

---

## Eltern ohne Sorgerecht

### – Gedanken zu ›Familie und Recht‹

---

#### Zur rechtspolitischen Bedeutung des Urteils des BVerfG vom 29. 1. 2003 zum Sorgerecht für nichteheliche Kinder<sup>1</sup>

**A.** 820 000 Kinder wachsen in Deutschland in nichtehelichen Familien auf.<sup>2</sup> Das BVerfG hatte die Frage zu entscheiden, ob es mit unserer Verfassung vereinbar ist, daß nichteheliche Väter von der elterlichen Sorge für ihre Kinder vollständig ausgeschlossen sind, wenn Mütter dieses Recht nicht mit ihnen teilen möchten. Kann der Vater ›sie‹ nicht dazu überreden, eine sog. »Sorgeerklärung« (§ 1626 a BGB) bei Jugendamt oder Notar zu unterzeichnen (oder ihn ggfs. zu heiraten), hat er praktisch – d. h.: bis zur Schwelle, an der ein Sorgerechtsentzug<sup>3</sup> angezeigt ist – keine Chance, Mitinhaber des Sorgerechts zu werden.<sup>4</sup> Die Entscheidung des Gerichts hat – wegen ihrer Begründung – keineswegs nur Bedeutung für nichteheliche Familien, sondern für die gesamte familienrechtspolitische ›Landschaft‹.

**B. I.** § 1626 a BGB ist mit der Kindschaftsrechtsreform am 1. 7. 1998 in Kraft getreten. Wenn die Eltern sich *bereits vor diesem Stichtag* trennten (= ›Altfall‹), hat für sie noch keine Möglichkeit bestanden, gemeinsames Sorgerecht zu begründen. Nach der Trennung ist eine Mutter aber vielfach nicht mehr bereit, hieran mitzuwirken. Deshalb erklärte das BVerfG § 1626 a BGB insoweit verfassungswidrig, als für »solche Altfälle« keine »gerichtliche Einzelfallprüfung« mit Blick auf das Kindeswohl vorgesehen ist.<sup>5</sup> Dies sei nicht mit dem Gleichstellungsgebot der Verfassung für nichteheliche Kinder vereinbar und setze auch »das Elternrecht des Vaters gegenüber demjenigen der Mutter unverhältnismäßig zurück«. <sup>6</sup> Der Gesetzgeber muß bis Ende 2003 eine »Übergangsregelung«<sup>7</sup> für ›Altfälle‹ schaffen. Hierfür gibt das Gericht dem Gesetzgeber Denkanstöße: Man könne etwa ein »Antragsrecht auf gerichtliche Prüfung einräumen, ob ... gemeinsame Sorge ... dem Kindeswohl dient«, oder die Möglichkeit eröffnen, »die mangelnde Zustimmung des anderen Elternteils gerichtlich am Maßstab des Kindeswohls überprüfen und ggfs. ersetzen zulassen«. <sup>8</sup> Beantragt ein Vater, der sich bereits vor dem 1.7.98 von der nichtehelichen Mutter trennte, jetzt die Mitinhaberschaft der elterlichen Sorge, »ist ein solches Verfahren auszusetzen, bis (diese) in Kraft tritt.« Soweit zu den ›Altfällen‹.

**II. ›Neufälle‹/neue Rechtslage (§ 1626 a BGB):** Hingegen genüge es verfassungsrechtlichen Anforderungen, wenn der Gesetzgeber nichtehelichen Eltern die *prinzipielle* Möglichkeit einräume, gemeinsames Sorgerecht zu begründen. Aus den Gründen:

1. Wenn der Gesetzgeber glaube, daß nichteheliche Mütter jedenfalls bei Zusammenleben mit dem Vater gemeinsame Sorgeerklärungen nicht ablehnten, ohne dafür objektive, vom Kindeswohl getragene Gründe zu haben,<sup>9</sup> bewege er sich im Rahmen seines Gestaltungsspielraums. Er müsse lediglich mit der Zeit überprüfen, ob seine Annahmen auch vor der Wirklichkeit Bestand haben. Falls nicht, wäre auch die neue Rechtslage verfassungswidrig. Jetzt sei es aber für ein derartiges Urteil noch zu früh.

ê Jahr: 2003 Heft: 7 Seite: 294 ê

2. Dem Gesetzgeber wurde eine »typisierende« Betrachtungsweise zugestanden: »Angesichts der Unterschiedlichkeit der Lebensverhältnisse, in die nichteheliche Kinder hineingeboren« werden, dürfe der Gesetzgeber nichteheliche Kinder bei ihrer Geburt grundsätzlich allein der Mutter zuordnen. Und ein Kind müsse »bei seiner Geburt eine eindeutige rechtliche Sorgezuordnung«<sup>10</sup> erfahren.

3. Das Gericht stützt seine Entscheidung auch auf Ergebnisse der **sog. »Wallerstein-Studie«**<sup>11</sup> aus den USA. Für das Wohl des Kindes (sei) »die Kooperationsbereitschaft der Eltern in Bezug auf das Kind von wesentlicher Bedeutung.«<sup>12</sup> Fehle diese, könne »gemeinsame Sorge dem Kindeswohl zuwiderlaufen«. <sup>13</sup> Demgegenüber sei es »bei Trennung der Eltern« gar »nicht so sehr von Bedeutung, ob die Eltern gemeinsames Sorgerecht haben oder einem allein die Sorge zusteht«. <sup>14</sup> Zwar hätte die erste hiesige repräsentative Studie zum novellierten Kindschaftsrecht, die sog. »**Proksch-Studie**«, <sup>15</sup> bestätigt, daß sich gemeinsames Sorgerecht grundsätzlich »konfliktmindernd und damit kindeswohlfreundlicher«<sup>16</sup> auswirke. Nach Auffassung des BVerfG betrifft dies aber nur Eltern, bei denen *schon während* des Zusammenlebens gemeinsame Sorge bestanden hat, nicht hingegen Eltern, bei denen *erst nach ihrer* Trennung gemeinsame Sorge erstmalig begründet werden soll. <sup>17</sup>

