

Alexander Schwonberg

## Kinderschutz und Gefährdungsprognose im familiengerichtlichen Verfahren

### 1 Einführung

Die gesetzlichen Maßnahmen für eine verlässlichere Einschätzung von Gefährdungslagen eines Kindes im Vorfeld einer Schädigung wurden und werden wegen einer damit möglicherweise verbundenen Beeinträchtigung elterlicher Autonomie durch die Vorverlagerung staatlicher Kontrolle mit Argwohn betrachtet und zugleich deren Effektivität in Zweifel gezogen. Parallel zu den Gesetzesänderungen seit 2005 stieg die Zahl der Inobhutnahmen von 25.664 im Jahr 2005 auf 38.456 im Jahr 2011, wobei ganz überwiegend die Überforderung der Eltern, Beziehungsprobleme, Vernachlässigungen und Misshandlungen Veranlassung für das Handeln des Jugendamts war. Diese Entwicklung weist nach dem 14. Kinder- und Jugendbericht auf einen „erheblichen Wandel der Hilfekultur der Jugendämter“, die sich „von der Dienstleistungsorientierung zumindest partiell entfernt“ und „stärker als intervenierende und die Erziehung in und durch die Familie kontrollierende Instanz“ agiert. Zugleich konstatiert der Bericht für das Jahr 2010 insgesamt 16.197 Mitteilungen des Jugendamts nach § 8a Abs. 3 SGB VIII an das Familiengericht, die in 12.681 Fällen zum vollständigen oder teilweisen Entzug der elterlichen Sorge führten.<sup>1</sup> In allen Verfahren ist die Risikoanalyse bzw. Gefährdungsprognose für den Kinderschutz von zentraler Bedeutung. Der Beitrag stellt vor dem Hintergrund der gesetzlichen Regelungen die Möglichkeiten dar, mit welchen Instrumentarien im familiengerichtlichen Verfahren Gefährdungen für das Wohl des Kindes beurteilt werden können, und zeigt zugleich die Grenzen gerichtlicher Entscheidungen auf.

### 2 Gesetzliche Regelungen

In keinem anderen Bereich des Familienrechts sind gesellschaftliches Entsetzen und politische Motivation zu gesetzlichem Handeln mit den Vornamen missbrauchter und getöteter Kinder – z. B. Pascal, Jessica, Kevin, Lea-Sophie, Chantal<sup>2</sup> – so verbunden wie im Bereich der Kindeswohlgefährdung. Die „erschütternden Fälle“ von Kindesmisshandlungen und Vernachlässigungen waren Anlass, die zentrale Norm des Kinderschutzes in § 1666 Abs. 1 BGB vom Vorwurf und Nachweis eines konkreten elterlichen Fehlverhaltens und dessen Kausalität für eine Kindeswohlgefährdung zu befreien.<sup>3</sup> Mit dem Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung

- 
- 1 Bericht über die Lebenssituation junger Menschen und die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland – 14. Kinder- und Jugendbericht –, vom 30. Januar 2013, BT-Drs 17/12200, S. 355. Für die Zahl der Inobhutnahmen lässt sich eine Wellenbewegung in der Weise verzeichnen, dass nach einem Anstieg von 1995 bis zur Jahrtausendwende die Quote der Maßnahmen bis 2005/2006 leicht zurückging, um dann von einem Eckwert von 18,3 in 2006 auf 28,8 in 2011 zu steigen (S. 353); zum Kinderschutz durch Inobhutnahme *Zitelmann* ZKJ 2011, 236 ff.
  - 2 *Backer*, Zum Untersuchungsausschuss Kevin, JAm 2007, 281 ff.; *Salgo*, Aus Fehlern lernen – Stellungnahme für den Sonderausschuss „Zum Tode des Mädchens Chantal“, ZKJ 2013, 150 ff.; umfassend *Fegert/Ziegenhain/Fangerau*, Problematische Kinderschutzverläufe, 2010, 234 ff.
  - 3 BT-Drs. 16/6815, S. 9.

des Kindeswohls (KiWoMaG)<sup>4</sup> entfielen im gesetzlichen Tatbestand die Voraussetzungen eines Sorgerechtsmissbrauchs, einer Kindesvernachlässigung sowie des unverschuldeten Versagens. An deren Stelle ist für die Rechtfertigung eines staatlichen Eingriffs in die elterliche Sorge – unabhängig von jeglichem Sanktionsaspekt – allein die Gefährdung des Kindeswohls sowie dessen unzureichender Schutz durch seine Eltern getreten.<sup>5</sup> Darüber hinaus wurde mit der Reform auf der Rechtsfolgenseite in Abs. 3 eine exemplarische Aufzählung familiengerichtlicher Anordnungen eingeführt, um die „Bandbreite möglicher Schutzmaßnahmen“ zu verdeutlichen.<sup>6</sup> In der Rechtsprechung und Literatur besteht Einigkeit, dass mit dieser Gesetzesänderung eine Absenkung der Eingriffsschwelle für Schutzmaßnahmen nicht verbunden ist, weil diese nach wie vor die Feststellung einer Kindeswohlgefährdung nach § 1666 Abs. 1 BGB voraussetzen.<sup>7</sup>

Die Reform wurde unter verschiedenen Aspekten wegen einer möglichen Vorverlagerung staatlicher Eingriffe in das verfassungsrechtlich geschützte Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG kritisch beurteilt: Zum einen ist die Reform in den weiteren Kontext der Gesetzesänderung im Jugendhilferecht gestellt und zum anderen in seinen verfahrensrechtlichen Folgen bewertet worden. Drei Jahre vor der Änderung des § 1666 BGB wurde durch das KICK<sup>8</sup> mit der Einführung der Regelung in § 8a SGB VIII der Schutzauftrag der Jugendhilfe stärker hervorgehoben und inhaltlich konkretisiert.<sup>9</sup> Dem Präventionsgedanken wurde dadurch Ausdruck verliehen, dass mehrere Fachkräfte des Jugendamts das Gefährdungsrisiko abschätzen müssen, wenn dem Jugendamt gewichtige Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung bekannt werden (§ 8a Abs. 1 SGB VIII).<sup>10</sup> Wirken die Eltern bei der Risikoabschätzung nicht mit oder ist nach Auffassung des Jugendamts ein Tätigwerden des Familiengerichts erforderlich, so hat dieses das Gericht anzurufen, wobei parallel die Möglichkeit der Inobhutnahme bei dringender Gefahr besteht (§ 8a Abs. 3 SGB VIII).

Diese Vorschriften mit entscheidungsvorbereitender Funktion<sup>11</sup> erhielten durch das KiWoMaG in § 50f FGG a. F. bzw. dem jetzigen § 157 FamFG ihre Ergänzung für das familiengerichtliche Verfahren. Weil das Gericht danach mit den Eltern erörtern soll, wie einer möglichen Gefährdung des Kindeswohls begegnet werden kann, ordnet u. a. *Schumann* die Regelungen als eine Vorstufe oder ein Einfallstor staatlicher Miterziehung – auch im Hinblick auf die landesgesetzlichen Regelungen zum Kinderschutz<sup>12</sup> durch die Verpflichtung der Eltern zur Teilnahme an Früherkennungsuntersuchungen<sup>13</sup> – ein, die zu einem additiven Eingriff in das Elternrecht führen können.<sup>14</sup> Demgegenüber erkennt *Coester* hierin keine substantiellen Änderungen, weil bereits vor der Re-

4 Vom 4. Juli 2008, BGBl. I, S. 1188 ff.; dazu *Wiesner* RdJB 2009, 13, 14; zum Ausbau der Verantwortungsgemeinschaft von Jugendamt und Familiengericht; *Meysen* JAmT 2008, 233; *Fellenberg* FPR 2008, 125 ff.

5 *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familiengericht, 6. Aufl., § 57 Rn. 104; *MünchKomm/Olzen*, 6. Aufl., § 1666 Rn. 35 ff.

6 BT-Drs. 16/6815, S. 11.

7 Die Besorgnis, es sei eine Tendenz in der Rechtsprechung anzutreffen, die Gefährdungsschwelle herabzusetzen (*Schumann* FPR 2011, 203, 207), wird durch veröffentlichte gerichtliche Entscheidungen nicht bestätigt.

