

Neue Zeitschrift für Familienrecht

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift herausgegeben von:

Dr. Barbara Ackermann-Sprenger, Rechtsanwältin, Stuttgart – Prof. Dr. h.c. Jutta Allmendinger, Ph.D., Präsidentin des Wissenschaftszentrums Berlin für Sozialforschung – Prof. Dr. Christoph Althammer, Universität Regensburg – Hartmut Gubling, Richter am BGH, Karlsruhe – Beate Kiene-mund, Ministerialdirektorin a.D., Berlin – Brigitte Meyer-Wehage, Direktorin des AG Brake – Dr. Johannes Norpoth, Richter am OLG Hamm – Dr. Lore Maria Peschel-Gutzeit, Rechtsanwältin, Senatorin a.D., Berlin – Ingeborg Rakete-Dombek, Rechtsanwältin und Notarin, Berlin – Dr. Dr. Joseph Salzgeber, Diplom-Psychologe, München – Norbert Schneider, Rechtsanwalt, Neunkirchen – Dr. Barbara Schramm, Rechtsanwältin, München – Ruth Schröder, Ministerialdirektorin im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Berlin – Gerd Uecker, Rechtsanwalt, Hamburg – Jutta Wagner, Rechtsanwältin und Notarin, Berlin – Prof. Dr. Marina Wellenhofer, Universität Frankfurt a. M.

Schriftleitung: Hans-Otto Burschel, Direktor des Amtsgerichts Bad Salzungen a. D.
Kleiststraße 28, 36277 Schenkklengsfeld

NZFam

14 2019

Seite 605–652

6. Jahrgang

24. Juli 2019

Aufsätze

Birgit Schäder*

Überprüfung von Fremdunterbringungen nach der Rechtsprechung des BGH und des BVerfG

I. Einführung

Das Kind hat nach Art. 2 I und II 1 GG iVm Art. 6 II 2 GG einen Anspruch auf Schutz des Staates, wenn seine Eltern ihm nicht den Schutz und die Hilfe bieten, die es benötigt, um gesund aufzuwachsen und sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit zu entwickeln.¹ Äußerstenfalls muss das Familiengericht den Eltern die Sorge entziehen und das Kind in einer Pflegefamilie unterbringen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass staatliche Interventionen wie die Herausnahme des Kindes aus seiner ihm vertrauten Familie mit eigenständigen Risiken für das Kindeswohl verbunden sind. Schlimmstenfalls kann eine gerichtliche Fehleinschätzung zu einer sog. sekundären Kindeswohlgefährdung führen, deren Folgen sich von denen der primären Kindeswohlgefährdung nicht unterscheiden.² Insbesondere kann es durch den vom Kind erlebten Abbruch vorhandener Bindungen zu seinen Eltern und/oder Hauptbezugspersonen zu massiven Beeinträchtigungen seiner Persönlichkeitsentwicklung mit erheblichen Folgeschäden (z. B. Bindungsstörungen, Aggressionsverhalten, Leistungsverweigerung, grobe Entwicklungsverzögerungen, komplexere dissoziale Fehlentwicklungen) kommen.³ Familiengerichtliche Entscheidungen stellen daher immer eine schwierige Gratwanderung zwischen effektivem Kinderschutz einerseits und dem Risiko eigenen Kindeswohlgefährdenden Handelns oder Unterlassens andererseits dar. Ganz besonders deutlich wird dies in Fällen, in denen das Risiko eines sexuellen Missbrauchs des Kindes im Raum steht. Gerade weil dem Kind im Falle der Realisierung eines solchen Risikos besonders schwere, irreparable Schäden drohen, besteht hier die Gefahr, dass der gegenläufige Aspekt

einer sekundären Kindeswohlgefährdung durch familiengerichtliche Interventionen aus dem Blick gerät. Dies gilt insbesondere, nachdem sich im Staufener Missbrauchsfall die dort getroffenen familiengerichtlichen Entscheidungen im Nachhinein als Fehlannahmen erwiesen haben.⁴ Gerade um das Risiko eines weiteren Vorfalls dieser Art auszuschließen und sich nicht – wie das AG Freiburg und das OLG Karlsruhe – in der Öffentlichkeit dem Vorwurf eines unzureichenden Kindesschutzes ausgesetzt zu sehen, steht zu erwarten, dass die Gerichte sich bei einem sexuellen Missbrauchsrisiko vorrangig auf die hiermit verbundene Gefährdung des Kindeswohls fokussieren werden, nicht aber auf die mit der Herausnahme des Kindes aus seiner Familie verbundenen Risiken.⁵

Um dem entgegenzuwirken und übermäßige Eingriffe in die Grundrechte der Eltern und des Kindes zu verhindern, hat

