BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XII ZB 247/11

vom

26. Oktober 2011

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 1666, 1666a, 1684; FamFG §§ 18, 26

a) Die Regelung in § 18 FamFG ist verfassungskonform dahin auszulegen, dass die Frist zur Nachholung der Begründung der Rechtsbeschwerde nicht zwei Wochen, sondern einen Monat beträgt (im Anschluss an BGHZ 184, 323 = NJW 2008, 3500).

b) Zur Beseitigung einer Gefährdung des Kindeswohls (hier: Umgangsvereitelung und massive Beeinflussung des Kindes durch die allein sorgeberechtigte Mutter gegen den Vater) darf nur das mildeste Mittel gewählt werden. Vor Entziehung des - gesamten - Aufenthaltsbestimmungsrechts wegen Umgangsvereitelung ist eine Umgangspflegschaft einzurichten. Davon kann nur bei offensichtlicher Aussichtslosigkeit abgesehen werden.

c) Auch bei Wahl des mildesten Mittels hat ein Eingriff in das Sorgerecht (hier: Entziehung des Aufenthaltsbestimmungsrechts zum Zweck der Heimunterbringung) zu unterbleiben, wenn dieser mit anderweitigen Beeinträchtigungen des Kindeswohls einhergeht und bei einer Gesamtbetrachtung zu keiner Verbesserung der Situation des gefährdeten Kindes führt (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 11. Juli 1984 - IVb ZB 73/83 - FamRZ 1985, 169, 171).

BGH, Beschluss vom 26. Oktober 2011 - XII ZB 247/11 - OLG Naumburg
AG Zerbst

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 26. Oktober 2011 durch die Richter Dose, Weber-Monecke, Dr. Klinkhammer, Schilling und Dr. Günter

beschlossen:

1. Der Beteiligten zu 1 wird gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung und zur Begründung der Rechtsbeschwerde Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt.

2. Auf die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1 wird der Beschluss des 3. Zivilsenats - 1. Senat für Familiensachen - des Oberlandesgerichts Naumburg vom 7. Dezember 2010 aufgehoben.

   Das Verfahren wird zur erneuten Behandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens - an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

   Wert: 3.000 €

Gründe:

A.

1 Die Rechtsbeschwerdeführerin (im Folgenden: Mutter) wendet sich gegen die teilweise Entziehung des Sorgerechts für ihre im Mai 2000 geborene Tochter.

2 Die nicht miteinander verheirateten Eltern, die zunächst mit dem Kind zusammengelebt hatten, trennten sich im April 2009. Das Kind blieb im Haus-

halt der Mutter, der die alleinige elterliche Sorge zusteht. Das Kind wurde während der Woche von der Großmutter mütterlicherseits betreut, zu der es eine enge Beziehung hat. Die Wochenenden verbrachte es bei der Mutter.

3 Der Vater versuchte nach der Trennung wiederholt, Umgang mit dem Kind zu erhalten. Auf seinen Antrag wurde ein Umgangsverfahren vor dem Familiengericht durchgeführt. Trotz einer von den Eltern getroffenen vorläufigen Vereinbarung, eines später gegen die Mutter verhängten Ordnungsgeldes sowie einer anschließenden gerichtlichen Umgangsregelung kamen Umgangskontakte nicht zustande. Das Scheitern lag im Wesentlichen in der ablehnenden Haltung der Mutter begründet, die dem Kind wegen seines Wunsches nach Kontakt mit dem Vater unter anderem massive Vorhaltungen gemacht hatte und auch einen begleiteten Umgang im Jugendamt ablehnte. Weitere Vermittlungsbemühungen und -vorschläge blieben ohne Erfolg.

4 Entsprechend vorherigen Androhungen hat das Amtsgericht im Juni 2010 das vorliegende Verfahren zur Entziehung der elterlichen Sorge eingeleitet. Es hat zur Erziehungsfähigkeit der Mutter ein familienpsychologisches Sachverständigen-Gutachten eingeholt. Das Amtsgericht hat sodann die Verfahrensbeteiligten und die Sachverständige angehört. Eine Anhörung des Kindes im abschließenden Anhörungstermin ist daran gescheitert, dass die anwesende Großmutter dem Amtsrichter den Zugang zum Kind unmöglich gemacht hat. Mit Beschluss vom Tag der Anhörung hat das Amtsgericht der Mutter die elterliche Sorge in den Teilbereichen Aufenthaltsbestimmung, Gesundheitsfürsorge und Recht zur Antragstellung auf Sozialleistungen entzogen und diese dem Jugendamt als Pfleger übertragen. Das Kind befindet sich seit der Entscheidung in einem Heim der Jugendhilfe.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

5 Das Oberlandesgericht hat die von der Mutter gegen den Beschluss des Amtsgerichts eingelegte Beschwerde zurückgewiesen. Es hat im Ausspruch seines Beschwerdebeschlusses die Rechtsbeschwerde insoweit zugelassen, als es um die Rechtsfrage geht, ob in einem Sorgerechtsverfahren, bei dem für das betroffene Kind bereits ein Verfahrensbeistand zur Wahrnehmung seiner Rechte bestellt worden ist, noch ein Ergänzungspfleger für das Verfahren zu bestellen ist.

