

**KANN DIE RECHTSSPRECHUNG DES EUGHMR VERFASSUNGSGEMÄSS  
ÜBERNOMMEN UND ANGEWENDET WERDEN?**

**AM BEISPIEL DES "AUSBALANCIERTEN TEILSYSTEMS DES INNERSTAAT-  
LICHEN RECHTS"  
IM PFLEGEKINDSCHAFTSWESEN  
UND SEINEM VORRANG GEGENÜBER DER RECHTSPRECHUNG DES EUGHMR<sup>1</sup>**

Zu der Kontroverse  
zwischen  
EuGHMR (FamRZ 2004, 1456)  
und  
OLG Naumburg (FamRZ 2004, 1507 u. 1510),  
sowie  
BVerfG - 2. Senat - (FamRZ 2004,1857)  
und der Divergenz zu  
BVerfG - 3. Kammer d. 1. Senats - (FamRZ 2005,173)

**Vorbemerkung:**

Die Frage der Verfassungswidrigkeit oder Verfassungsmäßigkeit des Europarechts beschäftigt den 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts nicht nur im Strafrecht<sup>2</sup>, sondern auch im Familienrecht<sup>3</sup>. Dort war es ebenfalls der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts, der davor gewarnt hatte, dass die „schematische Vollstreckung“ der Rechtsprechung des EuGHMR „zu verfassungsrechtlichen Problemen führen“ und „gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen“ (Leitsatz 1.) könnte.

Ebenso wie im Strafrecht stellt sich im Familienrecht die Frage des Europa-Rechts als Abbild von Hobbes' „Leviathan“ von 1651, dem menschengeschaffenen Staatsmonster.

Die Kontroverse war zunächst zwischen EuGHMR und OLG Naumburg entstanden, hat sich nun aber möglicherweise zu einer handfesten Divergenz zwischen dem 2. Senat - zuständig für Europa-Rechtsfragen - und der 3. Kammer des 1. Senats - zuständig für Familien-Rechtsfragen - und noch darüber hinausgehend zu einer Grundsatzfrage ausgeweitet.

Im Grundsatz geht es um die Frage, ob bereits eine auf die biologische Herkunft beschränkte Beziehung ein „Familienle-

---

<sup>1</sup> Im Anschluss an den Beitrag d. Verf. "Kann, darf oder muss man die Entscheidungen des EuGHMR zu Pflegekindern ignorieren? - Zur Ideologie in Gerichtsentscheidungen", ZfJ 2005, 44

<sup>2</sup> DER SPIEGEL Nr. 11 v. 14.03.05, S. 56 „Die Leviathan-Frage“ zum Verfahren BVerfG 2 BvR 2236/04

<sup>3</sup> BVerfG FamRZ 2004, 1857 = ZfJ 2005, 70 ff.

ben" ist, woraus Umgangsrechte und Sorgerecht abgeleitet werden können (so der EuGHMR) oder ob eine „sozial-familiäre Beziehung“ hinzutreten muss, um derartige Rechte in Betracht zu ziehen (so bisher das Bundesverfassungsgericht).

Im konkreten Fall, der die Gerichte (AG Wittenberg, LG Dessau, OLG Naumburg, BVerfG, EuGHMR) seit mehreren Jahren zunehmend intensiv beschäftigt, geht es insbesondere um die Frage, ob das seit vier Tagen nach seiner Geburt in seiner Adoptionspflegefamilie lebende (bald sechsjährige) Kind mit dem biologischen Vater Umgang ausüben soll, „um die familiäre Beziehung weiterzuentwickeln“ und ob dem biologischen Vater auch die elterliche Sorge übertragen werden soll (so EuGHMR) oder ob der grundgesetzlich garantierte Schutz des Kindeswohls in der Adoptivpflegefamilie höherrangig zu bewerten ist, (so bisher die Rechtsprechung der Bundesverfassungsgerichts zu Pflegekindern).

Es wird im Folgenden aufgezeigt, dass die Rechtsprechung des EuGHMR zu Pflegekinder sich nicht mit der seit über 30 Jahren entwickelten ausdifferenzierten Systematik von Gesetz und Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu der Frage des Kindeswohls in Einklang bringen lässt.

#### A. Biologische Abstammung: Vorrangig gegenüber sozialer Familienbindung?

*»Das Blut, das Blut allein macht lange noch den Vater nicht!  
Macht kaum den Vater eines Tieres!  
Gibt zum höchsten das erste Recht, sich diesen Namen zu erwerben!«<sup>4</sup>*

Lessing (1729 bis 1781) schrieb 1779 sein »dramatisches Gedicht« mitten in der der Zeit der europäischen Aufklärung, welches durch die Abkehr von dogmatischen Glaubenssätzen mit Wahrheitsanspruch und Hinwendung zu den Erkenntnisfortschritten der Wissenschaften gekennzeichnet war. Das Werk wurde gefeiert als ein Zeugnis der Humanität und der Toleranz.

Etwa 225 Jahre später sind jetzt auf europäischer und nationaler Ebene in der Rechtsprechung und Jugendpolitik Strömungen entstanden, die die Erkenntnis der Aufklärung, dass »das

---

<sup>4</sup> G.E.Lessing, Nathan der Weise, 5. Aufzug, 7. Auftritt, Reclam S. 144

Blut alleine noch lange nicht den Vater macht«, in Frage stellen bzw. dahinter zurückfallen.

Die dadurch entstandene Kontroverse hat sich verschärft, nachdem

- der EuGHMR die auf die biologische Herkunft beschränkte Beziehung zwischen einem nicht ehelichen Vater und einem Kind als »Familien-leben« gekennzeichnet hat und daraus Konsequenzen für Umgangsrecht und Sorgerecht hergeleitet wissen möchte<sup>5</sup>,
- das OLG Naumburg in gleicher Sache diese Position als »einseitig ideologisch geprägt« kritisiert und sich geweigert hatte, diese Position zu übernehmen<sup>6</sup>,
- der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts eine sehr ausgewogene und differenzierte Stellungnahme dazu abgegeben hat, **wie** im Einzelnen die Entscheidungen des EuGHMR in das jeweilige nationale Rechtssystem einzupassen sind, eine schematische Übernahme der Entscheidungen des EuGHMR sogar als verfassungswidrig bezeichnet und damit das »ausbalancierte Teilsystem« des nationalen Rechts als vorrangig gegenüber den Entscheidungen des EuGHMR angesehen und nicht ausgeschlossen hat, dass die nationalen Gerichte durchaus im Einzelfall zu anderen Ergebnissen kommen können<sup>7</sup>,
- die 3. Kammer des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts **in Divergenz dazu** am 28.12.2004 in einer Eil-Entscheidung unter unmittelbarer Anwendung der Entscheidung des EuGHMR ein wöchentliches Umgangsrecht des nicht ehelichen Vaters, dessen Beziehung zu dem Kind sich auf die biologische Herkunft beschränkt, angeordnet hat<sup>8</sup>.

Bei dieser **Kontroverse geht es um mehr als um die Frage von »richtig oder falsch«** in dem zu entscheidenden Einzelfall.

Es geht zum einen um das Aufkommen und Erstarken einer **Ideologie**, wie das OLG Naumburg in seinen Entscheidungen zutreffend erkannt hat.

---

<sup>5</sup> FamRZ 2004, 1456,

<sup>6</sup> FamRZ 2004, 1507 u. 1510

<sup>7</sup> FamRZ 2004, 1857

<sup>8</sup> FamRZ 2005, 173

Es handelt sich um eine Ideologie, die einerseits durch eine fehlerhafte Deutung und Überbetonung der Bedeutung der biologischen Herkunft<sup>9</sup>, andererseits der Leugnung der Bedeutung der sozialen Bindungen, die die Pflegekinder außerhalb der Herkunftsfamilie finden mussten, gekennzeichnet ist.

Es geht zudem um die Frage, ob die Übernahme dieser Auffassung des EuGHMR mit den in den letzten Jahrzehnten entwickelten Grundsätzen unseres Verfassungsrechts zur Bedeutung des Kindeswohls vereinbar ist oder nicht.

Die ideologisch orientierte Position, wie sie beim EuGHMR zum Ausdruck kommt, aber auch z.T. in Deutschland vertreten wird, ignoriert

- die seit Jahrzehnten gesicherten Ergebnisse der internationalen Sozialisationsforschung.
- die nationale Gesetzgebung, die diese Forschungsergebnisse in Form der Übernahme des kindlichen Zeitbegriffs, der Orientierung an der Dauer des Pflegeverhältnisses und der Notwendigkeit der Entwicklung einer dauerhaften Perspektive umgesetzt und das Kindeswohl in das Zentrum der Betrachtung gestellt hat.
- die hierzu ergangenen Grundsatzentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in denen die Ergebnisse der internationalen Sozialwissenschaften übernommen wurden.

Damit werden die Pflegekinder, die sich ohnehin in einer schwachen, labilen Rechtsposition befinden, des entscheidenden Schutzes beraubt, der vom nationalen Gesetzgeber und der nationalen Rechtsprechung auf der Basis internationaler Forschungsergebnisse im sozialwissenschaftlichen Bereich in den vergangenen 50 Jahren systematisch entwickelt wurde.

Diese Ideologie ist nicht nur als Einzelfall in der Rechtsprechung anzutreffen, sondern findet sich auch bereits in politischen Leitlinien der Jugendbehörden wieder, wie z. B. in der Globalrichtlinie der Freien und Hansestadt Hamburg GR J 8/03<sup>10</sup>, die auch bereits in anderen Städten als grundlegende Leitlinie diskutiert wird. Darin wird für jedes Pflegekindschaftsverhältnis gefordert, dass - losgelöst von der dauerhaften Perspektive des Pflegekindes - unterschiedslos halbjährlich im Rahmen der Erstellung von Hilfeplänen die Rückführungsmöglichkeit zur Herkunftsfamilie geprüft werden

---

<sup>9</sup> vgl. Klußmann, Stötzel, Das Kind im Rechtsstreit der Erwachsenen, 2. Aufl. 1995, S. 242 f

<sup>10</sup> [www.hamburg.de], Schnellsuche: [Globalrichtlinien]

soll.

Es ist im folgenden aufzuzeigen,

- dass die Anwendung und Umsetzung dieser ideologisch orientierten Position zu rechtswidrigen, auch verfassungswidrigen Ergebnissen führt,
- was das zu bewahrende "ausbalancierte Teilsystem des nationalen Rechts" zum Schutz der Pflegekinder umfasst und
- dass dieses Teilsystem auch "gegenüber europarechtlichen Entscheidungen als vorrangig" erhalten bleiben muss<sup>11</sup>.

Die Auseinandersetzung mit dieser Ideologie ist dringend notwendig zu Gunsten der Kinder, die durch die Umsetzung dieser Ideologie in Form des katastrophalen Verlustes oder der Gefährdung gewachsener sozialer Bindungen schwer zu leiden haben.

## **B. Kurze Darstellung der für die Kontroverse relevanten Entscheidungen**

Nur selten sind in einem einzelnen Fall innerhalb eines Jahres (2004) so viele höchstrichterliche Entscheidungen ergangen wie in der Angelegenheit des inzwischen bald sechsjährigen Jungen, den seine unverheiratete Mutter kurz nach seiner Geburt zur Adoption freigegeben hatte. Er lebt seit seinem vierten Lebenstag in seiner Adoptiv-Pflegefamilie.

Nur vier der markantesten Entscheidungen werden zusammengefasst dargestellt.

Die Auseinandersetzung um ein Umgangsrecht und auch Sorgerecht des biologischen Vaters, der weder mit der Mutter noch dem Kind jemals zusammengelebt hat, führte zu einer heftigen Kontroverse. Darin wurden folgende Positionen bezogen:

### **I. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EuGHMR)**

Der *EuGHMR* - zuständig für 46 Staaten mit mehr als 800

---

<sup>11</sup> vgl. BVerfG FamRZ 2004, 1857 Rdnr. 57, 58

Millionen Einwohnern - vertritt die **Auffassung**<sup>12</sup>,

dass die **biologische Herkunft als die einzig existierende Beziehung** zwischen einem Vater und einem Kind bereits als **»ein Band, das dem Familienleben gleichkommt«** und damit als schützenswert i. S. v. Art. 8 EMRK anzusehen sei. Daraus wird die Konsequenz von Umgangsrechten u. U. auch Übertragung von Sorgerecht für den Vater abgeleitet.

Dieser biol. Vater hat jedoch weder mit der Mutter noch mit dem Kind jemals zusammengelebt und ist für das Leben aus der subjektiven Sicht des Kindes bedeutungslos. Denn das Kind lebt seit seinem vierten Lebenstag in der Adoptiv-Pflegefamilie und hat ausschließlich dort und nirgends sonst seine Bindungen und Beziehungen gefunden.

Über den Schutz dieses jetzt im sechsten Lebensjahr befindlichen Kindes in seiner faktischen und sozialen Familie, in der das Kind praktisch sein gesamtes Leben hinweg gelebt hat, sowie zur Frage des Schutzes dieser sozialen Familie, die seit der Geburt des Kindes ein tatsächliches Familienleben mit diesem Kind führt, verliert der EuGHMR in seiner jüngsten Entscheidung zu diesem Thema<sup>13</sup> kein Wort.

Ebenso wenig wird die Tatsache erörtert, dass auch die Pflegefamilie mit dem Pflegekind den Schutz des Art. 8 EMRK als Familie und »Privatleben« in Anspruch nehmen kann, wie der EuGHMR in vorangegangenen Entscheidungen bereits festgestellt hat<sup>14</sup>.

### **Ein gesamteuropäischer Rückfall hinter die Zeit der Aufklärung?**

---

<sup>12</sup> Görgülü./Deutschland, Urteil v. 26.02.2004, FamRZ 2004, 1456, Keegan ./Irland, Urteil v. 26.05.1994, FamRZ 1995, 110; Kroon ./Niederlande; Urteil v. 27.10.1994, FamRZ 2003, 813; Elsholz./Deutschland, Urteil v. 13.07.2000, FamRZ 2001, 341; Kutzner./Deutschland, Urteil v. 26.02.2002, FamRZ 2002, 1393;

<sup>13</sup> Görgülü./Deutschland, Urteil v. 26.02.2004 FamRZ 2004, 1456

<sup>14</sup> vgl. Fahrenhorst, FamRZ 1996, 460, Fußn. 93 mit weiteren Hinweisen

Sollte der Vorrang der biologischen Herkunft vor den sozialen Bindungen ein europarechtliches und verfassungsrechtliches Gebot sein, verbunden mit allen Verunsicherungen des Kindes und der Gefahr, dass die bereits gelungene Sozialisation eines Kindes in der Pflegefamilie in Frage gestellt wird ?

## II. Das OLG Naumburg vom 30.06. und 09.07.2004

Das *OLG Naumburg* hat in seiner darauf folgenden Entscheidung sehr deutlich erklärt<sup>15</sup>, dass die Gleichsetzung von biologischer Herkunft und Familienleben eindeutig eine ideologisch besetzte Position des *EuGHMR* darstelle. Das OLG Naumburg hat sich geweigert, diese Position zu übernehmen<sup>16</sup>.

Diese gegenüber dem *EuGHMR* sehr kritische Position des OLG Naumburg wurde wiederum z. T. heftig kritisiert<sup>17</sup>.

## III. Bundesverfassungsgericht (2. Senat) vom 14.10.2004 zur Übernahme der Entscheidungen des *EuGHMR*

Die Auseinandersetzung zwischen dem OLG Naumburg und dem *EuGHMR* hatte das BVerfG durch den 2. Senat - zuständig für Fragen des Völkerrechts -<sup>18</sup> zur Gelegenheit der **Klä- rung** genommen, **ob, in welchem Umfang und in welcher Weise die Entscheidungen des *EuGHMR* durch die hiesigen Gerichte zu berücksichtigen sind.**

Der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts hat differenziert zu der **Notwendigkeit der Berücksichtigung**, aber auch zu den **Grenzen** der Übernahme der Rechtsprechung des *EuGHMR* Stellung genommen und erläutert, dass der Europäische Gerichtshof **keine** »oberste Instanz« der nationalen Gerichte darstellt.

Vielmehr seien dessen Entscheidungen **unterhalb des Ver-**

---

<sup>15</sup> OLG Naumburg vom 30.06. und 09.07.2004, FamRZ 2004, 1507 u. 1510

<sup>16</sup> Vgl. P. Hoffmann, ZfJ 2005, 44, "Kann, darf oder muss man die Entscheidungen des *EuGHMR* zu Pflegekindern ignorieren? - Zur Ideologie in Gerichtsentscheidungen", ZfJ 2005, 44

<sup>17</sup> (Völker, »Zum guten Umgang« Kindprax 2004, 215ff; Rixe, Anm. zur Entsch. d. *EuGHMR*, FamRZ 2004, 1461; Rixe Anm. zu Entscheidung des BVerfG FamRZ 2005, 176; E. Klein, JZ 2004, 1176;)

<sup>18</sup> BVerfG vom 14.10.2004 - 2 BvR 1481/04 - ; FamRZ 2004, 1857

**fassungsrechts** auf einfach-gesetzlicher Ebene angesiedelt. Die Rechtsprechung des EuGHMR müsse unter **Berücksichtigung des jeweils ausdifferenzierten und ausbalancierten nationalen Teil-Rechts, bei dem verschiedene Grundrechtspositionen gegeneinander abzuwägen sind, in die nationale Rechtsordnung eingepasst werden**, und zwar unter **Vorrang der Souveränität des jeweiligen nationalen Staates**. Eine **schematische Übernahme und Vollstreckung der Entscheidung des EuGHMR könne einen Grundrechtsverstoß und einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip darstellen**.

Die Leitsätze:

- »1. 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. Sowohl die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des Gerichtshofs als auch **deren gegen vorrangiges Recht verstoßende schematische »Vollstreckung« können gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen**.
2. Bei der Berücksichtigung von Entscheidungen des Gerichtshofs haben die staatlichen Organe **die Auswirkungen auf die nationale Rechtsordnung in ihre Rechtsanwendung einzubeziehen**. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich bei dem **einschlägigen nationalen Recht um ein ausbalanciertes Teilsystem des innerstaatlichen Rechts handelt, dass verschiedene Grundrechtspositionen miteinander zum Ausgleich bringen will**.«

Noch weitaus deutlicher hat jedoch das BVerfG **in den Gründen** vor einer schematischen Übernahme jener Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs gewarnt, insbesondere offenbar bezogen auch auf den konkreten Fall, in dem **»verschiedene Grundrechtspositionen« zu beachten seien und deren Nichtbeachtung einen Grundrechtsverstoß darstellen könne**.

Es darf davon ausgegangen werden, dass das BVerfG seine **eigene Judikatur zum Thema Pflegekinder und § 1632 Abs. 4**



BGB<sup>19</sup> im Blick hatte ("ein ausbalanciertes Teilsystem des innerstaatlichen Rechts"), die im Kern aussagt, dass im Konflikt zwischen Herkunftsfamilie und Pflegefamilie das Kindeswohl letztendlich der ausschlaggebende Faktor bei der richterlichen Entscheidung zu sein hat (und damit keineswegs ein Vorrang für die Herkunftsfamilie gilt) und somit eindeutig eine **völlig andere Abwägung hinsichtlich des Kindeswohls vornimmt als der EuGHMR.**

Diese deutlichen Hinweise wären überflüssig, wenn der EuGHMR in seiner Entscheidung bereits eine aus Sicht des BVerfG zutreffende Abwägung der verschiedenen schutzwürdigen Positionen vorgenommen hätte.

Das BVerfG lässt es nicht an deutlichen Hinweise fehlen, die sowohl allgemein als auch - nicht ausdrücklich, aber erkennbar - auf den konkreten Fall bezogen und daher eine konkrete Handlungsanweisung an die jetzt bei dem OLG Naumburg mit der Sache befasste Kammer sind: die Entscheidung des EuGHMR zu berücksichtigen heißt

»die zuständigen Behörden oder Gerichte müssen sich mit der Entscheidung erkennbar auseinandersetzen und gegebenenfalls nachvollziehbar begründen, warum sie der völkerrechtlichen Rechtsauffassung gleichwohl nicht folgen. Gerade in Fällen, in denen staatliche Gerichte wie im Privatrecht mehrpole Grundrechtsverhältnisse auszugestalten haben, kommt es regelmäßig auf sensible Abwägungen zwischen verschiedenen subjektiven Rechtspositionen an, die bei einer Änderung der Subjekte des Rechtsstreits und durch eine Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse im Ergebnis anders ausfallen können. Es kann insofern zu verfassungsrechtlichen Problemen führen, wenn einer der Grundrechtsträger im Konflikt mit einem anderen einen für ihn günstigen Urteilsspruch des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gegen die Bundesrepublik Deutschland erstreitet und deutsche Gerichte diese Entscheidung schematisch auf das Privatrechtsverhältnis anwenden, mit der Folge, dass der insofern »unterliegende« und möglicherweise nicht im Verfahren vor dem Gerichtshof beteiligte Grundrechtsträger gar

---

<sup>19</sup> BVerfGE 68,176; 75,201; 79,51; 88,187

**nicht mehr als Verfahrenssubjekt wirksam in Erscheinung treten könnte.»<sup>20</sup>**

(Das BVerfG spricht damit die Tatsache an, dass in dem Verfahren vor dem EuGHMR **weder das Kind noch der Verfahrenspfleger noch die Pflegeeltern noch der Vormund noch das Jugendamt beteiligt** waren(!), auch noch nicht einmal angehört worden sind.)

Offenbar ist das BVerfG in Sorge - wie sich zeigt, zu Recht - darüber, dass eine schematische Übernahme der Entscheidung des EuGHMR durch deutsche Gerichte erfolgen könnte:

»Bei der Berücksichtigung von Entscheidungen des Gerichtshofs haben die staatlichen Organe **die Auswirkungen auf die nationale Rechtsordnung in ihre Rechtsanwendung einzubeziehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich um ein in seinen Rechtsfolgen ausbalanciertes Teilsystem des innerstaatlichen Rechts handelt, das verschiedene Grundrechtspositionen miteinander zum Ausgleich bringen will.»<sup>21</sup>**

»Die Entscheidungen des Gerichtshofs können auf durch eine differenzierte Kasuistik geformtes nationales Teilrechtssystem treffen. In der deutschen Rechtsordnung kann dies insbesondere im Familien- und Ausländerrecht sowie im Recht zum Schutz der Persönlichkeit eintreten ..., in denen widerstreitende Grundrechtspositionen durch die Bildung von Fallgruppen und abgestuften Rechtsfolgen zu einem Ausgleich gebracht werden.»<sup>22</sup>

Es müsse im Übrigen dem Umstand Rechnung getragen werden, dass das Individualbeschwerdeverfahren vor dem EuGHMR

»die beteiligten Rechtspositionen und Interessen möglicherweise nicht vollständig abbildet«<sup>23</sup>.