- * Die Autorin ist Richterin am Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg.
- 1 BVerfG NZFam 2017, 261 mAnm Keuter sowie grundlegend BVerfG NJW 1968, 2233.
 - 2 Dettenborn/Walter, Familienrechtspsychologie, S. 77 f., 364 ff.; Dettenborn FPR 2003, 293.
 - 3 Dettenborn/Walter, (oben Fn. 2) S. 364 ff.; Unzner FPR 2003, 321; hierzu auch Schäder in Schwab/Ernst ScheidungsR-HdB § 5 Rn. 250.
 - 4 Vgl. den Abschlussbericht zum „Staufener Missbrauchsfall“, S. 29 ff. abrufbar unter <http://www.olg-karlsruhe.de/pb/site/jum2/get/documents/jum1/JuM/OLG%20Karlsruhe/Abschlussbericht%20der%20gemeinsamen%20Arbeitsgruppe%20zum%20Staufener%20Missbrauchsfall.pdf>.
 - 5 Hierzu Dettenborn/Walter, (oben Fn. 2) S. 364 ff.; problematisch daher Heilmann NJW 2019, 1417, der seine Argumentation einseitig auf die primäre Kindeswohlgefährdung stützt, eine dem Kind mit der Herausnahme aus seiner Familie drohende sekundäre Kindeswohlgefährdung jedoch vollständig ausblendet.

der *BGH* nunmehr einen neuen dogmatischen Ansatz zur Überprüfung eines – auch teilweisen – Entzuges der elterlichen Sorge entwickelt.⁶ Da sich sein Prüfungsansatz teilweise erheblich von dem des *BVerfG* unterscheidet, soll dieser im vorliegenden Beitrag näher erörtert und der Prüfungsdogmatik des *BVerfG* gegenübergestellt werden. Im Anschluss hieran soll der Frage nachgegangen werden, ob und welche Risiken für den Kinderschutz mit der neuen dogmatischen Konstruktion des *BGH* verbunden sind.

II. Prüfungsansatz des *BVerfG*

Weil die Fremdunterbringung des Kindes einen massiven Eingriff in die Grundrechte der Eltern nach Art. 6 II GG, aber auch in die Grundrechte des Kindes nach Art. 2 I iVm Art. 6 II GG darstellt, unterliegt die Trennung des Kindes von seinen Eltern hohen verfassungsrechtlichen Anforderungen. Gegen ihren Willen darf sie nur unter strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfolgen oder aufrechterhalten werden.⁷ Eine Trennung des Kindes von seinen Eltern ist daher nur zur Abwendung einer nachhaltigen Kindeswohlgefährdung zulässig. Außerdem muss sie zur Gefahrenabwehr geeignet und erforderlich sein.⁸

1. Nachhaltige Kindeswohlgefährdung

Art. 6 III GG erlaubt eine Fremdunterbringung des Kindes, wenn das elterliche Fehlverhalten ein solches Ausmaß erreicht hat, dass das Kind bei einem Verbleiben in der Familie in seinem körperlichen, geistigen und seelischen Wohl nachhaltig gefährdet ist.⁹ Eine Trennung des Kindes von seinen Eltern ist folglich nur zum Zwecke des Schutzes des Kindes vor einer nachhaltigen Kindeswohlgefährdung möglich.¹⁰ Einfachrechtlich umgesetzt wird diese Vorgabe durch die Regelung des § 1666 I BGB, die familiengerichtliche Maßnahmen wie einen teilweisen oder vollständigen Sorgerechtsentzug an das Vorliegen einer Gefährdung des körperlichen, geistigen oder seelischen Wohles des Kindes knüpft.

Eine nachhaltige Gefährdung des Kindeswohls nimmt das *BVerfG* dann an, wenn bei dem Kind bereits ein Schaden eingetreten ist oder sich eine erhebliche Schädigung *mit ziemlicher Sicherheit* voraussehen lässt.¹¹ In zeitlicher Hinsicht muss die Gefährdung zudem gegenwärtig bestehen; eine mittel- und langfristige Gefährdung reicht nicht aus.¹² Das Vorliegen einer nachhaltigen Kindeswohlgefährdung wird nach der Rechtsprechung des *BVerfG* durch Art und Schwere der beim Kind bereits eingetretenen oder ihm künftig drohenden Schäden sowie nach der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts bestimmt.¹³ Je gewichtiger die dem Kind drohenden Gefahren und je schwerer die ihm drohenden Schäden sind, umso eher ist eine Fremdunterbringung des Kindes möglich und geboten. Wenngleich der Wortlaut der von ihm verwendeten Formulierung („mit ziemlicher Sicherheit“) anderes nahelegen scheint, fordert das *BVerfG* keinesfalls – anders als bisweilen zu Unrecht angenommen¹⁴ – eine prozentuale Angabe der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts. Erst recht wird keine *überwiegende* Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Schäden im Sinne einer Eintrittswahrscheinlichkeit von mehr als 50 % verlangt. Vielmehr kann trotz des insoweit missverständlichen Wortlauts des Gefährdungsbegriffs („mit ziemlicher Sicherheit“) nach der vom *BVerfG* verwendeten Definition der Kindeswohlgefährdung auch bei geringer Eintrittswahrscheinlichkeit eine nachhaltige Kindeswohlgefährdung vorliegen, wenn dem Kind besonders gravierende Schäden mit schwerwiegenden oder gar unumkehrbaren Folgen drohen.¹⁵

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Fremdunterbringung hängt danach regelmäßig von einer Schadensprognose ab.¹⁶ Das Gericht muss sich eine möglichst zuverlässige Grundlage für die von ihm anzustellende Prognose verschaffen.¹⁷ Dies bedeutet, dass der Sachverhalt umfassend ermittelt und alle für und gegen einen Schadenseintritt sprechenden Umstände erörtert und gegeneinander abgewogen werden müssen. Kann danach das Vorliegen einer nachhaltigen Kindeswohlgefährdung festgestellt werden, eröffnet dies die Möglichkeit einer Fremdunterbringung. Eine weitere Kindeswohlprüfung findet darüber hinaus nicht statt.

