angefochtenen Bestimmung gegen Art. 2 Abs. 1 BVG Kinderrechte (Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen, es sei denn, dies steht seinem Wohl entgegen) verweist die Bundesregierung auf ihre Ausführungen zum Gehalt und zur sachlichen Rechtfertigung der angefochtenen Bestimmung gemäß Art. 8

EMRK [...]. Daraus ergibt sich, dass die angefochtene Bestimmung gerade der Sicherung des Wohls des Kindes in Bezug auf dessen Kontaktrecht zu seinen – biologischen und/oder rechtlichen – Eltern dient. Nach Auffassung der Bundesregierung entspricht die angefochtene Bestimmung daher auch den Vorgaben des Art. 2 Abs. 1 BVG Kinderrechte, sodass sich auch dieses Vorbringen als unbegründet erweist.

5. Zusammenfassend wird daher festgehalten, dass § 188 Abs. 2 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB, JGS Nr. 946/1811 in der Fassung des Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetzes 2013 – KindNamRÄG 2013, BGBl. I Nr. 15/2013, nach Ansicht der Bundesregierung nicht verfassungswidrig ist."

4.4. Die Bundesregierung stellt daher den Antrag, der Verfassungsgerichtshof möge die Behandlung des Antrages mangels hinreichender Aussicht auf Erfolg ablehnen, in eventu den Antrag als unzulässig zurückweisen, in eventu, aussprechen, dass die angefochtene Bestimmung nicht als verfassungswidrig aufgehoben wird. 21

5. Die beteiligten Parteien haben eine Äußerung erstattet, in welcher der vom Antragsteller dargelegte Sachverhalt bestritten und im Übrigen den Bedenken des Antragstellers entgegengetreten wird. 22

5.1. Zusammengefasst bringen die beteiligten Parteien vor, dass der Anwendungsbereich der Art. 8 EMRK sowie Art. 7 GRC nicht eröffnet und im Übrigen die angefochtene Regelung verfassungs- wie unionsrechtskonform sei. 23

5.2. Die beteiligten Parteien begehren daher, der Verfassungsgerichtshof möge den Antrag abweisen. 24

IV. Erwägungen

1. Zur Zulässigkeit des Antrages

1.1. Gemäß Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. d B-VG erkennt der Verfassungsgerichtshof über die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen auf Antrag einer Person, die als Partei einer von einem ordentlichen Gericht in erster Instanz entschiedenen Rechtssache wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, aus Anlass eines gegen diese Entscheidung erhobenen Rechtsmittels. 25

- Voraussetzung eines Parteiantrages auf Normenkontrolle ist sohin – entsprechend der Formulierung des Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. d B-VG – die Einbringung eines Rechtsmittels in einer "in erster Instanz entschiedenen Rechtssache", also eines Rechtsmittels gegen eine die Rechtssache erledigende Entscheidung erster Instanz. Außerdem muss der Parteiantrag gemäß Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. d B-VG "aus Anlass" der Erhebung eines Rechtsmittels gestellt werden. 26
- 1.2. Mit Rekurs, aus dessen Anlass der Antrag nach Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. d B-VG erhoben wurde, wendete sich der Antragsteller gegen den Beschluss des Bezirksgerichtes Wiener Neustadt vom 23. September 2015, mit welchem dessen Antrag auf Einräumung eines Kontakt- und Auskunftsrechtes zurückgewiesen wurde. 27
- 1.3. Dem Erfordernis der Einbringung aus Anlass eines Rechtsmittels hat der Antragsteller jedenfalls dadurch Rechnung getragen, dass dieser den vorliegenden Parteiantrag und den Rekurs gegen den Beschluss des Bezirksgerichtes Wiener Neustadt vom 23. September 2015 am selben Tag erhoben und eingebracht hat (vgl. VfSlg. 20.001/2015; VfGH 8.10.2015, G 264/2015; 26.11.2015, G 197/2015). 28
- Im Übrigen geht der Verfassungsgerichtshof auf Grund einer entsprechenden Mitteilung des Bezirksgerichtes Wiener Neustadt vom 19. Oktober 2015 davon aus, dass das erhobene Rechtsmittel rechtzeitig und zulässig ist. 29
- 1.4. Die Grenzen der Aufhebung einer auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfenden Gesetzesbestimmung sind, wie der Verfassungsgerichtshof sowohl für von Amts wegen als auch für auf Antrag eingeleitete Gesetzesprüfungsverfahren schon wiederholt dargelegt hat (VfSlg. 13.965/1994 mwN, 16.542/2002, 16.911/2003), notwendig so zu ziehen, dass einerseits der verbleibende Gesetzesteil nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt und dass andererseits die mit der aufzuhebenden Gesetzesstelle untrennbar zusammenhängenden Bestimmungen auch erfasst werden. 30
- 1.5. Dieser Grundposition folgend hat der Gerichtshof die Rechtsauffassung entwickelt, dass im Gesetzesprüfungsverfahren der Anfechtungsumfang der in Prüfung gezogenen Norm bei sonstiger Unzulässigkeit des Prüfungsantrages 31

