

**Kann, darf oder muss man die Entscheidungen des  
Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EuGHMR) zu Pflegekindern igno-  
rieren?  
- Zur Ideologie in Gerichtsentscheidungen -**

Zu den Entscheidungen

OLG Naumburg vom 30.06. und 09.07.2004, FamRZ 2004,1507 u. 1510,  
EuGHMR vom 26.02.2004 (Görgülü./.Deutschland) FamRZ 2004,1456, und  
BVerfG vom 14.10.2004 (2 BvR 1481/04) [www.bundesverfassungsgericht.de].

## I. Überblick

Die Rechtsstreitigkeiten beziehen sich auf ein noch nicht ganz fünfjähriges Kind, das seit kurz nach seiner Geburt auf Grund einer Adoptions-Freigabeerklärung der nicht verheirateten Kindesmutter in einer Adoptiv-Pflegefamilie lebt.

Das kurze Leben des Kindes wurde bisher begleitet von mindestens

- zwei Rechtsstreitigkeiten vor dem Amtsgericht/Familiengericht,
- einem Adoptionsverfahren vor dem Vormundschaftsgericht,
- zwei Rechtsstreitigkeiten vor dem Oberlandesgericht,
- zwei Rechtsstreitigkeiten vor dem Bundesverfassungsgericht sowie
- einem Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte.

Mit diesen Streitigkeiten beanspruchte der biologische Vater des Kindes, dessen Beziehung zu dem Kind und auch zu der Mutter sich auf den Zeugungsvorgang beschränkt, die Übertragung des Rechts der elterlichen Sorge sowie Umgangsrechte war.

Das *OLG Naumburg* hatte bei seiner erstmaligen Befassung die Anträge des biologischen Vaters unter Hinweis auf die in der Pflegefamilie entstandenen sozialen und schützenswerten Bindungen des Kindes, somit aus Gründen des Kindeswohls zurückgewiesen.

Die dagegen durch den biologischen Vater eingelegte Verfassungsbeschwerde wurde vom *Bundesverfassungsgericht (BVerfG)* bei seiner erstmaligen Befassung mit dieser Angelegenheit nicht zur Entscheidung angenommen. Das BVerfG sah eindeutig keine Grundrechtsverletzung in der Entscheidung des OLG Naumburg.

Der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EuGHMR)* hatte auf Antrag des biologischen Vaters einen Verstoß gegen Art. 8 Abs. 1 EMRK (Achtung des Familienlebens) gerügt, weil das OLG Naumburg dem biologischen Vater der Umgang mit seinem seit Jahren in Adoptionspflege lebenden Kindes zu Unrecht verweigert worden sei.<sup>1</sup> (Dazu II.)

Das *OLG Naumburg* hat - nach der Entscheidung des EuGHMR auf erneuten Antrag des biologischen Vaters zum zweiten Mal mit der Sache befasst - eine sehr deutliche Kritik an der Entscheidung des EuGHMR geäußert<sup>2</sup>:

---

<sup>1</sup> EuGHMR vom 26.02.2004 (Görgülü./.Deutschland) FamRZ 2004, 1456.

<sup>2</sup> OLG Naumburg vom 30.06. und 09.07.2004, FamRZ 2004,1507 u. 1510.

Das OLG spricht von

**»einseitiger, ideologisch überhöhter Präferenz für den Anspruch des rein biologischen Vaters«**

und von einer

**»hochgradig ideologisch vobesetzten Interpretation«**

des Art. 8 EMRK durch den EuGHMR.

Das OLG Naumburg betont, dass es an die Entscheidung des EuGHMR nicht gebunden sei. Der Antrag des biologischen Vaters zum Umgang mit dem seit mehreren Jahren in Adoptionspflege lebenden Kindes wurde daher erneut unter Hinweis auf das Kindeswohl zurückgewiesen.

"Nachdem das Familiengericht dem Beschwerdeführer erneut die elterliche Sorge sowie Umgang zugesprochen hatte, sah sich das Oberlandesgericht - so weit ersichtlich - als erstes deutsches Gericht in einem Kindschaftsrechtsverfahren vor die Frage gestellt, ob und in welchem Umfang der zwischenzeitlich endgültig gewordenen Entscheidung des EuGHMR eine Bindungswirkung für seine zu treffende Entscheidung zukommt. Eine solche verneinte das OLG."<sup>3</sup>

Diese Darstellung ist nur die halbe Wahrheit. Weit mehr noch: Das OLG Naumburg hat sich in bemerkenswerter und zugleich dringend notwendiger und ebenso angemessener Deutlichkeit mit Inhalt, Niveau und Qualität der EuGHMR-Entscheidung auseinandergesetzt und in scharfer, dem bedenklichen Inhalt jedoch völlig angemessener Form die Entscheidung kritisiert (dazu III).

Das BVerfG - auf erneute Verfassungsbeschwerde zum zweiten Mal mit dieser Angelegenheit befasst - hat mit der Entscheidung vom 14.10.2004 (bisher nur zugänglich über das Internet [[www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de)]) den Beschluss des OLG Naumburg vom 30.06.2004 aufgehoben und die Sache zur erneuten Entscheidung an einen anderen Zivilsenat des OLG Naumburg zurückverwiesen. Diese Zurückverweisung erfolgte jedoch **nicht wegen des Ergebnisses**, zu dem das OLG Naumburg gekommen war, sondern deshalb, weil das OLG Naumburg die Entscheidung des EuGHMR "**nicht in ausreichendem Maße gewürdigt**" habe.

Dabei lässt es das BVerfG an deutlichen Hinweisen nicht fehlen, dass bei einer erneuten Befassung der Angelegenheit das OLG Naumburg **nicht »zu einem unreflektierten Vollzug der Entscheidung«**<sup>4</sup> des EuGHMR gezwungen sei, sondern es müsse diese

**»berücksichtigen, das heißt die zuständigen Behörden oder Ge-**

<sup>3</sup> Rixe, Anm.zu der Entscheidung des EuGHMR, FamRZ 2004,1461.

<sup>4</sup> BVerfG Rdnr. 68.

**richte müssen sich mit der Entscheidung erkennbar auseinandersetzen und gegebenenfalls nachvollziehbar begründen, weshalb sie der völkerrechtlichen Rechtsauffassung gleichwohl nicht folgen<sup>5</sup>, bzw. seien »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>6</sup>.**

Das BVerfG hat sehr genau definiert, was unter der dabei erforderlichen Einbeziehung der nationalen Rechtsordnung zu verstehen ist.

Das BVerfG hat damit eindeutig **nicht** zu verstehen gegeben, dass es von dem **Ergebnis in seiner ersten Entscheidung - kein Grundrechtsverstoß durch die Verweigerung des Umgangs und der Verweigerung der Übertragung der elterlichen Sorge an den biologischen Vater-** abrückt oder diese gar für falsch hält.

Stattdessen gibt es mehr als 25 Hinweise darauf, dass und wie die Entscheidung zu begründen ist, wenn das Oberlandesgericht Naumburg bei erneuter Befassung mit dieser Angelegenheit zu einem anderen Ergebnis kommt als der EuGHMR.

Es ist also ungeachtet der vom EuGHMR gerügten Verletzung des Art. 8 EMRK möglich, dass das OLG Naumburg bei erneuter Befassung, die Anträge des biologischen Vaters auf Umgangs und Übertragung des Sorgerechts erneut zurückweist, etwa wenn festgestellt wird, dass die Entscheidung des EuGHMR

**»gegen eindeutig entgegenstehendes Gesetzesrecht oder deutsche Verfassungsbestimmungen, namentlich auch Grundrechte Dritter verstößt<sup>7</sup>.**

Das BVerfG hat im Übrigen die Gelegenheit genutzt, die Frage der Bedeutung, Verbindlichkeit und Anwendbarkeit der Entscheidungen des *EuGHMR* für das deutsche Recht grundlegend zu klären (dazu IV.). Dies war auch dringend notwendig, da in der Fachwelt erhebliche Unklarheiten über diese Frage bestanden und nahezu alle Tendenzen vertreten waren von »einfach ignorieren« bis »unmittelbar übernehmen«. Verwechslungen gab es auch mit dem hier **nicht identischen *EuGH***, dessen Aufgabe es ist, über die Umsetzung und Einhaltung der EG-Richtlinien gem. Art. 249 EG zu wachen, denen gegenüber entgegenstehendes nationales Recht unbeachtlich ist<sup>8</sup>.

Die Konrtoverse zwischen EuGHMR und OLG Naumburg ist für unsere Rechtsordnung im Zusammenhang mit Pflegekindern und für das Verständnis dafür, was „familiäre Beziehung“ ausmacht, von außerordentlicher Bedeutung (dazu V.) Die Einschätzung dazu, was biologische Herkunft im Verhältnis zu sozialen Bindungen ausmacht, ist beim EuGH verfehlt (dazu VI.). Das OLG Naumburg wird bei erneuter Entscheidung die Entscheidun-

<sup>5</sup> BVerfG Rdnr. 50.

<sup>6</sup> BVerfG Rdnr. 62.

<sup>7</sup> BVerfG Rdnr. 62.

<sup>8</sup> EuGH v. 18.09.2003 – RS. C-125/01, EuGHE I 2003,9375 - Pflücke

gen des BverfG und die nationale Rechtsordnung mit ihren „Teilsystemen“ zu berücksichtigen haben (dazu VII.).

## II. Die Charakteristika der Entscheidungen des EuGHMR zu Pflegekindern

Die Entscheidungen des EuGHMR bei Konflikten im Zusammenhang mit Kindern, die nicht bei ihren Herkunftseltern, sondern in Pflegefamilien leben, sind dadurch auffällig geworden, dass der EuGHMR die **biologische Herkunft** als vorrangig schützenswert, als »**Familienleben**« im Sinne des Art. 8 EMRK und damit höherwertig betrachtet als andere Aspekte des Kindeswohls.