8 Gesetz zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe vom 8.9.2005, BGBl. I, S. 2729 ff.

9 BT-Drs. 15/3676, S. 25 f., 30, wobei ebenfalls auf „spektakulär[e] Fälle von Kindeswohlgefährdung“ hingewiesen wurde.

10 Zur Risikoeinschätzung durch das Jugendamt *Oberloskamp/Lewe* FPR 2009, 553; zu den Grenzen *Katzenstein* JAmT 2009, 9 ff.

11 *Wiesner*, SGB VIII, § 8a Rn. 4.

12 Übersicht unter <http://www.dijuf.de/laendergesetze-kinderschutz.html>; deren Effizienz beim Kinderschutz hat sich statistisch nicht belegen lassen (*Meysen* in: *Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit, Alles zum Wohl des Kindes*, 2012, S. 155, 163 ff.; krit. 14. Kinder- und Jugendbericht, BT-Drs. 17/12200, S. 262).

13 Weigerung zu kindlichen Vorsorgeuntersuchungen als Kindeswohlgefährdung AG Frankfurt, Beschl. v. 16.12.2012 – 457 F 6281/12, JAmT 2013, 161; a.A. AG Büdingen, Beschl. v. 7.12.2012 – 53 F 815/12, JAmT 2013, 160.

14 *Schumann* FPR 2011, 203, 206 (mit der Differenzierung in Angebotsphase – Mitwirkungsphase – Warnphase – Kontrollphase); krit. auch *Wapler* RdJB 2009, 21, 26 ff.

form bei gewichtigen Anhaltspunkten gerichtliche Ermittlungen möglich waren; allerdings ist zu der Eingriffsschwelle eine (niedrigere) Kontrollschwelle i. S. einer Gefahrerforschung hinzugetreten.<sup>15</sup> Konzeptionell hat der Gesetzgeber in der Tat für einen effektiven Kinderschutz eine „Verantwortungsgemeinschaft“ von Familiengericht und Jugendamt installiert, bei der das Familiengericht den Hilfeprozess unterstützen soll, indem schon im Vorfeld von Maßnahmen nach § 1666 BGB ein wirksames Instrumentarium durch die Zusammenarbeit beider Institutionen zur Verfügung steht<sup>16</sup> und die Familiengerichte in die Präventionspflichten des staatlichen Wächteramts eingebunden sind.<sup>17</sup>

Bereits in der Gesetzesbegründung zu § 8a SGB VIII wurde der Informationsverschaffung und -bewertung im Hinblick auf den Datenschutz und die berufsspezifische Schweigepflicht ein hoher Stellenwert eingeräumt. In dem am 1. Januar 2012 in Kraft getretene „Gesetz zur Stärkung eines aktiven Schutzes von Kindern und Jugendlichen (BundeskinderSchutzgesetz – BKiSchG)“<sup>18</sup> steht in dem dort in Art. 1 gefassten „Gesetz zur Kooperation und Information im Kinderschutz (KKG)“ die Informationsübermittlung von Geheimnisträgern (§ 4 KKG) sowie „frühe Hilfen“ (§ 1 Abs. 4 KKG) im Mittelpunkt,<sup>19</sup> durch die „ein möglichst frühzeitiges, koordiniertes und multiprofessionelles Angebot im Hinblick auf die Entwicklung von Kindern vor allem in den ersten Lebensjahren für Mütter und Väter sowie schwangere Frauen und werdende Väter“ zur Verfügung gestellt werden soll.

### 3 Gefährdung des Kindeswohls

Der Begriff der Kindeswohlgefährdung wird zumeist mit Verfahren nach § 1666 BGB und einem möglichen Entzug der elterlichen Sorge in Verbindung gebracht. Die rechtliche Bedeutung dieses Begriffs erschöpft sich hierin jedoch keineswegs. Denn Kindeswohlgefährdungen werden dem Familiengericht nicht nur durch das Jugendamt bekannt. Sie können – wenn auch in geringerem Maß – in Umgangsverfahren nach § 1684 BGB wie auch in Verfahren auf Übertragung der elterlichen Sorge (§ 1671 BGB) zu Tage treten, wenn eine Kindeswohlgefährdung zu einer Beschränkung oder zum Ausschluss des Umgangs führen kann (§ 1684 Abs. 4 Satz 2 BGB) oder im Sorgerechtsverfahren die elterliche Sorge abweichend von „Anträgen“ zu regeln ist (§ 1671 Abs. 3 i. V. m. § 1666 BGB). Schließlich bildet erst eine Kindeswohlgefährdung die Hürde für eine Verbleibensanordnung nach § 1632 Abs. 4 BGB, wenn ein Kind über längere Zeit in einer Familienpflege lebt und die leiblichen Eltern die Rückkehr des Kindes in ihren Haushalt begehrn.<sup>20</sup>

15 Staudinger/Coester (2009) § 1666 Rn. 86; ders. Brühler Schriften Bd. 16, S. 60, 70.

16 BT-Drs. 16/6815, S. 7, 11 f.; nach der Gesetzesbegründung handelt sich bei der Erörterung gerade nicht um ein Erziehungsgepräch vor Gericht; vielmehr steht die mögliche Gefährdung und deren Abwendung im Mittelpunkt. Zur Verantwortungsgemeinschaft OLG Koblenz, Beschl. v. 11.6.2012 – 11 UF 266/12, NJW 2012, 3108.

17 Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Aufl., § 57 Rn. 102.

18 Vom 22.12.2011, BGBI. I, S. 2975 ff.; dazu Meysen FamRZ 2012, 405 ff.; Czerner ZKJ 2012, 246 ff.; Kunkel ZKJ 2012, 288 ff.; Wiesner in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Weit, Alles zum Wohl des Kindes, 2012, S. 41, 48 ff.; Ehrmann/Breitfeld FPR 2012, 418.

19 In § 1 Abs. 2 KKG wird der Vorrang der Eltern bei der Pflege und Erziehung der Kinder und Jugendlichen hervorgehoben und das staatliche Wächteramt in Abs. 3 vorrangig in der Unterstützung der „Eltern bei der Wahrnehmung ihres Erziehungsrechts und ihrer Erziehungsverantwortung“ gesehen, damit sie „dieser Verantwortung besser gerecht werden“ (Nr. 1), „im Einzelfall Risiken für die Entwicklung von Kindern und Jugendlichen frühzeitig“ erkennen (Nr. 2) und „im Einzelfall eine Gefährdung des Wohls eines Kindes oder eines Jugendlichen vermieden oder (...) eine weitere Gefährdung oder Schädigung abgewendet werden kann“ (Nr. 3).

20 Hierzu OLG Hamm Beschl. v. 16.10.2012 – 2 UF 163/12, FamRZ 2013, 1228; BVerfG Beschl. v. 31.3.2010 – 1 BvR 2910/09, FamRZ 2010, 865.

