

eine güterrechtliche Auseinandersetzung. Bei wie auch immer gearteter Vermögensgemeinschaft ist für die Auseinandersetzung der Inhalt des Lebenspartnerschaftsvertrages (§ 7 LPartG) maßgebend. Bei der vom Gesetz wohl als Regelfall angesehenen Ausgleichsgemeinschaft wird bei Aufhebung der Lebenspartnerschaft der Überschuß, den die Lebenspartner während der Dauer des Vermögensstandes erzielt haben, in entsprechender Anwendung der §§ 1372 bis 1390 BGB ausgeglichen (§ 6 Abs. 2 S. 3 u. 4 LPartG).

■ *Anmerkung der Redaktion:* Vgl. *Schlüter*, Die gesetzliche Regelung von außerehelichen Partnerschaften gleichen und verschiedenen Geschlechts, FF 2000, 76.

Umgang – Kindeswohl gegen Elterngrundrecht

Die Lösungsversuche des Gesetzgebers und die Realität

RiOLG *Fritz Finke*, Hamm

Das Thema „Kindeswohl gegen Elternrecht“ geht von einem **Konflikt von Kindes- und Elterninteressen** aus. Dabei könnte man argumentieren, daß es bei einer verantwortungsvollen Ausübung des Elternrechts überhaupt nicht zu einem Gegeneinander von Kindes- und Elterninteressen kommen kann. Die Lebenswirklichkeit ist eine andere. Dies liegt darin begründet, daß die Eltern vielfach nicht zu dem für den Idealfall gewünschten Gleichklang von Eltern- und Kindesinteressen finden können, weil sie die objektiven Kindesinteressen nicht zu erkennen vermögen. Noch gravierender wirkt sich die Überlagerung bzw. Verdrängung der Kindesinteressen durch eigene Interessen – insbesondere im Partnerkonflikt mit dem anderen Elternteil – aus. Das Fatale ist dabei, daß in einer solchen Situation beide Eltern sich als Vertreter der Kindesinteressen sehen und hiervon überwiegend subjektiv sogar überzeugt sind. Dies führt objektiv zu einem Konflikt zwischen den so verstandenen Elternrechten und dem Kindeswohl. Die Konfliktlösungen (Durchsetzung des Elternrechts gegen den anderen Elternteil oder Verzicht hierauf, um das Kind zu schonen) führen häufig zu einer Beeinträchtigung der Interessen des Kindes, welches somit im Streitfall nahezu immer der „Verlierer“ ist.

Die Erkenntnis, daß im Konfliktfall die Kindesinteressen zu kurz kommen und das **Kind nicht selten zu einem bloßen Objekt des Handelns der Eltern**, die angeblich nur sein Bestes wollen, wird, war einer der wesentlichen Aspekte, die den Gesetzgeber dazu veranlaßt haben, durch das *Sorgerechtsgesetz von 1980* die Position des Kindes zu stärken. Aus diesem Grunde wurden für das mindestens 14 Jahre alte Kind in § 59 Abs. 1, 3 FGG ein eigenes Beschwerderecht und in § 50b Abs. 2 FGG eine obligatorische persönliche Anhörung im gerichtlichen Verfahren eingeführt. Die persönliche Anhörung, die in der gerichtlichen Praxis auch unterhalb der Altersgrenze von 14 Jahren in sämtlichen Verfahren, die Angelegenheiten der Personensorge betreffen, als verbindlich angesehen wird, kann sicherlich als Verbesserung der Stellung der Kinder bezeichnet werden. Dagegen hat die Beteiligung des mindestens 14 Jahre alten Kindes am gerichtlichen Verfahren durch Ausübung eines Widerspruchsrechts nach § 1671 Abs. 3 S. 2 BGB a. F. sowie eines eigenen Beschwerderechts keinerlei praktische Bedeutung gefunden. Trotzdem sind diese Regelungen mit dem Kindschaftsreformgesetz beibehalten bzw. in die Neuregelung übernommen worden.

Das zum 1. 7. 1998 in Kraft getretene *Kindschaftsreformgesetz (KindRG)* hat erneut den Gedanken aufgegriffen, die Position des Kindes zu stärken. Mit der Einführung eines Verfahrenspflegers in § 50 FGG – während des Gesetz-

gebungsverfahrens allgemein unter der Bezeichnung „Anwalt des Kindes“ diskutiert – sollte den Kindern in den ihre Interessen in besonderer Weise berührenden gerichtlichen Verfahren über die persönliche Anhörung hinaus Gehör verschafft werden. Auch etwa drei Jahre nach der Einführung dieses neuen Rechtsinstitutes kann dessen Bedeutung noch nicht beurteilt werden. Die hierzu veröffentlichte Rechtsprechung befaßt sich nahezu ausschließlich mit Fragen der Anfechtbarkeit der Beordnung eines Verfahrenspflegers und seiner Vergütung. Insgesamt ist eine weitgehende Zurückhaltung der Verfahrensbeteiligten und der Gerichte gegenüber der Beordnung eines Verfahrenspflegers, aber auch Unkenntnis bzw. Unsicherheit über dessen Funktion, Aufgabe und Befugnisse festzustellen.

