

Familienrecht

Johannsen / Henrich / Althammer

7., überarbeitete und erweiterte Auflage 2020

ISBN 978-3-406-75345-9

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

IV. Voraussetzungen für einen Eingriff in die Personensorge

1. Gefährdung des Kindeswohls

a) Wohl des Kindes. Oberster Grundsatz für die Ausübung des staatlichen Wächteramtes und einen Eingriff in die elterliche Sorge ist das Wohl des Kindes;¹³² es bildet den Richtpunkt für den staatlichen Schutzauftrag nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG. Bei einer Interessenkollision zwischen Eltern und Kind ist das Kindeswohl der bestimmende Maßstab.¹³³ Der **unbestimmte Rechtsbegriff**¹³⁴ ist nur schwer zu konkretisieren.¹³⁵ Das „Wohl des Kindes“ ist in den zentralen materiell-rechtlichen Vorschriften des 5. Titels des BGB als Leitidee ausdrücklich benannt; in Sorgerechtsverfahren haben die Familiengerichte das Verfahren so zu gestalten, dass es geeignet ist, eine möglichst zuverlässige Grundlage für eine am Kindeswohl orientierte Entscheidung zu erlangen.¹³⁶ Der Gesetzgeber nennt in § 1666 Abs. 1 als Elemente des Kindeswohls das körperliche, geistige und seelische Wohl des Kindes. Die Eltern sind verpflichtet, die Gesundheit, körperliche Unversehrtheit und das Wohlbefinden des Kindes zu bewahren oder wiederherzustellen. Dazu zählt auch, dass das Kind zu einer **selbstständigen und verantwortungsbewussten Person** heranwächst,¹³⁷ insbesondere aber die Fähigkeit zum Zusammenleben in der Gemeinschaft, § 1 Abs. 1 SGB VIII.¹³⁸ Der Begriff des geistigen und seelischen Wohls rechtfertigt nicht die Korrektur von Erziehungszielen und Erziehungsstil der Eltern, soweit diese nicht bestimmte, weit zu fassende Grenzen überschreiten. Unzulässig ist es daher, schichtenspezifische Moralvorstellungen und Werte zugrunde zu legen, die möglicherweise von einem Großteil der Bevölkerung als überholt angesehen werden.¹³⁹

Im Zusammenhang mit dem Kindeswohl kann auch der **Kindeswille** nicht außer 44 Acht gelassen werden. Ihm kommt eine **Doppelfunktion** zu: Ein vom Kind kundgetaner Wille kann Ausdruck der relativ stärksten Personenbindung sein, die das Kind empfindet (oder aber unter Beeinflussung so artikuliert). Daneben ist der geäußerte Kindeswille ein Akt der Selbstbestimmung des Kindes als zur Selbstständigkeit erzogener und strebender Person¹⁴⁰, wobei die zweite Funktion mit zunehmendem Alter, psychischer Reife und vernunftgemäßer Urteilsfähigkeit an Beachtlichkeit gewinnt und insbesondere bei Erziehungskonflikten zwischen Eltern und Kind, oder aber bei der Verlegung des Aufenthaltsortes und dessen Durchsetzung ganz besonders zu beachten ist.¹⁴¹ Voneinander abzugrenzen sind Kindeswohl und Elterninteressen. Letztere treten bei einer Interessenkollision hinter die Interessen des Kindes zurück.¹⁴² Ein gegen den ernsthaften Widerstand eines Kindes erzwungenes Verhalten kann durch die Erfahrung der Missachtung der eigenen Persönlichkeit unter Umständen mehr Schaden verursachen als Nutzen bringen;¹⁴³ auch die Überwindung eines stark ausgeprägten konstanten Kindeswillens stellt eine Kindeswohlgefährdung dar.¹⁴⁴ Der geäußerte Kindeswille und verliert seine Bedeutung nicht generell deshalb, weil er **von Dritten beeinflusst** sein

¹³² So schon: BVerfG FamRZ 1968, 578; 1985, 39; 1987, 786; 2000, 1489.

