

Alexander Heumann

10 Jahre Kindschaftsrechtsreform aus Sicht der Anwaltschaft

Reformbedarf im Sorge- und Umgangsrecht

Mit der im Juli 1998 in Kraft getretenen Kindschaftsrechtsreform wurde die bis dahin strikte Unterscheidung des deutschen Kindschaftsrechts zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern – als notwendige Konsequenz des verfassungsrechtlichen Gleichstellungsgebots in Art. 6 V GG – weitgehend beseitigt: Im Kindesunterhaltsrecht, beim Umgangsrecht, im Abstammungsrecht, Namensrecht und Erbrecht. Auch wurde die für die nichteheliche Mutter bis dahin noch zwingend mit Geburt des Kindes einsetzende Amtsvormundschaft des Jugendamts (Aufgabenkreis: Vaterschaftsfeststellung und Geltendmachung des Kindesunterhalts) in eine freiwillige Beistandschaft umgewandelt. Ihr wurde nunmehr Betreuungsunterhalt für grundsätzlich drei Jahre gewährt, ohne Wenn und Aber, mit echter Wahlfreiheit, ihr Kind selbst zu betreuen, und Option auf Verlängerung in Ausnahmefällen bei „grober Unbilligkeit“. Für nichteheliche Eltern wurde erstmals ein gemeinsames Sorgerecht ermöglicht. Ich möchte mich bei dem Versuch einer Bilanz auf die Bereiche Umgangsrecht und Sorgerecht konzentrieren.

INHALT

• Sorgerecht – die unvollendete Reform

Sorgerecht – die unvollendete Reform

Sorgerecht geschiedener Eltern

• Umgangsrecht

„Frühgeschichtlicher Zustand vor der Reform“

Änderungen durch die Kindschaftsrechtsreform

• Weiterer Reformbedarf?

Bedeutung und Reform des FGG – Rolle der Richter

Regelungen für Sachverständige der lege ferende

Problem der „innerstaatlichen Kindesentführungen“

• Ausblick

■ Sorgerecht – die unvollendete Reform

Sorgerecht bei nicht miteinander verheirateten Eltern

Das Sorgerecht ist der einzige Bereich, in dem die Unterscheidung zwischen nichtehelichen und ehelichen Kindern bislang nicht fallen gelassen wurde. Anders als bei verheirateten Eltern hat die nichteheliche Mutter von Gesetzes wegen das alleinige Sorgerecht, während der Vater nur Mitinhaber des Sorgerechts werden kann, wenn er die Mutter heiratet oder beide Elternteile gemeinsame Sorgeerklärungen vor dem Jugendamt oder einem Notar abgeben (§§ 1626a i.V.m. 1672 BGB). Lehnt die Mutter beides ab, bleibt der Vater von der elterlichen Sorge ausgeschlossen, solange keine gravierende Kindeswohlgefährdung zum Verlust der elterlichen Sorge der Mutter führt oder sie verstorben ist (§§ 1666, 1680 BGB).¹ Mit der Reform war die Hoffnung des Gesetzgebers verbunden, nicht verheiratete Mütter würden überwiegend bereit sein, zusammen mit dem Vater gemeinsame Sorgeerklärungen abzugeben. Für den Fall des Scheiterns der elterlichen Beziehung ergibt sich als Konsequenz gemeinsamer Sorgeerklärungen eine (Sorge-)Rechtssituation, die der scheidungswilliger Eltern entspricht (§ 1671 BGB). Diese Hoffnung hat sich aber nur teilweise erfüllt. Den-

noch entschied das Bundesverfassungsgericht (BVerfG)² fünf Jahre nach Inkrafttreten der Reform, dass dieser Rechtszustand mit Art. 6 GG vereinbar sei, da es für diese Ungleichbehandlung triftige Gründe des Kindeswohls gäbe.³ Vom Gesetzgeber wurde lediglich eine Nachbesserung in Form einer Sonderregelung für „Altfälle“ verlangt, bei denen sich die Eltern schon vor Inkrafttreten der Reform getrennt hatten, da vor 1998 für unverheiratete Eltern keine rechtliche Möglichkeit zur Begründung gemeinsamer Sorge bestanden hatte. Diese Sonderregelung ist auch seit einigen Jahren in Kraft. Es ist jedoch – wenig überraschend – kein Fall bekannt geworden, bei dem es einem nichtehelichen Vater gelungen wäre, gerichtlich gegen den Willen der Mutter (würde sie zustimmen, täte es ja auch eine Erklärung vor dem Jugendamt und er bräuchte nicht vor Gericht zu ziehen) seine Mitsorge durchzusetzen. Außerdem steht die ebenfalls vom BVerfG verlangte Rechtstatsachenforschung über Häufigkeit und Motivation unterlassener Sorgeerklärungen noch aus, so dass die Vereinbarkeit von § 1626a BGB mit Art. 6 GG derzeit wieder zweifelhaft ist.

Nachdem nunmehr die Unterhaltsrechtsreform die Ungleichbehandlung nichtehelicher Kinder beim Betreuungsunterhalt beseitigt hat, werden die Stimmen wieder zahlreicher, die eine Reform des § 1626a BGB fordern; m.E. wäre die Kindschaftsrechtsreform hier noch zu vollenden. Es geht nicht auf Dauer an, dass der von elterlicher Sorge ausgeschlossene nichteheliche Vater einerseits nach nahehelichem Maßstab Betreuungsunterhalt leistet, ihm andererseits jedoch weder sein Kind behandelnde Ärzte noch vom Kind besuchte Kindergärten oder Schulen ohne mütterliches Einverständnis irgendwelche Auskünfte über sein Kind erteilen dürfen. Genau dies ist die momentane schiefe Rechtssituation seit dem 1.1.2008, die bei bestem Willen nicht mit dem „Kindeswohl“ zu rechtfertigen zu sein scheint. Immer häufiger werden durch die Medien Fälle von Kindesmisshandlungen und -vernachlässigungen bekannt, darunter auch Fälle, in denen das Jugendamt selbst warnenden Hinweisen des leiblichen Vaters nicht rechtzeitig oder sorgsam genug nachgegangen ist. Dies offenbart also nicht nur, dass viele Jugendämter überfordert sind, sondern ist zum Teil auch Resultat einer Familienrechtspolitik, die nichteheliche Väter nur als nebensächlichen Annex zur Mutter sieht und in dem Moment aus dem Leben des Kindes ausgrenzt und zum Zahlvater degradiert, in dem seine Beziehung zur Mutter scheitert.⁴

¹ Zu Bedeutung und Risiken für das Kindeswohl: Heumann, FuR 2003, 293 f. (295).

² BVerfG, FamRZ 2003, 285 f. (mit Anm. Henrich FamRZ 2003, 359); Heumann, FuR 2003, 293 f.

³ Kritisch: Heumann a.a.O.

⁴ Heumann, FuR 2003, 293 f. (296).

Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht in Düsseldorf.

Sorgerecht geschiedener Eltern

Hier hatte die Kindschaftsreform mit den neuen §§ 1671, 1687 f. BGB bei vielen die Hoffnung ausgelöst, der Fortbestand gemeinsamer elterlicher Sorge würde von den Instanzgerichten von nun – „schon normtechnisch gesehen“⁵ – als „gesetzlicher Regelfall“ aufgefasst werden, und ein Eingriff in das Sorgerecht eines Elternteils nach § 1671 BGB zur besonders zu begründenden „Ausnahme“. Hierfür spricht zum einen das ohnehin schon von Gesetzes her bestehende Alleinentscheidungsrecht des Residenzelternteils in „Angelegenheiten des täglichen Lebens“ (§ 1687 I 2 u. 3) – zumal dieser Begriff recht weit⁶ ausgelegt wird, zum anderen der Umstand, dass durch Scheidung veranlasste Sorgerechtsverfahren nur noch auf Antrag eines Elternteils geführt werden. In der Tat interpretierten viele Oberlandesgerichte § 1671 zunächst in diesem Sinne. Dem erteilte der BGH⁷ jedoch schon 1999 eine Absage; dieser forderte für Streitige Sorgerechtsverfahren als Grundbedingung für die Aufrechterhaltung gemeinsamer elterlicher Sorge eine „beiderseitige Kooperationsbereitschaft“.⁸ Infolgedessen war in den darauffolgenden Jahren bereits wieder mit der Eröffnung elterlicher Diskussion über den Umfang des zu gewährenden *Besuchsrechts* das Tor zum erfolgreichen Antrag auf Alleinsorge in toto seitens des die Obhut ausübenden Elternteils weit aufgestoßen.⁹ Am 18.12.2003 postulierte das BVerfG¹⁰ sodann explizit unter Berufung auf vorgenannte Entscheidung des BGH, dass der gemeinsamen elterlichen Sorge „von Verfassungs wegen kein Vorrang einzuräumen“ sei; sie sei auch nicht im Zweifel die beste Form der Wahrnehmung elterlicher Verantwortung. Ein letztes Machtwort schien gesprochen.

