

AUS DER RECHTSPRECHUNG  
DE LA JURISPRUDENCE  
DALLA GIURISPRUDENZA

EGMR, 8. 4. 2004: Endangering the welfare of a child; withdrawal of parent custody	84
EGMR, 26. 2. 2004: Right to respect for private and family life; violation of the biological father's custody and access rights ( <i>Bemerkungen: Ingeborg Schwenzer</i> )	93
BVerfG, 14. 10. 2004: Verletzung des Sorge- und Umgangsrechts des leiblichen Vaters ( <i>Bemerkungen: Ingeborg Schwenzer</i> )	99
TF, 6. 4. 2004: Constatation de paternité par jugement en Israël	107
BGer, 23. 6. 2004: Keine Aufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Ehe	110
BGer, 13. 7. 2004: Verweigerung des Nachzugs der Kinder aus einer früheren Beziehung; Familiennachzug im Falle von Teilfamilien	111
BGer, 7. 9. 2004: Nichtigerklärung der erleichterten Einbürgerung auf Grund einer Scheinehe	112
BGer, 23. 6. 2004: Anweisung an die Schuldner im internationalen Verhältnis	113
OGer LU, 8. 1. 2004: Hinfalliger Eheschutzentscheid	116
TF, 14. 4. 2004: Liquidation du régime matrimonial; estimation d'une menuiserie	119
BGer, 15. 7. 2004: Güterrechtliche Auseinandersetzung; Investitionen in eine Liegenschaft im Ausland während der Ehe	122
KGer SG, 19. 8. 2004: Anfechtung des Ehevertrags	126
TF, 18. 8. 2004: Nationalité dite effective	131
BGer, 17. 6. 2004: Zumutbarkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit	135
BGer, 27. 10. 2004: Kürzung der Unterhaltsrente auf Grund der Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse und Lebenssituation des Unterhaltsschuldners	138
OGer LU, 5. 2. 2004: Keine Anrechnung allfälliger IV-Renten an die Unterhaltsbeiträge	138
KGer SG, 2. 7. 2004: Zuweisung des Miteigentums an einer überschuldeten Liegenschaft	141
OGer ZH, 10. 8. 2004: Vaterschaftsklage	144
TF, 30. 8. 2004: Annulation de l'adoption à cause de consentement manquant du propre père	146
KGer SG, 13. 9. 2004: Bewilligung eines Pflegeplatzes im Hinblick auf eine Adoption	149
Rsth LU, 21. 8. 2004: Erwachsenen- und Einzeladoption	153
BGer, 23. 2. 2004: Zuteilung der Obhut als provisorische Massnahme	155
BGer, 14. 5. 2004: Besuchsrecht des leiblichen Vaters gegen den Willen der Mutter	158
BGer, 15. 7. 2004: Umfang des persönlichen Verkehrs	162
BGer, 1. 7. 2004: Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand einer Mutter im Verfahren um Aufhebung des Obhutentzugs	165
BGer, 15. 10. 2004: Schwerwiegende Gefahren als Ausschlussgründe bei Rückführung ( <i>Bemerkungen: Jan Ritzel</i> )	165
BGer, 7. 6. 2004: Miteinberechnung des 13. Monatslohnes; ungleiche Unterhaltsbeiträge	172
TF, 14. 7. 2004: Contribution d'entretien d'un beau-fils	172
TF, 19. 7. 2004: Payement de contribution d'entretien par les grands-parents ( <i>Bemerkungen: Sabine Aeschlimann</i> )	173
KGer SG, 21. 4. 2004: Einkommen und Schulden	178
OGer ZH, 22. 9. 2004: Genehmigung einer Vereinbarung bezüglich Unterhaltsbeiträgen	180
Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, 11. 10. 2004: Abänderung der Kinderunterhaltspflicht	183
EVG, 14. 7. 2004: Witwenrente an nichteheliche Partnerin nur bei vertraglicher Unterhaltsvereinbarung	189
EVG, 19. 8. 2004: Arbeitsvertrag als Haushaltshilfe in nichtehelicher Lebensgemeinschaft	193
BGer, 10. 9. 2004: Lohnpfändung; Existenzminimum des nichtehelichen Partners	197
TF, 2. 9. 2004: Curatelle de représentation; abus	198
BGer, 1. 11. 2004: Fürsorgerische Freiheitsentziehung; Ablehnung des Entlassungsgesuchs	201
KGer GR, 7. 6. 2004: Zuständigkeit für Anordnung und Änderung der erstreckten elterlichen Sorge	204



## AUFsätze ARTICLES ARTICOLI

*Ingeborg Schwenzer: Grenzen der Vertragsfreiheit in Scheidungskonventionen und Eheverträgen*

*Ingeborg Schwenzer: Die elterliche Sorge – die Sicht des Rechts von aussen auf das Innen*