### C. Eigener Standpunkt:

1. Wenn sich Väter desinteressiert, verantwortungslos oder gar gewalttätig zeigen, mag es für das Kind in Ordnung gehen, wenn das Sorgerecht *in toto* bei der Mutter bleibt (bzw. nach Trennung/Scheidung dorthin gelangt) und der Vater *gänzlich* hiervon ausgeschlossen ist. Aber es überspannt den Bogen bzw. Möglichkeiten »typisierender Betrachtungsweise«, wenn der Gesetzgeber den mütterlichen Wunsch nach Alleinsorge selbst dann respektiert, wenn die Eltern zusammenleben, »der Vater seit Jahren an der Erziehung des Kindes praktisch beteiligt ist oder gar das Kind überwiegend betreut und erzieht.«<sup>18</sup> Nach der Entscheidung des BVerfG zum Sorgerecht nichtehelicher Kinder von 1982 ist eine »typisierende Regelung nur zulässig, wenn die mit ihr verbundenen Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht sehr intensiv sind.«<sup>19</sup> Schließlich müsse »das Kind in seiner Individualität als Grundrechtsträger berücksichtigt«<sup>20</sup> werden – hieß es damals ... Aber die jetzige pauschale Zurücksetzung des väterlichen

Elternrechts aus Art. 6 II GG läßt sich mit dem »Kindeswohl« schlichtweg nicht rechtfertigen:

**a)** Geläufige Erkenntnis der psychoanalytischen Entwicklungspsychologie: »Beide Eltern sind existentiell wichtige »Identifizierungsobjekte« für die kindliche Identität«. <sup>21</sup> Man spricht von »Triangulierung« <sup>22</sup> (von »Triangel«/»Dreieck«). »Lebenslange, gelebte Beziehung zu beiden Eltern ist die Basis für gesunde körperliche, seelische und intellektuelle Entwicklung, für Selbstwertgefühl, eigene Beziehungsfähigkeit, Lebenszufriedenheit und Lebensqualität des Kindes.« <sup>23</sup> Deshalb gelten mangelnde »Bindungstoleranz« und Umgangsunterbindung als grundsätzlich kindeswohlbeeinträchtigend. <sup>24</sup> Ein mittlerweile fast <sup>25</sup> einhellig anerkanntes psychologisches Allgemeingut, das auch hinreichende wissenschaftliche Überzeugungskraft für den Gesetzgeber hatte, mit der Kindschaftsrechtsreform erstmalig ein »Besuchsrecht« für nichteheliche Kinder und Vä-

ê Jahr: 2003 Heft: 7 Seite: 295 ê

ter einzuführen und nunmehr zu erkennen, daß »der Umgang mit beiden Elternteilen *in der Regel* dem Kindeswohl dient«. <sup>26</sup> Und würde es nicht in gleicher Weise *in der Regel* dem Kindeswohl dienen, wenn Väter **wenigstens geringfügige Teile** des Sorgerechts erhielten <sup>27</sup> (bzw. nach Scheidung *behielten*)? Wie wäre es z. B. mit *direkten* Informations- und Auskunftsrechten gegenüber Schulen, Kinderhorten, und Kinderärzten als verfassungsrechtlich gebotenes absolutes Minimum? Indem der Gesetzgeber nichtehelichen Vätern selbst solche rudimentären Restbestandteile des Sorgerechts verwehrte, hat er m. E. seinen Gestaltungsspielraum deutlich überschritten.

Zwar gibt es für Eltern ohne Sorgerecht den Auskunftsanspruch aus § 1686 BGB: »Jeder Elternteil kann vom anderen Elternteil bei berechtigtem Interesse Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes verlangen.« Aber dieser Anspruch richtet sich *nicht an die praktisch relevanten Informationsquellen* wie z. B. Kindergärten, Schulen oder Kinderärzte, <sup>28</sup> sondern – schwer durchsetzbar – gegen den »*anderen Elternteil*«. <sup>29</sup> Und wie soll ein auf Information über sein Kind angewiesener Mensch prüfen, ob die Auskunft vom anderen Elternteil der Wahrheit entspricht? <sup>30</sup>

**b)** Die »Proksch-Studie« zeigt, daß es sich gemeinsames Sorgerecht konfliktvermeidend auswirkt, weil geteiltes Sorgerecht **ausgeglichenere Machtverhältnisse** zwischen den Eltern bedeutet. <sup>31</sup> Was die These Wallersteins widerlegt, daß es »für das Wohl des Kindes im Falle der Trennung seiner Eltern *nicht so sehr von Bedeutung* (sei), ob die Eltern das gemeinsame Sorgerecht haben oder einem allein die Sorge zusteht«, es komme ja ohnehin mehr auf die »Kooperationsbereitschaft« an. Demnach würde ein Gesetz, das nichtehelichen Eltern wenigstens gemeinsame **Teilbereiche** des Sorgerechts »verordnete«, eher dem Kindeswohl entsprechen, als die jetzige Regelung. Anfänglich nach

Trennung vielleicht noch vorhandene »Kooperationsbereitschaft«<sup>32</sup> kann schnell verloren gehen, wenn ein Elternteil *allzu* rechtlos gestellt wird. Und noch intakte Beziehungen zwischen den Eltern werden hierdurch unnötig gefährdet. Zumindest stehen die Erkenntnisse Wallersteins nicht selbst väterlichen *Informationsrechten in vorg. Sinne* entgegen.