Dann allerdings erkannte das Bundesverfassungsgericht¹¹ plötzlich im März 2004, dass auch bei sorgerechtslichen Entscheidungen nach Trennung/Scheidung nach § 1671 BGB der verfassungsrechtlich verankerte Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit* zu beachten sei und man sich – als milderem *Eingriff* in das Elternrecht (Art. 6 II GG) – darauf zu beschränken habe, nur einen „Teil der elterlichen Sorge“ (vgl. schon Wortlaut des § 1671 I BGB) auf einen Elternteil allein zu übertragen, wo immer dies dem Kindeswohl Genüge tut.¹² Schon die Existenz des mit dem Kindschaftsrechtsreformgesetz reformierten § 1628 BGB zeigt, dass es bei sorgerechtslichen Streitigkeiten nicht immer nach dem Prinzip „alles oder nichts“ gehen muss. Meines Erachtens ist insoweit – noch weitergehend – verfassungsrechtlich gebotenes absolutes *Minimum* der Erhalt von Restbestandteilen des Sorgerechts wie etwa Informations- und Auskunftsrechten gegenüber Schulen, Kinderhorten und Kinderärzten, die für den anderen Elternteil stets erhalten bleiben müssen.¹³ Dem BVerfG folgt der BGH sodann mit Beschluss vom 11.5.2005¹⁴ bei einem elterlichen Streit um die religiöse

Erziehung: Die Übertragung der elterlichen Sorge in toto hat er bei dieser Konstellation eines thematisch eingrenzenden Erziehungsstreits als unverhältnismäßig betrachtet und zurückverwiesen. Seither bedarf es in sorgerechtslichen Verfahren offenbar wieder substantiierter Darlegungen der antragstellenden Partei dazu, in welchen Bereichen elterlicher Sorge konkret Streitigkeiten vorliegen und inwiefern das Kindeswohl hierdurch beeinträchtigt wird. Sinnvoller scheint es mir allerdings ohnehin, gleich andersherum und schon auf der 1. Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu fragen: Ist die Übertragung des Sorgerechts (oder eines Teils hiervon) im konkreten Fall überhaupt ein *geeignetes Mittel*, um die Situation für das Kind zu verbessern? Kann z.B. Streit über Umgangsrecht oder Unterhaltsrecht etc., kann überhaupt latente oder offene Feindseligkeit zwischen den Eltern zugunsten des Kindes reduziert werden, indem man in das *Sorgerecht* eines Elternteils eingreift?¹⁵ M.E. ist häufig eher das Gegenteil der Fall: Das Umgangsrecht wird infolgedessen oft dreister als zuvor boykottiert, und es entsteht eine voraussehbare künftige Mehrbelastung des Gerichts zulasten des Kindes. Anders gerichtete Erwägungen laufen häufig auf das überholt geglaubte „Ruhe“-Argument¹⁶ hinaus. Zudem ermöglicht das alleinige – nach herrschender Meinung räumlich unbegrenzte – Aufenthaltsbestimmungsrecht den Wegzug mit dem Kinde,¹⁷ was häufig zu einer abrupten und daher besonders kindeswohl-schädlichen Reduzierung des Umgangs führt. M.E. ist die Position des BGH aufgrund der Entscheidung des BVerfG vom März 2004 *überhaupt nicht mehr* zu halten: Wenn ein Eingriff in das Eltern- bzw. Sorgerecht nur zulässig ist, soweit dies zum Wohle des Kindes *erforderlich* ist, so folgt daraus logisch *eben doch* ein Vorrang des Fortbestandes der gemeinsamen elterlichen Sorge.¹⁸ Womit keineswegs gesagt sein soll, dass es keine Fälle gäbe, in denen die Alleinsorge des Residenzelternteils nicht die bessere Sorgealternative für das Kind ist. Wie z.B. in dem Fall, der dem Beschluss des BVerfG v. 18.12.2003 zugrunde gelegen hat: Dort hatte der Vater die Mutter vor der Scheidung schwer misshandelt und zu vergewaltigen versucht. Auch bei extremer „Kulturverschiedenheit“ der Eltern mag dann gemeinsames Sorgerecht kindeswohl-abträglich sein, so dass ein Eingriff in die elterliche Sorge auch nicht unverhältnismäßig erscheint; jedenfalls dann nicht, wenn ein Elternteil sich einer „mit Ausschließlichkeitsanspruch auftretenden Weltanschauung zugehörig fühlt“.¹⁹

■ Umgangsrecht

„Frühgeschichtlicher Zustand vor der Reform“

Vor der Kindschaftsrechtsreform war das Besuchsrecht nichtehelicher Väter – abweichend

vom Besuchsrecht von Vätern, die mit der Mutter verheiratet sind bzw. waren – im damaligen § 1711 BGB geregelt. Es war dort an die Voraussetzung geknüpft, das es „dem Kindeswohl dient“. Dieser Rechtsbegriff wurde von den Gerichten äußerst restriktiv ausgelegt.²⁰ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg erklärte später § 1711 BGB und die hierauf fußenden Ent-

- 5 So zu Recht: Schwab, FamRZ 1998, 457 ff., 469 f.
- 6 Brisant: Freie „Wahl des Wohnsitzes“ (so Schwab a.a.O.). Ein Umzug dürfte m.E. keine „Angelegenheit des täglichen Lebens“ mehr sein, erst recht nicht der damit häufig verbundene Schulwechsel (Palandt-Diederichsen, § 1687 Rn. 7, § 1628 Rn. 3).
- 7 BGH FamRZ 1999, 1646 = NJW 2000, 203 = MDR 2000,31 m. zust. Anm. Oelkers.
- 8 Befürwortend Sittig/Störr, FuR 2000, 199; Born, FamRZ 2000, 396 f., der sich gegen „verordnete Harmonie“ ausspricht; kritisch hingegen Bode, FamRZ 1999, 1400; Diederichsen a.a.O. § 1671 Rn. 17; Haase/Kloster-Harz, FamRZ 2000, 1003; Weisbrodt, DAVorm 2000, 618 (620 f.); Kaiser, FPR 2003, 573.
- 9 Heumann, Das Jugendamt 04, 14 f. (15); exemplarisch: OLG Hamm, FamRZ 2007, 756 und 757; OLG Frankfurt, FamRZ 2007, 759 (760) unter Berufung auf o.g. BGH-Entscheidung u. BVerfG, FamRZ 2004, 354.
- 10 BVerfG, FamRZ 2004, 354 (in casu hatte der Vater die Mutter vor der Scheidung schwer misshandelt und versucht, sie zu vergewaltigen): bad cases make bad law ...
- 11 BVerfG Az. 1 BvR 738/01, FamRZ 2004, 1015; ebenso OLG Düsseldorf, Beschluss v. 1.3.2004, Az. II-8 UF 51/03, ZFE 2005/2004; OLG Köln, FamRZ 2003, 1950 (1952).
- 12 So schon zuvor ein Teil der Lit.: Schwab 1998 a.a.O.; von Luxburg, Das neue Kindschaftsrecht, 1998, S 15; Rauscher, Familienrecht, C.F. Müller 2001, Rn. 996; Schumann, FuR 2002, 59 (64); Heumann, FuR 2003, 293; Kaiser, FPR 2003, 573 f. (578); Palandt-Diederichsen, § 1671 Rn. 18; Proksch, Das Jugendamt 2004, 1 f. (3).
- 13 Heumann, FuR 2003, 293 (295).
- 14 BGH v. 11.5.2005, FamRZ 2005, 1167 mit Anm. Luthin und kritischer Anm. Weychardt S 1534.
- 15 Umgangsstreitigkeiten sollten m.E. – allenfalls – dann eine Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts veranlassen, wenn begründete Unsicherheit bzgl. der Rückgabe des Kindes besteht.
- 16 Hierzu sehr kritisch: Klenner, FamRZ 1995, 1229 f. (s. aber auch Weychardt, FamRZ 2005, 1534).
- 17 Hierzu unten D. III.
- 18 A.A. aktuell BGH, FamRZ 2008, 592 mit Anm. Luthin = FF 2008, 197 mit Anm. Finke entgegen Vorinstanz OLG Karlsruhe, FamRZ 2002, 1209.
- 19 So mit guten Gründen Weychardt a.a.O. (Fn. 16 + 14): ausgerechnet bei einer solchen Konstellation hatte BGH, FamRZ 2005, 1167 den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wiederentdeckt.
- 20 Der Begriff wird auch heute noch restriktiv ausgelegt, insb. § 1685 BGB: Umgangsrecht sonstiger „Bezugspersonen“. Der (nur) „biologische“ Vater hat diese (marginale) Rechtsposition erst seit 2004.

scheidungen für menschenrechtswidrig.²¹ Einige betroffene Väter erhielten einen dem innerstaatlichen Recht unbekanntem *immateriellen* Schadensersatz wegen des als unverhältnismäßig beurteilten staatlichen *Eingriffs* deutscher Gerichte und Jugendämter in ihr Recht auf Familienleben (Art. 8 I EMRK).²²

Änderungen durch die Kindschaftsrechtsreform

1. Mit der Kindschaftsrechtsreform wurden dann glücklicherweise die §§ 1711/1634 a.F. durch den *statusunabhängig* für alle minderjährigen Kinder geltenden § 1684 BGB ersetzt. Im Umgangsrecht war damit die Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern beseitigt.