*Max Peter: Kindesinteressen in Zeiten familiärer Veränderungen*

## AUSLAND L'ETRANGER L'ESTERO

*Florian Mohs: Brüssel IIa – Die neue EG-Verordnungen zum internationalen Familienverfahrensrecht*

## PRAXIS LA PRATIQUE LA PRASSI

*Susanne Leuzinger-Naef: Die familienbezogene Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgenichts im Jahre 2003*

## DOKUMENTATION DOCUMENTATION DOCUMENTAZIONE

Literatur Littérature Letteratura

Rezensionen Recensions Recensioni

## RECHTSPRECHUNG JURISPRUDENCE GIURISPRUDENZA

## HERAUSGEBERINNEN

INGEBORG SCHWENZER  
ANDREA BÜCHLER

## Redaktionsmitglieder

Katerina Baumann  
Peter Breitschmid  
Dieter Bürgin  
Laura Cardia-Vonèche  
Annka Dietrich  
Jeanne DuBois  
Joseph Duss-von Werdt  
Emanuela Epiney-Colombo  
Wilhelm Felder  
Elisabeth Freivogel  
Thomas Geiser  
Urs Gloor  
Marianne Hammer-Feldges  
Monique Jametti Greiner  
Margareta Lauterburg  
Marcel Leuenberger  
Susanne Leuzinger-Naef  
Peter Liatowitsch  
Ueli Mäder  
Andrea Maihofer  
Ursula Nordmann  
Renate Pfister-Liechti  
Alexandra Rumo-Jungo  
Jonas Schweighauser  
Daniel Steck  
Martin Stettler  
Thomas Sutter-Somm  
Rolf Vetterli

**Inhalt – Contenu – Contenuto****AUFSÄTZE – ARTICLES – ARTICOLI**

<i>Ingeborg Schwenger: Grenzen der Vertragsfreiheit in Scheidungskonventionen und Eheverträgen</i>	1
<i>Ingeborg Schwenger: Die elterliche Sorge – die Sicht des Rechts von aussen auf das Innen</i>	12
<i>Max Peter: Kindesinteressen in Zeiten familiärer Veränderungen</i>	25

**AUSLAND – L'ETRANGER – L'ESTERO**

<i>Florian Mohs: Brüssel IIa – Die neue EG-Verordnung zum internationalen Familienverfahrensrecht</i>	39
---	----

**PRAXIS – LA PRATIQUE – LA PRASSI**

<i>Susanne Leuzinger-Naef: Die familienbezogene Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts im Jahre 2003</i>	57
--	----

**DOKUMENTATION – DOCUMENTATION – DOCUMENTAZIONE**

Literatur – Littérature – Letteratura	74
Rezensionen – Recensions – Recensioni	83

**RECHTSPRECHUNG – JURISPRUDENCE – GIURISPRUDENZA**

Nr. 1	EGMR, 8. 4. 2004: Endangering the welfare of a child; withdrawal of parent custody	84
Nr. 2	EGMR, 26. 2. 2004: Right to respect for private and family life; violation of the biological father's custody and access rights ( <i>Bemerkungen: Ingeborg Schwenger</i> )	93
Nr. 3	BVerfG, 14. 10. 2004: Verletzung des Sorge- und Umgangsrechts des leiblichen Vaters ( <i>Bemerkungen: Ingeborg Schwenger</i> )	99
Nr. 4	TF, 6. 4. 2004: Constatation de paternité par jugement en Israël	107
Nr. 5	BGer, 23. 6. 2004: Keine Aufenthaltbewilligung zur Vorbereitung der Ehe	110
Nr. 6	BGer, 13. 7. 2004: Verweigerung des Nachzugs der Kinder aus einer früheren Beziehung; Familiennachzug im Falle von Teilfamilien	111
Nr. 7	BGer, 7. 9. 2004: Nichtigerklärung der erleichterten Einbürgerung auf Grund einer Scheinehe	112
Nr. 8	BGer, 23. 6. 2004: Anweisung an die Schuldner im internationalen Verhältnis	113
Nr. 9	OGer LU, 8. 1. 2004: Hinfälliger Eheschutzentscheid	116
Nr. 10	TF, 14. 4. 2004: Liquidation du régime matrimonial; estimation d'une menuiserie	119
Nr. 11	BGer, 15. 7. 2004: Güterrechtliche Auseinandersetzung; Investitionen in eine Liegenschaft im Ausland während der Ehe	122
Nr. 12	KGer SG, 19. 8. 2004: Anfechtung des Ehevertrags	126
Nr. 13	TF, 18. 8. 2004: Nationalité dite effective	131
Nr. 14	BGer, 17. 6. 2004: Zumutbarkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit	135
Nr. 15	BGer, 27. 10. 2004: Kürzung der Unterhaltsrente auf Grund der Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse und Lebenssituation des Unterhaltsschuldners	138
Nr. 16	OGer LU, 5. 2. 2004: Keine Anrechnung allfälliger IV-Renten an die Unterhaltsbeiträge	138
Nr. 17	KGer SG, 2. 7. 2004: Zuweisung des Miteigentums an einer überschuldeten Liegenschaft	141
Nr. 18	OGer ZH, 10. 8. 2004: Vaterschaftsklage	144
Nr. 19	TF, 30. 8. 2004: Annulation de l'adoption à cause de consentement manquant du propre père	146
Nr. 20	KGer SG, 13. 9. 2004: Bewilligung eines Pflegeplatzes im Hinblick auf eine Adoption	149
Nr. 21	Rsth LU, 21. 8. 2004: Erwachsenen- und Einzeladoption	153
Nr. 22	BGer, 23. 2. 2004: Zuteilung der Obhut als provisorische Massnahme	155
Nr. 23	BGer, 14. 5. 2004: Besuchsrecht des leiblichen Vaters gegen den Willen der Mutter	158
Nr. 24	BGer, 15. 7. 2004: Umfang des persönlichen Verkehrs	162
Nr. 25	BGer, 1. 7. 2004: Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand einer Mutter im Verfahren um Aufhebung des Obhutentzugs	165
Nr. 26	BGer, 15. 10. 2004: Schwerwiegende Gefahren als Ausschlussgründe bei Rückführung ( <i>Bemerkungen: Jan Ritzel</i> )	165
Nr. 27	BGer, 7. 6. 2004: Miteinberechnung des 13. Monatslohnes; ungleiche Unterhaltsbeiträge	172
Nr. 28	TF, 14. 7. 2004: Contribution d'entretien d'un beau-fils	172
Nr. 29	TF, 19. 7. 2004: Payement de contribution d'entretien par les grands-parents ( <i>Bemerkungen: Sabine Aeschlimann</i> )	173

