

Nr. 1303 BGH - BGB §§ 1626a II, 1672 I, 1751 I; EMRK Art. 8  
(XII. ZS, Beschluss v. 26.9.2007 - XII ZB 229/06 (OLG Naumburg))

Ruht die alleinige elterliche Sorge der Mutter (§ 1626a II BGB), weil diese der Adoption ihres Kindes zugestimmt hat (§ 1751 I BGB), bedarf ein Antrag des Vaters auf Übertragung des alleinigen Sorgerechts nach § 1672 I BGB nicht mehr ihrer Zustimmung. In einem solchen Fall ist dem Antrag des Vaters im Rahmen einer verfassungsgemäßen Auslegung des § 1672 I S. 2 BGB und unter Beachtung der Europäischen Menschenrechtskonvention schon dann stattzugeben, wenn die Übertragung der elterlichen Sorge auf den Vater dem Wohl des Kindes „nicht widerspricht“ (Folgeentscheidung im Fall „Görgülü“).

Anm. d. Red.: Die Entscheidung ist abgedruckt in FaniKZ 2007, 1969.

Anmerkung:

Der BGH-Entscheidung liegt ein bekannter Fall zugrunde - der Fall eines heute achtjährigen, nichtehelich geborenen Jungen, der auf Wunsch seiner Mutter von Geburt an in einer Adoptivpflegefamilie aufgewachsen ist, während sein leiblicher Vater schon bald nach der Geburt um Vaterschaftsfeststellung, Sorge- und Umgangsrechte gekämpft hat. Der Fall hat seit Jahren Behörden und Gerichte aller Instanzen beschäftigt bis hin zum BVerfG (mehrfach) und zum EuGHMR (FamRZ 2004, 1456). Dazu konnte es nur kommen, weil es sich um einen rechtlich, menschlich und politisch sehr komplexen Fall handelt und von den beteiligten Behörden und Gerichten im Grundsätzlichen sehr unterschiedliche Positionen vertreten worden sind, die leider durch Verfahrensfehler auf verschiedenen Ebenen immer wieder marginalisiert wurden. Der Fall polarisiert, denn es geht um rechtspolitisch hoch kontrovers diskutierte Themen: Väterrechte, Umgangsrechte und das Verhältnis von biologischer und sozialer Elternschaft sowie auch um das Verhältnis zwischen europäischen und nationalen Gerichten und Behörden (BVerfG, FamRZ 2004, 1857).

Die unverkennbare Tragik in diesem langen „Kampf ums Kind“ hat nun in den letzten Jahren hohe und höchste Gerichte zu „Sowohl-als-auch-Entscheidungen“ bewogen, die offenbar die Polarisierung überwinden sollten, indem sie allen Seiten „gerecht“ zu werden suchten. Das OLG Naumburg als letzte Tatsacheninstanz hat entschieden, dass dem Vater das Sorgerecht „noch“ nicht übertragen werden könne, möglich sei dies aber, wenn es gelänge, durch zunehmende Umgangskontakte langfristig eine tragfähige Vater-Kind-Beziehung zu entwickeln (FamRZ 2007, 665). Das BVerfG hat diese Lösung (im Blick auf die Umgangsregelung) akzeptiert (FamRZ 2007, 531, und FF 2007, 103), und der BGH entscheidet nun ebenso, indem er die Rechtsbeschwerde des Vaters gegen die Sorgerechtsentscheidung des OLG zurückweist. Aber der BGH tut ein übriges, indem er mit ungewöhnlichem pädagogischen Impetus die Amtsvormundschaft anweist, die Intensivierung von Umgangskontakten mit dem Ziel der schnellstmöglichen Übersiedlung des jungen in die Familie des Vaters (seine Ehefrau ist nicht die Mutter des Kindes) gegen die Pflegeeltern mit allen Mitteln, d. h. mit der Androhung von Zwangsgeldern oder auch der Herausnahme des jungen, durchzusetzen.