2. Flankierend hierzu wurde mit dem neuen § 1626 III BGB ein *Paradigmenwechsel* eingeleitet: In den zwischen Scheidungsreform (1977) und Kindschaftsrechtsreform (1998) liegenden zwei Jahrzehnten war man noch nahezu unisono davon ausgegangen, dass das Kind im Trennungskonflikt seiner Eltern, vor allem aber in der neuen sozialen Familie des betreuenden Elternteils „zur Ruhe kommen“ sollte, um es hierdurch vor inneren Solidaritäts- und Loyalitätskonflikten (oder eben schlicht vor dem „anderen“ Elternteil, mit dem es nicht mehr zusammenlebt) zu schützen – so die noch eindimensionale wissenschaftliche Sicht der Kinderpsychologen, Sozialarbeiter und – dem folgend – der Familienjuristen.²³ Demgegenüber sagt der neue § 1626 III BGB klipp und klar: „Zum Wohl des Kindes gehört in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen“.

So bestand die zentrale Hoffnung – jedenfalls der *Reformbefürworter* – darin, auch nach Trennung/Scheidung der Eltern die Beziehung des Kindes zu *beiden* Elternteilen aufgrund der weitergehenden Einräumung des Besuchsrechts aufrechterhalten zu können. Insoweit kann aus der Praxis sicherlich berichtet werden, dass die neuen §§ 1684, 1626 III BGB zu Verbesserungen führten.

3. Allerdings scheinen immer noch viele hochstreitige Konflikte um das Kind kaum lösbar. Die Tendenz des Gesetzgebers, Bindungen des Kindes nach Möglichkeit zu erhalten, ist nicht immer leicht mit anderen Grundsätzen der Kindschaftsrechtsreform – Stärkung der Autonomie der Eltern, Freiwilligkeit und vor allem: Vorrang von Beratung vor gerichtlicher Entscheidung (§ 52 FGG) – in Einklang zu bringen. Bislang erweist sich paradoxerweise die Macht des Residenzelternteils in punkto Umgangs- und Sorgerecht umso unangreifbarer, je unkooperativer und entfremdender (Stichwort: PAS)²⁴ bzw. desto *weniger* bindungstolerant er sich verhält.²⁵ Jedenfalls solange er nicht aktenkundig psychotisch, drogensüchtig oder gewalttätig gegenüber dem Kind ist oder das Kind nicht regelmäßig zur Schule schickt oder dieses geradezu „im Schrank verhungern“ lässt. Dies liegt an der kindlichen *Bindung*, die

in der Regel auch zu solchen Elternteilen nicht geringer ist als zu erziehungsfähigen Elternteilen.²⁶ Aufgrund dieses unbestreitbaren Faktums und des ebenso unbestreitbaren kindlichen Bedürfnisses nach Kontinuität werden *Neurosen*,²⁷ selbst schwere, in sorge- und umgangsrechtlichen Verfahren von Familiengerichtbarkeit und Jugendämtern – sofern sie überhaupt im Ansatz erkannt werden – mehr oder weniger hingenommen, ohne dass dem näher nachgegangen wird. Dies führt dazu, dass insbesondere die verhältnismäßig schwer erkennbaren²⁸ psychischen Misshandlungen (§ 1631 II BGB)²⁹ durch ein allzu grob gestricktes Wahrnehmungs-Raster fallen. Sie finden in einer Grauzone statt, für die Jugendämter offenbar nicht hinreichend qualifiziert³⁰ sind und/oder schlicht keine Zeit haben. Dass hier ein eklatanter Mangel an personeller und materieller Ausstattung herrscht, hat sich längst herumgesprochen.³¹ Zuweilen scheint in sorge- und umgangsrechtlichen Verfahren ein psychiatrischer Sachverständiger zur Abklärung grundsätzlicher Erziehungsfähigkeit erforderlich zu sein. Hier wird – selbstverständlich – primär versucht, Konflikte zwischen den beteiligten Eltern zu lösen und diese Sichtweise eignet sich naturgemäß nur bedingt, Kindeswohlgefährdungen aufzudecken.³² Die für Fälle jugendamtlicher Interventionen in problematischen Familiensituationen erhobene Forderung, der Sachverständige möge bei Feststellung akuter Kindeswohlgefährdung schnellstmöglich Gericht und Jugendamt benachrichtigen,³³ würde der Verfasser daher gerne *auch* für die Begutachtungssituation in Sorge- und umgangsrechtlichen Verfahren gesetzlich verankert sehen.

4. Eine „Totgeburt“ war insoweit das ebenfalls mit der Kindschaftsrechtsreform ins Leben gerufene sog. *Vermittlungsverfahren* bei Verteilung oder Erschwerung des (bereits in einem vorangegangenen Erkenntnisverfahren beschlossenen) Umgangs (§ 52a FGG): Nach dessen Absatz V prüft das Gericht im Falle seines Scheiterns (auf Antrag – oder auch von Amts wegen!), „*ob Zwangsmittel ergriffen, Änderungen der Umgangsregelung vorgenommen oder Maßnahmen in Bezug auf die Sorge ergriffen werden sollen*“. Von seinem Wortlaut her stellt § 52a FGG eigentlich das für die Lösung hochstreitiger Umgangsfälle erforderliche Instrumentarium zur Verfügung. In der Praxis hat diese Vorschrift bislang jedoch ein mehr oder weniger unbekanntes Schattendasein geführt. De lege ferenda sollte der Gesetzgeber im Rahmen der FGG-Reform in einer einschlägigen *materiellrechtlichen* Vorschrift (z.B. als neuer Absatz 5 des § 1684 BGB) ausdrücklich auf § 52a FGG hinweisen, um die Vorschrift aus ihrem Schattendasein zu befreien und das hierin enthaltene, bereits vorhandene Potenzial auszuschöpfen.

5. Nach wie vor unbefriedigend sind die Möglichkeiten der *Vollstreckung* des Umgangsrechts. Zum Teil wird das vorangegan-

gene Erkenntnisverfahren praktisch komplett wiederholt. Begrüßenswert an der beabsichtigten FGG-Reform ist insoweit vor allem der Wegfall des zeitraubenden Erfordernisses der (isoliert mit Beschwerde angreifbaren) *Vollstreckungsandrohung*, die künftig durch eine obligatorische und pauschale Belehrung im Umgangsbeschluss ersetzt werden soll, eine sehr vernünftige Lösung.

6. Inwieweit der im FGG-Reform-Gesetz vorgesehene „*Umgangspfleger*“, der in geeigneten Fälle – zeitlich begrenzt auf Umgangs-

21 Und das BVerfG? Dieses hatte viele sich gegen § 1711 BGB richtende Verfassungsbeschwerden z.T. ein Jahrzehnt – wegen „Arbeitsüberlastung“ – liegen gelassen und brauchte diese später nach Inkrafttreten des KindschaftsrechtsreformG gem. § 93a BVerfGG nicht mehr „zur Entscheidung annehmen“ (z.B. Nichtannahmebeschluss 1 BvR 1216/888).

22 Zuletzt noch: EGMR Fall Lück (TAZ online v. 15.5.2008).

23 Kritisch: Klenner, FamRZ 1995, 1229.

24 Eingehend Staudinger/Rauscher, § 1684 Rn. 38 f. Es wäre naiv, zu glauben, durch Etikettierung eines Problems schon dessen Lösung gefunden zu haben. Andererseits ist es wenig konstruktiv, ein im Kern schlichtes Phänomen unter Hinweis auf angebliche wissenschaftstheoretische Bedenken zu leugnen. Steht nicht die gesamte geisteswissenschaftlich orientierte Psychologie (einschließlich der Psychoanalyse) in wissenschaftstheoretischer Sicht auf wackeligen Füßen, wohingegen naturwissenschaftlich orientierte Psychologie für Beurteilungen des „Kindeswohls“ im Grunde wenig weiterhilft? (Einseitige Vorherrschaft an den Universitäten genießt seit langem Letztere, was auch in der Gutachten-Vergabepaxis der Gerichte ihren Niederschlag findet, so Rexilius, Kind-Prax 2000, 5.)

