

„Psychisch kranke Eltern im Familiengericht“

- Versuch einer Darstellung der rechtlichen Grundlagen und Zusammenhänge -

1. Einleitung

Psychische Erkrankungen¹ der Eltern oder anderer für das Kind nahe Bezugspersonen² stehen in der familiengerichtlichen Praxis eher im Hintergrund. Die Gespräche zwischen Familienrichtern und Jugendämtern drehen sich eher selten gezielt um dieses Thema. Das verwundert. Denn nach Schätzungen³ spielen bei bis zu einem Drittel der in den Jugendämtern vorgestellten Kinder – und das sind pro Jahr etwa 1.500 – 1.800 Fälle - psychische Erkrankungen zumindest eines Elternteiles eine Rolle. Es besteht in den Fachkreisen von (Kinder-)Psychiatern, Pädiatern und Sozialpädagogen weithin Einigkeit über die im Einzelfall möglichen erheblichen schädlichen Auswirkungen schwerer neurotischer Störungen oder psychischer Erkrankung eines Elternteiles auf die Kinder. Denn elementare Bedürfnisse des Kindes nach emotionaler Zuwendung, materieller Versorgung und kognitiver Anregung bleiben infolge der Erkrankung der Eltern häufig unerfüllt. Anfangs sichere Bindungen von Kindern an ihre Mütter können sich bei psychotischer Erkrankung der Mutter in eine unsichere verwandeln mit allen sich daraus ergebenden möglichen negativen Folgen. Gar nicht selten werden die Kinder als Helfer oder gar Partner ihrer Eltern überfordert. Häufig werden als Folge oder zumindest in unmittelbarem Zusammenhang mit der psychischen Erkrankung vor allem der Mutter bei den Kindern deshalb emotionale Störungen, vor allem Angstzustände, Suizidideen und –versuche, Lern- und Motivationsstörungen, Erschöpfungszustände, geringes Selbstwertgefühl und psychosomatische Störungen festgestellt⁴.

Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) stellt ein umfangreiches, in sich nicht (mehr⁵) besonders stimmiges System für Reaktionen auf leichtere oder schwere psychische Erkrankungen von Eltern zur Verfügung, das in der Praxis aber nur teilweise genutzt wird. Ganz überwiegend werden psychische Erkrankungen von Eltern unter dem Stichwort „Kindeswohlgefährdung“

¹ Dazu zählen vor allem Depressionen, Angsterkrankungen, Psychosen und Persönlichkeitsstörungen sowie Suchterkrankungen

² seit der Kindschaftsrechtsreform des Jahres 1998 hatten nach § 1685 BGB zunächst nur Großeltern, Geschwister, Stief- und Pflegeeltern (nicht aber Tanten und Onkel, vgl. OLG Zweibrücken, FamRZ 1999, 1161, eigene Umgangsberechtigungen, soweit diese dem Kindeswohl dienen. Durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen, zur Registrierung von Vorsorgeverfügungen und zur Einführung von Vordrucken für die Vergütung von Berufsbetreuern v. 23.4.2004 (BGBl. I, S. 598), in Kraft seit dem 30.4.2004, wurde der § 1685 Abs. 2 BGB neu gefasst und der Kreis der Umgangsberechtigten nochmals deutlich erweitert. Seither haben alle engen Bezugspersonen des Kindes ein Recht auf Umgang nach Maßgabe des Kindeswohls, wenn sie für das Kind tatsächlich Verantwortung getragen haben oder tragen (sozialfamiliäre Beziehung).

³ Siehe Remschmidt/Mattejat, Kinder psychotischer Eltern, 1994 S. 12; Häfele, Seelisch kranke Eltern und Kindeswohlgefährdung, FPR 2003, 307

⁴ vgl. Häfele, a.a.O. S. 308, 309 m.w.N.

⁵ bis zur Kindschaftsrechtsreform 1980 bot § 1666 BGB eine gesetzliche Handhabe zu einem Vorgehen gegen die Eltern nur, wenn diese schuldhaft zu Lasten des Kindes gehandelt hatten. Damals gab es eine Notwendigkeit für die Vorschriften der §§ 1673, 1674, 1878 BGB, um eine rechtliche Grundlage für ein Einschreiten zugunsten der Kinder auch bei schuldlosem Handeln der Eltern zu haben. Seither lassen sich alle Fälle recht praktisch mit der Vorschrift des § 1666 BGB lösen, der deshalb auch überwiegend angewandt wird.

behandelt. Es gibt aber erstaunlich wenig veröffentlichte Gerichtsentscheidungen, die sich mit dem Thema Kindeswohlgefährdung infolge einer psychischen Erkrankung eines Elternteiles befassen und noch weniger, die aus diesem Grunde die elterliche Sorge des erkrankten Elternteiles beschränken oder entziehen. Manchmal allerdings lehnen Familiengerichte vom Jugendamt beantragte Eingriffe in die elterliche Sorge mit der Begründung ab, es gäbe in dem entschiedenen Fall das Elternrecht weniger stark in Mitleidenschaft ziehende rechtliche⁶ oder tatsächliche Möglichkeiten. Auf der anderen Seite kann man auch Entscheidungen lesen, in denen eine beim Elternteil diagnostizierte psychische Erkrankung ohne jegliche Auseinandersetzung mit Art und Schwere der Erkrankung und ihrer konkreten Auswirkungen auf das Kind als Begründung dafür genommen wird, das elterliche Sorgerecht zu begrenzen oder gar zu voll zu entziehen. Bereits seit langem stimmen das formelle Gesetzesprogramm und das informelle Entscheidungsverhalten der Gerichte nicht überein⁷.

Für die Zurückhaltung der Gerichte bei Eingriffen in die elterliche Sorge gibt es ganz unterschiedliche Gründe. Zum einen zögern gar nicht selten bereits die Jugendämter, sich mit derartigen Fällen überhaupt an das Familiengericht zu wenden oder Art und Intensität der Erkrankung im Verfahren offen zu legen. Die Jugendamtsmitarbeiter ebenso wie die behandelnden Ärzte des kranken Elternteiles haben Angst, die Offenlegung der psychischen Erkrankung könne zu einer therapeutisch und sozial ungünstigen Diskriminierung des Elternteiles führen. Dann spielt der trotz Vorranges des Kindeswohls⁸ immer noch hohe, durch die Familiengerichte zu gewährleistende Schutz des Elternrechtes durch Verfassung und die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) eine Rolle. Schließlich sind praktischen Schwierigkeiten zu überwinden, um einen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechenden Eingriff in das elterliche Sorgerecht zu rechtfertigen. Auf der anderen Seite muss aber aus der Sicht der Familiengerichte auch mit Hochachtung und Anerkennung konstatiert werden, dass es den Jugendämtern in Kooperation mit Ärzten, Unterstützern aus dem familiären und sozialen Bereich, manchmal auch gerichtlich bestellten Verfahrenspflegern und sogar Rechtsanwälten der betroffenen Eltern in den allermeisten Fällen gelingt, so wirksame Hilfen für die betroffenen Kinder zu organisieren, dass es eines Eingriffes in die elterliche Sorge am Ende nicht mehr oder nur in einem sehr geringen Umfange bedarf.

Last but not least führt die fachliche Unerfahrenheit allzu vieler Familienrichter dazu, dass in dem hier interessierenden Bereich nicht immer optimale Entscheidungen getroffen werden. Es bedarf verstärkter Anstrengungen der Landesjustizverwaltungen, diesem fachlichen Mangel bei den Familienrichtern durch vermehrte Aus- und Fortbildung abzuwehren. Solange es keine gesetzliche Fortbildungspflicht aller Familienrichter gibt, bedarf es auch zusätzlichen freiwilligen Engagements der Kolleginnen und Kollegen, sich in die komplexe Problematik tiefer einzuarbeiten und die Entscheidungsverantwortung nicht auf Jugendamt und Sachverständige abzuschieben.

Meine Ausführungen verstehe ich als Hilfe zur rechtlich richtigen Einordnung einer ganzen Reihe von materiellen und prozessualen Bestimmungen in den speziellen Kontext seelischer Erkrankungen von Eltern im familiengerichtlichen Verfahren⁹.

2. Rechtliche Grundlagen von Eltern- und Kindesrechten

⁶ Hier ist meist § 1674 BGB gemeint, der dem betroffenen Elternteil das Sorgerecht belässt, ihm aber die Ausübung der elterlichen Sorge verbietet

⁷ so schon Münder, Probleme des Sorgerechts bei psychisch kranken und geistig behinderten Eltern, FuR 1995, 89, 91, 96

⁸ siehe BVerfG FamRZ 1989, 1047; 1990, 487; vollständig unter juris bei BVerfG 1 BvR 332/86, sowie zuletzt die Entscheidung vom 1. 4. 2008 zum erzwungenen Umgang, FamRZ 2008, 845 ff.

⁹ derzeit gibt es in diesem Kontext auch noch vormundschaftsgerichtliche Zuständigkeiten, auf die hier aber im Hinblick auf die anstehende Abschaffung der Vormundschaftsgerichte durch das FGG-Reformgesetz nicht näher eingegangen werden soll.

a. im Grundgesetz (GG)

Grundlage für alle einfachrechtlichen Gesetze zur Bestimmung dessen, wie deutsche Gerichte mit Eltern und Kindern umzugehen haben, ist Art. 6 des Grundgesetzes¹⁰. Hier wird das prinzipiell unentziehbare Elternrecht ebenso wie das Kindeswohl gewährleistet. Elternrecht i.S. des GG heißt primär Elternpflicht oder Elternverantwortung. Deshalb ordnet das BVerfG alles, was nachweislich dem Kindeswohl dient, dem Elternwohl unter¹¹.

Dabei ist aber zwischen der Wahrung des Kindeswohls im positiven Sinne und dem im negativen Sinne zu unterscheiden. Art. 6 GG zwingt alle staatlichen Stellen dazu, bei allem, was sie tun, für die Einhaltung und Förderung des Kindeswohls einzutreten¹². Das ändert aber nichts daran, dass staatliche Stellen, das Jugendamt ebenso wie das Familiengericht, *nur im Ausnahmefall gegen* die Eltern tätig werden und in ihre Rechte eingreifen dürfen. Für das positive Kindeswohl, d.h. dafür, dass sich ein Kind optimal entwickeln kann, haben Jugendämter, aber auch Ärzte durch Angebote zu sorgen. Ein Zuviel an unterstützenden Angeboten kann man sich kaum vorstellen, vorausgesetzt, es steht den betroffenen Eltern wirklich frei, sie anzunehmen oder abzulehnen. Ab und zu kann man daran Zweifel haben, ob die Annahme von „Angeboten“ der Jugendhilfe wirklich so „freiwillig“ geschieht¹³, wie dieses nach unserem formellen Entscheidungsprogramm eigentlich erforderlich ist. Jede ernsthaft eingreifende Tätigkeit der Jugendämter und Familiengerichte¹⁴ ist nämlich beschränkt auf das negative Kindeswohl, d.h. eine Verhinderung oder Beseitigung erheblicher Kindeswohlgefährdungen, die z.B. entstehen, weil der Elternteil die angebotenen Hilfen nicht annimmt. Es ist nicht Sinn und Zweck der Eingriffsmöglichkeiten, einem Kind lediglich bessere Lebensbedingungen als bei seinen Eltern zu verschaffen¹⁵. Die Eltern haben in unserer Rechtsordnung eine weitgehende Definitionsmacht darüber, was sie vor dem Hintergrund ihrer kulturellen und sozialen Herkunft, ihren religiösen Überzeugung, ihren individuellen intellektuellen, emotionalen und körperlichen Möglichkeiten als optimale Entwicklung und Förderung ihres Kindes ansehen.

Nicht alles, was dem Kind tatsächliche Nachteile bringt und daran hindert oder hindern könnte, nach objektiven Gesichtspunkten optimal gefördert zu werden oder von äußeren Nachteilen unbeeinträchtigt aufzuwachsen, berechtigt staatliche Stellen zum Eingreifen. Das ist vielmehr nur bei Kindeswohlgefährdung i.S.d. § 1666 BGB zulässig, d.h. nur bei einer gegenwärtigen oder zumindest nahe bevorstehenden Gefahr für die Entwicklung des Kindes, die so ernst zu nehmen ist, dass sich eine erhebliche Gefährdung des körperlichen, geistigen oder sittlichen Wohls oder des Kindesvermögens mit ziemlicher Sicherheit voraussagen lässt¹⁶. Der Schadenseintritt muss sich bereits mit einiger Sicherheit abzeichnen, eine nur zukünftig drohende Gefahr oder die nicht auszuschließende Möglichkeit gravierender Veränderungen in der Betreuungs- und Versorgungssituation zum Nachteil der Kinder reichen für einen Eingriff in das Elternrecht nicht aus¹⁷.

Über die Einhaltung des GG wacht das Bundesverfassungsgericht (BVerfG), dass im Wege der Verfassungsbeschwerde von jedem betroffenen Bürger angerufen werden kann, wenn und sobald der zur Überprüfung der angegriffenen Entscheidung vorgesehene

¹⁰ Siehe Anhang 1)

¹¹ siehe Fn. 9

¹² für das Familiengericht folgt das aus § 1697a BGB

¹³ siehe dazu auch Münder FuR 1995, 89, 93

¹⁴ und auch des Jugendamtes, z.B. im Rahmen der sog. Inobhutnahme nach § 42 SGB VIII

¹⁵ BVerfG FamRZ 2008, 492; OLG Karlsruhe FamRZ 2007, 576, 577

¹⁶ BVerfG FamRZ 2008, 492; vgl. im übrigen die Zusammenstellung der bisherigen Definitionsversuche und ihre Gemeinsamkeiten bei Röchling, FamRZ 2007, 1775, 1778

¹⁷ BGH, FamRZ 1982, 638; BGH, DAVorm 1985, 70; BGH, FamRZ 1996, 1031; OLG Celle, FamRZ 2003, 1490; OLG Hamm, FamRZ 2006, 359; Staudinger/Coester, BGB, § 1666, Rn. 65 m.w.N.

Rechtsweg erschöpft ist¹⁸. Zunächst also muss man sich in den uns hier interessierenden Fällen an die Familiengerichte wenden. Erst wenn deren Entscheidung rechtskräftig wurde – oder aber mit einer rechtzeitigen Entscheidung dieser Gerichte nicht zu rechnen ist – kann man das BVerfG anrufen. Aus dieser prozessualen Ordnung ergibt sich, dass das BVerfG häufig erst nach vielen Jahren entscheidet.

b. in der EMRK

In der familienrechtlichen Diskussion – auch im Zusammenhang mit psychisch kranken oder geistig behinderten Eltern - wird zunehmend auf die EMRK¹⁹ Bezug genommen. Nach Art. 1 ff. sichern die Vertragsparteien allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt I bestimmten Rechte und Freiheiten zu. Dazu zählt auch Art. 8, der das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens regelt²⁰. Die EMRK ist ein internationales Übereinkommen, das – anders als EU-Verordnungen – in Deutschland kein unmittelbar geltendes, und schon gar kein höherrangiges Recht darstellt. Es hat in der deutschen Rechtsordnung formal lediglich den Rang eines einfachen Bundesgesetzes, ist aber materiell bei der Interpretation des nationalen Rechtes, und hier auch und gerade der Grundrechte und staatlichen Garantien zu berücksichtigen²¹. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes in Menschenrechtssachen in Straßburg (EuGHMR), der über die Einhaltung der EMRK wacht, kann deshalb weder deutsche Gerichtsentscheidungen aufheben, noch binden diese Urteile die deutschen Gerichte unmittelbar. Aus Art. 46 EMRK folgt aber, dass die Rechtsprechung des EuGHMR für alle noch nicht abgeschlossenen Parallelfälle rechtliche Bedeutung insofern hat, als alle nationalen Behörden die vom EuGMR geäußerte Rechtsauffassung künftig beachten müssen. Das betrifft sowohl die Gerichte wie auch die Jugendämter²². Der Beachtungspflicht der EMRK entspricht im nationalen Recht Art. 6 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip²³. Die Missachtung der EMRK und der Rspr. des EuGHMR führen also nicht nur zu Schadensersatzverpflichtungen des Rechtssubjektes Deutschland²⁴, sondern stellen unmittelbare Verletzungen deutschen Rechtes dar.

Vor allem bei der Auslegung des Kriteriums "Kindeswohlgefährdung" müssen deutsche Familienrichter ebenso wie die Mitarbeiter der Jugendämter die Rechtsprechung des EuGHMR zu Art. 8 EMRK²⁵ (Achtung des Familienlebens) beachten. Dieser hat ausgesprochen, dass der Staat bei der Vornahme von Eingriffen in das Familienleben grundsätzlich so handeln müsse, dass daraus eine Fortentwicklung der familiären Beziehungen folgen könne. Er habe nach einer einmal erfolgten Trennung der Kinder von den Eltern sogar stets geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um den betreffenden Elternteil und das Kind wieder zusammen zu führen²⁶.

c. im Übereinkommen über den Umgang mit Kindern des Europarats v. 15.5.2003²⁷

Dieses Abkommen wurde von Deutschland (oder der EU) bisher noch nicht ratifiziert und wirkt sich deshalb auf die Ausgestaltung des Umgangsrechts in Deutschland noch nicht mit verbindlicher Kraft aus. Wie die EU-VO Nr. 2201/2003 hat dieses Abkommen das Ziel, die

¹⁸ Siehe § 90 Abs. 2 BVerfGG

¹⁹

²⁰ Siehe Anhang 2)

²¹ Siehe BVerfG FamRZ 2004, 1857, 1858

²² so auch Rixe, in: Anm. zu EGMR, FamRZ 2005, 589, 590

²³ BVerfG, FamRZ 2004, 1857, 1858

²⁴ Nach Art. 41 EMRK kann der Gerichtshof eine „gerechte Entschädigung“ zusprechen, wenn er feststellt, dass diese Konvention oder die Protokolle dazu verletzt worden sind, und das innerstaatliche Recht der Vertragsparteien – wie in Deutschland - nur eine unvollkommene Wiedergutmachung für die Folgen dieser Verletzung kennt.

²⁵ Siehe Anhang 2)

²⁶ EuGMR, FamRZ 2002, 1393; OLG Hamm, FamRZ 2004, 1664, 1665

²⁷ ETS Nr. 192

Bedingungen für den Umgang zwischen Eltern und Kindern, aber auch mit anderen Personen, zu denen die Kinder enge familiäre Beziehungen haben, zu fördern, und formuliert deshalb konkrete Schutzvorkehrungen und Garantien.

Auch wenn dieses Abkommen in Deutschland noch nicht ratifiziert wurde, kann man die in diesem Übereinkommen aufgeführten Sicherungen überwiegend bereits heute im Wege einer Vereinbarung oder durch richterliche Anordnung nach § 1684 Abs. 3, Abs. 4 BGB nutzen²⁸.

d. in der UN-Kinderrechts-Charta

Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 wurde zwar schon am 26. Januar 1990 von der Bundesrepublik Deutschland unterzeichnet. Die Zustimmung von Bundestag und Bundesrat, die sog. Ratifikation erfolgten aber erst durch Gesetz vom 17. Februar 1992²⁹, so dass sie erst am 6. März 1992 in Kraft getreten ist³⁰.

Das Übereinkommen sichert Kindern (und Eltern) bestimmte grundlegende Rechte zu. Maßgeblich sind hier vor allem die Art. 2 ff.³¹ Anders als die EMRK sieht die UN-Kinderrechts-Charta keine durchsetzbare Verpflichtungen der Vertragspartner zur Verwirklichung der in der Charta den Kindern zugesprochenen Rechten zu, sondern verpflichtet die Vertragsparteien lediglich zu Bemühungen³², durch geeignete und wirksame Maßnahmen die Grundsätze und Bestimmungen dieses Übereinkommens bei Erwachsenen und auch bei Kindern allgemein bekannt zu machen. Außerdem wird ein Ausschuss eingesetzt der der Vollversammlung über Fortschritte bei der Erfüllung des Übereinkommens berichtet³³. Die UN-Kinderrechts-Charta ist ausschließlich internationales Vertragsrecht und bindet deshalb kein deutsches Gericht, kein Jugendamt und keine sonstige staatliche Stelle unmittelbar. Art 25 GG³⁴ ist hier nicht einschlägig, weil die UN-Kinderrechtscharta wohl immer noch nicht zu den allgemeinen Regeln des Völkerrechts zählt.