In dieser Form ist die Entscheidung eine existenzielle Katastrophe für den Jungen, eine unmenschliche Zumutung für seine (Pflege-)Eltern und den Adoptiv-Bruder, eine fachlich und moralisch unhaltbare Anforderung an die Amtsvormundschaft und schließlich ein Danaer-Geschenk für den leiblichen Vater, dem mit solcher Gewalt vielleicht „sein Recht“, aber ganz sicher nicht die Liebe seines Sohnes oder auch nur eine „tragfähige Beziehung“ verschafft werden kann. Hat der BGH das alles gesehen, gar in Kauf genommen, weil anders nicht „Recht“ gesprochen werden konnte? Fiat justitia, pereat infans? Schwer vorstellbar. Vielmehr scheint es, als hätte ein empörtes Gerechtigkeitsgefühl zugunsten des Vaters i. V mit bedauerlicher Unkenntnis psychologischer Gesetzmäßigkeiten zum ebenso gut gemeinten wie grausamen Versuch einer „Wiedergutmachung“ auf Kosten des Kindes geführt.

So geht der BGH davon aus, dass die derzeit bei einem sofortigen Wechsel bestehende „Gefahr einer nicht ganz aufzufangenden Bindungslosigkeit“ dadurch beseitigt oder verringert werden könne, dass die „über viele Jahre hinweg nur vereinzelt und erst in jüngster Zeit regelmäßigeren Umgangskontakte“ zügig intensiviert werden und dadurch schnellstmöglich eine „tragfähige Beziehung“ bzw. „Bindung“ zum (nunmehr achtjährigen!) Kind ausgebildet werden könne, die „einen baldigen Wechsel des ständigen Aufenthalts des Kindes ermöglicht“. Umgangsverweigerungen des Jungen werden nicht erwähnt bzw. den Pflegeeltern angelastet, die nach Meinung des BGH den Jungen ohne weiteres zum Umgang motivieren könnten, wenn sie nur wollten. Diese Erwartungen widersprechen nicht nur allen Erkenntnissen der Bindungsforschung, sondern ignorieren auch die existenzielle Bedeutung einer sicheren Bindung sowie die unstreitig dramatischen Konsequenzen ihrer Zerstörung, die als Risiken bis ins Erwachsenenleben in Form von Störungen der Bindungsfähigkeit zu Partnern und eigenen Kin-

dern nachweisbar sind. Ebenso unverständlich ist es, wenn die Angst eines Kindes vor dem Verlust seiner Familie schlicht für manipuliert und also auch umgekehrt manipulierbar erklärt wird.

Freilich - der BGH hat im vorliegenden Fall eine sichere Eltern-Kind-Bindung in der Pflegefamilie nicht gesehen und auch keine Anhaltspunkte für eine besondere Gefährdung des Kindes durch seine Herauslösung aus der Pflegefamilie. Vielmehr wird die mehrfach gutachterlich diagnostizierte und vom OLG bestätigte „gelungene sichere primäre soziale Bindung“ in der Pflegefamilie vom Senat selbst diagnostiziert als ein „auch nicht unbelastetes Verhältnis“! Eine (ungeklärte) aggressive Auseinandersetzung zwischen Pflegevater und Amtsvormund im Zusammenhang mit einem Umgangskontakt habe gezeigt, dass der Pflegevater

*„jedenfalls an diesem Tag nicht in der Lage war, seine Erziehungsaufgabe im erforderlichen Umfang wahrzunehmen und das Kind zu dem auch im Interesse des Kindeswohls notwendigen Umgang zu bewegen“. Im übrigen sei die „Auseinandersetzung ... vor den Augen des Kindes ... geeignet, einen Teil des kindlichen Vertrauens in den Pflegevater zu zerstören“.*

Deshalb wird dem Amtsvormund aufgegeben,

*„regelmäßig zu überprüfen, ob das Kind weiterhin in der Pflegefamilie untergebracht bleiben kann, wenn die Pflegeeltern ein solches Verhalten in der Zukunft fortsetzen und damit (wenn auch unbeusst) ihre Bindung zu dem Kind untergraben.“*

Wie der BGH zu dieser kinderpsychologischen Sicht auf (neu eingeführte) hochstreitige „Tatsachen“ kommt und worauf sich seine bindungstheoretischen Deutungen stützen, die immerhin sogar eine Herausnahme des Kindes aus der Pflegefamilie rechtfertigen sollen, wird nicht erläutert.