**Vorrang** vor der grundsätzlichen Pflicht zur konventionsge-

---

<sup>20</sup> Rdn. 50

<sup>21</sup> Rdn. 57

<sup>22</sup> Rdn. 58

<sup>23</sup> Rdn. 59

mäßen Auslegung gilt, wenn die Beachtung der Entscheidung wegen einer geänderten Tatsachenbasis gegen eindeutig entgegenstehendes Gesetzesrecht oder deutsche Verfassungsbestimmungen, namentlich auch gegen Grundrechte Dritter verstößt.

»Berücksichtigen« bedeutet, die Konventionsbestimmungen in der Auslegung des Gerichtshofs zur Kenntnis zu nehmen und auf den Fall anzuwenden, so weit die Anwendung nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen Verfassungsrecht verstößt.<sup>24</sup>

»Auch auf der Ebene des Bundesrechts genießt die Konvention nicht automatisch Vorrang vor anderem Bundesrecht, zumal, wenn es in diesem Zusammenhang nicht bereits Gegenstand der Entscheidung des Gerichtshofs war.«<sup>25</sup>

Und damit auch gar keine Missverständnisse aufkommen können, welche Grundrechtspositionen im Einzelnen gemeint sind:

»Bei der rechtlichen Würdigung insbesondere neuer Tatsachen der Abwägung widerstreitenden Grundrechtspositionen wie derer der Pflegefamilie und der Einordnung des Einzelfalles in den Gesamtzusammenhang familienrechtlicher Fälle mit Bezug zum Umgangsrecht ist das Oberlandesgericht im konkreten Ergebnis nicht gebunden.«<sup>26</sup>

Diese Vielzahl von deutlichen Hinweisen auf die Grundrechtspositionen der Pflegefamilie und des Pflegekindes und die bisherige Kasuistik insbesondere des Bundesverfassungsgerichts zu diesem Thema, nicht zuletzt auch auf die bundesgesetzlichen Regelungen, bedeutet u.a. konkret die vorrangige Bedeutung von

- § 1632 Abs. 4 BGB [Zulässigkeit der Verbleibensanordnung allein auf Grund der Dauer des Pflegeverhältnisses; Übernahme des kinderpsychologischen Aspekts Bindungen und des kindlichen Zeitbegriffs] und der dazu ergangenen Senatsentscheidungen des BVerfG<sup>27</sup>;

---

<sup>24</sup> Rdn. 62

<sup>25</sup> Rdn. 62

<sup>26</sup> Rdn. 70

<sup>27</sup> BVerfGE 68,176; 75,201; 79,51; 88,187

- § 37 Abs. 1 Satz 2 und Satz 4 KJHG/SGB VIII [Orientierung am Kindeswohl und kindlichen Zeitbegriff; Festschreibung einer dauerhaften Perspektive des Pflegekindes außerhalb einer Herkunftsfamilie, wenn innerhalb eines Zeitrahmens, der am kindlichen Zeitbegriff zu orientieren ist, die Bedingungen in der Herkunftsfamilie nicht so verändert werden können, dass das Kind zurückkehren kann];
- § 36 Abs. 1 Satz 2 KJHG/SGB VIII [Prüfung der Adoptionsmöglichkeit als dauerhafte Perspektive]
- §§ 1744 sowie alle damit zusammenhängenden Adoptionsvorschriften, die die Adoption ausschließlich zum Wohle des Kindes ermöglichen, und unter diesem Aspekt den Umgang während der Adoptionspflegezeit ausschließen.

#### IV. Bundesverfassungsgericht (3. Kammer des 1. Senats) vom 28.12.2004 Eilentscheidung zum Umgang

Die 3. Kammer des 1. Senats des BVerfG hat daraufhin am 28.12.2004,<sup>28</sup> in einer Eil-Entscheidung jetzt dem biologischen Vater ein wöchentliches (!) Umgangsrecht unter direkter Umsetzung der Entscheidung des EuGHMR zugesprochen.

Die Begründung der Eilentscheidung des BVerfG<sup>29</sup> lautet wörtlich:

»Der EuGHMR hat entschieden, dass der Beschwerdeführer durch den Umgangsausschluss in seinem Recht aus Art. 8 EMRK verletzt sei und dass ihm zumindest der Umgang mit seinem Kind gewährleistet werden müsste.... Auch hat es (das OLG Naumburg) sich nicht hinreichend mit den Erwägungen des EuGHMR befasst, wonach es dem Kindeswohl entspreche, die **familiären Beziehungen aufrechtzuerhalten**, da der Abbruch solcher Beziehungen die Trennung des Kindes von seinen Wurzeln bedeute, was nur unter ganz außergewöhnlichen Umständen gerechtfertigt sei. Dass die vom OLG pauschal erwogene und mit keinen konkreten Tatsachen belegte Kindeswohlgefährdung durch die vom Amtsgericht angeordnete Anwesenheit einer geschulten Begleit-

---

<sup>28</sup> BVerfG FamRZ 2005, 173

<sup>29</sup> a. a. O. S. 175

person gebannt werden kann, hat das OLG ebenso wenig in Betracht gezogen wie die Tatsache, dass der Umgang ohnehin nur für eine Dauer von zwei Stunden pro Woche vorgesehen ist.... Gegen eine Kindeswohlgefährdung (durch den Umgang) spricht zudem, dass das fünfjährige Kind, das von seinem **vierten Lebensstag an bei den Pflegeeltern** aufgewachsen ist, zu diesen eine stabile Bindung aufgebaut haben dürfte, die es ihm ermöglicht, auch Kontakt mit ihm nicht (so) vertrauten Personen aufzunehmen, ohne dadurch in seiner psychischen Verfassung gefährdet zu werden...«

Stellungnahme zu der Eil-Entscheidung des BVerfG:

1. Die Eil-Entscheidung der 3. Kammer des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 28.12.2004<sup>30</sup> setzt die Entscheidung des EuGHMR<sup>31</sup> in der gleichen Sache offensichtlich **nicht** so um, wie zuvor der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts<sup>32</sup> dies ausführlich vorgegeben hatte. Es besteht hier die Möglichkeit der Entwicklung einer beträchtlichen Divergenz in der Rechtsprechung des BVerfG.
2. Damit vollzieht das BVerfG (3.K.d.1.Sen.) offenkundig diejenigen Fehler der schematischen Übernahme, vor denen der 2. Senat in der vorangegangenen Entscheidung vom 14.10.2004 gerade gewarnt hatte.
3. Diese Entscheidung ruft erhebliches Entsetzen darüber hervor, dass das Bundesverfassungsgericht in der Eile der Eilentscheidung offenbar die eigene vorangegangene Judikatur des BVerfG zu dem Thema Pflegekinder<sup>33</sup> unberücksichtigt gelassen hat.

In diesen vier Senatsentscheidungen hatte das BVerfG die internationalen Forschungsergebnisse im Bereich der Kinderpsychologie und Sozialwissenschaften übernommen und klargestellt, dass die Pflegefamilie zusammen mit dem Pflegekind unter den Schutz des Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 GG gestellt sind.

4. Der Entscheidung fehlt die innere Logik:

---

<sup>30</sup> FamRZ 2005, 173

<sup>31</sup> FamRZ 2004, 1456

<sup>32</sup> FamRZ 2004, 1857

<sup>33</sup> BVerfGE 68, 176; 75, 201; 79, 51; 88, 187

Sieht man von dem Beitrag des biologischen Vaters im Rahmen des Zeugungsakts ab, so ist nicht erkennbar, wo und wie zwischen dem biologischen Vater und dem Kind "Beziehungen" vorhanden sein sollten, die als »familiäre Beziehungen aufrechterhalten« werden könnten. (Der biol. Vater hatte weder mit der Mutter noch dem Kind jemals zusammengelebt; die Mutter hatte ihm die Schwangerschaft verschwiegen.)

Die auf die biologische Herkunft beschränkte Beziehung bleibt ohnehin aufrechterhalten. Dazu bedarf es keiner Besuchskontakte.

Darüber hinausgehende Beziehungen sind nicht existent. Sie können daher auch nicht „aufrechterhalten werden“.

5. Das Kind wöchentlich einer ihm fremden Person auszusetzen, die den Anspruch hat, für das Kind eine Vaterrolle übernehmen zu wollen, obwohl das Kind bereits einen anderen Vater zu seinem Vater gemacht hat, stellt in der Tat eine Bedrohung aus der Sicht des Kindes, zugleich eine erhebliche Verunsicherung bezüglich des Vertrauens in den Bestand der vorhandenen Bindungen zu den sozialen Eltern und daraus folgend eine Kindeswohlgefährdung dar.

Dies gilt unabhängig davon, dass dem Wunsch des leiblichen Vaters, eine solche Rolle übernehmen zu wollen, mit Respekt zu begegnen ist. Die Versuche, den biol. Vater gleich nach der Geburt im Rahmen der Freigabe und Vermittlung einzubeziehen, waren im Ergebnis jedoch erfolglos. Wenn hier etwas versäumt wurde, ist es jedoch heute nicht mehr rückgängig zu machen.

6. Die biologische Herkunft eines Kindes mag von Bedeutung sein für bestimmte Eigenschaften wie Aussehen, Körpermaße, Temperament, vererbliche Krankheiten etc..

Für die Frage von **Beziehungen und Bindungen**, die für die Frage des **Kindeswohls** und der kindlichen Entwicklung von entscheidender Bedeutung sind, ist die biologische Herkunft jedoch völlig ohne Bedeutung, wenn das Kind einen anderen Mann als den biologischen Vater zu seinem Vater gemacht hat oder eine andere Frau als seine biologische Mutter zu seiner Mutter gemacht hat. Weder kann der biologische Vater erkennen, dass das Kind »sein Kind« ist, noch kann das Kind erkennen,

dass der Vater »sein Vater« ist<sup>34</sup>.

7. Die Entscheidungsbegründung zum Umgang unterstellt im Übrigen fälschlicherweise, dass durch die Umgangskontakte eine Eltern-Kind-Beziehung zwischen dem leiblichen Vater und dem Kind entstehen könne.

Es fehlt auch hier an der Logik der Entscheidung:

Zum einen stellt sich die Frage, warum ein Kind ausgerechnet einen »Vater« lieben sollte, der ausdrücklich - auch dem Kind unmittelbar gegenüber, anlässlich des inzwischen stattgefundenen Umgangs - erklärt, das Kind von den geliebten faktischen Eltern wegnehmen zu wollen.

Zum anderen gibt es in der gesamten Sozialisationsforschung keinen Hinweis darauf, dass dies gelingen könnte.

Hingegen gibt es eine über 25 Jahre durchgeführte amerikanische Langzeitstudie<sup>35</sup>, die die katastrophalen Folgen für Kinder nachweist, die für die Kinder entstehen, wenn sie zu Umgangskontakte gedrängt werden, die sie nicht wollen<sup>36</sup>.

Bei den in der Studie untersuchten Scheidungskindern handelt es sich sogar um solche, die bereits Beziehungen zu beiden Elternteilen in der Zeit des Zusammenlebens der Eltern entwickeln konnten.

Wie viel schlimmer muss es für ein Kind sein, einen Umgang wahrnehmen zu müssen mit einem Mann, zu dem keinerlei soziale Beziehung besteht und der ihm anlässlich des Besuchskontakts erklärt, es seinen faktischen Eltern wegnehmen zu wollen?

8. Wenn diese Position des EuGHMR und der 3. Kammer des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts konsequent weitergedacht wird, läuft sie darauf hinaus, dass **jedem biologischen Vater**, in der Konsequenz dann zwangsläufig auch im Rahmen der Reproduktions-Genetik

---

<sup>34</sup> A. Westermann, Leserbrief an Westf. Nachrichten zum Bericht über die Entschdg.; vgl. Klußmann, Stötzel, a. a. O. (Fn. 9)

<sup>35</sup> Wallerstein u.a., USA 2000, Dt. 2002 »Scheidungsfolgen - Die Kinder tragen die Last; eine Langzeitstudie über 25 Jahre«

<sup>36</sup> a. a. O. S. 192 ff

- dem Samenspender,
- der Leihmutter (z.B. in den Niederlanden u. Belgien zulässig),
- der Wissenschaftler: Umgangsrechte bei dem Retortenbaby?
- dem außerehelichen Vater eines Kindes, das aus einem Seitensprung der Ehefrau entstanden ist - warum sollte dann nicht auch dieser jeweils sonntags nachmittags für zwei Stunden »sein« Kind besuchen? - so offenbar EuGHMR vom 27.10.1994:

»Zwischen dem aus einer dauerhaften außerehelichen Beziehung seiner Eltern hervorgegangenen, als ehelich geltenden Kind und seinem natürlichen Vater besteht kraft Gesetzes seit seiner Geburt ein Familienleben gem. Art. 8 EMRK, selbst wenn die Eltern nie zusammengelebt haben unter Vater nicht zur Pflege und Erziehung des Kindes beiträgt.«<sup>37</sup>

9. Das Bundesverfassungsgericht hat bei dieser Entscheidung offenbar auch übersehen, dass der Versuch, eine faktische Präjudizierung durch die Dauer des verfassungsgerichtlichen Verfahrens mittels einer einstweiligen Anordnung zu verhindern, schon einmal gescheitert war<sup>38</sup>.
10. Insbesondere aber kann nicht akzeptiert werden, dass "das ausbalancierte Teilsystem innerstaatlichen Rechts" und die ständige Rechtsprechung des BVerfG ignoriert und stattdessen der Weg einer "gegen vorrangiges nationales Recht verstoßende schematische Vollstreckung" gewählt wurde, die "gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstößt".

Auch in einer Eil-Entscheidung haben die Grundsätze Geltung, die das BVerfG (2. Senat) aufgestellt hat.

---

<sup>37</sup> FamRZ 2003, 813

<sup>38</sup> BVerfGE 79, 51, 54; vgl. auch Niemeyer, FuR 1990, 153, 155; Fahrenhorst, FamRZ 1996, 454, 464



### **C. Was ist der verfassungsmäßige Inhalt des »ausbalancierte Teilsystems des innerstaatlichen Rechts«, welches vor dem Europa-Recht Vorrang hat?**

Der Gesetzgeber mit den Regelungen in § 1632 Abs. 4 BGB (Verbleibensanordnung), § 37 Abs.1 S. 4 i.V.m. § 36 Abs. 1 S. 2 KJHG/SGB VIII ( Festlegung einer dauerhaften Perspektive außerhalb der Herkunftsfamilie einschließlich der Prüfung der Adoptionsmöglichkeit) und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>39</sup> zu § 1632 Abs. 4 BGB in Deutschland haben international übereinstimmende Forschungsergebnisse der Sozialwissenschaften übernommen<sup>40</sup>, als die Verhinderung der Herausnahme eines Kindes aus seiner sozialen Familie zur Unzeit und die dauerhafte Perspektive des Pflegekindes nach einem am Kindeswohl orientierten Zeitablauf außerhalb der Herkunftsfamilie als notwendig erkannt und umgesetzt wurde. Die dauerhafte Perspektive ist damit unverzichtbarer Bestandteil des "ausbalancierten Teilsystems" geworden.

#### **I. Die international übereinstimmenden sozialwissenschaftlichen Forschungsergebnisse**

**Befriedigende Bindungen und Beziehungen sind für Kinder von zentraler** existenzieller Bedeutung für eine gesunde Entwicklung<sup>41</sup>.

##### **1. Kinderpsychologie**

»In der Sozialisationsforschung besteht Einigkeit darüber, dass die Entwicklung und Absicherung be-

---

<sup>39</sup> BVerfGE 68, 176; 75, 201; 79, 51; 88, 187

<sup>40</sup> vgl. Klußmann, Stötzel, Das Kind im Rechtsstreit der Erwachsenen, 2.Auflg. 1995, S. 24 ff, 133 ff, 141 ff, m. Hinw. a. Zusammenstellungen bei Baer, 1982, 221 ff sowie Gernhuber/Coester-Waltjen 1994, § 57 V 2

<sup>41</sup> Bowlby 1969, 1984, 1980; Brisch 1999; Goldstein, Freud, Solnit, 1974, 1988, 1991; Zenz, G, Gutachten z. 54.DJT, 1982, 9 - 61

friedigender Eltern-Kind-Beziehungen die unabdingbare Voraussetzungen für eine gesunde Persönlichkeitsentwicklung des Kindes sind. Denn ein Kind braucht die Bindung an ein elterliches Liebesobjekt und die Sicherheit der sich zunehmend differenzierenden Eltern-Kind-Beziehungen für die Strukturierung seiner Persönlichkeit, die Entwicklung seines Selbst in Beziehungen, die Entwicklung von Selbstachtung, Einfühlungs- und Beziehungsfähigkeit, eines funktionsfähigen Gewissens qua Identifikation mit seinen Liebesobjekten und die Entwicklung von Autonomie in Beziehungen bis hin zur Ablösung im Jugendalter und der Entwicklung einer elternunabhängigen Selbstidentität<sup>42</sup>.

Dabei ist es aus Sicht des Kindes gleichgültig, ob die psychologischen Eltern die leiblichen Eltern, die Pflege- oder Adoptiveltern sind.

Die Unterbringung eines Kindes in einer Pflegefamilie, mit dem Anspruch, dass es jederzeit - auch nach vielen Jahren noch - wenn sich die Familienverhältnisse der Herkunftsfamilie stabilisiert haben, wieder zu den leiblichen Eltern zurückkehren soll, hat weiterreichende Folgen:

»Das Kind kann keine neuen, befriedigenden Eltern-Kind-Beziehungen entwickeln, weil es die neuen Ersatz-Eltern nicht als beschützende Elternobjekte wahrnehmen darf...«<sup>43</sup>

Kinder, die keine Gelegenheit haben, diese existenziell notwendigen Bindungen zu finden, erleiden schwere Schäden und

---

<sup>42</sup> (Nienstedt/Westermann, 1999, aus einem Gutachten; vgl. auch: Nienstedt/Westermann, Pflegekinder, 5. Aufl. 1998, Seite 48)

<sup>43</sup> (Nienstedt/-Westermann, Pflegekinder, Psychologische Beiträge zur Sozialisation von Kindern in Ersatzfamilien, 5. Aufl. 1998, Seite 298 f.)

Defizite, die sich in ihrem weiteren individuellen Leben problematisch bemerkbar machen; gleichzeitig ergeben sich aus derartigen Schädigungen gesellschaftlich in verschiedener Hinsicht erhebliche weitere Probleme.

## **2. Verhaltensbiologie:**

»Wenn ein Pflegekind leibliche Eltern hat, zu denen keine oder nur eine sehr schwache Eltern-Kind-Beziehung besteht, und wenn diesem Pflegekind darum kein Mensch auf dieser Welt näher steht als die Pflegeeltern, dann würde man einem solchen Kind durch absichtliches Vermeiden einer liebevollen Eltern-Kind-Bindung einen inneren Halt verweigern, der für die Entwicklung einer in sich ruhenden Persönlichkeit unentbehrlich ist. Kinder, die noch nicht durch schwere Schicksale innerlich abgestumpft wurden, sind feinfühlig und spüren, auch wenn man es ihnen zu verbergen trachtet, woran sie bei ihren BetreuerInnen sind. Erst die volle intensive Übernahme der Elternschaft durch die Pflegeeltern gibt dem Kind die so lebens- und entwicklungsnotwendige Empfindung, ein geliebtes, geschätztes und beachtetes Familienmitglied zu sein und ganz zur Familie zu gehören. **Nichts ist für die Selbstfindung eines Kindes schlimmer, als nur auf Abruf angenommen zu sein und in dem Gefühl zu leben, die Erwachsenen würden sich unter Umständen von ihm trennen und nicht für ein Beieinanderbleiben und damit für das Erhaltenbleiben der gewachsenen Bindung kämpfen. Wenn keine positive innere Bindung des Kindes zur Herkunftsfamilie besteht, widerspräche es also dem Kindeswohl, die Familienpflege prinzipiell als eine Institution auf Zeit aufzufassen.** ....Leider müssen die Jugendämter immer wieder mit folgendem rechnen: manche Eltern/Mütter, die ihr Kind nicht selbst versorgen, aber das Recht auf Bestimmung des Aufenthaltes der Kinder besitzen, versuchen systematisch, eine engere Bindung an eine Pflegemutter zu verhindern.

Aus Furcht, dass eine solche Bindung an der Konkurrenz zur Beziehung des Kindes zu ihnen selbst werden könnte, nehmen sie kurzerhand das Kind immer dann aus einer Pflegegestelle heraus, wenn sie merken, dass es dort Wurzeln zu schlagen beginnt. Was dieser wiederholte Heimat-Verlust für ein Kind bedeutet, kann man sich kaum ausmalen: ein Kind von Pflegegestelle zu Pflegegestelle zu geben, damit er sich nirgends es bindet, ist seelische Misshandlung. In rechtlicher Hinsicht ist dieses ein Missbrauch des Aufenthaltsbestimmungsrechts der leiblichen Eltern/Mutter zum Schaden des Kindes.«<sup>44</sup>

Zur Kinderbetreuung außerhalb der Herkunftsfamilie gilt:

»Die Aufgabe der allernächsten Zukunft ist die Sicherung der Betreuung ihres Kindes durch eine **nicht wechselnde, auf die Dauer ihm zugeordnete mütterliche Bezugsperson und das Vermeiden von Betreuungswechseln mit der gleichen Konsequenz**, mit der man einst durch Hygiene das Kindbettfieber und durch die Schluckimpfung die Kinderlähmung besiegte«<sup>45</sup>.