3. Tatbestände des BGB

a. Inhalt der elterlichen Verantwortung

Die psychische Erkrankung von Eltern kann rechtliche Auswirkungen auf ihre elterliche Verantwortung haben, die nach einfachem deutschem Recht – leider – aufgespalten ist in die elterliche Sorge und die Umgangspflicht bzw. das Umgangsrecht. Beide zusammen bilden das durch die Verfassung und die EMRK geschützte natürliche Elternrecht. In der gerichtlichen Praxis wird zwischen Sorge- und Umgangsrecht häufig stark getrennt und zuwenig deutlich gemacht, dass auch das Umgangsrecht ein (Rest-)Bestand der elterlichen Verantwortung ist, in die die nur unter erschwerten Bedingungen eingegriffen werden darf. Dass Umgangsrecht und Sorgerecht unmittelbar zusammenhängen und eigentlich im Einzelfall teilweise schwer von einander abgrenzbare Teile ein und desselben sind, wird deutlich, wenn in der Rspr. begrenzte Sorgerechtsingriffe im Rahmen eines Umgangsregelungsver-

²⁸ vgl. Empfehlungen des AK 20 des 16. Deutschen Familiengerichtstages, Brühler Schriften zum Familienrecht Nr. 14, S. 163 f.

²⁹ BGB1. II S.121

³⁰ Siehe die Bekanntmachung vom 10. Juli 1992 - BGBl. II S. 990

³¹ Siehe Anhang 3)

³² Siehe Art. 18 in Anhang 3)

³³ Siehe Art. 42, 43 in Anhang 3)

³⁴ Art. 25 GG lautet: Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes

fahrens³⁵ oder (vorläufige) Umgangsregelungen im Rahmen eines Sorgerechts(änderungs)-verfahrens³⁶ als dem anderen Verfahren „dienend“ für zulässig gehalten werden.

b. Definition und Umfang der elterliche Sorge nach bürgerlichem Recht

Der Verfassung folgend definiert **§ 1626 Abs. 1 BGB** die elterliche Sorge als "die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen" und unterteilt sie in "die Sorge für die Person des Kindes (Personensorge) und das Vermögen des Kindes (Vermögenssorge)". Zur elterlichen Sorge zählt das Gesetz weiter das Recht zur Vertretung³⁷. Die elterliche Sorge erstreckt sich nicht auf Angelegenheiten des Kindes, für die ein Pfleger bestellt ist³⁸.

Die **Personensorge** oder tatsächliche Sorge umfasst alle Fürsorgehandlungen für ein Kind³⁹ mit folgenden Ausnahmen: Bei Minderjährigen, die verheiratet sind oder waren, beschränkt sich die Personensorge auf die Vertretung in persönlichen Angelegenheiten⁴⁰. Die elterliche Sorge erstreckt sich auch nicht auf Angelegenheiten des Kindes, für die **ein Pfleger bestellt ist**⁴¹. Die Anordnung einer rechtlichen **Betreuung** nach §§ 1896 ff. BGB als solche berührt die elterliche Sorge dagegen nicht.

Die **Vermögenssorge** umfasst die Erhaltung und Verwertung des Kindesvermögens mit Ausnahme solchen Vermögens, das dem Kind mit der ausdrücklichen Bestimmung zugewendet wurde, dass die Eltern dieses Vermögen nicht verwalten sollen⁴². Das Gleiche gilt für Vermögensgegenstände, die mithilfe des o.g. Vermögens erworben werden.

Daneben gibt es **weitere Bereiche der elterlichen Sorge**, die vom BGB nicht erwähnt werden, sondern sich nur indirekt aus anderen Gesetzen erschließen wie z.B. das Recht, dem Kind einen oder mehrere Vornamen zu geben. Dieses Recht folgt nach der Rechtsprechung des BGH aus dem Personensorgerecht⁴³. Nicht vergessen werden darf das Recht, Hilfen zur Erziehung nach dem KJHG zu beantragen.

c. Zu Inhalt und Umfang des Umgangsrechtes und der Umgangspflicht

aa. Umgangsrecht jedes Kindes

Jedes Kind hat unabhängig davon, ob die Eltern miteinander verheiratet sind oder waren, ob sie jemals zusammengelebt haben oder sich getrennt haben, einen eigenen Anspruch auf Umgang mit beiden Eltern unabhängig von der Frage der Sorgerechtsregelung.

³⁵ so z.B. der Entzug eines Teiles des Aufenthaltsbestimmungsrechtes durch Bestellung eines Umgangspflegers, vgl. OLG Karlsruhe OLGR Karlsruhe 2007, 270 f.

³⁶ siehe Johannsen/Henrich/Sedemund-Treiber, Eherecht, 4. Aufl., § 620 g Rn. 2

³⁷ siehe §§ 1629, 1687 BGB

³⁸ siehe § 1630 Abs. 1 BGB

³⁹ Im Einzelnen regelt das Gesetz ausdrücklich: die Bestimmung des Familiennamens, wenn die Eltern bei der Geburt des Kindes keinen Ehenamen führen, §§ 1616 f. BGB; die Pflege, Erziehung und Beaufsichtigung und Bestimmung des Aufenthalts, § 1631 BGB; dazu gehört auch die Begründung des Wohnsitzes, ebenso die Gesundheitsfürsorge; die Angelegenheiten der Ausbildung und des Berufs, § 1631a BGB; die Unterbringung eines Kindes in einer geschlossenen Einrichtung, § 1631b BGB; die Herausgabe bei widerrechtlicher Vorenthaltung, § 1632 Abs. 1 BGB; die Bestimmung des Umgangs des Kindes auch mit Wirkung für und gegen Dritte, § 1632 Abs. 2 BGB; die Untersagung der Wegnahme bei Familienpflege, § 1632 Abs. 4 BGB. Die elterliche Sorge umfasst nicht die Einwilligung in eine Sterilisation des Kindes, § 1631c BGB. Diese ist verboten mit der Folge, dass auch eine Einwilligung der Eltern selbst oder eine Ergänzungspflegschaft mit dem Ziel einer Einwilligung in die Sterilisation nicht möglich sind.

⁴⁰ siehe § 1633 BGB

⁴¹ siehe § 1630 Abs. 1 BGB

⁴² siehe § 1638 BGB

⁴³ BGH, FamRZ 1979, 466

Jeder getrennt lebende oder geschiedene Elternteil hat während der Zeit des (berechtigten) Umgangs das Recht, alle Fragen der tatsächlichen Betreuung zu entscheiden und das Kind insoweit auch allein zu vertreten. Das gilt ausdrücklich unabhängig von der Sorgerechtsregelung⁴⁴. Das Familiengericht kann aber die Bestimmungs- und Vertretungsbefugnisse des "Umgangselternteils" ebenso wie des mitsorgeberechtigten Elternteils einschränken oder ausschließen, wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist⁴⁵.

bb. Umgangspflicht der Eltern

Nach §§ 1626, 1684 BGB haben die Eltern jetzt nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht zum Umgang mit dem Kind. Diese Regelung hat nicht nur Warnfunktion in dem Sinne, dass bei Vereitelung des Umgangsrechts dieses bis zur Einschränkung oder zum Entzug der elterlichen Sorge führen kann, sondern stellt eine durchsetzbare Verpflichtung des nicht hauptsächlich betreuenden Elternteiles dar. Die Regelung des Umgangs kann jetzt auch gegen den gleichgültigen umgangsberechtigten Elternteil angeordnet und durch Zwangsmittel durchgesetzt werden⁴⁶.

cc. Wohlverhaltenspflicht der Eltern

Nach § 1684 Abs. 2 BGB trifft die Eltern eine ausdrückliche Wohlverhaltenspflicht, d.h. sie haben alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum anderen Elternteil beeinträchtigen oder die Erziehung stören könnte⁴⁷. Diese Pflicht kann schon nach geltendem Recht⁴⁸ durch konkrete Anordnungen oder Unterlassungsverfügungen ggf. mit Zwangsgeldern durchgesetzt werden⁴⁹. Dabei kann es sich handeln z.B. um die Anweisung, eine Beratungsstelle aufzusuchen, um den abgebrochenen Kontakt zwischen Vater und Kind wieder anzubahnen oder zur Ermöglichung regelmäßiger Umgangskontakte als Elternteil eine Therapie zu machen oder zumindest an einem fachpsychologischen Beratungsgespräch teilzunehmen⁵⁰.

Nach dem Entwurf eines FGG-Reformgesetzes erhält das Gericht ausdrücklich die Möglichkeit, die Eltern zu einer Beratung zu verpflichten. Allerdings bleibt diese Anordnung nach dem Entwurf regelmäßig bis auf Kostennachteile bewusst sanktionslos, weil der Entwurf die Vollstreckung von Zwischenentscheidungen nicht kennt und eine Ordnungsgeldregelung wie beim Nichtbefolgen einer Ladung nicht vorgesehen ist.

Zur Wohlverhaltenspflicht gehört es auch, die Umgangsbereitschaft des Kindes aktiv zu fördern^{51, 52, 53}.

⁴⁴ siehe § 1687 Abs. 1 Satz 2, Satz 4 und Satz 5 einerseits und § 1687a BGB andererseits.

⁴⁵ siehe §§ 1687 Abs. 2, 1687a a.E. BGB

⁴⁶ OLG Köln, FamRZ 2001, 1023; OLG Köln, FamRZ 2004, 52; OLG Brandenburg, FamRZ 2005, 293, 294; OLG Stuttgart FamRZ 2006, 1060

⁴⁷ (vgl. OLG Frankfurt/M., FamRZ 2000, 52; Motzer, FamRZ 2000, 925, 926).

⁴⁸ so zu Recht OLG Stuttgart FamRZ 2001, 932, 933

⁴⁹ vgl. OLG Braunschweig, FamRZ 1999, 185, 186; OLG Karlsruhe, FamRZ 2005, 633, 634

⁵⁰ vgl. OLG Rostock, FamRZ 2004, 54, 55; AG Frankfurt/M., FamRZ 2004, 1595, 1596 mit der modifizierenden Beschwerdeentscheidung des OLG Frankfurt/M., FamRZ 2005, 1700, 1701, die ihrerseits nicht bedenkenfrei erscheint; a.A. OLG Nürnberg FamRZ 2006, 1146, das Beratung gegen den Willen des dazu Verpflichteten von vorn herein für „kaum erfolgversprechend“ hält und in § 1684 Abs. 3 S. 2 keine ausreichend Grundlage für eine Verpflichtung zur Beratung sieht; zu vorsichtig OLG Karlsruhe FamRZ 2004, 56, 57 mit seiner Meinung, aus § 1684 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 BGB könne die gerichtliche Anordnung, einer psychologisch-pädagogischen Intervention durch Beratung, Behandlung oder Familientherapie nicht abgeleitet werden.

⁵¹ vgl. OLG Braunschweig, FamRZ 1999, 185; OLG Jena, FuR 2000, 121, 122; OLG Rostock, FamRZ 2004, 54, 55; OLG Karlsruhe, FamRZ 2005, 295

⁵² Ein Elternteil verstößt bereits dann gegen die Wohlverhaltenspflicht, wenn er es einem 8jährigen

Umgangsrecht und Mitwirkungspflichten beider Eltern sind aber keine Grundlage für zwangsgeldbewehrte Anordnungen des Familiengerichts, wonach Elternteile im Beisein des bestellten Sachverständigen mit dem Kind Umgang zu pflegen haben, damit dieser zur Vorbereitung seines Gutachtens Verhaltensbeobachtungen machen könne. Es fehlt nach Meinung des BVerfG im Augenblick eine ausreichende Gesetzesgrundlage für ein solches Vorgehen⁵⁴.

dd. Besonderheiten des Umganges zwischen Kindern, die bei Pflegeeltern leben, und ihren leiblichen Eltern

Anders als beim Umgang zwischen Kindern und getrenntlebenden Eltern kann beim Umgang von Kindern, die in Pflegefamilien leben, nicht davon ausgegangen werden, dass der Umgang mit den Eltern regelmäßig ihrem Wohl dient. Eltern- und Kindesrechte stehen in einer andern Balance als bei Trennungs- und Scheidungskindern. Im Vordergrund stehen hier die elterliche Pflichten wie z.B. die Rücksicht auf die Pflegesituation. Allerdings muss auch hier der Ausschluss oder weitgehende Ausschluss von Umgangsrechten der Ausnahmefall bleiben. Häufigkeit und Modalitäten des Umganges werden sich aber nicht selten von den „normalen“ Umgangsregelungen z.T. deutlich unterscheiden. Nicht selten wird es für kürzere oder längere Zeit nur begleiteten Umgang (siehe nachfolgend) geben können. Eine Rückkehroption darf zwar nur im extremen Ausnahmefall ausgeschlossen werden, man muss aber auch die Realität berücksichtigen, dass die allermeisten in Dauerpflege lebenden Kinder bis zu ihrer Volljährigkeit (und darüber hinaus) nicht in den elterlichen Haushalt zurückkehren können, weil ansonsten ihr Wohl gefährdet wäre.

ee. zur Regelung des Umganges im Allgemeinen

Das Familiengericht entscheidet über den Umgang zwischen Eltern und Kind, und zwar anders als bei der Sorgerechtsregelung nach § 1671 BGB⁵⁵ nicht nur auf Antrag eines Elternteiles, sondern erforderlichenfalls auch von Amts wegen. Maßstab ist hier – anders als beim Entzug des Sorgerechts oder Ausschluss des Umgangsrechtes - das einfache Kindeswohl.

Als Folge des Umgangsrechtes der Eltern und des Kindes darf das Familiengericht einen Antrag auf Umgangsregelung grundsätzlich **nicht lediglich ablehnen**⁵⁶. Dadurch würde unzulässig in das verfassungsmäßige Elternrecht des umgangsberechtigten Elternteils eingegriffen. Dieser Elternteil muss aus der Entscheidung immer entnehmen können, ab wann er zumindest einen Antrag auf Überprüfung des (faktischen) Ausschlusses des Umgangsrechtes stellen kann. Das gilt gerade auch dann, wenn derzeit nicht hinreichend absehbar ist, wann die Gründe für den augenblicklichen Ausschluss des Umgangsrechtes tatsächlich entfallen werden⁵⁷.

Nicht entscheiden muss das Gericht, wenn sich die Parteien – sei es mit Hilfe des Gerichtes, von Beratungsstellen, sonstiger Dritter oder aus eigener Kraft – im Laufe des Verfahrens auf

Kind freistellt, ob es Umgangskontakte wahrnehmen will oder nicht, vgl. OLG Saarbrücken FamRZ 2007, 927, 928

⁵³ Gleiches gilt für einen Elternteil, der es unter Berufung auf (vermeintliche) pädagogische Grundsätze ablehnt, sein Kind zu dem gerichtlich festgesetzten Umgangskontakten mit dem anderen Elternteil anzuhalten, wenn dieses sich weigert, feste Termine zu akzeptieren, sondern Umgang mit dem anderen Elternteil nur nach eigenem Gutdünken pflegen möchte. Das gilt vor allem dann, wenn die persönliche Anhörung des Kindes ergeben hat, dass es seine Verweigerung des terminlich festgelegten Umgangs überdenken würde, wenn der Vater es zur Einhaltung der Termine veranlassen würde (OLG Karlsruhe, FamRZ 2005, 919, 920)

⁵⁴ BVerfG, FamRZ 2004, 523

⁵⁵ Siehe Anhang 4)

⁵⁶ BGH, FamRZ 1994, 312; OLG Bamberg, FamRZ 1993, 726; OLG Düsseldorf, FamRZ 1994, 1276; a.A.: in einem besonderen Fall OLG Frankfurt/M., FamRZ 1995, 1431

⁵⁷ BVerfG, FamRZ 2005, 1815, 1816

eine **einvernehmliche Regelung** einigen oder aber der Elternteil, der zunächst ein Umgangsrecht begehrte, darauf glaubhaft verzichtet. In diesem Fall hat sich das Verfahren erledigt. Das Gericht muss hier nicht etwa den Ausschluss des Umgangsrechts feststellen und kann auch einen darauf gerichteten Antrag des betreuenden Elternteils mangels Rechtsschutzbedürfnisses zurückweisen⁵⁸. Allerdings darf das die Erledigung des Verfahrens feststellende Gericht nicht vergessen, etwa bestehende Vollstreckungstitel und Zwangsmaßnahmen einschließlich der Bestellung eines Umgangspflegers aufzuheben. Insoweit nämlich hat sich das Verfahren durch den Verzicht des Umgangsberechtigten auf seinen Umgang nicht erledigt⁵⁹.

d. Gerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls

Die gerichtlichen Eingriffsmöglichkeiten und –verpflichtungen sind neben § 1684 Abs. 4 BGB vor allem geregelt in den **§§ 1666, 1666a BGB**⁶⁰. Das sind auch die Bestimmungen, die in der gerichtlichen Praxis bei psychischer Erkrankung eines Elternteiles am meisten angewandt werden. Danach sind Eingriffe in das elterliche Sorgerecht, die bis zum Entzug der elterlichen Sorge und der Trennung der Kinder von den Eltern führen können, nur bei einer akuten Kindeswohlgefährdung, nie vorbeugend, und auch dann nur in dem geringstmöglichen Umfang (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) zulässig.

Eine Gefährdung des Kindeswohls kann nur feststellen, wer weiß, was das Kindeswohl im Einzelfall ist, und seine juristischen wie nicht juristischen Kriterien kennt. Eine umfassende gesetzliche Definition des Kindeswohls sucht man vergebens. Im BGB finden sich nur unvollkommene Regelungen. Nach wie vor kennt das BGB z.B. keinen ausdrücklichen Anspruch des Kindes auf gesunde Erziehung, obwohl dieses unzweifelhaft zum Kindeswohl gehört. Aus §§ 1 Abs. 1, 9 Abs. 1, 22 Abs. 1 SGB VIII ergibt sich z.B. ebenso wie aus §§ 1631, 1631a BGB in der Fassung des Gesetzes zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung vom 2.11.2000⁶¹ eher indirekt das Recht jedes jungen Menschen auf optimale Förderung seiner Entwicklung und auf gewaltfreie Erziehung zu einer zunehmend eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit.

Daneben spielen hier ebenso wie bei der Regelung der elterlichen Sorge nach dauernder Trennung der Eltern die gesicherten Erkenntnisse der Pädagogik und Psychologie⁶² eine maßgebende Rolle⁶³.

Zur Bestimmung des Kindeswohls und insbesondere seiner Gefährdung ist im Rahmen des § 1666 BGB ebenso wie bei Sorgerechtsregelungen nach § 1671 BGB immer eine Gesamt-

⁵⁸ BGH, FamRZ 2005, 1471 f.

⁵⁹ BGH, FamRZ 2005, 1471, 1473

⁶⁰ § 1666 BGB wird hier zitiert in der Fassung des Ende April 2008 vom Bundestag beschlossenen und am ... in Kraft getretenen Gesetzes zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls.

⁶¹ BGBl. 2000 I, S. 1479

⁶² nämlich

Kontinuitätsprinzip,

Förderprinzip mit den aus diesem Prinzip abgeleiteten maßgeblichen Entscheidungskriterien des Erziehungsstils sowie der Erziehungseignung,

Bindung des Kindes an die Eltern,

Bindung des Kindes an seine Geschwister und

der Wille des Kindes und

seine Neigungen und

das mit dem Alter zunehmende Selbstbestimmungsrecht des Kindes,

⁶³ vgl. Staudinger/Coester, BGB, § 1666 Rn. 60 ff. m.w.N.; vorstehend Rn. 299 ff.

betrachtung und eine Abwägung aller denkbarer Alternativen nach den genannten Gesichtspunkten erforderlich⁶⁴.