Dies gilt offenbar aus Sicht des EuGHMR selbst nach mehreren Jahren Dauer des Bestehens des Pflegeverhältnisses und der darin gewonnenen Bindungen des Kindes zu seiner Pflegefamilie. Das Familienleben in einer Pflegefamilie sieht der EuGHMR offenbar nicht als schützenswert im Sinne von Art. 8 Abs. 1 EMRK (Schutz des Familienlebens) oder zumindest als weniger schützenswert an als das »Familienleben«, welches ausschließlich durch die biologische Abstammung besteht, auch wenn es praktisch nie gelebt wurde.

Der EuGHMR bezeichnet allein die **biologische Herkunft** zwischen dem Kind und seinen Eltern als ein »**Band, das dem Familienleben gleichkommt**«.<sup>9</sup>

In der zuletzt genannten und hier zu erörternden Entscheidung hat der EuGHMR im Falle eines seit kurz nach der Geburt in Adoptionspflege bei Pflegeeltern lebenden, im fünften Lebensjahr befindlichen Kindes, nicht etwa die dort gewonnenen Bindungen des Kindes innerhalb der Pflegefamilie und das dortige Familienleben als schützenswert erachtet, sondern hat auf Antrag des leiblichen Vaters eine Verletzung von Art. 8 MRK (Achtung des Familienlebens) festgestellt und erläutert, es entspräche dem Kindesinteresse,

*»die familiären Beziehungen aufrecht zu erhalten, da der Abbruch solcher Beziehungen die Trennung des Kindes von seinen Wurzeln bedeutet«.*

Unstreitig beschränken sich im vorliegenden Fall die »familiären Beziehungen« auf die biologische Herkunft.

Einerseits wertet der EuGHMR also die biologische Herkunft als »Familienleben« und »familiäre Beziehung«, deren »Weiterentwicklung gewährleistet« sein müsse. Diesen Faktor sieht der EuGHMR als derart bedeutsam an, dass ganz selbstverständlich das Kind aus der Pflegefamilie herausgenommen werden solle, und sich nur noch die Frage stelle, **wie** die Belastung des Kindes, die aus der Herausnahme folgt, zu vermindern sei. Zumindest aber müsste im Interesse der »Weiterentwicklung des Familienlebens« zwischen dem biologischen Vater und dem Kind, diesem der Umgang mit dem Kind gewährt werden.

---

<sup>9</sup> Keegan./Irland, Urteil v. 26.05.1994, FamRZ 1995,110; Elsholz./Deutschland, Urteil v. 13.07.2000, FamRZ 2001,341; Kutzer./Deutschland, Urteil v. 26.02.2002, FamRZ 2002,1393; Görgülü./Deutschland, Urteil v. 26.02.2004, FamRZ 2004,1456.

Andererseits wird demgegenüber dasjenige Familienleben, welches das Kind tatsächlich über fast fünf Jahre hinweg in der Pflegefamilie gelebt hat, überhaupt nicht als schutzwertes Familienleben gewertet.

Das OLG Naumburg hat in den beiden veröffentlichten Entscheidungen (Fußn. 2) in ungewöhnlich deutlicher, jedoch in der Sache angemessener Weise zu dieser Entscheidung Stellung genommen.

### III. Die Kontroverse zwischen EuGHMR und OLG Naumburg

1. Anlass für die gerichtlichen Auseinandersetzungen war die Adoptionsfreigabe und Übergabe in eine Adoptions- Pflegefamilie eines außerehelich 1999 geborenen Kindes durch die Kindesmutter kurz nach der Geburt. Der Kindesvater hatte weder mit der Kindesmutter noch dem Kind jemals zusammengelebt. Die Kontakte zwischen den Kindeseltern bestanden nur sporadisch. Von der Geburt des Kindes hatte der Kindesvater erst zwei Monate später erfahren.

Dem in der Folge durch den Kindesvater gestellten Antrag auf Übertragung der elterlichen Sorge und auf Regelung des Umgangs wurde durch das *Amtsgericht* zunächst stattgegeben, und zwar mit der bemerkenswerten **Begründung**, *im Falle eines Verbleibs des Kindes bei seinen Pflegeeltern bestehe das Risiko eines Identitätskonflikts, wenn es später von seiner Herkunft erfahre. Ein solcher Konflikt stelle eine größere Gefahr für das Kindeswohl dar, als die Trennung des Kindes von seiner Pflegefamilie nach voraussichtlich insgesamt zwei Jahren (die es sich zum Zeitpunkt der Entscheidung bereits bei den Adoptiv-Pflegeeltern befand).*

Das *Oberlandesgericht* änderte die familiengerichtliche Entscheidung ab und wies die Anträge des Vaters auf Umgang und Übertragung der elterlichen Sorge zurück.

Das *Bundesverfassungsgericht* wies die dagegen eingelegte Verfassungsbeschwerde durch (einstimmigen) Kammerbeschluss unter Absehen von einer Begründung zurück, womit feststeht, dass **kein Grundrechtsverstoß** in der Entscheidung des OLG Naumburg liegt. (Diese Beurteilung hat das BVerfG in der zweiten Entscheidung vom 14.10.2004 in dieser Sache in keiner Weise zurückgenommen.)

Der *EuGHMR* stellte durch ebenfalls einstimmige Entscheidung eine **Verletzung von Art. 8 EMRK wegen der Versagung des Sorge- und Umgangsrechts** fest.

Art. 8 Ziff. 1 EMRK lautet:

»Jedermann hat Anspruch auf Achtung seines... Familienlebens...«

Die Bundesregierung akzeptierte das Urteil und verzichtete auf die Anrufung der Großen Kammer des EuGHMR.

Der EuGHMR

*"erinnert (zur Frage des Sorgerechts) an seine ständige Spruchpraxis,*

*nach der der Staat in Fällen, in denen eine **familiäre Beziehung** zu einem Kind besteht, so handeln muss, dass eine **Weiterentwicklung** dieser Beziehung erfolgen kann... Deshalb sind die Vertragsstaaten nach Art. 8 EMRK verpflichtet, geeignete Maßnahmen zur Zusammenführung eines leiblichen Elternteils mit seinem Kind zu ergreifen."*

Der EuGHMR erinnert zur Frage des Umgangsrechts daran,

*"dass es dem Kindesinteresse entspricht, die familiären Beziehungen aufrecht zu erhalten, da der Abbruch solcher Beziehungen die Trennung des Kindes von seinen Wurzeln bedeutet, was nur unter ganz außergewöhnlichen Umständen gerechtfertigt ist. Das OLG hat daher durch Aufhebung der familiengerichtlichen Umgangsentscheidungen seine nach Art. 8 EMRK bestehende positive Verpflichtung nicht erfüllt, den Vater mit seinem Sohn zusammenzuführen."*

2. Der EuGHMR hatte zwei Rechtsgüter gegeneinander abzuwägen:

Einerseits die Beziehung des Vaters zu dem Kind, die - unstrittig - in nichts anderem bestand als in der **biologischen Herkunft**. Diese biologische Herkunft setzt der EuGHMR gleich mit »**Familienleben**« (Art. 8 Ziff. 1 EMRK), mit »**familiärer Beziehung**«, der die Möglichkeit der »**Weiterentwicklung**« gegeben werden soll.

Tatsache ist demgegenüber: Weder hat die biologische Abstammung irgendetwas mit Familienleben oder familiärer Beziehung zu tun, noch kann die biologische Abstammung sich weiterentwickeln. Entweder sie existiert, oder nicht.

Andererseits hatte der EuGHMR folgende Tatsachen abzuwägen:

- Das Kind ist kurz nach seiner Geburt zu den Pflegeeltern in **Adoptionspflege** gegeben worden und hat mit dieser sozialen, grundgesetzlich geschützten Familie - mit einem weiteren Geschwisterkind - ein tatsächliches **Familienleben geführt (das geschützt werden soll durch Art. 8 Ziff. 1 EMRK!)**, über viereinhalb Jahre - sein gesamtes Leben zum Zeitpunkt der Entscheidung.
  - Nach allen Erkenntnissen und Untersuchungen der Sozialwissenschaften, insbesondere Kinderpsychologie auf internationaler Ebene in den vergangenen etwa 50 Jahren, die auch dem EuGHMR nicht verborgen geblieben sein können, hat dieses Kind (und so bestätigt es auch die Gutachterin im konkreten Fall) bei den Pflegeeltern die dringend notwendigen Primärbindungen gefunden und gefestigt entwickelt. Durch eine Herausnahme aus der Adoptiv-Pflegefamilie und Zuführung zum biologischen Vater würden diese - lebenswichtigen und schützenswerten - Bindungen zerstört, womit dem Kindeswohl erheblicher Schaden zugefügt würde. Das gleiche gilt für Umgangskontakte, die diesem Ziel dienen.
3. Die Würdigung dieser Tatsachen nimmt der EuGHMR in folgender Weise vor:

*»45. Der Gerichtshof ist sich bewusst, dass der Umstand, dass der Be-*

*schwerdeführer mit seinem Sohn zu keiner Zeit zusammengelebt hat, bei der Herstellung eines angemessenen Ausgleichs zwischen den widerstreitenden Rechten und Interessen des Beschwerdeführers und den Rechten der Pflegeeltern und des Kindes von Bedeutung sein kann.«*

Dann führt der EuGHMR weiter aus:

*»Insbesondere scheint das Gericht (OLG Naumburg) nicht geprüft zu haben, ob eine Zusammenführung des Kindes mit dem Beschwerdeführer unter Umständen möglich ist, die die Belastung des Kindes vermindern. Vielmehr berücksichtigte das OLG offensichtlich nur die unmittelbaren Auswirkungen einer Trennung des Kindes von seinen Pflegeeltern, ohne die langfristigen Auswirkungen einer dauerhaften Trennung von seinem leiblichen Vater zu erwägen.«*

Und weiter (zum Umgang):

*»Der Gerichtshof erinnert daran, dass es dem Kindesinteresse entspricht, die familiären Beziehungen aufrecht zu erhalten, da der Abbruch solcher Beziehungen die Trennung des Kindes von seinen Wurzeln bedeutet, was nur unter ganz außergewöhnlichen Umständen gerechtfertigt ist.«*

Einerseits wertet der EuGHMR also die biologische Herkunft als »Familienleben« und »familiäre Beziehung«, deren »Weiterentwicklung« gewährleistet sein muss, als so bedeutsam, dass er ganz selbstverständlich davon ausgeht, **dass** das Kind aus der Pflegefamilie herausgenommen wird, und sich nur noch die Frage stellt, **wie** die aus der Herausnahme des Kindes aus der Pflegefamilie resultierende Belastung des Kindes zu vermindern ist.