nicht zu eng gewählt werden darf (vgl. zB. VfSlg. 8155/1977, 12.235/1989, 13.915/1994, 14.131/1995, 14.498/1996, 14.890/1997, 16.212/2002). Der Antragsteller hat all jene Normen anzufechten, welche für die Beurteilung der allfälligen Verfassungswidrigkeit der Rechtslage eine untrennbare Einheit bilden. Es ist dann Sache des Verfassungsgerichtshofes, darüber zu befinden, auf welche Weise eine solche Verfassungswidrigkeit – sollte der Verfassungsgerichtshof die Auffassung des Antragstellers teilen – beseitigt werden kann (VfSlg. 16.756/2002, 19.496/2011 und 19.933/2014).

1.5.1. In ihrer Äußerung zieht die Bundesregierung vor dem Hintergrund der eben dargelegten Rechtslage die Zulässigkeit des Antrages in Zweifel. Zusammengefasst bringt die Bundesregierung vor, dass die Aufhebung der angefochtenen Wortfolge in § 188 Abs. 2 ABGB dazu führen würde, dass jede dritte Person ein Antragsrecht hinsichtlich der Verfügungen der für die persönlichen Kontakte des Kindes notwendigen Regelungen erhalte und zwar unabhängig davon, ob diese Person überhaupt in irgendeinem persönlichen oder familiären Verhältnis zum Kind stünde. Dadurch würde die Bestimmung einen völlig veränderten, dem Gesetzgeber nicht mehr zusinnbaren Inhalt erhalten und würde die Aufhebung einen dem Verfassungsgerichtshof verwehrten Akt der positiven Gesetzgebung darstellen. Insoweit sei der Antrag zu eng gefasst. 32

1.5.2. Mit der von ihr vertretenen Ansicht, wonach der Antrag zu eng gefasst sei, ist die Bundesregierung nicht im Recht. Die Aufhebung der im Antrag genannten Wortfolge würde der Bestimmung des § 188 Abs. 2 ABGB deshalb keinen völlig veränderten Inhalt geben, weil die Antragsbefugnis zwar ausgeweitet, die gegebenenfalls verbleibende Regelung des ersten Satzes des § 188 Abs. 2 ABGB jedoch weiterhin eine Bezugnahme auf das Kindeswohl ("persönliche Kontakte [...] dem Kindeswohl dienen") beinhalten würde. 33

1.5.3. Der Antrag ist daher nicht zu eng gefasst. 34

1.6. Da auch sonst keine Prozesshindernisse hervorgekommen sind, erweist sich der Antrag als zulässig. 35

2. In der Sache

2.1. Der Antrag ist nicht begründet. 36

2.2. Der Antragsteller macht geltend, dass die angefochtene Wortfolge gegen die Grundrechte der Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK und Art. 7 GRC, sowie das Recht auf regelmäßige persönliche Beziehung und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen nach Art. 24 Abs. 3 GRC und Art. 2 Abs. 1 BVG Kinderrechte verstoße. 37