»Erst die volle intensive Übernahme der Elternschaft durch die Pflegeeltern gibt dem Kind dann die so lebens- und entwicklungsnotwendige Empfindung, ein geliebtes, geschätztes und geachtetes Familienmitglied zu sein und ganz zur Familie zu gehören. Nichts ist für die Selbstfindung eines Kindes schlimmer, als nur auf Abruf angenommen zu sein und in dem Gefühl zu leben, die Erwachsenen

---

<sup>44</sup> (Hassenstein/Hassenstein, »Eltern-Kind-Beziehungen in der Sicht der Verhaltensbiologie - Folgerungen für Pflegeeltern und Pflegekinder«, 3. Jahrbuch des Pflegekinderwesens, Hrsg.: Stiftung zum Wohl des Pflegekindes, 2004, Seite 51,63).

<sup>45</sup> Hassenstein, Verhaltenbiologie des Kindes, 5. Aufl. (2001), Seite 453.

würden sich unter Umständen von ihm trennen und nicht für ein Beieinanderbleiben und damit für das Erhaltenbleiben der gewachsenen Bindungen kämpfen. Hier **widersprache es also dem Kindeswohl, die Familienpflege nur als eine Institution auf Zeit aufzufassen...**<sup>46</sup>.

### 3. Neurobiologie

Diese Erkenntnisse der Kinderpsychologie und der Verhaltensbiologie passen sich nahtlos in die Ergebnisse der Forschungen der Neurobiologen ein und werden von diesen übernommen, denn diese Entwicklung stimmt unmittelbar mit den Erkenntnissen über die Gehirnentwicklung von Kindern überein:

»Die **Bindung** zu der/den Bezugspersonen gilt vielen Psychologen als das zukunftsweisende Ereignis in der emotionalen Entwicklung - die **Hauptursache für Sicherheit, Selbstachtung, Selbstdarstellung und soziale Kompetenz.**<sup>47</sup>

»Wer immer der oder die Hauptbetreuer/in des Babys (Kindes) ist, wird ihm die Person, die es am **regelmäßigsten versorgt und am verlässlichsten seine leiblichen und seelischen Bedürfnisse erfüllt, zur wichtigsten Bezugsperson....** selbstverständlich können auch Babys (Kinder) zum Vater, zu einer Großmutter oder irgend einer anderen Person, die diese Rolle erfüllt, dieselbe Bindung entwickeln.«<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> a. a. O. Seite 461

<sup>47</sup> Eliot, What's going on there? How the Brain and Mind Develop in the First Five Years of Life, New York 1999; dt.: Was geht da drinnen vor? Die Gehirnentwicklung in den ersten fünf Lebensjahren, 2001, Seite 436.

<sup>48</sup> a. a. O. Anm. 26, S. 697.

Ebenso ist es in der internationalen Sozialisationsforschung Konsens, dass es nicht darauf ankommt, ob die Kinder diese Bindungen zu den leiblichen Eltern, zu Adoptiveltern oder zu Pflegeeltern finden.

Wenn Kinder nicht bei ihren leiblichen Eltern aufwachsen können, so müssen sie Gelegenheit haben, die Bindungsdefizite aufzuholen, indem sie sich in einer Pflegefamilie oder Adoptivfamilie binden können.

Wenn diese Bindungen gefunden sind, so kommt es auch darauf an, dass diese **Bindungen erhalten bleiben** und nicht nach Jahren wieder in Frage gestellt werden. Die Kinder dürfen nicht dadurch verunsichert werden, dass das Vertrauen in die Bindungen verloren geht oder diese Bindungen sogar zerstört werden. Bindungslosigkeit und Bindungsunfähigkeit sind die problematischen persönlichen und gesellschaftlichen Folgen.

Es ist ohnehin schon problematisch, für Kinder, die entweder keine oder keine hinreichenden Bindungsmöglichkeiten gefunden haben, andere Eltern zu finden, bei denen sie diese Bindungsdefizite aufholen können. Auf dem beschriebenen Weg macht man es nicht nur den Kindern, sondern auch den neuen Familien sehr schwer, zueinander zu finden.

Wenn es denn aber den Kindern und den Pflegeeltern gelingt, neue Beziehungen zu entwickeln und damit neue Sozialisationsbedingungen für die Kinder herzustellen, werden durch den Anspruch, dass die Kinder zu den Herkunftseltern zurückkehren sollen, diese neuen Chancen wieder in Frage gestellt oder auch zerstört.

Die Zerstörung von Bindungen, die Kinder außerhalb ihrer Herkunftsfamilien gewonnen haben und gewinnen mussten, weil ihre Herkunftsfamilien in der Bindungsphase nicht zur Verfügung standen, geschieht immer häufiger mit katastrophalen Konse-

quenzen für die Kinder.

Noch nach etlichen Jahren, in denen die Kinder in einer Pflegefamilie Bindungen und eine dauerhafte Perspektive gefunden haben, werden Umgangskontakte mit hoher Frequenz eingerichtet. Derartige Umgangskontakte stellen die Sicherheit und Eindeutigkeit, das Vertrauen und die Zuverlässigkeit der innerhalb der Pflegefamilie gewonnenen Bindungen des Kindes in Frage.

Die Zerstörung von Bindungen geschieht auch dadurch, dass auch nach vielen Jahren der Fremdunterbringung und der Bindung außerhalb der Herkunftsfamilie immer wieder versucht wird, eine Rückkehroption auf den Plan zu bringen. Dies führt zu massiven Verunsicherungen der Kinder, zur Erschütterung des Vertrauens in die gewachsenen Bindungen und letztendlich zur Bindungslosigkeit, denn die gewachsenen Bindungen der Pflegefamilie können nicht ersetzt werden durch Beziehungen, die nichts anderes als die biologische Herkunft zum Inhalt haben.

#### **4. Kinderpsychiatrie**

Anerkannte Experten auf dem Gebiet der Kinderheilkunde und Kinderpsychiatrie führen zu der Frage der Rückführung von der Adoptiv-Pflegefamilie zur Herkunftsfamilie aus:

»Die Grundüberlegung ist die, dass die Trennung von der Adoptivmutter (Pflegermutter) den Interessen des Babys (Kindes) umso mehr schadet, je älter es ist und je länger die Beziehung ist. Dies gilt auch dann, wenn die leibliche Mutter ihr Kind zurück haben will. **Die psychische Mutter ist die eigentliche Mutter. Wir haben die biologischen Rechte der Mutter übergewichtet und den Rechten des Babys (Kindes) zu wenig Bedeutung**

## **beigemessen.«<sup>49</sup>**

Ein Umgang, der unter den Voraussetzungen und mit dem Anspruch stattfindet, eine Elternrolle übernehmen zu wollen, die das Kind bereits anderweitig auf Grund gewachsener Bindungen besetzt hat, führt erfahrungsgemäß nicht nur zu Verunsicherungen des Kindes und der Pflegefamilie, sondern kann auch dazu führen, dass die bereits gelungene Sozialisation wieder zerstört wird.

Ein solcher Umgang gefährdet in massiver Weise das Kindeswohl, denn es verunsichert das Vertrauen des Kindes in den Bestand des Pflegeverhältnisses, in die gewachsenen Bindungen und zu den sozialen Eltern, insbesondere in der Frage, ob sie in der Lage sind, das Kind vor einer Herausnahme zu schützen.

Es ist auch außerordentlich schwierig und keineswegs selbstverständlich, dass die Entwicklung neuer Eltern-Kind-Beziehungen außerhalb der Herkunftsfamilie tatsächlich auch gelingt.

Dementsprechend ist es höchst problematisch, wenn die gelungene Integration in einer Pflegefamilie dadurch wieder gefährdet wird, dass die Herkunftseltern durch die ihnen zurückübertragenen Rechte in das Pflegeverhältnis "hineinregieren" und ungeachtet der dauerhaften Perspektive der Kinder bei erhöhten Umgangsfrequenzen versuchen, die Kinder massiv zu beeinflussen und damit die gelungene Sozialisation wieder zerstören und die Kinder langfristig bindungsunfähig machen, was eine schwere Schädigung des Kindeswohls bedeutet.

In den meisten Fällen der Unterbringung in einer Pflegefamilie mussten die Pflegekinder von den Eltern getrennt werden,

---

<sup>49</sup> Vgl. Greenspan in: Brazelton, Greenspan, The irreducible needs of children, New York 2000; dt.: Die sieben Grundbedürfnisse von Kindern, 2002



da es massive **Probleme im Eltern-Kind-Verhältnis** gab. Schon Umgangskontakte bedeuten vor diesem problematischen Hintergrund für Pflegekinder eine sehr massive Belastung, sodass nicht selten Umgangsausschlüsse erfolgen müssen<sup>50</sup>.

Pflegekinder sind **nicht** vergleichbar mit Scheidungskindern, da bei Scheidungskindern die Trennung wegen der **Probleme im Vater-Mutter-Verhältnis**, jedoch nicht im Eltern-Kind-Verhältnis erfolgt ist. Vor der Verwechslung bzw. Gleichsetzung warnt Salgo<sup>51</sup>.

Diese sich immer weiterverbreitende Neigung, die Kinder, die sich im Laufe von vielen Jahren fest in die Pflegefamilien integriert haben, durch erhöhte Umgangsfrequenzen zu verunsichern und aus dem gesicherten Bestand der Pflegefamilie herauszulösen, hat unheilvolle kurzfristige Konsequenzen für die Kinder und längerfristig außerordentlich negative gesellschaftliche Konsequenzen, insbesondere auch in Form von erheblichen Kosten.

**Dies ist - exemplarisch, ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit - die sozialwissenschaftliche Basis, die in Form von Gutachten bei den Erörterungen im Deutschen Bundestag Eingang in die Gesetzgebung im Zusammenhang mit Pflegekindern, insbesondere § 1632 Abs. 4 BGB (Verbleibensanordnung) gefunden hat. Diese sozialwissenschaftliche Basis ist auch vom BVerfG in den nachfolgenden Entscheidungen übernommen worden.**

**II. Aus rechtlicher Sicht: Gesetze und Rechtsprechung als unverzichtbare verfassungsmäßige Bestandteile des »ausbalancierten Teilsystems«**

### **1. Art. 20 UN-Kinderrechtskonvention**

---

<sup>50</sup> OLG Celle und OLG Schleswig FamRZ 2000, 48; OLG Hamm FamRZ 2000, 1108

<sup>51</sup> FamRZ 1999, 338, 345 ff.

Diese Vorschrift schützt die dauerhafte Perspektive und soll den Verbleib in dauerhafter Unsicherheit verhindern und wurde durch die Bundesrepublik Deutschland 1992 ratifiziert.<sup>52</sup> Dort heißt es:

1. »**Ein Kind, das... dauernd aus seiner familiären Umgebung herausgelöst wird** oder dem der Verbleib in dieser Umgebung im eigenen Interesse nicht gestattet werden kann, **hat Anspruch auf den besonderen Schutz und Beistand des Staates.**«

.....

3. »Als andere Form der Betreuung kommt u. a. die **Aufnahme in eine Pflegefamilie** ... in Betracht. Bei der Wahl zwischen diesen Lösungen sind die erwünschte **Kontinuität in der Erziehung des Kindes** ... gebührend zu berücksichtigen.«

## 2. Art. 8 EMRK

»I. Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres **Privat- und Familienlebens**, ...«

**Die Pflegefamilie genießt damit den Schutz des Art. 8 EMRK.**

Pflegekind und Pflegeeltern führen ein danach geschütztes Familienleben. Bei längerer Betreuung des Kindes fallen die Pflegeeltern unter den Begriff »Privatleben«<sup>53</sup>.

## 3. Art. 2 u. 6 GG

Kinder haben aus Art. 2 GG eine eigene Grundrechtsposition.

Das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG ist kein Herrschafts-

---

<sup>52</sup> Bekanntmachung vom 10. Juli 1992 - BGBl II S. 990.

<sup>53</sup> vgl. Fahrenhorst, FamRZ 1996,460, Fußn. 93 mit weiteren Hinweisen

recht<sup>54</sup>. Die Eltern üben dieses Grundrecht nicht im eigenen Interesse, sondern ausschließlich im Interesse der Kinder aus<sup>55</sup>.

Das Elternrecht ist ein fremdnütziges Recht, das allein im Interesse des Kindes und dessen Wohls ausgeübt werden muss, und das sich in keinem Fall gegen das Kind richten darf. Diese umfassende Pflicht- und Funktionsbindung an das Kindeswohl steht der Einräumung eines prinzipiellen Vorrangs für die genetische Elternschaft entgegen<sup>56</sup>.

**Allein die Dauer eines Pflegeverhältnisses** (unter Berücksichtigung der darin gefundenen Bindungen des Pflegekindes und unter Berücksichtigung der durch die Zerstörung dieser Bindungen durch die Trennung zu erwartende schwere und nachhaltige Schädigung in körperlicher und seelischer Hinsicht<sup>57</sup>) führt zu einem Verbleib des Kindes in der Pflegefamilie (und ermöglicht damit eine Verbleibensanordnung gem. § 1632 Abs. 4 BGB). Ob das Pflegeverhältnis freiwillig begründet oder rechtlich nicht einwandfrei entstanden ist, ist davon unabhängig<sup>58</sup>. In der Abwägung zwischen Elternrecht und Kindeswohl ist das Kindeswohl ausschlaggebend.

Das Bundesverfassungsgericht betont, dass eine Verbleibensanordnung gem. § 1632 Abs. 4 BGB

»Entscheidungen ermöglicht, die aus der Sicht der Eltern nicht akzeptabel sind, weil sie sich in ihrem Elternrecht beeinträchtigt fühlen.«<sup>59</sup>.

Gleichwohl bezeichnet das BVerfG diese gesetzliche Regelung

---

<sup>54</sup> Staudinger-Salgo § 1642, 48

<sup>55</sup> Maunz-Dürig-Maunz, Art. 6, 22

<sup>56</sup> vgl. BVerfGE 24, 119, 143

<sup>57</sup> BVerfGE 68, 176, 192

<sup>58</sup> BVerfGE 68, 176, 191

<sup>59</sup> a. a. O. Seite 190

ausdrücklich unter Berücksichtigung des Art. 6 GG als verfassungsgemäß.

Es besteht somit Einigkeit darüber, dass Kinder nicht in einem dauerhaften Zustand der Unsicherheit belassen werden dürfen. Kinder brauchen Sicherheit und Geborgenheit, Kontinuität und Verlässlichkeit.

#### **4. Wesentlichen Aspekte der Änderung des § 1632 Abs. 4 BGB (Verbleibensanordnung)**

Im Rahmen der Kindschaftsrechtsreform vom 1.7.1998 wurde der Wortlaut des § 1632 Abs. 4 BGB (Verbleibensanordnung) dahingehend abgeändert, dass zukünftig **alleine die Dauer des Pflegeverhältnisses** (und nicht mehr auch der Anlass der Herausnahme) und die während dieser Zeit entstandenen Bindungen des Pflegekindes für eine Verbleibensanordnung ausreichend sein sollten.

Damit fand zum einen der Aspekt der im **Zeitablauf gewonnenen Bindungen und ihre Bedeutung für das Kindeswohl** Eingang in die Gesetzgebung, zugleich aber auch der **kindliche Zeitbegriff**<sup>60</sup>.

»Die Rezeption entwicklungspsychologischer Erkenntnisse durch Rechtswissenschaft und Rechtspolitik führt zu einer stärkeren Berücksichtigung kindlichen Zeiterlebens und der damit zusammenhängenden Trennungsempfindlichkeit insbesondere von noch jüngeren Kindern bei der Intervention" <sup>61</sup>

#### **5. Die Rechtsprechung des BVerfG in den vier Senatsentscheidungen zum Pflegekindschaftsrecht**

---

<sup>60</sup> vgl. Heilmann, Kindliches Zeitempfinden und Verfahrensrecht, 1998

<sup>61</sup> Staudinger-Salgo, § 1632, Rdnr. 70

Bereits in der Entscheidung vom 12.10.1988<sup>62</sup> hat das BVerfG eindrucksvoll die Intention des Gesetzgebers dargelegt und die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung noch einmal bestätigt:

»Der Gesetzgeber hat mit der Einführung des § 1632 Abs. 4 BGB weniger die Stellung der Pflegeeltern stärken als vielmehr dem Wohl des Kindes entsprechen wollen. Ein zwischen Kind und Pflegeeltern seit längerer Zeit bestehendes Familienpflegeverhältnis soll nicht zum Schaden des Kindes zerstört werden. Der Gesetzgeber wollte bei Pflegekindern, die ohnehin vor ihrer Weggabe in ein Pflegeverhältnisses häufig ein trauriges Schicksal hatten, dafür sorgen, dass nicht ohne Not Bindungslosigkeit entsteht... Im Gesetzgebungsverfahren wurde berücksichtigt, dass der Pflegeperson, die sich des Kindes annimmt, Achtung gebührt; das Hauptanliegen war indessen, mit § 1632 Abs. 4 BGB eine Regelung zu schaffen, die es im Interesse des Kindeswohls ermöglicht, seine Herausnahme aus der Pflegefamilie zur Unzeit zu vermeiden...«

Bereits zuvor hatte das BVerfG<sup>63</sup> erläutert, der Herausga-beanspruch der Herkunftseltern gem. § 1631 Abs. 1 BGB werde

»durch § 1632 Abs. 4 BGB nicht ausgeschlossen, sondern dahin modifiziert, dass die Herausnahme des Kindes aus der Pflegefamilie zur Unzeit vermieden werden soll, um sein persönliches, insbesondere seelisches Wohl nicht zu gefährden<sup>64</sup>. Damit sollte Erkenntnissen der Kinderpsychologie

---

<sup>62</sup> BVerfGE 79, 51, 59

<sup>63</sup> BVerfGE 68, 176, 185

<sup>64</sup> vgl. Bundestagsdrucksache 8/2788, S. 40, 52

**Rechnung getragen werden, nach denen sich Kinder schon in frühester Jugend an eine Bezugsperson - hier die Pflegeeltern - binden, deren vorübergehender oder dauernder Verlust von ihnen als schweres Trauma mit negativer Nachwirkung auf psychischen und körperlichen Gebiet empfunden wird<sup>65</sup>.«**

Im Zusammenhang mit der Frage der Rückübertragung der elterlichen Sorge bei einem dauerhaft in einer Pflegefamilie untergebrachten Kind sind die vier Senatsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts von besonderer Bedeutung. Zum besseren Verständnis müssen diese Entscheidungen im Zusammenhang gesehen werden. Daher ist es notwendig, diese noch einmal zu rekapitulieren<sup>66</sup>:

a) In der Entscheidung "Elizabetha"<sup>67</sup> hat das Bundesverfassungsgericht die **Pflegefamilie unter den Schutz des Art. 6 Abs. 1 und 3 GG gestellt**. Bei der Herausnahmeabsicht kommt es zu einer Interessenkollision zwischen dem Kind und seinen Eltern sowie den Pflegeeltern. **Dabei ist letztlich das Kindeswohl bestimmend<sup>68</sup>**. Das Bundesverfassungsgericht betont dabei, dass § 1632 Abs. 4 BGB auch solche **Entscheidungen ermöglicht, die aus der Sicht der Eltern nicht akzeptabel** sind, weil sie sich in ihrem Elternrecht beeinträchtigt fühlen<sup>69</sup>.

b) In einer weiteren Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht sich mit der Frage des Wechsels der Pflege-

---

<sup>65</sup> vgl. Lempp, 54 DJT, Bd. II, S. I 45f

<sup>66</sup> vgl. Salgo, Vorwort in: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Pflegekindern, hrsg. vom Bundesverband der Pflege- und Adoptiveltern e. V.

<sup>67</sup> BVerfGE 68, 176, 187, 189

<sup>68</sup> a.a.O., 188

<sup>69</sup> BVerfGE 68, 176, 190

stelle beschäftigt<sup>70</sup>. Danach hat die **Trennung von kleinen Kindern von ihren unmittelbaren Bezugspersonen unbestrittenermaßen als ein Vorgang mit erheblichen psychischen Belastungen und mit einem schwer bestimmbarern Zukunftsrisiko zu gelten**<sup>71</sup>. Geht es nur um die Durchsetzung des Personensorgerechts in Form des Aufenthaltsbestimmungsrechts, konkret um einen **Wechsel der Pflegeeltern**, dann ist einem solchen elterlichen Herausgabeverlangen nur stattzugeben,» wenn **mit hinreichender Sicherheit auszuschließen ist, dass die Trennung des Kindes von seinen Pflegeeltern mit psychischen und physischen Schädigungen verbunden sein kann**«<sup>72</sup>. Diese Entscheidung stellt eine unmissverständliche Absage an ein Verständnis von Elternrechten als Herrschaftsrechte dar<sup>73</sup>.

Diese Entscheidung ist auch bei Fällen von beabsichtigter Rückführung in die Herkunftsfamilie deshalb von besonderer Bedeutung, weil sich die Herkunftseltern nach einer Rückführung infolge ihrer möglicherweise doch nicht überwundenen persönlichen Problematik kurzfristig erneut (erneute fehlerhafte Prognose) als erziehungsunfähig und überfordert erweisen könnten und dann für das Kind erneut eine Pflegestelle gesucht werden müsste, verbunden also mit einem erneuten Erziehungsabbruch, der eine weitere Schädigung für die Kinder darstellen würde. Legt man diese Umstände zu Grunde, so handelt es sich bei dem Herausgabeverlangen der Herkunftseltern nicht um einen Wechsel zur Herkunftsfamilie, sondern um einen Wechsel von einer Pflegefamilie in eine andere Pflegefamilie mit der Herkunftsfamilie als »Zwischenstation« .