2. Geeignetheit und Erforderlichkeit

In einem weiteren Schritt prüft das *BVerfG*, die weiteren Voraussetzungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, nämlich die Fragen, ob die Fremdunterbringung zur Abwendung einer Kindeswohlgefährdung geeignet und erforderlich ist.

a) Geeignet ist die Trennung des Kindes von seinen Eltern grundsätzlich nur dann, wenn sie im konkreten Fall eine effektive Abwendung der Kindeswohlgefährdung gewährleisten kann.¹⁸ Hieran fehlt es nach der Rechtsprechung des *BVerfG* dann, wenn sie nicht zur Beseitigung des als gefährlich erkannten Zustands beitragen kann oder wenn sie zu eigenständigen Belastungen bei dem Kind führen würde, die durch die mit der Fremdunterbringung beabsichtigte Gefahrenbeseitigung voraussichtlich nicht aufgewogen werden können.¹⁹ Die negativen Folgen einer Trennung des Kindes von den Eltern sind daher stets zu berücksichtigen und müssen prognostisch durch die mit der Fremdunterbringung verbundenen Vorteile aufgewogen werden.²⁰ Eine Trennung des Kindes von seinen Eltern kommt deshalb nur dann in Betracht, wenn sich die Situation des Kindes in der Gesamtbetrachtung hierdurch verbessert.²¹

b) Erforderlich ist eine Fremdunterbringung dann, wenn aus den zur Erreichung des Zwecks der Abwendung einer nachhaltigen Kindeswohlgefährdung gleich gut geeignete, mildere, also die geschützte Rechtsposition weniger beeinträchtigende Mittel nicht vorhanden sind.²² Vor einer Fremdunter-

6 *BGH* NZFam 2019, 342; in diese Richtung bereits *BGH* NJW 2017, 1032.

7 Grundlegend *BVerfG* NJW 1982, 1379 sowie zuletzt *BVerfG* NZFam 2018, 599 mAnm *Zempel*; *BVerfG* NZFam 2017, 795 mAnm *Söpfer*; st. Rspr.

8 Hierzu auch *Schäder* in Schwab/Ernst ScheidungsR-HdB § 5 Rn. 234 ff.

9 Grundlegend *BVerfG* NJW 1982, 1379 sowie zuletzt *BVerfG* FF 2018, 311 mwN; st. Rspr.

10 *BVerfG* NJW 1982, 1379 sowie zuletzt *BVerfG* NZFam 2018, 599 mAnm *Leeb*.

11 Vgl. zB *BVerfG* NZFam 2017, 795 mAnm *Söpfer*; NZFam 2015, 86 bespr. v. *Heiß*; FamRZ 2016, 22; FamRZ 2014, 1772; NJW 2014, 2936; NJW 2010, 2333; JAmt 2014, 410; FF 2014, 295 sowie 302; FF 2012, 250; Diese Formulierung geht auf Entscheidungen des *BGH* zurück: so *BGH* NJW 2012, 151; NJW 2005, 672; NJW 1956, 1434.

12 *BVerfG* FF 2014, 295.

13 *BVerfG* NZFam 2018, 599 mAnm *Zempel*; NZFam 2017, 261 mAnm *Keuter* und NZFam 2017, 795 mAnm *Söpfer*; NZFam 2015, 86 bespr. v. *Heiß*.

14 S. zB *Kindler* JAmt 2015, 297 (298).

15 *BVerfG* NZFam 2017, 261 mAnm *Keuter*.

16 *BVerfG* NZFam 2017, 261 mAnm *Keuter*.

17 *BVerfG* NZFam 2017, 261 mAnm *Keuter*.

18 *BVerfG* FamRZ 2014, 1270 = NZFam 2014, 805 bespr. v. *Leeb*.

19 *BVerfG* NZFam 2018, 599 mAnm *Zempel*; FamRZ 2014, 1270 = NZFam 2014, 805 bespr. v. *Leeb*; FF 2014, 295 = BeckRS 2014, 49403.

20 *BVerfG* FF 2012, 250 = FamFR 2012, 211 bespr. v. *Ernst*.

21 *BVerfG* NZFam 2018, 599 mAnm *Zempel*; FamRZ 2014, 1270 = NZFam 2014, 805 bespr. v. *Leeb*; FF 2014, 295 = BeckRS 2014, 49403.

