

Sibylla Flügge

Persönlichkeitsrechte als Grenze der Umgangsrechte und -pflichten

Anmerkung zum Urteil des BVerfG zur Erzwingbarkeit der Umgangspflicht

I. Überblick

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 1. April 2008 zur Umgangspflicht der Väter¹ war mit großer Spannung erwartet worden: Viele Frauen hofften sich, dass Väter von den Gerichten endlich auch in die Pflicht genommen werden, wenn sie schon nahezu ausnahmslos ein Recht auf Umgang eingeräumt bekommen. Auch organisierte Väter hatten in ihren Stellungnahmen für eine durchsetzbare Umgangspflicht plädiert, wohl wissend, dass sie die Behauptung, der Umgang zum getrennt lebenden Vater sei unter allen Umständen von zentraler Bedeutung für das Kindeswohl, nicht lange würden verteidigen können, wenn sie sich gegen Zwangsmittel gegen Väter, die den Umgang verweigern, wehren würden.

Das BVerfG geht davon aus, dass die Verpflichtung, dem Kind gegenüber Zuwendung zu zeigen, einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht darstellt, der jedoch durch die Elternpflichten gerechtfertigt ist. Allerdings unterstellt es als Selbstverständlichkeit, dass sich eine solche innere Haltung nicht erzwingen lässt. Und es kommt zu dem Schluss, dass Zwangsmittel gegen den Umgang verweigernden Elternteil dann unverhältnismäßig sind, wenn sich ihr Zweck, nämlich ein dem Kindeswohl dienlicher Umgang, dadurch nicht erreichen lässt.

Die Argumentation des Gerichts lässt sich auch auf Umgangsstreitigkeiten anwenden, in denen der betreuenden Mutter Umgangsverweigerung vorgeworfen wird. Diese Übertragung würde sich nur dann verbieten, wenn man – wie der Kläger im vorliegenden Verfahren – davon ausgeht, dass die Ermöglichung des Umgangs auf Seiten des betreuenden Elternteils nicht mit Gefühlen verbunden ist. Wenn aber durch das Recht in die Gefühlswelt der Betreuungsperson eingegriffen werden soll, dann setzt das voraus, dass der mit dem Rechtsmittel verfolgte Zweck, der Umgang, tatsächlich erreicht werden kann, ohne dass dabei das Wohl des Kindes z.B. durch unzumutbare Loyalitätskonflikte beeinträchtigt wird.

Dabei dürfen Gerichte nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts nicht darauf setzen, dass eine

betreuende Mutter ihre ablehnende Haltung gegenüber dem Vater auf Grund der Androhung von Zwangsmitteln oder Verhängung der in Zukunft möglichen Ordnungsmittel verändern kann, denn bezüglich der Möglichkeit, eigene Gefühle zu ändern, dürfen an Frauen keine anderen Maßstäbe angelegt werden als an Männer – es sei denn, man wolle, wie in alten Zeiten in der Sexualaufklärung praktiziert, behaupten, dass Frauen ihre Gefühle beherrschen können, während Männer ihnen hilflos ausgeliefert sind.

Bezogen auf den Umgang eines Kindes mit dem Vater, den es nie kennen gelernt hat, geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass dieser nicht unbedingt erforderlich für das Kindeswohl ist, denn es unterstellt der Mutter, die den Umgang durchsetzen will, dass sie dabei eigene Interessen verfolge, nicht aber unbedingt die des Kindes.

II. Auswirkungen auf die FGG-Reform

Der Bundestag geht davon aus, dass die im Urteil des Bundesverfassungsgerichts genannten Überlegungen auch auf Fälle der Umgangsverweigerung durch betreuende Elternteile anzuwenden sind. Der Rechtsausschuss hat deshalb in seiner Beschlussempfehlung vom 13.06.2008 mit Rücksicht auf das vorstehende Urteil § 89 des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG), von einer Soll-Bestimmung in eine Kann-Bestimmung umgewandelt. Im Entwurf vom September 2007 hieß es noch:

„Bei der Zuwiderhandlung gegen einen Vollstreckungstitel zur Herausgabe von Personen und zur Regelung des Umgangs soll das Gericht gegenüber dem Verpflichteten Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft anordnen. Verspricht die Anordnung eines Ordnungsgeldes keinen Erfolg, soll das Gericht Ordnungshaft anordnen. [...]“²

In der Begründung des Rechtsausschusses vom 18. Juni 2008 für die Änderung in eine Kann-Bestimmung wird zu § 89 FGG-RG ausgeführt:

1 Urteil des BVerfG vom 01.04.2008, 1 BvR 1620/04, FamRZ 08, 845-853. Die im Folgenden angegebenen Randnummern beziehen sich auf dieses Urteil.

2 BT-Drs. 16/6308 vom 07.09.2007, S. 29.

„Danach ist § 33 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 FGG dahingehend verfassungskonform auszulegen, dass die zwangsweise Durchsetzung der Umgangspflicht eines umgangsverweigernden Elternteils zu unterbleiben hat, es sei denn, im konkreten Einzelfall liegen ausreichende Anhaltspunkte dafür vor, dass der erzwungene Umgang dem Kindeswohl dient.

