

Stefan Heilmann

Der Bundesgerichtshof und der Umgangsboykott

Einige Überlegungen zu der Entscheidung des BGH vom 26.10.2011 – Az. XII ZB 247/11

Die Reaktion der Rechtsordnung auf den sogenannten Umgangsboykott gehört zu einem der großen Problemfelder auf dem Gebiet des Kindschaftsrechts. Der BGH hatte sich vor Kurzem mit einem Fall zu befassen, in welchem das Amtsgericht von Amts wegen ein Verfahren zum Entzug des Sorgerechts der umgangsboykottierenden Mutter eingeleitet hat. Amtsgericht und Oberlandesgericht waren der Auffassung, dass der Mutter die elterliche Sorge (teilweise) zu entziehen ist, was die Fremdunterbringung des zu diesem Zeitpunkt neun Jahre alten Mädchens zur Folge hatte (siehe ZKJ 2012, S. 107 ff. [in diesem Heft]).

INHALT

- Einleitung
- (Teilweiser) Sorgerechtsentzug oder Umgangspflegschaft als Reaktion auf den Umgangsboykott?
- Zur Gestaltung des familiengerichtlichen Verfahrens in den Fällen des Umgangsboykotts
- Ausblick

■ Einleitung

Geprägt wurde die Entwicklung des Kindschaftsrechts im letzten Jahrzehnt weniger vom BGH als vom Bundesverfassungsgericht, welches bei der Prüfung einer Verletzung von Verfassungsrecht durch die Instanzgerichte eine sehr differenzierte Einzelfalljudikatur entwickelt hat. Dies ist mit Blick auf das Selbstverständnis der Hüter der Verfassung, keine Superrevisionsinstanz zu sein, jedenfalls bemerkenswert. Der BGH hatte in der Vergangenheit hingegen nur selten Gelegenheit, sich inhaltlich zu Fragen der elterlichen Sorge und des Umgangsrechts zu äußern. Dies hat seine Ursache v.a. in der gesetzgeberischen Grundentscheidung, ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung des OLG nur dann zu eröffnen, wenn das OLG selbst der Auffassung ist, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde erfüllt sind,

Der Autor Dr. Stefan Heilmann ist Richter am OLG Frankfurt am Main.

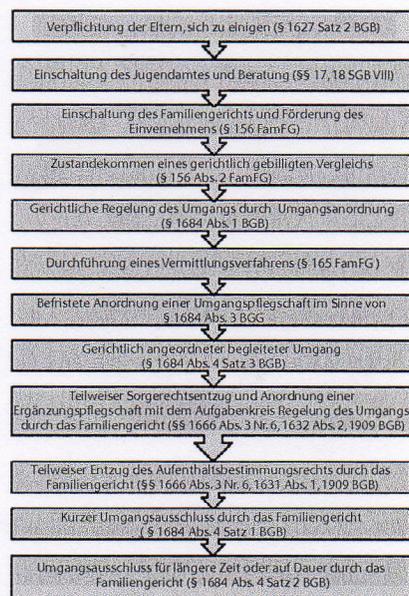
die Angelegenheit also eine grds. Bedeutung hat (vgl. § 70 FamFG). Dies war und ist nur selten der Fall, da im Kindschaftsrecht die individuellen Umstände des Einzelfalls bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs Kindeswohl eine solche Bedeutung haben, dass für die Klärung grds. Fragen selten Raum zu bleiben scheint. Auch im vorliegenden Fall erfolgte die Zulassung der Rechtsbeschwerde lediglich zu verfahrensrechtlichen Fragen, die jedoch bei Verkündung der Entscheidung vom 26.10.2011 schon geklärt waren (s. BGH, ZKJ 2011, S. 465 ff.). Gleichwohl zieht der BGH im Rahmen einer sehr extensiven Auslegung der maßgeblichen Verfahrensvorschriften auch die materielle Kindeswohlprüfung an sich. Künftig wird daher davon auszugehen sein, dass der BGH wohl immer dann, wenn in einer Kindschaftssache eine Zulassung der Rechtsbeschwerde erfolgt, eine umfassende rechtliche Prüfung vornehmen wird, ohne dass es darauf ankommt, zu welcher konkreten Frage die Rechtsbeschwerde vom OLG zugelassen worden ist.

■ (Teilweiser) Sorgerechtsentzug oder Umgangspflegschaft als Reaktion auf den Umgangsboykott?

Die Fälle des elterlichen Umgangsboykotts, also der objektiv unbegründeten nachhaltigen Weigerung (meist) eines Elternteils, den Umgang mit dem anderen Elternteil zu ermöglichen oder zu fördern, sind in der ge-

richtlichen und behördlichen Praxis nicht immer schnell zu identifizieren. Denn es fällt insbesondere zu Beginn eines Umgangskonflikts häufig schwer, objektiv berechnete und ausschließlich kindeswohlorientierte Bedenken gegen einen Umgang von den ausschließlich subjektiven, (nur) vermeintlich kindeswohlorientierten Bedenken, zu trennen, hinter denen in Wahrheit kindeswohl-fremde Motive stehen.