bearing in mind that the applicant is Christofer's biological parent and undisputedly willing and able to care for him, the Court is not convinced that the Naumburg Court of Appeal examined all possible solutions to the problem. In particular, that court does not appear to have examined whether it would be viable to unify Christofer and the applicant under circumstances that would minimise the strain put on Christofer. Instead, the Court of Appeal apparently only focussed on the imminent effects which a separation from his foster parents would have on the child, but failed to consider the long-term effects which a permanent separation from his natural father might have on Christofer. The solution envisaged by the District Court, namely to increase and facilitate contacts between the applicant and Christofer, who would at an initial stage continue to live with his foster family, was seemingly not taken into consideration. The Court recalls in this respect that the possibilities of reunification will be progressively diminished and eventually destroyed if the biological father and the child are not allowed to meet each other at all, or only so rarely that no natural bonding between them is likely to occur (K. and T. v. Finland, cited above, § 179).

47. In the light of the above, the Court finds that there was a violation of Article 8 of the Convention.

*ii. Access*

48. As regards the suspension of access rights, the Court notes that the Naumburg Court of Appeal based its decision on the physical and psychological strain for the child that any contact with his natural father would mean. The Court of Appeal had thereby regard to the unrest and insecurity occasioned by the unresolved legal dispute and concluded that suspending access for a certain time would allow Christofer to regain the necessary inner repose and emotional balance. The Court observes that until June 2001, the applicant was able to see his child on merely six occasions for several hours at a time. The Court of Appeal's decision rendered any form of family reunion and the establishment of any kind of further family life impossible. In this context, the Court recalls that it is in a child's interest for its family ties to be maintained, as severing such ties means cutting a child off from its roots, which can only be justified in very exceptional circumstances (see Gnahoré v. France, no. 40031/98, § 59, ECHR 2000-IX, Johansen, cited above, pp. 1008–1009, § 78, and P., C. and S. v. United Kingdom, cited above, § 118). There is no evidence of such exceptional circumstances in the present case.

49.–50. [...]

51. Consequently, there has been a violation of Article 8 of the Convention.  
[...]

Nr. 3 \*Bundesverfassungsgericht  
Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Oktober 2004 i.S. G. gegen  
den Beschluss des Oberlandesgerichts Naumburg – 2 BVR 1481/04

**Art. 8 EMRK, Art. 20 Abs. 3 GG: Verletzung des Sorge- und Umgangsrechts des leiblichen Vaters.** Zur Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) gehört die Berücksichtigung der Gewährleistungen der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung. Sowohl die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des Gerichtshofs als auch deren gegen vorrangiges Recht verstossende schematische «Vollstreckung» können gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstossen. Bei der Berücksichtigung von Entscheidungen des Gerichtshofs haben die staatlichen Organe die Auswirkungen auf die nationale Rechtsordnung in ihre Rechtsanwendung einzubeziehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich bei dem einschlägigen nationalen Recht um ein ausbalanciertes Teilsystem des innerstaatlichen Rechts handelt, das verschiedene Grundrechtspositionen miteinander zum Ausgleich bringen will.

