

## AUFsätze

Eva Schumann

## Biologisches Band oder soziale Bindung? – Vorgaben der EMRK und des deutschen Rechts bei Pflegekindverhältnissen

### 1 Einführung

Der in den Medien breit diskutierte<sup>1</sup> und in zahlreichen Fachzeitschriften besprochene Fall Görgülü<sup>2</sup> hat Wellen weit über das Familienrecht hinaus geschlagen<sup>3</sup> und vor allem die Vertreter des Öffentlichen Rechts veranlasst, sich mit dem Verhältnis zwischen EMRK und nationalem Recht, insbesondere der Bindungswirkung von EuGHMR-Urteilen,<sup>4</sup> zu beschäftigen (dazu unten 2). Deutlich weniger Beachtung fanden hingegen zwei weitere Urteile des EuGHMR (Verfahren Kutzner und Haase), die jedoch für die hier interessierenden kindschaftsrechtlichen Fragen nicht minder bedeutsam sind. In allen drei Verfahren<sup>5</sup> kam der EuGHMR zu dem Ergebnis,

<sup>1</sup> Etwa *Verbeet, M.*, Kind im Kreidekreis, in: *Der Spiegel* 52/2005, S. 40–43; *Müller, R.*, Karlsruhe: Völkerrechtsfreundlichkeit hat Grenzen, in: *FAZ* v. 20.10.2004, S. 1; *Geyer*, Karlsruher Hymnen, in: *FAZ* v. 20.10.2004, S. 33; *Kamann, M.*, Souveränes Grundgesetz, in: *Die Welt* v. 20.10.2004, S. 8; *Müller, R.*, Das letzte Wort, in: *FAZ* v. 23.10.2004, S. 1; *Müller, R.*, Im Ausland missverständlich, in: *FAZ* v. 23.10.2004, S. 5; *Papier, H.-J.*, Straßburg ist kein oberstes Rechtsmittelgericht, in: *FAZ* v. 9.12.2004, S. 5.

<sup>2</sup> Beiträge mit einem Schwerpunkt auf familienrechtlichen Aspekten: *Brückner, C.*, Väterrechte vor dem europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: *FPR* 2005, S. 200–204; *Hoffmann, P.*, Kann, darf oder muss man die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EuGHMR) zu Pflegekindern ignorieren?, in: *ZfJ* 2005, S. 44–55; *Rixe, G.*, Anm. zu BVerfG v. 28.12.2004, in: *FamRZ* 2005, S. 176–177; *Zeycan, A.*, Der Fall Görgülü./BRD im Lichte der Menschenrechtskonvention, in: *FuR* 2004, S. 443–445.

<sup>3</sup> Etwa *Esser, R.*, Die Umsetzung der Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im nationalen Recht – ein Beispiel für die Dissonanz völkerrechtlicher Verpflichtungen und verfassungsrechtlicher Vorgaben, in: *StV* 2005, S. 348–355; *Grupp, K./Stelkens, U.*, Zur Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention bei der Auslegung deutschen Rechts, in: *DVBf* 2005, S. 133–143; *Stackmann, N.*, Richterliche Selbstkontrolle und Verfahrenswirklichkeit im Zivilprozess, in: *JuS* 2005, S. 495–497; *Vogel, K.*, Völkerrechtliche Verträge und innerstaatliche Gesetzgebung – Eine neue Entscheidung des BVerfG hat Bedeutung auch für die Beurteilung des treaty override, in: *IStR* 2005, S. 29–30.

<sup>4</sup> *Benda, E.*, Die Bindungswirkung von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in: *AnwBl* 2005, S. 602–608; *Breuer, M.*, Karlsruhe und die Gretchenfrage: Wie hast du's mit Straßburg?, in: *NVwZ* 2005, S. 412–414; *Buschle, D.*, Ein neues „Solange“? – Die Rechtsprechung aus Karlsruhe und Straßburg im Konflikt, Anm. zu BVerfG v. 14.10.2004, in: *VBfBW* 2005, S. 293–297; *Cremer, H.-J.*, Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen, Anmerkung zum Görgülü-Beschluss des BVerfG vom 14.10.2004, in: *EuGRZ* 2004, S. 683–700; *Kadelbach, S.*, Der Status der Europäischen Menschenrechtskonvention im deutschen Recht, in: *Jura* 2005, 480–486; *Klein, E.*, Anm. zu BVerfG v. 14.10.2004, in: *JZ* 2004, 1176–1178; *Lenz, C.O.*, „An die Gewährleistung der Konvention gebunden“, Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts in der Rechtssache Görgülü, in: *Gaitanides, C./Kadelbach, S./Iglesias, G.C.R.* (Hrsg.), *Europa und seine Verfassung*, Festschrift für Manfred Zuleeg zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2005, S. 234–239; *Meyer-Ladewig, J./Petzold, H.*, Die Bindung deutscher Gerichte an die Urteile des EGMR – Neues aus Straßburg und Karlsruhe, in: *NJW* 2005, S. 15–20; *Rixe, G.*, Anm. zu BVerfG v. 14.10.2004, in: *FamRZ* 2004, S. 1863–1865; *Roller, S.*, Die menschenrechtskonventionsgemäße Auslegung, in: *DRiZ* 2004, S. 337.

<sup>5</sup> EuGHMR (Kutzner/Deutschland), *FamRZ* 2002, S. 1393–1397; EuGHMR (Görgülü/Deutschland), *EuGRZ* 2004, S. 700–706; EuGHMR (Haase/Deutschland), *NJW* 2004, S. 3401–3407 = *EuGRZ* 2004, S. 715–723 = *FamRZ* 2005, S. 585–590.

dass die leiblichen Eltern durch die von deutschen Gerichten angeordnete Fremdunterbringung ihrer Kinder in dem durch Art. 8 EMRK gewährleisteten Recht auf Achtung des Familienlebens verletzt seien.

Dabei hat der EuGHMR zu zwei unterschiedlichen Fragen Stellung genommen: Zum einen zu den Voraussetzungen für die Herausnahme eines Kindes aus seiner Herkunftsfamilie nach §§ 1666, 1666a BGB und den Fortbestand dieser Maßnahme (dazu unten 3), zum anderen zur Rechtsstellung des Vaters bei einem in Adoptionspflege gegebenen nichtehelichen Kind (dazu unten 4). Gemeinsam ist allen drei Verfahren die Problematik der Rückführung des Kindes in die Herkunftsfamilie: Zur Vermeidung einer Entfremdung des Kindes von seiner Herkunftsfamilie als Voraussetzung für die Aufrechterhaltung der Rückkehrproption sind Umgangskontakte zwischen Eltern und Kind erforderlich, die aber häufig das Pflegeeltern-Kind-Verhältnis erheblich belasten. Daran anknüpfend stellt sich die Frage, wann die Rückkehrproption zugunsten einer unge störten Integration des Kindes in die Pflegefamilie aufgegeben werden darf.

## 2 Verhältnis EMRK und nationales Recht

Die Europäische Menschenrechtskonvention wirkt sich innerstaatlich auf zwei Ebenen aus: Erstens ist bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts die EMRK und die Rechtsprechung des EuGHMR aufgrund des vom BVerfG postulierten Rechtsanwendungsvorrangs und des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit zu beachten;<sup>6</sup> zweitens ist das Grundgesetz menschenrechtskonform auszulegen und ist in dieser Auslegung – soweit einschlägig – ebenfalls Maßstab für das einfache Recht.<sup>7</sup>

In diesem Umfang sind die EMRK und die Rechtsprechung des EuGHMR von allen staatlichen Organen bei der Rechtsanwendung zu beachten (Art. 20 III GG).<sup>8</sup> Die Nichtbeachtung durch deutsche Gerichte und Behörden kann wegen Verletzung des Grundgesetzes (Verletzung eines Grundrechtes und des Rechtsstaatsprinzips) mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden.<sup>9</sup> Allerdings nimmt das BVerfG einen Verfassungsverstoß nur dann an, wenn der konventionsgemäßen Auslegung des nationalen Rechts kein Vorrang eingeräumt wurde, obwohl dies im Rahmen geltender methodischer Auslegungsstandards und Abwägungsspielräume möglich gewesen wäre und die konventionsgemäße Auslegung auch nicht gegen höherrangiges Recht

<sup>6</sup> BVerfGE 74, S. 358, 370: „Auch Gesetze [...] sind im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland auszulegen und anzuwenden, selbst wenn sie zeitlich später erlassen worden sind als ein geltender völkerrechtlicher Vertrag; denn es ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber, sofern er dies nicht klar bekundet hat, von völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland abweichen oder die Verletzung solcher Verpflichtungen ermöglichen will.“ Bestätigt durch BVerfG, FamRZ 2004, S. 1857, 1858 f. Dazu *Schumann, E.*, Die nichteheliche Familie, Reformvorschläge für das Familienrecht mit einer Darstellung der geschichtlichen Entwicklung und unter Berücksichtigung des Völker- und Verfassungsrechts, München 1998, S. 139 ff. mwN.; *Breuer*, in: NVwZ 2005, S. 412, 413; *Grupp/Stelkens*, in: DVBl 2005, S. 133, 134, 140.

<sup>7</sup> BVerfGE 74, S. 358, 370: „Bei der Auslegung des Grundgesetzes sind auch Inhalt und Entwicklungsstand der Europäischen Menschenrechtskonvention in Betracht zu ziehen, sofern dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt, eine Wirkung, die die Konvention indes selbst ausgeschlossen wissen will (Art. 60 EMRK). Deshalb dient insoweit auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes.“ Bestätigt durch BVerfG, FamRZ 2004, S. 1857, 1859. Dazu *Schumann* (Anm. 6), S. 138 f. mwN.

<sup>8</sup> BVerfG, FamRZ 2004, S. 1857, 1860 f. Dazu auch *Cremer*, in: EuGRZ 2004, S. 683, 684 ff., 692 ff. mwN.; *Esser*, in: StV 2005, S. 348, 352 f.; *Kadelbach*, in: Jura 2005, S. 480, 484.