22 S. zB. *BVerfG* FamRZ 2014, 1270 = NZFam 2014, 805 bespr. v. *Leeb*.

bringung trifft den Staat dabei die Verpflichtung, sein Ziel zunächst durch öffentliche, auf Herstellung oder Wiederherstellung eines verantwortungsgerechten Verhaltens der Eltern gerichtete Maßnahmen zu erreichen.²³ Einfachrechtlich bestimmt § 1666 a I 1 BGB hiermit korrespondierend, dass Maßnahmen, mit denen eine Trennung des Kindes von der elterlichen Familie verbunden ist, nur zulässig sind, wenn der Gefahr nicht auf andere Weise, auch nicht durch öffentliche Hilfen, begegnet werden kann.²⁴

Möglichkeiten und Grenzen niedrigschwelliger Maßnahmen sind dabei im Hinblick auf das spezifische Schadensrisiko im konkreten Fall aufzuklären und stichhaltig zu begründen. Dies gilt insbesondere dann, wenn Fachkräfte Bedenken an der Geeignetheit weniger grundrechtsintensiver Maßnahmen geäußert haben.²⁵ Sind die Eltern nicht bereit oder in der Lage, Hilfen von außen zu akzeptieren und am Erwerb und der Verbesserung ihrer Erziehungskompetenzen mitzuarbeiten, fehlt es an der Geeignetheit ambulanter Hilfsmaßnahmen.²⁶ Eine Fremdunterbringung ist dann ohne weitere Prüfung möglich.

III. Neuer Prüfungsansatz des BGH

Der BGH²⁷ unterscheidet zwischen Tatbestands- und Rechtsfolgenebene.

1. Tatbestandsebene

Auf der Tatbestandsebene nimmt er eine erste Prüfung der Frage vor, ob eine Gefährdung des Kindeswohls nach § 1666 BGB vorliegt. Von einer Kindeswohlgefährdung im Sinne des § 1666 I BGB ist nach der Rechtsprechung des BGH dann auszugehen, 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.²⁸

Wie auch nach der Rechtsprechung des BVerfG bestimmen hier die drei Komponenten der zeitlichen Nähe der Gefahr (Gegenwärtigkeit), das Schadensausmaß und die Schadenseintrittswahrscheinlichkeit das Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung. Ebenso wie das BVerfG stellt auch der BGH eine Relation zwischen Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts und Schadensausmaß her, indem er für die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts umso geringere Anforderungen genügen lässt, je schwerer der drohende Schaden wiegt.²⁹

Im Unterschied zur Rechtsprechung des BVerfG eröffnet der Prüfungsansatz des BGH auf den ersten Blick jedoch einen größeren Handlungsspielraum für Sorgerechtsentziehungen, die mit einer Trennung des Kindes von seinen Eltern verbunden sind, weil er dem Wortlaut nach eine geringere Wahrscheinlichkeitsschwelle („hinreichende Wahrscheinlichkeit“) für einen solchen Eingriff in die elterliche Sorge ausreichen lässt als das BVerfG, nach dessen Rechtsprechung der Schadenseintritt dem Wortlaut nach mit „ziemlicher Sicherheit“ drohen muss.

Außerdem spielt die Frage der Eingriffsintensität der zu treffenden familiengerichtlichen Maßnahme anders als nach dem Prüfungsansatz des BVerfG im Rahmen dieses ersten Prüfungsschritts ausdrücklich noch keine Rolle.³⁰

2. Rechtsfolgenebene

Auf der Rechtsfolgenebene prüft der BGH die Verhältnismäßigkeit der zu treffenden familiengerichtlichen Maßnah-

me. Dabei benennt er hier zunächst die Verhältnismäßigkeitsvoraussetzungen der Geeignetheit und der Erforderlichkeit, thematisiert diese jedoch nicht näher, sondern geht direkt zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne über³¹. Im Rahmen dieser Prüfung differenziert er zwischen der (teilweisen) Entziehung der elterlichen Sorge als besonders schwerem Eingriff einerseits und der Anordnung weniger einschneidender Maßnahmen andererseits. Speziell für die (teilweise) Entziehung der elterlichen Sorge nimmt der BGH eine zweite Kindeswohlprüfung vor. Er hält einen (teilweisen) Sorgerechtsentzug nur dann für verhältnismäßig, wenn eine *nachhaltige* Kindeswohlgefährdung mit einer *höheren Wahrscheinlichkeit* eines Schadenseintritts vorliege. Anders als auf Tatbestandsebene („hinreichende Wahrscheinlichkeit“) muss hiernach für den (teilweisen) Entzug der elterlichen Sorge auf der Rechtsfolgenebene festgestellt werden, dass dem Kind ein Schaden mit „*ziemlicher Sicherheit*“ droht³². Unterhalb dieser Wahrscheinlichkeitsschwelle kommt ein (teilweiser) Entzug der elterlichen Sorge damit von vornherein nicht mehr in Betracht. Diese Differenzierung der Wahrscheinlichkeitsgrade auf Tatbestands- und Rechtsfolgenebene begründet der BGH damit, dass den Gerichten im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Korrekturmöglichkeit zur Verfügung stehen müsse, um übermäßige Sorgerechtsentzüge – auch zum Wohle des Kindes – zu vermeiden.³³

Unklar ist, ob der BGH – wie auch das BVerfG – lediglich zwischen Maßnahmen, die mit einer Trennung des Kindes verbunden sind und solchen, die nicht zu einer Fremdunterbringung des Kindes führen, unterscheidet oder ob er seine Kindeswohlprüfung auf Rechtsfolgenebene auch dann an die vollständige oder teilweise Entziehung der elterlichen Sorge knüpft, wenn hiermit keine Trennung des Kindes von seinen Eltern verbunden ist (z. B. Entziehung der Gesundheitsorge, Schulangelegenheiten etc.).³⁴ Trotz der insoweit undifferenzierten Formulierung dürfte nach dem Kontext der Entscheidung eher davon auszugehen sein, dass der BGH hierbei nur den Fall der räumlichen Trennung des Kindes von den Eltern vor Augen hatte.³⁵