Neben der Stärkung der Stellung des Kindes in verfahrensrechtlicher Hinsicht räumt das *KindRG* dem Kind auch materiellrechtlich durch ein **eigenes Recht auf Umgang mit beiden Elternteilen** eine gegenüber dem früheren Recht stärkere Position ein. Im *Regierungsentwurf* war ein solches Recht noch mit der Begründung abgelehnt worden, daß die Vertretung des Kindes bei der Geltendmachung eines Umgangsrechtes zu kompliziert und aufwendig sei und bei der Einschaltung eines Dritten zu diesem Zweck die Gefahr der Verschärfung der bestehenden Konflikte bestehe.¹ Demgegenüber forderte der *Bundesrat* in seiner Stellungnahme die Schaffung eines subjektiven Rechtes des Kindes auf Umgang mit seinen Eltern und begründete dies damit, daß das Kind nicht das Objekt eines fremden Rechts sei, sondern selbst das Recht habe, bei einer Trennung von seinen Eltern zu ihnen regelmäßige persönliche und unmittelbare Kontakte zu pflegen, was Art. 9 Abs. 3 der *UN-Kinderrechtskonvention* entspreche.² Die im Regierungsentwurf angesprochenen Schwierigkeiten bei der Vertretung des Kindes sollten dadurch vermieden werden, daß ein solches Recht auf mindestens 14 Jahre alte Kinder beschränkt werden sollte, die dieses Recht in gleicher Weise wie das Widerspruchsrecht gegen den übereinstimmenden Vorschlag der Eltern zur Regelung der elterlichen Sorge (§ 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB) oder das Beschwerderecht nach § 59 Abs. 1, 3 FGG selbständig geltend machen sollten. Eine zwangsweise Durchsetzung des Umgangsrechtes des Kindes sollte allerdings durch eine entsprechende Regelung in § 33 FGG ausdrücklich ausgeschlossen werden, so daß sich das Geltendmachen des Umgangsrechtes mehr als ein Appell an den nicht zum Umgang bereiten Elternteil als ein echter Anspruch darstellte. Mit vielen anderen³ forderte auch der Familienrechtsausschuß des *Deutschen Anwaltvereins*⁴ ein altersmäßig nicht beschränktes Umgangsrecht des Kindes, wobei die Möglichkeit von Zwangsmitteln zur Durchsetzung des Rechts nicht in Erwägung gezogen wurde. Nachdem in der Gegenüberlegung der Bundesregierung der Vorschlag des Bundesrates noch zurückgewiesen worden war, wurde schließlich in der letzten Lesung auf Vorschlag des Rechtsausschusses die jetzige weitergehende gesetzliche Regelung getroffen. In deren konsequenter Anwendung hat das OLG Celle⁵ nunmehr – soweit ersichtlich als erstes Obergericht – die Durchsetzung des Umgangsrechtes eines 4jährigen nichtehelichen Kindes gegen den Umgangskontakte ablehnenden Vater, der das Kind bislang noch nie

1 BT-Drucks. 13/4899 S. 68.

2 BT-Drucks. 13/4899, S. 153.

3 Stellungnahme des familienrechtlichen Ausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer in BRAK-Mitteilungen 1997, 150, 155; Stellungnahme des Dt. Familiengerichtstages, FamRZ 1997, 337; SPD-Bundestagsfraktion, BT-Drucks. 13/1752, S. 6, 17; Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drucks. 13/3341 S. 2; Dt. Juristinnenbund, FamRZ 1992, 912; 59. Dt. Juristentag, FamRZ 1992, 121, 127.

4 FamRZ 1996, 1401, 1402.

5 OLG Celle MDR 2001, 395; in der erstinstanzlichen Entscheidung hatte das Familiengericht dagegen den von der sorgeberechtigten Mutter im Namen des Kindes gestellten Antrag zur Durchsetzung des Umgangsrechtes des Kindes zurückgewiesen.