**2.** Auch eine gesetzliche Regelung, die der Mutter etwa (>nur<) das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht<sup>33</sup> zuwies, das Sorgerecht im übrigen aber als gemeinsames Recht der Eltern ausgestaltete, wäre >eindeutig<, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen hinreichend klar bestimmt sind. Alt.: Ab Vaterschaftsanerkennung oder (erst) ab/bei >häuslicher Gemeinschaft< der Eltern.<sup>34</sup> Das Argument der >Eindeutigkeit< zeugt von archaischem »Schematismus«,<sup>35</sup> an dessen Überwindung sich die Kindschaftsrechtsreform in historischer Hinsicht wird messen lassen müssen.

Und verfährt man nicht oft ebenso schematisch mit *verheirateten* Eltern, wenn diese sich bei Scheidung nicht darüber einigen können, bei wem von ihnen die gemeinsamen Kinder zukünftig leben sollen? Je heftiger sie hierüber streiten, desto sicherer ist, daß das Sorgerecht wiederum *in toto* an einen Elternteil geht. Auch hier ist der andere Elternteil dann *vollständig* vom Sorgerecht und damit auch von Informationsrechten in vorg. Sinne ausgeschlossen. Vielleicht würden Eltern weniger verzweifelt >kämpfen<, wenn der befürchtete Einschnitt ins eigene Elternrecht weniger einschneidend gestaltet würde?

**3.** Auch nichteheliche Mütter, die sich mit der Frage eines gemeinsamen Sorgerechts befassen, stehen vor einer völlig inadquaten >Alles-oder-nichts<-Situation: Ein elterlicher >Kompromiß< bzw. eine Erklärung der Eltern, nur *Teile des Sorgerechts* gemeinsam ausüben zu wollen, ist in § 1626 a BGB nicht vorgesehen und wird als nicht möglich betrachtet.<sup>36</sup> Zudem vermeiden nichteheliche Mütter mit der Ablehnung der gemeinsamen Sorgeerklärung ganz pragmatisch Sorgerechtsstreitigkeiten *im Falle späterer Trennung* (§ 1672 I BGB). Statistisch ist die Wahrscheinlichkeit späterer Trennung bekanntlich hoch<sup>37</sup> Und Mütter werden in

ê Jahr: 2003 Heft: 7 Seite: 296 ê

ihrer bisherigen Zurückhaltung noch bestärkt, wenn Gesetzgeber – und jetzt auch BVerfG – unisono unter Berufung auf Wallerstein<sup>38</sup> u. a. verkünden, daß Sorgerechtsstreitigkeiten dem Kindeswohl *so sehr* schaden, daß einer »klaren und eindeutigen« gesetzlichen Regelung iSv Alleinsorge der nichtehelichen Mutter »der Vorzug zu geben« sei.

**4.** Dabei kann gerade die jetzige Rechtslage spätestens nach Trennung der Eltern eine »gefährliche Dimension für das Kind«<sup>39</sup> erlangen. Denn mit dem Urteil des BVerfG fielen diejenigen nichtehelichen Kinder >unter den Tisch<, deren Wohl und Wille entspräche, in der Obhut ihres Vaters zu leben. Das sonst konsequent

Geltung beanspruchende »**Kindeswohlprinzip**« (§ 1697 a BGB), nach dem – im Rahmen tatsächlicher Möglichkeiten – stets diejenige Entscheidung zu suchen ist, die dem »Wohl des Kindes *am besten* entspricht«, läuft bei nichtehelichen Kindern – entgegen dem Gleichstellungsgebot der Verfassung in Art. 6 V GG – leer.

### Beispiel:

Nichteheliche Familie. Die Eltern haben *keine* gemeinsamen Sorgeerklärungen abgegeben, weil die Mutter nicht mitwirken wollte. Der Vater ist aber die geeignetere Erziehungsperson und hat die tiefere Bindung zum Kind. Nach der Trennung von seiner Lebensgefährtin beruft sich diese jedoch auf ihr alleiniges Sorgerecht. Der Vater beantragt deshalb, ihm die elterliche Sorge oder Teile hiervon zu übertragen. Das FamG muß den Antrag schon als »unzulässig« abweisen, wenn die Mutter diesem nicht zustimmt (§ 1672 I 1 BGB). Und warum sollte sie nach Scheitern der Beziehung zustimmen, wenn sie schon während intakter Beziehung die Sorgeerklärung nach § 1626 a BGB ablehnte? Das Gericht darf dann gar nicht erst in eine Kindeswohlprüfung eintreten.<sup>40</sup> Es sei denn, der Vater kann Umstände vortragen, die eine massive Kindeswohlgefährdung iSd § 1666 BGB bedeuten.<sup>41</sup> Obwohl § 1672 BGB ein »konzeptionswidriger Fehlgriff«<sup>42</sup> ist und ebenfalls Gegenstand der Richtervorlage des AG Korbach<sup>43</sup> war, hat sich das BVerfG mit dieser Vorschrift nicht auseinandersetzen müssen, weil sie für die konkrete Fallentscheidung nicht einschlägig war. »Die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 1672 BGB sind also vorläufig nicht ausgeräumt«.<sup>44</sup>