6 Die Mutter hat nach Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe durch den Senat gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts Rechtsbeschwerde eingelegt, mit der sie die Aufhebung der teilweisen Sorgerechtsentziehung erstrebt. Sie beantragt wegen versäumter Einlegungs- und Begründungsfrist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

B.

7 Die Rechtsbeschwerde ist zulässig. Gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung (§ 71 Abs. 1 Satz 1 FamFG) wie auch zur Begründung der Rechtsbeschwerde (§ 71 Abs. 2 Satz 1 FamFG) ist der Mutter Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.

8 Die Mutter war vor Bewilligung der beantragten Verfahrenskostenhilfe durch den Senat an der Einlegung und Begründung der Rechtsbeschwerde gehindert und hat Einlegung und Begründung auch rechtzeitig nachgeholt. Die Begründung der Rechtsbeschwerde ist indessen anders als deren Einlegung nicht innerhalb der in § 18 Abs. 3 Satz 2 FamFG aufgeführten Frist nachgeholt worden. Gemäß § 18 Abs. 3 Satz 2 FamFG ist die versäumte Rechtshandlung innerhalb der Antragsfrist für die Wiedereinsetzung nachzuholen, welche nach

§ 18 Abs. 1 FamFG zwei Wochen nach Wegfall des Hindernisses beträgt. Das Hindernis war die Verfahrenskostenbedürftigkeit der Mutter, welche durch die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe durch den Senat entfallen ist (vgl. BGHZ 176, 379, 381 f. = NJW 2008, 3500).

9 Die Frist von zwei Wochen, die im Hinblick auf die Begründung der Rechtsbeschwerde nach dem Gesetzeswortlaut abgelaufen wäre, ist hingegen aus verfassungsrechtlichen Gründen auf die Rechtsmittelbegründung nicht anzuwenden. Denn anderenfalls wäre die nach Art. 3 Abs. 1 GG gebotene Gleichbehandlung bemittelter und unbemittelter Verfahrensbeteiligter nicht mehr gewährleistet (vgl. BVerfG NJW 1987, 1191; FamRZ 2000, 474, 475). Die hier gebotene verfassungskonforme Auslegung führt zu einer Wiedereinsetzungsfrist für die Begründung der Rechtsbeschwerde von einem Monat.

10 Die Regelung in § 18 FamFG muss, ebenso wie die inhaltsgleiche Regelung in § 234 Abs. 1 ZPO in der bis zum 31. August 2004 geltenden Fassung (dazu Senatsbeschluss vom 9. Juli 2003 - XII ZB 147/02 - FamRZ 2003, 1462, 1463), verfassungskonform ausgelegt werden (BGHZ 184, 323 = FamRZ 2010, 809 [LS] Rn. 9 mwN). Der Gesetzgeber hat sich bei der Formulierung von § 18 FamFG an dem früheren § 22 FGG einerseits und an § 60 VwGO andererseits ausgerichtet (Entwurfsbegründung BT-Drucks. 16/6308 S. 183). Er hat dabei aber übersehen, dass das frühere Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine besondere Begründungsfrist kannte und § 60 Abs. 2 Satz 1 VwGO (ebenso wie § 234 ZPO) durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz vom 24. August 2004 (BGBl. I S. 2198) um eine besondere Monatsfrist bei der Versäumung der Begründungsfrist ergänzt worden ist, um der ansonsten entstehenden verfassungsrechtlich nicht hinnehmbaren Verkürzung der Frist für eine bedürftige Partei entgegenzuwirken (BGHZ 184, 323 = FamRZ 2010, 809 [LS] Rn. 9).

11 Bei der danach gebotenen verfassungskonformen Anwendung der Vorschrift beginnt die Frist zur Nachholung der Begründung zwar gemäß § 18 Abs. 1 FamFG mit der Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe (vgl. BGHZ 176, 379, 381 f. = NJW 2008, 3500). Sie beträgt aber nicht zwei Wochen. Es gilt vielmehr die Monatsfrist des § 71 Abs. 2 Satz 1 FamFG (BGHZ 184, 323 = FamRZ 2010, 809 [LS] Rn. 9).

C.

12 Die Rechtsbeschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

I.

13 Das Oberlandesgericht hat sich in verfahrensrechtlicher Hinsicht der Auffassung angeschlossen, dass es neben der Bestellung eines Verfahrensbeistands keiner zusätzlichen Bestellung eines Ergänzungspflegers bedürfe, und dies ausführlich begründet.