Dagegen wird die vom OLG ebenfalls in Übereinstimmung mit dem Sachverständigen-Gutachten beim leiblichen Vater festgestellte „erhebliche Einschränkung der Empathie gegenüber dem Kind und gegenüber der Konfliktsituation und ihrer Bedeutung für die seelische Entwicklung des Kindes“ ebenso übergangen wie die vom OLG achtsam formulierte Notwendigkeit eines „Lernprozesses“, für den der Vater Hilfen brauche, um „kindgerecht und einfühlsam reagieren und agieren“ zu können, „bevor eine Herauslösung C's aus seinem gewohnten Umfeld auch nur ansatzweise praktiziert werden kann“. Stattdessen stellt der BGH eine „unbestrittene Erziehungseignung“ fest.

Nirgends erwähnt werden vor allem aber die gutachterlich festgestellten gravierenden psychischen Beeinträchtigungen des Jungen durch die anhaltende Verunsicherung über seinen Verbleib in der Pflegefamilie, die - wie vom OLG zitiert - sich schon 2006 in „Depersonalisationserscheinungen und dissoziativen Zuständen“ als Symptome depressiver Tendenzen „mit nicht auszuschließender suizidaler Dynamik“ zeigten. Stattdessen ist lediglich von einem Loyalitätskonflikt des Jungen und - in Anlehnung an ähnliche Formulierungen des BVerfG - von „einer erheblichen psychischen Belastung“ die Rede, die stets mit der Trennung von einer Pflegefamilie verbunden sei.

Der BGH revidiert also in wichtigen Punkten den vom OLG zugrunde gelegten, auf sachverständige Diagnostik gestützten Sachverhalt. Falls aber der Senat- anders als das OLG - die zentralen Feststellungen und Wertungen des Sachverständigengutachtens für nicht überzeugend hielt, wäre dann nicht eine Aufklärungsrüge mit Rückverweisung zur Einholung eines neuen Gutachtens zu erwarten gewesen? Stattdessen kommt es aufgrund des neu festgestellten Sachverhalts zu einer Regelung der Umgangskontakte, die erheblich von der des OLG abweicht - insbesondere von dessen kindeswohlorientierten Auflagen - sowie zu Sanktionsdrohungen, die Gewalt gegen das Kind einschließen - entgegen § 33 II S. 2 FGG. Was bewegt den Senat zu einem solchen Vorgehen?

Der BGH erklärt unter Bezugnahme auf die Entscheidung des EuGHMR, in die Prüfung des Sorgerechtsantrags seien

*„nicht nur die unmittelbaren Auswirkungen der Trennung des Kindes von seinen Pflegeeltern, sondern auch die langfristigen Auswirkungen einer dauerhaften Trennung von seinem leiblichen Vater“ einzu- beziehen, durch die das Kind „von seinen Wurzeln getrennt“*

würde. Hier wird nun leider eine neuerdings gängige, gleichwohl abenteuerliche Sentenz zitiert, die sich in Fällen wie diesem auf nichts anderes als biologische Zusammenhänge berufen kann, auf die Gene also, denn andere Gemeinsamkeiten haben Vater und Kind hier mangels gemeinsam gelebten Lebens nicht. Die individuellen geistig-seelischen Strukturen, oder - um im Bild zu bleiben: die „Wur-

zeln" der sozial-kulturellen Persönlichkeit bilden sich nachweislich in Abhängigkeit von den Erfahrungen des Kindes in der alltäglichen Interaktion mit den versorgenden Personen. Und diese prägen im günstigen Fall eben jene existenziell wichtige Folie der sicheren Eltern-Kind-Bindung, die nach unstrittigem Stand der Forschung als wichtigster „Schutzfaktor" für die kindliche Entwicklung gilt. Insbesondere frühkindliche Erfahrungen bestimmen die Ausprägung oder Verkümmern genetischer Dispositionen, wie inzwischen auch die Hirnforschung anhand der Veränderungen des Hirnstoffwechsels und sogar der Hirnsubstanz zeigen kann.