¹³³ BVerfG FamRZ 1999, 641.

¹³⁴ BayObLG FamRZ 1976, 43; 1980, 1064; vgl. zur Begriffsbestimmung auch Coester, Kindeswohl S. 133 ff.; Kropholler JZ 1984, 164.

¹³⁵ Diederichsen FamRZ 1978, 461; Gernhuber FamRZ 1973, 229 (230); Giesen FamRZ 1977, 594; Jopt Zf 1996, 203; Mnookin FamRZ 1975, 1.

¹³⁶ BVerfG FamRZ 2018, 1084; 2015, 2120.

¹³⁷ BayObLG FamRZ 1981, 86; OLG Karlsruhe FamRZ 1974, 661.

¹³⁸ Coester, Kindeswohl S. 183 ff.

¹³⁹ Soergel/Plettenberg § 1666a Rn. 16.

¹⁴⁰ BVerfG FamRZ 1981, 124; 2007, 1797; 2009, 1389.

¹⁴¹ Vgl. näher Staudinger/Coester Rn. 74 ff.; BVerfG FamRZ 2001, 1057: zum beeinflussten Kindeswillen.

¹⁴² BVerfG NJW 1996, 2717; OLG Karlsruhe NJW 1999, 2173.

¹⁴³ BVerfG FamRZ 2016, 1917; OLG Schleswig FamRZ 2019, 453.

¹⁴⁴ OLG Hamm FamRZ 2016, 1940; vgl. auch OLG Koblenz FamRZ 2019, 298 mwN.

könnte¹⁴⁵, insbesondere bei Kindern ab einem Alter von 14 Jahren.¹⁴⁶ Allerdings muss die Bedeutung des Kindeswillens zurücktreten, wenn seine Befolgung zu einer Gefährdung des Kindeswohls führen würde¹⁴⁷ oder aber wenn der Elternautonomie Vorrang gebührt.¹⁴⁸

- 45** Die verfahrensrechtliche Umsetzung des Gebots zur Berücksichtigung des Kindeswillens (auch) im Rahmen gerichtlicher Sachaufklärung (§ 26 FamFG) ist in § 159 FamFG enthalten. Ein Mindestalter ist für die gerichtliche Anhörung des Kindes nicht gesetzlich festgelegt. Nach dem Zweck der Anhörung, dem Gericht einen unmittelbaren Eindruck von dem Kind zu verschaffen, sind Kinder nach gefestigter höchstrichterlicher Rspr. grundsätzlich **ab einem Alter von drei Jahren** persönlich anzuhören; ab diesem Alter sind sie generell in der Lage, ihre Bedürfnisse, Wünsche, Gefühle und Ängste verbal zu äußern.¹⁴⁹ Selbst wenn das Kind seine Wünsche nicht unmittelbar zum Ausdruck bringen kann, ergeben sich möglicherweise aus dem Verhalten des Kindes Rückschlüsse auf dessen Wünsche oder Bindungen.¹⁵⁰ Selbst die in der Anhörung gewonnene Erkenntnis, dass das Kind in seiner Entwicklung deutlich verzögert ist oder dass es sehr ängstlich bzw. sehr offen und zugänglich ist, kann für die gerichtliche Entscheidung von Bedeutung sein.¹⁵¹ Der Auffassung, wonach der geäußerte Wille eines Kindes erst ab einem Alter von 12 Jahren eine einigermaßen verlässliche Entscheidungsgrundlage sein kann,¹⁵² ist nicht zu folgen.