[...] die Formulierung der Norm als Kann-Vorschrift ermöglicht dem Gericht eine flexible Handhabung. Das Gericht wird sich bei der Ausübung des Ermessens in erster Linie davon leiten lassen, dass das Vollstreckungsverfahren der effektiven Durchsetzung einer gerichtlichen Entscheidung dient, die im Erkenntnisverfahren unter umfassender Beachtung der Vorgaben des materiellen Rechts – und mithin auch des Kindeswohls – getroffen wurde. In den meisten Fällen wird sich das Ermessen daher verdichten. Dies wird beispielsweise dann der Fall sein, wenn der Umgang von dem betreuenden Elternteil grundlos verweigert wird, obwohl der räumlich entfernt lebende Umgangsberechtigte zu dessen Wahrnehmung erheblichen zeitlichen und finanziellen Aufwand leistet.“³

Die an die Stelle der bisherigen Zwangsmittel (§ 33 FGG) tretenden Ordnungsmittel (§ 89 FGG-RG) sollen demnach in Fällen der Umgangsverweigerung – auch durch den betreuenden Elternteil – an die Voraussetzung gebunden sein, dass die Verhängung des Ordnungsmittels der effektiven Durchsetzung einer gerichtlichen Entscheidung dient und nicht, wie ursprünglich geplant, primär einen Bestrafungscharakter haben soll.

Der Gesetzgeber geht – wie aus dem Zitat ersichtlich – davon aus, dass die Ordnungsmittel nur verhängt werden dürfen, wenn die Durchsetzung der Umgangsbeschlüsse im konkreten Fall dem Kindeswohl dienen. Vorausgesetzt wird demnach eine Prüfung der Umstände, die für oder gegen den Umgang sprechen. Im Vergleich zur Begründung in der BT-Drs. 16/6308 (S. 218) ist damit eine deutliche Abkehr vom Rachedenken hin zu einer stärkeren Orientierung am Kindeswohl zu beobachten.

Auch legt die aktuelle Begründung nahe, dass die Umsetzung von Umgangsbeschlüssen, die im ersten Monat nach Antragstellung ergehen sollen,⁴ in der

Regel nicht durch Ordnungsmittel durchgesetzt werden sollen, weil ihnen in der Regel noch keine sorgfältige Prüfung des Kindeswohls zugrunde liegt. Diese Beschlüsse werden nach § 57 FGG-RG grundsätzlich nicht durch die Beschwerde anfechtbar sein. Im Entwurf vom September 2007 war noch vorgesehen, dass nur Umgangsberechtigten ein Beschwerderecht zustehen soll. Der Gesetzgeber reagierte auf die Stellungnahmen, in denen die darin liegende verfassungswidrige Benachteiligung der für Kinder sorgenden Elternteile, in der Regel also der Mütter, angeprangert worden war,⁵ indem nun jede Beschwerde ausgeschlossen wird.

Auf den Hinweis, dass bei nur vorläufiger Prüfung des Kindeswohls in einem sofort nach Antragstellung anberaumten ersten Termin eine ernsthafte Gefährdung von Mutter und Kind durch einen Umgangskontakt nicht ausgeschlossen werden kann, ging der Rechtsausschuss insofern ein, dass nun auch der Ausschluss des Umgangs als mögliche Entscheidungsalternative im Gesetz ausdrücklich genannt wird. Auch soll ein Hinwirken auf ein Einvernehmen ausdrücklich nicht stattfinden, wenn dies dem Kindeswohl widerspricht (§ 156 FGG-RG). „Hier kommen insbesondere Fälle der Traumatisierung des Kindes nach erlebter Gewalt in Betracht.“⁶

In Zukunft werden Mütter, die mit einem vorläufigen Umgangsbeschluss konfrontiert werden, diesen zwar nicht anfechten können, eine – auch von Amts wegen mögliche – Verhängung eines Ordnungsgeldes allerdings wird in Folge des Urteils des Bundesverfassungsgerichts nur zulässig sein, wenn der Umgang dadurch nachweislich ermöglicht werden kann, ohne dem Kindeswohl zu schaden. Dies wird erst recht für die Verhängung der Ordnungshaft zu gelten haben.

Das Gesetz wurde am 26.06.2008 im Bundestag verabschiedet und soll am 01.09.2009 in Kraft treten.

III. Zum Verfahren

Der Beschwerdeführer ist Vater eines Anfang 1999 geborenen Jungen, zu dem er von Anfang an jeden Kontakt ablehnte. Er war und ist verheiratet und hat mit seiner Ehefrau zwei noch minderjährige Kinder. Seit das Kind etwa ein Jahr alt ist, versucht die Mutter des Kindes mit rechtlichen Mitteln, den Vater zu ei-

³ BT-Drs. 16/9733 v. 23.06.2008, S. 361.