14 In der Sache habe das Amtsgericht der Mutter zu Recht Teilbereiche der elterlichen Sorge entzogen. Nach dem Ergebnis der amtsgerichtlichen Ermittlungen und der vom Oberlandesgericht getroffenen Feststellungen habe der massive Interessenkonflikt der Kindeseltern bereits deutliche und für das Kindeswohl nachteilige seelische Auswirkungen auf das Kind gehabt, sodass bereits von einem Schaden für das Kind gesprochen werden könne. Das Oberlandesgericht hat sich auf das Sachverständigen-Gutachten bezogen, nach dem das Kind auch nach der Trennung eine tiefe und eigentlich positive emotionale Bindung zum Vater habe, der sich früher ebenfalls intensiv um die Betreuung

des Kindes gekümmert habe. Diese Bindung werde aber von der Mutter, die die Trennung vom Vater emotional immer noch nicht überwunden habe und diesem negativ gegenüberstehe, abgelehnt, was sie auch durch ihr Verhalten dem Kind gegenüber zum Ausdruck bringe. Bei der Mutter, die den Vater im Beisein des Kindes auf das Übelste beschimpft habe, sei eine massive Verweigerungshaltung gegenüber den Kontakten zwischen Vater und Kind vorhanden. Dass das Kind vom "Fremdgehen" des Vaters gesprochen habe, lasse auf eine direkte und indirekte negative Beeinflussung des Kindes schließen. Der Mutter fehle diesbezüglich die elterliche Feinfühligkeit, ihr elterliches Wohlverhalten gegenüber den Bindungen des Kindes zum Vater sei eingeschränkt. Unter den dargestellten Umständen halte die Sachverständige eine gesunde Zukunftsentwicklung des Mädchens im Haushalt der Mutter nicht für möglich, unterbinde diese doch mit ihrem Verhalten auch eine gesunde Autonomieentwicklung des Kindes. Würde das Kind weiter im Haushalt der Mutter bleiben, so würde dies nach Auffassung der Sachverständigen den sicheren Kontaktabbruch zwischen Vater und Tochter zur Folge haben. Diese Situation würde dazu führen, dass das Kind sich im Alter von 20 bis 25 Jahren wegen des erlittenen Bindungsverlustes und einer sich hieraus wahrscheinlich entwickelnden Neurose und Bindungsstörung in psychotherapeutische Behandlung werde begeben müssen. Zudem könnten die erlittenen seelischen Störungen, ggf. schon während der Pubertät, zu einer Delinquenz des Kindes führen. Auch nach den Schilderungen des Jugendamts leide das Kind unter dem Interessenkonflikt, habe nach Angaben der Schule Probleme im Umgang mit Gleichaltrigen und werde von anderen gemieden, weil es häufig nur über Zuhause spreche und einen Jargon wie Erwachsene verwende. Nach den Berichten des Verfahrensbeistands sei das Kind in seinem Bindungsverhalten gestört. Die bei ihm vorhandenen seelischen Störungen erforderten es, dass es nach seiner Heimunterbringung psychologisch und psychotherapeutisch begleitet werde. Die Mutter unternehme alles, um Umgangs-

termine von Vater und Kind zu konterkarieren. Nach den Angaben des Verfahrensbeistands habe das Kind bis zu seiner Heimunterbringung durch das Jugendamt in der Obhut von Großmutter und Mutter gelebt und sei diesen emotional sehr verbunden. Da es aber gleichwohl auch eine gute Bindung zum Vater habe und eigentlich auch Kontakt zu ihm wünsche, jedoch Angst vor den Vorwürfen der Mutter und deren Hass auf den Vater habe, entscheide es sich dafür, keinen Umgang mit dem Vater zu pflegen. Das Kind wolle aber neben seinem Kontakt mit dem Vater eigentlich nur seine Ruhe vor dem Streit der Eltern haben.

15 Die (Teil-)Entziehung der elterlichen Sorge sei auch verhältnismäßig. Die gegen den Umgang des Kindes mit seinem Vater gerichteten, von Hass gegen diesen wegen der Trennung erfüllten, sich wiederholt im Beisein des Kindes in wüsten Beschimpfungen des Vaters und teilweise auch der übrigen Verfahrensbeteiligten und des Gerichts getätigten Äußerungen und sonstigen subtilen Einflussnahmen der Mutter erforderten es zwingend, dass das Kind aus dem Haushalt der Mutter und der Großmutter herausgelöst werde. Der weitere Verbleib des Kindes im Haushalt der Mutter/Großmutter würde dazu führen, dass sich die seelischen Belastungen des Kindes weiter krankhaft verfestigten und später gar zu einer regelrechten Neurose mit etwaiger Delinquenz des Kindes auswachsen könnten. Die Mutter habe bislang sämtliche Hilfestellungen psychologischer, psychotherapeutischer, familientherapeutischer und auch jugendamtlicher Art abgelehnt, das gerichtliche Angebot einer Mediation ausgeschlagen und sämtliche Hilfestellungen des Verfahrensbeistands und des Jugendamts beim für das Kind wichtigen Umgang mit dem Vater abgelehnt. Demnach habe keine andere Möglichkeit als die teilweise Sorgerechtsentziehung bestanden. Wie wenig einsichtig die Mutter sei, zeige sich daran, dass Ordnungsmittel hätten verhängt werden müssen. Sie habe gar deren Vollstreckung als milderes Mittel gegen sich verlangt. Dagegen spreche bereits, dass sie es monatelang in

der Hand gehabt habe, dem Kind unbelasteten Umgang mit dem Vater zu ermöglichen, dies aber auch nichts an der eigentlichen Belastungssituation des Kindes, nämlich der immer wieder gegenüber dem Kind bekundeten ablehnenden Haltung gegenüber dem Vater, ändern würde.

