

*Cornelia Bohnert*

# Inhaltliche und verfahrensrechtliche Komponenten der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der neuesten obergerichtlichen Rechtsprechung in Kindschaftssachen

## *Zusammenfassung*

Auch in den Jahren 2015 bis 2017 hat es zahlreiche obergerichtliche Entscheidungen gegeben, die die materiellen und verfahrensrechtlichen Anforderungen bei einem gerichtlichen Eingreifen in das elterliche Sorgerecht und Umgangsrecht präzisierten. Als Gründe elterlichen Versagens werden schwerpunktmäßig Persönlichkeitsstörungen, affektive Störungen und Substanzmittelabhängigkeiten genannt. Als deren Folgen werden insbesondere Bindungsstörungen und fehlende Empathiefähigkeit diagnostiziert. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wie er in diesen Judikaten zur Anwendung kommt, will den grundrechtlichen Schutz der Belange des Elternteils wie des Kindes austarieren und stellt das durch das soziale Umfeld der Familie mitbestimmte Interaktionsverhalten zwischen Eltern und Kind in den Mittelpunkt. Dabei kommt es zu einer problematischen Verschiebung weg von der Einschätzung des elterlichen Fehlverhaltens hin zur Einschätzung der kindlichen Resilienz. Die Rechtsprechung stellt in Entzugsverfahren hohe Anforderungen an die Aufklärung des Sachverhalts. Dabei sollte aber zwischen dem Erlass einer einstweiligen Anordnung und dem Hauptsacheverfahren differenziert werden. Bei mutmaßlicher Beeinträchtigung des Wohls des Kindes oder Jugendlichen sollte sich die Sachverhaltsklärung im Rahmen einer einstweiligen Anordnung auf die Feststellung der bestehenden Gefährdung des Kindes oder Jugendlichen konzentrieren. Denn die Abwendung einer solchen Gefahr entspricht dem Schutzziel des Verfahrens. Ein wichtiges Indiz für die Notwendigkeit einer einstweiligen Anordnung ist dabei die Schwere der Beeinträchtigung. Zur Klärung auch des seelischen Wohls des Kindes oder Jugendlichen ist seine Anhörung, entsprechende Fähigkeiten vorausgesetzt, notwendig. Das Hauptsacheverfahren zwingt dann aber zu umfassenderer Prüfung der Gründe und Hintergründe des elterlichen Versagens und damit zu einer verlässlicheren Prognose hinsichtlich fortbestehender Gefahr für das Kindeswohl.

Schlüsselwörter: Entziehung elterlicher Sorge, Entziehung des Umgangsrechts, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Rechtliches Gehör

## Abstract

Over the last two years again a large number of high-court decisions specified the legal requirements of an judicial withdrawal of parental custody. Regularly, one of the parents suffers from a mental stress, causing an attachment disorder with negative consequences for the well-being of a child or an adolescent. The principle of proportionality, as used in the case law concerning the withdrawal of parental custody or contact, aims at balancing the fundamental rights both the parents and of the children. It centers the social interaction between parents and their children. Thereby you can recognize a shift. The priority is set more at the childish resilience, less at the misbehaviour of the parents or the persons, who exercise the rights of access. The court should concentrate on the clarification process concerning the danger to the child by means of an interim measure. For the ascertainment the right of the child to the court hearing is important. During the principal proceeding the background information of the misbehaviour has to be assessed.

Keywords: withdrawal of parental custody, withdrawal of contact, principle of proportionality, right to a court hearing

## 1. Einleitung

Zu den Kindschaftssachen im Sinne des § 151 FamFG gehören die Entscheidungen auf Grundlage der §§ 1632, 1666, 1671, 1684 BGB. Gemeinsam ist diesen, dass die Entscheidung zumindest bei einem Elternteil des Kindes zu einer Einschränkung oder zum Verlust des Sorgerechts oder des Umgangsrechts führt.<sup>1</sup> Die gerichtliche Entscheidung unterliegt angesichts der Verbürgungen der Art. 2 und 6 Abs. 2 GG der Nachprüfbarkeit insbesondere in Hinsicht auf die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme. Einbezogen wird dabei auch der Schutz grundrechtlicher Positionen des Minderjährigen.<sup>2</sup>

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz weist eine sehr lange Begriffsgeschichte auf und wird in der familiengerichtlichen Rechtsprechung in der Fassung folgender Formel verwendet: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz „gebietet, dass Art und Ausmaß des staatlichen Eingriffs sich nach dem Grund des Versagens der Eltern und danach bestimmen müssen, was im Interesse des Kindes geboten ist (BVerfG FamRZ 1968, 578, 584 und FamRZ 1989, 145, 146). Die anzuordnende Maßnahme muss zur Abwehr der Kindeswohlgefährdung effektiv geeignet, erforderlich und auch im engeren Sinne verhältnismäßig sein. Die Erforderlichkeit beinhaltet dabei das Gebot, aus den zur Erreichung des Zweckes gleich gut geeigneten Mitteln das mildeste, die geschützte Rechtsposition am wenigsten beeinträchtigende Mittel zu wählen (Senatsbeschluss BGHZ

1 Dabei bleibt die antragsgemäße Übertragung des Sorgerechts auf einen der bislang gemeinsam sorgeberechtigten Eltern unberücksichtigt.

2 BVerfG FamRZ 2016, 1917; FamRZ 2015, 1093 = ZKJ 2015, 319. .

200, 86 = FamRZ 2014, 543 Rn. 20 f.; BVerfG FamRZ 2012, 1127, 1129).<sup>3</sup> „Der Staat muss daher vorrangig versuchen, durch helfende, unterstützende, auf Herstellung oder Wiederherstellung eines verantwortungsgerechten Verhaltens der leiblichen Eltern gerichtete Maßnahmen sein Ziel zu erreichen (vgl. BVerfG FamRZ 1968, 578, 584 und FamRZ 1982, 567, 570). Auch das mildeste Mittel kann sich zudem als ungeeignet erweisen, wenn es mit anderweitigen Beeinträchtigungen des Kindeswohls einhergeht und bei einer Gesamtbetrachtung zu keiner Verbesserung der Situation des gefährdeten Kindes führt (Senatsbeschluss vom 26. Oktober 2011 – XII ZB 247/11 – FamRZ 2012, 99 Rn. 29).“<sup>4</sup>

Die Durchsicht der jüngsten einschlägigen obergerichtlichen Rechtsprechung (Jahre 2015 – 2017) will einen Überblick über die sachverhaltsbezogene inhaltliche Ausfüllung der Topoi geben.<sup>5</sup> Dieser wird ergänzt durch die Erläuterung verfahrensbezogener Auswirkungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Soweit Krankheitsbilder einbezogen werden, stehen die Ausführungen unter dem Vorbehalt, dass die Sachverständigengutachten nur auszugsweise in die Darstellung des Tatbestands oder der Gründe Eingang gefunden haben.