⁴ Das „beschleunigte Verfahren“ (§ 155 FGG-RG) wurde bereits durch das „Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls“ vom 24.04.2008 (BT-Drs. 16/8914) in § 50e FGG eingeführt, § 52 Abs. 3 FGG wurde zu einer Soll-Vorschrift. Nach § 156 FGG-RG „soll“ die einstweilige Anordnung eines Umgangsrechts oder dessen Ausschluss in Zukunft nicht mehr nur im Falle der Aussetzung des Verfahrens zum Zwecke der Mediation ergehen, sondern auch dann, wenn zur Aufklärung über etwaige Gefahren ein Sachverständigen Gutachten einzuholen ist.

⁵ Siehe z.B. die „Gemeinsame Erklärung“ in STREIT 3/2007, S. 124-129 und Flüge: „Stellungnahme im BT-Rechtsausschuss“, STREIT 2/2008, S. 7-11.

⁶ Stellungnahme des Rechtsausschusses zu § 156, a.a.O., FN 3, S. 365. Eingefügt wurde in § 156 Abs. 3 auch die Bestimmung, dass ein Kind vor Erlass einer einstweiligen Anordnung persönlich angehört werden soll, wobei in § 159 eingefügt wurde, dass der – bei wesentlicher Einschränkung eines Umgangsrechts i.d.R. beizuordnende – Verfahrensbeistand bei der Anhörung des Kindes anwesend sein soll.

ner Kontaktaufnahme zum Kind zu zwingen. Das Familiengericht begründete seine klageabweisende Entscheidung vom 06.11.2000 damit, dass der Beschwerdeführer mit nachvollziehbaren Gründen davon ausgehe, „dass Kontakte zu seinem Sohn seine Ehe belasten und diese auch daran zerbrechen werde.“ (Rn. 16)

Im Beschwerdeverfahren konnte die Frage, wie sich die Beziehung zwischen dem Vater und seinem Sohn bei einem begleiteten Umgang gestaltet, nicht durch ein Sachverständigengutachten exploriert werden. Das BVerfG hatte nämlich dazu am 20.05.2003 entschieden, dass ein Umgang zum Zwecke der Exploration nicht durch die Anordnung und Androhung eines Zwangsgelds erzwungen werden dürfe. Die Erhebung und Weitergabe von Befunden über den Gesundheitszustand, die seelische Verfassung und den Charakter stelle einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht dar. In diesen Schutzbereich falle auch die Exploration eines umgangsberechtigten Elternteils durch einen Sachverständigen, der den Umgang zwischen dem Elternteil und dem Kind beobachtet.⁷

Das OLG holte daraufhin ein hypothetisches Gutachten über die Frage ein, ob ein erzwungener begleiteter Umgang für das Kind schädlich oder nützlich sein werde. Der Sachverständige kam zu

dem Ergebnis, „dass begleitete Umgangskontakte dem Kind selbst dann – jedenfalls für eine gewisse Zeit – nicht schaden würden, wenn der Beschwerdeführer das Kind entsprechend seiner Ankündigung ignorieren würde. Über eine längere Zeit würde eine ablehnende Haltung des Vaters das Kind allerdings verunsichern, es würde die Begegnung als Zwang erleben. In diesem Falle bestünde die Gefahr eines gravierenden Schadens für das Kind.“ (Rn. 17) Das OLG erließ daraufhin am 21.01.2004 eine Zwangsgeldandrohung zur Durchsetzung der Umgangspflicht.

Dagegen erhob der Beschwerdeführer Verfassungsbeschwerde mit dem Argument, er werde durch die Zwangsgeldandrohung in seinem Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verletzt, da das Umgangsrecht als höchstpersönliches Recht ebensowenig vollstreckbar sei wie die ehelichen Pflichten oder Ansprüche aus Dienstverhältnissen (Rn. 26). Die in § 1684 Abs. 1 BGB normierte Umgangspflicht der Eltern sei vom Rechtsausschuss des Bundestages lediglich als Appell gemeint gewesen. Das Umgangsrecht des Kindes beziehe sich lediglich auf den Fall, dass dieses Recht gegen den betreuenden Elternteil durchgesetzt werden solle. Zwangsmittel gegen den betreuenden Elternteil seien nicht mit einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts verbunden, „weil der betreuende Elternteil durch den Umgang von Kind und umgangsberechtigtem Elternteil selbst nicht direkt betroffen sei.“ (Rn. 27)

Das Bundesverfassungsgericht holte zahlreiche Stellungnahmen ein. Hier seien nur die Stellungnahmen der Bundesregierung und des BGH hervorgehoben:

Die Bundesregierung, vertreten durch die Justizministerin, hob einerseits hervor, dass eine zwangsweise Durchsetzung der Umgangsverpflichtung möglich sei, „und zwar dann, wenn dies dem Kindeswohl geschuldet sei.“ (Rn. 32) Die Hürden zur Beurteilung, „ob ein erzwungener Umgang im konkreten Fall auch wirklich dienlich für das Kind sei“ (ebd.) werden allerdings hoch angesetzt, wie sich schon aus dem Beispiel eines todkranken Kindes, das den Vater noch einmal sehen wolle, ergibt. „Es werde wohl die Ausnahme sein, einen Umgang zwangsweise durchzusetzen, denn zu berücksichtigen sei, dass damit das Kind einer Situation ausgesetzt werden könne, in der es von einer Person, von der es eigentlich Zuwendung erwarte, fortlaufend gekränkt werde.“ (ebd.) Angeregt wird die Beauftragung eines Verfahrenspflegers, wenn zu befürchten sei, dass mit der Einforderung der Umgangspflicht weniger der Wille des Kindes als

⁷ Beschluss des BVerfG vom 20.05.2003, 1 BvR 2222/01, FamRZ 2004, S. 523-524.

vielmehr der Wille des sorgeberechtigten Elternteils verfolgt werde (ebd.).

Der XII. Senat des BGH teilte mit, er sei bislang mit dem Problem der Durchsetzung einer Umgangspflicht nicht befasst gewesen. Die Vollstreckung des vom Kind erwirkten Umgangstitels dürfe in der Praxis auf Schwierigkeiten stoßen, die im Einzelfall zu berücksichtigen seien. „Entsprechend sehe § 1684 Abs. 3 Satz 1 BGB den Umgang mit beiden Eltern nur im Regelfall als dem Kindeswohl am besten entsprechend an.“ (Rn. 35) Grenzen der Vollstreckbarkeit könnten sich aus Persönlichkeitsrechten und aus dem Recht auf Schutz von Ehe und Familie ergeben. (Rn. 36)

IV. Verletzte Persönlichkeitsrechte durch Umgangspflicht

Interessant am Urteil des Bundesverfassungsgerichts sind insbesondere die Ausführungen zum Persönlichkeitsrecht, da dieses im Zusammenhang mit Sorge- und umgangsrechtlichen Entscheidungen nur selten thematisiert wird, obwohl § 1697a BGB die Berücksichtigung „der berechtigten Interessen der Beteiligten“ ausdrücklich einfordert. Insgesamt sind in der Juris-Datenbank nur 4 weitere Urteile dokumentiert, die im Kontext von Sorge- und Umgangsrechtsstreitigkeiten zwischen Eltern deren Persönlichkeitsrechte prüfen. In einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Aufhebung der gemeinsamen Sorge wurde das Persönlichkeitsrecht einer Mutter, die vom Vater des Kindes vergewaltigt worden war, als Maßstab herangezogen.⁸ Zwei Urteile räumen der Mutter unter Berufung auf Art. 2 GG das Recht zur Rückwanderung in deren Heimatland ein.⁹ Das OLG Celle erkannte in der Festsetzung eines Zwangsgeldes gegen den umgangsunwilligen Vater keinen unzulässigen Eingriff in dessen Rechte aus Art. 2 GG.¹⁰

Das Bundesverfassungsgericht hat bisher das Persönlichkeitsrecht der Eltern als mögliche Grenze des Umgangsrechts oder der Umgangspflicht noch nicht geprüft. Es ist sicher kein Zufall, dass das Persönlichkeitsrecht zuerst als Grenze der Umgangspflicht eines Vaters thematisiert wird. Interessant ist, welche Erkenntnisse sich daraus für die Grenzen des Umgangsrechts im Interesse der das Kind betreuenden Person und im Interesse des Kindes selbst herleiten lassen.

1) Persönlichkeitsrechte des vom Kind getrennt lebenden Vaters

Das Bundesverfassungsgericht stellt fest, dass die Umgangspflicht in das durch Art. 2 GG geschützte

Recht des Vaters „auf Wahrung seiner Privatsphäre und seiner persönlichen Beziehungen“ eingreife, „denn es verpflichtet ihn, in persönliche Beziehung zu seinem Kind zu treten, auch wenn er eine solche Beziehung nicht aufnehmen oder fortsetzen will.“ (Rn. 76) Wegen der aus Art. 6 GG abgeleiteten Verpflichtung der Eltern, Verantwortung für das Kind zu übernehmen, hält es das Gericht für zumutbar, dass ein Elternteil dazu angehalten werde, mit seinem Kind Umgang zu pflegen, auch wenn er dadurch „unter nicht unerheblichen psychischen Druck“ gerate (Rn. 78). Gerechtfertigt werde ein solcher Eingriff in das Persönlichkeitsrecht aber nur dann, wenn dies dem Kindeswohl diene (Rn. 80). Deshalb dürfe ein Zwangsmittel nur angeordnet werden, wenn der damit verfolgte Zweck erreicht werden könne, „nämlich dem Kind einen Umgang mit seinem Elternteil zu ermöglichen, der zu einer gedeihlichen Persönlichkeitsentwicklung des Kindes beiträgt und dem Recht des Kindes zur Durchsetzung verhilft, dass seine Eltern ihre Verantwortung ihm gegenüber zu seinem Wohle ausüben.“ (Rn. 81)