Denn oftmals werden gerade vermeintlich kindeswohlorientierte Überlegungen angeführt, die aus Sicht des betreuenden Elternteils einer Gewährung des Umgangs (vorübergehend) entgegenstehen und die den Blick auf die wahren Hintergründe der Weigerungshaltung verstellen. Ist der Umgangsboykott als solcher identifiziert und die oft sehr nachhaltigen und aufwändigen Bemühungen von Jugendamt, Verfahrensbeistand und Gericht, eine einvernehmliche Lösung zu erzielen ohne Erfolg, reagieren die Instanzgerichte unterschiedlich (siehe nur OLG Saarbrücken, ZKJ 2011, S. 178 ff.). Daher gilt es, zunächst das gesetzliche System bei Umgangskonflikten zu beleuchten, welches der BGH in seiner Entscheidung vom 26.10.2011 in Erinnerung bringt. Denn dieses verlangt von den Eltern und vom Staat eine abgestufte Prüfungsreihenfolge, die mit dem auf einem gesetzgeberischen Appell basierenden und elterntunautonom (ohne staatliche Hilfe) erreichten Einvernehmen am niedrigschwelligsten beginnt. Es bezieht sodann auf den verschiedenen weiteren Stufen die Eingriffsintensität der einzelnen Maßnahmen ein, sodass der dauernde Umgangsausschluss die Ultima Ratio ist.



Im Wesentlichen lassen sich die Überlegungen des BGH zum Umgangsboykott in zwei Kernaussagen zusammenfassen:

1. Die Anordnung der Umgangspflegschaft i.S.v. § 1684 Abs. 3 BGB ist vorrangig gegenüber (sonstigen) Eingriffen in die elterliche Sorge.
2. Es bedarf vor jedem Sorgerechtsingriff einer umfassenden Gesamtabwägung unter Einbeziehung aller Kindeswohlrelevanter Kriterien im Einzelfall.

Zu 1.: Die Nachrangigkeit des Sorgerechtsingriffs gegenüber der Umgangspflegschaft suggeriert, dass die Umgangspflegschaft i.S.v. § 1684 Abs. 3 BGB selbst keinen Eingriff in das elterliche Sorgerecht darstellt. Der Umgangspfleger hat jedoch die gesetzliche Befugnis, der Herausgabe des Kindes zur Durchführung des Umgangs zu verlangen und für die Dauer des Umgangs dessen Aufenthalt zu bestimmen (§ 1684 Abs. 3 Satz 4 BGB). Er nimmt damit Rechte wahr, die im Rahmen der §§ 1626, 1631 Abs. 1, 1632 Abs. 2 BGB originär dem Sorgerechtsinhaber zustehen. Diese Rechte werden dem Sorgerechtsinhaber genommen und auf einen Dritten, der nicht Elternteil ist, übertragen. Was ist dies anderes als ein Eingriff in die elterliche Sorge? Jedenfalls ist der Umgangspfleger i.S.v. § 1684 Abs. 3 BGB nicht zur eigenständigen Regelung des Umgangs berechtigt (vgl. Heilmann, NJW 2012, 16, 21), sodass es neben der Anordnung einer Umgangspflegschaft immer auch einer detaillierten Umgangsregelung durch das Familiengericht bedarf.

Zu 2.: Zu Recht hebt der BGH hervor, dass eine mit einem Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts einhergehende Herausnahme des Kindes aus seiner vertrauten Umgebung nach einer umfassenden Gesamtabwägung verlangt, die ausschließlich von Kindeswohlorientierten Überlegungen geprägt sein darf. Eine ggf. von vermeintlichen Gerechtigkeitswägungen und Ideologien überlagerte andere Betrachtungsweise verkennt die verfassungsrechtliche Bedeutung des Kindeswohls und sein Verhältnis zum Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Insofern sind die klarstellenden Ausführungen des BGH nachhaltig zu begrüßen.

■ Zur Gestaltung des familiengerichtlichen Verfahrens in den Fällen des Umgangsboykotts

Ohne effektives Verfahrensrecht läuft die gemeinte gesetzliche Regelung im Bereich des Kindschaftsrechts ins Leere. Maßgeblich ist, dass sich die Tatsachen insbesondere aus Sicht des Kindes alleine durch Zeitablauf in Abständen verändern können, die Erwachsene als „kurz“ einstufen würden. Eine in einem Zivilprozess straffe Verfahrensführung kann in einer Kindschaftssache als zu zögerlich ein-

gestuft sein. Insbesondere in den Fällen des Umgangsboykotts hat daher das Vorrang- und Beschleunigungsgebot des § 155 FamFG eine besondere Bedeutung. Neben der Anberaumung eines frühen Termins, der wie alle Termine in Umgangsverfahren nur aus zwingendem Grund und damit nur in eng begrenzten Ausnahmefällen verlegt werden kann, hat das Gericht kurze Stellungnahmefristen (max. zwei Wochen) zu setzen. Vermeidbaren Verfahrensverzögerungen ist dringend entgegenzuwirken. Das Verfahren sollte also stetig und nachhaltig gefördert werden. Von einem bewussten Zuwarten mit dem Verfahrensabschluss muss grds. dringend abgeraten werden. Nur wenn die Möglichkeit der Herstellung einer einvernehmlichen Lösung (noch) realistisch ist, kann die Suche nach einer solchen eine Verzögerung des Verfahrens rechtfertigen. Anderenfalls besteht die große Gefahr einer Preisgabe der verfassungsrechtlichen Garantie einer Effektivität des Rechtsschutzes.