Den Eltern ist das Ergebnis der Kindesanhörung bekanntzugeben und ihnen ist rechtliches Gehör zu gewähren. Es ist nicht geboten, den bei einer Kindesanhörung nicht im Vernehmungszimmer anwesenden Eltern zu gestatten, die Anhörung im Wege der Videoübertragung zu verfolgen.¹⁵³

- 46 b) Gefährdung.** Eine Kindeswohlgefährdung im Sinne des § 1666 Abs. 1 liegt nach aktueller Rechtsprechung des BGH¹⁵⁴ vor, wenn eine **gegenwärtige**, in einem solchen Maß vorhandene Gefahr festgestellt wird, dass bei der weiteren Entwicklung der Dinge eine erhebliche Schädigung des geistigen oder leiblichen Wohls des Kindes mit **hinreichender Wahrscheinlichkeit** zu erwarten ist. Die Annahme einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit muss auf konkreten Verdachtsmomenten beruhen. Eine nur abstrakte Gefährdung genügt nicht.¹⁵⁵ Der BGH differenziert zwischen den Wahrscheinlichkeitsgraden auf Tatbestands- und auf Rechtsfolgenseite und betont, dass die – auch teilweise – Entziehung der elterlichen Sorge als besonders schwerer Eingriff nur bei einer nachhaltigen Gefährdung des Kindes mit einer höheren – einer ebenfalls im Einzelfall durch Abwägung aller Umstände zu bestimmenden ziemlichen – Sicherheit eines Schadenseintritts verhältnismäßig sein kann.¹⁵⁶ Die in Rechtsprechung und Literatur verbreitete Formulierung ver-

¹⁴⁵ Palandt/Götz Rn. 9; BeckOK BGB/Véit § 1666 Rn. 15.2; Staudinger/Coester Rn. 79; OLG Brandenburg FamRZ 2016, 1282; OLG Hamm FamRZ 2016, 1940; OLG Frankfurt a. M. FamRZ 2009, 990.

¹⁴⁶ Palandt/Götz § 1671 Rn. 41 mwN.

¹⁴⁷ BeckOK BGB/Véit § 1666 Rn. 15.2; OLG Köln ZKJ 2012, 71; OLG Saarbrücken FamFR 2012, 500; OLG Hamm FamFR 2011, 239; OLG Frankfurt a. M. FamRZ 2009, 990; OLG Brandenburg FamFR 2011, 69.

¹⁴⁸ BeckOK BGB/Véit § 1666 Rn. 15.2 mwN.

¹⁴⁹ BVerfG FamRZ 2010, 1622 Rn. 27; 2007, 1078; 1981, 124; BGH FamRZ 2019, 115; 2017, 532; 2016, 1439; OLG Schleswig ZKJ 2019, 187; OLG Braunschweig FamRZ 2019, 119; OLG München FamRZ 2015, 602.

¹⁵⁰ BGH FamRZ 2019, 115; 2016, 2082.

¹⁵¹ Prütting/Helms/Hammer § 159 FamFG Rn. 8.

¹⁵² OLG Brandenburg BeckRS 2018, 38348 Rn. 17; OLG Brandenburg BeckRS 2018, 38364Rn. 20; FamRZ 2014, 1124; vgl. auch OLG Schleswig FamRZ 2019, 453 mwN: insbesondere ab einem Alter von 14 Jahren.

¹⁵³ BVerfG NJW 2019, 2532.

¹⁵⁴ BGH FamRZ 2019, 598; 2017, 212; vgl. auch MüKoBGB/Lugani Rn. 50.

¹⁵⁵ BGH FamRZ 2019, 598; 2017, 212; 1996, 1031; OLG Hamm FamRZ 2006, 359; OLG Köln FamRZ 2006, 877; zum Erfordernis einer kurzfristig bevorstehenden Gefährdung: BVerfC FamRZ 2010, 528; OLG Karlsruhe FamRZ 2009, 1599: Gefahr der Genitalverstümmelung bei Reise nach Äthiopien.