Für die Beurteilung der Gefährdung eines Kindes im familiengerichtlichen Verfahren ist zwischen den vorgenannten unterschiedlichen Anwendungsbereichen zu unterscheiden, dabei mag erstaunen, dass in der Kommentarliteratur für die Beurteilung der Gefährdung – im Gegensatz zu deren Abschätzung durch das Jugendamt im Vorfeld eines gerichtlichen Verfahrens – kaum genauere Ausführungen gemacht werden.<sup>21</sup> Überwiegend wird die allgemein anerkannte Definition angeführt, ohne näher zu bestimmen, wonach die Gefährdung im Einzelfall zu bestimmen oder zu prognostizieren ist. Der Kindesschutz ist in § 1666 BGB in einer Generalklausel geregelt, zu deren Konkretisierung in Wissenschaft und Praxis Fallgruppen<sup>22</sup> herausgearbeitet wurden, deren Typizität ein bestimmtes Gefährdungsmoment immanent ist und dadurch Ausgangspunkt für die gerichtliche Gefährdungseinschätzung wird. Das jeweilige Gefährdungspotential bestimmt den Umfang der erforderlichen Ermittlungen im Verfahren. Neben der zeitlichen Nähe sind die tatsächlichen Feststellungen die maßgebliche Grundlage einer erforderlichen „Verdichtung der Kausalfaktoren“ für eine dadurch voraussehbare Schädigung.<sup>23</sup> Diese Grundlage für die zu stellende Prognose kann nur in einem umfassenden und komplexen Abwägungsvorgang gefunden werden.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG<sup>24</sup> sowie des BGH<sup>25</sup> ist für das Eingreifen des Familiengerichts in die elterliche Sorge gemäß § 1666 Abs. 1 BGB „eine gegenwärtige, in einem solchen Maß vorhandene Gefahr erforderlich, dass sich bei der weiteren Entwicklung der Dinge eine erhebliche Schädigung des geistigen oder leiblichen Wohl des Kindes mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt“.<sup>26</sup> Aus psychologischer Sicht wird zwischen dieser primären Kindeswohlgefährdung und einer sekundären Gefährdung des Kindes durch Fehlreaktionen im gerichtlichen Entscheidungsprozess – durch Nichteingreifen aber auch durch Eingreifen des Gerichts – unterschieden.<sup>27</sup> Als anerkannte Fallgruppen erfordern nachgewiesene körperliche oder sexuelle Misshandlungen von Kindern oder akute psychische Erkrankungen – z. B. paranoide Psychosen oder Persönlichkeitsstörungen – sofortiges staatliches Handeln. Demgegenüber ist die Entscheidungsfindung bei Suchterkrankungen deutlich schwieriger, weil weder Drogen noch Alkohol<sup>28</sup> ohne Weiteres eine aktuelle Gefährdung bedeuten müssen, jedoch jederzeit hierzu führen können. Dies gilt ebenso bei eingeschränkter Erziehungsfähigkeit der (evtl. auch minderjährigen) Eltern, bei (eklatanter) Vernachlässigung der Kinder<sup>29</sup> oder Verwahrlosung des Haushalts, die mangels ärztlicher Versorgung häufig mit erheblichen Entwicklungsverzögerungen sowie Störungen der Kinder einhergehen. Auf Fälle von beharrlicher Schulverweigerung reagieren die Familiengerichte voraussehbar mit dem Teilstentzug der elterlichen Sorge, wobei die Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2008 in der Begründung mit dem Hinweis erstaunlich knapp ausfällt,<sup>30</sup> dass die Eltern

21 Eine Ausnahme bildet die Kommentierung von Staudinger/Coester (2009) § 1666 Rn. 81 ff.

22 Staudinger/Coester, (2009), § 1666 Rn. 142 ff.; Vgl. MünchKomm/Olsen, 6. Aufl., § 1666 Rn. 48, 57 ff.; Palandt/Götz, 72. Aufl., § 1666 Rn. 11 ff.; Erman/Michalski/Döll, BGB, 13. Aufl., § 1666 Rn. 8 ff.; zur Bedeutsamkeit einzelner Gefährdungsfaktoren bei unterschiedlichen Regelungsgegenständen Dettenborn FPR 2003, 293, 295.

23 Staudinger/Coester (2009) § 1666 Rn. 86.

24 BVerfG, Beschl. v. 17.6.2009, – 1 BvR 467/09, FamRZ 2009, 1472, 1473.

25 BGH, Beschl. v. 26.10.2011 – XII ZB 247/11, FamRZ 2012, 99, 101; v. 17.2.2010 – XII ZB 68/09, FamRZ 2010, 720, 721; v. 15.12.2004 – XII ZB 166/03, FamRZ 2005, 344, 345.

26 Psychologisch wird die Kindeswohlgefährdung als eklatanter Widerspruch zwischen den Lebensbedingungen und den Bedürfnissen eines Kindes, die seine Persönlichkeitsentwicklung gefährden, bezeichnet (Dettenborn FPR 2003, 293, 294).

27 Dettenborn FPR 2003, 293, 295 f.

28 BVerfG, Beschl. v. 19.1.2010 – 1 BvR 1941/09, FamRZ 2012, 528, 529, wonach nächtliche Alkoholexzesse und Schlägereien, ein Blutalkoholwert von 3,31 Promille sowie die fehlende Einsicht und Therapiewilligkeit einen Sorgerechtsentzug nicht rechtfertigt, wenn der Sachverständige ambulante Hilfen für ausreichend hält.

29 Auch durch Überforderungssituationen, verbunden mit gravierenden Defiziten in der Interaktions- und Grenzsetzungskompetenz, OLG Brandenburg, Beschl. v. 18.3.2009 – 9 WF 30/09, nach juris.

30 BGH Beschl. v. 17.10.2007 – XII ZB 42/07, FamRZ 2008, 45 ff.; ebenso OLG Hamm, Beschl. v. 21.12.2012 – 2 UF

nicht berechtigt seien, die Kinder der Schulpflicht zu entziehen, auch wenn einzelne Lerninhalte oder -methoden der Schulen den Glaubensüberzeugungen der (im konkreten Fall baptistischen) Eltern entgegenstehen.<sup>31</sup>

Für die verschiedenen Fallgruppen des § 1666 BGB ist das individuelle Gefährdungspotential im Einzelfall zu prognostizieren. Einige Anwendungsfälle gelten zu Recht „als allzu selbstverständlich und unproblematisch“, während andere hohe Anforderungen an die richtige Einschätzung der Gefährdungslage stellen.<sup>32</sup> Zwar erfordern diese umfangreiche juristische Abwägungen der betroffenen Rechtsgüter; für jene, die in der Praxis überwiegen, liegt jedoch die besondere Schwierigkeit in der praktischen Feststellung der (zu überschreitenden) Grenzlinie einer den staatlichen Eingriff legitimierenden konkreten Gefährdung. Rechtlicher Evidenz sind Grenzen durch die Möglichkeiten gerichtlicher Feststellung gezogen, die zudem im Einzelfall individueller Bewertung unterliegen.

Im familiengerichtlichen Verfahren in Kindschaftssachen gilt nach § 26 FamFG der Amtsermittlungsgrundsatz. Er bildet das Fundament in den auf Fürsorge gerichteten Verfahren, weil das Gericht von Amts wegen die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen hat. Unabhängig vom Vorbringen der Beteiligten trägt das Gericht zur Sicherung einer materiell richtigen Entscheidung die Verantwortung für die vollständige Beschaffung der tatsächlichen Entscheidungsgrundlage.<sup>33</sup> Welche Aktivitäten das Gericht entfaltet, ist in dessen Ermessen gestellt und hängt von den Anhaltspunkten des Einzelfalls ab.<sup>34</sup> Neben dem Bericht des Jugendamts und einer Stellungnahme des Verfahrensbeistands können die Äußerungen anderer Personen wichtige oder auch nur ergänzende Informationen zur Lebenssituation des Kindes liefern. Daher stellen Berichte von Betreuungspersonen in Kindertagesstätten und Schulen, von Familienhelfern oder Familienhebammen, ärztliche Befundberichte oder Entlassungsberichte nach einer stationären Krankenhausbehandlung sowie Unterlagen von therapeutischen Behandlungen wichtige Grundlagen einer gerichtlichen Entscheidung dar.

Die ermittelten Tatsachen sind in einem zweiten Schritt umfassend gegeneinander abzuwägen, um im Für und Wider der einzelnen Aspekte unter Einbeziehung des persönlichen Eindrucks von den betroffenen Personen zu einer Abschätzung des Gefährdungs- und Schädigungsrisikos zu gelangen. Dabei sind auch gegenläufige Angaben verschiedener Verfahrensbeteiliger – etwa zum Verhalten oder Auftreten eines Elternteils – wenn nicht widerspruchsfrei, so doch in ihrer Gewichtung angemessen einzubeziehen.

Gerade unzureichende gerichtliche Ermittlungen, fehlende konkrete Feststellungen sowie eine lückenhafte oder widersprüchliche<sup>35</sup> Einbeziehung der Wertungskriterien in die Abwägung auf der

181/11, FamRZ 2013, 708; OLG Köln, Beschl. v. 30.11.2012 – 4 UF 177/12, ZKJ 2013, 175; OLG Brandenburg, Beschl. v. 14.7.2005 – 9 UF 68/05, FamRZ 2006, 358 (LS); OLG Hamm Beschl. v. 5.9.2005 – 6 WF 297/05, FamRZ 2006, 358 (LS); AG Saarbrücken Beschl. v. 10.1.2003 – 40 F 424/02, FamRZ 2003, 1859; Staudinger/Coester (2009), § 1666 Rn. 137 m. w. N.