Andererseits erfährt das **Familienleben des Kindes innerhalb der Pflegefamilie**, in der es sein gesamtes Leben gelebt hat, **keine Wertung** in dieser Abwägung des EuGHMR, obwohl es sich dabei eindeutig um ein zu schützendes Familienleben i. S. v. Art. 8 Abs. 1 EMRK handelt.

Ebenfalls unberücksichtigt bleibt die Tatsache, dass bei Pflegekindern die »Trennung von den Wurzeln« keine »ganz außergewöhnlichen Umstände« sind, sondern der Normalfall für mindestens 60% der Pflegekinder ist, die nämlich bis zur Volljährigkeit in ihren Pflegefamilien verbleiben (bzw. 80% der Pflegekinder, wenn man die gescheiterten Rückführungen und die darauf folgende Fremdunterbringung in Heimen etc. hinzurechnet).

4. Die Aspekte des Kindeswohls im Zusammenhang mit der Pflegefamilie, die nicht nur unter den Schutz des Art. 6 GG, sondern auch unter den Schutz des Art. 8 Abs. 1 EMRK fällt, werden in der Entscheidung des EuGHMR **noch nicht einmal erörtert**.

Stattdessen wird dem OLG vom EuGHMR vorgeworfen, es habe nicht

»die langfristigen Auswirkungen einer dauerhaften Trennung von seinem leiblichen Vater« erwogen.

Im vorliegenden Fall ist die Sozialisation des Kindes innerhalb der Pflegefamilie gelungen. Es hat dort Vater, Mutter und Geschwister gefunden und sich an diese gebunden, wie ein leibliches Kind sich in den ersten viereinhalb Lebensjahren an seine leiblichen Eltern bindet. Es wird in kindgerechterweise erfahren haben, dass eine andere Mutter es geboren hat als die Pflegemutter, und dass es einen anderen leiblichen Vater als den Pflegevater hat.

Die Frage, ob das Kind »langfristig« Probleme mit der Adoption oder mit der Trennung von dem ihm völlig unbekanntem biologischen Vater hat, ist völlig spekulativ und kann von niemandem beantwortet werden. Die einschlägigen wissenschaftlichen Untersuchungen zeigen jedoch, dass **bei einer gelungenen Sozialisation** Probleme gerade nicht entstehen.

Die verschiedenen Untersuchungen zeigen aber auch, dass ständige Auseinandersetzungen mit den Herkunftseltern, die gelungene Sozialisation durch häufige Umgangskontakte und Bestrebungen zur Herausnahme wieder in Frage stellen oder zerstören können und daher durchaus geeignet sind, das Kindeswohl nachhaltig zu beeinträchtigen. Es wird regelmäßig vergessen, dass das Umgangsrecht als »Recht des Kindes« im Gesetz formuliert ist, **nicht hingegen als eine Pflicht** des Kindes, die das Kind bis über die Grenze der Beeinträchtigung seines eigenen Kindeswohls hinaus zu erfüllen hat.

Nicht erst die amerikanischen Langzeitstudien über einen Zeitraum von 25 Jahren von Wallerstein u. a. »Scheidungsfolgen - Die Kinder tragen die Last« (2002), sondern auch frühere Untersuchungen haben eindeutig darauf hingewiesen, dass gegenüber dem Kind erzwungene Umgangskontakte katastrophale Auswirkungen insbesondere bei Pflegekindern auf das Kindeswohl haben und nicht geeignet sind, dauerhafte positive Beziehungen zwischen Kind und den leiblichen Eltern zu fördern oder hervorzuheben.<sup>10</sup>

5. Das Oberlandesgericht Naumburg hat in den beiden nach der Entscheidung des EuGHMR ergangenen Entscheidungen vom 30.6. und 9.7.2004 dafür dankenswert deutliche Worte gefunden.

Rixe spricht in seiner Anmerkung<sup>11</sup> von einer »mit unangebrachter Polemik vorgetragenen Kritik des OLG« an der Entscheidung des EuGHMR.

Das Gegenteil ist der Fall: Selten wäre eine Polemik so angebracht wie in diesem Fall. Gleichwohl ist festzustellen, dass es sich bei der Begründung des OLG um eine sach-

<sup>10</sup> Vgl. Diouani, "Von der Norm zum Einzelfall - Notwendige Konsequenzen für die Umgangspraxis im Pflegekinderwesen"; Hassenstein/Hassenstein, »Eltern-Kind-Beziehungen in der Sicht der Verhaltensbiologie - Folgerungen für Pflegeeltern und Pflegekinder«; Nienstedt, »Das Besuchsrecht der Eltern und das Erleben des auf Dauer fremdplatzierten Kindes«; alles in: 3. Jahrbuch des Pflegekinderwesens, Hrsg.: Stiftung zum Wohl des Pflegekindes, 2004.

<sup>11</sup> FamRZ 2004,1463.

lich zutreffende Argumentation und keineswegs um eine Polemik handelt, denn die Position des EuGHMR ist eindeutig durch Ideologie geprägt und in keiner Weise durch die hier maßgeblichen Erwägungen des Kindeswohls. Dies muss auch ein OLG in einer Entscheidung sagen dürfen, ohne der Polemik bezichtigt zu werden.

Das OLG Naumburg führt aus:

»Der primär auch nach Ansicht des Gerichtshofs.... maßgebliche Aspekt... bleibt auf der Strecke, wenn nicht mehr, bei abgewogener Bewertung aller konfligierenden Interessen, die dem Kinde günstigste Lösung, sondern nur noch diejenige ins Auge gefasst werden soll, bei der unter **einseitiger, ideologisch überhöhter Präferenz für den Anspruch des rein biologischen Vaters** auf Achtung seines Familienlebens - denn diese Familienbande zu zerschneiden bedeute, ein Kind seiner Wurzeln zu berauben - eine endgültige Zusammenführung des Kindes mit seinem leiblichen Vater ermöglicht, aber die kontinuierlich gewachsene und für das Kind tiefer verwurzelte Beziehung zu den eine faktische Elternschaft wahrnehmenden und eine Adoption anstrebenden Pflegeeltern über kurz oder lang, mit unabsehbaren, nach allgemeiner wie sachverständiger Erkenntnis möglicherweise traumatischen Folgen für das Kindeswohl, gekappt wird....

...

Der Dissens der vom BVerfG bestätigten Sorgerechtsentscheidung des Senats zur einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK reklamierenden Entscheidung des EuGHMR resultiert im Endeffekt einzig daraus, dass nach nationalem Recht die sorgerechtliche Position des nichtehelichen Vaters nicht nur in den hier noch hintergründig im Rahmen des § 1696 Abs. 1 BGB zur Diskussion stehenden §§ 1672 Abs. 1, 1678 Abs. 2 BGB, sondern generell deutlich schwächer ausgeprägt ist, als dies die darob auch in Kollision mit Art. 53 EMRK geratene Rechtsprechung des EuGHMR mit ihrer **hochgradig ideologisch vorbesetzten Interpretation** des sehr weit und jedenfalls in concreto zu weit gefassten Anspruchs des nichtehelichen Vaters gem. Art. 8 EMRK auf notwendige Achtung seines Familienlebens in einer demokratischen Gesellschaft wahrzunehmen bereit ist oder bereit zu sein scheint.«

Dankenswert ist diese Offenheit insbesondere deshalb, weil auch in vorangegangenen Entscheidungen des EuGHMR ganz ähnliche Tendenzen zu verzeichnen waren. Die kritische juristische und sozialwissenschaftliche Fachwelt hat sich bisher jedoch mit misstrauischem Gemurmel über diese Entscheidungen begnügt und sie letztlich unzufrieden hingenommen. Leider hat - soweit ersichtlich - niemand genügend Empörung und Rückgrat gezeigt und ist in die öffentliche Kritik gegangen, die hier so bitter nötig ist, wie selten. Wie stattdessen zu hören ist, sind sogar einige Amtsgerichtsbezirke dazu übergegangen, Fortbildungsveranstaltungen zu dem Thema der Umsetzung der letzten Entscheidungen des EuGHMR einzurichten, mit dem "Erfolg", dass diese Entscheidungen nun schematisch übernommen werden, wovon das BVerfG eindringlich

warnet.

#### IV. Die Entscheidung des BVerfG vom 14.10.2004 (2 BvR 1481/04)

##### 1. Die Leitsätze

Das BVerfG hat den Beschluss des OLG Naumburg vom 30.06.2004 aufgehoben und zur erneuten Entscheidung an einen anderen Zivilsenat des OLG Naumburg zurückverwiesen. Dazu sind bereits die Leitsätze der Entscheidung höchst bemerkenswert:

- »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 ihrer Rechtsanwendung einzubeziehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich bei dem einschlägigen nationalen Recht um ein ausbalanciertes Teilsystem des innerstaatlichen Rechts handelt, das verschiedene Grundrechtspositionen miteinander zum Ausgleich bringen will. «

Das BVerfG hat bereits mit diesen Leitsätzen klar zum Ausdruck gebracht - was nicht anders zu erwarten war -, dass die Konvention und die dazu ergangenen Entscheidungen des EuGHMR auch von den deutschen Gerichten »berücksichtigt« werden müssen.

Noch weitaus deutlich hat jedoch das BVerfG in den Gründen vor einer schematischen Übernahme jener Entscheidungen gewarnt, insbesondere offenbar bezogen auch auf den konkreten Fall, in dem »verschiedene Grundrechtspositionen« zu beachten sind und deren Nichtbeachtung ein Grundrechtsverstoß darstellen kann. Es darf davon ausgegangen werden, dass das BVerfG seine eigene Judikatur zu dem hier fraglichen Thema der Pflegekinder<sup>12</sup> im Auge hatte ("ein ausbalanciertes Teilsystem des innerstaatlichen Rechts"), die 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 schützenswerten Positionen vorgenommen hätte.