**Art. 8 CEDH, art. 20 al. 3 Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne: Violation des droits de garde et de visite du père biologique.** Conformément à la loi et au droit (art. 20 al. 3 Loi fondamentale), la prise en compte des garanties contenues dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme intervient dans le cadre d'une interprétation de la loi justifiable du point de vue de la méthode. Une prise en compte insuffisante d'une décision de la Cour ainsi que l'«exécution» schématique d'une telle décision, en violation du droit supérieur, peuvent porter atteinte aux droits fondamentaux en relation avec le principe de l'Etat de droit. Lors de la prise en compte des décisions de la Cour, les organes étatiques doivent, en appliquant le droit, évaluer les effets de ces dernières sur l'ordre juridique national. Cette évaluation est particulièrement importante lorsque le droit national pertinent consiste en un sous-système équilibré du droit interne tendant à harmoniser plusieurs positions de droits fondamentaux.

**Art. 8 CEDU, art. 20 cpv. 3 GG: Violazione del diritto all'autorità parentale e alle relazioni personali del padre biologico.** In relazione con la legge e il diritto (art. 20 cpv. 3 GG) il rispetto delle garanzie della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo rientra nell'ambito di un metodo condivisibile di interpretazione della legge. Tanto le insufficienti motivazioni rispetto a una decisione della Corte quanto la loro «esecuzione» schematica contraria al diritto precedente, possono entrare in conflitto con diritti fondamentali attinenti al principio di uno stato di diritto. Nell'ambito del rispetto delle decisioni della Corte gli organi statali devono fare riferimento agli effetti sull'ordinamento giuridico nazionale in caso di una loro applicazione giuridica. Ciò vale in particolare se si tratta, nell'ambito del pertinente diritto nazionale, di un bilanciato sistema parziale del diritto interno, che tende a compensare l'una con l'altra svariate posizioni di diritti fondamentali.

*Gründe:*

A.

Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer unter anderem die aus seiner Sicht mangelhafte Umsetzung des in seiner Sache ergangenen Urteils

\* <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/frames/2004>

des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 26. Februar 2004 [EGMR 74969/01] sowie die Missachtung von Völkerrecht durch das Oberlandesgericht Naumburg.

I. [siehe Fall Nr. 2]

1.–19. [...]

II.

20. Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 1, Art. 3 und Art. 6 GG sowie des Rechts auf ein faires Verfahren. Gleichzeitig beantragt er den Erlass einer einstweiligen Anordnung zum Umgang mit seinem Sohn.

21. Soweit sich der Beschwerdeführer auf eine Verletzung von Art. 6 EMRK (fares Verfahren) beruft, sieht er auch einen Verstoss gegen das Völkerrecht als gegeben an. Er werde als leiblicher Vater durch den angegriffenen Beschluss des Oberlandesgerichts vom 30. Juni 2004 verletzt, weil das Gericht rechtsfehlerhaft davon ausgehe, dass die Entscheidung des Gerichtshofs sich nur auf die Vergangenheit beziehe. Dabei verkenne das Oberlandesgericht, dass der Gerichtshof in seiner Entscheidung eindeutig einen zukünftigen Umgang einfordere. Eine Entscheidung des Gerichtshofs binde das Oberlandesgericht auch für die Zukunft, andernfalls hätte der Gerichtshof nicht wiederholt darauf hingewiesen, dass sich das zukünftige Verhalten der mit dem Fall befassten deutschen Behörden und Gerichte an der Rechtsauffassung des Gerichtshofs zu orientieren habe.

22. [...]

III.

23. [...]

B.

24.–27. [...]

C.

28. Die Verfassungsbeschwerde ist begründet. Das Oberlandesgericht hat mit seinem Beschluss vom 30. Juni 2004 gegen Art. 6 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstossen.

29. Die Behörden und Gerichte der Bundesrepublik Deutschland sind verpflichtet, unter bestimmten Voraussetzungen die Europäische Menschenrechtskonvention in der Auslegung durch den Gerichtshof bei ihrer Entscheidungsfindung zu

berücksichtigen (I.). Dieser Verpflichtung wird die angegriffene Entscheidung des Oberlandesgerichts nicht gerecht, weil das Gericht das in dem Fall des Beschwerdeführers ergangene Urteil des Gerichtshofs vom 26. Februar 2004 nicht in ausreichendem Masse würdigt (II.).

I.