gesehen hat, bejaht. Diese konsequente Anwendung des Gesetzes erscheint im Ergebnis äußerst zweifelhaft, wenn man bedenkt, daß ohne eigenes Interesse wahrgenommene Umgangskontakte für das Kind mehr als unangenehm und eine erhebliche Belastung sein können. Wenn man schon bei der elterlichen Sorge zu der Erkenntnis gelangt, daß sich Gemeinsamkeit der Eltern nicht anordnen läßt, so muß für den Umgang des Kindes mit einem Elternteil ebenfalls gelten, daß gegen den Willen des betreffenden Elternteils angeordnete und gegebenenfalls zwangsweise durchgesetzte Kontakte nicht zu einem seinem Sinn und Zweck entsprechenden persönlichen Umgang führen können.⁶

Das *KindRG* hat neben den angesprochenen Kindesinteressen auch das Ziel verfolgt, die Position des nicht sorgeberechtigten bzw. des nicht betreuenden Elternteils im Bereich des Umgangsrechts zu stärken. Der Umgang zwischen Eltern und Kindern ist in § 1684 BGB nicht nur an neuer Stelle im Gesetz geregelt, sondern auch inhaltlich neu ausgestaltet worden. Dem bisher in § 1634 Abs. 1 BGB a. F. geregelten Recht der Eltern auf Umgang mit ihren Kindern wurde in § 1684 Abs. 1 BGB die Pflicht zu solchen Kontakten vorangestellt. Diese Verpflichtung ist das Korrelat des bereits erwähnten Rechtes des Kindes auf Umgang mit seinen Eltern.

Neu ist zudem die in § 1626 Abs. 3 BGB getroffene Feststellung, daß der **Umgang des Kindes mit seinen Eltern in der Regel zum Wohle des Kindes gehört**. Eine solche Feststellung hatte der Rechtsausschuß des Bundestages zwar gegen verschiedentlich geäußerte andere Auffassungen bereits im Rahmen der Beratungen zum Sorgerechtsgesetz von 1980 getroffen, jedoch von einer ausdrücklichen Erwähnung im Gesetz abgesehen. Diese aus der kinderpsychologischen und familiensoziologischen Forschung stammende Erkenntnis wird heute in Rechtsprechung und Literatur nicht mehr in Frage gestellt. Da die gesetzliche Beurteilung der Bedeutung des Umgangs eines Kindes mit seinen Eltern unabhängig davon gilt, ob die Eltern miteinander verheiratet sind, wird die Stellung des Vaters eines nichtehelichen Kindes hierdurch ganz besonders gestärkt. Dagegen ist die bereits beim Sorgerechtsgesetz kontrovers diskutierte Frage, welche Bedeutung dem Kindeswillen gegenüber dem Elternrecht auf Umgang im Falle der Ablehnung von Besuchskontakten zukommt, weiterhin nicht im Gesetz erwähnt. Sie ist zentraler Punkt der Auseinandersetzung in streitigen Umgangsverfahren. Allerdings hat auch insoweit eine Entwicklung stattgefunden, da die seinerzeit vom Rechtsausschuß geäußerte Auffassung, der Wille des Kindes, insbesondere seine Weigerung, den umgangsberechtigten Elternteil zu besuchen, sei für die gerichtliche Entscheidung von untergeordneter Bedeutung,⁷ heute wohl kaum noch Zustimmung findet.

Schließlich ist durch das Kindschaftsreformgesetz im Hinblick auf die besondere Bedeutung der Umgangskontakte für das Kind und den nicht betreuenden Elternteil in § 52a FGG ein gerichtliches Vermittlungsverfahren eingeführt worden. Dieses Rechtsinstitut, welches in der Form überregulierend und geradezu perfektionistisch anmutet, in der Sache, was die möglichen Maßnahmen angeht, nichts Neues bietet, ist von der Praxis – abgesehen davon, daß es auch hier Unklarheit über die Funktion dieses Verfahrens gibt⁸ – nicht angenommen worden. Hieran wird sich in Zukunft wohl kaum etwas ändern. Möglicherweise ist die Ablehnung auch darauf zurückzuführen, daß es den Richtern für diesen mediativen Bereich an der nötigen Ausbildung fehlt, was seinerzeit den Deutschen Familiengerichtstag veranlaßt hat, die Regelung abzulehnen.⁹

Trotz der teilweisen Verbesserung der Position des nicht betreuenden Elternteils geht das Gesetz im Konfliktfall weiterhin von einem **Vorrang des Kindeswohles gegenüber dem Elternrecht** aus. Der sowohl in den gesetzlichen Ein-