Das Bundesverfassungsgericht sieht durchaus einen Sinn darin, Umgangsverpflichteten ihre Elternverantwortung durch konkrete Anordnungen zu verdeutlichen. Es sieht jedoch – von Ausnahmefällen abgesehen – keine Möglichkeit, durch die zwangsweise Durchsetzung des Umgangs einen erklärten und an den Tag gelegten Widerwillen gegen das Kind zu überwinden. Daraus leitet das Bundesverfassungsgericht ab, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit das Selbstwertgefühl des Kindes Schaden nehme, wenn das Kind dem Kontakt zum abweisenden und lieblosen Elternteil ausgesetzt werde (Rn. 83). Es ist bemerkenswert, dass das Gericht davon ausgeht, dass ein Umgang, der nur mit Zwangsmitteln gegen den umgangsunwilligen Elternteil durchgesetzt werden kann, in der Regel nicht dem Kindeswohl diene (Rn. 89), obwohl es zur Schädlichkeit dieser Umgangskontakte (mangels praktischer Erfahrungen) bisher keine wissenschaftlich gesicherten Erkenntnisse gibt (Rn. 9).¹¹

Aus dieser Argumentation lässt sich folgern, dass erst recht von der Erzwingung des Umgangs abgesehen werden muss, wenn gegen den Umgang erhebliche, unüberwindliche Widerstände der Hauptbezugsperson oder gar des Kindes bestehen, denn insoweit wurde der Beweis der Schädlichkeit bereits erbracht.¹² Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, dass im Einzelfall ein erzwungener Umgang zum Wohle des Kindes erforderlich sein kann, wie das Bundesver-

⁸ BVerfG vom 18.12.2003, 1 BvR 1140/03, STREIT 2004, S. 25-26.

⁹ OLG Zweibrücken vom 13.07.2004, 5 UF 47/04 und OLG Köln vom 18.01.2006, 4 UF 209/04 (Juris).

¹⁰ OLG Celle vom 21.11.2000, 19 UF 253/00 (Juris).

¹¹ Das BVerfG bezieht sich hier auf eine Diss. an der Uni Frankfurt/M. aus dem Jahr 2007: Alexandra Altrogge: Umgang unter Zwang, S. 167, Fn. 792 und S. 207, Fn. 967 (Bielefeld 2007).

¹² Kerima Kostka: Elterliche Sorge und Umgang bei Trennung und Scheidung – unter besonderer Berücksichtigung der Perspektive

fassungsgericht zu Recht betont. Allerdings muss dies jeweils sorgfältig untersucht werden.

Das Bundesverfassungsgericht nimmt in diesem Urteil ausdrücklich nur eine Abwägung der Persönlichkeitsrechte der Umgangsverpflichteten mit den Rechten der Kinder vor. Von daher sieht es kein Problem in den Fällen, in denen Umgangsverpflichtete ihr Elternrecht wahrnehmen wollen. Die Frage, inwiefern auch die Persönlichkeitsrechte der Hauptbezugspersonen der Kinder zu schützen sind, wird nicht angeschnitten.

2) Persönlichkeitsrechte der das Kind betreuenden Mutter

Die zentralen Überlegungen des Urteils sind auf die betreuenden Elternteile, die den Umgang ermöglichen sollen, ebenso anwendbar, wie auf die Umgangspflichtigen. Das Umgangsrecht wurde dem Kind, wie das Gericht ausführt, „in seinem wohlverstandenen Interesse eingeräumt“ (Rn. 85). Unterstellt wird, dass „die Zuwendung des Elternteils wäh-

rend des Umgangs der kindlichen Entwicklung förderlich ist und deshalb der Umgang dem Kindeswohl dient. Diese auf das Kindeswohl bezogene Dienlichkeit rechtfertigt den mit der Inpflichtnahme der Eltern bewirkten Eingriff in ihr Grundrecht auf Schutz der Persönlichkeit. Dies gilt jedoch nur soweit und solange, wie der Umgang dem Kindeswohl auch tatsächlich dienlich sein kann.“ (ebd.) Ausgehend vom Recht des Kindes auf Umgang wird gleichermaßen in das Persönlichkeitsrecht des getrennt lebenden Elternteils eingegriffen, der den Umgang positiv gestalten soll, wie auch in das Persönlichkeitsrecht der Betreuungsperson, die durch ihr Verhalten nicht nur den Umgang als solchen, sondern auch einen positiven Verlauf ermöglichen soll.