5. Vielfach wird übersehen, daß »**elterliche (Mit-) Verantwortung auch des >Umgangselternteils**« eine *Überwachung des Kindeswohls* selbstverständlich gebietet und notfalls auch Eingriffe (Anträge an das FamG) erforderlich macht«.<sup>45</sup> Zu *weitgehende* Einschränkung dessen Elternrechte kann zu *unzureichender Kontrolle* alleinerziehender Eltern führen. »Kindeswohl« hängt *nicht immer nur* von elterlicher Harmonie und Eintracht ab. Für manches alleinerzogene »Trennungs-Kind« ist leider von *existenziellerer* Bedeutung, ob Charakter- oder Persönlichkeitsmängel<sup>46</sup> des obhutausübenden Elternteils durch den anderen Elternteil kompensiert werden können, damit es besser vor Vernachlässigung, häufigen Schlägen<sup>47</sup> – z. B. auch durch Stiefväter – oder sog. »innerstaatliche Kindesentführungen«<sup>48</sup> geschützt werden kann. Kurz: Es geht um »*generellen* Mißbrauch«<sup>49</sup> von Kindern, der – anders als beim sexuellen Mißbrauch – »bemerkenswerterweise keine kontroversen Diskussionen auslöst.«<sup>50</sup> Gerade *weil* die »Mißbrauchsschwelle« des § 1666 so schwer lokalisierbar und für den ausgeschlossenen Vater zu hoch<sup>51</sup> ist, verlangt das BVerfG für »Altfälle« besagte

ê Jahr: 2003 Heft: 7 Seite: 297 ê

Übergangsregelung.<sup>52</sup> Außerdem können Jugendämter wegen personeller Überlastung nicht allen Hinweisen auf Kindeswohlgefährdungen nachgehen.

Nichteheliche Kinder sind hier besonders *benachteiligt*. Damit der andere Elternteil in geeigneten Fällen kompensierende Verantwortungsbereitschaft wirksam entfalten kann, braucht er eine **rechtliche Basis**, im **Minimum** besagte direkten Auskunfts- und Informationsrechte gegenüber Kindergärten, Schulen, Kinderärzten. Das Besuchsrecht reicht hierfür nicht aus, denn es ist – erstens – schwer durchsetzbar.<sup>53</sup> Und – zweitens – verstoßen Eltern gegen das sog. ›Wohlverhaltensgebot‹ des § 1684 II BGB, wenn sie ihr Kind ›ausfragen‹.<sup>54</sup>

6. Seit Inkrafttreten von Gewaltschutz-,<sup>55</sup> und Kinderrechteverbesserungs-Gesetz<sup>56</sup> und der neuen Möglichkeit des polizeirechtlichen ›Platzverweises‹ sollte auch der Schutz von Kindern und Müttern vor gewalttätigen Vätern<sup>57</sup> nicht mehr durch ein diskriminierendes Sorgerecht erfolgen, das gleichermaßen unbescholtene, liebevolle Väter trifft.

Ideologisch gefärbte Fachdiskussionen<sup>58</sup> darüber, welche Fallgruppen statistisch »häufiger«<sup>59</sup> auftreten, sind kein Ersatz dafür, den einzelnen Fall, das je betroffene Kind – und seine Eltern – hinreichend scharf in den Blick zu bekommen. Deshalb sollten FamG in ›Kinderverfahren‹ den **Amtsermittlungsgrundsatz** ernst nehmen (und nicht nur als Möglichkeit betrachten, Arbeit zu sparen). Mag die überlastete Justiz auch »von der Politik im Stich gelassen«<sup>60</sup> sein; dem Kindeswohl ist man das zuweilen schuldig. Gegenüber einem zu laxen Verständnis von § 12 FGG wäre noch die Verfahrensordnung der ZPO vorzuziehen. Diese zwänge jedenfalls dazu, ›die Spreu vom Weizen zu sieben‹ bzw. beschuldigenden wie entlastenden Beweisangeboten wieder mehr nachzugehen, wenn diese entscheidungserheblich sind. Prozeßtaktische Lügen – hier wie dort – hätten dann wieder kürzere Beine.

7. Schließlich hat sich das BVerfG nicht mit dem **Völkerrecht**<sup>61</sup> auseinandergesetzt. Deutsches Familienrecht wird zunehmend vom **Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte** in Straßburg an internationale Menschenrechtsstandards gemessen. Überprüfungsmaßstab ist u. a. die **Europäische Menschenrechtskonvention** (EMRK).<sup>62</sup> Die einschlägigen Urteile des Straßburger Gerichtshofs<sup>63</sup> zeigen *eine vom BVerfG abweichende Auslegung* von Elternrechten. Restriktionen hält dieser nur in *engerem* Rahmen für zulässig als das BVerfG. Wie dargelegt, läßt sich die derzeitige Schiefelage beim Sorgerecht nichtehelicher Kinder weder mit ›Eindeutigkeit‹, noch mit ›Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers‹ und schon gar nicht mit dem ›Kindeswohl‹ rechtfertigen und wird vom Straßburger Gerichtshof wohl auch nicht akzeptiert werden.

#### **D. Kinderschutz an der Schwelle des § 1666 BGB. Was bleibt zur Zeit?**

1. Wenn eine nichteheliche Mutter zunächst ohne Kind aus der familiären Wohnung auszieht, kann ein Vater gegenüber ihrem späteren Herausgabeverlangen als »Pflegerperson« eine sog. ›**Verbleibensanordnung**‹

nach § 1632 IV BGB erwirken,<sup>64</sup> wenn er das Kind »längere Zeit«<sup>65</sup> allein betreute.