2.3. Gemäß § 187 Abs. 1 ABGB kommt dem Kind sowie jedem Elternteil grundsätzlich das Recht auf regelmäßige und den Bedürfnissen des Kindes entsprechende persönliche Kontakte zu. § 187 ABGB setzt jedoch die rechtliche Feststellung der Elternschaft voraus (OGH 28.5.1999, 7 Ob 106/99k; *Nademleinsky* in: Schwimann/Kodek, Praxiskommentar ABGB la⁴, 2013, § 187 Rz 4). 38

2.4. Ausgehend von § 188 Abs. 2 ABGB kann das Gericht darüber hinaus die persönlichen Kontakte des Kindes zu einem hierzu bereiten "Dritten" regeln, wenn die Kontakte dem Kindeswohl dienen. Eine solche Regelung ist nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Bestimmung auf Antrag des Kindes, eines Elternteils oder eines Dritten, sofern dieser in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis zu dem Kind steht oder gestanden ist, zu treffen. 39

2.5. Durch die Bestimmung des § 188 ABGB wurde im Zuge des Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetzes 2013 (BGBl. I 15/2013) das vormals in § 148 ABGB geregelte Kontaktrecht teilweise neu geregelt. In Bezug auf das Kontaktrecht verfolgte der Gesetzgeber mit der Novelle das erklärte Ziel, im Recht des persönlichen Verkehrs den Besuch durch Dritte – soweit dieser im Kindesinteresse liegt – verstärkt zu ermöglichen (ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP, 8). Dem wurde unter anderem dadurch Rechnung getragen, dass auch Dritten unter besonderen Voraussetzungen ein Antragsrecht im Verfahren zur Regelung der persönlichen Kontakte des Kindes eingeräumt wurde. Ein solches Antragsrecht kam nach alter Rechtslage (§ 148 Abs. 4 ABGB aF) nur dem Kind, den Eltern sowie dem Jugendwohlfahrtsträger zu (OGH 28.1.2014, 10 Ob 53/15m). 40

2.5.1. In den Erläuterungen zum Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 heißt es zu § 188 Abs. 2 ABGB wörtlich (ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP, 29): 41

"§ 188 Abs. 2 des Entwurfs regelt die persönlichen Kontakte mit dritten Personen. Neben den Eltern und Großeltern können auch andere Menschen wichtige

Bezugspersonen für das Kind sein, etwa Geschwister, Stief- oder Pflegeeltern. Nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der Beschwerdesache Anayo gegen Deutschland (EGMR 21.12.2010, Anayo, BeschwNr. 20578/07) verstößt es darüber hinaus gegen Art. 8 EMRK (Recht auf Privat- und Familienleben), wenn nicht geprüft werden kann, ob ein Kontakt zwischen dem Kind und dem leiblichen (aber nicht rechtlichen) Vater dem Kindeswohl entspricht. Im Hinblick auf dieses Erkenntnis schlägt der Entwurf vor, auch Dritten, die in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis zum Kind stehen oder gestanden sind, ein Antragsrecht (und somit Parteistellung in einem Verfahren) einzuräumen. Demnach soll das Gericht auf Antrag des Kindes, eines Elternteils oder einer dritten Person, die zu dem Kind in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis steht oder gestanden ist, die zur Regelung der persönlichen Kontakte mit solchen Personen nötigen Verfügungen treffen, wenn die persönlichen Kontakte dem Kindeswohl dienen. Als Entscheidungsmaßstab bei Vorliegen eines Antrags (mit Ausnahme des Jugendwohlfahrtsträgers) soll daher das Wohl des Kindes und nicht mehr dessen Gefährdung dienen. Auf eine Gefährdung des Kindeswohls soll es nur dann ankommen, wenn das Gericht auf Antrag des Jugendwohlfahrtsträgers oder von Amts wegen entscheidet, also bei einer Intervention von 'außerhalb der Familie'. Anderen dritten Personen, wie beispielsweise Nachbarn oder Lehrern, soll kein Antragsrecht zustehen, wenn sie zum Kind darüber hinaus nicht in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis stehen oder gestanden sind. In diesem Fall können sie eine Tätigkeit des Gerichtes nur anregen, das – sofern ansonsten das Kindeswohl gefährdet wäre – die nötigen Verfügungen zu treffen hat."