<sup>9</sup> BVerfG, FamRZ 2004, S. 1857, 1861 ff. Dazu *Breuer*, in: NVwZ 2005, S. 412; *Esser*, in: StV 2005, S. 348, 349, 352 f.; *Meyer-Ladewig/Petzold*, in: NJW 2005, S. 15, 19 f.

durch Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes einer der am Verfahren beteiligten Parteien verstoßen hätte.<sup>10</sup>

Im Bereich des Kindschaftsrechts hat der EuGHMR in den letzten Jahren neben der regelmäßig vorliegenden Verletzung von Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens)<sup>11</sup> vor allem in Umgangsverfahren eine Verletzung von Art. 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren)<sup>12</sup> und bei nichtehelichen Eltern-Kind-Verhältnissen zusätzlich eine Verletzung von Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot)<sup>13</sup> bejaht. Die zunächst nahe liegende Vermutung, dass die EMRK in den entschiedenen Fällen einen über das Grundgesetz hinausgehenden Schutz gewährleistet, trifft jedoch bei einer genauen Analyse der neueren Urteile nicht zu, weil die Beschwerdeführer regelmäßig zugleich in ihren Grundrechten verletzt waren, wie im folgenden noch zu zeigen sein wird.<sup>14</sup>

### 3 Fremdunderbringung von Kindern nach Maßgabe der §§ 1666, 1666a BGB

#### 3.1 Vorgaben des Art. 8 EMRK nach der Rechtsprechung des EuGHMR

Die in den Verfahren Kutzner, Görgülü und Haase vom EuGHMR aus Art. 8 I EMRK entwickelten Vorgaben für die Inpfleggabe von Kindern lassen sich wie folgt zusammenfassen: (1) Jede staatliche Maßnahme muss primär das Ziel haben, Eltern und Kinder zu vereinen und bestehende Beziehungen zu fördern und zu festigen (positive Verpflichtung des Staates zur Zusammenführung der Familie); (2) eine Sorgerechtsentziehung darf nur als vorübergehende Maßnahme eingesetzt werden, die zu beenden ist, sobald die Umstände dies erlauben; (3) während einer Trennung von Eltern und Kindern müssen angemessene Kontakte eingeräumt werden, um

<sup>10</sup> BVerfG, FamRZ 2004, S. 1857, 1862 mit Anm. Rixe. Dazu Breuer, in: NVwZ 2005, S. 412, 413; kritisch Esser, in: StV 2005, S. 348, 350 f. Zur Auslegung des dt. Kindschaftsrechts unter Heranziehung der Rechtsprechung des EuGHMR vgl. etwa OLG Hamm, FamRZ 2004, S. 1310; S. 1664 f. Sofern eine Auslegung nicht möglich ist, kann ein Verstoß gegen die EMRK zur Verfassungswidrigkeit (bei menschenrechtskonformer Auslegung des GG) oder zur Konventionswidrigkeit des Gesetzes führen. Daher verfehlt AG Kamen, FamRZ 1995, S. 1077, 1079 f.; dazu Schumann (Anm. 6), S. 150 f.

<sup>11</sup> Art. 8 EMRK *Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz. Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.*

<sup>12</sup> Art. 6 I EMRK *Jede Person hat ein Recht darauf, daß über Streitigkeiten in bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen [...] von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.* Etwa EuGHMR (Els-holz/Deutschland), FamRZ 2001, S. 341–343.

<sup>13</sup> Art. 14 EMRK *Der Genuß der in der vorliegenden Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.* Die hierzu ergangenen Entscheidungen betrafen das Nichtehelichenrecht vor der Kindschaftsrechtsreform 1998, vgl. etwa EuGHMR (Sommerfeld/Deutschland), FamRZ 2002, S. 381–386; EuGHMR (Sommerfeld/Deutschland u. Sahin/Deutschland), FamRZ 2004, S. 337–346.

<sup>14</sup> Die Prüfung der geltend gemachten Grundrechtsverletzung scheiterte jedoch in zwei Fällen daran, dass die eingelegten Verfassungsbeschwerden durch das BVerfG nicht angenommen wurden, so im Fall Görgülü durch Nichtannahmebeschluss v. 31.7.2001 (1 BvR 1174/01) sowie im Fall Kutzner durch Nichtannahmebeschluss v. 26.5.1998 (1 BvR 892/98).

eine wachsende Entfremdung der Kinder von ihren Eltern zu verhindern.<sup>15</sup> Sämtliche Maßnahmen stehen jedoch unter dem **Vorbehalt des Kindeswohls**:

„Die innerstaatlichen Behörden haben nach Artikel 8 einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen des Kindes und denen der Eltern herbeizuführen und dabei dem Wohl des Kindes, das je nach Art und Bedeutung den Interessen der Eltern vorgehen kann, besonderes Gewicht beizumessen. Insbesondere kann ein Elternteil nach Artikel 8 der Konvention nicht beanspruchen, dass Maßnahmen getroffen werden, die der Gesundheit oder der Entwicklung des Kindes schaden würden.“<sup>16</sup>

### 3.2 Art. 6 GG und deutsches Kindschaftsrecht

Bei der Frage einer Trennung von Eltern und Kind kommt Art. 6 I GG (Familie) keine eigenständige Bedeutung zu, vielmehr wird der Schutz der Eltern-Kind-Beziehung durch den spezielleren Art. 6 II GG gewährleistet, der den Vorrang der Elternverantwortung gegenüber dem Staat garantiert.<sup>17</sup> In Ergänzung dazu sichert Art. 6 III GG für die Trennung von Eltern und Kind die Elternverantwortung zusätzlich gegenüber dem Staat ab, indem Eingriffen im Rahmen des staatlichen Wächteramtes nach Art. 6 II 2 GG enge Grenzen gesetzt werden.<sup>18</sup>

Die Schutzrichtung von Art. 6 II–III GG zielt dabei – ebenso wie diejenige von Art. 8 I EMRK – auf die Förderung und den Erhalt der Eltern-Kind-Gemeinschaft ab. Eingriffe in diesen Garantiebereich sind zum Wohle des Kindes nur bei Missbrauch oder Nichterfüllung der Elternverantwortung zulässig,<sup>19</sup> wobei der stärkste Eingriff, die Trennung von Eltern und Kind (einschließlich der Aufrechterhaltung dieses Zustandes),<sup>20</sup> unter qualifiziertem Gesetzesvorbehalt steht.<sup>21</sup> Die staatlichen Eingriffsbefugnisse sind somit von vornherein sehr eng gefasst; zudem unterliegen sämtliche Maßnahmen dem Gebot der Verhältnismäßigkeit:

„Art und Ausmaß des Eingriffs bestimmen sich nach dem Ausmaß des Versagens der Eltern und danach, was im Interesse des Kindes geboten ist. Der Staat muß daher nach Möglichkeit zunächst versuchen, durch helfende, unterstützende, auf Herstellung oder Wiederherstellung eines verantwortungsgerechten Verhaltens der natürlichen Eltern gerichtete Maßnahmen sein Ziel zu erreichen.“<sup>22</sup>

Ausprägung finden diese Grundsätze im einfachen Recht in §§ 1666, 1666a BGB, die im Falle einer Gefährdung des Kindeswohls (§ 1666 I BGB) eine Trennung des Kindes von den Eltern nur dann erlauben, wenn der Gefahr nicht auf andere Weise, auch nicht durch öffentliche Hilfen, begegnet werden kann (§ 1666a I 1 BGB).<sup>23</sup> Nur solange die nicht anders abwendbare Kindes-

<sup>15</sup> EuGHMR, FamRZ 2002, S. 1393, 1395 ff.; EuGHMR, EuGRZ 2004, S. 700, 704; EuGHMR, NJW 2004, S. 3401, 3403 f. Eine Verletzung von Art. 8 I EMRK besteht insbesondere auch dann, wenn die Trennung des Kindes von seiner Herkunftsfamilie durch Untätigkeit des Staates, insb. durch das Unterlassen von Bemühungen um eine Rückkehr des Kindes in seine Herkunftsfamilie, fortgeschrieben wird.

<sup>16</sup> EuGHMR, EuGRZ 2004, S. 700, 703. Ähnlich EuGHMR, FamRZ 2002, S. 1393, 1396; EuGHMR, NJW 2004, S. 3401, 3404.

<sup>17</sup> BVerfGE 24, S. 119, 138 f. Dazu *Wiesner, R.*, Das Wächteramt des Staates und die Garantienstellung der Sozialarbeiterin/des Sozialarbeiters zur Abwehr von Gefahren für das Kindeswohl, in: *ZfJ* 2004, S. 161, 163.

<sup>18</sup> *Gröschner, R.*, in: Dreier, H. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 6, Rn. 120, 123 f.

<sup>19</sup> BVerfG, FPR 2002, S. 530 f.

<sup>20</sup> BVerfG, FamRZ 1985, S. 39, 41.

<sup>21</sup> *Gröschner, R.*, in: Dreier, H. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 6, Rn. 119, 123; *Robbers, G.*, in: Starck, C. (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, München 1999, Art. 6 Abs. 2, Rn. 246, 255, 272; *Badura, P.*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Bd. II (Stand: 2005), Art. 6 Abs. 2, 3, Rn. 141.

<sup>22</sup> BVerfGE 24, S. 119, 145.

<sup>23</sup> BVerfG, NJW 1982, S. 1379, 1380 f.

wohlgefährdung besteht, ist auch die Aufrechterhaltung der Trennung gesetzlich gerechtfertigt. Von dieser Regel abweichend darf jedoch bei einem Kind, das längere Zeit in Familienpflege lebte, ein Verbleib bei den Pflegeeltern angeordnet werden, wenn und solange das Kindeswohl durch eine Trennung von den Pflegeeltern gefährdet ist (§ 1632 IV BGB).<sup>24</sup> Ein Verbleib des Kindes bei den Pflegeeltern kommt somit nach Wegfall der Voraussetzungen der §§ 1666, 1666a BGB insbesondere dann nicht Betracht, wenn die Familienpflege von kurzer Dauer war oder wenn trotz längerer Familienpflege die Trennung von den Pflegeeltern keine Gefährdung des Kindeswohls darstellt, selbst wenn die Pflegeeltern wesentlich besser als die leiblichen Eltern zur Erziehung des Kindes geeignet sind.<sup>25</sup>

Zur Verwirklichung dieser Zielsetzung haben die Jugendämter dafür Sorge zu tragen, dass eine Rückführung nach Wegfall der Kindeswohlgefährdung nicht an einer völligen Entfremdung des Kindes von seinen Eltern scheitert,<sup>26</sup> und haben daher nach § 37 I 3 SGB VIII darauf hinzuwirken, dass die Beziehung des Kindes zur Herkunftsfamilie gefördert wird (Vorrang der Rückkehrproption).<sup>27</sup> Zu diesen Maßnahmen gehört insbesondere auch die Unterstützung regelmäßiger Besuchskontakte zwischen Eltern und Kind.