---

<sup>70</sup> "Janina", BVerfGE 75, 201

<sup>71</sup> a.a.O. 219

<sup>72</sup> a.a.O. 220

<sup>73</sup> GK-SGB VIII-Salgo § 33 Rdnr. 8; vgl. auch BVerfG FamRZ 1993, 1420/1421

c) Die weitere Entscheidung "Rene"<sup>74</sup>, befasst sich mit dem Verhältnis von Pflegekindschaft und Adoption. Sie setzt die Maßstäbe nicht ganz so hoch wie im vorangegangenen Fall: wenn das Kind in einer Pflegefamilie lebt und von einer anderen Familie adoptiert werden soll, so müssen gewisse, durch den Wechsel entstehende Beeinträchtigungen des Kindeswohls hingenommen werden. Die Voraussetzung für die Zulässigkeit eines solchen Wechsels besteht darin, dass die aufnehmende Adoptivfamilie persönlich und pädagogisch in der Lage ist, die durch den Wechsel hervorgerufenen Beeinträchtigungen des Kindes aufzufangen. Zur Begründung wird darauf hingewiesen, dass durch die Adoption - anders als im Falle des Wechsels von einer Pflegefamilie in die andere - sich der Status des Kindes deutlich verbessert, in unterhaltsrechtlicher Hinsicht, in erbrechtlicher Hinsicht, vor allem aber im Hinblick auf die dauerhaft bestehende Verbindung zwischen Eltern und Kind, die nicht so leicht wie das Pflegeverhältnis wieder aufgelöst werden kann.

d) Die vierte Senatsentscheidung<sup>75</sup> beschäftigt sich unmittelbar mit der Frage der Aufrechterhaltung von Sorgerechtsmaßnahmen für den Fall, dass die Voraussetzungen der früheren Interventionsnotwendigkeit inzwischen entfallen sind:

Das Bundesverfassungsgericht hat in dieser Entscheidung betont, dass **Maßnahmen erst aufzuheben sind, wenn eine Gefahr für das Wohl des Kindes nicht mehr besteht. Das ist nicht schon dann der Fall, wenn die Gründe weggefallen sind, die für die zur Überprüfung gestellten Maßnahmen ausschlaggebend waren. Eine Änderungsentscheidung**

---

<sup>74</sup> BVerfGE 79, 51

<sup>75</sup> BVerfGE 88, 187



sei vielmehr nur dann zulässig, wenn eine zuverlässige Gewähr dafür besteht, dass sie auch aus anderen Gründen nicht zu einer Gefährdung des Kindeswohls führen wird. Die Parallele zur Entscheidung von 1984<sup>76</sup> liegt darin, dass es für die Überprüfung von mit Sorgerechtsbeschränkungen einhergehenden Interventionen in der familien- und vormundschaftsgerichtlichen Praxis nicht mit der Feststellung des Nicht- oder Nicht-mehr-Vorliegens von Interventionsgründen getan ist, vielmehr in jedem Falle auch die jetzige Befindlichkeit des Minderjährigen Berücksichtigung finden muss<sup>77</sup>.

**6. Die Entscheidung der 3. Kammer des 1. Senats des BVerfG vom 31.8.2004 (1 BvR 2073/03)**<sup>78</sup>

gehört zum unverzichtbaren Bestand des »ausbalancierten Rechtssystems des innerstaatlichen Rechts«, welche im Leitsatz lautet:

»Eine durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützte **sozial-familiäre Beziehung** zwischen dem leiblichen, aber nicht rechtlichen Vater und dem Kind liegt nur dann vor, **wenn der leibliche Vater zumindest eine Zeit lang tatsächlich Verantwortung für sein Kind getragen hat und daraus eine soziale Beziehung zwischen ihm und dem Kind entstanden ist.**«

Bereits aus diesem Leitsatz wird deutlich, dass der Begriff des Familienlebens, der Begriff der geschützten sozial-familiären Beziehung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 GG, den das BVerfG hier formuliert hat, ein völlig anderer ist als derjenige des EuGHMR. Während der EuGHMR ausschließlich an die biologische Herkunft anknüpft und diese bereits als Familien-

---

<sup>76</sup> BVerfGE 88, 187

<sup>77</sup> **GK-SGB VIII-Salgo, § 33 Rdnr. 11**

<sup>78</sup> BVerfG FamRZ 2004,1705

leben gelten lässt, knüpft das Bundesverfassungsgericht an die sozial-familiäre Beziehung an. Kontroverser könnte die Positionen kaum sein.

Eine entsprechende grundlegende Entscheidung hatte das Bundesverfassungsgericht bereits unter dem 9.4.2003 zum Umgangsrecht des biologischen Vaters erlassen<sup>79</sup>.

(Umso unverständlicher wird allerdings die oben dargestellte Eil-Entscheidung der 3. Kammer des 1. Senats vom 28.12.2004.)

Betrachtet man demgegenüber die Definition aus der Entscheidung des EuGHMR<sup>80</sup>,

**»Zwischen dem aus einer dauerhaften außer-ehelichen Beziehung seiner Eltern hervorgegangenen, als ehelich geltenden Kind und seinem natürlichen Vater besteht kraft Gesetzes seit seiner Geburt ein Familienleben gem. Art. 8 EMRK, selbst wenn die Eltern nie zusammengelebt haben unter Vater nicht zur Pflege und Erziehung des Kindes beiträgt.«**

sowie die Gleichsetzung der **biolog. Herkunft mit Familienleben**<sup>81</sup>, so wird deutlich, dass hier antagonistische Gegensätze bestehen. Bereits hier wird deutlich, dass die Rechtsprechung des EuGHMR zu Pflegekindern nicht verfassungskonform übernommen werden kann.

## **7. Auftrag des Gesetzgebers in der Jugendhilfe, §§ 36, 37 KJHG/SGB VIII**

Der Gesetzgeber hat im KJHG/SGB VIII festgelegt, dass dann, wenn innerhalb eines bestimmten, am Kindeswohl und dem kindlichen Zeitempfinden zu orientierenden Zeitraums die Bedin-

---

<sup>79</sup> BVerfGE 108, 82, 117; = FamRZ 2003, 816

<sup>80</sup> FamRZ 2003, 813

<sup>81</sup> EuGHMR FamRZ 2004, 1456

gungen in der Herkunftsfamilie nicht so verbessert werden können, dass das Kind in die Herkunftsfamilie zurückgeführt werden kann, eine dauerhafte Perspektive für das Kind außerhalb der Herkunftsfamilie gefunden werden muss, § 37 Abs. 1 Satz 4 KJHG/SGB VIII, und zwar unter Einschluss der Prüfung der Adoptionsmöglichkeit, § 36 Abs. 1 Satz 2 KJHG/SGB VIII.

Dieser klare gesetzliche Auftrag an die Jugendbehörden folgt der Erkenntnis, dass Bindungen, die Kinder in einer Pflegefamilie gewonnen haben, schützenswert sind. Dies hat auch das Bundesverfassungsgericht mehrfach bestätigt (s.o.).

**Der Zustand der dauerhaften Unsicherheit ist nicht mit dem Kindeswohl vereinbar.** Alle Irritationen, die die Sicherheit und Eindeutigkeit des Pflegeverhältnisses und seines dauerhaften Bestandes nach einer notwendig gewordenen neuen Sozialisation in Frage stellen, sind geeignet, das Kindeswohl zu gefährden. Dazu gehört auch der Umgang in hoher Frequenz.

Ist die Sozialisation in der Pflegefamilie gelungen, ist das gesetzgeberische Ziel der dauerhaften Perspektive aus § 37 Abs. 1 Satz 4 KJHG/SGB VIII erreicht und das Kindeswohl gewahrt. Es ist mit dem Kindeswohl unvereinbar, die Sozialisation wieder in Frage zu stellen oder sogar zu zerstören.

Den dargestellten sozialisationstheoretischen Erkenntnissen hat der Gesetzgeber Rechnung getragen, wenn er fordert, dass **in einer den Entwicklungsbedürfnissen des Kindes angemessenen Zeit die Perspektive des fremdplatzierten Kindes geklärt und eine dauerhafte Perspektive für das Kind entwickelt werden müsse.**

Wörtlich heißt es daher in § 37 Abs. 1 Satz 2 KJHG/SGB VIII:

Es »... sollen die Erziehungsbedingungen in der Herkunftsfamilie **innerhalb eines im Hin-**

**blick auf die Entwicklung des Kindes ... vertretbaren Zeitraums soweit verbessert werden,**  
dass sie das Kind ... wieder selbst erziehen kann.«

Und im Folgenden (§ 37 Abs. 1 S. 4 KJHG):

»Ist eine nachhaltige Verbesserung der Erziehungsbedingungen in der Herkunftsfamilie **innerhalb dieses Zeitraums** nicht erreichbar, so soll mit den beteiligten Personen eine andere, dem Wohl des Kindes ... förderliche und auf Dauer angelegte Lebensperspektive erarbeitet werden.«

Dies beinhaltet drei wesentliche Aspekte:

Zum einen  
*die Tatsache,*  
*dass ein Kind nicht beliebig viel Zeit in der begrenzten Phase der Kindheit/Jugend für die Entwicklung von lebensnotwendigen Bindungen und Beziehungen zur Verfügung hat,*  
*als ein Parameter der Entscheidungsfindung*  
und zum anderen  
*die Notwendigkeit der Festlegung einer **Perspektive** des Kindes außerhalb einer Herkunftsfamilie **auf Dauer, wenn sich die Rückführung innerhalb einer bestimmten Frist zu der Herkunftsfamilie nicht umsetzen lässt***  
sowie schließlich  
*die **Verknüpfung** des einen mit dem anderen.*

Mit welcher Ernsthaftigkeit der Gesetzgeber die Entwicklung dieser auf Dauer angelegte Lebensperspektive erwartet, wird deutlich, wenn im Rahmen der Hilfeplanung die Prüfung der Adoptionsmöglichkeit verlangt wird, gem. § 36 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII:

»Vor und während einer langfristig zu leistenden Hilfe außerhalb der eigenen Familie ist zu prüfen, ob die Annahme als Kind in Betracht kommt.«

Richtungweisend ist die Kommentierung bei Münder<sup>82</sup> dazu:

»Aktenanalysen lassen erkennen, dass Fremdunterbringungsentscheidungen im Rahmen der Jugendhilfe oft keine zeitliche Perspektive (Planung) zugrunde liegt. Häufig wird es dann faktischen Entwicklungen überlassen, ob Rückführungen vorgenommen werden bzw. eine Unterbringung unter der Hand sich zu einer längerfristigen und dauerhaften entwickelt. Diese Feststellung steht sowohl für institutionelle Unterbringung wie auch solche in Pflegefamilien. Die Konsequenzen einer solchen **diffusen Zukunftsperspektive** sind für Kinder und Jugendliche aber irritierend und ihrer psychischen und sozialen Entwicklung abträglich. .... § 37 gibt hier Orientierungen, die aber keinen Vorrang der Rückkehroption begründen. Vielmehr soll bei der Entscheidung über eine Hilfe zur Erziehung außerhalb der eigenen Familie (§ 36) eine Prognose darüber abgegeben werden, ob diese Unterbringung zeitlich befristet oder im Interesse des Kindes oder Jugendlichen auf Dauer angelegt sein soll.... Der Zwang zur Entscheidung bedeutet aber, dass die jeweiligen Optionen begründet und die zur Erreichung des jeweils angegebenen

---

<sup>82</sup> Münder u.a., Frankfurter Komm. zum SGB VIII, 4. Aufl. 2003, § 37 SGB VIII Rdn. 4f.

Ziels erforderlichen Ressourcen angegeben, aktiviert und in ihren Wirkungen regelmäßig überprüft werden müssen (vgl. § 36 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII).

Ist die Unterbringung des Kindes oder Jugendlichen nur auf Zeit mit dem Ziel der Rückführung geplant, ist der Identifikations- und Statusbezug zu den (temporär) abwesenden Eltern zu erhalten. Minderjährige, die nur für eine kurze Zeit bzw. für eine Übergangsphase in Pflegestellen bzw. Einrichtungen untergebracht werden, »brauchen Fürsorge, aber keine neue elterliche Bindung, und es ist Aufgabe der Erwachsenen, in geeigneter Weise dem Kind durch die Abwesenheit der von ihm geliebten Person hinwegzuhelfen, gleichzeitig seine bestehenden Gefühlsbindungen zu erhalten (Goldstein u. a. 1974, 29).....«

Neben der Aufgabe der vorübergehenden Unterbringung kommt der Hilfe zur Erziehung außerhalb der eigenen Familie nach wie vor große Bedeutung auch deshalb zu, weil damit Kinder und Jugendliche einen neuen identitätsstiftenden Lebensort finden können. Hierzu gehört auch, alle Möglichkeiten zu prüfen, ob ein dauerhafte Erstattung durch Adoption gesichert werden kann (vgl. § 36 Abs. 1 Satz 2).

Abs. 1 bestimmt, dass die Entscheidung über den Lebensmittelpunkt »innerhalb eines im Hinblick auf die Entwicklung des Kindes oder Jugendlichen vertretbaren Zeitraums« zu treffen ist. »Kommt das Jugendamt deshalb nach einer sorgfältigen Prüfung der Situation in

der Herkunftsfamilie zu der Überzeugung, dass Bemühungen zur Verbesserung der Erziehungsbedingungen in der Herkunftsfamilie mit dem Ziel der Rückführung des Kindes **innerhalb eines angemessenen Zeitraums auch hinsichtlich erfolglos sind oder sein werden**, dann ändert sich sein Auftrag. Fortan hat es seine Bemühungen darauf auszurichten, die Eltern davon zu überzeugen, dass sie ihrer Elternverantwortung in der konkreten Situation am besten gerecht werden können, dass sie **einem dauerhaften Verbleib des Kindes in der Pflegefamilien** gegebenenfalls auch einer Adoption (möglichst durch die Pflegeeltern) zustimmen. Gelingt dies nicht oder handeln die Eltern zum Schaden des Kindes, so hat das Jugendamt den Schwebezustand möglichst bald durch die Anrufung des Vormundschaftsgerichts (heute Familiengerichte) zu beenden (Bundestagsdrucksache 11/5948, 74 f).

Im Zusammenhang mit der Rechtsprechung zu § 1632 Abs. 4 BGB (Verbleibensanordnung) hat sich dabei eine - natürlich im Einzelfall auch anders zu bewertende - Zeitgrenze von **etwa zwei Jahren herausgebildet** (vgl. Munder/Lakies 1996), nach der einer Rückführung auf Antrag der Personensorgeberechtigten im Regelfall auf Grund der bis dahin neu entstandenen Bindungen des Kindes nicht mehr stattgegeben wird (Vgl. dazu § 86 Abs. 6). Die vom Gesetz geforderten Rückführungsbemühungen machen nur dort Sinn, wo positive emotionale Bindungen der Kinder und Jugendlichen zur Herkunftsfamilie die Rückführung im Interesse der betroffenen Minderjährigen auch als

sinnvoll erscheinen lassen. Wo positive emotionale Bindungen auf Grund langandauernder Vernachlässigung, Gewalteinwirkung oder sexuellen Missbrauchs nicht entstehen können, die Beziehungen zur Herkunftsfamilie vielmehr angstbesetzt, traumatisch und/oder destruktiv sind, Kinder oder Jugendliche selbst einer möglichen Rückführung Widerstand entgegensetzen und diese nur unter Missachtung ihrer Wünsche, Interessen und Willensäußerung stattfinden können, darf es nicht zur entwicklungshemmenden Entscheidungsverzögerung kommen. **In diesen Fällen ist bei der Hilfe außerhalb der eigenen Familie von vornherein auf eine auf Dauer angelegte Lebensperspektive hin zu arbeiten.** Es ist ein zentrales Missverständnis, wenn Unterbringungen außerhalb der eigenen Familie immer zuerst als Unterbringungen mit Rückkehroption verstanden werden, die nur beim Scheitern dieser Bemühungen in dauerhafte Unterbringungsformen übergehen können. Wenn im Rahmen eines qualifizierten Entscheidungsprozesses erkennbar wird, dass rückkehrorientierte Aktivitäten von vornherein zum Scheitern verurteilt sein dürften, dann muss im Interesse des Kindes bzw. Jugendlichen schon zum Zeitpunkt der Fremdunterbringung die Sicherung **des dauerhaften Lebensortes** im Vordergrund stehen. Zu beachten ist weiterhin, dass die Beobachtung und ggf. die Förderung der Beziehungen des Kindes oder Jugendlichen zu seiner Herkunftsfamilie nicht allein oder wesentlich zur Förderung der Rückkehroption instrumentalisiert werden darf.«



Ähnlich äußert sich **Münchener Kommentar**<sup>83</sup>:

»Kommt das Jugendamt zu der Auffassung, dass die Rückführung des Kindes innerhalb eines angemessenen Zeitraums offensichtlich erfolglos bleiben wird, dann ändert sich sein Auftrag diametral:

Fortan sind seine Bemühungen darauf auszurichten, die Eltern davon zu überzeugen, dass sie ihrer Elternverantwortung in der konkreten Situation am besten dadurch gerecht werden, dass sie einem dauerhaften Verbleib in der Pflegefamilie oder ggf. einer Adoption zustimmen. Stimmen die Eltern nicht zu und gefährdet dieser "Schwebezustand" das Wohl des Kindes oder Jugendlichen, so hat das Jugendamt möglichst bald **das Gericht zur Entscheidung über die Sorge** - und ggf. Umgangsrecht - **einzuschalten**. Der im Gesetz genannte "vertretbare Zeitraum" wird nicht näher bezeichnet. Er hängt vom Einzelfall ab.«

Entsprechend äußert **Wiesner**<sup>84</sup>:

»Ist die Rückkehroption nicht realisierbar, so muss der Schwebezustand für das Kind oder den Jugendlichen in der Weise beendet werden, dass ein dauerhafter Verbleib bei der Pflegeperson gesichert wird.« Tendenzen der Praxis zur Aufrechterhaltung von Schwebezustände will der Gesetzgeber mit einem »Zwang zur Entscheidung«<sup>85</sup> begegnen.

---

<sup>83</sup> **Münchener Kommentar** - **Hinz** (SGB VIII § 37 Rdn. 4)

<sup>84</sup> a. a. O., § 37 Rdnr. 27

<sup>85</sup> a. a. O., Rdn. 27

Auch verweist die Kommentierung von Wiesner auf die vom Gesetzgeber geforderte Berücksichtigung des kindlichen Zeitbegriffs sowie dessen Verknüpfung mit der dauerhaften Perspektive<sup>86</sup>.

Auch **Wiesner** weist darauf hin:

»Von vornherein erfolglos erscheinende Bemühungen zur Verbesserung der Situation der Herkunftsfamilie brauchen nicht erst unternommen zu werden.«<sup>87</sup>

**Wiesner**<sup>88</sup> geht noch konkreter darauf ein, was die »auf Dauer angelegte Lebensperspektive« bedeutet:

»... In erster Linie der Verbleib des Kindes oder des Jugendlichen am Ort der bisherigen Erziehung...«. Und weiter: »Im Hinblick auf die fortbestehenden rechtlichen Nachteile des Pflegekindschaftsverhältnisses sind ggf. Möglichkeiten einer verstärkten Sorgerechtsausstattung oder der Adoption (durch die Pflegeperson) zu prüfen. Eine andere Alternative, insbesondere die Adoption des Kindes oder des Jugendlichen durch dritte Personen, wird jedoch im Hinblick auf die erneute Trennung des Kindes oder Jugendlichen von seinen Bezugspersonen nur im Ausnahmefall in Betracht zu ziehen sein (BVerfGE 79,51)«.

In der Kommentierung **GK-SGB VIII-Nothacker**<sup>89</sup> wird von einem »prinzipiellen Vorrang der Rückkehroption« ausgegangen.

---

<sup>86</sup> a. a. O., Rdn. 16 f.

<sup>87</sup> a. a. O., Rdn. 16 f.

<sup>88</sup> a. a. O., Rdn. 29

<sup>89</sup> **GK-SGB VIII-Nothacker**, 2001, § 37 SGB VIII Rdn. 11

Gleichzeitig wird ausgeführt:

»Dies heißt allerdings **nicht**, dass in ausnahmslos jedem Fall erst eine zeitlich befristete Fremdunterbringung vorzusehen ist und die dauerhafte Lösung ein Scheitern der Rückkehroption voraussetzt.... In Fällen, in denen Bindungen zwischen Eltern und Kind nie entstehen konnten oder die Beziehungen des Kindes zur Herkunftsfamilie so nachhaltig gestört sind (etwa auf Grund langandauernder Gewalteinwirkung, Vernachlässigung oder sexuellen Missbrauchs), dass nach fachlicher Prognose eine Rückkehr nicht in Betracht kommt, kann .... von vornherein auf eine auf Dauer angelegte Lebensführung angestrebt werden.«<sup>90</sup>.

**Nothacker** weist insbesondere darauf hin<sup>91</sup>:

»Die Bemühungen um eine Verbesserung der Erziehungsbedingungen in der Herkunftsfamilie können im Interesse des Kindes oder Jugendlichen **nicht zeitlich unbegrenzt** erfolgen. Loyalitätskonflikte und Bindungsindifferenz sind der Identitätsfindung abträglich. Das Gesetz fordert deshalb eine Klärung innerhalb eines im Hinblick auf die Entwicklung des Kindes oder Jugendlichen »vertretbaren Zeitraums«. Teilweise werden in der Literatur maximal zwei Jahre als vertretbarer Zeitraum bis zur endgültigen Entscheidung über die Rückkehr in die Herkunftsfamilie oder aber bis zur dauerhaften Hilfe außerhalb der eigenen Familie

---

<sup>90</sup> a. a. O. Rdn. 12

<sup>91</sup> a. a. O. Rdn. 14

angesehen (mit Literaturhinweisen).«

Die Kommentierung weist ferner darauf hin, dass die hier maßgebliche Zeitspanne nach kinderpsychologischen Forschungen zwölf Monate bei einem Kind, dass zum Zeitpunkt der Unterbringung bis zu drei Jahre alt und 24 Monate bei einem Kind, dass zum Zeitpunkt der Unterbringung über drei Jahre alt war, beträgt<sup>92</sup>. Sie führt weiter aus:

»Auch hier lässt sich jedoch eine schematische Handhabung nicht rechtfertigen. Die Verbindung von Alter und Fremdunterbringungsdauer bildet einen Indikator für die Orientierung in der Praxis, zu dem andere Kriterien hinzutreten müssen. Beispielsweise dürfte die Bindung eines dreijährigen Kindes an Pflegepersonen, bei denen es seit einem Jahr lebt, ganz unterschiedlich zu bewerten sein, je nachdem, ob in den vorangegangenen beiden Jahren häufig wechselnde Bezugspersonen oder aber fast ausschließlich die leiblichen Eltern das Kind betreut und erzogen haben.«<sup>93</sup>

Ebenso wie Wiesner betont Nothacker, dass bei der auf Dauer angelegten Lebensperspektive vorrangig auch eine Adoption durch die Pflegeeltern, nur ausnahmsweise durch Dritte, in Betracht kommt, wobei die **Kontinuität** der Erziehungs- und Betreuungssituation möglichst gewahrt bleiben sollte<sup>94</sup>.

