

**Sorgerecht**

Zu den Anforderungen an die Feststellung einer Kindeswohlgefährdung und vorherige Prüfung einer Abwennungsmöglichkeit durch öffentliche Hilfen

**§ 1666 Abs. 1, § 1666 a BGB**

OLG Saarbrücken, Beschl. vom 02.08.2007 – 9 WF 90/07

**In kindschaftsrechtlichen Eilverfahren müssen Eingriffe in das elterliche Sorgerecht in einer einzelfallbezogenen Abwägung in besonderem Maße dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Übermaßverbot (§ 1666 a BGB) Rechnung tragen. Eine Trennung des Kindes von dem sorgeberechtigten Elternteil darf nur dann erfolgen, wenn das Fehlverhalten ein solches Ausmaß erreicht, dass das Kind in seinem körperlichen, geistigen und seelischen Wohl nachhaltig gefährdet ist und dieser Gefahr nicht auf andere Weise, auch nicht durch öffentliche Hilfen, begegnet werden kann.**

**Sachverhalt:** I. Der im Januar 2005 geborene, heute zweijährige L ist der außerhalb einer Ehe geborene Sohn der allein sorgeberechtigten Mutter und des Vaters, welcher die Vaterschaft am 22. März 2005 anerkannt hat.

Aufgrund einer Gefährdungsmittelteilung des KrJA vom 29. Mai 2007 hat das FamG durch den angefochtenen Beschluss nach vorausgegangener mündlicher Verhandlung der Mutter durch einstweilige Anordnung bis zur Entscheidung über das Sorgerecht für das Kind die elterliche Sorge entzogen und das KrJA zum Vormund bestellt.

Das Kind ist auf Veranlassung des KrJA derzeit in einer Pflegefamilie untergebracht.

Gegen die einstweilige Anordnung des FamG richtet sich die zum Senat eingelegte sofortige Beschwerde der Mutter, welche die Aufhebung des Beschlusses begehrt und um Bewilligung von PKH für das Beschwerdeverfahren nachsucht.

Der Vater und die Verfahrenspflegerin des Kindes erachten den angefochtenen Beschluss für sachgerecht. Das KrJA, dem mit Verfügung vom 9. Juli 2007 eine Frist zur Stellungnahme binnen zwei Wochen gesetzt worden war, hat unter Hinweis auf den Jahresurlaub der Sachbearbeiterin eine „Sachstandsmitteilung“ für Mitte September 2007 in Aussicht gestellt.

**Aus den Gründen:** II. Die statthafte und zulässige sofortige Beschwerde der Mutter hat einen vorläufigen Erfolg und führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses sowie zur Zurückverweisung der Sache an das FamG.

Der angefochtene Beschluss ist nicht in einem ordnungsgemäßen Verfahren zustande gekommen. Insbesondere fehlt es an der gebotenen Beteiligung und Anhörung (§ 50 a FGG) des Vaters. Dieser ist zwar im Rubrum des angefochtenen Beschlusses als Verfahrensbeteiligter aufgeführt, aktenersichtlich haben sich die Verfahrensbevollmächtigten des Vaters jedoch erst in einem am 20. Juni 2007, d. h. nach Erlass des angefochtenen Beschlusses eingegangenen Schriftsatz für diesen bestellt. Zum Termin vom 4. Juni 2007 war der Vater weder geladen noch erschienen.

Dass das FamG im Wege der einstweiligen Anordnung auf der Grundlage des von ihm festgestellten Verhaltens der Mutter dieser das Sorgerecht in vollem Umfang entzogen und Vormundschaft angeordnet hat, lässt nicht erkennen, ob das insoweit gegebene Ermessen (vgl. hierzu *Schneider*, in: *Rahm/Küinkel*, Handbuch des Familiengerichtsverfahrens, Rn. 397 m. w. Nachw.) ausgeübt worden ist.

Auch – und gerade – in Eilverfahren ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Gebot des mildesten Eingriffs zu beachten (BVerfG JAmt 2002, 307 [309]; ferner *Gießler*, Vorläufiger Rechtsschutz in Ehe-, Familien- und Kindschaftssachen, 2. Aufl., Rn. 110, 998 m. w. Nachw.). Diese Prinzipien beanspruchen namentlich dann Geltung, wenn die erwogene Maßnahme – wie hier – eine Trennung des Kindes von seiner bisherigen Bezugsperson zur Folge hat (vgl. hierzu *Schneider* Rn. 397 m. w. Nachw.).

Auch wenn das FamG – allerdings ohne hinreichende Begründung – zu dem Ergebnis gelangt ist, eine Eingriffe in das Sorgerecht rechtfertigende Gefährdung des Kindeswohls läge vor, hätte es die in Betracht kommenden Maßnahmen unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, des geringsten Eingriffs oder des Übermaßverbots (§ 1666 a BGB) fallbezogen gegeneinander abwägen müssen.

So wäre vorliegend etwa als weniger einschneidende Maßnahme (zunächst) in Betracht gekommen, lediglich das Aufenthaltsbestimmungsrecht und/oder andere Teile des Sorgerechts zu entziehen und statt Vormundschaft eine Ergänzungspflegschaft anzuordnen. Dass das FamG sein insoweit gegebenes Ermessen (*Schneider a. a. O.*) ausgeübt hat, lässt sich der Begründung des angefochtenen Beschlusses nicht entnehmen.

Wegen der aufgezeigten Verfahrensfehler kann der angefochtene Beschluss keinen Bestand haben. Da dem Senat eine Nachholung der gebotenen Maßnahmen in der Beschwerdeinstanz unter den gegebenen Umständen nicht sachdienlich erscheint, ist es angezeigt, den angefochtenen Beschluss aufzuheben und die Sache zur erneuten Behandlung und Entscheidung an das FamG zurückzuverweisen.