Angesichts dessen geht die Rechtsprechung des EuGHMR nicht über das nationale Recht hinaus, sondern unterstreicht nur den Charakter des Pflegeverhältnisses als vorübergehende Übergangshilfe<sup>28</sup> und verdeutlicht, dass Jugendämter und Gerichte grundsätzlich verpflichtet sind, eine Verfestigung des Pflegeverhältnisses und die Entfremdung von der Herkunftsfamilie zu vermeiden und somit sämtliche Maßnahmen – sofern das Kindeswohl nicht gefährdet ist – unter den Gesichtspunkt der Familienzusammenführung zu stellen.<sup>29</sup>

### 3.3 Pflegekinderwesen in Deutschland

Bereits ein Blick in die letzten beiden Jahrbücher des Pflegekinderwesens der Stiftung „Zum Wohl des Pflegekindes“ verdeutlicht, dass die Praxis von dem gesetzlich vorgesehenen Vorrang der Verantwortung der leiblichen Eltern und der damit verbundenen Rückkehrproption weit entfernt ist und stattdessen entgegen den gesetzlichen Vorgaben zu einer Integration des Kindes in

<sup>24</sup> *Münch-KommBGB/Huber*, 4. Aufl. 2002, § 1632, Rn. 53, 57 mwN.

<sup>25</sup> Eine Verbleibensanordnung nach § 1632 IV BGB darf nur erfolgen, „wenn eine schwere und nachhaltige Schädigung des körperlichen und seelischen Wohlbefindens des Kindes bei seiner Herausgabe an die Eltern zu erwarten ist“ (BVerfG, FamRZ 1985, S. 39). So auch *Münch-KommBGB/Huber*, 4. Aufl. 2002, § 1632, Rn. 44–46. Vgl. weiter OLG Koblenz, FamRZ 2005, S. 1923.

<sup>26</sup> BVerfG, FamRZ 2004, S. 771, 772: „Mit Blick auf Art. 6 II S. 1 GG sollen Pflegeverhältnisse nicht so verfestigt werden, dass die Eltern [...] mit der Weggabe in nahezu jedem Fall den dauernden Verbleib des Kindes in der Pflegefamilie befürchten müssen.“ So auch schon BVerfG, FamRZ 1985, S. 39, 42; BVerfG, FamRZ 1987, S. 786, 789. Bedenklich daher OLG Frankfurt a.M., FamRZ 2004, S. 720 f.; OLG Stuttgart, FamRZ 2005, S. 1273 f.

<sup>27</sup> Darüber hinaus besteht nach § 37 I 2 SGB VIII die Pflicht, durch Beratung und Unterstützung die Erziehungsbedingungen in der Herkunftsfamilie innerhalb eines im Hinblick auf die Entwicklung des Kindes vertretbaren Zeitraums so weit zu bessern, dass die Eltern das Kind wieder selbst erziehen können. Zum Vorrang der Rückkehrproption vgl. *Fasselt, U.*, in: Kunkel, P.-C. (Hrsg.), *Kinder- und Jugendhilfe, Lehr- und Praxiskommentar SGB VIII*, 2. Aufl. 2003, § 37, Rn. 4 ff. A.A. aber *Münder, J.*, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII: Kinder- und Jugendhilfe, Stand: 2003, § 37, Rn. 5. Vgl. weiter *Kindler, H./Lillig, S./Küfner, M.*, Rückführung von Pflegekindern nach Misshandlung bzw. Vernachlässigung in der Vorgeschichte: Forschungsübersicht zu Entscheidungskriterien, in: *JAmT* 2006, S. 9–17.

<sup>28</sup> Immerhin dauern 33 % der Pflegeverhältnisse weniger als ein Jahr und weitere 30 % bestehen nur ein bis drei Jahre, so *Blandow, J.*, Hilfen außerhalb der Familie – Problembereiche des Pflegekinderwesens, in: *FPR* 2004, S. 454, 457 unter Berufung auf die amtliche Jugendhilfestatistik. Vgl. weiter *Jordan, E.*, Abbrüche von Pflegeverhältnissen, in: *FPR* 2004, S. 468 ff., insb. S. 468 („30 bis 40 % der Pflegekinder kehren in die Herkunftsfamilie zurück. Und bei etwa 20 bis 40 % kommt es zu anderen Beendigungen.“).

<sup>29</sup> Auch *Brückner, C.*, Die Überprüfung von Sorgerechtsentziehungen durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: *FuR* 2002, S. 385, 389 f. hält §§ 1666, 1666a BGB als Ausdruck des elterlichen Erziehungsvorrangs (Art. 6 II 1 GG) für konventionsgemäß.

die Pflegefamilie tendiert.<sup>30</sup> Auch kinderpsychologische Gutachten, die der richterlichen Entscheidung über eine Rückführung des Kindes in die Herkunftsfamilie oder – alternativ – über den Verbleib des Kindes in der Pflegefamilie zugrunde zu legen sind, sind offenbar nicht frei von dieser Tendenz. Dies ergibt sich bereits aus den Ausgangshypothesen des Psychologen Rainer Balloff für die Erstellung eines solchen Gutachtens: „1. Die Herausgabe des Kindes aus der Pflegefamilie stellt das geringere Risiko für das Kind dar. 2. Das Verbleiben des Kindes in der Pflegefamilie stellt das geringere Risiko dar.“<sup>31</sup> Auf diesem Ansatz beruht auch die weitere Schlussfolgerung, dass die Entscheidung bereits dann zugunsten der Pflegefamilie ausfallen sollte, wenn das Kind tragfähige Beziehungen zu den Pflegeeltern entwickelt hat, wie Balloff – mit Kritik am geltenden Recht – darlegt:

„Besonders kindeswohlriskant wird beispielsweise ein Rückführungsbemühen der leiblichen Eltern, wenn die juristische Vorrangstellung des Elternrechts im familiengerichtlichen Verfahren zu der (juristischen) Annahme führt, dass beispielsweise das (leibliche) Elternrecht höherwertig ist als das (nur faktische) Recht der Pflegeeltern, das Kind zu betreuen und zu pflegen. Sind beispielsweise die Pflegeeltern erziehungskompetent, hat das Kind tragfähige Beziehungen, möglicherweise sogar sichere Bindungen zu den Pflegeeltern entwickelt und will es bei den Pflegeeltern bleiben, sollte unter Berücksichtigung der üblichen Kindeswohlkriterien eine Verbleibensanordnung getroffen werden.“<sup>32</sup>

Ein nach diesen Kriterien erstelltes familienrechtspsychologisches Gutachten wird häufig zugunsten der Pflegefamilie und zulasten der Herkunftsfamilie ausfallen, denn überwiegend kommen die Kinder aus einem stark belasteten Elternhaus (psychisch- oder suchtkranke Eltern, „chaotisch vernetzte“ Familienverhältnisse, gewaltvolle Auseinandersetzungen in der Familie usw.),<sup>33</sup> während „es sich bei der gegenwärtigen Pflegeeltern-Population um eine Gruppe von Menschen“ handelt, „denen es finanziell eher gut geht“, die zu 70 % Wohnungseigentum besitzen und zu einem großen Teil einen qualifizierten Ausbildungsberuf erlernt haben.<sup>34</sup> Vor diesem Hintergrund beschreibt der Sozialpädagoge Jürgen Blandow die tatsächliche Situation zwischen Pflegekindern, Pflegeeltern und leiblichen Eltern folgendermaßen:

„Generalisierend kann man sagen, dass es sich bei Pflegepersonen um Menschen mit einer besonderen ‚Geneigtheit‘ für Kinder und für ein traditionelles Familienleben handelt; Eigen-

<sup>30</sup> So heißt es beispielsweise in dem Beitrag von *Marquardt, C./Wilhelm, R./Siefert, S.*, Pflegekinder in familiengerichtlichen Verfahren aus anwaltlicher Sicht, in: Stiftung zum Wohl des Pflegekinds (Hrsg.), 2. Jahrbuch des Pflegekinderwesens, Pflegekinder in Deutschland – Bestandsaufnahme und Ausblick zur Jahrtausendwende, 2. Aufl. 2005, S. 76, 83: „Nicht wenige Jugendämter vertreten die Meinung, dass ein Pflegekind seine Pflegefamilie wieder verlassen muss, wenn die Gründe für die ursprüngliche Herausnahme entfallen sind. Dies beruht auf einem Missverständnis des – sprachlich völlig missglückten – § 37 KJHG. Fakt ist: Pflegeeltern haben auch nach dem neuen Recht gute Chancen, den Prozess um Verbleib oder Herausgabe des Kindes zu gewinnen, wenn das Kind in seiner Pflegefamilie feste Bindungen eingegangen ist.“

<sup>31</sup> *Balloff, R.*, Rückführung des Kindes in die Herkunftsfamilie oder Verbleibensanordnung nach § 1632 IV BGB aus familienrechtspsychologischer Sicht?, in: FPR 2004, S. 431, 436. So auch *Hassenstein, H./Hassenstein B.*, Eltern-Kind-Beziehung in der Sicht der Verhaltensbiologie – Folgerungen für Pflegeeltern und Pflegekinder, in: Stiftung zum Wohl des Pflegekinds (Hrsg.), 3. Jahrbuch des Pflegekinderwesens, Kontakte zwischen Pflegekind und Herkunftsfamilie, 2005, S. 51, 65: „In Zuordnungsfragen von Pflegekindern dürfen keine Anliegen von beteiligten Erwachsenen entscheidend sein, sondern das Verwirklichen der **für das Kind am wenigsten schädlichen Alternative**.“

<sup>32</sup> *Balloff*, in: FPR 2004, S. 431, 436 f. Vgl. weiter *Salgo, L.*, In welchen Fällen darf der Staat die verweigerte elterliche Einwilligung in die Adoption des Kindes durch Richterakt ersetzen?, in: KritV 2000, S. 344, 358: „Werden Trennungen dennoch unvermeidbar, so ist die Sicherung der Dauerhaftigkeit der Lebensumstände und damit die Beständigkeit der Eltern-Kind-Beziehung oberstes Ziel – und dies gilt gleichermaßen in der Herkunfts- wie in der Pflegefamilie [...]“

<sup>33</sup> *Blandow*, in: FPR 2004, S. 454, 455.