In dem gleichen Kommentar an anderer Stelle<sup>95</sup> wird darauf hingewiesen, dass

»die Verbesserung der Erziehungsbedingungen in

---

<sup>92</sup> unter Hinweis auf Goldstein/Freud/Sollnit 1974, S. 47

<sup>93</sup> a. a. O. Rdn. 15

<sup>94</sup> a. a. O. Rdn. 17

<sup>95</sup> **GK-SGB VIII-Salgo** § 33 Rdn. 35

der Herkunftsfamilie die unabdingbare Voraussetzung dafür ist, dass das Kind wieder in die Herkunftsfamilie zurückkehren kann«.

Ferner sei zu beachten, dass Ursache der Fremdplatzierung in der Regel eine

»gravierende Störung im Eltern-Kind-Verhältnis und deren Entsprechungen im Verhalten der Kinder«

ist, so dass die Ursachen in Hilfeplanungsverfahren schonungslos offen gelegt werden müssen, denn:

»Die Voraussetzungen einer alsbaldigen Rückkehr sind aber nicht formulierbar, die Hilfgewährung eigentlich nicht möglich, wenn die Gründe der Inpflegegabe ... nicht analysiert worden sind.«

Es werde auch verkannt, dass die Hilfestellungen von Ärzten, Psychologen und Psychiatern erforderlich sein können,

»um zu einer realistischen Einschätzung der Beeinträchtigung des Kindeswohls sowie der Veränderungspotenziale zu gelangen«.

Ferner weist **Salgo** darauf hin:

»In der Praxis trifft man immer wieder auf eine Fehldeutung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit: **die auf Dauer angelegte Lebensform setzt nach der Gesetzessystematik nicht in jedem Fall das Scheitern einer zeitlich befristeten Erziehungshilfe voraus.**«

Auch verweist **Salgo** darauf, dass die

»alsbaldige Herstellung möglichst dauerhafter Lebensbedingungen das oberste Gebot der Intervention sein muss«,

und dass

»im Interesse des Kindes und zur Sicherung seines Anspruchs auf Klarheit und Sicherheit der Beziehungen eine neue stabile Lebensperspektive für das Kind zu erarbeiten«

ist. Ergänzend verweist **Salgo** auf die Bedeutung des kindlichen Zeitempfindens<sup>96</sup> sowie die Erforderlichkeit der klaren Befristung der Fremdunterbringung mit zeitlich dichten Kontrollen,

»ob die fremde Platzierung fortgesetzt werden muss, ob die im Hilfeplan vorgesehenen Hilfen an den Minderjährigen, an die Eltern und Pflegeeltern tatsächlich geleistet und von diesen auch angenommen werden, ob die vorgesehenen Zwischenziele erreicht worden, ob die vorgesehene Umgangsregelung tatsächlich stattfindet, ob zusätzliche Hilfen notwendig sind und vor allem, ob der vorgesehene Rückkehrtermin voraussichtlich eingehalten werden kann«<sup>97</sup>.

Dabei komme der vorgesehenen Umgangsregelung eine Schlüssel-funktion zu.

Bei der auf Dauer angelegten Lebensform müsse, so weit die

---

<sup>96</sup> a. a. O. Rdn. 37

<sup>97</sup> a. a. O. Rdn. 38

Adoption nicht zu realisieren sei, die entstandene Spannung auf Grund des Auseinanderfallens von Recht und Lebenswirklichkeit dadurch reduziert werden, dass Pflegeeltern Einzelvormundschaften/-Pflegschaften übernehmen, gegebenenfalls auch mit namensrechtlichen Konsequenzen (Namensänderung, die möglich ist, wenn diese dem Kindeswohl förderlich ist).

**Einigkeit unter den Kommentatoren** besteht somit in Folgendem:

- a) Wenn eine Verbesserung der Erziehungsbedingungen in der Herkunftsfamilie von vornherein aussichtslos erscheint, soll **sofort** auf die Festlegung einer dauerhaften Perspektive hingearbeitet werden. Dies umfasst auch die Frage der Adoption oder, wenn diese nicht möglich ist, eine Übertragung von Sorgerecht, Vormundschaft oder Pflegschaften auf die Pflegeeltern einschließlich der Möglichkeit der Namensänderung.
- b) Wenn Versuche unternommen werden, die Erziehungsbedingungen in der Herkunftsfamilie zu verbessern, so dass eine Rückkehr des Kindes in die Herkunftsfamilie in Betracht kommt, so müssen diese **Versuche zeitlich begrenzt** bleiben und sich an dem jeweiligen kindlichen Zeitverständnis orientieren. Eine dauerhafte Unsicherheit und längere Schwebezustände sind dem Kindeswohl nicht zuzumuten. Auch wenn schematische Lösungen sich verbieten und Einzelfallprüfungen erforderlich sind, so werden doch Zeiträume von einem bis zwei Jahren als Orientierungsgrößen angegeben.
- c) Als **Koordinierungsinstrument** dient dazu der **Hilfeplan** gem. § 36 Abs. 2 Satz 2 KJHG. Dieser Hilfeplan muss bei Gericht als Grundlage geeigneter Maßnahmen (Verbleibensanordnung, Entzug der elterlichen Sorge, Kompetenzenregelung für die Pflegeeltern) vorgelegt werden. Bei einer zeitlich befristeten Fremdunterbringung muss die Eindeutigkeit gewahrt sein hinsichtlich der zeitlichen Abläufe,

der befristeten Ziele und der Kontrollen, ob die einzelnen Schritte erfolgt sind und erfolgreich waren.

- d) Wenn die dauerhafte Perspektive angestrebt wird, entweder von vornherein oder nach vergeblichen Versuchen der Verbesserung der Erziehungsbedingungen in der Herkunftsfamilie, so kommt es darauf an, dass die Perspektive auch abgesichert wird, die Sozialisation gelingt und die Herkunftsfamilie nicht zum Störfaktor für das Gelingen der neuen Sozialisation wird.

## 8. Die Rechtsprechung der OLG zum Umgang

**von Kindern, die außerhalb der Herkunftsfamilie leben, mit ihren Herkunftseltern als unverzichtbarer Bestandteil des ausbalancierten Teilsystems:**

Die entscheidende Frage der **langfristigen Perspektive des Kindes** und ihr unmittelbarer Zusammenhang zum Umgangsziel und der Umgangsfrequenz ist von den Gerichten aufgegriffen worden, jedenfalls dort, wo bedacht wurde, dass Pflegekinder nicht mit Scheidungskinder gleichgesetzt werden können.

Bei Pflegekindern kommt es darauf an, dass die neue Sozialisation in der Pflegefamilie gelingt, sobald klar ist, dass eine dauerhafte Perspektive gefunden werden muss. Bei Scheidungskindern kommt es darauf an, dass bestehende Beziehungen zu den Elternteilen erhalten bleiben. Dieses zentrale Unterscheidungsmerkmal der perspektivischen Zielsetzung hat unmittelbare Konsequenzen für den Umgang.



Diesem Ziele entsprechend formuliert das **OLG Rostock**<sup>98</sup>:

»Der Pflegemutter ist darin zuzustimmen, dass die Beantwortung der Frage, ob die Bindung des Kindes zur Mutter auszubauen ist, davon abhängt, ob das Kind zukünftig weiterhin in der Pflegefamilie oder bei der leiblichen Mutter leben soll.«

Weiter heißt es:

»Zu Recht weist die Pflegemutter weiter darauf, dass auf Grund der Tatsache, dass das Kind nie in Obhut der leiblichen Mutter gelebt hat und deshalb zu dieser keine solche Bindungen aufbauen konnte, wie sie bei Scheidungskindern, die zunächst bis zur Trennung ihrer Eltern in einer intakten Familie gelebt haben, vorhanden sind. Auch deshalb entspricht derzeit eine Ausweitung der Umgangskontakte nicht dem Kindeswohl. «

Ebenso hat das **OLG Hamm**<sup>99</sup>

»die Entwicklung der erforderlichen vertrauensvollen Beziehung des Kindes zu seinen Pflegeeltern, durch die zur Zeit allein seine kindlichen Grundbedürfnisse befriedigt werden,«

als vorrangig gegenüber dem Umgangsrecht der Herkunftseltern angesehen und **den Umgang ausgeschlossen** wegen eines

»erheblichen Konfliktpotenzials zwischen den

---

<sup>98</sup> **OLG Rostock** (11 UF 5 4/03) im Beschluss vom 5.11.2003 (nicht veröffentlicht)

<sup>99</sup> **OLG Hamm** FamRZ 2000, 1108, 1109

**leiblichen Eltern und den Pflegeeltern, welches einer gedeihlichen seelischen und körperlichen Entwicklung des Kindes entgegenstehen könnte«.**

Das **OLG Celle**<sup>100</sup> hat eine sehr starke **Umgangsbeschränkung** - bei zuvor durchaus bestehenden Beziehungen zu den Herkunftseltern - vorgenommen bei Pflegekindern, die weiterhin bei den Pflegeeltern leben sollten, wobei mit der Umgangsbeschränkung den Pflegekindern

**»in erster Linie Sicherheit und Gewissheit vermittelt werden (soll), in der Obhut der Pflegeeltern bleiben zu können«.**

Das **OLG Schleswig**<sup>101</sup> hat im Falle eines etwas älteren Kindes den **Umgang ausgeschlossen** weil die Kontaktversuche der Mutter durch das Kind empfunden werden

**»als Beginn eines Prozesses, an dessen Ende wieder ein Verlust stehen wird, nämlich das Verlassenmüssen seines jetzigen als Familie empfundenen Lebenskreises, in dem er Geborgenheit gefunden hat.«**

Das **OLG Frankfurt/Main**<sup>102</sup> hat den **Umgang** zwischen Herkunftseltern und Pflegekind auf Grund der das Kind erheblich belastenden Konflikte **aussgeschlossen** und ausgeführt:

---

<sup>100</sup> OLG Celle FamRZ 2000, 48

<sup>101</sup> OLG Schleswig FamRZ 2000, 48

<sup>102</sup> OLG Frankfurt/Main (8.5.2002, 1 UF 312/01), zitiert nach Salgo, »Gesetzliche Regelungen des Umgangs und deren kindgerechte Umsetzung in der Praxis des Pflegekinderwesens« in: »Kontakte zwischen Pflegekind und Herkunftsfamilie«, 3. Jahrbuch des Pflegekinderwesens, hrsg. von: Stiftung zum Wohl des Pflegekindes, 2004

**»Angesichts der langen Traumatisierung des Kindes und auf Grund von dessen Bedürfnissen nach einer gesicherten Bindung und emotionaler Geborgenheit kommt (...) eine Rückführung des Kindes in den Haushalt der Mutter in absehbarer Zeit, und zwar auch bei gleichzeitigen Einsatz von Hilfen zur Erziehung durch einen Erziehungsbeistand oder eine sozialpädagogische Familienhilfe nicht in Betracht.«**

Das **OLG Hamm**<sup>103</sup> hat sich in dem dortigen Fall ebenfalls zu einem **Umgangsausschluss** durchgerungen und zwar unter Berücksichtigung des Verhältnisses des Kindes zu den Pflegeeltern und unter Hinweis auf das eingeholte Sachverständigengutachten:

**»Im Verhältnis zu den Pflegeeltern, seinen Hauptbezugspersonen, werde es dabei negativ erfahren, dass diese nicht in der Lage seien, es vor der ihm sehr unangenehmen Situation zu schützen«.**

In erfreulicher Weise haben diese Entscheidungen das Kindeswohl und die Qualität der Beziehungen zu der jeweiligen Pflegefamilie und die Perspektive des Verbleibs des Kindes darin in das Zentrum der Betrachtungen gezogen.

## **9. Das Adoptionsverfahren als der Kern der Auseinandersetzung der vier Entscheidungen (EuGHMR, OLG Naumburg, 1. u. 2. Sen. d. BVerfG) im konkreten Fall**

Der konkret entschiedene Fall, der Gegenstand der vier referierten Entscheidungen ist, belegt, dass auch das Adoptionsrecht zum unverzichtbaren Bestandteil des „ausba-

---

<sup>103</sup> **OLG Hamm** vom 22.1.2003, 10 UF 126/02, a. a. O.

lancierten Teilrechtssystems“ gehört.

Es ist möglicherweise dieser **Kern der Auseinandersetzung** aus dem Blick geraten, denn die ausufernd behandelte Frage des Umgangsrechts bewegt sich lediglich im Bereich der Peripherie einer Auseinandersetzung, deren Kern die Durchführung eines **Adoptionsverfahrens** darstellt.

Dieses **Adoptionsverfahren** ist von größter Bedeutung im Hinblick auf die **Frage, wie die Entscheidung des EuGHMR vom 26.2.2004** umzusetzen ist, wie insbesondere

**»die Auswirkungen auf die nationale Rechtsanwendung«**

sein werden und insbesondere dann,

**»wenn es sich um ein in seinen Rechtsfolgen ausbalanciertes Teilsystem des innerstaatlichen Rechts handelt, dass verschiedene Grundrechtspeditionen miteinander zum Ausgleich bringen will.«<sup>104</sup>**

Die Berücksichtigung der Entscheidung des EuGHMR hat

**»im Rahmen methodisch vertretbar Gesetzesauslegung zu erfolgen«<sup>105</sup>.**

Es müsse gegebenenfalls

**»nachvollziehbar begründet werden, warum sie (die staatlichen Organe) der völkerrechtlichen Rechtsauffassung gleichwohl nicht folgen. Gerade in Fällen, in denen staatliche Gerichte wie im**

---

<sup>104</sup> BVerfG vom 14.10.2004 Rdnr. 57 (2 BVR 1481/04)

<sup>105</sup> a. a. O., Rdnr. 47

Privatrecht mehrpolige Grundrechtsverhältnisse auszugestalten haben, kommt es regelmäßig auf sensible Abwägungen zwischen verschiedenen subjektiven Rechtspositionen an, die bei einer Änderung der Subjekte des Rechtsstreits und durch eine Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse im Ergebnis anders ausfallen können. Es kann insofern zu verfassungsrechtlichen Problemen führen, wenn einer der Grundrechtsträger im Konflikt mit einem anderen einen für ihn günstigen Urteilsspruch des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gegen die Bundesrepublik Deutschland erstreitet und deutsche Gerichte diese Entscheidung schematisch auf das Privatrechtsverhältnis anwenden, mit der Folge, dass der insoweit »unterliegende« und möglicherweise nicht im Verfahren vor dem Gerichtshof beteiligte Grundrechtsträger gar nicht mehr als Verfahrenssubjekte wirksam in Erscheinung treten könnte.«<sup>106</sup>

Im Licht dieser Entscheidung gewinnt die Tatsache, dass hier ein Adoptionsverfahren den Kern der Auseinandersetzung darstellt, außerordentliche Bedeutung.

Das Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof ist ein eindimensionales Verfahren, an dem weder die Adoptivpflegeeltern noch das Jugendamt noch das Kind noch ein Verfahrenspfleger noch der Vormund beteiligt oder auch nur angehört worden sind.

Schon vor diesem Hintergrund **verbietet sich eine unmittelbare Übernahme der Entscheidungen** dieses Gerichts in unser ausdifferenziertes **mehrdimensionales Rechtssystem**, in dem das **Kindeswohl im Mittelpunkt des Interesses** steht und nicht das einseitige Interesse einer Partei.

---

<sup>106</sup> Rdnr. 50

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Umgang vom 28.12.2004 geht wegen der fehlenden Berücksichtigung des Adoptionsverfahrens von einem verkürzten und daher unzutreffenden Sachverhalt aus. Infolge dieses unzutreffenden Ausgangspunktes ergibt sich auch eine fehlerhafte Bewertung und ein fehlerhaftes Ergebnis.

Der Ausgangspunkt des Bundesverfassungsgerichts lautet:

»Aus der - nicht ehelichen - Beziehung des Beschwerdeführers mit der Kindesmutter ist das im August 1999 geborene Kind hervorgegangen. Die Mutter willigte sogleich nach der Geburt in die Adoption des Kindes ein, das seither bei Pflegeeltern lebt.«<sup>107</sup>

Tatsache ist demgegenüber, dass die Kindesmutter das Kind **zur Adoption durch die jetzige Adoptivpflegefamilie freigegeben** hat. Sie hat diese Erklärung in der Zwischenzeit auch noch einmal im Hinblick auf die Drei-Jahres-Frist des § 1750 Abs. 4 Satz 2 BGB erneuert.

Das bald sechsjährige Kind lebt somit seit seinem vierten Lebenstag in **Adoptionspflege gem. § 1744 BGB.**

Es lebt seit seinem Lebensbeginn **gerade nicht in einer beliebigen Pflegefamilie**, die die Aufgabe der Betreuung des Kindes vom Jugendamt z. B. im Rahmen von §§ 27, 33 SGB VIII/KJHG übernommen hat, ein fremdes Kind vorübergehend oder auf Dauer in ihrem Haushalt aufzunehmen und die möglicherweise noch damit rechnen muss, dass die Rückkehroption zu Herkunftsfamilie noch offen ist.

Das Kind lebt sein gesamtes Leben in einer **Adoptivpflegefa-**

---

<sup>107</sup> Bl. 3 d. Entsch.

milie, deren wichtigste Aufgabe es war und heute noch ist, dem Kind seine allerersten, seine primären und lebensnotwendigen Beziehungen und Bindungen zu bieten in einer Qualität, wie sie einem leiblichen Kind und einem lebenslangen Verbleiben in familiären Zusammenhang entsprechen.

Die Adoptivpflegeeltern müssen somit im Rahmen von § 1744 BGB alles Erdenkliche tun, damit ein **Eltern-Kind-Verhältnis** entsteht. Dies ist die zentrale Adoptionsvoraussetzung, unter der die **Adoption überhaupt nur im Interesse des Kindeswohls** durchgeführt werden kann. Dazu dient die **Adoptionspflegezeit gem. § 1744 BGB.**

Gem. § 1741 Abs. 1 Satz 1 BGB ist die Annahme als Kind **nur zulässig, wenn**

1. **sie dem Kindeswohl dient** und
2. **zu erwarten ist, dass zwischen dem Annehmenden und dem Kind ein Eltern-Kind-Verhältnis entsteht.**

Diese ausschließliche Orientierung des Adoptionsvorgangs am **Kindeswohl** entspricht auch der internationalen Verpflichtung im Rahmen der **Haager Konvention**<sup>108</sup>, die die Bundesrepublik Deutschland im Jahr 2002 ratifiziert hat.

Die Aufgabe, für die Herstellung eines Eltern-Kind-Verhältnisses im Interesse des Kindeswohls zu sorgen, haben die Adoptivpflegeeltern **ohne jede Einschränkung und Bedingung zu erfüllen.**

Dies gilt auch unabhängig davon, wie sich das Ersetzungsverfahren entwickelt, wie die Aussichten des Kindesvaters hinsichtlich eines Antrags gem. § 1672 BGB sind.

Ein Kind benötigt dringend im Rahmen einer gesunden Entwicklung befriedigender Bindungen und Beziehungen, es braucht

---

<sup>108</sup> v. 29.5.1993, Kap. I, Art. 1 („...in the best interests of the child...“)

die Entwicklung von Urvertrauen.

Diese Bedürfnisse des Kindes dürfen und können nicht im Hinblick auf eine nur äußerst schwer einzuschätzende Verfahrensdauer oder mögliche Verfahrensergebnisse in Rechtsstreitigkeiten zurückgestellt, aufgeschoben oder bedingt erfüllt werden. Dies zeigen bereits die über fünf Jahre andauernden Verfahren.

In Hinblick auf die Tatsache, dass diese schützenswerten **Bindungen bereits im Verlaufe des ersten Lebensjahres des Kindes** entstanden sind, dient die Übertragung der elterlichen Sorge auf den Vater **heute nicht** mehr dem Wohl des Kindes (§§ 1672 Abs. 1 Satz 2; 1678 Abs. 2 BGB).

Hier haben die gleichen Aspekte zu gelten, die das BVerfG im Rahmen der Frage der Rückübertragung der elterlichen Sorge entwickelt hat, wenn die Voraussetzungen der früheren Interventionsnotwendigkeit entfallen sind<sup>109</sup>. Es hat eine Kindeswohlprüfung unter allen Gesichtspunkten zu erfolgen. Maßnahmen nach den §§ 1666 ff. BGB sind nämlich erst aufzuheben, wenn eine Gefahr für das Wohl des Kindes nicht mehr besteht. Das ist nicht schon dann der Fall, wenn die Gründe weggefallen sind, die für die zur Überprüfung gestellten Maßnahmen ausschlaggebend war. Eine Änderungsentscheidung ist vielmehr nur dann zulässig, **wenn eine zuverlässige Gewähr dafür besteht, dass sie auch aus anderen Gründen nicht zu einer Gefährdung des Kindeswohl führen wird.**

Eine Übertragung der elterlichen Sorge auf den biologischen Vater würde - entsprechend seinen Ankündigungen und Bestrebungen - zu einer Herausnahme des Kindes aus der Adoptivpflegefamilie führen. Eine solche Herausnahme würde dem Kindeswohl eindeutig widersprechen, denn das Kind hat über die Dauer des Pflegeverhältnisses schützenswerten Bindungen in-

---

<sup>109</sup> BVerfGE 88, 187, 197



nerhalb der Adoptivpflegefamilie gefunden.

Die hohe Bedeutung der Bindungen des Kindes in einer Pflegefamilie hat das BVerfG in ständiger Rechtsprechung zu § 1632 Abs. 4 BGB stets betont<sup>110</sup>.

Damit ein **dem Kindeswohl dienendes Adoptionsverfahren** durchgeführt werden kann, hat der **Gesetzgeber bestimmt, dass**

- die Einwilligung **notarieller Beurkundung** bedarf (§ 1750 Abs. 1 Satz 2 BGB) und **unwiderruflich** ist (§ 1750 Abs. 2 Satz 2 BGB); diese Vorschrift dient dazu, dem Adoptivkind eine **größtmögliche Rechtssicherheit** zu gewähren.
- mit der Einwilligung eines Elternteils in die Annahme die **elterliche Sorge dieses Elternteils ruht** (§ 1751 Abs. 1 Satz 1, 1. Halbs. BGB); diese Vorschrift dient dazu, eine Ausübung der elterlichen Sorge durch die Herkunftseltern auszuschließen, da im Falle einer solchen Ausübung der elterlichen Sorge die Gefahr besteht, dass die Entwicklung der Eltern-Kind-Beziehung innerhalb der Probezeit des § 1744 BGB gestört wird.
- die Befugnis zum **persönlichen Umgang mit dem Kind nicht ausgeübt werden darf** (§ 1751 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbs. BGB); auch diese Vorschrift dient dazu, die Entwicklung der Eltern-Kind-Beziehung innerhalb der Adoptivpflegefamilie während der Probezeit des § 1744 BGB zu gewährleisten. In dieser Grundsätze gelten auch bei der Ersetzung der Einwilligung gem. § 1748 BGB<sup>111</sup>.