¹⁵⁶ FamRZ 2019, 598 Rn. 33; 2017, 212.

langt den Eintritt einer Schädigung mit **ziemlicher Sicherheit**,¹⁵⁷ wobei an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts umso geringere Anforderungen zu stellen sind, je schwerer der drohende Schaden wiegt.¹⁵⁸ Die bloße – abstrakte – Besorgnis zukünftiger Gefährdungen reicht nicht aus. Demzufolge sind Maßnahmen nach § 1666 nicht schon und nur deshalb geboten, weil die Eltern den „Zeugen Jehovas“ angehören.¹⁵⁹ Der Umstand, dass im Herkunftsland der Eltern noch Beschneidungen vorgenommen werden, wird ein generelles Reiseverbot in dieses Land für Kinder nicht rechtfertigen können.¹⁶⁰ Umgekehrt müssen die zu erwartenden schädigenden Folgen nicht unmittelbar bevorstehen.¹⁶¹ Eine begründete Besorgnis einer Schädigung speist sich oft aus Vorfällen in der Vergangenheit; insoweit ist aber eine gesicherte Erkenntnis zu fordern. Dass Eltern bei der Erziehung früherer Kinder versagt haben, reicht grds. ebenso wenig aus,¹⁶² wie nur vereinzelt gebliebene Vorfälle in der Vergangenheit.¹⁶³

Die Gefährdung muss **nachhaltig und schwerwiegend** sein.¹⁶⁴ Staatlicher Kinderschutz 47 setzt erst bei Überschreitung der Vertretbarkeitsgrenzen an. Zum staatlichen Wächteramt gehört es nicht, für eine bestmögliche Förderung der Fähigkeiten des Kindes zu sorgen,¹⁶⁵ denn die Eltern und deren sozioökonomische Verhältnisse gehören grundsätzlich zum Schicksal und Lebensrisiko eines Kindes (→ Rn. 40). Die Art der Erziehung obliegt den Eltern. Dabei ist in Kauf zu nehmen, dass Kinder durch das Verhalten ihrer Eltern Nachteile erleiden. Eltern können grundsätzlich nach Art. 6 Abs. 2 GG frei und ohne staatliche Einflussnahme entscheiden, wie sie die Pflege und Erziehung ihrer Kinder gestalten und damit ihrer Elternverantwortung gerecht werden, solange das Kindeswohl nicht nachhaltig beeinträchtigt ist.¹⁶⁶ Es ist zB nicht ohne weiteres möglich, ein Kind durch Maßnahmen nach § 1666 vor einer möglicherweise unausgewogenen Ernährungsweise seiner Eltern (Veganer) zu schützen.¹⁶⁷ Auch der freie Zugang zum Internet stellt für sich genommen ohne Hinzutreten weiterer konkreter Anhaltspunkte für eine Schädigung keine Kindeswohlgefährdung dar.¹⁶⁸ Verhaltensauffälligkeiten des Kindes allein (zB schulischer Leistungsabfall oder Schlafstörungen) stellen an sich noch keine Kindeswohlgefährdung dar, wenn die Eltern hinreichend problembewusst damit umgehen.¹⁶⁹ Der ungeklärte Aufenthaltsstatus eines Elternteils begründet keine die Trennung rechtfertigende Kindeswohl-

¹⁵⁷ BVerfG FamRZ 2018, 1084; 2017, 524; 2012, 1127 (1129); vgl. noch BGH FamRZ 2012, 99; 2010, 720; 2005, 344; OLG Frankfurt a. M. NZFam 2019, 997; OLG Schleswig SchlHA 2019, 321; OLG Brandenburg NJW Spezial 2019, 134; OLG Karlsruhe FamRZ 2018, 1830; OLG Saarbrücken FamRZ 2010, 310; OLG Hamm FamRZ 2010, 359; OLG Düsseldorf FamRZ 2010, 308; Staudinger/Coester Rn. 82; Palandt/Götz Rn. 8; BeckOK BGB/Weit § 1666 Rn. 16.

¹⁵⁸ BVerfG FamRZ 2012, 1127 (1129); BGH FamRZ 2019, 598; 2017, 212; 2010, 720; OLG Frankfurt a. M. NZFam 2019, 997; OLG Schleswig SchlHA 2019, 321; OLG Brandenburg NZFam 2019, 589; OLG Saarbrücken FamRZ 2010, 310; OLG Hamm FamRZ 2010, 359; OLG Düsseldorf FamRZ 2010, 308.