31 Im Übrigen nimmt der BGH auf die Vorinstanz Bezug, die das geistige und seelische Wohl als gefährdet ansah, weil der Schulbesuch für die Entwicklung eines Kindes in einer pluralistischen Gesellschaft, für das Hineinwachsen in ein Gemeinschaftsleben sowie für den Erwerb von sozialen Kompetenzen wichtig sei.

32 Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Aufl., § 57 Rn. 108.

33 MünchKomm/Ulrici § 26 FamFG Rn. 3, 5; Schulte-Bunert/Weinreich/Brinkmann, § 26 FamFG Rn. 13 ff.; Keidel/Sternal § 26 FamFG Rn. 12 ff.

34 MünchKomm/Ulrici § 26 FamFG Rn. 11 f.; Schulte-Bunert/Weinreich/Brinkmann, § 26 FamFG Rn. 17.

35 So etwa, wenn behandelnde Ärzte oder Kindergartenmitarbeiterinnen den vom Jugendamt o. a. als cholericisch bezeichneten Vater als engagiert und kooperativ bezeichnen.

Tatbestandsseite waren ebenso wie die Missachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf der Rechtsfolgenseite immer wieder Ansatz- bzw. Kritikpunkte in der Rechtsprechung des BVerfG. Denn das BVerfG hat die grundgesetzlichen Gewährleistungen des Art. 6 Abs. 2 und 3 GG nicht nur i. S. eines Pflichtrechts und Abwehrrechts der Eltern ausgelegt, sondern ihm auch eine verfahrensrechtliche Dimension entnommen. Danach erfordern Verfahren wegen Kindeswohlgefährdung wegen ihres grundrechtlichen Bezugs „besondere Anforderungen an die tatrichterliche Sachaufklärung.“<sup>36</sup> Das gerichtliche Verfahren muss „in seiner Ausgestaltung dem Gebot effektiven Grundrechtsschutzes entsprechen, weshalb insbesondere die zur Verfügung stehenden Aufklärungs- und Prüfungsmöglichkeiten ausgeschöpft werden müssen“.<sup>37</sup> Das Verfassungsgericht verpflichtet die Familiengerichte, das Verfahren so zu gestalten, dass sie „möglichst zuverlässig die Grundlage einer am Kindeswohl orientierten Entscheidung erkennen können“.<sup>38</sup> „Diesen Anforderungen“, so das BVerfG,<sup>39</sup> „werden die Gerichte nur gerecht, wenn sie sich mit den Besonderheiten des Einzelfalles auseinandersetzen, die Interessen der Inhaber des Elternrechts sowie deren Einstellung und Persönlichkeit würdigen und auf die Belange des Kindes eingehen“.

## 4 Gefährdungsprognose durch Verfahrensgestaltung

Dass für die angeführten Fallgruppen nach diesen Anforderungen zur Sachverhaltsaufklärung ganz unterschiedliche Ermittlungen erforderlich sind, liegt auf der Hand. Die gesetzlichen Regelungen stellen dem Gericht insoweit ein umfangreiches Instrumentarium zur Verfügung, von dem einige Möglichkeiten exemplarisch wegen ihrer praktischen Bedeutung kurz dargestellt werden.

### 4.1 Verfahrensverlauf

Die ersten wichtigen Informationen erhält das Familiengericht durch die Anregung (§ 24 FamFG) des Jugendamts nach § 8a Abs. 3 SGB VIII auf Einleitung eines Verfahrens. I. d. R. stellt der/die zuständige Jugendamtsmitarbeiter/in bereits im ersten Schriftsatz umfassend und detailliert die familiäre Situation, die bisher vom Jugendamt zur Verfügung gestellten Jugendhilfeleistungen, den Verlauf der Unterstützungsmaßnahmen sowie schließlich die aus Sicht des Jugendamts für das Kind bestehende Gefährdung dar. Der Umfang der sozialpädagogischen Familienhilfe (§ 31 SGB VIII) und der (ggf. kontinuierlich) aufgestockte Zeitrahmen kann zu Beginn des Verfahrens ein Gefährdungsindikator sein, wenn seitens der Eltern – ggf. ohne erkennbaren Grund – die weitere Zusammenarbeit mit dem Jugendamt abgelehnt wird.<sup>40</sup> Einen weiteren Einblick in die familiären Verhältnisse eröffnen die vom Jugendamt oder anderen Verfahrensbeteiligten vorgelegten Berichte.

Das mit dem KiWoMaG im Jahr 2008 in § 50e FGG a. F. eingeführte und nunmehr in § 155 FamFG geregelte Vorrang- und Beschleunigungsgebot gilt nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung auch für Verfahren wegen Gefährdung des Kindeswohls. Das Beschleunigungsgebot

36 BGH, Beschl. v. 26.10.2011 – XII ZB 247/11, FamRZ 2012, 99, 102.

37 BVerfG, Beschl. v. 5.12.2008 – 1 BvR 746/08, FamRZ 2009, 399, 400; v. 21.6.2002 – 1 BvR 605/02, FamRZ 2002, 1021, 1023.

38 BVerfG, Beschl. v. 5.12.2008 – 1 BvR 746/08, FamRZ 2009, 399, 400; v. 6.11.2009 – 1 BvR 1410/08, FamRZ 2010, 109, 110 (zum Umgangsrecht).

39 BVerfG, Beschl. v. 23.8.2006 – 1 BvR 476/04, FamRZ 2006, 1593, 1595.

40 Insoweit erweist sich der nicht selten erfolgende Zuständigkeitswechsel bei den Jugendamtsmitarbeitern als nicht un wesentliche Belastung für das Vertrauensverhältnis zwischen Jugendamt und Eltern.

gründet auf dem kindlichen Zeitempfinden und der Schaffung von Fakten durch – entscheidungslosen – Zeitablauf. Das Gebot ist mit den Erfordernissen einer umfassenden Sachverhaltsermittlung in Einklang zu bringen.<sup>41</sup> Regelmäßig wird in Kinderschutzverfahren – abhängig von der Gefährdungslage – sehr kurzfristig binnen 2 bis 4 Wochen ein Anhörungstermin anberaumt, in dem die Kindeseltern, die überwiegend anwaltlich vertreten sind, ihre Sicht der Dinge schildern können. Dabei zeigt sich häufig, dass die Beziehung zu den zuständigen Jugendamtsmitarbeitern emotional belastet ist, weil die Eltern zunehmend erkennen, dass die Tätigkeit nicht nur auf reine Unterstützung, sondern auf Veränderungen im familiären System oder der Verhaltensmuster der Eltern gerichtet ist, denen diese sich im erforderlichen Maße häufig nicht stellen wollen oder können.<sup>42</sup> Einer – nach der Gesetzesbegründung bewussten – Differenzierung zwischen einer Erörterung mit den Eltern i. S. v. § 157 Abs. 1 FamFG, wie einer (nur) möglichen Gefährdung des Kindeswohls begegnet werden kann, und der Anhörung der Eltern gemäß § 160 FamFG bedarf es in der Praxis häufig nicht, denn wegen der bestehenden Gefährdungslage ist häufiger das Potential der Eltern zur Gefahrabwendung genauer zu untersuchen. Erfordert das Ergebnis des Termins weitere Ermittlungen, tritt der Beschleunigungsaspekt zugunsten der Sachverhaltsaufklärung zurück. Das Verfahren kann durch wiederholte Anhörungen, die ihre Grundlage nicht in § 166 Abs. 3 FamFG haben, durch Begleitung und Beobachtung des weiteren Verlaufs<sup>43</sup> – etwa bei Familien mit Suchtproblemen oder Gewalterfahrungen,<sup>44</sup> aber auch bei einem Aufenthalt in einer Mutter-Kind-Einrichtung (§ 19 SGB VIII) –, Hinzuziehung weiterer Informationsquellen usw. entsprechend den jeweiligen Gegebenheiten und Erfordernissen gestaltet werden.