---

<sup>12</sup> BVerfGE 68,176; 75,201; 79,51; 88,187.

Es war sicher nicht zu erwarten, dass das BVerfG sich der deutlichen Kritik des OLG Naumburg an der Entscheidung des EuGHMR anschließt. Es ist allerdings bemerkenswert, wie deutlich das BVerfG vor der schematischen Übernahme der Entscheidungen des EuGHMR warnt.

Dies bedeutet: auch bei Berücksichtigung der Entscheidung des EuGHMR kann sich demgegenüber aus der nationalen Rechtsordnung durchaus ein gegenteiliges Ergebnis ableiten lassen.

## 2. Die Entscheidung des BVerfG im Einzelnen

- a) Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und ihre Zusatzprotokolle (so weit sie für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten sind) stehen im Range eines Bundesgesetzes.<sup>13</sup> Sie sind im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung zu beachten und anzuwenden, jedoch kein unmittelbarer verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab. Ihre Auslegung und Anwendung darf nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führen.<sup>14</sup>

Das BVerfG betont, dass das Grundgesetz mit seiner Völkerrechtsfreundlichkeit keine jeder verfassungsrechtlichen Begrenzung und Kontrolle entzogene Unterwerfung unter nichtdeutsche Hoheitsakte, sondern die Souveränität erhalten will.<sup>15</sup>

- b) Der EuGHMR hat die Aufgabe, die Einhaltung der Verpflichtungen in der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) sicherzustellen. Er ist zuständig für Staatsbeschwerden sowie für Individualbeschwerden, jedoch erst nach Erschöpfung aller innerstaatlichen Rechtsbehelfe, für die Bundesrepublik Deutschland einschließlich der erfolglosen Anrufung des Bundesverfassungsgerichts.

Hält der EuGHMR die Individualbeschwerde für begründet, so ist er auf die Feststellung beschränkt, dass der betreffende Staat die Konvention verletzt hat.

- c) Seinen Urteilen kommt keine kassatorische Wirkung zu,<sup>16</sup> er kann also keine innerstaatlichen Urteile aufheben oder beseitigen<sup>17</sup>.

Die Rechtskraftwirkung der Entscheidung gilt nur gegenüber dem verurteilten Staat, also rein völkerrechtlich.<sup>18</sup>

Außer bei konventionswidrigen Strafurteilen gibt es in den übrigen Rechtsgebieten auch keine Wiederaufnahmeregelung, so dass nach Entscheidung des EuGHMR kein Verfahren neu wieder aufgenommen werden muss oder kann.

---

<sup>13</sup> Rdnr. 31.

<sup>14</sup> Rdnr. 32.

<sup>15</sup> Rdnr. 35, 36.

<sup>16</sup> Rdnr. 40.

<sup>17</sup> Rdnr. 52.

<sup>18</sup> BVerfG NJW 1986,1425; BVerwG NJW 1999,1649.

Daher konnte das OLG Naumburg im vorliegenden Fall auch nach der Entscheidung des EuGHMR davon unbeeindruckt erklären, dass jene Entscheidung keinen Einfluss auf die Rechtskraft des beanstandeten OLG-Senatsbeschlusses vom 30.06.2001 habe.<sup>19</sup>

- d) Der EuGHMR ist im Verhältnis zu den Gerichten der Mitgliedstaaten kein höherrangiges Gericht. Der EuGHMR steht außerhalb des Systems der staatlichen Gerichte.

Die Rechtsentscheide entfalten ihre Wirkung unterhalb des Verfassungsrechts.<sup>20</sup>

Art. 46 Abs. 1 EMRK spricht nur eine Bindung der beteiligten Vertragsparteien an das endgültige Urteil in Bezug auf einen bestimmten Streitgegenstand aus. Die materielle Rechtskraft im Individualbeschwerdeverfahren nach Art. 34 EMRK ist durch die personellen, sachlichen und zeitlichen Grenzen des Streitgegenstandes begrenzt.<sup>21</sup>

- e) Die deutschen Gerichte sind wegen der Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) verpflichtet, die Entscheidungen des EuGHMR zu berücksichtigen.<sup>22</sup> Die Berücksichtigung hat zu erfolgen im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung.<sup>23</sup>

Sowohl die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des Gerichtshofs als auch deren gegen vorrangiges Recht verstoßende schematische »Vollstreckung« können deshalb gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen.«

- f) 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 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 Europäischengerichtshofs für Menschenrechte ge-

<sup>19</sup> Mit dieser Entscheidung war die Übertragung des Sorgerechts auf den Kindesvater abgelehnt worden.

<sup>20</sup> Rdnr. 37.

<sup>21</sup> Rdnr. 39.

<sup>22</sup> Rdnr. 46.

<sup>23</sup> Rdnr. 47.

gen 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 nicht mehr als Verfahrenssubjekt wirksam in Erscheinung treten könnte.«<sup>24</sup>

- g) In der Tat handelt es sich bei den Verfahren vor dem EuGHMR um einseitige Verfahren, bei denen es im Unterschied zu deutschen Sorgerechtsverfahren gar nicht um das Kindeswohl geht, sondern ausschließlich um die Ansprüche der leiblichen Eltern auf ein ungestörtes Familienleben. Weder sind das Kind, sein Vormund, das Jugendamt und die Pflegeeltern Verfahrensbeteiligte, noch liegen dem EuGHMR die gesamten Aktenvorgänge aus dem Sorgerechtsverfahren vor, so dass der EuGHMR gar nicht in der Lage ist, die Interessen des Kindes angemessen zu berücksichtigen.

Hier hat das BVerfG ganz eindeutig Bezug genommen auf die Grundrechtspositionen der Pflegefamilie und des Pflegekindes und ihres Schutzes gem. Art. 6 Abs. 1 und 3 GG und in sehr deutlicher Form betont, dass die erneute Entscheidung durch das OLG Naumburg nach der Zurückverweisung durchaus anders ausfallen kann als die Entscheidung des EuGHMR, denn diese nach dem deutschen Rechtsverständnis unabdingbar erforderliche Abwägung ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts bei der Entscheidung des EuGHMR nicht erfolgt.

- h) Offenbar ist das BVerfG in Sorge 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>25</sup>

»Die Entscheidungen des Gerichtshofs können auf durch eine differenzierte Kasuistik geformte nationale Teilrechtssysteme 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>26</sup>

Es müsse im Übrigen dem Umstand Rechnung getragen werden, dass das Individualbeschwerdeverfahren vor dem EuGHMR »die beteiligten Rechtspositionen und Inte-

---

<sup>24</sup> Rdnr. 50.

<sup>25</sup> Rdnr. 57.

<sup>26</sup> Rdnr. 58.

ressen möglicherweise nicht vollständig abbildet«.<sup>27</sup>

Vorrang vor der grundsätzlichen Pflicht zur konventionsgemäßen 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>28</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>29</sup>

In diesem Sinne rügt das BVerfG, dass das Oberlandesgericht Naumburg sich mit der Entscheidung des EuGHMR nicht in einer nachvollziehbaren Form auseinander gesetzt hat,<sup>30</sup> insbesondere

»ob und inwieweit ein persönlicher Umgang des Beschwerdeführers mit seinem Kind gerade auch dessen Wohl entsprechen könnte und welche - gegebenenfalls durch ein neues Sachverständigengutachten - belegbaren Hindernisse die Berücksichtigung des Kindeswohls dem vom Gerichtshof als geboten erachteten und von Art. 6 Abs. 2 GG geschützten Umgang entgegen steht.«<sup>31</sup>

Und noch einmal betont das BVerfG:

»Die Berücksichtigungspflicht beeinträchtigt das Oberlandesgericht weder in seiner verfassungsrechtlich garantierten Unabhängigkeit, noch zwingt sie das Gericht zu einem unreflektierten Vollzug der Entscheidung des Gerichtshofs. «<sup>32</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>33</sup>

---

<sup>27</sup> Rdnr. 59.

<sup>28</sup> Rdnr. 62.

<sup>29</sup> Rdnr. 62.

<sup>30</sup> Rdnr. 65.

<sup>31</sup> Rdnr. 66.

<sup>32</sup> Rdnr. 68.

<sup>33</sup> Rdnr. 70.

Bei dieser Vielzahl von deutlichen Hinweisen auf die Grundrechtspositionen der Pflegefamilie und des Pflegekinds und die bisherige Kasuistik insbesondere des Bundesverfassungsgerichts zu diesem Thema, nicht zuletzt auch auf die bundesgesetzlichen Regelungen dürfte klar sein, was die jetzt mit der Sache befasste Kammer des OLG Naumburg zu berücksichtigen hat. Von erheblicher Bedeutung ist dabei die bereits erwähnte Tatsache, dass das Bundesverfassungsgericht bei der erstmaligen Befassung mit diesem Rechtsstreit in dem Ergebnis des OLG Naumburg keinen Grundrechtsverstoß zu Lasten des biologischen Vaters festgestellt hat und in dieser erneuten Entscheidung diese Position auch in keiner Weise korrigiert hat.