Schließlich wird die Behauptung aufgestellt, für die Pflegeeltern habe nicht stets das Kindeswohl an erster Stelle gestanden, zumal sie schon sehr früh damit hätten rechnen müssen, das Kind an den Vater herausgeben zu müssen. Wie soll man das verstehen? Nach dem Wunsch der Mutter und der Einschätzung der zuständigen Fachbehörden war das Kind der Familie zur Adoption anvertraut worden. Der nichteheliche Vater hatte nicht das Sorgerecht und seine Zustimmung zur Adoption konnte - und sollte zunächst - durch gerichtliche Entscheidung ersetzt werden. Der entsprechende Antrag des Amtsvormunds wurde erst im Jahr 2006 zurückgenommen. Durften die Adoptivpflegeeltern den behördlichen Einschätzungen und den obergerichtlichen Entscheidungen, die bis 2004 - also bis der Junge fünf Jahre alt war - stets für den Verbleib des Kindes bei ihnen ausfielen, nicht trauen? (Auch das BVerfG hatte 2001 die Verfassungsbeschwerde des Vaters nicht angenommen!) Sollten sie dem Vater, sobald seine Vaterschaft festgestellt war, das damals einjährige Kind übergeben - entgegen dem Wunsch der Mutter und der fachlichen Einschätzung des Jugendamtes? Oder sollten sie von da an das Kind emotional auf Distanz halten, sich auf die neurobiologisch vorgegebene Bindungsbereitschaft des Kindes nicht einlassen? Wie kann man das? Zweifelsfrei wäre schon der Versuch eine hochgradige Kindeswohlgefährdung gewesen. Wenn aber naturgemäß Eltern-Kind-Bindungen entstanden, wie sollten da Umgangskontakte begrüßt werden, die im Rahmen eines nicht vorwerfbaren, aber nicht primär kindzentrierten väterlichen Denkens stets ganz selbstverständlich mit einem Herausgabeanspruch einhergingen? Es scheint, als habe der BGH hier Schuldige gebraucht, um aus der tragischen Realität eine Täter-Opfer-Geschichte zu konstruieren, in der sich harte Entscheidungen leichter verkraften lassen, wenn sie gegen die „Täter" gerichtet werden.

Pflegeeltern scheinen sich in jüngster Zeit für diese Täter-Rolle besonders zu eignen, seit der auch hier wiederholte Ausspruch, die Pflegekindschaft sei „institutionell auf Zeit angelegt", zu der Folgerung verleitet, Pflegeeltern müssten grundsätzlich jederzeit bereit sein, ein Kind wieder herauszugeben. Diese psychologisch unhaltbare Konstruktion findet eine normative Stütze allenfalls im lückenhaft geregelten zivilrechtlichen Pflegekinderrecht, in dem es bis heute keine rechtliche Absicherung der Familienbindungen von Dauerpflegekindern gibt, obwohl das BVerfG mehrfach entschieden hat, dass langjährige Bindungen auch in der Pflegefamilie unter dem Schutz des Art. 6 1 GG stehen. In der jüngeren, systematisch differenzierenden Struktur der Fremdunterbringungsregelungen im SGBVIII wird dagegen klar zwischen einer zeitlich befristeten und einer Dauerperspektive unterschieden und die Sicherung eines vorhersehbar dauerhaften Verbleibs sogar durch die Verpflichtung des Jugendamts zur Prüfung einer Adoptionsmöglichkeit betont.