16 Aus der Anhörung des Kindes durch das Oberlandesgericht habe sich zudem ergeben, dass es derzeit nicht geneigt sei, in den Haushalt der Mutter zurückzukehren, weil es befürchte, von der Mutter erneut unter emotionalen Druck gesetzt zu werden. Dem Kind sei nach dem Gespräch mit dem Senat des Oberlandesgerichts regelrecht eine Last weggebrochen, als es von der Senatsvorsitzenden gefragt worden sei, was es davon hielte, noch eine Weile im Heim zu bleiben und Mutter und Großmutter, wie in einem Internat, an den Wochenenden besuchen zu können. Eine Justizhauptsekretärin habe dem Gericht zu berichten gewusst, dass das Kind anschließend bei einer Begegnung mit der Mutter auf dem Flur gefasst gewirkt habe, während die Mutter vor dem Kind geweint habe.

17 Das Oberlandesgericht hat "aufgrund der gesamten Umstände" keine andere Möglichkeit gesehen, als der Mutter das Sorgerecht teilweise zu entziehen, um das Kind "in der Obhut seines Pflegers bzw. dessen Kinderheim" zur Ruhe kommen zu lassen und ihm alsbald die von ihm gewünschten Umgangskontakte mit dem Vater zu ermöglichen.

II.

18 Das hält rechtlicher Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

19 1. Die angefochtene Entscheidung steht in vollem Umfang zur Überprüfung durch den Senat. Die vom Oberlandesgericht in den Tenor seiner Ent-

scheidung aufgenommene Beschränkung der Rechtsbeschwerdezulassung auf die Rechtsfrage der Notwendigkeit eines Ergänzungspflegers ist nicht wirksam.

20 Eine beschränkte Zulassung der Rechtsbeschwerde ist - wie die der Revision - nur bezüglich selbstständiger Teile des Verfahrensgegenstandes möglich. Insofern kann die Zulassung des Rechtsmittels beschränkt werden, wenn auch das Rechtsmittel selbst entsprechend beschränkt werden könnte (vgl. Senatsurteile vom 25. Januar 1995 - XII ZR 195/93 - FamRZ 1995, 1405 und BGHZ 153, 358, 362 f. = FamRZ 2003, 590, 591). Auf einzelne Rechtsfragen, die nicht ausschließlich einen abgrenzbaren Teil des Verfahrensgegenstandes betreffen, kann die Zulassung daher nicht beschränkt werden. Die Bestellung eines Ergänzungspflegers betrifft eine Verfahrensfrage, die den gesamten Verfahrensgegenstand erfasst. Da sich aus der Beschränkung auch keine ausschließliche Zulassung des Rechtsmittels - nur - für einzelne Verfahrensbeteiligte ergibt und die Frage der Beschwer durch die fehlende Ergänzungspflegerbestellung hier nicht maßgeblich ist, steht die Entscheidung des Oberlandesgerichts somit in vollem Umfang zur Überprüfung durch den Senat.

21 2. Die vom Oberlandesgericht behandelte Streitfrage, ob in Kindschaftsverfahren neben dem Verfahrensbeistand zusätzlich ein Ergänzungspfleger zu bestellen ist, hat der Senat inzwischen im Sinne der auch vom Oberlandesgericht vertretenen Auffassung entschieden (Senatsbeschluss vom 7. September 2011 - XII ZB 12/11 - zur Veröffentlichung bestimmt).

22 Die Frage ist im vorliegenden Fall aber nicht entscheidungserheblich. Die Entziehung der elterlichen Vertretungsbefugnis nach §§ 1629 Abs. 2 Satz 3, 1796 BGB und Bestellung eines Ergänzungspflegers erfordern ein gesondertes Verfahren vor dem Familiengericht. Solange den sorgeberechtigten Eltern oder dem sorgeberechtigten Elternteil die Vertretungsbefugnis nicht entzogen wor-

den ist, bleiben diese zur gesetzlichen Vertretung des Kindes im Verfahren befugt. Ein gesetzlicher Ausschluss der Eltern von der Vertretung nach §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 BGB kommt im Kindschaftsverfahren nach allgemeiner Auffassung nicht in Betracht. Das Kind ist demnach im vorliegenden Verfahren durch die Mutter ordnungsgemäß vertreten. Dass die Vorinstanzen davon abgesehen haben, eine Mitteilung nach § 22 a FamFG zu machen oder von Amts wegen ein - gesondertes - Verfahren zur Entziehung der elterlichen Vertretungsbefugnis anzuregen, war unabhängig vom umstrittenen Verhältnis zwischen Verfahrensbeistandschaft und Ergänzungspflegschaft jedenfalls nicht verfahrensfehlerhaft.

23 3. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts begegnet hingegen in der Sache durchgreifenden Bedenken. Die von den Vorinstanzen getroffenen Feststellungen tragen eine Entziehung des Aufenthaltsbestimmungsrechts und weiterer Sorgebefugnisse der Mutter nicht.

24 Wenn das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes oder sein Vermögen gefährdet wird und die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden, hat das Familiengericht nach § 1666 Abs. 1 BGB die Maßnahmen zu treffen, die zur Abwendung der Gefahr erforderlich sind. Zu den gerichtlichen Maßnahmen gehört insbesondere nach § 1666 Abs. 3 Nr. 6 BGB die teilweise oder vollständige Entziehung der elterlichen Sorge.