## 2. *Materiell-rechtliche Aspekte*

Genannt wird als Verhaltensbeschreibung auf Seiten der (sorgeberechtigten) Eltern bzw. des (sorgeberechtigten) Elternteils das „Versagen“; dabei wird nur manchmal zwischen verschuldetem und unverschuldetem Versagen unterschieden.<sup>6</sup> Als Synonyme werden Nachlässigkeit<sup>7</sup> und Fehlverhalten<sup>8</sup> aufgeführt und die verwendeten Begriffe quantifiziert, wenn ein gravierendes Versagen<sup>9</sup> bzw. ein schädigendes Versagen<sup>10</sup> ge-

3 BGH NJW-RR 2016, 1089 = FamRZ 2016, 1752; ähnlich OLG Frankfurt FamRZ 2016, 246 = NZFam 2016, 478; FamRZ 2016, 68; Brandenburgisches OLG FamRZ 2016, 1282 m. Anm. Hoffmann = NZFam 2016, 573; Saarländisches OLG ZKJ 2016, 269; Saarländisches OLG v. 18.6.2015 – 6 UF 20/15, Kurzwiedergabe NZFam 2015, 1076; OLG Karlsruhe FamRZ 2015, 1903; OLG Köln FamRZ 2015, 1904.

4 BGH NJW-RR 2016, 1089 = FamRZ 2016, 1752.

5 Jede der aufgeführten Entscheidungen enthält umfangreiche Rückverweise, auf deren Einbeziehung wegen der beschränkten Platzkapazitäten verzichtet werden muss.

6 Vgl. Saarländisches OLG ZKJ 2016, 269; Saarländisches OLG v. 18.6.2015 – 6 UF 20/15; OLG Dresden (Strafkammer) Urteil v. 1.4.2016 – 2 OLG 21 Ss 835/15 Sozialrecht aktuell 2016, 167.

7 OLG Hamm FamRZ 2016, 1940; OLG Hamm JAmt 2015, 330.

8 OLG Dresden (Strafkammer) Urteil v. 1.4.2016 – 2 OLG 21 Ss 835/15 Sozialrecht aktuell 2016, 167.

9 OLG Köln FamRZ 2015, 1904. Zu Art und Maß des staatlichen Eingriffs nach dem Grad des Versagens Weinreich, Klein, Fachanwaltskommentar Familienrecht, 5. Aufl. 2013, § 1666 Rn. 49 – 52.

10 OLG Köln FamRZ 2015, 1904. Zahlreiche Beispiele für Sorgerechtsmissbrauch, Vernachlässigung, sonstige Kindeswohlgefährdung durch Eltern oder Dritte bei Zorn, Das Recht der elterlichen Sorge, 2. Aufl. 2008 Rn. 317 f., 320 f., zu gerichtlichen Maßnahmen Rn. 326, 328. Einzelfälle auch bei Gerhardt, v. Heintschell-Heinegg, Klein/Maier, Handbuch des Fachan-

fordert oder betont wird, dass nicht jede Nachlässigkeit, nicht jedes Fehlverhalten<sup>11</sup> zu einem staatlichen Eingriff berechtige.<sup>12</sup> Auch von gravierenden Defiziten im Bereich der Selbstreflexion ist die Rede.<sup>13</sup> Als betreffende Verhaltensweisen werden genannt: völlige Unstrukturiertheit<sup>14</sup>, Unpünktlichkeit, Unzuverlässigkeit.<sup>15</sup> Diese sind allerdings nur von Belang, wenn das defizitäre Verhalten nicht (nur) eigene Angelegenheiten des Elternteils betrifft,<sup>16</sup> sondern kindbezogene Aufgaben beeinträchtigt.<sup>17</sup>

Eine missbräuchliche Ausübung elterlicher Sorge insbesondere durch Misshandlungen<sup>18</sup> und sexuellen Missbrauch<sup>19</sup> kann sprachlich zwar noch als verschuldetes Versagen erfasst werden, die aggressive Komponente kommt aber bei dieser Begriffsfassung unzureichend zum Ausdruck. Wird bei beendeten Körperverletzungen quantifiziert, indem ein einmaliger/seltener Vorgang nicht als ausreichend für ein staatliches Eingreifen angesehen wird,<sup>20</sup> wird hingegen eine drohende künftige Misshandlung für ausreichend erachtet<sup>21</sup> eine Rückübertragung auszuschließen.<sup>22</sup>

walts Familienrecht, 10.Aufl. 2015 Kap. 4 Rn. 131 f., 138; zu gerichtlichen Maßnahmen Kap. 4 Rn. 141. 151.

11 Vgl. OLG Köln FamRZ 2015, 1904; Brandenburgisches OLG v. 16.2.2015 – 9 UF 3/13.

12 Zu relevanten Pflichtverletzungen: Dannhorn, Ansprüche von Kindern gegen ihre Eltern in Folge der Verletzung von Pflichten der elterlichen Verantwortung, 2003, S. 160 – 163, 167 – 175. S. 178 f. über Probleme der Objektivierbarkeit psychischer Schäden und des Nachweises der Kausalität.

13 OLG Hamm JAmt 2015, 330.

14 Brandenburgisches OLG v. 16.2.2015 – 9 UF 3/13.

15 Brandenburgisches OLG v. 16.2.2015 – 9 UF 3/13.

16 Bedenklich aber OLG Köln FamRZ 2015, 1904, wonach aus dem Vorliegen einer rechtlichen Betreuung zu Gunsten der Mutter nicht auf Einschränkungen in Hinsicht auf ihre Erziehungsfähigkeit geschlossen werden kann.