<sup>34</sup> *Blandow*, in: FPR 2004, S. 454, 456.

schaften, die Kindern mit zersplitterten und oft traumatischen Erfahrungen guttun. Die oft im Hintergrund stehende Kinderlosigkeit und der ursprüngliche Adoptionswunsch verweisen allerdings auch darauf, dass es vielen Pflegeeltern nicht recht sein kann, wenn sich die leiblichen Eltern ‚einnischen‘.<sup>35</sup>

Sämtliche hier angeführten Stellungnahmen verkennen jedoch schon im Ausgangspunkt, dass es bei der Inpfleggabe eines Kindes nicht wie beim Elternkonflikt nach § 1671 II Nr. 2 BGB darauf ankommt, wer für die Erziehung des Kindes besser geeignet ist, sondern nach geltendem Recht allein maßgeblich ist, ob die Trennung des Kindes von der Herkunftsfamilie aufgrund einer Gefährdung des Kindeswohls gemäß §§ 1666, 1666a BGB erforderlich ist. Die davon abweichenden Zielsetzungen der im deutschen Pflegekinderwesen tätigen und für die Erstellung familienpsychologischer Gutachten zuständigen Personengruppen lassen bereits vermuten, dass die Schwierigkeiten in erster Linie in der Umsetzung des konventionsgemäßen deutschen Rechts liegen.

### 3.4 Fall Kutzner<sup>36</sup>

Die Familie Kutzner lebte zusammen mit zwei Töchtern, den Großeltern väterlicherseits und einem Bruder des Vaters auf einem Bauernhof. Da die Eltern selbst eine Sonderschule für Lernbehinderte besucht hatten, ließen sie – auf eigene Initiative – ihre Kinder seit frühester Kindheit pädagogisch durch das Jugendamt betreuen. Nachdem es zu Konflikten zwischen den Eltern und der Sozialarbeiterin, die die Kinder im Rahmen der sozialpädagogischen Familienhilfe betreut hatte, gekommen war, beantragte das Jugendamt beim zuständigen Vormundschaftsgericht die Entziehung des Sorgerechts für beide Kinder.<sup>37</sup>

Das Vormundschaftsgericht entzog nach Einholung eines psychologischen Sachverständigengutachtens den Eltern die Sorge für ihre 6 und 4 Jahre alten Töchter mit der Begründung, dass „die Eltern intellektuell nicht in der Lage [seien], ihre Kinder ordnungsgemäß zu erziehen“.<sup>38</sup> Die Töchter wurden daraufhin in verschiedene Pflegefamilien gegeben. Die Beschwerde der Eltern beim LG Osnabrück hatte keinen Erfolg, obwohl sich sowohl die Hausärzte der Familie als auch ein von den Eltern beauftragter psychologischer Sachverständiger des Deutschen

<sup>35</sup> Blandow, in: FPR 2004, S. 454, 456 mit Hinweis darauf, dass 50 % der Pflegeeltern als wichtigsten Grund für die Aufnahme eines Pflegekindes die eigene Kinderlosigkeit angeben und 33 % ursprünglich ein Kind adoptieren wollten.

<sup>36</sup> Vergleichbar auch der Fall Haase: In diesem Fall war den Eltern die Sorge für insgesamt sieben Kinder entzogen worden, wobei das jüngste Kind wenige Tage nach der Geburt von der Entbindungsstation mitgenommen wurde. Als Begründung für den Sorgerechtsentzug wurden Verhaltensauffälligkeiten und Entwicklungsstörungen bei den älteren Kindern und die damit verbundenen Gefahren für alle Kinder (auch das Neugeborene) geltend gemacht. Ob in diesem Fall bereits die Schwelle einer den Sorgerechtsentzug rechtfertigenden Kindeswohlgefährdung vorlag, ist nach dem Sachverhalt zumindest zweifelhaft. Das BVerfG (FPR 2002, S. 530–533), das im Jahre 2002 die Entscheidungen des zuständigen Amtsgerichts und Oberlandesgerichts wegen Verletzung des Art. 6 II, III GG und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit aufgehoben hat, hat in dieser Frage noch Klärungsbedarf gesehen, im Übrigen aber seine Entscheidung damit begründet, dass den Eltern die Sorge ohne vorherige Anhörung entzogen und ihnen nicht einmal begleiteter Umgang mit ihren Kindern eingeräumt worden war. Darüber hinaus hatte das BVerfG beanstandet, dass sich das Gericht – ohne weitere Nachforschungen – auf ein vom Jugendamt eingeholtes familienpsychologisches Gutachten gestützt hatte, das den Eltern fehlende Kooperationsbereitschaft bescheinigte und auf der Grundlage von vier Hausbesuchen erstellt worden war. Nach Zurückverweisung an das AG Münster hielt dieses die Entscheidungen (Sorgerechtsentzug, Umgangsausschluss) aufrecht. Gegen diese Entscheidungen erhoben die Eltern Individualbeschwerde zum EuGHMR, der eine Verletzung von Art. 8 I EMRK bejahte. Dazu EuGHMR, NJW 2004, S. 3401 ff. = EuGRZ 2004, S. 715 ff. = FamRZ 2005, S. 585 ff. mit Anm. Rixe.

<sup>37</sup> EuGHMR, FamRZ 2002, S. 1393.

<sup>38</sup> Zit. nach EuGHMR, FamRZ 2002, S. 1393.

Kinderschutzbundes für eine Rückkehr der Kinder in die Familie und für ergänzende Fördermaßnahmen durch die Sozialdienste aussprachen.<sup>39</sup>

Auch das OLG Oldenburg wies die Beschwerde mit der Begründung ab, dass die Eltern nicht ausreichend in der Lage seien, „die Persönlichkeitsentwicklung ihrer Kinder im Hinblick auf eine im Normbereich liegende leibliche, seelische und gesellschaftliche Tüchtigkeit anzuregen und voranzubringen“.<sup>40</sup> Das BVerfG nahm die eingelegte Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an.<sup>41</sup> Nach diesem erfolglosen Marsch durch die Instanzen reichten die Eltern Menschenrechtsbeschwerde beim EuGHMR ein, machten geltend, dass sie durch die Trennung von ihren Töchtern in Art. 8 EMRK verletzt seien, und legten zwei weitere privat in Auftrag gegebene Gutachten vor, die zu dem Ergebnis kamen, dass die Eltern sowohl in emotionaler als auch in intellektueller Hinsicht in der Lage seien, ihre Kinder zu erziehen.<sup>42</sup>

Zwischen dem Entzug der Sorge und der Entscheidung des EuGHMR waren die beiden Töchter fünf Jahre lang getrennt voneinander in Pflegefamilien untergebracht. In dieser Zeit hatten die Eltern zunächst ein dreiviertel Jahr ihre Kinder überhaupt nicht gesehen. Danach wurde ihnen ein Umgangsrecht von einer Stunde pro Monat eingeräumt, wobei bei Wahrnehmung dieses Umgangs entgegen der gerichtlichen Anordnung acht Personen verschiedener Sozialdienste anwesend waren. Zwei Jahre nach Entzug der elterlichen Sorge hatten die Eltern die Gewährung eines zweistündigen Umgangs zu Weihnachten beantragt; der Antrag wurde zurückgewiesen. Erst nach vier Jahren Familienpflege wurde den Eltern gestattet, ihre Töchter zwei Stunden im Monat zu sehen und jeden zweiten Monat die Großeltern an diesen Treffen teilnehmen zu lassen.<sup>43</sup>

Die vom EuGHMR aufgrund der Trennung von Eltern und Kindern und der unzureichenden Umgangsregelung festgestellte Verletzung des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens (Art. 8 I EMRK) gründet sich jedoch nicht auf einen über das nationale Recht hinausgehenden Schutz durch die EMRK: Nach dem Sachverhalt lagen zum Zeitpunkt der Trennung weder die Voraussetzungen der §§ 1666 I, 1666a I 1 BGB vor noch war der zeitweise Ausschluss bzw. der später auf wenige Stunden monatlich begrenzte Umgang gesetzlich (§ 1684 IV 3 BGB) gerechtfertigt.<sup>44</sup> Selbst wenn das Bildungsniveau des Ehepaars Kutzner eine vom „Normbereich“ nach unten abweichende Entwicklung der Persönlichkeit der Kinder bedingt haben sollte, so liegt allein darin noch keine die Trennung rechtfertigende Kindeswohlgefährdung, d.h. eine nicht anders abwendbare Gefahr einer nachhaltigen und schwerwiegenden Schädigung des geistigen und seelischen Wohls der Kinder.<sup>45</sup>

<sup>39</sup> EuGHMR, FamRZ 2002, S. 1393, 1394.

<sup>40</sup> OLG Oldenburg, FamRZ 1999, S. 38.

<sup>41</sup> BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 26.5.1998 - 1 BvR 892/98.

<sup>42</sup> EuGHMR, FamRZ 2002, S. 1393, 1394. Zur Verletzung von Art. 8 EMRK vgl. auch *Brückner*, in: FuR 2002, S. 385, 387 ff.

<sup>43</sup> EuGHMR, FamRZ 2002, S. 1393, 1394. Auch die Teilnahme an der Einschulung der ältesten Tochter mussten die Eltern – nachdem das Jugendamt diesen Wunsch abgelehnt hatte – vor dem Vormundschaftsgericht durchsetzen.

<sup>44</sup> Zum regelmäßigen Umgang der Eltern während der Trennung auch BGH, FamRZ 2005, S. 975, 976 f.

<sup>45</sup> Das BVerfG (NJW 1982, S. 1379, 1381) hat bereits vor fast 25 Jahren entschieden, dass selbst eine geistige Behinderung der Eltern keine Trennung des Kindes von den Eltern rechtfertige, auch wenn das Kind dadurch in seiner Entwicklung benachteiligt werde: „Zwar stellt das Kindeswohl in der Beziehung zum Kind die oberste Richtschnur der elterlichen Pflege und Erziehung dar. Das bedeutet aber nicht, dass es zur Ausübung des Wächteramtes des Staates nach Art. 6 II 2 GG gehörte, gegen den Willen der Eltern für eine den Fähigkeiten des Kindes bestmögliche Förderung zu sorgen. [...] Die Trennung eines Kleinkindes von seinen Eltern mit der Begründung, sie garantieren nicht die ‚sich in wandelnden Normsystemen und schulischen wie beruflichen Anforderungen bewegende Sozialisation‘ des Kindes, ist danach mit dem Grundgesetz nicht vereinbar.“ Vgl. weiter *MünchKommBGB/Olzen*, 4. Aufl. 2002, § 1666, Rn. 49 ff., 105 ff. (mit Beispielen für eine Kindeswohlgefährdung bei unverschuldetem Versagen der Eltern).