25 a) Nach der Rechtsprechung des Senats ist Voraussetzung für ein Eingreifen des Familiengerichts eine gegenwärtige, in einem solchen Maß vorhandene Gefahr, dass sich bei der weiteren Entwicklung der Dinge eine erhebliche Schädigung des geistigen oder leiblichen Wohls des Kindes mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt (Senatsbeschlüsse BGHZ 184, 269 = FamRZ 2010, 720 Rn. 19 und vom 15. Dezember 2004 - XII ZB 166/03 - FamRZ 2005, 344,

345 mwN). Als gewichtige Gesichtspunkte des Kindeswohls hat der Senat die Erziehungseignung der Eltern, die Bindungen des Kindes, die Prinzipien der Förderung und der Kontinuität sowie die Beachtung des Kindeswillens angeführt (Senatsbeschlüsse BGHZ 185, 272 = FamRZ 2010, 1060 Rn. 19 und vom 6. Dezember 1989 - IVb ZB 66/88 - FamRZ 1990, 392, 393 mN, jeweils zu § 1671 BGB).

26 Die sich daraus ergebenden Anforderungen für eine Gefährdung des Kindeswohls hat die angefochtene Entscheidung im Ausgangspunkt allerdings berücksichtigt. Das Oberlandesgericht hat eine Gefährdung des Kindeswohls darin gesehen, dass das Verhalten der Mutter bei dem Kind zu einem Loyalitätskonflikt geführt habe. Dieser habe bereits manifeste Verhaltensauffälligkeiten und Bindungsstörungen hervorgerufen, die nach Mitteilung des Jugendamts sogar psychologisch und psychotherapeutisch behandelt werden müssten. Dabei handelt es sich um einen Befund, der zu einem Eingriff in das Sorgerecht nach § 1666 BGB Veranlassung gibt (vgl. Senatsbeschlüsse vom 12. März 1986 - IVb ZB 87/85 - NJW-RR 1986, 1264, 1265 sowie vom 11. Juli 1984 - IVb ZB 73/83 - FamRZ 1985, 169, 171). Denn durch das Verhalten der Mutter, das sowohl durch Herabsetzung des Vaters als auch durch Manipulation des Kindes auf eine Unterbindung der Umgangskontakte gerichtet ist, werden die nach den Feststellungen der Vorinstanzen intakten Bindungen des Kindes zu seinem Vater erheblich beeinträchtigt. Das begründet jedenfalls im Zusammenhang mit dem bestehenden verschärften Elternkonflikt die Gefahr einer seelischen Schädigung des Kindes. Zugleich erweist sich eine nur eingeschränkte Erziehungseignung der Mutter, weil ihr die erforderliche Bindungstoleranz fehlt und sie dem Kind demzufolge in seiner weiteren Entwicklung nur eine unzureichende Beziehungssicherheit vermitteln kann.

27 b) § 1666 Abs. 1 BGB setzt weiterhin voraus, dass die vom Familiengericht zu treffenden Maßnahmen zur Abwendung der Gefahr erforderlich sind. Die Erforderlichkeit der Maßnahme ist Bestandteil der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne und wird in Bezug auf Maßnahmen, mit denen eine Trennung des Kindes von der elterlichen Familie verbunden ist, durch § 1666 a Abs. 1 Satz 1 BGB dahin konkretisiert, dass der Gefahr nicht auf andere Weise, auch nicht durch öffentliche Hilfen, begegnet werden kann (vgl. Art. 6 Abs. 3 GG).

28 aa) Vor einer - teilweisen - Entziehung des Sorgerechts hat das Familiengericht zu überprüfen, ob mildere Mittel zur Verfügung stehen, um der Gefährdung entgegenzuwirken. Dies gebietet nicht nur das Kindeswohl und der Schutz der Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG, sondern auch das durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschützte Elternrecht, in das nur so weit eingegriffen werden darf, als es wegen der konkreten Gefährdung des Kindeswohls unerlässlich ist. Im vorliegenden Fall kommt als milderes Mittel außer der Vollstreckung der gerichtlichen Umgangsregelung aber auch die Einrichtung einer Umgangspflegschaft in Betracht, welche in § 1684 Abs. 3 Sätze 3 - 6 BGB in der seit dem 1. September 2009 geltenden Fassung gesetzlich geregelt ist (vgl. Staudinger/Coester BGB [2009] § 1666 Rn. 146 mwN). Danach kann das Familiengericht auch eine Pflegschaft für die Durchführung des Umgangs anordnen, wenn die Eltern ihre gesetzliche Pflicht, alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum jeweils anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Erziehung erschwert (§ 1684 Abs. 2 Satz 1 BGB, Wohlverhaltensgebot), dauerhaft oder wiederholt erheblich verletzen. Die Umgangspflegschaft umfasst das Recht, die Herausgabe des Kindes zur Durchführung des Umgangs zu verlangen und für die Dauer des Umgangs dessen Aufenthalt zu bestimmen. Wie sich an den Voraussetzungen der Umgangspflegschaft zeigt, ist diese vom Gesetz vor allem für den Fall der Umgangsverweigerung durch einen Elternteil und die damit verbundene Kindeswohlbeeinträchtigung (vgl. § 1626 Abs. 3 Satz 1 BGB) als geeignete Maß-

nahme vorgesehen. Da die Umgangspflegschaft den Eingriff auf das zunächst erforderliche Maß begrenzt, ist sie gegenüber einem (vollständigen) Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts nach § 1666 BGB als milderes Mittel vorrangig. Von ihrer Anordnung kann demnach nur dann abgesehen werden, wenn die Umgangspflegschaft offensichtlich keinen Erfolg verspricht.