Im Rahmen seiner Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne wirft der BGH sodann alle „Umstände des Einzelfalls“ in die Waagschale.³⁶ Im konkret entschiedenen Fall waren dies die Begehungsform der Straftat, mit der im Falle eines Rückfalls des wegen sexuellen Missbrauchs Minderjähriger verurteilten Lebensgefährten der Mutter zu rechnen wäre, die geringe Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts und die negativen Auswirkungen der Fremdunterbringung für das Kind. Da der BGH eine separate Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Maßnahmen in seiner Entscheidung nicht vor genommen hat, erörtert er den letztgenannten Aspekt – anders als das BVerfG – nicht bei der Geeignetheit,

23 BVerfG NZFam 2017, 261; NZFam 2014, 1091; FamRZ 2014, 1270 = NZFam 2014, 805 bespr. v. Leeb; grundlegend BVerfG NJW 1968, 2233; NJW 1982, 1379.

24 BVerfG FamRZ 2014, 1270 = NZFam 2014, 805 bespr. v. Leeb.

25 BVerfG NZFam 2017, 261 mAnm Keuter.

26 BVerfG NZFam 2018, 599 mAnm Zempel; FamRZ 2017, 1055 = NZFam 2017, 670 bespr. v. Szantay.

27 BGH NZFam 2019, 342 mAnm Rohmann.

28 BGH NZFam 2019, 342 (Rn. 18).

29 BGH NZFam 2019, 342 (Rn. 18), NJW 2017, 1032 (Rn. 14).

30 BGH NZFam 2019, 342 (Rn. 34).

31 BGH NZFam 2019, 342 (Rn. 33).

32 BGH NZFam 2019, 342 (Rn. 35 f.).

33 BGH NZFam 2019, 342 (Rn. 35).

34 So jedenfalls die entsprechenden Formulierungen in BGH NZFam 2019, 342 (Rn. 33 und 34).

35 Dazu unter IV. 3.

36 BGH NZFam 2019, 342 (Rn. 36 bis 39).

sondern prüft ihn im Rahmen seiner Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

Im Anschluss weist er das OLG auf die Möglichkeit „milderer Maßnahmen“ zur Abwendung der Kindeswohlgefährdung hin. In diesem konkreten Fall hat der BGH insbesondere auf die Hinzuziehung eines regelmäßig in der Familie verkehrenden sozialpädagogischen Familienhelfers iSd § 31 SGB VIII zur Überwachung der familiären Situation, die Option einer freiwillig aufgenommenen Therapie des Lebensgefährten, die Unterstützung des Kindes durch einen Erziehungsbeistand nach § 30 SGB VIII, eine Familienberatung sowie Weisungen und Auflagen iSd § 1666 III BGB hingewiesen und sich zweifelnd zur Frage der Wegweisung des Lebensgefährten aus der Wohnung der Mutter und zur Aufklärung des Mädchens über die vom Lebensgefährten begangenen Taten geäußert.³⁷

IV. Auseinandersetzung mit dem neuen Prüfungsansatz des BGH

1. Erörterung negativer Folgen der Fremdunterbringung des Kindes

Positiv zu werten ist, dass der BGH auch das – in Praxis und Literatur³⁸ – oft ausgeblendete und eingangs beschriebene Risiko einer durch die Herausnahme des Kindes aus seiner Familie drohenden sekundären Kindeswohlgefährdung in den Blick nimmt und diesem Aspekt im zur Entscheidung stehenden Fall erhebliches Gewicht beigemessen hat. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass sich die psychische Situation des Kindes nach der Einschätzung der Sachverständigen im Ausgangsverfahren bei fortgesetzter Fremdplatzierung in Richtung einer krankheitswertigen psychischen Belastung oder psychischen Erkrankung entwickeln werde.³⁹ Zu Unrecht wird dem BGH daher vorgeworfen, er habe seine Entscheidung vorrangig mit Blick auf das Elternrecht getroffen.⁴⁰

2. Erweiterung der Handlungsoptionen auf Tatbestandsebene

Auf der Tatbestandsebene hat der BGH die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung hinsichtlich der Schadenswahrscheinlichkeit gegenüber der vom *BVerfG* verwendeten Formulierung korrigiert und die Wahrscheinlichkeitsschwelle für den Eintritt eines Schadens auf eine „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ abgesenkt. Dem Wortlaut nach *scheint* er damit zunächst die Handlungsoptionen der Familiengerichte – auch bei Fremdunterbringungen – gegenüber der Rechtsprechung des *BVerfG* zu erweitern.