Auf psychisch kranke Eltern angewandt heißt das: nicht jeder seelisch kranke Mensch ist als erziehungsunfähig anzusehen und schadet seinem Kind so, dass der Staat in das Sorgerecht eingreifen muss, auch wenn vermutlich jede psychische Erkrankung eines Elternteiles für das Kind eine erhebliche Last ist. Schafft es der kranke Elternteil, sich und die Umgebung des Kindes so zu organisieren, dass im Ergebnis keine (dauerhafte) Kindeswohlgefährdung zurückbleibt oder verfügt das Kind über so viele eigene inneren und äußeren Ressourcen, das es mit der Erkrankung des Elternteiles hinreichend fertig wird, behält das Kind zwar möglicherweise ein schwieriges Leben, dem Elternteil aber bleibt der Verlust seines Sorgerechtes erspart.

Seit der Kindesrechtsreform 1980 erfordert § 1666 BGB kein Verschulden der Eltern mehr, gleichwohl sind doch ein erhebliches Versagen und eine erhebliche Gefährdung erforderlich⁶⁵. Wie zurückhaltend die Rspr. hier agiert, zeigt, dass z.B. aus der Tatsache einer körperlichen Verletzung des Kindes allein noch nicht die Prognose bevorstehender erheblicher Gefährdungen abgeleitet werden darf, auch wenn die Eltern keine plausible Erklärung für die Verletzung des Kindes geben können⁶⁶.

An dieser Rechtslage hat sich durch das Ende April 2008 vom Bundestag beschlossene Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls entgegen dem ersten Eindruck nichts Wesentliches geändert. Zwar gestattet dieses Gesetz dem Gericht ein Tätigwerden jetzt ausdrücklich auch schon unterhalb der bisherigen Eingriffsschwelle des § 1666 BGB, begrenzt dieses Tätigwerden aber auf weniger einschneidende Maßnahmen wie Hinweise, Ermahnungen und die Auflage, bestimmte von der Jugendhilfe angebotene Maßnahmen anzunehmen. Diese Maßnahmen, insbesondere aber die mit Zwangsmitteln durchsetzbare Verpflichtung, zu einem gerichtlichen Erörterungstermin zu erscheinen, sind bereits Eingriffe in das elterliche Sorgerecht. Sie waren möglicherweise schon vor dem Inkrafttreten des Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls im Rahmen eines Verfahrens nach § 1666 BGB möglich und unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geboten. Das neue Recht hat insoweit wohl eher eine Klarstellung als eine Veränderung gebracht. Nach der ausdrücklichen Gesetzesbegründung sollte das neue Recht die Eingriffsschwelle für das Gericht jedenfalls nicht senken⁶⁷.

In der Praxis sind im Zusammenhang mit der seelischen Erkrankung eines Elternteiles als schwerwiegende Kindeswohlgefährdungen, die Eingriffe in die elterliche Sorge rechtfertigen, anerkannt worden:

- Unkontrolliertes, verletzendes Verhalten gegenüber dem Kind⁶⁸,
- Vernachlässigung⁶⁹,
- Beschränkung von Entwicklungs- und Entfaltungsmöglichkeiten sowie übermäßige Fehlzeiten des Kindes in der Schule⁷⁰,
- Überforderung des Kindes durch unangemessenes, auffälliges Verhalten und fehlende Fähigkeit, Interessen und Bedürfnisse des Kindes wahrzunehmen⁷¹,

⁶⁴ so schon BGH, FamRZ 1985, 169, 171

⁶⁵ BVerfG FamRZ 2002, 1021, 1022 m.w.N.; FamRZ 2008, 492; OLG Saarbrücken FamRZ 2008, 711, 712

⁶⁶ OLG Karlsruhe FamRZ 2007, 576, 577

⁶⁷ vgl. BRats-Drucks. 550/07 S. 16

⁶⁸ OLG Köln FamRZ 2004, 828

⁶⁹ BayObLG FamRZ 1995, 948

⁷⁰ AG Saarbrücken, FamRZ 2003, 1859,

⁷¹ OLG München FamRZ 2004, 1597

- Beschneidung sozialer Kontakte durch paranoide Weltsicht⁷²,
- Störung der Beziehungsfähigkeit oder -kontinuität⁷³.

Zu den geschilderten Auffälligkeiten entweder beim Kind oder beim erkrankten Elternteil muss zur Rechtfertigung eines Eingriffes in die elterliche Sorge regelmäßig eine fehlende Krankheitseinsicht hinzukommen sowie, damit zusammenhängend, die fehlende Bereitschaft oder Fähigkeit des erkrankten Elternteiles für Abhilfe zu sorgen. Ein Eingriff in die elterliche Sorge ist ausgeschlossen, wenn der psychisch kranke Elternteil trotz der Erkrankung selbst oder durch Einschaltung anderer geeigneter Personen innerhalb oder – vor allem bei älteren Kindern – auch außerhalb der Familie erziehungsfähig bleibt, die Lebensumstände des Kindes geordnet sind und das Kind über ausreichende seelische Ressourcen wie Selbstvertrauen und realistisches Bewältigungsverhalten⁷⁴ verfügt. Das ist der Grund dafür, dass die seelische Erkrankung nur eines Elternteiles bei zusammenlebenden Eltern kaum zu gerichtlichen Aktionen führt.

Als Faktoren, die gegen eine ausreichende Absicherung des Kindeswohls sprechen und damit einen gerichtlichen Eingriff in das Sorge- (oder Umgangs-)recht wahrscheinlich machen, sind neben fehlender Krankheitseinsicht anzusehen⁷⁵: Suizidalität; schwere Interaktionsstörungen, die vom andern Elternteil oder einem Dritten nicht ausgeglichen werden können; Unfähigkeit, Hilfen anzunehmen; abnorm verzernte elterliche Wahrnehmung; Vernachlässigung und/oder Misshandlung; deutliche Entwicklungsverzögerung des Kindes.

Zur Frage, ob bei seelischer Erkrankung des betreuenden Elternteiles mit der körperlichen oder seelischen Erkrankung des Kindes zu rechnen ist, lassen sich allgemeine Vorhersagen offenbar nicht treffen. Entscheidend sind auch hier die Widerstandskräfte und Ressourcen des Kindes im Zusammenhang mit seinem sozialen Umfeld, seinem Alter, seinen außerhäuslichen Interessen (Sport, Musik?), der gesamten Betreuungssituation (Kindergarten? Kontakt zu Gleichaltrigen?), die es zu ermitteln und zu bewerten gilt⁷⁶.

Schwierig kann die Beurteilung werden, wenn die Krankheitsschübe nur periodisch auftreten. Hier kann es vor allem bei häufigen Krankheitsschüben sein, dass ein teilweise oder völliger Entzug der elterlichen Sorge notwendig wird⁷⁷.

Weigert sich ein Sorgeberechtigter, bei konkreten Anhaltspunkten (behauptete Gewalttätigkeit und erkennbare Uneinsichtigkeit des Vaters, erhebliche Verängstigung der Kinder) an der Aufklärung seiner Erziehungsfähigkeit durch Einholung eines Gutachtens mitzuwirken, kann dieses - zusammen mit den konkreten Verdachtsmomenten – zum (vorläufigen) Entzug des Sorgerechts reichen, wenn er durch sein Verhalten zu erkennen gibt, das er die Bemühungen des Jugendamtes zur Sachverhaltsaufklärung hintertreibt und anders eine Kindeswohlgefährdung nicht ausgeschlossen werden kann⁷⁸.

⁷² OLG Karlsruhe, JugAmt 2001, 192

⁷³ BayObLG FamRZ 1995, 502

⁷⁴ Siehe Kindler FPR 2005, 229, der allerdings darauf hinweist, dass die empirische Forschung zu Schutzfaktoren und Ressourcen bei Kindern psychisch erkrankter Eltern bisher noch nicht weit entwickelt sind

⁷⁵ vgl. Häfele: : Seelisch erkrankte Eltern und Kindeswohlgefährdung, in FPR 2005, 307, 311

⁷⁶ siehe dazu Häfele a.a.O. S. 309

⁷⁷ Vgl. OLG München FamRZ 2004, 1597

⁷⁸ so OLG Köln vom 10. 4. 2007, 4 UF 249/06; 30/07 und 31/07 in FamRZ 2007, 1682 (Leitsatz) und ausführlich unter juris

Wird einem erkrankten Elternteil nach § 1666 BGB die elterliche Sorge ganz oder teilweise entzogen, wird diese von dem anderen Elternteil ausgeübt, der bisher mit dem erkrankten gemeinsam sorgeberechtigt war⁷⁹.

War der erkrankte Elternteil, dem die elterliche Sorge entzogen wurde, allein sorgeberechtigt, wird der andere Elternteil nicht automatisch sorgeberechtigt. Vielmehr muss das Gericht sorgfältig prüfen, ob die Übertragung der elterlichen Sorge auf den anderen Elternteil dem Kindeswohl entspricht. Dabei ist das durch Art. 6 GG geschützte natürliche Elternrecht des nichtsorgeberechtigten Elternteiles zu beachten mit der Folge, dass dieser einen Anspruch auf Übertragung der elterlichen Sorge hat, wenn dieses dem Kind nicht schadet („dem Kindeswohl nicht widerspricht“). Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist zwar danach zu unterscheiden, ob die Alleinsorge auf einer gerichtlichen Entscheidung nach §§ 1671, 1672 BGB über eine vormalige gemeinsame elterliche Sorge oder auf der gesetzlichen Alleinsorge der nichtehelichen Mutter nach § 1626a BGB beruht. Eine verfassungskonforme Auslegung dieser Vorschrift führt aber zum Ergebnis, dass auch dem nichtehelichen Vater in den Fällen des § 1626a BGB wie allen Elternteilen, die ihre elterliche Sorge nach §§ 1671, 1672 BGB verloren hatten, die elterliche Sorge bereits dann zu übertragen ist, wenn diese dem Kindeswohl nicht widerspricht⁸⁰.

Ist der andere, bisher nicht sorgeberechtigte Elternteil im Sinne des § 1666 BGB außerstande, das Kindeswohl zu sichern, muss eine Vormundschaft⁸¹ bzw. bei teilweisem Entzug der elterlichen Sorge eine Ergänzungspflegschaft mit genau zu bezeichnendem Wirkungskreis⁸² eingerichtet werden.

e. gerichtliche Maßnahmen zur Regelung des Umganges zwischen Eltern und Kind

Neben dem völligen oder teilweisen Entzug der elterlichen Sorge nach §§ 1666, 1666a BGB stellen erhebliche Beschränkungen oder gar der Ausschluss des Umgangsrechtes nach § 1684 BGB die größten Eingriffe in die elterliche Verantwortung dar. Um in schwierigen Fällen – und dazu zählen auch die Fälle psychischer Erkrankungen eines Elternteiles⁸³ – den Ausschluss jeglichen persönlichen Umganges zu vermeiden, wird in der Praxis relativ häufig zu den Mitteln des Begleiteten Umganges und der Umgangspflegschaft gegriffen, ohne dass man sich jeweils ausreichend der Voraussetzungen und Grenzen bewusst macht.

bb. Begleiteter Umgang

Immer dann, wenn es erhebliche Schwierigkeiten bei der Umsetzung des Umgangsrechtes des Kindes oder des anderen Elternteiles gibt und wegen einer Kindeswohlgefährdung der Ausschluss des Umganges droht, kommt als minder schweres Mittel der begleitete Umgang

⁷⁹ Siehe § 1680 Abs. 3, 1 BGB, Anhang 4) und die nachfolgenden Ausführungen unter f.) aa)

⁸⁰ Siehe Staudinger/Coester, BGB, 2004, § 1680 BGB Rn. 14

⁸¹ Siehe § 1773 Abs. 1 BGB

⁸² Siehe § 1909 Abs. 1 BGB

⁸³ wenn

- aufgrund unkontrollierbarer Ausbrüche der Eltern eine kindeswohlgerechte Übergabe der Kinder von einem zum anderen Elternteil nicht möglich ist.
- die Kinder besonders bindungsängstlich sind und sich vom hauptsächlich obsorgenden Elternteil nicht trennen können, vor allem wenn der Besuchelelternteil die behutsame Loslösung der Kinder nicht unterstützen kann.
- das Kind den Kontakt deutlich verweigert (OLG Köln, FamRZ 2001, 1163)
- die Fähigkeit der Bezugspersonen des Kindes, Umgangskontakte für das Kind belastungsfrei zu gestalten, ersichtlich eingeschränkt ist, z.B. bei Beeinflussung des Kindes durch den Umgangssuchenden gegen den obsorgenden Elternteil, bei psychischen oder Suchterkrankungen des Umgangssuchenden.

nach § 1684 Abs. 4 BGB in Betracht. Alles, was zum Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung im Rahmen des § 1666 BGB gesagt wurde, gilt auch für Eingriffe in das Umgangsrecht eines psychisch erkrankten Elternteiles.

Begleiteter Umgang darf nicht gedankenlos zur Vermeidung eines an sich zu beschließenden Umgangausschlusses angeordnet oder fortgesetzt werden. Es bedarf der genauen Prüfung einer Reihe von Voraussetzungen und inhaltlichen Zwängen. Weigert sich z.B. der den Umgang begehrende Elternteil, an einer nach Lage der Dinge zum Wohl des Kindes erforderlichen behutsamen Anbahnung oder sonst sicheren Gestaltung des Umgangs durch einen begleiteten Umgang mitzuwirken, kommt regelmäßig nur der zeitweilige Ausschluss des Umgangs in Betracht.

In diesen Fällen muss es darum gehen, die Vorbehalte und Ängste des Kindes zu erfassen und – soweit möglich – durch konkrete Vereinbarungen über die Durchführung des Umgangs und die Zusicherung des Schutzes durch den Umgangsbegleiter aufzulösen. Ziel und Inhalt der Bemühungen des Umgangsbegleiters kann es nicht sein, den Willen des Kindes – wie auch immer er zustande gekommen sein mag – zu brechen⁸⁴. Vielmehr soll dem Kind geholfen werden, seine Widerstände gegen die vom Umgangsberechtigten (und manchmal sogar auch vom Umgangsverpflichteten) gewünschte Umgangsregelung aufzugeben. Das erfordert i.d.R. erhebliches Fachwissen, so dass schon aus diesem Grund Laien als Umgangsbegleiter regelmäßig nicht in Betracht kommen. In den hier zur Diskussion stehenden Fällen muss regelmäßig der gesamte Umgang durch eine ausgebildete Fachkraft begleitet werden, die auch stets präsent ist. Dabei kann es je nach der Vorschädigung des Kindes ausreichen, wenn sie sich in einem Nebenraum aufhält, falls technisch gewährleistet ist, dass sie für das Kind jederzeit zur Verfügung steht. Lehnt der kranke Elternteil einen so gestalteten begleiteten Umgang ab, bleibt nichts anderes, als den Umgang ggfls. mehrfach zeitlich befristet völlig auszuschließen⁸⁵.

Aus der Tatsache, dass ein unbegleiteter Umgang zu einer Kindeswohlgefährdung führen würde, darf nicht sofort geschlossen werden, dass nur kurze begleitete Umgänge in Betracht kommen. Es kann durchaus sein, dass hier auch mehrstündige begleitete Besuchskontakte mit dem Kindeswohl vereinbar sind. Es entspricht nämlich nicht nur dem verfassungsmäßigen Elternrecht, sondern grundsätzlich auch dem Kindeswohl, wenn diese durch begleitete mehrstündige Kontakte die Beziehung zum Vater pflegen, einer Entfremdung vorbeugen und so dem Liebesbedürfnis beider ausreichend Rechnung getragen werden kann⁸⁶.

Begleiteter Umgang ist normalerweise um eine ggf. länger andauernde Elternberatung, -betreuung oder -therapie zu ergänzen, die vor allem dazu dient, vorhandene Ängste beim hauptsächlich betreuenden Elternteil oder den Kindern vor einem Besuch beim anderen Elternteil abzubauen und den besuchenden Elternteil in die Lage versetzt, zu erkennen, durch welche Verhaltensweisen er derartige Ängste ggf. hervorruft oder aufrechterhält und sein Verhalten insoweit zu ändern. Ziel des begleiteten Umgangs und der diesen flankierenden Beratungen und Unterstützungsmaßnahmen ist es, die Eltern möglichst schnell in die Lage zu versetzen, den Umgang in eigener Verantwortung und selbständig zu regeln und durchzuführen. Bei Eltern, die an derartigen Beratungen oder Therapien nicht mitwirken (können), muss über einen einschneidenden Eingriff in ihr Sorgerecht und den Ausschluss des Umgangsrechts nachgedacht werden.

Ein begleiteter Umgang ist abzubrechen, wenn sich herausstellt, dass der Kontakt auch unter den getroffenen besonderen Schutzbedingungen zu Traumatisierungen oder Retraumati-

⁸⁴ Zu Recht verweist Walter, KindPrax 2003 Spezial, 7, 10, darauf, dass dieses weder den rechtliche Vorgaben noch psychologischen Erkenntnissen entspreche.

⁸⁵ OLG Brandenburg FamRZ 2008, 716, 717

⁸⁶ OLG Köln, FamRZ 2005, 295

sierungen des Kindes führt. Erst, wenn diese hinreichend aufgelöst erscheinen, kann über eine Fortsetzung begleiteter Kontakte nachgedacht werden.

Der begleitete Umgang kann regelmäßig nur **eine vorübergehende Maßnahme** sein, da er regelmäßig auch für die Kinder eine nicht unerhebliche psychische Belastung darstellt. Diese ist regelmäßig hinzunehmen, um eine noch größere Belastung bei völligem Ausschluss des Umgangs zu vermeiden. Bei bestimmten psychischen Erkrankungen, die ein kindeswohlgerichtetes Verhalten des Umgangselternteiles praktisch durchgehend ausschließen, kann es aber geboten sein, einen begleiteten Umgang auch einmal dauerhaft anzuordnen, wenn für das Kind nur im Schutze einer Begleitung keine bleibenden Schäden zu erwarten sind.

Die Anordnung eines begleiteten Umgangs ist ausgeschlossen, wenn sich kein **zur Mitwirkung bereiter (und geeigneter) Dritter** findet. Mitwirkungsbereiter Dritter könnte im Einzelfall bei stationärer Behandlung des Umgangsberechtigten oder des Kindes auch einmal der behandelnde Arzt oder Therapeut sein, wenn insoweit wegen Konflikten mit der Schweigepflicht sicher auch Vorsicht geboten ist⁸⁷.

Der Dritte darf und muss während des begleiteten Umgangs zu Gunsten des Kindes eingreifen, wenn ansonsten dessen Wohl gefährdet wäre⁸⁸.

Das **Jugendamt** ist nicht kraft Gesetzes verpflichtet, dem Gericht als mitwirkungsbereiter Dritter zur Verfügung zu stehen. Das Gericht kann keinen Mitarbeiter des Jugendamtes zum Umgangsbegleiter bestimmen. Jugendamt und Familiengericht stehen sich auch in dieser Frage als selbständige Träger öffentlicher Verantwortung ohne eine bestimmte Über- oder Unterordnung gegenüber. Das Jugendamt kann sich aufgrund der bindenden Jugendhilfebestimmungen grundsätzlich aber nicht darauf berufen, keine Personen und finanzielle Mittel zur Durchführung eines begleiteten Umgangs zu haben. Nur in begründeten Fällen – etwa wenn die Durchführung eines begleiteten Umgangs aufgrund der Haltung der Eltern undurchführbar erscheint oder der Schutz des Kindes nicht hinreichend gewährleistet werden kann oder aus anderen fachlichen Gründen – darf das Jugendamt seine Mitwirkung verweigern⁸⁹.