## V. Die besondere Bedeutung der Kontroverse

1. Mit den konträren Entscheidungen des EuGHMR vom 26.02.2004 einerseits und den Entscheidungen des OLG Naumburg vom 30.06. und 09.07.2004 andererseits ist - endlich! - eine Kontroverse öffentlich aufgebrochen, die seit langer Zeit überfällig war und über den konkreten Fall hinaus große Bedeutung hat, nämlich die Frage,
  - a) welche Bindungswirkung, welche Relevanz die Entscheidungen des EuGHMR für deutsche Gerichte haben und welche Konsequenzen daraus zu ziehen sind (dazu hat sich das BVerfG wie nachfolgend dargestellt ausführlich geäußert) und
  - b) gleichzeitig - nicht zum ersten Mal - nach Inhalt, Niveau und Qualität der Entscheidung des EuGHMR.
2. Die Kontroverse ist aus zwei Gründen von besonderer Bedeutung:

Zum einen ist es bisher - leider - erst einmalig, dass ein Oberlandesgericht die Begründung des EuGHMR offen kritisiert und sie bei dem Namen benennt, den sie - bei allem Respekt vor dem Gericht - verdient. Es handelt sich um eine dankenswert couragierte Kritik des OLG Naumburg daran, dass die Entscheidung des EuGHMR eine rein **ideologisch begründete Entscheidung ist**. (Zugleich ist es nicht die erste Entscheidung des EuGHMR dieser Art.)

Zum anderen ist diese Kontroverse deshalb so wichtig, weil diese ideologisch motivierte Position des EuGHMR, würde sie sich durchsetzen, alles zunichte machen würde, was in den letzten 50 Jahren in langen Auseinandersetzungen und durch umfangreiche in verschiedenen Teilen der Welt durchgeführte Untersuchungen der Humanwissenschaften erarbeitet wurde, und schließlich international weitgehend Konsens geworden ist.

So wurde über zahlreiche Aspekte der Kinderpsychologie durch übereinstimmende Ergebnisse von weltweiten Untersuchungen in den Humanwissenschaften insbesondere zur **Bindungsforschung** weitgehende **Einigkeit** erzielt;<sup>34</sup>

<sup>34</sup> vgl. Brisch, Bindungsstörungen: Von der Bindungstheorie zur Therapie (1999); zusammenfassend Dornes, Martin, Die frühe Kindheit, Entwicklungspsychologie der ersten Lebensjahre, 3. Aufl. (1999); Goldstein/Freud/Solnit, Jenseits des Kindeswohls (1974, 1991), Diesseits des Kindeswohls (1979); Nienstedt/Westermann, Pflegekinder, Psychologische Beiträge zur Sozialisation von Kindern in Ersatzfamilien, 5. Auflage (1998); Überblick bei Gisela Zenz, Gutachten A für den 54. Deutschen Juristentag, S. 8 ff, 30ff.)

Deren Ergebnisse haben **in die nationalen Gesetzgebungen, die höchstrichterlichen Entscheidungen einschließlich der Verfassungsgerichte, die UN-Konvention über die Rechte des Kindes (Art. 20), und in das Haager Adoptionsübereinkommen**<sup>35</sup> seit bald 30 Jahren Eingang gefunden.<sup>36</sup>

Dies hat dazu beigetragen, dass das **Kindeswohl** dorthin gestellt wird, wo es hingehört, nämlich **in das Zentrum der Betrachtung**. Zugleich ist das Kindeswohl der zentrale Leit-Maßstab geworden, der in Konfliktfällen den entscheidenden Ausschlag gibt.

Dies gilt auch bei dem Konflikt zwischen dem Verbleib in der Pflegefamilie auf Grund der dort jahrelang gelungenen Sozialisation und Eingebundenheit und dem Herausnahmeverlangen der Herkunftsfamilie.

**Der sich daraus ergebende Schutz des Kindeswohls findet sich in der Entscheidung des EuGHMR nicht. Stattdessen werden die Rechte des biologischen Vaters als vorrangig betrachtet.**

**Eine Zellvereinigung als rein biologischer Vorgang wird damit gegenüber dem sozialen Vorgang der Integration von Kindern in eine Familie und damit in die Gesellschaft höher gestellt.**

3. Bei Pflegekindern geht es dabei regelmäßig um elementarste, existenzielle Probleme. Da die Phase der Kindheit zwangsläufig ebenso kurz und begrenzt wie außerordentlich wichtig und folgenreich für das ganze Leben ist, muss in einer Phase der Krise zwangsläufig so schnell wie möglich entschieden werden, ob es darum geht, ein Pflegekind in die Herkunftsfamilie zurückzuführen oder ob es um das Gelingen einer neuen Sozialisation in einer Pflegefamilie oder Adoptivfamilie geht.<sup>37</sup> Über eines besteht Einigkeit: ein längerer unklarer Schwebezustand ist mit dem Kindeswohl ebenso unvereinbar wie das Herausreißen eines Kindes aus einer Pflegefamilie, in die es seit Jahren integriert ist und in der die Sozialisation gelungen ist.
4. Es geht bei der Befassung mit der Entscheidung des EuGHMR nicht um eine Urteilschelte, auch nicht darum, dem EuGHMR nachzuweisen, er habe bei der Urteilsfindung diese oder jene Fehler gemacht, das Urteil weise diese oder jene Mängel auf. Fehler können jedem unterlaufen.

Es zeigt sich vielmehr seit einiger Zeit bei deutschen Gerichten, exemplarisch OLG Hamm<sup>38</sup>, eine Tendenz zur unmittelbaren und unkritischen Übernahme der Entscheidungen des EuGHMR, insbesondere unter Bezug auf Kutzner./Deutschland, (siehe Fußn. 8). Es ist eine Tendenz, die alle bisher in der höchstrichterlichen Rechtsprechung einschließlich des Bundesverfassungsgerichts, dessen Entscheidungen gegen-

<sup>35</sup> vgl. Präamnel.

<sup>36</sup> Klusmann, DAVorm 1985, 170; Staudinger-Salgo, BGB, § 1632 Rdn. 42, 43; Staudinger-Coester, BGB, § 1666 Rdn. 221; Zenz, 54. DJT A 34ff.; Zenz, ZfJ 2000, 321.

<sup>37</sup> vgl. grundlegend in: Heilmann, Kindliches Zeitempfinden und Verfahrensrecht (1998).

<sup>38</sup> OLG Hamm FamRZ 2004, 1664 ff

über dem EuGHMR als höherrangig einzuschätzen sind, erarbeiteten und weitgehend vereinheitlichten zentralen Aspekte des Kindeswohls "über Bord wirft" und die vom Bundesverfassungsgericht verlangte Berücksichtigung der nationalen Rechtsordnung außer Acht lässt..

Zugleich entwickelt sich dabei - gefördert durch die Entscheidungen des EuGHMR -, eine bedenkliche Tendenz zur Umsetzung rein biologisch orientierter »Meinungen«, die die Bedürfnisse der Kinder an Sicherheit, Kontinuität und Beständigkeit, letztlich das Kindeswohl schlicht ignorieren.

So wird versucht, Kinder, die zum Teil noch nie, zum Teil nur kurze Zeit - meist unter äußerst schädlichen Bedingungen - in den Herkunftsfamilien gelebt haben, nach drei, vier oder mehr Jahren aus »ihrer« sozialen Familie, ihrer Pflegefamilie herauszureißen, um sie in die Herkunftsfamilie zurückzuführen. Die in der internationalen Forschung zur Kinderpsychologie einheitlich gewonnenen Erkenntnisse über die hohe Bedeutung der Bindungen innerhalb der „sozialen“ Familie und des Kontinuitätsprinzips werden damit ignoriert.

Auf der gleichen Linie liegt es, wenn eine so häufige Umgangsfrequenz angeordnet wird, wie sie üblicherweise allenfalls bei Rückführungen in Betracht kommt und die dazu führt, dass die bereits gelungene Sozialisation in der Pflegefamilie gefährdet oder sogar zerstört wird.

Irgendeine wissenschaftlich ausgewiesene Stütze finden diese Meinungen in den Ergebnissen der Humanwissenschaften nicht.

Kaum ein Rechtsgebiet erfährt derart unterschiedliche und sich widersprechende Interpretationen zu dem, was im Mittelpunkt der Betrachtung steht: das KINDESWOHL. In kaum einem Rechtsgebiet sind derart wenig solide Kenntnisse bei den zahlreichen Beteiligten vorhanden, die im Prozess um das Kindeswohl mit zu entscheiden oder zumindest mitzureden haben. Die Erwähnung dieser Tatsache ist nicht als Vorwurf aufzufassen, sondern erklärt sich daraus, dass es sich bei dem Pflegekindschaftswesen für die meisten Juristen um ein »Dunkelgebiet« handelt, welches verhältnismäßig selten zu bearbeiten ist und bereits deshalb eine intensive Einarbeitung kaum stattfinden kann und im übrigen eine zusätzliche interdisziplinäre Ausbildung im Bereich Humanwissenschaften bei Juristen wenig verbreitet ist.

Bei den Nicht-Juristen fehlen oft die finanziellen Mittel und Möglichkeiten zur Fortbildung, soweit es die öffentlichen Haushalte betrifft, in dieser durchaus komplexen Materie. Und doch geht es nicht in erster Linie darum, Kenntnislücken aufzufüllen und sich durch einen Lernvorgang in ein neues Gebiet einzuarbeiten.

Auf dieser Grundlage bildet sich eine überproportionale Anfälligkeit dafür, das Fehlen von soliden Kenntnissen durch »Meinung« zu ersetzen oder »Meinung« soliden Kenntnissen entgegenzusetzen, was in anderen Rechtsgebieten wie z. B. Baurecht nicht möglich wäre.

Sehr häufig ist die vorgetragene Meinung Ausdruck einer bestimmten »Ideologie«.

Oft werden aber auch bewusst auf Vorurteilen oder »Volksmeinungen« ideologisch begründete Positionen geschickt versteckt hinter scheinbar sauberer juristischer Argumentation und/oder scheinbar humanwissenschaftlich begründeten Erkenntnissen.

Es geht nicht um Unkenntnis, sondern um eine **Ideologie**, die verschiedentlich gut getarnt, jedoch erkennbar wieder im Vormarsch begriffen ist. Es ist die Ideologie, nach der Pflegekinder Bindungen und Beziehungen, die sie nach Aufnahme in der Pflegefamilie gefunden haben, über den Weg einer »Umgewöhnung« mehr oder weniger problemlos ersetzen oder austauschen könnten zu Gunsten einer auf »biologische Herkunft« begründeten Beziehung. Es ist die Ideologie, die entgegen allen humanwissenschaftlichen Erkenntnissen der letzten 50 Jahre die leibliche Herkunft, die »Blutsbande« höherrangig behandelt als alle Bindungen und Beziehungen, auf die Kinder dringend angewiesen sind.