Mit der Annahme des Kindes soll ein neues, funktionsfähiges Eltern-Kind-Verhältnis geschaffen werden, dessen Träger die Funktionen der Pflege und Erziehung selbst-

---

<sup>110</sup> BVerfGE 68, 176; 75, 201; 79, 51; 88, 187

<sup>111</sup> KG FamRZ 78,210

ständig und eigenverantwortlich ausüben und hierbei ihrerseits durch die Grundrechtsgarantie des Art. 6 Abs. 2 Grundgesetz geschützt sind<sup>112</sup>.

»Das Kindeswohl gebietet den Ausschluss des Umgangsrechts, da **das Kind möglichst rasch und unbelastet eine Beziehung zu den Annehmenden aufbauen soll**. Deshalb sollte auch bei behaupteter Unwirksamkeit der Einwilligung kein Umgangsrecht im Wege einer einstweiligen Anordnung gewährt werden, solange keine rechtskräftige Entscheidung über die Nichtigkeit ergangen ist.«<sup>113</sup>

### Der Sinn und Zweck

- der Adoptionspflegezeit,
- des Ruhens der elterlichen Sorge und
- des Umgangausschlusses

gilt **grundsätzlich**, auch wenn der Gesetzgeber dem Eltern teil, der nicht seine Einwilligung in die Adoption erklärt hat, den Umgang nicht verboten hat (auch nicht den weiteren in § 1685 Abs. 1 BGB genannten Personen wie Großeltern und Geschwistern).

Für die Fälle des § 1626a Abs. 2 BGB (die Mutter hat die alleinige elterliche Sorge) hat der Gesetzgeber eine **erleichterte Form der Ersetzung der Einwilligung des leiblichen Vaters in § 1748 Abs. 4 BGB** vorgesehenen.

Im Rahmen des Ersetzungsverfahrens ist es wahrscheinlich, dass festgestellt wird, dass das Unterbleiben der Annahme dem Kind zu unverhältnismäßigem Nachteil gereichen würde (§ 1748 Abs. 4 BGB) und deshalb die Zustimmung des biologischen Vaters zur Adoption ersetzt wird.

---

<sup>112</sup> BVerfGE 24, 119, 142 = NJW 1968, 2233

<sup>113</sup> Staudinger-Frank (2001) § 1751 Rdnr. 9 mit Hinweis auf OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 1095, 1096

Unter diesen Umständen kommt es im Rahmen dieser Gesetzes-  
systematik, die die Interessen der verschiedenen Beteilig-  
ten, insbesondere des Kindes zutreffend berücksichtigt,  
nicht in Betracht, dass Sinn und Zweck des Adoptionsvorgangs  
dadurch gefährdet wird, dass Umgang mit den biologischen Va-  
ter stattfindet.

Dies gilt umso mehr, als es sein **erklärtes Ziel** ist, das  
Kind aus der Adoptivpflegefamilie herauslösen, also **dem Kind  
die geliebten Eltern zu nehmen**. Es verbietet sich jede Art  
von Verunsicherung des Kindes.

Insbesondere darf das Vertrauen des Kindes in seine Adoptiv-  
eltern nicht dadurch erschüttert werden, dass es feststellt,  
dass diese es nicht vor dem Umgang mit einem Mann schützen  
können, der ihm gegenüber den - aus des Kindes Sicht unver-  
ständlichen - Wunsch formuliert, sein »Vater« sein zu wollen  
(denn es hat bereits einen Vater, den Adoptivvater).

**Diese Regelungen zum Adoptionsvorgang sind Regelungen des  
innerstaatlichen Rechts, sind Bestandteile eines ausbalan-  
cierten Teilsystems, dessen oberstes Ziel der Schutz des  
Kindeswohls einschließlich dessen grundgesetzlichen Schutzes  
als selbständiger Träger von Grundrechten ist.**

Dieser Bestand des innerstaatlichen Rechts verbietet eine  
schematische Übernahme der Entscheidung des EuGHMR, wie das  
BVerfG in seiner Entscheidung vom 14.10.2004 ausführlich  
dargelegt hat. Eine solche ist verfassungswidrig.

**III. Katastrophale Konsequenzen für Pflegekinder, wenn die  
Festlegung der dauerhaften Perspektive außerhalb der Her-  
kunftsfamilie verwehrt wird**

## **1. Nachweisbar schädliche Folgen der Rechtsprechung des EuGHMR**

Das In-Frage-Stellen und Zerstören von gewachsenen Bindungen durch fehlerhaften Umgang mit der Konfliktproblematik zwischen Herkunftsfamilie einerseits und Pflegefamilie, in der diese Bindungen entstanden sind, andererseits ist als eine eindeutige Tendenz in der Rechtsprechung des EuGHMR zu beobachten. Diese Tendenz fällt hinter die Ergebnisse der internationalen Sozialforschung der letzten 50 Jahre, letztlich aber auch hinter die Erkenntnisse der Aufklärung (s.o. Lesing) zurück.

Dies belegen besonders die Folgen der vorangegangenen Entscheidung des EuGHMR, zwei Pflegekinder betreffend<sup>114</sup>.

Zwei Geschwisterkinder, 10 und 12 Jahre alt, seit etwa sechs Jahren wegen Erziehungsunfähigkeit der Herkunftseltern in zwei verschiedenen Pflegefamilien: nach Feststellung von drei verschiedenen Gutachten sehr gut in die Pflegefamilien integriert, die Sozialisation gelungen; die Kinder sehen die Pflegeeltern als »ihre Eltern« an. Die Herkunftseltern, motiviert durch entsprechende Interessengruppen, prozessieren immer wieder um erhöhte Umgangsfrequenzen und Rückführung; die Herkunftseltern werden in ihrem Bestreben durch die Entscheidung des EuGHMR bestätigt. Durch die erhöhten Umgangsfrequenzen, die massiven Beeinflussungen der Kinder während der Umgangswochenenden (Aufhebung aller Regeln und Grenzen, denen die Kinder in der Pflegefamilien unterliegen, unbegrenzter Fernsehkonsum, unbegrenzter Konsum von Süßigkeiten, etc.) werden die Kinder schließlich so stark verunsichert, dass sie schließlich erklären, in die Herkunftsfamilie zurück zu wollen. Die bereits gelungene Sozialisation wurde wieder zerstört. Es findet Ende 2003 auch die Rückführung statt, nach-

---

<sup>114</sup>Kutzner./ **Deutschland** , Urteil vom 26.02.2002, FamRZ 2002, 1393

dem ein neu eingesetzter Gutachter den Herkunftseltern die Erziehungsfähigkeit bescheinigt.

**Bereits nach kaum acht Monaten** ist bereits erneut eine Herausnahme aus der Herkunftsfamilie und öffentliche Unterbringung der Kinder in Form eines Internats erforderlich. Eine erneute Bindung an die Herkunftseltern ist nicht gelungen.

Die Kinder haben damit das Schicksal von etwa 50% der zurückgeführten Kinder erlitten, deren Rückführung in die Herkunftsfamilie scheitert. Diese Kinder sind damit **zum dritten Mal** in der Sozialisation gescheitert, zunächst in Herkunftsfamilie, dann in der Pflegefamilie, dann erneut in der Herkunftsfamilie. Damit wachsen die Kinder **bindungslos** auf. Sie haben es während ihrer Kindheit nicht erleben dürfen, dass Bindungen stabil, zuverlässig und kontinuierlich sein können.

Die Schädigungen der Kinder durch die mehrfachen Beziehungsabbrüche und Bindungszerstörungen liegen auf der Hand; die gesellschaftlichen Kosten durch die teure Internatsunterbringung über öffentliche Jugendhilfe sind immens. Die langfristigen Folgen für die Kinder und die wiederum daraus resultierenden Folgekosten für die Allgemeinheit sind überhaupt nicht absehbar.

## **2. Rechtswidrige Verstöße der Jugendbehörden gegen den eindeutigen Auftrag des Gesetzgebers, z. B. Globalrichtlinie Freie und Hansestadt Hamburg GR J 8/03**

Gleichwohl wird in der täglichen Praxis der gesetzliche Auftrag auf Festschreibung einer sicheren und zuverlässigen dauerhaften Perspektive von den Jugendbehörden ignoriert, wie z. B. in der Globalrichtlinie GR J 8/03 der Freien und Hansestadt Hamburg »Hilfe für junge Volljährige und Eingliede-

rungshilfe für seelisch beendete Kinder und Jugendliche«<sup>115</sup>. Diese wird inzwischen in anderen Städten bereits als "neue Leitlinie in der Jugendpolitik" diskutiert.

Dort heißt es unter III. 2. C) ohne jede Einschränkung:

»Im Verlauf der außerfamiliären Unterbringung sind über die Hilfeplanung (vgl. V der Globalrichtlinie) kontinuierlich Anstrengungen zu unternehmen, um die Rückführung des Kindes in die Herkunftsfamilie und damit die Beendigung der Hilfe zu erreichen.«

Zur Hilfeplanung unter V. 2 der Globalrichtlinie heißt es:

»Der Erfolg einer Hilfe und gegebenenfalls Alternativen zu Maßnahmen nach § 34 SGB VIII (Rückführung in die Herkunftsfamilie, Vollzeitpflege nach § 33 SGB III) sind in der Regel halbjährlich im Rahmen der folgenden Hilfeplangespräche zu überprüfen. Maßstab der Bewertung ist die Wirksamkeit der Hilfe in Bezug auf zwei fachliche Zielvorgaben: die Stärkung bzw. Wiederherstellung ausreichender Erziehungsbedingungen in der Familie sowie die Minderung von Risikofaktoren und Bereitstellung von Schutzfaktoren für die Förderung der Kinder und Jugendlichen.«

Der hier festgehaltene Maßstab, dass im halbjährlichen Rhythmus sämtliche Pflegeverhältnisse daraufhin zu überprüfen sind, ob eine Rückführung möglich ist, beinhaltet das **Gegenteil des gesetzlichen Auftrags**. Daraus folgt, dass nach dieser Richtlinie sämtliche Pflegekinder während der Dauer des Pflegeverhältnisses in Unsicherheit gehalten werden. Die

---

<sup>115</sup> im Internet unter: Hamburg.de; Stichwort für Schnellsuche »Globalrichtlinie«

Pflegekinder können nicht mehr darauf vertrauen, dass die Pflegeverhältnisse und die darin gewonnenen Bindungen Bestand haben.

Der gesetzgeberische Auftrag zur Absicherung einer dauerhaften Perspektive findet in dieser Globalrichtlinie noch nicht einmal Erwähnung.

Dies hat für die Kinder kurzfristig und hinsichtlich der gesellschaftlichen Folgekosten katastrophale Auswirkungen.

#### **IV. Rechtliche den Konsequenzen auf der zivilrechtlichen Ebene zur Absicherung der dauerhaften Perspektive**

##### **1. Die zivilrechtliche Gesetzeslücke**

Historisch betrachtet ist die gesetzliche Regelung des Pflegekindschaftsverhältnisses stets überwiegend polizeirechtlich und ordnungsrechtlich, also im öffentlichen Recht orientiert gewesen. Das galt bereits bei dem Reichsjugendwohlfahrtsgesetz RJWG, später auch noch bei dem Jugendwohlfahrtsgesetz JWG. Auch mit dem SGB VIII vom 26.06.1990<sup>116</sup> wurde das Pflegekinderwesen nur auf dem Gebiet der öffentlichen Jugendhilfe reformiert. Es ist auch im Rahmen der Kindschaftsrechtsreform vom 01.07.1998 leider festzustellen, **dass für die öffentlich-rechtlichen Vorgaben für die Jugendämter (§§ 36, 37 KJHG/SGB VIII) keine zivilrechtlichen Entsprechungen geschaffen worden sind**<sup>117</sup>.

»Die Rechtsordnung kann nicht darüber hinwegsehen, dass dem Ablauf der Zeit »die personale Substanz des Kind-

---

<sup>116</sup> BGBI 1990 I, Seite 1163

<sup>117</sup> vgl. Staudinger-Salgo ( 2002) § 1632 Rdnr. 58

schaftsverhältnisses gegenüber den leiblichen Eltern zerfällt und sich gegenüber den Pflegeeltern entfaltet«<sup>118</sup>. U. a. auf diesen Umstand (auf mögliche Folgen für die Entwicklung des Kindes) hinzuweisen, gehört gem. § 36 Abs. 1 Satz 1 KJHG zu den Pflichtaufgaben der Jugendhilfe<sup>119</sup>.

Insbesondere fehlt es an den **zivilrechtlichen Möglichkeiten** zur Umsetzung der Forderung nach einer **dauerhaften Perspektive für das Kind**, wenn die in § 37 KJHG/SGB VIII beschriebenen Voraussetzungen eingetreten sind, jedoch die einzig vom Gesetzgeber benannte konkrete Umsetzungsmöglichkeit, die Adoption gem. § 36 Abs. 1 Satz 2 KJHG/SGB VIII jedoch nicht umgesetzt werden kann, weil die elterliche Zustimmung fehlt und diese auch nicht ersetzt werden kann.

Auch die Vorschrift des § 1630 Abs. 3 BGB, die Übertragung der Angelegenheiten der elterlichen Sorge zur Ausübung auf die Pflegeeltern, stellt keine tatsächliche Umsetzungsmöglichkeit der dauerhaften Perspektive dar, da diese Regelung zum einen von der **Zustimmung** der Herkunftseltern abhängt und diese **Zustimmung auch nicht ersetzt** werden kann und vor allen Dingen diese Regelung **von den Herkunftseltern jederzeit wieder rückgängig gemacht werden kann**.

## **2. Entzug der elterlichen Sorge gem. §§ 1666 f. oder Verbleibensanordnung gem. § 1632 IV BGB als zivilrechtliche Lösungsmöglichkeit zur Absicherung der dauerhaften Perspektive?**

Grundlegend stellt sich jedoch unter der Voraussetzung

---

<sup>118</sup> Schwab, 54 DJT A 112

<sup>119</sup> Staudinger-Salgo a.a.O.



der dauerhaften Perspektive in einer Pflegefamilie allenfalls die Frage nach der elterlichen Sorge:

Wenn einerseits die Bedingungen für die Entwicklung einer dauerhaften Perspektive vorhanden sind, stellt sich andererseits die Frage, ob die elterliche Sorge bei zwischenzeitlicher Wiedererlangung der Erziehungsfähigkeit durch die Herkunftsmutter auf diese zurückübertragen werden muss, weil der Anlass für den staatlichen Eingriff insoweit weggefallen ist.

Zur Beantwortung dieser Frage sind maßgeblich die Entscheidungen OLG Celle<sup>120</sup>, OLG Naumburg<sup>121</sup>, OLG Frankfurt<sup>122</sup>, OLG Frankfurt<sup>123</sup> sowie insbesondere des Bundesverfassungsgerichts<sup>124</sup> heranzuziehen.

In der Alternative zwischen einer Verbleibensanordnung gem. § 1632 Abs. 4 BGB einerseits und der Aufrechterhaltung eines Entzugs des Personensorgerechts andererseits sind naturgemäß auch die Aspekte der Verhältnismäßigkeit, aber auch die Kontinuitätsbedürfnisse der Kinder zu beachten<sup>125</sup>.

- a) Die Frage, welches überhaupt die minimalen Voraussetzungen und Schritte sind, die im Rahmen der Amtsaufklärungspflicht gem. § 12 FGG von dem zuständigen Familiengericht in einer solchen Konfliktsituation erfüllt werden müssen, hat in einer Pflegekindschaftssache das **OLG Celle**<sup>126</sup> in bemerkenswerter Deutlichkeit klargestellt, die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Familiengericht zurückverwiesen und Rechtsverletzungen gerügt, da

---

<sup>120</sup> OLG Celle FamRZ 2002,1356

<sup>121</sup> OLG Naumburg FamRZ 2002, 1274

<sup>122</sup> OLG Frankfurt FamRZ 2002, 1277

<sup>123</sup> OLG Frankfurt FamRZ 2003, 1317

<sup>124</sup> BVerfGE 88, 187

<sup>125</sup> GK-SGB VIII-Salgo § 33 Rdn. 15; BVerfG FamRZ 1989,145

<sup>126</sup> OLG Celle **FamRZ 2002, 1356 m. Anm. Eisele**

- gegen die gem. **§ 12 FGG** obliegende Aufklärungsverpflichtung verstoßen wurde, da hätte geklärt werden müssen, ob vor dem Hintergrund, dass das Kind praktisch seit seiner Geburt nun über drei Jahre in der Pflegefamilie lebt, eine Herausnahme aus seinem bisherigen sozialen Umfeld das Wohl des Kindes gefährden würde. Im Übrigen dürfte die Einholung eines Gutachtens eines **kinderpsychologischen Sachverständigen** dringend geboten sein;
- gegen **§ 50b FGG** verstoßen worden sei, da eine **Anhörung des Kindes** nicht erfolgt sei;
- gegen **§ 50 Abs. 2 Nr. 3 FGG** verstoßen worden sei, da ein Verfahrenspfleger nicht bestellt worden sei.

Damit sind zunächst die Mindestanforderungen dargestellt, die überhaupt in einem solchen Rahmen erfüllt sein müssen.

- b) Die eingangs gestellte Frage - Rückübertragung der elterlichen Sorge oder nicht - ergab sich in einer sehr problematischen Entscheidung des **OLG Naumburg**<sup>127</sup>. **Dieser Entscheidung** lag die Tatsache zu Grunde, dass die leibliche Mutter unmittelbar nach der Geburt das Kind zu töten versucht hatte. Das OLG Naumburg hat hier entschieden, dass die **Anordnung**, dass das **Kind in der Pflegefamilie verbleiben** soll, anstelle des Sorgerechtsentzugs eine **ausreichende Maßnahme** i. S. des Kindeswohls sein könne.

Das Gericht hat in dieser Entscheidung zunächst umfassend und korrekt die Voraussetzungen einer Verbleibensanordnung zu Gunsten der Pflegeeltern geprüft und zugleich gem. § 1666 BGB die Gesundheitsfürsorge (wegen besonderer Gründe in diesem Einzelfall) auf die Pflegeeltern übertragen.

---

<sup>127</sup> OLG Naumburg **FamRZ 2002, 1274 m. Anm. Hoffmann**

Die Entziehung des Sorgerechts hielt das Gericht für

»mangels fortbestehender Gefahr für das Wohl des Kindes nicht mehr gerechtfertigt«.

Es wird die

»für einen Sorgerechtseingriff zwingend erforderliche gegenwärtige, begründete Besorgnis der Schädigung durch vereinzelt gebliebene Vorfälle in der Vergangenheit regelmäßig nicht hervorgerufen«.

(Ob dies eine akzeptable Umschreibung für den Vorgang einer versuchten Kindestötung ist, mag hier unerörtert bleiben.)

Weiter führt das Gericht aus:

»Zwar sei die Gefahr, die durch die Straftat der Mutter begründet wurde, seit langem weggefallen«.

Eine neue, jedoch über § 1632 Abs. 4 BGB zu berücksichtigende Gefährdung des Kindeswohls liege aber darin, dass das Kind dort (in der Pflegefamilie) so stark verwurzelt sei, dass es durch eine - nach Übertragung des Sorgerechts auf die Kindesmutter nicht auszuschließende - unvermittelte Herausnahme aus der Pflegefamilie **seelischen Schaden** erleiden würde. Es könne allein die Dauer des Pflegeverhältnisses zu einer Verbleibensanordnung nach § 1632 Abs. 4 BGB führen (mit Hinweis auf die BVerfGE). Davon sei hier bei einem fast 2 3/4 Jahre währenden Pflegeverhältnis in den ersten drei Lebensjahren definitiv auszugehen. Erforderlich und verhältnismäßig könne immer nur der geringstmögliche Eingriff sein.

Die Entscheidung des OLG Naumburg lässt das Eingehen auf

die Tatsache vermissen, dass hier dieses Kind seine Sozialisation bei den Pflegeeltern gefunden hat und aus Gründen des Kindeswohls bis in die Volljährigkeit hinein in der Pflegefamilie leben wird. Wenn die Rückführungsoption innerhalb des vom Gesetzgeber vorgesehenen, am kindlichen Zeitbegriff orientierten Zeitraums (§ 37 Abs. 1 Satz 4 SGB VIII) nicht verwirklicht werden kann, hat die Festschreibung einer dauerhaften Perspektive außerhalb der Herkunftsfamilie zu erfolgen, und zwar unter Einbeziehung der Adoptionsmöglichkeit (§ 36 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII). Mit dieser Vorgabe hat der Gesetzgeber auch die elterliche Sorge zur Disposition gestellt.

Auch dann, wenn Adoptionsmöglichkeiten wegen fehlender Zustimmung oder wegen Unmöglichkeit der Zustimmungsetzung nicht gegeben sind, verbieten sich alle Eingriffe der Herkunftsfamilie in die neu gefundenen Bindungen des Kindes, in die gelungene Integration, in die neue Sozialisation. Bietet man den Herkunftseltern alle Entscheidungsmöglichkeiten der elterlichen Sorge und Umgang, so besteht die Gefahr, dass diese auch - mehr oder weniger subtil - genutzt werden. Man schafft damit die Gefahr, dass die gelungene Sozialisation wieder in Frage gestellt wird und das Kind langfristig bindungslos wird.

- c) Es kann genau das eintreten, was das **OLG Frankfurt**<sup>128</sup> in seiner Entscheidung befürchtet, dass nämlich bei Rückübertragung der elterlichen Sorge auf die Herkunftsmutter das Recht der elterlichen Sorge für Auseinandersetzungen um das Kind genutzt wird, was sich negativ auf die Entwicklung des Kindes auswirken würde.