17 Die Nichtgewährleistung eines regelmäßigen Schulbesuchs des Kindes wird von Brandenburgisches OLG FamRZ 2016, 1282 = NZFam 2016, 573; OLG Nürnberg FamRZ 2016, 564; Brandenburgisches OLG v. 24.8.2015 – 13 UF 132/15, Kurzwiedergabe FuR 2016, 242 auch dann als elterliches Fehlverhalten eingeordnet, wenn die Eltern das Kind selbst beschulen wollen (und könnten). Einschränkung aber OLG Nürnberg v. 11.6.2015 – 9 UF 1430/14, Leitsatz FamRZ 2015, 1908.

18 OLG Hamm FamRZ 2015, 1909 = ZKJ 2015, 431 = JAmt 2015, 522.

19 Brandenburgisches OLG NZFam 2015, 1170; OLG Hamm FamRZ 2015, 1732; ein Verdacht zu Lasten eines Geschwisterkindes genügt OLG Brandenburg v. 17.2.2017 – 9 UF 113/16 nicht.

20 OLG Hamm FamRZ 2016, 1940.

21 OLG Nürnberg v. 11.6.2015 – 9 UF 1430/14; Saarländisches OLG ZKJ 2016, 269; Saarländisches OLG v. 18.6.2015 – 6 UF 20/15. Zu erhöhten Schutzbedürfnissen des Kindes und den Anforderungen an das Verfahren BVerfG NZFam 2017, 261 = FamRZ 2017, 524; NJW 2017, 465 = FamRZ 2017, 206.

22 Zu Sonderproblemen bei beabsichtigten medizinischen Maßnahmen für intersexuell geborene Kinder: Tönsmeier, Die Grenzen der elterlichen Sorge bei intersexuell geborenen Kindern de lege lata und de lege ferenda, 2012, S. 175 f.; zum Schutz vor Fremdbestimmung zusammenfassend S. 246 f., zum Co-Concept-Prinzip und den dagegen bestehenden Bedenken S. 252 f.

Wird den Eltern Erziehungsunfähigkeit bescheinigt,<sup>23</sup> ist der Begriff als zusammenfassende Einschätzung multifaktoriellen Versagens verwendet,<sup>24</sup> die auch voraussetzt, dass erzieherische Hilfen<sup>25</sup> erfolglos geblieben sind.<sup>26</sup> Sind beim Kind oder Jugendlichen psychische Beeinträchtigungen manifest,<sup>27</sup> werden an die Erziehungsfähigkeit erhöhte Anforderungen gestellt.<sup>28</sup> In Hinsicht auf das seelische Wohl des Kindes werden Gewalttätigkeiten zwischen den Eltern im Beisein der Kinder einbezogen.<sup>29</sup>

## 2.1 Gründe des Versagens

Bemerkenswert an der von den Gerichten verwendeten Fassung ist, dass nicht auf das elterliche Versagen als solches abgestellt wird, damit nicht auf das in Erscheinung treten der betreffenden Verhaltensweise oder ergebnisorientiert argumentiert wird, sondern dass die Rechtsprechung auf die Gründe des Versagens abstellt. Im untersuchten Entscheidungszeitraum spielen dafür körperliche Beeinträchtigungen keine Rolle, jedoch psychische Erkrankungen und Behinderungen sowie kognitive Defizite. Die einschlägigen Angaben aneinanderreihend sind zu nennen:

- Borderline-Störungen<sup>30</sup>
- Impulskontrollstörungen (ohne präzise Zuordnung zu einem psychiatrischen Krankheitsbild)<sup>31</sup>
- Affektive Instabilität<sup>32</sup>
- Rezidivierende depressive Erkrankung<sup>33</sup>
- Posttraumatische Belastungsstörung<sup>34</sup>

23 OLG Hamm JAmt 2015, 330; vgl. Schleswig-Holsteinisches OLG FamRB 2016, 345.

24 Zu erlernter Hilflosigkeit: auch OLG Nürnberg v. 11.6.2015 – 9 UF 1430/14.

25 Sowohl primärpräventive, § 14 Abs. 2, 16 Abs. 3 SGB VIII, als auch sekundärpräventive, §§ 19, 27 ff. SGB VIII. Der erzieherischen Hilfe nach § 27 ff. SGB VIII kann die Inanspruchnahme einer Eingliederungshilfe seitens des vertretenen Kindes nicht gleichgesetzt werden.

26 Zur Relevanz einer Sorgevollmacht OLG Hamm FamRZ 2015, 1906.

27 Zu Formen der seelischen Misshandlung: Furthmann, Der Schutz der Kinderseele vor Verletzungen Eine (unlösbare) Aufgabe für das Familienrecht?, 2015, S. 83 ff. Als Folgen seelischer Gewalt werden S. 86 f. (mit Nachweisen in FN 342) u. a. aufgeführt: Anpassungsstörungen, Aggressivität, Neurosen, Verhaltensauffälligkeiten, – anpassungsstörungen, Entwicklungsverzögerungen, Ernährungsstörungen, Suchtverhalten, gestörte Selbst- und Fremdwahrnehmung, emotionale Instabilität, mangelnde Empathiefähigkeit, Depression und Suizidalität, Angstsyndrome, Leistungsschwäche.

28 KG Berlin FamRZ 2015, 1906.

29 BVerfG FamRZ 2015, 2120; Brandenburgisches OLG v. 6.10.2015 – 10 UF 57/13.

30 OLG Köln FamRZ 2015, 1904; ähnlich Brandenburgisches OLG v. 16.2.2015 – 9 UF 3/13, Kurzwiedergabe FuR 2016, 303.

31 OLG Köln FamRZ 2015, 1904.

32 OLG Nürnberg v. 19.7.2016 – 7 UF 746/16.

33 Vgl. BVerfG FamRZ 2015, 2120.

34 OLG Hamm FamRZ 2016, 1940.

- Längerfristiger<sup>35</sup> oder massiver Drogenkonsum.<sup>36</sup>

Die Aufzählung ist für die Gesamtproblematik sicherlich nicht abschließend, es lassen sich aber immerhin drei relevante Grundtypen von Krankheitsbildern ermittelt, nämlich Persönlichkeitsstörungen, affektive Störungen und substanzmittelabhängige psychische Erkrankungen.