#### **Bilanz und Ausblick:**

Richter können nicht in allen justizförmig ausgehandelten Konflikten über Expertenwissen verfügen. Sie müssen aber die Notwendigkeit von Sachverständigengutachten erkennen und deren Ergebnisse verstehen und bewerten können. Entfernt sich die Justiz so weit vom Stand leicht zugänglichen Wissens, dass sie eben dazu nicht in der Lage ist, sondern grundlegende Entscheidungen auf Alltagstheorien stützt, so bleibt sie hinter ihrem Rechtsschutz- und Rechtsfortbildungsauftrag zurück. Das kann freilich nicht verwundern, solange die Aus- und Fortbildung von Juristen notwendiges Basiswissen nicht vermittelt. Unter diesen Umständen wäre zu überlegen, ob nicht für Richter - auch hoher und höchster Gerichte - Rückmeldungen über die Folgen ihrer Entscheidungen wichtig wären. Wenn Fachleute der Jugendhilfe ermutigt würden, darüber zu berichten, wie es etwa den Kindern Kutzner oder Haase ergangen ist, nachdem über sie letztinstanzlich gegen übereinstimmende Empfehlungen von Jugendämtern und Psychologen entschieden worden war, so könnte darin ein willkommener Beitrag zur richterlichen Fortbildung und zur Rechtsfortbildung liegen.

Eine speziell familienrechtliche Problematik besteht freilich darin, dass Tragik in menschlichen Beziehungen immer wieder an Grenzen von Recht und Richtermacht führt. Im Eherecht haben wir seit geraumer Zeit gelernt, dass Beziehungen und Bindungen nicht mit rechtlichen Mitteln durchgesetzt werden können. Ehen werden in unserer Rechtsordnung nicht erzwungen, Scheidungen nicht (mehr) verhindert. Später wuchs die Einsicht, dass für Beziehungen zwischen Eltern und Kindern nichts anderes gelten kann -jedenfalls wenn man die weltweit übereinstimmenden Ergebnisse humanwissenschaftli-

cher Forschung zur Entstehung und Bedeutung von Eltern-Kind-Bindungen und zu den Konsequenzen von Zwang und - auch psychischer - Gewalt gegenüber Kindern zur Kenntnis nimmt. Seriöse Familienrechtsliteratur tut dies seit langem, und Gesetzgebung und Rechtsprechung haben vieles davon umgesetzt. So haben etwa Kinder ein Recht, aber keine Pflicht zum Umgang mit getrennt lebenden Eltern(teilen), und ausdrücklich verboten ist zu diesem Zweck die Anwendung von unmittelbarem Zwang. Gerichte können gegen den Willen der leiblichen Eltern von Amts wegen oder auf Antrag der Pflegeeltern den Verbleib von Kindern in ihrer faktischen (Pflege-)Familie anordnen, wenn das Kindeswohl durch die Herausnahme gefährdet würde, und zwar auch dann, wenn die leiblichen Eltern kein Vorwurf trifft, also der Verlust der elterlichen Sorge als tragisch gelten muss. Ebenso wurden andere Eingriffe ins Elternrecht zum Schutz des Kindes auch bei „schuldlosem Versagen“ der Eltern ermöglicht. Nach jüngsten Reformentwürfen zu § 1666 BGB soll die Feststellung genügen, dass die Eltern „nicht bereit oder in der Lage“ sind, eine Kindeswohlgefährdung abzuwenden. Sehr deutlich kommt hier zum Ausdruck, dass dem Kindeswohl im Konflikt mit Elternrechten Priorität zukommt, auch dann, wenn auf diese Weise „Gerechtigkeit“ für die Eltern nicht realisiert werden kann. Diese Entwicklung wurde bis in die 90er Jahre wesentlich vorangebracht durch das BVerfG, das die Priorität des Kindeswohls wieder und wieder bestätigt hat.

