

Oberlandesgericht Hamm

11 UF 210/06

vom 14.02.2007



REWIS: open. smart. legal.
Datenbank für Rechtsprechung
Angaben ohne Gewähr



URL: <https://rewis.io/s/u/l1B/>
Oberlandesgericht Hamm
11. Senat für Familiensachen

11 UF 210/06 vom 14.02.2007

Urteil | Oberlandesgericht Hamm | 11. Senat für Familiensachen

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 24. Juli 2006 verkündete Urteil des Amtsgerichts - Familiengericht - Warendorf wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Vollstreckung des Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, falls nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

1 Tatbestand:

2 Der Kläger nimmt den Beklagten im Wege des Scheinvaterregresses in Anspruch.

3 Der Kläger ist seit 1985 verheiratet. Am 19. Januar 1990 wurde das Kind M2 geboren.

4 Im Januar 2004 erfolgte die Trennung des Klägers und seiner Ehefrau, der Zeugin M.

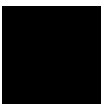
5 Durch Urteil des Amtsgerichts Bad Iburg vom 18. April 2005 .- 5 F 723/04 KL - wurde festgestellt, dass der Kläger nicht der Vater des Kindes ist.

6 Er behauptet, der Beklagte sei der Vater des Kindes. Das habe ihm seine Frau Anfang 2004 gestanden und auch anlässlich eines Gesprächs beim Jugendamt P im Mai 2004 mitgeteilt.

7 Entsprechend hat das Jugendamt P in seiner unter dem 14. Januar 2005 erfolgten Stellungnahme im Vaterschaftsanfechtungsverfahren geäußert.

8 Der geschlechtliche Verkehr des Beklagten mit der Zeugin M während der gesetzlichen Empfängniszeit ist unstreitig.



- 9 Die Vaterschaft zu dem Kind ist weder anerkannt noch gerichtlich festgestellt. Eine Klage auf Feststellung der Vaterschaft ist nicht erhoben worden.
- 10 Nachdem bei M2 im August 2006 Leukämie diagnostiziert worden ist, hat sich der Beklagte gegenüber der Zeugin bereit erklärt, testen zu lassen, ob er als Knochenmarkspender in Betracht kommt. Dieser Test dürfe aber nicht zur Feststellung der biologischen Vaterschaft dienen.
- 11 Mit Schreiben vom 11. April 2005 und vom 9. Dezember 2005 forderte der Kläger den Beklagten – unter Zusicherung der Kostenübernahme – auf, ein Vaterschaftsgutachten erstellen zu lassen.
- 12 Nachdem der Prozessbevollmächtigte des Beklagten zunächst mit Schreiben vom 13. Dezember 2005 mitgeteilt hatte, er werde seinem Mandanten empfehlen, den Test machen zu lassen, lehnte der Beklagte in der Folgezeit die Durchführung eines Tests ab.
- 13 Der Kläger behauptet ein monatliches Nettoeinkommen des Beklagten in Höhe von mindestens 2.200,00 € und auf dieser Grundlage einen monatlichen Unterhaltsanspruch des Kindes in Höhe von 307,00 €.
- 14 Der Beklagte hat durch Auskunft seines Arbeitgebers sein Jahresbruttoeinkommen 2003 mit 19.740,92 € beziffert.
- 15 Der Kläger nimmt den Beklagten auf Erstattung der Unterhaltsbeträge für Juni und Juli 2003 in Anspruch. Außerdem verlangt er die Erstattung der nicht festsetzungsfähigen Kosten, die ihm durch die außergerichtliche Inanspruchnahme seines Anwaltes entstanden sind.
- 16 Er hat beantragt, den Kläger zur Zahlung von 614,00 € sowie von 58,81 € nebst 5 % über dem Basiszins seit Rechtshängigkeit zu verurteilen.
- 17 Das Amtsgericht hat die Klage dem Antrag des Beklagten entsprechend abgewiesen und ausgeführt, die Klage scheitere an [§ 1600 d Abs. 4 BGB](#), weil die Vaterschaft des Beklagten nicht in dem dafür gemäß § 1600 e BGB vorgesehenen Verfahren festgestellt sei.
- 18 Dagegen wendet sich der Kläger mit seiner Berufung, mit der er seinen erstinstanzlichen Antrag weiterverfolgt.
- 19 Seiner Auffassung nach ist die Berufung des Beklagten auf die Regresssperre treuwidrig, denn ihm entstünden durch den Vaterschaftstest keine Kosten und Interessen des Kindes stünden einer Feststellung der Vaterschaft des Beklagten nicht entgegen. Vielmehr würden dessen Interessen durch den bestehenden Zustand, in dem außer der Mutter niemand dem Kind unterhaltspflichtig sei, erheblich beeinträchtigt.
- 