Es ist eine Ideologie, die offenbar einer gesellschaftlichen Tendenz entspricht, die zum Teil als »biologistische«, zum Teil als »neokonservative« Sichtweise, als Tendenz von sog. »Renaturalisierung und damit verblässender Trennschärfe von Natur und Gesellschaft« bezeichnet wird und sich damit einpasst in die von dem Soziologen Ulrich Beck so bezeichnete Tendenz zur »Herrschaft der Uneindeutigkeit«.

Diese Ideologie will auch Kinder in Herkunftsfamilie zurückführen, die keinerlei Bindungen zur Herkunftsfamilie haben und bei dieser auch nicht einen einzigen Tag gelebt, sondern ihr ganzes Leben fünf oder zehn Jahre lang in einer gelungenen Sozialisation, einer Pflegefamilie gelebt haben. Diese Rückführungen werden auf nichts anderes gestützt als auf die biologische Abstammung. Eine solche kann aber eine gelungene Sozialisation nicht ersetzen.

Am häufigsten wird scheinbar nur »moralisch« argumentiert mit dem Kernsatz: »Aber sie sind doch die leiblichen Eltern.....«. oder etwas deutlicher: »Blut ist doch stärker als Wasser«.

Dieser so harmlos klingende Satz beinhaltet meist nichts anderes als die Auffassung, dass die »Blutsbande« letztendlich das Entscheidende seien.

Die Position des EuGHMR beschränkt sich ausschließlich auf die hohe, ja völlig überhöhte Bedeutung der biologischen Herkunft. Die Position fällt damit hinter die wissenschaftlichen Erkenntnisse der letzten 50 Jahre zurück.

Gerade in der jetzigen Zeit der leeren öffentlichen Kassen findet leider diese Ideologie zunehmende Anfälligkeit und Verbreitung, nämlich in der Form, dass auf Betreiben der Jugendämter in den finanzschwachen Gemeinden Pflegefamilien aufgelöst und damit Pflegegelder eingespart werden, zu Gunsten einer Rückführung der Pflegekinder zu den Herkunftsfamilien, von denen jede zweite scheitert, meist mit der Perspektive einer Heimunterbringung für das Kind, also mit wesentlich höheren als denjenigen Kosten, die zuvor in der Pflegefamilie »eingespart« werden konnten. Eine solche Maßnahme erfolgt regelmäßig unter einer Argumentation der Überhöhung der Bedeutung der biologischen Herkunft.

Es kommt darauf an, dass sich diese Ideologie nicht weiter, nicht schon wieder ausbreitet. Dies ist nur möglich durch eine offene und öffentliche Auseinandersetzung darüber.

5. Es ist schon fast überflüssig, darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung des Reichsgerichts<sup>39</sup> mit der Wiederherstellung rechtsstaatlicher Verhältnisse in der Bundesrepublik Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg aufgegeben wurde:

"Biologische Elternschaft ist entwicklungspsychologisch **nicht** höherrangig als soziale Elternschaft"<sup>40</sup>.

Auch in der Gesetzgebung zum Sorgerecht spielen die sozialen Bezüge eine entscheidende Rolle:

Der Gesetzgeber hat dem Familienrichter auferlegt, bei Sorgerechtsentscheidungen ausdrücklich "die Bindungen des Kindes", auf dessen "Neigungen" und dessen "Willen" als maßgebliches Kriterium zu berücksichtigen. Bei der Sorgerechtsregelung spielt nicht die genetische Abstammung an sich, sondern die "geistig-sozialen" Beziehungen die entscheidende Rolle.

Schon seit langem entscheidet der BGH, dass der Gesichtspunkt sozialer Elternschaft eine wesentliche Rolle spielt<sup>41</sup>. Das über **längere Zeit andauernde Verbleiben** des Kindes beim nicht sorgeberechtigten Elternteil **kann** im Einzelfall nach Ansicht des BGH

"die Bindungen des Kindes an diesen Elternteil dermaßen verfestigen, dass eine Lösung des Kindes aus diesen Bindungen nach den grundlegenden Rechtsvorstellungen nicht hingenommen werden kann".<sup>42</sup>

6. Der Vorgang der Zeugung und der leiblichen Geburt des Kindes erfährt in dieser Überbewertung der biologischen Herkunft eine unglaublich privilegierende Wirkung.

Alle Ereignisse darum herum, die die "klassischen Gründe" für Herausnahmen der Kinder aus Herkunftsfamilien darstellen, der Drogen-/ Nikotin-/ Alkoholmissbrauch während der Schwangerschaft, die Misshandlung der Kindesmutter durch den Kindesvater während der Schwangerschaft mit Schäden für das Kind, der Nikotin-/Alkohol-/Drogen-Missbrauch während des Stillens, die Vernachlässigung und Unterversorgung

---

<sup>39</sup>Das Reichsgericht in Deutschland hat in der Zeit des Nationalsozialismus mit der Anwendung der Ideologie der »Blut-und-Boden-Theorie« der biologischen Abstammung ebenfalls eine derart bedeutsame Rolle eingeräumt, wonach stets "das auf den Banden des Blutes beruhende Recht des überlebenden Elternteils ... den Vorrang beanspruchen" kann (RG DJ 1944, 321/322 in einer Entscheidung vom 19.04.1944 (!)) In jener Entscheidung ging es darum, dass ein im Rahmen der Kriegswirren bei Pflegeeltern längere Zeit untergebrachtes Kind schließlich von einem überlebenden Elternteil herausverlangt wurde.

<sup>40</sup>BGHZ 23, 1/7; BGHZ 14, 358/361.

<sup>41</sup>BGH NJW 1980, 529.

<sup>42</sup>Vgl. Salgo, Pflegekindschaft und Staatsintervention.

des Säuglings, der Todesängste auszustehen hat, die Misshandlung, der Missbrauch, kurz: alle Gründe und Anlässe, aus dem Kind ein Pflegekind zu machen, werden fast schon gerechtfertigt oder zumindest "automatisch" in ein mildes Licht getaucht, wenn die Herkunftseltern auch nur behaupten, es habe sich alles geändert, und sie hätten Beratung oder gar Therapie begonnen.

Schnell wird ein System von Verleugnung und Vergessen entwickelt<sup>43</sup>. Es werden auf der Basis dieser Ideologie die aus Missbrauch und Vernachlässigung entwickelten Ängste des Kindes ignoriert, vorsichtshalber auch nicht die Behauptungen der Herkunftseltern über angebliche positive Veränderungen geprüft oder hinterfragt. Konsequenz wird zugleich eine zeitnahe oder gar übergangslose Rückführung, ein engmaschiger hoch frequenter Umgang, der sich eindeutig zu Lasten der Pflegekinder auswirkt, gerechtfertigt, alles unter dem Aspekt der biologischen Herkunft.

Die Kinder werden damit als Mittel der Therapie ihrer labilen Erzeuger, vermeintlicher Stabilisator ihrer Eltern missbraucht, als müssten Kinder zur Gesundung ihrer Eltern da sein und nicht die Eltern für die Kinder Verantwortung und Versorgung übernehmen.

Diese Überhöhung der Bedeutung der biologischen Herkunft wirkt sich auf die Pflegekinder katastrophal aus.

Die Bedeutung der sozialen Bindungen der Kinder innerhalb der Pflegefamilien, in die sie regelmäßig seit Jahren integriert sind und in denen die neue Sozialisation gelungen ist, findet keine oder allenfalls eine untergeordnete Bewertung. Mit dem Abbruch solcher Bindungen und Beziehungen wird dem Kindeswohl regelmäßig sehr schwerer Schaden zugefügt. Diese Schäden können auch nicht dadurch wieder gutgemacht werden, dass man versucht, die zerstörten Bindungen zu ersetzen durch Bindungen, die auf der biologischen Herkunft beruhen. Dies wurde in den verschiedenen Untersuchungen der Humanwissenschaften eindeutig herausgearbeitet.

7. Gerade ein Fall, auf den der EuGHMR in der hier zu erörternden Entscheidung verweist<sup>44</sup>, belegt die katastrophalen Auswirkungen, die eine auf eine derartige Ideologie gestützte Entscheidung zum Sorgerecht und Umgangsrecht für Kinder haben: In konsequenter Umsetzung der Entscheidung des EuGHMR hatte das Amtsgericht engmaschige Umgangskontakte angeordnet, die der Rückführung von zwei Kindern in die Herkunftsfamilie dienen sollten, die bereits sechs Jahre in zwei verschiedenen Pflegefamilien gelebt hatten und deren Sozialisation in diesen Familien eindeutig gelungen war, wie durch drei Sachverständigengutachten festgestellt worden war. Die Kinder waren wegen Erziehungsunfähigkeit der Herkunftseltern im Alter von drei bzw. fünf Jahren in die Pflegefamilie gekommen.

Durch die häufige Frequenz der Umgangskontakte und die immer wieder zum Ausdruck gebrachte Erwartungshaltung der Herkunftsfamilie sind die Kinder im Verhältnis zu der Pflegefamilie derart destabilisiert worden, dass die Kinder schließlich den

<sup>43</sup> vgl. Westermann, Die Trennung des Kindes von den Eltern und die Verleugnung der Trennung durch aufrechterhaltene Besuchskontakte, 3. Jahrbuch des Pflegekinderwesens, 2004 Hrsg. Stiftung zum Wohl des Pflegekindes, S.153.

<sup>44</sup> Kutzner/Deutschland, Urteil vom 26.2.2002, FamRZ 2002,1393.

immer wieder geäußerten Bestrebungen der Herkunftsfamilie nachgaben und ebenfalls äußerten, zur Herkunftsfamilie zurückkehren zu wollen. Die Rückführung erfolgte im Dezember 2003.