Der Fall Kutzner steht somit nicht für ein Auseinanderfallen der Gewährleistungen des nationalen Rechts und der EMRK, sondern belegt nur, dass Jugendämter ihren gesetzlich vorgesehenen Aufgaben und der damit verbundenen Verantwortung nicht immer gerecht werden<sup>46</sup> und auch die Kontrolle durch die Gerichte in Einzelfällen versagt.

#### 4 Inpflegegabe nichtehelicher Kinder

Rund 16 % aller Pflegekinder sind nichteheliche Kinder, die unmittelbar nach der Geburt in eine Pflegefamilie gegeben werden.<sup>47</sup> Die Inpflegegabe kann auch hier auf eine nicht anders abwendbare Kindeswohlgefährdung nach §§ 1666, 1666a BGB gegründet sein, denkbar ist aber auch, dass die Mutter – wie im Fall Görgülü – das Kind in Adoptionspflege gibt.

Diese Fallgruppe zeichnet sich dadurch aus, dass die Trennung von Vater und Kind in der Regel nicht auf einer Kindeswohlgefährdung beruht, d.h. die Voraussetzungen der §§ 1666, 1666a BGB im Verhältnis zum Vater nicht vorliegen.<sup>48</sup> Es läge daher nahe, zunächst den Vater des Kindes zu fragen, ob er seiner Elternverantwortung nachkommen möchte. Selbst bei Bereitschaft und Eignung des Vaters zur Übernahme der elterlichen Verantwortung ist jedoch die Übertragung der Sorge nach der derzeitigen Rechtslage im Regelfall weder einfach noch zeitnah möglich. Auch im Verfahren Görgülü hat die nach wie vor bestehende Ungleichbehandlung nichtehelicher Kinder und ihrer Väter eine entscheidende Rolle gespielt.<sup>49</sup>

##### 4.1 Vorgaben des Art. 8 EMRK (iVm Art. 14 EMRK) nach der Rechtsprechung des EuGHMR

Der EuGHMR geht von einem über Art. 6 I GG hinausgehenden Familienbegriff aus: Während das BVerfG unter Familie „die aus Eltern und Kindern bestehende Gemeinschaft“ versteht und dazu neben der ehelichen Familie auch Stief-, Adoptiv- und Pflegefamilien<sup>50</sup> sowie mit gewissen Einschränkungen nichteheliche Eltern-Kind-Verhältnisse<sup>51</sup> rechnet, genügt dem EuGHMR – unter Heranziehung des Art. 14 EMRK<sup>52</sup> – allein das biologische Band für die Annahme einer unter dem Schutz des Art. 8 I EMRK stehenden Familie:

„Der Begriff ‚Familie‘ i.S. des Art. 8 EMRK ist nicht allein auf solche Beziehungen beschränkt, die auf einer Eheschließung beruhen. Der Grundrechtsschutz kann vielmehr auch andere faktische Beziehungen umfassen, bei denen die Parteien zusammenleben, ohne verheiratet zu sein. Ein Kind, das einer solchen Verbindung entstammt, ist ipso iure vom Moment seiner

<sup>46</sup> Dazu auch *Blandow*, in: FPR 2004, S. 454, 457: „Ob Besuche durchgeführt wurden, war aber auch von der Haltung der Jugendämter und ihrer Unterstützung abhängig. [...] Weit verbreitete Parteilichkeits-Postulate und ‚Rettingphantasien‘ helfen nicht weiter.“

<sup>47</sup> *Blandow*, in: FPR 2004, S. 454, 455 unter Bezugnahme auf die Daten der amtlichen Jugendhilfestatistik.

<sup>48</sup> Daher ist es auch nicht angezeigt, im Zusammenhang mit dem Verfahren Görgülü und der Entscheidung des EuGHMR Missbrauchsszenarien in der Herkunftsfamilie („Vernachlässigung und Unterversorgung des Säuglings, der Todesängste auszustehen hat“ usw.) anzuführen, wie es etwa bei *Hoffmann*, in: ZfJ 2005, S. 44, 52 geschieht.

<sup>49</sup> Vgl. auch den ähnlich gelagerten Fall des BayOLG, FamRZ 2002, S. 1142 ff.

<sup>50</sup> BVerfGE 18, S. 97, 105 f.; 80, S. 81, 90.

<sup>51</sup> Unter dem Schutz des Art. 6 I GG steht die Mutter und ihr nichteheliches Kind sowie der Vater und sein nichteheliches Kind (BVerfGE 45, S. 104, 123); hingegen hat das BVerfG bis heute nicht die Hausgemeinschaft unverheirateter Eltern mit gemeinsamem Kind als **eine** Familie i.S.d. Art. 6 I GG anerkannt. Kritisch zur sog. Zwei-Familien-Theorie *Schumann* (Anm. 6), S. 169 ff. mwN. Darüber hinaus verlangt das BVerfG (FamRZ 2004, S. 1705) – im Gegensatz zum EuGHMR – für die Anerkennung als Familie i.S.d. Art. 6 I GG das Vorliegen einer sozial-familiären Beziehung zwischen Eltern und Kind.

<sup>52</sup> Bereits in der Entscheidung Marckx/Belgien aus dem Jahre 1979 hatte sich der EuGHMR auf Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) gestützt, um zu begründen, dass die Mitglieder einer nichtehelichen Familie die Garantien des Art. 8 EMRK genauso wie die Mitglieder einer traditionellen Familie genießen (EuGHMR, EuGRZ 1979, S. 454, 457 f.).

Geburt Teil dieser Familie, selbst wenn die Eltern zu diesem Zeitpunkt gar nicht mehr zusammenleben oder ihre Beziehung bereits beendet ist.“<sup>53</sup>

Da im Fall Görgülü der Vater mit der Mutter vor der Geburt des Kindes rund zwei Jahre zusammengelebt und eine Heirat geplant hatte, bildete er – trotz Trennung des Paares während der Schwangerschaft – zusammen mit dem Kind von Geburt an eine unter den Schutz des Art. 8 I EMRK fallende Familie.

Darüber hinaus leitet der EuGHMR aus Art. 8 I EMRK unter Heranziehung der UN-Kinderrechtskonvention positive Verpflichtungen der Vertragsstaaten ab:

„Der Gerichtshof erinnert daran, daß Art. 8 EMRK im Wesentlichen darauf ausgerichtet ist, den einzelnen gegen willkürliche Eingriffe staatlicher Behörden zu schützen. Gleichwohl können aber auch positive Verpflichtungen hinzukommen, die in einer effektiven ‚Achtung‘ des Familienlebens angelegt sind. [...] Nach den Grundsätzen, die der Gerichtshof in seiner bisherigen Rspr. entwickelt hat, muß der Staat in den Fällen, in denen eine familiäre Beziehung zu einem Kind begründet worden ist, auch so handeln, daß eine Weiterentwicklung dieser Beziehung erfolgen kann; zudem muß die Eingliederung des Kindes in seine Familie vom Augenblick der Geburt an möglich gemacht und rechtlich abgesichert werden. [...] In diesem Zusammenhang muß auch der Grundsatz berücksichtigt werden, der in Art. 7 der UN-Kinderrechte-Konvention v. 20. 11. 1989 [FamRZ 1992, 253] niedergelegt ist, nämlich daß ein Kind so weit wie möglich das Recht hat, von seinen Eltern versorgt zu werden. Es erscheint außerdem angezeigt, daran zu erinnern, daß das wechselseitige Erlebnis des Zusammenseins von Eltern und Kind ein grundlegendes Element des Familienlebens darstellt, selbst wenn die Beziehung zwischen den Eltern zerbrochen ist.“<sup>54</sup>

Nach der Rechtsprechung des EuGHMR steht den Vertragsstaaten und den mitgliedstaatlichen Gerichten bei Umsetzung der positiven Pflichten zur Achtung des Familienlebens zwar ein **weiter Ermessensspielraum** zu, jedoch nur im Rahmen der vom EuGHMR entwickelten Grundsätze, zu denen u. a. die Förderung der Integration des Kindes in seine Familie gehört (s.o. 3.1).<sup>55</sup>

#### 4.2 Art. 6 GG und deutsches Kindschaftsrecht

Es wurde schon darauf hingewiesen, dass der Anwendungsbereich des Art. 6 I GG (Familie) mit dem Anwendungsbereich des Art. 8 I EMRK nicht identisch ist, insbesondere im Fall Görgülü der Vater mit seinem Kind – mangels sozial-familiärer Beziehung – keine in den Schutzbereich des Art. 6 I GG fallende Familie bildet.<sup>56</sup> Für die Auslegung der einschlägigen Normen des einfachen Rechts ist aber ohnehin die Elternverantwortung aus Art. 6 II GG von größerer Bedeutung, wobei sich zunächst die Frage stellt, ob der Vater bereits vor Feststehen der rechtlichen Vaterschaft Träger des Grundrechts aus Art. 6 II 1 GG ist.

<sup>53</sup> EuGHMR (Keegen/Irland), FamRZ 1995, S. 110 (Leitsatz 1).

<sup>54</sup> EuGHMR, FamRZ 1995, S. 110, 111. Zur Auslegung und Konkretisierung von Art. 8, 14 EMRK zieht der EuGHMR insb. Art. 2 I, 7 I, 9 III, 19 I UN-Kinderrechtskonvention vom 20.11.1989 heran. Dazu *Fahrenhorst, I.*, Die Rechtsstellung des Vaters bei Inkognito-Adoption seines nichtehelichen Kindes unter dem Blickwinkel der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), in: *FuR* 1995, S. 107, 108; *Schumann* (Anm. 6), S. 158 ff., 166.

<sup>55</sup> EuGHMR, FamRZ 1995, S. 110, 111. Vgl. auch *Buschle*, in: *VBIBW* 2005, S. 293.

<sup>56</sup> So BVerfG, FamRZ 2004, S. 1705: „Eine durch Art. 6 I 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.“ Vgl. weiter BVerfG, FamRZ 2003, S. 816, 820, 822 ff.