zelregelungen¹⁰ als auch in der Gesamtregelung zum Ausdruck kommende Vorrang des Kindeswohles wird noch zusätzlich hervorgehoben durch die mit dem Kindschaftsreformgesetz eingefügte Bestimmung des § 1697a BGB mit der Überschrift „Kindeswohl als Grundprinzip“. Danach sind zwar bei allen das Kind betreffenden Entscheidungen im Rahmen des Sorgerechts auch die tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten sowie die Interessen der Beteiligten zu berücksichtigen, jedoch nur soweit hierdurch die für das Kindeswohl beste Lösung nicht beeinträchtigt wird. Das Kindeswohl bildet somit die Grenze und den Rahmen, innerhalb dessen sich das in Art. 6 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich verbürgte Elternrecht entfalten kann. Dieses Zurücktreten des Elternrechts hinter das Kindeswohl rechtfertigt im äußersten Fall den **Ausschluß des Umgangsrechts nach § 1684 Abs. 4 BGB**. Ein nur kurzzeitiger Ausschluß ist nur möglich, wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist (§ 1684 Abs. 4 S. 1 BGB), was nach der Diktion des Gesetzes wesentlich mehr bedeutet, als bloß dem Kindeswohl dienen. Eine für längere Zeit oder auf Dauer getroffene Maßnahme setzt nach der gesetzlichen Neuregelung sogar ausdrücklich eine Gefährdung des Kindeswohls voraus (§ 1684 Abs. 4 S. 2 BGB).¹¹

Durch die Ausgestaltung des Umgangs als ein im Streitfall gerichtlich zu regelndes Recht und die relativ hohe Eingriffsschwelle für den Ausschluß des Umgangsrechts eines Elternteils soll der Bedeutung dieses Rechtes als Bestandteil des Elternrechtes¹² Rechnung getragen werden. Die theoretisch klare Regelung bereitet bei ihrer Umsetzung in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten, da im Konfliktfall nur schwer abzuschätzen ist, wo die Grenze der Beeinträchtigung des Kindeswohles zu ziehen ist. **Hier stellt sich die Frage, gegen welches Maß an Ablehnung seitens des Kindes eine Umgangsregelung durchgesetzt werden kann.**¹³

6 *Rauscher*, FamRZ 1998, 329, 332 weist auf die Bedenken gegen eine Durchsetzung des Umgangs gegen den Willen des umgangspflichtigen Elternteils hin und spricht unter Bezugnahme auf eine Stellungnahme des damaligen Bundesjustizministers von einem gutgemeintem Appell. Auch der Rechtsausschuß geht in seinem Bericht (BT-Drucks. 13/8511, S. 68) in erster Linie von einer Signalwirkung der Regelung aus.

7 Zur Begründung des Rechtsausschusses vgl. *Belchus*, Elterliches Sorgerecht, Kommentar zur Neuregelung der elterlichen Sorge, 1980, § 1634 BGB Rn. 6.

8 Vgl. OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 299: Zweck des § 52a FGG ist es, die in ihrer Wirkung ohnehin zweifelhafte Vollstreckung eines Umgangsrechts durch eine „Zwangsmediation“ entbehrlich zu machen. Für deren Erfolgsaussicht wäre die Einleitung der Vollstreckung – hierum handelt es sich bei der Androhung eines Zwangsgeldes – geradezu „kontraindiziert“, weil sie vertrauensbildende Maßnahmen gefährdet. Daher darf, wenn ein Verfahren nach § 52a FGG beantragt ist, bis zu dessen Abschluß ein Zwangsgeld auch nicht angedroht werden. OLG Bamberg FamRZ 2001, 169: Die Durchführung eines Vermittlungsverfahrens nach § 52a FGG ist nicht vorrangig gegenüber der zwangsweisen Durchsetzung einer gerichtlichen Umgangsregelung gem. § 33 FGG. OLG Hamm FamRZ 1998, 1303: Bevor das Familiengericht in die gewünschte Prüfung des Ausschlusses des Umgangsrechts nach § 1684 BGB eintritt, ist zunächst ein selbständiges Vermittlungsverfahren nach § 52a FGG durchzuführen. Dabei ist Zulässigkeitsvoraussetzung für ein solches Verfahren, daß bereits eine gerichtliche Regelung des Umgangs oder eine gerichtliche Genehmigung einer Umgangsvereinbarung der Eltern vorhanden ist, deren Durchsetzung erschwert oder vereitelt wird. Der zur Einleitung eines Vermittlungsverfahrens erforderliche Antrag kann auch in dem Antrag auf Ausschluß des Umgangsrechts gesehen werden.

9 FamRZ 1997, 337, 342.

10 So z. B. in § 1671 Abs. 2 BGB: „dem Wohl des Kindes am besten entspricht“, § 1672 Abs. 1 BGB: „dem Wohl des Kindes dient“, § 1684 Abs. 4 BGB: „zum Wohl des Kindes erforderlich ist“, § 1696 BGB: „aus triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen“.

11 Dies entspricht der Rechtsprechung zur früheren Regelung in § 1634 Abs. 2 S. 2 BGB a. F., die ohne eine solche Differenzierung lediglich auf die Erforderlichkeit des Ausschlusses abstellte; vgl. BGH FamRZ 1994, 158.