2.5.2. Voraussetzung der Regelung des persönlichen Kontaktes mit dem Kind ist im Gefolge dieser Neuregelung sohin nicht mehr – wie nach der alten Rechtslage –, dass ohne Regelung das Kindeswohl gefährdet wäre, sondern es genügt, dass die persönlichen Kontakte dem Kindeswohl dienen. Dieses Kontaktrecht nach § 188 Abs. 2 erster Satz ABGB steht dem "Dritten" unabhängig vom Kontaktrecht jedes Elternteils nach § 187 ABGB zu (OGH 28.1.2014, 10 Ob 53/13m; vgl. auch OGH 30.8.2016, 1 Ob 99/16i). 42

2.5.3. Tatbestandliche Voraussetzung für die Antragslegitimation des Dritten ist zudem das (vormalige) Bestehen eines besonderen persönlichen oder familiären Verhältnisses zu dem Kind. Als Dritte kommen damit insbesondere Geschwister, ehemalige Stief- oder Pflegeeltern, aber gerade auch der biologische – jedoch nicht rechtliche – Vater des Kindes in Betracht (*Hopf*, in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomentar zum ABGB⁴, 2014, § 188 Rz 13; *Fischer-Czermak*, in: Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 188 Rz 2; zur Antragsberechtigung von Geschwistern vgl. OGH 30.8.2016, 1 Ob 99/16i). Sonstige Dritte, welche in keinem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis zu dem Kind stehen, haben – wie schon nach alter Rechtslage – kein Antragsrecht und 43

können amtswegiges Handeln des Gerichtes lediglich anregen (ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP, 29; OGH 25.5.2005, 7 Ob 91/05s zur insoweit vergleichbaren alten Rechtslage).

2.6. Der Verfassungsgerichtshof hat sich in einem auf Antrag eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes gemäß Art. 140 B-VG auf die Erörterung der aufgeworfenen Fragen zu beschränken (vgl. VfSlg. 12.691/1991, 13.471/1993, 14.895/1997, 16.824/2003). Er hat sohin ausschließlich zu beurteilen, ob die angefochtene Bestimmung aus den in der Begründung des Antrages dargelegten Gründen verfassungswidrig ist (VfSlg. 15.193/1998, 16.374/2001, 16.538/2002, 16.929/2003). 44

2.7. Die vom Antragsteller geltend gemachten Bedenken im Hinblick auf das Recht auf Privat- und Familienleben nach Art. 8 EMRK treffen nicht zu. 45

2.7.1. Gemäß Art. 8 Abs. 1 EMRK hat jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens. Der Begriff des "Familienlebens" umfasst jedenfalls die Beziehungen zwischen Ehegatten und ihren Kindern – und zwar sowohl während der aufrechten Ehe als auch nach Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung (vgl. VfSlg. 12.103/1989 mwN, 14.301/1995). Das Recht auf Familienleben erfasst insbesondere auch den persönlichen Verkehr zwischen Eltern und Kindern (vgl. auch OGH 16.10.2015, 7 Ob 159/15f; 26.11.2014, 7 Ob 198/14i). 46