29 bb) Die Erforderlichkeit einer gerichtlichen Sorgerechtsentziehung nach § 1666 BGB schließt es ferner mit ein, dass die konkrete Maßnahme geeignet ist, um die Gefahr für das Kindeswohl zu beseitigen (Senatsbeschluss vom 12. März 1986 - IVb ZB 87/85 - NJW-RR 1986, 1264, 1265; Staudinger/Coester BGB [2009] § 1666 Rn. 212). An der Eignung fehlt es nicht nur, wenn die Maßnahme die Gefährdung des Kindeswohls nicht beseitigen kann. Vielmehr ist die Maßnahme auch dann ungeeignet, wenn sie mit anderweitigen Beeinträchtigungen des Kindeswohls einhergeht und diese durch die Beseitigung der festgestellten Gefahr nicht aufgewogen werden (vgl. Senatsbeschluss vom 11. Juli 1984 - IVb ZB 73/83 - FamRZ 1985, 169, 171 - zu § 1671 BGB - OLG Hamm FamRZ 2007, 1677; BayObLG FamRZ 1998, 1044; Staudinger/Coester BGB [2009] § 1666 Rn. 212 mwN; vgl. auch Gottschalk FPR 2007, 308, 309 f.). Selbst wenn demnach die Maßnahme als solche für die Belange, in denen das Kindeswohl gefährdet ist, die erwünschten Wirkungen entfaltet, ist sie dennoch ungeeignet, wenn sie in anderen Belangen des Kindeswohls wiederum eine Gefährdungslage schafft und deswegen in der Gesamtbetrachtung zu keiner Verbesserung der Situation des gefährdeten Kindes führt.

30 cc) Darüber hinaus gelten in kindschaftsrechtlichen Familiensachen und insbesondere in Verfahren betreffend die Entziehung der elterlichen Sorge gemäß § 1666 BGB besondere Anforderungen an die tatrichterliche Sachaufklärung (Senatsbeschluss BGHZ 184, 269 = FamRZ 2010, 720 Rn. 29 mwN - auch für das Folgende). Denn die verfassungsrechtliche Dimension von Art. 6 Abs. 2

und Abs. 3 GG beeinflusst auch 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 das Verfahrensrecht auch unter dem Primat des Kindeswohls, zu dessen Schutz der Staat im Rahmen seines Wächteramtes gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG verpflichtet ist. Die Gerichte müssen ihr Verfahren so gestalten, dass sie möglichst zuverlässig die Grundlage einer am Kindeswohl orientierten Entscheidung erkennen können (BVerfG FamRZ 2009, 399, 400).

31 c) Diesen Maßstäben wird die angefochtene Entscheidung nicht gerecht. Zum einen hat das Oberlandesgericht nicht erschöpfend begründet, dass mildere Maßnahmen nicht möglich sind. Zum anderen mangelt es an einer hinreichenden Aufklärung einer Eignung der teilweisen Sorgerechtsentziehung in der von den Vorinstanzen angeordneten Form.

32 aa) Das Oberlandesgericht hat als mildere Maßnahme lediglich die weitere Vollstreckung der gerichtlichen Umgangsregelung in Betracht gezogen. Hinsichtlich der Möglichkeit, eine Umgangspflegschaft einzurichten, enthält der angefochtene Beschluss hingegen keine Begründung. Auch die vom Amtsgericht gegebene Begründung, auf die das Oberlandesgericht lediglich in einer pauschalen Bezugnahme verwiesen hat, rechtfertigt eine Außerachtlassung der Umgangspflegschaft nicht.

33 Das Amtsgericht hat angeführt, eine Umgangspflegschaft sei nicht in Betracht gekommen. Diese hätte Sinn gemacht, wenn es Probleme bei der Durch-

führung, wie etwa der Übergabe des Kindes, gegeben hätte. Vorliegend sei aber eine derart hohe negative Beeinflussung des Kindes für die Probleme ausschlaggebend. Das Kind habe die negative Meinung ihrer Mutter und ihrer Großmutter zu großen Teilen übernommen und müsse gegen den erklärten Willen der Mutter handeln. Zudem habe der Verfahrensbeistand erklärt, jedenfalls teilweise die Umgänge zu begleiten, was gescheitert sei. Die Einrichtung einer Umgangspflegschaft könne das Problem daher nicht lösen.