Die Gewichtigkeit nimmt zu bei fehlender Krankheitseinsicht, eingeschränkter Mitwirkungsbereitschaft und Abbruch begonnener therapeutischer Maßnahmen.<sup>37</sup> Vorsichtig geht die Rechtsprechung mit der Annahme von Erziehungsunfähigkeit bei kognitiven Einschränkungen des Elternteils um.<sup>38</sup>

## 2.2 Signifikante Defizite

Ohne spezifische Zuordnung zu einer psychiatrischen Diagnose beim Elternteil werden, ggf. verursacht durch kognitive Einschränkungen, als signifikante Defizite aufgeführt:

- Fehlendes Einfühlungsvermögen<sup>39</sup>
- Fehlende Empathiefähigkeit oder Empathielosigkeit<sup>40</sup>
- Verkennen eines psychosozialen Förderbedarfs beim Kind<sup>41</sup>
- Vorliegen einer Bindungsstörung<sup>42</sup>; diese wird zwar zumeist aus Sicht des Kindes als reaktive Bindungsstörung thematisiert, ist als Bindungserleben aber immer zweiseitig.
- Bindungsintoleranz<sup>43</sup>

35 Brandenburgisches OLG v. 16.2.2015 – 9 UF 3/13.

36 Brandenburgisches OLG v. 16.2.2015 – 9 UF 3/13.

37 Vgl. BVerfG FamRZ 2015, 2120; Brandenburgisches OLG NZFam 2016, 616, FamRZ 2016, 1180.

38 BGH v. 6.7.2016 – XII ZB 47/15; Brandenburgisches OLG NZFam 2016, 616, FamRZ 2016, 1180; OLG Frankfurt ZKJ 2015, 154.

39 BGH NJW-RR 2016, 1089 = FamRZ 2016, 1146; OLG Hamm FamRZ 2016, 1940; Brandenburgisches OLG v. 16.2.2015 – 9 UF 3/13. Ausführlich zu den Formen seelischer Misshandlungen: Furthmann, Der Schutz der Kinderseele vor Verletzungen Eine (unlösbare) Aufgabe für das Familienrecht?, 2015, S. 83 ff.

40 Brandenburgisches OLG v. 16.2.2015 – 9 UF 3/13; KG Berlin FamRZ 2015, 1906; Brandenburgisches OLG NZFam 2016, 616, FamRZ 2016, 1180.

41 BGH NJW-RR 2016, 1089 = FamRZ 2016, 1146.

42 OLG Frankfurt ZKJ 2015, 154; KG Berlin FamRZ 2016, 641 m. Anm Coester; KG Berlin FamRZ 2015, 1906; OLG Frankfurt FamRZ 2015, 2172 weist auf nötige Bindungssensibilität hin.

43 Brandenburgisches OLG v. 15.7.2015 – 10 UF 191/13.

- Verursachung eines Loyalitätskonflikts<sup>44</sup>; letzteres wird wieder quantifiziert, wenn ausgeprägte, erhebliche oder massive Konfliktlagen als entscheidend bezeichnet werden.

Die Schwere der Erkrankung oder psychischen Beeinträchtigung wird aber nicht an den krankheitsbedingten Folgen für die Patientin oder den Patienten gemessen, sondern an den Auswirkungen auf die Befindlichkeit<sup>45</sup> des Kindes oder Jugendlichen.<sup>46</sup> Die Gründe des Versagens spielen daher nur insofern eine Rolle als schwere psychische Erkrankungen eine psychiatrische Versorgung bedingen und die Geeignetheit von jugendhilferechtlichen erzieherischen Formen der Hilfe einschränken.

### 2.3 Kindesinteresse

Wird der Blick auf die Seite des betroffenen Kindes oder Jugendlichen gerichtet, ist die Ausrichtung auf das Interesse des Kindes, statt in üblicher Terminologie auf sein Wohl, anzumerken. Mit dem Interesse wird ein dynamisches Element eingetragen, das sich auch in der Zielbestimmung des § 1 Abs. 1 SGB VIII andeutet. Ausführungen zum Inhalt dieses Interesses finden sich allerdings nicht, vielmehr wird das Interesse jedenfalls vom BVerfG mit dem Kindeswohl gleichgesetzt.<sup>47</sup> Neben der

- Sicherung der Grundbedürfnisse<sup>48</sup> sind
- körperliche Unversehrtheit<sup>49</sup>, auch Drogenabstinenz<sup>50</sup>
- stabile Bindungsverhältnisse<sup>51</sup>
- die Rücksicht auf emotionale und psycho-soziale Bedürfnisse<sup>52</sup>
- und die Erfüllung der Schulpflicht erforderlich, um das Wohl sicher zu stellen.

Die Gewährleistung dieser Bedarfe wird aber wesentlich dadurch eingeschränkt, dass es „nicht zum staatlichen Wächteramt gehört, den für die Entwicklung eines Kindes bestmöglichen Rahmen zu schaffen. Vielmehr gehören die jeweiligen Eltern in ihrem

44 BGH NJW-RR 2016, 1089 = FamRZ 2016, 1146; Schleswig-Holsteinisches OLG FamRB 2016, 345; OLG Frankfurt FamRZ 2016, 479; OLG Frankfurt ZKJ 2015, 154; Brandenburgisches OLG v. 16.2.2015 – 9 UF 3/13.

45 Bedenken deshalb in Hinsicht auf das Rechtsstaatsprinzip bei Furthmann, Der Schutz der Kinderseele vor Verletzungen Eine (unlösbare) Aufgabe für das Familienrecht?, 2015, S. 118.

46 Kritisch deshalb Furthmann, Der Schutz der Kinderseele vor Verletzungen Eine (unlösbare) Aufgabe für das Familienrecht?, 2015, S. 82.