2.7.2. Der Begriff des "Familienlebens" ist aber nicht auf durch Ehe gegründete Beziehungen beschränkt, sondern kann auch andere "de facto" Familienbande umfassen, wenn Personen außerhalb einer Ehe zusammenleben; das Familienleben zwischen dem Kind und den Elternteilen bleibt diesfalls auch aufrecht, wenn die Eltern ihre Beziehung zueinander beenden oder nicht mehr zusammen leben (vgl. EGMR 3.12.2009, Fall *Zaunegger*, Appl. 22028/04; VfSlg. 19.653/2012, jeweils mwN). Für das Vorliegen von "Familienleben" zwischen einem Elternteil und einem Kind ist maßgeblich, ob eine starke persönliche Bindung zwischen dem Elternteil und dem Kind besteht (vgl. EGMR 21.12.2010, Fall *Anayo*, Appl. 20578/07, sowie EGMR 3.2.2011, Fall *Sporer*, Appl. 35637/03, jeweils mwN). Für Fälle einer biologischen Elternschaft ohne persönliche Beziehungen ist die Art des Verhältnisses zwischen den biologischen Eltern sowie ein nachweisbares Interesse und Engagement des leiblichen Vaters vor und nach der Geburt maß- 47

geblich (*Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶, 2016, § 22 Rz 18). Träger des Grundrechts sind sowohl die Eltern als auch ihre Kinder (vgl. VfSlg. 12.103/1989).

2.7.3. Im Hinblick auf das – insoweit unbestritten gebliebene – Vorbringen des Antragstellers zu seinem Verhältnis zur Mutter der beteiligten Partei und sein durch den Antrag und das gerichtliche Ausgangsverfahren dokumentiertes Interesse an der Beziehung zur beteiligten Partei ist in Bezug auf die gesetzliche Regelung der Schutzbereich von Art. 8 EMRK für diesen Fall (wie für vergleichbare Fälle nicht festgestellter biologischer Vaterschaft) eröffnet, weil das Privat- und Familienleben betroffen ist. 48

2.8. In Konstellationen wie jener im vorliegenden Fall stellt sich zunächst die Frage, ob von einem Eingriff in das Privat- oder in das Familienleben auszugehen ist: 49

2.8.1. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte fällt die biologische Verwandtschaft zwischen einem leiblichen Elternteil und einem Kind alleine – dh. ohne weitere rechtliche oder tatsächliche Merkmale, die auf das Vorliegen einer engen persönlichen Beziehung hindeuten – nicht in den Schutzbereich des Art. 8 EMRK. In der Regel sei das Zusammenleben eine Voraussetzung für eine Beziehung, die einem Familienleben gleichkommt (EGMR 15.9.2011, Fall *Schneider*, Appl. 17080/07 mwN). Ferner wiederholte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, dass auch ein beabsichtigtes Familienleben ausnahmsweise unter Art. 8 EMRK fallen könne, und zwar vor allem dann, wenn der Umstand, dass das Familienleben noch nicht vollständig hergestellt war, nicht dem Beschwerdeführer zuzurechnen ist (vgl. auch EGMR 25.11.2003, Fall *Pini*, Appl. 78028/01 und 78030/01). Sofern es die Umstände rechtfertigen, müsse sich das "Familienleben" insbesondere auch auf die potentielle Beziehung erstrecken, die sich zwischen einem nichtehelichen Kind und dessen leiblichem Vater entwickeln könne. Zu den maßgeblichen Kriterien für das tatsächliche und praktische Vorliegen enger persönlicher Bindungen in diesen Fällen würden unter anderem die Art der Beziehung zwischen den leiblichen Eltern sowie das nachweisbare Interesse des Vaters an dem Kind und sein Bekenntnis zu ihm – sowohl vor als auch nach der Geburt – gehören (vgl. auch EGMR 29.6.1999, Fall *Nylund*, Appl. 27110/95; 1.6.2004, Fall *Lebbink*, Appl. 45582/99). 50

2.8.2. Im Fall *Schneider* (EGMR 15.9.2011, Appl. 17080/07), in welchem der Beschwerdeführer ebenfalls nicht als biologischer Vater feststand und zuvor keinerlei Kontakt zum Kind hatte, hielt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zudem fest, dass nicht auszuschließen sei, dass die von dem Beschwerdeführer beabsichtigte Beziehung zu seinem Kind unter den Aspekt des "Familienlebens" nach Art. 8 EMRK falle. Der Gerichtshof hielt jedoch explizit fest, dass die Feststellung der rechtlichen Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und dem Kind und somit die Frage, ob der Beschwerdeführer ein Recht auf Umgang und auf Auskünfte über die persönlichen Verhältnisse habe, jedenfalls einen wichtigen Teil der Persönlichkeit des Beschwerdeführers und damit dessen "Privatleben" im Sinne von Art. 8 Abs. 1 EMRK betreffe, selbst wenn es sich dabei nicht um "Familienleben" handeln sollte. 51