34 Das genügt zur Begründung indessen nicht. Eine Aussichtslosigkeit der Umgangspflegschaft lässt sich nur annehmen, wenn es nach den getroffenen Feststellungen offensichtlich ist, dass eine Umgangspflegschaft keinen Erfolg haben wird. Selbst eine nahe liegende Vermutung, die Umgangspflegschaft werde nicht die erwünschten Wirkungen zeitigen, reicht aber nicht aus, um von ihrer Anordnung abzusehen und sogleich weiterreichende Maßnahmen nach § 1666 BGB zu ergreifen. Vielmehr kann von einer Umgangspflegschaft jedenfalls gegenüber einer vollständigen Entziehung des Aufenthaltsbestimmungsrechts mit dem Ziel einer Heimunterbringung nur abgesehen werden, wenn die Umgangspflegschaft sich entweder als unwirksam erwiesen hat oder von vornherein offensichtlich aussichtslos ist.

35 Das ist hier nicht hinreichend festgestellt. Allein die Beeinflussung des Kindes durch Mutter und Großmutter genügt dazu nicht. Hierbei handelt es sich sogar um die Voraussetzung der Einrichtung einer Umgangspflegschaft, welche somit gerade auf den Fall der - auch nachhaltigen - negativen Beeinflussung durch den Obhutselternteil zugeschnitten ist. Die vom Amtsgericht angeführten Erfahrungen mit einem vereinbarten Umgangskontakt, der durch den Verfahrensbeistand zu begleiten war, reichen nicht aus. Denn dem Verfahrensbeistand stehen - abgesehen davon, dass er bereits in anderer Funktion am Verfahren beteiligt ist - die rechtlichen Befugnisse eines Umgangspflegers nach

§ 1684 Abs. 3 Satz 4 BGB, über den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen und dessen Herausgabe zu verlangen, nicht zur Verfügung.

36 bb) Auch im Hinblick auf die Eignung der teilweisen Entziehung des Sorgerechts der Mutter fehlt es an einer hinreichenden Aufklärung durch die Vorinstanzen.

37 Wie oben ausgeführt, genügt es nicht, dass die Maßnahme als solche für die Belange, in denen das Kindeswohl gefährdet ist, die erwünschten Wirkungen entfaltet. Sie ist vielmehr gleichwohl ungeeignet, wenn sie in anderen Belangen des Kindeswohls wiederum eine Gefährdungslage schafft und deswegen in der Gesamtbetrachtung zu keiner Verbesserung der Situation des gefährdeten Kindes führt. Die nach § 26 FamFG gebotene tatrichterliche Sachaufklärung unterliegt dabei im Rahmen der Sorgerechtsentziehung besonderen Anforderungen.

38 Hierbei ist zu beachten, dass die vom Amtsgericht angeordnete Entziehung des Aufenthaltsbestimmungsrechts mit einer Heimunterbringung des Kindes verbunden ist, was spätestens in der Beschwerdeinstanz auch offensichtlich geworden ist. Die unbefristete Heimunterbringung stellt aber als eine Maßnahme, die mit der Herausnahme des Kindes aus der Obhut eines Elternteils verbunden ist, einen besonders schwerwiegenden Eingriff dar, der insbesondere im Hinblick auf das Kindeswohl einer eingehenden Aufklärung und Absicherung bedurft hätte (vgl. BVerfG FamRZ 2010, 713). Daran fehlt es im vorliegenden Fall.

39 Weder das Amtsgericht noch das Oberlandesgericht hat sich damit auseinandergesetzt, welche mittelfristige Perspektive mit der Heimunterbringung des Kindes verbunden ist. Ein Wechsel des Kindes in die Obhut des Vaters ist von den Vorinstanzen nicht in Betracht gezogen worden. Vielmehr soll die Mut-

ter nach Auffassung der Vorinstanzen trotz ihrer nur eingeschränkten Erziehungseignung offenbar die Hauptbezugsperson des Kindes bleiben. Ihr sind dementsprechend die übrigen Sorgerechtsbefugnisse belassen worden. Es hätte demnach der Begründung bedurft, welche mittelfristige Perspektive für das Kind im Fall der Heimunterbringung bestehen soll (vgl. etwa §§ 27, 36 SGB VIII). Ein dauerhafter Verbleib des Kindes im Heim ließe sich nur rechtfertigen, wenn beide Elternteile auf Dauer erziehungsungeeignet wären und eine Abwägung der Vor- und Nachteile die dauerhafte Heimunterbringung als die für das Kindeswohl bessere Alternative erscheinen ließe.

40 Um dies festzustellen, reichte die Anhörung des Kindes durch den Senat des Oberlandesgerichts nicht aus. Bei der bestehenden komplexen Problematik hätte das Oberlandesgericht vielmehr der eingehenden sachverständigen Beratung bedurft, welche hier trotz Hinzuziehung einer Gutachterin unzureichend geblieben ist. Das vom Amtsgericht eingeholte und vom Oberlandesgericht verwertete Sachverständigen-Gutachten bezog sich lediglich auf die grundsätzliche Erziehungseignung der Mutter, welche von der Sachverständigen - wenn auch mit Einschränkungen - bejaht worden ist. Das Gutachten konzentriert sich auf die Umgangsproblematik, ohne die Gesamtsituation des Kindes und dessen künftige Entwicklung in Betracht zu ziehen. Das mag aus der Sicht der Sachverständigen, die eine Erziehungseignung bejaht hat, jedenfalls bei Erstellung des Gutachtens offenbar auch nicht nahe gelegen haben. Der sachverständigen Begutachtung hätte dagegen insbesondere die nach dem Beschluss des Amtsgerichts veränderte Situation bedurft. Es genügte nicht, dass die Sachverständige - durch das Anhörungsprotokoll nicht näher dokumentiert - vom Oberlandesgericht angehört worden ist und die Anhörung sich jedenfalls nach der Begründung des angefochtenen Beschlusses wiederum nur auf die Kindeswohlbeeinträchtigung wegen der Beeinflussung des Kindes durch die Mutter bezogen hat.