25 S. aktuell BGH, FamRZ 2008, 592 mit Anm. Luthin = FF 2008, 197 mit Anm. Finke.

26 So im Tenor, wenn auch differenzierend: Brisch, Bindung und Umgang, Brühler Schriften zum Familienrecht, 17. DFGT, Gieseking 2008, S 89 ff., 111 /112.

27 „Psychopathologische Erscheinungen wie Neurosen, Psychopathien und Psychosen beeinträchtigen das Bewusstsein und die Emotionalität des Erwachsenen meistens so sehr, dass ihm keine psychische Energie zur Wahrnehmung seiner Aufgabe als Erzieher seines Kindes übrig bleibt. Ausnahmen davon sind nicht häufig.“, Klenner, FamRZ 1989, 804.

28 Brisch, a.a.O., S 112.

29 Der Begriff „psychische Misshandlungen“ in § 1631 II BGB wurde durch Art. 1 des Gesetzes vom 2.11.2000 (BGBl. I S 1479) in „seelische Verletzungen“ geändert.

30 S. Empfehlungen des 17. DFGT an die Verwaltung, C2: Sicherung der Qualifizierung und Fortbildung aller am Verfahren Beteiligten (AK 12, 22).

31 Empfehlungen des 17. DFGT an die Verwaltung, C1. (AK 12, 23): ausreichende materielle und personelle Ausstattung der Jugendämter. So auch zu Recht die eindringliche Forderung von Bergschneider auf dem 17. DFGT (s. „Ziele der FGG-Reform“. S 63 f., 87, in: Brühler Schriften zum Familienrecht a.a.O.).

32 Hierauf weist der Arbeitskreis 22 des 17. DFGT (Intervention des Jugendamtes in problematischen Familiensituationen) zu Recht hin.

33 Arbeitskreis 21 des 17. DFGT (Kriterien der Erziehungsfähigkeit).

zeiten – das Aufenthaltsbestimmungsrecht erhalten soll, zu einer effektiveren Durchsetzung des Umgangsrechts führen wird, bleibt abzuwarten. Wird das Kind nicht zum Umgang herausgegeben, benötigte auch er einen Herausgabebeschluss.³⁴ M.E. eignet sich der Umgangspfleger zum einen, wenn mit Hilfe eines neutralen Dritten ein Aufeinandertreffen der Eltern bei der Übergabesituation überhaupt vermieden werden soll.³⁵ Zum anderen könnte er positiven Einfluss auf die Verfahrensbeteiligten insofern erlangen, als er quasi als „sachverständiger Zeuge“ dem Gericht (und gfs. auch dem Sachverständigen) unmittelbar vom Geschehen „vor Ort“ berichten kann, über das man bislang angesichts widerstreitender Behauptungen nur mutmaßen konnte.

7. Mit § 158 FamFG-E soll erstmals Aufgabe und Rechtsstellung des *Verfahrenspflegers* (künftig Verfahrensbeistand) näher gesetzlich bestimmt werden. Insbesondere wird – entgegen der Meinung vieler Gerichte, allen voran das BVerfG³⁶ – endlich vom Gesetzgeber klargestellt, dass dieser (vergütungsfähig) mit Eltern wie auch dem Kind und dessen sonstigen Bezugspersonen reden und auf eine gütliche Einigung hinwirken darf, womit der zuweilen beklagte „traurige Alltag in der Verfahrenspflegschaft“³⁷ tendenziell bald ein Ende haben dürfte. Der Gesetzgeber sollte nur nicht erneut zu konturlosen Worthülsen greifen, die bisher schon zu Auslegungsstreitigkeiten führten (insb.: „Wahrnehmung der Interessen des Kindes“, § 50 I FGG: Bis heute ist nicht geklärt, ob der VP lediglich „Sprachrohr“ des (subjektiven) kindlichen Willens sein soll oder auch das (objektive) Kindeswohl zu berücksichtigen hat).

■ Weiterer Reformbedarf?

Was das Kindschaftsrecht „im Innersten zusammenhält“, sind vor allem die *ungeschriebenen* (z.T. auch unbewusst bleibenden) inneren Einstellungen, Werte, Überzeugungen, Orientierungen – z.T. auch: krassen Vorurteile³⁸ – der scheidungs- bzw. trennungsbegleitenden Professionen. Bei Richtern nennt man das innerhalb der juristischen Methodenlehre „Vorverständnis“.³⁹ Dies betrifft das Kindschaftsrecht aufgrund seiner Nähe zu den im Vergleich zu den Naturwissenschaften „weichen“⁴⁰ Sozialwissenschaften, namentlich der Psychologie, in besonderem Maße.

Bedeutung und Reform des FGG – Rolle der Richter

1. Manche Familienrichter führen im Kindschaftsrecht unter der Ägide des FGG in seiner bisherigen Fassung eine Art Kadi-Judikatur, die sich weder um Vorgaben von Bundesverfassungsgericht noch Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte noch um aktuellen psychologischen Forschungsstand schert. Der Name „Freiwillige Gerichtsbarkeit“ scheint Programm: Freiwillig – so mancher

Richter – zu finden eher unter denjenigen, die den Deutschen Familiengerichtstag *nicht* regelmäßig zu besuchen pflegen, versteht das scheinbar so, als ob für ihn alles freiwillig ist: ob Zeugen gehört werden, Kinder angesichts der Klage, sie würden beim betreuenden Elternteil geschlagen, dazu angehört werden, ob Geschwister einzeln oder zusammen angehört werden (häufiger Fehler m.E.), ob für zeitnahe Terminierung gesorgt wird; ob überhaupt durch zeitorientierte Sachbehandlung wenigstens für eine Entscheidung *in angemessenem zeitlichen Rahmen* gesorgt wird, mit der man dann endlich zum Oberlandesgericht darf: Alles Ermessenssache – und der Weg zum BVerfG oder gar zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ist weit.

2. Die Kindesanhörung erfolgt regelmäßig unter Ausschluss der Eltern und ihrer Rechtsbeistände, ebenfalls im Beisein des Verfahrenspflegers. De lege ferenda ist mit Blick auf das eherne Gebot des rechtlichen Gehörs zu fordern, dass für das Gericht das Mitschneiden auf Tonband obligatorisch wird,⁴¹ welches den Rechtsbeiständen anschließend vorgespielt werden muss; hiervon sollte nur im Einzelfall abgesehen werden dürfen, wenn hierdurch eine Kindeswohlgefährdung zu befürchten ist.

3. Immer wieder kommt es vor, dass Familiensenate sich – auch insoweit ungeachtet der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts – schon weigern, in 2. Instanz überhaupt nochmals mit den Beteiligten zu verhandeln und stattdessen im schriftlichen Verfahren die Beschwerde unter Hinweis auf die angeblich „überzeugende Begründung“ des Erstrichters „abbügeln“ – ohne den Betroffenen mitzuteilen, was daran überzeugend war. De lege ferenda sollte der Gesetzgeber im reformierten FGG explizit die mündliche Verhandlung für jede Instanz⁴² gesetzlich vorschreiben und – vorsorglich – klarstellen, dass alles, was für die 1. Instanz an gesetzlichen Neuerungen bald Wirklichkeit werden soll, auch für die 2. Instanz gilt. Es scheint ausgerechnet im Kindschaftsrecht häufig am gesetzlichen Zwang zum eigentlich „Selbstverständlichen“ zu fehlen.

4. Weitere Beispiele

a) Erfreulich wäre ein gesetzlicher Hinweis im 4. Buch des BGB, dass auch in Kindschaftsachen die völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands, insb. die EMRK und die hierzu ergehenden Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, für Justiz und Behörden als innerstaatliches Recht beachtlich⁴³ sind. Die wenigen Hinweise im Grundgesetz (Art. 20 III, 25, 59 II), erscheinen unzureichend.

b) Das am Horizont auftauchende Beschleunigungsgebot für bestimmte Kindschaftssachen in § 155 FamFG-E⁴⁴ gehört hierhin. Allein durch die zukünftig obligatorische Verfahrensbeschleunigung wird nicht nur dem kindlichen Zeitempfinden Rechnung getragen, sondern auch richterlichem Machtmissbrauch wirkungs-

voll vorgebeugt: Bislang mussten Betroffene in Kinderverfahren zuweilen schon froh darüber sein, wenn das Gericht *überhaupt* in irgendeiner Weise tätig wird, so dass gegen falsche Zwischenentscheidungen (Beispiel: Auftragsvergabe an ein Sachverständigen-Institut, welches seinerseits dann erst die Auswahl der Person des Sachverständigen i.e.S. vornehmen soll) erst gar kein Protest erhoben wird, weil man den hierdurch befürchteten zusätzlichen Zeitverlust gar nicht erst in Kauf nehmen will. Aus demselben Grund unterbleiben häufig Befangenheitsanträge, Untätigkeitsbeschwerden etc.