In einigen Fällen kann ein begleiteter Umgang auch schon von Sachverständigen eingeleitet oder durchgeführt werden, die vom Gericht in streitigen Sorge- und Umgangsregelungsfällen beauftragt worden sind⁹⁰. Das gilt besonders, wenn der Kontakt zwischen dem Kind und einem Elternteil für längere Zeit unterbrochen worden war und jetzt behutsam angebahnt werden muss. Dieses wird aber auch nach geltendem Recht nur zulässig sein, wenn der Sachverständige damit vom Gericht beauftragt wurde und die Anbahnung eines begleiteten Umgangs vorher ausdrücklich erörtert wurde.

cc. Umgangspflegschaft

Bei hartnäckigen Umgangsverweigerungen durch einen, nicht selten seelisch kranken, Elternteil kommt häufig auch der Umgangspfleger ins Gespräch. Das Gesetz kennt die Umgangspflegschaft bisher nicht. Die Gerichte haben sie als prozessuales Mittel gegen den Sorgerechtsinhaber, der kindeswohlwidrig das Umgangsrecht von Kind und Umgangsberechtigtem verhindert, entwickelt⁹¹. Dabei wird dem Sorgerechtsinhaber für eine bestimmte

⁸⁷ vgl. Fegert, Deutsches Ärzteblatt 2000, A 31

⁸⁸ vgl. im Einzelnen Leyhausen, Der beschützte Umgang gem. § 1684 Abs. 4 BGB, S. 152 ff.

⁸⁹ vgl. Leyhausen, Der beschützte Umgang gem. § 1684 BGB, S. 147 f. m.w.N.; OLG Hamburg, FamRZ 1996, 422 ff.

⁹⁰ vgl. Salzgeber, FamRZ 1999, 975, 976

⁹¹ vgl. BGH, DAVorm 1994, 131 und 427; OLG Bamberg, FamRZ 1985, 1175; AG Aalen, FamRZ 1991, 360 m. zust. Anm. Luthin; OLG Hamburg, FamRZ 2002, 566, 567; OLG München, FamRZ 2003, 1957, 1958; OLG Rostock, FamRZ 2004, 54; OLG Zweibrücken FamRZ 2007, 1678,

Zeit das Recht entzogen, den Umgang des Kindes mit dem anderen Elternteil, einem sonstigen Umgangsberechtigten oder auch Dritten⁹² zu bestimmen und einem Pfleger übertragen, der den Umgang dann durchführt und das Kind beim Sorgeberechtigten abholt⁹³. Psychische Instabilität bis hin zu psychischen Erkrankung der Mutter bilden nicht selten den Hintergrund für derartige Entscheidungen.

Maßstab für die Einrichtung einer Umgangspflegschaft ist nicht § 1684 BGB, sondern § 1666 BGB. Es handelt sich dabei nämlich um eine – im Rahmen eines Umgangsregelungsverfahrens zulässige – Maßnahme zur Gefahrenabwehr und einen Eingriff in das Sorgerecht⁹⁴, nicht um eine Umgangsregelung im eigentlichen Sinne. Sie stellt gegenüber dem vollständigen Entzug der Personensorge das mildere und deshalb unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit das vorrangige Mittel dar. Es reicht nicht aus, dass eine Umgangspflegschaft lediglich zweckmäßig wäre⁹⁵.

In der Praxis überlassen zu viele Familienrichter die Ausgestaltung des Umgangsrechts zu weitgehend dem Umgangspfleger. Dabei wird dann schnell nicht nur in das Sorgerecht des den Umgang verweigernden Elternteils, sondern auch in das Umgangsrecht des anderen Elternteils zu Unrecht eingegriffen. Das Gericht darf Art und Umfang des Umgangs nicht einfach einer dritten Person überlassen, sondern muss zumindest die wesentliche Ausgestaltung des Umgangs rechtzeitig selbst festlegen, so dass eine Entscheidung erst zum Abschluss des Verfahrens zu spät sein kann⁹⁶.

Leider werden auch Verfahrenspflegschaft und Umgangspflegschaft miteinander verwechselt bzw. in unzulässiger Weise vermischt⁹⁷. Zwar mag es allen Beteiligten nahe liegend erscheinen, den bestellten Verfahrenspfleger zugleich als Umgangspfleger einzusetzen. Hier entsteht aber nicht nur ein im Einzelfall misslicher Rollenkonflikt, sondern es gibt darüber hinaus erhebliche Vergütungsprobleme für den als (heimlichen) Umgangspfleger "missbrauchten" Verfahrenspfleger. Außerdem endet die Verfahrenspflegschaft immer mit der gerichtlichen Entscheidung. Das aber ist ein Zeitpunkt, von dem an der Umgangspfleger häufig seine Arbeit erst aufnehmen soll.

dd. Ausschluss des Umgangsrechts

Der Ausschluss des Umgangsrechts bleibt nicht zuletzt aus verfassungsmäßigen Gründen die "ultima ratio", bei der bedacht werden muss, dass jeder Elternteil im Interesse des Kindes nicht nur das Recht, sondern eben auch die Pflicht zum Umgang hat und die "Möglichkeit einer Familienzusammenführung" grundsätzlich behalten muss⁹⁸.

Ein Ausschluss des Umgangsrechts, aber auch schon eine länger anhaltende wesentliche Einschränkung kommen nur ausnahmsweise in Betracht, wenn nämlich anderenfalls das Wohl des Kindes nachweislich gefährdet wäre⁹⁹. Es dürfen keine mildereren Mittel zum Schutz des Kindes zur Verfügung stehen¹⁰⁰. Jeder – auch nur faktische – Ausschluss des eigentlich

1679; krit. offenbar OLG Hamm, FamRZ 1992, 466; a.A. auch OLG Köln, KindPrax 1998, 157; vgl. Kunkel, FPR 2005, 239 ff.

⁹² Siehe § 1632 Abs. 2 BGB

⁹³ so zu Recht OLG Brandenburg FamRZ 2007, 577, 578

⁹⁴ vgl. OLG Karlsruhe OLGR 2007, 270 f.

⁹⁵ OLG Hamm, FamRZ 2005, 1772

⁹⁶ OLG München, FamRZ 2003, 1955, 1956; Oelkers, FamRZ 1995, 1387

⁹⁷ Vgl. Kunkel, FPR 2005, 233, 242

⁹⁸ (vgl. BVerfG, FamRZ 2005, 173, 175; FamRZ 2006, 1005, 1006; FamRZ 2007, 105 f.; OLG Düsseldorf, FamRZ 2001, 512

⁹⁹ BVerfG FamRZ 2006, 1005, 1006; 2007, 105 f.

¹⁰⁰ BGH, FamRZ 1994, 158, 160; OLG Saarbrücken, FamRZ 2007, 495, 496; vgl. auch in diesem Zusammenhang die instruktive Entscheidung des OLG Celle zum Münchhausen-by-

umgangsberechtigten Elternteils vom Umgang mit dem Kind muss auf einer sorgfältigen, alle Verfahrensvorschriften beachtenden Sachverhaltsaufklärung beruhen. Alles andere verletzt den Elternteil in seinem verfassungsmäßigen Elternrecht¹⁰¹. BVerfG und BGH haben in diesem Zusammenhang in der letzten Zeit vor allem Verfahrensfehler der Gerichte gerügt¹⁰².

Der Grundsatz eines sorgfältigen Verfahrens in diesem besonders grundrechtsrelevanten Bereich wird auch verletzt, wenn sich das Gericht beim Ausschluss eines Umgangsrechtes ausschließlich auf den Akteninhalt stützt und die notwendige Aktualisierung längere Zeit zurückliegender Sachverständigengutachten unterlässt¹⁰³.

Die Familiengerichte müssen sich nach der Rspr. des BVerfG¹⁰⁴ stets mit den Besonderheiten des Einzelfalls eingehend auseinander setzen und von pauschalen Annahmen oder Vorverurteilungen Abstand nehmen. Aus der Praxis werden Zweifel laut, ob ein derartig ausgeprägter Grundrechtsschutz durch intensive und damit zeitraubende Verfahrensgestaltungen nicht das Kindeswohl und insbesondere das Interesse des Kindes an einer schnellen abschließenden Entscheidung zu sehr in den Hintergrund drängt und dem destruktiven Potenzial streitender Eltern zuviel Raum gibt¹⁰⁵.

Die Rspr. neigt gerade bei der Frage, ob noch ein betreuter Umgang möglich ist oder der Umgang zeitweilig ausgeschlossen werden muss, immer noch zur Unterbewertung des **Willes des betroffenen Kindes**. Dieser ist für den Ausschluss eines Umgangsrechtes regelmäßig nicht so unbeachtlich, wie z.B. das OLG Brandenburg¹⁰⁶ oder das OLG Celle¹⁰⁷ meinen. Das gilt selbst dann, wenn die Ablehnung des Umganges durch das Kind maßgeblich auf der Haltung, vielleicht auch seelischen Erkrankung des betreuenden Elternteiles beruht. Das Kind steht in diesen Fällen in der Gefahr, lediglich nur noch Mittel zur Durchsetzung eines subjektiven Rechtes des Umgangselternteiles oder zur Durchsetzung unserer Rechtsordnung zu sein. Das aber verkürzt seine verfassungsmäßigen Rechte ungebührlich.

Das gilt auch und gerade für die sog. PAS-Fälle. Die zu diesem angeblichen Syndrom entwickelte Theorie vermag nicht zu überzeugen. Eine komplexe Verursachungsdynamik kann nicht auf ein einfaches Verursachungsmodell reduziert werden, in dem Opfer und Täter klar getrennt erscheinen¹⁰⁸. Insofern begegnet die Diagnose des OLG Zweibrücken¹⁰⁹, das aus eigener Sachkunde ein PAS feststellen zu können meint, erheblichen Zweifeln¹¹⁰.

proxy-Syndrom; hier hatte das Gericht der n.e. Mutter die elterliche Sorge entzogen, das Kind fremduntergebracht und den n.E. Vater für erziehungsungeeignet erklärt sowie den Umgang des Kindes mit der Mutter ausgeschlossen

¹⁰¹ BVerfG, FamRZ 2005, 1816, 1817

¹⁰² nämlich dass nicht nur in der ersten, sondern auch in der Beschwerdeinstanz mündlich verhandelt und Kind sowie beide Eltern nochmals persönlich gehört werden; das gilt ggfls. auch schon bei dreijährigen Kindern (vgl. BVerfG FamRZ 2007, 105, 107, sowie die Zusammenstellung bei Motzer, FamRZ 2005, 1971, 1972); in der Beschwerdeinstanz ggf. ein weiteres Gutachten eingeholt bzw. der erstinstanzliche Sachverständige nochmals gehört wird (so BVerfG FamRZ 2007, 335, 336); in jeder Instanz dem Kind ein Verfahrenspfleger bestellt wird, vor allem, wenn es nicht persönlich angehört wird; in der Beschwerdeinstanz keine vorläufige und damit nach § 620c ZPO unanfechtbare Umgangsregelung der ersten Instanz aufgehoben wird.

¹⁰³ BVerfG FamRZ 2008, 246, 247)

¹⁰⁴ BVerfG, FamRZ 1971, 421; BVerfG, FamRZ 2005, 1816, 1817; 2007, 105 f.; 335, 337

¹⁰⁵ Motzer, FamRZ 2005, 1971, 1972

¹⁰⁶ FamRZ 2007, 577, 578

¹⁰⁷ FamRZ 2007, 663, 664, bei einem den Umgang verweigernden 14-Jährigen,

¹⁰⁸ so zu Recht KG FamRZ 2005, 1768 f.

¹⁰⁹ FamRZ 2006, 144, 145

¹¹⁰ ebenso kritisch Ewers FamRZ 2006, 1146, 1147, der zu Recht auf die psychische Schwierigkeit Außenstehender hinweist, wenn Kinder nicht das tun, was doch erkennbar zu ihrem Nutzen sei und sich einfach weigerten, den Vater zu sehen. Das halten wir häufig nur schwer aus.

Zu den typischen Fallgruppen, in denen ein Ausschluss des Umgangsrechtes in Betracht kommt, zählen neben manifester oder vermuteter psychischer Erkrankung vor allem Gewalt in der Familie einschließlich sexuellen Missbrauches. Gar nicht selten bedingen sich seelische Abartigkeit oder Erkrankung und (häusliche) Gewalt in manchmal schwer von einander abgrenzbarer Weise¹¹¹.

Alle drei gebieten eine möglichst nüchterne, genaue Einzelfallprüfung und ins Einzelne gehende Überlegungen zu konkreten Schutzvorkehrungen. Dabei muss auch bedacht werden, dass das Risiko von Gewalt, sexuellem Missbrauches oder anderer Ausfälle in der Person eines Elternteiles unmittelbar nach Trennung der Eltern regelmäßig hoch ist und durch zusätzliche Risikofaktoren wie Suchtabhängigkeit oder psychische Erkrankungen noch erhöht werden kann. Sinken kann dieses Risiko andererseits bei feststellbarem Verständnis des betroffenen Elternteiles für die negativen Folgen seines Verhaltens für die Kinder und bei Inanspruchnahme fachkundiger Beratung und Therapie¹¹².

Gewalt und psychische Erkrankung in der Familie werden häufig aus Scham verschwiegen und beschönigt. Gewalt und psychische Erkrankung in der Familie sind kein Vorrecht spezieller Bevölkerungskreise, sondern kommen in allen Schichten vor. Konstruktive Methoden zur Auseinandersetzung mit eigener, auch sexueller Gewalttätigkeit und psychischer Erkrankung sind bisher wenig verbreitet. Gewalt und psychische Erkrankung werden eher tabuisiert und verketzert als nüchtern analysiert und sachlich bekämpft. Das betrifft auch die ererkennenden Familienrichter, die fast ausnahmslos über keinerlei spezielle Ausbildung und Supervision verfügen. Gerade in Fällen mit familiärer Gewalt und psychischer Erkrankung wird man deshalb früher als in anderen Fällen auf die Hilfe von **auf diesem Gebiet erfahrenen Sachverständigen** angewiesen sein.

Eine schwere psychische Erkrankung des umgangsberechtigten Elternteiles führt dann zu einem Ausschluss des Umgangsrechtes, wenn das mildere Mittel des begleiteten Umganges daran scheitert, dass der kranke Elternteil ihn ablehnt¹¹³.

Die Dauer des Umgangsausschlusses hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, muss aber vor allem das besondere kindliche Zeitempfinden sowie sein Bedürfnis nach einem sicheren Zuhause einerseits und andererseits die berechtigten Belange des umgangsberechtigten Elternteiles berücksichtigen.

Das Familiengericht hat wegen des durch einen Umgangsausschluss massiv eingeschränkten verfassungsmäßigen Elternrechtes nicht nur auf Antrag des umgangsberechtigten Elternteiles, sondern auch **von Amts wegen** die nach § 1684 BGB getroffenen Anordnungen **aufzuheben**, wenn ihm bekannt wird, dass die Voraussetzungen des Erlasses weggefallen sind¹¹⁴. Möglicherweise muss es nach Ablauf der Frist für den Ausschluss des Umganges

¹¹¹ vgl. die Entscheidung AG Bremen, Streit 2007, 130 f., in der das Umgangsrecht eines Vaters für weitere 6 Jahre ausgesetzt wird, der nach der Trennung der Eltern seine eigene Entführung und eine versuchte Verbrennung nach Übergießen mit Benzin vorgetäuscht, die Mutter geschlagen und mit dem Messer bedroht sowie den Tod der Mutter und des Kindes angekündigt hatte, strafrechtlich verurteilt worden war und sich nicht therapiebereit gezeigt hatte. Ein vom Gericht eingeholtes psychologisches Gutachten hatte die volle Glaubwürdigkeit der Gewaltvorwürfe der Mutter ergeben.

¹¹² Kindler/Salzgeber/Fichtner/Werner, FamRZ 2004, 1241, 1247

¹¹³ Voraussetzung ist auch hier eine sorgfältige Aufklärung des Sachverhalts durch einen Sachverständigen. Im entschiedenen Fall hatte dieser erhebliche Aktivitäts-/Aufmerksamkeits-/Anpassungsstörungen beim Kind, eine Unfähigkeit der Mutter, auf die besonderen Bedürfnisse des Kindes einzugehen und eine behandlungsbedürftige psychische Erkrankung bei ihr festgestellt. Die Mutter hatte die für erforderlich gehaltene medikamentöse und stationäre Behandlung abgelehnt (OLG Brandenburg FamRZ 2008, 716, 717).

¹¹⁴ so im Ergebnis OLG Koblenz FamRZ 2008, 714, 715, das die Beschwerde des umgangsberechtigten Elternteiles gegen den befristeten Umgangsausschluss zurückgewiesen, gleichzeitig aber für die Zukunft Umgangskontakte angeordnet hat

den betreuenden Elternteil nach zeitweiligem Ausschluss des Umgangsrechtes zur Wiederaufnahme der Kontakte verpflichten und alles in seiner Macht Stehende zur Durchsetzung erneuter Umgangskontakte unternehmen¹¹⁵, weil es für eine gesunde Persönlichkeitsentwicklung von Kindern regelmäßig wichtig ist, ihre Herkunftsidentität zu klären und sie dazu in der Regel des persönlichen Kontaktes zu beiden Eltern bedürfen. Es sind auch hinreichend viele Fälle beschrieben, in denen Kinder nach solcherart erzwungenen Kontakten mit dem verbal abgelehnten Elternteil keinen erkennbaren Schaden davon getragen haben. Es kann aber auch bei schon älteren Kindern immer noch zu einer psychischen Überforderung führen, wenn sie sich gegen den ausdrücklichen Wunsch des betreuenden Elternteiles mit dem anderen Elternteil treffen sollen.

f. Fälle des (bloßen) Ruhens der elterlichen Sorge

Das BGB kennt neben den Eingriffsnormen der §§ 1666, 1666a, 1684 BGB ein recht kompliziertes System, wie die elterliche Sorge verteilt wird, wenn ein Elternteil erkrankt. Dann kann die elterliche Sorge des erkrankten Elternteiles entweder ohne weiteres kraft Gesetzes oder nach einem gerichtlichen Feststellungsakt ruhen oder die elterliche Sorge kann ohne gerichtliche Beteiligung zeitweilig vom anderen Sorgeberechtigten allein ausgeübt werden.

aa. vorübergehende tatsächliche Verhinderung

Ist ein gemeinsam sorgeberechtigter Elternteil nur vorübergehend außer Stande, die elterliche Sorge tatsächlich auszuüben, obliegt die elterliche Sorge automatisch kraft Gesetzes dem anderen (verfügbaren) Elternteil allein, ohne dass die elterliche Sorge des verhinderten Elternteils beeinträchtigt wird, § 1678 Abs. 1 BGB¹¹⁶. Das gilt auch bei vorübergehender schwerer Erkrankung und damit verbundener Geschäftsunfähigkeit¹¹⁷. bei Man spricht insoweit von einer **gesetzlichen Vollmacht**.

Es bedarf hier keiner Kindeswohlprüfung, keiner obligatorischen Kindesanhörung nach § 50b Abs. 1 FGG und keiner inhaltlichen Sorgerechtsentscheidung durch das Familiengericht. Deshalb ist regelmäßig auch nicht der Richter, sondern der Rechtspfleger für die Entscheidung zuständig¹¹⁸. Dieser hat auf Wunsch des anderen Elternteiles deklaratorisch festzustellen, dass die Voraussetzungen des § 1678 BGB vorliegen. Der nicht verhinderte Elternteil kann damit nachweisen, dass er kraft Gesetzes für den Zeitraum der Verhinderung allein die elterliche Sorge ausübt¹¹⁹.