Eine besondere Variante des Beschleunigungsgebots bietet der einstweilige Rechtsschutz, der bei einer akuten Gefährdung des Kindes sofortiges Handeln<sup>45</sup> durch den Erlass einer einstweiligen Anordnung (§§ 49 ff., 157 Abs. 3 FamFG) ermöglicht.<sup>46</sup> Das einstweilige Anordnungsverfahren ist ein selbstständig neben oder vor einer Hauptsacheentscheidung geführtes Verfahren (§ 51 Abs. 3 Satz 1 FamFG), in dem aufgrund glaubhaft gemachter Tatsachen und einer summarischen Beurteilung (§ 51 Abs. 1 Satz 2 FamFG) i. d. R. ohne weitere Beweisaufnahme eine vorläufige – sichernde oder regelnde – Anordnung getroffen werden kann, wenn und soweit ein dringendes Bedürfnis für ein sofortiges Tätigwerden besteht (§ 49 Abs. 1 FamFG). Da eine einstweilige Anordnung auch ohne mündliche Verhandlung – in besonderen Eilfällen auch ohne Gewährung rechtlichen Gehörs, das nachzuholen ist – ergehen kann, sind sehr kurzfristige Entscheidungen möglich, wobei deren Änderungen nach Maßgabe des § 54 FamFG einfacher als im Hauptsacheverfahren vorgenommen werden können.<sup>47</sup> Auch wenn grundsätzlich der Drogenkonsum der Kindesmutter<sup>48</sup> einen Eingriff in das Sorgerecht nicht ohne weiteres zu rechtfertigen vermag, ist z. B. sofortiges Handeln geboten, wenn eine vom Jugendamt veranlasste Analyse den Nachweis von Heroin, Kokain und Methadon in den Haaren des Kindes ergeben hat.<sup>49</sup>

41 MünchKomm/Heilmann, § 155 FamFG Rn. 34 ff., 40 ff.

42 Münder FPR 2003, 280, 282 mit einer Differenzierung der Familien in drei Gruppen, wie Hilfsangebote angenommen werden.

43 Als Paradigmenwechsel bezeichnet Meysen (JAmT 2008, 233, 241) die prozesshafte Begleitung i. S. einer Hilfe zur Strukturierung mit der spezifischen familiengerichtlichen Anordnungskompetenz, die an die Stelle eines punktuellen Eingriffs in die Familiendynamik getreten ist; Stein JAmT 2009, 277 ff.

44 Beispiel von Götz in: Lipp/Schumann/Veit, Reform des familiengerichtlichen Verfahrens, 2009, 215, 218 Fn. 15.

45 Das Jugendamt kann durch die Inobhutnahme nach §§ 8a Abs. 3 Satz 2, 42 Abs. 1 SGB VIII unverzüglich handeln.

46 Nachweise zur Rechtsprechung bei Schulte-Bunert/Weinreich/Schwonberg, § 49 FamFG Rn. 31.

47 Nach § 52 Abs. 1 Satz 2 FamFG kann das Gericht eine Frist bestimmen, vor deren Ablauf ein Antrag auf Einleitung eines Hauptsacheverfahrens unzulässig ist.

48 OLG Hamm Beschl. v. 8.6.2011 – 8 UF 140/11, FamRZ 2012, 463 (LS).

49 OLG Bremen Beschl. v. 21.3.2011 – 4 UF 31/11, FamRZ 2011, 1306.

## 4.2 Verfahrensbeistand

Große praktische Bedeutung<sup>50</sup> für das familiengerichtliche Verfahren hat der mit dem Kinderschutzrechtsreformgesetz von 1998 in § 50 FGG a.F. eingeführte Verfahrenspfleger erlangt, dessen Bezeichnung mit dem FamFG zum Verfahrensbeistand geändert und dessen Aufgabenbereich zugleich in § 158 Abs. 4 FamFG gesetzlich konkretisiert wurde.

Das Gericht hat dem minderjährigen Kind gemäß § 158 Abs. 1 FamFG einen Verfahrensbeistand zu bestellen, wenn dies zur Wahrnehmung seiner Interessen erforderlich ist. Hiervon ist nach den in Abs. 2 der Vorschrift angeführten Regelbeispielen u. a. auszugehen, wenn die Interessen des Kindes zu dem seiner gesetzlichen Vertreter in erheblichem Gegensatz stehen (Nr. 1) oder in Verfahren nach den §§ 1666 und 1666a BGB, wenn die teilweise oder vollständige Entziehung der Personensorge in Betracht kommt (Nr. 2).<sup>51</sup> Ein Verfahrensbeistand ist gemäß § 158 Abs. 3 Satz 1 FamFG so früh wie möglich und daher regelmäßig vor einem Anhörungstermin zu bestellen.<sup>52</sup> Der gesetzliche Aufgabenbereich des Verfahrensbeistands besteht darin, die „Interessen des Kindes festzustellen und im gerichtlichen Verfahren zur Geltung zu bringen“ (§ 158 Abs. 4 FamFG). Er hat darüber hinaus das Kind über Gegenstand, Ablauf und möglichen Ausgang des Verfahrens in geeigneter Weise zu informieren. Dem Verfahrensbeistand, der eigenständiger Verfahrensbeteiligter ist, ohne gesetzlicher Vertreter des Kindes im Verfahren zu sein, können darüber hinaus zusätzliche Aufgaben (optional) übertragen werden. In der gerichtlichen Praxis hat sich der Verfahrensbeistand als besonders wichtiger Verfahrensbeteiligter erwiesen, weil er durch den eigenen unmittelbaren Kontakt zum betroffenen Kind und den Eltern dem Gericht einen eigenständigen, vom Jugendamt unabhängigen Eindruck vom familiären System und der persönlichen Situation des Kindes vermittelt.

## 4.3 Sachverständige

Hat das Familiengericht hinreichende Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Kindes, erfordert eine Hauptsacheentscheidung zum Entzug der elterlichen Sorge grundsätzlich die Einholung eines Sachverständigungsgutachtens.<sup>53</sup> Nach der Rechtsprechung des BVerfG muss das Gericht in seiner Entscheidung eine ausreichende Tatsachengrundlage sowohl für die aktuelle und fortdauernde Gefährdung als auch zu der daraus mit großer Wahrscheinlichkeit folgenden Schädigung des Kindes darlegen. Da die Richter für die Beurteilung der Erziehungsfähigkeit eines Elternteils, dessen psychische Störungen sowie für die aus anderen Gründen dem Kind bereits entstandenen oder künftig drohenden Beeinträchtigungen in seiner geistigen, körperlichen oder emotionalen Entwicklung über keine ausreichende eigene Sachkunde verfügen, müssen sie ihre Entscheidung auch auf das Gutachten eines (psychologischen oder medizinischen) Sachverständigen stützen. Ein solches Gutachten ist im Rahmen einer förmlichen Beweisaufnahme i. S. v. § 30 FamFG einzuholen. Zwar begeben sich die zur Entscheidung berufenen Richter dadurch in weitem Umfang in die fachkundige Beurteilung eines Sachverständigen, von dessen Empfehlungen nur in Ausnahmefällen ab-

50 Zu „aktuellen Tendenzen“ und statistischen Angaben *Salgo/Stötzel* ZKJ 2013, 349 ff.

51 MünchKomm/Schumann § 158 FamFG Rn. 9; BT-Drs. 16/6308, S. 238.

52 Nach einer Entscheidung des VerfG Brandenburg (Beschl. v. 30.9.2010 – VfG Bbg 32/10, FamRZ 2011, 305) wird das Elternrecht verletzt, wenn in einem einstweiligen Anordnungsverfahren wegen Kindeswohlgefährdung von der Bestellung eines Verfahrensbeistands abgesehen wird.

53 Von einem Gutachten kann nur dann ausnahmsweise abgesehen werden, wenn das Gericht über eigene Sachkunde verfügt.

gewichen wird. Sie sind diesem jedoch nicht ungeschützt ausgeliefert.<sup>54</sup> Vielmehr muss das Gericht die vom Sachverständigen zugrunde gelegten Feststellungen kritisch prüfen und die hieraus gezogenen Schlüsse eigenständig nachvollziehen. Stützt sich der Sachverständige in seinem Gutachten allein auf Vermutungen einer künftigen Gefährdung im Haushalt der Eltern, ohne hierfür konkrete Anhaltspunkte anführen zu können, oder beruft sich der psychologische Sachverständige maßgeblich auf eine psychiatrische Diagnose, für die er mangels medizinischer Ausbildung nicht sachkundig ist, so kann das Gutachten nicht als ausreichende Grundlage für einen Sorgeentszug herangezogen werden.