47 BVerfG FamRZ 2015, 2120.

48 Dazu OLG Hamm FamRZ 2015, 1213.

49 OLG Nürnberg v. 11.6.2015 – 9 UF 1430/14; Brandenburgisches OLG NZFam 2015, 1170.

50 Brandenburgisches OLG v. 24.8.2015 – 13 UF 132/15.

51 Als Indikatoren werden Einnässen, Apathie, Konzentrationsstörungen, verzögerte sprachliche Entwicklung genannt; KG Berlin FamRZ 2015, 1906.

52 OLG Brandenburg FamRZ 2016, 1180 m. Anm. Hammer; FamRZ 2015, 1621; OLG Frankfurt ZKJ 2015, 154.

sozialen Umfeld und deren sozioökonomische Verhältnisse grundsätzlich zum Schicksal und Lebensrisiko eines Kindes, das keinen Anspruch auf "Idealeltern" und eine optimale Förderung und Erziehung hat.<sup>53</sup> Das ist in biologistischer Redeweise lapidar; auch zur körperlichen, kognitiven und seelischen Optimierung der Persönlichkeit des Kindes gibt es (noch) keinen Gestaltungsspielraum. Und die wirtschaftlichen Lebensgrundlagen sind jedenfalls durch staatliche Transferleistungen nur im sächlichen Existenzminimum gewährleistet. Einschränkungen der erzieherischen Anforderungen, die den problematischen Kern der Relativierung ausmachen und von den sozioökonomischen Bedingungen zwar nicht unabhängig, aber abzuschichten sind, gehen aber bei dieser Haltung einseitig zu Lasten des Wohls der Kinder und Jugendlichen. Solche Begrenzung gibt es im Rahmen von Pflegeverhältnissen und bei der Erziehung in Einrichtungen und betreuten Wohnformen nicht, die an einem erzieherischen Optimum ausgerichtet sind, um zumindest das praktisch Mögliche erreichen zu können.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stellt daher nicht in erster Linie einen Proporz zwischen staatlichem Eingreifen und Beeinträchtigung der Kindesinteressen dar,<sup>54</sup> sondern toleriert aus Sicht der Rechtsprechung nicht hinreichend quantifizierte oder quantifizierbare Beeinträchtigungen des Kindeswohls seitens der leiblichen Eltern eines Kindes oder Jugendlichen.<sup>55</sup> Er stellt das durch das soziale Umfeld der Familie mitbestimmte Interaktionsverhalten zwischen Eltern und Kind in den Mittelpunkt<sup>56</sup> und richtet das Augenmerk auf die Folgen für das Kind oder den Jugendlichen. Indem nicht die Bewertung des elterlichen Fehlverhaltens im Fokus steht, sondern die Einschätzung der Auswirkungen auf das Kind, werden die Anforderungen an das Erziehungsverhalten gemindert und der Blick auf die kindliche Resilienz gerichtet. Das führt zu einer als problematisch zu erachtenden Verschiebung der Aufmerksamkeit.<sup>57</sup>

53 OLG Dresden (Strafkammer) Urteil v. 1.4.2016 – 2 OLG 21 Ss 835/15 Sozialrecht aktuell 2016, 167; Saarländisches OLG ZKJ 2016, 269; Brandenburgisches OLG v. 5.1.2016 – 13 UF 12/15, Kurzwiedergabe NZFam 2016, 624; OLG Hamm JAmt 2015, 330; Brandenburgisches OLG v. 16.2.2015 – 9 UF 3/13.

54 Zu den Kriterien der Erforderlichkeit, Geeignetheit und Angemessenheit einer gerichtlichen Maßnahme: Benkert, Die „bösen“ Kinder Zu Umfang und Inhalt der Personensorge aus Sicht der Eltern, 2004, S. 177 ff., 182; Grenze sei vor allem das Persönlichkeitsrecht des Elternteils.

55 Benkert, Die „bösen“ Kinder – Zu Umfang und Inhalt der Personensorge aus Sicht der Eltern, 2004, S. 176 will daher die jeweilige Beeinträchtigung von Eltern und Kind durch eine (Nicht-)Intervention des Gerichts ermitteln und gegeneinander abwägen.

56 Nach Auffassung von Furthmann, Der Schutz der Kinderseele vor Verletzungen Eine (unlösbare) Aufgabe für das Familienrecht?, 2015, S. 114 f. schießt dabei das absolute Gewaltverbot (§ 1631 Abs. 2 BGB) über das Ziel hinaus, da es eine Erziehung eigentlich unmöglich macht, und damit Art. 6 Abs. 2 GG verletzt.

57 Vgl. dazu auch Furthmann, Der Schutz der Kinderseele vor Verletzungen Eine (unlösbare) Aufgabe für das Familienrecht?, 2015, S. 82; Dettenborn, Psychische Kindesmisshandlung – erkennen und bewerten, FPR 2012, 447 – 452.



## 2.4 Bedeutung des Willens des Kindes oder des Jugendlichen

Diese Akzentuierung wird teilweise kompensiert durch die Betonung der Bedeutung des Willens des betroffenen Kindes oder Jugendlichen.<sup>58</sup> „Ein Kindeswille ist dabei grundsätzlich beachtlich, wenn er autonom, intensiv, stabil und zielorientiert ist (Kammergericht, FamRZ 2013, 709). Wenn der Kindeswille eine derartige Qualität hat, ist ein Übergehen des Kindeswillens in aller Regel kindeswohlgefährdend, da dieses Übergehen zu einem Verlust von Selbstwirksamkeitsüberzeugung des Kindes führen würde (vgl. BVerfG FamRZ 2015, 1093 Rn. 21).“<sup>59</sup> Damit wird dem subjektiven Willen gegenüber dem objektiven Wohl verstärkt Rechnung getragen.<sup>60</sup> Verfahrensrechtlich wird dies durch Anhörung des Minderjährigen und in den betreffenden Verfahren regelmäßige Bestellung eines Verfahrensbeistands umgesetzt.