(Fast) Die gleiche Funktion wie der deklaratorische Beschluss des Familiengerichtes erfüllt eine schriftliche Vollmacht des erkrankten Elternteiles, in der er den anderen z.B. ermächtigt, ihn in allen Angelegenheiten der Gesundheitsfürsorge und schulischen Ausbildung zu vertreten und die erforderlichen Entscheidungen mit verbindlicher Wirkung im Rechtsverkehr auch in seinem Namen für das gemeinsame Kind zu treffen¹²⁰.

bb. längere tatsächliche Verhinderung

¹¹⁵ So OLG Koblenz FamRZ 2008, 714, 715, in einem Fall, in dem beim Kind eine völlige Abkehr und Verleugnung des leiblichen Elternteiles festgestellt wurde und der das Kind begutachtende Sachverständige sogar eine Herausnahme des Kindes aus seinem Umfeld empfahl, falls ein Umgangspfleger sich gegen die Mutter nicht durchsetzen könne

¹¹⁶ Siehe Anhang 4)

¹¹⁷ Siehe Staudinger/Coester, BGB, 2004, § 1673 Rn. 7

¹¹⁸ § 3 Nr. 2a RPflG

¹¹⁹ vgl. AG Holzminden, FamRZ 2002, 560, 561

¹²⁰ So auch Ehinger, FPR 2005, 253, 254

Bei längerer tatsächlicher Verhinderung eines sorgeberechtigten Elternteils¹²¹, hier vor allem bei längerer oder dauernder körperlicher oder geistiger Erkrankung, die nicht zur Geschäftsunfähigkeit führt (dann liegt eine Verhinderung aus rechtlichen Gründen vor), hat das Familiengericht die längere **Verhinderung durch Beschluss festzustellen**¹²². Das geschieht von Amts wegen, so dass ein förmlicher Antrag keine Voraussetzung dafür ist. Jeder, der es für erforderlich hält, kann die Feststellung bei Gericht anregen. In der Praxis erfolgt das vor allem durch den anderen Elternteil und das Jugendamt.

Wann genau eine längere tatsächliche Verhinderung vorliegt oder nur eine, das Sorgerecht nicht tangierende vorübergehende Verhinderung, kann im Einzelfall schwer einzuschätzen sein. Ein tatsächliches schwerwiegendes Ausübungshindernis i.S.d. § 1674 Abs. 1 BGB ist nur anzunehmen, **wenn der wesentliche Teil der elterlichen Verantwortung vom Elternteil nicht mehr selbst ausgeübt werden kann**. Die (zulässige) Übertragung der Ausübung der elterlichen Verantwortung auf Dritte allein ist kein derartiges Hindernis, solange sie jederzeit widerrufbar und kontrollierbar ist. Nur wenn praktisch keine Steuerungsmöglichkeit mehr besteht, liefe die Überlassung der Ausübung des Sorgerechts auf Dritte auf eine unzulässige, weil insoweit allein den Familiengerichten vorbehalten, Übertragung des Sorgerechts hinaus¹²³.

Die bloße **physische Abwesenheit der Eltern oder eines Elternteils** stellt danach keinen Grund dar, das Ruhen der elterlichen Sorge festzustellen, wenn durch Hilfskräfte und/oder den anderen Elternteil das Kind gut versorgt werden kann¹²⁴.

Weil auch hier keine Kindeswohlprüfung gefordert wird, sondern nur eine Tatsachenfeststellung, ist auch für die Feststellung nach § 1674 BGB regelmäßig nicht der Richter, sondern der Rechtspfleger zuständig¹²⁵.

Mit der gerichtlichen Feststellung, dass ein Elternteil für längere Zeit an der Ausübung der elterlichen Sorge tatsächlich gehindert ist, tritt kraft Gesetzes das Ruhen seiner elterlichen Sorge ein, d.h. diese wird ihm zwar nicht genommen, er darf sie aber nicht mehr ausüben¹²⁶. Wenn bisher beide Eltern die elterliche Sorge gemeinsam ausgeübt haben, übt sie jetzt der andere allein aus, ohne dass ihm die Alleinsorge ausdrücklich übertragen werden muss¹²⁷. Zweckmäßigerweise wird diese Rechtsfolge aber in den Feststellungsbeschluss ausdrücklich mit aufgenommen.

In den Fällen der **Alleinsorge eines Elternteils** fällt diese nicht automatisch dem anderen Elternteil zu, sondern hat das Familiengericht dem anderen Elternteil die elterliche Sorge zu übertragen, und zwar

- in den Fällen der erkrankten, bisher immer allein sorgeberechtigten Mutter, falls keine Aussicht besteht, dass der Grund des Ruhens wegfallen werde, „wenn dies dem Wohl des Kindes dient“,
- in allen Fällen des Entzuges einer vormals gemeinsamen elterlichen Sorge, „wenn dies aus triftigen, das Kind nachhaltig berührenden Gründen erforderlich ist“.

Die Erkrankung des bisher gemeinsam sorgeberechtigten anderen Elternteiles kann der

¹²¹ Dazu zählen insbesondere unbekannter Aufenthalt eines Elternteils, Auslandsaufenthalt bei dortigen ungeklärten politischen Verhältnissen ohne Kontaktmöglichkeiten zum Kind – insbesondere Bürgerkriegssituationen -, Auswanderung, Strafhaft,

¹²² § 1674 Abs. 1 BGB, Anhang 4)

¹²³ BGH, FamRZ 2004, 29, 30; Staudinger/Coester, BGB, § 1674 Rn. 9

¹²⁴ vgl. OLG Frankfurt/M FamRZ 2007, 753

¹²⁵ § 3 Nr. 2a RPfIG

¹²⁶ Siehe § 1675 BGB, Anhang 4)

¹²⁷ Siehe § 1678 Abs. 1 BGB, Anhang 4)

nicht erkrankte Elternteil zum Anlass nehmen, jetzt nach § 1671 oder 1666 BGB vom Gericht die alleinige elterliche Sorge übertragen zu bekommen. Die Feststellung nach § 1674 BGB ist gegenüber einer Übertragung nach § 1671 BGB oder dem Entzug nach § 1666 BGB das mildere Mittel und deshalb einer Entscheidung nach §§ 1666, 1671 BGB vorzuziehen. Ein Antrag auf Übertragung der Alleinsorge und ein Antrag auf Entzug der elterlichen Sorge nach § 1666 BGB sind zurückzuweisen, wenn die Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge ausreicht¹²⁸. Das hängt damit zusammen, dass das Verfahren nach § 1674 BGB unkomplizierter und schneller ist als das aufwendigere Sorgerechtsverfahren nach §§ 1671, 1666 BGB. Außerdem kann das Ruhen der elterlichen Sorge vom erkrankten Elternteil deutlich leichter rückgängig gemacht werden kann als ein Entzug der elterlichen Sorge nach §§ 1671, 1666 BGB.

Umgekehrt darf das Ruhen der elterlichen Sorge nach § 1674 Abs. 1 BGB nicht festgestellt, sondern muss einem Elternteil die elterliche Sorge teilweise entzogen, mindestens aber seine Vertretungsbefugnis nach §§ 1629 Abs. 2 Satz 3, 1796 BGB beschränkt werden, wenn eine Kindeswohlgefährdung im Sinne des § 1666 BGB droht, er sich z.B. bewusst weigert, an der Erteilung eines Passes oder Visums für das Kind mitzuwirken und dadurch eine Kindeswohlgefährdung eintritt¹²⁹.

Möglich ist nach Rechtsprechung des BGH in Übereinstimmung mit der Literatur **auch das Ruhen nur eines Teils der elterlichen Sorge**, etwa des Personensorgerechts oder der Vermögenssorge¹³⁰.

Das Ruhen der elterlichen Sorge bei tatsächlicher Verhinderung endet kraft Gesetzes, wenn das Familiengericht feststellt, dass der Grund des Ruhens nicht mehr besteht¹³¹.

cc. Geschäftsunfähigkeit

Ist eine psychische Erkrankung so schwer, dass die freie Willensbildung des erkrankten Elternteiles für längere Zeit nicht mehr besteht, ist er nach § 104 Nr. 2 BGB geschäftsunfähig¹³². Seine elterliche Sorge ruht dann kraft Gesetzes¹³³ und lebt automatisch wieder auf, wenn die Geschäftsunfähigkeit nicht mehr besteht. Eine gerichtliche Feststellung ist vom Gesetz weder beim Eintritt noch beim Enden des Ruhens der elterlichen Sorge vorgesehen. Zur Klarstellung kann aber jeder, der ein rechtliches Interesse daran hat, vom Familiengericht¹³⁴ verlangen, dass dieses die Geschäftsunfähigkeit in einem deklaratorischen Beschluss feststellt¹³⁵.

Wird wegen der Schwere der Erkrankung des Elternteiles für diesen eine **rechtliche Betreuung**¹³⁶ eingerichtet, ändert das an der elterlichen Sorge nichts. Das gilt auch dann, wenn sich die rechtliche Betreuung ausdrücklich auf die Vertretung vor Behörden und Gerichten oder gar auf die Unterstützung bei der elterlichen Sorge bezieht. Der Betreuer wird als solcher niemals Sorgerechtsinhaber¹³⁷. Soll er das werden, müsste das Familiengericht

¹²⁸ OLG Naumburg, FamRZ 2002, 258; OLG Dresden, FamRZ 2003, 1038 für den Fall der langfristigen Inhaftierung der allein sorgeberechtigten Mutter

¹²⁹ BGH, FamRZ 2004, 29, 30

¹³⁰ BGH, FamRZ 2004, 29, 30 m.w.N.

¹³¹ Siehe § 1674 Abs. 2 BGB, Anhang 4)

¹³² Siehe Anhang 4)

¹³³ Siehe § 1673 BGB, Anhang 4)

¹³⁴ Auch hier ist, weil keinerlei Kindeswohlprüfung und Anhörungspflichten vorgesehen sind, regelmäßig der Rechtspfleger, und nicht der Richter zuständig

¹³⁵ Vgl. Staudinger/Coester, BGB, 2004, § 1673 Rn. 13 m.w.N.

¹³⁶ Siehe §§ 1896 BGB ff., Anhang 4)

¹³⁷ Vgl. Dodegge, FPR 2005, 233 ff. und das DIJuf-Rechtsgutachten zu den Auswirkungen einer psychischen Erkrankung auf die elterliche Sorge und mögliche Befugnisse des rechtlichen Betreuers im Rahmen von Hilfen zur Erziehung, in Jugendamt 2006, 88 ff.

dem Erkrankten die elterliche Sorge entziehen und auf den Betreuer (i.d.R. als Vormund des Kindes) übertragen. Das aber geht nur unter den Voraussetzungen des § 1666 BGB, d.h. zur Beseitigung oder Vermeidung einer konkreten Kindeswohlgefährdung.

Vorübergehende geistige Störungen beeinträchtigen die Sorgeberechtigung nie¹³⁸, auch wenn sie zur Nichtigkeit/Unwirksamkeit einer während dieses Zustandes begangenen Rechtshandlung führen können. Damit kann u.U. eine Kindeswohlgefährdung verbunden sein, der über § 1666 BGB zu begegnen wäre. Das reicht in der Praxis voll aus und ist ein Grund dafür, dass § 1673 BGB in der Praxis so gut wie keine Rolle spielt und wohl ersatzlos gestrichen werden könnte¹³⁹.

g. Gerichtliche Unterstützung der Kinder

Das aus Art. 6 GG folgende staatliche Wächteramt des Familiengerichts für Kinder fordert, dass das Gericht von sich aus auch schon vorläufig alles unternimmt, um die Interessen der Kinder zu wahren. Eine solche Tätigkeit des Gerichtes kann jeder anregen, der sie für erforderlich hält. Nach § 1693 BGB¹⁴⁰ muss das Gericht¹⁴¹ deshalb bei jeder Verhinderung der Eltern – aus welchen Gründen auch immer - unverzüglich alle zur Sicherung des Kindeswohls erforderlichen Maßnahmen treffen. Dabei handelt es sich z.B. um unabweisbar notwendige (vorläufige) Pflegerbestellungen, Kindesunterbringungen u.Ä.. Im weiteren Verlauf des Verfahrens ist dann zu klären, ob eine Feststellung nach § 1674 BGB oder Maßnahmen nach § 1666 BGB zu treffen sind.

h. Sorgerechtsentscheidungen bei Trennung der Eltern

Anders als bis zum 30. 6. 1998 entscheiden die Familiengerichte heute nicht mehr von Amts wegen über die elterliche Sorge gemeinsamer minderjähriger Kinder der Scheidungsparteien¹⁴². Nur, wenn zumindest ein Elternteil dieses wünscht, muss eine Sorgerechts- und ggfls. auch eine Umgangsregelung durch das Gericht erfolgen. Immer dann, wenn gemeinsam sorgeberechtigte Eltern sich getrennt haben und zumindest ein Elternteil die gemeinsame elterliche Sorge nicht mehr ausüben will, kann er sich an das Familiengericht wenden. Materielle Entscheidungsgrundlage ist § 1671 BGB¹⁴³. Mit der Neuregelung werden viele Fälle psychischer Erkrankungen von Eltern für die Familiengerichte nicht mehr sichtbar. Ob damit ein verminderter Schutz der Kinder einhergeht, wurde bisher nicht untersucht.

Die Scheidung wird vom Gesetzgeber heute jedenfalls nicht mehr als Regelfall der Kindesgefährdung angesehen, wo der Staat von Amts wegen tätig werden muss. Das hat für die betroffenen Eltern einen Zuwachs an elterlicher Selbstbestimmung gebracht und für die Gerichte eine Arbeitersparnis. Beides war beabsichtigt. Weniger bedacht worden ist, dass durch den Wegfall von Anhörungen „ganz normaler“ Scheidungskinder den Gerichten auch ein erhebliches Potential an Einblick, Erfahrung und Vergleichsmöglichkeiten verloren gegangen und eine Verkürzung des Blickwinkels auf streitige und hoch problematische Familiensituationen eingetreten ist.

Ein Restbestand an Wächteraufgaben für den Familienrichter bei Scheidungen von Eltern bietet der § 613 Abs. 1 S. 2 ZPO¹⁴⁴. Diese Verpflichtung wird von den Familienrichter in der Praxis allerdings sehr unterschiedlich gehandhabt und ist in ihrem rechtlichen Umfang auch umstritten. Die Bandbreite der Meinungen und Praktiken reicht von einem nur formelhaften

¹³⁸ so Staudinger/Coester, BGB, 2004, § 1673 Rn. 7

¹³⁹ So schon Münder FuR 1995, 89, 91

¹⁴⁰ Siehe Anhang 4)

¹⁴¹ Da hier regelmäßig zu prüfen sein wird, ob Maßnahmen nach §§ 1666, 1666a BGB zu treffen sind, ist regelmäßig der Richter, und nicht der Rechtspfleger zuständig

¹⁴² Siehe § 621 Abs. 1 ZPO

¹⁴³ Siehe Anhang 4)

¹⁴⁴ siehe Anhang 5)

schriftlichen Hinweis oder kurzer Abfragen im Scheidungstermin bis zur Vorladung der Kinder mit persönlicher Anhörung und ggfls. auch dem Erlass von Sorge- und Umgangsregelungen¹⁴⁵ von Amts wegen.

i. Anhörungspflichten des Familiengerichts

In Verfahren, die die Personen- und Vermögenssorge betreffen wird, das freie Ermessen des Familiengerichts bei der Ermittlung des Sachverhalts eingeschränkt durch gesetzliche Anhörungspflichten. Diese sind ein Ausfluss des verfassungs- und menschenrechtlichen Gebots auf ein faires Verfahren und gehen damit über das Gebot rechtlichen Gehörs hinaus¹⁴⁶. Das Gericht muss Eltern (§ 50a FGG) und Kinder (§ 50b FGG) i.d.R. persönlich anhören, u.U. auch die Pflegeperson, den Stiefelternteil und andere umgangsberechtigte Personen (§ 50c FGG) und darf davon teilweise nur aus schwerwiegenden Gründen absehen. Verstößt das Gericht gegen die Anhörungspflicht, stellt das einen schwerwiegenden Verfahrensfehler dar, der i.d.R. ohne weiteres zur Aufhebung der erlassenen Entscheidung führt¹⁴⁷. Unterbleibt die gebotene Anhörung von Eltern und Kindern, muss dieses vom Gericht ausdrücklich begründet werden¹⁴⁸.

Auch in der Beschwerdeinstanz muss jedenfalls dann, wenn sich der Sachverhalt gegenüber dem der ersten Instanz wesentlich geändert haben könnte, erneut persönlich angehört werden¹⁴⁹. Das gilt in besonderem Maße, wenn die Berufungsinstanz von der in der Vorinstanz getroffenen Sorgerechtsregelung abweichen will¹⁵⁰. Die Intensität der Anhörungs- und sonstigen Ermittlungspflicht steht in einem unmittelbarem Verhältnis zur Intensität des Eingriffs in Eltern- und Kindesrechte.

Dass ein kinderpsychologisches Gutachten eingeholt wurde, entbindet das Gericht normalerweise nicht von der Verpflichtung zur persönlichen Anhörung¹⁵¹.

Es darf allerdings nicht verkannt werden, dass vor allem Kinder durch eine unprofessionelle richterliche Anhörung ("Wen hast Du mehr lieb? Papa oder Mama?") durchaus Schaden nehmen können und dass ein Richter, der gegen eigene innere Überzeugung und ohne ausreichende Übung Kinder persönlich anhört, diesen mehr schaden kann, als wenn er die Anhörung unterließe. Sachgerechte Kindesanhörungen einschließlich der Gestaltung der Anhörungssituation (z.B. in Anwesenheit oder Abwesenheit weiterer Beteiligter) muss und kann man aber lernen.

In **Eilfällen** ("bei Gefahr im Verzug") kann das Gericht einstweilige Anordnungen auch ohne vorherige persönliche Anhörung erlassen, muss dann aber die persönliche Anhörung unverzüglich nachholen. Ein Verstoß gegen diese gesetzlichen Anhörungspflichten ist ein erheblicher Verfahrensmangel, der zur Aufhebung der Entscheidung und Zurückverweisung führen kann.

j. Pflicht zum Hinwirken auf einvernehmliche Elternlösungen

¹⁴⁵ so z.B. Bergmann/Gutdeutsch, FamRZ 1999, 422, 424.

¹⁴⁶ vgl. BVerfG, FamRZ 2000, 731, 733

¹⁴⁷ BVerfG, FamRZ 1994, 223; OLG Hamm, FamRZ 1987, 1288; OLG Karlsruhe, FamRZ 1994, 393; OLG Zweibrücken, FamRZ 1986, 714; KG, FamRZ 1979, 69; OLG Frankfurt/M., FamRZ 1999, 247; OLG Saarbrücken JAmt 2003, 41; OLG Hamm, FamRZ 2003, 1411; OLG Köln, FamRZ 2004, 1301, 1302

¹⁴⁸ OLG Hamm, FamRZ 2001, 849, 850

¹⁴⁹ VerfGHBerlin FamRZ 2006, 1465, 1466

¹⁵⁰ vgl. EuGHMR FamRZ 2006, 997

¹⁵¹ so OLG Köln, FamRZ 2002, 111

Mit § 52 FGG hat der Gesetzgeber 1998 eine über die allgemeine Pflicht zur gütlichen Beilegung von rechtlichen Konflikten hinausgehende Verpflichtung des Gerichts geschaffen, im Interesse des Kindes auf ein Einvernehmen der Beteiligten hinzuwirken. Ziel dieser Verfahrensvorschrift ist die Stärkung der Elternautonomie. Hinter dieser Regelung steht die Überzeugung, dass die Eltern im Zweifel am besten wissen, was ihren Kindern nutzt, aber auch, dass gerichtliche Maßnahmen letztlich häufig wirkungslos bleiben, wenn sie nicht von einem Mindestmaß an Zustimmung beider Eltern getragen werden.

Bevor das Gericht über Eingriffe in Elternrechte nachdenkt, muss es wegen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes den Eltern Gelegenheit geben, alle vorhandenen Beratungs- und Unterstützungsangebote vor allem des Jugendamts auszuschöpfen und deshalb auf diese Angebote hinweisen. Es gehört zur elterlichen Verantwortung, diesen Angeboten nachzugehen und eine Einigung zu versuchen. Vor die Entscheidung ist also ausdrücklich eine **Beratungsphase** gesetzt worden. Wird diese vom Gericht nicht eingehalten, kann das ein schwerer Verfahrensfehler sein, der zur Aufhebung der Entscheidung und Zurückverweisung führen kann¹⁵². Nicht eine schnelle Entscheidung ist das primäre Ziel des Gerichts, sondern der Versuch, diese durch "Bemächtigung" der Eltern überflüssig zu machen. Dazu braucht man i.d.R. mehr Zeit und darf sich auch durch (zunächst) unwillige Eltern nicht zur vorschnellen Entscheidung provozieren lassen¹⁵³.