30. Die Europäische Menschenrechtskonvention gilt in der deutschen Rechtsordnung im Range eines Bundesgesetzes und ist bei der Interpretation des nationalen Rechts – auch der Grundrechte und rechtsstaatlichen Garantien – zu berücksichtigen (1.). Die Bindungswirkung einer Entscheidung des Gerichtshofs erstreckt sich auf alle staatlichen Organe und verpflichtet diese grundsätzlich, im Rahmen ihrer Zuständigkeit und ohne Verstoss gegen die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) einen fortdauernden Konventionsverstoss zu beenden und einen konventionsgemässen Zustand herzustellen (2.). Die Art und Weise der Bindungswirkung hängt von dem Zuständigkeitsbereich der staatlichen Organe ab und von dem Spielraum, den vorrangig anwendbares Recht lässt. Gerichte sind zur Berücksichtigung eines Urteils, das einen von ihnen bereits entschiedenen Fall betrifft, jedenfalls dann verpflichtet, wenn sie in verfahrensrechtlich zulässiger Weise erneut über den Gegenstand entscheiden und dem Urteil ohne materiellen Gesetzesverstoss Rechnung tragen können (3.). Ein Beschwerdeführer kann die Missachtung dieser Berücksichtigungspflicht als Verstoss gegen das in seinem Schutzbereich berührte Grundrecht in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip rügen (4.).

31.–50. [...]

51. bb) Bei einem Konventionsverstoss durch Gerichtsentscheidungen verpflichten weder die Europäische Menschenrechtskonvention noch das Grundgesetz dazu, einem Urteil des Gerichtshofs, in dem festgestellt wird, dass die Entscheidung eines deutschen Gerichts unter Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention zustande gekommen sei, eine die Rechtskraft dieser Entscheidung beseitigende Wirkung beizumessen (vgl. Bundesverfassungsgericht, EuGRZ 1985, S. 654). Daraus ist freilich nicht der Schluss zu ziehen, dass Entscheidungen des Gerichtshofs von deutschen Gerichten nicht berücksichtigt werden müssten.

52. Die Rechtsprechung ist nach Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden. Der dem Gesetz unterworfenen Richter wird durch diese aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitete Bindung in seiner verfassungsmässig garantierten Unabhängigkeit nicht berührt (Art. 97 Abs. 1 GG; vgl. BVerfGE 18, 52 59; 19, 17 31 f.). Sowohl die Rechtsbindung als auch die Gesetzesunterworfenheit konkretisieren die den Richtern anvertraute Aufgabe der rechtsprechenden Gewalt (Art. 92 GG). Da die Europäische Menschenrechtskonvention – in der Auslegung durch den Europäi-

schen Gerichtshof für Menschenrechte – im Range eines förmlichen Bundesgesetzes gilt, ist sie in den Vorrang des Gesetzes einbezogen und muss insoweit von der rechtssprechenden Gewalt beachtet werden.

53. Im Hinblick auf den Grundsatz der Rechtssicherheit ist festzuhalten, dass der Bundesgesetzgeber im Jahr 1998 mit § 359 Nr. 6 StPO einen neuen Wiederaufnahmegrund für strafrechtliche Verfahren in das Strafprozessrecht eingefügt hat (Gesetz zur Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts vom 9. Juli 1998, BGBl I S. 1802). Danach ist die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zugunsten des Verurteilten zulässig, wenn der Gerichtshof eine Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention oder ihrer Protokolle festgestellt hat und das deutsche Urteil auf dieser Verletzung beruht. Diese Gesetzesänderung beruht auf dem Gedanken, dass eine im konkreten Einzelfall in ihrer Wirkung andauernde Konventionsverletzung jedenfalls in dem besonders grundrechtssensiblen Bereich des Strafrechts ungeachtet bereits eingetretener Rechtskraft beendet werden soll (vgl. § 79 Abs. 1 BVerfGG), wenn das Urteil des Gerichtshofs für das nationale Verfahren entscheidungserheblich ist. Das zuständige Gericht erhält somit die Gelegenheit, sich auf Antrag erneut mit dem an sich abgeschlossenen Fall zu befassen und die neuen Rechtstatsachen in seine Willensbildung einzustellen. Dabei äussert das Gesetz die grundsätzliche Erwartung, dass das Gericht seine ursprüngliche – konventionswidrige – Entscheidung ändert, soweit diese auf der Verletzung beruht.

54. In anderen Verfahrensordnungen ist die Frage, wie die Bundesrepublik Deutschland im Fall ihrer Verurteilung durch den Gerichtshof reagieren soll, wenn nationale Gerichtsverfahren rechtskräftig abgeschlossen sind, nicht abschliessend beantwortet. Es kann Sachlagen geben, in denen deutsche Gerichte zwar nicht über die *res iudicata*, so doch über den Gegenstand, zu dem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte einen Konventionsverstoss der Bundesrepublik Deutschland festgestellt hat, erneut entscheiden können. Dies kann etwa der Fall sein, wenn eine erneute Befassung des Gerichts auf Grund neuen Antrags oder veränderter Umstände vorgesehen oder das Gericht in einer anderen Konstellation mit der Sache noch befasst ist. Letztendlich ist ausschlaggebend, ob ein Gericht im Rahmen des geltenden Verfahrensrechts die Möglichkeit zu einer weiteren Entscheidung hat, bei der es das einschlägige Urteil des Gerichtshofs berücksichtigen kann.