**2. a)** Bei »konkretem Interessenkonflikt zwischen sorgeberechtigter Mutter und Kind« kann für das Kind auch ein sog. Ergänzungspfleger (§ 1909 BGB) bestellt werden, was einen *teilweisen* Sorgerechtsentzug bedeutet bzw. voraussetzt.<sup>66</sup> Diesen Weg beschritt jüngst das OLG Frankfurt a. M.<sup>67</sup> in einer für die Durchsetzung von Umgangs- und Auskunftsrechten wichtigen Entscheidung: Der Umgangsbeschluß mußte zusätzlich mit einer Herausgabeanordnung verbunden werden. Die umfangreichen Bemühungen des Senates um eine einvernehmliche Lösung (Kontaktaufnahme zu einer familientherapeutischen Einrichtung; als Verfahrenspflegerin wurde eine ausgebildete Mediatorin eingesetzt) sind ebenso bemerkenswert, wie die letztlich aufgebrachte Konsequenz angesichts einer offensichtlich »induzierten« Eltern-Kind-Entfremdung,<sup>68</sup> als sich die Bemühungen als zwecklos erwiesen. Problematisch erscheint im Hinblick auf das besondere kindliche Zeitempfinden lediglich, daß allein die II. Instanz volle zwei Jahre in Anspruch nahm ...

**b)** Der BGH hat als Beschwerdeinstanz und bei seiner im Verfahren eingeholten Stellungnahme einer bislang alles andere als üblichen »**verfassungskonformen Auslegung des § 1666 BGB**«<sup>69</sup> das Wort geredet. Er »hielt § 1626 a BGB (auch ohne Übergangsregelung) für verfassungsgemäß, weil verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 1626 a BGB »*bei der Anwendung von § 1666 BGB Rechnung zu tragen*«<sup>70</sup> seien. In die Prüfung, ob eine mißbräuchliche Sorgeausübung der Mutter vorliege, müsse man nämlich »*auch einzubeziehen, ob und inwieweit die Mutter das Elternrecht des Vaters angemessen zur Geltung bringe ....*«(!) Wenn FamG in Fällen, wo ein »Reserve-Elternteil« erziehungsbereit und -geeignet bereitsteht, nicht mehr von *massivster* Kindeswohlgefährdung überzeugt werden müßten, sondern künftig schon »besonders herbe Nachteile ausreichen, die dem Kind aus selbstsüchtigen und eigenwilligen Entscheidungen der Mutter drohen«, <sup>71</sup> so wäre dies in der Tat ein Schritt zu mehr »Kinderschutz«. Man denke z. B. an o. g. rücksichtslose »Fern-Umzüge« nach Trennung. Jeder von der Familienjustiz nicht bewältigte »hochstrittige« Fall hat negative Vorbildwirkung und zieht weitere nach sich, wie jahrzehntelange psychologische Irrtümer der Familienjustiz und ihrer Sachverständigen bis zum Inkrafttreten der Kindschaftsrechtsreform zeigen.<sup>72</sup> Ob die Auffassung des BGH Auswirkungen auf die je örtliche Gerichtskultur haben wird, hängt auch von der Anwaltschaft ab. Unter diesem Aspekt erscheint es jedenfalls umso wichtiger, »*rechtzeitig* tragfähige Besuchskontakte zu vereinbaren oder durchzusetzen«. <sup>73</sup>

*Alexander Heumann, Fachanwalt für Familienrecht, Düsseldorf*

<sup>1</sup> BVerfG, Urteil vom 29. 1. 2003, Az. 1 BvL 20/99 und 1 BvR 933/01, FamRZ 2003, 285 ff (mit Anm. Henrich in FamRZ 2003, 359) = BVerfG NJW 2003, 955

- <sup>2</sup> Statistisches Bundesamt 2002, (Angaben zu 2001), BVerfG aaO, 288
- <sup>3</sup> §§ 1666, 1666 a BGB iVm Art. 6 II 2, III GG
- <sup>4</sup> § 1626 a BGB iVm 1672 II 1 BGB
- <sup>5</sup> BVerfG FamRZ aaO, S. 291 li. Sp., und S. 292 rechts oben
- <sup>6</sup> BVerfG FamRZ aaO, 292 li. Sp. oben. Hingegen hielt BGH [FuR 2001, 357](#) (mit Anm. Schumann [FuR 2002, 59](#) ff) = FamRZ 2001, 907 = NJW 2001, 2472 = MDR 2001, 871 (m. Anm. Finger) als III. Instanz (weiterer Beschwerde) im Verfahren 1 BvR 933/01 »§ 1626 a BGB gerade deshalb für verfassungsgemäß, weil den Gerichten in geeigneten Fällen die Möglichkeit einer »verfassungskonformen Auslegung des § 1666 BGB« offenstünde, s. hierzu unten D.
- <sup>7</sup> BVerfG FamRZ aaO, S. 287
- <sup>8</sup> BVerfG FamRZ aaO, S. 292, re. Sp.
- <sup>9</sup> Ähnlich: Ewers, Kindeswohl und Verfassung, FamRZ 2000, 787
- <sup>10</sup> BVerfG FamRZ aaO S. 288
- <sup>11</sup> Wallerstein, J. S./Lewis, J. M./Blakeslee, S., The Unexpected Legacy of Divorce, The 25 Year Landmark Study, Hyperion, New York 2000, Deutsche Ausgabe: Scheidungsfolgen – Die Kinder tragen die Last, Votum Verlag 2002, S. 228.
- <sup>12</sup> BVerfG aaO, S. 286, li. Sp. unten
- <sup>13</sup> BVerfG aaO, S. 289, li. Sp. unter Hinweis auf Wallerstein et al. aaO 228 f, BVerfG FamRZ 1995, 789 mit Anm. Buhr, Ballof/Walter FamRZ 1990, 454, Fürstenberg/Cherlin, Geteilte Familien (1993), S. 112 f, sowie Macobby/Mnookin FamRZ 1995, 1 f (11)
- <sup>14</sup> BVerfG aaO S. 286 li. Sp. unten
- <sup>15</sup> Proksch, R., Rechtstatsächliche Untersuchung zur Reform des Kindschaftsrechts, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, Bundesanzeiger Verlag, Köln 2002
- <sup>16</sup> Proksch aaO, S. 153, und S. 404 f (»Gesamtergebnis«)
- <sup>17</sup> BVerfG FamRZ 2003, aaO, S. 290, li. Sp. unten
- <sup>18</sup> Schumann, [FuR 2002, 59](#) f (64)
- <sup>19</sup> BVerfGE vom 3. 11. 1982, Bd. 84, 168 f, 182 f = FamRZ 1982, 1179
- <sup>20</sup> BVerfGE ebenda
- <sup>21</sup> Bergmann & Rexilius, in: Ev. Akademie Bad Boll (Hrsg.), Tagungsband 9/1998: Psychologie im Familienrecht. Bilanz und Neuorientierung, S. 8 ff
- <sup>22</sup> Schon, L., Entwicklung des Beziehungsdreiecks Vater-Mutter-Kind, Verlag Kohlhammer, Reihe Psychoanalytische Entwicklungspsychologie, 1995; Moll-Strobel, H., Die Bedeutung von Mutter, Vater und Geschwister für das heranwachsende Kind u. das Triangulierungskonzept, in: Bäuerle/Moll-Strobel: Eltern sägen ihr Kind entzwei. Trennungserfahrungen u. Entfremdung von einem Elternteil, Auer Verlag Schule und Unterricht, 2001, S. 108 ff; Fthenakis, W., Väter, 1985, Bd. I, S. 287
- <sup>23</sup> OLG München FamRZ 1999, 1006