3. Faktische Einschränkung des Kinderschutzes auf Rechtsfolgenebene

Tatsächlich führt die neuere Rechtsprechung des BGH jedoch nicht zu einer Erweiterung des Handlungsspielraums der Familiengerichte. Vielmehr schränkt der BGH die Möglichkeiten einer Fremdunterbringung und damit einhergehend auch des Kinderschutzes gegenüber der Rechtsprechung des *BVerfG* deutlich ein, weil er auf der Rechtsfolgenebene eine weitere Kindeswohlprüfung vornimmt, hierbei allerdings anders als auf Tatbestandsebene nicht mehr das Schadensausmaß in den Blick nimmt, sondern die Prüfung *ausschließlich* auf den Aspekt der Schadenseintrittswahrscheinlichkeit fokussiert.⁴¹ Dabei wird mit der Rechtsprechung des BGH der Eintritt erheblicher Schäden, die nicht mit „ziemlicher Sicherheit“ drohen, in Kauf genommen.

Streng genommen müsste ein (teilweiser) Sorgerechtsentzug nach der Rechtsprechung des BGH auch dann ausscheiden, wenn eine mit dem Kind zusammenlebende Person Sexualstraftaten zu Lasten Minderjähriger begangen hat, ein Rückfall jedoch ebenso möglich erscheint wie das Ausbleiben eines Rückfalls in Sexualstraftaten. Denn die Rückfallgefahr wäre dann eben nur „möglich“ und gerade nicht „ziemlich sicher“. Ein (teilweiser) Sorgerechtsentzug wäre in diesem Fall selbst dann ausgeschlossen, wenn die Eltern zur Annahme niederschwelliger Maßnahmen (Weisungen, Auflagen, ambulante Hilfen, etc.) nicht bereit sind und/oder auch sonst jegliche Mitwirkung verweigern. Dem Kind drohen dann zwar nicht mit hinreichender Sicherheit, so aber doch massive, irreparable Schäden. Es kann vom BGH jedoch unmöglich gewollt sein, dem Kind ein derartiges Schadensrisiko aufzubürden. Es kann deshalb unterstellt werden, dass er nur die Fälle von der mit der Trennung des Kindes von seinen Eltern verbundene (teilweise) Entziehung der elterlichen Sorge ausgeschlossen wissen wollte, in denen lediglich eine besonders geringe Restwahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts besteht. Alles andere wäre mit der Schutzpflicht des Staates nach Art. 6 II 2 GG nicht zu vereinbaren.

Gleiches dürfte nicht nur für die Fälle eines dem Kind drohenden sexuellen Missbrauchs, sondern für alle Formen der Kindeswohlgefährdung gelten. Denn würde man allein auf die Schadenswahrscheinlichkeit unter vollständiger Ausblendung des zu befürchtenden Schadensausmaßes abstellen und zudem noch eine besonders hohe Schadenseintrittswahrscheinlichkeit verlangen, könnte dies fatale Konsequenzen für den Schutz des Kindes haben. Lediglich beispielhaft seien hier die Fälle chronischer Vernachlässigungen genannt, für die schleichende Schadensverlaufsformen charakteristisch sind⁴² und ein Schadenseintritt im Entscheidungszeitpunkt oftmals gerade nicht mit ziemlicher Sicherheit in einem eng verstandenen Wortsinn prognostiziert werden kann. Scheitern niederschwellige Maßnahmen an einer fehlenden Kooperationsbereitschaft oder -fähigkeit der Eltern, würde dem Kind letztlich zugemutet, zunächst den Eintritt eines Schadens, zumindest aber solange abzuwarten, bis sich eine Prognose hinsichtlich des Eintritts eines Schadens „mit ziemlicher Sicherheit“ in einem eng verstandenen Wortsinn abzeichnet. Erst dann könnten effektive familiengerichtliche Maßnahmen zum Schutz des Kindes überhaupt getroffen werden. Bis zu diesem Zeitpunkt bliebe das Kind zunächst auf sich allein gestellt. Es verginge viel Zeit, in der sich möglicherweise, aber nicht „ziemlich sicher“ abzeichnenden Entwicklungsverzögerungen und -defiziten des Kindes mit keinerlei Maßnahmen entgegengesteuert werden könnte. Auch dies wird der BGH so nicht beabsichtigt haben.

Missverständlich erscheint es in diesem Zusammenhang zudem, wenn der BGH den höheren Wahrscheinlichkeitsgrad einer Kindeswohlgefährdung dem Wortlaut nach an jede – auch teilweise – Entziehung der elterlichen Sorge knüpft.⁴³ Bei einer ausschließlich am Wortsinn orientierten Auslegung der Entscheidung des BGH hätte dies zur Folge, dass auch

37 BGH NZFam 2019, 342 (Rn. 42 ff.); krit. zur Geeignetheit niederschwelliger Maßnahmen Heilmann NJW 2019, 1417; Salgo ZKJ 2019, 217.

38 s. zB Heilmann NJW 2019, 1417.

39 Dies ist dem der Entscheidung des BGH nachfolgenden Beschluss des OLG Karlsruhe vom 13.5.2019 – 18 UF 91/18, Rn. 108, BeckRS 2019, 8983 zu entnehmen.