¹⁵⁹ ; OLG Karlsruhe FamRZ 1974, 661 (662); OLG Stuttgart NJW 1985, 67 (68); Palandt/Götz Rn. 8; OLG Hamm FamRZ 2011, 1306; OLG Saarbrücken FamRZ 1996, 561; anders OLG Celle NJW 1995, 792 (793); bei jederzeit bestehender Notwendigkeit einer Bluttransfusion bei Frühgeburt.

AG Meschede FamRZ 1997, 958.

¹⁶⁰ Staudinger/Coester Rn. 82a; vgl. aber BGH FamRZ 2005, 344 (Vorinstanz OLG Dresden FamRZ 2003, 1862).

¹⁶¹ Staudinger/Coester Rn. 82.

¹⁶² BVerfG FamRZ 2015, 212; BGH FamRZ 2019, 598 Rn. 29; OLG Oldenburg FamRZ 1999, 35; KG FamRZ 1985, 735 (737).

¹⁶³ BayObLG DAVorm 1981, 897 (899); Palandt/Götz Rn. 8.

¹⁶⁴ BVerfG FamRZ 2014, 1177; ZKJ 2014, 242; FamRZ 2014, 907; 2008, 492; OLG Bremen FamRZ 2018, 689; OLG Hamm FamRZ 2016, 1940; JAMT 2015, 330; OLG Köln NJW-RR 2011, 729; OLG Bremen FamRZ 2010, 821; OLG Stuttgart FamRZ 2010, 1090; Palandt/Götz Rn. 8.

¹⁶⁵ BVerfG FamRZ 2008, 492; EuGMR NJW 2013, 2495; OLG Köln NJW-RR 2011, 729; OLG Hamm FamFR 2012, 95; kein Anspruch auf „Idealeltern“.

¹⁶⁶ BVerfG FamRZ 2008, 492; OLG Brandenburg FamRZ 2009, 994; OLG Hamm FamRZ 2013, 1818.

¹⁶⁷ OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2016, 12187 (zu § 1671 BGB).

¹⁶⁸ OLG Frankfurt a. M. FamRZ 2018, 1316; vgl. aber auch AG Bad Hersfeld FamRZ 2016, 2114; NJW-Spezial 2017, 710; FamRZ 2018, 1003 (→ Rn. 74).

¹⁶⁹ OLG Brandenburg FamRZ 2017, 966.

gefähr. Er ist für sich genommen ohne Bedeutung für die Frage der Erziehungsfähigkeit; insbesondere kann weder die durch eine asylrechtlich begründete Residenzpflicht entstehende Sesshaftigkeit oder die durch ein aufenthaltsrechtlich bedingtes Arbeitshindernis entstehende ganztägige Verfügbarkeit Eltern diese daran hindern, feste Strukturen im Alltagsleben mit Kleinkindern zu schaffen.¹⁷⁰