12 BVerfG FamRZ 1983, 872.

13 **Beispiele aus der Rechtsprechung:** OLG Hamm FamRZ 1997, 1095: Allein der Umstand, daß der Vater die Mutter entführt hat, um das Umgangsrecht mit dem Kind zu erzwingen, rechtfertigt nicht den Ausschluß des Umgangsrechts. OLG Bamberg FamRZ 2000, 46: Kein Ausschluß des Umgangs trotz hartnäckigen Widerstandes des Kindes, wenn dieser auf Übergangsschwierigkeiten infolge eines längeren Zeitraumes fehlender Kontakte beruht, da in diesem Fall die

Noch schwieriger gestalten sich die Fälle, in denen die ablehnende Haltung des Kindes erkennbar durch den anderen Elternteil beeinflusst worden ist. **Dann ist zu prüfen, ob Maßnahmen gegen den anderen Elternteil in Form von Zwangsmitteln nach § 33 FGG oder durch vollständige bzw. teilweise Entziehung der elterlichen Sorge angebracht und erfolgversprechend sind.**

Gegen den ausdrücklichen Willen des Kindes wird sich ein Umgangsrecht eines Elternteils kaum durchsetzen lassen. Dies gilt ganz besonders für ältere Kinder. Aber auch bei jüngeren Kindern stellt sich die Frage, ob man sie auf Dauer ohne Schaden für ihre Entwicklung zu Umgangskontakten zwingen kann. Soweit solche Kontakte trotz Ablehnung seitens des Kindes angeordnet werden, steht dahinter regelmäßig die Erwartung, daß nach Überwindung eines anfänglichen Widerstandes sich die positiven Gefühle des Kindes für den umgangsberechtigten Elternteil durchsetzen werden. Zur Unterstützung eines solchen Prozesses sieht das Gesetz in **§ 1684 Abs. 4 S. 3 BGB** einen **begleiteten Umgang** vor. Damit soll neben dem Aspekt, daß dem betreuenden Elternteil eine gewisse Sicherheit gegenüber Befürchtungen von negativen Begleitumständen der Besuchskontakte gegeben wird, dem Kind die Wiederaufnahme abgebrochener oder aus sonstigen Gründen problematischer Kontakte erleichtert werden. Der betreuende Elternteil ist im Rahmen seiner **Loyalitätspflicht** (§ 1684 Abs. 2 BGB) gehalten, das Kind nicht nur nicht abzuhalten, sondern es sogar positiv auf die Besuche einzustellen. Diese Verpflichtung kann der Elternteil aufgrund der emotionalen Belastung im Streit mit dem anderen Elternteil oft nicht erfüllen, selbst wenn er es will. Nimmt das Kind wahr, daß der betreuende Elternteil den anderen Elternteil ablehnt und nicht wirklich hinter den Besuchskontakten steht, wird der Umgang zu einer ständigen Belastung für das Kind. Dies gilt auch dann, wenn das Kind die Kontakte an sich wünscht, jedoch meint, dies dem betreuenden Elternteil gegenüber nicht zeigen zu dürfen. Die aus einem solchen **Loyalitätskonflikt** resultierenden Schuldgefühle stellen eine ernsthafte Beeinträchtigung des Kindeswohles dar.

Steht fest, daß hinter der Weigerung des Kindes die ablehnende Haltung des betreuenden Elternteils steht, denkt der Jurist zunächst an Mittel und Wege, das nach dem Gesetz gebotene loyale Verhalten zu erzwingen. Abgesehen davon, daß diesem Elternteil nicht selten die Beeinflussung des Kindes überhaupt nicht bewußt ist, da das Kind eine bestimmte Einstellung und Erwartungshaltung des betreuenden Elternteils auch nonverbal wahrnehmen kann, dürfen die Möglichkeiten der Einflußnahme auf den ablehnenden Elternteil nicht überschätzt werden. Die Trennung von Paar- und Elternebene ist leicht gefordert, aber nur schwer umsetzbar. Sie wird der komplexen Natur der Konflikte und ihrer engen Verknüpfung der unterschiedlichen Lebensbereiche der Eltern, die diese nicht isoliert betrachten können, vielfach nicht gerecht. Heftig zerstrittene Eltern, die nicht mehr miteinander kommunizieren können, sind selbst bei vorhandenem Willen ohne fremde Hilfe nicht in der Lage, diese Situation zu bewältigen.