- 20 Der Beklagte streitet für das angefochtene Urteil.
- 21 Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugin M.
- 22 Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme und der Anhörung der Parteien im Termin vor dem Senat wird Bezug genommen auf den Berichterstatteervermerk zum Senatstermin vom 24. Januar 2007.
- 23 Entscheidungsgründe:
- 24 Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.
- 25 Grundsätzlich sind die Unterhaltsansprüche des Kindes gegen seinen wirklichen Vater auf den Kläger, soweit er Unterhalt gewährt hat, gemäß [§ 1607 Abs. 3 S. 2 BGB](#) übergegangen.
- 26 Gemäß [§ 1600 d Abs. 4 BGB](#) ist eine Inanspruchnahme erst möglich, wenn die Vaterschaft in dem Verfahren gemäß § 1600 e BGB festgestellt worden ist.
- 27 Dadurch ist auch der Kläger gehindert, den Beklagten auf gemäß [§ 1607 Abs. 3 BGB](#) übergegangenen Kindesunterhalt in Anspruch zu nehmen.
- 28 Die Voraussetzungen einer Ausnahme von dieser Rechtsausübungssperre konnte der Senat vorliegend nicht feststellen.
- 29 Daran sieht er sich durch den gesetzlichen Wortlaut und die Entscheidung des BGH vom 17. Februar 1993 (FamRZ 1993, 696), der er vorliegend im Ergebnis folgt, gehindert.
- 30 Der BGH hat darin ausgeführt, dass auch dann, wenn weder der leibliche Vater noch das inzwischen volljährige Kind von dem allein ihnen zustehenden Recht einer Vaterschaftsfeststellungsklage Gebrauch machen wollen, keine rechtfertigenden Gründe dafür erkennbar seien, die Rechtsausübungssperre zu durchbrechen. Da insbesondere die Interessen des Kindes durch die tatsächlichen Auswirkungen einer inzidenten Feststellung berührt würden, gebiete dessen Persönlichkeitsrecht, die Entscheidung, die Vaterschaftsfeststellung nicht zu betreiben, zu akzeptieren.
- 31 Soweit auch das Gesetz von dem in § 1600 d Abs, 4 BGB normierten Grundsatz Ausnahmen vorsieht, etwa nach § 1615 o BGB, und diese zur Begründung weiterer Ausnahmefälle, mit denen die Rechtsausübungssperre überwunden werden kann, herangezogen wird, weist der BGH jedoch darauf hin, dass es bei den vom Gesetz zugelassenen Ausnahmen um Fälle geht, in denen im Interesse des Kindes oder der Mutter dringende, zeitlich jedoch begrenzte Unterhaltsansprüche im Wege einstweiliger Verfügungen geregelt werden können. Die obergerichtliche Rechtsprechung hat sich dem weitgehend angeschlossen (OLG Hamm – 9. FamS – FamRZ 2003, 401; OLG Koblenz NJW-RR

2004,146; zuletzt OLG Celle FuR 2006, 574 mit ausführlicher Darstellung des Meinungsstandes in Rechtsprechung und Schrifttum).

- 32 Er hat dabei vor allem darauf abgestellt, dass allein der Vater, das Kind oder die Mutter antragsberechtigt sind, und dass vor allem das Kind aner kennenswerte Gründe haben kann, seine Abstammung zu dem als Kindesvater benannten Mann nicht feststellen zu lassen, etwas weil die durch die Statusfeststellung eintretenden Folgen im Erb- und/oder Unterhaltsrecht ebenso unerwünscht und belastend sind, wie die Feststellung selbst. Der BGH stellt dabei allerdings darauf ab, ob der Mann von Dritten als Kindesvater benannt wird. Dazu, wie es in Fällen ist, in denen die Mutter den Mann als Kindesvater benennt, sagt er ausdrücklich nichts.
- 33 Er weist jedoch auf die beschränkte Antragsbefugnis einer Vaterschaftsfeststellung, das Verbot, eine Vaterschaft außerhalb der vom Gesetz zur Verfügung gestellten Verfahrenswege geltend zu machen hin und führt aus, darin konkretisiere sich das gemäß [Art. 2 Abs. 1 GG](#) geschützte Persönlichkeitsrecht des Kindes. Die Antragsbefugnis sei kein bloßes Nebenrecht zur Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen, sondern ein höchstpersönliches Recht, das auch die Befugnis einschließe, es nicht geltend zu machen.
- 34 Der Senat verkennt nicht, dass in der obergerichtlichen Rechtsprechung (OLG Düsseldorf FamRZ 2000, 1032) und der Literatur (Huber, Der Unterhaltsregress des Scheinvaters, FamRZ 2004, 145 ff) mit ernstzunehmenden Argumenten weitere Ausnahmefälle angenommen werden, in denen die Berufung auf die Regresssperr e gegen Treu und Glauben verstoße und deshalb die Inanspruchnahme des leiblichen Vaters nicht hindern soll.
- 35 Das wird insbesondere dann vertreten, wenn die Regressansprüche des Scheinvaters dadurch vereitelt werden, dass es die Mutter oder das volljährige Kind unterlassen, die Vaterschaft gerichtlich feststellen zu lassen und der Vater nicht anerkennt.
- 36 Diese Argumente gewinnen an Gewicht, nachdem das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 9. April 2003 (FamRZ 2003, 816 ff) dem biologischen Vater das Recht zugesprochen hat, seine Vaterposition zumindest dann durchsetzen zu können, wenn der Schutz der familiären Beziehung des Kindes zu seinen rechtlichen Eltern dem nicht entgegensteht, weil diese Beziehung nie bestanden hat oder zerbrochen ist. In diesen Fällen soll insbesondere das Kindeswohl durch die Feststellung des wirklichen Vaters nicht wesentlich berührt sein (BVerfG, a.a.O., 821).