Regelungen für Sachverständige de lege ferende

1. Man sollte allerdings auch die Sachverständigen – allzu häufig die „heimlichen Richter“ – von der Forderung nach Verfahrensbeschleunigung nicht ausnehmen.

Dem Sachverständigen sind zukünftig verbindliche Fristen für die Erstellung des Gutachtens zu setzen (§ 163 I FamFG-E); vor Auftragsvergabe hat das Gericht sich auf dem

34 Da für jeden Umgangstermin ein neuer Herausgabebeschluss benötigt würde, wird das beim Umgangsrecht kaum je praktisch relevant.

35 Rauscher, Familienrecht, S 773 (Fn. 54).

36 Nichtannahmebeschluss des BVerfG v. 9.3.2004, Kind-Prax 2004, 186 (189) mit Anm. Menne, 181.

37 Heumann, Kind-Prax 2005, 18 f.

38 „... Im Geschlechterkrieg gibt es ebenfalls keinen objektiven Standpunkt. Alle, die daran beteiligt sind, die Kampfhandlungen in rechtsförmige Bahnen zu lenken, sind voreingenommen noch bevor sie die streitenden Parteien überhaupt kennen gelernt haben. Richter und Richterinnen, Anwälte und Anwältinnen, Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der Jugendämter sind selbst Betroffene, weil sie selbstverständlich in ihrem Denken und Fühlen nicht von ihren geschlechtsrollenspezifischen Einstellungen und Vorurteilen sich befreien können.“ Heinke, „Frauen vertreten Frauen – für eine offen(siv)e Parteilichkeit“ in: Fabbrius-Brandt: Wenn Ehen Akten werden, Campus-Verlag 1989, S 77–90 (Sabine Heinke war bis 1999 wissenschaftliche Mitarbeiterin beim für das Familienrecht zuständigen 1. Senat des BVerfG, s. DER SPIEGEL 1/1999 v. 4.1.1999, S 19).

39 Zitiert n. Schellhammer, Die Arbeitsmethode des Zivilrichters, C.F. Müller, 10. Aufl. 1990, S 3.

40 „Soft sciences“ haben im Vergleich zu „hard sciences“ (Naturwissenschaften) „mehr zu kämpfen“, weil sie es mit „hard problems“ zu tun haben, Heinz von Foerster, zitiert nach Simon a.a.O., S 284.

41 Heumann, Das Jugendamt 2004, 14 f. (20).

42 BVerfG, FamRZ 2008, 246/247; einschränkend allerdings BVerfG, FamRZ 2006, 605 (dann aber anderweitige verlässliche Entscheidungsgrundlage erforderlich).

43 S. BVerfG, 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 (Fall Görülü): „Zur Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) gehört die Berücksichtigung der Gewährleistungen der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung.“

44 Heumann, Kind-Prax 2006, 200.

„kurzen Wege“ – telefonisch, via Fax oder E-Mail – nach der derzeitigen Kapazität des Sachverständigen zu erkunden bzw. innerhalb welchen Zeitraums dieser zur Gutachterstellung in der Lage ist;

2. Sachverständige sollten innerhalb festzulegender Zeiträume nur eine begrenzte Anzahl an Aufträgen seitens ein und desselben Gerichts erhalten dürfen, damit der Gefahr „ergebnisorientierter“ SV-Auswahl begegnet wird. Überhaupt ist alles zu vermeiden, was eine dauerhafte wirtschaftliche Abhängigkeit des Sachverständigen vom Gericht begünstigt. Bevorzugt sind Sachverständige zu beauftragen, die über mindestens ein weiteres ökonomisches Standbein verfügen (ambulante Praxis, Beschäftigung in Klinik/Krankenhaus etc.), schon wegen der damit zu erwartenden erforderlichen Lebenserfahrung und persönlichen Autorität im Umgang mit betroffenen Elternteilen;

3. Der Sachverständige ist in Fällen, bei denen die Erforderlichkeit einer Sachverständigentätigkeit voraussehbar ist, schon zum ersten Termin zu laden.⁴⁵

4. Gesetzliche Verpflichtung für den im gerichtlichen Auftrag tätigen Sachverständigen, jedes Explorationsgespräch bzw. Interview zu Dokumentations- und Beweis Zwecken auf Tonträger mitzuschneiden (Transparenz als Gebot wissenschaftlichen Vorgehens) und den Betroffenen auf Wunsch Kopien hiervon zugänglich zu machen, zumal andernfalls auch die Gefahr von Informationsverlusten bis zur Verschriftlichung besteht. Mitschriften/Notizen sind angesichts der existenziellen Bedeutung der Gutachten für Betroffene und ihre Kinder *nicht* als ausreichend zu betrachten.⁴⁶ Denkbare wirksame Sanktion bei Nichtbefolgen: Nichtverwertbarkeit des Gutachtens mit Verlust des Vergütungsanspruchs.

5. Verpflichtung des Sachverständigen, während der Dauer der Begutachtung auf Verlangen des beauftragenden Gerichts Zwischenberichte und kurzfristige fachliche Stellungnahmen zur einstweiligen Regelung von Umgang oder Aufenthaltsbestimmungsrecht abzugeben.⁴⁷ schriftlich oder noch effektiver mündlich in einem anzuberaumenden „Zwischentermin“, da die Betroffenen nur auf diese Weise die Möglichkeit zur unmittelbaren persönlichen Befragung erhalten, womit ihr Recht auf rechtliches Gehör am effektivsten gewahrt bleibt.

6. Klarstellende gesetzliche Verweisung in der FGG auf §§ 402–411 ZPO „Im Übrigen gelten die §§ 402–411 ZPO“.

Problem der „innerstaatlichen Kindesentführungen“⁴⁸

1. Dankenswerterweise beschäftigt sich § 154 FamFG-E mit den leidigen Fällen eigenmächtiger Änderung des Aufenthaltsortes des Kindes. Aufgrund des geplanten Beschleunigungsgebots ist ein Bedürfnis hierzu auch noch we-

niger anzuerkennen als bisher. Unstreitig ist, dass das Kind durch räumliche Trennung und Wegzug eines Elternteils einen *doppelten* Wohnsitz erlangt, infolgedessen die örtliche Zuständigkeit sowohl des Gerichts am bisherigen gewöhnlichen Aufenthaltsort als auch am neu begründeten gegeben ist.⁴⁹ Nunmehr soll, wenn – wie meist – ein Elternteil das Verfahren am Gericht des neuen Kindesaufenthalts anhängig macht, eine Abgabe an das Gericht des früheren gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes als sachnäheres Gericht ermöglicht werden. Da sich das Gericht des früheren gewöhnlichen Aufenthalts zuvor zur Übernahme bereit erklären muss (per Beschluss?) und die Beteiligten auch noch vorher angehört werden sollen (§ 4 FamFG-E),⁵⁰ sind kontraproduktiver Zeitverlust und ein Chaos und das Hin- und Herschieben von Akten vorprogrammiert.

2. Bei gemeinsamer elterlicher Sorge sollte für Fälle eigenmächtiger Änderung des Aufenthalts des Kindes de lege ferenda das Haager Rückführungsabkommen sinngemäß in das „neue“ FGG implementiert werden: Sofortige Rückführung der Kinder in die bisherige Familienwohnung zum dort verbliebenen Elternteil. Hierzu bedarf es gesetzestechnisch nur einer Verweisung („gilt entsprechend“). Gegen Elternteile, von denen häusliche Gewalt ausgeht, kann nach dem Gewaltschutzgesetz oder nach § 1361b BGB (Vorläufige Zuweisung der Ehewohnung) vorgegangen werden.

Bereits de lege lata könnte diesen Fällen mit Beschlüssen nach § 1628, Satz 2 BGB⁵¹ oder § 1687 II BGB⁵² begegnet werden, ohne gleich die grundsätzliche Obhutsberechtigung des Residenzelternteils in Frage stellen zu müssen. Nach § 1687 II BGB „kann das Familiengericht die Befugnisse nach Absatz 1 Satz 2“ – also insbesondere die Befugnis zu Alleinentscheidung in „Angelegenheiten des täglichen Lebens“ – „einschränken oder ausschließen, wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist“. Die Eingriffsschwelle ist niedriger als bei § 1666 BGB.⁵³ Richtigerweise wird man unbegrenzte Wohnsitzverlagerung ohnehin nicht mehr als „Angelegenheit des täglichen Lebens“ auffassen können, es müsste folglich im Erst-Recht-Schluss § 1687 II BGB analog anwendbar sein. Auch nach § 1628 Satz 2 BGB kann die Übertragung der Alleinentscheidungskompetenz auf einen Elternteil „mit Einschränkungen oder mit Auflagen verbunden werden“, ergo z.B. auch mit räumlichen Auflagen. Von diesen Vorschriften macht die Praxis bislang keinen Gebrauch.