- <sup>24</sup> Klenner, Szenarien der Entfremdung im elterlichen Trennungsprozeß, Entwurf eines Handlungskonzepts von Prävention und Intervention, in: Zentralblatt für Jugendrecht (ZfJ), Heft 2/2002; ders.: FamRZ 1995, 1229 ff s. auch OLG Frankfurt a. M. FamRZ 2002, 1585 f
- <sup>25</sup> A. A.: Salgo, Häusliche Gewalt und Umgang, Vortrag auf der Fachtagung ›Kinder und häusliche Gewalt‹, Juni 2002, Jagdschloß Glienicke, Berlin; Heiliger/Wischnewski, T. (Hrsg.) Verrat am Kindeswohl, Erfahrungen von Müttern mit dem Sorge- und Umgangsrecht in hochstreitigen Fällen, Verlag Frauenoffensive, München 2003: »Mütter und Kinder werden ... ohne Rücksicht auf körperliche und seelische Schäden, zum Kontakt mit erziehungsungeeigneten, oft gewalttätigen Vätern gezwungen«. Ähnlich: Ostbomk-Fischer, Das »Kindeswohl« im Diskurs und Konflikt zwischen Wissenschaft u. Praxis. Vortrag auf der Fachtagung »Bewertung des neuen elterlichen Sorge- und Umgangsrecht aus Frauensicht« am 29. 11. 2000 in München, in: Sozialmagazin, 26. Jg., Heft 6/2001; Dies.: Zentrale Probleme des Umgangs mit dem neuen Kindschaftsrechtsreformgesetz – Neues Recht des Kindes oder Recht auf das Kind? (Vortrag auf der Bundesdelegiertenversammlung des Verbandes alleinerziehender Mütter und Väter e.V. vom 8. – 10. 6. 2001 in Augsburg)
- <sup>26</sup> §§ 1626 III, 1684 I BGB
- <sup>27</sup> (Ab Anerkennung der Vaterschaft beim Jugendamt)
- <sup>28</sup> »Zur Problematik kinderärztlicher Atteste bei Umgangs- und Sorgerechtsstreitigkeiten«: Andritzky, W., in: Kinder- und Jugendarzt 2002, 886 ff und 985 ff (mit Ergebnissen einer Befragung)
- <sup>29</sup> Zum Umgang mit § 1686 bei hochstrittigen Fällen instruktiv: OLG Frankfurt FamRZ 2002, 1585 ff
- <sup>30</sup> Anderes gilt allenfalls für Zeugnisse oder Fotos.
- <sup>31</sup> Proksch aaO, **S. 412/413** (leider zitiert das BVerfG die »Schlußfolgerungen« der Studie nicht).
- <sup>32</sup> Grds. krit. zum Dogma der »beiderseitigen Kooperationsbereitschaft« als Voraussetzung für die Aufrechterhaltung gemeinsamer elterlicher Sorge nach Scheidung: Bode, Die Fähigkeit zur Kooperation – und bist Du nicht willig ..., FamRZ 1999, 1400 ff
- <sup>33</sup> »Die Antragsgegnerin des Ausgangsverfahrens zum Verf.-Beschwerdeverfahren wies darauf hin, daß der Umgang ihres Kindes mit dem Vater einvernehmlich geregelt sei. **Die Sicherheit**, die ihr die gesetzliche Sorgerechtsregelung gebe, habe zu diesem Einvernehmen maßgeblich beigetragen«. Aber für diese »Sicherheit« würde das **Aufenthaltsbestimmungsrecht** als ›Herzstück‹ des Sorgerechts ausreichen, ohne daß es gleich *das gesamte* Sorgerecht sein muß.
- <sup>34</sup> Zwar zeigt das Sozialrecht im Kontext nichtehelicher Lebensgemeinschaften, daß sich das Bestehen einer häuslichen Gemeinschaft juristisch feststellen läßt.

Die erste Möglichkeit mag allerdings besser geeignet sein,  
 ›Auslegungsstreitigkeiten‹ der Eltern zu vermeiden.