## 2.5 Effizienzfragen

Als Verhältnismäßigkeitsgrundsatz werden außerdem Effizienzüberlegungen bezeichnet. Es steht schon die Gewährung von jugendhilferechtlichen Leistungen unter dem Vorbehalt, dass die (Katalog)hilfen geeignet, erforderlich und im engeren, d. h. kostenmäßigen Sinne verhältnismäßig sind. Die begleitende Hilfeplanung will zudem die Effektivität der Leistung sichern. Fehlt es an der gebotenen Mitwirkung des Leistungsberechtigten oder entzieht sich der Minderjährige der erzieherischen Einwirkung, kommt die Ablehnung oder der Widerruf in Betracht. Die gerichtliche Entscheidung wiederum steht unter dem Vorbehalt, dass öffentliche Hilfen nicht nachgefragt oder nicht wirksam werden. Scheitert diese Option, die recht zweifelhaft als mildestes Mittel bezeichnet wird, sollen andere geeignete Maßnahmen ergriffen werden. Solche stehen allerdings nur begrenzt zur Verfügung. Die Beauflagung oder der Teilentzug zum Zweck der Beantragung von Hilfe zur Erziehung durch den Ergänzungspfleger<sup>61</sup> stellt angesichts der jugendhilferechtlichen Konzeption kaum eine besseren Erfolg versprechende sonstige Maßnahme dar.<sup>62</sup> Im Einzelfall könnte bei hochkonflikthaften Verhältnissen und gemeinsamem Sorgerecht eine Sorgerechtsübertragung gegen den Willen

58 Vgl. BVerfG FamRZ 2016, 1917; Brandenburgisches OLG v. 6.10.2015 – 10 UF 57/13.

59 Schleswig-Holsteinisches OLG NZFam 2016, 29 = ZKJ 2015, 466 = JAmt 2015, 629; OLG Hamm FamRZ 2016, 1940.

60 Vgl. auch Benkert, Die „bösen“ Kinder Zu Umfang und Inhalt der Personensorge aus Sicht der Eltern, 2004, S. 183 trotz grundsätzlichem Vorrang des Elternwillens vor dem Willen des Kindes (S. 184).

61 Vgl. zu den geplanten fundamentalen Änderung des SGB VIII die Arbeitsfassung vom 23.8.2016 zur Vorbereitung eines Gesetzes zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen.

62 A. A. OLG Nürnberg FamRZ 2015, 1211. Für die Rechtsfragen bei Befassung unterschiedlicher Fachgerichte in Hinsicht auf einen jugendhilferechtlichen Bedarf, der zugleich eine Kindschaftssache darstellt, und für unterschiedliche Einschätzungen seitens des Familiengerichts einerseits, des Jugendamtes andererseits Fröschle, Familiengericht und Jugendamt, FamRZ 2016, 1905.

(eines) der Beteiligten eine Lösung darstellen; diese stößt aber auf verfahrensrechtliche Probleme (vgl. § 1671 BGB).

## 2.6 Mildere Varianten

Als milderes Mittel gegenüber einem Sorgerechtsentzug wird bei vom Jugendamt vermittelten Pflegeverhältnissen der Erlass einer Verbleibeanordnung aufgeführt,<sup>63</sup> die (auch) auf Dauer angelegt sein soll.<sup>64</sup> Eine unbefristete Verbleibeanordnung widerspricht aber der Intention und stellt eine Umgehung des für eine dauerhafte stationäre Pflege gegen den Willen des Sorgeberechtigten<sup>65</sup> notwendigen Entzugs des Aufenthaltsbestimmungsrechts<sup>66</sup> dar.<sup>67</sup> Bei Daueranordnung wäre auch der Ausschluss der Verbleibeanordnung in Verbindung mit stationärer Hilfe nach §§ 34, 35a Abs. 2 Nr. 4 SGB VIII unplausibel. Dass eine Beschränkung oder ein Teilentzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts eine mildere Variante als der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts darstellt,<sup>68</sup> kann nicht bestritten werden, eine Aufspaltung des Aufenthaltsbestimmungsrechts und die Aufteilung auf Elternteil plus Ergänzungspfleger erscheinen aber, abgesehen von dem entschiedenen Fall, kaum praktikabel.

Gegenüber dem Teilentzug und der Umgangs(bestimmungs)pflegerbestellung<sup>69</sup> sind allerdings die Anordnung begleiteten Umgangs und einer Umgangspflegschaft oder einer Umgangsbestimmungspflegschaft i. S. v. § 1684 Abs. 3 BGB weniger eingriffsorientiert. Diese Maßnahmen sind jedoch auf Verfahren zur Entziehung des Umgangsbestimmungsrechts oder des Umgangsrecht beschränkt.<sup>70</sup>

## 3. Verfahrensrechtliche Aspekte

Auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht erlangen die erhöhten Anforderungen vor einem Eingreifen in elterliche Rechte einerseits, die Sicherung der Interessen des Kin-

63 Saarländisches OLG ZKJ 2016, 269; Saarländisches OLG v. 18.6.2015 – 6 UF 20/15; OLG Frankfurt FamRZ 2015, 2172; OLG Saarland FamRZ 2015, 2172.

64 Vgl. auch Beschlüsse des 71. Juristentages 2016 zu F Nr. 28 d).

65 Vgl. zur Kindeswohlgefährdung bei Wegnahme von der Pflegefamilie Balloff, Kindeswohlgefährdungen durch Herausnahme des Kindes aus dem Elternhaus und bei Wegnahme aus der Pflegefamilie, FÜR 2013, 208 ff.

66 Und des Rechts auf Inanspruchnahme einer entsprechenden jugendhilferechtlichen Leistung.

67 Vgl. u. a. Erman/Döll Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl. 2014, § 1632 Rn. 24, 26d m. w. N.; Finke, Ebert, Bonner Fachanwaltskommentar Familienrecht, 7. Aufl. 2010 § 4 Rn. 117; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Aufl. 2010 § 67 Rn. 19. Für eine unbefristete Anordnung aber Palandt/Götz, Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Aufl. 2017 § 1632 Rn. 14, 18.

68 BVerfG FamRZ 2015, 1466, Hauptsacheverfahren FamRZ 2016, 22 m. Anm. Hammer.

69 OLG Frankfurt FamRZ 2016, 246, 247; OLG Frankfurt FamRZ 2016, 68; OLG Frankfurt FamRZ 2016, 246 = NZFam 2016, 478; OLG Frankfurt v. 13.5.2015 – 4 UF 385/14; OLG Frankfurt NJW-RR 2015, 1092 = FamRZ 2016, 68; OLG Frankfurt ZKJ 2015, 154.