Wenn ein Elternteil, der für sich in Anspruch nimmt, die stärkere Bindung⁵⁴ zum Kinde zu haben, die gemeinsamen Kinder von Kindergarten und Schule abzumelden und ihrem bisherigen sozialen Umfeld zu entreißen droht, sollte sorgfältiger als bisher erwogen werden, ob den Kindern nicht dadurch die Beziehung zu beiden Elternteilen erhalten werden kann und dem Kind (wie auch der überlasteten Jus-

tiz) jahrelange Folge-, insbesondere Umgangs- und Sorgeänderungsverfahren, erspart bleiben kann, dass der Elternteil mit der größeren Bindungstoleranz das Aufenthaltsbestimmungsrecht erhält, sofern dieser zur Übernahme der Obhut willens und in der Lage ist und das Kind auch zu ihm eine starke Bindung hat.⁵⁵

Hilfsweise: Im Bereich der Pflegekinderfälle sind Konstellationen bekannt, wo man leiblichen Eltern die elterliche Sorge mit der Maßgabe bzw. unter der *Bedingung* lässt, dass sie das Kind nicht eigenmächtig aus der Obhut von Pflegeeltern herausnehmen. Analog hierzu erscheint es in Fällen, bei denen die Erziehungsfähigkeit des Residenzelternteils aufgrund mangelnder Bindungstoleranz zweifelhaft ist, denkbar, dem Umgangselternteil das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht bei im Übrigen gemeinsamer Sorge mit der *Auflage* zu übertragen, hiervon nicht eigenmächtig Gebrauch zu machen.⁵⁶ Notfalls kann dem Residenzelternteil mit einer Verbleibens- (und Herausgabe-)anordnung nach § 1632 BGB analog geholfen werden.

3. Herrschende Meinung und Praxis begehen überdies erhebliche Bedenken,⁵⁷ soweit sie bislang von unbegrenzter räumlicher Reichweite des alleinigen Sorgerechts bzw. Aufenthaltsbestimmungsrechts (§ 1631 I

45 AK 12 des 17. DFGT.

46 A. A. offenbar: AK 19 des 17. DFGT, s. Nr. 6 der „Mindeststandards bei der Begutachtung“.

47 AK 12 und AK 20 des 17. DFGT.

48 Gutdeutsch/Rieck, FamRZ 1998, 1488 f.: „Kindesentführung: ins Ausland verboten – im Inland erlaubt?“ Z.T. benutzen Mütter ihre Kinder als „Faustpfand“ (Klener, FamRZ 1995, 1229), indem sie mit ihnen Hunderte von Kilometern vom Vater wegziehen und diesem so das Kind praktisch entziehen.

49 Vor Rechtshängigkeit der Ehesache (und wieder nach der Scheidung) gelten hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit die „allgemeinen Vorschriften“ (§§ 621 II Satz 2 i.V.m. § 621a I 1 ZPO i.V.m. § 36 f. FGG). Maßgeblich ist hiernach der „Wohnsitz“ (§ 11 BGB) des betr. Kindes. Leben die Eltern getrennt, hat das Kind allerdings bis zu einer Entscheidung gemäß § 1671 einen doppelten „Wohnsitz“ (BGH 48, 228/234, NJW 84, 971, 95, 1224; BGH, NJW-RR 1992, 578; 1994, 322).

50 Bergschneider auf dem 17. DFGT, Brühler Schriften zum Familienrecht, Gieseking 2008, 63 f. (S 78).

51 Diese Möglichkeit erwähnt OLG Frankfurt, FamRZ 2007, 753 für den Fall eigenmächtiger Ausreise.

52 Zur Bedeutung des § 1687 II BGB s. Schwab, FamRZ 1998, 457 f. a.a.O.

53 Ziegler, in Weinreich/Klein, FA-Kommentar FamR, 3. Aufl 2008, S 1891, Rz 14.

54 Hierzu OLG Düsseldorf, FamRZ 1988, 1193, 1194; KG, FamRZ 1990, 1883, 1884; OLG Celle, FamRZ 1990, 191, 192.

55 Heumann, Das Jugendamt 2004, 14 f. (17); Weisbrodt a.a.O. (Fn. 8) S 620; Dettenborn & Walter, S 160/161.

56 A. A. OLG Frankfurt, FamRZ 2007, 759 unter Hinweis auf st. Rechtspr. („i.d.R. nicht praktikabel“).

57 Insb. Staudinger-Rauscher (2000), § 1684 Rn. 62 ff.; ebenso Stöber, FamRB int. 2008, 37 (38/39).

BGB) ausgehen. Und das grundsätzliche Verhältnis zwischen Sorgerecht und Umgangsrecht ist nicht frei von Widersprüchen.

a) Umgangsrecht und Umzug

Die herrschende Meinung sieht den Residenzelternteil zwar einerseits verpflichtet, den Umgang des Kindes mit dem anderen Elternteil aktiv zu fördern, jedoch keineswegs in der Pflicht, ein persönliches Interesse an einem Umzug mit Blick auf das Kindeswohl zurückzustellen.⁵⁸

aa) Eine Differenzierung nach Entfernung vom bisherigen räumlichen und sozialen Umfeld des Kindes erfolgt nicht. „Ein sorgeberechtigter Elternteil kann seinen künftigen Wohnort und Lebenskreis selbst bestimmen und ist nicht gehalten, am ehemaligen Familienwohnsitz oder in dessen unmittelbarer Nähe zu bleiben, um dem anderen Ehegatten die Besuchskontakte mit den Kindern möglichst zu erleichtern.“⁵⁹ Grundsätzlich kann er daher seinen Wohnsitz dauerhaft in ein anderes Bundesland, in ein anderes europäisches Land oder sogar auf einen anderen Kontinent verlegen,⁶⁰ „selbst wenn dadurch das Umgangsrecht faktisch eingeschränkt oder gar ganz ausgeschlossen wird.“⁶¹ Insbesondere stellt dies nach h.M.⁶² i.d.R. keinen hinreichenden Grund dar, eine Sorge- oder Umgangsentscheidung nach § 1696 BGB nachträglich abzuändern⁶³ oder nach § 1666 BGB in das Sorgerecht des betreuenden Elternteils einschränkend einzugreifen.

bb) Das soll nur dann nicht gelten, wenn eine Auswanderung *lediglich* der Vereitelung des Umgangs dienen soll.⁶⁴ Die sog. Feststellungslast trägt also theoretisch derjenige Elternteil, der seinen Wohnsitz ändern möchte, er hat seine Gründe substantiiert vorzutragen.⁶⁵ Diese Gründe und die Gefährdung des Umgangs mit dem anderen Elternteil sind ge-

geneinander *abzuwägen*.⁶⁶ In der Praxis werden Gründe aber z.T. schnell als „trifftig“ bewertet: Soziale Gründe (neuer Lebensgefährte, Rückkehr zur Herkunftsfamilie), (bloße) Hoffnung auf bessere Arbeitsmöglichkeiten.⁶⁷ Hilfsweise wird auf angebliche häusliche Gewalt des Ex-Partners rekurriert (Wegzug als Flucht). Missbrauchsgefahr liegt auf der Hand.⁶⁸

cc) Zwar gibt selbst das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht dem betreffenden Elternteil nicht das Recht zu einem Umzug *mit Schulummeldung* ohne Zustimmung des anderen Elternteils, da Letzteres eine Entscheidung erheblicher Bedeutung i.S.d. § 1687 I 2 BGB beinhaltet.⁶⁹ Jedoch wird das in der Praxis nicht von allen Schulen beachtet.

b) Bedenken

aa) Das Umgangsrecht steht jedoch unter dem besonderen Schutz des Art. 6 GG in Verbindung mit Art. 8 EMRK.⁷⁰ Nach der Generalklausel zur elterlichen Sorge „gehört zum Wohl des Kindes in aller Regel der Umgang mit beiden Elternteilen“ (§ 1626 III BGB), womit der „überragenden Bedeutung“⁷¹ des Umgangsrechts Rechnung getragen wird. Der betreuende Elternteil hat die Kontakte zum Kind nicht nur zuzulassen, sondern aktiv zu fördern.⁷² Das Umgangsrecht gilt auch als „absolutes Recht“ i.S.v. § 823 I BGB⁷³ oder jedenfalls „gesetzliches Rechtsverhältnis familienrechtlicher Art“,⁷⁴ dessen Verletzung (ma-

terielle) Schadensersatzansprüche auslösen kann.⁷⁵ § 1684 IV Satz 1 BGB lässt Einschränkungen des Umgangsrechts nur zu, soweit dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist, § 1684 IV Satz 2 BGB, Umgangs einschränkung „für längere Zeit“ ist sogar nur bei „Kindeswohlgefährdung“ zulässig.