<sup>35</sup> Finger, FamRZ 2000, 1204 (1207)

<sup>36</sup> Palandt-Diederichsen, 62. Aufl. 2003, § 1626 a BGB, Rdn. 7; Sturm, StAZ 1998, 307; offengelassen in BGH NJW 2001, 2472. Eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob *das* mit der Verfassung vereinbar ist, sucht man vergeblich im Urteil des BVerfG

<sup>37</sup> Nichteheliche Familien gehen womöglich noch häufiger ›in die Brüche‹, als eheliche, bei denen schon lange eine Scheidungsquote von  $\frac{1}{3}$  auf dem Lande bis  $\frac{1}{2}$  in Großstädten (n. Napp-Peters) bekannt ist.

<sup>38</sup> BVerfG aaO

<sup>39</sup> Schumann, [FuR 2002, 59](#) f (63)

<sup>40</sup> BVerfG aaO, S. 287, li. Sp., Mitte; BT-Dr. 13/4899, 100; Motzner, in: Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, 4. Aufl. III Rdn. 212; a. A. Finger, FamRB 2002, 335 (338); AG Berlin Tempelhof-Kreuzberg, FamRZ 2002, 568 (569)

<sup>41</sup> Beispiel: OLG Hamm FamRZ 2000, 1239

<sup>42</sup> Palandt-Diederichsen, § 1672 BGB, Rdn. 2

<sup>43</sup> AG Korbach vom 16. 8. 1999, FamRZ 2000, 629 (Vorlage nach Art. 100 I GG iVm § 80 II BVerfGG)

<sup>44</sup> Motzner, FamRB 2003, 80 (81)

<sup>45</sup> Rauscher, Familienrecht, C. F. Müller Verlag, 2001, Rdn. 1100 a. E. Dieser Gedanke läßt sich auch für den Bereich des Sorgerechts fruchtbar machen. Sowohl Umgangs- als auch Sorgerecht werden aus dem »*natürlichen* Elternrecht« hergeleitet und ist »dem Kindeswohl gewidmet« (Rauscher aaO, S. 767).

<sup>46</sup> S. hierzu: Andritzky, Verhaltensmuster und Persönlichkeitsstruktur entfremdender Eltern: Psychosoziale Diagnostik und Orientierungskriterien für Interventionen, in: Psychotherapie in Psychiatrie, Psychosomatischer Medizin und Klinischer Psychologie 2002, Heft 2, S. 166 ff

<sup>47</sup> Nur mit *Extremfällen* befaßt sich jetzt eine Studie des Instituts für Rechtsmedizin der med. Fakultät der Universität Leipzig zu Mißhandlungen und Vernachlässigungen mit tödlichem Ausgang. Dort geht man jetzt der Frage nach, ob durch *geschärften Blick auf die Vorzeichen* das Leben der Kinder hätte gerettet werden können. Man hofft, damit »Grauzonen zu erhellen«, erklärt die leitende Ärztin. Dafür würden auch die kompletten Akten der Justiz studiert. [www.uni-leipzig.de](http://www.uni-leipzig.de)

<sup>48</sup> Gutdeutsch, FamRZ 1998, 1488 f: »Kindesentführung: ins Ausland verboten – im Inland erlaubt?« Z. T. benutzen Mütter ihre Kinder als »Faustpfand« (Klenner FamRZ 1995 aaO), indem sie mit ihnen hunderte von Kilometern vom Vater wegziehen und diesem so das Kind praktisch entziehen. Häufig werden sie hierbei noch von staatlich finanzierten kommunalen Stellen unterstützt. Ausnahmsweise dem nichtsorgeberechtigten Elternteil ein

Vetorecht gewährend: OLG Hamm, Az. 1 UF 86/98, (Quelle: Rheinzeitung vom 6. 4. 2002)

- <sup>49</sup> Boos, Renate, in: Amann & Wipplinger (Hrsg.): Sexueller Mißbrauch – Überblick zu Forschung, Beratung u. Therapie, Tübingen 1997, S. 399 f (405), zit. nach Homes, A. M., Von der Mutter mißbraucht, Scheffler-Verlag, Herdecke 2003, S. 87
- <sup>50</sup> Boos (1997) aaO: (»Dabei geschieht es tagtäglich in aller Welt, hinter verschlossenen Türen.«)
- <sup>51</sup> Andere »Meßlatte« z. T. in den »Pflegekinderfällen«. Hier wurden Kinder mit wenig überzeugenden Argumenten aus »intakten« Familien »herausgenommen« bzw. vom JA in Obhut genommen: BVerfG, 1 BvR 505/02 vom 21. 6. 2002 – Fall Haase ([www.bverfg.de](http://www.bverfg.de)); EuGHMR FamRZ 2002, 1393 (Kutzner vs. Germany), s. Bruckner, [FuR 2002, 385 ff](#)
- <sup>52</sup> BVerfG FamRZ aaO, S. 292 li. Sp. oben
- <sup>53</sup> Instruktiv: OLG Frankfurt a. M. FamRZ 2002, 1585 ff. Aber allein die II. Instanz hat volle zwei Jahre in Anspruch genommen ...
- <sup>54</sup> Dettenborn, H./Walter, E., Familienrechtspsychologie, Reinhardt UTB, 2002, S. 189 unten
- <sup>55</sup> Vgl. Wortlaut § 1 Gewaltschutzgesetz: Bereits bei Glaubhaftmachung der *Androhung* einer Körperverletzung kann das FamG dem Täter verbieten, die Wohnung des Opfers zu betreten, sich in einem bestimmten Umkreis derselben aufzuhalten, Orte aufzusuchen, an denen sich das Opfer regelmäßig aufhält, oder telefonische Verbindung mit diesem aufzunehmen. (Palandt-Brudermüller aaO, GewSchG vom 11. 12. 2001 mwN)
- <sup>56</sup> BGBl. 2002 I, 1239. § 1666 a BGB i. d. F. seit 12. 4. 2002 erlaubt jetzt ausdrücklich die sog. »Wegweisung« eines gewalttätigen Eltern- oder Stiefelternteils aus der Wohnung, wenn dieser zwar nicht den anderen Elternteil, wohl aber das Kind mißhandelt, womit eine Lücke im Gewaltsschutzgesetz geschlossen wurde (Knittel, FF 2003, S. 14 f)
- <sup>57</sup> Hiernach rufen neuerdings: Salgo aaO, Heiliger/Wischnewski aaO und Ostbomk-Fischer aaO
- <sup>58</sup> Insb. die Kontroverse um das »Elterliche Entfremdungs-Syndrom« erscheint als »Sinnbild einer kompetitions- statt kooperationsorientierten Wissenschaftskultur« (Kodjoe, JA 2002, S. 386 f/386)
- <sup>59</sup> Für viele: Bruch, Carol S., FamRZ 2002, 1304 f. Der in Fachwelt u. Familienjustiz vielbeachtete, sich gegen Person u. Werk des amerikanischen Kinderpsychiaters Gardner richtende Artikel der Rechtsprofessorin Bruch (USA) wimmelt nur so von unbelegten statistischen Behauptungen. Z. B. wird das »Elterliche Entfremdungs-Syndrom« – schon als nachdenklich machendes Phänomen – vor allem **statistisch** heruntergespielt. Gardner übertriebe »beträchtlich die **Häufigkeit** von Fällen, in denen ... ein sorgeberechtigter Elternteil falsche Beschuldigungen ersinnt, ... um die Beziehungen zwischen Kind und dem anderen Elternteil zu zerstören.« Das einschlägige Schrifttum