55. In solchen Fallkonstellationen wäre es nicht hinnehmbar, den Beschwerdeführer lediglich auf eine Entschädigung in Geld zu verweisen, obwohl eine Restitution weder an tatsächlichen noch an rechtlichen Gründen scheitern würde.

56. c) Bei der Berücksichtigung von Entscheidungen des Gerichtshofs haben die staatlichen Organe die Auswirkungen auf die nationale Rechtsordnung in ihre Rechtsanwendung einzubeziehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich um ein in seinen Rechtsfolgen ausbalanciertes Teilsystem des innerstaatlichen Rechts handelt, das verschiedene Grundrechtspositionen miteinander zum Ausgleich bringen will.

57. Das Individualbeschwerdeverfahren nach Art. 34 EMRK vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ist darauf ausgerichtet, konkrete Einzelfälle am Massstab der Europäischen Menschenrechtskonvention und ihrer Zusatzprotokolle im zweiseitigen Verhältnis zwischen Beschwerdeführer und Vertragspartei zu entscheiden. Die Entscheidungen des Gerichtshofs können auf durch eine differenzierte Kasuistik geformte nationale Teilrechtssysteme treffen. In der deutschen Rechtsordnung kann dies insbesondere im Familien- und Ausländerrecht sowie im Recht zum Schutz der Persönlichkeit eintreten (siehe dazu jüngst EGMR, No. 59320/00, Urteil vom 24. Juni 2004 – von Hannover gegen Deutschland, EuGRZ 2004, S. 404 ff.), in denen widerstreitende Grundrechtspositionen durch die Bildung von Fallgruppen und abgestuften Rechtsfolgen zu einem Ausgleich gebracht werden. Es ist die Aufgabe der nationalen Gerichte, eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in den betroffenen Teilrechtsbereich der nationalen Rechtsordnung einzupassen, weil es weder der völkervertraglichen Grundlage noch dem Willen des Gerichtshofs entsprechen kann, mit seinen Entscheidungen gegebenenfalls notwendige Anpassungen innerhalb einer nationalen Teilrechtsordnung unmittelbar selbst vorzunehmen.

58. Bei der insoweit erforderlichen wertenden Berücksichtigung durch die nationalen Gerichte kann auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass das Individualbeschwerdeverfahren vor dem Gerichtshof, insbesondere bei zivilrechtlichen Ausgangsverfahren, die beteiligten Rechtspositionen und Interessen möglicherweise nicht vollständig abbildet. Verfahrensbeteiligte vor dem Gerichtshof ist neben dem Beschwerdeführer nur die betroffene Vertragspartei; die Möglichkeit einer Beteiligung Dritter an dem Beschwerdeverfahren (vgl. Art. 36 Abs. 2 EMRK) ist kein institutionelles Äquivalent für die Rechte und Pflichten als Prozesspartei oder weiterer Beteiligter im nationalen Ausgangsverfahren.

59. 4. Für die verfassungsgerichtliche Nachprüfung der Auslegung und Anwendung völkerrechtlicher Verträge, die durch Gesetz die Kraft innerstaatlichen deutschen Rechts erhalten haben, gelten dieselben Grundsätze, die auch sonst die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts, Gerichtsentscheidungen zu überprüfen, begrenzen. Die fachgerichtliche Auslegung und Anwendung völkerrechtlicher Abkommen können grundsätzlich nur daraufhin geprüft werden, ob sie willkürlich sind oder auf einer

grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts beruhen oder mit anderen verfassungsrechtlichen Vorschriften unvereinbar sind (vgl. BVerfGE 18, 441 [450]; 94, 315 [328]).

60.–63. [...]

II.

64. Die angegriffene Entscheidung des Oberlandesgerichts Naumburg vom 30. Juni 2004 verstösst gegen Art. 6 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip. Das Oberlandesgericht hat das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 26. Februar 2004 bei seiner Entscheidungsfindung nicht hinreichend berücksichtigt, obwohl es dazu verpflichtet war.

65. 1. Die angegriffene Entscheidung lässt nicht erkennen, ob und in welchem Umfang sich das Oberlandesgericht damit auseinander gesetzt hat, dass das vom Beschwerdeführer geltend gemachte Umgangsrecht grundsätzlich unter dem Schutz des Art. 6 GG steht. Dieser verfassungsrechtliche Schutz ist vor dem Hintergrund seiner Ausführungen zur komplementären Garantie in Art. 8 EMRK zu sehen. Das Oberlandesgericht hätte sich in einer nachvollziehbaren Form damit auseinander setzen müssen, wie Art. 6 GG in einer den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland entsprechenden Art und Weise hätte ausgelegt werden können.