Dieser Entscheidung lag die Tatsache zu Grunde, dass die Kindesmutter diese Erziehungsfähigkeit »in beeindruckender Weise wiedergewonnen« hatte. Das Kind habe jedoch den

---

<sup>128</sup> **OLG Frankfurt FamRZ 2002,1277 m.Anm. Doukanni-Bördner**

größten Teil seines bewussten Lebens im Haushalt der Pflegeeltern verbracht. Es habe - auch wenn es zu seiner Mutter ebenfalls eine herzliche Beziehung unterhalte - den nachvollziehbaren Wunsch, weiterhin bei seinen Pflegeeltern wohnen bleiben zu dürfen, wo es sehr gut gefördert und in seiner Beziehung zur leiblichen Mutter gut unterstützt werde.

Das OLG Frankfurt hat hier entschieden, dass **die elterliche Sorge nicht zurückübertragen werden** solle, auch wenn die Herkunftsmutter die Erziehungsfähigkeit wiedergewonnen habe. Die Aufhebung des Sorgerechtsentzugs würde die derzeit stabile Entwicklung des Kindes gefährden, weil sie (die Aufhebung) mit der Unterbrechung der Bindungen zu den Pflegeeltern einhergehen müsste.

Der nachvollziehbare Wunsch des Kindes, weiterhin bei seinen Pflegeeltern wohnen bleiben zu dürfen, sei beachtlich, wenn er mit den von der psychologischen Sachverständigen gewonnenen Befunden hinsichtlich der Absicherung der Stabilität seiner Entwicklung stimmig sei.

Eine **Verbleibensanordnung** erscheine **nicht ausreichend**, um das Wohl des Kindes nachhaltig genug zu sichern, wenn eine Rückübertragung des Sorgerechts auf die Mutter die Machtverhältnisse zu Gunsten des Begehrens der Mutter, das Kind zu sich nach Hause zu holen, verändere und erhebliche Auseinandersetzungen mit negativen Ausstrahlungen auf das Wohl des Kindes zu befürchten seien.

Die Aufhebung des Sorgerechtsentzugs gefährde die derzeit stabile Entwicklung des Kindes, weil sie mit einer Unterbrechung der Bindungen zu den Pflegeeltern einhergehen müsse. Dies gefährde die gerade gewonnene Sicherheit erneut. Es erscheine daher (weitere Gründe werden ausgeführt) »mehr als verfrüht, die Schutzmaßnahmen für das

Kind aufzuheben. **In solchen Fällen muss das Elternrecht zurückstehen, wenn die volle Erziehungsfähigkeit wiedergewonnen worden ist.**«

Das OLG führt weiter aus:

Eine Verbleibensanordnung unter gleichzeitiger Rückübertragung der elterlichen Sorge belaste .... eher ungünstig mit negativen Auswirkungen das seelische Gleichgewicht des Kindes. Trotz Bemühens der Mutter sei **»unterschwellig offensichtlich eine Rivalität um die Gunst des Kindes zwischen der Mutter und den Pflegeeltern festzustellen«**; durch die Rückübertragung des Sorgerechts auf die Mutter würde

**»die rechtliche Gestaltung der Beziehungen daher enorm erschwert, weil sich die Machtverhältnisse zu Gunsten des Begehrens der Mutter, das Kind schon jetzt zu sich nach Hause zu holen, verändern würde. Erhebliche Auseinandersetzungen mit negativen Ausstrahlungen auf das Wohl des Kindes wären zu befürchten. Dem muss vorgebeugt werden.«**

In dankenswerter Klarheit hat das OLG Frankfurt in dieser Entscheidung dargelegt, dass eine Verbleibensanordnung alleine nicht ausreichend ist, um das Kindeswohl abzusichern, wenn abzusehen ist, dass das Kind dauerhaft in der Pflegefamilie verbleibt. Die Entscheidung dient auch der Klarstellung des Vorrangs des Kindeswohls vor den Elternrechten. Auch wurde das Kindeswohl im Zusammenhang mit dem Kindeswillen in geeigneter Weise berücksichtigt.

### **3. Lösungsweg des Bundesverfassungsgerichts**

Das Oberlandesgericht Naumburg hat die Möglichkeiten, die die

gesetzliche Lage ebenso wie die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bieten - wie die Entscheidung des OLG Frankfurt zeigt -, nicht genutzt und somit das Kind einer dauerhaften Unsicherheit preisgegeben. Dies steht aber im diametralen Gegensatz zu den Absichten des Gesetzgebers, in derartigen Fällen eine dauerhafte Perspektive für die Kinder zu schaffen und abzusichern (§ 37 Abs. 1 Satz 4 SGB VIII). Offenbar ist auch nicht versucht worden, die Kindesmutter zur Zustimmung zu einem Antrag auf Übertragung der Angelegenheiten der elterlichen Sorge auf die Pflegeeltern gem. § 1630 Abs. 3 BGB zu bewegen.<sup>129</sup>

Das OLG Naumburg hat möglicherweise auch übersehen, dass das Bundesverfassungsgericht in dieser Konfliktsituation bereits Wege aufgezeigt hat, die auf verfassungskonforme Weise den Konflikt im Interesse des Kindeswohls lösen:

Betrachtet man die konkreten Lösungen des Bundesverfassungsgerichts im Zusammenhang mit den übrigen Entscheidungen zum Bereich der Pflegekinder und der Herausnahmekonflikte, so wird deutlich, dass das Bundesverfassungsgericht die elterliche Sorge nie zum inhaltsleeren Selbstzweck werden lässt, sondern immer das einbezieht, was "Gegenstand" der elterlichen Sorge ist, nämlich das Kind bzw. das Kindeswohl. In der ersten Entscheidung (Elizabetha) ist die elterliche Sorge in Gestalt des Aufenthaltsbestimmungsrechts nicht ausübbar, da dies dem Kindeswohl wegen der gewonnenen Bindungen widersprechen würde. Rechtstechnisch wird die Frage über § 1632 Abs. 4 BGB gelöst. Auch in der zweiten Entscheidung (Janina) ist die Aufenthaltsbestimmung als Bestandteil der elterlichen Sorge durch die Herkunftseltern nicht ausübbar, da ein Wechsel von einer Pflegefamilie zur anderen dem Kindeswohl widerspricht. Auch hier greift § 1632 Abs. 4 BGB. Bei dieser Entscheidung handelt es sich um eine Abkehr von der Vorstellung der elterlichen Sorge als Herrschaftsrechte.

---

<sup>129</sup> vgl. Anm. P. Hoffmann FamRZ 2002, 1276 zu dieser Entscheidung

Zu Recht also setzt das BVerfG in der hier maßgeblichen Entscheidung<sup>130</sup> das Bedürfnis des Kindes nach einer ungestörten Integration in der Pflegefamilie als höherwertig an als das Interesse der Herkunftseltern an der Rückübertragung der elterlichen Sorge. Das Bundesverfassungsgericht und die ihm folgenden Instanzgerichte schützen damit das Kindeswohl und erfüllen damit zugleich die Forderung des Gesetzgebers nach **Schaffung und Absicherung** einer dauerhaften Perspektive des Pflegekindes (§ 37 Abs. 1 Satz 4 SGB VIII).

Diese Lösung ergibt sich jedoch nicht in der Vielzahl von Fällen, in denen die elterliche Sorge gar nicht entzogen wurde. Dort verbleibt eine Gesetzeslücke, die offenbar nicht durch die Rechtsprechung gefüllt werden kann.

#### **4. Schädliche Folgen bei versäumtem Entzug der elterlichen Sorge.**

Welche Brisanz sich ergibt, wenn die elterliche Sorge aufrechterhalten bleibt, während das Kind dauerhaft in einer Pflegefamilie untergebracht ist, zeigen verschiedene Fälle in der Praxis:

Salgo<sup>131</sup> weist darauf hin, dass die verbreitete gerichtliche Praxis, nur das Aufenthaltsbestimmungsrecht den Eltern zu entziehen, zu erheblichen Problemen bei der Hilfestellung gem. §§ 27,33 SGB VIII und bei der Heranziehung zu den **Kosten** gem. § 91 SGB VIII führen kann und unehrlich den Eltern, Pflegeeltern und den Minderjährigen gegenüber ist. Der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts allein reicht nicht aus, um gegen den Willen der insoweit weiterhin personensorgeberechtigten Eltern, d. h. ohne ihren explizit darauf gerichteten

---

<sup>130</sup> BVerfGE 88, 187, 197

<sup>131</sup> Staudinger-Salgo, a.a.O. Rdnr. 26



Antrag gem. §§ 27,33 SGB VIII, einem Minderjährigen Hilfe zur Erziehung in Vollzeitpflege zu leisten.

Eine dramatische Konsequenz hat das BVerwG geschaffen in der Entscheidung 5 B 174/99 vom 21.06.2001<sup>132</sup>, in der es festgestellt hat:

»Ist dem Sorgeberechtigten das Recht auf Inanspruchnahme von Hilfen zur Erziehung nicht entzogen worden, so ist die Gewährung von Jugendhilfe gegen seinen erklärten Willen rechtswidrig und verletzt das Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG)«.

Daraus folgt, dass solange das Sorgerecht besteht, die Herkunftseltern auch berechtigt sind, einen Antrag auf Hilfe zur Erziehung in unmittelbarer Ausübung ihres Sorgerechts zurückzunehmen, wenn sie mit dem Verbleib des Kindes in der Pflegefamilie nicht einverstanden sind und das zur Zahlung von Pflegegeld **an die Pflegeeltern bereite Jugendamt damit zwingen, diese Zahlungen einzustellen, auch wenn zugleich eine Verbleibensanordnung zum Verbleib des Kindes in der Pflegefamilie besteht.**

Nicht beantwortet hat das Bundesverwaltungsgericht allerdings die sich daraus unmittelbar ergebende Frage, wer denn den Unterhalt des Kindes in der Pflegefamilie eigentlich leisten soll, wenn die Herkunftseltern - wie meistens - zugleich nicht zahlungsfähig sind. Bedauerlicherweise hat das BVerwG damit eine gegenteilige bei dem OVG Nordrhein-Westfalen<sup>133</sup> erstrittene Entscheidung damit aufgehoben. Das OVG hatte entschieden, dass der leibliche Elternteil für eine Klage gegen die Bewilligung von Pflegegeld an die Pflegeeltern nicht klagebefugt sei.

---

<sup>132</sup> BVerwG FamRZ 2002, 668

<sup>133</sup> OVG NRW FamRZ 2000,293

In einer anderen **rechtskräftig** gewordenen Entscheidung hat das OVG Niedersachsen<sup>134</sup> dagegen entschieden, dass die Rücknahme des Antrags auf Hilfe zur Erziehung durch die sorgeberechtigten Herkunftseltern sittenwidrig ist, da diese Rücknahme nur deshalb erfolgt, um das Pflegeverhältnis zu stören und damit zugleich eine Gefährdung des Kindeswohls vorliegt:

»Die Rücknahme des Antrags (der Verzicht) auf Hilfe zur Erziehung durch die Personensorgeberechtigten kann im Einzelfall unbeachtlich sein. Das ist unter anderem dann der Fall, wenn sich die Rücknahme im Hinblick darauf als rechtsmissbräuchlich erweist, dass zu Gunsten der Pflegeperson eine Verbleibensanordnung ergangen ist. Dann ist die Rücknahme absolut unwirksam, und die Pflegeperson kann die Hilfe zur Erziehung beanspruchen.«

Diese Fälle zeigen, dass die Ausübung des Sorgerechts durch die Herkunftseltern immer dann problematisch ist, wenn einerseits eine dauerhafte Unterbringung außerhalb der Herkunftsfamilie feststeht, andererseits die Herkunftseltern sich mit dieser Situation jedoch nicht zufrieden geben können und immer wieder versuchen, das Pflegeverhältnis zu torpedieren. Die Herkunftseltern sind dadurch in der Lage, äußerst nachhaltig das Pflegeverhältnis und die Integration des Kindes in der Pflegefamilie, also die neue Sozialisation zu stören, in Frage zu stellen und auch zu zerstören. Da keine Aussicht besteht, wieder neue vergleichbare Bindungen zu finden, werden diese Kinder bindungslos bleiben mit allen katastrophalen Folgen, die die Sozialwissenschaften bereits ausführlich beschrieben haben.

Eine Rückübertragung der elterlichen Sorge widerspricht den

---

<sup>134</sup> OVG Niedersachsen **FamRZ 1998, 707**

Absichten des Gesetzgebers ebenso wie den Intentionen des Bundesverfassungsgerichts, dem dauerhaft in einer Pflegefamilie untergebrachten Pflegekind die dauerhafte Perspektive auch abzusichern. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und dem folgend die Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt sollte in nachfolgenden Fällen zum Maßstab genommen werden.

Die hier vertretene Rechtsauffassung findet schließlich auch ihre Bestätigung durch die Entscheidung **OLG Frankfurt**<sup>135</sup>. Das Gericht hat entschieden, **dass eine Rückführung des Kindes zur Mutter in absehbarer Zeit nicht in Betracht komme und hat gleichzeitig die Bedürfnisse des Kindes nach einer gesicherten Bindungen und emotionaler Geborgenheit in der Pflegefamilie betont** (gleichzeitig wurde der Umgang für zwei Jahre ausgeschlossen). Es handelt sich in dieser Entscheidung um ein durch die Erziehungsunfähigkeit traumatisiertes Kind, dessen Mutter nicht bereit und in der Lage war zu erkennen, welchen langjährigen persönlichkeitschädigenden Erfahrungen ihre Tochter ausgesetzt war, und dass sie auch in Zukunft nicht in der Lage sein würde, weitere Beeinträchtigungen des Kindeswohls zu vermeiden und auch nicht in der Lage sein würde, den Bedürfnissen des Kindes gegenüber den eigenen Bedürfnissen den Vorrang zu geben.<sup>136</sup>

## **V. Der Status der Pflegekinder: Kinder in dauerhafter struk-**

---

<sup>135</sup> **OLG Frankfurt FamRZ 2003, 1317** (m. Anm. Doukanni-Bördner)

<sup>136</sup> Excurs:

Bei Entzug der elterlichen Sorge ist es am sinnvollsten, die Pflegeeltern zu Vormündern oder Pflegern zu bestellen (vgl. Landgericht Flensburg FamRZ 2001,445, mit Anm. P. Hoffmann; Kammergericht FamRZ 2002,267 ; Amtsgericht Schöneberg FamRZ 2002, 268; rechtskräftig bestätigt durch LG Berlin 83 T 464/01 vom 3. April 2003; Amtsgericht Hamburg 109VIISCH 14358 vom 16.6.2003).

## **tureller Unsicherheit! Ist dieser Status noch mit dem Kindeswohl vereinbar?**

In unserer seit Jahrzehnten entwickelten Rechtsordnung steht in Konfliktfällen zwischen Herkunftseltern, Pflegeeltern und Kindern das Kindeswohl (und nicht das Elternrecht) als entscheidender Faktor im Zentrum der Betrachtung. Wenn das Kindeswohl es erfordert, hat das Elternrecht zurückzutreten. Man muss sich auch in diesem Fall vergegenwärtigen, wie die Position der Pflegekinder tatsächlich ausgestaltet ist, um die Frage beantworten zu können, ob diesem Status noch weitere Unsicherheiten, wie sie sich aus der Rechtsprechung des EuGHMR ergeben, hinzugefügt werden können.

1. Pflegekinder haben den labilsten, schwächsten, unbeständigsten, perspektivisch unklarsten und unsichersten Status, der unserer Rechtsordnung im Kindschaftsrecht bekannt ist.

Es handelt sich bei dieser Unsicherheit um das strukturell angelegte Grundproblem des Pflegekindes. Die intensive Befassung mit dieser Problematik drängt die Frage immer mehr in den Vordergrund, ob ganz grundsätzlich der Status eines Pflegekindes, wenn er denn über eine Kurzzeitpflege hinausgeht, durch die strukturell bedingte Unsicherheit überhaupt mit dem Kindeswohl vereinbar ist.

Zwischen der »stets offenen Rückkehroption«, der Auffassung, dass die Pflegefamilie nur als »**Institution auf Zeit**« angelegt sei, auf der Ebene des Zivilrechts/Familienrechts einerseits und andererseits der Forderung des Gesetzgebers auf sozialrechtlicher/jugendhilferechtlicher Ebene nach **Entwicklung einer dauerhaften Perspektive des Kindes**, wenn innerhalb des für das Kind erträglichen Zeitraums die Bedingungen in der Herkunftsfamilie nicht so verbessert werden können, dass das Kind zurückgeführt werden kann, § 37 Abs. 1 S. 4 SGB VIII, liegt eine Diskrepanz, die nach wie vor ungeklärt und ungelöst ist und die das Dasein von Pflegekindern massiv belastet.

Aus dieser ungelösten Diskrepanz folgen Rechtsstreitigkeiten um Herausgabeansprüche von Herkunftseltern und exzessive Ausweitungen von Umgangskontakten bei Kindern, die sich bereits 4, 6 oder 8 Jahre lang in Pflegefamilien befinden und deren dort gelungene Sozialisation immer wieder in Frage gestellt wird, meist mit sehr negativen Folgen für die Entwicklung des Kindes.

Hinzu kommt die dem Kindeswohl außerordentlich abträgliche dauerhafte Verstrickung des Kindes in die Auseinandersetzung zwischen den Pflegeeltern und Herkunftseltern um erhöhte Umgangsfrequenzen sowie Rückführung in die Herkunftsfamilie.

Keinem leiblichen Kind oder Adoptivkind mutet man derartige Unsicherheiten zu:

Stets drohen den Pflegekindern Veränderungen, die ihren Status als Pflegekinder grundlegend in Frage stellen oder schwer beeinträchtigen, denn diese Veränderungen sind regelmäßig mit Beziehungsabbrüchen verbunden.

Leibliche Kinder und ebenso Adoptivkinder im Vergleich dazu sind im Kindschaftsrecht umfassend abgesichert, sodass eine existenzielle Veränderung ihres Daseins in Form einer Herausnahme aus der Herkunftsfamilie oder Adoptivfamilie nur in Ausnahmefällen, nämlich dann möglich sein soll, wenn es keine anderen Möglichkeiten mehr gibt, etwa bei schwerer Kindeswohlgefährdung (§§ 1666, 1666a BGB).

Einen solchen Schutz hat der Gesetzgeber den Pflegekindern und der Pflegefamilie nicht zur Verfügung gestellt. Dies ist umso problematischer, weil alle Pflegekinder ohnehin schon mindestens einmal - durch Herausnahme, Weggabe, Verlassenwerden - Unsicherheit und Beziehungsabbrüche erfahren mussten und schon deshalb umso mehr auf die Erfahrung von Sicherheit dringend angewiesen sind. Dies wird vielfach in der Praxis übersehen, übergangen, ignoriert.

2. Das Pflegekind »hängt« mit seinem Status in der labilen Mitte zwischen leiblichen Familien und Adoptivfamilien:

Es kann einerseits **nicht in Sicherheit bei seinen leiblichen Eltern** aufwachsen, weil diese nicht vorhanden, nicht in der Lage, nicht bereit oder nicht geeignet sind, es zu

betreuen und zu versorgen.

Es kann andererseits aber auch **nicht die Sicherheit von Adoptivkindern** erreichen, die ausserhalb der Herkunftsfamilie die Sicherheit haben, durch die Adoption bei ihren Adoptiveltern in dem gleichen Rechtsstatus wie leibliche Kinder leben zu können. Adoptionsvoraussetzungen (Einwilligungen, Ersetzung von Einwilligungen) liegen bei Pflegekindern im Regelfall nicht vor.

Das Pflegekind bekommt aber auch **noch nicht einmal die Sicherheit, als Pflegekind in der Pflegefamilie sicher und dauerhaft bleiben zu können.**

Es kann auch die **Pflegefamilie** jederzeit **durch Aufkündigung** ihrer Bereitschaft, das Kind weiterhin in der Familie aufzuziehen, den Status des Pflegekindes beenden. Es bleibt dann regelmäßig nur die Perspektive der Heimunterbringung. Besonders ältere Kinder sind nur noch schwer in die nächste Pflegefamilie zu integrieren. Diese Fälle sind zwar selten, aber jederzeit möglich.

Nicht selten droht auch noch ein durch das Jugendamt/Amtsvormund, Einzelvormund oder sorgeberechtigten Herkunftseltern veranlasster **Wechsel von einer Pflegefamilie in eine andere.**

Stets droht die **Rückführung**, die **Heimunterbringung**, der **Wechsel** in eine andere Pflegefamilie oder die **Adoption** seinen Status zu verändern, ohne dass diese Veränderung aus Sicht des Kindes die bessere Perspektive als der Verbleib in der Pflegefamilie ist.

So besonders unsicher ist dieser Status deshalb, weil nach der Gesetzeslage **Pflegeverhältnisse zu jedem beliebigen Zeitpunkt aufgelöst werden können.** Der Gesetzgeber hat keine Regelung geschaffen, die den Status des Pflegekindes bis in die Volljährigkeit hinein absichert, obwohl 60% der Pflegekinder bis zur Volljährigkeit hinein in der Pflegefamilie bleiben. Diese Realität ist im Gesetz nicht vorgesehen.

Pflegekinder haben somit fünf denkbare Perspektiven:

- a) Verbleib in der Pflegefamilie
- b) Rückführung in die Herkunftsfamilie
- c) Heimunterbringung
- d) Adoption
- e) Wechsel in eine andere Pflegefamilie.

Aus dem 11. Kinder- und Jugendhilfebericht<sup>137</sup> ergibt sich folgendes:

30 bis 40% der Pflegekinder kehren in ihre Herkunftsfamilie zurück;

30 bis 40% der Pflegeverhältnisse werden durch Volljährigkeit oder Adoption beendet;

20 bis 40% werden aus anderen Gründen, z. B. durch Abbruch nach Scheitern der Pflegebeziehung beendet.

Bei den 30 bis 40% Rückgliederungen handelt es sich vor allem um von vornherein geplante zeitlich begrenzte Kurzzeitpflege-Verhältnisse. Eine systematische Untersuchung über den dauerhaften Verbleib der Kinder nach der Rückführung fehlt. Schätzungen gehen dahin, dass jedes dritte oder vierte Kind nach Rückführung erneut fremdplatziert werden muss<sup>138</sup>.

Daraus folgt: wenn etwa ein Viertel bis ein Drittel der Rückführungen scheitert bei Kindern, die von vornherein nur vorübergehend fremdplatziert werden sollten, darf davon ausgegangen werden, dass die Quote des Scheiterns bei denjenigen, bei denen eine solche Perspektive der begrenzten Unterbringung und alsbaldige Rückführung gar nicht vorlag, eine Rückführung gleichwohl versucht wurde, noch wesentlich höher anzusiedeln ist.