70 Dabei kann offen gelassen werden, ob das Umgangsbestimmungsrecht Teil des Aufenthaltsbestimmungsrechts ist; OLG Stuttgart FamRZ 2014, 1794, 1795.

des andererseits Bedeutung. Die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs<sup>71</sup> darf jedoch nicht dazu führen, dass dem subjektiven Willen des Minderjährigen mehr als seinem objektiven Wohl Rechnung getragen wird.

### 3.1 Anforderungen an die Sachverhaltsklärung

Dass angesichts der langfristigen Auswirkungen auf Elternteil und Kind in Verfahren, die die Entziehung der elterlichen Sorge oder die Entziehung des Umgangsrechts betreffen, besonders hohe Anforderungen an die tatrichterliche Sachaufklärung zu stellen sind, hat der Bundesgerichtshof bereits in älteren Judikaten festgehalten.<sup>72</sup> Die verfassungsrechtliche Tragweite von Art. 6 Abs. 2 und 3 GG beeinflusst das Verfahrensrecht und seine Handhabung im Kindschaftsverfahren. „Das gerichtliche Verfahren muss in seiner Ausgestaltung dem Gebot effektiven Grundrechtsschutzes entsprechen, weshalb insbesondere die zur Verfügung stehenden Aufklärungs- und Prüfungsmöglichkeiten ausgeschöpft werden müssen (BVerfG FamRZ 2009, 399, 400; FamRZ 2002, 1021, 1023). Das bedeutet nicht nur, dass die Verfahrensgestaltung den Elternrechten Rechnung tragen muss. Vielmehr steht auch das Verfahrensrecht unter dem Primat des Kindeswohls, zu dessen Schutz der Staat im Rahmen seines Wächteramtes gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG verpflichtet ist.“<sup>73</sup> Die hohen verfahrensrechtlichen Hürden verzögern aber unter Umständen eine Entscheidung und Aufklärungsdefizite wirken sich tendenziell wiederum zu Lasten der Sicherung des Kindeswohls aus.<sup>74</sup> Auch für eine ablehnende Entscheidung im Rahmen des § 1696 Abs. 2 BGB müsse das Gericht konkret darlegen, dass bei Rückkehr des Kindes eine akute Gefahr für das Wohl gegeben sei, die die Aufrechterhaltung der Trennung von Eltern und Kind rechtfertige; eine entsprechende Einschätzung eines Gutachters genüge nicht.<sup>75</sup> Können Zweifel nicht ausgeräumt werden, steht der Schutz des Kindeswohls zurück. Es sollte aber in Hinsicht auf das jeweilig primäre Ziel der Aufklärung zwischen Verfahren, die zum Erlass einer einstweiligen Anordnung führen und dem jeweiligen Hauptsacheverfahren differenziert werden. Grund für eine solche Differenzierung ist der unterschiedliche Schutzzweck einerseits der einstweiligen Anordnung, andererseits des Hauptsacheverfahrens.

71 Schulte-Bunert, Weinreich, Kommentar zum FamFG, 5. Aufl. 2016 § 159 Rn. 2, zur Ausgestaltung der Anhörung Rn. 14 ff.; Prütting, Helms, FamFG, 3. Aufl. 2014 § 159 Rn. 1 f., zur Ausgestaltung Rn. 21, 24 ff.; Keidel/Engelhardt, FamFG, 19. Aufl. 2017 § 159 Rn. 17 ff. zur Durchführung der Anhörung, Meysen (Hrsg.), Praxiskommentar Familienverfahrensrecht, 2. Aufl. 2014 § 159 Rn. 1.

72 FamRZ 2012, 99; FamRZ 2010, 720.

73 BGH NJW-RR 2016, 1089 = FamRZ 2016, 1146.

74 Bedenklich allerdings, wenn das OLG Koblenz, FamRZ 2015, 1213 beim Aufbau einer schulischen Überforderung eine akute Gefährdung des Kindes und damit den Erlass einer einstweiligen Anordnung ablehnt.

75 BVerfG FamRZ 2016, 439.

### 3.2 Modifikationen bei Erlass einer einstweiligen Anordnung

Die Anforderungen an die Aufklärung des Sachverhalts sind beim Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht grundsätzlich niedriger.<sup>76</sup> „Weil bereits der vorläufige Entzug der [gesamten] Personensorge einen erheblichen Eingriff in die Grundrechte der Eltern darstellt, sind grundsätzlich auch bei einer Sorgerechtsentziehung im Eilverfahren hohe Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung zu stellen. Sie sind umso höher, je geringer der möglicherweise eintretende Schaden des Kindes wiegt, in je größerer zeitlicher Ferne der zu erwartende Schadenseintritt liegt und je weniger wahrscheinlich dieser ist (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 7. April 2014 – 1 BvR 3121/13 –, juris, Rn. 23).“<sup>77</sup> Das klingt nach einer praktikablen Umsetzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, bedacht werden muss aber, dass der Erlass einer einstweiligen Anordnung immer einen dringenden Regelungsbedarf voraussetzt, daher in den einschlägigen Verfahren, die zum Erlass einer einstweiligen Anordnung führen, eine akute Kindeswohlgefährdung besteht, die eine Austarierung kaum zulässt.<sup>78</sup> Ist die Gewährleistung der Grundbedürfnisse des Kindes und seine körperliche Unversehrtheit beeinträchtigt, sind die Anforderungen an eine umfassende Sachverhaltsaufklärung herunter zu schrauben, um zeitnah das Wohls des Kindes oder Jugendlichen hinreichend sicherstellen zu können. Das Brandenburgische OLG<sup>79</sup> hat festgehalten, dass ein „dringende[s] Bedürfnis zu sofortigem, einstweiligem Einschreiten (§ 49 Abs. 1 FamFG) besteht, wenn eine Folgenabwägung ergibt, dass die Nachteile, die für die Rechte und Interessen der Beteiligten entstehen, wenn die einstweilige Anordnung unterbleibt, die Hauptsache aber im Sinne des Antragstellers entschieden würde, schwerer wiegen als die Nachteile, die durch die vorläufige Maßnahme eintreten können, die aber aufzuheben und rückabzuwickeln ist, wenn sich der Antrag in der Hauptsache als erfolglos erweisen sollte.“ Es soll also ein hypothetisches Urteil gefällt werden, wie die nachteiligen Auswirkungen einer das elterliche Sorge- oder Umgangsrecht einschränkenden einstweiligen Anordnung, die im Hauptsacheverfahren aufgehoben wird, im Vergleich zu den Beeinträchtigungen des Kindeswohls einzuschätzen sind, die (fort)bestehen, wenn sich die materiellen Voraussetzungen eines Entzuges erst im Hauptverfahren erweisen.