66. Dabei ist von zentraler Bedeutung, dass der vom Gerichtshof festgestellte Verstoss der Bundesrepublik Deutschland gegen Art. 8 EMRK aus der Perspektive des Konventionsrechts andauert, weil der Beschwerdeführer weiterhin keinen Umgang mit seinem Sohn hat. Der Gerichtshof hat in seinem Urteil festgestellt, dass die Bundesrepublik Deutschland bei der Wahl der Mittel, mit denen das Urteil innerstaatlich umgesetzt werden muss, frei ist, sofern diese Mittel mit den Schlussfolgerungen aus dem Urteil vereinbar sind. Nach Ansicht des Gerichtshofs bedeutet dies, dass dem Beschwerdeführer mindestens der Umgang mit seinem Kind ermöglicht werden müsse (EGMR, Urteil vom 26. Februar 2004, Ziffer 64). Diese Auffassung des Gerichtshofs hätte das Oberlandesgericht veranlassen müssen, sich der Frage zu widmen, ob und inwieweit ein persönlicher Umgang des Beschwerdeführers mit seinem Kind gerade auch dessen Wohl entsprechen könnte und welche – gegebenenfalls durch ein neues Sachverständigengutachten – belegbaren Hindernisse die Berücksichtigung des Kindeswohls dem vom Gerichtshof für geboten erachteten und von Art. 6 Abs. 2 GG geschützten Umgang entgegenstellt.

67.–68. [...]

69. Bei der rechtlichen Würdigung insbesondere neuer Tatsachen, der Abwägung widerstreitender Grundrechtspositionen wie derer der Pflegefamilie und der Einordnung des Einzelfalls in den Gesamtzusammenhang familienrechtlicher Fälle mit Bezug zum Umgangsrecht ist das Oberlandesgericht im konkreten Ergebnis nicht gebunden. Es fehlt dem angegriffenen Beschluss aber an einer Erörterung der genannten Zusammenhänge.

70.–73 [...]

*Bemerkungen zu Nr. 2 und 3:*

*Immer mehr Kindern scheint es inzwischen nicht vergönnt zu sein, dass eines Tages Ruhe und Beständigkeit in ihrem kurzen Leben eintritt. Die beiden vorstehenden Entscheide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des deutschen Bundesverfassungsgerichtes stellten nur zwei vorläufige prozessuale Höhepunkte im von vielerlei Gerichtsverfahren geprägten, etwas über fünf Jahre währenden Leben des kleinen Christofer dar.*

*Die neuere Rechtsprechung des EGMR namentlich in Pflegekinderfällen gibt zu Bedenken Anlass. Während sich seit den 1970er Jahren im Gefolge der grundlegenden Arbeiten von GOLDSTEIN/FREUD/SOLNIT (*Beyond the best interests of the child*, 1973; *In the best interests of the child*, 1986) allmählich auch unter Juristen die Einsicht durchzusetzen begann, dass der Schutz gewachsener Bindungen für das Kind von erstrangiger Bedeutung ist, greift seit den späten 1990er Jahren eine tendenziell auf eine Blut- und Boden-Ideologie gegründete Gegenbewegung Raum, die ungeachtet der sozialen Realität die Bedeutung der Beziehung zu den leiblichen Eltern wieder in den Vordergrund rückt. Es ist bedauerlich, dass sich der EGMR dieser Bewegung anschliesst und insbesondere ausdrücklich den Zeitfaktor im Rahmen der Entwicklung eines Kindes für rechtlich irrelevant erklärt (N 45). Einmal mehr in der Geschichte des Familienrechts wird damit das Kind zum Objekt elterlicher Ansprüche gemacht, wenngleich dies nunmehr unter dem Deckmantel des angeblichen Kindeswohls erfolgt.*

*Von daher – auch wenn es wegen seiner politischen Signalwirkung insbesondere auf die noch jungen Demokratien in Osteuropa zu vielfältiger Kritik Anlass gegeben hat – ist das Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichtes durchaus zu begrüssen, wenn es von den deutschen Gerichten keine sklavische Umsetzung der Vorgaben aus Strassburg verlangt, sondern die Aufgabe der nationalen Gerichte betont, eine Entscheidung des EGMR in dem betroffenen Teilrechtsbereich der nationalen Rechtsordnung einzupassen. Von besonderer Bedeutung erscheint der Hinweis darauf, dass die nationalen Gerichte auch die konkreten Interessen Dritter – hier des betroffenen Kindes –, die am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt sind, im Rahmen der Umsetzung einer EGMR-Entscheidung berücksichtigen dürfen und müssen. Im Ergebnis kam*

das BVerfG allerdings zu dem Schluss, dass das OLG Naumburg das Urteil des EGMR bei seiner Entscheidungsfindung nicht hinreichend berücksichtigt habe. Es verwies deshalb die Sache an einen anderen Senat des OLG zurück.