Im Falle, dass ein getrennt lebender Elternteil sein Umgangsrecht einklagt, ist neben dem Recht des Kindes allerdings auch dessen Elternrecht auf Umgang nach Art. 6 GG in die Abwägung einzubeziehen. Es muss also eine Abwägung stattfinden, zwischen dem durch Art. 6 GG geschützten Elternrecht und dem durch Art. 2 GG geschützten Recht der für das Kind sorgenden Person auf Wahrung ihrer Privatsphäre und ihrer persönlichen Beziehungen, denn die Pflicht zur Ermöglichung des Umgangs verpflichtet sie, in persönliche Beziehung zum anderen Elternteil ihres Kindes zu treten, auch wenn sie eine solche Beziehung nicht aufnehmen oder fortsetzen will (vgl. Rn. 76).¹³ Darüber hinaus können auf Seiten der betreuenden Person ggf. auch das Recht auf Schutz einer etwaigen neuen Ehe und Familie in die Waagschale geworfen werden. Schließlich ist die Verpflichtung des Staates, Menschen vor der Gefahr körperlicher und psychischer Verletzungen zu schützen, hervorzuheben.¹⁴ Gerichte sind daher verpflichtet, sich ein realistisches, von sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen geleitetes Bild von einer möglichen Gefährdung der Betroffenen zu machen, die aus dem erzwungenen Umgangskontakt resultieren. Dies sind in aller Regel Mütter, die in gewaltförmigen Beziehungen gelebt haben und ihre direkt oder indirekt davon mit betroffenen Kinder.¹⁵

Auch bezüglich der Verhängung von Zwangsmitteln kommt man zu einer radikalen Infragestellung der bisherigen Rechtsprechung, wenn man die Überlegungen des Bundesverfassungsgerichts auf die alltäglichen Fälle, in denen einer Mutter die Vereitelung des Umgangs vorgeworfen wird, überträgt.

des Kindes, in Heiliger, Anita: Vater um jeden Preis, München 2008, S. 323–339 und Judith Wallerstein: Langzeitwirkungen der elterlichen Ehescheidung auf Kinder, ebd., S. 340–359. Ausführlich: Kostka: Im Interesse des Kindes? Elterntrennung und Sorgerechtsmodelle in Deutschland, Großbritannien und den USA, Frankfurt a. M. 2004.

13 Vgl. BVerfG vom 18.12.2003, a.a.O., Fn. 8

14 Ute Sacksofsky: Gewalt gegen Frauen, in: Helmut Kohl (Hg.): Gewalt in sozialen Beziehungen – Gewalt gegen Frauen, Kinder und alte Menschen, Neuwied 2001, S. 44–54 (47).

15 vgl. BMFSFJ (Hg.): Aktionsplan II der Bundesregierung zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen, Berlin 2007, S. 10–11. Siehe auch Barbara Kavemann, Ulrike Kreyssik (Hg.): Handbuch Kinder und häusliche Gewalt, Wiesbaden 2007.

Das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass ein Vater auf Grund einer Zwangsgeldandrohung die Ablehnung, die er gegen sein Kind empfindet, nicht überwinden kann und dass er während des erzwungenen Umgangs mit dem Kind seine Ablehnung auch nicht verbergen kann. Ebenso wenig ist von einer Mutter zu erwarten, dass sie Ängste und Aggressionen, die sie mit dem Vater des Kindes verbindet, auf Grund eines Zwangsmittels ablegt oder dass sie dazu in der Lage ist, diese Gefühle dem Kind gegenüber zu verbergen. In diesen hochkonflikthaften Beziehungen ist es den Müttern entweder subjektiv unmöglich, einen Umgang zuzulassen oder, wenn sie ihn doch ermöglichen, leiden die Kinder unter oft unerträglichen Spannungen, die nicht selten eine Umgangsverweigerung seitens des Kindes zur Folge haben.¹⁶

Diese allgemein menschliche Unfähigkeit, psychische Befindlichkeiten willentlich zu steuern, entbindet Mütter wie Väter nicht von ihrer Pflicht, sich gegenüber ihren Kindern verantwortlich zu verhalten. Das Bundesverfassungsgericht macht nun aber deutlich, dass Zwangsmittel ihren Zweck und damit ihre Legitimation verfehlen, wenn sie ein verantwortliches, dem Kindeswohl dienliches Verhalten nicht herbeiführen können.¹⁷ Das heißt, die vom Gesetzgeber in § 89 FGG-RG vorgesehene Verhängung von Ordnungsmitteln verletzt dann die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Eltern, wenn eine Verhaltensänderung zum Wohle des Kindes dadurch nicht herbeigeführt werden kann.