Erst vor gut zehn Jahren erkannte das BVerfG an, dass das in Art. 6 II 1 GG niedergelegte Elternrecht beiden Eltern eines Kindes uneingeschränkt zustehe und die „Verbindung der Eltern durch die Ehe [...] weder nach dem Wortlaut noch nach dem Sinn der Gewährleistung Voraussetzung für die Grundrechtsträgerschaft“ sei; Väter nichtehelicher Kinder sollten allerdings nur dann in den Schutzbereich des Art. 6 II GG einbezogen sein, wenn sie nach den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften als Väter feststünden.<sup>57</sup> Noch einen Schritt weiter ging das BVerfG im Jahre 2003 mit der Anerkennung, dass Art. 6 II 1 GG den leiblichen, jedoch rechtlich noch nicht festgestellten Vater in seinem Interesse, die Rechtsstellung als Vater einzunehmen, schützt.<sup>58</sup>

Somit gewährleistet Art. 8 I EMRK keine über Art. 6 II GG hinausgehenden Garantien,<sup>59</sup> denn ebenso wie die leiblichen Eltern und ihr Kind vom Moment der Geburt an unter dem Schutz des Art. 8 I EMRK stehen, sind die leiblichen Eltern mit der Geburt ihres Kindes Träger des Grundrechts aus Art. 6 II 1 GG, mit der Folge, dass ihnen die Zuweisung der Elternstellung und die damit verbundene Wahrnehmung der Elternverantwortung durch einfachgesetzliche Regelungen ermöglicht werden muss.<sup>60</sup> Insofern deckt sich die verfassungsrechtlich geschützte Position der Eltern mit der Forderung des EuGHMR, dass Art. 8 I EMRK die Vertragsstaaten verpflichte, dem Kind eine Eingliederung in seine Familie vom Augenblick der Geburt an rechtlich zu ermöglichen und dieses Verhältnis rechtlich abzusichern (s.o. 4.1).

Ob diese Vorgaben aus Art. 6 II GG und Art. 8 I EMRK im Kindschaftsrecht bereits optimal umgesetzt sind, muss allerdings bezweifelt werden. Zwar ermöglicht § 1594 IV BGB dem Vater die Anerkennung der Vaterschaft bereits vor der Geburt, jedoch ist die Anerkennung seit der Kindschaftsrechtsreform 1998 von der – verfassungsrechtlich nicht unproblematischen – Zustimmung der Mutter abhängig, § 1595 I BGB.<sup>61</sup> Verweigert diese die Zustimmung, so muss der Vater Klage auf Feststellung der Vaterschaft nach § 1600d BGB erheben, mit der Folge, dass angesichts der Dauer des gerichtlichen Verfahrens die rechtliche Zuordnung des Kindes zum Vater über Monate hinausgezögert wird.<sup>62</sup>

Diese Verzögerung wirkt sich vor allem dann zulasten des Vaters aus, wenn die Mutter das Kind nach der Geburt zur Adoption freigibt, weil über den Antrag des leiblichen Vaters auf Übertragung der elterlichen Sorge nach §§ 1747 III Nr. 2, 1672 I BGB erst dann entschieden werden kann, wenn er rechtlich als Vater festgestellt ist. Eine Entscheidung zugunsten des Vaters setzt zwar nicht mehr die Zustimmung der Mutter voraus, sobald diese ihre Einwilligung zur Adoption

<sup>57</sup> BVerfG, FamRZ 1995, S. 789, 792.

<sup>58</sup> BVerfG, FamRZ 2003, S. 816, 818 ff. So schon *Schumann, E.*, Erfüllt das neue Kindschaftsrecht die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des nichtehelichen Vater-Kind-Verhältnisses?, in: FamRZ 2000, S. 389, 390 f.

<sup>59</sup> So auch *Maurer, H.-U.*, Anm. zu BVerfG v. 29.11.2005, in: FamRZ 2006, S. 94, 96: „Damit hat das BVerfG die Rechtsprechung des EuGHMR in dem Urteil v. 26.5.1994 (FamRZ 1995, S. 110, 111) nachvollzogen, in der der Begriff der Familie i. S. des Art. 8 EMRK auch auf ne. Lebensgemeinschaften angewandt wurde, allerdings nicht im Anwendungsbereich des Art. 6 I GG (Schutz der Familie), sondern des Art. 6 II S. 1 GG (Schutz der Elternrechte).“ Vgl. weiter *Benda*, in: AnwBl 2005, S. 602, 607; *Klein*, in: JZ 2004, S. 1176, 1178.

<sup>60</sup> Art. 6 II GG begründet somit nicht nur ein Abwehrrecht, sondern auch einen Anspruch gegen den Staat, die Ausübung der Elternverantwortung rechtlich zu gewährleisten, so BVerfGE 84, S. 168, 179 f.: „Dem Elternrecht beider Elternteile ist aber nicht schon damit genügt, dass der Gesetzgeber sie an der tatsächlichen Wahrnehmung von Elternaufgaben nicht hindert. In dieses Grundrecht wird vielmehr auch dann eingegriffen, wenn die rechtlichen Befugnisse, die zur Ausübung der Elternverantwortung erforderlich sind, einem Elternteil vorenthalten werden.“

<sup>61</sup> Dazu *MünchKomm-BGB/Wellenhofer-Klein*, 4. Aufl. 2002, § 1595, Rn. 3 f. mwN.

<sup>62</sup> Die sich daraus ergebende Problematik im Falle der Adoptionsfreigabe des Kindes durch die Mutter hat der Gesetzgeber bei der Neuregelung des Kindschaftsrechts 1998 durchaus gesehen und daher in § 1747 I 2 BGB bestimmt, dass i.S.d. § 1747 I 1, IV BGB als Vater anzusehen ist, wer die Vaterschaft nach § 1600d II BGB glaubhaft machen kann. Dazu *Frank*, in: FamRZ 1998, S. 393, 394.

erteilt hat (§ 1751 I 1 und 6 BGB), jedoch muss nach § 1672 I 2 BGB die Übertragung dem Wohl des Kindes dienen.<sup>63</sup> War das Kleinkind zum Zeitpunkt der Entscheidung bereits längere Zeit in Familienpflege, weil sich die Feststellung der Vaterschaft aus den genannten Gründen verzögert hat, dann wird regelmäßig die Übertragung der elterlichen Sorge auf den Vater nicht dem Kindeswohl dienen.

Wird der Antrag des Vaters nach §§ 1747 III Nr. 2, 1672 I BGB jedoch abgelehnt,<sup>64</sup> dann kann seine Einwilligung in die Adoption nach § 1748 IV BGB unter – im Verhältnis zu § 1748 I–III BGB – erleichterten Voraussetzungen ersetzt werden.<sup>65</sup> Allerdings haben der BGH und das BVerfG im Jahre 2005 – entgegen dem Wortlaut und dem Gesetzgeberwillen<sup>66</sup> – so hohe Anforderungen an die Voraussetzungen der Ersetzungsbefugnis nach § 1748 IV BGB gestellt, dass die berechtigterweise erhobenen Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung zumindest teilweise beseitigt sein dürften.<sup>67</sup> Auch wenn sich diese Rechtsprechung ausdrücklich nur auf Stiefkindadoptionen bezog,<sup>68</sup> so wurden doch die Anforderungen für die hier interessierenden Drittadoptionen nur deshalb weniger hoch angesetzt, weil dem Vater mit §§ 1747 III Nr. 2, 1672 I, 1751 I 1 und 6 BGB die Chance gegeben wird, das Sorgerecht für sein Kind zu erhalten. Dieses Argument überzeugt aber nur dann, wenn die einschlägigen Vorschriften verfassungs- und menschenrechtskonform dahingehend ausgelegt werden, dass dem Vater bei Erziehungseignung die elterliche Sorge auch übertragen wird.

### 4.3 Fall Görgülü

Hinter dem Fall Görgülü verbergen sich vier verschiedene Verfahren (Vaterschaftsfeststellungs-, Sorgerechts-, Umgangsrechts- und Adoptionsverfahren) vor fünf verschiedenen Gerichten (AG Wittenberg, LG Dessau, OLG Naumburg, BVerfG, EuGHMR) mit bislang 36 Einzelentschei-

<sup>63</sup> Zu Recht kritisch zur positiven Kindeswohlprüfung in § 1672 I 2 BGB *MünchKomm-BGB/Finger*, 4. Aufl. 2002, § 1672, Rn. 28.

<sup>64</sup> Während des Verfahrens auf Übertragung der elterlichen Sorge nach §§ 1747 III Nr. 2, 1672 I BGB ist das Verfahren über die Ersetzung der Einwilligung des Vaters nach § 1748 IV BGB zwingend auszusetzen, so OLG Naumburg FamRZ 2004, S. 810, 811 mit Anm. *Geimer*.

<sup>65</sup> Bis 1998 war eine Einwilligung des Vaters in die Adoption seines nichtehelichen Kindes nicht erforderlich (§ 1747 II BGB a.F.); dazu *Schumann* (Anm. 6), S. 337 ff. Nachdem das BVerfG (FamRZ 1995, S. 789 ff.) diese Regelung 1995 für verfassungswidrig erklärt hatte, hat der Gesetzgeber mit der Kindschaftsrechtsreform zwar die Einwilligung des Vaters in § 1747 I 1 BGB verankert, jedoch in § 1748 IV BGB eine erleichterte Ersetzung der väterlichen Einwilligung vorgesehen (Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts, BT-Dr. 13/4899, S. 71). Dazu *Maurer, H.-U.*, Gestärkte Rechte des Vaters bei der Adoption, in: FPR 2005, S. 196–199; kritisch *Frank, R.*, Die Neuregelung des Adoptionsrechts, in: FamRZ 1998, S. 393, 394 f. Auch wenn § 1748 IV BGB nicht für alle Väter nichtehelicher Kinder gilt, sondern nur dann einschlägig ist, wenn der Mutter nach § 1626a II BGB die Alleinsorge zusteht, wird in Fällen, in denen die Mutter das Kind unmittelbar nach der Geburt zur Adoption freigibt, in aller Regel der Vater gerade nicht an der elterlichen Sorge beteiligt sein (bezeichnend OLG Stuttgart, FamRZ 2005, S. 542, 544). Zu § 1748 BGB vgl. aber auch *Röchling, W.*, Verurteilt die Eingriffsschwelle des § 1748 BGB viele Kinder zu dauerhafter Elternlosigkeit?, in: ZfJ 2000, S. 214–217.

<sup>66</sup> Dazu Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts, BT-Dr. 13/4899, S. 71, 114, 157, 170.