bb) Zudem wird das Sorgerecht in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts regelmäßig als pflichtgebundenes Recht charakterisiert, welches eingebunden ist in die Elternverantwortung.⁷⁶ Insbesondere ergibt sich aus der Herleitung sowohl des Umgangsrechts als auch des Sorgerechts unmittelbar aus Art. 6 Abs. 2 GG, dass beide Eltern im Verhältnis zueinander ihre Rechte zu respektieren haben. Insbesondere muss auch ein allein sorgeberechtigter Elternteil grundsätzlich den persönlichen Umgang des Kindes mit dem anderen Elternteil ermöglichen.⁷⁷ Der Konflikt ist also nach dem verfassungsrechtlichen „Prinzip der praktischen Konkordanz“ (Hesse) zu lösen. Kein Grundrecht (erst recht nicht das Umgangsrecht des Kindes) darf zugunsten des anderen de facto ausgehöhlt werden. Genau dies ist aber häufig das praktische Ergebnis der h.M. (?)

cc) Zur restriktiveren Auslegung des § 1631 I BGB könnte auch Artikel 3 I der UN-Kinderrechtskonvention⁷⁸ Anlass geben. Hiernach „achten die Vertragsstaaten das Recht des Kindes, das von einem oder beiden Elternteilen getrennt ist, regelmäßig persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen zu pflegen, soweit dies nicht dem Wohl des Kindes widerspricht“.

dd) Vergegenwärtigt man sich weiterhin, dass bereits das Umgangsrecht des nichtsorgeberechtigten Elternteils,⁷⁹ erst recht aber das Sorgerecht strafrechtlichen Schutz aufgrund des Straftatbestandes § 235 StGB genießen, so kann wenig Einheitlichkeit der Rechtsordnung festgestellt werden.

58 Zuletzt wieder OLG Karlsruhe v. 9.8.2007, FamRBInt. 2008,5 mit Anm. Stößer, FamRBInt 2008, 37 f.; ebenso OLG Köln, FamRZ 2006, 1625.

59 BGH, FamRZ 1995, 215 mit abl. Anm. Weychardt, S 539 m.w.N.; so schon BGH, FamRZ 1987, 356, 358 (Auswanderung nach Übersee); BGH, FamRZ 1990, 392; OLG Karlsruhe, FamRZ 1990, 1094; OLG Hamburg, FamRZ 2003, 946.

60 BVerfG, FamRZ 2003, 1731; Oelkers, FuR 2002, 433 f., 437; BGH, FamRZ 1990, 392, 393 – Italien – m. Anm. Henrich; OLG Köln FamRZ 1972, 572 – Spanien –; OLG Karlsruhe, FamRZ 1984, 91 f.; OLG Oldenburg, FamRZ 1980, 78; Gernhuber/Coester-Waltjen, S 1065; AG Hameln, FamRZ 2007, 761: eigenmächt. Reisen mit 3-jährigem Kind in den Iran kein Grund, das ABR. zu beschränken.

61 Oelkers, Sorge- und Umgangsrecht i.d. Praxis, DAV 2000, S 234.

62 Johannsen/Henrich/Jaeger, § 1634 a.F., Rn. 18; Staudinger/Peschel-Gutzzeit, § 1634 a.F., Rn. 311; Staudinger-Coester, § 1696, Rn. 77.

63 Ausnahmen: OLG München v. 10.4.2003, FamRZ 2003, 1493; OLG Zweibrücken, NJW-RR 2004, 1588.

64 BGH, NJW 1987, 893; Dörr, NJW 1989, 692; Palandt-Diederichsen, BGB, § 1684, Rn. 8.

65 Richtig daher: OLG München, FamRZ 2003, 1493 („ergibt sich nach dem Vortrag des AG nicht zwingend, dass ihm die Entlassung droht, wenn er nicht auf einen Arbeitsplatz an einem anderen Standort wechselt“); OLG Oldenburg, FamRZ 1980, 78; Verbot, nach Australien auszuwandern, wenn keine triftigen Gründe für die Auswanderung ersichtlich sind. A.A. allerdings OLG Düsseldorf, FamRZ 1979, 765.

66 BVerfG, FamRZ 2003, 1731; OLG Nürnberg FamRZ 2000, 1603 (a.A.: Johannsen/Henrich/Jäger, § 1684 Rn. 18: plausible Gründe des Sorgerechtsinhabers reichen, einer Abwägung bedarf es nicht einmal).

67 Z.B. OLG Köln, FamRZ 2006, 1625; OLG Düsseldorf Az. II-3 UF 57/06.

68 Richtig insoweit: OLG Frankfurt, FamRZ 2007, 759 (760 oben) mit Anm. der Redaktion, wo der ungewöhnl. Weg beschritten wurde, der Astin. das alleinige Sorgerecht ohne das ABR. (das offenbar gemeinsam blieb) zu übertragen.

69 OLG Dresden, FamRZ 2003, 1498; OLG München, FamRZ 1999, 111; OLG Zweibrücken, FamRZ 2001, 184; OLG Naumburg, NJW 2000, 1595; OLG Hamm, NJW-RR 1999, 372; Kaiser, FPR 2003, 573, 575; Palandt-Diederichsen, BGB, § 1687, Rn. 7; Soine, FF 2000, 44.

70 BVerfG, FamRZ 2004, 1857, 1863; EGMR, FamRZ 2004, 1456, 1459.

71 Staudinger-Rauscher, BGB, § 1684, Rn. 30; OLG Zweibrücken, FamRZ 1998, 1465, 1467.

72 OLG Rostock, FamRZ 2004, 54, 55; OLG Saarbrücken, FamRZ 2001, 369; OLG Stuttgart, JAmT 2001, 45, 46; OLG Thüringen, FamRZ 2000, 47, FuR 2000, 121, 122; OLG Karlsruhe, OLG-Report 2000, 160, 161; OLG Hamm, FamRZ 1996, 363; Dettenborn/Walter a.a.O., S 160.

73 Soergel-Rauscher, § 1684 Rn. 25, 26 (str.).

74 So BGH, FamRZ 2002, 1099; zust. Weychardt, FamRZ 2003, 927; krit. Schwab, FamRZ 2002, 1297.

75 BGH, FamRZ 2002, 1099; OLG Karlsruhe, FamRZ 2002, 1056; AG Essen, FamRZ 2004, 52, 53.

76 Zuletzt BVerfG, FamRZ 2003, 1731; BVerfGE 24, 119; BVerfGE 31, 194.

77 Staudinger-Rauscher, § 1684, Rn. 19; BVerfGE 31, 194, 206 f.; BVerfG, NJW 1993, 2671; BVerfG, NJW 1995, 1342, 1343.

78 Schütz, H., Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes, ZfJ 1996, 297 f.; Koeppl (Hrsg.): Kinderschutzrecht und Völkerrecht im europäischen Kontext, Luchterhand, 1996; Zum Anspruch auf Achtung des Familienlebens: Ebert, K., FamRZ 1994, 273 f., insb. 277 ff.; s. auch Palandt-Brudermüller, BGB, 62. Aufl. 2003: Einf. vor § 1626, Rn. 3 u. Einf. vor § 1297 Rn. 9.

79 BGH v. 11.2.1999 (Az. 4 StR 594/98): Der allein-sorgeberechtigte (!) Vater hatte das Kind gegen den Willen der Mutter nach Pakistan verbracht.

ee) Nach dem Wohlverhaltensgebot des § 1684 II 1 BGB haben beide Eltern „alles zu unterlassen“, was „das Verhältnis“ des Kindes zum anderen Elternteil „beeinträchtigt“. Eine erhebliche Erschwerung des Besuchsrechts qua „Fernumzug“ beeinträchtigt in der Regel dieses Verhältnis, insbesondere bei noch kleineren Kindern aufgrund deren besonderen Zeitempfindens. Soweit überhaupt noch sporadische Umgangskontakte stattfinden können, sind diese häufig nicht mehr geeignet, den primären *Sinn des Umgangsrechts* zu verwirklichen (Vermeidung von Entfremdung, dem „gegenseitigen Liebesbedürfnis Rechnung zu tragen“, ⁸⁰ Identitätsfindung, auch Erhalt eines „Reserveelternteils“ für den Fall schwerer Krankheit/Todes des Obhutelternteils). Das Umgangsrecht ist bei großer räumlicher Distanz auch noch schwerer gegen Widerstände durchsetzbar als ohnehin schon.