40 So aber Heilmann NJW 2019, 1417; Salgo ZKJ 2019, 217.

41 Zur Notwendigkeit eines einheitlichen Gefährdungsbegriffs Heilmann NJW 2019, 1417.

42 Dettenborn/Walter, (oben Fn. 2) S. 329.

43 BGH NZFam 2019, 342 (Rn. 33 und 34).

teilweise Entziehungen des Sorgerechts, die nicht mit einer Fremdunterbringung des Kindes verbunden sind, unterhalb der von ihm aufgestellten Wahrscheinlichkeitsschwelle unzulässig wären. Beispielsweise käme danach ein Entzug der elterlichen Sorge hinsichtlich der Schulangelegenheiten des Kindes in Fällen, in denen seine Eltern nicht für einen regelmäßigen Schulbesuch ihres Kindes sorgen, nicht in Betracht, wenn der Eintritt eines Schadens zwar gut möglich erscheint, aber doch nicht „sicher“ prognostiziert werden kann, etwa weil das betroffene Kind insgesamt eine schnelle Auffassungsgabe hat und es ebenso gut möglich erscheint, dass das Kind sich das erforderliche Wissen – je nach Alter – und ggf. zu einem späteren Zeitpunkt selbst oder mit Hilfe seiner Eltern aneignen kann. Das Risiko eines Schadenseintritts würde bei einer solchen Lesart der Rechtsprechung des BGH letztlich dem Kind aufgebürdet, was so ebenfalls von ihm nicht beabsichtigt gewesen sein wird. Sein neuer Prüfungsansatz dürfte deshalb eher so zu verstehen sein, dass die von ihm aufgestellten besonders strengen Anforderungen – analog zur Rechtsprechung des BVerfG – nur für familiengerichtlichen Maßnahmen gelten, die mit einer Fremdunterbringung des Kindes verbunden sind.

Problematisch dürfte schließlich sein, dass sich Schadensverläufe – sofern nicht bereits Schäden eingetreten sind – in aller Regel nicht „ziemlich sicher“ prognostizieren lassen. Indem der BGH zwei unterschiedliche Grade einer Schadenseintrittswahrscheinlichkeit auf Tatbestands- und auf Rechtsfolgenebene als Voraussetzungen für einen (teilweisen) Sorgerechtsentzug aufstellt, suggeriert er – wengleich sicherlich ungewollt –, dass ein Schadenseintritt quantifizierbar und mit Prozentzahlen messbar ist. Dieser Eindruck wird in den Fällen, die dem BGH zur Entscheidung vorlagen, dadurch verstärkt, dass beide Sachverständige eine Prozentzahl für die Rückfallwahrscheinlichkeit einer Sexualstraftat der Lebensgefährten der Mutter und damit eines Schadenseintritts beim Kind benannt haben.⁴⁴ Tatsächlich ist es jedoch nicht möglich, den Wahrscheinlichkeitsgrad eines Schadenseintritts mit Prozentzahlen zu messen.⁴⁵ Der BGH konnte deshalb auch nicht näher konkretisieren, wann ein Schaden mit einer „ziemlichen Sicherheit“ oder nur mit einer „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“ zu erwarten ist. Dies dürfte in der Praxis für erhebliche Verunsicherung sorgen. Bestenfalls werden die beiden unterschiedlichen Wahrscheinlichkeitsgrade in Zukunft nur nicht handhabbar sein. Im schlimmsten Fall drohen jedoch erhebliche Schutzlücken zulasten des Kindes.⁴⁶

4. Keine Notwendigkeit eines neuen Prüfungsansatzes

Für den dogmatisch komplizierten, vor allem aber mit Blick auf den Kinderschutz riskanten neuen Prüfungsansatz des BGH besteht keine Notwendigkeit. Der vom BGH entschiedene Fall hätte auch mit der Rechtsprechung des BVerfG gelöst werden können. Mit dem Prüfungsansatz des BVerfG wäre eine nachhaltige Kindeswohlgefährdung festzustellen gewesen, weil hier dem Kind zwar mit geringer Wahrscheinlichkeit, dafür aber schwere, irreparable Schäden, nämlich sexuelle Misshandlungen drohen, was – wie oben dargelegt – für die Feststellung einer nachhaltigen Kindeswohlgefährdung im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG ausreicht. Im Rahmen der Geeignetheit hätte festgestellt werden können, dass die negativen Belastungen der Fremdunterbringung des Kindes die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Denn das Kind litt unter der Trennung der ihm Halt gebenden Familie in besonderem Maße, während demgegenüber ein Übergreif des Lebensgefährten im konkreten Fall aufgrund erheblicher Schutzfaktoren (positive Lebenssituation und

psychische Stabilität des Lebensgefährten, emotionale Bindung an Mutter und Kind, Eindruck der strafrechtlichen Verurteilung) nach Einschätzung des Sachverständigen sehr unwahrscheinlich erschien. Die Situation des Kindes würde sich in der Gesamtbetrachtung damit eben nicht – wie vom BVerfG gefordert – verbessern, sondern unter Umständen sogar zu einer sekundären Kindeswohlgefährdung durch die Fremdunterbringung führen. Die vom BGH angesprochenen niederschweligen Maßnahmen hätten sodann im Rahmen der Erforderlichkeit erörtert werden können. Damit wäre der BGH mit dem Prüfungsansatz des BVerfG zum selben Ergebnis gekommen.