Allerdings macht nicht jede Vereinbarung der Eltern ein Eingreifen des Gerichts überflüssig. Das Gericht muss auch Elternvereinbarungen auf die Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl überprüfen und bei der zwingend erforderlichen persönlichen Anhörung der Eltern nach § 50a FGG notfalls zunächst auf eine Änderung der von den Eltern getroffenen Vereinbarung hinwirken. Bleibt das Kind auch nach diesen Vermittlungsbemühungen im Ergebnis bloßes Tauschobjekt oder "Trostpflaster" oder liegt ein Missbrauch des Sorgerechts vor, muss das Gericht die Elternvereinbarung verwerfen und eine eigene Entscheidung treffen¹⁵⁴.

k. Zum Anwalt des Kindes

In Verfahren mit psychisch kranken Eltern ist regelmäßig ein Verfahrenspfleger zu bestellen¹⁵⁵, wobei in der Praxis ähnlich wie beim Umgangspfleger Unklarheiten über Rolle und Aufgabe des Verfahrenspflegers bestehen. Der Verfahrenspfleger wird von Gericht, Jugendamt, aber auch Eltern und sonstigen Beteiligten gern als „Joker“ eingesetzt, der alles in kurzer Zeit zum Besten wenden soll und dabei nicht selten verwechselt wird mit einem Ergänzungspfleger, teilweise auch mit einem Umgangsbegleiter¹⁵⁶.

Manchmal wird im Verfahrenspfleger aber auch lediglich ein Formerfordernis gesehen, dem es mit knappstem Aufwand Rechnung zu tragen gilt. Dabei wird insbesondere die vom Gesetz gebotene Unabhängigkeit des Verfahrenspflegers missachtet¹⁵⁷ und verkannt, dass der Verfahrenspfleger dazu da ist, den Grundrechtsschutz vor allem des Kindes, aber mittelbar auch der Eltern zu gewährleisten.

¹⁵² OLG Zweibrücken, FamRZ 2000, 627

¹⁵³ vgl. OLG Zweibrücken, FamRZ 2000, 627

¹⁵⁴ OLG Karlsruhe FuR 1998, 270, 272; Staudinger/Coester, BGB, § 1666 Rn. 88

¹⁵⁵ Das Gericht *muss* nach § 50 Abs. 2 FGG – nicht zuletzt aus verfassungsrechtlichen Gründen (vgl. BVerfG, FamRZ 1999, 85, 87; BVerfG, Beschl. v. 26.8.1999, 1 BvR 1403/99, n.v.; FamRZ 2007, 105, 107; sowie OLG Naumburg, FamRZ 2001, 170, 171)

¹⁵⁶ Zu den möglichen Konkurrenzen zwischen Ergänzungspfleger und Verfahrenspfleger nach bisheriger Rechtsprechung und nach jetzigem Recht, siehe auch Walter, FamRZ 2001, 1 ff.

¹⁵⁷ so zu Recht OLG München, FamRZ 2002, 563; ebenso Bienwald, in: Anm. zu OLG Brandenburg, FamRZ 2004, 1983 f. unter Hinweis auf die Empfehlungen des 13. Deutschen Familiengerichtstages, FamRZ 2000, 273 f.; a.A. AG Zossen, DAVorm 1999, 143; OLG Stuttgart, Justiz 2002, 411, 412, das auch Tätigkeiten der Verfahrenspflegerin im Interesse des Kindes, hier der Suche nach einem geeigneten Heim, nach der Verfahrensabschließenden Entscheidung für vergütungspflichtig hält

Im Entwurf eines FamFG wird der bisherige Verfahrenspfleger umbenannt in „Verfahrensbeistand“. Die Neubezeichnung der Interessenvertretung erschwert zwar eine Verwechslung mit dem Rechtsinstitut der Ergänzungspflegschaft, was insbesondere im Umgangsrechtsstreit von Vorteil sein kann, birgt aber eine Verwechslungsgefahr mit dem „Beistand des Kindes“ gem. § 1712 BGB und mit dem „Erziehungsbeistand“ in § 30 SGB VIII in sich.

Die Bestellung eines Verfahrenspflegers (oder nach der FGG-Reform: Verfahrensbeistandes) erfolgt nicht in erster Linie, um dem Gericht die Aufklärungsarbeit zu erleichtern, sondern ist Ausdruck des verfassungsrechtlichen Gebotes einer ausreichenden Verfahrensbeteiligung des Minderjährigen. Ein Verfahrenspfleger muss daher zu einem Zeitpunkt bestellt werden, zu dem dies noch gewährleistet ist. Das kann nicht erst kurz vor Abschluss des Verfahrens sein, sondern nur dann, wenn die zur Interessenvertretung für das Kind bestellte Person auch die Möglichkeit hat, Einfluss auf die Gestaltung und den Ausgang des Verfahrens zu nehmen, wie das BVerfG deutlich genug festgestellt hat¹⁵⁸. Die Nichtbestellung eines Verfahrenspflegers in den vom Gesetz genannten Regelfällen ist als Verstoß gegen die verfassungsrechtliche Verankerung des Kindeswohls in Art. 6 Abs. 2 und Art. 2 Abs. 1 GG sowie den subjektiven Anspruch auch des minderjährigen Kindes auf rechtliches Gehör nach Art. 103 GG¹⁵⁹ ein **schwerwiegender Verfahrensfehler**, wenn für die Unterlassung der Bestellung keine schwerwiegenden Gründe sprechen und in der verfahrensabschließenden Entscheidung ausdrücklich genannt werden¹⁶⁰. Derartige Verfahrensfehler wiegen besonders schwer, weil sie die besondere Aufgabe haben, den **Grundrechtsschutz** aller Beteiligten zu sichern¹⁶¹. Dass es sich bei diesen rechtlichen Postulaten um etwas handelt, was die Kinder aus entwicklungspsychologischer Sicht dringend benötigen, zeigen die Längsschnittuntersuchungen von Wallerstein/Lewis¹⁶².

Trotz einer zunehmenden Einzelfall-, aber auch generalisierenden Rechtsprechung der OLGs und auch einer neueren Entscheidung des BVerfG¹⁶³ ist derzeit noch vieles zum Verfahrenspfleger unklar. Von der Praxis wurden bereits dringend präzisere gesetzliche Regelungen angemahnt¹⁶⁴.

Das FGG-Reformgesetz wird der Forderung nach besserer gesetzlicher Beschreibung von Bestellung, Aufgaben und Pflichten des Verfahrenspflegers in größerem Umfang gerecht. Dadurch werden Auseinandersetzungen um die Vergütungsfähigkeit einzelner Tätigkeiten des Verfahrenspflegers deutlich vermindert¹⁶⁵.

Ob allerdings das im Entwurf vorgesehene eigene Antragsrecht des über 14 Jahre alten Kindes, das „zu einer deutlichen Stärkung der Position des Kindes im Verfahren“¹⁶⁶ führen soll, Gesetzeswirklichkeit werden wird, bleibt noch abzuwarten.

Die durch einen klarer gefassten § 158 Abs. 3 Satz 1 FamFG-E gebotene frühzeitige Bestel-

¹⁵⁸ BVerfG, Beschl. v. 26. 8. 1999 - 1 BvR 1403/99 (unveröff.)

¹⁵⁹ BVerfG, FamRZ 1999, 85

¹⁶⁰ siehe § 50 Abs. 2 Satz 2 FGG, Anhang 5); OLG Köln, FamRZ 1999, 314

¹⁶¹ BVerfG FamRZ 2007, 105 f.

¹⁶² FamRZ 2001, 65 ff.

¹⁶³ BVerfG FamRZ 2004, 1267 ff.

¹⁶⁴ vgl. Empfehlungen des 13. Deutschen Familiengerichtstages zu B II 1a, FamRZ 2000, 273 f.; Forderungen der Bundesarbeitsgemeinschaft Verfahrenspflegschaft e.V. unter www.verfahrenspflegschaft-bag.de/infos/50ffg.html v. 28.3.2005

¹⁶⁵ § 158 Abs. 4 FamFG-E hat jetzt folgenden Wortlaut: „Der Verfahrensbeistand hat das Interesse des Kindes festzustellen und im gerichtlichen Verfahren zur Geltung zu bringen. Er hat das Kind über Gegenstand, Ablauf und möglichen Ausgang des Verfahrens in geeigneter Weise zu informieren. Zur Erfüllung seiner Aufgaben kann er auch Gespräche mit den Eltern und weiteren Bezugspersonen des Kindes führen sowie am Zustandekommen einer einvernehmlichen Regelung über den Verfahrensgegenstand mitwirken. Der Verfahrensbeistand kann im Interesse des Kindes Rechtsmittel einlegen. Er ist nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes.“

¹⁶⁶ So die Begründung des Referentenentwurfs, S. 401

lung ist auch bedeutsam für die durch § 158 Abs. 4 S. 3 Halbsatz 2 FamFG-E vorgeschlagene Klarstellung, wonach der Verfahrenspfleger auch „am Zustandekommen einer einvernehmlichen Regelung über den Verfahrensgegenstand mitwirken“ kann.

Der Verfahrenspfleger muss unabhängig sein, und zwar **von allen anderen Verfahrensbeteiligten einschließlich des Gerichts**¹⁶⁷. Damit unvereinbar sind sonstige Arbeitsaufträge oder Weisungen durch das Gericht¹⁶⁸. Meint das Gericht, die persönliche Kompetenz und das zum Kind aufgebaute Vertrauensverhältnis auch für die Zeit nach Abschluss des Verfahrens nutzen zu müssen, muss es die elterliche Sorge bzw. das Umgangsrecht einschränken und den Verfahrenspfleger durch ausdrücklichen Beschluss in der Endentscheidung zum **Ergänzungspfleger** mit genau bezeichnetem Wirkungskreis bestimmen. Das geht aber nur unter den Voraussetzungen des § 1666 BGB.

Unabhängigkeit in diesem Sinne bedeutet allerdings **nicht**, dass der Verfahrenspfleger in vollem Umfang neben oder unabhängig von Gericht, Jugendamt und Sachverständigen gleichsam als minderere Sachverständiger für die **Aufklärung des Sachverhalts** zuständig ist. Soweit der Verfahrenspfleger derartige Maßnahmen für erforderlich hält, hat er diese beim Gericht anzuregen, das sie dann selbst oder durch andere Hilfspersonen durchführen muss¹⁶⁹.

Der Verfahrenspfleger ist Begleiter des Kindes im gerichtlichen Verfahren, um auf eine kindgerechte Gestaltung des Verfahrens (z.B. bei der Anhörung) hinzuwirken und dem Kind als Übersetzer den Gang und das Ergebnis des gerichtlichen Verfahrens verständlich zu machen¹⁷⁰. Darüber hinausgehende erzieherische, betreuende oder therapeutische Aktivitäten gehören nicht zum Aufgabenkreis des Verfahrenspflegers. Es obliegt ihm auch nicht, in Konkurrenz zu Gericht, Jugendamt und Sachverständigem Empfehlungen und Lösungsvorschläge zu erarbeiten¹⁷¹.

Die vom Verfahrenspfleger zu ermittelnden und zu vertretenden Interessen des Kindes – vor allem sein erkennbarer Wille – können sich u.U. durchaus vom objektiven Kindeswohl unterscheiden können. Kinder und Jugendliche wollen nicht immer das, was für sie vernünftigerweise gut ist. In diesem Zusammenhang ist der Verfahrenspfleger – anders als Jugendamt und Sachverständiger – parteilich¹⁷². Auf der anderen Seite darf aber auch er die Generalnorm des § 1697a BGB nicht bewusst missachten, wonach alles gerichtliche Handeln am Kindeswohl auszurichten ist, dieses aber zumindest nicht gefährdet werden darf.

Verhaltensbeobachtungen innerhalb des gewohnten Umfeld des Kindes, insbesondere in der mütterlichen und väterlichen Wohnung, gehören grundsätzlich nicht zu den notwendigen Aufgaben des Verfahrenspflegers, es sei denn, derartige Beobachtungen sind wie bei Kindern unter zwei Jahren die einzige Möglichkeit zur Ermittlung der eigenständigen Wün-

¹⁶⁷ Zu Recht kritisiert v. Bracken (KindPrax 2003, 204, 205) Vereinnahmungstendenzen seitens des Gerichts, aber in Zeiten zunehmenden Personalmangels auch seitens des Jugendamts, denen es zu widerstehen gelte. Das schließt die im Kindesinteresse gebotene Kooperation mit Gericht, Eltern, Jugendamt und Sachverständigen (vgl. Weber/Zitelmann, Standards für VerfahrenspflegerInnen, S. 16 f.) nicht aus, sondern ermöglicht sie erst.

¹⁶⁸ so zu Recht OLG München, FamRZ 2002, 563; ebenso Bienwald, in: Anm. zu OLG Brandenburg, FamRZ 2004, 1983 f. unter Hinweis auf die Empfehlungen des 13. Deutschen Familiengerichtstages, FamRZ 2000, 273 f.; a.A. AG Zossen, DAVorm 1999, 143; OLG Stuttgart, Justiz 2002, 411, 412, das auch Tätigkeiten der Verfahrenspflegerin im Interesse des Kindes, hier der Suche nach einem geeigneten Heim, nach der Verfahrensabschließenden Entscheidung für vergütungspflichtig hält

¹⁶⁹ OLG Frankfurt/M., FamRZ 2002, 365 ff.

¹⁷⁰ siehe BVerfG FamRZ 2004, 1267, 1269, 1270

¹⁷¹ OLG München, FamRZ 2002, 563

¹⁷² so OLG Brandenburg, FamRZ 2001, 692, 693; OLG München, FamRZ 2002, 563; OLG Dresden, FamRZ 2003, 877, 879; Motzer, FamRZ 1999, 11101, 1105; auch Lipinski-Wollenberg/Raack, KindPrax 2003 Spezial, 3

sche, Vorstellungen und Interessen des Kindes¹⁷³. Selbstverständlich aber kann und soll der Verfahrenspfleger das Kind in der Wohnung seiner Eltern aufsuchen und kann nicht darauf verwiesen werden, aus Kostengründen mit dem Kind regelmäßig nur in den eigenen Büroräumen oder gar nur auf dem Gerichtsflur vor Beginn der richterlichen Anhörung zu sprechen¹⁷⁴.

Inzwischen dürfte weitgehend einhellige Meinung sein, dass in jedem Fall **Elterngespräche** zum Aufgabenbereich des Verfahrenspflegers gehören, und zwar vermutlich nicht nur dann, wenn das Gericht einen "Bericht über die Situation des Kindes" vom Verfahrenspfleger verlangt¹⁷⁵. Die erforderlichen Informationen sind keineswegs nur der Akte zu entnehmen¹⁷⁶.

Kontakte zu und Gespräche mit anderen Bezugspersonen des Kindes wie je nach Lage des Falls Großeltern, Kindergärtnerinnen oder Lehrer, Tagesmütter oder Ärzte gehören ebenfalls im begrenzten Umfang zum Aufgabenbereich des Verfahrenspflegers, damit er die in deren Feststellungen zu Tage tretenden Kindesinteressen erkennen und vertreten kann. Kinder sind anders als Erwachsene oft aus unterschiedlichsten Gründen, insbesondere aber, um sich nicht gegen wesentliche Bezugspersonen zu stellen, nicht in der Lage, bei direkter Befragung ihre Vorstellungen ehrlich und offen darzustellen¹⁷⁷.

Aus dem Recht auf Information mit und über das Kind mit dem Ziel einer möglichst kindgemäßen Verfahrensgestaltung und einer am Kindeswohl orientierten Entscheidung kann aber nicht abgeleitet werden, dass **bestehende Schweigeverpflichtungen oder Datenschutzvorschriften** gegenüber dem Verfahrenspfleger nicht gelten. Wenn sich Auskunftspersonen wie Lehrer, Ärzte und das Jugendamt auf ihre Verschwiegenheitspflicht berufen, müssen die Eltern und falls diese das pflichtwidrig nicht tun, notfalls ein vom Gericht bestellter Ergänzungspfleger oder das Gericht selbst, Schweigepflichtsentsbindungen aussprechen, bevor das Gespräch mit dem Verfahrenspfleger geführt werden kann. Der Wirkungskreis der Bestellung als Verfahrenspfleger umfasst derartige, unter Umständen weit reichende, tief in das Elternrecht eingreifende Entbindungserklärungen nicht.

Zentrale Aufgabe des Verfahrenspflegers ist, dafür zu sorgen, dass das Kind im Verfahren nicht allein auf die Ermittlungen des Gerichts und den Vortrag der Eltern angewiesen ist, sondern über ihn die **Möglichkeit hat, Einfluss auf die Gestaltung und den Ausgang des Verfahrens zu nehmen**¹⁷⁸. Der Verfahrenspfleger muss deshalb auch unmittelbar nach seiner Bestellung die Akten studieren und auswerten¹⁷⁹.

Zum Verfahren und seiner möglichst kindgemäßen Durchführung gehört die Frage, ob und wann Kinder **von Sachverständigen**, aber auch vom Gericht gehört werden sollen. Art und Weise der Anhörung und Exploration durch Sachverständige sind deshalb mit dem Verfahrenspfleger abzustimmen, der ggf. auch einmal aus Kindeswohlgründen eine unzeitige Anhörung ablehnen darf. Grundsätzlich muss der Verfahrenspfleger bei der gerichtlichen Anhörung des Kindes¹⁸⁰, aber auch an jedem anderen mündlichen Termin¹⁸¹ anwesend sein, es sei denn im Einzelfall ist aus schwerwiegenden Gründen anders zu verfahren.

¹⁷³ OLG Brandenburg FamRZ 2004, 1798 ff.

¹⁷⁴ so OLG Frankfurt/M. FamRZ 2002, 235 ff., und OLG Brandenburg, FamRZ 2006, 1777, 1778 mit zu Recht ablehnender Anmerkung von Hüßtege

¹⁷⁵ mit letzterer Einschränkung aber OLG Köln, FamRZ 2003, 1853, 1854

¹⁷⁶ so aber OLG Brandenburg, FamRZ 2004, 1798, 1799 unter Berufung auf KG, KGR Berlin 2001, 285, 287; KG, FamRZ 2000, 1300 f.

¹⁷⁷ OLG Karlsruhe, FamRZ 2002, 1660, 1661; OLG Stuttgart, FamRZ 2003, 322; OLG Frankfurt/M., FamRZ 2003, 934; OLG Brandenburg, FamRZ 2004, 1798, 1799; zu Recht großzügiger OLG Stuttgart, Justiz 2003, 85, 86; OLG Zweibrücken, FamRZ 2002, 1659, 1660

¹⁷⁸ BVerfG FamRZ 1999, 85, 87 und Beschl. v. 26.8.1999 – 1 BvR 1403/99

¹⁷⁹ OLG Frankfurt/M., FamRZ 2002, 335 ff.

¹⁸⁰ OLG Bremen FamRZ 2000, 1298

¹⁸¹ OLG Frankfurt/M., FamRZ 2002, 235 ff.

Der Verfahrenspfleger ist schließlich befugt, im Interesse des Kindes unabhängig von diesem **Rechtsmittel gegen eine Endentscheidung zum Sorge- oder Umgangsrecht des Kindes** einzulegen¹⁸².