Daraus folgt er wiederum, dass der Anspruch der Pflegekinder auf eine gesicherte dauerhafte Perspektive für 60% bis 80% der Pflegekinder von größter Bedeutung ist. Es ist ein unter Aspekten des Kindeswohls, aber auch gesellschaftlich

---

<sup>137</sup> Seite 1080

<sup>138</sup> Nienstedt/Westermann, Stellungnahme zur »Weiterentwicklung und Neukonzeption der Pflegekinderarbeit in Münster« (2003) mit Hinweis auf Blando, J: Versorgungseffizienz im Pflegekinderwesen. In: Colla, und anderen: Hdb. Heimerziehung und Pflegekinderwesen in Europa (1999) Seite 757 bis 772)

nicht hinzunehmender Zustand, dass 60 bis 80% von etwa 55.000 Pflegekindern bis zur Volljährigkeit in einem unsicheren Status leben müssen.

**Dies bedeutet, dass mehr als die Hälfte der Rückführungen aus fachlicher Sicht unter dem Aspekt des Kindeswohls nicht hätte erfolgen dürfen.**

### **3. Ist der unsichere Status des Pflegekindes mit dem Kindeswohl vereinbar?**

Die Position der Pflegekinder steht damit im krassen Widerspruch zu dem obersten Gebot, welches es im Zusammenhang mit Kindern zu erfüllen gilt: den Kindern Schutz, Geborgenheit, Sicherheit, Beständigkeit und Klarheit in der Perspektive innerhalb eines familiären Rahmens zu gewähren. Kinder haben einen Anspruch darauf. Alle beteiligten Erwachsenen sind gefordert und verpflichtet, diesen Anspruch zu erfüllen.

Wenn aber Einigkeit dahingehend besteht, dass derartige Unsicherheiten mit dem Kindeswohl nicht vereinbar sind, so stellt sich grundsätzlich die Frage, ob der Status des Pflegekindes als ein Status beständiger Unsicherheit überhaupt mit dem Kindeswohl vereinbar ist. In allen Bereichen werden Kinder durch Gesetz und Rechtsprechung intensiv geschützt. Lediglich die Pflegekinder werden zu einem unverhältnismäßig hohen Prozentsatz, wenn man die gescheiterten Rückführungen hinzugerechnet, in einem Status gehalten, der grundsätzlich wegen der dauerhaft unsicheren Perspektiven mit dem Kindeswohl nicht vereinbar ist.

Die zahlreichen Pflegekinder wären es wert, wenn sich eine Gelegenheit ergeben würde, durch das BVerfG überprüfen zu lassen, ob dieser Zustand grundgesetzwidrig ist und möglicherweise einen Verfassungsverstoß darstellt. Dann wäre der Gesetzgeber gezwungen, Abhilfe durch eine geeignete Neuregelung, die die dauerhaften Unsicherheiten beseitigt, zu schaffen.

Diese Problematik wurde bereit seit mehreren Jahrzehnten erörtert:

»Während das Adoptivkind rechtlich und tatsächlich seinen Adoptiveltern zugeordnet wird, gehört das Pflegekind rechtlich weiterhin seiner Herkunftsfamilie an, obwohl es



tatsächlich Bindungen zu den Pflegepersonen entwickelt (soziale oder faktische Elternschaft). Daher wird vielfach angenommen, dass die erforderliche Kontinuität der Pflege und Erziehung durch eine Adoption besser gewährleistet sei, als durch ein Pflegekindschaftsverhältnis«<sup>139</sup>

Gelegentlich wird zwar das im Sinne des §§ 1632 Abs. 4 BGB verfestigte Pflegeverhältnis als »faktische Adoption« bezeichnet<sup>140</sup>, zahlreiche Rechtsstreitigkeiten um langjährige Pflegeverhältnisse belegen jedoch, dass die mit einer Adoption gewonnenen Sicherheit völlig fehlt.

An gleicher Stelle wird daraufhingewiesen, dass bei langfristig zu leistende Hilfe eine besondere Prüfungspflicht des Jugendamts bestehe, ob die Annahme des Kindes in Betracht kommt, sodass das SGB VIII die Adoption des Kindes in diesen Fällen zu bevorzugen scheint. Die Adoption komme jedoch aus verschiedenen Gründen oft nicht in Betracht. Die Volladoption erweise sich als ein ungeeignetes weil kompromissloses Mittel der Zuordnung. Bei der Reform des Adoptionsrechts sei daher vorgeschlagen worden, neben der Volladoption einen zweiten Adoptionstyp zuzulassen, die so genannte einfache Adoption, nach der Kompromisslösungen zwischen alter und neuer Familie möglich gewesen wären<sup>141</sup>.

Diese Regelung könnte einer "Adoption light" entsprechen.

## **D. Konsequenzen**

I. Verbleib des Kindes in der Adoptivpflegefamilie, keine Übertragung der elterlichen Sorge auf den biologischen Vater

---

<sup>139</sup> Staudinger-Frank, (2001) Vorbem. zu §§ 1741ff, Rdnr. 31

<sup>140</sup> a. a. O. Rdnr. 34

<sup>141</sup> a. a. O., Rdnr. 38, 40; § 1754 Rdnr. 3

1. Bereits die 5 ½ jährige Dauer des Lebens des Kindes in der Adoptivpflegefamilie und die in dieser gewonnenen schützenswerten Bindungen erfordern eine Verbleibensanordnung gem. § 1632 Abs. 4 BGB, wenn dem biol. Vater die elterliche Sorge übertragen und er die Herausgabe des Kindes verlangen würde. Dies gilt unabhängig von der rechtlichen Grundlage des Pflegeverhältnisses.
  
2. Wenn das Kind vom Jugendamt in einer Pflegefamilie gem. §§ 27, 33 KJHG/SGB VIII im Rahmen von Hilfe zur Erziehung untergebracht wäre, so hätte es einen **Anspruch** auf eine dauerhafte Perspektive gem. § 37 Abs. 1 S. 4 KJHG/SGB VIII in der Pflegefamilie, da innerhalb des an der Entwicklung des Kindes zu orientierenden Zeitraums die Rückführung des Kindes nicht möglich war. Dies geschieht am besten durch die Adoption, § 36 Abs. 1 S.2 KJHG/SGB VIII.

Die Notwendigkeit der Schaffung einer dauerhaften Perspektive hat hier aber erst recht zu gelten, da es sich um ein wesentlich stärker ausgestaltetes und gesetzlich geschütztes **Adoptionspflegeverhältnis** handelt.

3. Wenn die elterliche Sorge für ein Pflegekind nicht (zurück)übertragen wird, entspricht es dem Kindeswohl am meisten, wenn diejenigen - sozialen - Eltern, bei denen das Kind dauerhaft lebt, auch die Kompetenzen von Eltern erhalten, die der Gesetzgeber für Eltern vorgesehen hat. Dies geschieht am besten durch die Adoption, § 36 Abs. 1 S.2 KJHG/SGB VIII.  
Selbst bei einem „normalen“ Pflegekindschaftsverhältnis wäre also der Weg über die Adoption einzuschlagen.

Es geht in dem streitgegenständlichen Fall jedoch um ein Adoptionspflegeverhältnis, also eine Perspektive, die wesentlich mehr umfasst, als § 1632 Abs. 4 BGB und § 37

Abs. 1 S. 4 KJHG/SGB VIII vorsehen.

4. Die elterliche Sorge darf nicht auf den Vater nach Adoptionsfreigabe durch die Mutter übertragen werden, denn durch ihre Ausübung ist eine Beeinträchtigung des Kindeswohls zu befürchten. Hier ist die Rechtsprechung des BVerfG anzuwenden (vgl. Fn. 124).

Für die Fälle des § 1626a Abs. 2 BGB (die Mutter hat die alleinige elterliche Sorge) hat der Gesetzgeber eine **erleichterte Form der Ersetzung der Einwilligung des leiblichen Vaters in § 1748 Abs. 4 BGB** vorgesehen.

Im Rahmen des Ersetzungsverfahrens ist es wahrscheinlich, dass festgestellt wird, dass das Unterbleiben der Annahme dem Kind zu unverhältnismäßigem Nachteil gereichen würde (§ 1748 Abs. 4 BGB) und deshalb die Zustimmung des biologischen Vaters zur Adoption ersetzt wird.

Nur eine solche Betrachtungsweise kann als verfassungsgemäß gelten.

5. Der Gesetzgeber ist darüber hinaus aufgefordert, eine Regelung zu schaffen, die auch zivilrechtlich die Handhabe bietet, die dauerhafte Perspektive des Kindes außerhalb der Herkunftsfamilie abzusichern und damit eine Entsprechung zu der öffentl.-rechtlichen Vorgabe des § 37 Abs. 1 Satz 4 KJHG/SGB VIII, aber auch bei auf anderer Grundlage zustande gekommenen Pflegeverhältnissen zu schaffen.

## **II. Konsequenzen für die Frage des Umgangsrechts des biologischen Vaters im laufenden Adoptionsverfahren**

Wenn deutlich geworden ist, um was es sich bei dem »ausba-

lanzierten Teilsystem des innerstaatlichen Rechts« handelt, so stellt sich die Frage, welche Konsequenzen sich daraus für das Umgangsrecht ergeben.

1. Unter diesen besonderen Umständen kommt es im Rahmen dieser Gesetzssystematik, die die Interessen der verschiedenen Beteiligten, insbesondere des Kindes zutreffend berücksichtigt, nicht in Betracht, dass **Sinn und Zweck des Adoptionsvorgangs dadurch gefährdet** wird, dass Umgang mit den biologischen Vater stattfindet.

Die Umgangsentscheidungen haben sich an der Frage der **Perspektive des Kindes** zu orientieren. Hat das Kind eine Rückkehrperspektive, soll das Kind also demnächst zu einem biologischen Elternteil zugeführt werden, so muss es eine Intensivierung von Umgangskontakte geben. Wenn dies nicht der Fall ist, kann es eine solche Intensivierung von Umgangskontakte den nicht geben.

Im Gegenteil: Wenn es eine Rückkehrperspektive nicht gibt, sondern die **Perspektive des Kindes die Adoption** ist, so müssen Umgangskontakte ausgesetzt werden.

Die **Perspektive** des Kindes **ist** die **Adoption**. Im Rahmen der Adoption gibt es jedoch nach dem Willen des nationalen Gesetzgebers jedoch **kein Umgangsrecht**.

Anderenfalls würde die Entstehung bzw. Erhaltung des Eltern-Kind-Verhältnisses gestört, was mit dem Kindeswohl nicht vereinbar ist. Störungen des Eltern-Kind-Verhältnisses stellen regelmäßig nicht nur eine Beeinträchtigung, sondern eine Gefährdung des Kindeswohls dar.

Aus guten Gründen hatte das BVerfG<sup>142</sup> bisher dem biologi-

---

<sup>142</sup> grundlegend: Beschluss vom 9.4.2003 - 1 BVR 1493/96 und 1724/01 - FamRZ 2003, 816

schen Vater nur dann verfahrensrechtlich die Möglichkeit eröffnet, die rechtliche Vaterposition zu erlangen, wenn dem der **Schutz einer familiären Beziehung** zwischen dem Kind und seinen rechtlichen Eltern nicht entgegensteht.

Der biologischen Vater bildet nach dieser Rechtsprechung mit seinem Kind nur dann eine von Art. 6 Abs. 1 Grundgesetz geschützte Familie, wenn zwischen ihm und dem Kind eine sozial-familiäre Beziehung besteht.

Im vorliegenden Falle besteht zwischen dem biologischen Vater und dem Kind jedoch keinerlei sozial-familiäre Beziehung. Sie hat auch nie bestanden.

2. Wenn das Kindeswohl noch in irgendeiner Weise ernst genommen werden soll, so muss als zweiter Faktor der **Kindeswille** Berücksichtigung finden.

Der entgegenstehende Kindeswille erzwingt eine Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Kindes und dem Interesse des umgangsberechtigten Elternteils.

Selbst aber dann, wenn diese Abwägung zu Gunsten des Elternteils ausfallen sollte, stellt sich die Frage, wie sich dieses Ergebnis zu dem **Verbot der Gewaltanwendung gegenüber dem Kind zum Zwecke der Durchführung des Umgangs gem. § 33 Abs. 2 Satz 2 FGG** verhält.

Die Adoptivpflegeeltern sind nicht verpflichtet - es ist ihnen sogar gesetzlich **verboten - , Gewalt gegen das Kind zum Zwecke des Umgangs anzuwenden, § 33 Abs. 2 Satz 2 FGG.**

Es ist auch mit dem Kindeswohl nicht vereinbar, den Willen des Kindes zu brechen, ihm also deutlich zu machen, dass sein geäußertes Wille ohne Bedeutung ist und es eine Situation ausgeliefert wird, die es ausdrücklich nicht möchte. In einer solchen Situation ist die Gefährdung des Kindes-

wohls in hohem Maße zu befürchten.

Einen Umgang gegen den Willen des Kindes hat der Bundesgerichtshof<sup>143</sup> für diejenigen Fälle verneint, wenn die Begründung für seine Ablehnung aus der Sicht des Kindes berechtigt erscheint.

Nachdem das Kind aus seiner Sicht keine anderen Eltern als die Adoptivpflegeeltern hat, bei denen es seine Primärbindungen gefunden hat und bei denen es sein Leben lang gelebt hat, ergibt sich aus der Absicht der Herausnahme aus der Adoptivpflegefamilie **für das Kind eine existenzbedrohliche Situation, die die Weigerung zu weiterem Umgang nachvollziehbar und aus der Sicht des Kindes auch ohne weiteres begründet erscheinen lässt.**

Im Rahmen der Verpflichtung zur Anhörung des Kindes hat das Gericht den Gründen für den entgegenstehenden Willen nachzugehen<sup>144</sup> und gegebenenfalls mangels eigener Sachkunde ein Sachverständigengutachten einzuholen.

Diese vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Grundsätze begründen sich aus der Grundrechtsqualität des im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 und 3 geschützten Kindeswohls des Kindes, welches in seiner faktischen Familie schützenswerte Bindungen gefunden hat.

Dazu steht die Auffassung des EuGHMR im antagonistischen Widerspruch:

„Ein Kind ist nicht immer zu seiner Beziehung zu diesem Elternteil und zu seinen Wünschen gerichtlich anzuhören. Auch ist nicht immer ein Sachverständigengutachten zur Bewertung der

---

<sup>143</sup> BGH FamRZ 1980, 130

<sup>144</sup> BVerfG NJW 1993, 2671

Möglichkeiten der Herstellung von Kontakten, insbesondere des ablehnenden Willen des Kindes einzuholen.“<sup>145</sup>

Auch diese Position belegt, dass die Auffassung des EuGHMR nicht auf verfassungsgemäße Weise in unser Rechtssystem übernommen werden kann, ohne auf die bewährten, in Jahrzehnten ausdifferenzierten sensiblen Abwägungen der verschiedenen Grundrechtspositionen zu verzichten.

Die Ablehnung des Kindes ist grundsätzlich dann beachtlich, wenn sie auf tatsächlichen Erlebnissen des Kindes beruht<sup>146</sup>. Der Umgang ist auszuschließen, wenn das Kind auf Grund nicht verarbeiteter Vorgänge die durch die Besuchskontakte entstehende Konfliktsituation nicht zu bewältigen vermag<sup>147</sup>.

Die Nichtbeachtung eines suggerierten Widerstandes des Kindes ist nur dann gerechtfertigt, wenn die manipulierten Äußerungen des Kindes die wirklichen Bindungsverhältnisse nicht zutreffend bezeichnen<sup>148</sup>.

Vermag das Kind die Situation nicht zu bewältigen, muss gegebenenfalls auch ein moralisch nicht zu billigender Widerstand des Kindes gegen den Umgang hingenommen werden, wie auch im Fall der tiefverwurzelten Angst des Kindes, aus der Pflegefamilie herausgerissen werden<sup>149</sup>.

Die Problematik bei der Betrachtung der gesetzlichen Bestimmung des § 1684 BGB und der zu dieser Vorschrift ergangenen Rechtsprechung besteht darin, dass diese Vorschrift vom Gesetzgeber ausdrücklich für **Elternpaare, die**

---

<sup>145</sup> EuGHMR v. 8.7.2003, Sommerfeld u. Sahin/Deutschland FamRZ 2004, 337, 2. Leitsatz

<sup>146</sup> OLG Celle FamRZ 1998, 1458

<sup>147</sup> OLG Hamm FamRZ 1990, 45

<sup>148</sup> BVerfG FamRZ 2001, 1057

<sup>149</sup> OLG Schleswig FamRZ 2000, 48

**getrennt leben**, geschaffen wurden, die i. d. R. zuvor zusammengelebt haben und zwischen denen und ihren Kindern bereits Beziehungen entstanden sind. Die Konflikte, die zur Trennung geführt haben, lagen regelmäßig auf der Ebene der Elternpaaren.

Diese Regelung ist eigentlich untauglich für Pflegekinder, die regelmäßig deshalb nicht bei ihren Herkunftseltern leben, weil auf der **Ebene der Eltern-Kind-Beziehung eine Problemlage vorhanden** war oder entstanden ist.

Während es bei Elternpaaren auf die Erhaltung bereits vorhandener Bindungen und Beziehungen ankommt, kommt es bei Pflegeeltern regelmäßig darauf an, dass die neue Sozialisation gelingt, also völlig neue Beziehungen und Bindungen innerhalb der Pflegefamilie entstehen und an die Stelle eventuell vorhandener vorangegangener problematischer Bindungen und Beziehungen in der Herkunftsfamilie treten müssen.

Dennoch sind - unter Beachtung dieser durchaus wesentlichen Grundvoraussetzungen - die Grundsätze zur Beachtung des Kindeswillens, die im Zusammenhang mit dieser Rechtsprechung entwickelt wurden, heranzuziehen:

Der Wille des Kindes ist einerseits Ausdruck seiner Selbstbestimmung.<sup>150</sup>

Der Wille des Kindes ist Indiz seiner inneren Bindung an einen Elternteil. Die Funktion des Willens ist nicht von der geistige Reife des Kindes abhängig, sondern alleine von seiner Fähigkeit, seine psychische und soziale Beziehung zu beiden Eltern wirklichkeitsgetreu mitzuteilen oder auch nur der Möglichkeit, aus den Mitteilungen des Kindes

---

<sup>150</sup> Staudinger-Rauscher (2000) § 1684 Rdnr. 285.



auf seine Bindungen Rückschlüsse zu ziehen<sup>151</sup>.

Es geht im vorliegenden Fall darum, einem Kind, welches sein gesamtes Leben lang in der Adoptivfamilie gelebt hat und nur und ausschließlich dort Bindungen und Beziehungen gefunden hat, dazu zu bewegen, mit wildfremden Menschen mitzugehen, sich also von seinen faktischen Eltern zu trennen, ohne dass dafür aus Sicht des Kindes ein einleuchtender Grund vorhanden ist.

Hinzu kommt, dass einer der fremden Menschen, mit denen das Kind mitgehen soll, ihm auch noch erklärt, es werde demnächst bei ihm wohnen. Man muss nicht Kinderpsychologe sein, um zu verstehen, dass in dieser Situation bei dem Kind erhebliche Ängste entstehen.

Dazu muss der Wille des Kindes, unter diesen Umständen nicht mitgehen zu wollen, noch nicht einmal nennenswert beeinflusst oder sogar manipuliert sein.

Stimmen nach einer umfassenden Aufklärung des Sachverhalts einschließlich der Anhörung des Kindes der geäußerte Wille mit der inneren Haltung überein, so sei dieser grundsätzlich zu beachten, es sei denn, schwerwiegende objektive Gründe stünden dem subjektiven Kindeswillens entgegen<sup>152</sup>.

Es wird weiter daraufhingewiesen, dass auch ein beeinflusster oder gar manipulierter Wille, der sich zur inneren Überzeugung des Kindes verfestigt hat, für das Kind subjektiv zu einer psychische ausweglosen Realität wird.

Allerdings hat die Rechtsprechung auch den Umgang ausgeschlossen, als das Kind nachhaltig Angst vor der Trennung

---

<sup>151</sup> a. a. O. Rdnr. 286 mit Hinweis auf BGH FamRZ 1984,1084 sowie weitere Hinweise

<sup>152</sup> a. a. O. Rdnr. 290 mit weiteren Hinweisen

von der Pflegefamilie äußerte<sup>153</sup>. Das Kind war dreimal von den Gerichten angehört worden und hatte stets die besagten Ängste geäußert, die entstanden waren, da die Herkunftsmutter immer wieder mit Herausnahme gedroht hatte, obwohl das Kind auf gar keinen Fall zu ihr wollte und eine Rückführung auch nicht in Betracht kam.

Schlussbemerkung:

Diese in den letzten Jahrzehnten in Deutschland und auch in anderen europäischen Ländern herausgebildete Rechtsordnung darf in keiner Weise durch fehlerhafte, ideologisch orientierte Bewertungen der biologischen Herkunft aufgeweicht oder beseitigt werden.

Bei der bisher entstandenen Rechtsordnung handelt es sich hingegen um ein **»in seinen Rechtsfolgen ausbalanciertes Teilsystem des innerstaatlichen Rechts ... , das verschiedene Grundrechtspositionen miteinander zum Ausgleich bringen will.«**<sup>154</sup>

Eine verfassungskonforme Übernahme der Rechtsprechung des EuGHMR ist nicht möglich.

Wenn die vorangegangenen Ausführungen, insbesondere der Gesetzgeber und die Entscheidungen der zitierten Gerichte ernst genommen werden, so ist es in keiner Weise hinnehmbar, das über Jahrzehnte entwickelte, bewährte und dem Kindeswohl dienende "ausbalancierte Teilsystem des innerstaatlichen Rechts" mit der sensiblen Abwägung der verschiedenen Grundrechtspositionen durch eine Ideologie zu ersetzen, die bereits die bio-

---

<sup>153</sup> OLG Schleswig FamRZ 2000, 48

<sup>154</sup> BVerfG FamRZ 2004, 1857

logische Abstammung für "Familienleben" hält und zugleich den Bestand und den Wert der sozialen Bindungen innerhalb einer Familie ignoriert. Eine solche Übernahme ist verfassungswidrig.

Hamburg, den 29. März 2005

Peter Hoffmann  
Rechtsanwalt  
FAFamR