Die Androhung bzw. Festsetzung eines **Zwangsgeldes gem. § 33 Abs. 1 FGG** führt nur in wenigen Einzelfällen weiter, während dies überwiegend daran scheitert, daß – abgesehen davon, daß hiervon vielfach mittelbar das Kind betroffen würde – der betreffende Elternteil finanziell nicht leistungsfähig ist. Aus dem gleichen Grund erweist sich die nach **§ 1579 Nr. 7 BGB** grundsätzlich mögliche **Kürzung eines eventuellen Unterhaltsanspruchs** des den Umgang verhin- dernden Elternteils in der Regel als untaugliches Mittel. Die Anordnung von **Zwangshaft** wird offensichtlich nicht einmal näher in Erwägung gezogen, da bei deren Durchführung das Kind in noch stärkerem Maße als beim Zwangs-

geld in Mitleidenschaft gezogen würde. Schließlich wird die an sich mögliche **gewaltsame Wegnahme** des Kindes zur Durchführung von Umgangskontakten anders als bei der Durchsetzung eines Herausgabeanspruchs nach Änderung des Sorgerechts nicht praktiziert, weil hiermit eine dauerhafte Durchsetzung von Umgangskontakten nicht erreicht werden kann. Im übrigen verbietet § 33 Abs. 2 S. 2 FGG in der durch das KindRG getroffenen Fassung eine Gewaltanwendung gegen das Kind bei der Durchsetzung von Umgangsregelungen. Vielfach wird sich die Gewaltanwendung gegen den betreffenden Elternteil kaum von einer Gewaltanwendung gegen das Kind trennen lassen. Interessant zu dieser Problematik ist die Stellungnahme des DAV, der sich ausdrücklich gegen das gesetzliche Verbot der Gewaltanwendung gegen das Kind ausgesprochen hat mit der Begründung, daß eine solche Maßnahme zwar problematisch sei, jedoch das bloße Wissen darum, daß ein solcher Zwang möglich sei, Eindruck auf den widerstrebenden sorgeberechtigten Elternteil mache.¹⁴ Dies zeigt das ganze Dilemma der Vollstreckung von Umgangsregelungen. Es soll mit Zwangsmitteln gedroht werden in der Erwartung, sie wegen ihrer nicht auszuschließenden negativen bzw. sogar schädlichen Folgen für das Kindeswohl nicht anwenden zu müssen. Dies erscheint mir wenig überzeugend, zumal auf diese Weise Eltern, die die Umgangskontakte besonders nachhaltig beeinträchtigen und sich durch die Drohung mit Zwangsmitteln nicht, wie erhofft, beeindrucken lassen, sogar noch bevorzugt werden, wenn sodann im Interesse des Kindeswohles die Vollstreckung unterbleibt.

Wenn überhaupt, so haben im Einzelfall Maßnahmen zur **Änderung des Sorgerechts** des betreuenden Elternteils die nachhaltigste Wirkung. Die **Bindungstoleranz** der Eltern wird von den Gerichten zunehmend als ein wesentliches Kriterium bei der Entscheidung über die elterliche Sorge oder das Aufenthaltsbestimmungsrecht angesehen.¹⁵ Lassen die Äußerungen bzw. – noch wichtiger – das Verhalten eines Elternteils darauf schließen, daß hier ein Defizit besteht, so kann dem bei der Entscheidung darüber, wer das Kind betreut, maßgebliche Bedeutung zukommen oder es kann sogar zur Änderung der bisher einverständlich bzw. aufgrund gerichtlicher Anordnung praktizierten Regelung führen. Da bei einer bereits getroffenen gerichtlichen Regelung relativ hohe Anforderungen an deren Abänderung gem. § 1696 BGB gestellt werden und mit zunehmender Zeit-

Haltung des Kindes in Widerspruch mit dem richtig verstandenen Kindeswohl steht.

OLG Thüringen FamRZ 2000, 47: Kein befristeter Ausschluß des Umgangs mit einem neunjährigen Kind bei eindeutig ablehnender Haltung des sorgeberechtigten Elternteils.

OLG Schleswig FamRZ 2000, 48: Befristeter Ausschluß des Umgangs der Mutter mit ihrem knapp 11 Jahre alten, seit 5 Jahren in einer Pflegefamilie lebenden Kind.

OLG Hamm FamRZ 2000, 45: Ausschluß des Umgangs aus Gründen des Kindeswohls, wenn das Kind Kontakte ablehnt und aufgrund seiner derzeitigen Verfassung und Einstellung nicht in der Lage ist, die durch Besuchskontakte entstehende Konfliktsituation zu bewältigen. Die Verweigerung der Kontakte muß dabei auf einer inneren Ablehnung beruhen, der tatsächliche oder auch eingebil- dete, nicht sachgerecht verarbeitete Ereignisse (hier: gewalttätiges Verhalten des Vaters sowie die Möglichkeit der Verstärkung der Angst des Kindes hiervor durch Beeinflussung seitens der Mutter) zugrunde liegen.