c) Nachträgliche Auflage

Der BGH⁸¹ hat zur Frage des Sorgerechts nichtehelicher Eltern einer „verfassungskonformen Auslegung des § 1666 BGB“ das Wort geredet: In die Prüfung, ob eine missbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge durch die Mutter vorliege, sei auch *einzu beziehen, ob und inwieweit die Mutter das Elternrecht des Vaters angemessen zur Geltung bringe ...*.⁸² Die Tatsacheninstanzen sehen sich gleichwohl bislang in der Regel⁸³ außerstande, das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Sorgeberechtigten – nach § 1666 BGB als im Verhältnis zum Entzug des Rechtes weniger scharfer Maßnahme oder auf Grundlage des Wohlverhaltensgebots (§ 1684 II BGB) – zum Schutz des *Umgangsrechts*⁸⁴ räumlich zu beschränken.⁸⁵ Dabei ermächtigt schon § 1684 III 2 BGB das Familiengericht ausdrücklich, die Beteiligten durch „Anordnungen“ zur Erfüllung der Wohlverhaltenspflicht anzuhalten, die „in erster Linie als *Unterlassungspflicht* ausgestaltet“⁸⁶ ist. Diese Unterlassungspflichten sollen nach dem Willen des Gesetzgebers nach Abs. III 2 durchsetzbar sein – auch unterhalb der Schwelle der Kindeswohlgefährdung i.S.d. § 1666 BGB⁸⁷ oder wenn diese erst droht. Sie können – sofern hinreichend bestimmt – auch Grundlage für Zwangsmittel des § 33 FGG sein.⁸⁸ Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I GG) und Recht auf Freizügigkeit (Art. 11 GG) des Sorgerechtsinhabers stehen dem nicht entgegen.⁸⁹ Denn es geht nicht darum, diesem Auswanderung oder innerstaatlichen Fernumzug zu verbieten, sondern hierbei das Kind mitzunehmen, wenn dies mit dessen Wohl nicht zu vereinbaren ist.⁹⁰

d) Auflage von vorneherein?

1) In zwei OLG-Entscheidungen wurde der „nicht befriedigend zu lösende Konflikt“⁹¹ zwischen Freizügigkeit des Sorgeberechtigten und Umgangsrecht dadurch entschieden, dass das Aufenthaltsbestimmungsrecht von vorneherein räumlich beschränkt wurde:

(1) OLG Schleswig vom 26.2.2003⁹² (Tenor): „Die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes auf einen Elternteil kann mit Beschränkungen versehen werden, die eine Verbringung des Kindes ins Ausland ausschließen.“ Der Senat hat dies mit der Erwägung begründet, das Kind solle weiterhin in seinem *gewohnten sozialen Umfeld* in Deutschland aufwachsen, damit der für seine Entwicklung unbedingt notwendige enge Umgang mit dem anderen Elternteil gesichert sei.

(2) OLG Frankfurt v. 16.9.2002:⁹³ Übertragung der alleinigen Sorge auf die Mutter mit der „Maßgabe“, den „gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes nicht ohne Einverständnis des Vaters ins Ausland zu verlegen“. Die Beschränkung wurde auf § 1666 gestützt; sie sei erforderlich, um eine „Gefährdung des Kindeswohls zu vermeiden“.

Außerdem entschied das OLG München⁹⁴ in einem Sorgeänderungsverfahren nach § 1696 BGB (Leitsätze der Redaktion: „1. Eine räumliche Beschränkung des Aufenthalts- und des Schulbestimmungsrechts des Vaters kann geboten sein, um den intensiven Umgang der Kinder mit der Mutter zu gewährleisten.“

2. Machen künftig – überzeugend darzulegende – triftige berufliche Gründe einen Wegzug des Vaters erforderlich, stellt sich die Frage des Aufenthaltsbestimmungsrechts neu, wobei auf die Bedürfnisse der Kinder und die berechtigten Interessen der Mutter Rücksicht zu nehmen ist.“⁹⁵

Das erforderliche gesetzliche Instrumentarium ist also vorhanden, auch wenn es selten genutzt wird. De lege ferenda sollte der Gesetzgeber diese Möglichkeit explizit gesetzlich verdeutlichen und in § 1671 I BGB verankern, etwa als ergänzenden Satz 2.

■ Ausblick

Eine Bilanz der Kindschaftsrechtsreform kann nicht völlig am Unterhaltsrecht vorbeischauchen. Für die Zukunft wird es noch wichtiger als bisher, sich angesichts der Unterhaltsrechtsreform, insbesondere der Neufassung des § 1570 – früher Wegfall auch noch des 2. Elternteils?! – auf die überragende Bedeutung des Umgangsrechts zu besinnen. Noch ist die Auslegung des neuen § 1570 streitig,⁹⁶ doch Bundesverfassungsgericht und ihm folgend der Gesetzgeber haben sich mit der grundsätzlichen Grenze des Betreuungsalters beim 3. Geburtstag des Kindes weit vorgewagt. Gesellschaftspolitischen Tendenzen, diese Grenze noch weiter abzusinken, haben bereits die Deutsche Psychoanalytische Vereinigung (DPV) veranlasst, ein warnendes Memorandum⁹⁷ zu veröffentlichen – warum wird dieses in keiner familienrechtlichen Fachzeitschrift abgedruckt? Stattdessen wird messerscharf geschlossen – man fühlt sich abrupt um Jahrzehnte zurückversetzt –, dass die Vollstreckung des Umgangsrechts abgeschafft gehöre, schließlich müsse, was für ei-

nen umgangs^{un}willigen Vater gelte, erst recht für die Kinder gelten. ...

Im Kinderbetreuungs^{urteil}⁹⁸ hatte das Bundesverfassungsgericht noch Wahlfreiheit für Familien (Betreuung oder Krippe) gefordert und verlangt, dass der hohe gesellschaftliche Wert der Kindeserziehung sich z.B. auch beim Rentenbezug mehr als marginal niederschlägt. Das „Elterngeld“ ist in Wahrheit keines, denn es begünstigt wiederum primär die Doppelverdiener-Familie. Nun spricht man nur noch von Heimchen am Herd bzw. Flachbildschirm und angeblichen pädagogischen Vorteilen von Krippen – ohne sich lange mit der entscheidenden Frage nach der (im europäischen Ausland in der Regel besseren) Qualität der Krippen, insbesondere einer hinreichenden und qualifizierten personellen Ausstattung, aufzuhalten. Wollen wir wirklich eine familienfreundliche Gesellschaft und Wirtschaft – oder doch nur noch die ökonomieangepasste Familie? Menschlicher – aber auch nachhaltiger – erscheint mir Ersteres.

80 BGH v. 21.10.1964 = BGHZ 42, 364; kommentiert von Koeppel, FamRZ 1992, 31.

81 BGH, MDR 2001, 871 (m. Anm. Finger) = FamRZ 2001, 907; Finger, FamRB 2002, 335 f. (337).

82 Hierzu Heumann, FuR 2003, 243 f.

83 Ausnahmen: OLG München v. 10.4.2003, FamRZ 2003, 1493; OLG Zweibrücken, NJW-RR 04, 1588.

84 Anders freilich bei sonstigen Gründen des Kinderschutzes wie z.B. drohender Genitalverstümmelung im Heimatland eines Elternteils (s. zuletzt AG Bonn, ZKJ 2008, 256).

85 Rechtsbeschwerde wird i.d.R. nicht zugelassen und Nichtzulassungsbeschwerde gibt es in FGG-Verfahren nicht.

86 OLG Karlsruhe FamRZ 04, 56 verneint deshalb die Möglichkeit zur Verpflichtung der Eltern zur Teilnahme an psychologischer Familienberatung (anders sog. „Münchener Modell“, ZKJ 2008, 199).

87 BT-Drs. 13/4899, S.105.

88 OLG Brandenburg FamRZ 2005, 2011; Ziegler a.a.O., S 1853 Rn. 34.

89 So aber Staudinger/Peschel-Gutzeit, § 1634 a.F., Rn. 311.

90 Staudinger-Rauscher (2000), § 1684, Rn.67 f.

91 Ziegler a.a.O., S 1852, Rn. 31.

92 OLG Schleswig v. 26.2.2003, FamRZ 2003, 1494 = FamRB 5/2004, S 149 mit Anm. Motzer.

93 OLG Frankfurt FamRZ 2003, 1491 (Rückgriff auf § 1666 i.R. einer Entsch. n. § 1671).

94 OLG München v. 10.4.2003, FamRZ 2003, 1493.

95 Dass nichts grundlegend Anderes gelten kann, wenn die Mutter die Obhut ausübt, sollte als Selbstverständlichkeit (Art. 3 II GG) betrachtet werden.

96 Z.T. wird ein neues Altersphasenmodell propagiert; z.T. aber auch strikte Orientierung am neuen Regel-Ausnahme-Verhältnis der Norm u. den Vorgaben des BVerfG (Niebling, FF 2008, 193).

97 Anforderbar bei der geschäftsstelle@dpv-psa.de.

98 BVerfG. 2 BvR 1057/91 (69).