2. Bereiche der Kindeswohlgefährdung

- 48 Das Gesetz nannte in § 1666 aF als Grund der Kindeswohlgefährdung die missbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge, die Vernachlässigung des Kindes, das unverschuldete Versagen und das Verhalten eines Dritten. Um Defizite beim Kinderschutz zu beheben – schwer nachweisbare Kausalität zwischen Fehlverhalten und Kindeswohlgefährdung – sind durch das KiWoMaG vom 4.7.2008¹⁷¹ die einzelnen Gefährdungsursachen entfallen, der Begriff der Kindeswohlgefährdung enthält jedoch Elemente, die das Verhalten der Eltern betrifft. Weil daneben auch die Eingriffsschwelle nicht herabgesetzt werden sollte,¹⁷² behält die insoweit ergangene Rechtsprechung ihre Gültigkeit.
- 49 a) **Missbrauch der elterlichen Sorge.** Missbrauch ist die aktive Variante elterlichen Fehlverhaltens durch **falschen, zweck- und rechtswidrigen Gebrauch** des Sorgerechts in einer Weise, die dem Kindeswohl und dem in § 1626 Abs. 2 festgelegten Erziehungsziel objektiv zuwiderläuft.¹⁷³ Nicht notwendig ist ein Ausnutzen zum Vorteil und in Befriedigung egoistischer Ziele. Im Einzelnen kommt als Sorgerechtsmissbrauch in Betracht:
- 50 aa) **Kindesmisshandlung.** Die Kindesmisshandlung war stets ein wesentlicher Anwendungsfall des § 1666 und ist im Zusammenhang mit § 1631 Abs. 2 zu sehen, der nach Neufassung durch das **Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung** körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen¹⁷⁴ verbietet. Die körperliche Integrität des Kindes und sein Schutz vor Gewalt und Erniedrigung als Erziehungsmethoden haben großes Gewicht.¹⁷⁵ Zwar stellt nicht jede körperliche Einwirkung auf das Kind einen Missbrauch der elterlichen Sorge dar.¹⁷⁶ Verstoßen die Eltern aber gegen die in § 1631 Abs. 2 festgelegten Grundsätze, kann ein Eingreifen des FamG geboten sein, so bei wiederholten und erheblichen körperlichen Misshandlungen,¹⁷⁷ massiven körperlichen Auseinandersetzungen der Eltern¹⁷⁸ oder der Tötung der Kindesmutter in Anwesenheit des Kindes.¹⁷⁹ Notwendig ist aber die Feststellung im **konkreten Einzelfall**, dass ein Sorgerechtsmissbrauch und eine Kindeswohlgefährdung vorliegen. Dabei hat das FamG die in § 1631 Abs. 2 festgelegten Wertentscheidungen bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 1666 zu berücksichtigen. Allerdings sollen „vereinzelt gebliebene körperliche Bestrafungen“ idR keine familiengerichtlichen Maßnahmen auslösen.¹⁸⁰ Durch die gesetzliche Neuregelung ist klargestellt, dass **körperliche Bestrafungen** unzulässig sein

¹⁷⁰ BVerfG FamRZ 2015, 112.

¹⁷¹ BGBl. I 1188.

¹⁷² BeckOK BGB/Véit § 1666 Rn. 22; zweifelnd Staudinger/Coester Rn. 86 f.

¹⁷³ BayObLG FamRZ 1981, 814; DAVorm 1983, 78 (81); OLG Karlsruhe FamRZ 1974, 661 (662); OLG Zweibrücken FamRZ 1984, 931; MüKoBGB/Lugani Rn. 60.

¹⁷⁴ Zu psychischen Misshandlungen vgl. Dettenborn FPR 2012, 447; Raack FPR 2001, 258; Celle FamRZ 2003, 549.

¹⁷⁵ OLG Brandenburg NJW 2019, 1232.

¹⁷⁶ BT-Drs. 14/1247, 5.

¹⁷⁷ BVerfG FamRZ 2017, 524; BGH FamRZ 2005, 344; OLG Brandenburg FamRZ 2016, 1180; OLG Nürnberg FamRZ 2015, 1908; OLG Hamm FamRZ 2010, 1091; OLG Karlsruhe FamRZ 2009, 1599; vgl. auch Memm FamRZ 2016, 1223.

¹⁷⁸ OLG Hamm FamRZ 2010, 1091.

¹⁷⁹ Frankfurt a. M. FamRZ 2008, 1554.

¹⁸⁰ BT-Drs. 14/1247, 5; Huber/Scherer FamRZ 2001, 797 ff.; Peschel-Gutzeit FPR 2000, 231; so auch früher: BayObLG DAVorm 1981, 897 (899); anders aber wenn dadurch das Eltern-Kind-Verhältnis schwerwiegend gestört und zu Angst und Entfremdung geführt hat: BayObLG FamRZ 1984, 932; Staudinger/Coester Rn. 96.