2.8.3. Gesetzliche Maßnahmen wie die in der angefochtenen Wortfolge des § 188 Abs. 2 ABGB vorgesehenen, die den persönlichen Kontakt zwischen Eltern und Kindern an Voraussetzungen knüpfen, können einen Eingriff in das Recht auf Familienleben darstellen (vgl. statt vieler EGMR 26.5.1994, Fall *Keegan*, Appl. 16969/90; EGMR 13.7.2000, Fall *Elsholz*, Appl. 25735/94; EGMR 11.10.2001, Fall *Hoffmann*, Appl. 34045/96, jeweils mwN; vgl. auch *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ § 22 Rz 31 mwN). Jedenfalls betrifft dabei die Regelung der Voraussetzungen des persönlichen Kontaktes einen wichtigen Bereich der persönlichen Identität und somit das Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 EMRK (EGMR 21.12.2010, Fall *Anayo*, Appl. 20578/07; 15.9.2011, Fall *Schneider*, Appl. 17080/07). 52

2.9. Der Eingriff in die Rechte nach Art. 8 EMRK ist gerechtfertigt: 53

2.9.1. Eingriffe in die durch Art. 8 EMRK verbürgten Rechte sind gemäß Art. 8 Abs. 2 EMRK im Allgemeinen nur zulässig, wenn sie in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind, mithin ein legitimes Ziel verfolgen und verhältnismäßig sind (vgl. auch VfSlg. 17.340/2004, 19.824/2013). 54

- 2.9.2. Mit der Beschränkung des Antragsrechts auf das Kind, einen Elternteil und dritte dem Kind in qualifizierter Weise nahestehende Personen verfolgt der Gesetzgeber den Schutz des Kindeswohls und damit ein legitimes Ziel in Gestalt der Rechte anderer iSd Art. 8 Abs. 2 EMRK. 55
- 2.9.3. Zur Bestimmung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs ist zunächst auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu verweisen, der in jüngerer Zeit eine Reihe von Entscheidungen zu den Grenzen eines Antragsrechts des leiblichen Vaters getroffen hat. 56
- 2.9.4. Im Fall *Anayo gegen Deutschland* (EGMR 21.12.2010, Appl. 20578/07) hatte der Beschwerdeführer eine etwa zwei Jahre andauernde Beziehung mit der späteren Kindesmutter, welche mit einem anderen Mann verheiratet war. Aus der Beziehung zum Beschwerdeführer folgte die Geburt von Zwillingen. Die Kindesmutter sowie deren Ehemann, welcher von Gesetzes wegen (§ 1592 BGB) als rechtlicher Vater galt, zogen die Zwillinge gemeinsam auf und verweigerten dem Beschwerdeführer wiederholt den Kontakt zu den Kindern. In rechtlicher Hinsicht kam der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zu dem Ergebnis, dass es nicht mit Art. 8 EMRK vereinbar sei, wenn eine gerichtliche Nachprüfung, ob der Kontakt des leiblichen – jedoch nicht rechtlichen – Vaters dem Kindeswohl entspreche, nicht möglich ist. 57
- 2.9.5. Im Fall *Schneider* (EGMR 15.9.2011, Appl. 17080/07) war der Beschwerdeführer eine Beziehung zu einer verheirateten Frau – der späteren Kindesmutter – eingegangen. Nachdem die Frau schwanger wurde, trennte sie sich vom Beschwerdeführer. Nach der Geburt des Kindes wuchs dieses bei der Kindesmutter und deren Ehemann auf. Im Interesse ihres familiären Zusammenlebens zogen es die Kindesmutter und deren Ehemann, welche einräumten, dass auch der Beschwerdeführer als biologischer Vater des Kindes in Frage kommen könnte, vor, die Vaterschaft nicht feststellen zu lassen. Der durch den Beschwerdeführer gestellte Antrag auf Umgang und regelmäßige Auskunft wurde durch das Erstgericht im Ausgangsverfahren zurückgewiesen. In diesem Zusammenhang präzisierte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte seine Judikatur dahingehend, dass es nicht darauf ankomme, ob die biologische Vaterschaft feststehe. Erst wenn sich aus einer Prüfung ergebe, dass der Umgang mit dem vermeintlich biologischen Vater dem Kindeswohl entspreche, sei die Klärung der tatsächlichen biologischen Vaterschaft von Bedeutung. 58