Soweit der BGH den Gerichten auf Tatbestandsebene möglicherweise einen gegenüber der Rechtsprechung des BVerfG breiteren Handlungsrahmen – etwa im Bereich niederschweliger Maßnahmen – eröffnen wollte, indem er den Wahrscheinlichkeitsgrad des Schadenseintritts abgesenkt hat, war auch dies nicht erforderlich. Denn wie bereits dargelegt, geht das BVerfG trotz missverständlicher Formulierung („mit ziemlicher Sicherheit“) auch bei geringer Schadenseintrittswahrscheinlichkeit vom Vorliegen einer nachhaltigen Kindeswohlgefährdung aus, wenn dem Kind besonders gravierende Schäden mit schwerwiegenden, irreparablen Folgen drohen.⁴⁷ Für Maßnahmen, die nicht mit einer Trennung des Kindes von seinen Eltern verbunden sind, ist der strenge Maßstab des Art. 6 III GG zudem nicht anwendbar.⁴⁸

V. Fazit

Im Ergebnis ist festzustellen, dass der neue dogmatische Ansatz des BGH in seinem Bestreben, übermäßige staatliche Interventionen zu Lasten der Eltern und des Kindes zu verhindern, in entgegengesetzter Richtung über das Ziel hinausschießen könnte. Indem er bei der Prüfung einer (teilweisen) Entziehung des Sorgerechts einen Einzelaspekt, nämlich die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts in den Vordergrund stellt und diesen im Ergebnis zum einzigen Entscheidungsmerkmal zu machen scheint, vernachlässigt der BGH den Gesamtkontext, zu dem eben auch das Ausmaß der dem Kind drohenden Gefahren und die Frage der Geeignetheit niederschweliger Maßnahmen zur Abwehr der im Einzelfall konkret drohenden Gefahren gehören. Das kann zu einseitigen, weil auf den Aspekt der Schadenseintrittswahrscheinlichkeit begrenzten Schlussfolgerungen führen, die dem staatlichen Schutzanspruch des Kindes vor Gefährdungen zuwiderlaufen. Demgegenüber ermöglicht die dogmatische Herangehensweise des BVerfG eine umfassende Betrachtung der Gesamtkontextes, ohne hierbei den Blick auf Einzelelemente zu verkürzen. Der vom BVerfG verfolgte Prüfungsansatz wird damit dem verfassungsrechtlichen Schutzauftrag des Staates nach Art. 6 II 2 GG deutlicher gerecht und ist

⁴⁴ BGH NZFam 2019, 342 (10-15 %), NJW 2017, 1032 (30 %).

⁴⁵ Salzgeber NZFam 2019, 1040; Hammer FamRZ 2019, 604 (605); Kindler JAmt 2015, 297 (298); Dettenborn/Walter, (oben Fn. 2) S. 76 f.; hierzu auch OLG Karlsruhe vom 13.5.2019 – 18 UF 91/18, Rn. 42, BeckRS 2019, 8993.

⁴⁶ Hierzu auch Schäder in Schwab/Ernst ScheidungsR-HdB § 5 Rn. 226 a.

⁴⁷ BVerfG NZFam 2017, 261 mAnm Keuter.

⁴⁸ Soweit ersichtlich, existiert (veröffentlichte) Rechtsprechung des BVerfG zu familiengerichtlichen Maßnahmen, die nicht mit der Trennung des Kindes von seinen Eltern verbunden sind, nicht. Insoweit dürfte jedoch der zurückgenommene Prüfungsmaßstab des BVerfG gelten: vgl. BVerfG FF 2016, 304, wonach über den (zurückgenommenen) „Prüfungsmaßstab grundsätzlich nur bei gerichtlichen Entscheidungen hinauszugehen [ist], mit denen zum Zweck der Trennung des Kindes von den Eltern (Art. 6 III GG) das Sorgerecht oder Teilbereiche hiervon entzogen werden.“; ebenso BVerfG NZFam 2015, 1026.

zudem flexibler und praktikabler in der Rechtsanwendung. Um etwaige, mit dem Gefährdungsbegriff des *BVerfG* verbundene Missverständnisse endgültig auszuräumen, wäre allerdings eine Korrektur seiner Formulierung hinsichtlich der Schadenseintrittswahrscheinlichkeit sinnvoll. Anstatt „mit ziemlicher Sicherheit“ sollte eine erhebliche Schädigung des Kindes vielmehr mit „hinreichender Wahrscheinlichkeit“ voraussehbar sein. Damit Unsicherheiten in der Praxis zu Lasten des Kinderschutzes künftig vermieden werden, wäre seitens des *BGH* eine Rückkehr zum Prüfungsansatz des *BVerfG* äußerst wünschenswert. Unabhängig davon wird den Familiengerichten eine umfassende an den Besonderhei-

ten des Einzelfalles orientierte Schadensprognose unter Berücksichtigung *sämtlicher* – primärer wie sekundärer – Schadensrisiken auch künftig nicht erspart bleiben, um das Risiko einer folgenreichen Fehleinschätzung zu Lasten des Kindes so gering wie möglich zu halten. Ein gutes und anschauliches Beispiel für eine solche umfassende Prognose und die hierbei zu berücksichtigenden tatsächlichen Aspekte bietet sicherlich die zuletzt in dem Fall, der auch der Entscheidung des *BGH* zu Grunde lag, ergangene Entscheidung des *OLG Karlsruhe*.⁴⁹ ■

49 *OLG Karlsruhe* vom 13.5.2019 – 18 UF 91/18, BeckRS 2019, 8983.