Für Gutachten, die in Sorge- oder Umgangsverfahren eingeholt werden, kann nicht allein die Beurteilung und Bewertung der konkreten Beweisfrage angeordnet werden (sog. Statusgutachten). Außerhalb von Verfahren wegen Kindeswohlgefährdung hat das auf vermittelnde und auf eine Einigung der Eltern zielende Tätigwerden des Sachverständigen durch sog. lösungsorientierte Gutachten – trotz fortbestehender Kritik wegen des Doppelauftrags, der fehlenden Rollenklarheit, der unklaren Aufgabenzuweisung sowie der Vermischung von Therapie und Diagnose – zunehmend an Bedeutung gewonnen.<sup>55</sup> Eine gesetzliche Grundlage für darauf ausgerichtete Gutachten wurde mit der Verfahrensreform 2009 in § 163 Abs. 2 FamFG geschaffen, indem das Gericht anordnen kann, „dass der Sachverständige bei der Erstellung des Gutachtens auch auf die Herstellung des Einvernehmens zwischen den Beteiligten hinwirken soll“. Indes darf man sich auch hiervon keine Wunder erwarten, wenn hochkonflikthafte Eltern im Streit sind.<sup>56</sup> Nicht unproblematisch wird die Position des Sachverständigen, wenn der lösungsorientierte Ansatz scheitert und nunmehr die unabhängige und distanzierte Beurteilung zu erstellen ist, von der der Sachverständige durch sein vorangegangenes Vorgehen nicht entbunden ist.<sup>57</sup>

Allerdings kann ein Elternteil nach der Rechtsprechung des BGH nicht gezwungen werden, sich körperlich oder psychiatrisch/psychologisch untersuchen zu lassen und an einer sachverständigen Exploration mitzuwirken. Darauf zielende Zwangsmassnahmen sind in gleicher Weise unzulässig, weil es an einer gesetzlichen Grundlage für eine Untersuchungspflicht fehlt, die weder aus der materiell-rechtlichen Vorschrift des § 1666 BGB noch aus dem verfahrensrechtlichen Amtsermittlungsgrundsatz herzuleiten ist.<sup>58</sup> Damit wird die Tatsachengrundlage für die Beurteilung durch den Sachverständigen auf die (durchsetzbare) Anhörung des Elternteils durch das Gericht und den Akteninhalt beschränkt.

Dem Beschleunigungsgebot wird im Fall der Beweisaufnahme dadurch Nachdruck verliehen, dass das Gericht gemäß § 163 Abs. 1 FamFG dem Sachverständigen eine Frist zur Erstellung des Gutachtens setzen soll. In Umgangsverfahren soll das Gericht keinen regelungslosen Zustand für die Dauer einer Beratung der Eltern oder im Fall einer schriftlichen Begutachtung entstehen lassen, sondern den Umgang durch einstweilige Anordnung regeln oder ausschließen (§ 156 Abs. 3 Satz 2 FamFG).

54 Zur Problematik der Sachverständigen als „heimliche Richter“ aus anwaltlicher Sicht jüngst *Korn-Bergmann* FamRB 2013, 302 ff.

55 Dazu BT-Drs. 16/6308, S. 242; ausführlich und krit. *MünchKomm/Schumann*, § 163 FamFG Rn. 8 ff. m. w. N.; *Salzgeber* FF 2013, 199 ff.; *Korn-Bergmann/Purschke* FamRB 2013, 338 ff.

56 *MünchKomm/Schumann*, § 163 FamFG Rn. 8 m. w. N.

57 Zum Erfordernis der Abwägung der Kindeswohlkriterien im Sorgerechtsverfahren nach gescheiterter Vermittlung OLG Celle, Beschl. v. 19.7.2012 – 15 UF 81/12, ZKJ 2012, 446 = FamRZ 2013, 48 (LS).

58 BGH Beschl. v. 17.2.201 – XII ZB 68/09, FamRZ 2010, 720, 721.

#### 4.4 Qualifikation

Eine gesonderte Betrachtung verdient die Qualifikation der am Verfahren professionell beteiligten Personen. Diese steht für die vom Gericht ausgewählten und beauftragten Sachverständigen grundsätzlich außer Zweifel. Die sozialpädagogisch ausgebildeten Mitarbeiter des Jugendamts müssen gemäß § 8a Abs. 1 Satz 1 SGB VIII im Vorfeld eines gerichtlichen Verfahrens zusammenwirken, um das Gefährdungsrisiko abzuschätzen. An dieser Stelle soll allein auf die Qualifikation des Verfahrensbeistands und des erkennenden Richters eingegangen werden.

Über die Formulierung hinaus, dass das Gericht einen „geeigneten“ Verfahrensbeistand zu bestellen hat, enthält § 158 FamFG keine weiteren Vorgaben über die Qualifikationen, die für die Tätigkeit als Verfahrensbeistand erforderlich sind. Bestimmte professionelle Anforderungen oder ein neues Berufsfeld sollten mit der Einführung des Verfahrensbeistands 1998 nicht geschaffen werden.<sup>59</sup> Mittelbar etablieren sich solche jedoch durch die Erwartungen des Gerichts und der weiteren Verfahrensbeteiligten an das professionelle Handeln des Verfahrensbeistands. Die Gesetzesbegründung zu § 50 FGG a. F. führt Sozialpädagogen, Dipl. Pädagogen, Psychologen und Juristen beispielhaft als zum Verfahrensbeistand geeignete Personen an.<sup>60</sup> Nach Ziffer 2.1 der Standards der Bundesarbeitsgemeinschaft Verfahrensbeistand (...) soll dieser „eine juristische, pädagogische oder psychosoziale Grundausbildung haben und über eine für die Aufgabe geeignete Zusatzqualifikation verfügen, in der juristische, pädagogische und psychologische Kompetenzen erworben und im Hinblick auf die besondere Aufgabe des Verfahrensbeistands integriert werden“.<sup>61</sup>

Die hohen Erwartungen der betroffenen Eltern und ggf. der weiteren Verfahrensbeteiligten an die Qualifikation des zur Entscheidung berufenen Familienrichters bzw. der Familienrichterin entsprechen nicht der Ausbildung im Familienrecht, Familienverfahrensrecht sowie den psychologischen Disziplinen nach zwei juristischen Staatsexamen. Vielmehr muss sich der/die mit einem familienrechtlichen Dezernat betraute Richter/in selbst mit den Bereichen und Problemen vertraut machen bzw. durch Fortbildungen entsprechende Kenntnisse erwerben.

Demgegenüber waren die Ansätze für das Familiengericht weitaus anspruchsvoller. Der Einführung der Familiengerichte in Deutschland durch das 1. EheRG zum Juli 1997 ging eine lange Diskussion voraus, die bis in die 20-er Jahre des letzten Jahrhunderts zurückreicht.<sup>62</sup> Nach dem Zweiten Weltkrieg erhielt die Diskussion namentlich durch Beiträge von *Bosch* und *Müller-Freienfels* Fortgang.<sup>63</sup> Bei der Auswahl der Familienrichter sollte nach *Müller-Freienfels* menschlich und fachlich auf den besonderen Aufgabenbereich Rücksicht genommen werden, wobei eine Zusammenarbeit mit den Fürsorgebehörden, den Eheberatungsstellen und sonstigen psychologischen, medizinischen, kirchlichen und sozialen Gremien intendiert war, zumal „die menschlichen Seiten der vorkommenden Fälle, ihre Lebensbedeutung (...) im familiengerichtlichen Verfahren insbesondere mit Verständnis gewürdigt werden (müssen)“.<sup>64</sup>

In der Reformdebatte von 1972 bis 1976 wurden weniger Aspekte der Qualifikation des Familienrichters als vielmehr besoldungsrechtliche Fragen diskutiert. Die Entscheidung verschiedener