Es war noch nicht einmal ein halbes Jahr vergangen, als zu vernehmen war, dass die Herkunftsfamilie wegen der Kinder erneut Hilfe zur Erziehung in Anspruch nehmen musste, da die Kinder nicht integrierbar waren, die Eltern ihre mangelhafte Erziehungsfähigkeit erneut unter Beweis gestellt hatten und eines der Kinder bereits geäußert hatte, in die Pflegefamilie zurückkehren zu wollen. Etwa acht Monate nach der Rückführung zu den leiblichen Eltern wurden die Kinder zwecks Vermeidung einer Heimunterbringung in einem Internat untergebracht und gehen jetzt samstags/sonntags zum Umgang zu den Eltern.

8. Damit erleiden diese Kinder das Schicksal von **50% aller durchgeführten Rückführungen zu den Herkunftseltern: sie scheitern.** Diese Kinder scheitern damit mindestens **zum dritten Mal**, denn zunächst einmal waren sie in der **Herkunftsfamilie** gescheitert, sind dann in die **Pflegefamilie** gelangt, dort ebenfalls gescheitert und nunmehr erneut in der **Herkunftsfamilie** gescheitert, was eindeutig lebensprogrammatische Folgen für die Kinder haben wird, wie Sachverständige immer wieder betonen, und meist öffentliche Erziehung (**Heimaufenthalt**) die unausweichliche Folge ist.

## **VI. Die Bedeutung der biologischen Herkunft im Verhältnis zu den grundgesetzlich geschützten sozialen Bindungen**

Die Bedeutung der biologischen Herkunft soll in keiner Weise unterschätzt werden. Sie spielt nur in der Konfliktsituation, in der sich Pflegekinder bei gelungener Sozialisation in der Pflegefamilie gegenüber dem Herausgabebegehren oder auch dem Umgangsverlangen ihrer Herkunftseltern befinden, eine sehr untergeordnete Rolle.

Die Konfliktsituation, in der sich Pflegekinder befinden, ist mit Hilfe der humanwissenschaftlichen Erkenntnisse zu lösen und nicht über den Hinweis auf die biologische Herkunft.

Hier ist zu verweisen auf die hervorragende Zusammenfassung von Heilmann<sup>45</sup>:

»Aus der Perspektive des Kindes sind die biologischen Voraussetzungen der Elternschaft belanglos, da es diejenigen Personen als Eltern (=soziale Eltern) anerkennt, die seine tagtäglichen Bedürfnisse nach Nahrung, Pflege, körperlichem und psychischem Kontakt unmittelbar erfüllen.<sup>46</sup>

Biologische Eltern und soziale Eltern sind zwar in der Regel identisch, dies ist demnach jedoch keineswegs zwingend. Eine Trennung des Kindes von seinen sozialen

<sup>45</sup> a. a. O. 1998.

<sup>46</sup> vgl. Zenz, Soziale und psychologische Aspekte der Familienpflege und Konsequenzen für die Jugendhilfe, in: Verhandlungen des 54. Deutschen Juristentages (Bd. I, Gutachten, Teil A 34); Goldstein/Freud/Sollnit, Diesseits des Kindeswohls, 1974 S. 42; Klußmann/Stötzel, Das Kind im Rechtsstreit der Erwachsenen S. 24 ff.; Dettenborn, FPR 1996, 76 ff.

Eltern wirkt schädigend auf das Kind, da sie dem Kind "die Basis für seine Orientierung über die Welt und sich selbst entzieht"<sup>47</sup>. Auf diese "Orientierung" ist jedes Kind zur Aufrechterhaltung eines Grundsicherheitsgefühls angewiesen, welches eine notwendige Voraussetzung für eine optimale Bewältigung aller noch folgenden Entwicklungsschritte darstellt. Fehlt dieses Grundsicherheitsgefühl, dann besteht die Gefahr von Spätschäden, wie allgemeine Verunsicherung und mangelndes Selbstwertgefühl. Beobachtet werden auch Störungen in der Beziehungsfähigkeit, Lernstörungen und psychosomatische Erkrankungen. Wenn die Kinder neue Bindungen zu den Personen, die unmittelbar ihre Bedürfnisse befriedigen, entwickelt haben, so ist eine "faktische Präjudizierung" vollzogen und es muss hinsichtlich der Zeiträume auf die Auslegung zum Begriff der "längeren Zeit" bei § 1632 Abs. 4 BGB verwiesen werden.

Die Rechtsprechung ist in der Zwischenzeit den human-wissenschaftlichen Erkenntnissen gefolgt und von der so genannten "Alltagstheorie" abgerückt, nach der sich Kinder "erfahrungsgemäß in eine neue Umgebung ohne nachhaltige seelische Beeinträchtigung gewöhnen, wenn man sie dort liebevoll und warmherzig betreut". Nach human-wissenschaftlichen Erkenntnissen bestehen gegen die Herausnahme eines Kindes aus seiner gewohnten Umgebung auch bei behutsamer Umgewöhnung schwerwiegende Bedenken<sup>48</sup>.

Zudem ist zu beachten, dass es sich bei den in Rede stehenden Kindern regelmäßig um "Problemkinder" handelt, die schon aufgrund ihrer Vorgeschichte entsprechenden "Experimenten" weniger zugänglich sind. Insbesondere eine Kumulation von Trennungen wird als hoch gefährlich eingestuft<sup>49</sup>. Mit einem Versuch der Umgewöhnung entsteht damit eine nicht berechenbare Gefährdung des psychischen Kindeswohls. Es kann zu psychosomatischen Schäden und Spätschäden wie allgemeine Verunsicherung und mangelndes Selbstwertgefühl kommen<sup>50</sup>.

Zenz weist auch darauf hin, dass das Kind im Laufe der Zeit in einen Konflikt zwischen alter und neuer Bindung gerät, dem es auf Dauer nicht gewachsen ist. Häufig zeigen sich nach Besuchen daher nächtliche Angstanfälle, Essensverweigerung, Bettnässen oder sogar psychosomatische Erkrankungen. Dies verdeutlicht, dass die Gefährdung des Kindes nicht erst mit der Trennung von seinen Bezugspersonen einsetzt, sondern schon mit dem "Werben" der herausverlangenden Person<sup>51</sup>. Eine besondere Gefahr bestünde darin, dass die sozialen Eltern zunehmend idealisiert würden, während sich alle Aggressionen gegen die leiblichen Eltern richten. Wenn der Zeitpunkt (der regelmäßig nach spätestens zwei Jahren vorüber ist) verpasst wird, dann ist jeder Versuch, einen Wechsel des Kindes in die eigene Familie zu ermöglichen, mit Gefahren für seine Entwicklung verbunden<sup>52</sup>. Längere Besuche vertiefen dann die kindlichen Trennungsängste und gefährden Bindungsentwicklungen eher, als dass sie gefördert werden. « Soweit die Darstellung von Heilmann.

---

<sup>47</sup> Zenz, a.a.O.

<sup>48</sup> vgl. Klußmann, DAVorm. 1985, 169, 181 ff., 195 ff.; ders., ZfJ 1988, 478, 483; Klußmann/Stötzel, S. 154, 161; Zenz, Gutachten (DJT), A 38; Lempp, Referat, I 59; Salgo, StAZ 1983, 89, 96 f.; ders., NJW 1985, 413, 414; Baer, FamRZ 1982, 221, 226; Finger, ZfJ 1985, 341, 343; Metzger, S. 260; Siehoff, NJW 1994, 616, 619; Staudinger-Salgo, § 1632 Rdn. 96.

<sup>49</sup> vgl. Lempp, Referat in: Verhandlungen des 54. Deutschen Juristentages, Bd. II, Teil I, S. 49, I S. 63.

<sup>50</sup> Klußmann, DAVorm. 1985, 169, 184.

<sup>51</sup> Klußmann/Stötzel, S. 145.

<sup>52</sup> vgl. Zenz a.a.O.

## VII. Wesentliche Aspekte für die erneute Entscheidung des OLG Naumburg

Diese Position des EuGHMR basiert auf einer Ideologie, und so hat sie das OLG Naumburg auch zu Recht benannt. Die Entscheidung des EuGHMR unmittelbar umzusetzen wäre nicht nur ein Verstoß gegen verfassungsrechtlich garantierte Grundrechte des Kindes, sondern zugleich Kindesmisshandlung auf hohem Niveau.

Das OLG Naumburg wird auf Grund der Zurückverweisung und der mehr als 25 nicht zu übersehenden Hinweise des BVerfG bei der erneuten Entscheidung Gelegenheit haben, den verfassungsrechtlichen Schutz der Pflegefamilie und des Pflegekindes und die übrigen in diesem Zusammenhang wesentlichen Aspekte der nationalen Rechtsordnung in den Rechtsstreit einzuführen und zu berücksichtigen:

1. Die Pflegefamilie genießt gemeinsam mit dem Pflegekind nach deutscher Rechtslage den verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 6 GG, ebenso wie den Schutz des Art. 8 EMRK. Es gibt dazu vier grundlegende Senatsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Pflegekindschaftswesen.<sup>53</sup>
  - a) In der Entscheidung "Elizabeta"<sup>54</sup> hat das Bundesverfassungsgericht im sorgerechtlichen Kontext die als Folge eines länger andauernden Pflegeverhältnisses gewachsenen **Bindungen zwischen Pflegekind und Pflegeeltern anerkannt** und folglich auch 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. Zwar sind die Rechte der Herkunftseltern gegenüber den Rechten der Pflegeeltern vorrangig. In diesem Konflikt ist **letztlich das Kindeswohl bestimmend**<sup>55</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hat damit die vielfach kritisierte Formel von der "leichten Überwindbarkeit von Umgebungswechseln im frühen Kindesalter" unter Bezugnahme auf die Erkenntnis der Kinderpsychologie<sup>56</sup> verworfen. 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>57</sup>.

Wenn eine schwere und nachhaltige Schädigung des körperlichen oder seelischen Wohlbefindens des Kindes bei seiner Herausgabe zu erwarten ist, kann allein die **Dauer** des Pflegeverhältnisses zu einer Verbleibensanordnung nach § 1632 Abs. 4 BGB führen. (Diese Regelung hat seit 01.07.1998 Gesetzeskraft erlangt. Auf die Frage des Anlasses der Inpflegegabe und ob die Herkunftseltern erziehungsfähig sind, kommt es dabei in keiner Weise an.)