3) Persönlichkeitsrechte des Kindes

Einen zentralen Raum nehmen in den Urteilsgründen Ausführungen zur Grundrechtsträgerschaft des Kindes ein. „Das Kind ist nicht Gegenstand elterlicher Rechtsausübung, es ist Rechtssubjekt und Grundrechtsträger, dem die Eltern schulden, ihr Handeln an seinem Wohl auszurichten.“ (Rn. 71)

Eine Anwendung dieses Grundsatzes auf die Fälle, in denen Kinder, sei es aus nachvollziehbaren oder von außen nicht nachvollziehbaren Gründen, ihrerseits einen Umgang verweigern, stand im vorliegenden Urteil nicht zur Diskussion. Zu Recht stellt Lore-Maria Peschel-Gutzeit in ihrer Anmerkung zu diesem Urteil die Frage: „Wenn man dem Bundesverfassungsgericht folgt und auch zu dem Ergebnis gelangt, dass ein erzwungener Umgang, bei welchem das Kind Abneigung und Ablehnung erleben muss, seinem Wohl nicht dienen kann, drängt sich die Frage auf, mit welcher Begründung dann Kinder ge-

zwungen werden, den Elternteil zu sehen, den sie nicht sehen möchten.“¹⁸

Trotz des Verbots der „Gewaltanwendung gegen ein Kind [...], wenn das Kind herausgegeben werden soll, um das Umgangsrecht auszuüben“ (§ 33 Abs. 2 FGG) wird von Müttern regelmäßig erwartet, dass sie ihr Kind „mit erzieherischen Mitteln“ zum Umgang zwingen, wenn Überredung nicht ausreicht. Vereinzelt setzen Gerichte Umgangspfleger nach § 1909 BGB ein, um ein Kind gegen den Willen der Mutter zum Beispiel im Kindergarten abholen zu können. In diesen Situationen sind die Kinder faktisch nicht dazu in der Lage, sich gegen diese Maßnahme zu wehren. Durch das FGG-RG wird die Umgangspflegschaft ausdrücklich in § 1684 Abs. 3 BGB geregelt, Voraussetzung ist das Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung.¹⁹

Bezogen auf die Persönlichkeitsrechte der Kinder sind die Umgangsstreitigkeiten geprägt von den unbestimmten Rechtsbegriffen „Kindeswohl“ und „Kindeswille“, die wissenschaftlich wenig klar definiert sind. Während der Kindeswille überhaupt erst seit 1979 in das Familienrecht Eingang gefunden hat, ist die Definition des Kindeswohls hochgradig abhängig von weltanschaulichen Konzepten und Interessenlagen.²⁰ Liest man Entscheidungen zum Umgangsrecht so drängen sich Fragen auf, die einer wissenschaftlichen Untersuchung unterzogen werden sollten, um langfristige Schäden durch die Gerichtspraxis zu vermeiden.

Zu fragen wäre, welche Auswirkungen es auf die Psyche des Kindes hat, wenn es erlebt, dass ein Elternteil sich, unterstützt von Ämtern und Gerichten,

16 Wallerstein, a.a.O., Fn 12, S. 340-359.

17 Vgl. Sibylla Flügge: Rechtspädagogik als Risiko, FPR 2006, S. 1-4.

18 Lore-Maria Peschel-Gutzeit: Umgangspflicht – Eine Naturalobligation?, NJW 27/2008, 1922-1925 (1925).

19 § 1684 Abs. 3 BGB i.d.F. des Art. 50 FGG-RG (BT-Drs. 16/6308). In die Rechtspraxis eingeführt wurde die Konstruktion des „Umgangspflegers“ schon durch Beschluss des OLG Bamberg vom 23.07.1983, 7 UF 42/85, FamRZ 85, 1175-1178.

20 Maud Zitelmann: Kindeswohl und Kindeswille im Spannungsfeld von Pädagogik und Recht, Münster 2001.

über seinen erklärten Willen hinweg setzen darf und es zu Begegnungen zwingen darf, die das Kind unter allen Umständen vermeiden möchte. Zu fragen ist, wie ein Kind einen erzwungenen Umgang verarbeitet, bei dem es sich unter „Aufsicht“ einer „Amtsperson“ dem getrennt lebenden Elternteil nähern muss. Zu fragen ist, wie ein Kind einen erzwungenen Umgang verarbeitet, wenn die Mutter eine Wegweisung nach dem Gewaltschutzgesetz erwirkt hat, dann aber – vom gleichen Gericht – gezwungen wird, mit dem Vater in Kontakt zu treten, um den Umgang zu ermöglichen. Wie kann ein Gericht sicherstellen, dass ein Kind gerichtlich verwertbar von Misshandlungen berichtet?²¹ Und welche Folgen hat es für ein Kind, wenn das Gericht den Kontakt anordnet, weil es dem Kind nicht glaubt? Schließlich stellt sich die Frage, welche Verantwortung ein Gericht trifft, wenn es einen Umgang anordnet, der vom Vater genutzt wird, um das Kind zu entführen oder gar zu ermorden?²²

Wenn Gerichte dazu übergehen würden, einen Umgang gegen den Willen des Kindes nur dann zu erlauben, wenn positiv erwiesen wäre, dass der Umgang dem Wohl des Kindes dient, würden Kinder tatsächlich in ihren Grundrechten ernst genommen und geschützt.²³