59 BVerF Beschl. v. 9.3.2004 – 1 BVR 455/02, FamRZ 2004, 1267, 1269; MünchKomm/Schumann § 158 FamFG Rn. 18 m. w. Nw.

60 BT-Drs. 13/4899, S. 130.

61 Abrufbar unter <http://www.verfahrensbeistand-bag.de/infos-fuer-verfahrensbeistaende/standards.htm> .

62 Zum Familiengericht *Peschel-Gutzeit* NJW 2002, 2737 ff.; *Willutzki*, FS Henrich, 2001, S. 645 ff.

63 Ehe und Recht, 1962, S. 304 ff.

64 Ehe und Recht, 1962, S. 317.

Angelegenheiten durch das mit dem 1. EheRG geschaffene Familiengericht in einem einheitlichen Scheidungsverbund zur „geordneten Abwicklung der Gemeinschaft“ sollte ein besonders sachkundiger und qualifizierter Richter sicherstellen, dessen Sachentscheidung sich nicht in reiner Rechtsanwendung erschöpft, sondern auch eine Bewertung der zwischenmenschlichen Beziehungen erfordert. Gesetzlichen Ausdruck fand diese Vorstellung allein in § 23b Abs. 3 GVG a. F., wonach Proberichtern nicht das Familiengericht als Abteilung des Amtsgerichts übertragen werden durfte. Von einem weitergehenden konkreten Anforderungsprofil wurde bewusst abgesehen. Die anfängliche Euphorie, dass wegen des Tätigkeitsfelds und wegen der gesellschaftspolitischen Bedeutung der Familiensachen ein neues Richterbild geschaffen worden sei, hatte nach *Kissel* wegen der „Alltagsroutine“ keinen langen Bestand. Die hohen Erwartungen an zusätzliche, über rein juristische Kenntnisse hinausgehende Qualifikationen und Fähigkeiten zur Ausübung der Tätigkeit eines – zumeist in einem besonderen Dezernat spezialisierten – Familienrichters wurden nicht konkretisiert und bleiben bis heute der individuellen Eigeninitiative an Aus- und Fortbildung überlassen.<sup>65</sup> Demgegenüber müssen Rechtsanwälte, die die Bezeichnung Fachanwalt für Familienrecht tragen wollen, den Nachweis besonderer theoretischer Kenntnisse durch einen mindestens 120 Stunden umfassenden Lehrgang mit Leistungskontrollen sowie praktischer Kenntnisse durch die persönliche Bearbeitung von mindestens 120 Fällen erbringen und die Teilnahme an jährlichen Fortbildungen mit mindestens 10 Stunden nachweisen.<sup>66</sup>

## 5 Grenzen des Kindeswohlschutzes

Fragen der Kindeswohlgefährdung treten nicht nur in Verfahren nach § 1666 BGB zu Tage, sondern auch ausnahmsweise in Sorgerechts- sowie in Umgangsverfahren in Fällen des sog. Umgangsboykotts.

### 5.1. Sorgerechtsverfahren

In der ganz überwiegenden Zahl der Sorgerechtsverfahren (§ 1671 BGB) kann vor dem Hintergrund der gesetzlichen Kompetenzregelungen (§§ 1687 ff. BGB), auf der Grundlage der von der Rechtsprechung herangezogenen Kindeswohkkriterien im Rahmen der tatsächlichen Betreuungssituation einerseits und der Berufstätigkeit andererseits bereits im erstinstanzlichen Verfahren eine befriedende Lösung gefunden werden. Steht indes die Erziehungsfähigkeit eines Elternteils in Frage, ist auch im Sorgerechtsverfahren ein Sachverständigengutachten unausweichlich. Auflagen an die Eltern, ihre Erziehungsfähigkeit durch eine psychotherapeutische Behandlung<sup>67</sup> bzw. eine Therapie zu verbessern oder sie zur Teilnahme an einer videogestützten Interaktionsdiagnostik<sup>68</sup> zu verpflichten, steht deren allgemeines Persönlichkeitsrecht entgegen. Im Übrigen wird die Grenze der nach § 1671 Abs. 3 BGB zu beachtenden Kindeswohlgefährdung auch beim Konflikt zwischen Eltern mit pathologischen Strukturen nur in seltenen Ausnahmefällen erreicht.<sup>69</sup>

65 Eine Fortbildungsverpflichtung für Familienrichter wurde im Abschlussbericht der das KiWoMaG vorbereitenden Arbeitsgruppe „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls“ angeführt (*Fellenberg* FPR 2008, 125, 128).

66 §§ 4, 5, 12 und 15 der Fachanwaltsordnung vom 1. Januar 2011.

67 BVerfG, Beschl. v. 1.12.2010 – 1 BvR 1572/10, FamRZ 2010, 179.

68 OLG Bremen, Beschl. v. 2.11.2009 – 4 UF 83/09, FamRZ 2010, 821.

69 Einen Extremfall bildet die Entscheidung des OLG Köln v. 22.3.2011 – 4 UF 29/11, FamRZ 2011, 1307, wenn offen ausgetragene Elternkonflikte eine störungs- und angstfreie Entwicklung nicht ermöglichen.

Sprachschwierigkeiten und Entwicklungsverzögerungen, Trennungsstreitigkeiten der Eltern, Auseinandersetzungen um das Umgangs- und Aufenthaltsbestimmungsrecht verbunden mit einem Familienhelfereinsatz, die Empfehlung des Sachverständigen zu einer stationären Jugendhilfemaßnahme sowie Verhaltensauffälligkeiten des Kindesvaters durch massive Schreiaffäden und panisch amokartig anmutendes Auftreten rechtfertigen nach einem Beschluss des BVerfG nicht automatisch einen Sorgerechtsentzug,<sup>70</sup> weil die konkreten Schädigungen des Kindes nicht festgestellt worden seien, wofür Bindungsstörungen mit ängstlich und distanzlosen Anteilen nicht ausreichend seien. Dass der Kindesvater die verbale Kontrolle verloren habe, könne an der Stresssituation gelegen haben. Darüber hinaus begrenzt das BVerfG das staatliche Wächteramt dahingehend, dass die „Eltern und deren sozioökonomischen Verhältnisse grundsätzlich zum Schicksal und Lebensrisiko des Kindes gehören“ und der Umstand eines an anderer Stelle möglicherweise strukturierteren und verlässlicheren Umfelds mit besseren Förderungsmöglichkeiten den Entzug der elterlichen Sorge nicht rechtfertigt.<sup>71</sup>

## 5.2. Umgangsboykott

Wie andere Verfahrensbeteiligte stehen auch die Gerichte dem Phänomen der Umgangsverweigerung bzw. dem Umgangsboykott hilflos gegenüber, weil die zugrunde liegenden Strukturen im gerichtlichen Verfahren kaum auflösbar sind.<sup>72</sup> In diesen Verfahren verweigert der betreuende Elternteil dem Umgangsberechtigten trotz verbindlicher Umgangsregelung (§§ 38, 156 Abs. 2 FamFG) – häufig unter Hinweis auf den eindeutig geäußerten entgegenstehenden und den erzieherisch nicht überwindbaren Willen des Kindes – den Umgang. In diesen hochstrittigen Verfahren können die Bestellung eines Verfahrensbeistands, die Einholung eines Sachverständigengutachtens, die Durchführung eines Vermittlungsverfahrens (§ 165 FamFG) sowie die Einsetzung eines Umgangspflegers (§ 1684 Abs. 2 BGB) den Konflikt zwischen den Eltern nicht entschärfen, wobei Zwangsmaßnahmen durch Ordnungsgeld oder Ordnungshaft gemäß § 89 FamFG sich als kontraproduktiv erweisen.