2.9.6. Im Fall *Adebowale* (EGMR 2.12.2014, Appl. 546/10 mwN) führte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte schließlich zum inzwischen wiederholten Male aus, dass Art. 8 EMRK dahingehend auszulegen sei, dass er den Mitgliedstaaten die Verpflichtung auferlegt zu prüfen, ob es dem Kindeswohl dient, dem biologischen Vater den Aufbau einer Beziehung zu seinem Kind zu ermöglichen, insbesondere durch die Gewährung eines Umgangsrechts. Dies verlange gegebenenfalls die Feststellung der biologischen – im Gegensatz zur rechtlichen – Vaterschaft in einem Umgangsverfahren, wenn unter den besonderen Umständen der Rechtssache davon ausgegangen wird, dass ein Umgang zwischen dem mutmaßlichen leiblichen Vater – angenommen, dass er tatsächlich der biologische Vater des Kindes ist – und dem Kind dem Kindeswohl dienen würde (vgl. auch EGMR 15.9.2011, Fall *Schneider*, Appl. 17080/07; 22.3.2012, Fall *Kautzor*, Appl. 23338/09).

59

2.10. Die Einschränkung durch die angefochtene Wortfolge in § 188 Abs. 2 ABGB, nach welcher ein Antragsrecht lediglich solchen Personen zusteht, welche tatsächlich in einem gewissen persönlichen oder familiären Verhältnis zu dem Kind stehen, soll nach Auffassung der Bundesregierung vor der willkürlichen Antragstellung durch beliebige Dritte schützen. Diese Beschränkung der Antragslegitimation begegnet nach Anschauung des Verfassungsgerichtshofes unter dem Gesichtspunkt des Art. 8 EMRK sowie unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte keinen verfassungsrechtlichen Bedenken:

60

2.10.1. Den Gesetzesmaterialien zufolge orientierte sich der Gesetzgeber bei der Schaffung der Bestimmung an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte. Im Anschluss an das Urteil im Fall *Anayo* (EGMR 21.12.2010, Appl. 20578/07) sollte gerade der Stellung des leiblichen Vaters im Kontaktrechtsverfahren durch die Einräumung eines Antragsrechts zugunsten solcher Dritter, die mit dem Kind in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis stehen oder gestanden sind, Rechnung getragen werden.

61

Gemäß § 188 Abs. 2 ABGB ist ein Dritter – wie auch die Bundesregierung ausführt – bereits auf Grund der Behauptung seiner biologischen Vaterschaft bzw. des daraus folgenden besonderen persönlichen Verhältnisses antragslegitimiert. Im Rahmen des Kontaktrechtsverfahrens, in dem zu prüfen ist, ob der Umgang

62

des Kindes mit dem (behaupteten) biologischen Vater dem Kindeswohl dient, kann das Gericht inzidenter die Vaterschaft und auch die Frage der biologischen Abstammung klären lassen (vgl. OGH 2.7.2015, 7 Ob 60/15x – inzidente Vaterschaftsfeststellung im Unterhaltsregressprozess).