OLG Karlsruhe FamRZ 1999, 184: Das Umgangsrecht des Vaters eines nicht-ehelichen Kindes kann nur ausgeschlossen werden, soweit dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist. Solche Gründe sind grundsätzlich nicht das geringe Alter des Kindes noch ein sich anbahnendes Vater-Kind-Verhältnis zum neuen Lebensgefährten der Mutter. Belastungen des Kindes, namentlich nach längerer Unterbrechung der Kontakte, kann durch deren Ausgestaltung begegnet werden.

14 FamRZ 1996, 1401, 1402.

15 So ist z. B. in OLG Celle FamRZ 1994, 924 einem Elternteil, der im übrigen nicht so günstige Rahmenbedingungen für die Entwicklung des Kindes bieten konnte wie der andere Elternteil, die Alleinsorge übertragen worden, weil bei ihm der Fortbestand und die Weiterentwicklung der Bindungen des Kindes an den anderen Elternteil besser gewährleistet sei.

dauer bei ansonsten nicht zu beanstandender Betreuung und Erziehung des Kindes die in der mangelnden Bindungstoleranz zu sehende partielle Erziehungsunfähigkeit des betreuenden Elternteils¹⁶ nicht mehr als Grund für eine Änderung der gewachsenen Betreuungssituation des Kindes ausreicht,¹⁷ gilt es solche Defizite so früh wie möglich zu erkennen und hieraus die notwendigen Konsequenzen zu ziehen. Bei der frühen Erkennung der mangelnden Bindungstoleranz können die unter dem in letzter Zeit zunehmend verwendeten Begriff des Parental Alienation Syndrome (PAS)¹⁸ verbreiteten Erfahrungen hilfreich sein. Allerdings darf man von der Verwendung eines solchen offensichtlich im Trend liegenden neuen Begriffs allein keine einfachen Lösungen erwarten, zumal es sich bei den zugrundeliegenden Fakten keineswegs um neue Erkenntnisse handelt. Ein wichtiges Indiz für die Bindungstoleranz ist in der gerichtlichen Praxis neben dem Ablauf der Besuchskontakte die Frage, ob und in welcher Weise bei der Trennung der Eltern die Beziehung des Kindes zu dem anderen Elternteil berücksichtigt worden ist. Die Feststellung der fehlenden bzw. eingeschränkten Bindungstoleranz wird dem hierdurch in seinem Umgangsrecht beeinträchtigten Elternteil natürlich nur dann helfen, wenn er in der Lage ist, bei einer in letzter Konsequenz vorzunehmenden Änderung der Betreuung das Kind selbst zu betreuen.

Ebensowenig bietet die teilweise Entziehung der elterlichen Sorge und Übertragung auf einen Pfleger zur Ermöglichung und Förderung von Umgangskontakten (**Umgangspflegschaft**) ein allzeit praktikables Mittel, um dem Umgangsrecht zum Erfolg zu verhelfen.¹⁹ Als Drohmittel gegenüber dem den Umgang behindernden Elternteil hat es nur eine zeitlich begrenzte Wirkung, die umso geringer ist, je mehr sich die bisherige Betreuungssituation verfestigt hat und je weniger demzufolge eine weitergehende Einschränkung oder gar Änderung der elterlichen Sorge befürchtet werden muß. Außerdem kann eine Umgangspflegschaft nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1666 BGB, d. h. bei einer Gefährdung des Kindeswohls angeordnet werden. Wendet man solche Maßnahmen an, muß zudem beachtet werden, ob diese zu einer dauerhaften und für das Kindeswohl zumindest verträglichen, keinesfalls aber schädlichen Lösung führen. Es ist naheliegend, daß das Kindeswohl in schwerwiegender Weise beeinträchtigt wird, wenn der auf den betreuenden Elternteil mit gerichtlichen Maßnahmen ausgeübte Druck nicht zu einer nachhaltigen Veränderung der inneren Einstellung dieses Elternteils zum Umgangsrecht führt.

Zusammenfassend muß man konstatieren, daß die gesetzlichen Mittel wenig effizient sind, um im Streitfall zu einer für den umgangsberechtigten Elternteil befriedigenden Lösung zu gelangen. Dies beruht darauf, daß sie auf Durchsetzung von Ansprüchen in einer konkreten Situation abzielen, während es im Bereich des Sorge- und Umgangsrechts darauf ankommt, einen Mindestkonsens der Beteiligten zu erreichen, **da gegen den Willen nur eines Beteiligten auf Dauer eine dem Sinn und Zweck des Umgangs entsprechende sowie für das Kind und den Umgangsberechtigten förderliche und befriedigende Regelung nicht erreicht werden kann.** Die für den Konsens erforderliche Bewußtseinshaltung der Beteiligten kann nicht angeordnet oder erzwungen werden. Es muß versucht werden, die eigentlichen, oft tieferliegenden Gründe für die entgegenstehenden Vorbehalte eines Elternteils festzustellen und zu beseitigen. Zwangsmaßnahmen sind hierzu untauglich. Eine Vermittlung und Hilfestellung für die Eltern zur Überwindung einer für sie nicht lösbaren Konfliktsituation wird zum Teil durch gerichtlich bestellte psychologische Sachverständige geleistet. Allerdings gehört eine solche Tätigkeit nicht zu