käme jedoch zum »Ergebnis, daß *Beschuldigungen von sexuellem Kindesmißbrauch für gewöhnlich begründet*« seien. »Hartnäckige Entfremdung« träte hingegen – bezogen auf die größere Zahl von Scheidungskindern insgesamt – »eher selten« auf. U. s. w. u. s. f.

- <sup>60</sup> Egon Schneider über »Richter u. Gerechtigkeit« im Interview: Anwaltsreport 1/2003, 6 f, 7
- <sup>61</sup> S. Palandt-Brudermüller, BGB, 62. Aufl., Einf. vor § 1626, Rdn. 3, u. Einl. vor § 1297 Rdn. 9; Koeppel (Hrsg.): Kindschaftsrecht u. Völkerrecht im europäischen Kontext, Luchterhand, 1996; Schütz, Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes, ZfJ 1996, 297 f; Ebert, Zum Anspruch auf Achtung des Familienlebens, FamRZ 1994, 273 f, insb. 277 ff
- <sup>62</sup> Art. 8 EMRK (Achtung des Familienlebens) iVm Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot)
- <sup>63</sup> EuGHMR-Urteil vom 13. 7. 2000 (>Elsholz vs. Germany<) FamRZ 2001, 341 = DAVorm 2000, 679, mit Anm. von Liermann, DAVorm 2000, 629 f; Koeppel, DAVorm 2000, 640, und Kodjoe, DAVorm 2000, 642; EuGHMR-Urteil vom 11. 10. 2001 (>Sommerfeld ./ Deutschland<), FamRZ 2002, 381; EuGHMR, Urteil vom 26. 2. 2002 (Kutzner ./ Deutschland), FamRZ 2002, 1393, Bruckner, [FuR 2002, 385](#) f
- <sup>64</sup> Palandt-Diederichsen, § 1632, Rdn. 9 f; s. hierzu: Finger, FamRB 2002, 335 f
- <sup>65</sup> Zum Begriff der »längeren Zeit«: Palandt-Diederichsen, § 1632 BGB, Rdn. 13
- <sup>66</sup> BVerfG aaO, S. 287 unter Hinweis auf BVerfG FamRZ 1986, 871; BVerfG FamRZ 1987, 786 mit Anm. Luthin FamRZ 1989, 1047; BVerfG FamRZ 1999, 85
- <sup>67</sup> OLG Frankfurt FamRZ 2002, 1585 f
- <sup>68</sup> Klenner aaO, ZfJ 2002, Heft 2
- <sup>69</sup> BGH [FuR 2001, 357](#) f (m. Anm. Schumann, FuR [2002, 59](#) f) = MDR 2001, 871 (m. Anm. Finger) = FamRZ 2001, 907 = NJW 2001, 2472
- <sup>70</sup> A. A. BVerfG aaO, S. 291: Für »Altfälle« sei die »Mißbrauchsschwelle« für den Vater »zu hoch«.
- <sup>71</sup> Finger, FamRB 2002, 335 f (337)
- <sup>72</sup> Es wurde nach Inkrafttreten der Kindschaftsrechtsreform geradezu verwundert gefragt, wie es überhaupt möglich gewesen sei, daß »neben Jurist/inn/en auch viele Psycholog/inn/en damals überzeugt davon waren, daß »die Beziehung des leiblichen Vaters zu seinem Kind »restlos zu kappen« und seine Beziehung zum Stiefvater und die neue, soziale Familie »nicht zu stören« sei, um dem Kind dadurch Loyalitätskonflikte zu ersparen, die von ihm nur schwer oder überhaupt nicht zu bewältigen seien.« Willutzki, Kind-Prax 1999, 3 f, S. 6. (es antwortete Rexilius in KindPrax 2000, 3 f, »Psychologie im Familienrecht«)
- <sup>73</sup> Finger, FamRB aaO S. 337