I. Familienrichter und Sachverständiger

Für das Zusammenspiel von psychiatrischen und psychologischen Sachverständigen und Familiengericht sind in den Fällen psychisch kranker Eltern neben einer Reihe allgemeiner Gesichtspunkte (dazu unter aa. bis dd.) ganz spezielle Fragestellungen (dazu unter ee.) zu beachten.

aa. gerichtliche Aufklärungspflicht

Bei der Frage, ob wegen der seelischen Erkrankung eines Elternteiles diesem die elterliche Sorge völlig oder teilweise zu entziehen, ob wegen ebendieser Erkrankung nach Trennung der Eltern dem anderen auf dessen Antrag hin die alleinige elterliche Sorge zuzusprechen oder ob in diesen Fällen im Interesse des Kindes ein Umgang mit dem kranken Elternteil ganz oder teilweise ausgeschlossen werden muss, hat das Gericht zunächst den Sachverhalt soweit wie möglich und, ohne hierbei an etwaige Anträge der Verfahrensbeteiligten gebunden zu sein¹⁸³, sorgfältig selbst aufklären¹⁸⁴ und darf nicht vorschnell diese Aufgabe an einen Sachverständigen delegieren.

Der Sachverständige darf eigene Ermittlungen nur in Übereinstimmung mit dem Gericht vornehmen. Erhebt ein Sachverständiger allerdings aufgrund eigener Sachkunde Anknüpfungstatsachen im ausdrücklichen oder vermuteten Einverständnis mit dem Gericht, setzt er sich nicht dem Vorwurf der Befangenheit aus, selbst wenn er aus sachlichen Gründen die Beteiligten nicht vorher darüber informiert hat¹⁸⁵.

Familienrichter (in gewisser Weise auch alle anderen am familiengerichtlichen Verfahren beteiligten Fachleute einschließlich der Rechtsanwälte) müssen in diesem Zusammenhang wissen, dass ihre eigenen privaten und beruflichen Erfahrungen und Vorstellungen, die Traditionen und kulturellen Werte ihrer Herkunft bei der Erkennung und Gewichtung eines ihnen unterbreiteten Lebenssachverhalts um so mehr auf ihre Überzeugungsbildung einwirken, je unbekannter sie ihnen sind. Eigentlich ist deshalb zu fordern, dass sich vor allem Familienrichter, ebenso wie Angehörige anderer sozialer Berufe, einer ständigen Überprüfung ihres eigenen Befindens einschließlich ihrer Vorlieben und Abneigungen, Ängste und Wünsche unterziehen, um der Gefahr zu entgehen, durch ihre Entscheidung statt der Probleme der Rechtssuchenden unbewusst überwiegend ihre eigenen Probleme lösen zu wollen. Das bedeutet nicht, dass Familienrichter nicht eigene Sachkunde auch in außerrechtlichen Bereichen erwerben und einsetzen können und müssen. Diese eigene (berufliche oder private) Lebenserfahrung darf in gerichtlichen Entscheidungen als Argumentationshilfe herangezogen werden. Verallgemeinerungen aufgrund eigener Erfahrungen aber können ein konkretes Argumentieren nicht ersetzen. Es ist immer zu fragen inwieweit die eigenen Erfahrungen verallgemeinerungsfähig sind, bzw. ob nicht das vom Verfahren betroffene Kind aufgrund seiner speziellen Eigenarten und seiner speziellen Biografie aus dem dem Richter bisher bekannten allgemeinen Rahmen heraus fällt. Familienrichter, die das Aufwachsen eigener Kinder in einer vergleichsweise heilen Familie erlebt haben, haben damit noch keine hinreichenden Kenntnisse von Befindlichkeit und Bedürfnissen trennungsgeschädigter Kinder, Kinder aus Suchtfamilien oder Kinder psychisch kranker Eltern erworben.

In den hier zu diskutierenden Fällen sind Familienrichter sind wegen der Kompliziertheit der

¹⁸² OLG Brandenburg, FamRZ 2003, 1405; Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, § 20 Rn. 21

¹⁸³ BVerfG, FamRZ 1989, 31; BVerfG, FamRZ 2001, 1285, 1286

¹⁸⁴ Das ist Ausfluss der Amtsermittlungspflicht nach § 12 FGG, siehe Anhang 6)

¹⁸⁵ OLG Stuttgart, FamRZ 2003, 316, 317

Fälle häufig, vielleicht sogar regelmäßig auf die sachverständige Meinung der Mitarbeiter des Jugendamts oder eines (kinder-)psychologischen oder auch psychiatrischen Gutachters angewiesen. Dabei darf das Gericht aber die Meinung und Empfehlung des Vertreters des Jugendamts bzw. des Sachverständigen nicht ungeprüft übernehmen und dem Sachverständigen damit die Entscheidungsverantwortung zuschieben, auch und gerade wenn es sich in der Sache selbst unsicher fühlt. Ebenso wenig dürfen die Familienrichter aber auch Vorschläge und Ausführungen von Jugendämtern und Sachverständigen wortlos übergehen, sondern müssen ihre abweichende Meinung und die daraus abgeleitete Entscheidung im Einzelnen begründen¹⁸⁶.

Das BVerfG hat ausdrücklich bestätigt, dass Familienrichter berechtigt sind, im Einzelfall von fachkundigen Feststellungen und fachlichen Bewertungen eines gerichtlich bestellten Sachverständigen abzuweichen, wenn sie sich eine anderweitige zuverlässige Grundlage für ihre am Kindeswohl orientierte Entscheidung verschaffen¹⁸⁷. Das kann durch mehrfache persönliche Anhörungen aller Beteiligten, vor allem aber der Jugendamtsmitarbeiter nach Vorlage eines gründlichen Berichts, geschehen und erfordert eine eingehende Auseinandersetzung mit allen Gesichtspunkten in der Entscheidung.

bb. Kein Gutachten gegen den Willen des Sorgeberechtigten

Ein medizinische oder psychologische Gutachten darf mangels gesetzlicher Grundlage grundsätzlich nicht gegen den Willen des Kindes, aber auch nicht den des sorgeberechtigten Elternteils eingeholt werden. Jegliche Zwangsmaßnahmen wie Androhung und Verhängung eines Zwangsgelds sind insoweit unzulässig¹⁸⁸. Zu Recht verweist das darauf, dass in diesen Fällen allerdings eine Entscheidungsbildung nach den Grundsätzen der Beweisvereitelung möglich¹⁸⁹ bleibt. Zu prüfen ist auch, ob das Unterbleiben einer Begutachtung zu einer Kindeswohlgefährdung führt, der durch die Bestellung eines Ergänzungspflegers nach § 1666 BGB abgeholfen werden muss.

cc. Eile und Weile des Gutachtens

Gutachten brauchen, um eine aussagekräftige Grundlage für die richterliche Entscheidungsfindung zu sein, ihre Zeit. Sie dürfen aber nicht dazu führen, dass die Entscheidung – vor allem bei kleinen Kindern wegen deren andersartigem Zeitempfinden – durch reinen Zeitablauf und dadurch eintretende Entfremdungen präjudiziert wird. Die Familienrichter haben sich deshalb schon nach geltendem Recht vor Erteilung des Gutachtauftrags darüber Klarheit zu verschaffen, ob der Gutachter mit der Gutachtenerstellung unverzüglich beginnen kann und haben sich in Abständen von max. drei Monaten nach dem Stand der Begutachtung zu erkundigen, falls der Gutachter nicht von sich aus Zwischenberichte dem Gericht zuleitet, wozu er bei besonderen Verzögerungen von sich aus verpflichtet ist. Um vor allem in den Fällen von Kindeswohlgefährdungen der präjudizierenden Wirkung überlanger Begutachtungszeiten vorzubeugen, wird § 163 FamFG-E¹⁹⁰ künftig vorschreiben, dass das Gericht bei schriftlicher Begutachtung dem Sachverständigen zugleich eine Frist setzen muss, innerhalb derer er das Gutachten einzureichen hat¹⁹¹.

dd. Persönliche Anhörung des Sachverständigen

¹⁸⁶ vgl. OLG Köln, FamRZ 2002, 337

¹⁸⁷ BVerfG, FamRZ 1999, 1417, 1418; BVerfG, FamRZ 2001, 1285, 1286

¹⁸⁸ h. M., OLG Koblenz, FamRZ, 1223; OLG Frankfurt/M., FamRZ 2001, 638, 639; OLG Naumburg, FamRZ 2006, 282, das erkennbar für den Fall, dass in der Verweigerung der Begutachtung eine Kindeswohlgefährdung i.S.d. § 1666 BGB liegt, eine Ausnahme machen will

¹⁸⁹ so zu Recht OLG Naumburg FamRZ 2006, 282

¹⁹⁰ siehe Anhang 7)

¹⁹¹ siehe § 163 Abs. 1 FamFG-E, Anhang 7)

Wenn ein beteiligter Elternteil (oder auch der Verfahrenspfleger des Kindes) mit dem eingeholten Sachverständigengutachten nicht einverstanden ist, wird häufig beantragt, den Sachverständigen persönlich anzuhören. Darauf haben die Beteiligten auch einen verfassungsrechtlich abgesicherten Anspruch unter dem Gesichtspunkt des Anspruchs auf rechtliches Gehör¹⁹².

Dem Antrag auf mündliche Erläuterung des Sachverständigengutachtens ist jedenfalls dann stattzugeben, wenn das Gericht die Aufklärung des Sachverhalts im Wesentlichen einem Sachverständigen überlassen hat und der Antrag weder verspätet noch rechtsmissbräuchlich ist¹⁹³. Diese Verpflichtung besteht aber nicht unbegrenzt. Wenn sich das Gericht anderweitig eine ausreichende Grundlage für eine am Kindeswohl orientierte Entscheidung verschafft hat, kann es nicht nur von einem Sachverständigengutachten abweichen, sondern auch auf die persönliche Erläuterung des Gutachtens durch den Sachverständigen verzichten¹⁹⁴.

Die Partei, die dem Sachverständigen in der persönlichen Anhörung Fragen zu seinem Gutachten stellen will, braucht diese nach Meinung des BGH nicht konkret vorab mitzuteilen, sondern muss nur die generelle Richtung nennen, der sie weitere Aufklärung anstrebt¹⁹⁵.

ee. mehrere Gutachter unterschiedlicher Herkunft in einem Verfahren

In dem auf das Kindeswohl zentrierte familiengerichtliche Verfahren, insbesondere den Verfahren nach §§ 1666, 1666a BGB werden normalerweise nur kinderpsychologische Gutachten eingeholt, die sich über die Neigungen und Bindungen der Kinder, ihre Befindlichkeiten und Schwierigkeiten sowie die Erziehungsfähigkeit der Eltern sachverständig auslassen¹⁹⁶. Auch bei größeren Auffälligkeiten im Verhalten der Kinder und Eltern wird in der Regel die Grenze zur Krankheit weder bei den Kindern noch bei den Eltern überschritten. Ein sorgfältiges psychologisches Gutachten wird ebenso wie eine fachliche Stellungnahme des Jugendamtes nach § 50 SGB VIII bei ausreichenden Anhaltspunkten für eine körperliche und/oder seelische Erkrankung von Kindern oder Eltern ausdrücklich darauf hinweisen und die Einholung eines (ergänzenden) medizinischen, hier vor allem psychiatrischen Gutachtens durch das Gericht anregen. Dabei ist eine Grenzziehung der Art, dass für alle psychischen „Normalitäten“ und Auffälligkeiten ohne echten Krankheitswert nur ein Psychologe, für alle seelischen Erkrankungen nur ein Mediziner fachlich geeignet sein kann, nicht möglich bzw. zu kurz gegriffen. Das interdisziplinäre Arbeiten von Ärzten verschiedener Provenienz und Psychologen in den psychosomatischen und psychiatrischen, insbesondere kinderpsychiatrischen Kliniken hat bei einzelnen Vertretern dieses Berufszweiges Sachkompetenzen wachsen lassen, die nicht in ein starres Schema gepresst werden können. Als Groborientierung bietet sich die erwähnte Unterscheidung aber immer noch an.

Im Einzelfall unklar kann sein, wer denn nun das Haupt-, wer das Ergänzungsgutachten erstellen soll und in welcher Reihenfolge vorzugehen ist. In der Praxis gibt es hier ganz unterschiedliche Fallgestaltungen. Zum einen kann bereits eine psychiatrische Diagnose für den kranken Elternteil vorliegen. Zum anderen kann es ein, dass lediglich der Verdacht auf eine psychiatrische Erkrankung des Elternteiles besteht. Schließlich kann bereits eine psychiatrische Diagnose für das Kind gestellt worden sein oder aber auch hier besteht lediglich der Verdacht auf eine psychiatrische Erkrankung. Gibt es bereits psychiatrische Diagnosen,

¹⁹² BVerfG, NJW 1998, 2273; BVerfG, NJW 2001, 1285, 1286; OLG Zweibrücken, FamRZ 2001, 639, 640; BGH FamRZ 2006, 1752, 1753

¹⁹³ BVerfG, FamRZ 1992, 1043; BVerfG, FamRZ 1998, 2273, 2274; BVerfG, FamRZ 2001, 1285, 1286

¹⁹⁴ BVerfG, FamRZ 2001, 1285, 1286

¹⁹⁵ BGH FamRZ 2006, 1752, 1753

¹⁹⁶ zu typischen Fallkonstellationen und Auslösertypen bei psychischen Auffälligkeiten siehe die Ausführungen von Hommers, Steinmetz-Zubovic und Lewand: Anforderungen an die Begutachtung zu Erziehungsfähigkeit und Umgang bei seelischer Erkrankung eines Elternteils, in FPR 2005, 230 ff.

bietet es sich an, diese zunächst nicht erneut abklären zu lassen, sondern auf der vorhandenen Grundlage zunächst nur ein kinderpsychologisches Gutachten in Auftrag zu geben. Denn der zweifelsfreie – oder auch mit Zweifeln behaftete – Nachweis einer seelischen Erkrankung eines Elternteiles bedeutet nicht automatisch, dass eine Kindeswohlgefährdung vorliegt. Selbst wenn die Erziehungsfähigkeit des kranken Elternteiles durch die Erkrankung erheblich beeinträchtigt sein sollte, kann es im Einzelfall für das betroffene Kind günstige Umstände geben, die es überflüssig machen können, gerichtliche Maßnahmen nach §§ 1666, 1666a BGB zu treffen. Das ist insbesondere der Fall, wenn der andere Elternteil oder eine sonst nahe stehende Person im Einverständnis mit dem kranken Elternteil für das Kind tätig werden können und das Kind auf persönliche Ressourcen zurückgreifen kann, die es die Belastungen durch die seelische Erkrankung des anwesenden Elternteiles ohne bleibende Schäden aushalten lassen¹⁹⁷. In diesen Fällen kann es im Einzelfall überflüssig sein, eine exakte Abklärung der psychischen Erkrankung des Elternteiles vorzunehmen. In aller Regel wird es aber erforderlich sein, dass der kranke Elternteil Einsicht in die Kindeswohlbedrohenden Auswirkungen seiner Erkrankung oder seines Verhaltens zeigt und sich fachkundig behandeln lässt. Bei fehlender (Krankheits-)Einsicht und/oder fehlender Behandlungsbereitschaft wird zur ausreichend klaren Bestimmung der das Kindeswohl gefährdenden Faktoren in der Regel ein (erneutes) erwachsenenpsychiatrisches Gutachten erforderlich sein, um auch das kinderpsychologische Gutachten fachgerecht abschließen zu können.

Es gibt Fälle, in denen das Gutachten eines Erwachsenenpsychiaters zum Ergebnis kommt, ausreichende Anhaltspunkt für eine seelische Erkrankung des Elternteiles seien nicht erkennbar, während Psychologe, Pädiater, Verfahrenspfleger und Jugendamt übereinstimmend alle Voraussetzungen eines sog. Münchhausen-by-proxy-Syndrom für gegeben halten¹⁹⁸. Hier muss sich das Gericht in sorgfältiger Auseinandersetzung mit allen Einzelheiten eine eigene Meinung bilden und kann dann auch zum Ergebnis kommen, dass da psychiatrische Gutachten deutlich weniger Aussagekraft hat als die übrigen Erkenntnisse.

Schwieriger wird es mit der Spezialisierung zwischen Neurologie und Psychiatrie, vor allem aber zwischen Erwachsenen- und Kinderpsychiatrie. Hier fehlt es in der Praxis an Persönlichkeiten, die übergreifende fachliche Erfahrung haben mit der Folge, dass entweder eine ganze Reihe verschiedener Sachverständiger in einem Verfahren beteiligt werden müssen oder aber die erstatteten Gutachten in der Gefahr stehen, einseitig die Kinder- oder Elternsicht zu betonen. Viele Köche verderben bekanntlich den Brei und auch im familiengerichtlichen Verfahren potenzieren (statt addieren) sich die Missverständnismöglichkeiten mit der Anzahl der beteiligten Gerichtspersonen (Richter, Verfahrenspfleger, Elternanwälte, Jugendamtsvertreter, Sachverständige, eventuell noch Ergänzungspfleger).

¹⁹⁷ vgl. dazu auch Hommers/Steinmetz-Zubovic/Lewand FPR 2005, 230, 231

¹⁹⁸ siehe insoweit die ausführliche und überzeugende, weil alle materiell-rechtlich und prozessuale Aspekte sorgfältig erörternden Entscheidung des OLG Celle vom 3. 2. 2006 – 10 UF 197/04 -, zitiert nach juris

Anhang: Gesetzestexte

1) Aus dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland

Art 6 GG

- (1) Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.
- (2) Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.
- (3) Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur auf Grund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen.
- (4) Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft.
- (5) Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern.

2) Aus der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten

Art. 8 EMRK: Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

- (1) Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.
- (2) 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.

3) Aus dem UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes

Art. 2 UN-Kinderrechts-Charta [Achtung der Kindesrechte; Diskriminierungsverbot]

1. Die Vertragsstaaten achten die in diesem Übereinkommen festgelegten Rechte und gewährleisten sie jedem ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Kind ohne jede Diskriminierung unabhängig von der Rasse, der Hautfarbe, dem Geschlecht, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen, ethnischen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, einer Behinderung, der Geburt oder des sonstigen Status des Kindes, seiner Eltern oder seines Vormunds.
2. Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen, um sicherzustellen, dass das Kind vor allen Formen der Diskriminierung oder Bestrafung wegen des Status, der Tätigkeiten, der Meinungsäußerungen oder der Weltanschauung seiner Eltern, seines Vormunds oder seiner Familienangehörigen geschützt wird.

Art. 3 UN-Kinderrechts-Charta [Wohl des Kindes]

1. Bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.
2. Die Vertragsstaaten verpflichten sich, dem Kind unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten seiner Eltern, seines Vormunds oder anderer für das Kind gesetzlich verantwortlicher Personen den Schutz und die Fürsorge zu gewährleisten, die zu seinem Wohlergehen notwendig sind; zu diesem Zweck treffen sie alle geeigneten Gesetzgebungs- und Verwaltungsmaßnahmen.
3. Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass die für die Fürsorge für das Kind oder dessen Schutz verantwortlichen Institutionen, Dienste und Einrichtungen den von den zuständigen Behörden

festgelegten Normen entsprechen, insbesondere im Bereich der Sicherheit und der Gesundheit sowie hinsichtlich der Zahl und der fachlichen Eignung des Personals und des Bestehens einer ausreichenden Aufsicht.

Art. 4 UN-Kinderrechts-Charta [Verwirklichung der Kindesrechte]

Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und sonstigen Maßnahmen zur Verwirklichung der in diesem Übereinkommen anerkannten Rechte. Hinsichtlich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte treffen die Vertragsstaaten derartige Maßnahmen unter Ausschöpfung ihrer verfügbaren Mittel und erforderlichenfalls im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit.

Art. 5 UN-Kinderrechts-Charta [Respektierung des Elternrechts]

Die Vertragsstaaten achten die Aufgaben, Rechte und Pflichten der Eltern oder gegebenenfalls, soweit nach Ortsbrauch vorgesehen, der Mitglieder der weiteren Familie oder der Gemeinschaft; des Vormunds oder anderer für das Kind gesetzlich verantwortlicher Personen, das Kind bei der Ausübung der in diesem Übereinkommen anerkannten Rechte in einer seiner Entwicklung entsprechenden Weise angemessen zu leiten und zu führen.