Ebenso hat der EuGHMR wie schon früher so auch in dem hier zum BGH gelangten Fall eindeutig erklärt:

*„Insbesondere hat ein Elternteil nach Art. 8 EMRK keinen Anspruch auf Maßnahmen, die der Gesundheit und Entwicklung des Kindes schaden würden“.*

In jüngster Zeit erwecken freilich manche Entscheidungen hoher und höchster Gerichte ebenso wie manche gesetzgeberischen Initiativen (z. B. zur Umgangsdurchsetzung) den Eindruck, dass die hier skizzierten Einsichten in die Grenzen von Recht und richterlicher Macht im Bereich menschlicher Beziehungen verloren gehen und das „Kindeswohl“ immer häufiger zum - bewussten oder unbewussten - Etikettenschwindel verkommt, um Elternrechte durchzusetzen. Bleibt zu hoffen, dass fachliche Kritik eine Diskussion fördert, die insbesondere den rechtspolitischen und strukturellen Reformbedarf aufgreift.

Im vorliegenden Fall liegt freilich eine Hoffnung für die Betroffenen auch darin, dass neue Tatsachen in unserem Rechtssystem auch neue gerichtliche Entscheidungen ermöglichen. Und da sich die Erwartungen des BGH mit aller Einsatzbereitschaft der Amtsgewalt i. S. der Vater-Kind-Beziehung nicht werden erfüllen lassen, ist zu hoffen, dass bei neuerlicher Anrufung der Gerichte die Grenzen des Rechts deutlicher erkannt und zugunsten des Kindeswohls respektiert werden. Ein ermutigender Hinweis findet sich in einer neuen Entscheidung des EuGHMR (FamRZ 2007, 1529), in der es um eine fehlerhaft zustande gekommene Auslandsadoption geht, die nach Meinung des Gerichtshofs gleichwohl anzuerkennen sei, weil die „Verweigerung der Anerkennung der sozialen Realität der Situation nicht Rechnung trägt“. Ausdrücklich erinnert der EuGHMR daran,

*„dass in solchen Angelegenheiten das Wohl des Kindes oberste Priorität haben muß“ und kommt zu dem Schluss, dass die Luxemburgischen Richter „vernünftigerweise die Anerkennung der Familienbande, die de facto zwischen den Bf entstanden waren, nicht hätten verweigern und von einer konkreten Prüfung (nicht) hätten absehen dürfen“.*

Ähnlich hat das BVerfG entschieden, dass langjährige Eltern-Kind-Bindungen in der Pflegefamilie unter dem Schutz des Art. 6 I GG stehen, auch wenn das Pflegeverhältnis rechtswidrig zustande gekommen ist (BVerfGE 68, 176 = FamRZ 1985, 39).

Neue Tatsachen, die der BGH gar nicht berücksichtigen konnte, sind aber schon jetzt bekannt und erfordern neue Entscheidungen. So hat sich gezeigt, dass der Vater nicht bereit oder in der Lage ist, Verständnis für die „derzeitige psychosoziale Verortung“ seines Sohnes in der Pflegefamilie und für dessen Angst um ihren Verlust zu entwickeln - als allseits vorausgesetzte Basis für die Entstehung einer „tragfähigen Vater-Kind-Beziehung“. Seit letzthin auch die Amtsvormundschaft ihr Versprechen, er dürfe in seiner Familie bleiben, wenn er zum Umgang mit dem Vater bereit sei, zurückgenommen hat, zeigt der Junge eine manifeste Angststörung mit psychosomatischen Symptomen. Er verweigert nicht nur den Umgang, sondern vermeidet zunehmend auch andere „unsichere Plätze“, z. B. die Schule (wo er jüngst aus dem Unterricht geholt und zum Vater gebracht wurde), er klammert extrem und ist immer häufiger krank. Auf diese akute Kindeswohlgefährdung darf und muss die Amtsvormundschaft jetzt auch neu reagieren! Wenn sie ihr Handeln dabei auf unabhängige, fachlich anerkannte Experti-

sen stützt, z. B. von Verfassern aktueller Standardwerke der Familiengerichtspsychologie wie Balloff Dettenborn/Walter und Salzgeber, dann dürfte dies auch nach Einschätzung international erfahrener Juristen vor allen Gerichten Bestand haben, denn die beständige Überprüfung des Kindeswohls wird von allen vorausgesetzt.

Prof. Dr. Dr. h.c. Gisela Zenz, Frankfurt/M.