Die Umsetzung dieser zutreffenden Sicht in der Praxis ist allerdings das (unlösbare) Problem. Die mit den Ausführungen des OLG verbundenen Probleme liegen in der

76 Prütting, Helms, FamFG 3. Aufl. 2014 § 159 Rn. 4, 12 betont die Pflicht zur Anhörung des Kindes auch in verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung.

77 BVerfG FamRZ 2015, 2120.

78 Zu den Anforderungen an die Begründung BVerfG v. 26.12.2016 – 1 BvQ 49/16.

79 Brandenburgisches OLG NZFam 2015, 1170.

- Gewichtung der Rechtsgüter auf Seiten des betroffenen Minderjährigen wie seines Elternteils
- in der fehlenden Vergleichbarkeit hinsichtlich der Wahrung der elterlichen Sorge einerseits und der Sicherung des körperlichen, geistigen und seelischen Wohls des Kindes oder Jugendlichen andererseits sowie
- in der Zuverlässigkeit des geforderten hypothetischen Urteils.

Unterbleibt die einstweilige Anordnung, obwohl die Voraussetzungen vorliegen, jedoch aus Sicht des Gerichts nicht hinreichend festgestellt sind, vertieft sich in der Zwischenzeit die Beeinträchtigung des Kindeswohls. Die Sachverhaltsklärung im Rahmen einer einstweiligen Anordnung sollte dem Schutzziel entsprechend sich daher schwerpunktmäßig auf die Feststellung der bestehenden Gefährdung des Kindes oder Jugendlichen beziehen. Die Voraussetzungen für den Erlass einer Eilentscheidung sind bereits gegeben, wenn Indizien auf eine fortbestehende Gefahr hindeuten. Dabei ist auch die Schwere einer zeitlich zurückliegenden Beeinträchtigung in die Prüfung einzustellen. Zur Klärung des seelischen Wohls des Kindes oder Jugendlichen ist (auch) seine Anhörung, entsprechende Fähigkeiten vorausgesetzt, unerlässlich. Die subjektive Sicht darf jedoch die Sicherung des Wohls des Kindes oder Jugendlichen nicht einschränken. Es bleibt der kritische Blick auf die angehörte Person unumgänglich.

Das Hauptsacheverfahren zwingt dann zu umfassender(er) Prüfung der Gründe und Hintergründe des elterlichen Verhaltens bzw. des elterlichen Versagens und ermöglicht ein verlässlicheres Urteil über die Erziehungshaltung und eine fortbestehende Gefährdungslage.

### Literatur

Balloff, R. (2013). Kindeswohlgefährdungen durch Herausnahme des Kindes aus dem Elternhaus und bei Wegnahme aus der Pflegefamilie. *Familie Partnerschaft Recht*, 208 – 212.

Benkert, D. (2003). *Die „bösen“ Kinder. Zu Umfang und Inhalt der Personensorge aus Sicht der Eltern*. Bielefeld: Giesecking Verlag.

Dannhorn, N. (2003), *Ansprüche von Kindern gegen ihre Eltern in Folge der Verletzung von Pflichten der elterlichen Verantwortung*, Berlin: wvb Verlag.

Döll, Y. & Wanitzek, U. (2016). Rechtsprechungsübersicht zum Recht der elterlichen Sorge und des Umgangs. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1317 – 1412.

Erman (2014). *Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar (14. Aufl.)*. Köln: Dr. Otto Schmidt Verlag.

Finke, F.& Ebert, J. (2010). *Bonner Fachanwaltskommentar Familienrecht (7. Aufl.)*. Deutscher Anwaltsverlag.

- Fröschle, T. (2016). Familiengericht und Jugendamt – gekreuzte Rechtswege. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1905 – 1910
- Furthmann, M. (2015). *Der Schutz der Kinderseele vor Verletzungen Eine (unlösbare) Aufgabe für das Familienrecht?* Baden-Baden: Nomos Verlag.
- Gerhardt, P. v. Heintschell-Heinegg, B. & Klein, M. (2015). *Handbuch des Fachanwalts Familienrecht (10. Aufl.)*. Neuwied: Luchterhand Verlag.
- Gernhuber, J. & Coester-Waltjen, D. (2010). *Familienrecht (6. Aufl.)*. München: Beck Verlag.
- Keidel, Th. (2017). *FamFG Kommentar (19. Aufl.)*. München: Beck Verlag.
- Meysen, Thomas (Hrsg.) (2014). *Praxiskommentar Familienverfahrensrecht (2. Aufl.)*. Bundesanzeiger Verlag.
- Palandt (2017). *Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar (76. Aufl.)*. München: Beck Verlag.
- Prütting, H. & Helms, T. (2014). *FamFG: Kommentar (3. Aufl.)*. Köln: Dr. Otto Schmidt Verlag.
- Schulte-Bunert, K. & Weinreich, G. (2016). *Kommentar zum FamFG (5. Aufl.)*. Neuwied: Luchterhand Verlag.
- Tönsmeier, B. (2012). *Die Grenzen der elterlichen Sorge bei intersexuell geborenen Kindern de lege lata und de lege ferenda*. Baden-Baden: Nomos Verlag.
- Weinreich, G. & Klein, M. (2013). *Fachanwaltskommentar Familienrecht (5. Aufl.)*. Neuwied: Luchterhand Verlag.
- Zorn, D. (2008). *Das Recht der elterlichen Sorge (2. Aufl.)*. Berlin: De Gruyter Verlag.

*Korrespondenzadresse:*

Prof. Dr. Cornelia Bohnert  
Katholische Hochschule für Sozialwesen Berlin  
Köpenicker Allee 39 – 57  
10318 Berlin  
bohnert@khsb-berlin.de