Bei der Neubefassung wird das FamG zu beachten haben, dass Eingriffe in das durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 GG geschützte Elternrecht in Ausübung des staatlichen Wächteramts (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) verfassungsrechtlich nur dann gerechtfertigt sind, wenn das Wohl des Kindes durch die Sorgerechtsausübung der Mutter tatsächlich gefährdet wird und eine Trennung des Jungen von seiner erziehungsberechtigten Mutter gegen deren Willen nur bei strikter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit mit dem GG vereinbar ist (vgl. hierzu BVerfG JAmt 2002, 307 [308 f.] m. w. Nachw.).

Gerade in kindschaftsrechtlichen Eilverfahren sind vorläufige Maßnahmen i. d. R. mit erheblichen Eingriffen in das elterliche Grundrecht verbunden. Die Maßnahmen können Tatsachen schaffen, die – insbesondere aufgrund der Dauer des Hauptverfahrens – später nicht oder nur schwer rückgängig zu machen sind. Soweit der Erlass seiner Entscheidung erforderlich ist, müssen daher jedenfalls die im Eilverfahren zur Verfügung stehenden Aufklärungs- und Prüfungsmöglichkeiten ausgeschöpft werden (BVerfG JAmt 2002, 307 [308]).

Eingriffe in das Recht der Personensorge wegen Fehlverhaltens des Sorgeberechtigten gem. § 1666 BGB kommen nur dann in Betracht, wenn das Wohl des Kindes durch missbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge, durch Vernachlässigung des Kindes oder durch unverschuldetes Versagen

des Sorgeberechtigten – etwa wegen Überforderung oder Ungeeignetheit der Eltern bei der Kindererziehung (2. Zivilsenat des OLG Saarbrücken, Beschl. v. 15. November 2002 – 2 UF 12/02; *Olzen*, in: MünchKommBGB, 4. Aufl., § 1666 Rn. 106 m. w. Nachw.) – gefährdet wird, sofern der Sorgeberechtigte nicht in der Lage ist, die Gefahr selbst abzuwenden. Die Trennung des Kindes von dem sorgeberechtigten Elternteil darf darüber hinaus gem. § 1666 a Abs. 1 BGB nur erfolgen, wenn das Fehlverhalten ein solches Ausmaß erreicht, dass das Kind in seinem körperlichen, geistigen oder seelischen Wohl nachhaltig gefährdet ist und dieser Gefahr nicht auf andere Weise, auch nicht durch öffentliche Hilfen, begegnet werden kann (BayObLG FamRZ 1998, 1044 [1045] m. w. Nachw.).

Ob das FamG diese – strengen – Voraussetzungen hier zu Recht bejaht hat, erscheint jedenfalls fraglich. Es mag durchaus sein, dass die Mutter in der Vergangenheit gegenüber dem JA bzw. verantwortlichen Personen der Kindertagesstätte in einer nicht zu billigen Art und Weise aufgetreten ist. Eine unmittelbare Gefährdung des Kindeswohls bei einem Verbleib im mütterlichen Haushalt lässt sich jedoch hieraus und den bislang getroffenen Feststellungen nicht herleiten. Insbesondere kann nach dem derzeitigen Erkenntnisstand ohne weitere Feststellungen nicht angenommen werden, bei der Mutter sei eine ordnungsgemäße Versorgung und Betreuung des Kindes nicht gewährleistet.

Ebenso wenig vermag es eine Gefährdung des Kindeswohls zu begründen, wenn sich die Mutter in der Vergangenheit – erfolglos – darum bemüht hat, den Vater zu einem Umgang mit dem Kind zu bewegen oder wenn sie – in einer von dem FamG zu Recht missbilligten Art (wie etwa anlässlich einer mündlichen Verhandlung in einem Unterhaltsverfahren erfolgt) – versucht hat, eine Kontaktaufnahme zwischen Vater und Kind herzustellen.

In Anbetracht des in Rede stehenden Grundrechtseingriffs war mit der Entscheidung nicht bis zum Eingang der im Hinblick auf den Jahresurlaub der Sachbearbeiterin des KrJA erst für Mitte September 2007 angekündigten „Sachstandsmitteilung“ zuzuwarten. Rechtliches Gehör war insoweit bis zum Ablauf des 1. August 2007 gewährt, ohne dass hiervon Gebrauch gemacht worden wäre.

(mitgeteilt von *Guy Walther*, StJA Frankfurt a. M.)

#### Hinweise für die Praxis

Das OLG ermahnt das erstinstanzliche FamG, aber auch das JA, bei der Annahme einer Kindeswohlgefährdung zu sorgfältiger Prüfung und Gefährdungseinschätzung. Allein die fehlende Bereitschaft, mit dem JA zusammenzuarbeiten, oder unangemessenes Verhalten gegenüber JA und Kindertagesstätte reichen nicht aus. Maßgeblich sind Feststellungen zum Erziehungsverhalten und vor allen Dingen den Bedürfnissen des Kindes.

Das OLG beschränkt sich auf einen ausgesprochen dezenten und indirekten Tadel gegenüber dem JA, das in einem Eilverfahren betreffend einen Sorgerechtsentzug und eine unlängst erfolgte Fremdunterbringung – wegen Urlaubs der fallzuständigen Mitarbeiterin – eine Stellungnahme erst nach Ablauf von über zwei Monaten in Aussicht gestellt hat. (*My*)