der eigentlichen und schon gar nicht zu der ausschließlichen Aufgabe des Sachverständigen.²⁰ Die in verfahrensrechtlicher Hinsicht richtige Vorgehensweise wäre hier die Anregung einer außergerichtlichen Beratung unter Aussetzung des Verfahrens nach § 52 Abs. 2 FGG. Das Problem dieser an sich zu begrüßenden Regelung, die ebenfalls durch das KindRG geschaffen worden ist, liegt darin, daß die Kosten einer solchen Beratung keine Kosten des gerichtlichen Verfahrens sind und somit im Gegensatz zu Sachverständigenkosten nicht von einer eventuellen Prozeßkostenhilfebewilligung erfaßt werden.

16 BGH FamRZ 1985, 169.

17 BGH aaO.

18 Zum PA-Syndrom vgl. *Schröder*; FamRZ 2000, 592.

19 Ablehnend daher BGH NJW-RR 1986, 1264; BGH FamRZ 1985, 169; a. A. AG Aalen FamRZ 1991, 360; OLG Hamburg FamRZ 1996, 422.

20 BGH FamRZ 1994, 153.

Zölibat für Hausfrauen?

Eine Entgegnung auf *Bosch*, Unterhaltsverwirkung bei Zusammenleben mit neuem Partner nur, wenn eine Ehe möglich ist?, FF 2001, 53

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Familienrecht und Mediatorin *Dr. Barbelies Wiegmann*, Bonn

Spontan kam mir bei der Lektüre der ehemännerfreundlichen Überlegungen meines geschätzten Kollegen *Bosch* der Gedanke, ob es nicht sinnvoll wäre, seinen Aufsatz bei allen Standesämtern auszulegen. Nach meinen Erfahrungen haben nämlich junge ehewillige und zudem familienfreundliche Frauen kaum eine Ahnung, was ihnen juristisch blühen kann für den Fall, daß die Ehe einmal scheitern sollte. Dabei meine ich diejenigen unter ihnen, die bereit sind, für Kinder, Haushalt und Familie ihre Berufstätigkeit aufzugeben oder drastisch einzuschränken. Dies ist bis heute die Mehrheit der jungen Mütter, da Vereinbarkeit von Beruf und Familie noch immer von allen Seiten erschwert wird.

Hoffen wir, daß diese Frauen nicht vorhaben, später einmal „aus einer intakten Beziehung auszubrechen und sich (sofort) einem anderen Partner zuzuwenden“. Nach *Bosch* ist die Rechtsprechung hier „eindeutig und plausibel“; ein Unterhaltsanspruch ist grundsätzlich zu versagen (§ 1579 Ziff. 6 BGB). Kein Zufall, daß dabei ein Begriff aus dem Strafvollzug verwendet wird. „Ausbrechen“ aus den Mauern eines Gefängnisses kommt auch Gefangene teuer zu stehen. Allerdings winkt hier ein Trost: Selbst *Bosch* hält es in der Regel für schwer beweisbar, der „ausbrechenden“ Ehefrau ein „offensichtlich schwerwiegendes, **eindeutig bei ihr liegendes Fehlverhalten**“ nachzuweisen. Aus seinen Ausführungen geht nicht klar hervor, ob er dies bedauert oder nicht. Sicher weiß aber auch er als erfahrener Praktiker um die Erkenntnisse zum Beispiel der Psychologie und der systemischen Familientherapie, daß nämlich an ehelichen Konflikten immer **beide Partner beteiligt sind** und daß Trennungen – aktiv oder passiv – von beiden bewirkt werden.

Zurück zu den jungen ehewilligen und familienfreundlichen Frauen. Selbstverständlich träumen sie alle vom lebenslangen Eheglück. Nach der Statistik muß jedoch mindestens jede Dritte damit rechnen, daß eines Tages die Partnerschaft scheitern kann. Was dann? Gemeint sind wiederum diejenigen unter ihnen, die als Familienfrauen auf eigene Erwerbstätigkeit verzichtet und sich vertrauensvoll in finanzielle Abhängigkeit vom Ehemann begeben haben. Sollte sich