Nach zwei Entscheidungen des BGH Ende 2011<sup>73</sup> und des BVerfG Anfang 2012<sup>74</sup> sind auch Maßnahmen nach § 1666 BGB nur auf extreme Ausnahmefälle beschränkt. Beide Gerichte betonen, dass die Erfordernisse des Kindeswohls und die Notwendigkeit der konkreten Maßnahme mit der verfassungsrechtlich gebotenen Sorgfalt dargelegt müssen. Eine Gefährdung des Kindeswohls setzt danach Feststellungen voraus, in welcher Art und welchem Ausmaß seelische Schäden durch den Verbleib bei dem Umgang verweigernden Elternteil zu befürchten sind und worin die negativen Folgen für das weitere Leben der Kinder bestünden. Weiterhin sind die nachteiligen Folgen einer Fremunterbringung – insbesondere bei einer überraschenden Herausnahme – für die Kinder, die sich als besonders schwerwiegender Eingriff darstellt, ohne dass damit eine mittelfristige Perspektive für das Kind verbunden sein müsse, in die Abwägung einzubeziehen. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit müssen alle mildernden Möglichkeiten, wie die Anordnung von Zwangsmitteln und eine Umgangspflegschaft, genutzt werden.

70 BVerfG 1 BvR 374/09, FamRZ 2010, 713 ff. = RdJB 2010, 389 m. zust. Anm. *Krampen*, 392 f.

71 BVerfG FamRZ 2010, 713, 715 (Rn. 46).

72 Dazu *Peschel-Gutzeit* in: Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit, 2012, Alles zum Wohl des Kindes, 2012, S. 106 ff. sowie aus psychologischer Sicht *Fichtner*, a. a. O., S. 94 ff.

73 BGH, Beschl. v. 26.10.2011 – XII ZB 247/11, FamRZ 2012, 99 ff.

74 BVerfG, Beschl. v. 28.2.2012 – 1 BvR 3116/11, FamRZ 2012, 1127.

Dem verständlichen Sanktionsbedürfnis gegenüber dem sich rechtswidrig verhaltenden Elternteil stellen Literatur und Rechtsprechung übereinstimmend zu Recht entgegen, dass „es gegenüber der strikten und nachhaltigen Umgangsblockade durch (den) Obhutsernteil und Kind keine staatliche Lösungsmöglichkeit (gibt), wenn der Zweck des staatlichen Wächteramts, der Schutz des Kindeswohls, als ausschlaggebender Leitgedanke beachtet wird“.<sup>75</sup> Die Formulierung im Beschluss des BGH lautet entsprechend: „Allein zum Zweck der effizienten Durchsetzung von Umgangskontakten darf eine Entziehung des Aufenthaltsbestimmungsrechts mit dem Ziel der Heimunterbringung jedenfalls nicht angeordnet werden.“<sup>76</sup>

### 5.3. Kinderschutzverfahren

Wann die Grenze der Kindeswohlgefährdung in Verfahren nach § 1666 BGB erreicht bzw. überschritten ist, hängt von der Gefährdungssituation ab und ist mit den dargestellten verfahrensrechtlichen Instrumentarien möglichst präzise zu ermitteln und festzustellen. Insoweit ist die Aufgabe des Jugendamts vor der Anrufung des Familiengerichts bei der Analyse des Gefährdungsrisikos i. S. v. § 8a Abs. 1 und 3 SGB VIII mit der Tätigkeit des Familiengerichts vor einer Entscheidung nach § 1666 Abs. 1 und 3 BGB strukturell, wenn auch auf anderer Ebene, vergleichbar.

Der Mahnung und Sorge, die Familiengerichte könnten nach den dargestellten Gesetzesänderungen frühzeitiger, d. h. bei einem niedrigeren Gefährdungsgrad, in das Elternrecht eingreifen, ist weder nach den veröffentlichten Entscheidungen noch nach den praktischen Erfahrungen begründet. Der Vorrang des Elternrechts vor dem staatlichen Wächteramt ist ebenso eine Selbstverständlichkeit wie das Prinzip der Unterstützung von Eltern bei der Erziehung ihrer Kinder (§ 27 Abs. 1 SGB VIII; § 1 Abs. 3 KKG). Die Familiengerichte maßen sich nicht an, den Eltern Erziehungsmethoden oder -maßstäbe aufzuerlegen. Sie werden sich auch nicht aus einer gesetzlich intendierten und auf Kinderschutz gerichteten Verantwortungsgemeinschaft mit dem Jugendamt in eine Erziehungs- oder Interventionsgemeinschaft drängen lassen. Als Beleg sei hier nicht auf die ständige Rechtsprechung des BVerfG zur primären Entscheidungsbefugnis der Eltern, auch wenn diese mit Nachteilen für das Kind verbunden sei,<sup>77</sup> sowie zum Umgangsboykott verwiesen, die verdeutlicht, dass Kinderschutz konzeptionell Rechtsgüterschutz, jedoch nicht Sanktion elterlichen Fehlverhaltens ist.<sup>78</sup> Das OLG Hamm hebt in einem Beschluss vom 6. Juni 2011 hervor:<sup>79</sup> „Insbesondere gehört es nicht zum staatlichen Wächteramt, für eine den Fähigkeiten des Kindes bestmögliche Förderung zu sorgen; (...). Das Kind hat keinen Anspruch auf ‚Idealeltern‘ und eine optimale Förderung und Erziehung, so dass sich das staatliche Wächteramt auf die Abwehr von Gefahren für das Kindeswohl beschränkt.“

75 Staudinger/Coester (2009) § 1666 Rn. 148.

76 BGH, Beschl. v. 26.10.2011 – XII ZB 247/11, FamRZ 2012, 99, 103 (Rn. 42).

77 BVerfG, Beschl. v. 10.9.2009 – 1 BvR 1248/09, FamRZ 2009, 1897.

78 Coester, Brühler Schriften Bd. 16, S. 60, 66; deutlich auch Salgo, Festschrift für Dieter Schwab (2005), S. 891 ff. (zu den Grenzen der Staatsintervention zur Durchsetzung des Umgangsrechts).

79 OLG Hamm – 8 UF 46/11, FamRZ 2012, 462 (konkret zur Rückführung eines Kindes aus einer Pflegefamilie); ebenso stellt das OLG Brandenburg, Beschl. v. 18.3.2009 – 9 WF 30/09, nach juris, darauf ab, dass die Eltern, ihre Werte und Verhaltensweisen zum Schicksal und Lebensrisiko der Kinder gehören; KG v. 1.7.2011 – 18 UF 55/11, FamRZ 2011, 1667 (LS).

## 6 Zusammenfassung

Verfahren, in denen eine Gefährdung des Kindeswohls im Raume steht, erfahren in der gerichtlichen Praxis durch den Umfang der Ermittlungen und die auf den Einzelfall bezogene komplexe Abwägung eine besonders intensive Bearbeitung, bei der sowohl dem erforderlichen, ggf. sofortigen, Schutz des Kindes als auch den Rechten der Eltern angemessen Rechnung zu tragen ist. Die umfassende und präzise Feststellung der im jeweiligen Einzelfall maßgeblichen Umstände führt zu einer Legitimation eines Eingriffs im und durch das Verfahren. In welchem Umfang sich die am familiengerichtlichen Verfahren beteiligten Professionen mit den Fragen des Kinderschutzes befassen, wird auch an den Themen der Arbeitskreise und der Referate auf dem alle zwei Jahre veranstalteten Deutschen Familiengerichtstag deutlich.<sup>80</sup> Letztlich hängt die Qualität gerichtlichen Handelns und der Entscheidungen im Einzelfall natürlich auch von der personellen Ausstattung und Belastung ab. Insofern ist das „ceterum censeo“ von *Coester* zu unterstreichen, „dass in die Ausstattung der Jugendämter und Familiengerichte sowie vor allem in die interdisziplinäre Ausbildung von Jugendamtsmitarbeitern und Familienrichtern investiert werden muss, (...)\“.<sup>81</sup>

Verf.: Dr. Alexander Schwonberg, Richter am Oberlandesgericht, Oberlandesgericht Celle, Schlossplatz 1, 29221 Celle; E-Mail: Alexander.Schwonberg@justiz-niedersachsen.de.

80 Thema des Arbeitskreises 22 des diesjährigen DFGT war „Inobhutnahme und Sorgerechtsentzug“. Das abschließende Referat von Prof. Dr. Ziegenhain hatte die „Gefährdungseinschätzung bei Kindeswohlgefährdung“ aus Sicht einer Pädagogin zum Gegenstand.

81 *Coester*, Brühler Schriften Bd. 16, S. 60, 74; ebenso *Meysen*, JAmt 2008, 233, 242.