<sup>67</sup> Zur Verfassungsmäßigkeit des § 1748 IV BGB vgl. insb. *Staudinger/Frank* (13. Bearb., Stand 2001), § 1748, Rn. 59 mwN; *Erman/Saar*, Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl. 2004, § 1748, Rn. 27. Kritisch auch *Lipp, M.*, Anm. zu BGH v. 23.3.2005, in: JZ 2006, S. 96 ff.

<sup>68</sup> BGH, NJW 2005, S. 1781, 1783: Im Falle der Stiefkindadoption gereiche das Unterbleiben der Adoption „nur dann dem Kind zu unverhältnismäßigem Nachteil, wenn die Adoption einen so erheblichen Vorteil für das Kind bieten würde, dass ein sich verständlich um sein Kind sorgender Elternteil auf der Erhaltung des Verwandtschaftsbands nicht bestehen würde“. Bestätigt durch BVerfG, FamRZ 2006, S. 94 ff. Kritisch zu der Entscheidung des BGH *Peschel-Gutzeit, L.M.*, Welcher Nachteil ist bei der Stiefkindadoption unverhältnismäßig?, in: NJW 2005, S. 3324–3328. Vgl. aber auch *Finger, P.*, Anm. zu BGH v. 23.3.2005, in: BGH Report 2005, S. 975, 976 f.

dungen.<sup>69</sup> Sämtliche Verfahren drehen sich um ein inzwischen fast sieben Jahre altes Kind namens Christofer, das im August 1999 unmittelbar nach der Geburt von seiner Mutter in Adopti- onspflege gegeben wurde und um dessen Sorge und Verbleib sich seitdem der leibliche Vater und die Pflegeeltern streiten.

Als sich der Vater ungefähr zwei Monate nach der Geburt des Kindes beim zuständigen Ju- gendamt meldete, behaupteten die Mitarbeiter des Jugendamtes wahrheitswidrig, dass das Kind bereits adoptiert worden sei;<sup>70</sup> zu diesem Zeitpunkt lagen noch nicht einmal die Voraussetzun- gen für eine Adoption gemäß §§ 1747 I 1, II 1, 1748 IV BGB vor.

Obwohl das Jugendamt als Amtsvormund des Kindes (§ 1791c I 1 BGB) sämtliche Maß- nahmen am Wohl des Mündels auszurichten hat, verweigerte der Amtsvormund die nach § 1595 II BGB erforderliche Zustimmung zur Vaterschaftsanerkennung, als die Kindesmutter drei Monate nach der Geburt des Kindes, am 30.11.1999, gegenüber dem Jugendamt die Vater- schaft bestätigte.<sup>71</sup> Selbst das am 28.3.2000 vorgelegte Blutgruppengutachten vermochte die Haltung des Jugendamtes nicht zu ändern, so dass der Vater ein Vaterschaftsfeststellungsver- fahren einleiten musste.<sup>72</sup> Als am 8.8.2000 die Vaterschaft rechtskräftig festgestellt wurde, war das Kind fast ein Jahr alt.<sup>73</sup>

Hätte das Jugendamt zum Wohle des Kindes gehandelt, dann hätte es – spätestens als der Vater am 6.1.2000 einen Antrag auf Übertragung der elterlichen Sorge nach §§ 1747 III Nr. 2, 1672 I BGB gestellt hatte – die Klärung der Vaterschaft nachhaltig unterstützen müssen; bei be- rechtigten Zweifeln an der Aussage der Mutter (die sich dem Sachverhalt jedoch nicht entneh- men lassen) hätte die Möglichkeit bestanden, kurzfristig einen Vaterschaftstest durchzuführen. Um eine – unumkehrbare – Verfestigung der Bindungen zur Pflegefamilie zu vermeiden, wäre zudem besondere Eile geboten gewesen, da Kleinkinder ab dem 6. Monat Bindungsbeziehun- gen aufbauen.<sup>74</sup> Stattdessen arbeitete das Jugendamt gezielt darauf hin, durch Zeitablauf die Bindungen des Kindes zu den Pflegeeltern so zu verfestigen, dass einer späteren Trennung des Kindes von seinen Pflegeeltern eine Kindeswohlgefährdung entgegengehalten werden konnte. Die Chance, das Kind bereits frühzeitig in die Familie des Vaters zu integrieren, wurde nicht nur vertan, sondern bewusst boykottiert.<sup>75</sup> Daher bescheinigte auch das AG Wittenberg dem Ju- gendamt, als Amtsvormund versagt zu haben:

„Dem Amtsvormund oblag dabei bereits zu diesem Zeitpunkt, etwa drei Monate nach der Geburt des Kindes, eine umfassende Abwägung des Interesses des Kindes am Verbleib in der die Adoption beabsichtigenden Pflegefamilie sowie des Interesses des Kindesvaters und des

<sup>69</sup> Dazu gehören auch Entscheidungen über von beiden Seiten gestellte Befangenheitsanträge. Zum Verfahrensgang vgl. EuGHMR, EuGRZ 2004, S. 700 ff.

<sup>70</sup> Zeycan, in: FuR 2004, S. 443. Ähnlich Der Spiegel 52/2005, S. 40.

<sup>71</sup> Zumal zu den Aufgaben des Jugendamtes die Wahrung des aus dem Persönlichkeitsrecht des Kindes (Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG) abgeleiteten Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung gehört, insb. nach § 52a I 2 Nr. 1 SGB VIII die Jugendämter ausdrücklich verpflichtet sind, jede ledige Mutter auf die Bedeutung der Vaterschafts- feststellung hinzuweisen.

<sup>72</sup> Zeycan, in: FuR 2004, S. 443.

<sup>73</sup> AG Wittenberg (19.3.2004 – 5 F 741/02 SO), S. 3 f.

<sup>74</sup> Unzner, L., Die psychologischen Auswirkungen bei Fremdplatzierung des Kindes in die Pflegefamilie oder Kinder- heim, in: FPR 2003, S. 321, 322.

<sup>75</sup> So auch EuGHMR, EuGRZ 2004, S. 700, 701 (zu Umgangskontakten zwischen Vater und Kind und zur einseitigen Parteinahme des Jugendamtes zugunsten der Pflegeeltern): „Das Amtsgericht führte aus, dass solche Kontakte be- reits viel eher hätten stattfinden können, wenn die zuständigen Behörden nicht starr an dem Adoptionsverfahren festgehalten und damit jeden Kontakt zwischen Vater und Kind verhindert hätten. [...] Das Amtsgericht erwähnte auch, dass das Jugendamt durch dieselbe Rechtsanwältin vertreten werde, die in Parallelverfahren Christofers Pfl- egeeltern vertrete.“

Kindes an der Zusammenführung der Familie. Es hätte auch auf eine solche Zusammenführung hinarbeiten gehabt.“<sup>76</sup>

Wie erfolgreich die Methode des Jugendamtes war, belegt die Entscheidung des OLG Naumburg vom 20.6.2001, mit der die Übertragung der elterlichen Sorge auf den Vater durch das AG Wittenberg aufgehoben wurde.<sup>77</sup> Das OLG Naumburg begründete seine Entscheidung – trotz der Erziehungseignung des Vaters – mit der Gefährdung des Kindeswohls im Falle einer Trennung von den Pflegeeltern:

„Gleichwohl diene die Trennung des Kindes von seiner Pflegefamilie nicht dem Wohl Christofers, da sich eine tiefe soziale und emotionale Bindung zwischen dem Kind und seiner Pflegefamilie entwickelt habe. Christofer habe ein Jahr und zehn Monate bei Herrn und Frau B. gelebt, was für ein Kind in Christofers Alter ein unendlicher Zeitraum sei. In dieser Situation würde eine Trennung von Herrn und Frau B. zu einem schweren irreversiblen psychischen Schaden für das Kind führen [...]“<sup>78</sup>

Gegen diesen Beschluss des OLG Naumburg erhob der Vater – erfolglos – Verfassungsbeschwerde<sup>79</sup> und anschließend – erfolgreich – Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK.<sup>80</sup> Auch danach dauerte es weitere zwei Jahre und bedurfte noch mehrerer Verfahren vor dem BVerfG<sup>81</sup> bis dem Vater Anfang 2006 regelmäßiger Umgang mit seinem Sohn eingeräumt und erneut ein Gutachten in Auftrag gegeben wurde, auf dessen Grundlage über die vom Vater beantragte Sorgerechtsübertragung und über die von den Pflegeeltern beantragte Verbleibensanordnung entschieden werden soll.<sup>82</sup>

## 5 Ergebnis und Ausblick

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Fälle Kutzner und Görgülü weniger für ein Auseinanderfallen der Gewährleistungen der EMRK und des nationalen Rechts im Bereich des Kindschaftsrechts als vielmehr für die Ignoranz einzelner Jugendämter und Gerichte gegenüber den

<sup>76</sup> AG Wittenberg (19.3.2004 – 5 F 741/02 SO), S. 8.

<sup>77</sup> Das AG Wittenberg hatte die Anträge des Vaters auf Übertragung der elterlichen Sorge und regelmäßigen Umgang mit seinem Sohn Ende 2000/Anfang 2001 positiv beschieden. Gegen diese Entscheidungen erhob das Jugendamt Beschwerde zum OLG Naumburg, das im Juni 2001 die Sorgerechtsentscheidung aufhob und die Entscheidung zum Umgang des Vaters mit seinem Kind aussetzte. Dazu EuGHMR, EuGRZ 2004, S. 700 f.

<sup>78</sup> Zit. nach EuGHMR, EuGRZ 2004, S. 700, 701.

<sup>79</sup> Nichtannahmebeschluss des BVerfG v. 31.7.2001 – 1 BvR 1174/01.

<sup>80</sup> EuGHMR, EuGRZ 2004, S. 700–706 = FamRZ 2004, S. 1456–1460 mit Anm. *Rixe*.