37



Damit erscheint die Fortgeltung des vom BGH aufgestellten Grundsatzes zweifelhaft, die Entscheidung des Kindes, keine Vaterschaftsfeststellung zu veranlassen und damit den Unterhaltsregress zu blockieren, stehe im Hinblick auf das Persönlichkeitsrecht des Kindes einer Durchbrechung der Regresssperre auf jeden Fall entgegen.

- 38 Im vorliegenden Fall kann der Senat die Voraussetzungen eines treuwidrigen Berufens darauf indes nicht feststellen. Insbesondere kann nicht festgestellt werden, dass die Entscheidung der Zeugin M, die Feststellung der Vaterschaft des Beklagten nicht zu betreiben, auf anderen Belangen als der Berücksichtigung des Kindeswohls beruht. Unabhängig davon, ob die Entscheidung im Hinblick auf die damit für das Kind verbundenen wirtschaftlichen Einbußen für richtig gehalten wird oder nicht, hat die Vernehmung der Zeugin ergeben, dass sie sich bei ihrer Entscheidung allein von der Überlegung hat leiten lassen, was das Kind mittragen und vertragen kann.
- 39 Sie hat glaubhaft bekundet, selbst keine Zweifel an der Vaterschaft des Beklagten zu haben und dieses dem Jugendamt und auch dem Kind so mitgeteilt zu haben. Auf ihre Frage nach dem weiteren Vorgehen habe das Jugendamt ihr geraten, sich danach zu richten, was das Kind wolle. Dieses habe die Feststellung abgelehnt und sie habe den Eindruck, es zu sehr zu belasten und unter Druck zu setzen, wenn sie ihm die wirtschaftlichen Folgen vor Augen führe. Deshalb nehme sie in Kauf, keinen Unterhalt für das Kind zu erhalten. Sobald das Kind die Bereitschaft erkennen ließe, werde sie die Feststellung der Vaterschaft betreiben.
- 40 Bei der Würdigung kann auch die Erkrankung des Kindes und die damit einhergehende Belastung nicht außer Acht bleiben.
- 41 Vor diesem Hintergrund verstößt es auch (noch) nicht gegen Treu und Glauben, wenn der Beklagte, dem diese Haltung des Kindes mitgeteilt worden ist, sich darüber nicht hinwegsetzt und seinerseits die Feststellung der Vaterschaft betreibt, sondern sich auf die Regresssperre beruft, wengleich der Senat nicht verkennt, dass seine Haltung vorrangig davon getragen sein mag, die Inanspruchnahme durch den Kläger abzuwehren und nicht davon, dem Kindeswohl Rechnung zu tragen.
- 42 Doch kann bei der Frage des Verstoßes gegen Treu und Glauben der Umstand, dass der Beklagte im Falle seiner Bereitschaft zur Durchführung eines außergerichtlichen DNA-Vaterschaftstestes, diesen ebenfalls nur mit Zustimmung der Mutter und des Kindes durchführten könnte, nicht unberücksichtigt bleiben.
- 43 Dabei obliegt es dem Gesetzgeber, möglicherweise auch in diesem Fall für den Scheinvater ein geeignetes Verfahren zur Durchsetzung seiner Ansprüche zur Verfügung zu stellen (vgl. BVerfG, Urteil vom 13. Februar 2007 – [1 BvR 421/05](#)).

44

Vor diesem Hintergrund erscheint dem Senat im vorliegenden Fall die Annahme einer Ausnahme von dem gesetzlichen Regelfall nicht geboten.

45

Der Senat lässt gegen dieses Urteil gemäß [§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO](#) die Revision zu, weil die Fortbildung des Rechtes im Hinblick auf die dargestellte Diskussion eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert.

46

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 97 Abs. 1 ZPO](#); die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf [§ 708,711 ZPO](#).