41 Vielmehr war es erforderlich, dass das Oberlandesgericht sich mit sachverständiger Hilfe ein umfassendes Bild von der Lebenssituation des Kindes im Heim verschaffte. Nur eine umfassende Aufklärung in diesem Sinne hätte es ermöglicht, eine mittelfristige Perspektive für das Kind darzustellen und sodann aufgrund einer verlässlichen Abwägung der Vor- und Nachteile einer Heimunterbringung die Eignung der getroffenen Maßnahme zu überprüfen.

42 Ohne weitere Feststellungen verbleibt indessen als Rechtfertigung der Maßnahme - das Fehlen milderer Mittel hier unterstellt - lediglich die effiziente Durchsetzung der Umgangskontakte zwischen Vater und Kind sowie die - weitgehende - Vermeidung von Beeinflussungen des Kindes durch die Mutter. Ob eine Sorgerechtsentziehung zu diesen Zwecken überhaupt eine geeignete Maßnahme darstellen kann, ist in Frage gestellt worden (Staudinger/Coester BGB [2009] § 1666 Rn. 146 f.; Salgo Perspektiven des Familienrechts FS Schwab S. 891 ff.). Ob dem gefolgt werden kann, kann allerdings offenbleiben. Denn diese Frage ist vom Familiengericht nicht grundsätzlich zu entscheiden. Ihre Beantwortung liegt vielmehr vornehmlich auf dem Fachgebiet der (Familien-)Psychologie. Das Familiengericht bedarf daher zur hinreichenden Aufklärung des Sachverhalts der Beratung durch einen geeigneten Sachverständigen. Erst auf dieser Grundlage kann eine Beurteilung des Kindeswohls und der in diesem Rahmen vor allem zu berücksichtigenden Bindungen des Kindes sowie der Erziehungsfähigkeit seiner Eltern stattfinden. Allein zum Zweck der effizienten Durchsetzung von Umgangskontakten darf eine Entziehung des Aufenthaltsbestimmungsrechts mit dem Ziel der Heimunterbringung jedenfalls nicht angeordnet werden.

III.

43 Der angefochtene Beschluss ist demnach aufzuheben. Dem Senat ist eine abschließende Sachentscheidung nicht möglich, weil es weiterer Tatsachenaufklärung im Sinne der dargestellten Anforderungen bedarf.

44 Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass - neben der Prüfung der Einrichtung einer Umgangspflegschaft - ein ergänzendes Sachverständigen-Gutachten einzuholen ist. Dessen Fragestellung hat sich auf eine umfassende Aufklärung des Kindeswohls, insbesondere der Lebens- und Entwicklungsbedingungen und -perspektiven des Kindes zu richten und hat damit wesentlich über die bislang im Vordergrund stehenden Fragen der Erziehungseignung der Mutter im Hinblick auf die Bindungstoleranz und die damit einhergehende Ermöglichung des Umgangs zwischen Vater und Kind hinauszugehen. Erforderlich ist auch, dass das Kind in seiner gegenwärtigen Umgebung psychologisch begutachtet wird. In die familienpsychologische Begutachtung wird ferner auch die Großmutter als wichtige Bezugsperson des Kindes einbezogen werden müssen. Soweit zudem das Verhalten des Kindes in der Schule oder in anderen Zusammenhängen eine Rolle spielt, wird sich das Oberlandesgericht nicht auf die Angaben des Verfahrensbeistands verlassen dürfen, sondern sich - durch Befragung der Lehrer oder sonstiger Bezugspersonen - einen unmittelbaren Eindruck verschaffen müssen.

45 Die auf der Grundlage der in diesem Sinne umfassenden Aufklärung zu treffende Entscheidung nach § 1666 BGB hängt schließlich davon ab, ob die Erziehungseignung der Mutter derart eingeschränkt ist, dass es für das Wohl des Kindes auf Dauer schädlicher ist, wenn es in der Obhut der Mutter verbleibt, als wenn es im Heim untergebracht wird. Sollte dies nicht der Fall sein, ist eine Entziehung des Aufenthaltsbestimmungsrechts nicht nur übermäßig,

sondern im Sinne der oben aufgeführten Maßstäbe bereits ungeeignet, so dass es an der Erforderlichkeit der Maßnahme im Sinne von § 1666 Abs. 1 BGB fehlt.

Dose Weber-Monecke Klinkhammer

Schilling Günter

Vorinstanzen:
AG Zerbst, Entscheidung vom 21.09.2010 - 7 F 246/10 SO -
OLG Naumburg, Entscheidung vom 07.12.2010 - 3 UF 178/10 -