<sup>81</sup> Unter Berücksichtigung der Urteilsgründe des EuGHMR übertrug das AG Wittenberg im März 2004 dem Vater erneut die elterliche Sorge und erließ eine einstweilige Anordnung zum Umgang; beide Entscheidungen hob das OLG Naumburg Ende Juni/Anfang Juli 2004 wieder auf; OLG Naumburg, FamRZ 2004, S. 1510–1512 (zum Umgang; kritisch dazu *Breuer*, in: NVwZ 2005, S. 412); OLG Naumburg, FamRZ 2004, S. 1507–1510 (zur elterlichen Sorge). Nachdem der Vater gegen die Aufhebung der einstweiligen Anordnung zum Umgang Verfassungsbeschwerde wegen Missachtung des EuGHMR-Urteils erhoben hatte, nahm das BVerfG (FamRZ 2004, S. 1857–1863 mit Anm. *Rixe*) mit Beschluss vom 14.10.2004 zur Bindungswirkung der Entscheidungen des EuGHMR Stellung (dazu oben 2.; die Entscheidung stieß überwiegend auf Kritik, s.o. Anm. 1 und 4; statt vieler *Cremer*, in: EuGRZ 2004, S. 683, 686 ff., 689 ff.). Dennoch hob das OLG Naumburg auch die danach ergangene einstweilige Anordnung des AG Wittenberg zum Umgang des Vaters mit seinem Kind wieder auf (AG Wittenberg, 2.12.2004 – 5 F 463/02 UG; OLG Naumburg, 8.12.2004 – 14 WF 236/04, 20.12.2004 – 14 UF 236/04 u. 14 WF 234/04) und provozierte damit ein weiteres Verfahren vor dem BVerfG (FamRZ 2005, S. 173–176 = NJW 2005, S. 1105–1107; FamRZ 2005, S. 429–430 mit Anm. *Rixe*; FamRZ 2005, S. 1233–1236). Außerdem erhob der Vater auch Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidung des OLG Naumburg (FamRZ 2004, S. 1507 ff.) zur Sorge: BVerfG, FamRZ 2005, S. 783–785 mit Anm. *Rixe*

<sup>82</sup> OLG Naumburg (18.12.2005 – 8 UF 84/05).

Vorgaben des nationalen Rechts bei der Inpflegegabe von Kindern stehen.<sup>83</sup> In beiden Fällen scheint die Überzeugung der verantwortlichen Sozialarbeiter, Psychologen und Richter, dass die Pflegeeltern eine höher zu bewertende Erziehungseignung als die leiblichen Eltern vorweisen konnten, ausschlaggebend dafür gewesen zu sein, den in Art. 6 II 1 GG niedergelegten Vorrang der Verantwortung der leiblichen Eltern zu missachten. Geringere Bildungschancen von Kindern aufgrund von Defiziten in der Herkunftsfamilie (Sonderschulniveau der Eltern wie im Fall Kutzner oder niedriges Bildungsniveau bei Migranten wie im Fall Görgülü<sup>84</sup>) rechtfertigen aber auch nach deutschem Recht keine Trennung der Kinder von den Eltern, sondern sind durch ergänzende Hilfen des Staates auszugleichen.

Beide Fälle stehen weiter für die jedem Familienrechtler vertraute Problematik der Schaffung von nicht oder schwer umkehrbaren Tatsachen durch Zeitablauf.<sup>85</sup> Diese Problematik ist keineswegs auf die Inpflegegabe von Kindern beschränkt, sondern ist auch bei getrennt lebenden Eltern geläufig, wenn ein Elternteil über Jahre den Umgang des Kindes mit dem anderen Elternteil verhindert und dies zu einer völligen Entfremdung führt.<sup>86</sup> Hier gilt generell, dass Behörden und Gerichte sich darum bemühen müssen, jede Verfahrensverzögerung zu vermeiden, weil die durch Zeitablauf eintretende Entfremdung „häufig schon rein faktisch zu einer (Vor-)Entscheidung führt, noch bevor ein richterlicher Spruch vorliegt“.<sup>87</sup>

Der Fall Görgülü zeugt schließlich davon, dass die nach wie vor bestehende Ungleichbehandlung von ehelichen und nichtehelichen Kindern in den Bereichen der rechtlichen Zuordnung des Kindes zum Vater, der Beteiligung des Vaters an der elterlichen Sorge und der Rechtsstellung des Vaters bei der Adoptionsfreigabe noch nicht den Anforderungen der Art. 6 II, V GG und Art. 8 I, 14 EMRK genügt.<sup>88</sup> Die mit der Kindschaftsrechtsreform angekündigte Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder<sup>89</sup> wurde keineswegs verwirklicht und auch die einschlägigen Entscheidungen des BVerfG aus den letzten Jahren<sup>90</sup> und die auf diesen beruhenden Nachbesserungen durch den Gesetzgeber<sup>91</sup> haben längst nicht alle Defizite beseitigt. So

<sup>83</sup> Kritisch zur Rolle der Justiz auch *Stackmann*, in: JuS 2005, S. 495, 496 f.

<sup>84</sup> Dazu AG Wittenberg (19.3.2004 – 5 F 741/02 SO): „Er [der Vater, Anm. der Verf.] besuchte, den heimatischen Sitten des Bergvolkes entsprechend, keine Schule, verfügt auch über keine abgeschlossene Berufsausbildung“ (S. 2), während die Pflegeeltern „beide über eine abgeschlossene pädagogische Ausbildung“ verfügten (S. 3); das Jugendamt bezweifelte daher die Erziehungseignung des Vaters (S. 11).

<sup>85</sup> Dazu auch EuGHMR, EuGRZ 2004, S. 700, 704; BVerfG, FamRZ 1997, S. 871, 873. Dass im Fall Kutzner die Rückführung der beiden Töchter nach sechs Jahren Familienpflege nur begrenzt glückte, bestätigt nicht im nachhinein die Erziehungsunfähigkeit der Eltern (so aber *Hoffmann*, in: ZfJ 2005, S. 44, 52), sondern belegt, dass im Kindschaftsrecht fehlerhafte Entscheidungen nach einer gewissen Zeit in aller Regel nicht mehr rückgängig gemacht werden können.

<sup>86</sup> Etwa OLG Frankfurt a.M., FamRZ 2002, S. 1585 ff.; OLG Hamburg, FamRZ 2002, S. 566 f.

<sup>87</sup> BVerfG, FamRZ 1997, S. 871, 873. Vgl. auch *Hoffmann*, in: ZfJ 2005, S. 44, 55. *Kindler/Lillig/Küfner*, in: JAmt 2006, S. 9, 11 weisen darauf hin, dass die Rechtsprechung – abhängig vom Kindesalter – schon bei Bestehen eines Pflegeverhältnisses von sechs Monaten bis zwei Jahren in der Regel dem Antrag der Eltern auf Rückführung aufgrund der neu entstandenen Bindungen des Kindes zu den Pflegeeltern nicht mehr stattgibt.

<sup>88</sup> Dazu *Finger, P.*, Nichtehelicher Vater und Annahme des/seines Kindes, in: JR 2005, S. 138–142; *Schumann*, in: FamRZ 2000, S. 389–396; dies., Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern, in: FuR 2002, S. 59–67. Vgl. zur Ungleichbehandlung erst jüngst wieder BGH FamRZ 2005, S. 1469 f. mit Anm. *Luthin* (elterliche Sorge des Vaters); OLG Stuttgart, FamRZ 2005, S. 542, 544 (§ 1748 IV BGB).

<sup>89</sup> Stellungnahme des Bundesrates v. 3.5.1996 zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts, BR-Dr. 180/96, S. 1 f.

<sup>90</sup> BVerfG, FamRZ 2003, S. 285–292; BVerfG, FamRZ 2003, S. 816–825.

<sup>91</sup> *Gesetz zur Umsetzung familienrechtlicher Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* v. 13.12.2003, BGBl. I, S. 2547–2548; *Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes, zur Registrierung von Vorsorgeverfügungen und zur Einführung von Vordrucken für die Vergütung von Berufsbetreuern* v. 23.4.2004, BGBl. I, S. 598–600. Dazu *Eckbrecht, M.*, Neuere Gesetze zur Stärkung der Vaterrechte, in: FPR 2005, S. 205–210.

muss bei der Adoptionsfreigabe nichtehelicher Kinder (§§ 1747, 1748 BGB) noch in stärkerem Maße durch den Gesetzgeber sichergestellt werden, dass über die dem Vater eines nichtehelichen Kindes schon derzeit zur Verfügung stehende Möglichkeit einer Übertragung der elterlichen Sorge (§§ 1747 III Nr. 2, 1672 I BGB) zeitnah zur Antragstellung entschieden wird, um eine Verfestigung der Beziehungen des Kindes zu den Pflegeeltern zu vermeiden.

Abschließend bleibt für die Inpflegegabe von Kindern der dringende Appell an Jugendämter und Gerichte, die gesetzlichen Vorgaben in verfassungs- und menschenrechtskonformer Auslegung zu beachten:

Dazu gehört erstens, dass nicht die höhere Erziehungseignung der Pflegeeltern und die besseren Bildungschancen für das Kind in der Pflegefamilie zum Anlass für eine Verfestigung der Beziehungen des Kindes zu den Pflegeeltern unter gleichzeitiger Entfremdung von der Herkunftsfamilie genommen werden. Entscheidend ist nicht, wer für die Erziehung des Kindes besser geeignet ist, sondern ob sich die Trennung des Kindes von der Herkunftsfamilie und der Fortbestand dieses Zustandes auf eine Kindeswohlgefährdung i.S.d. §§ 1666, 1666a BGB stützen lassen. Darüber hinaus sind die Jugendämter aufgefordert, bestehende (Bildungs-) Defizite bei den leiblichen Eltern durch ergänzende Maßnahmen auszugleichen.

Zweitens ist zu beachten, dass während der Trennung des Kindes von der Herkunftsfamilie die Aufrechterhaltung der Beziehungen zu den leiblichen Eltern durch regelmäßige Umgangskontakte gesetzlich vorgesehen ist<sup>92</sup> und gegebenenfalls auch hierzu von Seiten der Jugendämter unterstützende Maßnahmen erbracht werden müssen. Auch das nationale Recht geht im Grundsatz davon aus, dass die Inpflegegabe eine vorübergehende Maßnahme ist, mit der Folge, dass im Regelfall eine Entfremdung von der Herkunftsfamilie und eine Verfestigung der Beziehungen zu den Pflegeeltern verhindert werden muss und nur bei einer Kindeswohlgefährdung von dieser Regel abgewichen werden darf.

*Verf.: Prof. Dr. Eva Schumann, Lehrstuhl für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht, Institut für Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung, Georg-August-Universität Göttingen, Weender Landstr. 2, 37073 Göttingen*

<sup>92</sup> So ausdrücklich auch BGH, FamRZ 2005, S. 975, 977 unter Berufung auf die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 6 II GG und des EuGHMR zu Art. 8 EMRK.