Damit ging die Odyssee der Besuchsrechtsstreitigkeiten um Christofer weiter. Das OLG Naumburg sah sich seinerseits zu einer Sachentscheidung als nicht befugt an. In der Folge hat das Amtsgericht Wittenberg eine einstweilige Anordnung betreffend das Umgangsrecht des Vaters mit seinem Kind getroffen und ihm das Recht eingeräumt, seinen Sohn an jedem Sonnabend in der Zeit von 15.00 bis 17.00 Uhr zu sehen. Gegen diese Entscheidung wandten sich wiederum das Jugendamt und die Verfallenspflegerin des Kindes. Aufgrund ihrer Beschwerden setzte das OLG Naumburg zunächst mit Beschluss vom 8. Dezember 2004 die Vollziehung der amtsgerichtlichen Entscheidung aus, hob diesen Beschluss aber am 20. Dezember 2004 wieder auf. Mit einem weiteren Beschluss vom 20. Dezember 2004 gab das OLG Naumburg dem Amtsgericht auf, das Verfahren zum Umgangsrecht «mit äusserster Beschleunigung weiterzuführen und zum Abschluss zu bringen». Bis zu einer abschliessenden Entscheidung des Amtsgerichts sei der Umgang des Vaters mit seinem Kind «zwecks Meidung einer sonst drohenden Gefährdung des Kindes» ausgeschlossen. Gegen diese Entscheidung erhob wiederum der Vater Verfassungsbeschwerde und beantragte eine einstweilige Anordnung bezüglich des Umgangsrechts mit seinem Kind. Mit Beschluss vom 28.12.2004 (I BfR 2790-04) gab das BVerfG der Verfassungsbeschwerde statt und erliess die vom Beschwerdeführer begehrte einstweilige Anordnung. Das BVerfG rügte vor allem, dass das OLG Naumburg eine Kindeswohlgefährdung ohne konkrete Tatsachen pauschal angenommen habe und nicht in Betracht gezogen habe, ob durch die vom Amtsgericht angeordnete Anwesenheit einer geschulten Begleitperson die Kindeswohlgefährdung gebannt werden könne oder ob sie allein aufgrund der Tatsache ausgeschlossen sei, dass der Umgang ohnehin nur für eine Dauer von zwei Stunden pro Woche vorgesehen wurde.

Man kann nur hoffen, dass irgendwann einmal der Streit um Christofer und seine Beziehung zu seinem leiblichen Vater ein Ende haben wird, bevor das Kindeswohl ganz auf der Strecke geblieben ist.

Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Basel

Nr. 4 \*Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour Civile  
Arrêt du 6 avril 2004 en la cause A.X. contre B.Y., C.Y., D.Y., E.Z.  
et les enfants de feu S. – 5A.12/2003

**Art. 25–27, 70 LDIP: Constatation de paternité par jugement en Israël.** Reconnaissance d'un jugement étranger en constatation de paternité rendu dans l'Etat d'origine mais non dans l'Etat de résidence de l'enfant.

**Art. 25–27, 70 IPRG: Feststellung der Vaterschaft durch Urteil in Israel.** Anerkennung eines ausländischen Vaterschaftsfeststellungsurteils, das im Heimat-, aber nicht im Wohnsitzstaat des Kindes ergangen ist.

**Art. 25–27, 70 LDIP: Accertamento della paternità per mezzo di una sentenza israeliana.** Riconoscimento di una sentenza di accertamento di paternità straniera, che è stata emessa nello Stato di origine, ma non di domicilio, del figlio.

#### Résumé des faits:

A. X., citoyen suisse, est né à Lausanne, en août 1955. Il est issu de l'union libre de F.X., née en décembre 1933, originaire de Sainte-Croix, et de H.Y., né en novembre 1922 au Maroc, citoyen français d'origine juive et décédé en décembre 1999 à Genève. Il est inscrit au Registre d'état civil de sa commune d'origine comme fils de F.X. et de père inconnu.

Le 12 février 2001, A.X. a saisi le Tribunal des affaires familiales de Haïfa d'une action en reconnaissance de paternité dirigée contre l'exécuteur testamentaire et administrateur d'office de la succession de H.Y. Par jugement du 22 juillet 2001, ce tribunal, attestant de la citoyenneté israélienne du demandeur, a reconnu la paternité de H.Y. sur la base d'une expertise ADN, effectuée à Genève sur commission rogatoire de l'Etat d'Israël.

Le 11 octobre 2001, A.X. a requis la transcription du jugement israélien du 22 juillet 2001 dans les registres de l'état civil, en application du droit international privé suisse. Dans le cadre de l'instruction de cette demande, l'état civil cantonal a obtenu la production de l'attestation d'entrée en force du jugement précité et a invité les héritiers légaux de H.Y. – à savoir B., C. et G.Y., frères et soeur du défunt, ainsi que certains descendants de ceux-ci – à se déterminer sur la requête. Ceux-ci se sont opposés à la reconnaissance du jugement et à la transcription de celui-ci dans les registres de l'état civil.

#### Considérents en droit:

1.–2. [...]

\* Publication dans le recueil officiel proposée