<sup>53</sup> vgl. Salgo, Vorwort in "Die Rechtsprechung des BVerfG zu Pflegekindern", Hrsg. Bundesverband PFAD, Frankfurt; Staudinger-Salgo, § 1632 Rdn. 47 bis 54.

<sup>54</sup> BVerfGE 68, 176, 187, 189.

<sup>55</sup> a.a.O., 188.

<sup>56</sup> BVerfGE 75, 201/223.

<sup>57</sup> BVerfGE 68, 176, 190.

- b) In weiteren Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht sich mit der Frage des Wechsels der Pflegestelle beschäftigt.<sup>58</sup> Das Bundesverfassungsgericht hatte zur Vorbereitung dieser Entscheidung Gutachten aus dem Bereich der Kinderpsychologie und -psychiatrie eingeholt. Danach hat die Trennung von kleinen Kindern von ihren unmittelbaren Bezugspersonen unbestrittenermaßen als ein **Vorgang mit erheblichen psychischen Belastungen und mit einem schwer bestimmbareren Zukunftsrisiko** zu gelten<sup>59</sup>. Diese Entscheidung stellt eine unmissverständliche Absage an ein Verständnis von Elternrechten als Herrschaftsrechte dar<sup>60</sup>. Ein solcher Wechsel kommt nur dann in Betracht, **wenn dabei ausgeschlossen ist, dass das Kindeswohl durch den Wechsel beeinträchtigt wird.**
- c) Die weitere Entscheidung "Rene"<sup>61</sup> beschäftigt sich mit dem Verhältnis von Pflegekindschaft und Adoption. In dieser Konstellation ist der Maßstab vom BVerfG nicht ganz so hoch angesetzt wie in der vorangegangenen, weil der Status des Kindes sich durch die Adoption im Hinblick auf die damit verbundene Sicherheit gegenüber dem Status als Pflegekind erheblich verbessert.
- d) Die vierte Senatsentscheidung<sup>62</sup> befasst sich 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 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>63</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 aktuelle Befindlichkeit des Minderjährigen in jedem Falle Berücksichtigung finden muss<sup>64</sup>.

Sollte es also zu einer Übertragung der elterlichen Sorge auf den biologischen Vater kommen, so wäre zur Sicherung des Kindeswohls bereits von Amts wegen aufgrund dessen Gefährdung durch eine dann bevorstehende Herausnahme einer Verbleibensanordnungen gem. § 1632 Abs. 4 BGB zu erlassen.

- e) In der Umgangsfrage hat das OLG Naumburg vorrangig vor den Entscheidungen des EuGHMR die Rechtssprechung des BVerfG zum Umgangsrecht des biologischen Vaters<sup>65</sup> zu berücksichtigen, die eine **soziale-familiäre Beziehung und die**

<sup>58</sup> "Janina", BVerfGE 75, 201.

<sup>59</sup> a.a.O. 219.

<sup>60</sup> vgl. auch BVerfG FamRZ 1993, 1420/1421.

<sup>61</sup> BVerfGE 79, 51.

<sup>62</sup> BVerfGE 88, 187.

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

<sup>64</sup> Staudinger-Salgo, BGB, § 1632 Rdn. 50.

<sup>65</sup> BVerfG FamRZ 2003, 816; 2004, 1705

**Übernahme tatsächlicher Verantwortung** durch den biologischen Vater zur Voraussetzung macht und damit sich deutlich von den Entscheidungen des EuGHMR absetzt.

2. Zur nationalen Rechtsordnung im Zusammenhang mit Konflikten um Pflegekinder gehören auch die Regelungen des Kinder- und Jugendhilfe Gesetzes (KJHG, eingebettet in SGB VIII), welches den Fachkräften in den Jugendämtern die Aufgabe überträgt, sich an kindlichen Zeitbegriff zu orientieren sowie die gewonnenen Bindungen zu berücksichtigen und eine auf Dauer angelegte Lebensperspektive zu erarbeiten, §§ 36,37 KJHG/SGB VIII. Die Kontinuität der Lebensverhältnisse hat für die Kindesentwicklung fundamentale Bedeutung<sup>66</sup>.
3. Ebenfalls zur nationalen Rechtsordnung gehört die Anhörung des Jugendamts aus §§ 12, 49a Abs. 1 Nr. 6 FGG, persönlicher Anhörung des Kindes gem. §§ 12, 50b Abs. 1 FGG, Anhörung der Pflegeeltern gem. §§ 12, 50c Abs. 1 FGG sowie die Bestellung eines Verfahrenspflegers für das Kind gem. § 50 Abs. 2 Nr. 3 FGG sowie ggf. die Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens mit neuer, erweiterter Fragestellung (§ 12 FGG).
4. Aber auch ein weiterer Aspekt wird zu berücksichtigen sein, der zum Bestand der nationalen Rechtsordnung unverzichtbar gehört, zugleich aber im Rahmen von Art. 8 Ziff. 2 EMRK von Bedeutung ist:

Das Kind wurde kurz nach der Geburt **in Adoptionspflege** gegeben. Diese Tatsache wird zwar erwähnt, jedoch werden keinerlei Konsequenzen daraus gezogen.

Eine Würdigung dieses Umstandes der Adoptionspflege hätte schon durch den EuGHMR deshalb erfolgen müssen, weil gem. Art. 8 Ziff. 2 EMRK

*»der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung des Rechts (auf Familienleben) nur statthaft ist, so weit er gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft .....zum Schutz der Gesundheit oder Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist«.*

Der EuGHMR hätte in diesem Zusammenhang erörtern müssen, dass nach der Gesetzeslage in Deutschland mit der Freigabeerklärung der allein sorgeberechtigten Mutter zur Adoption deren Recht der elterlichen Sorge ruht (§ 1751 Abs. 1 Satz 1,1. Halbs.) und die Befugnis zum persönlichen Umgang mit dem Kind nicht ausgeübt werden darf (§ 1751 Abs. 1 Satz 1,2. Halbs. BGB ), **damit in der Adoptionspflegezeit ein Eltern-Kind-Verhältnis entstehen kann, §§ 1741, 1744 BGB.**

Der Gesetzgeber ist aus gutem Grund davon ausgegangen, dass die Entwicklung eines Eltern-Kind-Verhältnisses für das Kind außerordentlich wichtig ist und diese Entwicklung innerhalb der Adoptionspflegezeit in keiner Weise gestört werden darf.

---

<sup>66</sup> Staudinger-Salgo § 1632 Rdnr. 66.

Ein Umgang, der das Ziel verfolgt, ein Verhältnis aufzubauen, um das Kind später zu sich zu nehmen, ist aber unmittelbar geeignet, die Entwicklung des vorhandenen, schon mehrere Jahre über das gesamte Kinderleben hinweg existierende Eltern-Kind-Verhältnis zu stören. Die bestehenden Regelungen zum Adoptionsrecht sind aber »gesetzlich vorgesehen« und auch »zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig«, nämlich zum Schutz des Kindes und der Adoptiv-Pflegefamilie, i. S. v. Art. 8 Ziff. 2 EMRK.

Alle diese gesetzlichen Bestimmungen und Rechtsprechungsbeispiele basieren auf gesicherten humanwissenschaftlichen Erkenntnissen, stellen das Kindeswohl in das Zentrum der Betrachtung und sichern auf verfassungsrechtlichem Niveau den grundgesetzlich definierten Schutz der Pflegefamilie und der Pflegekinder als Familie i. S. v. Art. 6 GG, ebenso Art. 8 EMRK. Alle diese Erwägungen scheinen dem EuGHMR fremd zu sein.

### VIII.

1. Wenn man in dem für den leiblichen Vater durchaus tragischen Fall auch noch darüber nachdenkt, wo in dieser Angelegenheit Fehler gemacht worden sind, so ergibt sich Folgendes:

Möglicherweise war es ein Fehler, dass nicht sofort nach Abgabe der Freigabeerklärung der Kindesmutter oder sogar kurz davor, der Kindsvater nach seiner Bereitschaft zur Übernahme des Kindes befragt und seine Erziehungsfähigkeit überprüft wurde, insbesondere, **bevor das Kind in Adoptionspflege gegeben wurde**. An dieser Stelle kann dies aber nicht beurteilt werden.

Auf die Frage, ob hier ein solcher Fehler tatsächlich gemacht wurde, konnte es zum Zeitpunkt der EuGHMR-Entscheidung jedoch nicht ankommen, da das Kind inzwischen in der Pflegefamilie sicher gebunden war. Denn:

**"Nicht das Gewollte, sondern das Entstandene leitet die richterliche Entscheidung."<sup>67</sup>**

2. In Beantwortung der im Titel gestellten Frage ist ganz eindeutig festzustellen, dass man die Entscheidungen des EuGHMR nicht einfach ignorieren kann und darf, sondern sich inhaltlich, offen und öffentlich damit auseinandersetzen muss. Es kann nur außerordentlich begrüßt werden, dass die Richter des OLG Naumburg die Gelegenheit dazu genutzt haben. Es ist ebenso zu begrüßen, dass das BVerfG allen schematischen Anwendungen der Entscheidung des EuGHMR eine klare Absage erteilt und eine umfassende Berücksichtigung der Grundrechtsposition des Pflegekindes und seiner Bindungen innerhalb der Pflegefamilie im Rahmen der Abwägung gefordert hat.

Es ist zu hoffen, dass diese Auseinandersetzung fortgesetzt und vertieft wird und insbesondere dazu beiträgt, die weitere Ausbreitung dieser Ideologie, wie sie in der Ent-

---

<sup>67</sup> Salgo, Pflegekindschaft und Staatsintervention (1987), S.223.

scheidung des EuGHMR zum Ausdruck kommt, zu verhindern.

Peter Hoffmann  
Rechtsanwalt, FAFamR  
Hamburg