Für die Beantwortung der Frage, ob in diesen Fällen ein Umgang dem Wohl des Kindes dient, müsste unter anderem eine Auseinandersetzung mit der Beziehungsfähigkeit des Umgangsberechtigten stattfinden. So wäre der Frage nachzugehen, ob er dazu in der Lage ist, den Kontakt zu seinem Kind in einer Weise zu gestalten, dass der Umgang „zu einer gedeihlichen Persönlichkeitsentwicklung des Kindes beiträgt“ (Rn. 81). Insbesondere in Fällen, in denen ein Vater zu Gewalttätigkeit neigt, die Mutter mit Nachstellungen attackiert oder ersichtlich alle Rechtsmittel – einschließlich der Verweigerung von Unterhalt und Zugewinn – einsetzt, um der Mutter des Kindes das Leben schwer zu machen und er damit die Schädigung auch des Kindes billigend in Kauf nimmt, wäre zu fragen, ob der Vater sich auf die Bedürfnisse seines Kindes im Rahmen des Besuchsrechts angemessen einstellen

kann. Sollte dies nicht der Fall sein, wäre ein Umgang auszusetzen, bis der Vater z.B. durch therapeutische Hilfe, ggf. auch nach einer Stabilisierung durch Zeitablauf, dazu in der Lage ist, den Umgang im Sinne des Kindeswohls wahrzunehmen.

In anderen Fällen, in denen der Vater lediglich aus Unerfahrenheit nicht dazu in der Lage ist, den Umgang kindgerecht zu gestalten und das Kind deshalb dem Vater aus dem Weg gehen möchte, wäre daran zu denken, dem Vater geeignete (noch zu schaffende) Unterstützungsangebote seitens des Jugendamtes bzw. freier Träger nahezulegen.²⁴

V. Umgang nicht notwendig im Interesse des Kindes

Das Bundesverfassungsgericht fordert in seinem Urteil eine Verfahrensgestaltung, „die eine eigenständige Wahrnehmung der Rechte des Kindes wie seiner Belange sicherstellt.“ (Rn. 97) Stehen die Interessen des Kindes zu denen der Eltern im Konflikt und kann es aufgrund seines Alters die eigenen Interessen und Rechte noch nicht selbständig wahrnehmen, so ist dem Kind ein/e Verfahrenspfleger/in nach § 50 FGG zu bestellen (ebd.).²⁵

Es ist interessant, dass das Bundesverfassungsgericht im vorliegenden Fall davon ausgeht, dass die Mutter des Kindes eigenen Interessen folgte, statt die Interessen des Kindes wahrzunehmen. Während sich die Mutter auf die in Rechtsprechung und Literatur ganz überwiegend vertretene Meinung stützt, der Umgang mit dem Vater sei von existenzieller Bedeutung für das Kind, sieht das Bundesverfassungsgericht in diesem Umgang unter den gegebenen Umständen eine auch durch Zwangsmittel wahrscheinlich nicht abwendbare Gefahr für das Kindeswohl. Es hält daher in diesem Fall die Bestellung eines Verfahrenspflegers für erforderlich – ohne allerdings zu begründen, warum diese Person besser als die Mutter dazu in der Lage sein sollte zu entscheiden, wie sich ein gegen den Vater erzwungener Umgangskontakt auf das Kind, das zu Beginn des Verfahrens 1 Jahr alt war, auswirken wird.

21 Nach § 33 FGG-RG sollen streitige Entscheidungen in Zukunft nur noch auf Basis eines formal in der mündlichen Verhandlung erhobenen Strengbeweises getroffen werden. Allerdings sollen Kinder nicht als Zeugen vernommen werden (§ 163 Abs. 3 FGG-RG i.d.F. der BT-Drs. 16/9733).

22 Von den Frauen, die sich vom Vater ihrer Kinder getrennt hatten, gaben 27,8 % an, sie seien vom Partner körperlich angegriffen worden, 10,2 % gaben an, die Kinder seien vom Partner angegriffen worden, 6,3 % waren Opfer eines Mordversuchs geworden, in 1,7 % der Fälle hatte der Partner versucht, die Kinder umzubringen. Monika Schrötle: Probleme im Kontext von Trennung und Scheidung, in Heiliger, a.a.O., Fn. 12, S. 315-322 (Auszug aus der repräsentativen Studie des BMFSFJ von Schrötle/Müller: Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland, Berlin 2004).

23 Vgl. den Beschluss des SG Bremen vom 8.8.2008 in diesem Heft, mit dem das Gericht zum Schutz des Kindes den Umgang von Amts wegen ausgeschlossen hat.

24 Irene Miriam Tazi-Preve: Väter im Abseits. Zum Kontaktabbruch der Vater-Kind-Beziehung nach Scheidung und Trennung, Wiesbaden 2007, S. 151 ff.

25 Nach § 158 FGG-RG werden häufiger als bisher VerfahrenspflegerInnen (künftig: Verfahrensbeistände) einzusetzen sein, deren Rechte und Pflichten klarer umrissen werden. Allerdings wurde in letzter Minute in Abs. 7 eine Fallpauschale in Höhe von 350 Euro (in Ausnahmefällen 550 Euro) eingeführt, durch die das mögliche Engagement der Verfahrensbeistände auf ein Minimum reduziert werden wird (BT-Drs. 16/9733).