Art. 6 UN-Kinderrechts-Charta [Recht auf Leben]

1. Die Vertragsstaaten erkennen an, dass jedes Kind ein angeborenes Recht auf Leben hat.
2. Die Vertragsstaaten gewährleisten in größtmöglichem Umfang das Überleben und die Entwicklung des Kindes.

Art. 12 UN-Kinderrechts-Charta [Berücksichtigung des Kindeswillens]

1. Die Vertragsstaaten sichern dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äußern, und berücksichtigen die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife.

2. Zu diesem Zweck wird dem Kind insbesondere Gelegenheit gegeben, in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden.

Art. 18 Kinderrechts-Charta [Verantwortung für das Kindeswohl]

1. Die Vertragsstaaten bemühen sich nach besten Kräften, die Anerkennung des Grundsatzes sicherzustellen, dass beide Elternteile gemeinsam für die Erziehung und Entwicklung des Kindes verantwortlich sind. Für die Erziehung und Entwicklung des Kindes sind in erster Linie die Eltern oder gegebenenfalls der Vormund verantwortlich. Dabei ist das Wohl des Kindes ihr Grundanliegen.

2. Zur Gewährleistung und Förderung der in diesem Übereinkommen festgelegten Rechte unterstützen die Vertragsstaaten die Eltern und den Vormund in angemessener Weise bei der Erfüllung ihrer Aufgabe, das Kind zu erziehen, und sorgen für den Ausbau von Institutionen, Einrichtungen und Diensten für die Betreuung von Kindern.

3. Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen, um sicherzustellen, dass Kinder berufstätiger Eltern das Recht haben, die für sie in Betracht kommenden Kinderbetreuungsdienste und -einrichtungen zu nutzen.

Art. 42 Kinderrechts-Charta [Verpflichtung zur Bekanntmachung]

Die Vertragsstaaten verpflichten sich, die Grundsätze und Bestimmungen dieses Übereinkommens durch geeignete und wirksame Maßnahmen bei Erwachsenen und auch bei Kindern allgemein bekannt zu machen.

Art. 43 Kinderrechts-Charta [Einsetzung eines Ausschusses für die Rechte des Kindes]

Zur Prüfung der Fortschritte, welche die Vertragsstaaten bei der Erfüllung der in diesem Übereinkommen eingegangenen Verpflichtungen gemacht haben, wird ein Ausschuss für die Rechte des Kindes eingesetzt, der die nachstehend festgelegten Aufgaben wahrnimmt.

4) Aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch

§ 104 BGB Geschäftsunfähigkeit

Geschäftsunfähig ist:

1. wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat,
2. wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist.

§ 1666 BGB Gerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls

(1) Wird das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes oder sein Vermögen gefährdet und sind die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage, die Gefahr abzuwenden, so hat das Familiengericht die Maßnahmen zu treffen, die zur Abwendung der Gefahr erforderlich sind.

(2) In der Regel ist anzunehmen, dass das Vermögen des Kindes gefährdet ist, wenn der Inhaber der Vermögenssorge seine Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind oder seine mit der Vermögenssorge verbundenen Pflichten verletzt oder Anordnungen des Gerichts, die sich auf die Vermögenssorge beziehen, nicht befolgt.

(3) Zu den gerichtlichen Maßnahmen nach Absatz 1 gehören insbesondere

1. Gebote, öffentliche Hilfen wie zum Beispiel Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe und der Gesundheitsfürsorge in Anspruch zu nehmen,
2. Gebote, für die Einhaltung der Schulpflicht zu sorgen,
3. Verbote, vorübergehend oder auf unbestimmte Zeit die Familienwohnung oder eine andere Wohnung zu nutzen, sich in einem bestimmten Umkreis der Wohnung aufzuhalten oder zu bestimmende andere Orte aufzusuchen, an denen sich das Kind regelmäßig aufhält,
4. Verbote, Verbindung zum Kind aufzunehmen oder ein Zusammentreffen mit dem Kind herbeizuführen,
5. die Ersetzung von Erklärungen des Inhabers der elterlichen Sorge,
6. die teilweise oder vollständige Entziehung der elterlichen Sorge.

(4) In Angelegenheiten der Personensorge kann das Gericht auch Maßnahmen mit Wirkung gegen einen Dritten treffen.

§ 1666a BGB Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Vorrang öffentlicher Hilfen

(1) Maßnahmen, mit denen eine Trennung des Kindes von der elterlichen Familie verbunden ist, sind nur zulässig, wenn der Gefahr nicht auf andere Weise, auch nicht durch öffentliche Hilfen, begegnet werden kann. Dies gilt auch, wenn einem Elternteil vorübergehend oder auf unbestimmte Zeit die Nutzung der Familienwohnung untersagt werden soll. Wird einem Elternteil oder einem Dritten die Nutzung der vom Kind mitbewohnten oder einer anderen Wohnung untersagt, ist bei der Bemessung der Dauer der Maßnahme auch zu berücksichtigen, ob diesem das Eigentum, das Erbbaurecht oder der Nießbrauch an dem Grundstück zusteht, auf dem sich die Wohnung befindet; Entsprechendes gilt für das Wohnungseigentum, das Dauerwohnrecht, das dingliche Wohnrecht oder wenn der Elternteil oder Dritte Mieter der Wohnung ist.

(2) Die gesamte Personensorge darf nur entzogen werden, wenn andere Maßnahmen erfolglos geblieben sind oder wenn anzunehmen ist, dass sie zur Abwendung der Gefahr nicht ausreichen.

§ 1671 BGB Getrenntleben bei gemeinsamer elterlicher Sorge

(1) Leben Eltern, denen die elterliche Sorge gemeinsam zusteht, nicht nur vorübergehend getrennt, so kann jeder Elternteil beantragen, dass ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge allein überträgt.

(2) Dem Antrag ist stattzugeben, soweit

1. der andere Elternteil zustimmt, es sei denn, dass das Kind das 14. Lebensjahr vollendet hat und der Übertragung widerspricht, oder
2. zu erwarten ist, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragsteller dem Wohl des Kindes am besten

entspricht.

(3) Dem Antrag ist nicht stattzugeben, soweit die elterliche Sorge auf Grund anderer Vorschriften abweichend geregelt werden muss.

§ 1684 BGB Umgang des Kindes mit den Eltern

(1) Das Kind hat das Recht auf Umgang mit jedem Elternteil; jeder Elternteil ist zum Umgang mit dem Kind verpflichtet und berechtigt.

(2) Die Eltern haben alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum jeweils anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Erziehung erschwert. Entsprechendes gilt, wenn sich das Kind in der Obhut einer anderen Person befindet.

(3) Das Familiengericht kann über den Umfang des Umgangsrechts entscheiden und seine Ausübung, auch gegenüber Dritten, näher regeln. Es kann die Beteiligten durch Anordnungen zur Erfüllung der in Absatz 2 geregelten Pflicht anhalten.

(4) Das Familiengericht kann das Umgangsrecht oder den Vollzug früherer Entscheidungen über das Umgangsrecht einschränken oder ausschließen, soweit dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist. Eine Entscheidung, die das Umgangsrecht oder seinen Vollzug für längere Zeit oder auf Dauer einschränkt oder ausschließt, kann nur ergehen, wenn andernfalls das Wohl des Kindes gefährdet wäre. Das Familiengericht kann insbesondere anordnen, dass der Umgang nur stattfinden darf, wenn ein mitwirkungsbereiter Dritter anwesend ist. Dritter kann auch ein Träger der Jugendhilfe oder ein Verein sein; dieser bestimmt dann jeweils, welche Einzelperson die Aufgabe wahrnimmt.

§ 1673 BGB Ruhen der elterlichen Sorge bei rechtlichem Hindernis

(1) Die elterliche Sorge eines Elternteils ruht, wenn er geschäftsunfähig ist.

(2) Das Gleiche gilt, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Die Personensorge für das Kind steht ihm neben dem gesetzlichen Vertreter des Kindes zu; zur Vertretung des Kindes ist er nicht berechtigt. Bei einer Meinungsverschiedenheit geht die Meinung des minderjährigen Elternteils vor, wenn der gesetzliche Vertreter des Kindes ein Vormund oder Pfleger ist; andernfalls gelten § 1627 Satz 2 und § 1628.

§ 1674 BGB Ruhen der elterlichen Sorge bei tatsächlichem Hindernis

(1) Die elterliche Sorge eines Elternteils ruht, wenn das Familiengericht feststellt, dass er auf längere Zeit die elterliche Sorge tatsächlich nicht ausüben kann.

(2) Die elterliche Sorge lebt wieder auf, wenn das Familiengericht feststellt, dass der Grund des Ruhens nicht mehr besteht.

§ 1675 BGB Wirkung des Ruhens

Solange die elterliche Sorge ruht, ist ein Elternteil nicht berechtigt, sie auszuüben.

§ 1678 BGB Folgen der tatsächlichen Verhinderung oder des Ruhens für den anderen Elternteil

(1) Ist ein Elternteil tatsächlich verhindert, die elterliche Sorge auszuüben, oder ruht seine elterliche Sorge, so übt der andere Teil die elterliche Sorge allein aus; dies gilt nicht, wenn die elterliche Sorge dem Elternteil nach § 1626a Abs. 2, § 1671 oder § 1672 Abs. 1 allein zustand.

(2) Ruht die elterliche Sorge des Elternteils, dem sie nach § 1626a Abs. 2 allein zustand, und besteht keine Aussicht, dass der Grund des Ruhens wegfallen werde, so hat das Familiengericht die elterliche Sorge dem anderen Elternteil zu übertragen, wenn dies dem Wohl des Kindes dient.

§ 1693 BGB Gerichtliche Maßnahmen bei Verhinderung der Eltern

Sind die Eltern verhindert, die elterliche Sorge auszuüben, so hat das Familiengericht die im Interesse des Kindes erforderlichen Maßregeln zu treffen.

§ 1697a BGB Kindeswohlprinzip

Soweit nichts anderes bestimmt ist, trifft das Gericht in Verfahren über die in diesem Titel geregelten Angelegenheiten diejenige Entscheidung, die unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten sowie der berechtigten Interessen der Beteiligten dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

§ 1896 BGB Voraussetzungen der rechtlichen Betreuung

(1) Kann ein Volljähriger auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen, so bestellt das Vormundschaftsgericht auf seinen Antrag oder von Amts wegen für ihn einen Betreuer. Den Antrag kann auch ein Geschäftsunfähiger stellen. Soweit der Volljährige auf Grund einer körperlichen Behinderung seine Angelegenheiten nicht besorgen kann, darf der Betreuer nur auf Antrag des Volljährigen bestellt werden, es sei denn, dass dieser seinen Willen nicht kundtun kann.

(1a) Gegen den freien Willen des Volljährigen darf ein Betreuer nicht bestellt werden.

(2) Ein Betreuer darf nur für Aufgabenkreise bestellt werden, in denen die Betreuung erforderlich ist. Die Betreuung ist nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten des Volljährigen durch einen Bevollmächtigten, der nicht zu den in § 1897 Abs. 3 bezeichneten Personen gehört, oder durch andere Hilfen, bei denen kein gesetzlicher Vertreter bestellt wird, ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können.

(3) Als Aufgabenkreis kann auch die Geltendmachung von Rechten des Betreuten gegenüber seinem Bevollmächtigten bestimmt werden.

(4) Die Entscheidung über den Fernmeldeverkehr des Betreuten und über die Entgegennahme, das Öffnen und das Anhalten seiner Post werden vom Aufgabenkreis des Betreuers nur dann erfasst, wenn das Gericht dies ausdrücklich angeordnet hat.

5) Aus der Zivilprozessordnung

§ 613 ZPO Persönliches Erscheinen der Ehegatten; Parteivernehmung

(1) Das Gericht soll das persönliche Erscheinen der Ehegatten anordnen und sie anhören; es kann sie als Parteien vernehmen. Sind gemeinschaftliche minderjährige Kinder vorhanden, hört das Gericht die Ehegatten auch zur elterlichen Sorge an und weist auf bestehende Möglichkeiten der Beratung durch die Beratungsstellen und Dienste der Träger der Jugendhilfe hin. Ist ein Ehegatte am Erscheinen vor dem Prozessgericht verhindert oder hält er sich in so großer Entfernung von dessen Sitz auf, dass ihm das Erscheinen nicht zugemutet werden kann, so kann er durch einen ersuchten Richter angehört oder vernommen werden.

ZPO

(2) Gegen einen zur Anhörung oder zur Vernehmung nicht erschienenen Ehegatten ist wie gegen einen im Vernehmungstermin nicht erschienenen Zeugen zu verfahren; auf Ordnungshaft darf nicht erkannt werden.

6) Aus dem Gesetz über die Freiwillige Gerichtsbarkeit

§ 12 FGG

Das Gericht hat von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen.

§ 50 FGG Verfahrenspfleger

(1) Das Gericht kann dem minderjährigen Kind einen Pfleger für ein seine Person betreffendes Verfahren bestellen, soweit dies zur Wahrnehmung seiner Interessen erforderlich ist.

(2) Die Bestellung ist in der Regel erforderlich, wenn

1. das Interesse des Kindes zu dem seiner gesetzlichen Vertreter in erheblichem Gegensatz steht,

2. Gegenstand des Verfahrens Maßnahmen wegen Gefährdung des Kindeswohls sind, mit denen die Trennung des Kindes von seiner Familie oder die Entziehung der gesamten Personensorge verbunden ist (§§ 1666, 1666a des Bürgerlichen Gesetzbuchs), oder
3. Gegenstand des Verfahrens die Wegnahme des Kindes von der Pflegeperson (§ 1632 Abs. 4 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) oder von dem Ehegatten, dem Lebenspartner oder Umgangsberechtigten (§ 1682 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) ist.

Sieht das Gericht in diesen Fällen von der Bestellung eines Pflegers für das Verfahren ab, so ist dies in der Entscheidung zu begründen, die die Person des Kindes betrifft.

(3) Die Bestellung soll unterbleiben oder aufgehoben werden, wenn die Interessen des Kindes von einem Rechtsanwalt oder einem anderen geeigneten Verfahrensbevollmächtigten angemessen vertreten werden.

(4) Die Bestellung endet, sofern sie nicht vorher aufgehoben wird,

1. mit der Rechtskraft der das Verfahren abschließenden Entscheidung oder
2. mit dem sonstigen Abschluss des Verfahrens.

(5) Der Ersatz von Aufwendungen und die Vergütung des Pflegers bestimmen sich entsprechend § 67a.

§ 50a FGG Anhörung der Eltern

(1) Das Gericht hört in einem Verfahren, das die Personen- oder Vermögenssorge für ein Kind betrifft, die Eltern an. In Angelegenheiten der Personensorge soll das Gericht die Eltern in der Regel persönlich anhören. In den Fällen der §§ 1666 und 1666a des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind die Eltern stets persönlich anzuhören, um mit ihnen zu klären, wie die Gefährdung des Kindeswohls abgewendet werden kann.

(2) Einen Elternteil, dem die Sorge nicht zusteht, hört das Gericht an, es sei denn, dass von der Anhörung eine Aufklärung nicht erwartet werden kann.

(3) Das Gericht darf von der Anhörung nur aus schwerwiegenden Gründen absehen. Unterbleibt die Anhörung allein wegen Gefahr im Verzug, so ist sie unverzüglich nachzuholen.

(4) Die Absätze 2 und 3 gelten für die Eltern des Mündels entsprechend.

§ 50b FGG Anhörung des Kindes

(1) Das Gericht hört in einem Verfahren, das die Personen- oder Vermögenssorge betrifft, das Kind persönlich an, wenn die Neigungen, Bindungen oder der Wille des Kindes für die Entscheidung von Bedeutung sind oder wenn es zur Feststellung des Sachverhalts angezeigt erscheint, dass sich das Gericht von dem Kind einen unmittelbaren Eindruck verschafft.

(2) Hat ein Kind das vierzehnte Lebensjahr vollendet und ist es nicht geschäftsunfähig, so hört das Gericht in einem Verfahren, das die Personensorge betrifft, das Kind stets persönlich an. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten soll das Kind persönlich angehört werden, wenn dies nach der Art der Angelegenheit angezeigt erscheint. Bei der Anhörung soll das Kind, soweit nicht Nachteile für seine Entwicklung oder Erziehung zu befürchten sind, über den Gegenstand und möglichen Ausgang des Verfahrens in geeigneter Weise unterrichtet werden; ihm ist Gelegenheit zur Äußerung zu geben.

(3) In den Fällen des Absatzes 1 und des Absatzes 2 Satz 1 darf das Gericht von der Anhörung nur aus schwerwiegenden Gründen absehen. Unterbleibt die Anhörung allein wegen Gefahr im Verzug, so ist sie unverzüglich nachzuholen.

(4) Die Absätze 1 bis 3 gelten für Mündel entsprechend.

§ 50c FGG Anhörung von Pflegepersonen

Lebt ein Kind seit längerer Zeit in Familienpflege, so hört das Gericht in allen die Person des Kindes betreffenden Angelegenheiten auch die Pflegeperson an, es sei denn, dass davon eine Aufklärung nicht erwartet werden kann. Satz 1 gilt entsprechend, wenn das Kind auf Grund ei-

ner Entscheidung nach § 1682 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bei dem dort genannten Ehegatten, Lebenspartner oder Umgangsberechtigten lebt.

§ 52 FGG

(1) In einem die Person eines Kindes betreffenden Verfahren soll das Gericht so früh wie möglich und in jeder Lage des Verfahrens auf ein Einvernehmen der Beteiligten hinwirken. Es soll die Beteiligten so früh wie möglich anhören und auf bestehende Möglichkeiten der Beratung durch die Beratungsstellen und -dienste der Träger der Jugendhilfe insbesondere zur Entwicklung eines einvernehmlichen Konzepts für die Wahrnehmung der elterlichen Sorge und der elterlichen Verantwortung hinweisen.

(2) Soweit dies nicht zu einer für das Kindeswohl nachteiligen Verzögerung führt, soll das Gericht das Verfahren aussetzen, wenn

1. die Beteiligten bereit sind, außergerichtliche Beratung in Anspruch zu nehmen, oder
2. nach freier Überzeugung des Gerichts Aussicht auf ein Einvernehmen der Beteiligten besteht; in diesem Fall soll das Gericht den Beteiligten nahe legen, eine außergerichtliche Beratung in Anspruch zu nehmen.

(3) Im Fall des Absatzes 2 kann das Gericht eine einstweilige Anordnung über den Verfahrensgegenstand von Amts wegen erlassen.

7) Aus dem Entwurf eines Gesetzes über die Regelung des familiengerichtlichen Verfahrens und anderer Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit

§ 155 FamFG-E Vorrang- und Beschleunigungsgebot

(1) Kindschaftssachen, die den Aufenthalt des Kindes, das Umgangsrecht oder die Herausgabe des Kindes betreffen, sowie Verfahren wegen Gefährdung des Kindeswohls sind vorrangig und beschleunigt durchzuführen.

(2) Das Gericht erörtert in Verfahren nach Absatz 1 die Sache mit den Beteiligten in einem Termin. Der Termin soll spätestens einen Monat nach Beginn des Verfahrens stattfinden. Das Gericht hört in diesem Termin das Jugendamt an. Eine Verlegung des Termins ist nur aus zwingenden Gründen zulässig. Der Verlegungsgrund ist mit dem Verlegungsgesuch glaubhaft zu machen.

(3) Das Gericht soll das persönliche Erscheinen der verfahrensfähigen Beteiligten zu dem Termin anordnen.

§ 163 FamFG-E Fristsetzung bei schriftlicher Begutachtung; Inhalt des Gutachtauftrags

(1) Wird schriftliche Begutachtung angeordnet, setzt das Gericht dem Sachverständigen zugleich eine Frist, innerhalb derer er das Gutachten einzureichen hat.

(2) Das Gericht kann in Verfahren, die die Person des Kindes betreffen, anordnen, dass der Sachverständige bei der Erfüllung des Gutachtauftrags auch auf die Herstellung des Einvernehmens zwischen den Beteiligten hinwirken soll.