Es ist fraglich, ob die Entscheidung des BGH der vom Gesetzgeber, vom BVerfG und vom EGMR immer wieder betonten besonderen Bedeutung des Vorrang- und Beschleunigungsgebotes in Sorge- und Umgangssachen in jeder Hinsicht gerecht wird. Denn in dem vom BGH entschiedenen Fall trennten sich Beteiligten im Jahr 2009. Das Kind befindet sich seit der Entscheidung des AG vom 21.09.2010 in einer Einrichtung. Das OLG des Landes Sachsen-Anhalt hat bereits am 07.12.2010 über die Beschwerde gegen die amtsgerichtliche Entscheidung befunden. Gleichwohl der BGH keine Tatsachen-, sondern lediglich Rechtsinstanz ist, datiert seine Entscheidung – obwohl auch für ihn das Vorrang- und Beschleunigungsgebot des § 155 Abs. 1 FamFG Anwendung findet – erst vom 26.10.2011. Das Kind befindet sich zu diesem Zeitpunkt aufgrund der nach Ansicht des BGH rechtsfehlerhaften Entscheidungen der Vorinstanzen seit über einem Jahr in einer Einrichtung.

Es kommt noch hinzu, dass die Entscheidung des BGH dem Verfahren kein Ende setzt, denn der BGH entscheidet sich für eine Zurückverweisung und fordert in einem äußerst weitgehenden obiter dictum die Einholung eines Sachverständigengutachtens. Mit dem Vorrang- und Beschleunigungsgebot setzt er sich insoweit nicht auseinander, obwohl insbesondere die Entscheidung über die Frage der Einholung eines Sachverständigengutachtens nach einer sorgfältigen Abwägung zwischen dem zu erwartenden Erkenntnisgewinn einerseits und den Nachteilen der mit der Einholung denknotwendig einhergehenden Verzögerung des Verfahrens andererseits verlangt (näher hierzu MünchKomm-Heilmann, § 155 FamFG Rdnr. 33). Für das vom Verfahren betroffene Kind wird sich, wenn nicht eine – von Amts wegen zu erwägende – Aussetzung der Vollziehung der Entscheidung des AG durch das OLG er-

folgt (vgl. § 64 Abs. 3 FamFG), die Fremdunterbringung bei Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens auch bei äußerst beschleunigter Vorgehensweise erfahrungsgemäß um mindestens weitere drei bis vier Monate verlängern.

■ Ausblick

Die Fälle des Umgangsboykotts offenbaren in besonderer Weise, dass häufig nur eine frühzeitige Förderung einvernehmlicher Lösungen der nachhaltigen Beilegung des Elternkonflikts zuträglich ist. Gelingt dies nicht in einem auch aus Sicht des Kindes vertretbaren Zeitraum wird die Gefahr immer größer, dass den staatlichen Einflussmöglichkeiten Grenzen gesetzt werden. Die professionell am Verfahren Beteiligten bewegen sich damit auf dem schmalen Grat, nach ihrem gesetzlichen Auftrag (vgl. § 156 FamFG) einerseits die einvernehmliche Lösung von Umgangskonflikten zu fördern, andererseits aber den Gefahren einer faktischen Präjudizierung begegnen zu müssen. Teilweise wird daher von den Familiengerichten erwogen, – auch generalpräventive – Wohlverhaltensreize für Elternteile mit fehlender Bindungstoleranz zu setzen (hierzu etwa OLG Saarbrücken, ZKJ 2012, S. 115 ff. [in diesem Heft]).

Unbeschadet dessen muss dringend davor gewarnt werden, in streitigen Verfahren zum Sorge- und Umgangsrecht generell ein zeit- und kostenintensives Sachverständigengutachten einzuholen. Die Antwort auf die Frage nach der Erforderlichkeit weiterer Ermittlungen hat sich an den Maßgaben des Vorrang- und Beschleunigungsgebots sowie daran zu orientieren, welche Ermittlungen zur Erlangung einer hinreichenden Grundlage für eine am Kindeswohl orientierte Entscheidung vor diesem Hintergrund erforderlich sind.

Jetzt kostenlos als E-Mail-Service:

ZKJ **VORAB!**
Zeitschrift für
Kindschaftsrecht und
Jugendhilfe

Schon registriert?
Mehr unter:
www.zkj-online.de
Sie erhalten „Aktuelle Notizen“ und
„Recht-
sprechung“
bereits vorab!