2.10.2. Erst wenn sich im Gefolge dieser Prüfung ergibt, dass der persönliche Kontakt zum (behaupteten) biologischen Vater dem Kindeswohl entspricht, stellt sich nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und der ihr entsprechenden Regelung des § 188 Abs. 2 ABGB die Frage nach der tatsächlichen biologischen Abstammung. 63

2.10.3. Diese Rechtslage bildet in der Abwägung des Wohles des Kindes, der bestehenden sozial-familiären Beziehungen zwischen der Mutter, dem Kind und dem rechtlichen Vater sowie den Interessen des (behauptetermaßen biologischen) Vaters eine verhältnismäßige Beschränkung von dessen Rechten nach Art. 8 EMRK. Wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte festgestellt hat, folgt aus Art. 8 EMRK keine Pflicht des Staates, dem mutmaßlichen leiblichen Vater zu gestatten, die Stellung des rechtlichen Vaters anzufechten oder eine separate Klage im Hinblick auf die Feststellung der biologischen – im Gegensatz zur rechtlichen – Vaterschaft zuzulassen (siehe EGMR 22.3.2012, Fall *Kautzor*, Appl. 23338/09; 21.12.2010, Fall *Anayo*, Appl. 20578/07). Angesichts dessen kann der Verfassungsgerichtshof nicht finden, dass in jedem Fall aus Art. 8 EMRK das Recht des biologischen Vaters folgt, die Abstammung von einem in einer intakten sozialen Familie lebenden Kind im Rahmen des Kontaktrechtsverfahrens zu erwirken. Zwar kann das Interesse an der Feststellung der Vaterschaft ein durch Art. 8 EMRK geschütztes Interesse darstellen, jedoch hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auch ausgesprochen, dass dem behaupteten biologischen Vater nicht das Recht zustehe, sich auf diesem Wege in eine intakte soziale Familie zu drängen (EGMR 22.3.2012, Fall *Kautzor*, Appl. 23338/09; EGMR 22.3.2012, Fall *Ahrens*, Appl. 45071/09). 64

Vielmehr ist insoweit davon auszugehen, dass bei der Entscheidung, ob und unter welchen Voraussetzungen dem feststehenden oder mutmaßlichen leiblichen Vater in Fällen rechtlicher Vaterschaft auf Grund der Ehe der Eltern die Feststellung seiner Vaterschaft möglich sein muss, ein Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten und in dessen Rahmen auch ein rechtspolitischer Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers gegeben ist (vgl. zum Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten EGMR 21.12.2010, Fall *Anayo*, Appl. 20578/07; 22.3.2012, Fall 65

Kautzor, Appl. 23338/09; 11.12.2012, Fall *Koppikar*, Appl. 11858/10; 5.11.2013, Fall *Hülsmann*, Appl. 26610/09). Diesen Gestaltungsspielraum hat der Gesetzgeber nicht überschritten.

2.11. Vor diesem Hintergrund kann der Verfassungsgerichtshof nicht finden, dass die angefochtene Wortfolge in der Bestimmung des § 188 Abs. 2 ABGB gegen Art. 8 EMRK verstößt. 66

2.12. Aus den zu Art. 8 EMRK angestellten Erwägungen vermag der Verfassungsgerichtshof auch den vom Antragsteller hinsichtlich des Art. 24 Abs. 3 GRC sowie des Art. 2 Abs. 1 des Bundesverfassungsgesetzes über die Rechte von Kindern geltend gemachten Bedenken nicht zu folgen. 67

2.13. Soweit der Antragsteller Bedenken gegen eine allenfalls fehlerhafte Rechtsanwendung durch das Erstgericht geltend macht, ist festzuhalten, dass Entscheidungen ordentlicher Gerichte einer Überprüfung durch den Verfassungsgerichtshof nicht zugänglich sind. 68

V. Ergebnis

1. Die Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit der angefochtenen Wortfolge in § 188 Abs. 2 ABGB treffen nicht zu. Der Antrag ist demgemäß abzuweisen. 69

2. Diese Entscheidung konnte gemäß § 19 Abs. 4 VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden. 70

Wien, am 13. Dezember 2016

Der Präsident:

Dr. HOLZINGER

Schriftführerin:

Mag. GRABENSBERGER

